

**Attorney General of British Columbia and Medical Services Commission of British Columbia** *Appellants/Respondents on cross-appeal*

v.

**Connor Auton, an Infant, by his Guardian *ad litem*, Michelle Auton, and the said Michelle Auton in her personal capacity, Michelle Tamir, an Infant, by her Guardian *ad litem*, Sabrina Freeman, and the said Sabrina Freeman in her personal capacity, Jordan Lefaivre, an Infant, by his Guardian *ad litem*, Leighton Lefaivre, and the said Leighton Lefaivre in his personal capacity, Russell Gordon Pearce, an Infant, by his Guardian *ad litem*, Janet Gordon Pearce, and the said Janet Gordon Pearce in her personal capacity** *Respondents/Appellants on cross-appeal*

and

**Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of Nova Scotia, Attorney General of New Brunswick, Attorney General of Prince Edward Island, Attorney General of Alberta, Attorney General of Newfoundland and Labrador, Canadian Association for Community Living and Council of Canadians with Disabilities, Women's Legal Education and Action Fund and DisAbled Women's Network Canada, Autism Society Canada, Michelle Dawson, Families for Effective Autism Treatment of Alberta Foundation, Friends of Children with Autism, and Families for Early Autism Treatment of Ontario** *Interveners*

**INDEXED AS: AUTON (GUARDIAN AD LITEM OF) v. BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY GENERAL)**

**Procureur général de la Colombie-Britannique et Medical Services Commission de la Colombie-Britannique** *Appelants/Intimés au pourvoi incident*

c.

**Connor Auton, mineur, représenté par sa tutrice à l'instance, Michelle Auton, Michelle Auton en sa qualité personnelle, Michelle Tamir, mineure, représentée par sa tutrice à l'instance, Sabrina Freeman, Sabrina Freeman en sa qualité personnelle, Jordan Lefaivre, mineur, représenté par son tuteur à l'instance, Leighton Lefaivre, Leighton Lefaivre en sa qualité personnelle, Russell Gordon Pearce, mineur, représenté par sa tutrice à l'instance, Janet Gordon Pearce, et Janet Gordon Pearce en sa qualité personnelle** *Intimés/Appellants au pourvoi incident*

et

**Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général de la Nouvelle-Écosse, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, procureur général de l'Alberta, procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, Association canadienne pour l'intégration communautaire et Conseil des Canadiens avec déficiences, Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et Réseau d'action des femmes handicapées du Canada, Société canadienne de l'autisme, Michelle Dawson, Families for Effective Autism Treatment of Alberta Foundation, Friends of Children with Autism et Families for Early Autism Treatment of Ontario** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : AUTON (TUTRICE À L'INSTANCE DE) c. COLOMBIE-BRITANNIQUE (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

**Neutral citation: 2004 SCC 78.**

File No.: 29508.

2004: June 9; 2004: November 19.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL  
FOR BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Mental disability — Province not providing for controversial intensive behavioural therapy for preschool-aged autistic children — Whether Province's refusal to fund treatment violates equality rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Medicare Protection Act, R.S.B.C. 1996, c. 286, s. 1 "benefits", "health care practitioner" — Medical and Health Care Services Regulation, B.C. Reg. 426/97, ss. 17-29.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Appropriate comparator group — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Province not providing for controversial intensive behavioural therapy for preschool-aged autistic children — Whether Province's refusal to fund treatment violates s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Medicare Protection Act, R.S.B.C. 1996, c. 286, s. 1 "benefits", "health care practitioner" — Medical and Health Care Services Regulation, B.C. Reg. 426/97, ss. 17-29.*

The infant petitioners suffer from autism, a neuro-behavioural syndrome that impairs social interaction, hinders communication and results in repetitive behaviour. They brought an action against the province of British Columbia, alleging that its failure to fund applied behavioral therapy for autism violated s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In the years leading up to the trial, the government acknowledged the importance of early intervention, diagnosis and assessment for autistic children but stated that services for their needs had to be balanced with services to children with other special needs. The government funded a number of programs for autistic children but did not establish funding for ABA/IBI therapy for all autistic children between the ages of three and six because of, *inter alia*, financial constraints and the emergent and controversial nature of this therapy. At the time of the trial, ABA/IBI

**Référence neutre : 2004 CSC 78.**

N° du greffe : 29508.

2004 : 9 juin; 2004 : 19 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps et Fish.

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Déficience mentale — Refus de la province de financer une thérapie comportementale pour enfants autistes d'âge préscolaire, offerte de façon intensive et sujette à controverse — Ce refus porte-t-il atteinte aux droits à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) — Medicare Protection Act, R.S.B.C. 1996, ch. 286, art. 1 « benefits », « health care practitioner » — Medical and Health Care Services Regulation, B.C. Reg. 426/97, art. 17-29.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Groupe de comparaison approprié — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Refus de la province de financer une thérapie comportementale pour enfants autistes d'âge préscolaire, offerte de façon intensive et sujette à controverse — Ce refus porte-t-il atteinte à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Medicare Protection Act, R.S.B.C. 1996, ch. 286, art. 1 « benefits », « health care practitioner » — Medical and Health Care Services Regulation, B.C. Reg. 426/97, art. 17-29.*

Les enfants requérants souffrent d'autisme, un trouble neurocomportemental se caractérisant par une altération des interactions sociales et de la communication et un comportement répétitif. Ils ont poursuivi la province de la Colombie-Britannique, alléguant que son omission de financer la thérapie comportementale pour le traitement de l'autisme était contraire au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Au cours des années ayant précédé l'audition de l'action, le gouvernement a reconnu l'importance, pour les enfants autistes, d'une intervention, d'un diagnostic et d'une évaluation précoces, tout en précisant que les services visant à répondre à leurs besoins devaient être mis en balance avec ceux offerts aux enfants ayant d'autres besoins spéciaux. Le gouvernement a financé un certain nombre de programmes destinés aux enfants autistes mais n'a pas établi le financement de la thérapie ABA/ICI pour tous les

funding for autistic children was not universal and was only beginning to be recognized as desirable. The trial judge found that the failure to fund ABA/IBI therapy violated the petitioners' equality rights, directed the province to fund early ABA/IBI therapy for children with autism and awarded \$20,000 in damages to each of the adult petitioners. The Court of Appeal upheld the judgment and added funding for ABA/IBI treatment pursuant to medical opinion.

*Held:* The appeal should be allowed; the cross-appeal should be dismissed.

A person claiming a violation of s. 15(1) of the *Charter* must establish: (1) differential treatment under the law, (2) on the basis of an enumerated or analogous ground, (3) which constitutes discrimination. The specific role of s. 15(1) in achieving its equality objective is to ensure that when governments choose to enact benefits or burdens, they do so on a non-discriminatory basis. This confines s. 15(1) claims to benefits and burdens imposed by law.

In this case, the government's conduct did not infringe the petitioners' equality rights. The benefit claimed — funding for all medically required treatment — is not provided by law. The *Canada Health Act* and the relevant British Columbia legislation do not promise that any Canadian will receive funding for all medically required treatment. All that is conferred is core funding for services delivered by medical practitioners and, at a province's discretion, funding or partial funding for non-core services, which in the case of British Columbia are delivered by classes of "health care practitioners" named by the province. More specifically, the law did not provide for funding for ABA/IBI therapy for autistic children. At the time of the trial, the province had not designated providers of ABA/IBI therapy as "health care practitioners" whose services could be funded under the plan. Since the government had not designated ABA/IBI therapists as "health care practitioners", the administrative body charged with administration of the provincial legislation had no power to order funding for ABA/IBI therapy.

The legislative scheme is not itself discriminatory in providing funding for non-core services to some groups while denying funding for ABA/IBI therapy to autistic children. The scheme is, by its very terms, a partial health plan and its purpose is not to meet all medical

enfants autistes âgés de trois à six ans en raison notamment de compressions budgétaires et du caractère nouveau et controversé de cette thérapie. Lors du procès, le financement de la thérapie ABA/ICI destinée aux enfants autistes n'était pas universel et l'on commençait seulement à reconnaître son opportunité. La juge de première instance a conclu que le refus de financer cette thérapie portait atteinte aux droits à l'égalité des requérants; elle a enjoint à la province de financer la thérapie ABA/ICI précoce destinée aux enfants autistes et elle a accordé des dommages-intérêts de 20 000 \$ à chacun des requérants adultes. La Cour d'appel a confirmé le jugement et ordonné en outre le financement du traitement ABA/ICI sur recommandation médicale.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli; le pourvoi incident est rejeté.

La personne qui allègue la violation du par. 15(1) de la *Charte* doit établir (1) une différence de traitement sous le régime de la loi, (2) qui est fondée sur un motif énuméré ou analogue et (3) qui est discriminatoire. Le rôle précis du par. 15(1) dans la poursuite de l'objectif d'égalité est de veiller à ce que le gouvernement qui décide d'accorder un avantage ou d'imposer une obligation le fasse de façon non discriminatoire. La demande fondée sur le par. 15(1) ne peut donc viser qu'un avantage ou une obligation prévus par la loi.

En l'espèce, la conduite du gouvernement n'a pas porté atteinte aux droits à l'égalité des requérants. L'avantage recherché — le financement de tous les services médicalement requis — n'est pas prévu par la loi. La *Loi canadienne sur la santé* et les dispositions provinciales pertinentes ne garantissent pas à tout Canadien le financement de tout traitement médicalement requis. Seuls sont prévus le financement des services essentiels fournis par un médecin et, au gré de la province, le financement total ou partiel des services non essentiels, soit, en Colombie-Britannique, les services des « professionnels de la santé » énumérés dans la loi. Plus particulièrement, la loi ne prévoyait pas le financement de la thérapie ABA/ICI pour les enfants autistes. Au moment du procès, la province n'avait pas inclus cette thérapie dans les services d'un « professionnel de la santé » susceptibles d'être financés par le régime. Puisque le gouvernement n'avait pas inclus la thérapie ABA/ICI dans les services d'un « professionnel de la santé », l'organisme administratif chargé de l'administration de la loi provinciale n'avait pas le pouvoir d'ordonner son financement.

Le régime législatif n'est pas discriminatoire en soi parce qu'il assure le financement de services non essentiels destinés à certains groupes tout en refusant de supporter financièrement la thérapie ABA/ICI destinée aux enfants autistes. Il s'agit par définition d'un régime

needs. It follows that exclusion of particular non-core services cannot, without more, be viewed as an adverse distinction based on an enumerated ground. Rather, it is an anticipated feature of the legislative scheme. One cannot therefore infer from the fact of exclusion of ABA/IBI therapy for autistic children from non-core benefits that this amounts to discrimination. There is no discrimination by effect.

Nor has it been established on the facts of this case that the government excluded autistic children on the basis of disability. When the relevant criteria are applied, the appropriate comparator for the petitioners is a non-disabled person, or a person suffering a disability other than a mental disability, who seeks or receives funding for a non-core therapy that is important for his or her present and future health, is emergent and has only recently begun to be recognized as medically required. The claimant or claimant group was not denied a benefit made available to the comparator group. In the absence of evidence suggesting that the government's approach to ABA/IBI therapy was different than its approach to other comparable, novel therapies for non-disabled persons or persons with a different type of disability, a finding of discrimination cannot be sustained.

The government's conduct did not infringe the petitioners' rights under s. 7 of the *Charter*.

### Cases Cited

**Applied:** *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Hodge v. Canada (Minister of Human Resources Development)*, [2004] 3 S.C.R. 357, 2004 SCC 65; **distinguished:** *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; **referred to:** *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28; *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, [2002] 4 S.C.R. 325, 2002 SCC 83; *Battlefords and District Co-operative Ltd. v. Gibbs*, [1996] 3 S.C.R. 566; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74; *Canadian Foundation for Children, Youth and the*

partiel de soins de santé dont l'objectif n'est pas de répondre à tous les besoins médicaux. L'exclusion d'un service non essentiel en particulier ne saurait donc constituer à elle seule une distinction préjudiciable fondée sur un motif énuméré. C'est au contraire une caractéristique prévisible du régime législatif. On ne peut donc conclure que l'exclusion de la thérapie ABA/ICI destinée aux enfants autistes des avantages non essentiels équivaut à une discrimination, y compris une discrimination résultant de l'effet de la loi.

Il n'a pas non plus été prouvé que le gouvernement a exclu les enfants autistes sur le fondement de leur déficience. Lorsque les critères pertinents sont appliqués, l'élément de comparaison approprié en l'espèce est la personne non handicapée ou celle atteinte d'une autre déficience que la déficience mentale sollicitant ou obtenant le financement d'une thérapie qui constitue un service non essentiel important pour sa santé actuelle et future, qui est nouvelle et qui n'est requise médicalement que depuis peu. Le demandeur ou le groupe demandeur n'a pas été privé d'un avantage offert au groupe de comparaison. Faute d'une preuve permettant de conclure que l'attitude du gouvernement vis-à-vis de la thérapie ABA/ICI était différente de celle qu'il avait à l'égard d'autres thérapies nouvelles comparables destinées aux personnes non handicapées ou à celles atteintes d'un type différent de déficience, l'on ne saurait conclure à la discrimination.

La conduite du gouvernement n'a pas porté atteinte aux droits que l'art. 7 de la *Charte* garantit aux requérants.

### Jurisprudence

**Arrêts appliqués :** *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Hodge c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, [2004] 3 R.C.S. 357, 2004 CSC 65; **distinction d'avec l'arrêt :** *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; **arrêts mentionnés :** *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28; *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, 2002 CSC 83; *Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs*, [1996] 3 R.C.S. 566; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74; *Canadian Foundation for Children, Youth and the*

*Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4.

### Statutes and Regulations Cited

*Canada Health Act*, R.S.C. 1985, c. C-6, ss. 2 “health care practitioner”, “hospital”, “hospital services”, “insured health services”, “medical practitioner”, “physician services”, 3, 4 [repl. 1995, c. 17, s. 35], 7, 9, 10, 12(1).

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 15, 24(1).

*Constitution Act, 1867*.

*Interpretation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 238, s. 29 “medical practitioner”.

*Medical and Health Care Services Regulation*, B.C. Reg. 426/97, ss. 17, 22, 25.1.

*Medicare Protection Act*, R.S.B.C. 1996, c. 286, Preamble, s. 1 “beneficiary”, “benefits”, “commission”, “health care practitioner”, “medical practitioner”, “practitioner”, 2, 4(1), (2), (3), 5(1), (2), 26(1), (3), (4).

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2002), 220 D.L.R. (4th) 411, [2003] 1 W.W.R. 42, 173 B.C.A.C. 114, 283 W.A.C. 114, 6 B.C.L.R. (4th) 201, 99 C.R.R. (2d) 139, [2002] B.C.J. No. 2258 (QL), 2002 BCCA 538, affirming a decision of the British Columbia Supreme Court, [2000] 8 W.W.R. 227, 78 B.C.L.R. (3d) 55, 77 C.R.R. (2d) 293, [2000] B.C.J. No. 1547 (QL), 2000 BCSC 1142, with supplementary reasons (2001), 197 D.L.R. (4th) 165, [2001] 3 W.W.R. 447, 84 B.C.L.R. (3d) 259, 80 C.R.R. (2d) 233, [2001] B.C.J. No. 215 (QL), 2001 BCSC 220. Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

*D. Geoffrey Cowper, Q.C.*, and *Lisa J. Mrozinski*, for the appellants/respondents on cross-appeal.

*C. E. Hinkson, Q.C.*, and *Birgitta von Krosigk*, for the respondents/appellants on cross-appeal.

*Graham Garton, Q.C.*, and *Michael H. Morris*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Robert E. Charney* and *Sarah Kraicer*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Isabelle Harnois*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 15, 24(1).

*Interpretation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 238, art. 29 « *medical practitioner* ».

*Loi canadienne sur la santé*, L.R.C. 1985, ch. C-6, art. 2 « hôpital », « médecin », « professionnel de la santé », « services de santé assurés », « services hospitaliers », « services médicaux », 3, 4 [rempl. 1995, ch. 17, art. 35], 7, 9, 10, 12(1).

*Loi constitutionnelle de 1867*.

*Medical and Health Care Services Regulation*, B.C. Reg. 426/97, art. 17, 22, 25.1.

*Medicare Protection Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 286, préambule, art. 1 « *beneficiary* », « *benefits* », « *commission* », « *health care practitioner* », « *medical practitioner* », « *practitioner* », 2, 4(1), (2), (3), 5(1), (2), 26(1), (3), (4).

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (2002), 220 D.L.R. (4th) 411, [2003] 1 W.W.R. 42, 173 B.C.A.C. 114, 283 W.A.C. 114, 6 B.C.L.R. (4th) 201, 99 C.R.R. (2d) 139, [2002] B.C.J. No. 2258 (QL), 2002 BCCA 538, qui a confirmé une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, [2000] 8 W.W.R. 227, 78 B.C.L.R. (3d) 55, 77 C.R.R. (2d) 293, [2000] B.C.J. No. 1547 (QL), 2000 BCSC 1142, avec motifs supplémentaires (2001), 197 D.L.R. (4th) 165, [2001] 3 W.W.R. 447, 84 B.C.L.R. (3d) 259, 80 C.R.R. (2d) 233, [2001] B.C.J. No. 215 (QL), 2001 BCSC 220. Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté.

*D. Geoffrey Cowper, c.r.*, et *Lisa J. Mrozinski*, pour les appelants/intimés au pourvoi incident.

*C. E. Hinkson, c.r.*, et *Birgitta von Krosigk*, pour les intimés/appelants au pourvoi incident.

*Graham Garton, c.r.*, et *Michael H. Morris*, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

*Robert E. Charney* et *Sarah Kraicer*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

*Isabelle Harnois*, pour l’intervenant le procureur général du Québec.

*Catherine J. Lunn*, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Written submissions only by *Gaétan Migneault*, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

*Ruth M. DeMone*, for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island.

*Margaret Unsworth*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

*Donald H. Burrage, Q.C.*, and *Barbara Barrowman*, for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador.

*Elizabeth J. Shilton, Fay Faraday* and *Ena Chadha*, for the interveners the Canadian Association for Community Living and the Council of Canadians with Disabilities.

*Dianne Pothier* and *Fiona Sampson*, for the interveners the Women's Legal Education and Action Fund and the DisAbled Women's Network Canada.

*Domenic A. Crolla* and *Meghan K. O'Brien*, for the intervener the Autism Society Canada.

*Douglas C. Mitchell*, for the intervener Michelle Dawson.

*Elizabeth M. (Ellie) Venhola, Janet L. Hutchison* and *Michael R. Loughlan*, for the interveners the Families for Effective Autism Treatment of Alberta Foundation and the Families for Early Autism Treatment of Ontario.

*Mary Eberts* and *Jonathan Strug*, for the intervener the Friends of Children with Autism.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

## I. Introduction

This case raises the issue of whether the Province of British Columbia's refusal to fund a particular

*Catherine J. Lunn*, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Argumentation écrite seulement par *Gaétan Migneault*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

*Ruth M. DeMone*, pour l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard.

*Margaret Unsworth*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*Donald H. Burrage, c.r.*, et *Barbara Barrowman*, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador.

*Elizabeth J. Shilton, Fay Faraday* et *Ena Chadha*, pour les intervenants l'Association canadienne pour l'intégration communautaire et le Conseil des Canadiens avec déficiences.

*Dianne Pothier* et *Fiona Sampson*, pour les intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et le Réseau d'action des femmes handicapées du Canada.

*Domenic A. Crolla* et *Meghan K. O'Brien*, pour l'intervenante la Société canadienne de l'autisme.

*Douglas C. Mitchell*, pour l'intervenante Michelle Dawson.

*Elizabeth M. (Ellie) Venhola, Janet L. Hutchison* et *Michael R. Loughlan*, pour les intervenantes Families for Effective Autism Treatment of Alberta Foundation et Families for Early Autism Treatment of Ontario.

*Mary Eberts* et *Jonathan Strug*, pour l'intervenant Friends of Children with Autism.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

## I. Introduction

Le présent pourvoi soulève la question de savoir si le refus de la province de la Colombie-Britannique

treatment for preschool-aged autistic children violates the right to equality under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The petitioners are autistic children and their parents. They argue that the government's failure to fund applied behavioral therapy for autism unjustifiably discriminated against them. In the background lies the larger issue of when, if ever, a province's public health plan under the *Canada Health Act*, R.S.C. 1985, c. C-6 ("CHA"), is required to provide a particular health treatment outside the "core" services administered by doctors and hospitals.

One sympathizes with the petitioners, and with the decisions below ordering the public health system to pay for their therapy. However, the issue before us is not what the public health system should provide, which is a matter for Parliament and the legislature. The issue is rather whether the British Columbia Government's failure to fund these services under the health plan amounted to an unequal and discriminatory denial of benefits under that plan, contrary to s. 15 of the *Charter*. Despite their forceful argument, the petitioners fail to establish that the denial of benefits violated the *Charter*.

The government must provide the services authorized by law in a non-discriminatory manner. Here, however, discrimination has not been established. First, the claim for discrimination is based on the erroneous assumption that the *CHA* and the relevant British Columbia legislation provided the benefit claimed. Second, on the facts here and applying the appropriate comparator, it is not established that the government excluded autistic children on the basis of disability. For these reasons, the claim fails and the appeal is allowed.

## II. History of the Case

The four infant petitioners suffer from autism, a neuro-behavioural syndrome caused by a dysfunction of the central nervous system that impairs social

de financer un traitement destiné aux enfants autistes d'âge préscolaire porte atteinte au droit à l'égalité garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les requérants, des enfants autistes et leurs parents, soutiennent que, en refusant de financer la thérapie comportementale pour le traitement de l'autisme, le gouvernement a établi une distinction injustifiée à leur égard. Se pose en toile de fond la question plus générale de savoir dans quel cas, s'il en est, le régime public de soins médicaux d'une province régi par la *Loi canadienne sur la santé*, L.R.C. 1985, ch. C-6 (« LCS »), doit offrir un traitement médical non compris dans les services « essentiels » dispensés par les médecins et les hôpitaux.

On comprend la situation des requérants et la décision des tribunaux inférieurs d'ordonner au régime public de soins de santé de payer leurs frais de thérapie. Cependant, la question dont nous sommes saisis n'est pas de savoir quels services devrait offrir le régime, car il appartient au Parlement et à la législature d'en décider. Notre Cour doit plutôt déterminer si le refus du gouvernement de la Colombie-Britannique de supporter financièrement les services en cause dans le cadre du régime de soins de santé équivaut à un refus injuste et discriminatoire des avantages conférés par le régime, contrairement à l'art. 15 de la *Charte*. Malgré leur solide argumentation, les requérants n'ont pas établi que le refus des avantages contrevenait à la *Charte*.

Le gouvernement doit offrir de manière non discriminatoire les services autorisés par la loi. Or, en l'espèce, la discrimination n'a pas été établie. Premièrement, l'allégation se fonde sur l'hypothèse erronée que la *LCS* et les dispositions provinciales pertinentes prévoyaient la fourniture du service en cause. Deuxièmement, au vu des faits et compte tenu de l'élément de comparaison approprié, il n'est pas prouvé que le gouvernement a exclu les enfants autistes sur le fondement de leur déficience. Pour ces motifs, l'allégation est rejetée, et le pourvoi accueilli.

## II. Historique de l'affaire

Les quatre enfants requérants souffrent d'autisme, un trouble neurocomportemental causé par un dysfonctionnement du système nerveux central et

2

3

4

interaction, hinders communication and results in repetitive, stereotyped behaviour. The symptoms and effects of autism vary from mild to severe. Over 90 percent of untreated autistic children end up in group homes or other residential facilities.

5

The cause and cure of autism remain unknown. However, a 1987 study published by a Texas researcher, Dr. O. Ivar Lovaas, suggested that applied behavioural therapy based on the repetitive use of stimuli and emphasized cues might help some autistic children between ages three and six. The therapy is intensive and therefore expensive — between \$45,000 and \$60,000 per year. It is not always successful; the trial judge found only that in “some cases” it may produce “significant results” ((2000), 78 B.C.L.R. (3d) 55, 2000 BCSC 1142, at para. 51). While increasingly accepted, Applied Behavioural Analysis (“ABA”) or Intensive Behavioural Intervention (“IBI”) therapy is not uncontroversial. Objections range from its reliance in its early years on crude and arguably painful stimuli, to its goal of changing the child’s mind and personality. Indeed one of the interveners in this appeal, herself an autistic person, argues against the therapy.

6

The infant petitioners received Lovaas therapy. Their parents, the adult petitioners, funded the treatment, although Connor Auton’s mother ultimately became unable to continue for financial reasons. Until the government forbade it on the ground that new options were being evaluated, some families used funds for support services from the Ministry of Children and Families to help finance Lovaas therapy for their children with the tacit support of Ministry workers in some regions. Over a period of years, the petitioners and others lobbied the Ministers of Health, of Education, and of Children and Families for funding for Lovaas therapy, without success. In 1995, the petitioners commenced this action.

caractérisé par une altération des interactions sociales et de la communication et un comportement répétitif et stéréotypé. Les symptômes et les effets de l’autisme varient selon une échelle allant de modérés à sévères. Plus de 90 pour 100 des enfants autistes ne bénéficiant d’aucun traitement sont placés dans un foyer de groupe ou dans un établissement.

La cause de l’autisme et son traitement n’ont pas encore été découverts. Cependant, selon une étude publiée en 1987 par un chercheur du Texas, le D<sup>r</sup> O. Ivar Lovaas, une thérapie comportementale fondée sur le recours répétitif à des stimuli et au renforcement positif pourrait aider certains enfants autistes âgés de trois à six ans. La thérapie est intensive et, de ce fait, coûteuse — de 45 000 \$ à 60 000 \$ par année. Elle n’est pas toujours efficace; la juge de première instance a conclu qu’elle pouvait donner des [TRADUCTION] « résultats notables » dans « certains cas » seulement ((2000), 78 B.C.L.R. (3d) 55, 2000 BCSC 1142, par. 51). Bien qu’elle compte de plus en plus d’adeptes, l’analyse comportementale (ou comportementale) appliquée (« ABA ») ou l’intervention comportementale intensive (« ICI ») ne fait pas l’unanimité. On lui reproche non seulement l’utilisation, à ses débuts, de stimuli grossiers, voire douloureux, mais aussi son objectif de modifier le psychisme et la personnalité de l’enfant. D’ailleurs, l’une des parties intervenantes au présent pourvoi, qui souffre elle-même d’autisme, la réproouve.

Les enfants requérants ont suivi la thérapie Lovaas. Leurs parents, les adultes requérants, en ont supporté le coût, mais la mère de Connor Auton n’a plus été en mesure de le faire à un moment donné. Jusqu’à ce que le gouvernement le leur interdise au motif que de nouvelles avenues étaient à l’étude, certaines familles ont bénéficié de fonds du ministère des Enfants et de la Famille destinés aux services d’aide pour acquitter en partie leurs frais de thérapie, et ce, avec l’appui tacite d’employés du ministère dans certaines régions. Pendant plusieurs années, les requérants et d’autres personnes ont exhorté en vain les ministres de la Santé et de l’Éducation, et celui des Enfants et de la Famille, à assurer le financement de la thérapie Lovaas. En 1995, les requérants ont intenté l’action qui est à l’origine du présent pourvoi.



In the years leading up to the trial in 2000, the government funded a number of programs for autistic children and their families. This was done through the Ministry of Children and Families, which in 1997 had been given responsibility for child and youth mental health. The programs included infant development, supported child care, at-home respite, respite relief, contracted respite, occupational therapy, physical therapy, speech and language therapy, homemaker and home support services, hearing services, child care workers and specific behavioural support. Under the latter category, some programs attempted to positively treat autism. The Ministry provided services to autistic children through contracted agencies, some of which employed some behavioural analysis techniques. However, the focus was on teaching families the techniques to enable them to work themselves with the children.

An early intervention ABA/IBI program called LEAP had been established in Ladner but it was underfunded and equipped to serve only six children. Other centres and groups provided some ABA/IBI but the Crown's expert, Dr. Glen Davies, testified that these programs were not intensive, not delivered early enough in the child's development, and were rarely of sufficient duration to maximize the child's development. Finally, in May 1999, the Ministry announced an Autism Action Plan and an Autism Action Implementation Plan, which acknowledged the importance of early intervention, diagnosis and assessment, but stated that services for autistic children had to be balanced with services to children with other special needs. Moreover, the plan did not specifically target ABA/IBI therapy. As of the date of trial a year or so later, the Ministry had not produced much. No new funding had been provided and a concrete plan for intensive early treatment remained to be developed.

In a nutshell, at the time of trial the government funded a number of programs for young autistic

Au cours des années ayant précédé l'audition de l'action en 2000, le gouvernement a subventionné un certain nombre de programmes destinés aux enfants autistes et à leurs familles. Il l'a fait par l'intermédiaire du ministère des Enfants et de la Famille qui, en 1997, s'était vu confier la responsabilité de la santé mentale des enfants et des adolescents. Les services offerts avaient trait au développement du jeune enfant, à l'aide aux services de garde, à la relève, y compris à domicile et à contrat, à l'ergothérapie, à la physiothérapie, à l'orthophonie, aux auxiliaires familiaux et aux aides à domicile, à l'audiologie, aux travailleurs en garderie et à la consultation comportementale pour autistes. Dans cette dernière catégorie, l'objectif de certains programmes était de traiter l'autisme comme tel. Le ministère a offert des services aux enfants autistes par l'entremise d'organismes contractuels dont certains avaient recours à des techniques d'analyse comportementale. Toutefois, l'accent était mis sur l'enseignement des techniques aux familles pour leur permettre de travailler elles-mêmes avec les enfants.

Un programme ABA/ICI d'intervention précoce appelé LEAP a été mis sur pied à Ladner. Sous-financé, il ne pouvait accueillir que six enfants à la fois. D'autres centres ou groupes offraient des programmes ABA/ICI, mais au dire du témoin expert de la Couronne, le D<sup>r</sup> Glen Davies, ces programmes n'étaient pas intensifs, n'intervenaient pas assez tôt dans le développement de l'enfant et duraient rarement assez longtemps pour maximiser le développement de l'enfant. Enfin, en mai 1999, le ministère a annoncé la création et la mise en œuvre d'un plan d'action reconnaissant l'importance d'une intervention, d'un diagnostic et d'une évaluation précoces, mais en précisant que les services destinés aux enfants autistes devaient être mis en balance avec ceux offerts aux enfants ayant d'autres besoins spéciaux. En outre, le plan ne visait pas particulièrement la thérapie ABA/ICI. Le jour du procès, soit environ un an plus tard, le projet du ministère avait peu progressé. Nuls crédits supplémentaires n'avaient été débloqués et aucune mesure concrète n'avait été prise en vue d'un traitement intensif précoce.

En somme, au moment du procès, le gouvernement finançait un certain nombre de programmes

7

8

9

children, and appeared to be moving toward funding some form of early intervention therapy. However, it had not established funding for intensive, universal ABA/IBI therapy available to all autistic children between the ages of three and six.

10 This delay appears to have been due to a number of factors. The first was the 1997 decision to transfer child and youth mental health from the Ministry of Health to the Ministry of Children and Families, which put a non-medical slant on treatment. The second was financial constraint: in 1998, the deputy ministers of the ministries of Health, Education, and Children and Families informed families that the government was not “in a resource position” to fund ABA/IBI therapy.

11 A final factor may have been the emergent and somewhat controversial nature of ABA/IBI therapy, although by the time of the trial the evidence was sufficient to convince the trial judge that it was “medically necessary” (para. 102). At the time of trial in 2000, ABA/IBI funding for autistic children was only beginning to be recognized as desirable and was far from universal. Alberta established funding for it in 1999, as did Ontario. Prince Edward Island was providing up to 20 hours of ABA/IBI per week at the time of trial, and Newfoundland and Manitoba had instituted pilot projects in 1999. In the United States “several jurisdictions” included ABA/IBI in educational or Medicaid programs, and the New York State Department Guidelines and the 1999 U.S. Report of the Surgeon General on Mental Health recognized ABA/IBI as the treatment of choice (trial judgment, at para. 82).

12 The petitioners sought funding for Lovaas therapy, a particular type of ABA/IBI therapy, from all three ministries. However, the trial judge dealt only with the claim against the Ministry of Health

destinés aux jeunes enfants autistes et semblait envisager le financement d’une quelconque forme d’intervention thérapeutique précoce. Il n’avait cependant pas établi le financement de la thérapie intensive ABA/ICI pour tous les enfants autistes âgés de trois à six ans.

Un certain nombre de facteurs semblent expliquer cette lenteur à agir. Le premier est la décision, prise en 1997, de retirer au ministère de la Santé la compétence en matière de santé mentale des enfants et des adolescents et de l’attribuer au ministère des Enfants et de la Famille, lequel a alors considéré le traitement d’un point de vue non médical. Deuxième facteur, les compressions budgétaires. En 1998, les sous-ministres de la Santé et de l’Éducation, de même que celui des Enfants et de la Famille, ont annoncé aux familles que la [TRADUCTION] « situation financière » du gouvernement ne lui permettait pas d’offrir la thérapie ABA/ICI.

Un dernier facteur d’explication a pu être le caractère nouveau et quelque peu controversé de la thérapie ABA/ICI, même si, lors du procès en 2000, la preuve s’est révélée suffisante pour convaincre la juge qu’il s’agissait d’un traitement [TRADUCTION] « médicalement nécessaire » (par. 102). L’on commençait alors seulement à reconnaître l’opportunité de financer la thérapie ABA/ICI destinée aux enfants autistes et le financement était loin d’être universel. L’Alberta a offert la thérapie dès 1999, tout comme l’Ontario. Au moment du procès, l’Île-du-Prince-Édouard offrait jusqu’à 20 heures de thérapie ABA/ICI par semaine et, en 1999, Terre-Neuve et le Manitoba avaient lancé des projets pilotes. Aux États-Unis, les programmes scolaires et Medicaid de plusieurs États englobaient la thérapie ABA/ICI; les lignes directrices du département d’État de New York et le rapport sur la santé mentale établi en 1999 par le directeur général de la santé publique des États-Unis considéraient la thérapie ABA/ICI comme un traitement de choix (jugement de première instance, par. 82).

L’action intentée par les requérants en vue d’obtenir le financement de la thérapie Lovaas, un type particulier de thérapie ABA/ICI, visait les trois ministères. Or, la juge de première instance n’a

because she considered the issue “to be primarily a health issue” (para. 88).

Having thus narrowed the claim, the trial judge went on to find that applied behavioural therapy is a “medically necessary” service for autistic children. I note that she used the term “medically necessary” to mean, in a general way, a medical service that is essential to the health and medical treatment of an individual. She ruled that by denying a “medically necessary” service to a disadvantaged group (autistic children, a subset of the mentally disabled), while providing “medically necessary” services to non-autistic children and mentally disabled adults, the government discriminated against autistic children, since “[t]he absence of treatment programmes for autistic children must consciously or unconsciously be based on the premise that one cannot effectively treat autistic children . . . [which is] a misconceived stereotype” (para. 127). She concluded, at para. 139:

The Crown has failed to take into account and accommodate the infant petitioners’ already disadvantaged position, resulting in differential treatment. That unequal treatment, which is based on the enumerated ground of mental disability, is discriminatory. Here the only accommodation possible is funding for effective treatment.

The trial judge went on to find that the discrimination was not justified under s. 1 of the *Charter*. She accepted that the government was entitled to judicial deference in allocating finite resources among vulnerable groups, but held that this did not immunize its decision to deny funding for ABA/IBI from *Charter* review, given that the exclusion of ABA/IBI therapy undermined the “primary objective” of medicare legislation, namely the provision of “universal health care” (para. 151).

The trial judge granted: (1) a declaration that failure to fund ABA/IBI breached s. 15 of the *Charter*; (2) a direction that the Crown fund early intensive

considéré que la demande dirigée contre le ministère de la Santé puisque, selon elle, il s’agissait [TRADUCTION] « essentiellement d’une question de santé » (par. 88).

Après avoir ainsi restreint la portée de la demande, la juge de première instance a conclu que la thérapie comportementale était un service « médicalement nécessaire » pour les enfants autistes. Je remarque qu’elle a employé l’expression « médicalement nécessaire » au sens général d’essentiel à la santé et au traitement médical d’une personne. Elle a conclu que, en refusant un service « médicalement nécessaire » à un groupe défavorisé (les enfants autistes, un sous-groupe des personnes atteintes de déficience mentale) tout en offrant des services « médicalement nécessaires » aux autres enfants et aux adultes souffrant d’une déficience mentale, le gouvernement avait fait preuve de discrimination à l’endroit des enfants autistes, car [TRADUCTION] « [l]’absence de programmes thérapeutiques destinés aux enfants autistes repose sur le postulat, conscient ou non, que les enfants autistes ne peuvent pas véritablement être traités [. . .] ce qui est erroné » (par. 127). Elle a conclu (par. 139) :

[TRADUCTION] L’État n’a pas tenu compte de la situation défavorisée dans laquelle se trouvaient déjà les enfants requérants, ce qui a donné lieu à une différence de traitement. Fondée sur le motif énuméré de la déficience mentale, celle-ci est discriminatoire. En l’espèce, la seule mesure d’adaptation possible est le financement d’un traitement efficace.

La juge de première instance a conclu par ailleurs que la discrimination n’était pas justifiée au sens de l’article premier de la *Charte*. Elle a reconnu que la déférence judiciaire s’imposait à l’égard de la répartition, par le gouvernement, de ressources limitées entre les différents groupes vulnérables, mais que le refus de financer la thérapie ABA/ICI n’échappait pas pour autant à l’examen fondé sur la *Charte*, puisque l’exclusion de la thérapie ABA/ICI compromettrait [TRADUCTION] « l’objectif fondamental » des dispositions sur l’assurance-maladie, savoir l’« universalité des soins de santé » (par. 151).

La juge de première instance a rendu un jugement (1) portant que le refus de financer la thérapie ABA/ICI portait atteinte à l’art. 15 de la *Charte*,

13

14

15

behavioural therapy for children with autism; and (3) a “symbolic” award of \$20,000 under s. 24(1) of the *Charter* to each of the adult petitioners as damages for the financial and emotional burdens of litigation ((2001), 197 D.L.R. (4th) 165, 2001 BCSC 220, at paras. 64-65). She did not direct funding or reimbursement for the specific therapy requested and used, Lovaas therapy, on the ground that it was up to the government, not the court, to determine the nature and extent of ABA/IBI therapy funded on appropriate professional advice (para. 25).

(2) enjoignant à l’État de financer la thérapie comportementale intensive précoce destinée aux enfants autistes et (3) octroyant à chacun des requérants adultes, sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte*, des dommages-intérêts [TRADUCTION] « symboliques » de 20 000 \$ pour les préjudices financier et moral causés par le litige ((2001), 197 D.L.R. (4th) 165, 2001 BCSC 220, par. 64-65). Elle n’a pas ordonné le financement de la thérapie visée par l’action — celle fondée sur la méthode Lovaas —, ni le remboursement des frais engagés relativement à celle-ci, au motif qu’il appartenait au gouvernement, et non au tribunal, de déterminer, sur l’avis d’experts en la matière, la nature et la durée de la thérapie ABA/ICI offerte (par. 25).

16 The Court of Appeal agreed with the trial judge that the government had discriminated contrary to s. 15 of the *Charter* and that this could not be justified under s. 1 ((2002), 220 D.L.R. (4th) 411, 2002 BCCA 538). The discrimination lay in “the failure of the health care administrators of the Province to consider the individual needs of the infant complainants by funding treatment” (para. 51). This, to the appellate court, constituted “a statement that their mental disability is less worthy of assistance than the transitory medical problems of others”, thus creating a “socially constructed handicap” that worsened the position of an already disadvantaged group (para. 51).

La Cour d’appel a convenu avec la juge de première instance que le gouvernement avait fait preuve de discrimination contrairement à l’art. 15 de la *Charte* et que la distinction établie ne pouvait être justifiée au sens de l’article premier ((2002), 220 D.L.R. (4th) 411, 2002 BCCA 538). La discrimination résidait dans [TRADUCTION] « l’omission des administrateurs du régime de soins de santé de la province de tenir compte des besoins individuels des enfants plaignants en finançant le traitement » (par. 51). Pour elle, cela revenait à [TRADUCTION] « dire que parce qu’ils sont atteints de déficience mentale, ces enfants sont moins dignes d’aide que d’autres personnes ayant des problèmes de santé passagers » et à créer ainsi un [TRADUCTION] « handicap résultant d’une construction sociale » qui avait pour effet de détériorer la situation d’un groupe déjà défavorisé (par. 51).

17 The government was unable to satisfy its justificative burden under s. 1 of the *Charter*. It failed to establish a rational connection or proportionality between the objective of properly allocating limited resources between multiple demands and the denial of ABA/IBI therapy, given the importance of meeting the needs of autistic children and the potential benefits for the children and the community that would flow from ABA/IBI treatment. The Court of Appeal allowed the cross-appeal by adding funding for ABA/IBI treatment pursuant to medical opinion.

Le gouvernement ne s’est pas acquitté du fardeau de justification que lui imposait l’article premier de la *Charte*. Il n’a pas prouvé l’existence d’un lien rationnel ni établi la proportionnalité entre l’objectif de répartir judicieusement ses ressources limitées entre les multiples besoins et le refus d’offrir la thérapie ABA/ICI, étant donné l’importance de répondre aux besoins des enfants autistes et les avantages possibles du traitement ABA/ICI pour les enfants et la collectivité. La Cour d’appel a accueilli l’appel incident et ordonné le financement du traitement ABA/ICI sur recommandation médicale.

The government now appeals to this Court, and asks that these decisions be set aside.

### III. Analysis

#### A. *Did the Government's Conduct Infringe the Petitioners' Equality Rights Under Section 15 of the Charter?*

Section 15(1) of the *Charter* provides:

Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

This case engages s. 15's guarantee of "equal benefit of the law without discrimination . . . based on . . . mental . . . disability".

Different cases have formulated the requirements for a successful s. 15(1) claim in different ways. Nevertheless, there is "broad agreement on the general analytic framework": *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 58. In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at pp. 168 *et seq.* — this Court's seminal statement on the interpretation of s. 15(1) —, the s. 15 analysis was described in two steps: first, whether there is unequal treatment under the law; and, second, whether the treatment is discriminatory. Similarly in *Eldridge, supra*, which also concerned a claim for medical services, La Forest J., at para. 58, put the test as follows:

A person claiming a violation of s. 15(1) must first establish that, because of a distinction drawn between the claimant and others, the claimant has been denied "equal protection" or "equal benefit" of the law. Secondly, the claimant must show that the denial constitutes discrimination on the basis of one of the enumerated grounds listed in s. 15(1) or one analogous thereto.

Le gouvernement se pourvoit maintenant devant notre Cour et demande l'annulation de ces décisions.

### III. Analyse

#### A. *Le gouvernement a-t-il porté atteinte aux droits à l'égalité des requérants garantis par l'art. 15 de la Charte?*

Le paragraphe 15(1) de la *Charte* dispose :

La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

La présente affaire met en jeu le droit au « même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination [. . .] fondé[e] sur [. . .] [la] déficienc[e] mental[e] » garanti au par. 15(1).

La jurisprudence a énoncé de différentes manières les exigences auxquelles un demandeur doit satisfaire pour avoir gain de cause sur le fondement du par. 15(1). Pourtant, il y a « un large accord général sur le cadre d'analyse général » : *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 58. Dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 168 *et suiv.* — l'arrêt charnière de notre Cour concernant l'interprétation du par. 15(1) —, l'analyse que commande cette disposition comporte deux volets. Premièrement, y a-t-il inégalité de traitement sous le régime de la loi et, deuxièmement, le traitement est-il discriminatoire? De même, dans *Eldridge*, précité, où l'accès à des services médicaux était également en cause, le juge La Forest a formulé ainsi le critère applicable (par. 58) :

La personne qui allègue une violation du par. 15(1) doit d'abord établir que, en raison d'une distinction faite entre elle et d'autres personnes, elle est privée de la « même protection » ou du « même bénéfice » de la loi. En deuxième lieu, elle doit démontrer que cette privation constitue une discrimination fondée sur l'un des motifs énumérés au par. 15(1) ou sur un motif analogue.

18

19

20

21

- 22 The dual requirements of *Andrews, supra*, and *Eldridge, supra*, were broken into three requirements in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at para. 88: (1) differential treatment under the law; (2) on the basis of an enumerated or analogous ground; (3) which constitutes discrimination.
- 23 There is no magic in a particular statement of the elements that must be established to prove a claim under s. 15(1). It is the words of the provision that must guide. Different cases will raise different issues. In this case, as will be discussed, an issue arises as to whether the benefit claimed is one provided by the law. The important thing is to ensure that all the requirements of s. 15(1), as they apply to the case at hand, are met.
- 24 A complicating factor is that however one states the requirements for s. 15(1), they inevitably overlap. For example, the nature of the benefit, the enumerated or analogous ground at issue, and the choice of a correct comparator play a role in all three steps: see *Hodge v. Canada (Minister of Human Resources Development)*, [2004] 3 S.C.R. 357, 2004 SCC 65. Frameworks thus do not describe discreet linear steps; rather, they serve as a guide to ensure that the language and purpose of s. 15(1) are respected.
- 25 Whatever framework is used, an overly technical approach to s. 15(1) is to be avoided. In *Andrews, supra*, at pp. 168-69, McIntyre J. warned against adopting a narrow, formalistic analytical approach, and stressed the need to look at equality issues substantively and contextually. The Court must look at the reality of the situation and assess whether there has been discriminatory treatment having regard to the purpose of s. 15(1), which is to prevent the perpetuation of pre-existing disadvantage through unequal treatment.
- 26 In this case, the following issues arise from an application of the language of s. 15(1) to the facts:
- De deux qu'elles étaient dans *Andrews* et *Eldridge*, précités, ces exigences sont passées à trois dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 88 : (1) Y a-t-il une différence de traitement sous le régime de la loi; (2) est-elle fondée sur un motif énuméré ou analogue; (3) est-elle discriminatoire?
- Il n'y a pas d'énoncé type des éléments à établir à l'appui d'une demande fondée sur le par. 15(1). C'est le libellé de la disposition qui est déterminant. Différentes affaires soulèvent différentes questions. Dans la présente espèce, comme nous le verrons, il s'agit de savoir si l'avantage recherché est prévu par la loi. Il importe de s'assurer du respect de toutes les exigences du par. 15(1) au regard des faits de l'espèce.
- Un élément complique cependant les choses. Peu importe la façon dont on les énonce, ces exigences se chevauchent inévitablement. Par exemple, la nature de l'avantage, le motif énuméré ou analogue en cause et le choix du bon élément de comparaison jouent un rôle à chacune des trois étapes : voir *Hodge c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, [2004] 3 R.C.S. 357, 2004 CSC 65. Les cadres d'analyse ne prévoient donc pas d'étapes distinctes devant être suivies de manière linéaire; ils établissent plutôt des paramètres permettant de s'assurer que le libellé et l'objet du par. 15(1) sont respectés.
- Quel que soit le cadre d'analyse, il faut s'abstenir d'interpréter le par. 15(1) de manière trop technique. Dans l'arrêt *Andrews*, précité, p. 168-169, le juge McIntyre a fait une mise en garde contre une interprétation formaliste et restrictive et il a insisté sur la nécessité d'examiner les questions relatives à l'égalité en fonction de la réalité et du contexte. Le tribunal doit se pencher sur la situation réelle et déterminer s'il y a eu traitement discriminatoire au regard de l'objet du par. 15(1), qui est d'empêcher la perpétuation d'un désavantage préexistant par un traitement inégal.
- L'application du libellé du par. 15(1) aux faits de l'espèce soulève les questions suivantes :

(1) Is the claim for a benefit provided by law? If not, what relevant benefit is provided by law?

(2) Was the relevant benefit denied to the claimants while being granted to a comparator group alike in all ways relevant to benefit, except for the personal characteristic associated with an enumerated or analogous ground?

(3) If the claimants succeed on the first two issues, is discrimination established by showing that the distinction denied their equal human worth and human dignity?

(1) Is the Claim for a Benefit Provided by Law?

In order to succeed, the claimants must show unequal treatment under the law — more specifically that they failed to receive a benefit that the law provided, or was saddled with a burden the law did not impose on someone else. The primary and oft-stated goal of s. 15(1) is to combat discrimination and ameliorate the position of disadvantaged groups within society. Its specific promise, however, is confined to benefits and burdens “of the law”. Combatting discrimination and ameliorating the position of members of disadvantaged groups is a formidable task and demands a multi-pronged response. Section 15(1) is part of that response. Section 15(2)’s exemption for affirmative action programs is another prong of the response. Beyond these lie a host of initiatives that governments, organizations and individuals can undertake to ameliorate the position of members of disadvantaged groups.

The specific role of s. 15(1) in achieving this objective is to ensure that when governments choose to enact benefits or burdens, they do so on a non-discriminatory basis. This confines s. 15(1) claims to benefits and burdens imposed by law. As stated in *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at p. 1329:

The guarantee of equality before the law is designed to advance the value that all persons be subject to the equal demands and burdens of the law and not suffer any

(1) Les demandeurs recherchent-ils un avantage prévu par la loi? Dans la négative, quel est l’avantage prévu par la loi?

(2) L’avantage prévu par la loi a-t-il été refusé aux demandeurs et accordé à un groupe de comparaison semblable sous tous les rapports importants pour ce qui est de l’avantage, hormis la caractéristique personnelle associée à un motif énuméré ou analogue?

(3) Si la réponse aux deux questions précédentes est affirmative, les demandeurs ont-ils établi la discrimination en prouvant que la distinction les a privés, en tant qu’êtres humains, de l’égalité sur le plan de la valeur et de la dignité.

(1) L’avantage recherché est-il prévu par la loi?

Pour avoir gain de cause, les demandeurs doivent établir l’inégalité de traitement sous le régime de la loi, c’est-à-dire qu’ils n’ont pas obtenu un avantage prévu par la loi ou qu’ils se sont vu imposer une obligation que la loi n’imposait pas à d’autres. Maintes fois énoncé, l’objectif fondamental du par. 15(1) est de combattre la discrimination et d’améliorer la situation des groupes défavorisés au sein de la société. La garantie ne vaut toutefois que pour les avantages et les obligations « prévus par la loi ». La réalisation d’un objectif aussi ambitieux exige des mesures à plusieurs niveaux. Le paragraphe 15(1) est l’une de ces mesures. L’exception prévue au par. 15(2) à l’égard des programmes de promotion sociale en est une autre. Par ailleurs, gouvernements, organismes et particuliers peuvent prendre une foule d’autres mesures pour améliorer la situation des membres de groupes défavorisés.

Le rôle précis du par. 15(1) dans la poursuite de cet objectif est de veiller à ce que le gouvernement qui décide d’accorder un avantage ou d’imposer une obligation le fasse de façon non discriminatoire. La demande fondée sur le par. 15(1) ne peut donc viser qu’un avantage ou une obligation prévus par la loi. Comme l’a dit notre Cour dans l’arrêt *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, p. 1329 :

La garantie d’égalité devant la loi vise à promouvoir la valeur selon laquelle toutes les personnes sont sujettes aux mêmes exigences et aux mêmes obligations de la loi

27

28

greater disability in the substance and application of the law than others. [Emphasis added.]

29 Most s. 15(1) claims relate to a clear statutory benefit or burden. Consequently, the need for the benefit claimed or burden imposed to emanate from law has not been much discussed. Nevertheless, the language of s. 15(1) as well as the jurisprudence demand that it be met before a s. 15(1) claim can succeed.

30 In this case, the issue of whether the benefit claimed is one conferred by law does arise, and must be carefully considered. The claim, as discussed, is for funding for a “medically necessary” treatment. The unequal treatment is said to lie in funding medically required treatments for non-disabled Canadian children or adults with mental illness, while refusing to fund medically required ABA/IBI therapy to autistic children. The decisions under appeal proceeded on this basis. The trial judge, affirmed by the Court of Appeal, ruled that the discrimination lay in denying a “medically necessary” service to a disadvantaged group while providing “medically necessary” services for others. Thus the benefit claimed, in essence, is funding for all medically required treatment.

31 This raises the question of whether the legislative scheme in fact provides anyone with all medically required treatment. An examination of the scheme shows that it does not: see Appendix A (Relevant Legislative and Regulatory Provisions) and Appendix B (Interaction of the Relevant Legislative and Regulatory Provisions).

32 The scheme designates two distinct categories of funded treatment based on service. First, the scheme provides complete funding for services delivered by medical practitioners, referred to as “core” services. This is required by the *CHA*. Many medically necessary or required services, including ABA/IBI therapy for autistic children, fall outside this core.

et nul ne doit subir un désavantage plus grand que les autres en raison du fond ou de l'application de la loi. [Je souligne.]

La plupart des demandes fondées sur le par. 15(1) portent sur un avantage ou une obligation clairement prévu par la loi. Conséquemment, l'exigence que l'avantage ou l'obligation en cause découle de la loi n'a guère été commentée. Néanmoins, le libellé de la disposition et la jurisprudence commandent le respect de cette exigence pour qu'un tribunal puisse faire droit à une demande fondée sur le par. 15(1).

En l'espèce, la question se pose de savoir si l'avantage recherché est l'un de ceux que confère la loi et elle doit être attentivement examinée. La demande a pour objet le financement d'un traitement « médicalement nécessaire ». L'inégalité de traitement résiderait dans le financement de traitements médicaux que requièrent les enfants canadiens non handicapés ou les adultes souffrant de maladie mentale et dans le non-financement de la thérapie ABA/ICI médicalement requise pour les enfants autistes. C'est ce qu'ont conclu les tribunaux dont les décisions sont contestées en l'espèce. Selon la juge de première instance, et la Cour d'appel a confirmé sa décision, la discrimination tient à ce qu'un service « médicalement nécessaire » a été refusé à un groupe défavorisé, alors que des services « médicalement nécessaires » ont été fournis à d'autres. L'avantage recherché est donc le financement de tous les traitements médicalement requis.

La question qui se pose alors est de savoir si le régime législatif offre effectivement à quiconque tout traitement médicalement requis. L'examen du régime révèle que ce n'est pas le cas : voir l'annexe A (Dispositions législatives et réglementaires pertinentes) et l'annexe B (Interaction entre les dispositions législatives et réglementaires pertinentes).

Le régime définit deux catégories distinctes de services thérapeutiques financés sur les deniers publics. Premièrement, il prévoit le financement intégral des services d'un médecin (les services « essentiels »). C'est ce que prescrit la *LCS*. Bon nombre de services médicalement nécessaires ou requis, dont la thérapie ABA/ICI destinée aux enfants autistes, n'entrent pas dans cette catégorie.



Secondly, the *CHA* permits the provinces at their discretion to fund non-core medical services — services that are not delivered by physicians. British Columbia does this by naming classes of “health care practitioners” whose services may be partially funded. It then falls to the Medical Services Commission, an administrative body, to designate particular practitioners and procedures within these categories for funding.

It was suggested that the reference by the *Medicare Protection Act*, R.S.B.C. 1996, c. 286 (“*MPA*”), to “medically required” services is an indication that all medically required or necessary non-core services must be funded. However, the Act does not say this. Section 1 uses the phrase “medically required services” in conjunction with the services of doctors or “medical practitioners” or an “approved diagnostic facility” (s. 1 “benefits”, paras. (a) and (c)). Only these services are funded on the basis of being “medically required”. “Medically required” in the *MPA* does not touch the services of “health care practitioners” which are funded only if the Province chooses to place a class of health care practitioner on an “enrolled” list by legislation or regulation: *MPA*, s. 1 “benefits”, para. (b).

In summary, the legislative scheme does not promise that any Canadian will receive funding for all medically required treatment. All that is conferred is core funding for services provided by medical practitioners, with funding for non-core services left to the Province’s discretion. Thus, the benefit here claimed — funding for all medically required services — was not provided for by the law.

More specifically, the law did not provide funding for ABA/IBI therapy for autistic children. The British Columbia *MPA* authorized partial funding for the services of the following health care practitioners: chiropractors, dentists, optometrists, podiatrists, physical therapists, massage therapists and naturopathic doctors. In addition, provincial regulations authorized funding for the services of physical therapists, massage therapists and nurses. At the

Deuxièmement, la *LCS* permet aux provinces de financer à leur gré des services médicaux non essentiels, soit des services qui ne sont pas fournis par un médecin. La Colombie-Britannique énumère les catégories de « professionnels de la santé » dont les services peuvent être partiellement financés. Il appartient dès lors à la commission des services médicaux, un organisme administratif, de désigner, à l’intérieur de ces catégories, les professionnels et les actes dont le financement sera assuré.

On a laissé entendre que l’expression [TRA-DUCTION] « service médicalement requis » employée dans la *Medicare Protection Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 286 (« *MPA* »), permettait de conclure que tout service non essentiel, mais médicalement requis ou nécessaire, doit être financé. Ce n’est cependant pas ce que dit la Loi. À l’article 1, l’expression « service médicalement requis » est employée en liaison avec un service fourni par un « médecin » ou dans un « établissement de diagnostic approuvé » (art. 1 « avantage » (*benefits*), par. a) et c)). Seul ce service est financé à titre de « service médicalement requis ». Dans la *MPA*, cette expression ne s’applique pas aux services d’un « professionnel de la santé », qui ne sont financés que si, par voie législative ou réglementaire, la province décide de faire figurer une catégorie de professionnels de la santé sur une liste « d’inscrits » (art. 1 « avantage », par. b)).

En résumé, le régime législatif ne garantit pas à tout Canadien le financement de tout traitement médicalement requis. La loi ne prévoit que le financement des services essentiels fournis par un médecin, celui des services non essentiels étant laissé à la discrétion des provinces. L’avantage recherché en l’espèce — le financement de tous les services médicalement requis — n’était donc pas prévu par la loi.

Plus particulièrement, la loi ne prévoyait pas le financement de la thérapie ABA/ICI pour les enfants autistes. La *MPA* autorisait le paiement partiel des services de certains professionnels de la santé : les chiropraticiens, les dentistes, les optométristes, les podiatres, les physiothérapeutes, les massothérapeutes et les naturopathes. En outre, le règlement provincial permettait le financement des services d’un physiothérapeute, d’un massothérapeute et d’un

33

34

35

36

time of trial, the Province had not named providers of ABA/IBI therapy as “health care practitioners”, whose services could be funded under the plan.

37 It followed that the Medical Services Commission, charged with administration of the *MPA*, had no power to order funding for ABA/IBI therapy. The Commission, as an administrative body, had no authority to enlarge the class of “health care practitioners”. That could be done only by the government. Since the government had not designated ABA/IBI therapists as “health care practitioners”, the Commission was not permitted to list their services for funding. This is how things stood at the time of trial. British Columbia’s law governing non-core benefits did not provide the benefit that the petitioners were seeking.

38 The petitioners rely on *Eldridge* in arguing for equal provision of medical benefits. In *Eldridge*, this Court held that the Province was obliged to provide translators to the deaf so that they could have equal access to core benefits accorded to everyone under the British Columbia medicare scheme. The decision proceeded on the basis that the law provided the benefits at issue — physician-delivered consultation and maternity care. However, by failing to provide translation services for the deaf, the Province effectively denied to one group of disabled people the benefit it had granted by law. *Eldridge* was concerned with unequal access to a benefit that the law conferred and with applying a benefit-granting law in a non-discriminatory fashion. By contrast, this case is concerned with access to a benefit that the law has not conferred. For this reason, *Eldridge* does not assist the petitioners.

39 However, this does not end the inquiry. Courts should look to the reality of the situation to see whether the claimants have been denied benefits of the legislative scheme other than those they have raised. This brings up the broader issue of whether the legislative scheme is discriminatory, since it provides non-core services to some groups while

infirmier. Au moment du procès, la province n’avait pas inclus la thérapie ABA/ICI dans les services d’un « professionnel de la santé » susceptibles d’être offerts par le régime.

Chargée de l’application de la *MPA*, la commission des services médicaux n’avait donc pas le pouvoir d’ordonner le financement de la thérapie ABA/ICI. En tant qu’organisme administratif, elle n’était pas habilitée à étendre la définition de « professionnel de la santé ». Seul le gouvernement pouvait le faire. Puisqu’il n’avait pas inclus la thérapie ABA/ICI dans les services d’un « professionnel de la santé », la commission ne pouvait l’inscrire dans la liste des services financés. Telle était la situation au moment du procès. Les dispositions de la Colombie-Britannique régissant les services non essentiels ne conféraient pas l’avantage recherché par les requérants.

Plaidant en faveur d’une égalité d’accès aux services médicaux, les requérants ont invoqué l’arrêt *Eldridge*, où notre Cour a statué que la province était tenue de fournir des services d’interprétation gestuelle aux personnes atteintes de surdité afin qu’elles jouissent de l’égalité d’accès aux services essentiels qu’offrait à tous le régime de soins de santé de la Colombie-Britannique. Notre Cour en a décidé ainsi parce que les avantages en cause — consultation d’un médecin et soins obstétriques —  taient prévus par la loi. Or, en ne fournissant pas de services d’interprétation aux personnes atteintes de surdité, la province privait dans les faits un groupe de personnes handicapées d’un avantage accordé par la loi. L’arrêt *Eldridge* porte sur l’inégalité d’accès à un avantage prévu par la loi et sur l’application non discriminatoire d’une loi conférant un avantage. Dans la présente affaire, c’est l’accès à un avantage non conféré par la loi qui est recher . L’arrêt *Eldridge* n’étaye donc pas la thèse des requérants.

Cette conclusion ne met cependant pas fin à l’analyse. Il faut considérer la réalité de la situation pour déterminer si les demandeurs se sont vu refuser un avantage prévu par le régime législatif autre que celui qu’ils ont invoqué. Par conséquent, il faut se demander, de manière plus générale, si le régime législatif est discriminatoire dans la mesure où il

denying funding for ABA/IBI therapy to autistic children. The allegation is that the scheme is itself discriminatory, by funding some non-core therapies while denying equally necessary ABA/IBI therapy.

This argument moves beyond the legislative definition of “benefit”. As pointed out in *Hodge, supra*, at para. 25:

... the legislative definition, being the subject matter of the equality rights challenge, is not the last word. Otherwise, a survivor’s pension restricted to white protestant males could be defended on the ground that all surviving white protestant males were being treated equally.

We must look behind the words and ask whether the statutory definition is itself a means of perpetrating inequality rather than alleviating it. Section 15(1) requires not merely formal equality, but substantive equality: *Andrews, supra*, at p. 166.

It is not open to Parliament or a legislature to enact a law whose policy objectives and provisions single out a disadvantaged group for inferior treatment: *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203. On the other hand, a legislative choice not to accord a particular benefit absent demonstration of discriminatory purpose, policy or effect does not offend this principle and does not give rise to s. 15(1) review. This Court has repeatedly held that the legislature is under no obligation to create a particular benefit. It is free to target the social programs it wishes to fund as a matter of public policy, provided the benefit itself is not conferred in a discriminatory manner: *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28, at para. 61; *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, [2002] 4 S.C.R. 325, 2002 SCC 83, at para. 55; *Hodge, supra*, at para. 16.

A statutory scheme may discriminate either directly, by adopting a discriminatory policy or

offre des services non essentiels à certains groupes tout en refusant de supporter financièrement la thérapie ABA/ICI destinée aux enfants autistes. On allègue que le régime est en soi discriminatoire en ce qu’il assure le financement de certaines thérapies non essentielles, mais pas celui de la thérapie ABA/ICI, tout aussi nécessaire.

L’argument va au-delà de la définition légale d’« avantage ». Comme notre Cour l’a signalé dans l’arrêt *Hodge*, précité, par. 25 :

... la définition législative, objet de la contestation fondée sur le droit à l’égalité, n’est pas décisive. Sinon, on pourrait plaider en faveur d’une pension de survivant destinée uniquement aux hommes protestants de race blanche en affirmant que tous les hommes protestants de race blanche survivants ont été traités de la même manière.

Il faut chercher ce qui se cache derrière les mots et se demander si la définition légale ne perpétue pas en soi une inégalité au lieu d’y remédier. Le paragraphe 15(1) n’exige pas simplement l’égalité formelle, mais l’égalité réelle : *Andrews*, précité, p. 166.

Il n’est pas loisible au Parlement ou à une législature d’adopter une loi dont les objectifs de politique générale et les dispositions imposent à un groupe défavorisé un traitement moins favorable : *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203. Par contre, la décision du législateur de ne pas accorder un avantage en particulier, lorsque l’existence d’un objectif, d’une politique ou d’un effet discriminatoire n’est pas établie, ne contrevient pas à ce principe ni ne justifie un examen fondé sur le par. 15(1). Notre Cour a conclu à maintes reprises que le législateur n’a pas l’obligation de créer un avantage en particulier, qu’il peut financer les programmes sociaux de son choix pour des raisons de politique générale, à condition que l’avantage offert ne soit pas lui-même conféré d’une manière discriminatoire : *Granovsky c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28, par. 61; *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, 2002 CSC 83, par. 55; *Hodge*, précité, par. 16.

Un régime législatif peut être discriminatoire directement par l’adoption d’une politique ou d’un

40

41

42

purpose, or indirectly, by effect. Direct discrimination on the face of a statute or in its policy is readily identifiable and poses little difficulty. Discrimination by effect is more difficult to identify. Where stereotyping of persons belonging to a group is at issue, assessing whether a statutory definition that excludes a group is discriminatory, as opposed to being the legitimate exercise of legislative power in defining a benefit, involves consideration of the purpose of the legislative scheme which confers the benefit and the overall needs it seeks to meet. If a benefit program excludes a particular group in a way that undercuts the overall purpose of the program, then it is likely to be discriminatory: it amounts to an arbitrary exclusion of a particular group. If, on the other hand, the exclusion is consistent with the overarching purpose and scheme of the legislation, it is unlikely to be discriminatory. Thus, the question is whether the excluded benefit is one that falls within the general scheme of benefits and needs which the legislative scheme is intended to address.

43 The legislative scheme in the case at bar, namely the *CHA* and the *MPA*, does not have as its purpose the meeting of all medical needs. As discussed, its only promise is to provide full funding for core services, defined as physician-delivered services. Beyond this, the provinces may, within their discretion, offer specified non-core services. It is, by its very terms, a partial health plan. It follows that exclusion of particular non-core services cannot, without more, be viewed as an adverse distinction based on an enumerated ground. Rather, it is an anticipated feature of the legislative scheme. It follows that one cannot infer from the fact of exclusion of ABA/IBI therapy for autistic children from non-core benefits that this amounts to discrimination. There is no discrimination by effect.

44 The correctness of this conclusion may be tested by considering the consequences to the legislative scheme of obliging provinces to provide non-core medical services required by disabled persons and people associated with other enumerated and

objectif discriminatoire, ou indirectement par son effet. La discrimination directe, celle qui découle de la loi elle-même ou de la politique qui la soutient, est aisément décelable et ne pose guère de difficulté. La discrimination qui résulte de l'effet est plus difficile à cerner. Lorsqu'il s'agit de savoir si les membres d'un groupe font l'objet d'un stéréotype, déterminer si une définition légale excluant un groupe est discriminatoire et ne constitue pas un exercice légitime du pouvoir législatif de définir un avantage suppose l'examen de l'objectif du régime législatif qui confère l'avantage ainsi que des besoins généraux auxquels il est censé répondre. Le régime d'avantages excluant un groupe en particulier d'une manière qui compromet son objectif global sera vraisemblablement discriminatoire, car il exclut arbitrairement un groupe donné. Par contre, l'exclusion qui est compatible avec l'objectif général et l'économie du régime législatif ne sera vraisemblablement pas discriminatoire. La question est donc de savoir si l'avantage exclu fait partie du régime général d'avantages établi par la loi et s'il correspond aux besoins auxquels celle-ci est censée répondre.

Le régime législatif constitué en l'espèce de la *LCS* et de la *MPA* n'a pas pour objectif de répondre à tous les besoins médicaux. Il garantit seulement le financement intégral des services essentiels, qui s'entendent des services fournis par un médecin. Par ailleurs, les provinces peuvent, dans les limites de leur pouvoir discrétionnaire, offrir certains services non essentiels. Il s'agit par définition d'un régime partiel de soins de santé. L'exclusion d'un service non essentiel en particulier ne saurait donc constituer à elle seule une distinction préjudiciable fondée sur un motif énuméré. C'est au contraire une caractéristique prévisible du régime législatif. On ne peut donc conclure que l'exclusion de la thérapie ABA/ICI des avantages non essentiels équivaut à une discrimination, y compris une discrimination résultant de l'effet de la loi.

Les conséquences qu'aurait sur le régime législatif l'obligation des provinces de fournir les services médicaux non essentiels requis par les personnes handicapées et les gens visés par un autre motif énuméré ou analogue, comme le sexe et l'âge, confirment

analogous grounds, like gender and age. Subject to a finding of no discrimination at the third step, a class of people legally entitled to non-core benefits would be created. This would effectively amend the medicare scheme and extend benefits beyond what it envisions — core physician-provided benefits plus non-core benefits at the discretion of the Province.

Had the situation been different, the petitioners might have attempted to frame their legal action as a claim to the benefit of equal application of the law by the Medical Services Commission. This would not have been a substantive claim for funding for particular medical services, but a procedural claim anchored in the assertion that benefits provided by the law were not distributed in an equal fashion. Such a claim, if made out, would be supported by *Eldridge, supra*. The argument would be that the Medical Services Commission violated s. 15(1) by approving non-core services for non-disabled people, while denying equivalent services to autistic children and their families.

Such a claim depends on a prior showing that there is a benefit provided by law. There can be no administrative duty to distribute non-existent benefits equally. Had the legislature designated ABA/IBI therapists (or a broader group of therapists which included them) as “health care practitioners” under the *MPA* at the time of trial, this would have amounted to a legislated benefit, which the Commission would be charged with implementing. The Commission would then have been obliged to implement that benefit in a non-discriminatory fashion. However, this is not the case. Here, the legislature had not legislated funding for the benefit in question, and the Commission had no power to deal with it.

I conclude that the benefit claimed, no matter how it is viewed, is not a benefit provided by law. This is sufficient to end the inquiry. However, since this is the first case of this type to reach this Court, it is appropriate to consider whether the petitioners would have succeeded had they established that

le bien-fondé de cette conclusion. Sauf si l’absence de discrimination était établie à la troisième étape, une catégorie de personnes légalement admissibles à des services non essentiels serait créée. Cela aurait pour effet de modifier le régime de soins de santé et d’ajouter d’autres avantages à ceux que le législateur avait envisagés, soit les services essentiels fournis par un médecin et les services non essentiels offerts au gré de la province.

Si la situation avait été différente, les requérants auraient pu invoquer le droit à l’égalité dans l’application de la loi par la commission des services médicaux. Ils n’auraient pas fait valoir le droit substantiel au financement de services médicaux particuliers, mais exercé un recours procédural alléguant la distribution inégale des avantages prévus par la loi. Dans ce cas, l’arrêt *Eldridge*, précité, aurait appuyé leur thèse, savoir que la commission des services médicaux a porté atteinte au par. 15(1) en accordant des services non essentiels à des personnes non handicapées et en refusant des services équivalents aux enfants autistes et à leurs familles.

L’exercice d’un tel recours exige d’établir au préalable que l’avantage recherché est prévu par la loi. Il ne peut y avoir d’obligation administrative de distribuer également des avantages inexistantes. Si, au moment du procès, le législateur avait inclus la thérapie ABA/ICI (ou un plus grand ensemble de soins thérapeutiques dont elle aurait fait partie) dans les services fournis par un « professionnel de la santé » au sens de la *MPA*, il se serait agi d’un avantage prévu par la loi que la commission aurait dû mettre en œuvre de façon non discriminatoire. Or, ce n’était pas le cas. Dans la présente affaire, le législateur n’avait pas prévu le financement des services en question, et la commission n’avait aucun pouvoir à leur égard.

Je conclus que, peu importe l’angle sous lequel on le considère, l’avantage recherché n’est pas prévu par la loi. Cette conclusion suffit à clore l’examen. Toutefois, s’agissant de la première affaire du genre dont notre Cour est saisie, il convient de se demander si les requérants auraient eu gain de cause s’ils

45

46

47

ABA/IBI therapy was a benefit provided by law, by being designated as a non-core benefit.

(2) Denial of a Benefit Granted to a Comparator Group, on an Enumerated or Analogous Ground

48 This question first requires us to determine the appropriate comparator group, and then to ask whether, as compared with people in that group, the petitioners have been denied a benefit.

49 The first task is to determine the appropriate comparator group. The petitioners suggested that they should be compared with non-disabled children and their parents, as well as adult persons with mental illness. A closer look reveals problems with both suggested comparators.

50 The law pertaining to the choice of comparators is extensively discussed in *Hodge, supra*, and need not be repeated here. That discussion establishes the following propositions.

51 First, the choice of the correct comparator is crucial, since the comparison between the claimants and this group permeates every stage of the analysis. “[M]isidentification of the proper comparator group at the outset can doom the outcome of the whole s. 15(1) analysis”: *Hodge, supra*, at para. 18.

52 Second, while the starting point is the comparator chosen by the claimants, the Court must ensure that the comparator is appropriate and should substitute an appropriate comparator if the one chosen by the claimants is not appropriate: *Hodge, supra*, at para. 20.

53 Third, the comparator group should mirror the characteristics of the claimant or claimant group relevant to the benefit or advantage sought, except for the personal characteristic related to the enumerated or analogous ground raised as the basis for the discrimination: *Hodge, supra*, at para. 23. The comparator must align with both the benefit and the “universe of people potentially entitled” to it and the alleged ground of discrimination: *Hodge*, at paras. 25 and 31.

avaient établi que la thérapie ABA/ICI constituait un avantage prévu par la loi du fait de son inclusion dans les services non essentiels.

(2) Refus fondé sur un motif énuméré ou analogue d’offrir un avantage accordé à un groupe comparable

Il nous faut premièrement définir le bon groupe de comparaison, puis déterminer si, par rapport aux membres de ce groupe, les requérants ont été privés d’un avantage.

Tout d’abord, quel est le groupe de comparaison approprié? Les requérants proposent celui formé des enfants non handicapés et leurs parents, ainsi que des adultes atteints de maladie mentale. À bien y réfléchir, ces deux éléments de comparaison présentent des difficultés.

Le droit applicable au choix d’un élément de comparaison a fait l’objet d’une analyse exhaustive dans l’arrêt *Hodge*, précité, et il n’y a pas lieu de la reprendre en l’espèce. Les principes suivants s’en dégagent.

Premièrement, le choix du bon groupe est crucial, car la comparaison avec ce groupe influe sur chacune des étapes de l’analyse. « [L]e fait de choisir un mauvais groupe de comparaison dès le début peut compromettre l’issue de l’ensemble de l’analyse fondée sur le par. 15(1) » : *Hodge*, précité, par. 18.

Deuxièmement, même si l’élément de comparaison arrêté par les demandeurs sert de point de départ, le tribunal doit s’assurer de sa pertinence et, au besoin, le remplacer par celui qu’il juge approprié : *Hodge*, précité, par. 20.

Troisièmement, le groupe de comparaison doit refléter les caractéristiques du demandeur ou du groupe demandeur qui sont pertinentes quant à l’avantage recherché, hormis la caractéristique personnelle correspondant au motif énuméré ou analogue de discrimination qui est invoqué : *Hodge*, précité, par. 23. L’élément de comparaison doit établir un lien entre l’avantage et « l’univers des personnes susceptibles d’[y] avoir droit », d’une part, et le motif de discrimination allégué, d’autre part : *Hodge*, par. 25 et 31.

Fourth, a claimant relying on a personal characteristic related to the enumerated ground of disability may invite comparison with the treatment of those suffering a different type of disability, or a disability of greater severity: *Hodge, supra*, at paras. 28 and 32. Examples of the former include the differential treatment of those suffering mental disability from those suffering physical disability in *Battlefords and District Co-operative Ltd. v. Gibbs*, [1996] 3 S.C.R. 566, and the differential treatment of those suffering chronic pain from those suffering other workplace injuries in *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54. An example of the latter is the treatment of persons with temporary disabilities compared with those suffering permanent disabilities in *Granovsky, supra*.

Applying these criteria, I conclude that the appropriate comparator for the petitioners is a non-disabled person or a person suffering a disability other than a mental disability (here autism) seeking or receiving funding for a non-core therapy important for his or her present and future health, which is emergent and only recently becoming recognized as medically required. It will be recalled that in many jurisdictions ABA/IBI therapy remained unfunded at the time of trial. Indeed, it was only in the year preceding the trial that two Canadian provinces had authorized funding for ABA/IBI therapy to autistic children. The comparators, as noted, must be like the claimants in all ways save for characteristics relating to the alleged ground of discrimination. People receiving well-established non-core therapies are not in the same position as people claiming relatively new non-core benefits. Funding may be legitimately denied or delayed because of uncertainty about a program and administrative difficulties related to its recognition and implementation. This has nothing to do with the alleged ground of discrimination. It follows that comparison with those receiving established therapies is inapt.

Quatrièmement, le demandeur qui invoque une caractéristique personnelle liée au motif énuméré de la déficience peut rechercher la comparaison avec les personnes souffrant d'un autre type de déficience ou d'une déficience plus sévère : *Hodge*, précité, par. 28 et 32. À titre d'exemples de la première possibilité, mentionnons la différence de traitement entre les personnes atteintes de déficience mentale et celles souffrant de déficience physique (*Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs*, [1996] 3 R.C.S. 566) et entre les personnes souffrant de douleur chronique et les autres accidentés du travail (*Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54). Pour illustrer la seconde possibilité, mentionnons la comparaison entre le traitement accordé aux personnes atteintes d'une déficience temporaire et celui auquel ont droit les personnes souffrant d'une déficience permanente (*Granovsky*, précité).

Compte tenu de ces critères, je conclus que l'élément de comparaison approprié en l'espèce est la personne non handicapée ou celle atteinte d'une autre déficience que la déficience mentale (en l'occurrence l'autisme) sollicitant ou obtenant le financement d'une thérapie qui constitue un service non essentiel important pour sa santé actuelle et future, qui est nouvelle et qui n'est requise médicalement que depuis peu. On se rappellera que, dans un grand nombre de provinces et de territoires, la thérapie ABA/ICI destinée aux enfants autistes n'était toujours pas financée lors du procès. De fait, c'est seulement au cours de l'année ayant précédé celui-ci que deux provinces canadiennes ont autorisé son financement. Comme je l'indique précédemment, les membres du groupe de comparaison doivent être semblables en tous points aux demandeurs, hormis les caractéristiques correspondant au motif de discrimination allégué. La personne qui bénéficie d'un service non essentiel bien établi ne se trouve pas dans la même situation que celle qui réclame un service non essentiel relativement nouveau. Le financement peut être légitimement refusé ou différé en raison du caractère incertain d'un programme et de problèmes administratifs liés à sa reconnaissance et à son application. Cela n'a rien à voir avec le motif de discrimination allégué. La comparaison avec une personne bénéficiant d'une thérapie établie n'est donc pas appropriée.

56 The petitioners' comparators were deficient in that they focussed on the non-existent medical benefit of medically required care, as discussed above. However, even if I were to assume that the benefit is one provided by law — more particularly, that the B.C. legislation had listed ABA/IBI therapists as "health care practitioners" whose services could be considered funded benefits — the petitioners' comparators would still be deficient, because they have left the recent and emergent nature of ABA/IBI therapy out of the equation. This error was replicated in the decisions below.

57 The remaining question is whether, applying the appropriate comparator, the claimant or claimant group was denied a benefit made available to the comparator group. Differential treatment having regard to the appropriate comparator may be established either by showing an explicit distinction (direct discrimination) or by showing that the effect of the government action amounted to singling the claimant out for less advantageous treatment on the basis of the alleged ground of discrimination (indirect discrimination). In indirect discrimination, the terms on which the claimants are denied the benefit operate as a proxy for their group status. For example, in *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3, facially neutral physical requirements for firefighters were set at aerobic levels not generally attainable by female firefighters — levels, moreover, which were not required for performance of the job. The specified aerobic levels made no mention of gender. On their face, they did not discriminate. Yet, in effect, they excluded women, not on the basis of ability to do the job, but on the basis of gender. The aerobic levels served as a proxy for gender. Hence, they were held to discriminate on the basis of gender.

58 As discussed, the appropriate comparator in this case is a member of a non-disabled group or a person suffering a disability other than a mental disability that requests or receives funding for non-core therapy important to present and future health,

Les éléments de comparaison proposés par les requérants ne conviennent pas parce qu'ils s'appuient sur le droit inexistant aux soins médicalement requis. Et même en présumant que l'avantage recherché est prévu par la loi — plus particulièrement, que la législation de la Colombie-Britannique inclut la thérapie ABA/ICI dans les services d'un « professionnel de la santé » susceptibles d'être financés —, le groupe de comparaison proposé par les requérants demeure inadéquat car il ne tient pas compte du fait que la thérapie ABA/ICI est nouvelle et reconnue depuis peu. Cette erreur entache les décisions des tribunaux inférieurs.

Reste donc à déterminer, une fois effectuée la comparaison appropriée, si le demandeur ou le groupe demandeur a été privé d'un avantage offert au groupe de comparaison. La différence de traitement peut être établie en démontrant qu'il existe une distinction explicite (discrimination directe) ou que la mesure gouvernementale avait pour effet d'accorder au demandeur un traitement moins favorable sur le fondement du motif de discrimination allégué (discrimination indirecte). Dans ce dernier cas, la manière dont le demandeur est privé de l'avantage est un indicateur du sort réservé à son groupe. Par exemple, dans *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3, des normes physiques à première vue neutres s'appliquant aux pompiers exigeaient une capacité aérobique généralement inatteignable par une femme; qui plus est, cette capacité aérobique n'était pas nécessaire pour l'exécution du travail. Les exigences relatives à la capacité aérobique ne mentionnaient aucunement le sexe. De prime abord, elles n'étaient pas discriminatoires. Elles avaient cependant pour effet d'exclure les femmes en fonction non pas de leur capacité à exécuter le travail, mais de leur sexe. La capacité aérobique exigée se substituait à l'appartenance à un sexe. On a donc conclu à la discrimination fondée sur le sexe.

L'élément de comparaison approprié en l'espèce est donc la personne non handicapée ou celle atteinte d'une autre déficience que la déficience mentale sollicitant ou obtenant le financement d'une thérapie qui constitue un service non



but which is emergent and only recently becoming recognized as medically required. On the evidence adduced here, differential treatment either directly or by effect is not established. There was no evidence of how the Province had responded to requests for new therapies or treatments by non-disabled or otherwise disabled people. We know that it was slow in responding to the demands for ABA/IBI funding for autistic children. But we do not know whether it acted in a similar manner with respect to other new therapies.

Indeed, the conduct of the government considered in the context of the emergent nature of ABA/IBI therapy for autistic children raises doubts about whether there was a real denial or differential treatment of autistic children. The government put in place a number of programs, albeit not intensive ABA/IBI therapy, directed to helping autistic children and their families. In the year before the trial, the government had announced an Autism Action Plan and an Autism Action Implementation Plan which acknowledged the importance of early intervention, diagnosis and assessment. The government's failing was to delay putting in place what was emerging in the late-1990s as the most, indeed the only known, effective therapy for autism, while continuing to fund increasingly discredited treatments.

As discussed earlier, the delay in providing funding for ABA/IBI therapy seems to have been related to three factors. The first was the inauspicious decision to transfer child and youth mental health from the Ministry of Health to the Ministry of Children and Families, which meant that the decision makers lacked medical and psychiatric expertise and viewed autism from a social rather than medical perspective. The second was financial concerns and competing claims on insufficient resources. The third was the emergent nature of the recognition that ABA/IBI therapy was appropriate and medically required.

essentiel important pour sa santé actuelle et future, qui est nouvelle et qui n'est requise médicalement que depuis peu. Vu l'ensemble de la preuve, la différence de traitement explicite ou résultant de l'effet du régime législatif n'est pas établie. Aucune preuve n'a été produite quant à la manière dont la province avait donné suite aux demandes d'accès à de nouvelles thérapies ou à de nouveaux traitements formulées par des personnes non handicapées ou souffrant d'autres déficiences. Nous savons qu'elle a tardé à agir dans le cas du financement de la thérapie ABA/ICI pour les enfants autistes. Nous ne savons cependant pas si elle a fait de même à l'égard d'autres thérapies nouvelles.

En fait, vu le caractère nouveau de la thérapie ABA/ICI, on peut douter que, de par sa conduite, le gouvernement ait véritablement privé les enfants autistes d'un avantage ou leur ait réservé un traitement différent. Le gouvernement a mis en place un certain nombre de programmes d'aide pour les enfants autistes et leurs familles, même si la thérapie ABA/ICI intensive n'en faisait pas partie. Dans l'année qui a précédé le procès, il a annoncé la création et la mise en œuvre d'un plan d'action reconnaissant l'importance d'une intervention, d'un diagnostic et d'une évaluation précoces dans le cas des enfants autistes. Le tort du gouvernement a été de tarder à mettre en place ce qui, à la fin des années 90, paraissait être la thérapie la plus efficace — la seule connue en fait —, et de continuer à financer des traitements de plus en plus contestés.

Je l'ai déjà mentionné, trois facteurs semblent expliquer le retard à financer la thérapie ABA/ICI. Premièrement, la malencontreuse décision de transférer la compétence en matière de santé mentale des enfants et des adolescents du ministère de la Santé au ministère des Enfants et de la Famille a fait en sorte que les décideurs n'avaient pas l'expertise médicale et psychiatrique voulue et considéraient l'autisme d'un point de vue social et non médical. Deuxièmement, la situation financière était précaire et l'on se disputait l'attribution de ressources insuffisantes. Enfin, la thérapie ABA/ICI était nouvelle et sa reconnaissance comme traitement indiqué et médicalement requis datait de peu.

59

60

61 With hindsight, it is possible to say that the government should have moved more quickly. But on the evidence before us, it is difficult to say that the government in purpose or effect put autistic children and their families “on the back burner” when compared to non-disabled or otherwise disabled groups seeking emergent therapies. Rather, to use the trial judge’s phrase, the government’s failing was that its actions to that point did not meet the “gold standard of scientific methodology” ((2000), 78 B.C.L.R. (3d) 55, at para. 66).

62 The issue, however, is not whether the government met the gold standard of scientific methodology, but whether it denied autistic people benefits it accorded to others in the same situation, save for mental disability. There is no evidence suggesting that the government’s approach to ABA/IBI therapy was different than its approach to other comparable, novel therapies for non-disabled persons or persons with a different type of disability. In the absence of such evidence, a finding of discrimination cannot be sustained.

### (3) Discrimination

63 If differential denial of a benefit provided by law on a ground enumerated in s. 15(1) or analogous thereto were established, it would still be necessary to examine whether the distinction was discriminatory in the sense of treating autistic children as second-class citizens and denying their fundamental human dignity. The failure to establish the basis for a claim for discrimination deprives us of the necessary foundation for this final inquiry.

B. *Did the Government’s Conduct Infringe the Petitioners’ Rights Under Section 7 of the Charter?*

64 Section 7 of the *Charter* provides:

Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

Avec le recul, il est possible d’affirmer que le gouvernement aurait dû agir plus rapidement. Cependant, au vu de la preuve, il est difficile de dire si, en raison de l’objet ou de l’effet du régime législatif, le gouvernement a relégué les enfants autistes et leurs familles « au second plan » par rapport aux personnes non handicapées ou atteintes d’une autre déficience sollicitant le financement de thérapies nouvelles. Le tort du gouvernement a plutôt été, pour reprendre les propos de la juge de première instance, de ne pas avoir agi jusqu’alors conformément à la [TRADUCTION] « norme de qualité sur le plan de la méthode scientifique » ((2000), 78 B.C.L.R. (3d) 55, par. 66).

Il ne s’agit cependant pas de déterminer si le gouvernement a respecté cette norme, mais bien s’il a privé les autistes de services accordés à d’autres personnes se trouvant dans la même situation, hormis la déficience mentale. Aucun élément de preuve ne permet de conclure que l’attitude du gouvernement vis-à-vis de la thérapie ABA/ICI était différente de celle qu’il avait à l’égard d’autres thérapies nouvelles comparables destinées aux personnes non handicapées ou à celles atteintes d’un type différent de déficience. À défaut d’une telle preuve, l’on ne saurait conclure à la discrimination.

### (3) Discrimination

S’il était établi que le refus d’un avantage prévu par la loi équivaut à une différence de traitement fondée sur un motif énuméré au par. 15(1) ou un motif analogue, il faudrait quand même déterminer si la distinction est discriminatoire au sens où les enfants autistes sont assimilés à des citoyens de deuxième classe et privés de leur dignité humaine fondamentale. L’omission d’étayer l’allégation de discrimination rend inutile l’examen de cette dernière question.

B. *La conduite du gouvernement a-t-elle porté atteinte aux droits que l’art. 7 de la Charte garantit aux requérants?*

L’article 7 de la *Charte* dispose :

Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale.

The petitioners raise s. 7 on cross-appeal. The trial judge found it unnecessary to consider this argument, having found a violation of s. 15. Saunders J.A., for the majority of the Court of Appeal, addressed the question briefly and found that no violation had been established.

Section 7 was raised only fleetingly in written and oral submissions before this Court. The petitioners do not clearly identify the principle of fundamental justice which they allege to have been breached by the denial of funding for Lovaas or other ABA/IBI-based therapy. Nor do they argue that the denial of funding or the statutory scheme violate the prohibition against arbitrariness or requirements for procedural safeguards. To accede to the petitioners' s. 7 claim would take us beyond the parameters discussed by this Court in *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74, at para. 113, and *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4, at para. 8. The record before us does not support taking this step.

Thus, the limited submissions before us do not permit us to conclude that the government's conduct in the case at bar infringed the petitioners' s. 7 rights.

#### IV. Conclusion

The Province of British Columbia's appeal is allowed. The cross-appeal of the petitioners is dismissed.

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Do the definitions of "benefits" and "health care practitioner" in s. 1 of the *Medicare Protection Act*, R.S.B.C. 1996, c. 286, and ss. 17-29 of the *Medical and Health Care Services Regulation*, B.C. Reg. 426/97, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by failing to include services for autistic children based on applied behavioural analysis?

No.

Les requérants invoquent l'art. 7 dans leur pourvoi incident. Pour la juge de première instance, il était inutile d'examiner cet argument puisqu'elle avait conclu à la violation de l'art. 15. S'exprimant au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel, la juge Saunders s'est penchée brièvement sur la question pour conclure qu'aucune atteinte n'avait été établie.

Dans les observations écrites et les plaidoiries présentées à notre Cour, les requérants font à peine mention de l'art. 7. Ils ne précisent pas quel principe de justice fondamentale aurait été enfreint par le refus de financer la thérapie Lovaas ou toute autre thérapie ABA/ICI. Ils ne font pas non plus valoir que le refus de débloquer des fonds ou le régime législatif était arbitraire ou ne respectait pas les garanties procédurales. Faire droit à leur demande fondée sur l'art. 7 nous entraînerait au-delà des paramètres que notre Cour a examinés dans l'arrêt *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, par. 113, et dans *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4, par. 8. Le dossier dont nous sommes saisis en l'espèce ne justifie pas cette démarche.

Les observations limitées qui nous ont été présentées ne permettent donc pas de conclure que la conduite du gouvernement a porté atteinte aux droits des requérants garantis à l'art. 7.

#### IV. Conclusion

Le pourvoi formé par la province de la Colombie-Britannique est accueilli. Le pourvoi incident des requérants est rejeté.

Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante :

1. Est-ce que les définitions des termes « *benefits* » et « *health care practitioner* » à l'art. 1 de la loi intitulée *Medicare Protection Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 286, et aux art. 17 à 29 du règlement intitulé *Medical and Health Care Services Regulation*, B.C. Reg. 426/97, violent le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* du fait qu'elles n'incluent pas les services aux enfants autistes fondés sur l'analyse comportementale appliquée?

Non.

65

66

67

68

69

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is unnecessary to answer this question.

3. Do the definitions of “benefits” and “health care practitioner” in s. 1 of the *Medicare Protection Act*, R.S.B.C. 1996, c. 286, and ss. 17-29 of the *Medical and Health Care Services Regulation*, B.C. Reg. 426/97, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by failing to include services for autistic children based on applied behavioural analysis?

No.

4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is unnecessary to answer this question.

### APPENDIX A

#### Relevant Legislative and Regulatory Provisions

- (1) *Canada Health Act*, R.S.C. 1985, c. C-6

2. In this Act,

. . . .

“health care practitioner” means a person lawfully entitled under the law of a province to provide health services in the place in which the services are provided by that person;

“hospital” includes any facility or portion thereof that provides hospital care, including acute, rehabilitative or chronic care, but does not include

(a) a hospital or institution primarily for the mentally disordered, or

2. Dans l’affirmative, est-ce que cette violation constitue, au sens de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique?

Il n’est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. Est-ce que les définitions des termes « *benefits* » et « *health care practitioner* » à l’art. 1 de la loi intitulée *Medicare Protection Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 286, et aux art. 17 à 29 du règlement intitulé *Medical and Health Care Services Regulation*, B.C. Reg. 426/97, violent l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* du fait qu’elles n’incluent pas les services aux enfants autistes fondés sur l’analyse comportementale appliquée?

Non.

4. Dans l’affirmative, est-ce que cette violation constitue, au sens de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique?

Il n’est pas nécessaire de répondre à cette question.

### ANNEXE A

#### Dispositions législatives et réglementaires pertinentes

- (1) *Loi canadienne sur la santé*, L.R.C. 1985, ch. C-6

2. Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

. . . .

« hôpital » Sont compris parmi les hôpitaux tout ou partie des établissements où sont fournis des soins hospitaliers, notamment aux personnes souffrant de maladie aiguë ou chronique ainsi qu’en matière de réadaptation, à l’exception :

a) des hôpitaux ou institutions destinés principalement aux personnes souffrant de troubles mentaux;

b) de tout ou partie des établissements où sont fournis des soins intermédiaires en maison de repos ou

(b) a facility or portion thereof that provides nursing home intermediate care service or adult residential care service, or comparable services for children;

“hospital services” means any of the following services provided to in-patients or out-patients at a hospital, if the services are medically necessary for the purpose of maintaining health, preventing disease or diagnosing or treating an injury, illness or disability, namely,

(a) accommodation and meals at the standard or public ward level and preferred accommodation if medically required,

(b) nursing service,

(c) laboratory, radiological and other diagnostic procedures, together with the necessary interpretations,

(d) drugs, biologicals and related preparations when administered in the hospital,

(e) use of operating room, case room and anaesthetic facilities, including necessary equipment and supplies,

(f) medical and surgical equipment and supplies,

(g) use of radiotherapy facilities,

(h) use of physiotherapy facilities, and

(i) services provided by persons who receive remuneration therefor from the hospital,

but does not include services that are excluded by the regulations;

“insured health services” means hospital services, physician services and surgical-dental services provided to insured persons, but does not include any health services that a person is entitled to and eligible for under any other Act of Parliament or under any Act of the legislature of a province that relates to workers’ or workmen’s compensation;

. . .

“medical practitioner” means a person lawfully entitled to practise medicine in the place in which the practice is carried on by that person;

. . .

des soins en établissement pour adultes ou des soins comparables pour les enfants.

. . .

« médecin » Personne légalement autorisée à exercer la médecine au lieu où elle se livre à cet exercice.

. . .

« professionnel de la santé » Personne légalement autorisée en vertu de la loi d’une province à fournir des services de santé au lieu où elle les fournit.

. . .

« services de santé assurés » Services hospitaliers, médicaux ou de chirurgie dentaire fournis aux assurés, à l’exception des services de santé auxquels une personne a droit ou est admissible en vertu d’une autre loi fédérale ou d’une loi provinciale relative aux accidents du travail.

« services hospitaliers » Services fournis dans un hôpital aux malades hospitalisés ou externes, si ces services sont médicalement nécessaires pour le maintien de la santé, la prévention des maladies ou le diagnostic ou le traitement des blessures, maladies ou invalidités, à savoir :

a) l’hébergement et la fourniture des repas en salle commune ou, si médicalement nécessaire, en chambre privée ou semi-privée;

b) les services infirmiers;

c) les actes de laboratoires, de radiologie ou autres actes de diagnostic, ainsi que les interprétations nécessaires;

d) les produits pharmaceutiques, substances biologiques et préparations connexes administrés à l’hôpital;

e) l’usage des salles d’opération, des salles d’accouchement et des installations d’anesthésie, ainsi que le matériel et les fournitures nécessaires;

f) le matériel et les fournitures médicaux et chirurgicaux;

g) l’usage des installations de radiothérapie;

h) l’usage des installations de physiothérapie;

i) les services fournis par les personnes rémunérées à cet effet par l’hôpital.

Ne sont pas compris parmi les services hospitaliers les services exclus par les règlements.

“physician services” means any medically required services rendered by medical practitioners;

« services médicaux » Services médicalement nécessaires fournis par un médecin.

. . .

. . .

CANADIAN HEALTH CARE POLICY

POLITIQUE CANADIENNE DE LA SANTÉ

3. It is hereby declared that the primary objective of Canadian health care policy is to protect, promote and restore the physical and mental well-being of residents of Canada and to facilitate reasonable access to health services without financial or other barriers.

3. La politique canadienne de la santé a pour premier objectif de protéger, de favoriser et d’améliorer le bien-être physique et mental des habitants du Canada et de faciliter un accès satisfaisant aux services de santé, sans obstacles d’ordre financier ou autre.

PURPOSE

RAISON D’ÊTRE

4. The purpose of this Act is to establish criteria and conditions in respect of insured health services and extended health care services provided under provincial law that must be met before a full cash contribution may be made.

4. La présente loi a pour raison d’être d’établir les conditions d’octroi et de versement d’une pleine contribution pécuniaire pour les services de santé assurés et les services complémentaires de santé fournis en vertu de la loi d’une province.

. . .

. . .

PROGRAM CRITERIA

CONDITIONS D’OCTROI

7. In order that a province may qualify for a full cash contribution referred to in section 5 for a fiscal year, the health care insurance plan of the province must, throughout the fiscal year, satisfy the criteria described in sections 8 to 12 respecting the following matters:

7. Le versement à une province, pour un exercice, de la pleine contribution pécuniaire visée à l’article 5 est assujéti à l’obligation pour le régime d’assurance-santé de satisfaire, pendant tout cet exercice, aux conditions d’octroi énumérées aux articles 8 à 12 quant à :

- (a) public administration;
- (b) comprehensiveness;
- (c) universality;
- (d) portability; and
- (e) accessibility.

- a) la gestion publique;
- b) l’intégralité;
- c) l’universalité;
- d) la transférabilité;
- e) l’accessibilité.

. . .

. . .

9. In order to satisfy the criterion respecting comprehensiveness, the health care insurance plan of a province must insure all insured health services provided by hospitals, medical practitioners or dentists, and where the law of the province so permits, similar or additional services rendered by other health care practitioners.

9. La condition d’intégralité suppose qu’au titre du régime provincial d’assurance-santé, tous les services de santé assurés fournis par les hôpitaux, les médecins ou les dentistes soient assurés, et lorsque la loi de la province le permet, les services semblables ou additionnels fournis par les autres professionnels de la santé.

10. In order to satisfy the criterion respecting universality, the health care insurance plan of a province must entitle one hundred per cent of the insured persons of the province to the insured health services provided for by the plan on uniform terms and conditions.

10. La condition d’universalité suppose qu’au titre du régime provincial d’assurance-santé, cent pour cent des assurés de la province ait droit aux services de santé assurés prévus par celui-ci, selon des modalités uniformes.

. . .

. . .

12. (1) In order to satisfy the criterion respecting accessibility, the health care insurance plan of a province

12. (1) La condition d’accessibilité suppose que le régime provincial d’assurance-santé :

(a) must provide for insured health services on uniform terms and conditions and on a basis that does not impede or preclude, either directly or indirectly whether by charges made to insured persons or otherwise, reasonable access to those services by insured persons;

(b) must provide for payment for insured health services in accordance with a tariff or system of payment authorized by the law of the province;

(c) must provide for reasonable compensation for all insured health services rendered by medical practitioners or dentists; and

(d) must provide for the payment of amounts to hospitals, including hospitals owned or operated by Canada, in respect of the cost of insured health services.

. . .

(2) *Medicare Protection Act*, R.S.B.C. 1996, c. 286

### Preamble

WHEREAS the people and government of British Columbia believe that medicare is one of the defining features of Canadian nationhood and are committed to its preservation for future generations;

WHEREAS the people and government of British Columbia wish to confirm and entrench universality, comprehensiveness, accessibility, portability and public administration as the guiding principles of the health care system of British Columbia and are committed to the preservation of these principles in perpetuity;

WHEREAS the people and government of British Columbia recognize a responsibility for the judicious use of medical services in order to maintain a fiscally sustainable health care system for future generations;

AND WHEREAS the people and government of British Columbia believe it to be fundamental that an individual's access to necessary medical care be solely based on need and not on the individual's ability to pay.

1 In this Act:

. . .

a) offre les services de santé assurés selon des modalités uniformes et ne fasse pas obstacle, directement ou indirectement, et notamment par facturation aux assurés, à un accès satisfaisant par eux à ces services;

b) prévoit la prise en charge des services de santé assurés selon un tarif ou autre mode de paiement autorisé par la loi de la province;

c) prévoit une rémunération raisonnable de tous les services de santé assurés fournis par les médecins ou les dentistes;

d) prévoit le versement de montants aux hôpitaux, y compris les hôpitaux que possède ou gère le Canada, à l'égard du coût des services de santé assurés.

. . .

(2) *Medicare Protection Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 286

[TRADUCTION]

### Préambule

ATTENDU

que la population et le gouvernement de la Colombie-Britannique voient dans le régime de soins de santé une caractéristique fondamentale de la société canadienne et entendent maintenir ce régime pour les générations futures;

que la population et le gouvernement de la Colombie-Britannique adhèrent aux principes directeurs du système de soins de santé de la province que sont l'universalité, l'intégralité, l'accessibilité, la transférabilité et la gestion publique et entendent continuer d'appliquer ces principes;

qu'il incombe à la population et au gouvernement de la Colombie-Britannique de recourir judicieusement aux services médicaux afin de maintenir un système de soins de santé financièrement viable pour les générations futures;

qu'il est fondamental, pour la population et le gouvernement de la Colombie-Britannique, que l'accès aux soins médicaux nécessaires repose uniquement sur les besoins de chacun, et non sur la capacité de payer.

1 Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

« **avantage** » S'entend

“**beneficiary**” means a resident who is enrolled in accordance with section 7, and includes that resident’s spouse or child who is a resident and has been enrolled under section 7;

“**benefits**” means

- (a) medically required services rendered by a medical practitioner who is enrolled under section 13, unless the services are determined under section 5 by the commission not to be benefits,
- (b) required services prescribed as benefits under section 51 and rendered by a health care practitioner who is enrolled under section 13, or
- (c) unless determined by the commission under section 5 not to be benefits, medically required services performed
  - (i) in an approved diagnostic facility, and
  - (ii) by or under the supervision of an enrolled medical practitioner who is acting
    - (A) on order of a person in a prescribed category of persons, or
    - (B) in accordance with protocols approved by the commission;

. . .

“**commission**” means the Medical Services Commission continued under section 3;

. . .

“**health care practitioner**” means a person registered as

- (a) a chiropractor under the *Chiropractors Act*,
- (b) a dentist under the *Dentists Act*,
- (c) [Repealed 1999-12-13.]
- (d) an optometrist under the *Optometrists Act*,
- (e) a podiatrist under the *Podiatrists Act*, or
- (f) a member of a health care profession or occupation that may be prescribed;

“**medical practitioner**” means a medical practitioner as defined in section 29 of the *Interpretation Act*;

. . .

- a) d’un service médicalement requis fourni par un médecin inscrit conformément à l’article 13, sauf décision de la commission, fondée sur l’article 5, qu’il ne s’agit pas d’un avantage,
- b) d’un service requis désigné comme un avantage en application de l’article 51 et fourni par un professionnel de la santé inscrit conformément à l’article 13 ou
- c) d’un service médicalement requis fourni
  - (i) dans un établissement de diagnostic approuvé et
  - (ii) par un médecin inscrit, ou sous sa surveillance, qui agit
    - (A) sur ordre d’un membre d’une catégorie désignée de personnes ou
    - (B) en conformité avec les protocoles homologués par la commission, sauf décision de cette dernière, fondée sur l’article 5, qu’il ne s’agit pas d’un avantage.

. . .

« **bénéficiaire** » Résident inscrit conformément à l’article 7, y compris le conjoint ou l’enfant qui est un résident inscrit en vertu de l’article 7.

« **commission** » La commission des services médicaux, maintenue à l’article 3.

. . .

« **médecin** » Médecin au sens de l’article 29 de l’*Interpretation Act*.

. . .

« **professionnel** » Un médecin ou un professionnel de la santé inscrit conformément à l’article 13.

« **professionnel de la santé** » Personne autorisée à exercer à titre :

- a) de chiropraticien sous le régime de la *Chiropractors Act*;
- b) de dentiste sous le régime de la *Dentists Act*;
- c) [Abrogé 1999-12-13.]
- d) d’optométriste sous le régime de l’*Optometrists Act*;



“**practitioner**” means

- (a) a medical practitioner, or
- (b) a health care practitioner  
who is enrolled under section 13;

. . .

### **Purpose**

2 The purpose of this Act is to preserve a publicly managed and fiscally sustainable health care system for British Columbia in which access to necessary medical care is based on need and not an individual’s ability to pay.

### **PART 1 — MEDICAL SERVICES COMMISSION**

. . .

### **Special committees respecting health care practitioners**

4 (1) After consultation with the appropriate licensing body, the Lieutenant Governor in Council may establish one or more special committees to exercise the powers, duties or functions of the commission under this Act that are specified by the Lieutenant Governor in Council for a body of health care practitioners.

(2) A special committee established under subsection (1) is composed of the persons the Lieutenant Governor in Council specifies and exercises its powers, duties or functions on the terms and conditions the Lieutenant Governor in Council specifies.

(3) A special committee established under subsection (1) may establish a panel and the powers, duties and functions of the special committee may be exercised, subject to the regulations, by the panel.

. . .

### **Responsibilities and powers of the commission**

5 (1) The commission may do one or more of the following:

. . .

- (h) determine whether a person is a medical practitioner or a health care practitioner;
- (i) determine for the purposes of this Act whether a person meets the requirements established in the regulations for premium assistance;

- e) de podiatre sous le régime de la *Podiatrists Act*;
- f) de membre d’une profession médicale désignée.

. . .

### **Objet**

2 La présente loi a pour objet le maintien en Colombie-Britannique d’un système public de soins de santé financièrement viable où l’accès aux soins médicaux nécessaires repose sur les besoins de chacun, et non sur la capacité de payer.

### **PARTIE 1 — COMMISSION DES SERVICES MÉDICAUX**

. . .

### **Comités spéciaux relatifs aux professionnels de la santé**

4 (1) Après consultation de l’organisme de réglementation professionnelle compétent, le lieutenant-gouverneur en conseil peut, à l’égard d’un groupe de professionnels de la santé, former un ou plusieurs comités spéciaux appelés à exercer certaines fonctions que la présente loi confère à la commission.

(2) Le lieutenant-gouverneur en conseil désigne les personnes dont se compose un comité spécial et prescrit les modalités d’exercice de ses fonctions.

(3) Un comité spécial peut mettre sur pied un groupe d’experts qui, sous réserve des règlements, peut exercer ses fonctions.

. . .

### **Obligations et attributions de la commission**

5 (1) La commission peut accomplir l’un ou plusieurs des actes suivants :

. . .

- h) déterminer si une personne est un médecin ou un professionnel de la santé;
- i) pour l’application de la présente loi, déterminer si une personne satisfait aux exigences prévues par règlement pour l’aide au paiement de la cotisation;

- (j) determine whether a service is a benefit or whether any matter is related to the rendering of a benefit;

- j) déterminer si un service constitue un avantage ou si quoi que ce soit a un lien avec la fourniture d'un avantage;

- (u) exercise other powers or functions that are authorized by the regulations or the minister.

- u) exercer d'autres attributions ou fonctions autorisées par règlement ou par le ministre.

(2) The commission must not act under subsection (1) in a manner that does not satisfy the criteria described in section 7 of the *Canada Health Act* (Canada).

(2) La commission s'abstient d'agir sur le fondement du paragraphe (1) d'une manière incompatible avec les conditions d'octroi énumérées à l'article 7 de la *Loi canadienne sur la santé*.

#### PART 5 — PAYMENTS

##### Payment schedules and benefit plans

###### 26 (1) The commission

- (a) must establish payment schedules that specify the amounts that may be paid to or on behalf of practitioners for rendering benefits under this Act, less applicable patient visit charges, and
- (b) may establish different categories of practitioners for the purposes of those payment schedules.

(3) The commission may, at any time, amend the payment schedules

- (a) in any manner that the commission considers necessary or advisable, and
- (b) without limiting paragraph (a), by increasing or decreasing any amount in a payment schedule.

(4) An amendment referred to in subsection (3) (b) may apply

- (a) to a specified geographical area,
- (b) to a category of practitioners,
- (c) to a category of practitioners within a specified geographical area, or
- (d) to a specified benefit or class of benefits within a specified geographical area.

#### PARTIE 5 — TARIFS

##### Barèmes de tarifs et régimes d'avantages

###### 26 (1) La commission

- a) doit établir des barèmes de tarifs précisant les sommes dues aux professionnels pour la fourniture d'avantages en application de la présente loi, déduction faite des frais de visite exigés du patient;
- b) peut établir différentes catégories de professionnels pour les besoins de ces barèmes de tarifs.

(3) La commission peut à tout moment modifier un barème de tarifs comme elle le juge nécessaire ou indiqué, notamment en augmentant ou en diminuant une somme qui y figure.

(4) La modification visée au paragraphe (3) peut s'appliquer :

- a) à une région donnée,
- b) à une catégorie de professionnels,
- c) à une catégorie de professionnels dans une région donnée ou
- d) à un avantage ou à une catégorie d'avantages dans une région donnée.

(3) *Medical and Health Care Services Regulation*,  
B.C. Reg. 426/97

### Definition of health care practitioner

17 The following health care professions and occupations are prescribed for the purposes of paragraph (f) of the definition of “health care practitioner” in section 1 of the *Medicare Protection Act*:

- (a) physical therapy;
- (b) massage therapy;
- (c) naturopathic medicine.

### Nursing services

22 (1) Subject to section 27, the extended role services of a registered nurse are benefits if

- (a) an arrangement for the rendering and for the payment of these services is approved by the commission,
- (b) a medical practitioner is not normally available at the place in British Columbia where these services are rendered, and
- (c) the services are described in an adequate clinical record.

(2) A registered nurse performing the services described in subsection (1) is a health care practitioner for the purposes of paragraph (f) of the definition of “health care practitioner” in the *Medicare Protection Act*.

### Supplemental services

25.1 (1) Subject to section 27, a chiropractic, massage, naturopathic, physical therapy or non-surgical podiatric service is a benefit if the service is

- (a) listed in a payment schedule for supplemental services,
- (b) rendered in British Columbia to a beneficiary who
  - (i) is receiving premium assistance under section 10, 11, 12 or 13, or
  - (ii) pays no premiums as a result of section 13,

(3) *Medical and Health Care Services Regulation*,  
B.C. Reg. 426/97

[TRADUCTION]

### Définition de professionnel de la santé

17 Les professions médicales suivantes sont désignées pour les besoins de l’alinéa f) de la définition de « professionnel de la santé » figurant à l’article 1 de la *Medicare Protection Act* :

- a) physiothérapie;
- b) massothérapie;
- c) naturopathie.

### Soins infirmiers

22 (1) Sous réserve de l’article 27, les services complémentaires fournis par un infirmier constituent un avantage lorsque les conditions suivantes sont remplies :

- a) une entente prévoyant la fourniture et le paiement des services est homologuée par la commission;
- b) un médecin ne peut habituellement être consulté là où les services sont rendus en Colombie-Britannique;
- c) les services sont décrits dans un dossier clinique adéquat.

(2) L’infirmier qui fournit les services visés au paragraphe (1) est un professionnel de la santé pour les besoins de l’alinéa f) de la définition de « professionnel de la santé » figurant à l’article 1 de la *Medicare Protection Act*.

### Services complémentaires

25.1 (1) Sous réserve de l’article 27, les services de chiropractie, de massothérapie, de naturopathie, de physiothérapie ou de podiatrie non chirurgicale constituent des avantages s’ils

- a) figurent dans un barème de tarifs applicable à des services complémentaires;
- b) sont fournis en Colombie-Britannique à un bénéficiaire
  - (i) ayant droit à une aide au paiement de la cotisation suivant les articles 10, 11, 12 ou 13 ou
  - (ii) ne payant pas de cotisation en application de l’article 13;

- (c) rendered by an enrolled health care practitioner, and  
 (d) described in an adequate clinical record.

(2) Subject to subsection (1), chiropractic, massage, naturopathic, physical therapy and non-surgical podiatric services are benefits up to a combined maximum of 10 visits during each calendar year.

(4) *Interpretation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 238

### Expressions defined

29 In an enactment:

. . . .

“**medical practitioner**” means a person entitled to practise under the *Medical Practitioners Act*;

### APPENDIX B

#### Interaction of the Relevant Legislative and Regulatory Provisions

Under the *Constitution Act, 1867*, delivery of health care services lies primarily with the provinces. The federal government, however, has authority under its spending power to attach conditions to financial grants to the provinces that are used to pay for social programs. This authority is the foundation of the *Canada Health Act*, R.S.C. 1985, c. C-6 (“*CHA*”), which allows the federal government to set broad boundaries around the provinces’ design and administration of their health insurance plans if the provinces are to access federal funds for health care. As the framework within which the provinces operate, the *CHA* forms a backdrop to this appeal.

To receive federal funding, the provinces must adhere to the five principles set out in the *CHA*: public administration, portability, universality, comprehensiveness and accessibility. The most important of these principles for this appeal are universality and comprehensiveness.

The principle of “universality” requires a provincial plan to provide one hundred percent of qualified

- c) sont fournis par un professionnel de la santé inscrit;  
 d) sont décrits dans un dossier clinique adéquat.

(2) Sous réserve du paragraphe (1), les services de chiropractie, de massothérapie, de naturopathie, de physiothérapie et de podiatrie non chirurgicale constituent des avantages jusqu’à concurrence d’un maximum combiné de 10 visites au cours d’une année civile.

(4) *Interpretation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 238

[TRADUCTION]

### Définitions

29 Les définitions suivantes s’appliquent à un texte législatif ou réglementaire :

. . . .

« **médecin** » Personne autorisée à exercer la médecine sous le régime de la *Medical Practitioners Act*.

### ANNEXE B

#### Interaction entre les dispositions législatives et réglementaires pertinentes

Suivant la *Loi constitutionnelle de 1867*, la prestation de services de soins de santé relève essentiellement des provinces. Cependant, le pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral lui permet d’assortir de conditions sa contribution pécuniaire aux programmes sociaux des provinces. Ce pouvoir est le fondement de la *Loi canadienne sur la santé*, L.R.C. 1985, ch. C-6 (« *LCS* »), qui permet au gouvernement fédéral d’exiger des provinces désireuses de bénéficier des fonds fédéraux destinés aux soins de santé qu’elles établissent et administrent leurs régimes d’assurance-santé en respectant certains principes généraux. Comme elle énonce ces principes généraux, la *LCS* constitue la toile de fond du présent pourvoi.

Pour avoir droit aux crédits fédéraux, les provinces doivent souscrire aux cinq principes énoncés dans la *LCS* : gestion publique, transférabilité, universalité, intégralité et accessibilité. Dans le cadre de la présente affaire, l’universalité et l’intégralité sont les plus importants.

Le principe de l’« universalité » exige que, au titre du régime provincial, tous les résidents

provincial residents with insured services on uniform terms and conditions: *CHA*, s. 10. “[I]nsured health services” are “hospital services, physician services and surgical-dental services provided to insured persons”, but do not include health services under any other Act: *CHA*, s. 2. “[H]ospital services” are “medically necessary” services provided to patients at a hospital, while “physician services” are “medically required” services rendered by medical practitioners: *CHA*, s. 2. The principle of “comprehensiveness” requires a provincial health insurance plan to “insure all insured health services provided by hospitals, medical practitioners or dentists, and where the law of the province so permits, similar or additional services rendered by other health care practitioners”: *CHA*, s. 9. What this means is that the scheme set up by the *CHA* requires provincial health insurance schemes to cover services provided by hospitals and physicians, but leaves coverage of a broader assortment of services up to the province. The former may be termed “core services”, and the latter “non-core services”.

In British Columbia, the relevant legislation is the *Medicare Protection Act*, R.S.B.C. 1996, c. 286 (“*MPA*”). The Preamble confirms the principles of the *CHA*, refers to medicare as “one of the defining features of Canadian nationhood”, recognizes “responsibility for the judicious use of medical services in order to maintain a fiscally sustainable health care system”, and states that it is “fundamental” that a person’s “access to necessary medical care be solely based on need”. The purpose of the *MPA* is “to preserve a publicly managed and fiscally sustainable health care system for British Columbia in which access to necessary medical care is based on need and not an individual’s ability to pay”: *MPA*, s. 2.

The *MPA* establishes and regulates the British Columbia Medical Services Plan. It entitles British Columbia residents enrolled as beneficiaries in the plan to have payment made to service providers

admissibles de la province aient droit aux services assurés selon des modalités uniformes : art. 10 de la *LCS*. Les « services de santé assurés » s’entendent des « [s]ervices hospitaliers, médicaux ou de chirurgie dentaire fournis aux assurés », à l’exclusion des services de santé visés par une autre loi : art. 2 de la *LCS*. Les « services hospitaliers » sont les services « médicalement nécessaires » qu’obtient un malade dans un hôpital, alors que les « services médicaux » sont les services « médicalement nécessaires » fournis par un médecin : art. 2 de la *LCS*. Le principe de l’« intégralité » exige que le régime d’assurance-santé d’une province prévoie que « tous les services de santé assurés fournis par les hôpitaux, les médecins ou les dentistes soient assurés, et lorsque la loi de la province le permet, les services semblables ou additionnels fournis par les autres professionnels de la santé » : art. 9 de la *LCS*. Le cadre ainsi établi commande donc qu’un régime provincial d’assurance-santé paie les services d’un hôpital et d’un médecin, la province pouvant décider à son gré d’offrir une gamme plus étendue de services. Les premiers correspondent aux « services essentiels », et les seconds aux « services non essentiels ».

En Colombie-Britannique, la loi pertinente est la *Medicare Protection Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 286 (« *MPA* »). Son préambule confirme les principes énoncés dans la *LCS*, dit du régime d’assurance-santé qu’il est [TRADUCTION] « une caractéristique fondamentale de la société canadienne », reconnaît l’obligation « de recourir judicieusement aux services médicaux afin de maintenir un système de soins de santé financièrement viable » et affirme qu’il est « fondamental » que « l’accès aux soins médicaux nécessaires repose uniquement sur les besoins de chacun ». La *MPA* a pour objet [TRADUCTION] « le maintien en Colombie-Britannique d’un système public de soins de santé financièrement viable où l’accès aux soins médicaux nécessaires repose sur les besoins de chacun, et non sur la capacité de payer » : art. 2 de la *MPA*.

La *MPA* établit et réglemente le régime de soins de santé de la Colombie-Britannique. Elle prévoit, au bénéfice des résidents de la province inscrits à titre de bénéficiaires du régime, le paiement des

for benefits they receive. “Benefits” are medically required services provided by a “medical practitioner” or “required services prescribed as benefits under section 51 and rendered by a health care practitioner”: *MPA*, s. 1.

The difference between services provided by a “medical practitioner” and those provided by a “health care practitioner” in the *MPA* corresponds to the distinction between core and non-core services found in the *CHA*. Services provided by “medical practitioners” encompass hospital and physician services, and must be provided to all residents on a fully funded basis to comply with the *CHA*. These core services are supplemented by partially funded, non-core services provided at the option of the province. In British Columbia, these include services provided by “health care practitioners”, namely chiropractors, dentists, optometrists, podiatrists, and, by regulation, physical therapists, massage therapists, and nurses. Many potential service providers are not designated as health care practitioners by legislation or regulation, and hence are not eligible for funding by the scheme: for example, clinical psychologists, nutritional counsellors, and osteopaths. A service cannot be a benefit under the Medical Services Plan unless it is provided by a medical practitioner or by a health care practitioner, named in the Act or in a regulation.

The *MPA* also constitutes and defines the tasks of the Medical Services Commission, the regulatory agency charged with implementing aspects of the Medical Services Plan. It is composed of nine members: three from the British Columbia Medical Association; three from the provincial government; and three representing the public interest. Its powers and duties are specific and limited by statute. Section 5(1)(j) gives it authority to determine whether a service is a benefit or whether any matter relates to the rendering of a benefit; s. 5(1)(h) allows the Commission to determine whether an individual is a medical practitioner or a health care practitioner. When the Commission determines that a service is a benefit, it can be added to the tariff of insured services. The Commission does not have discretion to

services fournis par un professionnel. Un « avantage » s’entend d’un service médicalement requis fourni par un « médecin » ou d’un [TRADUCTION] « service requis désigné comme un avantage en application de l’article 51 et fourni par un professionnel de la santé » : art. 1 de la *MPA*.

Dans la *MPA*, la différence entre un service fourni par un « médecin » et celui fourni par un « professionnel de la santé » correspond à celle existant entre un service essentiel et un service non essentiel dans la *LCS*. Les services fournis par un « médecin » englobent les services hospitaliers et médicaux. Ils doivent être offerts à tous les résidents et financés intégralement pour que le régime soit conforme à la *LCS*. À ces services essentiels peuvent s’ajouter, au gré de la province, des services non essentiels partiellement financés. En Colombie-Britannique, il s’agit des services d’un « professionnel de la santé », soit un chiropraticien, un dentiste, un optométriste, un podiatre et, suivant le règlement d’application, un physiothérapeute, un massothérapeute et un infirmier. De nombreux fournisseurs de services potentiels ne sont pas désignés à titre de professionnels de la santé dans la loi ou le règlement et leurs honoraires ne sont donc pas remboursés par le régime; mentionnons par exemple les psychologues cliniciens, les conseillers en nutrition et les ostéopathes. Un service est un avantage au sens du régime de soins de santé s’il est fourni par un médecin ou par un professionnel de la santé énuméré dans la loi ou désigné par règlement.

De plus, la *MPA* crée la commission des services médicaux, l’organisme de réglementation chargé de la mise en œuvre des différents volets du régime de soins de santé, et définit son mandat. La commission est composée de neuf membres représentant à raison de trois chacun l’association médicale de la Colombie-Britannique, le gouvernement provincial et l’intérêt public. Ses attributions et ses obligations sont précises et délimitées par la loi. L’alinéa 5(1)(j) lui confère le pouvoir de déterminer si un service constitue un avantage ou si quoi que ce soit a un lien avec la fourniture d’un avantage; l’al. 5(1)(h) l’autorise à déterminer si une personne est un médecin ou un professionnel de la santé. Lorsque la commission décide qu’il constitue un avantage, un service peut être ajouté au barème de tarifs. La

fund a service that is not provided by a medical practitioner. It has no legislative or regulatory power.

The process by which new benefits are added to the roster of insured services differs according to whether they are provided by medical practitioners (core benefits) or by other individuals (non-core benefits). The Medical Services Commission has the statutory discretion to add core benefits, since they are provided by medical practitioners under the Act. If the Commission is satisfied that the service is medically required and provided by a physician, it may add the service to the payment schedule. Where a service is provided by a health care practitioner listed in the Act or prescribed by regulation, a request for funding for that therapy is determined by a Supplementary Practitioner Special Committee, operating in the same manner as the Medical Services Commission. A Special Committee exists for each of the groups of approved supplementary health care practitioners. Where a potential provider of a non-core service has not been designated as a “health care practitioner” by regulation or by legislation, neither the Medical Services Commission nor the Special Committees has power to order funding for the service.

Limited provision of non-core benefits within the sole discretion of the province complies with the *CHA*. British Columbia, for example, insures only a narrow range of non-core services. Moreover, even when provided, non-core benefits are limited in terms of cost and in terms of the number of annual treatments. For example, at the time of the trial, chiropractic services were insured to a maximum of 12 visits per year for British Columbians under 65, with payment of a small patient visit charge. Beyond 12 visits, the responsibility for payment rested with the patient. Insured diagnostic services by an optometrist were limited to one examination every two years for British Columbians between 16 and 65 years of age. No service by a health care practitioner is fully insured.

The *MPA* requires that a potential benefit be determined to be “medically required” before it is

commission n’a pas le pouvoir discrétionnaire de financer un service qui n’est pas fourni par un médecin. Elle n’a pas non plus le pouvoir de légiférer ou de réglementer.

Les modalités d’inscription d’un nouvel avantage à la liste des services assurés diffèrent selon qu’il s’agit d’un service fourni par un médecin (avantage essentiel) ou par une autre personne (avantage non essentiel). La commission des services médicaux a le pouvoir discrétionnaire d’y ajouter des avantages essentiels, ceux-ci étant fournis par des médecins suivant la loi. Si elle est convaincue qu’un service est médicalement requis et fourni par un médecin, la commission peut l’inscrire au barème de tarifs. Lorsque le service est fourni par un professionnel de la santé énuméré dans la loi ou désigné par règlement, une demande de financement est présentée à un comité spécial sur les services complémentaires, qui agit comme le ferait la commission des services médicaux. Un comité spécial est formé pour chacun des groupes de professionnels de la santé approuvés offrant des services complémentaires. Lorsque le fournisseur éventuel d’un service non essentiel n’est pas désigné à titre de « professionnel de la santé » par règlement ou dans la loi, ni la commission des services médicaux ni le comité spécial ne peuvent ordonner le financement de ce service.

La limitation, par la province, de l’accès aux services non essentiels est conforme à la *LCS*. La Colombie-Britannique, par exemple, n’assure qu’une gamme restreinte de services non essentiels. En outre, même lorsqu’un service non essentiel est offert, un plafond annuel limite le montant des frais et le nombre des traitements. À titre d’exemple, au moment du procès, les gens de moins de 65 ans avaient droit chaque année à un maximum de 12 visites chez le chiropraticien et devaient acquitter de modiques frais de visite. Au-delà de 12 visites, le paiement des honoraires leur incombait. Les services d’optométrie étaient assurés à raison d’un examen tous les deux ans pour les résidents de la province âgés de 16 à 65 ans. Aucun service d’un professionnel de la santé n’était financé intégralement.

Suivant la *MPA*, un avantage potentiel doit être « médicalement requis » pour être inscrit à la liste

added to the roster of insured services. This term is not defined, however. No service is “medically required” under the statute until it has been designated as a benefit. An individual’s physician may view a particular non-core service as “medically required” for his or her personal health. However, this does not make it “medically required” under the Act. That power rests solely with the provincial government.

To summarize, the *CHA* is a framework by which provinces must abide if they are to receive federal funding for health care. The framework rests on the principles of universal provision of insured benefits and comprehensiveness of coverage for insured core services, largely those provided by physicians and hospitals. Insurance of non-core services is left to provincial discretion.

In British Columbia, the *MPA* follows this model. Core services are those provided by medical practitioners and are fully funded. Non-core services may be funded if they are provided by health care practitioners, a limited list of occupations defined within the Act itself or by regulation by the Lieutenant Governor in Council. Only partial coverage of non-core services is provided. The Medical Services Commission may at its discretion add new therapies to the roster of insured core services provided they are delivered by a health care practitioner designated by the Act or regulation.

*Appeal allowed and cross-appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellants/respondents on cross-appeal: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver; Ministry of Attorney General, Victoria.*

*Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal: Harper Grey Easton, Vancouver; Bradbrooke Crawford Green, North Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Department of Justice, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

des services assurés. Cette expression n’est cependant pas définie. Un service n’est « médicalement requis » au sens de la loi que s’il constitue un avantage. Un médecin peut considérer qu’un service non essentiel est « médicalement requis » pour la santé de son patient. Son avis ne fait cependant pas de ce service un service « médicalement requis » au sens de la loi. C’est le législateur provincial qui en décide.

En résumé, la *LCS* impose un cadre que les provinces doivent respecter pour bénéficier des fonds fédéraux destinés aux soins de santé. Ce cadre s’appuie sur le principe de la prestation universelle des avantages assurés et celui de l’intégralité des services essentiels assurés, principalement les services des médecins et des hôpitaux. L’assurance des services non essentiels est laissée à la discrétion des provinces.

La *MPA* respecte ce cadre. Les services essentiels sont ceux fournis par un médecin et ils sont entièrement financés. Un service non essentiel peut être financé s’il est fourni par un professionnel de la santé énuméré dans la loi elle-même ou désigné par le lieutenant-gouverneur en conseil dans le règlement d’application. Seule une protection partielle des services non essentiels est prévue. La commission des services médicaux peut, à son gré, inscrire un nouveau traitement sur la liste des services essentiels assurés à condition qu’il soit fourni par un professionnel de la santé énuméré dans la loi ou désigné par règlement.

*Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté.*

*Procureurs des appelants/intimés au pourvoi incident : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver; Ministère du Procureur général, Victoria.*

*Procureurs des intimés/appellants au pourvoi incident : Harper Grey Easton, Vancouver; Bradbrooke Crawford Green, North Vancouver.*

*Procureur de l’intervenant le procureur général du Canada : Ministère de la Justice, Ottawa.*

*Procureur de l’intervenant le procureur général de l’Ontario : Procureur général de l’Ontario, Toronto.*



*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Department of Justice, Sainte-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Department of Justice, Halifax.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island: Attorney General of Prince Edward Island, Charlottetown.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Alberta Justice, Edmonton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador: Department of Justice, St. John's.*

*Solicitors for the interveners the Canadian Association for Community Living and the Council of Canadians with Disabilities: Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish; Advocacy Resource Centre for Persons with Disabilities, Toronto.*

*Solicitor for the interveners the Women's Legal Education and Action Fund and the DisAbled Women's Network Canada: Women's Legal Education and Action Fund, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Autism Society Canada: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener Michelle Dawson: Irving, Mitchell & Associates, Montréal.*

*Solicitors for the interveners the Families for Effective Autism Treatment of Alberta Foundation and the Families for Early Autism Treatment of Ontario: Chamberlain Hutchison, Edmonton; Community Legal Clinic (Simcoe, Haliburton, Kawartha Lakes), Orillia.*

*Solicitors for the intervener the Friends of Children with Autism: Eberts Symes Street Pinto & Jull, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Ministère de la Justice, Sainte-Foy.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse : Ministère de la Justice, Halifax.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard : Procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, Charlottetown.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Alberta Justice, Edmonton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador : Ministère de la Justice, St. John's.*

*Procureurs des intervenants l'Association canadienne pour l'intégration communautaire et le Conseil des Canadiens avec déficiences : Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish; Advocacy Resource Centre for Persons with Disabilities, Toronto.*

*Procureur des intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et le Réseau d'action des femmes handicapées du Canada : Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante la Société canadienne de l'autisme : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante Michelle Dawson : Irving, Mitchell & Associates, Montréal.*

*Procureurs des intervenantes Families for Effective Autism Treatment of Alberta Foundation et Families for Early Autism Treatment of Ontario : Chamberlain Hutchison, Edmonton; Community Legal Clinic (Simcoe, Haliburton, Kawartha Lakes), Orillia.*

*Procureurs de l'intervenant Friends of Children with Autism : Eberts Symes Street Pinto & Jull, Toronto.*