



**GUIDE D'INTRODUCTION SUR LE DROIT DES PERSONNES
HANDICAPÉES
ARCH Disability Law Centre**

À jour en septembre 2013. Il est recommandé à quiconque souhaite se fonder sur le présent document d'effectuer ses propres recherches pour obtenir les mises à jour de la législation et de la jurisprudence.

La version française du présent guide d'introduction a été rédigée par le Centre de traduction et de documentation juridiques. L'analyse est fondée sur la version anglaise de la loi.



Chapitre 1

Introduction et vue d'ensemble

**Ivana Petricone, directrice générale, ARCH Disability Law Centre
Octobre 2013**

À jour en septembre 2013. Il est recommandé à quiconque souhaite se fonder sur le présent document d'effectuer ses propres recherches pour obtenir les mises à jour de la législation et de la jurisprudence.

La version française du présent Guide d'introduction a été rédigée par le Centre de traduction et de documentation juridiques. L'analyse est fondée sur la version anglaise de la loi.

Introduction et vue d'ensemble

J'ai le grand plaisir de présenter l'édition révisée du *Guide d'introduction sur le droit des personnes handicapées* de l'ARCH Disability Law Centre. Avec le présent *Guide d'introduction*, les avocats d'ARCH ont produit un premier ouvrage de référence pour les avocats et défenseurs qui fournissent des services juridiques aux personnes handicapées. Le *Guide d'introduction* ne constitue pas un examen complet de chaque domaine du droit qu'il aborde. Il vise plutôt à servir de base aux futures recherches et études sur le droit des personnes handicapées.

La première édition du *Guide d'introduction*, qui a été produite en 2003, illustre les pratiques d'ARCH à l'époque. Il était important de mettre à jour les articles du *Guide d'introduction* de 2003 non seulement pour s'assurer qu'ils reflètent l'état actuel du droit, mais aussi pour examiner les domaines du droit des personnes handicapées qui sont actuellement importants pour la communauté des personnes handicapées et qui constituent les domaines de travail prioritaires d'ARCH depuis quelques années.

Le présent *Guide d'introduction sur le droit des personnes handicapées* illustre une approche à l'exercice du droit des personnes handicapées qui prend en considération les besoins en matière de services juridiques au sujet desquels les personnes handicapées consultent ARCH. Depuis 2010, ARCH a mis l'accent sur les domaines suivants du droit des personnes handicapées : les services aux personnes ayant des déficiences intellectuelles; le droit de l'éducation; les services auxiliaires; le droit de prendre ses propres décisions; l'accès à la justice pour les personnes handicapées. Conformément au mandat qu'ARCH a reçu en tant qu'une des cliniques juridiques communautaires de l'Ontario, notre pratique comprend des analyses portant sur les droits de la personne et la réduction de la pauvreté. Nous espérons avoir saisi cette orientation dans le cadre de la plus récente édition du *Guide d'introduction sur le droit des personnes handicapées*.

Le *Guide d'introduction* contient neuf chapitres que nous avons tenté de mettre en concordance l'un avec l'autre lorsque cela était approprié. Le chapitre deux, intitulé *Prestation de services juridiques aux personnes handicapées*, est un élément fondamental du *Guide d'introduction*. Plusieurs ateliers et présentations d'ARCH en matière de formation juridique permanente se sont fondés sur le contenu du chapitre deux, y compris les modules produits en collaboration avec le Barreau du Haut-Canada pour son programme d'octroi de licences. Le chapitre offre des renseignements de base au sujet des handicaps et de la façon dont le droit traite les handicaps. Puisque la notion de handicap et les lois pertinentes évoluent au fil du temps, le chapitre sera toujours un travail en cours de réalisation. ARCH accueille favorablement les commentaires et questions concernant la prestation de services juridiques aux clients handicapés.

Le chapitre trois, intitulé *Les droits de la personne et le droit des personnes handicapées : guide d'introduction*, décrit l'importance particulière du droit relatif aux droits de la personne pour les personnes handicapées, que ce soit dans le cadre de requêtes présentées au Tribunal des droits de la personne ou lorsqu'il s'agit de présenter des arguments fondés sur les droits de la personne à l'appui d'autres revendications relevant du droit administratif. Le chapitre se penche principalement sur la loi ontarienne sur les droits de la personne, mais propose une perspective importante à travers laquelle il est possible d'examiner et d'analyser d'autres domaines du droit abordés dans le présent *Guide d'introduction*. Le chapitre se veut une introduction sur la législation ontarienne sur les droits de la personne et constitue un point de départ utile pour les juristes qui effectuent leurs propres recherches sur les questions particulières touchant leurs clients.

Le chapitre quatre, intitulé *Capacité de mandater un avocat : promouvoir, respecter et faire valoir l'autonomie de décision*, aborde les aspects intrinsèques du rapport avocat-client. Le chapitre met l'accent sur la façon de répondre aux

besoins des clients dont la capacité est en cause, quelle que soit la question juridique à l'égard de laquelle ils demandent de l'aide. Le chapitre traite des responsabilités professionnelles et de la façon de déterminer si un client est capable de mandater un avocat, en plus d'offrir des conseils sur la façon de tenir compte des besoins d'un client lorsque surviennent des problèmes de capacité.

Le chapitre cinq, intitulé *Protection des droits des personnes ayant un mandataire spécial*, met l'accent sur le droit relatif à la prise de décisions au nom d'autrui, qui touche la vie de plusieurs personnes handicapées. Le chapitre traite des situations dans lesquelles la capacité est au cœur des questions juridiques à l'égard desquelles un client demande de l'aide, telles que la défense, la protection ou le rétablissement de la capacité du client de prendre des décisions après avoir été déclaré incapable, ou le règlement des différends se rapportant aux mesures prises par un mandataire spécial. Le chapitre décrit brièvement les diverses questions auxquelles sont confrontées les personnes ayant un mandataire spécial et propose des options visant à faciliter le traitement de ces questions d'une manière qui protège les droits des personnes ayant des problèmes de capacité et qui favorise leur autonomie dans la mesure du possible.

Le chapitre six, intitulé *Le handicap et l'éducation publique en Ontario : guide d'introduction*, constitue un guide d'introduction sur le droit de l'éducation se rapportant aux élèves handicapés au sein du système d'éducation primaire et secondaire public en Ontario. Le chapitre contient une introduction sur diverses questions propres aux élèves handicapés, ainsi qu'une discussion portant sur les obstacles persistents auxquels sont confrontés les élèves handicapés. Le chapitre fait valoir qu'un examen de l'ensemble du système d'éducation fondé sur les droits de la personne exige la création de milieux scolaires plus inclusifs qui sont faciles d'accès et qui tiennent pleinement compte des besoins de tous les enfants, quel que soit leur niveau d'aptitude.

Le chapitre sept est intitulé *Obtenir des services pour les personnes ayant été étiquetées d'une déficience intellectuelle : guide d'introduction*. Le chapitre porte sur les services pour les personnes ayant une déficience intellectuelle, c'est-à-dire, les soutiens et le financement qui sont fournis aux adultes ayant des déficiences intellectuelles. Le chapitre décrit l'historique et l'évolution des services et soutiens qui sont mis à la disposition des personnes ayant été étiquetées d'une déficience intellectuelle, ainsi que les pratiques relatives à la prestation de ces services. Le guide d'introduction contient aussi une section sur le recours au *Code des droits de la personne* de l'Ontario visant à faire respecter les droits des personnes ayant été étiquetées d'une déficience intellectuelle.

Le chapitre huit est intitulé *Services auxiliaires*. Le terme général « services auxiliaires » désigne les divers types d'aide fournis aux personnes ayant des déficiences physiques dans le cadre de leurs activités de la vie quotidienne, en vue de soutenir une vie autonome. La philosophie de la vie autonome veut que les personnes ayant des déficiences physiques puissent vivre en toute dignité dans leur communauté choisie, participer à tous les aspects de leur vie et contrôler et prendre des décisions au sujet de leur propre vie. Le chapitre explique que les services auxiliaires sont une mesure d'accommodement nécessaire et essentielle qui joue un rôle important dans le soutien de l'intégrité personnelle, de l'indépendance et de la dignité des personnes ayant des déficiences physiques. Le chapitre traite aussi de l'application des droits de ceux qui utilisent des services auxiliaires.

La législation en matière d'accessibilité est abordée au chapitre neuf, qui est intitulé *Législation en matière d'accessibilité : guide d'introduction sur la Loi sur l'accessibilité pour les personnes handicapées de l'Ontario, les Normes d'accessibilité pour les services à la clientèle et les Normes d'accessibilité intégrées*. Le chapitre offre un aperçu de la législation en matière d'accessibilité, y compris les règlements qui établissent les normes d'accessibilité. Il traite aussi de l'application de la *Loi sur l'accessibilité pour les personnes handicapées de*

l'Ontario et de ses règlements et examine le jeu réciproque entre cette loi et d'autres lois, notamment celles sur les droits de la personne.

Le *Guide d'introduction* se termine avec le chapitre 10, intitulé *Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées*. Le chapitre traite de l'élaboration et de la négociation de ce traité historique, ainsi que des thèmes et articles saillants qui intéressent la communauté de personnes handicapées desservie par ARCH. Le chapitre examine les obligations juridiques du Canada en vertu de la Convention et offre des conseils sur le recours au traité pour interpréter les lois canadiennes et provinciales.

Le présent *Guide d'introduction* n'aurait pu être publié sans l'engagement et le travail acharné des auteurs de chacun des chapitres. Les auteurs sont ou étaient récemment des avocats à l'interne d'ARCH : Kerri Joffe, Ed Montigny, Tess Sheldon, Karen Spector, Robert Lattanzio, Laurie Letheren et Dianne Wintermute. J'aimerais leur exprimer ma plus sincère gratitude pour les efforts soutenus qu'ils ont déployés au cours des derniers mois pour rédiger le *Guide d'introduction* tout en continuant à fournir des services juridiques. Je tiens à remercier tout particulièrement Yedida Zalik, coordonnatrice des activités de sensibilisation d'ARCH, qui a joué un rôle de premier plan dans la mise en œuvre réussie des éléments de sensibilisation du *Guide d'introduction*, notamment auprès des avocats du secteur privé et de la collectivité francophone. Nous sommes aussi profondément redevables à Aide juridique Ontario, et plus particulièrement à Chantal Gagnon, pour le soutien financier qui nous a permis de faire traduire le présent *Guide d'introduction* en français.

Ivana Petricone
Directrice générale
ARCH Disability Law Centre
Septembre 2013

Chapitre 2

Prestation de services juridiques aux personnes handicapées¹

Septembre 2013

À jour en septembre 2013. Il est recommandé à quiconque souhaite se fonder sur le présent document d'effectuer ses propres recherches pour obtenir les mises à jour de la législation et de la jurisprudence.

La version française du présent document a été rédigée par le Centre de traduction et de documentation juridiques. La version originale s'intitule « Providing Legal Services for People With Disabilities » et se trouve au chapitre 2. L'analyse est fondée sur la version anglaise de la loi.

1 Le présent article constitue une révision et une mise à jour de certains articles similaires écrits précédemment par des avocats d'ARCH, dont le premier a été rédigé en 1988. Puisque la notion de handicap et les lois pertinentes évoluent au fil du temps, le présent article sera toujours un travail en cours de réalisation. ARCH accueille favorablement les commentaires et questions concernant la prestation de services juridiques aux clients handicapés.

TABLE DES MATIÈRES

I.	COMPRÉHENSION, DÉFINITION ET DESCRIPTION DES HANDICAPS.....	2
A.	Compréhension des handicaps.....	3
B.	Modèles du handicap.....	4
C.	Prévalence des handicaps au Canada : la plupart des avocats représenteront des clients handicapés.....	7
D.	Langage et termes appropriés décrivant les handicaps.....	9
E.	Compréhension du « handicap » dans la jurisprudence et la législation.....	10
II.	LOIS ET NOTIONS JURIDIQUES PARTICULIÈRES RELATIVES AU HANDICAP	13
A.	L'obligation d'accommodement relative au handicap	13
B.	La Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées ...	15
C.	La Loi de 2005 sur l'accessibilité pour les personnes handicapées de l'Ontario.....	18
III.	LE CODE DE DÉONTOLOGIE ET LES CLIENTS HANDICAPÉS	22
A.	Généralités	22
B.	« Clients ayant un handicap » et capacité de mandater un avocat.....	22
C.	Discrimination et accommodement	25
IV.	RENSEIGNEMENTS GÉNÉRAUX SUR LES HANDICAPS ET CONSIDÉRATIONS PRATIQUES RELATIVES À L'ACCOMMODEMENT DES CLIENTS.....	26
A.	Généralités	26
B.	Personnes sourdes et personnes ayant une déficience auditive	30
C.	Déficiences visuelles.....	34
D.	Troubles de communication	35
E.	Handicaps affectant la mobilité	37
F.	Troubles mentaux/déficiences psychiatriques	39
G.	Déficiences intellectuelles/développementales.....	40
H.	Troubles d'apprentissage.....	42
V.	RESSOURCES WEB.....	43

I. COMPRÉHENSION, DÉFINITION ET DESCRIPTION DES HANDICAPS

La notion de « handicap » est une notion complexe. Bien que le présent document contienne des renseignements de base au sujet des handicaps et de la façon dont le droit traite les handicaps, la notion de handicap, ainsi que la législation et la jurisprudence pertinentes, sont en constante évolution. Pour l'avocat, la meilleure façon de représenter des clients handicapés consiste à garder l'esprit ouvert et à être prêt à

apprendre. En cas de doute, l'avocat devrait demander à son client ce que vivre avec un handicap veut dire pour lui.

A. Compréhension des handicaps

Les handicaps ont traditionnellement été considérés comme pouvant être classés en deux catégories : les incapacités *physiques* (par ex., la paraplégie et l'arthrite) et les incapacités *mentales* (par ex., la schizophrénie et la dépression). Plus récemment, on a compris que de nombreux handicaps ont à la fois un élément « physique » et un élément « mental » et qu'il n'est pas facile de séparer ou de différencier ces éléments. Certains handicaps comportent de multiples éléments, notamment des éléments physiologiques, psychologiques, cognitifs, sensoriels et neurochimiques. Par exemple, les lésions cérébrales acquises peuvent avoir un effet tant sur la mobilité que sur l'adaptation affective. La sclérose en plaques peut avoir un effet sur la mémoire ainsi que sur la mobilité.

La reconnaissance juridique des handicaps est dynamique. Des handicaps précédemment non reconnus sont identifiés et distingués d'autres handicaps. Par exemple, le droit a récemment reconnu que le syndrome de fatigue chronique², le syndrome de douleur chronique³, la fibromyalgie et les manifestations d'intolérance au milieu⁴ sont des handicaps. Certaines conditions sont considérées comme des handicaps par les professionnels de la santé mais non par le droit. Dans le même ordre d'idées, le droit reconnaît certains handicaps que les professionnels de la santé ne reconnaissent pas.

Certains handicaps sont très visibles, tandis que d'autres peuvent ne pas être apparents à la seule observation de l'apparence d'une personne. La Commission ontarienne des droits de la personne qualifie ces derniers de handicaps « non évidents »⁵. Les

2 *Honda Canada Inc c Keays*, [2008] 2 RCS 362, 2008 CSC 39.

3 *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c Laseur*, [2003] 2 RCS 504, 2003 CSC 54 au para 1; *Jeffrey v Dofasco Inc*, 2004 HRTO 5 (CanLII) aux para 186-192.

4 *Guibord c Canada*, [1997] 2 CF 17.

5 Commission ontarienne des droits de la personne, *Politique et directives concernant le handicap et l'obligation d'accommodement*, Toronto, OHRC, 2000 à la p 10 [*Directives concernant le handicap*].

handicaps non évidents comprennent notamment l'épilepsie, le diabète et les lésions cérébrales acquises.

Il faut se rappeler que ce sont des *personnes* qui vivent avec des handicaps et que les limitations ou symptômes couramment associés à un handicap donné peuvent ne pas toucher une personne en particulier. Par exemple, bien qu'il soit possible qu'une personne souffrant de paralysie cérébrale ait une limitation intellectuelle, il n'en est pas ainsi pour toutes les personnes souffrant de paralysie cérébrale. Plusieurs personnes atteintes du syndrome de Down – mais pas toutes – ont des problèmes cardiaques. Un adulte atteint de fibrose kystique peut utiliser un fauteuil roulant et un ventilateur et peut avoir une espérance de vie limitée, ou bien il peut n'éprouver que de légères difficultés respiratoires. Certains étudiants autistiques ont besoin d'un animal d'assistance et d'un soutien individualisé en salle de classe, tandis que d'autres n'en ont pas besoin. Par conséquent, le processus d'accommodement doit être individualisé, ou adapté à la personne visée et à ses besoins uniques.

De plus, lorsqu'une personne est incapable de faire quelque chose d'une certaine manière, cela ne veut pas dire qu'elle ne peut le faire d'une autre manière. Une personne aveugle ne peut lire de la même manière qu'une personne voyante, mais elle peut lire en braille ou en utilisant un ordinateur doté d'un lecteur d'écran. Il se peut qu'une personne sourde, devenue sourde ou malentendante ne soit pas en mesure de communiquer oralement, mais qu'elle soit capable de parler à l'aide du langage gestuel. Il se peut aussi qu'une personne ayant une déficience intellectuelle ou développementale ne comprenne pas un manuel de formation écrit, mais qu'elle puisse acquérir une habileté ou saisir une notion par voie d'instruction, de démonstration et de soutien.

B. Modèles du handicap

Le préambule de la *Convention relative aux droits des personnes handicapées* (« *Convention* ») des Nations Unies définit la notion de « handicap » comme suit :

Reconnaissant que la notion de handicap évolue et que le handicap résulte de l'interaction entre des personnes présentant des incapacités et les barrières

comportementales et environnementales qui font obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres.⁶

La Cour suprême du Canada a déclaré qu'il ne fallait pas enfermer le motif de « handicap » dans une définition étanche. La Cour a précisé qu'il était plus utile de faire preuve de souplesse et de proposer des lignes directrices qui faciliteraient l'interprétation⁷. Ainsi, certains principes fondamentaux relatifs au handicap sont généralement adoptés par le milieu des personnes handicapées et ont été acceptés et énoncés dans la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada. Une vaste compréhension multidimensionnelle du handicap est l'approche qui est actuellement privilégiée⁸. Cette approche est souvent qualifiée de « modèle social du handicap » ou de « modèle du handicap fondé sur les droits de la personne ». Elle a été acceptée et énoncée dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada⁹ et dans la *Convention*¹⁰. Selon cette approche, le handicap est le résultat de l'interaction entre la personne et son environnement¹¹. Ce « modèle social » reconnaît que c'est le défaut de la société de tenir compte des besoins des personnes handicapées – et non une quelconque affection mentale ou physique inhérente – qui mène au « désavantage invalidant » que connaissent les personnes handicapées dans leur vie quotidienne.

Ainsi, selon l'approche que privilégie actuellement le droit, le handicap n'est pas simplement le résultat direct d'un problème de santé ou d'une limitation physique ou

6 *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, Rés AG 61/106, 76^e séance plén, Doc NU A/Res/61/106 [adoptée par consensus aux Nations Unies le 13 décembre 2006] [*Convention*]. La Convention est entrée en vigueur le 3 mai 2008. Le Canada a signé la Convention le 30 mars 2007 et l'a ratifiée le 11 mars 2010.

7 *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Montréal (Ville)*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Boisbriand (Ville)*, [2000] 1 RCS 665, 2000 CSC 27 au para 76 [*Mercier*].

8 Mont précise que le « [...] [m]odèle médical a récemment été remplacé par le modèle social du handicap, qui conceptualise le handicap comme résultant de l'interaction entre les capacités fonctionnelles d'une personne et les environnements physiques, culturels et politiques » [notre traduction]. Voir Daniel Mont, « Measuring Disability Prevalence » (mars 2007), en ligne : Banque mondiale <<http://siteresources.worldbank.org/DISABILITY/Resources/Data/MontPrevalence.pdf>> aux pp 2 et 3. Voir aussi Ressources humaines et Développement des compétences Canada, *Vers l'intégration des personnes handicapées (2006)*, Ottawa, Développement social Canada, 2006 à la p 6 [*Vers l'intégration*]; Arlene S Kanter, « The Globalization of Disability Rights Law » (2003) 30 *Syracuse J Int'l L & Com* 241 à la p 247.

9 *Granovsky c Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 RCS 703, 2000 CSC 28 aux para 29 et 30 [*Granovsky*].

10 *Convention*, *supra* note 6.

11 Mont, *supra* note 8 aux pp 2 et 3.

mentale¹². Selon l'ancien « modèle médical », le handicap était une déficience physique ou mentale ou une maladie nécessitant une intervention médicale. Cependant, les problèmes de santé à eux seuls n'empêchent pas une personne de participer dans la société. Ce sont plutôt les obstacles dans l'environnement socio-économique et bâti qui l'en empêchent¹³. La différence entre les deux modèles a été résumée succinctement comme suit : « Le modèle médical tente d'adapter la personne à la société, tandis que le modèle social tente d'adapter la société à la diversité des personnes qui la constituent »¹⁴ [notre traduction].

Il importe de souligner qu'il existe une littérature abondante concernant les modèles du handicap. Il y a d'autres modèles et concepts théoriques du handicap qui pourraient ne pas adopter les modèles social et médical¹⁵.

Pour illustrer le modèle social, il suffit de penser aux personnes en fauteuil roulant qui peuvent entrer dans des immeubles, mais qui en deviennent « incapables » lorsqu'il y a des marches devant l'immeuble. Dans cet exemple, c'est l'existence des marches qui mène à une limitation ou à une incapacité. Lorsque les immeubles possèdent des rampes, des ascenseurs, des ouvre-portes automatiques, des toilettes accessibles et d'autres caractéristiques d'accessibilité, les personnes en fauteuil roulant ne sont plus handicapées.

On a tendance à penser que les obstacles sont simplement physiques ou environnementaux; cependant, ils se manifestent sous une multitude de formes, comme les obstacles économiques, comportementaux et juridiques créés par la société. Ils peuvent être fondés sur des politiques, des procédures, des pratiques et des attitudes. Par exemple, le manque de souplesse en ce qui concerne les heures de travail et les descriptions d'emploi peut créer des obstacles pour de nombreuses personnes handicapées. Il peut exister un stéréotype selon lequel une personne est incapable

12 *Vers l'intégration*, supra note 8 à la p 6.

13 *Ibid.*

14 *Ibid* à la p 74, citant Michel Delcey, « Déficiences motrices et situation de handicaps » – éd AFP-2002.

15 Marcia H Rioux et Fraser Valentine, « Does Theory Matter? Exploring the Nexus between Disability, Human Rights and Public Policy » dans Dianne Pothier et Richard Devlin, dir, *Critical Disability Theory: Essays in Philosophy, Politics, Policy, and Law*, Vancouver, UBC Press, 2004 à la p 57.

d'accomplir une tâche de façon satisfaisante ou prendra trop de congés en raison de son handicap.

C. Prévalence des handicaps au Canada : la plupart des avocats représenteront des clients handicapés

Selon Statistique Canada, environ 14 % des Canadiens déclarent avoir un certain degré d'incapacité¹⁶. De plus, le taux d'incapacité augmente rapidement avec l'âge¹⁷. Cela veut dire que la plupart des avocats, quel que soit leur domaine d'exercice, représenteront au moins certains clients handicapés ou traiteront de questions qui revêtent une importance pour les personnes handicapées. Par exemple, vous pouvez représenter un client handicapé ou une personne qui offre un soutien financier ou autre à une personne handicapée. Par conséquent, il incombe à chaque avocat d'être au courant de la législation, de la jurisprudence, des services et des programmes qui revêtent une importance pour les personnes handicapées.

Au moment de représenter des clients handicapés, il est utile et peut-être même nécessaire de consulter le profil statistique de l'incapacité au Canada. Jusqu'à tout récemment, Statistique Canada effectuait l'Enquête sur la participation et les limitations d'activités (« EPLA »), qui offrait une excellente base de données nationale sur les statistiques en matière d'incapacité¹⁸. Cependant, le gouvernement fédéral n'effectue plus cette enquête¹⁹.

L'Enquête canadienne sur l'incapacité est une enquête sur les questions d'incapacité au Canada, y compris les suivantes : le type et la gravité du handicap; l'utilisation d'aides et d'appareils et accessoires fonctionnels; l'aide reçue ou nécessaire; le rendement scolaire et les accommodements; la situation au regard de l'activité; et la mobilité au sein de la

16 Statistique Canada, « L'Enquête sur la participation et les limitations d'activités de 2006 : l'incapacité au Canada », en ligne : Statistique Canada <<http://www5.statcan.gc.ca/bsolc/olc-cel/olc-cel?catno=89-628-X&lang=fra>>.

17 Statistique Canada, *Un profil de l'incapacité au Canada en 2001* par Lucie Cossette et Édith Duclos, Ottawa, Ministre de l'Industrie, 2002 aux pp 7 et 8 [EPLA]. Voir aussi Développement des ressources humaines Canada, *Profil de l'incapacité au Canada en 2001*, Gatineau, Imprimeur de la Reine, 2003.

18 EPLA, *supra* note 17.

19 Tony Dolan, « Le Point du président du CCD: Juillet-août 2010 » (août 2010), en ligne : Conseil des Canadiens avec déficiences <<http://www.ccdonline.ca/fr/publications/chairpersons-update/2010/july-august>>.

collectivité. Statistique Canada compte publier des données d'enquête en 2013 et, par la suite, tous les cinq ans²⁰.

La plus récente EPLA a été menée en 2006. Les données suivantes sont tirées du rapport de cette enquête et dressent un portrait général de l'incapacité au Canada :

- 4 417 870 Canadiens ont déclaré avoir un certain niveau d'incapacité;
- l'incidence de l'incapacité augmente avec l'âge, de 3,7 % chez les enfants de moins de 15 ans à 43,4 % chez les personnes de plus de 65 ans et 56,3 % chez les personnes de plus de 75 ans;
- le taux d'incapacité est d'environ deux pour cent plus élevé chez les femmes que chez les hommes, sauf chez les moins de 15 ans;
- la douleur chronique, les incapacités liées à la mobilité et les incapacités liées à l'agilité étaient les trois types d'incapacité le plus souvent déclarés par les Canadiens handicapés âgés entre 15 et 64 ans;
- plus d'un demi-million de Canadiens adultes ont déclaré vivre avec une déficience psychologique;
- les adultes handicapés sont plus susceptibles d'avoir de multiples incapacités plutôt qu'une seule incapacité;
- le taux d'emploi des personnes handicapées est environ deux fois moins élevé que celui des autres Canadiens;
- les personnes handicapées ont des revenus considérablement moins élevés que les personnes qui ne sont pas handicapées;
- les femmes handicapées sont plus durement touchées que les hommes handicapés au niveau de l'emploi et du revenu, mais les deux groupes sont considérablement défavorisés;

20 Pour des renseignements sur l'Enquête canadienne sur l'incapacité, voir : Statistique Canada, en ligne :
<http://www23.statcan.gc.ca/imdb/p2SV_f.pl?Function=getSurvey&SDDS=3251&Item_Id=133011&lang=en>.

- les personnes handicapées sont environ deux fois moins susceptibles d'avoir fait des études universitaires que les personnes qui ne sont pas handicapées²¹.

D. Langage et termes appropriés décrivant les handicaps

Il a été dit que les mots sont un miroir des attitudes et perceptions de la société et que les « attitudes peuvent nuire grandement à la pleine intégration et à l'acceptation des personnes handicapées dans notre société »²². Par conséquent, il est important que les avocats s'efforcent d'utiliser un langage approprié lorsqu'ils parlent des personnes handicapées ou qu'ils s'entretiennent avec elles.

Il existe différents points de vue sur l'utilisation d'un langage approprié pour parler des personnes handicapées. Certains types de langage sont considérés comme appropriés par le gouvernement et les organisations de personnes handicapées, et leurs publications et sites Web contiennent des indications utiles à cet égard. Le gouvernement fédéral produit un guide intitulé *Le pouvoir des mots et des images*, tandis que le gouvernement provincial publie un guide similaire intitulé *Le mot juste*²³. Malgré les conseils fournis dans les guides des organisations et gouvernements, les personnes handicapées et les membres de leur famille peuvent chacun avoir leurs propres préférences.

Des termes désuets peuvent être employés dans de plus vieux documents et dans certains segments de la population qui ne sont pas au courant des réflexions actuelles au sujet des personnes handicapées. Il y a aussi des variances culturelles en ce qui concerne la terminologie appropriée.

Voir l'annexe « A » pour des exemples de langage qui sont – ou ne sont pas – considérés comme améliorant la dignité des personnes handicapées.

21 EPLA, *supra* note 17.

22 Canada, *Le pouvoir des mots et des images : Conseils généraux pour mieux représenter les personnes handicapées*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 2006 à la p 1 [*Le pouvoir des mots et des images*].

23 *Le pouvoir des mots et des images, ibid*; Direction générale de l'accessibilité pour l'Ontario, *Le mot juste : lexique de termes appropriés se rapportant aux personnes handicapées*, Toronto, Ministère de la Citoyenneté, 2002.

E. Compréhension du « handicap » dans la jurisprudence et la législation

Il n'existe pas de définition juridique unique au Canada pour le handicap en général ou pour des handicaps particuliers. En effet, la Cour suprême du Canada a déclaré qu'il ne fallait pas enfermer le motif de « handicap » dans une définition étanche. La Cour a précisé qu'il était plus utile de faire preuve de souplesse et de proposer des lignes directrices qui faciliteraient l'interprétation²⁴.

La Cour suprême du Canada a accepté un « modèle social » du handicap, par opposition à un « modèle médical » (voir la section 1.3 ci-dessus). Dans l'arrêt *Mercier*²⁵, la juge L'Heureux-Dubé, s'exprimant au nom de la Cour, a clairement indiqué qu'un handicap ne résulte pas seulement d'une limitation physique, mais aussi d'une construction sociale qui doit être interprétée au sens large :

[e]n mettant l'emphase sur la dignité humaine, le respect et le droit à l'égalité, plutôt que sur la condition biomédicale tout court, cette approche reconnaît que les attitudes de la société et de ses membres contribuent souvent à l'idée ou à la perception d'un « handicap » [le terme employé dans la loi québécoise en cause]. Ainsi, une personne peut n'avoir aucune limitation dans la vie courante sauf celles qui sont créées par le préjudice et les stéréotypes. [...] Ainsi, un « handicap » peut résulter aussi bien d'une limitation physique que d'une affection, d'une construction sociale, d'une perception de limitation ou d'une combinaison de tous ces facteurs.

Le modèle social met l'accent sur les effets d'un traitement différentiel, d'une règle, d'une préférence ou de l'exclusion vécue par la personne visée, et non sur la preuve des limitations physiques ou l'existence d'une affection quelconque.

La Cour suprême a élargi le modèle social dans l'affaire *Granovsky*²⁶, en précisant que la notion de déficience comporte trois éléments : les affections physiques ou mentales, les limitations fonctionnelles, réelles ou perçues, et la « réaction problématique de la société face à [l']état [de la personne]. Une analyse appropriée exige de distinguer l'affection dont souffre une personne de la réaction de la société face à cette affection, ainsi que de reconnaître que la discrimination résulte en bonne partie d'une construction sociale ».

24 *Mercier*, supra note 7 au para 76.

25 *Ibid* aux para 77 et 79.

26 *Granovsky*, supra note 9 aux para 29 et 30.

Les lois et règlements définissent le handicap de différentes façons, selon leur objet et leur intention. Le terme « déficiences mentales ou physiques » figure à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁷ (« Charte »), mais il n'est pas défini dans la *Charte*. Plusieurs dispositions du *Code criminel*²⁸ emploient aussi le terme « déficience mentale ou physique », mais celui-ci n'est pas défini.

Dans certaines lois ontariennes, le handicap a été défini dans le cadre d'une approche générale. Par exemple, tant la *Loi de 2005 sur l'accessibilité pour les personnes handicapées de l'Ontario*²⁹ que le *Code des droits de la personne*³⁰ de l'Ontario définissent le handicap comme suit :

- a) tout degré d'incapacité physique, d'infirmité, de malformation ou de défigurement dû à une lésion corporelle, une anomalie congénitale ou une maladie, et, notamment, le diabète sucré, l'épilepsie, un traumatisme crânien, tout degré de paralysie, une amputation, l'incoordination motrice, la cécité ou une déficience visuelle, la surdité ou une déficience auditive, la mutité ou un trouble de la parole, ou la nécessité de recourir à un chien-guide ou à un autre animal, à un fauteuil roulant ou à un autre appareil ou dispositif correctif;
- b) une déficience intellectuelle ou un trouble du développement;
- c) une difficulté d'apprentissage ou un dysfonctionnement d'un ou de plusieurs des processus de la compréhension ou de l'utilisation de symboles ou de la langue parlée;
- d) un trouble mental;
- e) une lésion ou une invalidité pour laquelle des prestations ont été demandées ou reçues dans le cadre du régime d'assurance créé aux termes de la *Loi de 1997 sur la sécurité professionnelle et l'assurance contre les accidents du travail*. (« handicap »)

En vertu du *Code* et de la jurisprudence sur les droits de la personne, la définition de handicap comprend les affections passées, présentes et perçues.

En règle générale, les lois et règlements tendent à mettre l'accent sur différents aspects du handicap. Par exemple :

27 *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11.

28 LRC 1985, c C-46.

29 LO 2005, c 11, art 2 [LAPHO].

30 LRO 1990, c H.19, art 10(1) [*Code des droits de la personne*].

- les lois sur les droits de la personne définissent habituellement le handicap de façon très générale, parce que l'objectif de politique publique est d'interdire complètement toute forme de discrimination fondée sur un handicap, y compris un handicap perçu³¹;
- les lois et les lignes directrices sur les programmes d'assurance-invalidité peuvent définir le handicap étroitement, en fonction de critères médicaux, ou cibler expressément l'inaptitude au travail attribuable à un handicap, ou elles peuvent se pencher de façon plus générale sur les limitations fonctionnelles d'une personne dans l'exercice de ses activités de la vie quotidienne³²;
- les programmes d'assurance-invalidité et de soutien aux personnes handicapées peuvent autoriser ou interdire l'utilisation de facteurs sociaux et économiques (par ex., l'âge, l'éducation, la littératie) pour déterminer si une personne est « suffisamment handicapée » pour être admissible³³.

31 Voir le *Code des droits de la personne* de l'Ontario, *ibid*, art 10(1) et la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, LRC 1985, c H-6, art 25.

32 En vertu du *Régime de pensions du Canada*, LRC 1985, c C-8, la définition d'invalidité prévue au paragraphe 42(2) est fondée sur des critères médicaux, la durée de l'invalidité, ainsi que l'inaptitude au travail. Selon la directive générale du Régime de pensions du Canada intitulée « Critère de gravité pour l'indicateur principal (état pathologique) », une personne doit tout d'abord souffrir d'un état pathologique; ensuite, cet état doit engendrer une invalidité grave et prolongée. La directive générale donne des exemples d'états pathologiques, y compris le SIDA, le cancer, la dystrophie musculaire et la maladie de Hodgkin.

Dans le cadre du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées (POSPH), le handicap est défini aux fins de la réception du soutien du revenu, ainsi qu'aux fins de la réception du soutien de l'emploi. La définition de « personne handicapée » aux fins du soutien du revenu est fondée sur les limitations d'une personne dans l'exercice des activités de la vie quotidienne, ainsi que sur des critères médicaux : *Loi de 1997 sur le Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées*, LO 1997, c 25, ann B, art 4 [LPOSPH]. La définition de « personne handicapée » aux fins du soutien de l'emploi (article 32) est fondée sur des critères médicaux et sur l'inaptitude au travail attribuable à un handicap; cependant, une personne qui répond à la définition de « personne handicapée » à l'article 4 de la LPOSPH peut aussi être admissible au soutien de l'emploi prévu à l'article 32. Voir aussi : Directive pour le soutien du revenu 1.2 du POSPH, « Décisions sur l'admissibilité en tant que personne handicapée » (novembre 2007); Directive pour le soutien de l'emploi 2.1 du POSPH, « Admissibilité au programme » (septembre 2006).

33 En règle générale, le Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées autorise l'utilisation de facteurs sociaux et économiques pour déterminer si une personne est « suffisamment handicapée » pour être admissible; par contre, le Régime de pensions du Canada interdit l'utilisation de facteurs sociaux et économiques. Voir : Directive pour le soutien du revenu 1.2 du POSPH, *supra*; Ligne directrice du Régime de pensions du Canada, « Caractéristiques personnelles et facteurs socio-économiques »; *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c Rice*, 2002 CAF 47; *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c Angheloni*, 2003 CAF 140.

Les clients handicapés seront peut-être surpris d'apprendre qu'à certaines fins, le gouvernement estime qu'ils n'ont pas de handicap. Dans chaque cas, il faut examiner de près les lois, les règlements et les lignes directrices, s'il en existe, ainsi que la jurisprudence, pour déterminer comment la définition prévue par la loi est appliquée dans la pratique.

II. LOIS ET NOTIONS JURIDIQUES PARTICULIÈRES RELATIVES AU HANDICAP

A. L'obligation d'accommodement relative au handicap

L'inaccessibilité généralisée des systèmes physiques, sociaux, économiques et juridiques et le défaut de ces systèmes de tenir compte des besoins des personnes handicapées pour assurer leur pleine participation dans la société constituent une forme de *discrimination systémique*. Pour les personnes handicapées, « [...] le droit de ne pas subir de discrimination est associé au droit d'obtenir des mesures d'accommodement, sauf si celles-ci constituent une contrainte excessive »³⁴ [notre traduction]. Le terme « *accommodement* » désigne le fait d'améliorer la capacité des personnes handicapées de faire des choses différemment des autres³⁵.

L'obligation d'accommodement est une notion centrale dans la jurisprudence sur les droits de la personne. « Par « mesure d'accommodement », on entend ce qui, dans les circonstances, est nécessaire pour éviter toute discrimination »³⁶. Dans l'arrêt *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*³⁷, la Cour suprême du Canada a précisé ce qui suit au sujet de l'obligation de tenir compte des besoins des personnes handicapées :

La notion d'accommodement raisonnable reconnaît que les personnes ayant une déficience ont le même droit d'accès que celles n'ayant pas de déficience, et impose à autrui l'obligation de faire tout ce qui est raisonnablement possible pour

34 Bill Holder, « Accommodation of Disability in Ontario » (juillet 2004) à la p 4, en ligne : ARCH Disability Law Centre <http://www.archdisabilitylaw.ca/sites/all/files/02_accommodation%281%29.pdf>.

35 *Ibid* à la p 1.

36 *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 RCS 868 au para 22 [Grismer].

37 [2007] 1 RCS 650.

tenir compte de ce droit. L'obstacle discriminatoire doit être éliminé, sauf s'il existe un motif justifiable de le maintenir, lequel peut être établi en prouvant que l'accommodement impose au fournisseur de services une contrainte excessive.³⁸

Parmi les principes qui sous-tendent l'obligation d'accommodement, on compte notamment le respect de la dignité, les mesures d'accommodement personnalisées, ainsi que l'intégration et la pleine participation³⁹.

L'obligation de prendre des mesures d'accommodement personnalisées a été énoncée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*⁴⁰ et dans le document de la Commission ontarienne des droits de la personne intitulé « *Politique et directives concernant le handicap et l'obligation d'accommodement* »⁴¹. La Cour suprême a reconnu que le processus d'accommodement est un processus très personnalisé qui doit répondre aux besoins individuels et qui doit être mis en œuvre sur une base individuelle :

Pour qu'il y ait égalité véritable des personnes atteintes de déficiences, il faut bien tenir compte de ces différences. Dans bien des cas, tracer une seule ligne de démarcation entre les personnes atteintes d'une déficience et les autres personnes est pour ainsi dire inutile, vu qu'aucune mesure d'adaptation ne permet à elle seule de répondre aux besoins de tous. Les personnes atteintes d'une déficience sont plutôt assujetties à des limites supplémentaires lorsqu'elles sont aux prises avec des régimes ou des situations sociales qui présument ou exigent qu'elles possèdent un ensemble de capacités différent de celui qu'elles possèdent. Pour garantir la participation égale des personnes atteintes d'une déficience, il faudra changer ces situations de bien des manières, selon les capacités de la personne en question. Dans chaque cas, la question sera non pas de savoir si l'État a exclu toutes les personnes atteintes d'une déficience ou s'il a omis de répondre à leurs besoins en général, mais plutôt de savoir s'il a suffisamment tenu compte des besoins et de la situation de chacune d'elles⁴².

La section ci-dessous intitulée « Renseignements généraux sur les handicaps et considérations pratiques pour tenir compte des besoins des clients » illustre comment

38 *Ibid* au para 121.

39 *Directives concernant le handicap, supra* note 5 aux pp 12-14. Parmi les causes pertinentes, on compte notamment : *Grismer, supra* note 36 au para 22; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c British Columbia Government and Service Employee's Union*, [1999] 3 RCS 3 au para 54 [*Meiorin*].

40 [2003] 2 RCS 504 [*Martin*].

41 *Directives concernant le handicap, supra* note 5 à la p 13.

42 *Martin, supra* note 40 au para 81.

diverses personnes handicapées peuvent et devraient pouvoir obtenir des mesures d'accommodement dans le système juridique. L'obligation d'accommodement de l'avocat est abordée en plus de détails dans la sous-section ci-dessous intitulée « Discrimination et accommodement ».

B. La Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées

La *Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées* est un traité international qui est entré en vigueur le 3 mai 2008. L'événement a été historique, en ce sens que la *Convention* est le premier traité international global qui protège expressément les droits des personnes handicapées dans le monde entier⁴³. La Convention a pour objet de « [...] promouvoir, protéger et assurer la pleine et égale jouissance de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales par les personnes handicapées et de promouvoir le respect de leur dignité intrinsèque »⁴⁴. Elle interdit toute discrimination fondée sur un handicap et exige que toutes les mesures appropriées soient prises pour assurer un accommodement raisonnable⁴⁵. Elle prévoit aussi de nombreux droits pour les personnes handicapées, notamment en ce qui concerne l'emploi, l'éducation, les services de santé, le transport, l'accès à la justice, l'accessibilité à l'environnement physique et les mauvais traitements⁴⁶. La *Convention* prie les gouvernements participants de modifier au besoin les lois de leur pays de manière à ce qu'elles soient conformes aux articles de la *Convention*⁴⁷.

43 Arlene S Kanter, « The Promise and Challenge of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities » (2006) 34 Syracuse J Int'l L & Com 287 à la p 288.

44 Secrétaire général, Rapport final du Comité spécial chargé d'élaborer une convention internationale globale et intégrée pour la protection et la promotion des droits et de la dignité des personnes handicapées, art 1, remis à l'Assemblée générale, Doc NU A/61/611 (6 décembre 2006) [Rapport final].

45 *Convention*, *supra* note 6, article 5.

46 Ce ne sont là que quelques-uns des droits énoncés dans la *Convention*. Il est conseillé de consulter le texte de la *Convention* pour bien en saisir la portée. Voir 34 Syracuse J Int'l L & Com 287 (2006-2007). Ce numéro spécial du Syracuse Law Journal contient des articles portant sur l'importance de la *Convention* et ses répercussions.

47 Kanter, *supra* note 43 à la p 289.

Le Canada a signé la *Convention* le 30 mars 2007 et l'a ratifiée le 11 mars 2010. La ratification est l'acte par lequel le Canada a accepté d'être lié par la *Convention* et assumé la responsabilité de se conformer à ses dispositions⁴⁸.

Le Canada a adopté un modèle « dualiste », ce qui veut dire qu'un traité qui a été signé et ratifié par l'exécutif fédéral doit ensuite être incorporé dans le droit interne pour être exécutoire au niveau national⁴⁹. Au Canada, la mise en œuvre des traités internationaux sur les droits de la personne est habituellement fondée sur les lois et politiques canadiennes existantes. Souvent, le Canada ratifie un traité international sur les droits de la personne après avoir déterminé que les lois, politiques et programmes existants sont conformes aux principes et obligations énoncés dans le traité. Des représentants du gouvernement fédéral examinent les dispositions du traité et déterminent si les lois et politiques fédérales existantes sont déjà conformes aux obligations que prévoit le traité. Un examen similaire est effectué aux niveaux provincial et territorial. Avant de ratifier un traité, le gouvernement fédéral cherche à obtenir le soutien officiel des provinces et des territoires. Habituellement, aucune nouvelle loi n'est adoptée pour incorporer expressément le traité dans le droit interne canadien. Dans les cas où de nouvelles lois fédérales, provinciales ou territoriales sont nécessaires, ces lois sont adoptées avant la ratification⁵⁰.

À ce jour, aucune nouvelle loi n'a été adoptée pour incorporer expressément la *Convention* dans le droit interne canadien. Cependant, plusieurs droits énoncés dans la *Convention* sont déjà prévus par les lois internes canadiennes, notamment la *Charte canadienne des droits et libertés*, les lois sur les droits de la personne (comme le *Code*

48 Nations Unies, « Guide à l'usage des parlementaires : la Convention relative aux droits des personnes handicapées et son Protocole facultatif : De l'exclusion à l'égalité, Réalisation des droits des personnes handicapées », chapitre 4 : Comment devenir partie à la Convention et au Protocole facultatif, en ligne : <<http://www.un.org/disabilities/documents/toolaction/ipuhb.pdf>>; Armand de Mestral et Evan Fox-Decent, « Rethinking the Relationship Between International and Domestic Law » (2008) 53 McGill LJ 573 au para 48.

49 En raison de la nature du fédéralisme canadien, la responsabilité de mettre en œuvre la *CDPH* incombe à la fois au gouvernement fédéral et aux gouvernements provinciaux/territoriaux. Le gouvernement fédéral peut légiférer pour mettre en œuvre la *CDPH* dans les domaines de compétence fédérale, mais ne peut le faire dans les domaines de compétence provinciale/territoriale.

50 de Mestral, *supra* note 48 aux para 48 et 49; voir aussi Canada, Parlement, « Le processus de conclusion des traités au Canada » par Laura Barnett, Division des affaires juridiques et législatives, PRB 08-45F (24 novembre 2008).

des droits de la personne de l'Ontario et la Loi canadienne sur les droits de la personne) et la Loi sur l'accessibilité pour les personnes handicapées de l'Ontario.

Le principe général concernant le recours au droit international dans le droit canadien veut que les traités et conventions internationaux ne fassent pas partie du droit canadien à moins d'avoir été mis en œuvre par voie législative⁵¹. Ce principe a été confirmé dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*⁵², où la Cour suprême du Canada a décidé que la *Convention relative aux droits de l'enfant*⁵³, qui avait été ratifiée par le Canada mais qui n'avait pas été mise en œuvre par voie législative interne, n'avait aucune application directe en droit canadien. Cependant, les membres de la Cour ne se sont pas entendus sur le poids à accorder à la *Convention*. Tandis que la minorité n'aurait pas donné effet à la *Convention*, la juge L'Heureux-Dubé, s'exprimant au nom de la majorité, a conclu que « [l]es valeurs exprimées dans le droit international des droits de la personne peuvent [...] être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois et en matière de contrôle judiciaire »⁵⁴.

En ce qui concerne les droits garantis par la *Charte* en particulier, les diverses sources du droit international des droits de la personne peuvent être « des sources pertinentes et persuasives quant il s'agit d'interpréter les dispositions de la *Charte* »⁵⁵. Dans l'arrêt *Health Services & Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*⁵⁶, la Cour suprême a renvoyé au droit international pour interpréter la portée de l'alinéa 2b) de la *Charte*. La Cour suprême s'est fondée sur trois conventions internationales⁵⁷ qui avaient été ratifiées par le Canada mais qui n'avaient pas été mises en œuvre par voie

51 *Baker c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 RCS 817 au para 69 [*Baker*], citant *Francis v The Queen*, [1956] SCR 618 à la p 621; *Capital Cities Communications Inc c CRTC*, [1978] 2 RCS 141 aux pp 172 et 173; Anne Warner La Forest, « Domestic Application of International Law in Charter Cases: Are We There Yet? » (2004) 37 UBC L Rev 157; Jutta Brunnée et Stephen Toope, « A Hesitant Embrace: The Application of International Law by Canadian Courts » (2002) 40 Can YB Int'l Law 3.

52 *Baker*, *ibid.*

53 RT Can 1992 no 3.

54 *Baker*, *supra* note 51 au para 70.

55 *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb)*, [1987] 1 RCS 313 au para 57.

56 [2007] 2 RCS 391.

57 Les trois conventions citées étaient : le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 RTNU 3, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 RTNU 171 et la *Convention no 87 de l'OIT*, 68 RTNU 17.

législative interne pour décider que le droit d'engager des négociations collectives fait partie de la liberté d'association garantie à l'alinéa 2b) de la *Charte*.

Le recours aux dispositions de la *Convention relative aux droits des personnes handicapées* pourrait éventuellement renforcer et soutenir les arguments juridiques avancés pour les clients handicapés en Ontario. Il reste à voir si la Convention sera ou non un outil puissant dont les avocats pourront se servir au moment de représenter des clients handicapés.

Pour de plus amples renseignements sur la CDPH, veuillez consulter le chapitre 10 intitulé « *Convention relative aux droits des personnes handicapées* » du présent guide d'introduction sur le droit des personnes handicapées.

C. La Loi de 2005 sur l'accessibilité pour les personnes handicapées de l'Ontario

En 2005, la *Loi de 2005 sur l'accessibilité pour les personnes handicapées de l'Ontario* (« *LAPHO* »)⁵⁸ est entrée en vigueur. Elle s'applique à « [...] toute personne ou organisation des secteurs public et privé de la province de l'Ontario, y compris l'Assemblée législative de l'Ontario »⁵⁹. Elle a pour objet déclaré l'élaboration, la mise en œuvre et l'application de normes d'accessibilité concernant les biens, les services, les installations, le logement, l'emploi, les bâtiments, les constructions et les locaux en Ontario. Elle a pour but de réaliser l'accessibilité d'ici 2025⁶⁰.

Il existe des points communs entre la *LAPHO* et le *Code des droits de la personne* de l'Ontario, en ce sens que les deux lois favorisent l'égalité et l'accessibilité pour les personnes handicapées, même si elles prévoient différents régimes et mécanismes à cette fin. Il importe de se rappeler que la *LAPHO* complète le *Code des droits de la personne* de l'Ontario et que son existence n'a pas pour effet de supprimer quelque obligation que ce soit prévue par le *Code*. Il faut respecter les droits et obligations

58 *LAPHO*, *supra* note 29.

59 *Ibid*, art 4.

60 *Ibid*, art 1.

juridiques concernant les personnes handicapées qui sont consacrés dans le *Code*, indépendamment de la conformité à la *LAPHO* et à ses normes.

La primauté du *Code* est mise en évidence dans le langage du *Code* même, qui prévoit que celui-ci l'emporte sur toute autre loi ou tout autre règlement, à moins que la loi ou le règlement visé ne précise expressément qu'il s'applique malgré le *Code*⁶¹. La *LAPHO* reconnaît aussi l'importance des autres obligations juridiques concernant les personnes handicapées. La *LAPHO* prévoit qu'« [e]n cas d'incompatibilité entre une disposition de la présente loi, d'une norme d'accessibilité ou de tout autre règlement et une disposition d'une autre loi ou de ses règlements, l'emporte la disposition qui prévoit le plus haut niveau d'accessibilité pour les personnes handicapées »⁶². Cette position est renforcée par une autre disposition de la *LAPHO* précisant que celle-ci ou les règlements n'ont pas pour effet de diminuer les obligations juridiques à l'égard des personnes handicapées qui sont imposées aux termes de toute autre loi ou par ailleurs par la loi⁶³.

La *LAPHO* s'applique aux services fournis par les avocats⁶⁴. De plus, il se peut que les avocats doivent conseiller leurs clients sur les obligations juridiques liées à la *LAPHO*. Ainsi, il est essentiel que les avocats connaissent bien la *LAPHO* et les normes qu'elle prévoit.

La *LAPHO* exige l'élaboration de normes d'accessibilité, qui deviennent des règlements pris en application de la Loi. Ces normes visent à identifier et supprimer les obstacles et prévoient des délais pour satisfaire aux exigences. À ce jour, deux normes ont été adoptées : les *Normes d'accessibilité pour les services à la clientèle* et les *Normes d'accessibilité intégrées*. La Direction générale de l'accessibilité pour l'Ontario est responsable de l'administration de la *LAPHO*. Pour de plus amples renseignements sur la *LAPHO* et ses normes, consultez le lien suivant :

<http://www.mcass.gov.on.ca/fr/mcass/programs/accessibility/>

61 *Code des droits de la personne*, supra note 30, art 47(2).

62 *LAPHO*, supra note 29, art 38.

63 *Ibid*, art 3.

64 *Ibid*, art 4.

Le 1^{er} janvier 2008, la première norme d'accessibilité prévue par la *LAPHO*, à savoir, les *Normes d'accessibilité pour les services à la clientèle*⁶⁵, est entrée en vigueur. La norme s'applique aux organisations du secteur public désignées et aux autres personnes ou organisations qui comptent plus d'un employé et qui fournissent des biens ou services au public en Ontario. Elle établit les exigences nécessaires pour que la fourniture de biens et services soit plus accessible pour les personnes handicapées. Les organisations du secteur public devaient s'être conformées à la norme au plus tard le 1^{er} janvier 2010, tandis que les entreprises privées, les organismes sans but lucratif et les autres fournisseurs de services (y compris les cabinets d'avocats) devaient s'y être conformés au plus tard le 1^{er} janvier 2012.

En vertu de la norme, les organisations du secteur public et les entreprises comptant plus d'un employé doivent :

- établir des politiques et pratiques régissant la fourniture de services aux personnes handicapées⁶⁶;
- faire des efforts raisonnables pour que les politiques soient compatibles avec les principes de la dignité, de l'autonomie, de l'intégration et de l'égalité des chances⁶⁷;
- former le personnel sur la façon d'interagir et de communiquer avec les personnes ayant divers types d'handicaps⁶⁸;
- permettre aux animaux d'assistance d'entrer dans les locaux de l'entreprise ou de l'organisation⁶⁹;
- permettre aux personnes de soutien d'accompagner des personnes handicapées dans les locaux de l'entreprise ou de l'organisation⁷⁰;

65 Règl Ont 429/07.

66 *Ibid*, art 3(1).

67 *Ibid*, art 3(2).

68 *Ibid*, art 6.

69 *Ibid*, art 4(2) et 4(3).

70 *Ibid*, art 4(4).

- remettre les documents qui sont exigés par le Règlement dans des formes accessibles⁷¹. Par exemple, le Règlement exige que les organisations du secteur public et les autres fournisseurs de biens ou de services comptant au moins 20 employés en Ontario préparent des documents décrivant les politiques régissant la fourniture de services aux personnes handicapées;
- établir un processus de rétroaction leur permettant de recevoir les observations et les plaintes des intéressés au sujet de la façon dont elles fournissent leurs biens ou services aux personnes handicapées⁷².

Ce ne sont là que quelques-unes des obligations énoncées dans la norme. Il y a des exigences supplémentaires auxquelles doivent répondre les organisations du secteur public et les organisations comptant plus d'un employé, ainsi que des exigences qui ne s'appliquent qu'aux organisations du secteur public et aux organisations comptant au moins 20 employés.

Les *Normes d'accessibilité intégrées* regroupent plusieurs normes en un seul règlement et établissent des exigences dans les domaines de l'information et des communications, de l'emploi, du transport et de l'environnement bâti⁷³.

La *LAPHO* prévoit les mécanismes d'application des normes d'accessibilité. Chaque personne ou organisation à laquelle s'applique une norme d'accessibilité est tenue de déposer chaque année un rapport sur l'accessibilité auprès d'un directeur nommé en vertu de la Loi. Le rapport doit être mis à la disposition du public⁷⁴. En ce qui concerne les *Normes d'accessibilité pour les services à la clientèle*, le règlement 430/07 crée une dispense de l'obligation de déposer des rapports pour certaines organisations. Seuls les organisations du secteur public désignées et les autres fournisseurs de biens et de services comptant plus de 20 employés sont tenus de déposer des rapports sur l'accessibilité⁷⁵. La *LAPHO* exige aussi que soient nommés des inspecteurs ayant des

71 *Ibid*, art 9.

72 *Ibid*, art 7.

73 *Normes d'accessibilité intégrées*, Règl Ont 191/11, art 1.

74 *LAPHO*, *supra* note 29, art 14.

75 Règl Ont 430/07, art 1(1).

pouvoirs d'entrée et d'enquête. Les directeurs nommés en vertu de la Loi peuvent ordonner à des personnes ou à des organisations de se conformer à une norme d'accessibilité, de déposer un rapport sur l'accessibilité ou de payer une pénalité administrative pour avoir contrevenu à une norme⁷⁶.

Pour de plus amples renseignements sur la *LAPHO*, veuillez consulter le chapitre 9 intitulé « L'accessibilité pour les Ontariennes et Ontariens handicapés » du présent guide d'introduction sur les droits des personnes handicapées.

III. LE CODE DE DÉONTOLOGIE ET LES CLIENTS HANDICAPÉS

A. Généralités

Le *Code de déontologie* (« Code ») du Barreau du Haut-Canada contient deux renvois importants au handicap. Il s'agit de la règle concernant les clients ayant un handicap (règle 2.02(6)) et des règles concernant la discrimination (règles 5.04 et 1.03(1)b)). Il est essentiel de connaître et de respecter ces règles au moment de fournir des services à des clients handicapés ou à des clients dont un membre de la famille est handicapé.

B. « Clients ayant un handicap » et capacité de mandater un avocat

La règle du Code de déontologie se rapportant plus particulièrement aux clients handicapés est la règle 2.02(6), intitulée « Clients ayant un handicap ». Elle devrait être interprétée conjointement avec la règle 5.04 concernant la discrimination et la règle 3.01 concernant la disponibilité des services juridiques.

Lorsqu'il représente des clients handicapés, l'avocat doit respecter trois exigences principales découlant des règles décrites ci-dessus. Premièrement, lorsqu'un client est handicapé, ou lorsqu'il présente une capacité amoindrie de prendre des décisions, l'avocat doit, autant que faire se peut, maintenir un rapport avocat-client normal⁷⁷. Deuxièmement, le rapport avocat-client exige que le client ait la capacité juridique nécessaire pour donner des instructions⁷⁸. Cette exigence découle aussi du fait que le

⁷⁶ *LAPHO*, *supra* note 29, art 21(3).

⁷⁷ Règle 2.02(6).

⁷⁸ Commentaire de la règle 2.02(6).

rapport avocat-client est une relation mandant-mandataire⁷⁹. Une relation de mandataire valide exige que le mandant ait la capacité mentale nécessaire pour s'engager dans la relation⁸⁰. Troisièmement, lorsqu'un client n'a pas la capacité juridique de gérer ses affaires juridiques, l'avocat a l'obligation morale de faire en sorte que les intérêts du client ne soient pas abandonnés⁸¹.

La plupart des clients, y compris ceux qui ont un handicap, ont la capacité mentale de mandater un avocat. Cependant, plusieurs avocats se font du souci dans les rares cas où la capacité mentale d'un client est telle qu'ils ne savent pas vraiment si le client a la capacité juridique nécessaire pour donner des instructions. Puisque l'avocat ne peut agir au nom d'un client incapable, il est nécessairement tenu d'évaluer la capacité de son client de donner des instructions. Dans ce contexte, la capacité juridique est évaluée d'un point de vue juridique et non clinique⁸². Cependant, les avocats ne sont pas formés pour accomplir cette tâche et le Code de déontologie ne précise pas comment ils doivent le faire.

Dans de tels cas, il importe de se rappeler que le rapport avocat-client est fondé sur le principe de l'autonomie. Dans la mesure du possible, l'avocat est tenu de respecter le droit du client de prendre des décisions. Le client a le droit de prendre une décision que nous estimons insensée, peu sage ou risquée, pourvu qu'il ait été compétent lorsqu'il l'a prise⁸³.

Par ailleurs, il ne faut jamais présumer qu'une personne handicapée est nécessairement incapable de donner des instructions. Par exemple, rien ne porte à croire qu'une personne qui est incapable de parler n'est pas mentalement capable.

79 *Scherer v Paletta* (1966), 57 DLR (2d) 532 à la p 534 (Ont CA).

80 *Godellie v Pauli (Committee of)*, [1990] OJ no 1207 à la p 5 (Dist Ct).

81 Commentaire de la règle 2.02(6).

82 Judith Wahl, « Capacity and Capacity Assessment in Ontario » (document préparé pour le programme Elderlaw de l'ABC, mars 2006) à la p 5, en ligne : http://practicepro.ca/practice/PDF/Backup_Capacity.pdf.

83 *Starson c Swayze*, [2003] RCS 722, 2003 CSC 32 au para 76.

L'avocat est tenu d'examiner la capacité du client de « prendre des décisions quant à ses affaires juridiques »⁸⁴. Par conséquent, le niveau de capacité requis dépend de la situation. Les tribunaux ont reconnu qu'il y avait divers niveaux de capacité mentale. Il se peut qu'une personne soit mentalement capable de prendre une simple décision mais qu'elle ne soit pas capable de prendre une décision complexe⁸⁵. Par exemple, il se peut qu'une cliente ayant une déficience intellectuelle ait la capacité mentale de vous demander de remédier aux mauvais traitements qu'elle reçoit dans un foyer de groupe mais qu'elle ne comprenne pas les renseignements nécessaires pour vous demander de préparer un testament.

L'avocat doit veiller à ce que ses clients aient l'occasion d'utiliser les mesures de soutien dont ils ont besoin pour renforcer leur capacité de prendre leurs propres décisions. Ainsi, il se peut qu'un client qui semble incapable au départ soit capable de prendre ses propres décisions avec l'aide d'autres personnes, comme des membres de la famille et des amis. Ces personnes peuvent aider le client en communiquant avec lui à l'aide de mots qu'il connaît, en lui expliquant des renseignements et en l'aidant à comprendre les conséquences d'une décision à prendre.

Si la capacité juridique du client est en jeu, l'avocat devrait documenter la façon dont toute décision concernant sa capacité juridique a été prise, ainsi que les motifs de cette décision. L'avocat ne devrait pas refuser de représenter un client au seul motif qu'il n'est pas sûr que le client soit mentalement capable. Bien que l'avocat possède un droit général de refuser ses services, le commentaire de la règle 3.01 prévoit qu'il doit exercer ce droit prudemment, surtout s'il risque ainsi d'empêcher une personne d'être conseillée ou représentée par un avocat.

Pour obtenir plus de renseignements sur la question de la capacité de mandater un avocat, veuillez consulter le chapitre 4 des guides d'introduction d'ARCH, intitulé « Capacité de mandater un avocat »⁸⁶.

84 Commentaire de la règle 2.02(6).

85 *Calvert (Litigation guardian of) v Calvert* (1997), 32 OR (3d) 281 (Gen Div); *Torok v Toronto Transit Commission*, [2007] OJ no 1773 (SCJ).

86 Phyllis Gordon, « Notes on Capacity to Instruct Counsel » (novembre 2003), en ligne : ARCH Disability Law Centre < <http://www.archdisabilitylaw.ca/?q=notes-capacity-instruct-counsel>>.

C. Discrimination et accommodement

La discrimination est abordée à la règle 5.04, qui prévoit que « [l']avocat a une responsabilité particulière quant au respect des lois portant sur les droits de la personne en vigueur en Ontario et, plus précisément, quant au devoir d'éviter la discrimination fondée sur [...] un handicap, dans le contexte de [...] ses relations professionnelles avec d'autres titulaires de permis ou toute autre personne ». Le commentaire de la règle dispose que celle-ci doit s'interpréter conformément aux dispositions du *Code des droits de la personne* de l'Ontario et à la jurisprudence connexe.

La règle 1.03(1)b) renforce cette exigence, en précisant que « l'avocat a des responsabilités particulières, notamment celles de respecter la diversité de la société ontarienne, de protéger la dignité des personnes et de respecter les lois sur les droits de la personne en vigueur en Ontario ».

Le *Code des droits de la personne* de l'Ontario prévoit que les personnes handicapées ont le droit de ne pas subir de discrimination fondée sur leur handicap en ce qui concerne les services⁸⁷. Comme tous les autres services en Ontario, les services juridiques sont assujettis aux dispositions du *Code des droits de la personne*. Les avocats et les cabinets d'avocats sont tenus par la loi de s'assurer que les services qu'ils offrent sont accessibles aux personnes handicapées et n'établissent pas de discrimination. L'obligation de ne pas établir de discrimination comprend l'obligation de tenir compte des besoins des personnes handicapées, sans qu'il n'en résulte une contrainte excessive.

Le document de la Commission ontarienne des droits de la personne intitulé « *Politique et directives concernant le handicap et l'obligation d'accommodement* »⁸⁸ énonce en détail les points de vue de la Commission concernant les mesures d'accommodement destinées aux personnes handicapées. Bien qu'il ne s'agisse pas de lois, les directives sont un point de départ essentiel pour comprendre l'obligation de prendre des mesures d'accommodement appropriées, sans qu'il n'en résulte une contrainte excessive, pour les

87 *Code des droits de la personne*, supra note 30, art 1.

88 *Directives concernant le handicap*, supra note 5.

personnes handicapées. Les directives ne prévoient aucune formule pour déterminer les mesures d'accommodement qui doivent être prises. Le processus d'accommodement est un processus personnalisé qui exige différentes solutions dans différentes situations, selon le client et les besoins liés à son handicap.

Fait à souligner, puisque les avocats sont tenus de fournir des mesures d'accommodement, ils doivent en assumer les coûts. Les dépenses relatives aux mesures d'accommodement (par ex., les services d'un interprète gestuel) ne sont pas des débours qui peuvent être facturés aux clients.

Certaines mesures d'accommodement ne coûtent rien et peuvent être prises en apportant des modifications aux politiques des cabinets d'avocats. Par exemple, des politiques générales interdisant l'accès au cabinet à tous les animaux ont pour effet d'interdire l'accès au cabinet aux personnes qui ont des chiens-guides ou d'autres animaux d'assistance. Il n'en coûterait rien de modifier ces politiques de manière à ce qu'elles ne visent pas les animaux d'assistance des personnes handicapées.

IV. RENSEIGNEMENTS GÉNÉRAUX SUR LES HANDICAPS ET CONSIDÉRATIONS PRATIQUES RELATIVES À L'ACCOMMODEMENT DES CLIENTS

A. Généralités

Trop souvent, les personnes handicapées signalent que les avocats refusent de les représenter parce qu'ils ne connaissent pas bien le handicap particulier de la personne qui fait appel à leurs services. Par exemple, l'appel téléphonique d'une personne ayant un trouble de la parole peut être rejeté à tort par la réceptionniste d'un cabinet d'avocats. Il est à espérer que les renseignements figurant dans la présente section du document permettront aux avocats de se sentir plus à l'aise de représenter des clients handicapés. À cet égard, il convient de se rappeler que les avocats sont tenus de respecter les exigences des lois sur les droits de la personne, notamment le *Code des droits de la personne* de l'Ontario⁸⁹. De plus, les règles prévoient que « [l']avocat veille à ce que

89 Règle 5.04(1).

personne ne se voit refuser des services ni offrir des services de qualité inférieure pour des motifs visés par la présente règle »⁹⁰. Les avocats ne doivent donc pas refuser des services au motif qu'une personne est handicapée.

Il importe de se rappeler que chaque personne handicapée est unique. Bien que les handicaps soient souvent classés par type, chaque personne handicapée vit avec son handicap différemment. Des personnes ayant le même handicap peuvent avoir besoin de mesures d'accommodement différentes. Il n'y a pas une seule et unique façon de prendre des mesures d'accommodement à l'égard d'un handicap particulier. De plus, certaines personnes ont plus d'un handicap.

Nous avons fourni dans la présente section des renseignements qui pourraient aider les avocats à représenter leurs clients handicapés et à s'assurer que ceux-ci obtiennent les mesures d'accommodement dont ils ont besoin. Cependant, votre client demeure la meilleure source de renseignements en ce qui concerne son handicap et les mesures d'accommodement dont il a besoin. Il est souvent utile de demander à votre client de vous décrire les effets de son handicap. Les organisations de personnes handicapées peuvent aussi offrir des renseignements utiles au sujet des mesures d'accommodement à prendre à l'égard de handicaps particuliers.

Certains clients handicapés peuvent avoir besoin de mesures d'accommodement. Demandez aux clients s'il y a des mesures d'accommodement qui sont nécessaires ou qui seraient utiles. Les clients ayant besoin de mesures d'accommodement apprécient une telle question au début de l'entrevue ou au moment de fixer l'entrevue. Par exemple, ils peuvent préciser si la disposition des sièges et l'environnement permettront de communiquer efficacement avec l'avocat, et indiquer le moment qui conviendrait pour prendre une pause. S'il est prévu que des mesures d'accommodement seront nécessaires, l'avocat peut se renseigner à ce sujet et prendre les dispositions qui s'imposent avant la rencontre. Il pourrait être utile d'élaborer une liste de vérification à cette fin.

90 Règle 5.04(2).

Les considérations liées au temps sont importantes pour plusieurs clients handicapés. Il faut prendre le soin d'élaborer un calendrier réaliste pour la préparation des dossiers. Un calendrier très serré peut causer des problèmes. Les clients handicapés peuvent utiliser des services de transport en commun accessible qui, en raison de leur disponibilité limitée, doivent être réservés avant la date d'une rencontre. Les clients handicapés peuvent avoir besoin de pauses plus longues ou plus fréquentes que la plupart des gens pour aller à la toilette ou prendre des médicaments. Un client ayant une déficience cognitive ou affective peut avoir besoin de plus de temps pour examiner ses options et prendre une décision. Une entrevue menée avec l'aide d'un interprète gestuel peut prendre beaucoup de temps et doit être organisée longtemps à l'avance.

Comme avec ses autres clients, l'avocat devrait discuter pleinement et franchement de tous les aspects du dossier avec ses clients handicapés. Il est essentiel de poser au client des questions concernant tous les aspects pertinents de son dossier, même si les questions peuvent être difficiles pour lui.

Il est aussi essentiel de s'assurer que les clients dont le handicap a un effet sur leur capacité juridique comprennent les conseils de l'avocat. Les techniques de communication suivantes peuvent être utiles :

- utiliser un langage clair et simple et non des termes ou un jargon juridiques;
- demander aux clients d'expliquer ce que l'avocat leur a dit dans leurs propres mots ou en utilisant d'autres moyens de communication;
- encourager les clients à poser des questions à l'avocat;
- encourager les clients à dire tout ce qui peut être pertinent à l'avocat, tout en leur indiquant les renseignements qui lui seraient le plus utiles.

Demandez aux clients où ils préféreraient vous rencontrer. Il faut rencontrer à domicile certains clients handicapés qui ont de la difficulté à sortir de chez eux en raison de leur handicap. Par exemple, les clients souffrant de douleur chronique peuvent trouver que les déplacements exacerbent leur douleur, tandis que les clients sensibles aux agresseurs chimiques peuvent mal réagir à des substances se trouvant dans le bureau d'un avocat. Les visites à domicile permettent aux clients d'avoir les mesures

d'accommodement dont ils ont besoin. Cependant, certains clients handicapés préfèrent l'environnement confidentiel du bureau d'un avocat. Certaines personnes handicapées vivent dans des endroits qui ne leur procurent pas une intimité complète, comme les foyers de groupe, les hôpitaux et les logements supervisés. Une rencontre dans de tels endroits peut éveiller les soupçons des autres résidents, des membres de la famille ou du personnel et mener à la divulgation involontaire de confidences.

Comme il a été mentionné ci-dessus, il n'y a pas une seule et unique formule pour fournir des mesures d'accommodement. Il est conseillé aux avocats de s'assurer que leurs bureaux respectent les normes d'accès facile et de demander aux clients s'ils ont besoin de mesures d'accommodement. Il est aussi recommandé aux avocats de se renseigner au sujet de handicaps particuliers et des mesures d'accommodement couramment associées à ces handicaps. Par exemple, les avocats peuvent consulter les renseignements fournis par les organisations qui offrent des services aux personnes ayant des handicaps particuliers. Les avocats peuvent aussi se renseigner en visitant les sites Web des organisations de personnes handicapées et des organismes gouvernementaux. Les adresses de certains de ces organismes et organisations sont indiquées dans la section ci-dessous intitulée « Ressources Web ».

Ce qui suit est une brève description de certaines questions et mesures d'accommodement se rapportant à des handicaps de classification générale. Les renseignements fournis illustrent d'une façon générale ce que peuvent comporter les accommodements dans certaines circonstances particulières.

B. Personnes sourdes et personnes ayant une déficience auditive

Pour les personnes sourdes⁹¹ et les personnes ayant une déficience auditive, les avocats doivent songer à prendre des mesures d'accommodement qui visent à faciliter la communication entre eux et leurs clients. Les personnes sourdes et les personnes ayant une déficience auditive interagissent avec des personnes entendantes tout le temps et la plupart sont à l'aise de vous dire ce qui fonctionne pour elles. Il n'y a pas deux personnes sourdes ou ayant une déficience auditive qui communiquent exactement de la même manière. Chaque personne se sert d'une combinaison individuelle de stratégies de communication. La meilleure façon d'apprendre à communiquer consiste à demander à la personne handicapée d'indiquer les modes de communication qu'elle préfère.

Certaines personnes sourdes peuvent avoir comme langue maternelle un langage gestuel (le langage gestuel le plus couramment utilisé en Ontario est l'American Sign Language). Par conséquent, pour plusieurs personnes sourdes, le français ou l'anglais n'est pas leur langue maternelle. Puisque les langages gestuels n'ont pas de formes écrites, les compétences rédactionnelles d'une personne dont la langue maternelle est un langage gestuel peuvent sembler déficientes. Ces compétences rédactionnelles ne devraient pas être considérées comme un indicateur d'éducation ou d'intelligence.

Pour de nombreuses personnes sourdes et personnes ayant une déficience auditive, l'interprétation gestuelle est la plus importante mesure d'accommodement que peuvent fournir les avocats. Un interprète gestuel professionnel, qui connaît la langue et la culture des personnes sourdes et celles des personnes entendantes, est le lien entre l'ASL et l'anglais qui mène à une compréhension commune. Le Service d'interprétation de l'Ontario (SIO) est un organisme provincial qui s'occupe de réserver les services d'interprètes qualifiés. Sa coordination à l'échelle provinciale est assurée par la Société canadienne de l'ouïe et par l'Ontario Association for the Deaf. Les deux groupes font

91 Le terme « sourd » est habituellement employé pour décrire les personnes ayant une déficience auditive sévère à profonde, avec peu ou presque pas d'audition résiduelle. Certaines personnes sourdes utilisent le langage gestuel pour communiquer. D'autres utilisent la voix pour communiquer, en se servant de leur audition résiduelle et de leurs aides auditives, d'appareils techniques ou d'implants cochléaires, et de la lecture labiale. Le terme « culturellement sourd » désigne les personnes qui s'identifient et participent à la langue, la culture et la communauté des personnes sourdes, lesquelles se fondent sur le langage gestuel. La culture sourde ne considère pas les déficiences auditives et la surdité comme un handicap, mais comme le fondement d'un groupe culturel distinct.

partie du conseil consultatif du SIO. Le conseil établit les honoraires exigés pour les services d'interprétation et tient un registre des interprètes qualifiés dans l'ensemble de la province. Un code de déontologie et un code de confidentialité obligent les interprètes qualifiés à agir uniquement comme canal de communication.

Pour retenir les services d'un interprète, le cabinet d'avocats doit appeler le bureau local de la Société canadienne de l'ouïe et demander de parler au membre du personnel du SIO. Un préavis d'au moins deux ou trois semaines est habituellement nécessaire pour retenir les services d'un interprète; cependant, il se peut qu'un interprète soit disponible dans un plus court délai. Il y a une pénurie chronique d'interprètes en Ontario. Peu d'interprètes travaillent à temps plein; pour ceux qui le font, leurs services sont habituellement réservés des semaines, sinon des mois, à l'avance.

Pour certaines personnes ayant une déficience auditive, la sonorisation assistée est la mesure d'accommodement qu'elles préfèrent. Grâce à la transmission sonore sans fil, cette technologie rend accessibles les communications orales lors des réunions et des instances judiciaires. Avec cette technologie, les personnes ayant une déficience auditive portent des récepteurs sans fil, tandis que les intervenants utilisent des microphones. Un émetteur convertit le son en signaux infrarouges ou FM qui sont transmis sous forme sonore à ceux qui portent des récepteurs.

Le sous-titrage est une autre mesure d'accommodement destinée aux personnes sourdes et aux personnes ayant une déficience auditive. Les réunions, par exemple, peuvent être mises à la disposition des personnes ayant une déficience auditive (et dont les compétences linguistiques à l'écrit sont adéquates) grâce au sous-titrage en temps réel, une transcription mot à mot des communications orales projetée sur un écran par un sténographe ayant reçu une formation spéciale. Cette forme d'accommodement a pour avantage de consigner par écrit l'événement pour lequel le sous-titrage a été fourni. Pour trouver des compagnies qui offrent des services de sous-titrage, cherchez dans les pages jaunes sous la rubrique « Sous-titrage » ou communiquez avec le bureau local de la Société canadienne de l'ouïe. Bien que le sous-titrage soit un outil de communication utile, il ne saurait se substituer aux services d'interprétation entre le langage gestuel et l'anglais.

Les personnes sourdes et les personnes ayant une déficience auditive qui possèdent un ordinateur et des compétences linguistiques à l'écrit adéquates en anglais utilisent souvent le courrier électronique pour communiquer, tout comme les personnes entendant. Elles utilisent aussi le clavardage. Les avocats devraient savoir que les communications par courriel et clavardage peuvent ne pas être sécurisées ou confidentielles.

Pour les personnes sourdes et aveugles, il est possible de retenir les services d'un intervenant. Les intervenants facilitent l'interaction des personnes sourdes et aveugles avec d'autres personnes et avec l'environnement⁹². Les intervenants peuvent aider les personnes sourdes et aveugles à communiquer, par exemple, au moyen de formes de langage tactiles et visuelles, ou d'une combinaison de ces formes. Pour des raisons de confort ou pour protéger sa vie privée, il se peut qu'une personne sourde et aveugle veuille retenir ou ne pas retenir les services d'un intervenant particulier qu'elle connaît.

Il faut être conscient des conflits d'intérêts qui pourraient survenir lorsque l'interprète ou l'intervenant est un membre de la famille ou un soignant, ainsi que de la possibilité que l'interprète ou l'intervenant tente d'influencer le client. Les avocats doivent s'assurer de bien comprendre les désirs de leur client.

Pour les comparutions devant les tribunaux, y compris les tribunaux administratifs, les avocats devraient communiquer avec le registraire compétent pour demander des mesures d'accommodement pour leurs clients. Par exemple, dans le cas d'un client sourd ou ayant une déficience auditive qui témoigne à l'instance, il peut être nécessaire de retenir à la fois les services d'un interprète gestuel et ceux d'un sous-titreur en temps réel. L'interprète gestuel peut communiquer la plus grande partie du dialogue dans une instance judiciaire, mais la personne sourde ou ayant une déficience auditive peut avoir besoin d'un sous-titrage en temps réel en plus de l'interprétation gestuelle. Grâce au sous-titrage en temps réel, la personne sourde ou ayant une déficience auditive peut saisir des notions orales qui n'ont pas été traduites par son interprète et elle peut vérifier si celui-ci présente correctement, de vive voix, la preuve qu'elle produit en langage gestuel.

92 En ligne : Rotary Cheshire Homes <<http://www.rotarycheshirehomes.org/definitions.htm>>.

Les avocats doivent se souvenir de la règle 4.06(8) des *Règles de procédure civile* de l'Ontario⁹³ au moment de déposer un affidavit pour un client sourd ou ayant une déficience auditive qui a une connaissance limitée de l'anglais ou du français écrit. La règle exige que l'avocat certifie que l'affidavit a été traduit au client par un interprète à qui il a fait prêter serment d'en donner une traduction fidèle ou fait faire une affirmation solennelle à cet effet.

Un téléimprimeur (ATS), aussi appelé téléscripneur, est une aide à la communication importante, sous forme écrite, sur le réseau téléphonique. Cette machine possède un clavier de machine à écrire, un dispositif d'affichage électronique et un rouleau de papier à imprimer. L'utilisateur place un casque téléphonique ordinaire sur un support de la machine et tape un message pour son destinataire. Le message est transmis à l'ATS du destinataire, qui possède lui aussi un dispositif d'affichage électronique en temps réel et peut produire un imprimé de la conversation. L'autre partie voit le message sur son propre écran (et sur un imprimé) et tape une réponse. L'utilisation d'un ATS est similaire à celle du clavardage en ligne.

Les communications au moyen d'un ATS peuvent malheureusement prendre beaucoup de temps (selon les habiletés en dactylographie des interlocuteurs). Cependant, elles procurent aux avocats l'avantage suivant : les imprimés qui en résultent constituent une représentation exacte des conversations, y compris les instructions.

Certains clients dont la langue maternelle est le langage gestuel peuvent avoir de la difficulté à communiquer des problèmes, des concepts et même de simples questions au moyen d'un ATS. Dans de tels cas, il est préférable de rencontrer le client en personne et en présence d'un interprète qualifié.

Bell Canada offre un service appelé « Service de relais Bell » qui permet, par l'entremise d'un téléphoniste, de transmettre des messages entre des personnes utilisant un téléphone ordinaire et des personnes utilisant un ATS. Pour les avocats qui n'ont pas encore acheté d'ATS, il s'agit d'un service utile.

93 *Règles de procédure civile*, RRO 1990, Règl 194 [*Règles de procédure civile*].

Il est possible d'accéder au Service de relais Bell en composant les numéros d'accès nationaux suivants :

ATS	711
Voix	1 800 855-0511

Des renseignements supplémentaires sur la terminologie, les communications et les mesures d'accommodement se rapportant aux personnes sourdes ou ayant une déficience auditive sont disponibles dans le manuel intitulé « Breaking the Sound Barriers: Employing People who are Deaf, Deafened or Hard of Hearing », à <http://www.chs.ca/en/documents-and-publications/employment/index.php>. Bien que le manuel traite de questions relatives au milieu du travail, il contient de nombreux renseignements généraux pertinents sur les sujets décrits ci-dessus.

C. Déficiences visuelles

Pour les clients ayant des déficiences visuelles, les avocats doivent s'assurer que les communications écrites sont fournies dans un format accessible. Chaque client définit l'accessibilité pour lui-même. Par conséquent, l'avocat doit demander au client de lui indiquer le format qu'il préfère.

Pour les clients qui ont accès à un ordinateur doté de logiciels spécialisés et qui savent l'utiliser, les documents peuvent être transmis sous forme de texte électronique. Les communications électroniques ont pour avantage de permettre aux personnes ayant différents degrés de vision de convertir les documents dans les formats particuliers qu'elles préfèrent. Pour les clients qui ont accès au courrier électronique, cette forme de communication peut être la plus facile.

Certains clients aveugles peuvent préférer des documents (et cartes d'affaires) en braille. Le braille est un système qui permet de lire en passant ses doigts sur une série de configurations de points en relief. Dans les bureaux dotés d'imprimantes braille, les

documents peuvent être convertis en braille avant d'être envoyés aux clients qui ont besoin de documents dans ce format.

Certaines personnes aveugles préfèrent que des documents écrits lus sur des bandes sonores soient leur passerelle principale vers l'« imprimé ». Même pour ceux qui sont à l'aise en braille, les bandes sonores peuvent être importantes, parce qu'elles sont souvent plus faciles et moins chères à préparer et à transporter que les documents en braille.

Les avocats qui reçoivent de la correspondance écrite au nom de clients aveugles peuvent utiliser la technologie du balayage pour convertir ces documents en format texte et les transmettre par voie électronique à leurs clients. Les avocats qui n'ont pas accès à la technologie du balayage doivent, oralement ou par voie électronique (c.-à-d., par courriel), aviser leurs clients du contenu de la correspondance dès qu'ils la reçoivent.

Pour les comparutions devant les tribunaux, y compris les tribunaux administratifs, les avocats devraient communiquer avec le registraire compétent et les autres parties pour demander certaines mesures d'accommodement. Par exemple, une demande peut être présentée en vue de faire convertir la preuve en un format accessible avant la tenue d'une audience, afin que le client puisse comprendre la preuve et donner des instructions à son avocat en conséquence pendant l'audience.

Les avocats devraient examiner l'applicabilité de la règle 4.06(7) des *Règles de procédure civile* lorsqu'ils déposent un affidavit pour un client aveugle.

D. Troubles de communication

Un trouble de communication est une réduction de la capacité d'une personne de parler de manière à pouvoir être facilement comprise, associée à une déficience physique ou mentale. Pour les personnes ayant des troubles de communication, les communications par voie électronique peuvent être avantageuses lorsqu'il s'agit de transmettre des renseignements sur une base quotidienne.

Les communications avec les personnes ayant des troubles de communication peuvent prendre beaucoup de temps. Lors des réunions en personne, les avocats peuvent tenir

compte des besoins des personnes ayant des troubles de communication en utilisant en coopération des systèmes conçus pour améliorer ou remplacer la parole. Les personnes ayant des compétences verbales limitées peuvent utiliser un ou plusieurs appareils ou systèmes de suppléance à la communication. Les systèmes de suppléance à la communication se servent d'objets, d'images, de symboles graphiques (comme ceux qui sont représentés sur les tableaux de communication), de signes manuels, de l'épellation digitale ou de sorties vocales artificielles. Ces dernières peuvent être contrôlées par des boutons-poussoirs, des bouffées d'air, des sourcillements ou d'autres moyens. Les personnes ayant d'importants troubles de la parole ou du langage se fondent souvent sur les gestes, les expressions faciales et les mouvements corporels.

Il existe des systèmes de suppléance à la communication non verbaux. Par exemple, les symboles Bliss sont un langage graphique souvent imprimé et présenté sur la surface d'un plateau, mais parfois dans les livres et de plus en plus souvent dans les ordinateurs personnels. Des symboles accompagnés du mot équivalent sont présentés dans des carrés. Il se peut que les symboles doivent être présentés un à la fois. Chacun des symboles peut être pointé du doigt et on peut demander au client si c'est celui qu'il veut, ou une lumière peut balayer les symboles et s'arrêter au symbole voulu. Certaines personnes qui utilisent les symboles Bliss maîtrisent des milliers de symboles et peuvent exprimer presque n'importe quelle idée à l'aide de ces symboles. En plus des symboles Bliss, d'autres codes tels que des chiffres, des lettres ou des formes peuvent aussi représenter des phrases. Plusieurs personnes ayant des troubles de communication peuvent utiliser un appareil de communication électronique, comme un iPad, un iPhone ou une autre tablette.

Pour les personnes qui utilisent des langages symboliques, un assistant en communication qui connaît bien le moyen de communication particulier de la personne qu'il aide peut s'avérer très important, surtout lorsqu'il s'agit d'interpréter des symboles qui viennent d'être créés à partir du vocabulaire existant. Cependant, parce que les assistants en communication sont souvent des membres de la famille du client ou fournissent des soins à ce dernier, les avocats doivent être conscients des conflits d'intérêts qui pourraient survenir entre le client et l'assistant, ainsi que de la possibilité

que l'assistant tente d'influencer le client. Il pourrait être nécessaire de retenir les services d'un assistant en communication neutre pour déterminer les désirs du client.

La communauté juridique peut trouver des ressources sur la façon de répondre aux besoins en communication des personnes qui utilisent la suppléance à la communication et la communication alternative à l'adresse suivante : <http://www.accpc.ca/ej-resources.htm>.

E. Handicaps affectant la mobilité

Pour les personnes ayant des handicaps affectant la mobilité, l'élimination des obstacles physiques et architecturaux dans les cabinets d'avocats est la principale forme d'accommodement que doivent prévoir les avocats.

Le *Code des droits de la personne* de l'Ontario prévoit que les installations ne doivent pas établir de discrimination contre les personnes handicapées. Le *Code* n'établit pas de normes précises à suivre; cependant, la Commission des droits de la personne de l'Ontario a indiqué que les fournisseurs de services (y compris les avocats) devraient mener un examen de l'accessibilité de leurs installations afin de déterminer si des obstacles existent et de les éliminer⁹⁴. Dans le même ordre d'idées, alors que la *LAPHO*⁹⁵ prévoit l'établissement de normes d'accessibilité pour les immeubles, il n'existe actuellement aucune norme à cet effet. Il y a des normes d'accessibilité dans la *Loi de 1992 sur le code du bâtiment* de l'Ontario et les règlements y associés⁹⁶, mais elles ne s'appliquent qu'aux nouveaux immeubles ou aux immeubles rénovés. Il s'agit de normes minimales à certains égards. Des normes plus complètes sont prévues par l'Association canadienne de normalisation, mais leur utilisation est volontaire⁹⁷.

L'accessibilité se rapportant aux éléments structurels d'un immeuble n'est qu'une partie de la question plus générale de l'accès. Des meubles mal placés, des revêtements de sol

94 En ligne : Commission ontarienne des droits de la personne <<http://www.ohrc.on.ca/fr/les-handicaps-et-les-droits-de-la-personne-brochure>>.

95 *LAPHO*, *supra* note 29.

96 *Loi de 1992 sur le code du bâtiment*, LO 1992, c 23; Règl Ont 350/06.

97 L'Association canadienne de normalisation (CSA) est un organisme indépendant, sans but lucratif et constitué de membres qui élabore des normes dans certains domaines, y compris celui de la construction. De plus amples renseignements sur la CSA et les normes relatives à la conception accessible sont disponibles à l'adresse suivante : <<http://www.csa.ca/Default.asp?language=english>>.

inappropriés et un mauvais éclairage créent des obstacles potentiels. Il y a aussi des obstacles potentiels dans l'environnement à l'extérieur des immeubles, notamment des trottoirs inaccessibles, des places de stationnement inaccessibles, ainsi que la neige et la glace non dégagées. Si le bureau d'un avocat est inaccessible, l'avocat devrait songer à un autre espace de rencontre qui répondrait aux besoins du client liés à son handicap.

Les transports peuvent être un obstacle majeur pour les personnes qui utilisent des aides à la mobilité. Il est important de vérifier les dispositions qui sont prises pour le transport auprès des clients ayant recours à des services de transport en commun spécialisés tels que Wheel-Trans (Toronto) ou Para Transpo (Ottawa) ou à des services de transport en commun accessibles dans d'autres municipalités. Par exemple, certains services exigent un avis pour la réservation des courses, et il faut en tenir compte au moment de planifier les rencontres avec les clients. Il se peut que des réunions d'urgence imprévues doivent avoir lieu chez des personnes ayant des handicaps affectant la mobilité qui comptent sur les services de transport en commun.

Il est important de s'assurer que des places de stationnement appropriées (c.-à-d., accessibles) sont disponibles pour les clients qui se servent de leur propre voiture et que l'entrée de l'immeuble est accessible. Si une autre personne conduit le client, il faut aussi une aire de débarquement sécuritaire et accessible pour le client, ainsi qu'une aire de stationnement pour la personne qui conduit le client.

Pour les comparutions devant les tribunaux, y compris les tribunaux administratifs, les avocats devraient communiquer avec le registraire compétent afin de s'assurer que des salles accessibles sont réservées pour les instances auxquelles sont parties des clients ayant des handicaps affectant la mobilité. Malheureusement, de nombreux palais de justice ont encore des salles inaccessibles⁹⁸.

98 Rapport du Comité pour le plein accès des personnes handicapées aux tribunaux de l'Ontario, « Comment rendre les tribunaux de l'Ontario pleinement accessibles aux personnes avec un handicap » (décembre 2006), en ligne : Cour d'appel de l'Ontario <http://www.ontariocourts.on.ca/accessible_courts/fr/report_courts_disabilities.htm>.

F. Troubles mentaux/déficiences psychiatriques⁹⁹

Il y a une vaste gamme de troubles mentaux/déficiences psychiatriques classés dans diverses catégories de diagnostics, y compris la schizophrénie, la dépression, les troubles anxieux et les phobies. Le type, l'intensité et l'effet de chacun de ces handicaps varient selon la personne et chacun de ces handicaps peut être épisodique, en ce sens qu'il peut y avoir des moments où la personne n'est pas du tout affectée par ses troubles mentaux. Par conséquent, il faut éviter d'adopter des perceptions stéréotypées à l'égard des clients ayant des troubles mentaux/déficiences psychiatriques. Les problèmes de santé mentale affectent chaque personne d'une différente manière. Il faut interagir avec chaque personne de manière individuelle.

Les actes des personnes ayant des troubles mentaux/déficiences psychiatriques peuvent sembler différents des actes qui sont considérés comme « normaux » par ceux qui n'ont pas de tels troubles ou déficiences. Ne vous inquiétez pas trop d'un changement soudain au niveau de l'humeur, de la parole ou du volume, d'un élan d'énergie ou d'un accès de colère, ou d'une communication qui n'est pas comprise. Il peut s'agir d'un aspect du handicap ou des effets secondaires des médicaments. Les avocats devraient se renseigner au sujet des effets secondaires auprès des clients, afin que des mesures d'accommodement puissent être prises, tant dans le cabinet d'avocats qu'au tribunal. Il faut se montrer respectueux, patient, souple, compréhensif et positif au moment d'interagir avec les personnes ayant des troubles mentaux/déficiences psychiatriques. Il faut résister à la tentation de s'attarder sur le comportement de la personne et plutôt mettre l'accent sur l'objectif global de la conversation.

Les personnes ayant des troubles mentaux/déficiences psychiatriques peuvent parfois avoir de la difficulté à se concentrer. Dans un tel cas, songez à diviser les tâches en

99 Plusieurs termes sont employés pour décrire les personnes ayant des problèmes de santé mentale. Un débat existe depuis longtemps à cet égard et il n'y a aucun consensus sur la terminologie appropriée. Les termes suivants sont également employés : consommateur/survivants, survivants psychiatriques, déficience psychiatrique, déficience mentale, personnes ayant des problèmes de santé mentale, personnes ayant une maladie mentale, folie. Cependant, il convient de souligner que « [p]lusieurs survivants du système psychiatrique refusent de se considérer comme handicapés » [notre traduction] : Peter Beresford, « What have madness and psychiatric system survivors have to do with disability and disability studies? » (2000) 15.1 Disability and Society 167 à la p 169.

petites étapes et à organiser de plus courtes rencontres. Des instructions écrites, des rappels et des communications claires peuvent faciliter les interactions et permettre de remédier aux problèmes de perte de mémoire et de concentration.

G. Déficiences intellectuelles/développementales

Il existe une certaine controverse au sujet de la terminologie appropriée dans le contexte des déficiences intellectuelles/développementales. Cependant, dans la pratique actuelle, les termes « déficience intellectuelle » et « déficience développementale » sont souvent employés de façon interchangeable. À l'ARCH, nous préférons le terme « personnes étiquetées d'une déficience intellectuelle ».

En règle générale, les déficiences intellectuelles/développementales sont présentes dès l'enfance et peuvent affecter le développement intellectuel et la capacité fonctionnelle d'une personne dans des domaines tels que le langage, la mobilité, l'apprentissage et les soins d'hygiène personnelle.

Par le passé, les termes « arriération mentale », « stupide » et « lent » étaient employés pour décrire les déficiences intellectuelles/développementales, mais on les évite désormais en raison de leurs connotations péjoratives et discriminatoires. Les avocats peuvent tenir compte des besoins des clients ayant des déficiences intellectuelles/développementales en s'assurant d'employer un langage approprié et apte à améliorer la dignité pour décrire ces déficiences.

Il est souvent tenu pour acquis que les personnes étiquetées d'une déficience intellectuelle sont incapables de mandater un avocat en raison de leur déficience. Cette hypothèse n'est pas nécessairement vraie. L'avocat doit évaluer la capacité de chaque client de manière individuelle. Voir la discussion sur la capacité de donner des instructions dans la section ci-dessus intitulée « « Clients ayant un handicap » et capacité de mandater un avocat ».

Certaines personnes étiquetées d'une déficience intellectuelle sont timides et facilement intimidées et peuvent ne pas être au courant de choses qui sont familières pour d'autres

personnes. En raison de leur vulnérabilité et de leur dépendance, elles peuvent avoir peur d'exprimer leurs propres idées sans soutien. Cela peut être attribuable au milieu dans lequel elles ont vécu leur vie. Plusieurs personnes ayant des déficiences intellectuelles/développementales ont vécu une vie protégée, soit avec leurs parents, soit dans un foyer de groupe, soit, de plus en plus rarement, dans un établissement. Il se peut qu'elles se soient vu refuser des possibilités de s'instruire. Il est presque certain qu'elles se sont vu refuser des possibilités sociales et d'emploi.

Les clients ayant été étiquetés d'une déficience intellectuelle devraient être traités comme tous les autres clients, sauf s'il y a une raison impérieuse d'agir autrement. Ne sous-estimez pas les capacités et le potentiel des clients ayant été étiquetés d'une déficience intellectuelle. Lorsqu'il s'adresse au client, l'avocat devrait utiliser des notions claires et concises et éviter les phrases complexes. La répétition et de soigneuses explications sont importantes. Lorsqu'une chose est *vraiment importante*, l'avocat devrait l'indiquer explicitement au client. Sachez qu'il est possible qu'un client interprète mal le jargon ou la terminologie technique même s'il semble l'utiliser de façon appropriée.

Lorsqu'il rencontre un client ayant été étiqueté d'une déficience intellectuelle, l'avocat devrait expliquer clairement l'objectif de la réunion. L'avocat devrait aussi expliquer au client qu'il appartient à ce dernier de décider s'il veut ou non suivre les conseils de l'avocat. En raison de la socialisation dans les foyers de groupe, les établissements ou le foyer familial, les directives provenant de symboles d'autorité peuvent sembler obligatoires aux yeux des personnes ayant des déficiences intellectuelles/développementales.

Le client ayant été étiqueté d'une déficience intellectuelle peut bénéficier du soutien d'une personne qu'il connaît et en qui il a confiance (par ex., un membre de la famille, un ami ou un intervenant) lorsqu'il rencontre l'avocat. Cependant, l'avocat doit être conscient des conflits d'intérêts qui pourraient survenir entre le client et le membre de la famille, l'ami ou l'intervenant. Comme pour d'autres clients handicapés, il est important de se renseigner sur les mesures d'accommodement nécessaires auprès du client ayant une déficience intellectuelle/développementale.

H. Troubles d'apprentissage

Un trouble d'apprentissage est défini comme étant un dysfonctionnement neurologique qui nuit à la capacité du cerveau de conserver, de traiter ou de produire de façon précise de l'information sous forme orale, écrite ou tactile. Il n'est *pas causé* par des déficiences visuelles, auditives ou motrices, ni par des déficiences intellectuelles ou psychiatriques. Les troubles d'apprentissage sont souvent accompagnés d'autres troubles médicaux (par ex., le syndrome d'alcoolisation fœtale et le syndrome de l'X fragile).

En règle générale, les personnes ayant des troubles d'apprentissage ont peu de difficulté à recueillir de l'information, mais elles peuvent éprouver de la difficulté à filtrer, interpréter, traiter ou traduire de l'information, ou à s'en souvenir. Parmi les troubles d'apprentissage, on compte notamment : la dyslexie (de graves difficultés à lire); la dysgraphie (de graves difficultés à écrire); la dysphasie (de graves difficultés à développer la langue parlée); et la dyscalculie (de graves difficultés à faire des mathématiques). Bien que les troubles d'apprentissage ne disparaissent pas, les personnes qui en souffrent peuvent acquérir des stratégies pour compenser leurs déficiences.

Puisque les troubles d'apprentissage sont largement invisibles, il arrive souvent qu'ils ne soient pas pris au sérieux. Les avocats peuvent démontrer qu'ils acceptent et respectent les handicaps de leurs clients et leurs besoins en matière d'accommodement en leur demandant si des mesures d'accommodement sont nécessaires et, dans l'affirmative, sous quelle forme.

Les clients ayant des troubles d'apprentissage peuvent prendre plus de temps que d'autres à saisir une situation ou une série de faits. Les avocats pourraient fournir des mesures d'accommodement sous forme de plus longues réunions avec les clients ayant des troubles d'apprentissage. D'autres formes d'accommodement pourraient comprendre la fourniture, à l'avance, d'un calendrier écrit d'une réunion, d'un résumé écrit du procès-verbal d'une réunion, de rappels de réunion, ou d'une liste écrite de tâches à accomplir. Les avocats doivent discuter avec leurs clients des formes d'accommodement souhaitées au début de la relation de travail. Les mesures

d'accommodement peuvent être évaluées périodiquement en vue de déterminer si elles fonctionnent.

V. RESSOURCES WEB

Pour obtenir de plus amples renseignements, vous pouvez consulter les sites Web suivants :

- **ARCH Disability Law Centre** : www.archdisabilitylaw.ca

L'ARCH est une clinique d'aide juridique communautaire qui se consacre à la défense et à la promotion des droits à l'égalité des personnes handicapées en Ontario. Son site Web décrit les services qu'elle offre et contient des renseignements sur le droit des personnes handicapées et les initiatives en matière de contentieux et de réforme du droit.

- **Le Conseil canadien de la réadaptation et du travail** : www.ccrw.org

Le CCRT est un réseau d'organisations et de particuliers qui constitue un chef de file dans la mise en œuvre de programmes et de services à l'intention des chercheurs d'emploi handicapés et des entreprises déterminées à assurer l'équité et l'intégration. Le site contient des renseignements sur les programmes et services à l'intention des chercheurs d'emploi et des entreprises qui s'intéressent à fournir des mesures d'accommodement aux employés handicapés.

- **Conseil des Canadiens avec déficiences** : www.ccdonline.ca

Le CCD est un organisme contrôlé par les consommateurs qui défend les droits à l'égalité des personnes handicapées. Le site décrit la philosophie et les membres du CCD et comprend des renseignements sur les activités de défense des droits du CCD dans certains domaines, notamment ceux de la technologie, des droits de la personne, du développement international, de la politique sociale et du transport.

- **Politiques et mesures de soutien reliées au handicap au Canada :**
www.disabilitypolicy.ca

Le site Web présente des discussions de politique générale sur le financement, la fourniture et la disponibilité d'un éventail de produits et services visant à répondre aux besoins reliés au handicap, y compris les mesures de soutien personnel et les aides et l'équipement techniques.

- **Page d'information sur la recherche concernant les personnes handicapées :** www.ccsd.ca/drip/francais/

Le site Web offre un accès centralisé aux renseignements sur la recherche concernant les personnes handicapées et traite d'un vaste éventail de sujets, y compris l'emploi, l'éducation, les soins de santé, ainsi que les mesures de soutien et services à la disposition des personnes handicapées.

- **EnableLink :** www.abilities.ca

EnableLink fournit des liens vers les ressources canadiennes et internationales portant sur une vaste gamme de sujets reliés au handicap, notamment des liens vers les répertoires, articles, organisations, groupes de revendication et de soutien, services et produits.

- **Aide juridique Ontario :** www.legalaids.on.ca

L'aide juridique est offerte aux personnes à faible revenu et aux groupes défavorisés relativement à diverses questions juridiques, dont les affaires criminelles, les conflits familiaux, les audiences de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, ainsi que les questions touchant le droit de la pauvreté, comme les conflits entre propriétaires et locataires, le soutien aux personnes handicapées et la sécurité du revenu.

- **Ministère des Services sociaux et communautaires :**
www.mcscs.gov.on.ca/fr/mcscs/programs/accessibility

Le lien fournit des renseignements au sujet de la *Loi sur l'accessibilité pour les*

personnes handicapées de l'Ontario et de la Loi sur les personnes handicapées de l'Ontario, ainsi que des renseignements détaillés sur l'accessibilité pour les personnes handicapées.

- **Commission ontarienne des droits de la personne** : www.ohrc.on.ca/fr

La Commission applique le *Code des droits de la personne* de l'Ontario, qui protège les Ontariennes et Ontariens contre la discrimination dans les domaines de l'emploi, du logement, des biens, des services et des installations, ainsi que de l'adhésion à des associations professionnelles et à des organisations syndicales. Le site offre des renseignements au sujet des enquêtes sur les plaintes en vertu du Code et fournit d'autres documents éducatifs concernant les droits de la personne en Ontario, comme un guide sur l'obligation d'accommodement.

- **Personnes handicapées en direct** : www.ph-endirect.gc.ca

Le site est parrainé par le gouvernement fédéral et fournit des liens vers des sources d'information nationales et provinciales se rapportant à un vaste éventail de programmes et services mis à la disposition des personnes handicapées, notamment en ce qui concerne le logement, l'emploi, la technologie d'assistance, les avantages fiscaux et le transport.

- **Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées** :

<http://www.un.org/french/disabilities>

Le site offre des renseignements sur l'historique et l'élaboration de la *Convention*, le contexte des dispositions et les travaux actuels se rapportant à la *Convention*.

Annexe A

Langage qui améliore ou non la dignité des personnes handicapées¹⁰⁰

- Il est désormais considéré plus approprié de dire, par exemple, « les personnes handicapées » ou « les femmes handicapées », que « les handicapés ».
- Les personnes handicapées sont souvent appelées des « consommateurs » de services reliés à un handicap.
- Les personnes qui s'identifient fortement à la culture sourde mettent le mot « Sourde » en majuscules (en anglais).
- Certaines personnes préfèrent être qualifiées d'« autistiques » plutôt que d'être appelées « personnes atteintes d'autisme ».
- Le terme « déficience » est plus approprié que le terme « handicap ».
- Le terme « valide » est considéré comme plus approprié que le terme « non handicapé ».
- Il est préférable de parler d'une « personne qui utilise un fauteuil roulant » plutôt que d'une personne qui est « confinée » à un fauteuil roulant ou « clouée » dans un fauteuil roulant.
- L'usage (surtout au Canada) privilégie fortement les termes « déficience intellectuelle » et « déficience développementale », par opposition au terme « arriération mentale ».
- Souvent, les personnes qui ont de longs antécédents de traitement psychiatrique ou d'hospitalisation s'identifient elles-mêmes comme des « survivants » ou des « consommateurs/survivants ». Plusieurs autres termes sont employés pour décrire les personnes ayant des problèmes de santé mentale. Un débat existe depuis longtemps à cet égard et il n'y a aucun consensus sur la terminologie appropriée. Les termes suivants sont également employés : survivants psychiatriques, déficience psychiatrique, déficiences mentales, personnes ayant une maladie mentale, personnes ayant des problèmes de santé mentale, folie.
- Il n'est pas approprié de dire qu'une personne « souffre » ou est « victime » d'une déficience, sauf dans des cas particuliers. Par exemple, les personnes qui ont été touchées par la thalidomide s'identifient elles-mêmes comme des « victimes de la thalidomide ».
- Lorsque vous parlez à une personne aveugle, il est approprié d'utiliser des mots comme « voir » comme vous le feriez normalement.

100 La présente annexe ne contient que des renseignements généraux. Il se peut que certaines personnes handicapées ou certains groupes de personnes handicapées préfèrent l'emploi de mots ou termes plus spécifiques.

- Il est préférable d'employer les termes « vision partielle » ou « basse vision » plutôt que le terme « cécité légale ».
- Les termes « aux prises avec des difficultés physiques » et « aux prises avec des difficultés mentales » ne sont pas généralement employés au Canada.



Chapitre 3

LES DROITS DE LA PERSONNE ET LE DROIT DES PERSONNES HANDICAPÉES : GUIDE D'INTRODUCTION

Kerri Joffe, avocate à l'interne, ARCH Disability Law Centre

**C. Tess Sheldon, candidate au doctorat à la Dalla Lana School of Public Health de
l'Université de Toronto, et ancienne avocate à l'interne, ARCH Disability Law
Centre**

**Karen R. Spector, avocate à Toronto et
ancienne avocate à l'interne, ARCH Disability Law Centre**

Septembre 2013

À jour en septembre 2013. Il est recommandé à quiconque souhaite se fonder sur le présent document d'effectuer ses propres recherches pour obtenir les mises à jour de la législation et de la jurisprudence.

TABLE DES MATIÈRES

I.	PORTÉE DU CHAPITRE	2
II.	INTRODUCTION	6
III.	APERÇU DU RÉGIME CANADIEN DES DROITS DE LA PERSONNE	8
IV.	APERÇU DU RÉGIME ONTARIEN DES DROITS DE LA PERSONNE	11
	A. Tribunal des droits de la personne de l'Ontario	11
	B. Centre d'assistance juridique en matière de droits de la personne	12
	C. Commission ontarienne des droits de la personne	12
V.	QU'EST-CE QUI CONSTITUE UN « HANDICAP » EN VERTU DU CODE?	14
VI.	QU'EST-CE QUI CONSTITUE DES « SERVICES » EN VERTU DU CODE?	17
VII.	QUELLE DISCRIMINATION LE CODE INTERDIT-IL?	23
	A. Discrimination directe et par suite d'un effet préjudiciable	23
	B. Obligation d'accommodement relative au handicap	25
	C. Harcèlement et milieu empoisonné	31
	D. Représailles	33
	E. Discrimination systémique	34
VIII.	ANALYSE DE LA DISCRIMINATION	37
	A. Preuve de discrimination à première vue	38
	B. Justification de la discrimination	42
	1. L'intimé a fourni des mesures d'accommodement appropriées	42
	2. Les mesures d'accommodement auraient causé une contrainte excessive	43
	3. La discrimination alléguée est une exigence professionnelle justifiée	46
	4. La discrimination alléguée n'entraîne aucune responsabilité en vertu du Code	47
IX.	RECOURS	51
	A. Réparations d'intérêt public	52
	B. Dommages-intérêts généraux : atteinte à la dignité et vexation	53
	C. Restitution	55
	D. Intérêts	55
	E. Dépens	56
X.	CONCLUSION	56

I. PORTÉE DU CHAPITRE

Le présent chapitre a pour but d'offrir une introduction au droit ontarien relatif aux droits de la personne aux avocats, parajuristes et autres intervenants qui représentent des personnes handicapées ou leur fournissent des conseils en Ontario¹. Le droit relatif aux

¹ Un document similaire a été préparé par Bill Holder pour le guide d'introduction intitulé « 2003 Disability Law Primer » et a été présenté le 27 novembre 2003 dans le cadre d'un programme de formation

droits de la personne est un domaine du droit complexe et en rapide évolution. Le présent chapitre fait ressortir certaines questions clés à examiner et offre un point de départ pour les recherches que les juristes effectuent sur les questions particulières auxquelles leurs clients sont confrontés.

Le *Code des droits de la personne* de l'Ontario (« Code ») est particulièrement important pour les personnes handicapées. Le « handicap » demeure le motif de discrimination le plus souvent invoqué dans les requêtes pour violation des droits de la personne en Ontario. D'après les statistiques publiées par le Tribunal des droits de la personne de l'Ontario, 54,4 % des requêtes pour violation des droits de la personne déposées en 2011-2012 avaient pour motif le handicap².

La compréhension des aspects du droit relatif aux droits de la personne qui se rapportent au handicap est importante même pour les avocats et intervenants qui ne comparaissent pas devant le Tribunal des droits de la personne. Dans l'arrêt *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, la Cour suprême du Canada a confirmé que, sauf exigence contraire de la loi, les tribunaux administratifs et les arbitres doivent examiner et appliquer le droit relatif aux droits de la personne lorsque le tribunal est dûment saisi d'une question et qu'une partie au litige fait valoir des arguments fondés sur les droits de la personne³. Les personnes handicapées comparaissent souvent devant des tribunaux administratifs tels que le Tribunal de l'aide sociale, la Commission de la location immobilière, le Tribunal d'appel de la sécurité professionnelle et de l'assurance contre les accidents du travail, la Commission des relations de travail de l'Ontario et d'autres décideurs qui doivent trancher les questions relatives aux droits de la personne qui sont soulevées dans le cadre d'affaires dont ils sont dûment saisis. Les juristes qui conseillent et représentent des personnes handicapées doivent donc se demander s'il y

juridique permanente intitulé « A Disability Law Primer » et parrainé par ARCH, Pro Bono Law Ontario et le Barreau du Haut-Canada.

² Tribunal des droits de la personne de l'Ontario, « Exercice financier 2011-2012 - Nouvelles requêtes », en ligne : Tribunal des droits de la personne de l'Ontario <<http://www.hrto.ca/hrto/index.php?q=fr/node/159>>.

³ *Tranchemontagne c Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14 (CanLII).

a lieu de présenter des arguments fondés sur les droits de la personne à l'appui des revendications de leurs clients relevant du droit administratif.

Le présent chapitre se penche principalement sur la loi ontarienne sur les droits de la personne⁴. Le Code s'applique au niveau provincial; il interdit la discrimination et le harcèlement fondés sur divers motifs énumérés, notamment le handicap, la race, l'orientation sexuelle, l'âge et l'état familial, et ce, dans divers domaines sociaux énumérés, notamment l'emploi, le logement, les biens, les services et les contrats⁵.

La *Loi canadienne sur les droits de la personne* s'applique au niveau fédéral et protège contre la discrimination par les employeurs ou fournisseurs de services sous réglementation fédérale, notamment les ministères fédéraux, les banques à charte, les lignes aériennes et les stations de télévision et de radio⁶. De plus amples renseignements au sujet de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* se trouvent à l'adresse suivante : http://www.chrc-ccdp.ca/about/human_rights_act-eng.aspx. De plus amples renseignements concernant le Tribunal canadien des droits de la personne se trouvent à l'adresse suivante : <http://www.chrt-tcdp.gc.ca/NS/index-fra.asp>.

Le présent chapitre traite des questions juridiques de fond qui se posent dans l'exercice du droit relatif aux droits de la personne en Ontario. Il n'aborde pas les questions de procédure. Il y a une importante jurisprudence sur la pratique et la procédure devant le Tribunal des droits de la personne de l'Ontario (« Tribunal »). Les instances devant le Tribunal des droits de la personne sont régies par cette jurisprudence, par les règles de procédure du Tribunal⁷ et par la *Loi sur l'exercice des compétences légales*⁸. Dans plusieurs cas, les questions qui se posent sont de nature procédurale mais ont un impact considérable sur la cause d'un client. Parmi les questions de procédure, on

⁴ *Code des droits de la personne*, LRO 1990, c H.19 [« Code »].

⁵ *Ibid* aux art 1-7 et 9.

⁶ *Loi canadienne sur les droits de la personne*, LRC 1985, c H-6, art 3-14.

⁷ Tribunal des droits de la personne de l'Ontario, *Règles de procédure Requêtes en vertu du Code des droits de la personne Partie IV L.R.O. 1990, chap. H.19 tel que modifié*, en ligne : Tribunal des droits de la personne de l'Ontario < <http://www.hrto.ca/hrto/index.php?q=fr/node/191>>.

⁸ LRO 1990, c S.22.

compte notamment le choix du for⁹, la question de savoir si une partie a qualité pour agir devant le Tribunal, les délais de prescription, la nomination des tuteurs à l'instance, les demandes de mesures de réparation provisoires, les demandes visant le traitement accéléré des requêtes, les demandes d'anonymat, les demandes d'accommodement pendant les audiences du Tribunal, les procédures d'audience sommaire, la médiation, les requêtes visant l'exécution des règlements, ainsi que les demandes de réexamen. La question du choix du for est particulièrement importante lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a lieu de déposer une requête pour violation des droits de la personne ou, subsidiairement, de soulever des arguments fondés sur les droits de la personne dans le cadre d'une autre revendication relevant du droit administratif.

Les avocats, les parajuristes et les autres personnes qui représentent ceux qui présentent des requêtes pour violation des droits de la personne devraient savoir que, selon le paragraphe 34(1) du Code, les requêtes pour violation des droits de la personne doivent être présentées dans l'année qui suit l'incident de discrimination allégué ou dans l'année qui suit le dernier incident d'une série d'incidents¹⁰. Le paragraphe 34(2) prévoit qu'une requête peut être présentée après l'expiration de ce délai de prescription si le requérant peut démontrer que le retard s'est produit de bonne foi et qu'il ne causera de préjudice important à personne¹¹.

⁹ Il existe une jurisprudence concernant l'élection de for et son impact sur les litiges portés devant le Tribunal des droits de la personne. L'article 45.1 du Code prévoit que « [l]e Tribunal peut rejeter une requête, en tout ou en partie, conformément à ses règles, s'il estime que le fond de la requête a été traité de façon appropriée dans une autre instance ». Cette disposition a été interprétée le plus récemment par le Tribunal dans *Claybourn v Toronto Police Services Board*, 2013 HRT0 1298 (CanLII). Dans *Claybourn*, le Tribunal a examiné les décisions rendues par la Cour suprême du Canada dans *Penner c Niagara (Commission régionale de services policiers)*, 2013 CSC 19 (CanLII), *Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board) c Figliola*, 2011 CSC 52 (CanLII) et *Danyluk c Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44 (CanLII). Le Tribunal a conclu qu'une interprétation appropriée de l'article 45.1 ne permet pas de rejeter une requête pour violation des droits de la personne lorsqu'un tel rejet mènerait à une injustice, étant donné la nature de l'autre instance et les différences au niveau des questions en jeu dans cette procédure.

¹⁰ Il existe une jurisprudence concernant ce qui constitue une « série d'incidents » pour l'application du paragraphe 34(1). Voir, par exemple, *Garrie v Janus Joan Inc.*, 2012 HRT0 1955 (CanLII); *Labao v Toronto Police Services Board*, 2012 HRT0 1529 (CanLII); *AlSaigh v University of Ottawa*, 2012 HRT0 2 (CanLII); *Pakarian v Chen*, 2010 HRT0 457 (CanLII); *Savage v Toronto Transit Commission*, 2010 HRT0 1360 (CanLII); *Plihronakos v Mississauga (City)*, 2010 HRT0 1433 (CanLII).

¹¹ Il existe une jurisprudence concernant les circonstances dans lesquelles le Tribunal autorisera le dépôt d'une requête après l'expiration du délai de prescription d'un an. Voir, par exemple : *Miller v Prudential*

Il existe divers documents de formation juridique permanente qui traitent des questions de fond et de procédure en droit relatif aux droits de la personne en Ontario. Il se peut que le Barreau du Haut-Canada et l'Association du Barreau de l'Ontario soient en mesure de donner accès aux documents pertinents en la matière. La Commission ontarienne des droits de la personne a produit plusieurs documents de politique sur le handicap et le Code¹². Le Centre d'assistance juridique en matière de droits de la personne offre une fiche d'information en langage clair qui pourrait être utile pour les personnes handicapées¹³.

II. INTRODUCTION

Les tribunaux ont qualifié de « fondamentales » et « quasi constitutionnelles » les lois sur les droits de la personne et ont ordonné que les dispositions de ces lois fassent l'objet d'une interprétation large et réfléchie¹⁴.

Lifestyles Real Estate, 2009 HRTO 1241 (CanLII); *Klein and Dionne v Toronto (City)*, 2011 HRTO 317 (CanLII).

¹² Voir, par exemple : Commission ontarienne des droits de la personne, *Politique et directives concernant le handicap et l'obligation d'accommodement* (23 novembre 2000), en ligne : Commission ontarienne des droits de la personne <http://www.ohrc.on.ca/sites/default/files/attachments/Policy_and_guidelines_on_disability_and_the_duty_to_accommodate_fr.pdf>; Commission ontarienne des droits de la personne, *Directives concernant l'éducation accessible* (29 septembre 2004), en ligne : Commission ontarienne des droits de la personne <http://www.ohrc.on.ca/sites/default/files/attachments/Guidelines_on_accessible_education_fr.pdf>.

¹³ Centre d'assistance juridique en matière de droits de la personne, *Votre droit à l'adaptation en vertu du Code des droits de la personne de l'Ontario*, en ligne : Centre d'assistance juridique en matière de droits de la personne <<http://www.hrlsc.on.ca/fr/DutyOfAccommodation.aspx>>.

¹⁴ *Commission ontarienne des droits de la personne c Simpson-Sears Limited*, [1985] 2 RCS 536 [O'Malley]. Au paragraphe 12, le juge McIntyre a déclaré ce qui suit au nom de la Cour : « Les règles d'interprétation acceptées sont suffisamment souples pour permettre à la Cour de reconnaître, en interprétant un code des droits de la personne, la nature et l'objet spéciaux de ce texte législatif (voir le juge Lamer dans *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, aux pp. 157 et 158), et de lui donner une interprétation qui permettra de promouvoir ses fins générales. Une loi de ce genre

L'exclusion est un puissant processus associé au désavantage de la déficience et alimenté par les stéréotypes et les stigmates. Par exemple, l'exclusion des opportunités et privilèges renforce la perception que l'on a des personnes ayant des problèmes de santé mentale, lesquelles sont considérées comme des « étrangers », et perpétue le cycle de la marginalisation¹⁵. L'oppression historique subie par les personnes handicapées se manifeste dans des processus de stéréotypes, de stigmates, de dépréciation et d'exclusion qui se chevauchent¹⁶. Bill Holder a déclaré ce qui suit :

La conséquence liée au fait de ne pas recevoir de mesures d'accommodement sera, pour les personnes handicapées, une certaine forme d'exclusion sociale, laquelle est une condition d'inégalité [...] Lorsque les répondants prétendent qu'il y a contrainte excessive, en même temps ils prétendent aussi que l'*exclusion sociale* d'une personne handicapée est justifiée dans les circonstances¹⁷ [notre traduction].

L'égalité réelle promet la pleine inclusion des personnes handicapées dans la vie sociale, professionnelle et communautaire¹⁸. Elle peut aider à former de nouvelles attitudes sociales positives au sujet des personnes handicapées. Selon Pentney, « [l]a loi sur l'égalité vise à protéger et promouvoir l'appartenance, permettre à d'autres de s'intégrer, et favoriser et cimenter nos liens communautaires »¹⁹ [notre traduction]. La valeur fondamentale de l'inclusion devrait orienter l'interprétation des mesures de

est d'une nature spéciale. Elle n'est pas vraiment de nature constitutionnelle, mais elle est certainement d'une nature qui sort de l'ordinaire. Il appartient aux tribunaux d'en rechercher l'objet et de le mettre en application ».

¹⁵ Ena Chadha et C. Tess Sheldon, « Promoting Equality: Economic and Social Rights for Persons with Disabilities Under Section 15 » (2004) 16 NJCL 27.

¹⁶ David Lepofsky, « A Report Card on the Charter's Guarantee of Equality to Persons with Disabilities After Ten Years – What Progress? What Prospects? » (1997) 7 NJCL 263. Lepofsky décrit divers obstacles physiques, sociaux et comportementaux auxquels sont confrontées les personnes handicapées. Au paragraphe 268, l'auteur ajoute ce qui suit : « [l]es personnes handicapées au Canada souffrent souvent et de façon disproportionnée de graves désavantages socioéconomiques [...] Elles sont sous-représentées dans la société dominante, où la mobilité ascendante est plus courante » [notre traduction].

¹⁷ Bill Holder, « Accommodation of Disability in Ontario », Toronto, ARCH Disability Law Centre, 2003, en ligne : ARCH <http://www.archdisabilitylaw.ca/publications/CLE_DisabilityLawPrimer.asp> à la p 25 [C'est nous qui soulignons.].

¹⁸ Lepofsky, *supra* note 16. Selon Lepofsky, le but de l'égalité des personnes handicapées « [...] est d'assurer *la pleine participation et inclusion* des personnes handicapées relativement à tous les droits, avantages, charges et obligations disponibles dans la société » [notre traduction] [C'est nous qui soulignons.].

¹⁹ W Pentney, « Belonging: The Promise of Community -- Continuity and Change in Equality Law 1995-96 » (1996) 25 CHRR C/6.

protection de l'égalité pour les personnes handicapées. L'inclusion est un but primaire des mesures de protection de l'égalité et est essentielle à la recherche de l'égalité, de l'indépendance et de la pleine participation à la vie sociale, professionnelle et communautaire. Les droits à l'égalité doivent offrir une protection contre les multiples effets de l'exclusion et favoriser un sentiment d'appartenance. Les mesures de protection de l'égalité doivent être avant-gardistes et favoriser un sentiment d'appartenance à la communauté universelle²⁰.

III. APERÇU DU RÉGIME CANADIEN DES DROITS DE LA PERSONNE

La Loi canadienne sur les droits de la personne a pour objet

de compléter la législation canadienne en donnant effet, dans le champ de compétence du Parlement du Canada, au principe suivant : le droit de tous les individus, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement et à la prise de mesures visant à la satisfaction de leurs besoins, indépendamment des considérations fondées sur [...] la déficience.²¹

²⁰ Isabel Grant et Judith Mosoff, « Disability and Performance Standards Under the Ontario Human Rights Code » (2002) 1 JL & Equality 205. Au paragraphe 7, Grant et Mosoff ont soutenu que la théorie de l'égalité « met l'accent sur l'amélioration de la participation des personnes handicapées [...] » [notre traduction]. W Pentney, « Belonging: The Promise of Community -- Continuity and Change in Equality Law 1995-96 » (1996) 25 CHRR C/6. Pentney a déclaré ce qui suit : « Pourtant, nous savons que les communautés sont bâties de deux façons : en accueillant et en refusant l'accès. [...] La valeur fondamentale de l'« inclusion » devrait orienter l'interprétation des mesures de protection de l'égalité pour les personnes handicapées » [notre traduction]. Errol Mendes, « Taking Equality into the 21st Century: Establishing the Concept of Equal Human Dignity » (2000) 12 NJCL 3 à la p 20. Mendes a cité Immanuel Kant pour établir que la dignité humaine inhérente « est une sorte de valeur intrinsèque qui appartient également à tous les êtres humains, constituée de certains aspects intrinsèquement précieux du fait d'être humain » [notre traduction]. David Lepofsky, « The Charter's Guarantee of Equality to People with Disabilities – How Well is it Working? » (1998) 16 Windsor YB Access Just 155. Lepofsky a précisé que la valeur « intrinsèque » [notre traduction] des personnes handicapées est souvent négligée. Leur identité est considérée comme « défectueuse » [notre traduction]. À la page 172, Lepofsky a fait valoir que la théorie de l'égalité vise à ce que les gens soient « jugés de façon équitable et exacte selon leur capacité individuelle, en fonction de ce qu'ils peuvent faire dans un milieu sans obstacle, et non en fonction de ce qu'ils ne peuvent pas faire ou de ce que d'autres pensent qu'ils ne peuvent pas faire » [notre traduction].

²¹ *Loi canadienne sur les droits de la personne*, LRC 1985, c H-6, art 2.

La *Loi canadienne sur les droits de la personne* doit être interprétée de manière à ce qu'il soit donné effet à son objet. Fait à noter, l'objet de la *Loi* mentionne la prise de mesures visant à la satisfaction des besoins de tous les individus.

En vertu de la *Loi*, le terme « déficience » s'entend d'une « [d]éficiência physique ou mentale, qu'elle soit présente ou passée, y compris le défigurement ainsi que la dépendance, présente ou passée, envers l'alcool ou la drogue »²². La *Loi* prévoit que les personnes handicapées ont le droit de ne pas faire l'objet d'actes discriminatoires fondés sur la déficience dans les domaines d'interaction sociale suivants : biens, services, installations ou moyens d'hébergement destinés au public²³; locaux commerciaux ou logements²⁴; emploi²⁵; et organisations syndicales²⁶. La *Loi* prévoit également que toute personne reconnue coupable d'un acte discriminatoire peut faire l'objet d'une ordonnance corrective.

Comme dans le *Code des droits de la personne*, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* établit une obligation d'accommodement à l'article 15, lequel prévoit des exceptions aux actes discriminatoires. L'article 15 permet à un intimé de se défendre en démontrant que, relativement au traitement différentiel d'une personne handicapée, il y avait des exigences professionnelles justifiées ou un motif justifiable. Pour prouver le bien-fondé de ces exigences ou de ce motif, l'intimé doit démontrer que les mesures destinées à répondre aux besoins de la personne handicapée auraient constitué une contrainte excessive. La *Loi* énonce les trois facteurs qu'il faut prendre en considération au moment d'évaluer la contrainte excessive : « coûts, [...] santé et [...] sécurité ».

Bien que le libellé du *Code des droits de la personne* et celui de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* soient différents, les mesures de protection prévues par les deux lois en matière d'accommodement sont très similaires.

²² *Ibid*, art 25.

²³ *Ibid*, art 5.

²⁴ *Ibid*, art 6.

²⁵ *Ibid*, art 7, 8, 10 et 11. La *Loi* offre une protection contre la discrimination préalable à l'emploi et en cours d'emploi.

²⁶ *Ibid*, art 9.

Quiconque travaille pour une entreprise ou organisation sous réglementation fédérale ou en reçoit des services et croit avoir été victime de discrimination peut déposer une plainte à la Commission canadienne des droits de la personne. La Commission maintient une fonction de gardien à l'égard des plaintes traitées par la Commission ou instruites par le Tribunal canadien des droits de la personne.

La Commission peut décider de ne pas statuer sur une plainte dont elle est saisie si elle estime celle-ci irrecevable pour un des motifs suivants²⁷ :

- le plaignant devrait épuiser d'abord les recours internes ou les procédures d'appel ou de règlement des griefs qui lui sont normalement ouverts;
- la plainte pourrait avantageusement être instruite selon des procédures prévues par une autre loi;
- la plainte n'est pas de sa compétence;
- la plainte est frivole, vexatoire ou entachée de mauvaise foi;
- la plainte a été déposée après l'expiration d'un délai d'un an après le dernier des faits sur lesquels elle est fondée. La Commission a le pouvoir discrétionnaire de proroger ce délai si elle l'estime indiqué dans les circonstances.

Au Centre ARCH, nous recevons de nombreux appels de personnes handicapées qui veulent déposer des plaintes à la Commission canadienne des droits de la personne. Plusieurs de ces personnes sont d'actuels ou d'anciens employés d'organismes sous réglementation fédérale ou du gouvernement fédéral. Dans la pratique, l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Commission prévu à l'article 41 sert à réduire considérablement le nombre de plaintes renvoyées à la médiation ou à l'arbitrage par le tribunal.

²⁷ *Ibid*, art 41(1).

IV. APERÇU DU RÉGIME ONTARIEN DES DROITS DE LA PERSONNE

Depuis le 30 juin 2008, le régime ontarien des droits de la personne comprend trois piliers : le Tribunal des droits de la personne de l'Ontario, le Centre d'assistance juridique en matière de droits de la personne et la Commission ontarienne des droits de la personne. Ce qui suit est un aperçu du rôle de chacun de ces organismes et de la mesure dans laquelle il faut les prendre en considération au moment de représenter un client dans le cadre d'une requête pour violation des droits de la personne.

A. Tribunal des droits de la personne de l'Ontario

Avant 2008, les victimes de discrimination pouvaient déposer une plainte relative aux droits de la personne à la Commission ontarienne des droits de la personne (« Commission »). Comme un « gardien », la Commission enquêtait sur la plainte et décidait s'il y avait lieu de la transmettre au Tribunal des droits de la personne (ou à la Commission d'enquête, tel que le Tribunal était connu avant 2002) à des fins de décision.

La *Loi modifiant le Code des droits de la personne* exige désormais que les plaintes de discrimination soient déposées directement au Tribunal des droits de la personne de l'Ontario plutôt qu'à la Commission²⁸. Cette dernière n'exerce plus de fonction de gardien. C'est plutôt le Tribunal qui reçoit les requêtes pour violation des droits de la personne et qui décide comment elles seront traitées. Dans le cadre de ce modèle parfois appelé « modèle d'accès direct », les requérants ont directement accès à l'audition de leur plainte²⁹.

²⁸ *Loi modifiant le Code des droits de la personne*, LO 2006, c 30.

²⁹ Andrew Pinto a été nommé par le gouvernement pour mener un examen externe du système réformé des droits de la personne. Son rapport et ses recommandations ont été présentés au procureur général en novembre 2012. Andrew Pinto, *Rapport d'examen 2012 du système des droits de la personne de l'Ontario*, Toronto, Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 2012, en ligne : Ministère du Procureur général <<http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/ohrc/Default.asp>>.

Le Tribunal a pour mandat de régler les plaintes de discrimination et de harcèlement relevant du Code d'une manière qui soit équitable, juste et rapide³⁰. Le Tribunal tient des audiences et agit à titre de médiateur dans le cadre des requêtes pour violation des droits de la personne.

B. Centre d'assistance juridique en matière de droits de la personne

Le Centre d'assistance juridique en matière de droits de la personne (« Centre ») est un organisme indépendant financé par le gouvernement de l'Ontario pour fournir des services juridiques relatifs aux droits de la personne à ceux et celles qui ont été victimes de discrimination en contravention du Code.

Le Centre offre un éventail de services juridiques gratuits, y compris la représentation pour les négociations de règlements, la médiation et les audiences, ainsi que des conseils juridiques sur le dépôt des requêtes pour violation des droits de la personne. Le Centre fournit habituellement ses services dans le cadre d'un mandat restreint ou étape par étape, selon les besoins du requérant, le bien-fondé de la plainte et la complexité des questions de preuve et juridiques. Les services sont offerts à la population ontarienne³¹.

C. Commission ontarienne des droits de la personne

En vertu du Code, la Commission ontarienne des droits de la personne a pour rôle de promouvoir et de faire progresser le respect des droits de la personne en Ontario, de protéger l'intérêt public et d'identifier les pratiques discriminatoires et d'en promouvoir l'élimination³². La Commission cherche à apporter des changements systémiques. Elle élabore des politiques touchant les droits de la personne, mène des activités

³⁰ Tribunal des droits de la personne de l'Ontario, en ligne : Au sujet du TDPO <<http://www.hrto.ca/hrto/index.php?q=fr/node/8>>.

³¹ Centre d'assistance juridique en matière de droits de la personne, en ligne : Quels sont les services que le Centre fournit? <<http://www.hrlsc.on.ca/fr/ServiceStages.aspx>>.

³² Code, *supra* note 4, art 29.

d'éducation publique et de recherche et a le pouvoir de surveiller et de signaler n'importe quelle situation qui se rapporte à l'état des droits de la personne en Ontario.

Les dispositions du Code habilite la Commission à présenter des allégations de discrimination systémique de plusieurs façons, notamment :

- en présentant une requête conformément à l'article 35 du Code;
- en menant une enquête conformément à l'article 31 du Code;
- en intervenant dans le cadre d'une affaire dont le Tribunal est saisi, si la partie qui a présenté la requête y consent, conformément à l'article 37 du Code;
- en présentant une requête au Tribunal afin que celui-ci soumette un exposé de cause à la Cour divisionnaire, si la Commission estime qu'une décision du Tribunal n'est pas compatible avec les politiques de la Commission, conformément à l'article 45.6.

En vertu de l'article 30 du Code, les politiques de la Commission doivent servir à fournir des directives quant à l'interprétation et l'application du Code. Les avocats pourraient donc trouver que les politiques de la Commission sont utiles pendant les négociations de règlements, la médiation et l'audition des requêtes. Sur la question du handicap, la Commission a publié de nombreuses politiques, notamment celles intitulées *Politique et directives concernant le handicap et l'obligation d'accommodement* et *Directives concernant l'éducation accessible*. Elles se trouvent sur le site Web de la Commission³³.

Le paragraphe 45.4(1) du Code prévoit que le Tribunal peut renvoyer une question à la Commission et demander à celle-ci de mener une enquête. Les avocats peuvent présenter une demande d'ordonnance exigeant que le Tribunal exerce le pouvoir que lui confère le paragraphe 45.4(1).

³³ Voir *Politique et directives concernant le handicap et l'obligation d'accommodement* et *Directives concernant l'éducation accessible*, supra note 12.

Bien que la Commission ait le pouvoir de surveiller et de suivre les requêtes (y compris celles visant des allégations de discrimination systémique), l'avocat d'un requérant qui veut présenter de telles allégations devrait songer à communiquer de façon proactive avec la Commission pour qu'elle porte son attention sur l'affaire. Les avocats peuvent demander le soutien et l'intervention de la Commission.

V. QU'EST-CE QUI CONSTITUE UN « HANDICAP » EN VERTU DU CODE?

Pour présenter une allégation de discrimination, le requérant doit tout d'abord établir selon la prépondérance des probabilités qu'il avait un handicap au moment du traitement discriminatoire allégué.

Le paragraphe 10(1) du Code définit le handicap comme suit :

- a) tout degré d'incapacité physique, d'infirmité, de malformation ou de défigurement dû à une lésion corporelle, une anomalie congénitale ou une maladie, et, notamment, le diabète sucré, l'épilepsie, un traumatisme crânien, tout degré de paralysie, une amputation, l'incoordination motrice, la cécité ou une déficience visuelle, la surdité ou une déficience auditive, la mutité ou un trouble de la parole, ou la nécessité de recourir à un chien-guide ou à un autre animal, à un fauteuil roulant ou à un autre appareil ou dispositif correctif;
- b) une déficience intellectuelle ou un trouble du développement;
- c) une difficulté d'apprentissage ou un dysfonctionnement d'un ou de plusieurs des processus de la compréhension ou de l'utilisation de symboles ou de la langue parlée;
- d) un trouble mental;
- e) une lésion ou une invalidité pour laquelle des prestations ont été demandées ou reçues dans le cadre du régime d'assurance créé aux termes de la *Loi de 1997 sur la sécurité professionnelle et l'assurance contre les accidents du travail*.

Un handicap peut être soit permanent (par ex., une déficience visuelle ou une mobilité réduite), soit temporaire (par ex., une maladie qui se soigne ou une incapacité temporaire attribuable à un accident).

La décision de principe rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)* (connu sous le nom de *Mercier*) a élargi la définition de « handicap »³⁴. Dans cette affaire, les trois plaignants se sont vu refuser un emploi après qu'un examen préalable à l'emploi eut révélé des troubles médicaux. À l'époque, les trois plaignants ne présentaient aucun symptôme. Selon les employeurs, en l'absence d'une preuve médicale de limitation fonctionnelle, les plaignants n'avaient pas le droit de demander une protection fondée sur le « handicap ». Dans un jugement unanime, la juge L'Heureux-Dubé a soutenu une interprétation large du mot « handicap » comprenant des conditions n'occasionnant aucune limitation fonctionnelle. La Cour a décidé que l'accent était sur les obstacles à la pleine participation dans la société plutôt que sur les conditions ou l'état de l'individu. La Cour a expliqué que le handicap devait être considéré comme une notion multidimensionnelle comprenant des éléments biomédicaux, sociaux et fonctionnels³⁵.

Le Code et les instruments de protection des droits dans d'autres ressorts offrent une protection contre la discrimination fondée sur un « handicap perçu »³⁶. Dans l'affaire *Mellon c. Développement des ressources humaines Canada*, le Tribunal canadien des droits de la personne a appliqué un critère général pour déterminer si la plaignante avait une déficience au sens de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*³⁷. Le Tribunal a précisé ce qui suit au sujet de la nature de la déficience :

La Loi ne renferme aucune liste énumérant les déficiences mentales acceptables et les déficiences mentales non acceptables. Ce ne sont pas seulement les déficiences mentales les plus graves qui ont droit à la protection prévue dans la Loi. De plus, ce ne sont pas seulement les déficiences qui constituent une incapacité permanente qui doivent être prises en compte. Le cas échéant, *même les déficiences mentales décrites comme étant mineures et qui ne se manifestent pas d'une façon*

³⁴ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)* [2000] 1 RCS 665 [*Mercier*].

³⁵ *Ibid* aux para 72-84. Cette idée est appelée le modèle social du handicap.

³⁶ Code, *supra* note 4, art 10(3). Voir aussi *Mercier*, *ibid* au para 38.

³⁷ *Mary Mellon c. Développement des ressources humaines Canada*, 2006 TCDP 3. Au paragraphe 81, le Tribunal a précisé qu'« [...] [u]ne déficience n'exige pas obligatoirement la preuve d'une limitation physique ou la présence d'une affection quelconque ».

permanente pourraient avoir droit à la protection prévue dans la Loi. Toutefois, l'existence d'une déficience doit toujours être étayée par une preuve suffisante.³⁸

Par conséquent, l'accent est sur l'*effet* de la distinction ou du traitement différentiel et non sur la preuve de la déficience alléguée.

La protection que prévoit le Code relativement aux handicaps présumés et perçus, ainsi que la décision rendue dans l'arrêt *Mercier*, poussent à analyser la réaction de la société aux limitations réelles ou perçues. L'analyse est sensible au « phénomène social du handicap » et aux modèles sociaux du handicap, en ce sens qu'une personne peut n'avoir aucune limitation fonctionnelle autre que celles qui sont fondées sur les préjugés, les stigmates et les stéréotypes³⁹. Elle reconnaît que les attitudes sociales à elles seules peuvent constituer un handicap et, ce faisant, fait progresser l'objectif de l'inclusion⁴⁰.

Une décision rendue récemment par le Tribunal dans l'affaire *J.L. v. York Region District School Board* est révélatrice à cet égard⁴¹. La décision portait sur la question de savoir si le pied plat pouvait constituer un handicap aux termes du Code. Le Tribunal a cité l'arrêt *Mercier* et a axé son analyse sur la question de savoir si le pied plat créait un obstacle à la pleine participation dans la société. Le Tribunal a conclu que, selon la littérature médicale, le pied plat ne cause aucune limitation fonctionnelle et ne présente aucun obstacle à la participation dans la société dans la majorité des cas. Cependant, dans de rares cas, il peut devenir très douloureux et nécessiter une intervention chirurgicale, occasionnant ainsi des limitations fonctionnelles pour la personne atteinte. Dans ces rares cas, le pied plat pourrait donc constituer un handicap aux termes du Code.

³⁸ *Ibid* au para 88 [C'est nous qui soulignons.].

³⁹ Voir généralement Jerome E Bickenbach, *Physical Disability and Social Policy*, Toronto, University of Toronto Press, 1993.

⁴⁰ Ena Chadha, « The Social Phenomenon of Handicapping » dans Elizabeth Sheehy, dir, *Adding Feminism to Law: The Contributions of Justice Claire L'Heureux-Dubé*, Toronto, Irwin Law, 2004 aux pp 209-227.

⁴¹ *J L v York Region District School Board*, 2013 HRTO 948 (CanLII).

Dans plusieurs cas, l'intimé ne conteste pas le fait que le requérant a un handicap. Cependant, dans certains cas, il est important de présenter des preuves démontrant qu'un handicap existe. Dans l'affaire *J.L.*, après avoir décidé que le pied plat pouvait, de façon générale, constituer un handicap au sens du Code, le Tribunal s'est penché sur la question de savoir si les requérants pouvaient établir que, dans leur situation, le pied plat était un handicap. Le Tribunal a conclu qu'ils ne pouvaient établir un tel fait, puisqu'il n'y avait aucune preuve selon laquelle les requérants ne pouvaient se rendre à pied à l'école sans ressentir de la douleur occasionnée par leur condition. Les requérants n'avaient produit aucune preuve médicale à l'appui de leur revendication selon laquelle le conseil scolaire intimé aurait dû les envoyer à l'école en autobus⁴². Des preuves médicales sont aussi probablement nécessaires lorsqu'il s'agit d'invoquer un nouvel handicap qui prête à controverse ou qui n'est pas bien connu.

La présentation de preuves médicales n'est toutefois pas la seule façon d'établir que le requérant a un handicap. Plusieurs personnes handicapées n'ont pas de diagnostic médical particulier ou officiel, et le Code n'en exige pas un. Les preuves des personnes qui fournissent des services et des mesures de soutien au requérant ou celles des membres de sa famille peuvent suffire pour démontrer que le requérant a un handicap au sens du Code. Les juristes devraient s'assurer que les requêtes pour violation des droits de la personne énoncent clairement les faits pertinents qui permettent d'établir l'existence d'un handicap.

VI. QU'EST-CE QUI CONSTITUE DES « SERVICES » EN VERTU DU CODE?

Le Code interdit la discrimination et le harcèlement dans cinq domaines sociaux énumérés :

- les services, les biens et les installations⁴³;
- le logement⁴⁴;

⁴² *Ibid* aux para 17-20.

⁴³ Code, *supra* note 4, art 1.

⁴⁴ *Ibid*, art 2, 4.

- les contrats⁴⁵;
- l'emploi⁴⁶;
- l'adhésion à un syndicat ou à une association commerciale ou professionnelle ou l'inscription à l'exercice d'une profession autonome⁴⁷.

La protection des droits de la personne ne s'applique que dans les domaines sociaux décrits dans le Code. Les actes discriminatoires entre voisins, par exemple, ne sont pas interdits par le Code, puisque les rapports entre voisins ne sont pas un domaine social énuméré.

La fourniture de biens, de services et d'installations est un domaine social qui peut revêtir une importance particulière pour les personnes handicapées. D'après les statistiques du Tribunal, depuis 2009, la majorité des revendications déposées auprès du Tribunal ont pour motif le handicap⁴⁸. En 2012-2013, 21 % des requêtes déposées se rapportaient au domaine social des biens, services et installations⁴⁹. Seul le domaine social de l'emploi était mieux représenté, soit dans 77 % des requêtes.

Le Code ne définit pas le mot « services ». Le Tribunal et la Cour divisionnaire ont décidé que les services sont des choses qui procurent un avantage et qu'une personne fournit à une autre ou au public⁵⁰. Dans l'arrêt *Cooper*, le Tribunal a conclu que les services « laissent supposer qu'il faut une certaine relation de service, par opposition à de simples rapports, entre les parties »⁵¹ [notre traduction].

⁴⁵ *Ibid*, art 3.

⁴⁶ *Ibid*, art 5.

⁴⁷ *Ibid*, art 6.

⁴⁸ En 2009-2010, 52,2 % des requêtes avaient pour motif le handicap. Ce chiffre est passé à 53 % en 2010-2011, à 54,4 % en 2011-2012 et à 57 % en 2012-2013. Voir Tribunal des droits de la personne de l'Ontario, en ligne : Statistiques sur le TDPO <<http://www.hrto.ca/hrto/index.php?q=fr/node/137>>.

⁴⁹ Tribunal des droits de la personne de l'Ontario, en ligne : Exercice financier 2012-2013 - Nouvelles requêtes <<http://www.hrto.ca/hrto/index.php?q=fr/node/200>>.

⁵⁰ *Braithwaite v Ontario (Attorney General)*, 2005 HRTO 31 (CanLII), inf pour d'autres motifs par *Ontario (Attorney General) v Ontario Human Rights Commission*, 2007 CanLII 56481 (ON SCDC). Le Tribunal canadien des droits de la personne a adopté une position similaire dans *Dreaver v Pankiw*, 2009 CHRT 8 (CanLII) au para 23; demande de contrôle judiciaire rejetée : *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c Pankiw*, 2010 CF 555 (CanLII). La Cour d'appel fédérale a aussi adopté une approche similaire dans *Watkin c Procureur général du Canada*, 2008 CAF 170 (CanLII) au para 31.

⁵¹ *Cooper v Pinkofskys*, 2008 HRTO 390 (CanLII) aux para 9 et 10.

Le mot « services » a été interprété au sens large et comprend, par exemple, les services de détail⁵², les services hôteliers, les services de restauration⁵³, les services médicaux⁵⁴, les services policiers⁵⁵, les services de transport en commun⁵⁶, les enquêtes de coroner⁵⁷, la participation aux organismes bénévoles, aux sports organisés et aux ligues de loisirs⁵⁸, les amicales⁵⁹, les élections⁶⁰ et les processus de délivrance de permis de conduire⁶¹.

Il a été établi que les « services » comprennent les services d'enseignement⁶². Il s'agit notamment des services d'enseignement primaire et secondaire, ainsi que des services d'enseignement postsecondaire, y compris ceux que fournissent les universités, collèges, écoles professionnelles et autres établissements d'enseignement. Pour une discussion détaillée de l'application du droit relatif aux droits de la personne dans le contexte des services d'enseignement, veuillez consulter le chapitre intitulé « Le handicap et l'enseignement public en Ontario » du présent guide d'introduction sur le droit des personnes handicapées, ainsi que les *Directives concernant l'éducation accessible* de la Commission ontarienne des droits de la personne⁶³.

Le Tribunal a décidé que les processus de prise de décisions prévus par la loi, tels que les instances devant les tribunaux administratifs et les processus décisionnels des

⁵² Voir, par exemple : *Wozenilek v 7-Eleven Canada*, 2010 HRTO 407 (CanLII).

⁵³ Voir, par exemple : *Schussler v 1709043 Ontario*, 2009 HRTO 2194 (CanLII).

⁵⁴ Voir, par exemple : *Sinopoli v Walling*, 2009 HRTO 50 (CanLII).

⁵⁵ Voir, par exemple : *McKay v Toronto Police Services Board*, 2011 HRTO 499 (CanLII) au para 120.

⁵⁶ Voir, par exemple : *Lepofsky v TTC*, 2007 HRTO 23 (CanLII).

⁵⁷ *Braithwaite*, supra note 50; voir aussi *Marsden v Ontario (Community Safety and Correctional Services)*, 2011 HRTO 30 (CanLII).

⁵⁸ Voir, par exemple : *Co K v Ontario Hockey Federation*, 2012 HRTO 76 (CanLII).

⁵⁹ Voir, par exemple : *Huang v 1233065 Ontario*, 2011 HRTO 825 (CanLII).

⁶⁰ *Hughes c Élections Canada*, 2010 CHRT 4 (CanLII) aux para 53 et 54. Dans *Hughes*, le Tribunal canadien des droits de la personne a appliqué la législation fédérale sur les droits de la personne aux élections fédérales. Sur la question de savoir si les élections sont un service en vertu de la législation sur les droits de la personne, un raisonnement similaire serait presque certainement appliqué par le Tribunal des droits de la personne de l'Ontario.

⁶¹ *Mortillaro v Ontario (Transportation)*, 2011 HRTO 310 (CanLII).

⁶² Voir, par exemple : *Moore c Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61 [Moore]; *Peel Board of Education v Ontario (Human Rights Commission)* (1990), 12 CHRR D/91 (ONSC).

⁶³ *Directives concernant l'éducation accessible*, supra note 12.

acteurs gouvernementaux, sont des « services » au sens du Code. Toutefois, le contenu, les motifs et le résultat de la décision d'un décideur prévu par la loi ne font pas partie des services et ne sont donc pas assujettis à un examen fondé sur les droits de la personne. Cependant, la manière dont la décision est rendue peut être jugée discriminatoire⁶⁴.

Il a été établi que le piquetage par des travailleurs syndiqués ne fait pas partie des « services ». L'affaire *Kacan v. Ontario Public Service Employees Union* portait sur une grève légale des travailleurs de soutien qui travaillaient dans des foyers de groupe où habitaient deux requérants ayant des déficiences intellectuelles. Les requérants soutenaient que, pendant la grève, les travailleurs de soutien avaient fait du piquetage discriminatoire devant les foyers de groupe. Le Tribunal a décidé que le piquetage ne faisait pas partie du domaine social des « services » et que le Code ne visait pas à réglementer ce type de conduite. Le Tribunal a expliqué que les syndiqués qui faisaient du piquetage et qui étaient en grève n'agissaient pas à titre de fournisseurs de services et avaient plutôt expressément retiré leurs services. Bien que leurs actions pussent avoir un effet sur les besoins des requérants en matière de services et leurs besoins essentiels, cela ne suffisait pas pour entraîner l'application du Code⁶⁵.

Il a aussi été établi que la fourniture de programmes de prestations, de services et de mesures de soutien financés par l'État aux personnes handicapées constitue des « services » au sens de l'article 1 du Code⁶⁶. Il s'agit notamment des services d'un préposé aux soins que fournissent les centres d'accès aux soins communautaires (CASC) et d'autres organismes communautaires aux personnes ayant des déficiences physiques; des services de développement, des mesures de soutien et du financement fournis aux personnes ayant des déficiences intellectuelles; et des prestations de

⁶⁴ *Zaki v Ontario (Community and Social Services)*, 2009 HRTO 1595 (CanLII).

⁶⁵ *Kacan v Ontario Public Service Employees Union*, 2012 HRTO 1388 (CanLII). Voir les para 23-34 de *Kacan* pour une analyse des « services ».

⁶⁶ *Zaki*, *supra* note 64 aux para 11, 13.

soutien du revenu, telles que celles qui relèvent du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées (POSPH)⁶⁷.

En règle générale, les services, les mesures de soutien et les avantages décrits ci-dessus sont fournis dans le cadre de régimes législatifs comprenant des critères d'admissibilité, des définitions du handicap qui diffèrent de celle que prévoit le Code et de mécanismes d'appel des décisions auprès des tribunaux administratifs ou d'autres organismes juridictionnels. Par exemple, la prestation de services auxiliaires est régie par la *Loi sur les services de soins à domicile et les services communautaires*, qui établit des critères d'admissibilité aux services. La Commission d'appel et de révision des services de santé a compétence pour trancher certaines questions, comme celles se rapportant au nombre de services auxiliaires que reçoit une personne ou à la cessation d'un service. Étant donné que de tels mécanismes d'appel sont disponibles et que la compétence du Tribunal des droits de la personne ne vise que les revendications fondées sur les droits de la personne, le Tribunal a fait preuve de prudence dans son analyse des requêtes portant sur les avantages, les services et les mesures de soutien. Le Tribunal n'accepte que les requêtes portant sur une allégation d'acte ou d'omission discriminatoire. Les requêtes dans le cadre desquelles il est allégué que les services ou avantages étaient de mauvaise qualité ou ne convenaient pas à la personne à laquelle ils étaient destinés ne sont habituellement pas acceptées par le Tribunal. Par exemple, dans l'affaire *Barber v. South East Community Care Access Centre*, les allégations suivantes ont été présentées : le défaut du CASC d'effectuer une évaluation personnalisée de la requérante pour déterminer ses besoins en matière de services; le défaut du CASC de prendre des dispositions convenables en matière de financement et de prestation de services; le défaut du CASC de respecter les ordonnances et directives médicales; le défaut du CASC d'appliquer les plans de congés et les protocoles de sécurité appropriés; le défaut du CASC de consulter la requérante et ses médecins; et la cessation des services en raison du handicap de la requérante. Le Tribunal a rejeté toutes les allégations décrites ci-dessus, à l'exception de la dernière, et a conclu ce qui suit :

⁶⁷ *Ball v Ontario (Community and Social Services)*, 2010 HRTO 360 (CanLII) au para 61.

Le *Code* n'est pas un mécanisme permettant de contester, d'une façon générale, la qualité des soins de santé qu'une personne a reçus ou un désaccord au sujet de la nature ou de l'étendue des soins qui ont été fournis [...] il doit y avoir davantage qu'une allégation selon laquelle le handicap de la requérante n'a pas été convenablement géré dans un cas particulier pour que l'on puisse démontrer l'existence de discrimination, comme des problèmes systémiques, des politiques ou des considérations ne se rapportant pas à la mise en œuvre du programme qui établissent une distinction fondée sur des motifs interdits par le *Code*⁶⁸ [notre traduction].

On pourrait citer comme autre exemple l'affaire *K.M. v. North Simcoe Muskoka Community Care Access Centre*. Dans cette affaire, la requérante soutenait notamment que le CASC avait exercé une discrimination à son égard en lui refusant des services d'orthophonie. Selon elle, l'évaluation du CASC avait porté à conclure qu'elle avait besoin de services de suppléance à la communication plutôt que de services d'orthophonie, parce que le CASC ne croyait pas qu'elle tirerait profit des services d'orthophonie, en raison de la gravité de son autisme. La revendication de la requérante était fondée sur l'argument selon lequel le CASC l'avait sous-estimée comme personne autistique. Le Tribunal a accepté cette caractérisation à titre d'allégation de discrimination, sur laquelle le Tribunal avait compétence pour statuer. Le Tribunal a fait remarquer que, si la requérante avait soutenu que l'évaluation du CASC était erronée, sa revendication n'aurait pu être fondée à juste titre sur les droits de la personne mais aurait pu être instruite par la Commission d'appel et de révision des services de santé⁶⁹.

Les avocats doivent s'assurer que, dans le cadre des requêtes pour violation des droits de la personne, la description des événements s'apparente à une allégation de discrimination et non à une plainte au sujet de services inappropriés ou de mauvaise qualité. Sur cette question, il faut porter une attention particulière aux affaires concernant les programmes de prestations, les services et les mesures de soutien financés par l'État. Pour une discussion plus détaillée au sujet de ce qui constitue de la

⁶⁸ *Barber v South East Community Care Access Centre*, 2013 HRTO 60 (CanLII) au para 26; sur cette question, voir aussi *Zaki v Ontario (Community and Social Services)*, 2011 HRTO 1797 (CanLII).

⁶⁹ *K M v North Simcoe Muskoka Community Care Access Centre*, 2011 HRTO 175 aux para 25, 26, 30.

discrimination en vertu du Code, veuillez lire le chapitre VII ci-dessous intitulé « Quelle discrimination le Code interdit-il? ».

VII. QUELLE DISCRIMINATION LE CODE INTERDIT-IL?

A. Discrimination directe et par suite d'un effet préjudiciable

Le Code prévoit que toutes les « personnes » (y compris les acteurs privés et les acteurs commerciaux) sont liées par l'interdiction de porter atteinte, directement ou indirectement, aux droits des personnes handicapées⁷⁰. Il y a discrimination directe lorsque les actes d'une personne empêchent une autre personne d'avoir accès ou un accès égal à des services, des biens, des installations, des avantages, un emploi, un logement ou d'autres domaines sociaux énumérés dans le Code, en raison de son handicap. La discrimination directe peut aussi résulter de l'application d'une norme ou politique discriminatoire à première vue. Le droit relatif aux droits de la personne ne s'intéresse pas à l'égalité formelle, mais à l'égalité réelle, à savoir, la distribution réelle des ressources, des opportunités et des choix dans une société⁷¹.

Voici quelques exemples de discrimination directe :

- un locateur refuse de louer un appartement à une personne en raison d'une politique interdisant toute location aux personnes ayant des problèmes de santé mentale;
- un employeur refuse d'interviewer une personne ayant des troubles de la communication;

⁷⁰ Code, *supra* note 4, art 9.

⁷¹ Anne Bayefsky, « Defining Equality Rights » dans A Bayefsky et M Eberts, dir, *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1985, 1 à la p 1. Bayefsky a qualifié l'égalité de résultats de « principe exigeant une action, qui mènera à une plus grande égalité de ressources et de droits. L'égalité de résultats exigera parfois une inégalité d'opportunités » [notre traduction]. Dans *Andrews c Law Society of British Columbia*, [1989] 1 RCS 143, le juge McIntyre a expressément reconnu que « le respect des différences [...] est l'essence d'une véritable égalité ». Le juge McIntyre a adopté l'observation du juge Dickson (tel était alors son titre) dans *R c Big M Drug Mart Ltd*, [1985] 1 RCS 295, selon laquelle « la véritable égalité peut fort bien exiger qu'elles soient traitées différemment ».

- le propriétaire d'un restaurant demande à une personne de quitter le restaurant en raison de la présence de son animal d'assistance;
- une personne qui utilise un fauteuil roulant électrique est incapable d'assister à une réunion publique parce que les lieux sont inaccessibles;
- le directeur d'une école élémentaire refuse des mesures d'accommodement appropriées à un élève autistique;
- un tribunal administratif rejette la demande d'une personne sourde de fournir les services d'un interprète en American Sign Language lors de son audience.

La discrimination indirecte a été interprétée comme étant le recours à un intermédiaire pour faire de la discrimination⁷². Par exemple, l'employeur qui autorise une agence de placement à faire de la discrimination en son nom peut être déclaré coupable de discrimination⁷³.

De plus, le Code prévoit que les personnes handicapées ont le droit de ne pas faire l'objet de discrimination par suite d'un effet préjudiciable⁷⁴. Il y a discrimination par suite d'un effet préjudiciable lorsqu'une règle, une norme, une politique, une procédure, un processus, une exigence, une qualification ou un critère d'admissibilité semble neutre mais a pour effet d'établir une discrimination contre une personne handicapée. Par exemple, il se peut qu'un milieu de travail ait une politique de tolérance zéro en ce qui concerne l'assiduité. Une telle politique peut avoir un effet disproportionné sur les travailleurs handicapés qui ont régulièrement des rendez-vous chez le médecin. La Cour suprême du Canada a précisé que la discrimination par suite d'un effet préjudiciable est la forme de discrimination que subissent le plus souvent les personnes handicapées⁷⁵.

⁷² « Accommodation of Disability in Ontario », *supra* note 17 à la p 7.

⁷³ Commission ontarienne des droits de la personne, *Directives concernant l'élaboration de politiques et de procédures en matière de droits de la personne* (30 janvier 2008), en ligne : Commission ontarienne des droits de la personne <<http://www.ohrc.on.ca/fr/directives-concernant-l%C3%A9laboration-de-politiques-et-de-proc%C3%A9dures-en-mati%C3%A8re-de-droits-de-la>> aux pp 5 et 6.

⁷⁴ Code, *supra* note 4, art 11.

⁷⁵ Voir, par exemple : *Eldridge c Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 2 RCS 624; *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 RCS 868 [*Grismer*].

L'approche traditionnelle de l'analyse de la discrimination exigeait que les tribunaux qualifient la discrimination soit de discrimination directe, soit de discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Cependant, dans l'arrêt *Meiorin*, la Cour suprême a élaboré une approche unifiée pour l'application des critères relatifs à la discrimination directe et par suite d'un effet préjudiciable⁷⁶. Dans l'affaire *Grismer*, la Cour suprême du Canada a décidé que l'approche adoptée dans l'arrêt *Meiorin* s'appliquait à toutes les plaintes de discrimination⁷⁷. Dans l'arrêt *Entrop v. Imperial Oil*, la Cour d'appel de l'Ontario a confirmé que le critère unifié s'appliquait en Ontario⁷⁸. Pour un aperçu du critère, veuillez consulter la section intitulée « Preuve de la discrimination à première vue » plus loin dans le présent chapitre.

B. Obligation d'accommodement relative au handicap

Pour tenir compte des besoins d'une personne handicapée, il faut lui faciliter une tâche, afin qu'elle puisse l'entreprendre d'une autre manière qu'une personne qui n'est pas handicapée, et assurer ainsi un accès égal pour la personne handicapée.

L'accommodement peut comprendre des changements apportés à l'environnement bâti, par exemple, une toilette accessible pour une personne qui utilise un appareil de mobilité; des changements apportés à la prestation de services, comme un apprentissage individualisé pour un élève ayant un trouble d'apprentissage ou les services d'un interprète en American Sign Language pendant une entrevue avec une personne sourde; d'autres formes de documents accessibles, comme de gros caractères pour une personne ayant une déficience visuelle ou un langage clair pour une personne ayant une déficience intellectuelle; enfin, des règles, politiques et procédures qui n'ont pas un impact négatif disproportionné sur les personnes handicapées, par exemple, un horaire flexible pour un travailleur qui a des problèmes

⁷⁶ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c BCGSEU*, [1999] 3 RCS 3 [*Meiorin*] au para 41.

⁷⁷ *Grismer*, *supra* note 75 au para 42.

⁷⁸ *Entrop v Imperial Oil* (2000), 50 OR (3d) 18 (OCA).

de santé mentale. L'accommodement est essentiel pour les personnes handicapées, car en l'absence d'accommodement, les personnes handicapées ne pourraient avoir un accès égal aux services, aux installations, à l'emploi, aux loisirs et aux renseignements. La loi reconnaît le rapport entre l'accommodement et l'égalité des personnes handicapées et impose donc aux fournisseurs de services, aux employeurs, aux locateurs et à d'autres l'obligation de tenir compte des besoins d'une personne qui sont liés à son handicap.

L'obligation d'accommodement comprend à la fois des obligations procédurales et des obligations de fond⁷⁹. L'aspect procédural de l'obligation d'accommodement exige une évaluation individualisée des besoins de la personne qui sont liés à son handicap et une enquête sur les mesures d'accommodement. L'aspect de fond de l'obligation d'accommodement comprend une analyse de la question de savoir si l'accommodement est approprié et s'il est susceptible de causer une contrainte excessive à la personne qui est responsable de le fournir.

Dans l'arrêt *Adga Group Consultants Inc. v. Lane*, la Cour divisionnaire a décrit les éléments de procédure et de fond de l'obligation d'accommodement comme suit :

L'obligation d'accommodement procédurale comprend l'obtention de tous les renseignements pertinents au sujet du handicap de l'employé, à tout le moins lorsqu'ils sont aisément disponibles. Il pourrait s'agir notamment de renseignements concernant l'état de santé actuel de l'employé, son pronostic de rétablissement, son aptitude à s'acquitter des fonctions du poste et sa capacité d'effectuer un autre travail. Le terme « contrainte excessive » exige que les intimés dans les affaires en matière de droits de la personne songent sérieusement à la façon dont ils pourraient tenir compte des besoins des plaignants. Le défaut de réfléchir ou de songer à la question de l'accommodement, y compris les mesures, s'il en est, qui pourraient être prises, constitue un défaut de s'acquitter de l'obligation d'accommodement « procédurale ».

[...]

L'obligation d'accommodement de fond exige que l'employeur démontre qu'il n'aurait pu tenir compte du handicap de l'employé sans subir de

⁷⁹ *Meiorin*, supra note 76 aux para 66-69; voir aussi *Adga Group Consultants Inc v Lane*, 2008 CanLII 39605 (ON SCDC) aux para 95 et 96.

contrainte excessive. L'« accommodement » s'entend de ce qui est nécessaire dans les circonstances pour éviter la discrimination. Les facteurs causant une « contrainte excessive » dépendent des circonstances particulières de l'espèce. Par exemple, il pourrait y avoir contrainte excessive en raison de coûts excessifs ou de problèmes de sécurité⁸⁰ [notre traduction].

Dans l'arrêt *Machado*, le Tribunal a précisé ce qui suit :

Pour s'acquitter des obligations procédurales de l'obligation d'accommodement, l'employeur doit prendre des mesures concrètes pour s'enquérir de l'obligation d'accommodement, y compris la façon dont les fonctions pourraient être modifiées pour tenir compte des besoins de l'employé ou la question de savoir s'il existe d'autres postes susceptibles de répondre aux besoins de l'employé⁸¹ [notre traduction].

Afin de s'acquitter de leur obligation d'accommodement procédurale, les intimés doivent être en mesure de démontrer qu'ils se sont renseignés sur les besoins du requérant en matière d'accommodement et qu'ils ont examiné la question de savoir si l'accommodement demandé pouvait être fourni.

Le Tribunal a décidé qu'il est nécessaire d'atteindre le point le plus élevé du continuum de l'accommodement, sans qu'il en résulte une contrainte excessive⁸². Dans les cas où un accommodement n'aurait pu être fourni, l'intimé doit être en mesure de démontrer qu'il a examiné d'autres accommodements⁸³.

L'opportunité des accommodements fournis est un autre facteur à prendre en considération relativement à l'obligation d'accommodement procédurale. Les accommodements devraient être fournis en temps opportun. Cela est particulièrement vrai dans certains cas, comme la prise de mesures d'adaptation destinées aux étudiants handicapés. Le fait d'être sans accommodements pendant plusieurs

⁸⁰ *Ibid* aux para 106, 112 et 117.

⁸¹ *Machado v Terrace Ford Lincoln Sales*, 2011 HRTO 544 (CanLII) au para 32.

⁸² *Quesnel v London Educational Health Centre* (1995), 28 CHRR D/474 (Ont Bd of Inq) au para 16.

⁸³ *Grismer*, *supra* note 75. Dans *Grismer*, au para 42, la Cour suprême du Canada a décidé qu'un employeur doit démontrer qu'il a envisagé et rejeté raisonnablement toute forme possible d'accommodement.

semaines ou plusieurs mois a un impact important sur la capacité d'un étudiant d'avoir accès aux services d'éducation.

L'accommodement est un processus de collaboration. Il exige que la personne qui demande un accommodement partage des renseignements au sujet de la nature (mais non des détails) de son handicap. Elle doit aussi être disposée à examiner des options d'accommodement avec son employeur ou son fournisseur de services. Dans l'arrêt *Renaud*, la Cour suprême du Canada a souligné l'obligation des employés de porter à l'attention de l'employeur les faits relatifs à la discrimination, ainsi que le rôle qu'ils ont à jouer pour obtenir des mesures d'accommodement appropriées⁸⁴. L'inclusion du plaignant dans la recherche de mesures d'accommodement a aussi été reconnue dans l'arrêt *O'Malley*⁸⁵. Dans l'affaire *Gardiner v. Ministry of Attorney General*, le tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique a décidé que « [l]orsque l'intimé n'est pas au courant des handicaps et qu'aucun accommodement n'est demandé, l'obligation d'accommodement n'est pas déclenchée »⁸⁶ [notre traduction].

Bien qu'il incombe habituellement à la personne handicapée de demander des mesures d'accommodement, elle n'est pas tenue de le faire dans tous les cas. Par exemple, il se peut qu'elle n'ait pas reçu de diagnostic ou qu'elle n'ait pas été au courant de son handicap. Elle peut être réticente à révéler son handicap si elle anticipe des réactions discriminatoires de la part de son employeur, de ses collègues, ou d'autres personnes. Dans l'affaire *Lane v. ADGA Group Consultants Inc.*, un dénommé Lane n'a pas révélé

⁸⁴ *Central Okanagan c Renaud*, [1992] 2 RCS 970 [*Renaud*]. Au para 43 et s, le juge Sopinka a déclaré ce qui suit au nom de la Cour : « Outre l'employeur et le syndicat, le plaignant a également l'obligation d'aider à en arriver à un compromis convenable [...] Cela ne signifie pas qu'en plus de porter à l'attention de l'employeur les faits relatifs à la discrimination, le plaignant est tenu de proposer une solution. Bien que le plaignant puisse être en mesure de faire des suggestions, l'employeur est celui qui est le mieux placé pour déterminer la façon dont il est possible de composer avec le plaignant sans s'ingérer indûment dans l'exploitation de son entreprise [...] L'autre aspect de cette obligation est le devoir d'accepter une mesure d'accommodement raisonnable ».

⁸⁵ *O'Malley*, *supra* note 14. Au paragraphe 23, le juge McIntyre a déclaré ce qui suit au nom de la Cour : « Cependant, lorsque ces mesures ne permettent pas d'atteindre complètement le but souhaité, le plaignant, en l'absence de concessions de sa propre part, comme l'acceptation en l'espèce d'un emploi à temps partiel, doit sacrifier soit ses principes religieux, soit son emploi ».

⁸⁶ *Gardiner v Ministry of Attorney General*, [2003] BCHRT 41, en ligne : BC Human Rights Tribunal <http://www.bchrt.gov.bc.ca/decisions/2003/pdf/gardiner_v_ministry_of_attorney_general_2003_bchrt_41.pdf> au para 167.

qu'il avait reçu un diagnostic de trouble bipolaire avant d'avoir été engagé. Quatre jours après avoir commencé son emploi, il a informé son superviseur immédiat de son diagnostic. Il a demandé que le superviseur avertisse son épouse ou son médecin de tout symptôme d'épisode de trouble maniaque ou dépressif imminent. Peu après cette rencontre, Lane a été congédié. Le Tribunal a conclu qu'ADGA avait exercé une discrimination à l'égard de Lane en mettant fin à son emploi sans préavis peu après avoir découvert qu'il avait des problèmes de santé mentale. Si Lane avait révélé ces renseignements, ceux-ci auraient probablement déclenché une réaction stéréotypée au sujet de son aptitude à l'emploi et mené à la décision de ne pas l'engager et à une réticence à examiner des options d'accommodement⁸⁷. Le Tribunal a décidé qu'ADGA ne pouvait invoquer le fait que Lane n'avait pas révélé son handicap comme motif justifiant son congédiement⁸⁸. La Cour divisionnaire de l'Ontario a confirmé les conclusions du Tribunal sur cette question⁸⁹.

Cependant, même lorsque l'employé n'avertit pas l'employeur des besoins liés à son handicap, l'employeur peut, dans certains cas, être réputé avoir connaissance du handicap. L'employeur peut être réputé avoir connaissance de droit de la nécessité de prendre des mesures d'accommodement et être tenu de vérifier si des mesures d'adaptation pour personnes handicapées doivent être prises^{90 91}.

⁸⁷ *Lane v ADGA Group Consultants* (2007), CHRR Doc 07-586 (HRTO), 2007 HRTO 34 (CanLII), conf par 2008 CanLII 39605, [2008] OJ no 3076 (CSJ). Le Tribunal a conclu, aux paragraphes 144 et 145, que « [l]es dimensions procédurales de l'obligation d'accommodement exigeaient que les personnes responsables procèdent à un examen plus approfondi de la nature du trouble bipolaire et de la situation de Lane comme victime d'un trouble bipolaire, et qu'elles dressent un pronostic mieux éclairé de l'impact probable de son état sur le lieu de travail » [notre traduction].

⁸⁸ *Ibid.* Le Tribunal a décidé que le défaut de respecter la dimension procédurale de l'obligation d'accommodement est en soi une forme de discrimination. Cela veut dire qu'il peut y avoir discrimination lorsqu'un employeur omet d'effectuer une évaluation appropriée pour déterminer s'il peut tenir compte du handicap d'un employé et que cette omission a des conséquences négatives sur l'employé.

⁸⁹ *Ibid.* Au para 126 et s, la Cour supérieure a conclu ce qui suit : « [l]e Tribunal a donc décidé qu'ADGA avait omis de prendre les mesures qu'elle aurait pu prendre afin d'évaluer et d'examiner davantage la question de l'accommodement. Il a conclu qu'il y avait eu un « jugement précipité » de la part d'ADGA » [notre traduction].

⁹⁰ « Accommodation of Disability in Ontario », *supra* note 17 à la p 23. Holder a précisé que « [...] [l]orsqu'un employeur congédie un employé ayant des problèmes de santé mentale apparents mais non divulgués en raison de comportements inhabituels affichés par l'employé, l'employeur risque de se voir imputer une connaissance par interprétation des problèmes de santé mentale de l'employé » [notre traduction].

En ce qui concerne l'obligation d'accommodement de fond, la Commission a précisé que « [l']adaptation consiste essentiellement en une individualisation »⁹². Dans l'affaire *McGill*, la Cour suprême du Canada a confirmé la nécessité d'adopter une approche individualisée pour tenir compte des besoins des personnes handicapées⁹³. Il y a une « diversité quasi infinie » de besoins liés aux déficiences⁹⁴. Les employeurs, les fournisseurs de services, les locateurs et d'autres doivent s'assurer que les mesures d'accommodement qu'ils prennent à l'égard d'une personne conviennent à ses besoins et capacités particuliers. En effet, Day et Brodsky ont soutenu que l'individualisation est encore plus justifiée pour les plaignants handicapés⁹⁵.

Un autre principe veut qu'un accommodement approprié soit fourni. Un accommodement approprié est celui qui respecte le mieux la dignité de la personne qui en fait l'objet, qui répond aux besoins individuels de cette personne, qui favorise l'interaction et la pleine participation et qui garantit la confidentialité. La Commission a décrit la notion comme suit :

L'obligation d'accommodement à l'intention des personnes handicapées signifie que l'adaptation doit être effectuée de la façon la plus

⁹¹ *Sylvester v British Columbia Society of Male Survivors of Sexual Abuse* (2002), 43 CHRR D/55 (British Columbia Human Rights Tribunal).

⁹² *Politique et directives concernant le handicap et l'obligation d'accommodement*, supra note 12 à la p 13.

⁹³ *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, 2007 CSC 4 (CanLII). Au paragraphe 22, la Cour a précisé ce qui suit : « Le caractère individualisé du processus d'accommodement ne saurait être minimisé. En effet, l'obligation d'accommodement varie selon les caractéristiques de chaque entreprise, les besoins particuliers de chaque employé et les circonstances spécifiques dans lesquelles la décision doit être prise ». Voir aussi *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c Laseur*, [2003] 2 RCS 504 au para 81. La Cour a déclaré que « [d]ans chaque cas, la question sera non pas de savoir si l'État a exclu toutes les personnes atteintes d'une déficience ou s'il a omis de répondre à leurs besoins en général, mais plutôt de savoir s'il a suffisamment tenu compte des besoins et de la situation de chacune d'elles ».

⁹⁴ *Ibid.* Dans *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c Laseur*, la Cour a ajouté ce qui suit, au paragraphe 81 : « [p]our qu'il y ait égalité véritable des personnes atteintes de déficiences, il faut bien tenir compte de ces différences ».

⁹⁵ Shelagh Day et Gwen Brodsky, « The Duty to Accommodate: Who Will Benefit? » (1996) 75 Can Bar Rev 33 à la p 462. Les auteurs ont indiqué ce qui suit : « En raison de la vaste gamme de capacités [...] et de la particularité des capacités ou incapacités, l'accommodement individuel, comme la personnalisation d'un lieu de travail pour tenir compte des capacités d'une personne ayant une capacité ou une incapacité particulière, est essentiel pour le projet d'égalité » [notre traduction].

respectueuse de la dignité de la personne, si une telle adaptation ne cause pas de préjudice injustifié. La dignité inclut la manière dont les mesures d'adaptation sont fournies et la participation de la personne au processus.

La dignité humaine inclut le respect et l'appréciation de soi. Elle repose sur l'intégrité physique et psychologique ainsi que sur l'habilitation de la personne. On porte atteinte à la dignité lorsqu'on marginalise, stigmatise, ignore ou dévalue les personnes. Le respect des renseignements personnels, la confidentialité, le confort, l'autonomie, l'individualité et l'estime de soi sont des facteurs importants permettant de déterminer si une adaptation maximise l'intégration de la personne et favorise sa pleine participation dans la société.

Les différents moyens de tenir compte des besoins des personnes handicapées devraient être envisagés comme un continuum allant des solutions qui respectent le plus les renseignements personnels, l'autonomie, l'intégration et les autres valeurs humaines à celles qui s'attachent le moins à ces valeurs.

Un des exemples les plus courants d'une adaptation peu respectueuse de la dignité des personnes handicapées est l'aménagement d'une entrée pour fauteuils roulants au-dessus d'un quai de chargement ou à un endroit donnant sur une aire de service ou une salle à ordures. Les personnes handicapées devraient pouvoir entrer dans un immeuble d'une façon aussi pratique et aussi agréable que tout le monde⁹⁶.

C. Harcèlement et milieu empoisonné

Le Code interdit le harcèlement, qui s'entend du fait pour une personne d'adopter une ligne de conduite caractérisée par des remarques ou des gestes vexatoires lorsqu'elle sait ou devrait raisonnablement savoir que ces remarques ou ces gestes sont importuns⁹⁷. Le harcèlement est une forme de discrimination comprenant des comportements ou commentaires qui insultent ou offensent une autre personne et fondée sur un motif énoncé dans le Code⁹⁸. Il peut être flagrant, sous forme de blagues, de grossièretés, d'intimidation physique ou de menaces. Il peut aussi être subtil et comprendre des formes d'ostracisme social et d'exclusion.

⁹⁶ *Politique et directives concernant le handicap et l'obligation d'accommodement*, supra note 12 à la p 10.

⁹⁷ Code, supra note 4, art 2(2), 5(2) et 10.

⁹⁸ *Ibid*, art 5.2.

Pour qu'un acte soit considéré comme du harcèlement, il faut qu'il y ait un élément de dénigrement ou de dépréciation. Dans l'affaire *Cohen v. Manufacturer's Life Insurance Company*, le Tribunal a décidé que les tentatives répétées de l'employeur de communiquer avec une travailleuse qui était en congé de maladie pour une courte période ne constituaient pas du harcèlement. La requérante soutenait que les tentatives de l'employeur d'obtenir des renseignements au sujet de son rétablissement et de son retour au travail avaient pesé sur elle et nuï à son rétablissement. Cependant, le Tribunal a conclu qu'il était raisonnable que l'employeur communique avec la requérante et suive son traitement afin de déterminer si elle pouvait retourner au travail⁹⁹.

La création d'un milieu empoisonné n'est pas expressément interdite par le Code mais a été largement qualifiée de forme de discrimination dans la jurisprudence sur les droits de la personne. Selon la Commission ontarienne des droits de la personne, un milieu empoisonné peut résulter d'un seul incident ou d'une série de commentaires, d'actes ou d'incidents discriminatoires. Il n'est pas nécessaire que les commentaires ou actes visent une personne handicapée en particulier. Les blagues ou commentaires désobligeants qui n'en finissent plus au sujet des personnes handicapées en général peuvent créer un milieu empoisonné où une personne handicapée se sent mal à l'aise, rejetée ou menacée. Toute personne peut créer un milieu empoisonné par ses commentaires ou actes, quel que soit son statut au sein d'un milieu de travail, d'un service ou d'une organisation. Le défaut de l'employeur ou d'un fournisseur de services de prendre au sérieux les plaintes de harcèlement ou de commentaires discriminatoires peut contribuer à la création d'un milieu empoisonné¹⁰⁰.

⁹⁹ *Cohen v. Manufacturer's Life Insurance Company*, 2011 HRT0 272 (CanLII).

¹⁰⁰ Commission ontarienne des droits de la personne, *Politique sur la discrimination fondée sur l'âge à l'endroit des personnes âgées* (1^{er} février 2007), en ligne : Commission ontarienne des droits de la personne <<http://www.ohrc.on.ca/fr/politique-sur-la-discrimination-fond%C3%A9e-sur-l%C3%A2ge-%C3%A0-lendroit-des-personne-%C3%A2g%C3%A9es>> aux pp 26 et 27.

D. Représailles

L'article 8 du Code se lit comme suit :

Toute personne a le droit de revendiquer et de faire respecter les droits que lui reconnaît la présente loi, d'introduire des instances aux termes de la présente loi et d'y participer, et de refuser de porter atteinte à un droit reconnu à une autre personne par la présente loi, sans représailles ni menaces de représailles.

Le Tribunal et la Cour supérieure de l'Ontario ont affirmé que l'interdiction de représailles est importante parce que l'objet et l'efficacité du Code seraient dilués sans cette interdiction. L'interdiction a pour objet de s'assurer que toute personne peut revendiquer et faire respecter les droits fondamentaux énoncés dans le Code sans crainte ni intimidation¹⁰¹.

Pour prouver qu'il y a eu des représailles, le requérant doit établir que l'intimé a commis un acte ou proféré une menace à titre de représailles pour avoir revendiqué ou fait respecter un droit prévu par le Code¹⁰². Des représailles ou des menaces de représailles sont nécessaires; il ne suffit pas que l'intimé ait été fâché ou contrarié parce que le requérant a déposé une plainte relative aux droits de la personne¹⁰³. L'obligation de prouver l'intention constitue la différence entre les représailles et la discrimination d'une manière plus générale.

Le requérant n'est pas tenu d'avoir déposé une plainte relative aux droits de la personne et le Tribunal n'est pas tenu d'avoir conclu que l'intimé a exercé une discrimination à l'égard du requérant d'une autre manière.

¹⁰¹ *Noble v York University*, 2010 HRTO 878 (CanLII) au para 30; *Jones v Amway of Canada Ltd* (2002), CHRR Doc 02-177 (CSJ Ont) au para 4.

¹⁰² *Jones v Amway of Canada Ltd*, 2001 CanLII 26217 (ON HRT).

¹⁰³ *Entrop v Imperial Oil*, supra note 78; *Noble v York University*, supra note 101 aux para 30 et 31.

E. Discrimination systémique

Les personnes handicapées sont victimes de discrimination de façon complexe. Plusieurs aspects de notre société sont fondés sur des normes et hypothèses qui s'appliquent aux personnes physiquement aptes et mènent à la création d'obstacles qui excluent les personnes handicapées d'une pleine participation dans la société. Ces normes et hypothèses font partie de nos rapports quotidiens réciproques et de notre interaction quotidienne avec les institutions, la bureaucratie, les services et les organisations. Dans l'arrêt *AFPC c. Canada (Conseil du Trésor)*, le Tribunal canadien des droits de la personne a reconnu que « les mœurs sociales et culturelles de longue date transmettent des présomptions de valeur qui contribuent à créer de la discrimination sous des formes totalement ou presque entièrement voilées et inconscientes »¹⁰⁴.

Dans l'arrêt *Carasco v. University of Windsor*, le Tribunal a décidé que les requérants individuels pouvaient soulever des questions de discrimination systémique, en soulignant qu'« une personne peut estimer que ses droits sont violés par l'application d'une politique ou par des pratiques bien établies plutôt que par une série idiosyncratique d'actes ou de circonstances »¹⁰⁵ [notre traduction]. Un exemple de ce type de plainte de discrimination systémique fondée sur le handicap figure dans *Lepofsky v. Toronto Transit Commission*, une affaire dans laquelle le plaignant soutenait que la TTC n'avait pas tenu compte de sa déficience visuelle. Le Tribunal a conclu que la TTC avait une obligation d'accommodement envers le plaignant et « les clients handicapés de la TCC se trouvant dans une situation analogue »¹⁰⁶ [notre traduction]. Le Tribunal a accordé des réparations systémiques visant à s'assurer que la TTC soit, à l'avenir, plus accessible à toutes les personnes ayant des déficiences visuelles¹⁰⁷.

¹⁰⁴ *AFPC c Canada (Conseil du Trésor)* (1991), 14 CHRR D/341 aux para 36-38.

¹⁰⁵ *Carasco v University of Windsor*, 2012 HRTO 195 (CanLII) au para 5.

¹⁰⁶ *Lepofsky v Toronto Transit Commission*, 2005 HRTO 20 au para 4.

¹⁰⁷ *Lepofsky v Toronto Transit Commission*, 2007 HRTO 41 au para 12.

Les revendications fondées sur les droits de la personne qui font état d'une discrimination systémique généralisée au sein d'une organisation, d'un ministère gouvernemental ou d'un programme de prestations, ou chez un employeur particulier, jouent un rôle important dans la promotion des droits des personnes handicapées. De telles revendications visent à assujettir les obstacles définis par la société constituée de personnes physiquement aptes à un examen fondé sur les droits de la personne.

En règle générale, il faut prouver qu'il existe des structures de discrimination contre un groupe de personnes handicapées. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a précisé ce qui suit :

Pour prouver qu'il existe une discrimination systémique, il faut démontrer que les pratiques, attitudes, politiques ou procédures ont un impact disproportionné sur certains groupes protégés par la loi [...] Alors qu'une plainte de discrimination systémique exige la preuve qu'il existe des structures, une tendance à exercer une discrimination contre un groupe, une plainte individuelle exige la preuve d'un ou de plusieurs cas de conduite discriminatoire¹⁰⁸ [notre traduction].

Des preuves relatives au contexte social ou des preuves d'experts peuvent aussi aider à établir la nature systémique de la discrimination.

Pour une analyse approfondie et des conseils de pratique concernant la présentation des plaintes de discrimination systémique dans le contexte du handicap, voir Karen R. Spector, Laurie Letheren et Tess Sheldon, « Barriers to the Claims of Systemic Discrimination Brought by People with Disabilities » (2012) Ontario Bar Association Human Rights Review.

Selon la Commission ontarienne des droits de la personne :

Un obstacle systémique ne consiste pas simplement en un règlement ou en une politique, c'est plutôt une combinaison de politiques et/ou de lignes directives qui se traduisent par l'exclusion d'un groupe identifié par un

¹⁰⁸ *British Columbia v Crockford*, 2006 BCCA 360 (CanLII) au para 49.

motif décrit dans le *Code*, par exemple le handicap. Les organismes devraient envisager la possibilité que des obstacles systémiques existent au sein de leur structure organisationnelle et s'efforcer, le cas échéant, de les cerner et de les éliminer.¹⁰⁹

La Commission insiste sur le fait que les employeurs, les fournisseurs de services et les organisations doivent s'attaquer à la discrimination systémique en prenant des mesures concrètes pour éliminer les obstacles à l'égalité réelle des personnes handicapées¹¹⁰.

La nécessité de s'attaquer à la discrimination systémique a aussi été reconnue à l'échelle internationale. La conception universelle est expressément incorporée dans la *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, dans laquelle elle est définie comme suit :

[...] la conception de produits, d'équipements, de programmes et de services qui puissent être utilisés par tous, dans toute la mesure possible, sans nécessiter ni adaptation ni conception spéciale. La « conception universelle » n'exclut pas les appareils et accessoires fonctionnels pour des catégories particulières de personnes handicapées là où ils sont nécessaires.¹¹¹

La conception universelle est une approche proactive visant à s'assurer que les services, les produits et les environnements sont accessibles à la communauté la plus vaste possible et que celle-ci peut les utiliser sans que des adaptations spécialisées, des modifications supplémentaires ou une nouvelle conception après coup ne soient nécessaires. La conception universelle tient compte de l'importance de s'assurer que l'environnement est disponible, attrayant et utile de façon égale pour chaque membre d'une population diversifiée en offrant les mêmes moyens d'utilisation à tous les utilisateurs et en évitant la ségrégation ou la stigmatisation d'utilisateurs individuels¹¹².

¹⁰⁹ *Politique et directives concernant le handicap et l'obligation d'accommodement*, supra note 12 à la p 12.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ Doc off AG NU, 61^e sess, 76^e séance, Doc NU AG/10554 (2006), en ligne : United Nations Enable <<http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-f.pdf>> [CDPH], art 2.

¹¹² La conception universelle, conçue par le Centre for Universal Design de la North Carolina State University, repose sur sept principes visant à s'assurer que le plus grand nombre d'utilisateurs sont pris en considération au moment de concevoir de nouveaux espaces. Les sept principes sont les suivants :
1. Utilisation égalitaire : la conception est utile et commercialisable auprès de personnes ayant différentes capacités.

Élaborés au départ dans le contexte de l'architecture et de l'environnement bâti, la conception universelle et ses principes ont été appliqués dans des contextes très différents de l'architecture¹¹³. La conception universelle peut s'appliquer à la planification sociale afin d'éliminer les obstacles, de prévenir de futurs obstacles et de créer des environnements sociaux plus inclusifs de manière proactive. La conception universelle n'élimine pas le besoin de prendre des mesures d'accommodement individuelles, mais ce besoin sera réduit si l'environnement est inclusif¹¹⁴.

Le cadre juridique actuel permettant de statuer sur les requêtes pour violation des droits de la personne a été critiqué pour ne pas avoir adéquatement élaboré la notion juridique de la conception universelle et son application aux plaintes de discrimination fondée sur le handicap¹¹⁵.

VIII. ANALYSE DE LA DISCRIMINATION

La requête pour violation des droits de la personne qui n'est pas rejetée ou qui n'est pas réglée, notamment par voie de médiation, est instruite dans le cadre d'une

2. Flexibilité d'utilisation : la conception peut être conciliée à une vaste gamme de préférences et de capacités individuelles.

3. Utilisation simple et intuitive : l'utilisation de la conception est facile à comprendre, indépendamment de l'expérience, des connaissances, des compétences linguistiques de l'utilisateur ou de son niveau de concentration au moment de l'utilisation.

4. Information perceptible : la conception communique efficacement à l'utilisateur l'information nécessaire, quelles que soient les conditions ambiantes ou les capacités sensorielles de la personne.

5. Tolérance pour l'erreur : la conception réduit au minimum les dangers et les conséquences adverses des accidents ou des actions involontaires.

6. Effort physique minimal : la conception permet une utilisation efficace et confortable, générant une fatigue minimale.

7. Dimensions et espace libre pour l'approche et l'utilisation : la conception prévoit une taille et un espace adéquats au moment de l'approche, de la saisie, de la manipulation et de l'utilisation, quelles que soient la taille, la posture ou la mobilité de l'utilisateur.

The Centre for Universal Design (1997), *The Principles of Universal Design*, version 2.0, Raleigh (NC), North Carolina State University, Copyright © 1997 NC State University, The Centre for Universal Design. Voir aussi Molly Follette Story, « Principles of Universal Design » dans Wolfgang FE Preiser *et al*, dir, *Universal Design Handbook*, New York, McGraw-Hill, 2001 à la p 10.3.

¹¹³ Pour des exemples de contextes dans lesquels le design universel peut être utilisé, voir en ligne : University of Washington <<http://www.washington.edu/doi/Brochures/Programs/ud.html>>.

¹¹⁴ Wendy Bailey, *Disability and Universal Design*, en ligne : SNOW: Special Needs Ontario Window <http://snow.utoronto.ca/index.php?option=com_content&task=view&id=409&Itemid=380>.

¹¹⁵ Voir Dianne Pothier, « Tackling Disability Discrimination At Work: Toward A Systemic Approach » (2010) McGill JL & Health, vol 4, no 1 à la p 17.

audience devant le Tribunal des droits de la personne de l'Ontario. Pendant l'audience, le requérant doit habituellement établir à première vue l'existence de discrimination¹¹⁶. L'intimé a ensuite l'occasion de réfuter la preuve suffisante à première vue en prouvant qu'il n'a pas exercé de discrimination, qu'il n'aurait pu tenir compte des besoins du requérant en raison d'une contrainte excessive, ou que l'acte reproché ne peut entraîner aucune responsabilité en vertu du Code¹¹⁷.

A. Preuve de discrimination à première vue

La décision rendue en 1985 par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears* décrit l'analyse qu'il faut effectuer pour déterminer s'il y a eu discrimination dans le cadre d'un régime législatif des droits de la personne. Selon le « critère *O'Malley* », le plaignant doit invoquer une caractéristique personnelle protégée ou un motif illicite et doit établir qu'une distinction fondée sur ce motif illicite a entraîné un désavantage.

Dans l'arrêt *O'Malley*, la Cour suprême a conclu que la preuve suffisante jusqu'à preuve contraire est « [...] celle qui porte sur les allégations qui ont été faites et qui, si on leur ajoute foi, est complète et suffisante pour justifier un verdict en faveur de la plaignante, en l'absence de réplique de l'employeur intimé »¹¹⁸. Selon le Tribunal des droits de la personne, la preuve suffisante à première vue porte sur la question de savoir s'il y a discrimination, à supposer que les allégations soient vraies¹¹⁹.

Il faut établir une preuve suffisante à première vue conformément à la norme civile de preuve, à savoir, celle de la prépondérance des probabilités¹²⁰. Le seuil pour établir une preuve suffisante à première vue n'est pas élevé. Le Tribunal a reconnu que la

¹¹⁶ Il convient de souligner que le Tribunal s'est demandé s'il y avait lieu d'appliquer le principe juridique de la preuve *prima facie* dans le cadre de procédures d'audience sommaire. Voir *Pellerin v Conseil scolaire de district catholique Centre-Sud*, 2011 HRTO 1777 (CanLII).

¹¹⁷ *O'Malley*, *supra* note 14 au para 23; *Ontario (Human Rights Comm) v Etobicoke (Borough)* (1982), 3 CHRR D/781 (CSC) aux pp 207-209; *Entrop v Imperial Oil Ltd*, *supra* note 78 aux para 75-81.

¹¹⁸ *O'Malley*, *supra* note 14 aux para 27 et 28.

¹¹⁹ *Arias v Centre for Spanish Speaking Peoples*, 2009 HRTO 1025 (CanLII) au para 7.

¹²⁰ *O'Malley*, *supra* note 14 au para 27.

discrimination est souvent voilée et que les intimés peuvent connaître des faits ou posséder des preuves de discrimination qui ne sont pas à la disposition des requérants¹²¹. Le requérant n'est pas tenu d'établir une preuve sans faille ni de prouver que les actes de l'intimé « ne peuvent porter qu'à conclure qu'il y a eu discrimination »¹²² [notre traduction].

Il est bien établi qu'il n'est pas nécessaire que les intimés aient eu l'intention d'exercer une discrimination pour être tenus responsables en vertu du Code. Une constatation de discrimination peut être formulée si une mesure prise par l'intimé a eu un effet discriminatoire, quelle qu'ait été son intention¹²³. La seule exception est la discrimination sous forme de représailles, qui exige l'existence d'une intention.

Il est aussi bien admis que l'existence d'une discrimination peut être établie en raison d'une perception erronée selon laquelle une personne est handicapée, ou si des attributs négatifs ou des stéréotypes sont imputés à une personne qui n'est pas handicapée comme si elle avait un handicap. Si de tels actes ont pour effet de porter atteinte à la dignité et au respect de cette personne en raison d'un handicap perçu, l'existence d'une discrimination sera établie¹²⁴.

Il n'est pas nécessaire qu'un traitement discriminatoire soit la seule raison du traitement reproché. La responsabilité en vertu du Code sera établie même si le traitement discriminatoire est l'une de plusieurs raisons qui expliquent les actes reprochés¹²⁵.

¹²¹ *Touseant v Thunder Bay (City)*, 2009 HRTO 2066 (CanLII) au para 11.

¹²² *Holden v Canadian National Railway* (1990), 14 CHRR D/12 (CAF) à la p D/14.

¹²³ *O'Malley*, *supra* note 14. À la page 331, la Cour suprême a déclaré que « [l]a preuve de l'intention, une exigence nécessaire dans notre façon d'aborder une loi criminelle et punitive, ne devrait pas être un facteur déterminant dans l'interprétation d'une loi sur les droits de la personne qui vise à éliminer la discrimination ». À la page 329, la Cour a précisé que « [c]'est le résultat ou l'effet de la mesure dont on se plaint qui importe ».

¹²⁴ *School District No 44 (North Vancouver) v Jubran*, 2005 BCCA 201 (CanLII) aux para 41-45.

¹²⁵ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Montréal (Communauté urbaine)*, [2004] 1 RCS 789; *Dominion Management v Velenosi* (1997), 148 DLR (4^e) 575 (OCA) à la p 576.

La doctrine de la responsabilité du fait d'autrui s'applique dans le contexte des droits de la personne. Les personnes morales et les employeurs sont tenus responsables des actes ou omissions discriminatoires qu'un employé, un dirigeant ou un administrateur commet dans l'exercice de son emploi¹²⁶.

La jurisprudence en matière d'antidiscrimination (dans le cadre des régimes législatifs sur les droits de la personne) et la jurisprudence en matière d'égalité (se rapportant à l'article 15 de la *Charte*) s'éclairent mutuellement depuis longtemps. Récemment, le Tribunal et les tribunaux ont révélé dans leur jurisprudence qu'ils s'éloignaient du critère établi dans l'arrêt *O'Malley* pour incorporer des éléments d'une analyse fondée sur la *Charte*, afin de statuer sur les revendications portant sur les droits de la personne prévus par la loi. Dans plusieurs affaires devant le Tribunal, les parties et les arbitres ont cherché à incorporer une analyse fondée sur la comparaison avec un groupe qui s'apparente à une analyse fondée sur la *Charte* afin de formuler et de trancher les revendications portant sur l'obligation de tenir compte des besoins des personnes handicapées¹²⁷.

Dans la décision qu'elle a rendue en 2012 dans l'arrêt *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, la Cour suprême a fourni des directives bien nécessaires au sujet du critère qui convient à l'analyse des revendications portant sur les droits de la personne prévus par la loi. La Cour a rejeté l'application des critères fondés sur la *Charte* visant à analyser les revendications portant sur l'obligation de tenir compte des besoins des personnes handicapées, en déclarant qu'« [i]l ne s'agit pas de déterminer qui d'autre se heurte ou non à des obstacles similaires » et que le recours à une analyse comparative « risque de perpétuer exactement le désavantage ainsi que l'exclusion de la société ordinaire que le Code est censé corriger [...] »¹²⁸. La juge Abella a résumé le critère établi dans l'arrêt *O'Malley* comme suit :

¹²⁶ Code, *supra* note 4, art 46.3(1).

¹²⁷ Voir, par exemple : *Ball v Ontario (Community and Social Services)*, 2010 HRTO 360 (CanLII) aux para 62-76.

¹²⁸ *Moore*, *supra* note 62 aux para 30 et 31.

[P]our établir à première vue l'existence de discrimination, les plaignants doivent démontrer qu'ils possèdent une caractéristique protégée par le Code contre la discrimination, qu'ils ont subi un effet préjudiciable relativement au service concerné et que la caractéristique protégée a constitué un facteur dans la manifestation de l'effet préjudiciable. Une fois la discrimination établie à première vue, l'intimé a alors le fardeau de justifier la conduite ou la pratique suivant le régime d'exemptions prévu par les lois sur les droits de la personne. Si la conduite ou pratique ne peut être justifiée, le tribunal conclura à l'existence de la discrimination.

Pour une analyse plus détaillée de la décision *Moore* et de son impact sur le critère servant à établir l'existence d'une discrimination dans le cadre des régimes législatifs sur les droits de la personne, voir Laurie Letheren et Roberto Lattanzio, « Comparing the Incomparable in Human Rights Claims: Moore Guidance » (2013) Ontario Bar Association Human Rights Review.

Un examen des décisions du Tribunal qui ont été publiées depuis l'arrêt *Moore* révèle que, le plus souvent, le Tribunal n'incorpore pas une analyse comparative dans ses décisions. Cependant, certaines décisions comprennent des éléments d'une approche comparative. Dans l'affaire *Barber*, la requérante contestait les services que lui fournissait un centre d'accès aux soins communautaires. Le Tribunal a décidé ce qui suit :

[I]e Code interdit la discrimination, qui est une notion comparative. Pour établir l'existence de discrimination fondée sur le handicap, la requérante doit démontrer qu'elle a été victime d'une réelle discrimination par rapport à d'autres, en raison de son handicap, de la part du SECCAC¹²⁹ [notre traduction].

Il reste à voir si le Tribunal adoptera une analyse comparative ou des éléments d'une telle analyse dans ses décisions.

Après l'arrêt *Moore*, la Cour d'appel fédérale a publié une décision dans laquelle elle a interprété l'arrêt *Moore* comme suit :

¹²⁹ *Barber v South East Community Care Access Centre*, supra note 68 au para 26.

[L]a Cour suprême a répété que l'existence d'un groupe de comparaison n'est pas déterminant en ce qui concerne la réalité de la discrimination; il s'agit tout au plus d'un élément de preuve utile. La Cour a ajouté qu'en insistant sur la comparaison avec un groupe aux caractéristiques identiques, il y aurait un retour au formalisme, plutôt qu'à l'égalité réelle¹³⁰.

Certains ont soutenu que la preuve comparative peut être utile et pertinente dans des cas limités, par exemple, si la meilleure façon d'illustrer la nécessité de tenir compte des besoins d'une personne ayant un handicap consiste à démontrer que d'autres personnes n'ayant pas ce handicap peuvent accéder à un service. En ce sens, la preuve comparative peut être un outil utile permettant d'établir à première vue l'existence de discrimination, dans le cadre établi dans l'arrêt *O'Malley* pour l'analyse des revendications portant sur les droits de la personne prévus par la loi¹³¹.

B. Justification de la discrimination

1. L'intimé a fourni des mesures d'accommodement appropriées

Lorsque le requérant établit à première vue l'existence de discrimination, l'intimé peut éviter d'engager sa responsabilité en établissant qu'il a fourni des mesures d'accommodement appropriées, compte tenu du handicap du requérant. Par exemple, dans l'affaire *K.M. v. North Simcoe Muskoka Community Care Access Centre*, la requérante, qui était autistique, soutenait que l'évaluation du CASC concernant son handicap et ses besoins en matière de services d'orthophonie était discriminatoire, et ce, pour les motifs suivants : la personne ayant effectué l'évaluation n'avait pas suffisamment de connaissances sur l'autisme, un temps insuffisant avait été consacré à l'évaluation et celle-ci ne portait pas spécifiquement sur l'autisme. Le Tribunal a décidé que l'intimé avait évalué la requérante de manière non discriminatoire en modifiant le processus de dépistage pour répondre aux besoins de la requérante. En particulier, l'évaluateur avait modifié le processus de dépistage en reformulant certains mots, en

¹³⁰ *Canada (Procureur général) c Commission canadienne des droits de la personne*, 2013 CAF 75 (CanLII) au para 18.

¹³¹ Laurie Letheren et Roberto Lattanzio, « Comparing the Incomparable in Human Rights Claims: Moore Guidance » 2013 Ontario Bar Association Human Rights Review aux pp 22 et 23.

utilisant des objets physiques pour faciliter l'identification et en consacrant plus de temps que d'habitude à l'évaluation¹³².

L'intimé peut aussi éviter d'engager sa responsabilité en démontrant que la personne handicapée n'aurait pu s'acquitter des obligations ou satisfaire aux exigences essentielles de l'emploi ou du service, même avec des mesures d'accommodement appropriées¹³³. La question des obligations essentielles apparaît le plus souvent dans les affaires portant sur la discrimination fondée sur le handicap dans le cadre d'un emploi¹³⁴. Cependant, plus récemment, la notion a été appliquée dans des affaires portant sur la discrimination dans le cadre de services d'enseignement. Par exemple, les universités et collèges ont fait valoir que les étudiants qui s'inscrivent à des programmes spécialisés, professionnels ou exigeants sur le plan des études doivent être en mesure de suivre des cours à un rythme déterminé ou de démontrer leurs connaissances dans un format déterminé. Certains ont soutenu que ces exigences sont essentielles et qu'il n'est donc pas discriminatoire de refuser l'admission aux étudiants qui ne peuvent satisfaire à ces exigences, même avec des mesures d'accommodement¹³⁵.

2. Les mesures d'accommodement auraient causé une contrainte excessive

L'intimé peut aussi établir qu'il n'aurait pas été possible de tenir compte des besoins du requérant handicapé sans subir de contrainte excessive. Étant donné qu'il s'agit d'un moyen de défense en cas de violation d'un droit de la personne fondamental, la norme

¹³² *K M v North Simcoe Muskoka Community Care Access Centre*, 2011 HRTO 695 (CanLII).

¹³³ Code, *supra* note 4, art 17(1) et (2).

¹³⁴ Il existe une jurisprudence en matière de droits de la personne et d'arbitrage du travail concernant ce qui constitue une tâche essentielle dans le contexte des droits de la personne et de l'emploi. Dans *Politique et directives concernant le handicap et l'obligation d'accommodement*, la Commission ontarienne des droits de la personne discute des tâches essentielles aux pp 15 et 16.

¹³⁵ Au moment de la rédaction du présent document, il y avait plusieurs décisions en instance sur cette question.

de la contrainte excessive a fait l'objet d'une interprétation étroite¹³⁶. Dans l'affaire *Renaud*, la Cour suprême a décidé que le terme « excessive » signifiait qu'une certaine contrainte était acceptable et qu'il fallait plus que « de simples efforts négligeables » pour satisfaire à l'obligation d'accommodement¹³⁷. Dans l'arrêt *Via Rail*, la Cour suprême a précisé qu'« [i]l y a contrainte excessive lorsque les moyens raisonnables d'accommoder ont été épuisés et qu'il ne reste que des options d'accommodement déraisonnables ou irréalistes »¹³⁸.

Le Code ne prévoit que trois facteurs dont il faut tenir compte pour évaluer si un accommodement causerait une contrainte excessive : le coût, les sources extérieures de financement et les exigences en matière de santé et de sécurité¹³⁹. Les inconvénients commerciaux, un ressentiment chez d'autres collègues et les préférences des clients doivent être exclus de l'examen des éléments de la contrainte excessive¹⁴⁰. Dans l'affaire *Bernard v. Waycobah Board of Education*, la plaignante était réceptionniste dans une école. Elle soutenait qu'il avait été mis fin à son emploi en raison d'un comportement lié à ses problèmes de santé mentale. Selon le conseil scolaire, les parents avaient menacé de retirer leurs enfants de l'école si la plaignante n'était pas congédiée. Le Tribunal canadien des droits de la personne a décidé que le conseil scolaire ne pouvait justifier sa propre conduite en jetant le blâme sur les menaces des parents, qui étaient fondées sur des motifs de discrimination. Le Tribunal a cité Beatrice Vizkelety comme suit :

Il arrive qu'un mis-en-cause tente de justifier un traitement inégalitaire en rejetant le blâme sur d' « autres personnes »; toutefois, dans un tel cas, la

¹³⁶ Dans Kevin MacNeill, *The Duty to Accommodate in Employment*, Aurora, Canada Law Book, 2004 à la p 11-3, l'auteur précise que « dans l'ensemble, le reste de la jurisprudence qualifie de norme exigeante la norme de la contrainte excessive » [notre traduction].

¹³⁷ *Renaud*, *supra* note 84 au para 19; dans *Conseil des Canadiens avec déficiences c VIA Rail Canada Inc*, 2007 CSC 15, [2007] 1 RCS 650 au para 122, la Cour suprême a déclaré que l'expression « contraintes excessives » laisse entendre qu'il se peut que l'accommodement relatif à la déficience d'une personne impose nécessairement certaines contraintes, mais qu'à moins qu'il n'en résulte un fardeau excessif ou déraisonnable, ces contraintes s'effacent devant la nécessité d'accommoder.

¹³⁸ *Ibid* au para 130; voir aussi *Moore*, *supra* note 62 au para 49.

¹³⁹ Code, *supra* note 4, art 11.2.

¹⁴⁰ *Politique et directives concernant le handicap et l'obligation d'accommodement*, *supra* note 12 aux pp 22-24.

discrimination n'en est pas moins réelle et évidente. En outre, les objections de ces « autres personnes » – en supposant qu'elles soient réelles – peuvent être elles mêmes fondées sur des préjugés ou des stéréotypes¹⁴¹.

La Commission ontarienne des droits de la personne a précisé qu'un coût est « injustifié » s'il est si élevé qu'il a un effet sur la survie de l'entreprise ou modifie sa nature essentielle. Si l'accommodement exige que l'entreprise apporte des changements fondamentaux à ce qu'elle fait, le coût peut aussi être considéré comme « injustifié »¹⁴². À n'en pas douter, différentes entreprises ont des circonstances financières différentes : ce qui peut représenter un « coût injustifié » pour une petite entreprise n'est peut-être pas injustifié pour une entreprise plus importante. Sur la question des coûts, la Cour suprême a déclaré qu'« [...] il faut se garder de ne pas accorder suffisamment d'importance à l'accommodement de la personne handicapée. Il est beaucoup trop facile d'invoquer l'augmentation des coûts pour justifier un refus d'accorder un traitement égal aux personnes handicapées »¹⁴³.

L'intimé qui veut invoquer des coûts injustifiés pour justifier une discrimination doit présenter une preuve objective des coûts réels associés à la prise de mesures d'accommodement ainsi qu'une preuve selon laquelle de tels coûts seraient injustifiés¹⁴⁴. La preuve objective des coûts peut comprendre des états financiers et des budgets, des données provenant d'études empiriques, des opinions d'experts, ou des renseignements détaillés au sujet de l'activité et de l'accommodement demandé. Toute source de financement dont l'intimé dispose pour compenser les coûts de l'accommodement, comme des programmes gouvernementaux ou des subventions

¹⁴¹ 1999 (CanLII) 1914 (TCDP).

¹⁴² Commission ontarienne des droits de la personne, « Fiche : Jusqu'où doit aller l'obligation d'adaptation? », en ligne : Commission ontarienne des droits de la personne <<http://www.ohrc.on.ca/fr/jusquo%C3%B9-doit-aller-lobligation-dadaptation-fiche>>. Selon la Commission ontarienne des droits de la personne, « [c]es coûts sont quantifiables et peuvent comprendre des coûts comme le coût d'investissement, les coûts d'exploitation et le coût de restructuration. Le Code des droits de la personne reconnaît que différentes entreprises ont des circonstances financières différentes. Ce qui peut représenter un « coût injustifié » pour une petite entreprise n'est peut-être pas injustifié pour une entreprise plus importante ».

¹⁴³ *Grismer*, supra note 75 au para 41.

¹⁴⁴ Voir, par exemple, l'analyse détaillée des coûts effectuée par le Tribunal dans *Williams v Town of Iroquois Falls*, 2012 HRTO 1483 (CanLII).

communautaires, doit être prise en considération au moment de déterminer le coût réel d'une mesure d'accommodement.

L'intimé peut aussi invoquer des exigences en matière de santé et de sécurité à l'appui d'un argument fondé sur la contrainte excessive. Il incombe à l'intimé de prouver que ses préoccupations en matière de santé et de sécurité sont réelles et impossibles à éviter¹⁴⁵. Les préoccupations en matière de santé et de sécurité ne peuvent relever de l'impression ou de la spéculation¹⁴⁶. En se fondant sur une preuve objective, l'intimé doit établir la nature des prétendus risques pour le requérant ou d'autres personnes, ainsi que la gravité et la probabilité des risques. La gravité des risques doit être examinée par rapport aux autres risques qui existent et que les gens prennent régulièrement¹⁴⁷.

3. La discrimination alléguée est une exigence professionnelle justifiée

Lorsque le requérant prétend qu'une norme, une qualité requise, une règle, une politique, une pratique ou une procédure est discriminatoire ou est appliquée de manière discriminatoire, le critère de l'« exigence professionnelle justifiée » (ou « EPJ ») peut s'appliquer. Le critère de l'EPJ en trois étapes a été élaboré par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Meiorin*¹⁴⁸. Premièrement, l'employeur ou l'intimé doit démontrer qu'il a adopté la norme dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail ou de la fonction en cause. Deuxièmement, l'employeur ou l'intimé doit établir qu'il a adopté la norme particulière en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but. Troisièmement, l'employeur ou l'intimé doit établir que la norme est

¹⁴⁵ *Decker v K & G Pool Products* (1990), 12 CHRR D/87 (BCCHR); *Cameron v Nel-Gor Castle Nursing Home* (1984), 5 CHRR D/2170 (HRTO).

¹⁴⁶ *Politique et directives concernant le handicap et l'obligation d'accommodement*, supra note 12 aux pp 35 et 36.

¹⁴⁷ *Ibid*; sur la question de la sécurité et de la contrainte excessive, voir *Gordy v Oak Bay Marine Management Ltd*, [2000] BCHRTD No 15 (BCHRT), inf par [2000] BCJ No 2504 (BCSC), inf par [2001] BCJ No 1136 (BCCA); voir aussi *Gordy v Oak Bay Marine Management Ltd No 2* (2004), 51 CHRR D/68 (British Columbia Human Rights Tribunal).

¹⁴⁸ *Meiorin*, supra note 76.

raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime. Pour prouver que la norme est raisonnablement nécessaire, il faut démontrer qu'il est impossible de composer avec le demandeur sans que l'employeur ou l'intimé subisse une contrainte excessive¹⁴⁹.

Dans l'affaire *Hydro-Québec*, la Cour suprême a apporté des éclaircissements sur la troisième étape du critère établi dans l'arrêt *Meiorin*. La juge Deschamps a déclaré que la Cour d'appel avait incorrectement interprété la décision rendue dans l'arrêt *Meiorin*, en exigeant qu'Hydro-Québec démontre qu'il était impossible de tenir compte des caractéristiques du plaignant. La juge Deschamps a précisé que l'employeur a pour seule obligation de démontrer qu'il était impossible de tenir compte des besoins de l'employé sans subir de contrainte excessive, et non de démontrer qu'il était tout à fait impossible de tenir compte des besoins de l'employé :

L'employeur n'a pas l'obligation de modifier de façon fondamentale les conditions de travail, mais il a cependant l'obligation d'aménager, si cela ne lui cause pas une contrainte excessive, le poste de travail ou les tâches de l'employé pour lui permettre de fournir sa prestation de travail [...] Lorsque les caractéristiques d'une maladie sont telles que la bonne marche de l'entreprise est entravée de façon excessive ou lorsque l'employeur a tenté de convenir de mesures d'accommodement avec l'employé aux prises avec une telle maladie, mais que ce dernier demeure néanmoins incapable de fournir sa prestation de travail dans un avenir raisonnablement prévisible, l'employeur aura satisfait à son obligation.¹⁵⁰

Le critère de l'EPJ est appliqué le plus souvent dans le contexte de l'emploi¹⁵¹; cependant, il peut s'appliquer dans les affaires portant sur la discrimination relative à l'obtention de services ou pour d'autres raisons sociales.

4. La discrimination alléguée n'entraîne aucune responsabilité en vertu du Code

L'article 14 du Code se lit comme suit :

¹⁴⁹ *Ibid* au para 54.

¹⁵⁰ *Hydro-Québec c Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, 2008 CSC 43 aux para 16 et 18.

¹⁵¹ Il existe une jurisprudence en matière d'arbitrage du travail sur cette question.

Ne constitue pas une atteinte à un droit reconnu dans la partie I la mise en œuvre d'un programme spécial destiné à alléger un préjudice ou un désavantage économique ou à aider des personnes ou des groupes défavorisés à jouir ou à essayer de jouir de chances égales, ou qui favorisera probablement l'élimination d'une atteinte à des droits reconnus dans la partie I.¹⁵²

L'article 14, aussi connu sous le nom de « défense fondée sur les programmes spéciaux », reconnaît que les programmes spéciaux visant à atténuer les obstacles auxquels sont confrontés les personnes handicapées ou d'autres groupes défavorisés sont un important moyen de s'attaquer de manière proactive à la discrimination individuelle et systémique¹⁵³. Dans l'affaire *Ontario Human Rights Commission v. Ontario (Roberts)*, la Cour d'appel de l'Ontario a affirmé que l'article 14 avait deux objectifs : (1) protéger les programmes d'action positive contre les attaques des personnes qui ne connaissent pas les mêmes désavantages que celles que ces programmes visent à aider; (2) promouvoir l'égalité réelle pour lutter contre les désavantages et la discrimination¹⁵⁴.

Un programme doit satisfaire à au moins un des critères énoncés à l'article 14 pour être considéré comme un programme spécial. Un programme spécial peut, par exemple, être un programme dans le cadre duquel des services, des mesures de soutien et des subventions financés par l'État sont fournis aux personnes ayant des déficiences intellectuelles ou à leurs soignants dans le but de faciliter leur intégration et leur pleine participation dans la société. Un programme spécial peut aussi prendre la forme de mesures de soutien de l'emploi et de formation professionnelle financées par le gouvernement et visant à aider les personnes handicapées à trouver et conserver un emploi.

¹⁵² Code, *supra* note 4, art 14(2).

¹⁵³ Pour une analyse critique de l'application de la défense fondée sur les programmes spéciaux et les programmes améliorateurs, voir Tess Sheldon, *The Shield Becomes the Sword: The Expansion of the Ameliorative Program Defence to Programs that Support Persons with Disabilities* (29 juillet 2010), en ligne : ARCH Disability Law Centre <<http://www.archdisabilitylaw.ca/?q=shield-becomes-sword-expansion-ameliorative-program-defence-programs-support-persons-disabilities>>.

La Cour suprême du Canada a récemment examiné la défense fondée sur les programmes améliorateurs dans le contexte d'un litige fondé sur la Charte dans *Alberta (Affaires autochtones et développement du Nord) c Cunningham*, 2011 CSC 37 (CanLII).

¹⁵⁴ *Ontario (Human Rights Commission) v Ontario*, 1994 CanLII 1590 (ON CA).

Dans l'arrêt *Roberts*, la Cour d'appel a précisé qu'un programme spécial doit être conçu de manière à ce que les restrictions prévues par le programme soient rationnellement liées à l'objectif du programme. La question en litige dans l'affaire *Roberts* était celle de savoir si le Programme des appareils et accessoires fonctionnels, un programme gouvernemental dans le cadre duquel une aide financière est fournie aux personnes qui achètent des appareils et accessoires fonctionnels, avait établi une discrimination contre M. Roberts en l'excluant en raison de son âge. Le gouvernement a voulu invoquer la défense fondée sur les programmes spéciaux pour éviter que le programme ne soit assujéti à un examen fondé sur les droits de la personne. La Cour d'appel a décidé que la condition d'admissibilité fondée sur l'âge du programme était discriminatoire et ne pouvait être justifiée en vertu de l'article 14, puisque le programme établissait une discrimination fondée sur l'âge d'une manière déraisonnable. Un programme spécial visant à aider un groupe défavorisé ou une personne défavorisée devrait être conçu de manière à ce que les restrictions qu'il prévoit soient rationnellement liées aux objectifs du programme¹⁵⁵.

Dans l'affaire *Ball v. Ontario*, le Tribunal des droits de la personne s'est penché sur la question de savoir si le programme provincial de l'Allocation pour régime alimentaire spécial violait le Code en raison de la manière dont les prestations étaient accordées aux bénéficiaires du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées (POSPH). L'Allocation pour régime alimentaire offre des fonds supplémentaires aux bénéficiaires du POSPH pour alléger les désavantages auxquels font face les personnes ayant des coûts supplémentaires liés au régime alimentaire thérapeutique prescrit par leurs professionnels de la santé. En 2005, des changements importants ont été apportés au programme de l'Allocation pour régime alimentaire spécial pour réduire les prestations accordées aux personnes ayant des types particuliers de déficiences. Le gouvernement a voulu invoquer la défense fondée sur les programmes spéciaux et a fait valoir qu'en vertu de l'article 14, l'Allocation pour régime alimentaire spécial devrait être soustraite à toute constatation de responsabilité aux termes du Code. Le Tribunal a confirmé que l'analyse établie dans l'arrêt *Roberts* était encore la bonne. En vertu de

¹⁵⁵ *Ibid.*

l'article 14, un programme n'est exempté d'examen que lorsqu'il fait l'objet d'une contestation de la part d'un membre d'un groupe traditionnellement privilégié ou d'une personne défavorisée dont le handicap n'était pas visé par le programme. L'article 14 ne permet pas à un programme d'échapper à un examen lorsque le demandeur a un désavantage que le programme visait à alléger. Les programmes spéciaux ne peuvent établir de discrimination à l'interne contre les personnes qu'ils sont censés aider. Les programmes spéciaux doivent satisfaire à la même norme de non-discrimination que les services qui ne sont pas des programmes spéciaux. Le Tribunal a aussi conclu que l'article 14 ne prévoit pas qu'il faut faire preuve de plus de déférence à l'égard du gouvernement dans l'analyse de la discrimination.

Il importe de souligner que la disponibilité de la défense fondée sur les programmes spéciaux n'a pas pour effet de soustraire les employeurs, les fournisseurs de services et les locateurs à l'obligation de tenir compte des besoins des personnes handicapées sans subir de contrainte excessive. La Commission des droits de la personne a précisé que « [d]ans certains cas, ce qui semble être un programme spécial s'inscrit en fait dans l'obligation de prendre des mesures d'adaptation [...] Ces programmes ne doivent pas être considérés comme des programmes spéciaux ». La Commission a adopté la position que les services de transport adapté sont une forme d'accommodement pour les personnes handicapées, et non des programmes spéciaux. La Commission a indiqué ce qui suit :

Lorsque des personnes sont incapables d'avoir accès aux réseaux réguliers de transport en commun, que ce soit en raison de leur handicap ou du manque d'adaptation de nombreux réseaux de transport en commun plus anciens, les fournisseurs de services de transport en commun ont le devoir de répondre à leurs besoins, à moins que cela n'entraîne un préjudice injustifié. Bien que certains fournisseurs de services de transport en commun soutiennent que les services parallèles de transport adapté constituent un programme spécial volontaire au sens des lois relatives aux droits de la personne, la Commission est d'avis que les services parallèles de transport adapté sont une forme d'adaptation

qui peut être exigée pour satisfaire à l'obligation d'adaptation énoncée dans le Code¹⁵⁶.

Le Code comprend aussi certaines dispositions de procédure concernant la désignation d'un « programme spécial »¹⁵⁷, la durée de l'effet de cette désignation¹⁵⁸ et la façon dont cette désignation peut servir de preuve devant le Tribunal des droits de la personne de l'Ontario¹⁵⁹. Une requête peut être présentée à la Commission ontarienne des droits de la personne pour faire désigner un programme comme programme spécial¹⁶⁰. D'une façon générale, la Commission a refusé d'assumer la fonction de désigner les programmes spéciaux.

Le TDPO ne peut examiner les programmes spéciaux qui sont mis en œuvre par la Couronne. Le paragraphe 14(9) du Code prévoit que les dispositions de procédure ne s'appliquent pas à un programme mis en œuvre par la Couronne ou un de ses organismes¹⁶¹. L'article 18 du Code dispose que les restrictions à l'adhésion ou à la participation à un organisme ou un groupement religieux, philanthropique, éducatif, de secours mutuel ou social ne peuvent faire l'objet d'une constatation de discrimination.

IX. RECOURS

Les lois sur les droits de la personne sont de nature réparatrice et non punitive. Le Code confère de vastes pouvoirs au Tribunal pour qu'il puisse accorder réparation en cas de discrimination. L'article 45.2 du Code habilite le Tribunal à ordonner le versement d'une indemnité, notamment pour atteinte à la dignité, aux sentiments et à l'estime de soi, à ordonner une restitution autre que le versement d'une indemnité, et à

¹⁵⁶ Voir Commission ontarienne des droits de la personne, *Exposé de position : Objet : Les services parallèles de transport adapté assurés par les services de transport en commun dans les villes de Toronto, Hamilton, London et Windsor sont-ils des programmes spéciaux aux termes du Code des droits de la personne*, en ligne : Commission ontarienne des droits de la personne <<http://www.ohrc.on.ca/fr/expos%C3%A9-de-position-objet-les-services-parall%C3%A8les-de-transport-adapt%C3%A9-assur%C3%A9s-par-les-services-de>>.

¹⁵⁷ Code, *supra* note 4, art 14(2).

¹⁵⁸ *Ibid*, art 14(6).

¹⁵⁹ *Ibid*, art 14(8).

¹⁶⁰ *Ibid*, art 14(2).

¹⁶¹ *Ibid*, art 14(9).

ordonner à toute partie de prendre les mesures qui s'imposent pour favoriser l'observation du Code.

A. Réparations d'intérêt public

Le Tribunal a compétence pour accorder des réparations systémiques, et ce, que le requérant les ait expressément demandées ou non¹⁶². Néanmoins, il est recommandé de rappeler au Tribunal qu'il possède des pouvoirs et responsabilités de réparation, afin que ses décisions puissent contribuer à la réalisation des objectifs du Code.

En 2012, le Centre d'assistance juridique en matière de droits de la personne a indiqué que 70 % des affaires dans lesquelles il avait obtenu gain de cause devant le TDPO et environ 75 % de ses règlements avaient mené à l'octroi d'une réparation d'intérêt public¹⁶³.

Voici quelques exemples de réparations d'intérêt public :

- exiger que les intimés suivent une formation sur les droits de la personne, l'obligation d'accommodement et la discrimination;
- exiger que les intimés affichent des avis concernant le Code dans des lieux publics;
- exiger que les intimés modernisent des immeubles ou mettent des services à niveau pour s'assurer qu'ils sont accessibles¹⁶⁴;
- exiger que l'intimé fasse un don à un organisme communautaire choisi par le requérant¹⁶⁵;

¹⁶² *Ibid*, art 45.2(b).

¹⁶³ HRLSC Jan 9 2012 Main disclosure, en ligne : AODA Alliance <<http://www.aodaalliance.org/strong-effective-aoda/01232012.asp>> à la p 13.

¹⁶⁴ Voir, par exemple : *Lepofsky v Toronto Transit Commission*, *supra* note 106; *Austin v Clayton Lakeside-Beaton Inc and MazenMatar*, 2011 HRT0 31, où le Tribunal a ordonné à un parc de roulotte de fournir des toilettes d'accès facile et de s'assurer qu'il y ait une rampe menant à un magasin d'objets divers; *Jakobek v Toronto Standard Condo Corp No 1626*, 2100 HRT0 1901, où le Tribunal a ordonné à une société de condominium de s'assurer que les règlements du condominium permettent expressément de garer des appareils d'aide à la mobilité dans le garage.

- exiger que l'intimé consulte le milieu des personnes handicapées au sujet des questions d'accessibilité¹⁶⁶;
- exiger que l'intimé modifie ses politiques et pratiques qui créent des obstacles pour les personnes handicapées¹⁶⁷;
- exiger que l'intimé mette en œuvre un processus pour recueillir les commentaires ou plaintes concernant les questions d'accessibilité¹⁶⁸;
- ordonner qu'une loi particulière ne soit pas appliquée¹⁶⁹.

Dans l'arrêt *Moore*, la Cour suprême a précisé que la réparation doit découler de la plainte de discrimination. Lorsqu'une personne soutient qu'elle a été victime de discrimination, un tribunal des droits de la personne peut ordonner des réparations individuelles. Les réparations individuelles peuvent avoir un impact sur des personnes autres que l'individu et peuvent, en ce sens, être de nature systémique. Cependant, les réparations systémiques générales ne peuvent être ordonnées que s'il existe des preuves et une constatation de discrimination systémique¹⁷⁰. Par conséquent, pour demander une réparation systémique, l'avocat doit s'assurer que la preuve et les faits de l'espèce peuvent soutenir une telle demande.

B. Dommages-intérêts généraux : atteinte à la dignité et vexation

Dans l'arrêt *Arunachalam v. Best Buy Canada*, le Tribunal a confirmé que deux critères s'appliquent habituellement à l'évaluation globale du quantum approprié des

¹⁶⁵ *Jakobek*, supra note 164.

¹⁶⁶ *Hughes c Commission canadienne des droits de la personne et Élections Canada*, supra note 60. Le Tribunal canadien des droits de la personne a ordonné à Élections Canada de créer, dans les six mois de la décision, un plan visant une meilleure consultation des électeurs déficients au sujet des questions d'accessibilité.

¹⁶⁷ *Ibid.* Dans *Hughes*, le Tribunal canadien des droits de la personne a ordonné à Élections Canada d'examiner, dans les 12 mois de la décision, ses politiques, directives et manuels existants sur les questions d'accessibilité pour les personnes handicapées.

¹⁶⁸ Voir, par exemple, *ibid.*

¹⁶⁹ Voir *Ivancicevic v Minister of Consumer Services and the Alcohol and Gaming Commission of Ontario*, 2011 HRTO 1714.

¹⁷⁰ *Moore*, supra note 62 aux para 63-71.

dommages-intérêts généraux : (1) la gravité objective de la conduite; et (2) l'effet sur le requérant qui a été victime de discrimination. Le Tribunal a expliqué ce qui suit :

Le premier critère reconnaît que l'atteinte à la dignité et la vexation sont généralement plus graves, selon ce qui s'est objectivement passé. Par exemple, un congédiement pour des raisons discriminatoires porte habituellement atteinte à la dignité davantage qu'un commentaire qui n'a été fait qu'une seule fois. La perte d'un emploi de longue durée en raison de la discrimination est généralement plus dommageable que la perte d'un nouvel emploi. Plus les commentaires malveillants sont persistants, blessants et graves, plus l'atteinte à la dignité et la vexation sont graves.

Le deuxième critère reconnaît l'expérience particulière du requérant face à la discrimination. Les dommages-intérêts se situeront généralement dans la partie supérieure de la fourchette pertinente si le requérant a éprouvé des difficultés de caractère affectif particulières en raison de l'événement et que les effets sont particulièrement graves en raison de sa situation personnelle¹⁷¹ [notre traduction].

En ce qui concerne le deuxième critère, dans l'arrêt *Sanford v. Koop*, le Tribunal a expliqué que les facteurs suivants étaient pertinents pour évaluer le quantum approprié des dommages-intérêts généraux :

- l'humiliation et le préjudice moral subis par le requérant;
- la perte de respect de soi, de dignité, d'estime de soi ou de confiance;
- l'expérience de la victimisation;
- la gravité, la fréquence et la durée du traitement offensant;
- la vulnérabilité du requérant.

Dans de récentes décisions, le Tribunal s'est penché sur la discrimination fondée sur le handicap dans le contexte de la cessation d'emploi du requérant et a ordonné le paiement de dommages-intérêts se situant généralement entre 10 000 \$ et 45 000 \$¹⁷².

¹⁷¹ *Arunachalam v Best Buy Canada*, 2010 HRTO 1880 (CanLII) aux para 52-54; voir aussi *Seguin v Great Blue Heron Charity Casino*, 2009 HRTO 940 (CanLII) au para 16.

¹⁷² Voir, par exemple : *Lachapelle v Stargratt*, 2013 HRTO 1232 (CanLII); *Lane v ADGA Group Consultants Inc*, supra note 87 (45 000 \$); *Krieger v Toronto Police Services Board*, 2010 HRTO 1361 (CanLII) (35 000 \$); *Lopetegui v 680247 Ontario*, 2009 HRTO 1248 (CanLII) (20 000 \$); *Mirashrafi v Circuit Centre*, 2010 HRTO 512 (CanLII) (15 000 \$); *Vetricek v 642518 Canada*, 2010 HRTO 757 (CanLII)

C. Restitution

La réintégration dans l'emploi est une réparation disponible; cependant, elle est rarement demandée ou ordonnée par le Tribunal¹⁷³. Dans l'affaire *Hamilton-Wentworth District School Board*, le Tribunal a ordonné la réintégration d'un employé plusieurs années après son congédiement¹⁷⁴. Dans l'arrêt *Krieger v. Toronto Police Services Board*, le Tribunal a ordonné la réintégration d'un policier handicapé¹⁷⁵. Le Tribunal a souligné que, lorsque la réintégration est une option viable, il s'agit parfois de la seule réparation qui puisse donner effet à l'objectif des lois sur les droits de la personne, à savoir, celui de remettre le requérant dans la situation dans laquelle il aurait été s'il n'y avait pas eu de discrimination. Un montant accordé pour perte de salaire résultant de la discrimination est aussi disponible au Tribunal.

D. Intérêts

Le Tribunal a déjà accordé des intérêts antérieurs au jugement en contravention des requêtes de règlement¹⁷⁶. Conformément au paragraphe 128(1) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, les intérêts antérieurs au jugement sont calculés depuis la date à laquelle la cause d'action a pris naissance jusqu'à la date de l'ordonnance. Le Tribunal accorde des intérêts postérieurs au jugement en vertu du paragraphe 129(1) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*. Des intérêts postérieurs au jugement sont payables sur tout montant attribué au titre des dommages-intérêts généraux ou pour perte de salaire. Les taux d'intérêt applicables sont affichés sur le site Web du ministre du Procureur général de l'Ontario.

(15 000 \$); *Duliunas v York-Med Systems*, 2010 HRTO 1404 (CanLII) (15 000 \$); *LeBlanc v Syncreon*, 2010 HRTO 2336 (CanLII) (10 000 \$); *Coscina v Halton School of Equitation*, 2011 HRTO 1949 (CanLII) (10 000 \$).

¹⁷³ *Krieger v Toronto Police Services Board*, *supra* note 172 au para 182.

¹⁷⁴ *Hamilton-Wentworth District School Board*, 2013 HRTO 440 (CanLII).

¹⁷⁵ *Krieger v Toronto Police Services Board*, *supra* note 172.

¹⁷⁶ Voir, par exemple : *Malabre v LMC Endocrinology Centres (Toronto) Ltd*, 2013 HRTO 385 (CanLII); *Ahearn v North Hill Dental Center*, 2012 HRTO 2166 (CanLII); *Medeiros v Cambridge Canvas Centre*, 2011 HRTO 1519 (CanLII); *Fakira v London Roof Truss*, 2011 HRTO 365 (CanLII); *Saunders v Toronto Standard Condominium Corp No 1571*, 2010 HRTO 2516 (CanLII).

E. Dépens

Le Tribunal n'a pas compétence pour adjuger des dépens¹⁷⁷.

X. CONCLUSION

Les droits de la personne et le handicap sont des éléments d'un domaine du droit complexe et en rapide évolution. Il s'agit d'un domaine qui continuera à évoluer au fur et à mesure que notre compréhension du handicap s'améliorera, que de nouveaux handicaps apparaîtront et que de nouvelles technologies permettront d'offrir différentes formes d'accommodement. Le droit international, notamment la *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, prévoit un cadre favorisant les droits des personnes handicapées qui pourrait aider à façonner l'évolution du droit relatif aux droits de la personne en Ontario et au Canada. Au Centre ARCH, nous espérons que le présent chapitre constituera un point de départ utile pour les juristes qui conseillent et représentent les personnes handicapées en Ontario.

¹⁷⁷ *Dunn v United Transportation Union, Local 104*, 2008 HRTO 405 (CanLII); dans *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53 (CanLII), la Cour suprême a récemment examiné la question de savoir si le Tribunal canadien des droits de la personne a compétence pour adjuger des dépens à l'égard des instances dont il est saisi.



Chapitre 4

Capacité de mandater un avocat : promouvoir, respecter et faire valoir l'autonomie de décision

**Dianne Wintermute, avocate à l'interne, ARCH Disability Law Centre
Septembre 2013**

À jour en septembre 2013. Il est recommandé à quiconque souhaite se fonder sur le présent document d'effectuer ses propres recherches pour obtenir les mises à jour de la législation et de la jurisprudence.

La version française du présent document a été rédigée par le Centre de traduction et de documentation juridiques. La version originale s'intitule « Capacity to Instruct Counsel: Promoting, Respecting and Asserting Decision-Making Authority » et se trouve au chapitre 4. L'analyse est fondée sur la version anglaise de la loi.

Capacité de mandater un avocat : promouvoir, respecter et faire valoir l'autonomie de décision¹

TABLE DES MATIÈRES

I.	APERÇU.....	2
II.	CAPACITÉ DE MANDATER UN AVOCAT	4
III.	CAPACITÉ ET OBLIGATIONS PROFESSIONNELLES.....	7
IV.	ACCOMMODEMENT	9
V.	CONVENTION RELATIVE AUX DROITS DES PERSONNES HANDICAPÉES.....	12
VI.	SUGGESTIONS DE PRATIQUES.....	13
VII.	INTRODUCTION D'UNE INSTANCE	16
	A. Délégation de pouvoir en vertu du Code des droits de la personne.....	16
	B. Tuteurs à l'instance.....	18
VIII.	CONCLUSION.....	19

I. APERÇU

Le présent chapitre porte sur la façon de répondre aux besoins des clients dont la capacité est en cause, quelle que soit la question juridique à l'égard de laquelle ils demandent de l'aide. Il est question notamment de la façon de tenir compte des besoins d'un client lorsque surviennent des problèmes de capacité et de la façon de décider si un client est capable de mandater un avocat².

¹ Le présent article constitue une révision et une mise à jour de certains articles similaires écrits précédemment par des avocats d'ARCH. Il se fonde largement sur une édition antérieure du guide d'introduction intitulé « Disability Primer 2003 » et, notamment, sur le chapitre de Phyllis Gordon intitulé « Notes on Capacity to Instruct Counsel ». J'aimerais aussi mentionner la mise à jour du document de M^{me} Gordon qui a été préparée en 2010 par Ed Montigny, avocat à l'interne à l'ARCH Disability Law Centre.

² De nombreuses questions relatives à la capacité sont soulevées dans le contexte de la santé mentale et de la toxicomanie. La plupart sont abordées dans la *Loi sur le consentement aux soins de santé*, LO 1996, chapitre 2, annexe A ou dans la *Loi sur la santé mentale*, LRO 1990, chapitre 7. Dans plusieurs cas, la *Loi sur la prise de décisions au nom d'autrui*, LO 1992, chapitre 30 peut aussi s'appliquer. Nous ne traitons pas des questions pouvant se rapporter aux personnes qui ont été internées dans un établissement psychiatrique contre leur gré ou qui ont été forcées de suivre un traitement. Nous ne traitons pas non plus de la majorité des questions

En Ontario, il est présumé qu'un client adulte est capable de mandater un avocat. Cette présomption n'est pas réfutée par le fait que le client est une personne handicapée. Même lorsqu'un handicap a un effet sur la capacité du client de communiquer ses instructions à un avocat, le client n'est pas pour autant incapable de mandater un avocat. L'avocat a l'obligation de trouver le moyen approprié de tenir compte des besoins du client liés à son handicap au point où une communication efficace est possible. Dans la majorité des cas où un handicap semble compromettre la capacité du client de donner des instructions à son avocat, des mesures d'accommodement adéquates permettront au client et à l'avocat de travailler ensemble efficacement.

Néanmoins, même lorsque des mesures d'accommodement ont été prises, il se peut que l'avocat ait de sérieuses inquiétudes au sujet de la capacité du client de comprendre la nature du mandat de représentation en justice, les circonstances de l'affaire et les options qui sont présentées au moment où il mandate l'avocat. Dans une telle situation, l'avocat doit pouvoir évaluer la capacité du client et décider s'il peut continuer à accepter les instructions du client ou si, en raison de l'incapacité du client de comprendre suffisamment les renseignements sur les questions juridiques qui le concernent, il ne peut continuer à accepter ses instructions.

soulevées dans le cadre des causes portées devant la Commission du consentement et de la capacité ou la Commission ontarienne d'examen. Dans la plupart des cas, les personnes au sein du système de santé mentale/psychiatrique ont le droit de recevoir des conseils sur les droits individuels de la part du Bureau de l'intervention en faveur des patients des établissements psychiatriques. Si elles veulent contester une déclaration d'incapacité, une décision relative à un traitement ou un internement involontaire devant la Commission du consentement et de la capacité, elles peuvent habituellement obtenir un certificat d'aide juridique et retenir les services d'un avocat. Aide juridique Ontario exige que les avocats qui travaillent dans ce domaine suivent une formation spécialisée. Pour plus de détails sur ces questions, veuillez consulter D'Arcy Hiltz et Anita Szegeti dans *A Guide to Consent and Capacity Law in Ontario*, Lexis Nexis, 2012. Voir aussi *Ontario Consent and Capacity Legislation 2012-12*, Canada Law Book 2012.

Le fait de déclarer un client incapable de donner des instructions à un avocat est un acte important qui a une incidence sur la capacité du client d'avoir accès à la justice. Cependant, le fait de recevoir des instructions d'un client alors que sa capacité est en doute représente un grave manquement aux obligations morales de l'avocat. Ainsi, l'avocat a l'obligation de comprendre la capacité tant sur le plan pratique que d'un point de vue juridique. Le présent article constitue un point de départ pratique pour les avocats qui veulent commencer à examiner le sujet souvent complexe et difficile de la capacité.

II. CAPACITÉ DE MANDATER UN AVOCAT

Un diagnostic particulier qui peut avoir une incidence sur la capacité, comme un problème de santé mentale ou la démence, ne permet pas en soi de déterminer la capacité d'une personne de mandater un avocat. Bien que certains états de santé puissent avoir une incidence sur la capacité d'une personne de prendre certaines décisions, il ne peut être tenu pour acquis que la simple présence d'un handicap ou d'un autre rend une personne automatiquement incapable de mandater un avocat. Chaque cas doit être évalué sur une base individuelle.

La définition la plus souvent employée par les tribunaux lorsqu'ils doivent décider si une personne est capable ou incapable de prendre une décision particulière comprend deux éléments de base :

Pour être « mentalement capable », une personne doit avoir la capacité de comprendre les renseignements pertinents à la prise d'une décision *et* la capacité de saisir les conséquences raisonnablement prévisibles d'une décision ou de l'absence d'une décision (C'est nous qui soulignons.)³ [notre traduction].

³ Advocacy Centre for the Elderly, *Long-term Care Facilities in Ontario: The Advocate's Manual* (2^e édition), 2001; *Loi sur le consentement aux soins de santé*, supra note 2, art 4(1) et *Loi sur la prise de décisions au nom d'autrui*, supra note 2, art 6.

Un élément important de la définition ci-dessus est l'accent qu'elle met sur le processus, plutôt que sur le résultat. La détermination de la capacité ne dépend pas de la nature des décisions que prend une personne dans les faits. Une personne n'est pas incapable du simple fait que ses décisions peuvent sembler douteuses. L'enquête porte sur la capacité d'une personne de comprendre des renseignements pertinents et de saisir des conséquences. Tant et aussi longtemps qu'une personne possède une telle capacité, elle est capable de prendre des décisions. Le fait qu'un avocat peut ne pas être d'accord avec ces décisions n'a aucune incidence sur la détermination de la capacité.

La détermination de la capacité d'une personne ne comprend pas l'évaluation de ses connaissances antérieures. Elle a pour but de confirmer la capacité de la personne visée de comprendre et traiter de l'information. Par exemple, l'avocat doit être convaincu que le client a une compréhension de base des rôles respectifs du client et de l'avocat. Cependant, la plupart des membres du public ne savent pas en détail ce que font les avocats, ce qu'est un mandat de représentation en justice ou ce qui constitue l'obligation de mandater un avocat. Par conséquent, le fait que le client ne comprend pas déjà ces questions ne le rend pas incapable. Il incombe à l'avocat d'expliquer ces questions au client. La capacité ne peut être évaluée que lorsque tous les renseignements nécessaires ont été fournis au client d'une manière claire et facile à comprendre. Seule l'incapacité apparente du client de comprendre les renseignements qui lui sont fournis soulèvera des préoccupations au sujet de sa capacité de mandater un avocat.

La question de la capacité est d'autant plus complexe que la capacité d'une personne peut fluctuer au fil du temps. Plusieurs problèmes de santé mentale sont épisodiques, de sorte qu'une personne qui est incapable d'exécuter une fonction particulière à certains moments peut être

parfaitement en mesure de prendre toutes les décisions qui s'imposent à d'autres moments. La capacité des personnes ayant certaines blessures, comme une lésion cérébrale acquise, peut s'améliorer au fil du temps. Ainsi, dans certains cas, il peut être nécessaire d'évaluer régulièrement la capacité d'un client, surtout si l'on remarque un changement au niveau de sa capacité d'absorber ou de traiter des renseignements.

Il n'est pas essentiel que le client comprenne tous les détails nécessaires pour poursuivre sa cause. Comme toute personne qui peut engager des experts pour que ceux-ci s'occupent d'affaires complexes qui dépassent son champ d'expertise, le client peut laisser à son avocat ou à son représentant le soin de comprendre les détails et procédures particuliers de sa cause⁴. Le client doit seulement :

- a) comprendre ce qu'il a demandé à l'avocat de faire pour lui et pourquoi il a demandé à l'avocat d'agir ainsi;
- b) être capable de comprendre et de traiter les renseignements, les conseils et les options que l'avocat lui présente;
- c) saisir les « pour » et les « contre » et les conséquences possibles des diverses options.

La capacité se rapporte à des tâches particulières. Le critère doit s'appliquer à la question à l'étude. Par exemple, il se peut qu'une personne soit incapable de gérer ses finances, en raison d'une incapacité de traiter des renseignements numériques. Cela ne veut pas dire qu'elle est aussi incapable de mandater un avocat. Dans chaque cas, il faut examiner la conduite en question, établir les éléments essentiels de cette conduite et se renseigner sur la capacité du client de comprendre la nature et la qualité de ces éléments pour qu'une décision éclairée puisse être prise. Pourvu que le client comprenne ces éléments, toute autre forme de problème de santé mentale – quelle que soit son ampleur – est sans importance. Par conséquent, il s'ensuit que les critères visant à

⁴ Pour une discussion sur une question connexe, voir *Kacan v Ontario Public Service Employees Union*, 2010 HRTO 795.

déterminer si un problème de santé mentale est pertinent ne sont pas universels. Ils varient plutôt d'un cas à l'autre, tout simplement parce que les éléments essentiels de la conduite varient inévitablement d'un cas à l'autre⁵.

Conformément à la notion d'évaluation de la capacité se rapportant à des tâches particulières, différents critères juridiques ont été élaborés dans différents contextes. Il appartient à l'avocat de s'assurer qu'il est satisfait à la norme requise. Des critères juridiques précis ont été élaborés notamment dans les domaines suivants :

- La capacité d'être une partie au litige est abordée à la règle 7 des Règles de procédure civile⁶ et dans la jurisprudence connexe, et elle est souvent examinée dans le contexte des délais de prescription⁷. Dans d'autres instances, il peut aussi y avoir des règles qui traitent de la capacité des plaignants ou des requérants. Ou alors, il peut n'y avoir aucune règle particulière, ce qui oblige les avocats à se renseigner davantage sur la meilleure façon de procéder.
- Les exigences relatives à la capacité de tester sont examinées sous tous les angles dans le contexte de la jurisprudence sur les successions.
- La capacité de consentir aux soins de santé est un autre domaine du droit détaillé, tout comme le droit concernant les procurations⁸.

III. CAPACITÉ ET OBLIGATIONS PROFESSIONNELLES

Le paragraphe 2.02(6) du Code de déontologie⁹ du Barreau du Haut-Canada traite expressément de la capacité. Il commence avec le principe de l'autonomie, en

⁵ *Godellie v Pauli*, [1990] OJ no 1207 (Dist Ct), juge Misener; voir *M K v Nova Scotia (Minister of Community Services)*, [1996] NSJ no 275 au para 66.

⁶ *Loi sur les tribunaux judiciaires*, LRO 1990, c C.43, r 7.

⁷ La *Loi de 2002 sur la prescription des actions*, LO 2002, c 24, ann B, a de nombreuses répercussions sur les personnes handicapées et devrait être lue dans son intégralité. Voir Jordan Atin et Ian Hull, *Personal Injury and Mental Capacity Law: Strategies for Claims Involving Incapable Parties*.

⁸ Voir Jasmine Sweatmen, *Guide to Powers of Attorney*, Canada Law Book, 2002.

⁹ Barreau du Haut-Canada, *Code de déontologie, règle 2.02(6)*.

exigeant que l'avocat maintienne, autant que faire se peut, un rapport avocat-client normal. Le commentaire porte sur les degrés de handicap qui peuvent exister et sur les mesures qui, dans certains cas, doivent être prises pour s'assurer que le client reçoit l'aide dont il a besoin relativement à ses affaires juridiques.

Clients ayant un handicap

2.02 (6) L'avocat doit, autant que faire se peut, maintenir un rapport avocat-client normal lorsque son client présente une capacité amoindrie de prendre des décisions, notamment parce qu'il n'a pas l'âge de la majorité ou est atteint d'un handicap mental.

Commentaire

Le rapport avocat-client suppose que le client a la capacité mentale nécessaire pour prendre des décisions quant à ses affaires juridiques et pour donner des instructions à son avocat. La capacité d'un client à cet égard dépend cependant de facteurs tels que son âge, son intelligence, son expérience, sa santé physique et mentale, ainsi que les conseils et l'appui de tiers. En outre, cette capacité peut varier avec le temps, que ce soit pour le mieux ou pour le pire. Lorsque le client a ou acquiert un handicap qui gêne sa capacité de prendre des décisions, il se peut que ce handicap soit mineur, mais il se peut également qu'il soit de nature à le priver de la capacité légale de donner des instructions et d'établir des rapports juridiques contraignants. Compte tenu de ces facteurs, la présente règle vise à obliger l'avocat dont le client présente un handicap à maintenir, autant que faire se peut, un rapport avocat-client normal.

L'avocat dont le client présente un handicap doit savoir que, si le handicap est tel que le client n'a plus la capacité légale de gérer ses affaires juridiques, il peut être tenu de prendre des mesures pour faire nommer un représentant légitimement autorisé, tel qu'un tuteur à l'instance, ou de demander l'aide du Bureau du Curateur public général ou du Bureau de l'avocat des enfants pour protéger les intérêts de son client. En tout état de cause, l'avocat a l'obligation morale de faire en sorte que les intérêts de ses clients ne soient pas abandonnés.

Lorsqu'un client n'a pas la capacité requise, la principale obligation morale de l'avocat est de faire en sorte que les intérêts du client ne soient pas abandonnés. La résiliation d'un mandat de représentation en justice sans de sérieux efforts visant à s'assurer que les affaires juridiques du client sont prises en charge dans la mesure du possible constituerait un abandon des intérêts du client.

Si l'avocat conclut que le client est incapable de mandater un avocat, il peut être nécessaire de nommer un tuteur à l'instance chargé de donner des instructions à l'avocat au nom de l'incapable. Par le passé, il était compliqué de demander une telle mesure d'accommodement¹⁰; cependant, les tribunaux, y compris les tribunaux administratifs, reconnaissent de plus en plus la nécessité de mettre en place des processus simples, accessibles et économiques permettant de nommer des tuteurs à l'instance ou de recourir à d'autres formes d'accommodement, pour s'assurer que le système de justice n'empêche pas les parties ayant des problèmes de capacité de faire valoir leurs droits prévus par la loi en raison de l'absence de mesures d'accommodement appropriées¹¹.

IV. ACCOMMODEMENT

Avant que toute décision ne soit prise au sujet de la capacité, des mesures d'accommodement doivent être fournies. Le *Code des droits de la personne* de l'Ontario oblige tous les fournisseurs de services à tenir compte des besoins des personnes handicapées. Cela veut dire que les avocats sont tenus par la loi de fournir les mesures d'accommodement dont les clients handicapés ont besoin. Il peut s'agir notamment de clients

¹⁰ Tess Sheldon, *Access to Administrative Justice for Persons with Disabilities: Addressing the Capacity of Parties Before Ontario's Administrative Tribunals, Promoting Autonomy and Preserving Fairness* (décembre 2009), en ligne : ARCH Disability Law Centre <<http://www.archdisabilitylaw.ca/?q=addressing-capacity-parties-ontario%E2%80%99s-administrative-tribunals-respecting-autonomy-protecting-fairne>>.

¹¹ Voir *Yuill v Canadian Union of Public Employees*, 2011 HRTO 126.

ayant des problèmes de santé mentale, des lésions cérébrales acquises, des déficiences intellectuelles ou tout autre handicap susceptible d'avoir un effet sur la capacité d'une personne de comprendre ou traiter des renseignements ou de saisir les conséquences reliées au fait de prendre ou de ne pas prendre une décision. L'avocat a l'obligation professionnelle de ne pas refuser ses services à un client au seul motif que celui-ci a besoin de mesures d'accommodement que l'avocat trouve coûteuses ou peu pratiques. De plus, les fournisseurs de services doivent prendre des mesures d'accommodement à l'égard des personnes handicapées sans en transférer les coûts à ces dernières. Cela veut dire que l'avocat ne peut facturer au client le coût d'un interprète ou d'autres formes d'accommodement¹².

L'idée derrière l'accommodement est qu'une personne qui ne peut remplir une fonction particulière en raison d'un handicap peut, dans la plupart des cas, remplir cette fonction adéquatement si on lui fournit l'aide ou la mesure d'accommodement appropriée. Par exemple, des rampes d'accès pour fauteuils roulants peuvent être prévues pour les personnes qui, en raison d'un handicap, ne pourraient se rendre du point A au point B si elles devaient monter des escaliers.

Ce principe s'applique à la capacité de la même manière qu'aux déficiences physiques. Des mesures d'accommodement devraient être fournies aux clients qui ont de la difficulté à comprendre ou traiter des renseignements afin qu'ils puissent mieux comprendre et saisir les renseignements se rapportant à leur dossier juridique. Les mesures d'accommodement peuvent être simples : parler clairement, fournir des documents écrits en langage simple, répéter fréquemment, ou donner au

¹² On ne sait pas exactement quelle aide le Barreau du Haut-Canada ou l'Association du Barreau de l'Ontario peut offrir aux avocats qui trouvent trop onéreux le coût des mesures d'accommodement destinées aux clients handicapés.

client plus de temps pour absorber l'information et prendre des décisions. Dans certains cas, des formes d'accommodement plus complexes peuvent être nécessaires.

La prise de décisions assistée est une forme d'accommodement qui est propre aux personnes ayant des problèmes de capacité. Une personne ou un petit groupe de personnes qui connaissent bien la personne ayant des problèmes de capacité l'aident à absorber et traiter des renseignements d'une manière qui lui est familière, en lui communiquant les renseignements au moyen de termes ou de gestes que comprend la personne visée. Par exemple, la prise de décisions assistée peut être utile lorsqu'un client a des troubles de communication et éprouve donc de la difficulté à s'exprimer de manière à ce que des personnes autres que ses proches puissent le comprendre. Dans un tel cas, les personnes de confiance peuvent agir comme interprètes, en expliquant les renseignements que l'avocat fournit à la personne visée de manière à ce que celle-ci puisse les comprendre et en transmettant la décision de la personne visée – qui peut être exprimée en mots ou en gestes – à l'avocat de manière à ce que celui-ci puisse la comprendre¹³.

La prise de décisions assistée est encore une notion relativement nouvelle et non vérifiée¹⁴. Elle pourrait permettre à plusieurs personnes qui seraient autrement déclarées incapables de conserver leur autonomie. Cependant, elle pose des défis pour les avocats. L'obligation d'accommodement ne réduit nullement l'obligation de l'avocat de

¹³ Les avocats devraient faire signer des ententes de confidentialité à toutes les personnes de confiance et à tous les interprètes; voir aussi *Engel v Winkleigh Co-operative Housing*, 2010 HRTO 1466 pour obtenir quelques indications sur la façon dont les tribunaux peuvent réagir aux mesures d'accommodement assimilables à la prise de décisions assistée.

¹⁴ Voir Michael Bach et Lana Kerzner, « A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity » (2010), en ligne : Commission du droit de l'Ontario <<http://www.lco-cdo.org/en/disabilities-call-for-papers-bach-kerzner>>.

s'assurer qu'il reçoit des instructions du client. Lorsque l'avocat reçoit des instructions d'un intermédiaire, comme une personne de confiance, il se peut qu'il ne sache pas clairement si le client est réellement la personne qui prend la décision en question. Cela est particulièrement inquiétant lorsque l'avocat ne peut comprendre les mots ou gestes que le client utilise pour communiquer; il peut être presque impossible de confirmer que les instructions fournies par la « personne de confiance » ne sont pas simplement les opinions et décisions de cette dernière. Néanmoins, il faut songer à la prise de décisions assistée et s'en servir dans la mesure du possible avant de prendre des mesures plus draconiennes, comme la nomination d'un tuteur à l'instance.

Si, après que toutes les options et mesures d'accommodement ont été épuisées, il est encore clair que le client n'a pas la capacité de mandater un avocat, l'avocat doit refuser de le représenter jusqu'à ce que d'autres dispositions aient été prises. Comme il a été mentionné ci-dessus, l'avocat est tenu d'agir au nom du client pour s'assurer que de telles dispositions sont prises.

V. CONVENTION RELATIVE AUX DROITS DES PERSONNES HANDICAPÉES

La *Convention relative aux droits des personnes handicapées*¹⁵ (*CDPH*) sera examinée en détail au chapitre 10 du présent document. Il convient toutefois de noter que l'article 12 de la *CDPH* est pertinent au regard des questions de la capacité et de la prise de décisions assistée. L'article 12 peut faciliter l'interprétation des lois¹⁶.

¹⁵ *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, Rés AG 61/106, Doc off AG NU, 61^e sess, Doc NU A/Res/61/106 (13 décembre 2006), en ligne : <http://www.un.org/french/disabilities/default.asp?id=1413>.

¹⁶ *Baker c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 RCS 817 au para 70.

L'article 12 est intitulé « Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité »¹⁷. Le paragraphe 2 se lit comme suit :

2. Les États Parties reconnaissent que les personnes handicapées jouissent de la capacité juridique dans tous les domaines, sur la base de l'égalité avec les autres.

De plus, le concept de prise de décisions assistée est reconnu à l'article 12 :

3. Les États Parties prennent des mesures appropriées pour donner aux personnes handicapées accès à l'accompagnement dont elles peuvent avoir besoin pour exercer leur capacité juridique.

Enfin, les garanties visant à prévenir d'éventuels abus au regard de la prise de décisions assistée sont également reconnues :

4. Les États Parties font en sorte que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique soient assorties de garanties appropriées et effectives pour prévenir les abus, conformément au droit international des droits de l'homme. Ces garanties doivent garantir que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique respectent les droits, la volonté et les préférences de la personne concernée, soient exemptes de tout conflit d'intérêt et ne donnent lieu à aucun abus d'influence, soient proportionnées et adaptées à la situation de la personne concernée, s'appliquent pendant la période la plus brève possible et soient soumises à un contrôle périodique effectué par un organe indépendant et impartial ou une instance judiciaire. Ces garanties doivent également être proportionnées au degré auquel les mesures devant faciliter l'exercice de la capacité juridique affectent les droits et intérêts de la personne concernée.

VI. SUGGESTIONS DE PRATIQUES

Les suggestions ci-dessous pourraient aider l'avocat à déterminer la capacité du client, en gardant à l'esprit que l'avocat doit respecter l'autonomie du client dans la mesure du possible.

¹⁷ CDPH, *supra* note 15.

- *Répétition*

Les avocats sont souvent appelés à répéter leur évaluation juridique d'une situation à un client. Par exemple, le client peut être bouleversé ou ne pas bien connaître le système de justice. Dans le même ordre d'idées, il peut être nécessaire de prendre le temps d'expliquer la situation plus d'une fois à une personne ayant une déficience intellectuelle qui apprend différemment. L'avocat qui procède de cette manière est plus susceptible de développer d'autres façons plus efficaces de communiquer avec le client et de permettre à celui-ci de mieux comprendre les communications.

- *Communication claire et pertinente*

Certaines personnes apprennent différemment, tandis que d'autres s'expriment différemment. Le client peut prendre du temps à répondre aux questions complexes, ou ne pas répondre dans l'ordre que prévoit l'avocat. Cependant, si on lui demande d'indiquer pourquoi il est venu consulter un avocat, ce qu'il espère obtenir, ou quel est le problème, il se peut que le client donne des réponses avec une intégrité interne suffisante pour que l'avocat puisse conclure que le client comprend les renseignements pertinents et les conséquences prévisibles de différentes options.

- *Une enquête sur des tâches particulières*

Il s'agit d'un principe très important qui est souvent oublié. Une personne peut avoir la capacité de prendre certaines décisions, mais pas d'autres.

- *Ne pas évaluer les connaissances antérieures*

L'avocat n'évalue pas les connaissances antérieures du client, mais veut plutôt savoir si le client a une compréhension suffisante pour saisir les renseignements pertinents et l'effet de la décision qu'il prend.

- *Évaluez vos propres hypothèses au sujet des handicaps*

Plusieurs d'entre nous avons des hypothèses stéréotypées qui persistent au sujet des handicaps. Par exemple, il est souvent tenu pour acquis que les personnes ayant des troubles de communication n'ont pas une capacité mentale ordinaire. Une hypothèse particulièrement courante veut qu'une personne ayant un problème de santé mentale n'ait pas la capacité nécessaire pour prendre toutes sortes de décisions. De telles hypothèses, ainsi que des hypothèses similaires, ne sont ni acceptables sur le plan des relations humaines ni moralement ou juridiquement valides.

- *Degrés d'aisance du client et mesures d'accommodement appropriées*

Nous sommes tous mieux en mesure de penser lorsque nous nous sentons à l'aise dans notre milieu et que nous avons établi un rapport avec la personne à laquelle nous nous adressons. Si l'avocat a des préoccupations concernant la capacité du client handicapé, il peut être utile de s'assurer que celui-ci se sent à l'aise dans le bureau de l'avocat. Il est aussi conseillé de parler au client de son handicap et de lui demander s'il a besoin de mesures d'accommodement supplémentaires ou différentes. L'article d'ARCH intitulé « Prestation de services juridiques aux personnes handicapées », qui est le chapitre 2 du présent guide d'introduction, pourrait être utile à cet égard.

- *Perte de capacité épisodique*

Un client peut perdre sa capacité en raison d'un revers de santé important ou d'une blessure. Dans un tel cas, l'avocat est confronté au dilemme de ne plus pouvoir recevoir d'instructions du client dans le cadre d'un dossier actif. L'avocat peut espérer que le client ait prévu une procuration pour une telle éventualité. Lorsque le client a indiqué qu'il a un handicap épisodique menant à des périodes d'incapacité intermittentes, il est conseillé d'établir

un plan à cet égard. L'avocat doit songer aux mesures qui devraient être prises pour s'assurer qu'il y a quelqu'un qui puisse lui donner des instructions, même en cas d'incapacité périodique.

- *Dossier des délibérations*

Il est important de tenir des dossiers détaillés des évaluations juridiques difficiles. La décision quant à savoir si une personne a ou non la capacité nécessaire pour prendre certaines décisions ou pour mandater un avocat est l'une de ces évaluations difficiles. Il est important que l'avocat conserve au dossier des notes détaillées sur les conversations ou autres faits sur lesquels s'est fondée l'évaluation selon laquelle le client n'a pas la capacité voulue. Il est habituellement recommandé de demander à un membre du personnel de soutien ou à un autre avocat d'assister aux réunions avec un client qui pourrait être incapable pour enregistrer ce qui est dit et pour offrir un deuxième avis sur la capacité du client de mandater un avocat.

- *Deuxièmes avis*

Il est parfois préférable que l'avocat effectue son évaluation de la capacité du client ensemble avec un collègue qui est invité à l'entrevue avec le consentement du client. À défaut, selon les circonstances, vous pourriez songer à retenir les services d'un professionnel pour qu'il effectue l'évaluation de la capacité.

VII. INTRODUCTION D'UNE INSTANCE

A. Délégation de pouvoir en vertu du Code des droits de la personne

Le paragraphe 34(5) du *Code des droits de la personne* prévoit qu'une personne ou un organisme autre que la personne qui aurait été victime de discrimination peut présenter une requête au nom de celle-ci auprès du Tribunal des droits de la personne de l'Ontario¹⁸.

Le Tribunal des droits de la personne de l'Ontario a eu l'occasion d'examiner une solution de rechange à la décision de déclarer une personne incapable de présenter une requête fondée sur les droits de la personne. Dans la décision provisoire qu'il a rendue dans l'arrêt *Lynn Korevar on behalf of Barbara Kacan v. Ontario Public Service Employees Union*¹⁹, le Tribunal a eu l'occasion d'examiner les répercussions du paragraphe 34(5) du *Code des droits de la personne*.

Pour que le paragraphe 34(5) puisse s'appliquer, une personne handicapée doit avoir la capacité de présenter une requête, de déléguer le pouvoir de présenter la requête et de mettre fin à la requête. Les autres étapes du processus, telles que le déroulement du litige, incombent au délégataire. Le Tribunal a déclaré ce qui suit :

« [...] la législature doit avoir eu l'intention de faire en sorte que le rôle de la personne qui présente une requête au nom d'une autre soit différent de celui d'un représentant [...] le paragraphe 34(5) a pour objet de favoriser l'accessibilité des procédures prévues par le Code. Il permet à une personne de déléguer à une autre personne ou à un organisme la capacité de prendre en son nom les mesures nécessaires dans le cadre du processus du Tribunal [...] »²⁰ [notre traduction].

Puisque la personne ayant été victime de discrimination doit avoir la capacité très élémentaire de présenter une requête, de déléguer le pouvoir de présenter une requête et de retirer une requête, il est aussi important que la personne

¹⁸ *Code des droits de la personne*, LRO 1990, c H-19.

¹⁹ *Kacan v Ontario Public Service Employees Union*, 2010 HRTO 795 (CanLII).

²⁰ *Ibid* aux para 9-14.

handicapée et son délégué prennent conjointement des décisions si la situation l'exige.

B. Tuteurs à l'instance

En Ontario, si un adulte est déclaré incapable de saisir les tribunaux, la règle 38 des *Règles de procédure civile*²¹ autorise la Cour supérieure de justice à nommer un tuteur à l'instance. Dans l'affaire *Yuill v. Canadian Union of Public Employees*²², le Tribunal des droits de la personne de l'Ontario s'est penché sur la question de savoir s'il était compétent pour nommer un tuteur à l'instance pour une personne handicapée ayant été déclarée incapable de mandater un avocat.

Après avoir consulté certaines sources, le Tribunal a conclu qu'il avait bel et bien le pouvoir de contrôler sa propre procédure en vertu de la *Loi sur l'exercice des compétences légales*²³ et du *Code des droits de la personne*. Le Tribunal a précisé ce qui suit :

À mon sens, le pouvoir de contrôler sa propre procédure que la *LECL* et le *Code* confèrent au Tribunal permet à celui-ci de nommer un tuteur à l'instance chargé de représenter une personne frappée d'incapacité juridique lorsque la personne visée est disposée à agir à ce titre. La nomination d'un tuteur à l'instance chargé de prendre des décisions au nom d'une personne handicapée dans le cadre du processus du Tribunal est une question de procédure qui relève de sa compétence. Bien que peu de choses aient été écrites sur la question, mon interprétation des pouvoirs de procédure du Tribunal est soutenue par les valeurs énoncées dans la *LECL*, la jurisprudence de la Colombie-Britannique, la jurisprudence et les règles d'autres tribunaux administratifs, le *Code* et le droit international²⁴ [notre traduction].

²¹ *Loi sur les tribunaux judiciaires*, RRO 1990, Règlement 194, r 38.

²² *Yuill v Canadian Union of Public Employees*, 2011 HRTO 126 (CanLII).

²³ *Loi sur l'exercice des compétences légales*, LRO 1990, c S.22.

²⁴ *Yuill v Canadian Union of Public Employees*, 2011 HRTO 126 (CanLII) au para 11.

D'autres tribunaux administratifs ont aussi décidé qu'ils avaient le pouvoir de nommer des tuteurs à l'instance chargés d'agir au nom de personnes handicapées ayant été déclarées incapables²⁵.

VIII. CONCLUSION

Les principes de base suivants peuvent aider l'avocat à prendre une décision concernant la capacité d'un client :

- Il est présumé que le client a la capacité de mandater un avocat.
- La relation entre l'avocat et le client ne change pas en raison d'un handicap. Les principes de base de la relation de mandataire et de l'autonomie du client s'appliquent, que le client soit handicapé ou non²⁶.

Le professeur Archibald Kaiser identifie certains objectifs possibles pour l'intervenant qui traite de questions touchant les personnes handicapées : améliorer l'autonomie du client, y compris la liberté de faire des choix; aider les clients à développer des aptitudes d'autonomie sociale; aider les clients à vivre leur vie avec la plus grande autonomie possible; contribuer à l'autonomisation des clients dans leurs relations, dans leurs collectivités et en ce qui concerne leur accès aux ressources; promouvoir le respect des droits, des libertés, de la dignité et de la valeur de la personne ou du groupe auquel il fournit des services; s'assurer que les droits du client prévus par la loi et ses droits de la personne

²⁵ Voir, par exemple : Tess Sheldon et Ivana Petricone, *Addressing the Capacity of Parties Before Ontario's Administrative Tribunals: Promoting Autonomy and Preserving Fairness* (octobre 2009), en ligne : ARCH Disability Law Centre <<http://www.archdisabilitylaw.ca/?q=addressing-capacity-parties-ontario%E2%80%99s-administrative-tribunals-respecting-autonomy-protecting-fairne>>.

²⁶ Phyllis Gordon, « Notes on Capacity to Instruct Counsel » dans *Disability Law Primer* (Toronto, ARCH Disability Law Centre, 2003), en ligne : ARCH Disability Law Centre <<http://www.archdisabilitylaw.ca/?q=cle-disability-law-primer-continuing-legal-education-program-ontario-lawyers>>.

sont reconnus et protégés; faciliter l'accès à la justice; promouvoir l'égalité des intérêts des personnes handicapées; aider les clients à recevoir des soins de santé et des services sociaux et à obtenir une assurance privée; aider les clients à obtenir les mesures de soutien et les traitements les moins coûteux, les moins restrictifs et les moins intrusifs dans les circonstances; protéger les clients contre les abus, la violence et l'exploitation de nature financière, physique, sexuelle ou psychologique; lutter contre les stéréotypes, les préjugés et les stigmates associés au handicap; se pencher sur les effets négatifs de la pauvreté et promouvoir un niveau de vie adéquat; promouvoir l'inclusion sociale en tentant d'assurer un accès à l'environnement physique, social, économique et culturel; éliminer les obstacles qui nuisent à une participation pleine et efficace dans la société²⁷.

Les objectifs énoncés ci-dessus illustrent l'importance de l'évaluation de la capacité effectuée par l'avocat.

Afin que les personnes handicapées puissent être pleinement reconnues comme membres autonomes, indépendants et à part entière de notre société, l'avocat doit être conscient du fait que les gens peuvent s'exprimer, penser ou agir différemment, ou prendre des décisions avec lesquelles un avocat n'est pas d'accord. Il faut que l'avocat trouve un moyen d'ignorer les stéréotypes et d'évaluer la capacité du client avec un esprit ouvert, sachant qu'une personne handicapée n'est pas incapable du seul fait qu'elle est différente. Sauf preuve du contraire, le client est toujours présumé capable.

Toute mesure qui enlève au client sa capacité de prendre des décisions pour lui-même ne devrait être prise que dans les cas les plus évidents et exceptionnels, lorsqu'il n'y a tout simplement aucune autre façon de procéder. Avant de songer à une telle mesure, l'avocat doit faire tout son possible pour travailler avec le

²⁷ H. Archibald Kaiser, *Advocacy for Persons With a Mental Illness: Overcoming the Problems: Proceedings of the Osgoode National Symposium on Mental Health Law*, Toronto (25 novembre 2009), onglet 6.

client et fournir toutes les mesures d'accommodement appropriées afin d'améliorer la capacité du client de prendre des décisions.



Chapitre 5

Protection des droits des personnes ayant un mandataire spécial

**Edgar-André Montigny, avocat à l'interne, ARCH Disability Law
Centre
Septembre 2013**

**À jour en septembre 2013. Il est recommandé à quiconque souhaite se
fonder sur le présent document d'effectuer ses propres recherches pour
obtenir les mises à jour de la législation et de la jurisprudence.**

TABLE DES MATIÈRES

I.	INTRODUCTION	2
II.	PRISE DE DÉCISIONS AU NOM D'AUTRUI	4
A.	Nomination d'un mandataire spécial	5
B.	Procurations relatives aux biens et au soin de la personne	6
C.	Tuteurs aux biens et à la personne	9
1.	Tuteurs aux biens	9
2.	Tuteurs à la personne	14
3.	Pouvoirs, fonctions et obligations des tuteurs	14
4.	Qualités des tuteurs	18
D.	Le client a-t-il un procureur ou un tuteur?	18
III.	La personne en tutelle peut-elle mandater un avocat?	19
A.	Questions éthiques liées à la détermination de la capacité de donner des instructions	21
B.	Communication avec les tuteurs	23
IV.	PROTECTION DES DROITS DES CLIENTS EN TUTELLE	26
A.	Répondre aux préoccupations des clients sans mettre fin à la tutelle	26
1.	Lorsque le Bureau du Tuteur et curateur public est le tuteur légal aux biens	27
2.	Tuteurs légaux (autres que le TCP)	28
3.	Tuteurs nommés par le tribunal	28
B.	Mainlevée d'une tutelle	32
1.	Destitution d'un tuteur légal (TCP ou autre)	32
2.	Mainlevée d'une tutelle d'origine judiciaire	34
V.	ÉVALUATIONS DE LA CAPACITÉ	40
A.	Qui devrait préparer l'évaluation?	42
B.	Qui paie l'évaluation?	43
C.	Préparation du client à l'évaluation	44
D.	Conseils sur les droits	45
VI.	CONCLUSION : AUTRES QUESTIONS	45
A.	Réaffirmation de l'autonomie	45
B.	Futures incapacités	46

I. INTRODUCTION

Le présent chapitre traite des situations dans lesquelles la capacité est au cœur des questions juridiques à l'égard desquelles un client demande de l'aide, telles que la défense, la protection ou le rétablissement de la capacité du client de prendre des décisions après avoir été déclaré incapable, ou le règlement des

différends se rapportant aux mesures prises par un tuteur ou autre mandataire spécial¹. Le présent document ne se penche pas sur le processus de déclaration d'incapacité d'une personne². Il met plutôt l'accent sur les questions relatives à l'aide fournie à un client qui a déjà été déclaré incapable et qui a un mandataire spécial. Pour des renseignements plus généraux sur la défense de la capacité, l'évaluation de la capacité de mandater un avocat et les mesures d'accommodement visant les clients ayant des problèmes de capacité, veuillez consulter le chapitre 4 intitulé « Capacité de mandater un avocat : promouvoir, respecter et faire valoir l'autonomie de décision » du présent guide d'introduction sur le droit des personnes handicapées.

Le présent chapitre offre un aperçu de base du régime de prise de décisions au nom d'autrui créé par la *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui* (LPDNA). Il décrit les types de mandataires spéciaux et la façon dont ils acquièrent l'autorisation légale de prendre des décisions pour un « incapable ». Le chapitre décrit brièvement les diverses questions auxquelles sont confrontées les personnes ayant un mandataire spécial et propose des options visant à faciliter le traitement de ces questions d'une manière qui protège les droits des personnes ayant des problèmes de capacité et qui favorise leur autonomie dans la mesure du possible. Il s'agit d'un domaine complexe du droit. Le présent chapitre ne se veut pas un guide complet ou détaillé sur toutes les questions qui puissent survenir. Il ne fait ressortir que les questions clés à examiner et constitue un point de départ pour les recherches que les avocats et les défenseurs effectuent sur les questions particulières auxquelles leurs clients sont confrontés.

¹ Les commentaires de plusieurs personnes ont été utiles pour la rédaction du présent document. Les contributions de Kerri Joffe et de Jan Goddard ont été particulièrement utiles.

² Les façons les plus courantes de faire déclarer une personne incapable sont les suivantes : a) par un psychiatre, après une évaluation en vertu de la *Loi sur la santé mentale*; b) après une évaluation de la capacité par un évaluateur de la capacité désigné (Voir aussi l'article 16 de la *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui*. La Loi prévoit que les particuliers peuvent signaler au Tuteur et curateur public, à des fins d'enquête, une personne qui, selon eux, est incapable et risque de subir un préjudice); c) par la Cour supérieure de justice en vertu de la *Loi sur la prise de décisions au nom d'autrui*.

II. PRISE DE DÉCISIONS AU NOM D'AUTRUI

Le régime de prise de décisions au nom d'autrui est un régime juridique qui confère à certaines personnes le droit de prendre certains types de décisions au nom d'une autre personne qui a été déclarée incapable de (ou inapte à) prendre de telles décisions. En Ontario, la *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui*³ est le principal texte législatif en la matière. Elle décrit notamment :

- a) les circonstances dans lesquelles une personne peut être déclarée incapable;
- b) la procédure à suivre pour évaluer la capacité d'une personne;
- c) les divers types de mandataires spéciaux;
- c) la procédure de nomination d'un mandataire spécial;
- d) les pouvoirs et obligations des mandataires spéciaux;
- e) la procédure à suivre pour mettre fin à une tutelle ou destituer un mandataire spécial.

Il importe de souligner qu'il y a une différence importante entre la prise de décisions *au nom d'autrui* et la prise de décisions *assistée*⁴. La distinction clé réside dans le fait que la prise de décisions assistée aide une personne à prendre des décisions pour elle-même. La prise de décisions assistée est un type d'accommodement qui renforce et protège la capacité d'une personne de prendre des décisions, lui permettant ainsi de conserver son autonomie de décision. La prise de décisions au nom d'autrui enlève le pouvoir de décision à l'« incapable ». Dès qu'un mandataire spécial est nommé pour prendre certains types de décisions pour un incapable, celui-ci ne peut plus prendre ces décisions pour lui-même et les faire reconnaître par la loi.

³ *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui*, LO 1992, c 30. Voir D'Arcy Hiltz et Anita Szigeti, *A Guide to Consent and Capacity Law in Ontario*, Lexis Nexis, 2012 aux pp 23-163.

⁴ La prise de décisions assistée est décrite en plus de détails dans le chapitre intitulé « Capacité de mandater un avocat » du présent guide d'introduction sur le droit des personnes handicapées.

A. Nomination d'un mandataire spécial

Il y a deux façons de nommer un mandataire spécial. L'une permet à une personne de désigner son mandataire spécial, l'autre permet d'imposer un mandataire spécial à une personne, avec ou sans son apport. Une personne peut utiliser une procuration pour nommer la personne de son choix afin que celle-ci prenne en son nom des décisions concernant soit ses biens, soit le soin de sa personne, dans l'éventualité où elle deviendrait incapable de prendre ces décisions pour elle-même⁵. Lorsqu'une personne n'a pas choisi de mandataire spécial pour elle-même, un tuteur aux biens ou à la personne peut être nommé pour elle par la Cour supérieure de justice; un tuteur aux biens peut aussi être nommé dans le cadre de diverses procédures décrites dans des lois telles que la *Loi sur la santé mentale*⁶ ou la *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui*. La *Loi sur le consentement aux soins de santé* prévoit une hiérarchie de personnes qui peuvent donner ou refuser leur consentement au traitement au nom d'une personne dans certaines circonstances⁷.

⁵ La procuration relative aux biens peut prendre effet à tout moment que choisit le mandant. Il n'est pas nécessaire que le mandant soit déclaré incapable pour que le procureur puisse exercer les pouvoirs conférés par le document de procuration, sauf si ce document prévoit expressément que la procuration ne prend effet que lorsque le mandant a été déclaré incapable de prendre des décisions concernant ses biens. Les procurations relatives au soin de la personne ne prennent effet que lorsque le mandant a été déclaré incapable de prendre des décisions concernant le soin de sa personne.

⁶ *Loi sur la santé mentale*, LRO 1990, c M.7. Voir D'Arcy Hiltz et Anita Szigeti, *A Guide to Consent and Capacity Law in Ontario*, Lexis Nexis, 2012 aux pp 279-418.

⁷ *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*, LO 1996, c 2, art 20. Voir aussi le commentaire dans D'Arcy Hiltz et Anita Szigeti, *A Guide to Consent and Capacity Law in Ontario*, Lexis Nexis, 2013 aux pp 184 et 185 pour de plus amples détails.

B. Procurations relatives aux biens et au soin de la personne⁸

Une personne peut accorder une procuration relative aux biens (finances) ou au soin de la personne à une autre personne en qui elle a confiance et à qui elle veut confier la tâche de prendre certaines décisions en son nom. Le procureur aux biens peut prendre des décisions se rapportant à la situation financière d'une personne. D'habitude, le procureur aux biens surveille le revenu d'une personne, gère ses placements, entretient ses biens réels et s'assure que les factures du mandant sont réglées, sous réserve de toute restriction ou limitation décrite par le mandant dans le document de procuration.

Le procureur au soin de la personne peut prendre des décisions concernant le lieu où habite une personne, le type de soins médicaux ou physiques qu'elle reçoit, la question de savoir si le mandant doit être placé dans un établissement de soins de longue durée, ainsi que l'organisation de base des activités quotidiennes et des affaires personnelles du mandant⁹.

La procuration relative aux biens peut prendre effet dès qu'elle est signée, sauf si le document contient des instructions particulières concernant le moment où elle prend effet, les circonstances dans lesquelles elle prend effet, ainsi que sa durée. Cependant, lorsque la procuration vise de futures incapacités, il arrive souvent que le document de procuration prévoie que la procuration ne prend effet qu'après que le mandant a été déclaré incapable de prendre des décisions concernant ses biens. À cette fin, le document doit indiquer qu'il s'agit d'une

⁸ Les procurations peuvent soulever de nombreuses questions complexes. Le présent document offre une introduction de base très générale sur le sujet. Pour des détails plus précis, voir Ian Hull, *Power of Attorney Litigations*, CCH Canada Limited, 2000; Association du Barreau de l'Ontario, « Powers of Attorney: A Practitioner's Tool Kit » (6 octobre 2005); Jasmine Sweatman, *Guide to Powers of Attorney*, Canada Law Book, 2002; Jordan Atkin, « Practice Gems: Drafting and Administering Powers of Attorney for Personal Care and Property; Avoiding the Pitfalls », Barreau du Haut-Canada (26 septembre 2010).

⁹ Pour de plus amples détails, voir Jasmine Sweatman, *Guide to Powers of Attorney*, Canada Law Book, 2002, ch 4 aux pp 97-155.

« procuration perpétuelle », puisque seule une « procuration perpétuelle » peut survivre à l'incapacité du mandant¹⁰.

Il est plus difficile de prévoir exactement quand le procureur au soin de la personne doit commencer à prendre des décisions relatives au soin de la personne ou des décisions médicales au nom du mandant. La procuration relative au soin de la personne doit en fait être considérée comme un document réactif. Dans la plupart des cas, un professionnel de la santé ayant conclu que le mandant n'est plus capable de prendre une décision particulière concernant son traitement demandera au procureur au soin de la personne de prendre cette décision. Dans d'autres cas, l'art. 49 de la LPDNA s'applique de manière à permettre au procureur au soin de la personne de prendre des décisions particulières dès qu'il a des motifs raisonnables de croire que le mandant est incapable de prendre ces décisions. Souvent, on s'attend à ce que le procureur assume la responsabilité de prendre certaines décisions en l'absence d'une déclaration officielle selon laquelle le mandant est incapable de prendre des décisions relatives au soin de sa personne¹¹.

Dans tous les cas, il est nécessaire d'examiner les dispositions de la LPDNA pour décider si un document particulier est une procuration valide et pour déterminer la date de prise d'effet du document, les pouvoirs qu'il confère au procureur et les restrictions, s'il y a lieu, qui peuvent être apportées aux pouvoirs du procureur¹².

Les procurations ont l'avantage d'être contrôlées par le mandant. Tant qu'une personne comprend ce que c'est que de donner à une autre personne le pouvoir de prendre certains types de décisions pour elle et qu'elle a une compréhension de base de la nature et de l'étendue de ses biens, elle est fort probablement

¹⁰ Voir *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui*, LO 1992, c 30, art 7(1).

¹¹ Voir *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui*, LO 1992, c 30, art 49(1). Pour de plus amples détails, voir Barreau du Haut-Canada, « The Annotated Power of Attorney for Personal Care » (1^{er} mars 2005).

¹² Voir *Loi sur les procurations*, LO 1990, c P-20.

capable d'accorder et de révoquer une procuration¹³. Même si une personne n'est pas capable de prendre les types de décisions qu'elle demande au procureur de prendre en son nom, il se peut qu'elle soit encore capable de décider qui devrait prendre ces décisions pour elle. Il se peut aussi qu'elle demeure capable de révoquer une procuration ou de décider qu'elle préférerait qu'une autre personne prenne des décisions pour elle. Par exemple, il se peut qu'une personne n'ayant pas la capacité de gérer ses biens soit encore capable de révoquer une procuration et de nommer un nouveau procureur aux biens¹⁴.

Puisque le mandant peut choisir la personne à laquelle il accorde une procuration, il est tenu pour acquis que la personne choisie a la confiance du mandant et que le procureur est disposé à travailler en collaboration avec le mandant pour le soutenir et le protéger. Par conséquent, la personne qui accorde une procuration peut exercer un certain contrôle sur la personne qui prendra des décisions pour elle en cas d'incapacité, voire destituer un procureur dont elle n'est plus satisfaite – pourvu qu'elle demeure capable de le faire¹⁵.

Cela ne veut pas dire qu'il n'y a jamais de problèmes lorsqu'un procureur aux biens ou au soin de la personne prend des décisions au nom d'une personne déclarée incapable de prendre ces décisions pour elle-même. Le procureur contrôle l'argent et les biens d'une personne. Il peut facilement y avoir abus de pouvoir. À moins qu'une personne ne soit capable de révoquer une procuration, il peut être difficile de contrôler les abus d'un procureur sans qu'il n'y ait de litiges complexes et coûteux.

Aucun organisme central ne conserve un répertoire des documents de procuration. Il incombe à chaque personne de tenir un dossier de toute procuration qu'elle peut avoir accordée ou révoquée. Si un client ne peut se rappeler s'il a accordé une procuration à quelqu'un, il se peut qu'il ne soit pas

¹³ Voir *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui*, LO 1992, c 30, art 8(1).

¹⁴ Voir *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui*, LO 1992, c 30, art 8.

¹⁵ *Ibid.*

possible de confirmer s'il existe ou non une procuration valide, à moins que le procureur ne se fasse connaître. De plus, il n'est pas nécessaire que la personne nommée procureur dans un document consente à sa nomination. Par conséquent, il est possible qu'une personne nommée procureur aux biens ou au soin de la personne ne sache même pas qu'elle a été ainsi nommée. Si le procureur aux biens est actif, il se peut que la banque du client puisse le confirmer.

C. Tuteurs aux biens et à la personne

Si une personne déclarée incapable n'a pas, avant de devenir incapable, accordé de procuration, un tuteur est habituellement nommé pour elle¹⁶.

En vertu de la LPDNA, il y a deux types de tuteurs :

- 1) les tuteurs aux biens;
- 2) les tuteurs à la personne.

Bien que le présent document ne traite pas en détail des processus de détermination de la capacité d'une personne, il est utile de décrire brièvement les différents types de tuteurs et la façon dont les tuteurs obtiennent l'autorisation de prendre des décisions au nom d'une autre personne.

1. Tuteurs aux biens

Il y a deux types de tuteurs aux biens.

- 1) Les tuteurs légaux aux biens :

¹⁶ Cela ne veut pas dire qu'il est inutile d'examiner la question de savoir si un client en tutelle légale pourrait ne pas être en mesure de nommer un procureur.

- la tutelle peut être détenue par le Bureau du Tuteur et curateur public (TCP);
- sur demande du TCP, la tutelle peut être transférée par le TCP à un membre de la famille.

2) Les tuteurs aux biens nommés par le tribunal.

a. Tuteurs légaux : Bureau du Tuteur et curateur public

En vertu de l'article 16 de la LPDNA, le Bureau du Tuteur et curateur public est le tuteur légal aux biens par défaut d'une personne déclarée incapable de gérer ses biens si aucun autre mandataire spécial, comme un procureur aux biens, n'est déjà en place. Le TCP assumera le contrôle de tous les actifs financiers et autres biens et en assurera la gestion au nom de l'« incapable »¹⁷. Chaque « client » est jumelé à un représentant du client avec lequel il peut communiquer. Les clients reçoivent régulièrement des rapports comptables. Le TCP perçoit des frais auprès des clients pour ces services de gestion des biens¹⁸.

b. Tuteurs légaux autres que le Bureau du Tuteur et curateur public

Les membres de la famille d'un incapable sous le contrôle du TCP (ou, dans certains cas, une société de fiducie) peuvent demander d'être nommés tuteur légal par le TCP et de remplacer essentiellement le TCP en qualité de tuteur aux biens de l'incapable. Il est supposé que le lien de parenté améliore la confiance et la communication entre les parties. Il est aussi supposé que les membres de la famille seront plus attentifs aux besoins de l'incapable. Par ailleurs, les tuteurs

¹⁷ J'emploie le terme « incapable » pour désigner un client ou une personne ayant un tuteur ou un mandataire spécial. Je mets le terme entre guillemets, puisqu'une personne peut être officiellement ou légalement incapable même si elle n'est plus réellement incapable. Ainsi, bien que le terme « incapable » puisse correspondre à son statut juridique, il ne correspond pas nécessairement à la réalité des faits.

¹⁸ Voir Bureau du Tuteur et curateur public, « La prestation de services de tutelle relative aux biens : Le rôle du Bureau du Tuteur et curateur public », 2013, en ligne : <http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/family/pgt/roleinguardianservices.pdf>.

légaux enlèvent au TCP la responsabilité de gérer les affaires de l'incapable au moyen d'un personnel professionnel salarié. Bien qu'ils aient droit à une certaine rémunération¹⁹, les tuteurs légaux sont essentiellement des bénévoles qui ne constituent pas une charge pour les fonds publics.

En vertu du par. 17(1) de la LPDNA, l'une ou l'autre des personnes suivantes peut demander d'être nommée tuteur légal pour remplacer le TCP en qualité de tuteur aux biens :

- le conjoint ou le partenaire de l'incapable;
- un parent de l'incapable;
- le procureur constitué en vertu d'une procuration perpétuelle de l'incapable (si la procuration a été donnée avant la délivrance du certificat d'incapacité et ne confère pas au procureur de pouvoir sur tous les biens de l'incapable);
- une société de fiducie au sens de la *Loi sur les sociétés de prêt et de fiducie* (si l'incapable a un conjoint ou un partenaire qui consent par écrit à la demande).

Les tuteurs légaux éventuels doivent se soumettre à un processus de demande pour permettre au TCP de déterminer leur admissibilité au poste et d'étudier toute possibilité de conflit d'intérêts. Ils doivent présenter un plan de gestion dans le cadre de leur demande. Le TCP exige des frais pour le traitement des demandes.

Le TCP peut refuser d'accepter une demande s'il estime que l'auteur de la demande est inapte pour quelque raison que ce soit. En vertu du paragraphe 18(3) de la LPDNA, il doit motiver son refus par écrit et l'auteur de la demande peut contester la décision devant la Cour supérieure de justice.

¹⁹ Voir *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui*, art 40.

Une fois nommé, le tuteur légal est assujéti aux obligations décrites dans la LPDNA – notamment les obligations fiduciaires – et à la surveillance du TCP.

c. Tuteurs nommés par le tribunal

Les tuteurs aux biens peuvent être nommés par la Cour supérieure de justice. Dans la plupart des cas, les tuteurs nommés par la Cour supérieure sont des membres de la famille de l'incapable. Dans certains cas, le TCP peut être nommé par le tribunal à titre de tuteur. Tous les procureurs aux biens et tuteurs aux biens sont assujétiés aux mêmes règles en vertu de la LPDNA.

La tutelle d'origine judiciaire peut permettre au tuteur d'exercer un degré de contrôle élevé sur un incapable. Cela est particulièrement vrai lorsque le tuteur se voit accorder des pouvoirs de décision se rapportant tant à la gestion des biens qu'au soin de la personne (voir ci-dessous). Bien que le tribunal puisse limiter la portée des pouvoirs du tuteur, dans la plupart des cas, le tribunal permet au tuteur d'exercer un contrôle global sur tous les aspects de la gestion des biens et du soin de la personne, ou de l'un de ces éléments. Bien que les tuteurs nommés par le tribunal doivent toujours prendre des décisions conformément aux règles énoncées dans la LPDNA et soient tenus de respecter un plan de gestion approuvé par le tribunal, ils sont très peu supervisés.

Pour être nommé tuteur ou pour qu'une autre personne soit nommée tuteur, il faut présenter à la Cour supérieure de justice une demande visant à obtenir une ordonnance selon laquelle la personne en cause est incapable de gérer ses biens ou le soin de sa personne (ou les deux) et nommant l'auteur de la demande tuteur aux biens ou au soin de la personne. L'auteur de la demande doit présenter des éléments de preuve démontrant que la personne pour laquelle la tutelle est demandée est réellement incapable de prendre les décisions pertinentes elle-même et qu'un tuteur est nécessaire pour protéger cette

personne contre tout préjudice²⁰. Aux termes du paragraphe 22(3) de la LPDNA, le tribunal ne doit pas nommer de tuteur s'il existe une ligne de conduite qui permettra de satisfaire à la nécessité de prendre des décisions, qui n'exige pas que le tribunal constate que la personne est incapable de gérer ses biens ou le soin de sa personne et qui est moins contraignante que la nomination d'un tuteur en ce qui a trait aux droits qu'a la personne de prendre des décisions.

Il faut signifier les documents de la motion aux membres de la famille de l'« incapable » et leur permettre de participer au processus judiciaire s'ils le désirent²¹. Le TCP est une partie « légale » à l'instance et doit recevoir signification des documents. Le TCP peut jouer un rôle assez passif dans l'instance judiciaire. Cependant, le TCP envoie habituellement une lettre au requérant et au tribunal pour les informer de son opinion fondée sur l'examen des documents présentés au tribunal²². Le TCP demande habituellement au tribunal de rendre une ordonnance exigeant que le requérant paie des frais de 250 \$ au TCP pour l'examen du dossier.

Sauf en cas d'opposition formelle à la nomination d'un tuteur, soit en raison de préoccupations relatives à l'aptitude du requérant à devenir tuteur ou de doutes concernant la nécessité d'un tuteur, le tribunal se fonde généralement sur la véracité des déclarations que le requérant lui a faites. Bien que chaque juge ait sa propre approche, lorsque la demande de tutelle n'est pas contestée, il n'est pas rare qu'un tuteur soit nommé sans que le tribunal ait examiné attentivement le dossier.

Le processus de nomination par le tribunal est souvent choisi lorsqu'une personne a été blessée et reçoit le produit d'un règlement d'assurance ou d'un autre règlement financier, ou lorsqu'un tel règlement est prévu. Les familles se tournent aussi vers les tribunaux lorsque surviennent des conflits entre les

²⁰ Pour plus de détails, voir *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui*, partie III.

²¹ Voir *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui*, art 69(6).

²² Voir *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui*, art 69(1) et (3).

membres de la famille au sujet des mesures prises par un procureur aux biens, ou en cas de différend quant à savoir quel membre de la famille devrait devenir tuteur. Vu les coûts associés au recours aux tribunaux pour la nomination d'un tuteur, un tel processus n'est généralement choisi que si des sommes importantes doivent être gérées au nom d'un incapable ou qu'un tuteur à la personne est nécessaire. Autrement, une tutelle légale peut suffire.

2. Tuteurs à la personne

En Ontario, seule la Cour supérieure de justice peut nommer un tuteur à la personne. Le TCP peut être nommé tuteur à la personne, mais seulement dans des cas exceptionnels²³. Sinon, un membre de la famille ne peut prendre que des décisions relatives au soin de la personne (autres que des décisions relatives au traitement médical et à l'admission dans un établissement de soins de longue durée) au nom d'une autre personne, s'il s'est vu accorder une procuration relative au soin de la personne par l'« incapable » alors que celui-ci était capable. Le processus relatif à la nomination d'un tuteur à la personne est décrit ci-dessus (voir Tuteurs aux biens nommés par le tribunal).

3. Pouvoirs, fonctions et obligations des tuteurs

Les tuteurs ont des obligations, qu'il s'agisse de tuteurs légaux ou de tuteurs nommés par le tribunal. Surtout, les tuteurs aux biens doivent tenir des documents financiers et rendre compte de leurs opérations visant l'actif de l'incapable. Dans le même ordre d'idées, le tuteur à la personne devrait conserver des notes détaillées sur toute autre activité exercée au nom de l'incapable. Dans la mesure du possible, le tuteur devrait aussi faire participer

²³ Le tribunal ne peut nommer le TCP à titre de tuteur en vertu de l'article 55, sauf si la requête propose le TCP comme tuteur et qu'il n'y a aucune autre personne apte qui soit disponible et disposée à être nommée. Voir *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui*, art 57(2.2).

l'« incapable » à la prise de décisions et tout faire pour promouvoir l'indépendance de cette personne²⁴.

Bien que les obligations et fonctions précises des tuteurs varient selon le type de tutelle, en règle générale, tous les tuteurs sont assujettis aux obligations décrites ci-dessous.

a. Tuteurs aux biens

La LPDNA énumère les pouvoirs et obligations des tuteurs aux biens :

- Par. 32 (1) Le tuteur aux biens est un fiduciaire qui exerce ses pouvoirs et s'acquitte de ses obligations avec diligence, avec honnêteté et intégrité et de bonne foi, dans l'intérêt de l'incapable.
- Par. 32 (2) Le tuteur explique à l'incapable en quoi consistent ses pouvoirs et ses obligations.
- Par. 32 (3) Le tuteur encourage l'incapable à participer, autant qu'il peut, aux décisions que le tuteur prend concernant ses biens.
- Par. 32 (4) Le tuteur cherche à favoriser un contact personnel régulier entre l'incapable, d'une part, et les membres de sa famille et ses amis qui le soutiennent, d'autre part.
- Par. 32 (5) Le tuteur consulte de temps à autre :
 - a) les membres de la famille et les amis de l'incapable qui le soutiennent et qui sont personnellement en contact régulier avec lui;
 - b) les personnes de qui l'incapable reçoit des soins.

²⁴ Voir *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui*, art 66(8).

- Par. 32 (6) Le tuteur tient, conformément aux règlements, des comptes de toutes les opérations effectuées relativement aux biens.
- Par. 33 (1) Le tuteur aux biens est responsable des dommages résultant d'un manquement à ses obligations.

La LPDNA énumère également les dépenses que les tuteurs aux biens doivent engager en prélevant des sommes sur les biens de l'incapable :

- Par. 37 (1)
 1. Les dépenses raisonnablement nécessaires pour les aliments, l'éducation et les soins de l'incapable.
 2. Les dépenses raisonnablement nécessaires pour les aliments, l'éducation et les soins des personnes à la charge de l'incapable.
 3. Les dépenses nécessaires pour satisfaire aux autres obligations légales de l'incapable.

b. Tuteurs à la personne

Le paragraphe 59(2) de la LPDNA dresse la liste des fonctions – décrites ci-dessous – qu'un tuteur à la personne *peut* exercer. Dans cette disposition, l'emploi du terme « *peut* » donne à penser qu'on ne peut présumer que chaque tuteur nommé par le tribunal a automatiquement le droit d'exercer chacune des fonctions qui y sont énumérées. Les fonctions précises qu'un tuteur particulier est habilité à exercer devraient être décrites dans l'ordonnance du tribunal qui nomme le tuteur.

En vertu d'une ordonnance de tutelle absolue, le tuteur peut :

- a) exercer un pouvoir de garde en ce qui concerne l'incapable en tutelle, décider des conditions relatives à son hébergement et veiller à sa protection et à sa sécurité;
- b) agir à titre de tuteur à l'instance de l'incapable, sauf à l'égard d'une instance qui a trait soit aux biens de l'incapable, soit au statut ou aux pouvoirs du tuteur;
- c) conclure des transactions à l'égard de demandes, et introduire des instances et conclure des transactions à leur égard, au nom de l'incapable, à l'exception des demandes et des instances qui ont trait soit aux biens de l'incapable, soit au statut ou aux pouvoirs du tuteur;
- d) avoir accès aux renseignements personnels, notamment aux renseignements et dossiers en matière de santé, auxquels l'incapable aurait le droit d'avoir accès s'il était capable, et consentir à leur divulgation à un tiers, sauf pour les besoins d'une instance qui a trait soit aux biens de l'incapable, soit au statut ou aux pouvoirs du tuteur;
- e) prendre, au nom de l'incapable, toute décision à laquelle s'applique la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*;
- e.1) prendre des décisions au sujet des soins de santé, de l'alimentation et de l'hygiène de l'incapable;
- f) prendre des décisions au sujet de l'emploi, de l'éducation, de la formation, de l'habillement et des loisirs de l'incapable et au sujet des services sociaux fournis à celui-ci;
- g) exercer les autres pouvoirs et s'acquitter des autres obligations précisés dans l'ordonnance.

4. Qualités des tuteurs

Qu'ils soient nommés par le tribunal ou nommés par le TCP, les tuteurs ne sont pas tenus d'avoir des qualités ou une expérience particulières se rapportant à la gestion des biens d'une autre personne ou du soin de la personne. Les tuteurs ne reçoivent pas ou presque pas de formation ou de conseils sur la façon d'exercer les pouvoirs plutôt larges qu'ils se voient conférer²⁵. Ils peuvent avoir une vaste gamme d'idées erronées au sujet de la nature et de la portée des fonctions d'un tuteur ou de la façon dont ils doivent exercer leurs responsabilités. Le tribunal et le TCP font peu pour réfuter les renseignements ou hypothèses erronés. Dans la plupart des cas, on laisse simplement les tuteurs agir comme ils l'entendent, avec peu d'orientation. Combiné au fait qu'une fois le tuteur nommé, ses actions ne sont pas ou presque pas assujetties à des contrôles efficaces, cela signifie que plusieurs « incapables » sont laissés sans protection efficace contre un tuteur négligent, maltraitant ou mal informé.

D. Le client a-t-il un procureur ou un tuteur?

Il arrive parfois qu'une personne qui demande des conseils juridiques ne soit pas certaine d'avoir un mandataire spécial. Bien que la loi exige qu'il soit donné avis d'une déclaration d'incapacité, de l'imposition d'une tutelle ou de la détermination d'une date d'audience devant la Cour supérieure pour examiner la nomination d'un tuteur, et que les tuteurs soient tenus de communiquer avec la personne dont ils ont la tutelle, certaines personnes demeurent dans le doute en ce qui a trait à leur capacité.

Si une personne est sous la tutelle du Bureau du Tuteur et curateur public, la tutelle légale d'un membre de la famille nommé par le TCP, ou une tutelle

²⁵ Le Bureau du Tuteur et curateur public offre une série de fiches d'information sur son site Web.

d'origine judiciaire, il devrait être possible de le confirmer en appelant le TCP. Conformément au Règl. de l'Ont. 99/96 pris en application de la *Loi sur la prise de décisions au nom d'autrui*, le TCP doit tenir un registre des tuteurs au soin de la personne et aux biens, y compris les tuteurs nommés par le tribunal. De tels renseignements peuvent être fournis au téléphone ou sur demande. Si une personne est en tutelle, un appel téléphonique devrait suffire pour le confirmer.

Dès qu'il est confirmé qu'une personne a été déclarée incapable de gérer le soin de sa personne ou ses biens et qu'elle est en tutelle ou a un autre mandataire spécial, il faut se poser la question suivante : est-elle capable de mandater un avocat?

III. La personne en tutelle peut-elle mandater un avocat?

Il peut être difficile pour un avocat de déterminer s'il peut effectivement répondre aux préoccupations d'une personne ayant été déclarée incapable et mise sous tutelle. Bien entendu, il faut tout d'abord se demander si le client est capable de mandater un avocat. On ne peut présumer qu'une personne déclarée incapable de prendre des décisions relatives à la gestion de ses biens ou au soin de sa personne est aussi incapable de mandater un avocat. La capacité est propre à la tâche. Il appartient à l'avocat de déterminer lui-même si le client est capable de le mandater²⁶.

Lorsqu'il s'agit d'évaluer la capacité d'une personne en tutelle de mandater un avocat, le processus est le même que pour l'évaluation de la capacité d'un client de mandater un avocat. Si la personne peut comprendre les renseignements pertinents à la prise d'une décision donnée et comprendre et saisir les

²⁶ Voir Barreau du Haut-Canada, « Capacity to Instruct Counsel », 2011.

conséquences associées au fait de prendre ou de ne pas prendre la décision, elle est capable²⁷.

L'évaluation de la capacité ne devrait pas avoir lieu en l'absence des mesures d'accommodement et de soutien nécessaires pour renforcer la capacité du client. Il n'est pas nécessaire que le client comprenne les aspects de la réalisation de son objectif qui concernent la preuve ou la procédure.

Si l'avocat a des doutes au sujet de la capacité d'une personne de donner des instructions, il peut la rencontrer à deux ou trois occasions distinctes pour confirmer que ses désirs sont toujours les mêmes et qu'elle comprend la situation dans laquelle elle se trouve. Bien qu'une personne puisse être en mesure de décrire ce qu'elle veut de façon cohérente au cours d'une visite donnée, il se peut que vous deviez vérifier davantage sa capacité de donner des instructions si ses désirs changent d'une visite à l'autre²⁸.

Si la capacité d'une personne est une question en litige relevant de la *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui*, l'article 3 de la Loi prévoit que la personne est réputée capable de retenir les services d'un avocat et de le mandater afin de défendre ses droits prévus par la LPDNA. En vertu de la Loi, il est possible de représenter une personne qui n'est pas effectivement capable de mandater un avocat. Cependant, une telle situation limiterait sérieusement la capacité de l'avocat d'aider efficacement cette personne et réduirait considérablement la portée des questions dont il pourrait traiter²⁹.

²⁷ Voir *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui*, art 6 et 45. Voir aussi le chapitre intitulé « Capacité de mandater un avocat » du présent guide d'introduction sur le droit des personnes handicapées.

²⁸ Pour de plus amples détails sur la capacité de donner des instructions et les mesures d'accommodement visant à améliorer la capacité, voir le chapitre intitulé « Capacité de mandater un avocat » du présent guide d'introduction sur le droit des personnes handicapées.

²⁹ Voir D'Arcy Hiltz et Anita Szigeti, *A Guide to Consent an Capacity Law in Ontario, 2013*, Lexis Nexis, 2012 aux pp 23-25. Aussi, pour une discussion des défis se rapportant à la présomption de capacité, voir *Banton v Banton*, [1998] OJ no 3528.

Il importe aussi de se rappeler qu'une personne peut avoir été déclarée incapable et mise en tutelle dans le passé. Malgré son statut juridique officiel d'« incapable », il se peut que, dans les faits, elle ne soit plus incapable de gérer ses biens ou le soin de sa personne.

Le fait qu'une personne soit encore légalement en tutelle ne peut être ignoré. L'existence d'un mandataire spécial peut avoir un effet sur les options dont dispose l'avocat pour donner suite aux instructions du client.

Même si une personne en tutelle est manifestement capable de mandater un avocat, il peut être difficile pour l'avocat de déterminer s'il peut effectivement traiter des questions que soulève cette personne. Certaines plaintes importantes des clients en tutelle se rapportent à des situations attribuables au fait que la personne est en tutelle et a perdu son autonomie, surtout si elle est sous la tutelle du TCP. Les questions liées à l'absence de contrôle sur la façon dont l'argent d'une personne est dépensé, sur les sommes qu'elle peut dépenser ou, dans certains cas, sur la nature de ses conditions de logement, sont toutes inhérentes au fait d'être en tutelle. À moins qu'il ne soit possible de mettre fin à la tutelle, la capacité de l'avocat de régler ces questions est limitée.

Pour d'autres questions, l'avocat doit déterminer si le client comprend et saisit les risques associés au plan d'action choisi.

A. Questions éthiques liées à la détermination de la capacité de donner des instructions

Pour l'avocat, la question de savoir s'il peut accepter des instructions d'un client en tutelle soulève des questions éthiques. Sauf preuve du contraire, l'avocat devrait partir de l'hypothèse que le client est capable de donner des instructions. Tant que le client est capable de donner des instructions, l'avocat est tenu de les suivre même s'il estime que le plan d'action choisi par le client n'est pas dans

son intérêt ou comporte des risques potentiels. Cependant, le défi consiste à déterminer si le client saisit réellement les risques associés à un plan d'action donné.

Afin de déterminer si le client connaît et saisit les risques associés au plan d'action qu'il choisit, l'avocat doit habituellement chercher à comprendre la situation actuelle du client et l'impact qu'un changement de situation pourrait avoir sur le client. Plus les risques peuvent être graves, plus l'avocat devrait déterminer si le client comprend ces risques et songer à la façon de les atténuer. L'avocat ne peut ignorer les risques potentiels ni permettre à ses propres préoccupations concernant ces risques d'influencer son jugement quant à savoir si le client comprend et saisit ces risques. Dans la mesure où le client consent à ce que l'avocat parle à d'autres personnes au sujet de sa situation, il est conseillé de recueillir les avis de personnes telles que le médecin, le travailleur social ou les autres membres de la famille du client pour obtenir le plus de renseignements possibles au sujet du client, à partir de diverses perspectives. Ces renseignements peuvent s'avérer utiles lorsqu'il s'agit d'évaluer la mesure dans laquelle le client comprend sa propre situation et les risques auxquels il peut être vulnérable.

Par exemple, bien que le client puisse très clairement exprimer son intention de faire enlever toute restriction apportée à ses dépenses par son tuteur, il se peut que des restrictions aient été établies parce que les ressources du client sont limitées ou que son comportement pourrait lui nuire. De plus, le tuteur a l'obligation de prendre des mesures pour protéger les ressources de la personne dont il a la tutelle. L'avocat devrait discuter de la situation avec le client pour confirmer que ce dernier comprend ce qu'il se passera s'il assume le contrôle de ses finances et s'il ne paie pas ses factures ou son loyer. Il pourrait aussi être nécessaire de déterminer la mesure dans laquelle le client comprend l'impact de son handicap sur sa capacité de gérer efficacement ses finances. Tant que le client comprend et accepte les conséquences éventuelles liées au fait qu'il fait

ses propres choix au sujet de ses dépenses, l'avocat devrait suivre les instructions du client et chercher à limiter ou enlever les restrictions sur les dépenses, en tentant de révoquer la procuration, de mettre fin à la tutelle ou de conclure une entente négociée avec le mandataire spécial.

Les avocats doivent aussi reconnaître que les clients peuvent osciller entre des périodes de capacité et des périodes d'incapacité. Il se peut que le client doive de nouveau faire appel au soutien d'un membre de la famille ou de son ancien tuteur dans un avenir rapproché. Le membre de la famille pourrait ne plus vouloir fournir un soutien. Il faut étudier la question avec le client et lui demander ce qu'il ferait s'il avait besoin d'aide à l'avenir et que le membre de la famille agissant actuellement à titre de tuteur n'était pas disposé à l'aider. Il faut parfois vérifier si le client réalise qu'en devenant autonome, il peut perdre tout ou partie des mesures de soutien et de protection dont il jouit actuellement. Pour qu'une personne soit capable, il faut qu'elle comprenne que l'affirmation de son autonomie de décision peut mener à d'éventuels gains ainsi qu'à d'éventuelles pertes.

S'il semble que le client ne voit que les avantages potentiels de l'élimination des restrictions sur ses actions – et non les risques potentiels – il pourrait ne pas être capable de mandater un avocat sur la question en cause. Par contre, l'avocat ne peut trop rapidement conclure que le client est incapable de donner des instructions au simple motif que les choix du client comportent des risques. En cas de doute quant à la capacité de donner des instructions, l'avocat devrait pencher en faveur de la capacité et, par la suite, continuer à évaluer régulièrement la capacité de donner des instructions.

B. Communication avec les tuteurs

Les tuteurs légaux (autres que le TCP) et les tuteurs nommés par le tribunal sont souvent de proches parents de l'incapable. Le fait qu'un parent exerce un haut

degré de contrôle sur les actions du client comporte à la fois des avantages et des risques. Souvent, les parents connaissent très bien la personne et ses besoins. Cela leur permet d'offrir les mesures de soutien nécessaires. Cependant, les membres de la famille peuvent aussi avoir une attitude paternaliste envers l'incapable et le surprotéger. Il n'est pas étonnant que les membres de la famille puissent préférer la sécurité à l'autonomie. Malheureusement, cela peut créer des tensions lorsque l'« incapable » redevient capable et cherche à réaffirmer son autonomie. Le tuteur qui craint les risques associés à l'autonomie accrue de l'incapable pourrait refuser de lui offrir plus de libertés. C'est alors que les actions du tuteur peuvent entrer en conflit avec ses obligations prévues par la LPDNA selon lesquelles il doit favoriser l'indépendance et l'autonomie de l'incapable dans la mesure du possible³⁰.

Certains tuteurs peuvent accueillir l'aide proposée par un avocat en vue de régler des conflits avec l'« incapable ». Dans de tels cas, une discussion ouverte et franche entre le tuteur et l'avocat devrait aider à régler plusieurs problèmes. Dans d'autres cas, la médiation peut permettre au tuteur et à l'« incapable » de se rencontrer et de régler les problèmes qui existent entre eux avec l'aide et le soutien que peut fournir un médiateur. Malheureusement, sans un certain degré de collaboration de la part du tuteur, un règlement obtenu par médiation n'est souvent pas possible.

Dans certains cas, il se peut que le tuteur refuse de parler à un avocat. Il y a plusieurs raisons possibles pour lesquelles le tuteur pourrait refuser de parler à un avocat représentant l'« incapable ». Les membres de la famille agissant à titre de tuteur ont souvent l'impression qu'une personne déclarée incapable à l'égard des décisions relatives aux biens ou au soin de la personne est aussi incapable de mandater un avocat. Par conséquent, il se peut que le tuteur estime qu'il n'est pas tenu de répondre à un avocat prétendant agir selon les instructions de

³⁰ Voir *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui*, art 31(3) et 66(8).

l'« incapable ». Certains tuteurs peuvent craindre qu'un parent « mécontent » ou un autre « tiers » ait retenu les services de l'avocat pour « semer le trouble ».

Certains tuteurs chercheront eux-mêmes à retenir les services d'un avocat. Lorsque le tuteur choisit un avocat qui connaît bien les questions relatives à la capacité et la tutelle, il peut en résulter des communications plus efficaces et un règlement rapide du différend. Lorsque le tuteur retient les services d'un avocat qui ne comprend pas la nature particulière des questions relatives à la tutelle et la capacité, il peut y avoir des problèmes. Certains avocats qui représentent un tuteur traitent le dossier comme s'il s'agissait d'un différend purement financier ou cherchent à faire valoir les pouvoirs du tuteur sans lui rappeler ses obligations; cependant, en agissant ainsi, l'avocat peut créer d'autres obstacles aux communications, accroître les tensions et compliquer le processus de règlement du différend – habituellement au détriment de l'« incapable ». Il faut tout faire pour détendre la situation. Si cela n'est pas possible, il ne reste que les tribunaux pour faire avancer le dossier.

Tous les avocats devraient se rappeler que les droits de l'« incapable » sont primordiaux. La tutelle a pour seul objet de protéger l'incapable contre tout préjudice. Les « droits » ou intérêts du tuteur ne devraient en aucun cas l'emporter sur ceux de l'« incapable ».

En fait, le tuteur n'a aucun droit *vis-à-vis* de l'« incapable »; il n'a que des obligations³¹. C'est l'« incapable » qui a des droits que toutes les parties au différend doivent reconnaître. Quelle que soit la partie au différend qu'il représente, l'avocat doit s'assurer que le tuteur s'acquitte de ses obligations envers l'« incapable » et que les droits de l'« incapable » sont convenablement protégés.

³¹ Voir *Chu v Chang*, [2009] OJ no 4989 (CSJ) au para 26.

IV. PROTECTION DES DROITS DES CLIENTS EN TUTELLE

Dès qu'il est confirmé que le client est en tutelle ou a un mandataire spécial et qu'il est capable de donner des instructions sur les questions précises pour lesquelles il demande de l'aide, il faut établir le plan d'action qui permettra de régler le dossier le plus efficacement possible. Les questions soulevées dans le contexte d'une tutelle légale, que celle-ci soit détenue par le Bureau du Tuteur et curateur public ou par un membre de la famille, peuvent souvent être réglées dans le cadre d'un processus plus informel, tandis que les questions concernant les tutelles d'origine judiciaire exigent souvent un processus judiciaire plus formel.

A. Répondre aux préoccupations des clients sans mettre fin à la tutelle

Lorsqu'un client veut réaffirmer son autonomie, il est habituellement préférable de mettre fin à la tutelle et de rendre tous les pouvoirs de décision au client. Cependant, cela n'est pas toujours possible ni pratique. Dans certains cas, le client n'est pas capable de prendre des décisions financières ou relatives au soin de sa personne de façon indépendante³². Dans d'autres cas, le client – quelle que soit sa capacité – ne veut pas réaffirmer sa pleine autonomie. Il se peut qu'il veuille modifier certains aspects de sa relation avec son tuteur. Même lorsque la tutelle doit être maintenue, il y a moyen d'apporter des changements positifs pour améliorer la situation générale du client ou pour que la tutelle soit moins contraignante et mieux adaptée aux besoins du client.

³² Il est habituellement préférable de faire confirmer cette incapacité par un évaluateur de la capacité désigné.

1. Lorsque le Bureau du Tuteur et curateur public est le tuteur légal aux biens

Les personnes sous la tutelle légale du TCP peuvent se plaindre d'un éventail de problèmes. De nombreuses plaintes pourraient facilement être réglées par des communications améliorées entre le client et son représentant du TCP. La qualité des rapports entre le client et le représentant du TCP peut varier énormément, tout comme le niveau d'aide et de soutien qu'un représentant fournit aux clients. Dans certains cas, le contrôle par le TCP peut être utile, notamment lorsque le revenu à gérer ne suffit qu'à couvrir les dépenses qui doivent être payées.

Dans d'autres cas, le client estime que la gestion par le TCP est maladroite et ne tient pas compte de ses désirs. Plusieurs clients se plaignent de ne pouvoir communiquer efficacement avec leur représentant et certains se sentent abandonnés par leur représentant du TCP lorsque des problèmes surviennent.

Parfois, une conversation avec un représentant du TCP, un chef d'équipe ou un avocat du TCP peut aider à régler les problèmes. Cependant, plusieurs bureaux du TCP manquent de personnel et le taux de roulement est élevé parmi les représentants des clients. Pour ces raisons, il faut souvent un certain temps avant que quelqu'un qui travaille auprès du TCP ne puisse prendre une mesure efficace pour régler un problème.

Si aucun progrès ne peut être réalisé avec le représentant du TCP ou son superviseur, une plainte peut être déposée auprès de l'ombudsman de la province. Rien ne garantit que l'ombudsman remédiera à la situation. Cependant, si plusieurs plaintes sont déposées, elles peuvent mener à une réforme à plus grande échelle du système. Bien que l'ombudsman ne puisse que faire enquête et présenter des recommandations, celles-ci ont un poids politique et moral.

a. Obtention de renseignements comptables auprès du TCP

Le TCP fournit au client des états financiers périodiques dans lesquels il rend compte des mesures qu'il a prises relativement aux biens du client.

Malheureusement, plusieurs clients trouvent que les renseignements comptables fournis sont très difficiles à comprendre. Les renseignements ne sont habituellement pas fournis dans un format facile à comprendre. Puisqu'ils ne peuvent comprendre les renseignements financiers, les clients craignent que le TCP tente de dissimuler des actes inappropriés.

Dans la plupart des cas, un examen détaillé des renseignements comptables avec le client peut s'avérer très utile pour apaiser ses craintes. À cette fin, l'avocat peut demander de rencontrer le représentant du TCP et son client.

2. Tuteurs légaux (autres que le TCP)

Le tuteur légal est assujéti aux obligations – notamment les obligations fiduciaires – décrites dans la LPDNA. Si le tuteur ne s'acquitte pas de ses fonctions et obligations, il est possible de faire appel au TCP pour qu'il intervienne et fasse enquête ou pour qu'il rappelle au tuteur les obligations dont il doit s'acquitter. En même temps, il peut être possible de négocier avec le tuteur ou d'organiser une médiation pour que le tuteur et l'« incapable » se rencontrent afin de discuter de leurs préoccupations avec l'aide d'un médiateur professionnel. Tel qu'il est mentionné ci-dessus, cela exige la collaboration du tuteur.

3. Tuteurs nommés par le tribunal

Les tuteurs aux biens nommés par le tribunal sont souvent des membres de la famille de l'incapable. Si le tuteur est ouvert à la discussion, à la négociation ou à la médiation, il peut être possible de répondre à la plupart des préoccupations du

client, sinon toutes, dans le cadre d'un processus de collaboration informel. Si le tuteur n'est pas ouvert à un règlement informel, il peut être plus compliqué d'obtenir un règlement.

Les tuteurs nommés par le tribunal sont peu surveillés. En règle générale, ils agissent avec peu de supervision ou d'orientation de la part du tribunal. Si des problèmes surviennent, une autre partie doit les porter à l'attention du tribunal au nom de l'« incapable ». Pour ce faire, il faut habituellement présenter une requête à la Cour supérieure de justice (Bureau des successions) afin qu'elle examine le dossier. Il incombe à l'incapable ou à une autre personne intéressée³³ de présenter sa preuve et de convaincre le tribunal que des mesures sont nécessaires pour protéger l'incapable contre un tuteur négligent ou maltraitant.

Le fait que la contestation de tout aspect d'une tutelle d'origine judiciaire exige de recourir à un processus judiciaire complexe et souvent coûteux peut dissuader les « incapables » de contester les mesures prises par leur tuteur.

Lorsqu'il y a des preuves manifestes de faute évidente ou d'incapacité d'agir de la part du tuteur, il est possible de demander une ordonnance du tribunal mettant fin à la tutelle ou remplaçant le tuteur. Sinon, il sera difficile de modifier la tutelle ou d'y mettre fin en se fondant sur les mesures prises par le tuteur plutôt que sur la capacité prouvée du client.

Néanmoins, les procédures suivantes – qui n'exigent pas qu'il soit mis fin à la tutelle – peuvent servir à contrôler les mesures prises par le tuteur :

³³ Il se peut qu'une personne autre que l'« incapable » doive obtenir l'autorisation du tribunal afin de présenter ses préoccupations à un juge.

a. Reddition des comptes

Bien qu'au moment de rendre une ordonnance nommant un tuteur aux biens, le tribunal doive en principe aussi ordonner une reddition des comptes obligatoire à une date ultérieure (par ex., dans deux ans), il ne le fait pas toujours, surtout si le tuteur n'a pas demandé une telle ordonnance. Si aucune autre partie (comme le TCP) n'en fait la demande, le tribunal n'impose pas souvent cette exigence de sa propre initiative.

Ni le tribunal ni le TCP n'ont tendance à prendre l'initiative de s'assurer que les tuteurs se voient ordonner de fournir régulièrement une reddition des comptes ou même de faire examiner leurs comptes. Bien que le TCP considère que chaque tuteur devrait fournir une reddition des comptes au moins une fois, on ne sait pas trop à quel moment le TCP prendra des mesures pour appliquer cette exigence. Cependant, le TCP peut aider à obtenir des renseignements financiers du tuteur légal. Même si aucune reddition formelle des comptes n'est exigée, la personne en tutelle a le droit d'obtenir sur demande des renseignements financiers ou une reddition informelle des comptes.

Cependant, dans la plupart des cas, si le tuteur nommé par le tribunal ne fournit pas de reddition formelle ou informelle des comptes, l'incapable doit habituellement obtenir une ordonnance du tribunal exigeant la reddition des comptes du tuteur³⁴. S'il y a des preuves d'acte répréhensible possible, il est aussi possible de demander une ordonnance du tribunal suspendant les pouvoirs du tuteur et nommant le TCP comme tuteur temporaire jusqu'à ce que le problème soit réglé.

Après la reddition des comptes, le tribunal peut obliger le tuteur à rembourser tout montant jugé comme étant une utilisation déraisonnable des fonds de l'incapable. Ce processus exige de recourir aux tribunaux et l'incapable peut finir

³⁴ Voir *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui*, art 42(1).

par payer à la fois ses propres dépens ainsi que ceux du tuteur, sans qu'il ne soit garanti que le tribunal ordonnera un remboursement. Même si une ordonnance du tribunal est obtenue, rien ne garantit que le tuteur possède les fonds nécessaires pour rembourser l'« incapable ». Il faut soupeser les résultats potentiels d'une action en justice contre le tuteur au regard du temps, des efforts et des coûts que nécessite une telle action. Dans plusieurs cas, les coûts éventuels peuvent être supérieurs aux gains éventuels.

b. Plans de gestion

La personne qui demande au tribunal d'être nommée tuteur est tenue de présenter un plan de gestion décrivant comment elle utilisera l'actif de la personne dont elle aura la tutelle, afin de s'assurer que les soins et le soutien nécessaires seront fournis. Certains plans de gestion sont assez simples.

En principe, il est possible de se tourner vers le TCP ou le tribunal pour contester les mesures prises par un tuteur qui ne suit pas le plan de gestion. Cependant, il n'est pas toujours évident qu'une telle mesure permettra de régler le problème.

c. Aucune réévaluation obligatoire de la capacité

Chose étonnante, les ordonnances de tutelle ne comprennent que rarement, voire jamais, l'exigence selon laquelle l'« incapable » doit régulièrement faire l'objet d'une évaluation visant à confirmer si la tutelle est encore nécessaire. Dans le cadre du système de tutelle d'origine judiciaire, personne n'est responsable de veiller à ce que la capacité de l'« incapable » soit régulièrement évaluée pour s'assurer que celui-ci ne demeure pas en tutelle s'il est redevenu capable. Une personne qui ne connaît pas ses droits ou qui ne peut obtenir de l'aide est peu susceptible d'être en mesure d'agir pour modifier la situation dans laquelle elle se trouve. Il en résulte qu'une personne déclarée incapable peut,

dans certains cas, continuer à faire l'objet d'une tutelle d'origine judiciaire longtemps après que son état s'est amélioré au point où la tutelle n'est plus nécessaire.

B. Mainlevée d'une tutelle

La façon la plus efficace de favoriser et protéger l'autonomie du client et de régler la plupart des problèmes liés à la tutelle consiste à mettre fin à la tutelle et à rendre au client le contrôle de la prise de décisions³⁵. Cela n'est qu'une option que lorsqu'il est possible de faire déclarer le client capable de gérer ses biens ou le soin de sa personne. Une évaluation menée par un évaluateur de la capacité désigné est le moyen le plus efficace (mais pas le seul) de démontrer que le client est capable. L'avocat doit déterminer lui-même la probabilité que le client « réussisse » à l'évaluation. Vu le temps et les coûts que nécessite une évaluation, il est préférable que le client ne s'y soumette que s'il est au moins fort probable qu'il soit déclaré capable. Dès que le client a été déclaré capable, les options disponibles et la marche à suivre pour mettre fin à la tutelle dépendent du type de tutelle dont le client fait l'objet.

1. Destitution d'un tuteur légal (TCP ou autre)

En règle générale, le TCP n'agit à titre de tuteur qu'en dernier recours, lorsqu'aucune autre personne n'est disponible pour le faire. Le TCP ne demeurera pas tuteur s'il existe une preuve selon laquelle la personne visée a accordé une procuration relative aux biens alors qu'elle était capable³⁶. Bien que

³⁵ Dans certains cas, il peut être utile d'examiner la possibilité de faire nommer un autre tuteur pour régler les problèmes et offrir à l'« incapable » l'occasion de travailler plus étroitement avec un nouveau tuteur.

³⁶ En vertu de l'article 16.1 de la *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui*, la tutelle légale prendra fin si les conditions suivantes sont réunies :

- a) l'incapable a donné une procuration perpétuelle avant que le certificat d'incapacité ne soit délivré;
- b) la procuration confère au procureur un pouvoir sur tous les biens de l'incapable;

le TCP puisse devenir tuteur aux biens par défaut en vertu de l'article 17 de la LPDNA, les membres de la famille peuvent présenter une demande au TCP pour prendre la relève à titre de tuteur légal. Dans plusieurs cas, il est probablement dans l'intérêt du client de remplacer le TCP par un membre de la famille agissant à titre de tuteur, surtout s'il est possible de travailler à l'avance avec ce membre de la famille pour s'assurer qu'il comprend ce à quoi on s'attend de lui ainsi que les limites de ses pouvoirs.

Une personne sous tutelle légale peut aussi présenter à la Commission du consentement et de la capacité une requête en révision d'une constatation d'incapacité de la personne à gérer ses biens³⁷. Si la Commission est convaincue que la personne est capable de gérer ses biens, il sera mis fin à la tutelle du TCP.

De plus, la Cour supérieure de justice peut, à la requête d'une personne en tutelle, mettre fin à la tutelle ou suspendre les pouvoirs du tuteur légal conformément à l'article 20.3 de la LPDNA.

Le TCP peut aussi être destitué de ses fonctions de tuteur aux biens si la personne dont il a la tutelle se soumet à une évaluation de la capacité effectuée par un évaluateur de la capacité désigné et que l'évaluateur la déclare capable de gérer ses biens. Une évaluation de la capacité favorable suffit pour mettre fin à la tutelle légale, que celle-ci soit détenue par le TCP directement ou par un membre de la famille³⁸.

-
- c) le TCP reçoit une copie de la procuration et un engagement écrit revêtu de la signature du procureur et portant qu'il agira conformément à la procuration;
 - d) si quelqu'un a remplacé le TCP en qualité de tuteur légal en vertu de l'article 17, le tuteur légal reçoit une copie de la procuration et un engagement écrit revêtu de la signature du procureur et portant qu'il agira conformément à la procuration.

³⁷ Voir *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui*, art 20.2.

³⁸ La tutelle légale prend fin (article 20 de la LPDNA) si l'un ou l'autre des événements suivants survient :

- le tribunal nomme un tuteur (en vertu de l'article 22 de la LPDNA);
- le tuteur donne avis de sa démission à la personne et au TCP;

En vertu de l'article 20.1 de la LPDNA, les tuteurs légaux sont tenus de planifier une évaluation de la capacité si une demande en ce sens a été présentée, pourvu qu'aucune évaluation n'ait été effectuée au cours des six mois précédents.

2. Mainlevée d'une tutelle d'origine judiciaire

Pour mettre fin à une tutelle d'origine judiciaire, il faut présenter à la Cour supérieure de justice (Bureau des successions) une motion visant à obtenir une ordonnance du tribunal mettant fin à la tutelle. Bien que le processus soit habituellement assez simple – pourvu que le client produise une preuve de capacité suffisante – le processus judiciaire peut se compliquer si le tuteur s'oppose à la motion.

a. Préparation du dossier de motion

Le dossier de motion devrait comprendre l'ordonnance initiale déclarant que la personne est incapable et nommant le tuteur, ainsi que les évaluations de la capacité sur lesquelles l'ordonnance était fondée. Le dossier devrait aussi comprendre les nouvelles évaluations à l'appui de la mainlevée de la tutelle. Les nouvelles évaluations de la capacité doivent avoir été effectuées au cours des six mois précédant leur présentation au tribunal. Ces documents devraient être présentés comme pièces à l'appui de l'affidavit de la personne qui demande la

-
- un évaluateur avise le tuteur qu'il a évalué la capacité de la personne et qu'à son avis, celle-ci est capable de gérer ses biens;
 - le délai prévu pour interjeter appel d'une décision de la Commission du consentement et de la capacité à la suite d'une requête présentée en vertu de l'article 20.2 a expiré, si la Commission détermine que la personne est capable de gérer ses biens et qu'aucun appel n'est interjeté;
 - l'appel d'une décision de la Commission du consentement et de la capacité à la suite d'une requête présentée en vertu de l'article 20.2 est réglé de façon définitive, s'il est interjeté appel et qu'il est déterminé de façon définitive que la personne est capable de gérer ses biens.

mainlevée de la tutelle. Il est possible de procéder par voie sommaire, mais seulement si tous les critères sont respectés et que personne ne s'oppose à la motion³⁹.

En plus de demander une ordonnance déclarant que le client est capable et mettant fin à la tutelle, il est préférable de demander une ordonnance exigeant que le tuteur transfère au client le contrôle des biens de ce dernier et, lorsqu'il s'agit d'une tutelle des biens, une ordonnance – rendue en vertu du paragraphe 42(1) de la LPDNA – exigeant la reddition des comptes dès la mainlevée de la tutelle.

En règle générale, une évaluation de la capacité effectuée par un évaluateur de la capacité qualifié et confirmant la capacité de la personne en tutelle suffira pour justifier la mainlevée de la tutelle.

b. Lorsque le tuteur s'oppose à la motion

Cependant, dans certains cas, le tuteur ou un autre parent peut s'opposer à la motion en présentant une preuve par affidavit ou d'autres renseignements pour convaincre le tribunal que les évaluations de la capacité favorables ne sont pas valides.

Il se peut que le représentant de l'« incapable » doive rappeler au tribunal que la capacité n'est pas fondée sur la sagesse des choix d'une personne. De plus, bien que les commentaires des membres de la famille soient utiles, le tribunal accorde habituellement plus d'importance à une évaluation de la capacité effectuée par un évaluateur de la capacité désigné qu'aux renseignements informels fournis par les parents ou le tuteur. L'évaluateur est formé pour évaluer la capacité d'une personne de « saisir et comprendre », sans porter de jugement de valeur sur la qualité des décisions de cette personne. Dans la plupart des cas,

³⁹ Voir *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui*, partie III, art 69-77.

sauf si la preuve démontre clairement que les évaluations en question ne satisfont pas aux normes requises, l'opinion professionnelle de l'évaluateur qualifié devrait suffire pour apaiser les préoccupations des parents.

Cependant, dans certains cas, le tuteur peut s'opposer plus vigoureusement aux tentatives de l'incapable de mettre fin à la tutelle. Il peut présenter des renseignements pour établir l'incapacité de fonctionner de la personne dont il a la tutelle, mettre en doute les titres et qualités de l'évaluateur, ou soutenir que l'évaluateur a omis d'examiner des renseignements nécessaires. Il peut présenter l'opinion contraire d'un autre expert ou demander qu'une évaluation formelle soit effectuée par un autre évaluateur de son choix.

Que le tuteur veuille ou non faire évaluer la capacité de votre client par son propre évaluateur, il faut se rappeler que personne ne peut évaluer la capacité de votre client sans la permission de ce dernier⁴⁰. Conseillez à votre client de refuser de se soumettre à une évaluation que vous n'avez pas planifiée. Ainsi, toute opinion contraire que le tuteur pourrait présenter sera fondée sur un examen des dossiers plutôt que sur un entretien réel avec le sujet. Une évaluation fondée sur un entretien avec le sujet devrait toujours se voir accorder plus d'importance qu'une évaluation fondée uniquement sur un examen des documents et rapports.

c. Évaluations ordonnées par le tribunal (par. 79(1) de la LPDNA)

Si le client refuse de consentir à une évaluation supplémentaire, le tuteur peut demander au tribunal de rendre une ordonnance exigeant que le client se soumette à l'évaluation, conformément au paragraphe 79(1) de la LPDNA. Une telle ordonnance a pour effet d'enlever à une personne son droit de refuser une évaluation.

⁴⁰ Voir *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui*, art 78(1).

Sauf dans des cas bien précis, le tribunal ne devrait pas rendre une telle ordonnance. En règle générale, les évaluations visées par le paragraphe 79(1) sont ordonnées à l'étape initiale, lorsqu'il s'agit de faire déclarer une personne incapable et d'imposer une tutelle, alors que cette personne refuse d'autoriser toute évaluation de sa capacité. Dans un tel cas, une ordonnance peut être rendue en vertu du paragraphe 79(1) afin que le tribunal puisse obtenir les renseignements nécessaires pour décider s'il y a lieu d'imposer une tutelle. Il est plus rare qu'une ordonnance soit rendue en vertu du paragraphe 79(1) dans le cadre d'une motion visant à mettre fin à la tutelle. Lorsqu'il s'agit de mettre fin à la tutelle, si des évaluations de la capacité favorables ont été présentées au tribunal et que la preuve ne démontre pas clairement que ces évaluations sont invalides, comportent de graves lacunes ou ne satisfont pas aux exigences de la loi, aucune autre évaluation ne devrait être ordonnée.

Le paragraphe 79(1) exige que le juge soit convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de croire que la personne est incapable. Cela peut poser des problèmes, étant donné que la personne qui tente de mettre fin à la tutelle est, du fait qu'elle est en tutelle, officiellement incapable. Cependant, un tel fait ne peut constituer des « motifs raisonnables de croire que la personne est incapable » si la personne a présenté au tribunal de récentes évaluations faisant état de sa capacité. S'il existe une preuve convaincante d'incapacité postérieure à la date des plus récentes évaluations, ou s'il existe une preuve de lacunes ou d'omissions évidentes dans les évaluations, il peut alors être justifié d'étudier davantage la question de la capacité. Sinon, il ne convient pas d'affirmer qu'il y a de bonnes raisons de croire que la personne est incapable en se fondant sur les plus anciennes évaluations ayant servi à créer la tutelle, lorsqu'une preuve plus récente indiquant que la personne est capable a été présentée au tribunal.

La LPDNA vise à s'assurer qu'une personne peut réaffirmer son autonomie dès qu'elle le peut. Toute décision ou ordonnance ignorant de nouvelles évaluations

de la capacité favorables et se fondant plutôt sur des évaluations défavorables beaucoup plus anciennes assujettirait une personne à une norme de preuve plus élevée que nécessaire et serait aussi contraire aux objectifs déclarés et à l'esprit de la LPDNA.

d. Norme de preuve exigée pour confirmer la capacité

Les évaluations prévues au paragraphe 79(1) se justifient souvent par le fait que des renseignements supplémentaires sont nécessaires pour confirmer la capacité d'une personne parce que les renseignements existants n'offrent aucune certitude quant à sa capacité. La LPDNA n'exige pas la certitude ni ne réclame que la preuve de capacité satisfasse à la norme plus élevée de la preuve « hors de tout doute raisonnable ».

La norme juridique qu'il faut appliquer en matière de capacité est la norme civile de preuve, à savoir, celle de la « prépondérance des probabilités »⁴¹. Par conséquent, si un évaluateur de la capacité qualifié a décidé qu'il est plus probable qu'improbable que la personne est capable, elle est effectivement capable. Cela devrait suffire pour convaincre le tribunal. Comme l'a fait remarquer le juge Strathy dans l'arrêt *Kischer*⁴², il est important de résister à la tentation d'ordonner une évaluation en se fondant sur l'argument selon lequel celle-ci ne peut pas faire de tort. Bien au contraire, elle peut faire du tort.⁴³

Si une évaluation prévue au paragraphe 79(1) est ordonnée malgré l'existence d'évaluations de la capacité favorables, l'avocat est confronté à un choix difficile : contester l'ordonnance (dans le cadre d'un processus en deux étapes assez long), ou permettre que l'évaluation ordonnée soit effectuée.

⁴¹ Voir F.K. (Re), 2010 CanLII 55557 (ON CCB) à la p 4.

⁴² *Kischer v Kischer*, [2009] OJ no 96 (CSJ) au para 10.

⁴³ Voir aussi *Zheng v Zheng*, [2012] OJ no 2957 (C div); voir aussi D'Arcy Hiltz et Anita Szigeti, *A Guide to Consent and Capacity Law in Ontario*, Lexis Nexis, 2012 à la p 49.

e. Contestation d'une ordonnance rendue en vertu du par. 79(1)

Puisque les ordonnances prévues au paragraphe 79(1) sont habituellement des ordonnances interlocutoires rendues par un juge des requêtes, il faut se tourner vers la Cour divisionnaire pour demander l'autorisation d'interjeter appel de la motion avant de pouvoir interjeter appel de l'ordonnance. Ce processus en deux étapes prend du temps et peut s'avérer très coûteux⁴⁴.

Dans certains cas, il peut être plus facile de permettre que l'évaluation soit effectuée, en partant de l'hypothèse que, si les autres évaluations ont mené à une constatation de capacité, il n'y a aucune raison de supposer qu'une autre évaluation mènerait à une différente conclusion. Même si l'évaluation ordonnée était défavorable, elle ne constituerait qu'un des éléments de preuve présentés au tribunal sur la question de la capacité. Le tribunal ne peut ignorer les évaluations favorables et se fonder uniquement sur la nouvelle évaluation ordonnée pour se prononcer de façon définitive sur la capacité.

Néanmoins, il y a encore plusieurs raisons de contester une évaluation prévue au paragraphe 79(1). Une évaluation ordonnée « est un processus intrusif et dégradant » [notre traduction] qui comprend une « intervention importante touchant à la vie privée et à la sécurité de la personne »⁴⁵ [notre traduction]. Cette intrusion est encore plus répréhensible lorsque le client s'est déjà volontairement soumis à une évaluation.

f. Qui paie pour l'opposition du tuteur?

Le fait de saisir la Cour supérieure pour régler un différend auquel est partie un tuteur nommé par le tribunal présente un problème : le tuteur peut payer ses frais juridiques et dépens à même le compte de l'incapable. Le tuteur peut s'opposer

⁴⁴ Voir Ontario, *Règles de procédure civile*, r 62.02.

⁴⁵ Voir *Abrams v Abrams*, [2008] OJ no 5207 (CSJ) au para 50.

aux tentatives de l'incapable d'affirmer son autonomie devant le tribunal, tout en se servant des fonds de l'incapable pour payer ses dépens. Le coût d'une action en justice contre l'« incapable » ne dissuade pas le tuteur d'intenter une action en justice inutile ou déraisonnable.

En même temps, le tuteur peut refuser de libérer des fonds pour que l'incapable puisse engager son propre avocat. Bien que cela puisse être répréhensible, l'incapable pourrait faire face à d'autres procédures judiciaires et à des dépenses supplémentaires pour corriger le problème. L'avocat est donc dans une situation difficile, car il doit soupeser la protection des droits du client au regard des coûts éventuels associés à la protection de ces droits.

Il est aussi possible de présenter une lettre au tuteur et au tribunal à l'étape initiale du litige pour les avertir que toute utilisation excessive des fonds de l'« incapable » sera vigoureusement contestée. Cependant, rien ne garantit que le tribunal rendra une ordonnance exigeant que le tuteur rembourse les dépens « excessifs »; de plus, même si une ordonnance est rendue, rien ne garantit que le tuteur aura suffisamment de fonds personnels pour effectuer une restitution.

V. ÉVALUATIONS DE LA CAPACITÉ

Les évaluations de la capacité sont un outil essentiel lorsqu'il s'agit d'affirmer ou de réaffirmer la capacité du client de gérer ses propres finances ou activités quotidiennes. Dès qu'une personne a été déclarée incapable de gérer ses biens ou le soin de sa personne, cette déclaration ne peut être clairement écartée que par la production d'une évaluation de la capacité indiquant que cette personne est maintenant capable.

S'il semble qu'une personne sous une tutelle légale des biens pourrait être déclarée capable, il est recommandé de faire évaluer par un évaluateur de la capacité désigné la capacité de cette personne de prendre des décisions

relatives aux biens. Si la personne fait l'objet d'une tutelle d'origine judiciaire, il pourrait aussi être nécessaire d'obtenir une évaluation de sa capacité de prendre des décisions relatives au soin de sa personne, selon la nature de la tutelle.

La personne en tutelle n'est pas tenue d'obtenir la permission de son tuteur pour faire évaluer sa capacité, ni de faire appel à un évaluateur choisi par le tuteur. Il se peut que le tuteur soutienne que toute évaluation effectuée sans son consentement ou par un évaluateur qu'il n'a pas choisi est illégitime.

Rien n'exige que seul un évaluateur possédant une formation spécialisée puisse évaluer les personnes qui présentent certaines affections ou blessures, telles qu'une lésion cérébrale acquise. Bien qu'un rapport de spécialiste puisse être requis dans le cadre d'une réclamation en dommages-intérêts fondée sur une perte de fonction particulière, l'évaluation de la capacité est une autre sorte d'évaluation. Par exemple, l'évaluateur de la capacité ne tente pas de comparer l'état ou les capacités antérieurs d'une personne avec ses capacités après un accident. L'évaluation de la capacité permet de déterminer si la personne satisfait à un critère préliminaire, d'après le critère établi de la capacité de comprendre et saisir les renseignements nécessaires pour prendre un certain type de décision et les conséquences associées au fait de prendre ou de ne pas prendre une décision donnée. Tous les évaluateurs de la capacité désignés sont suffisamment qualifiés pour effectuer une telle évaluation.

Dans certains cas, lorsque la personne faisant l'objet de l'évaluation est susceptible d'avoir des problèmes de communication en raison d'une déficience physique ou intellectuelle, il est conseillé de retenir les services d'un évaluateur qui possède une expérience dans l'évaluation de personnes ayant de tels troubles de communication. Un évaluateur qui possède une expérience spécialisée peut être mieux en mesure de tenir compte du handicap particulier de la personne dont il évalue la capacité et donc mieux en mesure d'obtenir les

renseignements nécessaires pour qu'une évaluation de la capacité appropriée soit effectuée.

Il est toujours préférable de s'assurer que l'évaluateur est au courant des antécédents du client, de la cause de son incapacité et des autres détails pertinents qui peuvent éclairer l'évaluateur dans le cadre de son évaluation. Il est utile que l'évaluateur examine toute évaluation antérieure et, dans la mesure du possible, qu'il parle aux professionnels de la santé ou des soins psychiatriques qui ont traité le client. Il n'est pas nécessaire que l'évaluation aborde toutes les questions en détail ou offre un examen exhaustif de toute la preuve pertinente. Cependant, plus l'évaluation est complète et plus la préparation de l'évaluateur est rigoureuse, moins l'évaluation risque d'être contestée avec succès.

Comme dans le cas d'une tutelle légale, la production d'évaluations de la capacité favorables est habituellement suffisante pour mettre fin à une tutelle d'origine judiciaire. Pour qu'il soit mis fin à une tutelle d'origine judiciaire sur la foi d'évaluations de la capacité favorables, une requête doit être présentée à la Cour supérieure de justice (Bureau des successions) en vue d'obtenir une ordonnance du tribunal mettant fin à la tutelle.

Les évaluations doivent avoir été effectuées au cours des six mois précédant leur présentation au tribunal. Par conséquent, avant de planifier une évaluation, il est conseillé de s'assurer d'être prêt à s'adresser au tribunal.

A. Qui devrait préparer l'évaluation?

En règle générale, un rapport formel préparé par un évaluateur de la capacité désigné au moyen des formulaires appropriés devrait être présenté au TCP ou au tribunal comme preuve de capacité justifiant la mainlevée de la tutelle.

Bien que des médecins et d'autres puissent préparer des évaluations de la capacité dans certains cas, le rapport d'un évaluateur de la capacité désigné l'emporte habituellement sur tout autre rapport, en raison de la formation spécialisée des évaluateurs de la capacité désignés et du nombre de détails pertinents que leurs rapports contiennent habituellement. Néanmoins, lorsque des évaluations concurrentes ou contradictoires sont présentées au tribunal, pour décider laquelle des évaluations a plus de poids, le juge prend habituellement en considération divers facteurs tels que la qualité générale et l'utilité de l'évaluation, le nombre de détails pertinents fournis, ainsi que les titres et qualités et l'expérience de la personne ayant effectué l'évaluation.

B. Qui paie l'évaluation?

Les évaluations de la capacité peuvent être coûteuses. Un rapport de base sur la capacité d'une personne de gérer ses biens peut coûter entre 800 \$ et 1 500 \$. En cas de blessure spécifique, comme une lésion cérébrale acquise, certains soutiennent que seul un spécialiste en neuropsychiatrie possède la formation et l'expertise nécessaires pour évaluer la capacité d'une personne. Le rapport d'un tel spécialiste peut coûter trois ou quatre fois plus cher qu'une évaluation de la capacité ordinaire. Bien qu'ils puissent être nécessaires pour réclamer des dommages-intérêts, la LPDNA n'exige pas de tels rapports lorsqu'il s'agit d'affirmer sa capacité. Les évaluateurs de la capacité désignés sont réputés qualifiés pour déterminer la capacité aux fins des activités prévues par la LPDNA.

Le défi consiste à payer l'évaluation. Lorsque le tuteur soutient la personne dont il a la tutelle, il peut libérer des fonds du compte de cette personne. Le tuteur peut refuser de payer l'évaluation ou insister pour qu'un évaluateur de son choix soit retenu. Bien qu'en vertu de la LPDNA, le tuteur légal soit tenu de planifier et de payer une évaluation sur demande (pourvu qu'au moins six mois se soient écoulés depuis la dernière évaluation), le tuteur nommé par le tribunal n'est pas

obligé d'accéder à une demande d'évaluation de l'« incapable ». Il n'y a aucun moyen efficace d'appliquer cette exigence contre un tuteur réticent sans recourir aux tribunaux et obtenir une ordonnance du tribunal. Dans un tel cas, il est plus facile et rapide pour l'avocat de planifier lui-même une évaluation.

Dans certaines situations, il se peut que le Bureau d'évaluation de la capacité soit en mesure de couvrir les frais de l'évaluation. Si la personne en tutelle reçoit une aide dans le cadre du POSPH ou d'un autre programme d'assistance sociale et que le tuteur ne veut pas ou ne peut pas libérer des fonds pour couvrir les frais d'une évaluation, une demande de financement peut être présentée au TCP.

Sinon, une personne qui pourrait être capable peut se voir dans l'impossibilité d'affirmer sa capacité parce qu'elle ne peut couvrir les frais d'une évaluation. Si elle a suffisamment de fonds pour couvrir les frais d'une évaluation mais que le tuteur refuse de payer, il peut être nécessaire d'obtenir une ordonnance du tribunal obligeant le tuteur à payer ces frais.

C. Préparation du client à l'évaluation

La meilleure façon de préparer le client à l'évaluation consiste à passer en revue chaque étape du processus d'évaluation, afin que le client ait une bonne idée de ce qui se passera, des questions auxquelles il devra répondre et des étapes à venir. Dans le cadre de cette préparation, il peut être utile d'examiner les lignes directrices en matière d'évaluations de la capacité avec le client⁴⁶.

Il peut aussi être utile de se servir de certains exemples de questions pour évaluer la capacité du client de répondre clairement et efficacement. Il est particulièrement important de s'assurer que le client connaît bien l'état actuel de

⁴⁶ Voir Bureau d'évaluation de la capacité, *Lignes directrices en matière d'évaluations de la capacité*, 2005, en ligne : <http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/family/pgt/capacity/2005-05/guide-0505.pdf>.

ses finances⁴⁷. Vous pouvez aider le client à donner des réponses axées sur les détails les plus pertinents. Il est habituellement utile de proposer au client un vaste éventail de styles de questions, pour s'assurer qu'il peut y répondre. L'essentiel consiste à aider le client à se sentir à l'aise dans le cadre du processus, pour qu'il puisse rester calme au moment de la véritable évaluation. D'habitude, plus le client connaît le processus et son rôle dans ce processus, plus il est en mesure de se concentrer pour donner des réponses efficaces.

D. Conseils sur les droits

Il n'est jamais inutile de rappeler au client qu'en temps normal, il a le droit de refuser une évaluation⁴⁸. Ce conseil s'applique lorsqu'une personne autre que l'avocat du client demande à ce dernier de se soumettre à une évaluation. Parallèlement, lorsqu'une évaluation peut aider le client à réaliser ses objectifs, vous pouvez aussi l'informer que, malgré son droit de refuser l'évaluation, un tel refus signifierait qu'il n'aurait peut-être pas la preuve dont il a besoin pour pouvoir contester une tutelle ou réaffirmer son autonomie.

VI. CONCLUSION : AUTRES QUESTIONS

A. Réaffirmation de l'autonomie

Si le client est déclaré capable, cela ne veut pas dire qu'il n'a plus besoin de soutien. Dans la mesure du possible, l'avocat devrait collaborer avec le client et les professionnels qui peuvent aider ce dernier à faire la transition vers une vie plus autonome. Le client pourrait notamment avoir besoin d'aide pour ses opérations bancaires, surtout s'il n'a pas fait affaire avec une banque depuis plusieurs années.

⁴⁷ À cette fin, il peut être utile de demander des renseignements financiers à jour au tuteur de la personne.

⁴⁸ Seule exception à la règle : lorsque, en vertu du paragraphe 79(1) de la LPDPA, le tribunal a rendu une ordonnance exigeant que la personne se soumette à une évaluation.

L'obligation de l'avocat s'étend au moins jusqu'au point de s'assurer que tous les biens ont été retournés au client et que celui-ci a reçu des renseignements qui l'aideront à trouver conseil sur la façon de gérer ses biens.

B. Futures incapacités

La capacité fluctue et les fluctuations peuvent être fréquentes. L'avocat devrait encourager le client à demander l'aide dont il a besoin dès qu'il remarque des changements dans son bien-être général. Vous pouvez fournir au client des renseignements de base au sujet de ce qu'il doit faire s'il se retrouve dans un établissement psychiatrique et de la façon de protéger ses droits. Vous pouvez aussi encourager le client à choisir un ami ou un membre de la famille qui pourrait prendre des décisions pour lui s'il devenait incapable de le faire lui-même. Si le client peut mettre en place des procurations relatives aux biens et au soin de la personne alors qu'il en est capable, il pourrait être inutile de recourir à une tutelle légale ou d'origine judiciaire à l'avenir. En choisissant à l'avance la personne qui prendra des décisions pour lui, le client peut choisir une personne en qui il a confiance et informer celle-ci de ses désirs et valeurs pour s'assurer que les décisions qu'elle prendra respectent ses besoins et désirs.



Chapitre 6

Le handicap et l'éducation publique en Ontario : guide d'introduction

Roberto Lattanzio, avocat à l'interne, ARCH Disability Law Centre

Octobre 2013

À jour en septembre 2013. Il est recommandé à quiconque souhaite se fonder sur le présent document d'effectuer ses propres recherches pour obtenir les mises à jour de la législation et de la jurisprudence.

La version française du présent document a été rédigée par le Centre de traduction et de documentation juridiques. La version originale s'intitule « Disability and Public Education in Ontario: A Primer » et se trouve au chapitre 6. L'analyse est fondée sur la version anglaise de la loi.

TABLE DES MATIÈRES

I.	Introduction.....	2
II.	Aperçu du droit de l'éducation en Ontario	4
	A. Qui est votre « client »?	5
	B. Contexte historique	6
	C. Aperçu du cadre législatif	7
	D. Accès aux services et considérations d'ordre général.....	10
	1. Accès et statut d'immigration	10
	2. Services auxiliaires de santé dans les écoles.....	10
	3. Écoles expérimentales/provinciales	11
	4. Programmes établis aux termes de l'article 23.....	12
	5. Dossier scolaire de l'Ontario (DSO)	12
	6. Accès à l'information.....	13
III.	Convention relative aux droits des personnes handicapées et éducation inclusive	14
	A. La CDPH, l'éducation inclusive et l'article 24	14
	B. Conception universelle, enseignement différentiel et éducation inclusive	20
IV.	Cadre ontarien des services d'éducation destinés aux élèves handicapés.....	21
	A. Aperçu de l'identification et du placement des élèves en difficulté (examen du	
	cadre de réglementation).....	21
	1. Aperçu du processus	21
	2. Termes clés	23
	II. Appel d'une décision du CIPR	28
	III. Appel d'une décision du CIPR au TEDO	29
V.	Obligation d'accommodement et contrainte excessive dans le contexte de	
	l'éducation.....	32
	A. Compétence et rôle du TDPO	34
	B. Moore c. Colombie-Britannique (Ministère de l'Éducation).....	36
	C. Obligation d'accommodement et contrainte excessive au TDPO	39
	1. Coût et sources extérieures de financement.....	40
	2. Préoccupations en matière de santé et de sécurité	40
	D. Questions préliminaires et de procédure.....	41
	1. Interdiction de publication et anonymisation.....	41
	2. Processus accéléré.....	42
	3. Mesures de réparation provisoires	43
	4. Accès au DSO au début du processus.....	44
VI.	Mesures disciplinaires.....	44
VII.	Exclusion de l'école publique.....	46
	A. Pouvoirs du directeur – alinéa 265(1)m)	47
	B. Ordonnances interdisant l'entrée sans autorisation.....	49
	C. Jours écourtés.....	49
VIII.	Conclusion	50

I. Introduction

La création d'un milieu d'enseignement non discriminatoire où règne l'égalité et l'instauration d'un climat d'équité et de tolérance dans la classe revêtent une importance prépondérante dans l'éducation des jeunes enfants¹.

Aristote a souligné l'importance de l'éducation il y a plus de deux mille ans, en faisant valoir que, dans un État idéal, la plus importante priorité du législateur doit être l'éducation des enfants et des jeunes². L'éducation publique demeure une pierre angulaire de notre société, tandis que des services d'éducation sans discrimination sont un élément fondamental de cette éducation.

Le présent document a pour but d'offrir un guide d'introduction sur le droit scolaire se rapportant aux élèves handicapés au sein du système d'éducation primaire et secondaire public en Ontario. Le présent document donnera un aperçu du cadre législatif de la prestation des services d'éducation, qui se trouve dans la *Loi sur l'éducation*³, et de l'applicabilité du *Code des droits de la personne (Code)*⁴. De plus, il contient une introduction sur diverses questions propres aux élèves handicapés, ainsi qu'une discussion portant sur des événements tels que la ratification, par le Canada, de la *Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH)*⁵ des Nations Unies.

Le fait que la plus grande partie de la discussion concernant les mesures d'accommodement visant les élèves handicapés a lieu dans un cadre de services qui existe déjà est un facteur important qui contribue à perpétuer les obstacles auxquels les élèves handicapés sont confrontés. Les experts en éducation qui prennent des décisions au sujet du cadre éducatif dans lequel un élève sera placé et des ressources pédagogiques qui seront fournies à cet élève le font en examinant l'éventail de services et ressources existants. Il est rare

¹ *Ross c Conseil scolaire du district no 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 RCS 825 au para 82 (CSC).

² Aristotle, *The Politics and the Constitution of Athens*, Stephen Everson, dir, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, Book VIII à la p 195.

³ LRO 1990, c E.2 [*Loi sur l'éducation*].

⁴ LRO 1990, c H.19 [*Code*].

⁵ Doc off AG NU, 61^e sess, 76^e séance, Doc NU AG/10554 (2006), en ligne : United Nations Enable <<http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-f.pdf>> [*CDPH*].

qu'une telle évaluation comprenne un examen de l'ensemble du système d'éducation visant à créer des milieux scolaires plus inclusifs qui sont faciles d'accès et qui tiennent pleinement compte des besoins de tous les enfants, quel que soit leur niveau d'aptitude⁶.

De nombreux obstacles et considérations juridiques peuvent apparaître dans le contexte du droit de l'éducation. Le présent document n'offre qu'une brève introduction sur les questions juridiques qui s'y rapportent et ne les analysera pas en profondeur. Les questions qui peuvent se poser dans ce domaine peuvent être complexes, être fondées sur des faits particuliers et toucher d'autres régimes législatifs et de réglementation. Il peut aussi s'agir de questions concernant la justice criminelle pour les adolescents, le transport, l'animal d'assistance d'un élève, l'école buissonnière, les lois sur la protection de l'enfance, les lois sur la sécurité au travail et le droit du travail. Le présent document ne traitera pas non plus de l'éducation dans les écoles privées ni de l'éducation postsecondaire. Il a pour but de fournir aux juristes et aux défenseurs profanes une introduction générale sur le droit de l'éducation et les droits de la personne qui constituera le point de départ de leurs recherches juridiques.

II. Aperçu du droit de l'éducation en Ontario

En Ontario, la *Loi sur l'éducation*⁷ régit la prestation des services d'éducation élémentaires et secondaires financés par les deniers publics. Les enfants en Ontario sont tenus de fréquenter l'école ou de recevoir des services d'éducation entre les âges de six et dix-huit ans⁸. Certains élèves handicapés qui sont désignés « élèves en difficulté » dans le cadre de processus formels prévus par la *Loi sur l'éducation* (et examinés ci-dessous aux pages 17-26) peuvent

⁶ A. Wayne MacKay et Janet Burt-Gerrans, « Inclusion and Diversity in Education: Legal Accomplishments and Prospects for the Future » (document présenté à la conférence nationale de l'Association canadienne pour l'intégration communautaire, 3-5 novembre 2002) [non publié] aux pp 4 et 5.

⁷ *Loi sur l'éducation*, *supra* note 3.

⁸ *Ibid*, art 21(1).

demeurer dans un programme secondaire jusqu'à l'âge de 21 ans; cependant, toute décision prise à cet égard est discrétionnaire⁹. Tous les enfants ont le droit de fréquenter l'école publique.

A. Qui est votre « client » ?

Dans le présent domaine d'exercice, il est toujours important que l'avocat ou le défenseur comprenne clairement le rôle qu'il doit jouer et sache de qui il doit recevoir des instructions dans l'exercice de son rôle. Il faut essentiellement se poser la question suivante : « Qui est votre client? ». Pour commencer, l'ARCH Disability Law Centre précise que la personne handicapée devrait donner des instructions directement à son avocat ou défenseur en ce qui concerne ses intérêts. Si, en raison de son handicap ou de son âge, il est présumé que l'élève ne peut donner des instructions directement malgré toutes les mesures d'accommodement appropriées qui lui sont fournies, il faut maximiser sa participation à la prise de décisions dans la mesure où les circonstances le permettent¹⁰.

La capacité des mineurs d'agir en leur nom dépend de la situation dans laquelle ils se trouvent. Dans les procédures judiciaires formelles, les règles particulières régissant ces procédures peuvent exiger la nomination d'un tuteur à l'instance¹¹. La *Loi sur l'éducation* traite expressément des cas dans lesquels un élève peut engager une procédure en son propre nom; par conséquent, il est important de comprendre les droits accordés dans le cadre législatif particulier qui s'applique à la situation de l'élève. Par exemple, un élève peut, en son propre nom, interjeter

⁹ *Identification et placement des élèves en difficulté*, Règl Ont 181/98, art 16(3). [Règl IPED].

¹⁰ Voir le chapitre 2 intitulé « Prestation de services juridiques aux personnes handicapées » et le chapitre 4 intitulé « Capacité de mandater un avocat » du présent *Guide d'introduction sur le droit des personnes handicapées*.

¹¹ Voir, par exemple, *Règles de procédure civile*, RRO 1990, Règl 194, r 7; voir aussi *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, LRO 1990, c C-12; voir Ontario, Tribunal des droits de la personne de l'Ontario, *Directive de pratique pour présenter des requêtes au nom d'une autre personne* (juillet 2008, modifié la dernière fois en mars 2010), en ligne : TDPO <<http://www.hrto.ca/hrto/index.php?q=fr/node/225>>.

appel de la décision de le suspendre ou de le renvoyer s'il a au moins 18 ans, ou s'il a 16 ou 17 ans et s'est soustrait à l'autorité parentale¹². Un élève n'a pas le droit de demander la tenue d'une réunion du comité d'identification, de placement et de réexamen; cependant, certains droits de participation sont accordés aux élèves âgés d'au moins 16 ans¹³.

B. Contexte historique

Par le passé, les enfants handicapés n'étaient pas autorisés à recevoir des services d'éducation de la même manière que leurs pairs, et ils étaient victimes d'exclusion et de ségrégation. L'accent était mis sur le « traitement » plutôt que sur l'éducation. Cet héritage de l'exclusion est bien illustré dans un jugement que la Cour suprême du Canada a rendu en 1950¹⁴ et dans lequel le renvoi de deux élèves d'une école publique a été confirmé, au motif qu'ils étaient prétendument incapables de suivre la charge de cours et en raison de leur comportement à l'école. La Cour a fait preuve d'une grande déférence envers les administrateurs et éducateurs et a accordé un poids important à la preuve testimoniale voulant que le comportement des élèves ait eu un impact négatif sur leurs pairs et que les élèves soient des « arriérés mentaux »¹⁵. Un poids a été accordé à la preuve d'un médecin qui a témoigné au nom du conseil scolaire et indiqué que les élèves ne devaient pas se trouver dans un milieu scolaire, mais plutôt dans une institution¹⁶.

En 1980, l'Assemblée législative de l'Ontario a présenté la *Loi de 1980 modifiant la Loi sur l'éducation* (projet de loi 82); il s'agissait d'une modification de la *Loi sur l'éducation* d'une importance extrême pour les enfants handicapés en

¹² *Loi sur l'éducation*, supra note 3, art 309(1), 311.7(2).

¹³ *Règl IPED*, supra note 9, art 5, 6, 7, 15, 16, 18, 19, 23, 24, 28, 29.

¹⁴ *Bouchard v St. Mathieu de Dixville*, [1950] SCR 479 [*Bouchard*].

¹⁵ *Ibid* à la p 485.

¹⁶ *Ibid* aux pp 480 et 481.

Ontario¹⁷. Le projet de loi 82 a rendu les conseils scolaires responsables de fournir des services d'éducation aux élèves handicapés¹⁸. Cet événement peut être considéré comme un tournant pour la prestation de services d'éducation en Ontario, puisque le droit à l'éducation pour tous les élèves était désormais prévu par la loi et relevait du ministère de l'Éducation. Avant cette modification, les conseils scolaires publics n'étaient pas tenus de fournir des services d'éducation aux élèves handicapés.

C. Aperçu du cadre législatif

Le libellé de la *Loi sur l'éducation* énonce clairement son objet, à savoir, celui :

de donner aux élèves la possibilité de réaliser leur potentiel et de devenir des citoyens possédant de solides compétences, connaissances et qualités humaines qui contribueront au bien-être de la société où ils vivent¹⁹.

Bien que le ministre ne soit pas un fournisseur direct de services d'éducation aux enfants, la *Loi sur l'éducation* indique que le ministre :

veille à ce que les enfants en difficulté de l'Ontario puissent bénéficier, conformément à la présente loi et aux règlements, de programmes d'enseignement et de services destinés à l'enfance en difficulté qui soient appropriés et pour lesquels les parents ou tuteurs résidents de l'Ontario ne soient pas obligés d'acquiescer de droits. Il prévoit la possibilité, pour les parents ou les tuteurs, d'appeler de l'à-propos du placement d'un élève dans un programme d'enseignement à l'enfance en difficulté et, à ces fins, le ministre :

- a) exige que les conseils scolaires mettent en œuvre des méthodes d'identification précoce et continue de l'aptitude à apprendre et des besoins des élèves, et il fixe des normes régissant la mise en œuvre de ces méthodes;
- b) définit les anomalies des élèves en ce qui concerne les programmes d'enseignement et les services destinés à l'enfance en difficulté, établit des classes, groupes ou catégories d'élèves en difficulté, et exige que les conseils

¹⁷ Voir C.J. Hodder, « The Education Act (Ontario) 1980: A Review » (1984), en ligne : <<http://link.springer.com/article/10.1007%2F01807941#page-1>>.

¹⁸ Voir *Loi sur l'éducation*, *supra* note 3, art 1(1), 8(3) et 170(1), al 7.

¹⁹ *Loi sur l'éducation*, *supra* note 3, art 0.1(2).

utilisent les définitions ou les classements établis aux termes du présent alinéa²⁰.

L'interprétation de la disposition ci-dessus est critique pour la prestation de services d'éducation appropriés aux élèves handicapés, ainsi qu'en ce qui concerne le niveau de responsabilité des conseils scolaires et du ministère de l'Éducation qui existe pour s'assurer que chaque élève handicapé a accès à des services d'éducation appropriés et utiles. La Cour d'appel de l'Ontario a déclaré ce qui suit au sujet du paragraphe 8(3) :

En vertu du paragraphe 8(3), le ministre a l'obligation de s'assurer que des programmes d'enseignement et des services destinés à l'enfance en difficulté qui soient appropriés sont mis à la disposition des élèves en difficulté en Ontario. Cela peut entraîner l'obligation de s'assurer qu'un groupe d'élèves en difficulté a accès à un programme d'enseignement ou un service particulier destiné à l'enfance en difficulté seulement s'il s'agit du seul programme ou service approprié pour ce groupe. S'il existe des solutions de rechange, la disposition n'exige pas que le ministre s'assure de la disponibilité d'un programme particulier²¹ [notre traduction].

En ce qui concerne la prestation de services d'éducation par les conseils scolaires aux élèves handicapés, la *Loi sur l'éducation* prévoit que les conseils doivent :

offrir, conformément aux règlements, des programmes d'enseignement à l'enfance en difficulté et des services à l'enfance en difficulté ou conclure une entente avec un autre conseil à cette fin²².

Les arbitres ont par la suite continué à reconnaître la division des responsabilités entre un conseil scolaire et le ministère de l'Éducation²³. Néanmoins, le ministère

²⁰ *Loi sur l'éducation*, supra note 3, art 8(3).

²¹ *Wynberg v Ontario*, 82 OR (3^e) 561 au para 129.

²² *Loi sur l'éducation*, supra note 3, art 170(1), al 7. Voir aussi *Programmes d'enseignement et services à l'enfance en difficulté*, RRO 1990, Règl 306.

²³ Voir, par exemple, *JY by his next friend RY v Hamilton-Wentworth Catholic District School Board*, 2013 HRTO 806; *EP v Ottawa Catholic School Board*, 2011 HRTO 657; *Schafer v Toronto District School Board*, 2010 HRTO 403; et voir *Sagharian v Ontario (Education)*, 2007 CanLII 6933 (ONSC).

peut être tenu responsable dans les domaines relevant de sa compétence, bien que cela dépende fortement de la nature et des faits de chaque cas, puisque « le ministère a un rôle à jouer quant à la façon dont un conseil s'acquitte de ses responsabilités, même en ce qui concerne des élèves particuliers »²⁴ [notre traduction]. Les faits de l'espèce et la manière dont une réclamation est formulée dicteront si le ministère de l'Éducation peut être tenu responsable ou non²⁵.

La *Loi sur l'éducation* offre des voies de recours dans certains contextes²⁶. Il se peut qu'il y ait de nombreux recours possibles ne relevant pas de la *Loi sur l'éducation*. Bien que la pertinence, l'efficacité et la valeur stratégique de tout plan d'action dépendent d'une évaluation propre à chaque cas et des questions soulevées par chaque série de faits, les recours suivants peuvent être pris en considération : une requête au Tribunal des droits de la personne de l'Ontario (TDPO) (que nous aborderons ci-dessous), une contestation constitutionnelle en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁷, une plainte à l'Ordre des enseignantes et des enseignants de l'Ontario²⁸, ainsi que des demandes de réparation au civil devant les tribunaux²⁹. L'Ombudsman de l'Ontario n'a pas compétence pour examiner les plaintes concernant les conseils scolaires ou les sociétés d'aide à l'enfance. Cependant, l'Ombudsman a compétence pour enquêter sur les décisions que prend le ministère de l'Éducation³⁰.

²⁴ *Davidson v Lambton Kent District School Board*, 2008 HRTO 294 au para 34.

²⁵ Voir *Sigrist and Carson v London District Catholic School Board*, 2008 HRTO 14 aux para 15-20.

²⁶ Voir, par exemple, *Loi sur l'éducation*, supra note 3, art 57, 265(1)(m), 309, 311.7.

²⁷ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 [*Charte*].

²⁸ Voir, en ligne : Ordre des enseignantes et des enseignants de l'Ontario <<http://www.oct.ca/public/complaints-and-discipline>>.

²⁹ Voir, par exemple, *Fleischmann v Toronto District School Board*, 2004 CanLII 29548, 181 OAC 244. La Cour supérieure de justice de l'Ontario a accueilli une demande provisoire et ordonné que le conseil scolaire affecte un assistant en éducation spécialisée particulier à un élève handicapé.

³⁰ Voir, en ligne : Ombudsman de l'Ontario <<http://www.ombudsman.on.ca/Home.aspx>>.

D. Accès aux services et considérations d'ordre général

1. Accès et statut d'immigration

En Ontario, un enfant ne peut se faire refuser l'admission à une école élémentaire ou secondaire publique en raison de son statut d'immigration ou de celui de ses parents³¹.

Le ministère de l'Éducation a publié une note Politique/Programmes qui fournit une orientation aux conseils scolaires et qui confirme qu'un enfant ne peut se voir refuser l'admission à l'école en raison du statut d'immigration de ses parents³². Par conséquent, les conseils scolaires ne sont pas tenus par la loi de renvoyer les familles sans statut ni documents d'immigration aux autorités de l'immigration.

Dans certains cas, les administrateurs scolaires peuvent avoir besoin de vérifier le nom ou l'adresse d'un élève; cependant, ils peuvent le faire de plusieurs manières et aucun document d'immigration n'est requis.

2. Services auxiliaires de santé dans les écoles

Le programme des services auxiliaires de santé dans les écoles (SASE) est un programme du ministère de la Santé et des Soins de longue durée et a pour mandat de s'assurer que les enfants handicapés ont le droit d'obtenir les mesures de soutien dont ils ont besoin à l'école (c.-à-d., école publique, école privée, enseignement à domicile ou programme de traitement), de manière à répondre à leurs besoins complexes liés au handicap, leurs besoins médicaux, leurs besoins thérapeutiques et leurs autres besoins en matière de santé. La note Politique/Programmes n° 81 (« NPP 81 ») du ministère de l'Éducation explique clairement la prestation de ces services auxiliaires, ainsi que la

³¹ *Loi sur l'éducation*, supra note 3, art 49.1.

³² Ministère de l'Éducation, *Politique/Programmes Note n° 136 – Clarification de l'article 49.1 de la Loi sur l'éducation : L'éducation des personnes se trouvant illégalement au Canada* (émise le 3 décembre 2004), en ligne : Ministère de l'Éducation <<http://www.edu.gov.on.ca/extra/fre/ppm/136f.html>>.

responsabilité de fournir ces services, qui est partagée entre les conseils scolaires, le ministère de l'Éducation, le ministère de la Santé et des Soins de longue durée et le ministère des Services sociaux et communautaires, selon la nature des services requis³³. Parmi les services auxiliaires de santé, on compte notamment l'orthophonie, la rééducation de la parole, l'administration et l'injection de médicaments, le cathétérisme, l'aide à la mobilité et l'aide pour se nourrir et pour la toilette.

La NPP 81 et les *Directives interministérielles sur la prestation des services d'orthophonie*³⁴ constituent le point de départ pour déterminer le type de services auxiliaires de santé qui sont nécessaires, ainsi que celui des trois ministères qui assume la responsabilité de ces services, ou la manière dont cette responsabilité est partagée.

Un examen complet des SASE a été effectué et un rapport final intitulé *Examen des Services auxiliaires de santé dans les écoles : Rapport final*³⁵ a été publié en 2010. Le rapport offre un aperçu utile du programme et identifie les domaines où un redressement s'impose.

3. Écoles expérimentales/provinciales

Les écoles provinciales et les écoles expérimentales sont régies directement par le ministère de l'Éducation et non par les conseils scolaires. Ces écoles offrent des services d'éducation spécialisés aux élèves sourds, aveugles ou ayant de graves troubles d'apprentissage. Le règlement contient les renseignements qui

³³ Ministère de l'Éducation de l'Ontario, *Politique/Programmes Note n° 81 – Services auxiliaires de santé offerts en milieu scolaire* (émise le 19 juillet 1984), en ligne : Ministère de l'Éducation <<http://www.edu.gov.on.ca/extra/fr/ppm/81f.html>>.

³⁴ Ministère de l'Éducation, Ministère de la Santé, Ministère des Services sociaux et communautaires, *Directives interministérielles sur la prestation des services d'orthophonie* (septembre 1988), en ligne : Ministère de l'Éducation <<http://www.edu.gov.on.ca/extra/eng/ppm/guide.html>>; voir aussi Ministère de l'Éducation, *Modèle de prestation des services d'orthophonie*, en ligne : Ministère de l'Éducation <<http://www.edu.gov.on.ca/extra/eng/ppm/model.html>>.

³⁵ Deloitte & Touche srl, *Examen des Services auxiliaires de santé dans les écoles : Rapport final* (juillet 2010), en ligne : Ministère de la Santé et des Soins de longue durée <http://www.health.gov.on.ca/fr/public/contact/ccac/docs/deloitte_shss_review_report.pdf>.

sont propres à ces programmes, comme les exigences en matière d'admissibilité, les rôles et responsabilités et le cadre général des programmes³⁶.

4. Programmes établis aux termes de l'article 23

Pour les enfants ayant besoin de soins ou d'un traitement dans des établissements ou se trouvant dans des établissements de détention ou correctionnels, un conseil scolaire peut néanmoins fournir des programmes d'enseignement dans le milieu où se trouve l'enfant. Les programmes d'enseignement personnalisés fournis dans de tels établissements sont appelés « programmes établis aux termes de l'article 23 »³⁷. Les établissements doivent être approuvés par le gouvernement et peuvent comprendre des hôpitaux, des foyers de groupe, des établissements de détention et des établissements de traitement. Certains programmes établis aux termes de l'article 23 peuvent aussi être fournis dans une école. Le ministère de l'Éducation reconnaît que « **lorsque cela est impossible** en raison des soins ou du traitement requis, des programmes d'éducation adéquats qui tiennent compte de l'importance des soins ou du traitement dont les élèves ont besoin peuvent être fournis par le conseil scolaire au sein de ces établissements³⁸ ». Le conseil scolaire et l'établissement doivent conclure une entente afin que le conseil scolaire puisse fournir les services d'éducation au sein de l'établissement; l'entente établit la portée et la nature des services fournis³⁹.

5. Dossier scolaire de l'Ontario (DSO)

³⁶ *Écoles provinciales pour aveugles et pour sourds*, RRO 1990, Règl 296.

³⁷ *Subventions pour les besoins des élèves — Subventions générales pour l'exercice 2013-2014 des conseils scolaires*, Règl 120/13, art 23.

³⁸ Ministère de l'Éducation de l'Ontario, *Politique/Programmes Note n° 85 – Programmes d'éducation destinés aux élèves placés dans des établissements de soins ou de traitement approuvés par le gouvernement* (émise le 20 janvier 1986), en ligne : Ministère de l'Éducation <<http://www.edu.gov.on.ca/extra/fre/ppm/85f.html>>. Voir aussi Ministère de l'Éducation, *Directives – 2005 : Concernant l'approbation des Programmes d'éducation destinés aux élèves dans les établissements de soins ou de traitement, de services de garde et de services correctionnels approuvés par le gouvernement*, en ligne : Ministère de l'Éducation <<http://www.edu.gov.on.ca/fre/general/elemsec/speced/facilitiesamount/index.html>>.

³⁹ *Ibid.*

Les écoles sont tenues de conserver pour chaque élève inscrit un dossier contenant des renseignements précis. Il s'agit du dossier scolaire de l'Ontario (DSO)⁴⁰. La nature du contenu du DSO et la manière dont ce contenu est conservé, stocké et communiqué sont énoncées dans un document de politique intitulé *Dossier scolaire de l'Ontario : Guide*⁴¹. Le guide prévoit que, conformément à la *Loi sur l'éducation*, « seuls les agentes et agents de supervision, la directrice ou le directeur d'école et les enseignantes et enseignants de l'école ont accès au DSO, aux fins d'amélioration de l'enseignement donné à l'élève »⁴². Chaque élève a le droit d'examiner son DSO; les parents de l'élève ont aussi ce droit si l'élève est âgé de moins de 18 ans⁴³. L'élève ou son père ou sa mère peut demander de supprimer des renseignements conservés dans le DSO si ceux-ci sont inexacts ou ne contribuent plus « à l'amélioration de l'enseignement donné à l'élève »⁴⁴. Le contenu du DSO est confidentiel⁴⁵. Le DSO est souvent un point de départ utile lorsqu'il s'agit d'examiner des questions liées à l'éducation et de donner des conseils à cet égard.

6. Accès à l'information

La *Loi sur l'accès à l'information municipale et la protection de la vie privée (LAIMPVP)*⁴⁶ régit la collecte, l'utilisation, le stockage et la communication des renseignements personnels des élèves par les conseils scolaires publics. Pour les écoles provinciales et les écoles expérimentales, la loi applicable est la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée (LAIPVP)*⁴⁷. Le commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario a publié un guide révisé qui contient des renseignements utiles au sujet des lois sur

⁴⁰ *Loi sur l'éducation*, supra note 3, art 265, 266.

⁴¹ Ministère de l'Éducation, *Dossier scolaire de l'Ontario : Guide*, 2000, Toronto, Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 2000, en ligne : Ministère de l'Éducation <<http://www.edu.gov.on.ca/fre/document/curricul/osr/osrf.html>> [*Guide DSO*].

⁴² *Ibid* à la p 14.

⁴³ *Ibid*. Voir aussi *Loi sur l'éducation*, supra note 3, art 266(3).

⁴⁴ *Loi sur l'éducation*, supra note 3, art 266(4). Voir aussi *Guide DSO*, supra note 41 à la p 22.

⁴⁵ *Loi sur l'éducation*, supra note 3, art 266(2).

⁴⁶ LRO 1990, c M-56.

⁴⁷ LRO 1990, c F-31.

l'accès à l'information qui s'appliquent au DSO et à d'autres renseignements personnels de l'élève⁴⁸.

III. Convention relative aux droits des personnes handicapées et éducation inclusive

La qualité des services d'éducation fournis aux élèves, quel que soit leur niveau d'aptitude, ainsi que la manière dont ils sont fournis, devraient désormais être suffisamment éclairées par la *Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH)* des Nations Unies, que le Canada a ratifiée le 11 mars 2010⁴⁹.

A. La CDPH, l'éducation inclusive et l'article 24

Tout comme la jurisprudence canadienne sur les droits de la personne, la *CDPH* rejette une doctrine des droits de la personne fondée sur l'égalité formelle et sur la notion de « distinct mais égal » et ne prévoit nullement la prestation distincte ou parallèle de services d'éducation. Parmi les obligations imposées par la *CDPH*, celle de « [faire] en sorte que le système éducatif pourvoie à l'insertion scolaire à tous les niveaux »⁵⁰ est particulièrement pertinente. L'article 24 de la *CDPH* prévoit la prestation réellement inclusive d'un enseignement primaire et d'un enseignement secondaire pour les élèves de tous les niveaux d'habileté, en veillant à ce que toutes les mesures de soutien et d'accommodement nécessaires soient fournies⁵¹. Le Rapporteur spécial sur le droit à l'éducation des Nations Unies a déclaré que l'article 24 de la *Convention* « reconnaît sans

⁴⁸ Ann Cavoukian, *Guide sur les lois de l'Ontario qui régissent la divulgation de renseignements personnels concernant les élèves*, révisé en juin 2011, Toronto, Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée, 2011, en ligne : CIPVP <<http://www.ipc.on.ca/images/Resourcess/educate-f.pdf>>.

⁴⁹ *CDPH*, *supra* note 5.

⁵⁰ *CDPH*, *supra* note 5, art 24, al 1.

⁵¹ *CDPH*, *supra* note 5, art 24; voir aussi Nations Unies, *De l'exclusion à l'égalité : Réalisation des droits des personnes handicapées, Guide à l'usage des parlementaires sur la Convention relative aux droits des personnes handicapées et son Protocole facultatif*, Genève, NU, 2007 aux pp 82-85.

ambiguïté le lien entre l'éducation inclusive et le droit à l'éducation des personnes handicapées »⁵².

Le paragraphe 24(1) de la *CDPH* oblige les États Parties à s'assurer de ce qui suit :

1. Les États Parties reconnaissent le droit des personnes handicapées à l'éducation. En vue d'assurer l'exercice de ce droit sans discrimination et sur la base de l'égalité des chances, les États Parties font en sorte que le système éducatif pourvoie à l'insertion scolaire à tous les niveaux et offre, tout au long de la vie, des possibilités d'éducation qui visent :

- a. Le plein épanouissement du potentiel humain et du sentiment de dignité et d'estime de soi, ainsi que le renforcement du respect des droits de l'homme, des libertés fondamentales et de la diversité humaine;
- b. L'épanouissement de la personnalité des personnes handicapées, de leurs talents et de leur créativité ainsi que de leurs aptitudes mentales et physiques, dans toute la mesure de leurs potentialités;
- c. La participation effective des personnes handicapées à une société libre. [C'est nous qui soulignons.]

Le paragraphe 24(2) de la *CDPH* exige que les États Parties veillent à ce que les enfants handicapés ne soient pas exclus, sur le fondement de leur handicap, de l'enseignement primaire ou de l'enseignement secondaire gratuit; à ce que les enfants handicapés puissent, sur la base de l'égalité avec les autres, avoir accès à un enseignement primaire inclusif, de qualité et gratuit; à ce que l'accompagnement nécessaire pour faciliter une éducation effective soit fourni; et à ce que « [d]es mesures d'accompagnement individualisé efficaces soient prises dans des environnements qui optimisent le progrès scolaire et la socialisation, conformément à l'objectif de pleine intégration »⁵³. Fait important, le paragraphe 24(2) prévoit que la « pleine intégration » est l'objectif des dispositions de la *CDPH*⁵⁴.

⁵² Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, Rapporteur spécial sur le droit à l'éducation, Vernor Munoz, *Le droit à l'éducation des personnes handicapées : Rapport du Rapporteur spécial sur le droit à l'éducation*, Doc NU A/HRC/4/29 (2007) au para 21.

⁵³ *CDPH*, *supra* note 5, art 24, al 2(e).

⁵⁴ *CDPH*, *supra* note 5, art 24, al 2.

Le paragraphe 24(3) traite du rôle que jouent les fournisseurs de services d'éducation pour offrir de véritables possibilités de socialisation, afin de faciliter la pleine participation à la vie de la communauté. La *CDPH* souligne l'importance de l'apprentissage de « la langue des signes et [de] la promotion de l'identité linguistique des personnes sourdes »⁵⁵, ainsi que de l'apprentissage du braille et des formes de communication améliorée et alternative, et précise qu'il faut veiller « à ce que les personnes aveugles, sourdes ou sourdes et aveugles – en particulier les enfants – reçoivent un enseignement dispensé dans la langue et par le biais des modes et moyens de communication qui conviennent le mieux à chacun, et ce, dans des environnements qui optimisent le progrès scolaire et la sociabilisation »⁵⁶.

Comme on pouvait s'y attendre, la rédaction de l'article 24 a fait l'objet de nombreux débats entre le Canada, d'autres délégations nationales et des organisations non gouvernementales (« ONG »), en ce qui concerne le sens de l'éducation inclusive⁵⁷. Un des débats portait sur la question de savoir si l'éducation inclusive, en tant qu'objectif et obligation prévus par la *CDPH*, devait comprendre l'éducation « de l'enfance en difficulté ». Le Canada, qui n'était pas d'accord, a adopté la position selon laquelle « chaque enfant devrait être inclus dans un système d'éducation qui répond à ses besoins individuels, de manière à optimiser les possibilités d'apprentissage, et être inclus dans un système d'éducation qui le soutient »⁵⁸ [notre traduction].

⁵⁵ *CDPH*, *supra* note 5, art 24, al 3(b).

⁵⁶ *CDPH*, *supra* note 5, art 24, al 3(c).

⁵⁷ Par la résolution de l'Assemblée générale 56/168, les Nations Unies ont créé le Comité spécial chargé d'élaborer une convention internationale globale et intégrée pour la protection et la promotion des droits et de la dignité des personnes handicapées. Ce comité était chargé de rédiger ce qui est devenu la *CDPH*. La résolution invitait aussi les États et les organisations non gouvernementales qui n'étaient pas membres du Comité à présenter des observations sur les travaux du Comité. *Convention internationale globale et intégrée pour la promotion et la protection des droits et de la dignité des handicapés*, Rés AG 56/168, Doc off AG NU, 56^e sess, Doc NU A/56/PV.88 (2001), en ligne : Nations Unies Enable <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/disA56168f1.htm>>.

⁵⁸ Comité spécial chargé d'élaborer une convention internationale globale et intégrée pour la protection et la promotion des droits et de la dignité des personnes handicapées, 3^e sess, vol 4, no 5, Daily summary of discussions related to Article 17: Education, UN Convention on the Rights

Les débats offrent des indications supplémentaires au sujet du sens que le Canada accorde à l'éducation inclusive. Un premier projet d'article prévoyait qu'une éducation inclusive devait être fournie « dans la mesure du possible » [notre traduction]; cependant, le Canada s'est fortement opposé à ce qualificatif et a prôné sa suppression avec succès, en proposant plutôt que « les personnes handicapées puissent, sur la base de l'égalité avec les autres, avoir accès à un enseignement primaire et secondaire inclusif, de qualité et gratuit »⁵⁹. Pour répondre aux préoccupations concernant le fardeau lié à la création d'un système d'éducation général inclusif, le Canada a proposé qu'un sous-alinéa du projet d'article se lise comme suit : « [...] les États parties veillent à ce que des mesures d'accompagnement individualisées efficaces soient prises dans un environnement qui optimise le progrès scolaire et la socialisation, conformément à l'objectif de la pleine intégration »⁶⁰. Les propositions du Canada ont éventuellement été acceptées.

Après l'adoption de la *CDPH*, un document des Nations Unies visant à fournir des orientations aux politiciens, afin de favoriser et de faciliter la mise en œuvre des droits prévus dans la *CDPH*, a précisé que l'approche préconisée par l'article 24 était :

[...] fondée sur des études dont il ressort de plus en plus clairement qu'une éducation inclusive non seulement offre le meilleur environnement pédagogique, y compris pour les enfants présentant des incapacités intellectuelles, mais encore contribue à éliminer les barrières et les idées stéréotypées. Cette approche aide à créer une société qui est prête à accepter l'invalidité pour ce qu'elle est plutôt que de la craindre. Lorsque les enfants, handicapés ou non, grandissent ensemble et apprennent côte à côte sur les bancs de la même école, ils se comprennent mieux et se respectent davantage⁶¹.

of People with Disabilities (2004) 4, en ligne : Nations Unies Enable
<<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc3sum17.htm>>.

⁵⁹ Comité spécial chargé d'élaborer une convention internationale globale et intégrée pour la protection et la promotion des droits et de la dignité des personnes handicapées, 7^e sess, Contributions by Governments: Canada (2006), en ligne : Nations Unies Enable
<<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7canada.htm>>.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Nations Unies, *De l'exclusion à l'égalité : Réalisation des droits des personnes handicapées, Guide à l'usage des parlementaires sur la Convention relative aux droits des personnes*

Dans un rapport publié par le rapporteur spécial, il est indiqué que l'inclusion scolaire n'est pas « une solution universelle s'appliquant à toutes les situations »⁶². Au niveau international, plusieurs définitions de l'éducation inclusive ont précédé la *CDPH*. Le rapporteur spécial résume l'éducation inclusive comme suit :

L'éducation inclusive repose sur le principe selon lequel tous les enfants doivent apprendre ensemble, chaque fois que possible, quelles que soient leurs différences [citant la Déclaration de Salamanque sur les principes, la politique et les pratiques en matière d'éducation et de besoins éducatifs spéciaux, para. 3]. Elle reconnaît que chaque enfant a des caractéristiques, des intérêts, des aptitudes et des besoins d'apprentissage qui lui sont propres, et que les élèves qui ont des besoins particuliers doivent avoir accès à l'enseignement général et être intégrés dans cet enseignement grâce à une pédagogie axée sur l'enfant. L'éducation inclusive, parce qu'elle tient compte de la diversité des apprenants, cherche à combattre les attitudes discriminatoires, à créer des communautés conviviales, à réaliser l'éducation pour tous et à améliorer la qualité et l'efficacité des études dans l'enseignement général [*ibid.*, para. 2]. Dans cette optique, les systèmes d'enseignement ne doivent plus considérer les personnes handicapées comme constituant un problème à régler; ils doivent au contraire accueillir favorablement la diversité des élèves et considérer les différences individuelles comme une chance d'enrichir l'apprentissage pour tous [citant UNESCO, *Principes directeurs pour l'inclusion : Assurer l'accès à l'éducation pour tous*, Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture, France, 2005, p. 9]⁶³.

Même si la *CDPH* définit clairement l'inclusion et que le Canada a adopté une position solide et bien en vue lors des négociations portant sur l'article 24, les groupes de personnes handicapées, les éducateurs et les administrateurs ne s'entendent toujours pas sur la définition de l'inclusion ni sur ses éléments constitutifs sur le plan pratique. Pour les fins du présent document, le terme

handicapées et son Protocole facultatif, Genève, NU, 2007 à la p 93, en ligne : Nations Unies Enable <<http://www.un.org/french/disabilities/docs/handbookfrench.pdf>>.

⁶² *Supra* note 52 au para 41.

⁶³ *Supra* note 52 au para 9.

« éducation inclusive » représente beaucoup plus que le simple placement d'un enfant qui a accès à des services d'éducation. Dans un rapport intitulé « Transformation de l'éducation de l'enfance en difficulté », D^{re} Sheila Bennett et l'honorable Kathleen Wynne (qui était alors adjointe parlementaire à la ministre de l'Éducation et qui est actuellement première ministre de l'Ontario) soulignent l'importance d'appliquer diverses pratiques dans une classe ordinaire, comme l'enseignement différentiel et la conception universelle, pour soutenir les apprenants de tous les niveaux. Bien que les auteures indiquent que la classe typique ou ordinaire constitue le point de départ, elles recommandent que, si d'autres placements sont requis pour un élève particulier en dehors de la classe ordinaire, ces placements soient « d'une durée précise », « axés sur des interventions » et « assujettis à des révisions régulières »⁶⁴. Par voie de règlement⁶⁵, il est prévu que le placement dans une classe ordinaire constitue le point de départ lorsqu'il s'agit de prendre une décision en matière de placement en Ontario⁶⁶.

Dans l'arrêt de principe *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*⁶⁷, la Cour suprême du Canada a souligné l'importance de l'« intégration », malgré sa décision sur le fond. La Cour a exprimé son désaccord avec la décision de la Cour d'appel rendue par le juge Arbour⁶⁸ et a décidé qu'il n'y avait aucune présomption légale en faveur de l'inclusion. Dans *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*⁶⁹, une décision récente de la Cour suprême, la juge Abella a fait ressortir la nécessité de s'assurer que tous les élèves se voient fournir un accès concret à l'éducation. La jurisprudence du Tribunal de l'enfance en difficulté

⁶⁴ D^{re} Sheila Bennett et Kathleen Wynne, *Transformation de l'éducation de l'enfance en difficulté : Rapport des coprésidentes avec les recommandations de la Table de concertation sur l'éducation de l'enfance en difficulté*, Toronto, Ministère de l'Éducation de l'Ontario, 2006 à la p 8.

⁶⁵ Règl IPED, *supra* note 9, art 17.

⁶⁶ Cependant, voir *Kozak v Toronto District School Board*, 2010 ONSC 2588 (Ont Div Ct), où la Cour divisionnaire de l'Ontario a appliqué une interprétation restrictive de l'article 17.

⁶⁷ [1997] 1 RCS 241 [*Eaton*].

⁶⁸ *Eaton v Brant County Board of Education*, 22 OR (3^e) 1; 123 DLR (4^e) 43 (ON CA).

⁶⁹ 2012 CSC 61, [2012] 3 RCS 360 [*Moore*].

reconnaît qu'il est important qu'un élève se trouve parmi des pairs du même groupe d'âge au sein de sa collectivité⁷⁰.

B. Conception universelle, enseignement différentiel et éducation inclusive

La conception universelle⁷¹ est l'approche proactive visant à s'assurer que les environnements, les services et les produits sont accessibles à la communauté la plus vaste possible et que celle-ci peut les utiliser sans que des adaptations spécialisées, des modifications supplémentaires ou une nouvelle conception après coup ne soient nécessaires⁷². Dans le contexte de l'éducation, cette notion est souvent appelée « conception universelle de l'apprentissage » (« CUA »).

⁷⁰ Voir, par exemple, *Ms I v The Toronto District School Board*, OSET (English) File #46c à la p 17, mais le TEDO n'a pas ordonné un placement dans un contexte scolaire pleinement inclusif. La décision du TEDO a été confirmée par la Cour divisionnaire de l'Ontario dans *Ismail v Toronto District School Board*, 2006 CanLII 20687 (ON SCDC).

⁷¹ La conception universelle, conçue par le Centre for Universal Design de la North Carolina State University, repose sur sept principes visant à s'assurer que le plus grand nombre d'utilisateurs sont pris en considération au moment de concevoir de nouveaux espaces. Les sept principes sont les suivants :

1. Utilisation égalitaire : la conception est utile et commercialisable auprès de personnes ayant différentes capacités.
2. Flexibilité d'utilisation : la conception peut être conciliée à une vaste gamme de préférences et de capacités individuelles.
3. Utilisation simple et intuitive : l'utilisation de la conception est facile à comprendre, indépendamment de l'expérience, des connaissances, des compétences linguistiques de l'utilisateur ou de son niveau de concentration au moment de l'utilisation.
4. Information perceptible : la conception communique efficacement à l'utilisateur l'information nécessaire, quelles que soient les conditions ambiantes ou les capacités sensorielles de la personne.
5. Tolérance pour l'erreur : la conception réduit au minimum les dangers et les conséquences adverses des accidents ou des actions involontaires.
6. Effort physique minimal : la conception permet une utilisation efficace et confortable, générant une fatigue minimale.
7. Dimensions et espace libre pour l'approche et l'utilisation : la conception prévoit une taille et un espace adéquats au moment de l'approche, de la saisie, de la manipulation et de l'utilisation, quelles que soient la taille, la posture ou la mobilité de l'utilisateur.

The Centre for Universal Design (1997), *The Principles of Universal Design*, version 2.0, Raleigh (NC), North Carolina State University, Copyright © 1997 NC State University, The Centre for Universal Design. Voir aussi Molly Follette Story, « Principles of Universal Design » dans Wolfgang FE Preiser *et al*, dir, *Universal Design Handbook*, New York, McGraw-Hill, 2001 à la p 10.3.

⁷² Kerri Joffe et Roberto Lattanzio, « Inclusive Education: Opportunities for Re-Design » dans Roderick C. Flynn, dir, *CAPSLE 2010: The Rocky Road Ahead: Balancing Competing Interests/Concilier les intérêts divergents une périlleuse escalade* à la p 85. Travaux de la vingt et unième conférence annuelle de l'Association canadienne pour une étude pratique de la loi dans le système éducatif, tenue à Calgary, en Alberta, 25-27 avril 2010, Toronto, ACEPLSE, 2011 aux pp 97-105.

Bien que la conception universelle ne soit pas expressément intégrée à l'article 24 de la *CDPH*, son interprétation est éclairée par la *CDPH* même, à laquelle elle est expressément intégrée⁷³. Dans le contexte de l'éducation, la CUA et l'enseignement différentiel favorisent la flexibilité et offrent des techniques et des stratégies permettant de répondre aux besoins individuels et variés des élèves de tous les niveaux d'aptitude⁷⁴.

IV. Cadre ontarien des services d'éducation destinés aux élèves handicapés

A. Aperçu de l'identification et du placement des élèves en difficulté (examen du cadre de réglementation)

1. Aperçu du processus

Plusieurs règlements pris en application de la *Loi sur l'éducation* s'appliquent directement aux élèves handicapés. En particulier, le *Règlement de l'Ontario 181/98, Identification et placement des élèves en difficulté*⁷⁵ (*Règlement IPED*), établit le cadre d'identification et de placement des élèves ayant besoin de soutiens supplémentaires pour obtenir un accès concret aux services d'éducation. Le processus est mené par le Comité d'identification, de placement et de révision (CIPR), qui a pour mandat d'identifier et de réviser les besoins de l'élève et de décider du placement qui lui convient le mieux.

⁷³ *CDPH*, *supra* note 5, art 2, 4(f). Voir aussi le chapitre 10 intitulé « La Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées » du *Guide d'introduction sur le droit des personnes handicapées*.

⁷⁴ Ministère de l'Éducation, « L'éducation pour tous : Rapport de la Table ronde des experts pour l'enseignement en matière de littératie et de numératie pour les élèves ayant des besoins particuliers de la maternelle à la 6e année », 2005 à la p 11, en ligne : Ministère de l'Éducation de l'Ontario <<http://www.edu.gov.on.ca/fre/document/reports/speced/panel/specedf.pdf>>; Bien qu'il ne s'agisse pas encore d'une politique officielle, le ministère de l'Éducation a publié l'ébauche de *L'apprentissage pour tous, de la maternelle à la 12e année* en juin 2009 et l'a révisée en 2011. Le document adopte expressément la conception universelle pour l'apprentissage et l'enseignement différentiel comme approches d'enseignement clés pour répondre efficacement aux besoins de tous les élèves. Voir, en ligne : Ministère de l'Éducation <<http://www.edu.gov.on.ca/fre/general/elemsec/speced/LearningforAll2011Fr.pdf>>.

⁷⁵ *Règl IPED*, *supra* note 9.

La Cour suprême du Canada a examiné le processus du CIPR dans l'arrêt *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant* et a confirmé que le critère applicable à la prise de décisions par le CIPR est celui de « l'intérêt de l'enfant »⁷⁶.

Le processus peut être lancé soit par le directeur, soit par le père ou la mère ou par le tuteur (« père ou mère ») de l'enfant⁷⁷. Le Règlement IPED établit le processus de demande de réunions, les délais et les obligations du conseil scolaire. Les parents ont le droit de participer au processus et leur autorisation est requise pour la mise en application de la décision en matière d'identification et de placement. Cependant, si le père ou la mère ne donne pas son consentement et si le délai prévu pour déposer un appel est expiré, le conseil scolaire peut mettre en application la décision en matière de placement du CIPR⁷⁸. Comme il a été mentionné ci-dessus, l'élève a certains droits de participation s'il est âgé d'au moins 16 ans⁷⁹. Les enfants de moins de 16 ans peuvent être invités à assister à une réunion du CIPR par les membres du comité, avec le consentement du père ou de la mère⁸⁰.

Il arrive souvent que le CIPR intervienne alors qu'un enfant fréquente l'école depuis déjà plusieurs années; cependant, tout dépend, en fin de compte, des mesures de soutien dont chaque enfant a besoin. Il faut se rappeler qu'une école est tenue de fournir des services, des programmes et des mesures d'accommodement, et ce, qu'une intervention du CIPR ait eu lieu ou non. L'intervention du CIPR peut être appropriée dans certaines situations, mais pas dans d'autres. Le ministère indique que, lors de l'année scolaire 2010-2011, « plus de 191 600 élèves furent identifiés comme élèves en difficulté par un CIPR. Environ 127 600 autres élèves non identifiés officiellement comme

⁷⁶ *Eaton, supra note 67.*

⁷⁷ *Règl IPED, supra note 9, art 14(1).*

⁷⁸ *Règl IPED, supra note 9, art 20, 25.*

⁷⁹ *Règl IPED, supra note 9.*

⁸⁰ *Règl IPED, supra note 9, art 15(4).*

étant en difficulté bénéficient de programmes et services d'éducation de l'enfance en difficulté »⁸¹.

Chaque conseil scolaire doit élaborer un « guide à l'usage des parents » et le mettre à la disposition des parents. Le guide devrait contenir des renseignements sur le projet d'enseignement à l'enfance en difficulté du conseil scolaire, le CIPR, ainsi que la façon d'interjeter appel des décisions du CIPR⁸².

2. Termes clés

Anomalies

Les enfants « en difficulté » sont ceux qui, de l'avis d'un CIPR, ont besoin de mesures d'accommodement dans le cadre de leurs études. La *Loi sur l'Éducation* définit comme suit ce qu'est un élève « en difficulté » :

Élève atteint d'anomalies de comportement ou de communication, d'anomalies d'ordre intellectuel ou physique ou encore d'anomalies multiples qui appellent un placement approprié, de la part du comité créé aux termes de la sous-disposition iii de la disposition 5 du paragraphe 11 (1), dans un programme d'enseignement à l'enfance en difficulté offert par le conseil :

- a) soit dont il est élève résident,
- b) soit qui admet ou inscrit l'élève autrement qu'en conformité avec une entente conclue avec un autre conseil en vue de lui dispenser l'enseignement;
- c) soit auquel les frais d'instruction de l'élève sont payables par le ministre. (« élève en difficulté »)⁸³

La *Loi sur l'éducation* identifie cinq catégories d'anomalies importantes : de comportement, de communication, d'ordre intellectuel, d'ordre physique, ou multiples⁸⁴. Les cinq catégories d'anomalies ont été expliquées en plus de détail

⁸¹ Ministère de l'Éducation de l'Ontario, « Éducation de l'enfance en difficulté en Ontario », en ligne : Ministère de l'Éducation
<<http://www.edu.gov.on.ca/fre/general/elemsec/speced/ontariof.html>>.

⁸² Règl IPED, *supra* note 9, art 13.

⁸³ *Loi sur l'Éducation*, *supra* note 3, art 1(1).

⁸⁴ *Ibid.*

par le ministère de l'Éducation dans des documents de politique, et d'autres sous-catégories ont été identifiées⁸⁵.

Dans une note de service, le directeur de la Direction des politiques et des programmes de l'éducation de l'enfance en difficulté a rappelé aux administrateurs scolaires que les catégories devaient être interprétées au sens large et a confirmé que « [t]ous les élèves qui ont des besoins d'apprentissage particuliers vérifiables peuvent bénéficier d'adaptations par l'intermédiaire de programmes et de services d'éducation de l'enfance en difficulté, ce qui comprend les adaptations en classe »⁸⁶.

La note de service ajoutait ce qui suit :

La mention de certains troubles de santé (l'autisme, par exemple) dans les définitions des cinq catégories d'anomalies du [document *Éducation de l'enfance en difficulté : Guide pour les éducatrices et les éducateurs* (octobre 2001)] ne suppose pas l'exclusion des autres troubles entraînant des difficultés d'apprentissage, comme le trouble déficitaire de l'attention avec ou sans hyperactivité (TDA ou TDAH), le syndrome d'alcoolisation fœtale, le syndrome de la Tourette, l'encéphalomyélite myalgique, le syndrome de fatigue chronique, le syndrome de fibromyalgie, etc. [...].

Ce sont les besoins particuliers de l'élève, déterminés lors de l'évaluation individuelle de ses forces et de ses besoins, plutôt qu'un trouble de santé en particulier, diagnostiqué ou non, qui constituent le principal facteur à considérer en vue d'offrir des programmes ou des services d'éducation de l'enfance en difficulté⁸⁷.

⁸⁵ Voir Ministère de l'Éducation, *Éducation de l'enfance en difficulté : Guide pour les éducatrices et les éducateurs*, Ontario, Ministère de l'Éducation, 2001 aux pp A18-A20, en ligne : Ministère de l'Éducation <<http://www.edu.gov.on.ca/fre/general/elemsec/speced/guiddef.html>>.

⁸⁶ Barry Finlay, directeur de la Direction des politiques et des programmes de l'éducation de l'enfance en difficulté, ministère de l'Éducation, Note de service aux Directions de l'éducation, aux agentes et agents de supervision et secrétaires-trésorières et secrétaires-trésoriers des administrations scolaires, à la directrice de la Direction des écoles provinciales et à la surintendante du Centre Jules-Léger, date du 19 décembre 2011.

⁸⁷ *Ibid.*

Plan d'enseignement individualisé

Le plan d'enseignement individualisé (PEI) est un plan rédigé par l'école en consultation et en collaboration avec les parents et l'enfant⁸⁸. Dans le contexte des droits de la personne (comme nous le verrons ci-dessous), le PEI est considéré comme le plan d'accommodement des élèves handicapés⁸⁹. Le PEI établit les objectifs de l'enfant en matière d'apprentissage, ainsi que les mesures d'accommodement et les services à l'enfance en difficulté dont l'enfant a besoin pour réaliser ses objectifs en matière d'apprentissage⁹⁰.

Dès qu'un CIPR prend une décision en matière de placement et d'identification et que les parents consentent à la décision, l'école doit élaborer et achever un PEI (et en remettre une copie au père ou à la mère ou à l'élève âgé de plus de 16 ans) dans les 30 jours suivant le placement⁹¹. Le Règlement 181/98 prévoit que le directeur doit consulter le père ou la mère ou l'élève âgé de plus de 16 ans au moment d'élaborer le PEI⁹².

Le PEI n'est pas un document statique et doit être examiné et révisé au besoin. Conformément au Règlement 181/98, le PEI doit comprendre :

- a) les objectifs précis fixés pour l'élève en matière d'éducation;
- b) les grandes lignes du programme d'enseignement et des services à l'enfance en difficulté dont bénéficiera l'élève;
- c) un exposé des méthodes qui serviront à évaluer les progrès de l'élève.⁹³

Le document du ministère de l'Éducation de l'Ontario intitulé *Plan d'enseignement individualisé (PEI), Guide (2004)* explique en plus de détail le PEI en Ontario⁹⁴.

⁸⁸ Règl IPED, *supra* note 9, art 6(2)-(8), 8.

⁸⁹ *EP v Ottawa Catholic School Board*, 2011 HRTO 657 aux para 7,8,10,12.

⁹⁰ Règl IPED, *supra* note 9, art 6(2)-(8).

⁹¹ Règl IPED, *supra* note 9, art 6(2)-(4).

⁹² Règl IPED, *supra* note 9, art 6(6).

⁹³ Règl IPED, *supra* note 9, art 6(3).

Placement

Le CIPR est chargé de prendre une décision au sujet du placement d'un élève dès qu'il a été établi que celui-ci est atteint d'une ou de plusieurs anomalies. Le critère dont le décideur doit se servir est celui de savoir si le placement est dans l'intérêt de l'élève⁹⁵. Les décisions en matière de placement ne portent pas nécessairement sur un emplacement traditionnel (c.-à-d., une école particulière). L'éventail d'options comprend plutôt :

- une classe ordinaire avec services indirects;
- une classe ordinaire avec enseignante-ressource ou enseignant-ressource;
- une classe ordinaire avec retrait partiel;
- une classe distincte avec intégration partielle;
- une classe distincte à plein temps⁹⁶.

Les placements ne devraient pas se limiter aux options décrites ci-dessus s'il existe d'autres solutions innovatrices qui sont encore mieux adaptées aux forces et besoins de l'élève. De plus, la décision en matière de placement devrait être prise dans le cadre d'une approche inclusive à la prestation de services d'éducation. Le terme « placement » n'est pas défini dans la *Loi sur l'éducation*.

Le Tribunal de l'enfance en difficulté a précisé que le placement n'est « pas une description d'un lieu physique où un enfant est placé pour recevoir un programme. Le placement doit être décrit de façon suffisamment détaillée pour permettre aux parents de prendre une décision éclairée quant à savoir si le

⁹⁴ Ministère de l'Éducation, *Plan d'enseignement individualisé (PEI), Guide (2004)*, Ontario, Ministère de l'Éducation, 2004, en ligne : Ministère de l'Éducation <<http://www.edu.gov.on.ca/fre/general/elemsec/speced/guide/resource/index.html>>.

⁹⁵ Eaton, *supra* note 67.

⁹⁶ *Supra* note 85 aux pp D10-D11.

placement est susceptible de répondre aux besoins de l'enfant »⁹⁷ [notre traduction].

Plan de transition

Le *Règlement IPED* prévoit que le directeur doit élaborer un plan de transition pour tout élève identifié comme étant en difficulté qui est âgé d'au moins 14 ans⁹⁸.

Dans une note concernant la politique et les programmes qu'il a publiée récemment et qui doit entrer en vigueur en 2014, le ministère de l'Éducation a indiqué ce qui suit :

Un plan de transition doit être élaboré pour *tout élève qui bénéficie d'un PEI*, qu'il ait ou non été identifié comme étant en difficulté par le comité d'identification, de placement et de révision (CIPR), y compris pour tout élève identifié comme étant surdoué. Le plan de transition est élaboré comme faisant partie du PEI⁹⁹.

Un plan de transition peut aussi, à la discrétion du conseil scolaire, être élaboré pour un élève qui n'est pas identifié par un CIPR et qui n'a pas de PEI¹⁰⁰. Le plan devrait être élaboré en consultation avec les parents et, au besoin, avec l'élève, les partenaires communautaires, les organismes et les établissements d'enseignement postsecondaire¹⁰¹.

⁹⁷ *D v Windsor Essex Catholic District School Board*, OSET (English) File No 38 à la p 27.

⁹⁸ *Règl IPED*, *supra* note 9, art 6(4).

⁹⁹ Ministère de l'Éducation, *Note n° 156 – Politique/Programmes – Appuyer les transitions pour les élèves ayant des besoins particuliers en matière d'éducation* (datée du 1^{er} février 2013), [NPP 156], en ligne : Ministère de l'Éducation <<http://www.edu.gov.on.ca/extra/fre/ppm/ppm156f.pdf>>.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ *Ibid.* Pour de plus amples renseignements, voir Ministère de l'Éducation, *Guide sur la planification de la transition, 2002*, Ontario, Ministère de l'Éducation, 2002, en ligne : Ministère de l'Éducation <<http://www.edu.gov.on.ca/fre/general/elemsec/speced/transiti/transition.html>>.

II. Appel d'une décision du CIPR

Le *Règlement IPED* établit le processus d'appel d'une décision du CIPR portant sur l'identification ou le placement d'un élève, qu'il s'agisse d'une première décision ou d'une décision faisant l'objet d'une révision. Sur réception d'un énoncé de décision du CIPR, les parents peuvent déposer un avis d'appel auprès du conseil scolaire dans les 30 jours de la réception de l'énoncé, ou ils peuvent choisir de demander une deuxième réunion avec le CIPR conformément au Règlement (la deuxième réunion doit être demandée dans les 15 jours de la réception de l'énoncé de décision)¹⁰². Si une deuxième réunion est demandée mais qu'aucune solution n'est trouvée, les parents disposent alors d'un délai supplémentaire de 15 jours, à compter de leur réception de l'avis écrit du CIPR suivant la deuxième réunion, pour déposer un avis d'appel¹⁰³. L'appel est interjeté à la commission d'appel en matière d'éducation de l'enfance en difficulté (CAEED), une formation constituée d'un membre choisi par le conseil scolaire, d'un membre choisi par le père ou la mère de l'élève et d'un président choisi conjointement par les membres¹⁰⁴. La CAEED n'est compétente que pour faire des recommandations au conseil scolaire au sujet de l'identification ou du placement de l'élève et doit présenter ses motifs par écrit¹⁰⁵.

En ce qui concerne le calcul des délais, notamment les délais de prescription, les pratiques des conseils scolaires se sont avérées inégales. Le calcul du temps peut devenir un élément important lorsqu'il s'agit d'examiner les recours judiciaires les plus appropriés pour un élève et de donner des conseils sur un appel ou sur la demande d'une réunion ou d'une nouvelle réunion avec le CIPR. Le calcul des délais prévus par le Règlement 181/98 est fondé sur les « jours de classe »¹⁰⁶ et les « jours ». Tandis que le calcul de la plupart des délais se

¹⁰² *Règl IPED, supra note 9, art 19, 24, 26(2)(3).*

¹⁰³ *Règl IPED, supra note 9, art 26 (2)(3).*

¹⁰⁴ *Règl IPED, supra note 9, art 27.*

¹⁰⁵ *Règl IPED, supra note 9, art 28(6), 29.*

¹⁰⁶ *Loi sur l'Éducation, supra note 3.* L'article 1(1) prévoit qu'un « jour de classe » est « [t]out jour d'une année scolaire, à l'exclusion des congés scolaires ».

rapportant aux PEI est fondé sur les « jours de classe », le calcul des délais applicables aux appels des décisions du CIPR est fondé sur les « jours » et non sur les jours de classe. Les « jours » s'entendent des jours civils et comprennent donc le samedi et le dimanche. Cependant, si un délai prend fin au cours d'une fin de semaine ou d'un congé scolaire au sens du Règlement, il est prorogé jusqu'au premier jour de classe suivant ce congé. Le Règlement 304 définit les congés, qui ne comprennent pas l'été¹⁰⁷. Par conséquent, ARCH est d'avis que le calcul des « jours » se poursuit pendant les mois d'été.

III. Appel d'une décision du CIPR au TEDO

En vertu du paragraphe 57(3) de la *Loi sur l'éducation*, les parents qui ont épuisé tous les droits d'appel peuvent interjeter appel d'une décision du CIPR devant le Tribunal de l'enfance en difficulté de l'Ontario (TEDO). Le TEDO peut soit rejeter, soit accueillir l'appel et « rendre l'ordonnance qu'il estime nécessaire en ce qui concerne l'identification ou le placement »¹⁰⁸. Les appels interjetés devant le TEDO sont considérés comme des audiences *de novo* et les décisions du TEDO sont définitives et lient les parties¹⁰⁹.

Le TEDO offre des services de médiation sans frais aux parties à l'appel. La médiation est menée par un membre du Tribunal autre que celui qui préside l'audition de l'appel¹¹⁰.

Le TEDO a élaboré une série de *feuilles d'information* offrant des renseignements sur certaines questions de pratique. Ces documents, ainsi que les règles de procédure du TEDO et les décisions du Tribunal, sont tous

¹⁰⁷ *Calendrier scolaire, journées pédagogiques*, RRO 1990, Règl 304, art 2(4).

¹⁰⁸ *Loi sur l'Éducation*, *supra* note 3, art 57(4).

¹⁰⁹ *Loi sur l'Éducation*, *supra* note 3, art 57(5).

¹¹⁰ Tribunal de l'enfance en difficulté de l'Ontario, *Règles de procédure*, janvier 2011, règle 9.1, en ligne : TEDO <[http://www.oset-tedo.ca/fre/pdfs/Rules%20of%20Procedure%20\(FR\).pdf](http://www.oset-tedo.ca/fre/pdfs/Rules%20of%20Procedure%20(FR).pdf)>. Voir aussi la Directive de pratique pour la médiation du Tribunal de l'enfance en difficulté de l'Ontario, en ligne : TEDO <<http://www.oset-tedo.ca/fre/pdfs/mediationf.pdf>>.

disponibles par l'intermédiaire du site Web du Tribunal¹¹¹. Le TEDO, de même que le Tribunal des droits de la personne de l'Ontario, font maintenant partie des nouveaux tribunaux de justice sociale Ontario (TJSO). Par conséquent, il est important de vous assurer de connaître tous les renseignements et toutes les directives publiées par les TJSO qui touchent le TEDO¹¹².

La *Loi sur l'éducation* limite la compétence dont jouit le TEDO pour trancher les questions en matière d'identification ou de placement¹¹³. Il ressort clairement de la *Loi sur l'éducation* et des décisions du TEDO, telles que *W.F. v. The Ottawa Catholic School Board*¹¹⁴, que le Tribunal n'a pas compétence pour connaître des affaires et rendre des ordonnances se rapportant uniquement à des questions relatives aux programmes, aux services et aux mesures d'accommodement. Cependant, le TEDO peut faire des recommandations sur les programmes, les services et les mesures d'accommodement.

Le TEDO a éprouvé des difficultés avec cette distinction et l'interdépendance inhérente du placement des élèves avec le caractère approprié des programmes et services. Le TEDO a parfois brouillé les lignes entre le placement et les services. Dans l'arrêt *D v. Windsor Essex Catholic District School Board*, le Tribunal a indiqué qu'il ne pouvait décider d'un placement approprié sans connaître les programmes qui seraient offerts, parce que « [s]i le programme est inapproprié, il s'ensuit que le placement l'est aussi »¹¹⁵. Ainsi, le Tribunal peut examiner les services et les programmes s'il estime qu'ils sont interdépendants avec la prise d'une décision en matière de placement¹¹⁶.

¹¹¹ En ligne : Tribunal de l'enfance en difficulté de l'Ontario <<http://www.oset-tedo.ca>>.

¹¹² En ligne : Tribunaux de justice sociale Ontario <http://www.sjto.gov.on.ca/french/default_fr.html>.

¹¹³ *Loi sur l'Éducation*, *supra* note 3, art 57(3)-(4).

¹¹⁴ OSET File No 2008-02 (26 mai 2008) à la p 13, en ligne : DESO <<http://www.oset-tedo.ca/eng/pdfs/may262008.pdf>>.

¹¹⁵ *Supra* note 97 à la p 7.

¹¹⁶ Voir *C v Simcoe County District School Board* (15 septembre 2003), OSET File No 34 à la p 3.

Par conséquent, la *Loi sur l'éducation* ne prévoit aucun mécanisme permettant de trancher ou de régler par médiation ou conciliation les différends se rapportant aux mesures d'accommodement et à l'élaboration et l'application des PEI; il s'agit pourtant d'un élément essentiel pour s'assurer que des services d'éducation utiles sont fournis et pour faciliter l'inclusion. De plus, le ministère de l'Éducation n'intervient habituellement pas de façon importante dans de tels cas lorsque les parents communiquent avec lui.

Après un examen complet des décisions du TEDO, Angela Valeo a résumé ses constatations et précisé ce qui suit :

[I]e Tribunal n'est peut-être pas le véhicule qui avait été envisagé à l'origine pour permettre aux parents de s'exprimer et de participer. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne les appels portant sur l'inclusion des élèves ayant des handicaps multiples dans la classe ordinaire. La législation prévoyait un rapport de collaboration d'égal à égal entre les conseils scolaires et les parents, mais la pratique des conseils scolaires a montré le contraire. Les pratiques des conseils scolaires sont en partie soutenues par une législation qui est vague et non contraignante¹¹⁷ [notre traduction].

Il est habituellement recommandé que les parents et élèves fassent valoir leurs droits auprès de l'école et du conseil scolaire, c.-à-d., le directeur de l'école, le surintendant, les administrateurs et les conseillers scolaires. Les parents peuvent aussi obtenir un soutien en communiquant avec un représentant du comité consultatif pour l'enfance en difficulté (CCED) du conseil scolaire. Les agents d'éducation qui travaillent dans les bureaux régionaux du ministère de l'Éducation peuvent fournir des renseignements utiles.

¹¹⁷ Angela Valeo, « Special Education Tribunals in Ontario » (2003) 18 Int'l Journal of Special Education, 2003, vol 18, no 2, 18 à la p 27, en ligne : International Journal of Special Education <[http://www.internationalsped.com/documents/Special%20Education%20Tribunals%20in%20Ontario\(2\).doc](http://www.internationalsped.com/documents/Special%20Education%20Tribunals%20in%20Ontario(2).doc)>.

V. Obligation d'accommodement et contrainte excessive dans le contexte de l'éducation

Des services d'éducation spécialisés adéquats ne sont donc pas un luxe dont la société peut se passer. Dans le cas des personnes atteintes de troubles d'apprentissage sévères, de tels services servent de rampe permettant de concrétiser l'engagement pris dans la loi envers *tous* les enfants en Colombie-Britannique, à savoir l'accès à l'éducation¹¹⁸.

Il est bien établi que les services d'éducation sont des services en vertu du *Code* de l'Ontario¹¹⁹. La portée des services est large et peut comprendre davantage que la prestation traditionnelle de services pédagogiques, ainsi que d'autres aspects de l'éducation, comme les activités scolaires, les activités parascolaires, les excursions scolaires et le perfectionnement d'un élève¹²⁰.

Tel qu'il a été mentionné ci-dessus, la *Loi sur l'éducation* prévoit certains appels et recours pour les parents, comme le processus d'appel des décisions du CIPR. Cependant, il n'y a pas de processus formel ni de mécanisme d'appel permettant de régler les différends se rapportant directement aux programmes, services, mesures d'accommodement et soutiens. Par conséquent, bien que la décision de placer un élève dans un milieu particulier puisse être contestée, la nature des soutiens ou des mesures d'accommodement fournis ou refusés ne peut être directement contestée dans le cadre d'un processus formel en vertu de la *Loi sur l'éducation*.

Lorsqu'un différend comporte des allégations de discrimination, il peut être approprié de présenter une requête au Tribunal des droits de la personne de

¹¹⁸ Moore, *supra* note 69 au para 5.

¹¹⁹ Voir Commission ontarienne des droits de la personne, *Directives concernant l'éducation accessible* (révisées en 2009) à la p 5, en ligne : CODP <<http://www.ohrc.on.ca/fr/directives-concernant-l%C3%A9ducation-accessible>> [*Directives CODP*]. Voir aussi *Peel Board of Education v Ontario (Human Rights Commission)* (1990), 12 CHRR D/91 (Ont SC); Moore, *supra* note 69.

¹²⁰ *Ibid.* En ce qui concerne les services, voir aussi le chapitre 3 intitulé « Les droits de la personne et le droit des personnes handicapées » du présent *Guide d'introduction sur les droits des personnes handicapées*.

l'Ontario (TDPO). Les fournisseurs de services d'éducation ont l'obligation d'offrir des services sans discrimination et de fournir les mesures d'accommodement les plus appropriées aux élèves handicapés, sans que cela n'entraîne une contrainte excessive.

L'adaptation la plus appropriée est celle qui permet le mieux de respecter la dignité des élèves ou étudiants handicapés, de répondre à leurs besoins individuels, de favoriser leur intégration et leur pleine participation et de protéger leur vie privée.

Une adaptation sera considérée comme appropriée si elle offre des possibilités égales d'atteindre le même niveau de rendement ou de jouir des mêmes avantages et privilèges que les autres ou si elle est proposée ou adoptée dans le but d'atteindre l'égalité des chances et si elle répond aux besoins particuliers des élèves ou étudiants handicapés.

Les adaptations ont pour objectif d'assurer l'intégration et la pleine participation des élèves et étudiants handicapés à la vie scolaire. Les fournisseurs de services d'éducation doivent s'efforcer de créer des services ou d'adapter leurs services existants de façon à assurer la pleine participation des élèves et étudiants handicapés. Ils doivent prévenir ou éliminer les obstacles afin que les élèves et étudiants handicapés aient des chances égales d'accéder à leur milieu et de faire face aux mêmes obligations et aux mêmes exigences que les autres, avec dignité et sans entraves¹²¹.

Dans le contexte de la législation sur les droits de la personne, le requérant doit démontrer que l'allégation de discrimination est fondée sur un motif interdit par la loi, comme le handicap¹²². Le terme « handicap » est défini dans le *Code*¹²³; sa définition est détaillée et interprétée au sens large et de manière libérale, conformément à un modèle social du handicap¹²⁴. Ainsi, qu'une anomalie ait ou

¹²¹ *Directives CODP*, supra note 119 à la p 21.

¹²² *AJJ v Toronto District School Board*, 2013 HRTO 1189 aux para 20-23.

¹²³ *Code*, supra note 4, art 10(1).

¹²⁴ Voir *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Montréal (Ville)* [2000] 1 RCS 665 [Mercier]. Pour une analyse récente du handicap dans le contexte de l'éducation et des droits de la personne, voir la décision suivante du TDPO : *JL v York Region District School Board*, 2013 HRTO 948. Voir aussi le chapitre 3 intitulé « Les droits de la personne et le droit des personnes handicapées » du présent *Guide d'introduction sur les droits des personnes handicapées*.

non été formellement identifiée par un CIPR, un élève peut être déclaré handicapé en vertu du *Code*.

A. Compétence et rôle du TDPO

Le TDPO a clairement compétence en ce qui concerne les questions relatives aux mesures d'accommodement et à la discrimination dans le contexte de l'éducation; cependant, le Tribunal a aussi conclu que le TEDO a compétence exclusive relativement aux questions en matière d'identification et de placement des élèves¹²⁵. Par conséquent, il faut prendre soin d'identifier les questions fondamentales au moment de définir le litige pour s'assurer de choisir l'instance appropriée et de protéger les droits d'appel.

Le TDPO a décrit son rôle dans les causes portant sur les services d'éducation de la manière suivante :

[71] Le Tribunal des droits de la personne n'est pas un organe de substitution pour la surveillance et la réglementation du régime d'enseignement à l'enfance en difficulté en vertu de la [Loi sur l'éducation](#). En règle générale, le Tribunal ne trouvera pas à redire au placement par le CIPR ni aux mesures d'accommodement recommandées par celui-ci et ne supervisera pas la mise en application d'un PEI par l'école. Afin que l'existence de discrimination puisse être établie en vertu du *Code*, la preuve doit démontrer que les mesures d'accommodement fournies étaient nettement inappropriées ou inadéquates.

[72] Dans le même ordre d'idées, le Tribunal n'est pas un organe de substitution ou d'appel qui se penche sur les décisions prises dans le cadre du régime de sécurité dans les écoles en vertu de la [Loi sur l'éducation](#). Afin que l'existence de discrimination puisse être établie en vertu du *Code*, la preuve doit

¹²⁵ Voir *Sigrist (Litigation guardian of) v London District Catholic School Board*, 2010 HRTO 1062 aux para 22-57; *Schafer v Toronto District School Board*, 2009 HRTO 785 aux para 27-40; *Campbell v Toronto District School Board*, 2008 HRTO 62 aux para 28-70.

démontrer que l'école n'a pas saisi l'impact des troubles d'apprentissage de l'élève ni tenu compte de cet impact pour déterminer la culpabilité ou choisir une sanction¹²⁶.

Les requêtes déposées au TDPO doivent être formulées comme des allégations de discrimination et non comme des plaintes au sujet de la qualité des services, des désaccords concernant la façon dont les services sont fournis, ou des différends quant à savoir si les dispositions réglementaires de la *Loi sur l'éducation* ont été respectées. La formulation de la requête est un élément essentiel de sa réussite.

Au moment de choisir l'instance appropriée, il faut aussi examiner soigneusement les recours qui sont demandés. Le TDPO possède de vastes pouvoirs réparateurs, par opposition aux pouvoirs très limités qui ont été conférés au TEDO. Tel qu'il a été mentionné ci-dessus, il faut aussi tenir compte du fait que le TDPO et le TEDO font maintenant partie du regroupement des tribunaux de justice sociale Ontario. Des arbitres qui proviennent des tribunaux faisant partie du regroupement ont été nommés conjointement. Cela pourrait avoir un impact sur la façon dont les questions liées à l'éducation sont réglées devant les deux tribunaux.

On pourrait soutenir que les procédures judiciaires ne sont généralement pas le moyen le plus efficace de régler des questions liées à l'éducation, en raison notamment de la sensibilité au temps des causes en matière d'éducation, d'un important déséquilibre de pouvoirs et de ressources, d'un manque de représentation juridique et de la détérioration des rapports qui survient dans le cadre d'un processus accusatoire qui rend difficile l'expérience d'apprentissage continue de l'élève (et qui peut parfois rendre les recours obtenus inutiles pour l'élève). Néanmoins, dans certains cas, il peut s'agir du seul recours. Il est

¹²⁶ *Schafer v Toronto District School Board*, 2010 HRTO 403 aux para 71 et 72.

essentiel que l'avocat détermine le meilleur moment pour devenir partie à un différend et évalue si tous les efforts de revendication informels ont été déployés.

B. Moore c. Colombie-Britannique (Ministère de l'Éducation)

La Cour suprême du Canada s'est récemment penchée sur une affaire portant précisément sur l'obligation des conseils scolaires et du gouvernement de tenir compte des besoins des élèves handicapés dans le contexte des lois sur les droits de la personne. La décision très attendue dans l'affaire *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*¹²⁷ a été publiée le 9 novembre 2012. La cause avait été portée au départ devant le British Columbia Human Rights Tribunal et visait un élève chez qui on avait diagnostiqué un grave trouble d'apprentissage. Les allégations de discrimination étaient fondées sur le présumé défaut du conseil scolaire et du ministère de l'Éducation de prendre des mesures d'accommodement appropriées dans le cadre de la prestation des services d'éducation. Le conseil scolaire intimé avait recommandé que l'élève, Jeffrey, suive un programme intensif pour élèves ayant de graves troubles d'apprentissage, à des fins de remédiation. Cependant, l'année où Jeffrey y est devenu admissible, le programme en question a été supprimé dans le cadre de mesures de réduction des coûts. Après la suppression du programme de remédiation intensive, Jeffrey a soutenu que les services offerts ne lui étaient pas bénéfiques. Par la suite, il a fréquenté une école privée pour obtenir les services de remédiation nécessaires.

Le British Columbia Human Rights Tribunal a décidé que le conseil scolaire et le ministère n'avaient pas fourni de mesures d'accommodement appropriées à Jeffrey, parce que celui-ci n'avait pas reçu les services de remédiation efficaces dont il avait besoin et parce que les services aux élèves ayant de graves troubles d'apprentissage avaient été supprimés sans que des services de remplacement suffisants n'aient été mis en place. La question a fait l'objet d'un contrôle

¹²⁷ *Moore, supra* note 69.

judiciaire par la Cour suprême de la Colombie-Britannique¹²⁸ et la décision du Tribunal a été infirmée. L'appel interjeté à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a été rejeté¹²⁹.

Sur appel à la Cour suprême, la juge Abella, au nom d'une Cour unanime, a conclu que le conseil scolaire intimé avait établi une discrimination contre Jeffrey et a indiqué ce qui suit :

Si Jeffrey était comparé uniquement à d'autres élèves ayant des besoins spéciaux, cela signifierait que le district pourrait supprimer *tous* les programmes destinés à ces élèves mais rester néanmoins à l'abri d'une plainte de discrimination. Il ne s'agit pas de déterminer qui d'autre se heurte ou non à des obstacles similaires¹³⁰.

La question portée devant la Cour a été présentée comme une question d'accommodement pure et simple, laquelle exige une enquête très personnalisée quant à savoir si les mesures d'accommodement fournies étaient les plus appropriées, sans qu'il n'en résulte une contrainte excessive. En l'espèce, la preuve démontrait que Jeffrey avait obtenu diverses ressources et mesures de soutien; de plus, le conseil scolaire prétendait que Jeffrey avait obtenu plus de soutiens que tout autre élève. Cependant, la Cour a réitéré que l'enquête ne s'arrêtait pas là. Bien qu'il fût admis que Jeffrey avait obtenu des mesures d'accommodement sous forme d'aide à l'apprentissage, la Cour a décidé que ces mesures ne convenaient pas à Jeffrey, vu ses besoins en matière de soutien individualisé¹³¹.

Le critère traditionnel pour établir l'existence de discrimination a été réaffirmé par la Cour et résumé par la juge Abella comme suit :

[P]our établir à première vue l'existence de discrimination, les plaignants doivent démontrer qu'ils possèdent une caractéristique protégée par le Code contre la discrimination, qu'ils ont subi un

¹²⁸ *British Columbia (Ministry of Education) v Moore*, 2008 BCSC 264.

¹²⁹ *British Columbia (Ministry of Education) v Moore*, 2010 BCCA 478 [Moore CACB].

¹³⁰ *Moore*, *supra* note 69 au para 30.

¹³¹ *Moore*, *supra* note 69 au para 52.

effet préjudiciable relativement au service concerné et que la caractéristique protégée a constitué un facteur dans la manifestation de l'effet préjudiciable. Une fois la discrimination établie à première vue, l'intimé a alors le fardeau de justifier la conduite ou la pratique suivant le régime d'exemptions prévu par les lois sur les droits de la personne. Si la conduite ou pratique ne peut être justifiée, le tribunal conclura à l'existence de la discrimination¹³².

La juge Abella a ajouté ce qui suit au sujet du critère :

Il s'agit de décider s'il y a discrimination, point à la ligne. La question est la même dans chaque cas : La pratique impose-t-elle au plaignant des obstacles arbitraires – ou injustifiés – du fait de son appartenance à un groupe protégé? Dans l'affirmative, la discrimination a été établie¹³³.

En examinant la défense fondée sur la contrainte excessive de l'intimée dans l'affaire *Moore*, la Cour suprême du Canada a précisé ce qui suit :

Il ne fait aucun doute que le district était aux prises avec d'importantes contraintes financières. Il ne fait également aucun doute que cette situation est une considération pertinente. Il est indéniablement difficile pour des administrateurs de mettre en œuvre une politique en matière d'éducation en présence de sévères restrictions budgétaires, mais la décision de prendre ou non des mesures d'adaptation ne se résume pas à une simple question d'« efficacité », car « [i]l semblera toujours manifestement moins coûteux de maintenir le statu quo et de ne pas éliminer un obstacle discriminatoire » (*VIA Rail*, par. 225).

[...]

Fait plus important encore, comme il a été indiqué plus tôt le Tribunal a conclu que le district n'avait procédé à *aucune* évaluation, financière ou autre, des solutions de rechange qui existaient ou auraient pu raisonnablement être trouvées pour répondre aux besoins des élèves ayant des besoins spéciaux si la décision de fermer le Centre de diagnostic était prise¹³⁴.

¹³² *Moore*, supra note 69 au para 33.

¹³³ *Moore*, supra note 69 au para 60.

¹³⁴ *Moore*, supra note 69 au para 50, 52.

La décision rendue dans l'affaire *Moore* fournit des indications importantes aux juristes, car il s'agit de la première décision dans laquelle la Cour suprême s'est penchée sur les mesures d'accommodement pour les personnes handicapées dans le cadre des services d'éducation et dans le contexte des lois sur les droits de la personne. La décision fait ressortir l'approche très individualisée fondée sur les droits de la personne qui s'applique aux mesures d'accommodement dans le cadre de la prestation des services d'éducation, ainsi que la norme élevée qui doit être imposée aux conseils scolaires qui invoquent une défense fondée sur la contrainte excessive¹³⁵.

C. Obligation d'accommodement et contrainte excessive au TDPO

Le cadre juridique décrit dans l'affaire *Moore* a été adopté par le TDPO dans la décision qu'il a rendue récemment dans l'arrêt *RB v. Keewatin-Patricia District School Board*¹³⁶. Il s'agit de la première décision dans laquelle le Tribunal a examiné et appliqué la décision *Moore* dans le contexte de l'éducation. Le TDPO a conclu que le requérant s'était vu refuser un « accès concret à l'éducation » au sens de l'arrêt *Moore*¹³⁷. Le Tribunal a décidé que l'existence de discrimination avait été établie à première vue mais que le conseil scolaire intimé n'avait pas établi une défense fondée sur la contrainte excessive. Le TDPO a conclu que les relations difficiles entre l'école et la mère du requérant ne suffisaient pas pour justifier la discrimination subie par l'élève¹³⁸.

En Ontario, le *Code* prévoit expressément trois facteurs dont il faut tenir compte pour évaluer si un accommodement causerait une contrainte excessive pour le fournisseur de services : 1) le coût; 2) les sources extérieures de financement,

¹³⁵ Voir Laurie Letheren et Roberto Lattanzio, « Comparing the Incomparable in Human Rights Claims: *Moore* Guidance » (document présenté à l'Association du Barreau de l'Ontario, 7 juin 2013) [non publié], en ligne : ARCH Disability Law Centre <<http://www.archdisabilitylaw.ca/?q=comparing-incomparable-human-rights-claims-moore-guidance>>.

¹³⁶ 2013 HRTO 1436 aux para 213-224.

¹³⁷ *Ibid* aux para 213, 259.

¹³⁸ *Ibid* aux para 255-266.

s'il y a lieu; 3) les exigences en matière de santé et de sécurité, s'il y a lieu¹³⁹. La défense fondée sur la contrainte excessive laisse entendre qu'une contrainte doit être subie afin d'éviter une constatation de discrimination. Ce n'est que lorsque la contrainte devient « excessive » que la défense est établie¹⁴⁰.

1. Coût et sources extérieures de financement

Le fournisseur de mesures d'accommodement a la lourde charge de démontrer que le coût de l'accommodement « risque de modifier la nature même de l'établissement d'enseignement ou de compromettre gravement sa viabilité »¹⁴¹. Dans l'affaire *M.O. v. Ottawa Catholic District School Board*, le TDPO a conclu que la défense fondée sur la contrainte excessive invoquée par le conseil scolaire était accompagnée d'une analyse insuffisante et a rejeté les préoccupations relatives aux coûts associés au précédent que les mesures d'accommodement en question pourraient créer si elles étaient fournies¹⁴².

2. Préoccupations en matière de santé et de sécurité

Comme pour le coût, il est admis qu'un certain risque peut être toléré jusqu'à ce qu'il soit « excessif ». Cet élément de la défense fondée sur la contrainte excessive est souvent invoqué lorsque le comportement d'un élève lié à son handicap présente un risque pour la sécurité des autres élèves ou du personnel. Les modifications que le projet de loi 168 a apportées récemment à la *Loi sur la santé et la sécurité au travail*¹⁴³ ont eu une incidence sur la présentation des questions liées à la santé et à la sécurité sous forme de questions de violence au travail¹⁴⁴.

¹³⁹ *Code*, supra note 4, art 11(2), 17(2), 24(2). Pour une analyse de la contrainte excessive, voir le chapitre 3 intitulé « Les droits de la personne et le droit des personnes handicapées » du présent *Guide d'introduction sur les droits des personnes handicapées*.

¹⁴⁰ *Renaud c Central Okanagan School District No 23*, [1992] 2 RCS 970 à la p 984.

¹⁴¹ *Directives CODP*, supra note 119 aux pp 35 et 36.

¹⁴² *MO v Ottawa Catholic District School Board*, 2010 HRTO 1754 aux pp 79-86.

¹⁴³ *Loi sur la santé et la sécurité au travail*, LRO 1990, c O-1.

¹⁴⁴ Voir Victoria Réaume et Brendan McCutchen, « Occupational Health and Safety Rights of Staff and Special Education Rights of Students: Are they complementary or contradictory? » (préparé pour les Sixth Annual Advanced Issues in Special Education Law, Osgoode Professional Development, Osgoode Hall Law School (27 octobre 2011)) [non publié], en ligne :

Au moment d'évaluer les préoccupations en matière de santé et de sécurité, il est important de se rappeler que l'évaluation des risques ne devrait avoir lieu qu'après que des mesures d'accommodement appropriées et des précautions ont été prises¹⁴⁵. Comme pour le coût, des preuves constituées d'impressions d'un risque excessif pour la sécurité sont insuffisantes¹⁴⁶.

D. Questions préliminaires et de procédure

Lorsqu'il s'agit de préparer une requête qui doit être déposée au TDPO, il faut tenir compte de nombreuses questions préliminaires et de procédure, comme les questions de compétence décrites brièvement ci-dessus. Plusieurs de ces questions dépassent la portée du présent document; cependant, quatre questions seront abordées ci-dessous.

1. Interdiction de publication et anonymisation

Toute procédure judiciaire peut avoir des conséquences indésirables, comme la communication préjudiciable de renseignements délicats et confidentiels.

Lorsqu'il est question d'un enfant handicapé, la vulnérabilité aux stigmates et aux futures conséquences négatives imprévues est sensiblement plus élevée.

Les *Règles de procédure* du TDPO indiquent ceci :

3.11 Le Tribunal peut, par ordonnance, assurer la protection du caractère confidentiel de renseignements personnels ou de nature délicate s'il juge approprié de le faire.

3.11.1 Sauf ordonnance contraire, dans ses décisions, le Tribunal utilisera des initiales pour identifier un enfant âgé de moins de 18 ans ainsi que le plus proche ami de l'enfant âgé de

Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish LLP

<<http://www.cavalluzzo.com/publications/newsletters/Occupational%20Health%20-%20Safety%20Rights%20of%20Staff%20-%20Special%20Education%20Rights.PDF>>.

¹⁴⁵ *Directives CODP*, *supra* note 119 à la p 39.

¹⁴⁶ *Ibid.*

moins de 18 ans. Lorsque cela est nécessaire pour protéger l'identité de l'enfant, le Tribunal peut aussi utiliser des initiales pour identifier d'autres personnes qui participent aux procédures¹⁴⁷.

Selon le TDPO, la règle 3.11.1 exige l'anonymisation automatique des noms de l'enfant requérant et de son ami le plus proche¹⁴⁸. Le TDPO a ordonné l'anonymisation du nom de certaines personnes, en plus de ceux de l'enfant et de son ami le plus proche, lorsqu'une vulnérabilité aux stigmates est établie¹⁴⁹.

Le fardeau de justifier une interdiction de publication est plus lourd que celui de justifier l'anonymisation¹⁵⁰. L'interdiction de publication comprend l'imposition de « restrictions sur ce que d'autres peuvent faire et porte directement atteinte à leur liberté d'expression »¹⁵¹ [notre traduction].

2. Processus accéléré

Dans certains cas, il peut être approprié de présenter une demande au TDPO en vue d'accélérer l'instance. La règle 21.1 des *Règles de procédure* du TDPO permet de présenter une demande de traitement expéditif en raison d'une situation nécessitant le règlement urgent de la question en litige¹⁵². Cependant, la norme de preuve à cet égard est élevée¹⁵³.

¹⁴⁷ Tribunal des droits de la personne de l'Ontario, *Règles de procédure*, juillet 2010, règle 3.11, en ligne : TDPO
<<http://www.hrto.ca.wsd16.korax.net/hrto/sites/default/files/whats%20new/section%2034%20rule%20-%20english.doc>>. Voir aussi *Loi sur l'exercice des compétences légales*, LRO 1990, c S-22, art 9.

¹⁴⁸ *TB v Halton District School Board*, 2013 HRTO 304 au para 12.

¹⁴⁹ Voir *CM v York Region District School Board*, 2009 HRTO 735 aux para 25 et 26; *TS v Toronto District School Board*, 2010 HRTO 176 aux para 10 et 11.

¹⁵⁰ *CM v York Region District School Board*, 2009 HRTO 735 aux para 22-25; *TS v Toronto District School Board*, 2010 HRTO 176 aux para 13 et 14.

¹⁵¹ *CM v York Region District School Board*, 2009 HRTO 735 au para 25.

¹⁵² *Supra* note 144, règle 21.1.

¹⁵³ *Weerawardane v 2152458 Ontario Ltd*, 2008 HRTO 53 au para 9.

Dans une décision provisoire concernant un élève handicapé alléguant un défaut de fournir des mesures d'accommodement, le TDPO a accueilli la demande de traitement expéditif, en concluant ce qui suit :

[e]u égard à toutes les circonstances, y compris l'état de santé du requérant ayant mené à son retrait de l'école en mai 2012, ainsi que l'avis d'interdiction d'entrer et l'interdiction de communication qui demeure en vigueur contre le parent ayant la garde exclusive du requérant, le Tribunal accueille la demande de traitement expéditif. Je suis convaincu qu'il existe une situation réellement urgente qui pourrait nuire au règlement juste et équitable de la requête sur le fond si celle-ci n'était pas traitée de façon expéditive¹⁵⁴ [notre traduction].

3. Mesures de réparation provisoires

Les *Règles de procédure* du TDPO établissent le processus à suivre et le critère auquel il faut satisfaire pour demander des mesures de réparation provisoires. Les mesures de réparation provisoires sont accordées dans des circonstances exceptionnelles¹⁵⁵. Dans une décision provisoire, le Tribunal a accueilli une demande de mesures de réparation provisoires comprenant notamment l'accès à l'école jusqu'à l'examen du fond de la requête¹⁵⁶. Le membre du Tribunal a appliqué le critère prévu à la règle 23, tel qu'il avait été énoncé dans l'arrêt *TA v. 60 Montclair*¹⁵⁷, pour conclure que le niveau d'instruction fourni pendant l'exclusion de l'école de l'élève était inadéquat et qu'il existait une preuve suffisante démontrant que le requérant subirait un préjudice.

¹⁵⁴ *RB v Keewatin-Patricia District School Board*, 2013 HRT0 1721 au para 45.

¹⁵⁵ *Supra* note 147, règle 23.

¹⁵⁶ *RB v Keewatin-Patricia District School Board*, 2013 HRT0 130.

¹⁵⁷ 2009 HRT0 369.

4. Accès au DSO au début du processus

Il arrive parfois que le conseil scolaire intimé demande l'accès au DSO complet au moment de préparer une réponse à la requête déposée. Dans certaines décisions provisoires communiquées par le TDPO, celui-ci a refusé d'accorder l'accès au DSO lors des étapes préliminaires du processus, avant la communication formelle de la preuve¹⁵⁸. La marche à suivre recommandée consiste à identifier et à évaluer les documents demandés par l'intimé, plutôt que d'accorder une dispense générale. Le TDPO « n'a pas le pouvoir d'ordonner à une partie de renoncer à un privilège »¹⁵⁹; cependant, il se peut que le Tribunal considère tout ou partie de la requête comme un abus de procédure si les renseignements dont l'intimé a besoin pour préparer une réponse sont refusés¹⁶⁰. Selon le TDPO, il s'agit de savoir « si, en l'absence du consentement demandé, les intimés sont en mesure de s'acquitter raisonnablement de leur obligation de répondre à la requête en vertu des Règles »¹⁶¹ [notre traduction].

VI. Mesures disciplinaires

La partie XIII de la *Loi sur l'éducation*, intitulée « Comportement, mesures disciplinaires et sécurité », établit une approche axée sur la « discipline progressive » lorsqu'il s'agit de traiter du comportement inapproprié d'un élève. Cette partie de la loi prévoit le processus de suspension et de renvoi, ainsi que les droits d'appel des suspensions et renvois, et veille à ce que certains programmes soient disponibles même lorsqu'un élève fait l'objet de mesures

¹⁵⁸ *Pellew v Muki Baum Treatment Centres*, 2010 HRTO 222 aux para 12-15; voir aussi *TS v Toronto District School Board*, 2010 HRTO 605 aux para 10-13. Voir aussi *Campbell v Toronto District School Board*, 2010 HRTO 463; *Thomas v Toronto District School Board*, 2010 HRTO 484.

¹⁵⁹ *Pellew v Muki Baum Treatment Centres*, 2010 HRTO 222 au para 12.

¹⁶⁰ *Ibid* au para 13.

¹⁶¹ *Ibid* au para 15.

disciplinaires et est retiré de l'école¹⁶². La partie XIII de la loi énonce le code de conduite provincial et traite aussi expressément de l'intimidation¹⁶³.

La Commission de révision des services à l'enfance et à la famille est le tribunal désigné ayant pour mandat d'instruire les appels des décisions de renvoi prises par les conseils scolaires.

En ce qui concerne le handicap en particulier, un élève ne peut être suspendu ni renvoyé uniquement en raison d'un comportement lié à son handicap. Le règlement 472/07, *Comportement, mesures disciplinaires et sécurité des élèves*, énonce les facteurs dont il faut tenir compte lorsqu'une suspension ou un renvoi est envisagé :

Facteurs atténuants

2. Pour l'application des paragraphes 306 (2) et (4), 310 (3) et 311.1 (4) et des alinéas 311.3 (7) b) et 311.4 (2) b) de la Loi, il faut tenir compte des facteurs atténuants suivants :

1. L'élève est incapable de contrôler son comportement.
2. L'élève est incapable de comprendre les conséquences prévisibles de son comportement.
3. La présence continue de l'élève dans l'école ne pose pas de risque inacceptable pour la sécurité de qui que ce soit. Règl. de l'Ont. 472/07, art. 2.

Autres facteurs

3. Pour l'application des paragraphes 306 (2) et (4), 310 (3) et 311.1 (4) et des alinéas 311.3 (7) b) et 311.4 (2) b) de la Loi, il faut tenir compte des autres facteurs suivants s'ils ont pour effet d'atténuer la gravité de l'activité pour laquelle l'élève est ou peut être suspendu ou renvoyé :

1. Les antécédents de l'élève.
2. Le fait de savoir si un processus de discipline progressive a été ou non appliqué à l'élève.

¹⁶² *Loi sur l'Éducation, supra note 3, art 312. Voir Ministère de l'Éducation, Politique/Programmes Note n° 141 – Programmes des conseils scolaires pour élèves faisant l'objet d'une suspension à long terme* (émise le 5 décembre 2012), en ligne : Ministère de l'Éducation <<http://www.edu.gov.on.ca/extra/fre/ppm/141f.pdf>>; voir aussi Ministère de l'Éducation, *Politique/Programmes Note n° 142 – Programmes des conseils scolaires pour élèves faisant l'objet d'un renvoi* (émise le 5 décembre 2012), en ligne : Ministère de l'Éducation <<http://www.edu.gov.on.ca/extra/fre/ppm/142f.pdf>>.

¹⁶³ *Loi sur l'Éducation, supra note 3, art 301.*

3. Le fait de savoir si l'activité pour laquelle l'élève est ou peut être suspendu ou renvoyé était liée au harcèlement de l'élève, notamment en raison de sa race, de son origine ethnique, de sa religion, de son handicap, de son sexe ou de son orientation sexuelle.
4. Les conséquences de la suspension ou du renvoi sur la poursuite des études de l'élève.
5. L'âge de l'élève.
6. Dans le cas d'un élève pour lequel un plan d'enseignement individualisé a été élaboré :
 - i. si son comportement était une manifestation du handicap identifié dans le plan,
 - ii. si des mesures d'accommodement adéquates et personnalisées ont été prises,
 - iii. si la suspension ou le renvoi risque d'aggraver son comportement ou sa conduite. Règl. de l'Ont. 472/07, art. 3; Règl. de l'Ont. 412/09, art. 4¹⁶⁴.

Comme nous le verrons ci-dessous, lorsque la suspension et le renvoi sont jugés inappropriés parce que le comportement visé est clairement une manifestation du handicap, le conseil scolaire peut régler la question du comportement d'une autre manière, par exemple, en excluant l'élève de l'école.

VII. Exclusion de l'école publique

La question en jeu est l'accès. Le refus d'accès ou l'accès réduit est souvent attribuable aux obstacles comportementaux et à une culture scolaire non inclusive, ainsi qu'au défaut de prendre des mesures d'accommodement appropriées. D'autres facteurs peuvent aussi entrer en jeu : la perception des problèmes de sécurité en milieu de travail¹⁶⁵, les considérations relatives au financement, une enquête inappropriée ou inadéquate ou la mise en œuvre inappropriée ou inadéquate des mesures de soutien nécessaires, la possibilité d'intimidation, l'intersection des motifs prévus dans le Code, ainsi que divers autres facteurs.

¹⁶⁴ *Comportement, mesures disciplinaires et sécurité des élèves*, Règl Ont 472/07, art 2, 3.

¹⁶⁵ *Supra* note 143; voir aussi *supra* note 144.

A. Pouvoirs du directeur – alinéa 265(1)m)

La *Loi sur l'éducation* confère au directeur d'école de nombreux pouvoirs et fonctions, qui sont énoncés à l'article 265. En particulier, l'alinéa 265(1)m) prévoit ce qui suit :

accès à l'école ou à la classe

- m) sous réserve d'un appel au conseil, refuser d'admettre dans une classe ou à l'école la personne dont la présence dans cette classe ou à l'école pourrait, à son avis, nuire au bien-être physique ou mental des élèves;

Il est essentiel d'obtenir par écrit une reconnaissance formelle de l'exclusion pour comprendre le fondement juridique de l'exclusion et pour évaluer les recours et réparations qui peuvent être disponibles. L'obtention d'une telle reconnaissance écrite peut nécessiter une certaine action revendicatrice si le conseil scolaire se fait attendre.

Il arrive souvent qu'on n'indique pas aux parents les motifs ou le fondement juridique de l'exclusion. L'exclusion peut être de courte durée et n'être maintenue que jusqu'à la survenance de certains événements, comme une évaluation, la prise de mesures d'accommodement – provisoires ou non – ou l'administration de contraintes chimiques. Parfois, l'exclusion est perçue comme étant permanente.

Le ministère fournit des directives limitées dans une note Politique/programmes, en indiquant que l'exclusion ne doit pas constituer une mesure disciplinaire et que les parents doivent être avisés de l'exclusion et de leur droit d'appel prévu à l'alinéa 265(1)m) le plus rapidement possible¹⁶⁶. La Cour d'appel a elle aussi examiné le fondement juridique et l'application de l'alinéa 265(1)m)¹⁶⁷. Certains

¹⁶⁶ Ministère de l'Éducation, *Politique/Programmes Note n° 145 – Discipline progressive et promotion d'un comportement positif chez les élèves* (émise le 5 décembre 2012) à la p 5.

¹⁶⁷ *Bonnah v Ottawa-Carleton District School Board*, (2003) 64 OR (3^e) 454 (Ont CA).

conseils, comme le Toronto District School Board, ont adopté une procédure de gouvernance¹⁶⁸ décrivant le processus d'appel visé à l'alinéa 265(1)m), qui confère au conseil un large pouvoir discrétionnaire lors de la tenue de l'audience.

Au moment d'envisager un appel devant le conseil scolaire, il faut tenir compte notamment des facteurs suivants : le déséquilibre de pouvoirs, le manque de représentation, les partis pris, les représailles, ainsi que la question de savoir si la réparation disponible serait importante ou non. Il faut aussi savoir que le conseil scolaire peut adopter la position selon laquelle l'appel ne peut mener qu'à la confirmation ou l'annulation de la décision du directeur concernant l'alinéa 265(1)m) et ne peut porter sur des questions liées aux mesures d'accommodement et au PEI. Par conséquent, même si un parent obtenait gain de cause lors d'une audience portant sur l'alinéa 265(1)m), les problèmes sous-jacents pourraient ne pas être abordés. Si la réparation obtenue consiste à annuler la décision et à permettre à l'élève d'avoir accès à l'école, les problèmes sous-jacents – comme le défaut de prendre des mesures d'accommodement et les obstacles comportementaux – persistent.

Selon les faits et les mesures de réparation demandées, il se peut que d'autres recours juridiques soient appropriés. Dans une décision provisoire récente du TDPO, celui-ci a ordonné le retour à l'école – assorti de conditions – d'un élève handicapé de neuf ans qui avait été exclu de l'école en raison d'un comportement lié à son handicap. Dans les cas où l'existence de discrimination peut être établie à première vue, le TDPO peut constituer une solution de rechange efficace à un appel devant le conseil scolaire¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Toronto District School Board, *Hearing of an Appeal Under Section 265 (1)(m) of the Education Act - Governance Procedure - PR602* (adoptée le 18 mai 2011).

¹⁶⁹ *Supra* note 156. Voir aussi *supra* note 136.

B. Ordonnances interdisant l'entrée sans autorisation

En 2008, les modifications apportées à la *Loi sur la sécurité dans les écoles* ont été accompagnées de modifications réglementaires visant à s'assurer que la disposition de l'article 305 de la *Loi sur l'éducation* interdisant l'entrée sans autorisation ne s'applique plus de manière à exclure un enfant handicapé de l'école¹⁷⁰.

Néanmoins, l'article 305 de la *Loi sur l'éducation*, le *Règlement 474/00* et l'alinéa 265(1)m peuvent s'appliquer de manière à exclure les parents de l'école dans certaines circonstances. Selon les faits de l'espèce, un appel devant le conseil scolaire, une requête fondée sur les droits de la personne ou une action au civil peut être approprié¹⁷¹.

C. Jours écourtés

Le *Règlement 298* permet de réduire la durée des jours d'école à moins de cinq heures par jour de classe « pour les élèves en difficulté inscrits à un programme d'enseignement à l'enfance en difficulté »¹⁷². Dans son document intitulé

¹⁷⁰ *Accès aux lieux scolaires*, Règl Ont 474/00, art 3(3) [*Règlement 474/00*].

¹⁷¹ Voir *supra* note 136 aux para 252-254. Voir aussi *Foschia v Conseil des écoles catholiques de langue française du Centre-Est*, 2009 ONCA 499 aux para 22-24, une affaire portant sur une ordonnance interdisant l'entrée sans autorisation rendue contre le parent d'un élève. Dans cette affaire, la Cour d'appel de l'Ontario s'est penchée sur la contestation d'une ordonnance rendue en vertu de l'alinéa 265(1)m et du règlement 474/00 qui excluait le parent de l'école de ses enfants. Le parent a intenté une action en justice contre le conseil scolaire pour négligence, infraction intentionnelle de souffrances morales et faute dans l'exercice d'une charge publique. La Cour d'appel a rejeté les allégations de négligence et conclu qu'un contrôle judiciaire de la décision du conseil d'administration était la voie à suivre la plus appropriée. La Cour d'appel a aussi examiné l'allégation de faute dans l'exercice d'une charge publique et la prorogation de l'interdiction contre le demandeur. Le parent soutenait que la prorogation de l'interdiction était motivée par la malveillance contre lui. La Cour d'appel a autorisé le maintien de l'allégation de faute, puisqu'il s'agissait d'une décision préliminaire en réponse à la tentative du conseil scolaire visant à la faire rejeter. L'affaire même n'avait pas été pleinement instruite, mais la décision est instructive, puisqu'elle laisse entendre qu'il est possible de présenter de telles questions sous forme d'allégation de faute dans l'exercice d'une charge publique, si tous les éléments sont présents. Dans sa décision, la Cour d'appel a effectué un examen utile des éléments nécessaires pour prouver une faute dans l'exercice d'une charge publique.

¹⁷² *Fonctionnement des écoles – Dispositions générales*, RRO 1990, Règl 298, art 3(3) [*Règlement 298*].

Éducation de l'enfance en difficulté : Guide pour les éducatrices et les éducateurs, le ministère fournit la directive suivante au sujet du paragraphe 3(3) :

Un conseil ne devrait pas recourir à cette disposition pour son propre avantage, par exemple en raison d'une pénurie de personnel. Ce paragraphe s'applique dans les situations où l'intérêt de l'enfant exige que la durée du programme d'enseignement soit réduite. Cela peut se faire, par exemple, si l'élève en difficulté n'a pas suffisamment de résistance pour fréquenter l'école pendant toute la durée du jour de classe, ou est incapable de le faire pour des raisons médicales¹⁷³.

Les jours écourtés peuvent constituer une réponse inappropriée des conseils scolaires aux comportements liés au handicap ou aux besoins complexes liés au handicap. Cette solution peut être présentée formellement comme seule option aux parents d'enfants handicapés, au cours des premières années, sans programme alternatif. Pour justifier une telle réponse, les conseils scolaires peuvent invoquer notamment la disponibilité limitée d'un assistant en éducation; cependant, telle n'était pas l'intention du législateur.

VIII. Conclusion

Les questions juridiques concernant les élèves handicapés et la réception de services d'éducation peuvent être complexes. Il s'agit d'un domaine du droit qui continue à évoluer et qui comprend de multiples cadres et obligations juridiques.

Il y a eu d'importants changements dans le domaine, notamment la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, qui énonce clairement le droit à des mesures d'accommodement individualisées dans le contexte des services d'éducation. Le Tribunal des droits de la personne de l'Ontario a récemment adopté ce cadre de

¹⁷³ *Supra* note 85 à la p A15.

travail dans une décision où il a conclu qu'un élève s'était vu refuser un accès concret à l'éducation par le conseil scolaire.

Enfin, il est essentiel que les élèves handicapés se voient donner l'occasion de participer à tous les efforts de revendication et d'éclairer et d'orienter ces efforts, dans toute la mesure du possible.



Chapitre 7

Obtenir des services pour les personnes ayant été étiquetées d'une déficience intellectuelle : guide d'introduction

Laurie Letheren, avocate à l'interne, ARCH Disability Law Centre

Septembre 2013

À jour en septembre 2013. Il est recommandé à quiconque souhaite se fonder sur le présent document d'effectuer ses propres recherches pour obtenir les mises à jour de la législation et de la jurisprudence.

La version française du présent document a été rédigée par le Centre de traduction et de documentation juridiques. La version originale s'intitule « Obtaining Services for Persons Who Have Been Labelled with an Intellectual Disability: A Primer » et se trouve au chapitre 7. L'analyse est fondée sur la version anglaise de la loi.

TABLE DES MATIÈRES

I.	Introduction.....	3
II.	Survol historique du traitement, par le Canada, des personnes ayant été étiquetées de déficiences intellectuelles	4
	A. Entreposage dans des institutions	4
	B. Mouvement d'intégration communautaire	6
	C. Personnes d'abord	7
	D. Recours collectif de la Huronie	9
	E. Transformation de la façon de penser – Vers l'inclusion	11
	F. Loi sur les services aux personnes ayant une déficience intellectuelle (aujourd'hui abrogée)	11
	G. Services de protection des adultes	12
	H. Loi sur l'inclusion sociale	13
III.	Soutiens et services en vertu de la Loi sur l'inclusion sociale.....	14
	A. À qui la Loi s'applique-t-elle?	15
	1. Preuve de l'admissibilité.....	15
	2. Ceux qui sont automatiquement admissibles aux services et soutiens	18
	B. Processus de demande	20
	1. Décisions sur l'admissibilité.....	21
	2. Listes d'attente et ordre de priorité.....	22
	C. Passeport et services particuliers à domicile	23
	1. Passeport	23
	2. Services particuliers à domicile.....	25
	3. Disponibilité des programmes	26
	4. Financement direct.....	27
IV.	Application des droits	28
V.	Mécanismes de plaintes.....	29
VI.	Mesures d'assurance de la qualité.....	30
VII.	Mauvais traitements et recours disponibles	31
	A. Mauvais traitements	31
	B. Prévention et signalement	32
	C. Considérations relatives aux droits de la personne	35
	1. Traitement différentiel en raison d'un handicap	35

2. Défaut du fournisseur de services de s’acquitter de son obligation d’accommodement	38
VIII. Questions relatives à la capacité de mandater un avocat	40
ANNEXE « A »	42

I. Introduction

Le terme « services pour les personnes ayant une déficience intellectuelle » sert à décrire les soutiens et le financement qui sont fournis aux adultes ayant des déficiences intellectuelles¹.

Dans le présent document, nous décrivons l’évolution des services et soutiens qui sont mis à la disposition des personnes ayant été étiquetées d’une déficience intellectuelle, ainsi que les pratiques relatives à la prestation de ces services.

En Ontario, les soutiens et services qui sont maintenant disponibles sont régis par la *Loi sur les services et soutiens favorisant l’inclusion sociale des personnes ayant une déficience intellectuelle*² (« *Loi sur l’inclusion sociale* »). Ces services sont financés par le ministère des Services sociaux et communautaires de l’Ontario. Le présent guide d’introduction décrit ces services, le processus de demande, ainsi que les mesures d’assurance de la qualité que prennent les fournisseurs de services. Puisque les soutiens et services sont continuellement

¹ Le terme « déficience intellectuelle » est souvent employé de façon interchangeable avec le terme « déficience développementale ». Dans le présent document, nous utiliserons le terme « étiqueté(e) d’une déficience intellectuelle ».

² *Loi de 2008 sur les services et soutiens favorisant l’inclusion sociale des personnes ayant une déficience intellectuelle*, LO 2008, c 14, en ligne : <http://www.e-laws.gov.on.ca/html/statutes/french/elaws_statutes_08s14_f.htm>.

révisés et mis à jour, ceux qui aident les personnes ayant été étiquetées d'une déficience intellectuelle devront se renseigner au sujet des mises à jour et des changements sur le site du ministère des Services sociaux et communautaires³ et le site de Services de l'Ontario pour les personnes ayant une déficience intellectuelle⁴.

Le présent guide d'introduction contient aussi une section sur le recours au *Code des droits de la personne* de l'Ontario (« Code ») visant à faire respecter les droits des personnes ayant été étiquetées d'une déficience intellectuelle.

II. Survol historique du traitement, par le Canada, des personnes ayant été étiquetées de déficiences intellectuelles⁵

A. Entreposage dans des institutions

Au début du 19^e siècle, il était acceptable de placer de force, dans de très grandes institutions, les personnes que la société considérait comme indignes ou indésirables et qu'il était « préférable » de cacher. L'entreposage des « indésirables » – les orphelins, les mères non mariées, les pauvres et les personnes âgées – constituait une pratique acceptable en Europe et en Amérique du Nord.

À la fin du 19^e siècle, l'Ontario a commencé à bâtir de nouvelles institutions pour loger les personnes qui avaient été étiquetées de déficiences intellectuelles. En 1839, le gouvernement de l'Ontario avait adopté la loi intitulée « *An Act to Authorise the Erection of an Asylum within this Province for the Reception of*

³ En ligne : Ministère des Services sociaux et communautaires
<<http://www.mcscs.gov.on.ca/en/mcscs/programs/developmental/>>.

⁴ En ligne : Services de l'Ontario pour les personnes ayant une déficience intellectuelle
<<http://www.dsontario.ca/>>.

⁵ Pour de plus amples renseignements, voir, en ligne : Ministère des Services sociaux et communautaires, « De la vie en établissement à l'intégration communautaire : Histoires des services aux personnes ayant une déficience intellectuelle en Ontario »
<<http://www.mcscs.gov.on.ca/fr/dshistory/index.aspx>>.

Insane and Lunatic Persons »⁶. Cette loi l'autorisait à fonder le premier asile provincial pour les personnes qui avaient été étiquetées de déficiences intellectuelles.

L'Orillia Asylum for Idiots, plus tard appelé Centre régional de la Huronie, a été bâti en 1876. En 1968, le Centre comptait 2 600 résidents⁷. L'Ontario Hospital School à Smiths Falls, plus tard appelé Centre régional Rideau, a ouvert ses portes en 1951 et, à son apogée, comptait 2 650 résidents⁸. Le gouvernement a continué à ouvrir de plus en plus d'institutions du genre⁹.

Au cours des années 1950 et 1960, le gouvernement de l'Ontario a commencé à promouvoir auprès du public l'idée que les personnes ayant été étiquetées de déficiences intellectuelles devraient recevoir un traitement et des services de soutien dans les institutions. Les familles ont été amenées à penser que les institutions étaient le meilleur endroit pour leurs enfants, parce que ces derniers pouvaient recevoir tous les services médicaux et de réadaptation dont ils avaient besoin pour réaliser leur plein potentiel. Voici un lien vers un vidéoclip tiré de «One On Every Street », produit par le département de la Santé de l'Ontario, qui montre les messages que l'on envoyait aux parents au sujet du soin de leurs enfants ayant des déficiences intellectuelles.

<http://www.mcass.gov.on.ca/fr/dshistory/reasons/index.aspx>

⁶ Voir, en ligne : Ministère des Services sociaux et communautaires, « L'évolution de la politique et de la législation du gouvernement : de 1839 à 1960 »

<<http://www.mcass.gov.on.ca/fr/dshistory/legislation/1839-1960.aspx>>.

⁷ Voir, en ligne : Ministère des Services sociaux et communautaires, « Centre régional de la Huronie » <<http://www.mcass.gov.on.ca/fr/dshistory/firstInstitution/huronie.aspx>>.

⁸ Voir, en ligne : Ministère des Services sociaux et communautaires, « Centre régional Rideau » <<http://www.mcass.gov.on.ca/fr/dshistory/firstInstitution/rideau.aspx>>.

⁹ Pour obtenir la liste de toutes les institutions pour personnes ayant été étiquetées d'une déficience intellectuelle qui étaient gérées par le gouvernement, voir, en ligne : Ministère des Services sociaux et communautaires, « Institutions pour personnes ayant une déficience intellectuelle gérées par le gouvernement »

<http://www.mcass.gov.on.ca/fr/dshistory/firstInstitution/list_institutions.aspx>.

Au milieu des années 1970, le gouvernement exploitait 16 institutions pour personnes ayant une déficience intellectuelle. À leur apogée en 1974, plus de 10 000 enfants et adultes vivaient dans ces institutions¹⁰.

B. Mouvement d'intégration communautaire

Ce ne sont pas toutes les familles qui croyaient que les institutions étaient les meilleurs endroits pour l'épanouissement de leurs enfants. Cependant, dans la réalité, elles devaient choisir une des deux options suivantes : placer leurs enfants dans une institution, ou les garder à la maison sans aucun service ni soutien de l'extérieur et sans aucun droit de fréquenter l'école. En Ontario, dans les années 1970, les enfants ayant été étiquetés de déficiences intellectuelles n'avaient pas le droit d'aller à l'école. Les familles ont commencé à s'organiser pour créer des classes pour les enfants. Elles ont eu recours à des bénévoles chargés d'enseigner aux enfants jusqu'à ce que le ministère de l'Éducation de l'Ontario commence à offrir des subventions en matière d'éducation aux écoles pour enfants ayant été étiquetés de déficiences intellectuelles. Ce mouvement a pris le nom de « Mouvement d'intégration communautaire ». En Ontario, les organisations du Mouvement d'intégration communautaire ont commencé à s'élargir pour former éventuellement l'Association ontarienne pour les enfants arriérés, aujourd'hui appelée Association pour l'intégration communautaire de l'Ontario¹¹. L'Association a connu une croissance rapide dans les années 1980. La plus grande partie du travail de l'Association portait sur le développement de logements résidentiels dans lesquels de quatre à six personnes ayant des déficiences intellectuelles obtiendraient un soutien pour vivre ensemble dans la collectivité. Les services d'emploi ont aussi été élargis.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ En ligne, Community Living Ontario, « About Us »
<<http://www.communitylivingontario.ca/about-us>>.

C. Personnes d'abord

Au Canada, dans les années 1970, de plus en plus de personnes handicapées ont commencé à s'organiser et à défendre leur droit d'être inclus comme membres importants de la société¹². Les personnes qui avaient été étiquetées et placées dans des institutions ont commencé à défendre leur droit de vivre dans la collectivité. Elles reconnaissaient que, parce qu'elles avaient vécu dans des institutions, elles avaient besoin d'aide et de soutien afin de vivre et travailler dans la collectivité. Elles ont commencé à s'organiser dans diverses villes partout au Canada afin de former des réseaux pour personnes ayant été étiquetées de déficiences intellectuelles et de se soutenir les unes les autres en tant que défenseurs de leurs propres droits.

Au moment de former ces réseaux, elles ont expliqué qu'elles avaient enduré des années où l'on avait parlé d'elles, on leur avait donné des ordres et on les avait étiquetées, et qu'elles voulaient pouvoir se soutenir les unes les autres pour défendre leur droit d'être perçues tout d'abord comme des « personnes ». Voilà comment le nom de l'organisation « Personnes d'abord » a été créé. Il y a encore de nombreuses organisations de Personnes d'abord dans l'ensemble du Canada. Personnes d'abord du Canada¹³ est organisée et régie par des personnes ayant été étiquetées d'une déficience intellectuelle. Cette organisation fournit des ressources, une formation et des services de représentation pour « [o]ffrir de l'appui aux personnes étiquetées [d'une déficience intellectuelle] afin qu'elles puissent parler pour elles-mêmes et s'entraider »¹⁴.

L'idée selon laquelle les personnes ayant été étiquetées d'une déficience intellectuelle devraient sortir des institutions et se voir donner l'occasion de vivre

¹² En ligne : Disability Rights Free Culture, « Disability Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms » <http://disabilityrights.freeculture.ca/exhibits_th_c.php>.

¹³ En ligne : Personnes d'abord du Canada, « À notre sujet » <<http://www.peoplefirstofcanada.ca>>.

¹⁴ En ligne : Personnes d'abord du Canada, « Visions et buts » <http://www.peoplefirstofcanada.ca/visions_goals_fr.php>.

dans une collectivité de leur choix a commencé à trouver un certain soutien en Ontario dans les années 1970. Au début des années 1970, le gouvernement de l'Ontario a commandité deux rapports sur les conditions de vie dans les institutions. Tant le rapport Williston¹⁵, publié en août 1971, que le rapport Welch¹⁶, publié en 1973, ont fait état des mauvais traitements et de la négligence qui existaient dans les institutions et ont recommandé que les personnes vivant dans les institutions soient placées dans la collectivité. En 1974, la *Loi sur les services aux personnes ayant une déficience intellectuelle* a été adoptée. Cette loi, ainsi que les rapports Williston et Welch, sont abordés en plus de détail ci-dessous.

Personnes d'abord, ainsi que d'autres organisations telles que le Mouvement d'intégration communautaire, ont joué un rôle de premier plan dans les démarches qui ont été faites auprès du gouvernement de l'Ontario pour fermer toutes les institutions où avaient été entreposées des personnes ayant des déficiences intellectuelles. Personnes d'abord du Canada a produit un documentaire percutant intitulé *The Freedom Tour*, pour accroître la sensibilisation – tant au Canada qu'à l'étranger – aux conditions dans ces institutions et à la nécessité de trouver d'autres façons de permettre aux gens de vivre dans la collectivité de leur choix.

Toutes les institutions en Ontario ont éventuellement été fermées, même si cela a pris plus de 30 ans. Le 31 mars 2009, *The Freedom Tour* a été projeté en simultané à plus de 30 endroits en Ontario pour souligner la fermeture des trois dernières institutions. La bande annonce du documentaire se trouve à l'adresse suivante : <https://www.youtube.com/watch?v=13y4BI0Lets>.

¹⁵ En ligne : Ontario Department of Health, « Present Arrangements for the Cure and Supervision of Mentally Retarded Persons in Ontario », par Walter B. Williston (Toronto, Ministère des Services sociaux et communautaires de l'Ontario)
<<http://www.mcass.gov.on.ca/documents/fr/mcass/dshistory/legislation/Williston%20Report.pdf>>.

¹⁶ En ligne : « Community Living for the Mentally Retarded in Ontario: A New Policy Focus », par Robert Welch, secrétaire de la province aux Affaires sociales, 1973
<<http://www.mcass.gov.on.ca/documents/fr/mcass/dshistory/legislation/Welch%20Report.pdf>>.

D. Recours collectif de la Huronie

Bien que les institutions soient maintenant fermées, d'anciens résidents continuent à ressentir l'impact négatif de leur expérience dans les institutions. Deux anciens résidents ont intenté un recours collectif pour obtenir réparation. Le cabinet d'avocats Koskie Minsky a représenté les anciens résidents du Centre régional de la Huronie dans un recours collectif intenté contre le gouvernement de l'Ontario. Les anciens résidents alléguaient que le gouvernement ne s'était pas acquitté de son obligation de diligence. Ils soutenaient que le « défaut de prendre soin des membres du recours collectif et de les protéger leur avait causé des pertes ou des préjudices, notamment des traumatismes psychologiques, des douleurs et souffrances, la perte de la jouissance de la vie et l'exacerbation des déficiences mentales existantes »¹⁷ [notre traduction].

Les membres du recours collectif comprennent :

- les personnes qui ont vécu au Centre régional de la Huronie à un moment donné entre le 1^{er} janvier 1945 et le 31 mars 2009 et qui étaient vivantes le 21 avril 2007;
- les parents, conjoints, enfants ou frères et sœurs des personnes qui ont vécu au Centre régional de la Huronie entre le 31 mars 1978 et le 31 mars 2009 et qui étaient vivantes le 21 avril 2007;
- les fiduciaires testamentaires des personnes qui ont vécu au Centre régional de la Huronie entre 1945 et 2009 et qui sont décédées après le 21 avril 2007.

Le recours collectif a été réglé le 17 septembre 2013. Les détails complets du règlement sont disponibles sur le site Web de Koskie Minsky¹⁸. En voici certains faits saillants :

¹⁷ Le mémoire du demandeur peut être lu en ligne : Marilyn Dolmage as litigation guardian of Marie Stark and Jim Dolmage as Litigation Guardian of Patricia Seth and Her Majesty the Queen in the Right of Ontario and Huronia Regional Centre (Appellant's Factum) <http://www.koskieminsky.com/site_documents/080659_FACTUM_25jan10.pdf>.

¹⁸ *Ibid.* Règlement à l'amiable <http://www.kmlaw.ca/site_documents/080659_SettlementAgreement_17sep13.pdf>.

- des excuses de la part de la province de l'Ontario à tous les anciens résidents du Centre régional de la Huronie;
- un fonds de règlement de 35 000 000 \$;
- les indemnités accordées ne seront pas assujetties à l'impôt ou à des récupérations de la part du gouvernement;
- le processus de demande est un processus sur papier qui n'exige aucun témoignage de la part des anciens résidents;
- l'indemnité maximale qu'un demandeur peut recevoir est de 42 000 \$;
- les documents produits en l'espèce seront disponibles à des fins de recherche érudite;
- des initiatives de commémoration comprenant :
 - une plaque commémorative sur les terrains du Centre régional de la Huronie;
 - la possibilité d'accéder aux terrains du Centre régional de la Huronie;
 - l'entretien adéquat du cimetière au Centre régional de la Huronie et le catalogage des personnes qui y sont enterrées;
 - la possibilité, pour les chercheurs, de se rendre au Centre régional de la Huronie et d'en archiver les artefacts.

En cas d'excédent après la présentation de toutes les demandes par les membres du recours collectif, le règlement contient certaines propositions sur la façon dont l'excédent sera distribué. Les propositions visent à aider les organisations à soutenir les personnes ayant été étiquetées de déficiences intellectuelles pour qu'elles puissent défendre leurs droits et raconter leurs histoires au sujet de la vie au Centre régional de la Huronie.

Les membres du recours collectif devraient consulter le site Web de Koskie Minsky pour se renseigner sur le processus de demande¹⁹.

¹⁹ En ligne : Kosky Minskie, « Huronia Regional Centre Developments » <<http://www.kmlaw.ca/Case-Central/Overview/Status-Of-Case/?rid=99>>.

E. Transformation de la façon de penser – Vers l’inclusion

En 1971, le ministère de la Santé de l’Ontario a chargé Walter Williston d’examiner la prestation de soins aux personnes ayant des déficiences intellectuelles. Le rapport qui a résulté de l’enquête recommandait que les personnes ayant des déficiences intellectuelles soient retirées des institutions pour recevoir leurs soins dans la collectivité. Les soutiens résidentiels devaient être offerts dans la collectivité, dans des milieux similaires aux logements résidentiels avoisinants. Les soutiens et services destinés à ceux qui habitaient dans la collectivité devaient provenir de la collectivité²⁰.

En 1974, Robert Welch a publié le rapport Welch, qui recommandait lui aussi que les personnes ayant des déficiences intellectuelles soient retirées des institutions pour recevoir les soutiens et services dont elles avaient besoin dans la collectivité. Le rapport Welch recommandait l’établissement de services de protection dans la collectivité, des soins en établissement communautaires, ainsi que l’élaboration de politiques permettant l’intégration de soutiens de l’emploi dans la collectivité²¹.

F. Loi sur les services aux personnes ayant une déficience intellectuelle²² (aujourd’hui abrogée)

En 1974, le gouvernement de l’Ontario a adopté la *Loi sur les services aux personnes ayant une déficience intellectuelle*, qui a transféré la responsabilité du financement des soins et services pour les personnes ayant été étiquetées de déficiences intellectuelles du ministère de la Santé au ministère des Services sociaux et communautaires. En vertu de cette loi, le ministère finançait des

²⁰ *Supra* note 15.

²¹ *Supra* note 16.

²² En ligne : Ministère des Services sociaux et communautaires, « L’évolution de la politique et de la législation du gouvernement : les années 1980 »
<<http://www.mcscs.gov.on.ca/fr/dshistory/legislation/1980s.aspx>>.

programmes et services, tels que les foyers de groupe, les milieux de travail protégés, les programmes de jour et la formation en dynamique de la vie, destinés aux personnes ayant été étiquetées de déficiences intellectuelles et à leurs familles. Un financement était aussi fourni aux familles et soignants qui soutenaient chez eux des enfants et adultes ayant des déficiences intellectuelles.

Malgré la tendance en Ontario en faveur de la désinstitutionnalisation, les types de soutiens et programmes financés en vertu de la *Loi sur les services aux personnes ayant une déficience intellectuelle* ne favorisaient pas l'inclusion des personnes ayant des déficiences intellectuelles dans leur collectivité. Les programmes qui étaient financés continuaient à isoler les personnes ayant été étiquetées d'une déficience intellectuelle. Chaque programme s'appliquait spécifiquement à une personne ayant été étiquetée d'une déficience intellectuelle, ce qui voulait dire que, la plupart du temps, cette personne vivait, travaillait, socialisait et était instruite isolément d'autres personnes ayant été étiquetées de déficiences intellectuelles.

G. Services de protection des adultes

Le Programme de protection des adultes est un autre programme qui a été établi dans les années 1970. Il était admis que, pour favoriser l'indépendance et l'inclusion communautaire des personnes ayant été étiquetées d'une déficience intellectuelle, certains soutiens devaient être maintenus. Le Programme de protection des adultes visait à jumeler une personne ayant été étiquetée d'une déficience intellectuelle avec un intervenant qui pouvait lui fournir un soutien social et une orientation et l'aider à revendiquer une participation accrue dans la collectivité. Le Programme de protection des adultes existe encore. De plus amples renseignements au sujet du programme sont disponibles à l'adresse suivante : <http://www.apsao.org/>.

H. Loi sur l'inclusion sociale

Le gouvernement de l'Ontario a présenté le projet de loi relatif à la *Loi sur les services et soutiens favorisant l'inclusion sociale des personnes ayant une déficience intellectuelle* (« *Loi sur l'inclusion sociale* ») pour la première fois en 2008. Le gouvernement estimait qu'une plus grande uniformité était nécessaire sur le plan de l'évaluation des besoins des personnes et de la fourniture des soutiens et du financement. La Loi sur l'inclusion sociale devait permettre d'obtenir cette uniformité ainsi que la modernisation du système d'accès aux services destinés aux personnes ayant été étiquetées d'une déficience intellectuelle.

La communauté qui soutenait les personnes ayant été étiquetées de déficiences intellectuelles s'est montrée plutôt favorable à la Loi sur l'inclusion sociale et espérait que celle-ci encouragerait une inclusion plus poussée des personnes ayant été étiquetées de déficiences intellectuelles dans leurs collectivités²³. Pour certains, la Loi promettait des critères d'admissibilité plus uniformes, un financement autogéré, une meilleure coordination des services offrant plus de choix et de flexibilité au niveau des programmes et soutiens, ainsi qu'une meilleure reddition de comptes de la part de ceux qui reçoivent des fonds et des organismes qui offrent des services.

Lorsque la Loi sur l'inclusion sociale a été adoptée, on s'attendait à ce que le secteur ontarien des services aux personnes atteintes d'un handicap de développement s'éloigne des soins en milieu institutionnel et de la ségrégation pour se rapprocher d'un système de services et soutiens qui permettrait aux personnes ayant été étiquetées de déficiences intellectuelles d'exercer une plus grande autonomie, d'avoir un plus grand pouvoir de décision en ce qui concerne

²³ Voir, par exemple, la description fournie sur le site Web de Community Living Ontario, en ligne : Community Living Ontario, « Supports and Services » <<http://www.communitylivingontario.ca/issues/policy-issues/supports-and-services>>.

leurs activités de la vie quotidienne et de vivre en fin de compte comme des citoyens à part entière dans les collectivités de leur choix²⁴.

III. Soutiens et services en vertu de la Loi sur l'inclusion sociale

La Loi sur l'inclusion sociale a été proclamée en vigueur en 2012 et la *Loi sur les services aux personnes ayant une déficience intellectuelle* et le règlement pris en application de celle-ci ont été abrogés.

Selon l'article 4 de la Loi sur l'inclusion sociale, celle-ci s'applique aux services suivants :

- les services et soutiens résidentiels (l'hébergement et la prise de mesures en vue de l'hébergement, ainsi que tous les soutiens nécessaires à cet égard);
- les services et soutiens liés aux activités de la vie quotidienne (y compris ceux visant à aider une personne à préparer ses repas et à lui apprendre des compétences de la vie courante, par exemple comment se servir des services bancaires et comment utiliser les transports en commun);
- les services et soutiens liés à la participation communautaire (y compris ceux visant à aider une personne pour ce qui est des activités liées au travail ou au bénévolat et des activités récréatives);
- les services et soutiens de relève pour fournisseurs de soins (services fournis au profit d'une personne ayant été étiquetée d'une déficience intellectuelle par une personne qui n'est pas son fournisseur principal de soins);
- les services professionnels et spécialisés (y compris ceux fournis par un

²⁴ K Joffe, « L'application des droits des personnes handicapées dans le système ontarien des services en matière de déficience intellectuelle », 2010, Commission du droit de l'Ontario à la p 5.

- travailleur social, un psychologue ou un orthophoniste);
- les services et soutiens liés à la planification gérée par la personne (aider une personne à déterminer sa vision et ses objectifs de vie, etc.);
 - les autres services et soutiens prescrits.

Chacun des services décrits ci-dessus est défini dans la Loi²⁵.

A. À qui la Loi s'applique-t-elle?

1. Preuve de l'admissibilité

La Loi s'applique aux personnes ayant été étiquetées d'une déficience développementale ou intellectuelle qui résident en Ontario et qui sont âgées d'au moins 18 ans. Le terme « résidence » n'est pas défini dans la Loi ou les règlements. Les directives à l'intention des Entités d'examen des demandes prévoient que le demandeur doit prouver sa résidence au moyen d'un document dans lequel figurent son nom et son adresse. Il se peut que certains clients n'aient pas un tel document.

Pour l'application de la *Loi sur l'inclusion sociale*, une personne a une déficience intellectuelle si elle présente des limitations substantielles prescrites dans son fonctionnement cognitif et son fonctionnement adaptatif et que ces limitations satisfont aux critères suivants :

- a) elles se sont manifestées avant que la personne n'atteigne l'âge de 18 ans;
- b) elles seront vraisemblablement permanentes;
- c) elles touchent des activités importantes de la vie quotidienne, comme les soins personnels, le langage, la faculté d'apprentissage, la capacité à vivre en adulte autonome ou toute autre activité prescrite.

Les définitions qui suivent figurent dans les directives à l'intention des Entités d'examen des demandes (dans la section « Confirmation de l'admissibilité aux

²⁵ *Supra* note 2, art 3(2).

services et soutiens aux adultes ayant une déficience intellectuelle qui sont financés par le ministère »)²⁶ :

« fonctionnement adaptatif » Capacité d'une personne à devenir autonome, déterminée par son aptitude à acquérir les habiletés conceptuelles, sociales et pratiques et à les appliquer dans sa vie de tous les jours.

« fonctionnement cognitif » Capacité intellectuelle d'une personne, notamment sa capacité à raisonner, à organiser, à planifier, à former des jugements et à déterminer des conséquences.

Le *Règlement de l'Ontario 276/10* fait état des critères permettant de déterminer si une personne présente des limitations substantielles du fonctionnement cognitif ou du fonctionnement adaptatif²⁷.

Les termes « soutiens à l'adaptation » et « antécédents de besoins en matière de soutiens à l'adaptation » sont aussi définis dans le règlement de l'Ontario 276/10²⁸.

²⁶ En ligne : Ministère des Services sociaux et communautaires, « Directives à l'intention des Entités d'examen des demandes »
<http://www.mcass.gov.on.ca/fr/mcass/publications/developmentalServices/policy_application/2_directives.aspx>.
http://www.mcass.gov.on.ca/en/mcass/publications/developmentalServices/policy_application/2_directives.aspx

²⁷ Règlement de l'Ontario 276/10, paragraphe 2(1) et article 3
Pour l'application du paragraphe 3 (1) de la Loi, une personne présente des limitations substantielles du fonctionnement cognitif si elle remplit l'un des critères suivants :

1. Elle obtient un score total de deux écarts-types sous la moyenne, plus ou moins l'erreur-type de mesure, à un test d'intelligence standardisé.
2. Elle obtient un score de deux écarts-types sous la moyenne dans deux ou plusieurs sous-échelles à un test d'intelligence standardisé et a des antécédents de besoins en matière de soutiens à l'adaptation.
3. Selon une détermination clinique faite par un psychologue ou un associé en psychologie, elle présente des limitations substantielles du fonctionnement cognitif et a des antécédents de besoins en matière de soutiens à l'adaptation.

<http://www.e-laws.gov.on.ca/html/regs/french/elaws_regs_100276_f.htm>.

²⁸ Règlement de l'Ontario 276/10, paragraphe 2(2)
« antécédents de besoins en matière de soutiens à l'adaptation » Le fait d'avoir des besoins de nature permanente en matière de soutiens en raison d'une déficience

Si la personne qui demande des services en vertu de la Loi sur l'inclusion sociale possède des documents d'un psychologue ou d'un associé en psychologie indiquant clairement qu'elle ne répond pas à la définition de déficience intellectuelle prévue par la Loi, l'Entité d'examen des demandes décide que la personne n'est pas admissible à des services et soutiens.

Si la personne qui demande des services n'a pas obtenu de décision claire d'un psychologue ou d'un associé en psychologie selon laquelle la personne a ou non une déficience intellectuelle, il faut suivre la procédure ci-après²⁹ :

- Si le particulier a 18 ans ou plus et que les documents fournis indiquent la présence d'une déficience intellectuelle (p. ex., des dossiers scolaires ou médicaux), les Entités d'examen des demandes faciliteront un aiguillage vers un organisme subventionné par un Ministère en vue de l'obtention d'une évaluation.
- Si le particulier a 18 ans ou plus et que l'évaluation fournie indique la présence d'une déficience intellectuelle, mais que l'information contenue dans l'évaluation est insuffisante pour confirmer que ce particulier a une déficience intellectuelle au sens de la Loi, les Entités d'examen des demandes doivent demander au particulier d'obtenir l'information exigée du psychologue ou de l'associé en psychologie qui a établi le rapport initial. Si le particulier ne peut obtenir l'information exigée, les Entités d'examen des demandes doivent acheminer les documents de ce particulier à un organisme subventionné par le Ministère afin que celui-ci détermine si le particulier a une déficience intellectuelle au sens de la Loi.
- Après examen des documents du particulier, si le psychologue ou l'associé en psychologie détermine qu'une évaluation additionnelle du particulier est requise, les Entités d'examen des demandes doivent aiguiller le demandeur vers un organisme subventionné par le Ministère en vue d'une évaluation additionnelle.

fonctionnelle causée par une lésion, un état ou une maladie qui est d'origine congénitale ou qui est survenu avant l'âge de 18 ans.

« soutiens à l'adaptation » Soutiens ayant pour but de permettre à une personne d'acquérir des habiletés et une capacité de fonctionnement en ce qui a trait aux activités de la vie quotidienne que sont les soins personnels, la communication et la socialisation, et de les conserver et améliorer.

<http://www.e-laws.gov.on.ca/html/regs/french/elaws_regs_100276_f.htm>.

²⁹ *Supra* note 26.

Le fait d'exiger au demandeur qu'il fournisse des documents préparés par un psychologue ou un associé en psychologie peut constituer un obstacle à l'obtention de services. Une évaluation psychologique est coûteuse et il peut y avoir de longues listes d'attente pour les évaluations financées par le gouvernement. Les intervenants qui aident les personnes ayant été étiquetées d'une déficience intellectuelle à obtenir d'autres avantages, comme les prestations du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées ou du Régime de pensions du Canada, font souvent face à des obstacles similaires lorsqu'ils tentent d'obtenir les documents requis à l'appui d'une constatation d'admissibilité. En raison de la nature d'un tel handicap, il se peut qu'une personne n'ait jamais eu besoin de se soumettre à une évaluation ou d'obtenir un diagnostic précis. Plusieurs adultes ayant été étiquetés d'une déficience intellectuelle n'ont reçu que des soins médicaux pour leurs besoins de santé physique, mais aucune aide médicale réelle pour leur déficience intellectuelle. Il est probable que l'omnipraticien ayant fourni des soins médicaux à la personne visée ne soit pas un psychologue et ne soit pas qualifié pour établir un diagnostic de psychologue, même s'il a traité cette personne pendant toute sa vie.

2. Ceux qui sont automatiquement admissibles aux services et soutiens

Certaines personnes qui recevaient des services et soutiens en vertu de la *Loi sur les services aux personnes ayant une déficience intellectuelle* ou qui se trouvaient sur des listes d'attente pour des services sont automatiquement considérées comme admissibles à des soutiens et services aux termes de la Loi sur l'inclusion sociale. Le 14 décembre 2012, le règlement de l'Ontario 414/12 a été adopté, rendant ainsi les personnes suivantes admissibles à des services et soutiens en vertu de la Loi sur l'inclusion sociale.

Les adultes qui :

- recevaient des fonds dans le cadre du programme Passeport le 1^{er} avril 2012;

- ont passé du Programme de services particuliers à domicile au programme Passeport le 1^{er} avril 2012;
- se trouvaient sur la liste d'attente du Programme de services particuliers à domicile le 31 mars 2012;
- ont demandé des services et soutiens en vertu de la Loi sur les services aux personnes ayant une déficience intellectuelle et été considérés admissibles à ces services et soutiens entre le 1^{er} janvier 2011 et le 30 juin 2011, et qui ont commencé à recevoir les soutiens ou qui étaient sur la liste d'attente pendant cette période.

Les enfants qui :

- reçoivent des prestations du Programme de services particuliers à domicile et ont atteint l'âge de 18 ans avant le 31 mars 2013;
- ont atteint l'âge de 18 ans entre le 1^{er} avril 2012 et le 31 mars 2013, et qui se trouvaient sur la liste d'attente du Programme de services particuliers à domicile avant d'avoir 18 ans.³⁰

D'après ce qu'ARCH croit comprendre, le ministère avait l'intention de faire examiner l'admissibilité aux services tous les cinq ans. L'examen peut mener à une constatation d'inadmissibilité, même pour les personnes ayant été automatiquement déclarées admissibles en vertu du règlement de l'Ontario 414/12.

Les personnes qui sont « admissibles » à des soutiens et services ne commenceront pas toutes à recevoir automatiquement des services et soutiens. Seules celles qui sont passées du programme Passeport au Programme de services particuliers à domicile (voir ci-dessous) continueront à recevoir le même niveau de financement, et ce, jusqu'à leur réévaluation. Le ministère a créé un tableau décrivant l'incidence du règlement sur l'admissibilité des adultes qui se

³⁰ En ligne : Ministère des Services sociaux et communautaires, « Un nouveau règlement clarifie l'admissibilité aux services aux adultes ayant une déficience intellectuelle » <<http://www.mcscs.gov.on.ca/fr/mcscs/programs/developmental/regulation.aspx>>.

trouvaient à diverses étapes d'admissibilité avant l'adoption de la Loi sur l'inclusion sociale. Le tableau figure à l'« annexe A ».

B. Processus de demande

Tous les demandeurs présentent leur demande à une organisation de Services de l'Ontario pour les personnes ayant une déficience intellectuelle (SOPDI), où le personnel examine les documents pour confirmer l'admissibilité aux services et soutiens. Il y a neuf organisations de Services de l'Ontario pour les personnes ayant une déficience intellectuelle dans la province. Pour trouver celle dans votre région, visitez : http://www.sopdi.ca/agencies?p=agency_finder&lm_lang=fr-ca.

Dès que l'admissibilité est confirmée, il s'agit de déterminer les besoins du demandeur en matière de soutien. Dans la première partie du processus, les domaines d'intérêt, les préférences et répugnances et les plans d'avenir du demandeur sont examinés. Dans la deuxième partie du processus, le demandeur remplit l'Échelle d'intensité du soutien (SIS-F). Cette évaluation sert à déterminer les services et soutiens dont le demandeur aura besoin pour avoir du succès, notamment à la maison, dans la collectivité, au travail et dans ses études. Il faut évaluer les besoins uniques de la personne à ce moment pour s'assurer que les soutiens les plus appropriés sont fournis. La Loi sur l'inclusion sociale qualifie l'objectif de l'évaluation de « planification gérée par la personne ». Les plans visent à aider la personne à formuler ses plans et objectifs de vie. Ils peuvent indiquer notamment le type de logement résidentiel que la personne souhaiterait avoir, ainsi que les types de programmes, de travail ou de possibilités de bénévolat qu'elle souhaiterait obtenir. Les personnes qui soutiennent une personne ayant été étiquetée d'une déficience intellectuelle peuvent participer aux discussions concernant l'élaboration de ces plans.

Après que les renseignements décrits ci-dessus ont été recueillis, les SOPDI doivent préparer un « profil » visant à diriger le demandeur vers les services et soutiens appropriés. Les SOPDI aiguilleront le demandeur vers les organismes de soutien de son choix.

1. Décisions sur l'admissibilité

Le ministère des Services sociaux et communautaires a créé des directives à l'intention des organisations qui reçoivent et traitent les demandes de services en vertu de la Loi sur l'inclusion sociale. Ces organisations sont des « Entités d'examen des demandes ». La directive est disponible à l'adresse suivante : http://www.mcscs.gov.on.ca/fr/mcscs/publications/developmentalServices/policy_application/1_directives.aspx.

La directive décrit le type de renseignements que les Entités d'examen des demandes doivent fournir, la façon dont les renseignements doivent être fournis, ainsi que les opérations commerciales générales.

Tel qu'il est indiqué ci-dessus sous la rubrique « À qui la Loi s'applique-t-elle? », la directive décrit aussi le processus à suivre pour déterminer l'admissibilité aux services en vertu de la Loi sur l'inclusion sociale.

La décision sur l'admissibilité doit être communiquée par écrit dans les 20 jours ouvrables de la réception de tous les documents. Si le demandeur est déclaré inadmissible, il peut demander un réexamen de la décision d'inadmissibilité dans les 25 jours de la réception de celle-ci. L'Entité d'examen des demandes dispose de 15 jours ouvrables pour rendre une nouvelle décision. Le processus de réexamen d'une décision sur l'admissibilité comprend une étape 2 et une étape 3. Chaque étape a ses propres délais et exigences en matière de documentation, qui sont décrits dans la directive intitulée « Processus de

réexamen des décisions sur l'admissibilité »³¹. La décision rendue à l'étape 3 est définitive. Elle ne peut vraisemblablement être réexaminée que dans le cadre d'un contrôle judiciaire.

2. Listes d'attente et ordre de priorité

Selon le site Web de Services de l'Ontario pour les personnes ayant une déficience intellectuelle³², le gouvernement prévoit que « [d]es entités d'examen du financement » seront éventuellement créées pour allouer les fonds et établir les priorités des recommandations de services et de soutiens ». Les entités d'examen du financement fourniront aussi un soutien aux personnes qui se trouvent sur des listes d'attente pour des services. Rien n'indique à quel moment les entités d'examen du financement seront créées. Jusqu'à leur création, les organismes régionaux des SOPDI devront travailler avec les organismes de soutien dans la collectivité pour établir les priorités des recommandations et aider ceux qui se trouvent sur des listes d'attente pour des services et soutiens.

La directive intitulée « Personnes ayant un besoin urgent de soutien »³³ traite des situations dans lesquelles une personne a besoin de demander des services et soutiens urgents, par exemple, lorsque le principal fournisseur de soins non rémunéré de cette personne n'est pas capable de fournir des soins ou lorsque la personne est sans abri ou risque de l'être. La directive n'autorise pas l'Entité d'examen des demandes à fournir des services d'urgence; elle prévoit seulement

³¹ En ligne : Ministère des Services sociaux et communautaires, « Directives à l'intention des Entités d'examen des demandes : Processus de réexamen des décisions sur l'admissibilité » <http://www.mcass.gov.on.ca/fr/mcass/publications/developmentalServices/policy_application/3_directives.aspx>.

³² *Supra* note 3.

³³ En ligne : Ministère des Services sociaux et communautaires, « Directives à l'intention des Entités d'examen des demandes : Personnes ayant un besoin urgent de soutien » <http://www.mcass.gov.on.ca/fr/mcass/publications/developmentalServices/policy_application/6_directives.aspx>.

que l'Entité d'examen des demandes doit avoir mis en place un processus pour traiter les demandes urgentes.

En l'absence d'un financement et de ressources adéquats, des soutiens et services appropriés ne peuvent être rapidement fournis. Il arrive souvent que des personnes ayant besoin d'un soutien dans le cadre de leurs activités quotidiennes soient obligées de se rendre à l'hôpital ou dans un établissement psychiatrique pour recevoir des soins. Selon la directive à l'intention des Entités d'examen des demandes, lorsqu'une intervention en cas d'urgence est nécessaire, l'Entité d'examen des demandes doit diriger la personne vers des services d'urgence (police, hôpital ou clinique locale). La directive prévoit aussi que, lorsqu'une demande de soutien urgent est présentée, « [l]es Entités d'examen des demandes doivent remplir ou mettre à jour la trousse de demande [...] dès que possible et au plus tard dans les douze (12) mois »³⁴.

C. Passeport et services particuliers à domicile

Avant avril 2012, il y avait deux sources de financement du ministère des Services sociaux et communautaires qui pouvaient être utilisées pour acheter des soutiens et services individualisés pour les enfants et les adultes. Il s'agit du programme Passeport et du Programme de services particuliers à domicile (PSPD).

1. Passeport

Depuis le 1^{er} avril 2012, les adultes ayant été étiquetés d'une déficience intellectuelle qui demandent un financement direct doivent recevoir un soutien dans le cadre du programme Passeport. Les adultes qui recevaient un

³⁴ En ligne : Ministère des Services sociaux et communautaires, « Directives à l'intention des Entités d'examen des demandes »
<http://www.mcscs.gov.on.ca/documents/fr/mcscs/publications/developmental/ds_policy_directive.pdf>.

financement du PSPD avant le 1^{er} avril 2012 reçoivent désormais un soutien entièrement dans le cadre du programme Passeport. Seuls les enfants peuvent maintenant demander un nouveau financement en vertu du PSPD. Les personnes qui recevaient des fonds en vertu du PSPD dans le passé continueront à recevoir le même montant et pourront l'utiliser de la même façon que par le passé, jusqu'à leur réévaluation.

Les nouvelles demandes doivent être présentées à l'un des neuf bureaux des Services de l'Ontario pour les personnes ayant une déficience intellectuelle du ministère des Services sociaux et communautaires qui sont situés en Ontario.

Pour de plus amples renseignements au sujet des changements décrits ci-dessus, visitez : <http://www.dsontario.ca/news/changes-to-passport/>.

Le financement dans le cadre du programme Passeport a pour but de permettre aux adultes ayant été étiquetés d'une déficience intellectuelle d'assister aux activités et de recevoir les soutiens qui leur donneront l'occasion de participer davantage à la vie de leur collectivité.

Selon les lignes directrices du programme Passeport du ministère des Services sociaux et communautaires, les objectifs du programme Passeport sont les suivants :

- améliorer la qualité de la participation communautaire en offrant des soutiens qui mettent l'accent sur des objectifs individuels, des activités professionnelles et une participation communautaire;
- aider à passer de l'école à la vie adulte dans la collectivité;
- favoriser l'autonomie;
- inculquer des aptitudes sociales et affectives et favoriser la participation sociale;
- promouvoir la formation continue et l'épanouissement personnel.

Le financement dans le cadre du programme Passeport peut aussi être utilisé pour donner un répit ou une pause au principal fournisseur de soins de la personne handicapée.

Une copie des lignes directrices du programme Passeport du ministère des Services sociaux et communautaires se trouve à l'adresse suivante :

<http://www.mcsc.gov.on.ca/fr/mcsc/publications/developmentalServices/passportGuidelines/tableOfContents.aspx>.

L'addendum des lignes directrices du programme Passeport qui a pris effet le 1^{er} juillet 2013 se trouve à l'adresse suivante :

<http://www.mcsc.gov.on.ca/fr/mcsc/publications/developmentalServices/passportGuidelines/addendum.aspx>.

2. Services particuliers à domicile

Le Programme de services particuliers à domicile (PSPD) n'est maintenant disponible que pour les enfants. Tant les enfants ayant été étiquetés d'une déficience intellectuelle que ceux ayant été étiquetés d'une déficience physique y sont admissibles. Si elles sont approuvées, les familles obtiennent un financement pour acheter des soutiens et services qu'elles ne pourraient habituellement pas se procurer elles-mêmes et qui ne sont pas disponibles ailleurs dans la collectivité.

Selon le site Web du ministère des Services sociaux et communautaires, le programme accorde une aide financière aux familles afin de leur permettre de payer des services particuliers à domicile ou hors du domicile, dans la mesure où l'enfant ne reçoit pas de soutien d'un programme en établissement. Par exemple, la famille peut :

- embaucher une personne pour aider l'enfant à acquérir de nouvelles compétences et aptitudes, comme des aptitudes à la communication, et à devenir plus autonome;
- recevoir une aide financière pour obtenir des services de relève afin de prendre congé des soins quotidiens qu'elle doit fournir à son enfant.

Le montant qu'une famille reçoit dépend de ce qui suit :

- le type et le nombre de services dont l'enfant a besoin;
- toute autre aide qui est disponible dans la collectivité;
- le type de soutien que la famille reçoit déjà.

3. Disponibilité des programmes

Il y a de longues listes d'attente tant pour le programme Passeport que pour le PSPD. Plusieurs familles sont confrontées à des situations très difficiles dans lesquelles elles n'ont aucun soutien ni service une fois que leurs adultes à charge ont quitté l'école secondaire ou atteint l'âge de 18 ans. Les adultes à charge ont besoin d'une aide quotidienne afin de participer à la vie de leur collectivité. Sans financement et avec des services et ressources limités, les familles doivent souvent décider si la situation d'emploi d'un des parents doit changer afin que quelqu'un puisse aider la personne handicapée pendant la journée et lui permettre de participer à la vie de sa collectivité. Lorsqu'aucun financement ou soutien approprié n'est disponible, la famille doit souvent placer l'adulte à charge dans un foyer de groupe, un hôpital ou un établissement de soins de longue durée. Pour la personne handicapée, il en résulte un isolement social, une perte d'autonomie et une perte de dignité.

En novembre 2012, le bureau de l'Ombudsman de l'Ontario a annoncé son enquête³⁵ sur « les services de la province aux adultes ayant une déficience intellectuelle, en situation de crise ». Selon le communiqué du bureau de l'Ombudsman, « [l]'enquête sera ciblée sur deux questions – à savoir si le Ministère réagit adéquatement aux situations d'urgence des adultes ayant une déficience intellectuelle, et si le Ministère prend suffisamment de mesures pour coordonner, suivre et faciliter l'accès à ces services pour eux ». Dès que l'Ombudsman aura terminé l'enquête et publié un rapport, de plus amples renseignements seront disponibles sur le site Web d'ARCH³⁶.

4. Financement direct

Selon les renseignements fournis par le ministère des Services sociaux et communautaires, les entités d'examen du financement recevront les demandes de ceux qui veulent acheter et gérer leurs propres soutiens et services dans le cadre d'un modèle de financement direct à l'avenir. Ce modèle permettrait à une personne de recevoir un financement de base à partir duquel elle pourrait choisir les soutiens et services qu'elle veut acquérir. On s'attend à ce que le financement direct donne plus de choix aux bénéficiaires et permette de mieux répondre à leurs besoins, grâce à un financement individualisé.

Rien n'indique à quel moment le gouvernement de l'Ontario prévoit commencer à financer le programme de financement direct, quels seront les critères d'admissibilité au financement direct, ou quel sera le financement accordé à chaque personne admissible. On ignore si le programme de « financement direct » sera différent du programme Passeport et du PSPD.

³⁵ En ligne : Ombudsman de l'Ontario, « L'Ombudsman de l'Ontario enquêtera sur les services de la province aux adultes ayant une déficience intellectuelle, en situation de crise », Toronto (29 novembre 2012) <<http://www.ombudsman.on.ca/Newsroom/Press-Release/2012/Ontario-Ombudsman-to-investigate-provinces-servic.aspx>>.

³⁶ En ligne : ARCH Disability Law Centre <<http://www.archdisabilitylaw.ca>>.

Selon un communiqué du ministère des Services sociaux et communautaires daté du 30 juillet 2013, le ministère a amélioré les soutiens aux personnes ayant une déficience intellectuelle après le budget de 2013. D'après le communiqué, les soutiens améliorés comprennent un nouveau financement direct ou un financement direct supplémentaire pour 850 adultes ayant une déficience intellectuelle, afin de soutenir leur participation à la vie de la communauté et offrir des services de relève aux fournisseurs de soins.

Le document d'information du communiqué indique que les sommes doivent être affectées dans le cadre du programme Passeport.

IV. Application des droits

La Loi sur l'inclusion sociale ne prévoit aucun droit pour ceux qui reçoivent des services et soutiens, ni aucune mesure de réparation à titre individuel en cas de violation des droits.

Kerri Joffe a souligné ce qui suit :

Les intervenants handicapés ont constamment indiqué que le défaut du gouvernement d'inclure des droits dans la Loi sur l'inclusion sociale est l'une des plus importantes lacunes de la législation [...] L'inclusion de droits dans le cadre de la Loi sur l'inclusion sociale est importante pour plusieurs raisons. Symboliquement, elle démontre que l'humanité et la dignité des personnes ayant des déficiences intellectuelles ne sont pas reconnues uniquement par des mots, mais aussi par des droits fondamentaux que les gens peuvent exercer pour améliorer la qualité de leur vie quotidienne. Dans la pratique, l'inclusion de droits dans la législation est le premier pas qui mène à la création d'une culture de droits dans le secteur des services aux personnes ayant des déficiences intellectuelles, ce qui augmente la possibilité que les personnes handicapées aient une plus grande autonomie, exercent un meilleur contrôle sur leur vie et puissent mieux disposer d'elles-mêmes³⁷ [notre traduction].

³⁷ *Supra* note 23 aux pp 33 et 34.

V. Mécanismes de plaintes

L'article 26 de la Loi sur l'inclusion sociale exige qu'un organisme de service veille à ce qu'il y ait des modalités écrites concernant la présentation de plaintes à l'organisme et leur traitement par celui-ci. L'article 26 exige aussi que l'organisme de service veille à ce que ces modalités écrites soient conformes aux règlements. L'alinéa 38p) de la Loi prévoit que le lieutenant-gouverneur en conseil peut, par règlement, régir les modalités relatives aux mécanismes de traitement des plaintes; cependant, à ce jour, aucun règlement à cet égard n'a été pris. Le ministère a publié une « directive à l'intention des organismes de service ». La directive se trouve à l'adresse suivante :

http://www.mcsc.gc.ca/documents/fr/mcsc/publications/developmental/policy_service_frdirective/Policy%20Directives_FR_DS.pdf.

La directive prévoit que tous les organismes doivent avoir des politiques et procédures écrites concernant la réception et le traitement des plaintes et la présentation de commentaires. Ces politiques et procédures doivent être écrites pour qu'elles puissent être comprises par quiconque veut les connaître. Une plainte peut être formulée par une personne qui reçoit des services, une personne qui présente la plainte au nom d'une autre, ou un membre du public. Une politique doit traiter de ce qui suit : les différentes façons de communiquer la plainte; le processus d'enquête sur les plaintes et de réponse aux plaintes; les délais applicables à chaque étape du processus; les rôles des personnes qui doivent recevoir les plaintes et y répondre; la façon de s'assurer que le processus est exempt d'intimidation ou de coercition.

La directive à l'intention des organismes de service traite aussi de la nécessité de s'assurer que les services ne seront pas menacés en raison d'une plainte.

Cette préoccupation au sujet du risque potentiel auquel s'expose l'auteur de la plainte est souvent la raison pour laquelle une plainte n'est pas déposée. La

crainte de représailles est souvent présente chez les personnes qui ont été victimes de mauvais traitements ou de négligence, ou chez les personnes qui les soutiennent. Cela est particulièrement vrai pour les personnes qui ne peuvent communiquer verbalement et qui sont isolées.

VI. Mesures d'assurance de la qualité

La directive à l'intention des organismes de service contient aussi une section intitulée « Soutien aux personnes ayant un comportement problématique ». Cette section décrit les exigences relatives aux plans de soutien au comportement et au recours aux stratégies d'intervention comportementale. Selon la directive, « [d]e l'avis du ministère, la contention physique doit être utilisée uniquement en dernier recours dans les situations de crise, sauf spécification contraire figurant dans le plan de soutien au comportement d'une personne ». Les termes « contention physique »³⁸ et « situations de crise »³⁹ sont tous les deux définis dans la directive. Chaque fournisseur de services doit faire appel à un comité d'examen constitué de tierces parties, y compris un clinicien expert dans le soutien aux adultes ayant été étiquetés d'une déficience intellectuelle qui présentent un « comportement problématique ». Le comité d'examen doit examiner les plans de soutien au comportement et déterminer si des

³⁸ La « contention physique » est un exemple d'un type d'intervention comportementale perturbatrice au sens du Règlement de l'Ontario 299/10, qui comprend « le recours à des techniques d'immobilisation dans le but de restreindre la capacité d'une personne ayant une déficience intellectuelle à bouger librement, à l'exception toutefois de la restriction des mouvements, de la réorientation ou de l'incitation physique qui est de courte durée et faite en douceur et qui s'inscrit dans un programme d'apprentissage des comportements ».

³⁹ Le Règlement définit comme suit le terme « situation de crise » : « Cas où les conditions suivantes sont réunies :

- a) une personne ayant une déficience intellectuelle présente un comportement problématique nouveau ou plus intense par rapport à son comportement antérieur et n'a pas de plan de soutien au comportement, ou les stratégies décrites dans son plan n'offrent pas de solutions efficaces pour faire face au comportement problématique;
- b) le comportement problématique de la personne risque, dans l'immédiat, de l'amener à se causer du tort ou d'en causer à autrui ou d'endommager des biens;
- c) les tentatives de désescalade de la situation se sont révélées inefficaces. ».

interventions perturbatrices sont éthiques et adaptées aux besoins de la personne visée.

Le règlement de l'Ontario 299/10, « Mesures d'assurance de la qualité », offre plus de détails sur les exigences relatives au plan de soutien au comportement⁴⁰, les mesures de sécurité et de protection⁴¹, le signalement des mauvais traitements⁴², ainsi que l'utilisation d'interventions perturbatrices et la formation sur les techniques d'intervention⁴³. Le ministère a aussi publié un « Guide du Règlement sur les mesures d'assurance de la qualité », qui est disponible à l'adresse suivante :

[HTTP://WWW.MCASS.GOV.ON.CA/DOCUMENTS/FR/MCASS/PUBLICATIONS/DEVELOPMENTAL/DS_PLAINLANGGUIDE_FRN_WEB.PDF.](http://www.mcass.gov.on.ca/documents/fr/mcass/publications/developmental/ds_plainlangguide_frn_web.pdf)

VII. Mauvais traitements et recours disponibles

A. Mauvais traitements⁴⁴

Les mauvais traitements peuvent causer un préjudice à la fois physique et mental. Ils peuvent comprendre :

- la violence **physique**, par ex., maltraiter une personne en la giflant, en la poussant, en lui donnant des coups de pied, en la retenant au sol, ou en utilisant des aides – notamment des aides au levage – de façon inappropriée dans le but d'infliger des douleurs et de provoquer la peur, etc.;

⁴⁰ Règl Ont 299/10, art 18.

⁴¹ *Ibid*, art 12.

⁴² *Ibid*, art 8 et 9.

⁴³ *Ibid*, art 19-21.

⁴⁴ L'article 1 du Règlement de l'Ontario 299/10 donne la définition suivante du terme « mauvais traitements » : « Actes ou comportements qui causent ou sont susceptibles de causer un préjudice physique ou psychologique, ou les deux, à une personne ayant une déficience intellectuelle, ou qui entraînent ou sont susceptibles d'entraîner une perte importante ou la destruction de ses biens. S'entend en outre d'une négligence. ».

- la **négligence**, par ex., priver une personne de nourriture, d'eau, de logement, de chauffage, de soins médicaux ou d'hygiène;
- la violence **psychologique**, par ex., les insultes, la ségrégation, l'alimentation forcée, le fait de priver une personne des activités qui l'intéressent ou de lui refuser l'accès à un partenaire intime, le harcèlement ou l'intimidation;
- la violence **sexuelle**, par ex., des attouchements non désirés;
- l'exploitation **financière**, par ex., faire mauvais usage de fonds ou de biens ou refuser à une personne l'accès à ses fonds ou ses biens.

Pour plusieurs personnes ayant été étiquetées d'une déficience intellectuelle, la négligence et l'exploitation dont elles sont victimes peuvent être plus subtiles et ne pas être perçues comme des mauvais traitements. Par exemple, si la personne qui soutient une personne ayant une déficience intellectuelle estime qu'un comportement – tel que le refus de manger son repas – est inapproprié ou démontre un manque de coopération, il se peut qu'elle lui défende de regarder une émission télévisée ou d'écouter de la musique. Bien que certains ne considèrent pas cela comme un mauvais traitement, l'impact psychologique résultant d'une punition infligée pour avoir tenté de faire valoir son choix ou son autonomie devrait être considéré comme un mauvais traitement.

B. Prévention et signalement

Le règlement de l'Ontario 299/10, « Mesures d'assurance de la qualité », exige que tous les organismes de service prévoient des politiques et consignes relatives à la prévention et au signalement des mauvais traitements⁴⁵. Le règlement exige que les organismes prévoient des consignes concernant la constitution d'un dossier sur tout cas de mauvais traitements et le signalement de tels cas, la façon de soutenir la personne ayant fait l'objet de mauvais

⁴⁵ *Supra* note 40, art 8 et 9.

traitements, les mesures à prendre à l'égard des employés ou bénévoles qui auraient infligé des mauvais traitements, la formation obligatoire et le signalement des mauvais traitements à la police et à d'autres.

Le paragraphe 8(2) du règlement de l'Ontario 299/10, qui porte sur l'information et la sensibilisation des personnes qui reçoivent des services, est une importante disposition sur la prévention et le signalement des mauvais traitements. L'alinéa 8(2)c) indique que chaque organisme de service doit faire ce qui suit :

lorsqu'il commence à fournir des services et soutiens à des personnes ayant une déficience intellectuelle, il prévoit une session obligatoire d'information et de sensibilisation sur la prévention et le signalement des mauvais traitements à leur intention, dans un langage et sous une forme adaptés à leurs capacités, et il procède à un rappel des éléments compris dans cette session chaque année par la suite.

Cependant, comme Kerri Joffe l'a précisé dans « *L'application des droits des personnes handicapées dans le système ontarien des services en matière de déficience intellectuelle* », l'information sur les droits est considérée par les intervenants handicapés comme un important moyen de réaliser les objectifs d'une approche fondée sur les droits de la personne, à savoir, le développement d'une culture de droits dans le secteur des services aux personnes ayant des déficiences intellectuelles et l'autonomisation des personnes handicapées de manière à ce qu'elles puissent être des participants actifs et des consommateurs de services⁴⁶. Cependant, les organismes ne pourront s'acquitter de l'obligation d'information et de sensibilisation si l'information n'est pas fournie de manière à ce qu'elle soit pleinement accessible pour les personnes handicapées qui reçoivent des services. Toute l'information doit être fournie d'une manière qui tienne compte des façons uniques dont les destinataires de l'information communiquent, comprennent et traitent des renseignements. Le langage et le contexte des documents d'information doivent se rapporter aux expériences

⁴⁶ *Supra* note 23 aux pp 109-114.

vécues de ceux qui doivent recevoir l'information. Puisque les organismes contrôlent pleinement les documents qu'ils utilisent pour fournir l'information sur les mauvais traitements, certains intervenants handicapés s'inquiètent que cette information ne soit pas réellement accessible pour les personnes qui doivent la recevoir.

Des préoccupations similaires en matière d'accès et d'efficacité ont été exprimées au sujet des dispositions sur le signalement des mauvais traitements prévues par le règlement de l'Ontario 299/10. Les organismes eux-mêmes contrôlent pleinement l'élaboration et la mise en œuvre de leurs politiques et pratiques relatives à la surveillance et au signalement des mauvais traitements. Si l'organisme ne respecte pas ses propres consignes, prévoit des consignes inadéquates ou ne prend pas les mesures appropriées pour remédier aux mauvais traitements, la victime ou les personnes qui lui fournissent un soutien n'ont aucun recours prescrit. Le règlement ne prévoit aucun mécanisme d'application des droits pour les éventuelles victimes de mauvais traitements. Comme Kerri Joffe l'a indiqué, « [l]e principe de responsabilisation fondé sur les droits de la personne exige que les personnes handicapées puissent saisir un organisme d'arbitrage indépendant si elles ne sont pas satisfaites de la réponse du fournisseur de services à la plainte »⁴⁷ [notre traduction]. Malheureusement, malgré les observations qu'ARCH et d'autres parties ont présentées au sujet de la nécessité d'établir un organisme d'examen ou d'arbitrage indépendant chargé de surveiller les organismes de service, la Loi sur l'inclusion sociale et ses règlements ne prévoient aucun organisme d'examen ou d'arbitrage.

Les personnes ayant été étiquetées de déficiences intellectuelles qui reçoivent des soutiens et services, notamment celles qui reçoivent des services résidentiels, craignent de faire l'objet de représailles pour avoir signalé des mauvais traitements. Les membres de la famille et les autres personnes qui

⁴⁷ Joffe aux pp 118-120.

soutiennent les personnes qui reçoivent des soutiens et services sont souvent accusés d'être difficiles ou des geignards et de semer le trouble lorsqu'ils informent les organismes de leurs préoccupations relatives aux mauvais traitements. Les membres de la famille et les autres fournisseurs de soutiens se sont souvent vu refuser l'accès à la maison où la personne étiquetée d'une déficience intellectuelle vit et reçoit des soutiens ou à l'établissement communautaire où elle reçoit des soutiens. Il est arrivé que des organismes menacent de retirer des soutiens et services, au motif qu'ils ne pouvaient plus traiter avec les membres de la famille ou fournisseurs de soutiens « difficiles ». Dans certains cas où des membres de la famille ou des fournisseurs de soutiens se sont vus menacer de représailles ou du retrait des services à l'endroit de la personne qui reçoit les services, ils ont obtenu gain de cause après avoir porté l'affaire au bureau régional du ministère des Services sociaux et communautaires. Dans d'autres cas, une tierce partie a été appelée à effectuer un examen des activités du fournisseur de services. Dans d'autres situations, le fournisseur de services peut décider qu'il ne fournira plus de services à la personne visée. Dans les cas de mauvais traitements, il se peut que la personne doive être retirée au fournisseur de services. Dans les deux cas, une personne pourrait être reléguée au bas de la liste d'attente pour de futurs services, même si elle n'a pas eu un mot à dire au sujet de la suppression des services.

C. Considérations relatives aux droits de la personne

1. Traitement différentiel en raison d'un handicap

Dans certaines situations, la violation des droits d'une personne par un fournisseur de services pourrait être qualifiée de violation du *Code des droits de la personne* de l'Ontario.

Bien que tous les plans de soins doivent être « axés sur la personne » en vertu de la Loi sur l'inclusion sociale, il arrive souvent que le fournisseur de services ne

respecte pas la culture, la religion, les croyances ou l'orientation sexuelle de la personne à laquelle il fournit des services.

Les foyers de groupe et les programmes de jour offrent rarement un choix de repas. On y mange souvent la même chose, jour après jour. Souvent, les aliments ne sont pas compatibles avec les croyances religieuses ou culturelles de certaines personnes.

Il se peut que les personnes qui vivent dans des foyers de groupe ou d'autres établissements résidentiels soient obligées de visiter une institution religieuse de la foi chrétienne et ne se voient fournir aucun soutien pour visiter, par exemple, une synagogue, une mosquée ou un temple. De plus, il se peut que les personnes qui reçoivent des soutiens résidentiels soient obligées d'écouter des lectures de la Bible, ainsi que de la musique et des émissions radiophoniques et télévisées portant sur des thèmes religieux, et que la résidence ne reconnaisse que les fêtes chrétiennes. ARCH est au courant de certaines situations dans lesquelles une personne s'est vu interdire d'assister à une cérémonie visant à célébrer sa culture, parce que le fournisseur de soins en résidence estimait que la cérémonie était trop « non chrétienne » ou « prônait l'adoration du diable ».

ARCH a aussi été mis au courant de plusieurs situations dans lesquelles des personnes étiquetées de déficiences intellectuelles se voient interdire d'établir des relations intimes ou sexuelles. Les personnes étiquetées de déficiences intellectuelles sont souvent considérées comme « moins qu'humaines », de sorte qu'on présume qu'elles n'ont pas la capacité d'établir des relations intimes. De nombreuses personnes qui travaillent avec des personnes ayant des déficiences intellectuelles adoptent le point de vue stéréotypé selon lequel les personnes ayant des déficiences intellectuelles n'ont pas la capacité mentale de consentir à un acte sexuel. Par conséquent, les personnes ayant des déficiences intellectuelles se voient interdire des activités sexuelles et sont isolées de celles avec lesquelles elles pourraient avoir établi une relation intime.

Les personnes gaies, lesbiennes ou bisexuelles qui ont aussi été étiquetées d'une déficience intellectuelle sont souvent forcées de réprimer leur sexualité. Cette répression forcée peut être fondée sur le point de vue stéréotypé selon lequel une personne ayant une déficience intellectuelle ne pourrait réellement comprendre son orientation sexuelle. De plus, ceux qui travaillent avec une personne étiquetée de déficiences intellectuelles peuvent croire que celle-ci doit être protégée des préjudices ou railleries dont elle pourrait être victime si on lui permettait d'afficher son identité sexuelle.

Dans de telles situations, la perte de choix et de liberté pourrait être qualifiée de violation des droits d'une personne en vertu du *Code des droits de la personne*. La personne fait l'objet d'un traitement différentiel en raison de son handicap et ce traitement la défavorise.

Le Centre d'assistance juridique en matière de droits de la personne a présenté une requête fondée sur les droits de la personne contre une municipalité au nom des résidents d'un foyer de groupe et des propriétaires du foyer. La municipalité avait refusé aux propriétaires le zonage dont ils avaient besoin pour offrir en toute légalité une résidence de soutien destinée aux personnes étiquetées de déficiences intellectuelles dans un quartier résidentiel. Les résidents s'étaient ainsi vu refuser le droit de vivre dans le quartier de leur choix. La requête pour discrimination a éventuellement fait l'objet d'un règlement. Les bulletins d'information suivants portent sur la requête présentée au Tribunal des droits de la personne (TDPO) :

<http://www.newswire.ca/en/story/1017781/town-egged-on-neighbours-taunting-people-with-developmental-disabilities>

<http://www.newswire.ca/en/story/1177981/greater-town-of-napanee-settles-human-rights-claim-with-disabled-residents?relation=org>.

Dans le cadre d'une autre requête présentée par une personne ayant une déficience développementale, il a été décidé qu'un employeur avait violé le Code en versant à cette personne un salaire beaucoup moins élevé que celui des employés non handicapés. La décision du TDPO se lisait en partie comme suit⁴⁸ :

La requérante et les autres manœuvres généraux ayant des déficiences développementales accomplissaient les mêmes tâches que les manœuvres généraux n'ayant pas de déficiences développementales, à l'exception des tâches de précision, comme l'étiquetage des bouteilles de vin.

La requérante et les autres manœuvres généraux ayant des déficiences développementales touchaient une rétribution de formation de 1,00 \$ l'heure. Après quelques années, la rétribution a été augmentée à 1,25 \$ l'heure. Les manœuvres généraux n'ayant pas de déficiences développementales touchaient le salaire minimum ou un salaire plus élevé.

2. Défaut du fournisseur de services de s'acquitter de son obligation d'accommodement

On dit souvent des personnes ayant été étiquetées d'une déficience intellectuelle qu'elles sont « violentes, agressives, abusives et difficiles », qu'elles représentent « un risque de fuite », ou qu'elles affichent ce qui est qualifié ci-dessus de « comportement problématique ». En raison de leur comportement « violent » et « dangereux », elles sont soumises à une contention physique, se font prescrire des médicaments, sont isolées et privées des choses qu'elles aiment et se voient refuser des services.

D'après l'expérience d'ARCH, le comportement « violent » et « dangereux » d'une personne peut être attribuable au défaut du fournisseur de services de tenir compte des besoins de cette personne qui sont liés à son handicap. Il se peut qu'il s'agisse d'une personne qui ne peut communiquer verbalement et que

⁴⁸ *Garrie v Janus Joan*, 2012 HRTO 68 (CanLII) <<http://canlii.ca/t/fpm28>>.

le fournisseur de services n'apprenne pas à faciliter la communication par d'autres moyens, comme des symboles, des dispositifs de communication, des gestes ou le toucher. La personne peut afficher un « comportement agressif » parce qu'elle est frustrée et déçue de ne pouvoir faire ses propres choix ou de ne pouvoir faire comprendre ses besoins.

Ces types de comportement peuvent aussi être attribuables à la mauvaise utilisation ou à la surutilisation de médicaments, entre autres choses.

Une violation du Code pourrait être établie en raison d'un défaut de s'acquitter de l'obligation d'accommodement. Cependant, il est parfois difficile d'établir une distinction entre l'obligation d'accommodement et la qualité des soins. Dans une décision du TDPO⁴⁹, le président associé, David Wright, a conclu que la requérante n'avait pas établi l'existence de discrimination et d'un défaut de prendre des mesures d'accommodement dans ses allégations selon lesquelles elle n'avait pas reçu les soins médicaux appropriés. Au paragraphe 28 de la décision, il précise ce qui suit :

Pour que l'obligation d'accommodement puisse s'appliquer, la requérante doit démontrer qu'il y a eu une discrimination directe ou indirecte fondée sur l'un des motifs interdits par le *Code*. La simple assertion selon laquelle il n'a pas été convenablement satisfait aux besoins de la requérante n'est pas une allégation de discrimination fondée sur un motif interdit par le *Code* ni ne laisse entendre qu'il y a eu une violation d'une quelconque obligation d'accommodement. Les allégations de discrimination et de défaut d'accommodement se rapportant à la manière dont les soins médicaux ont été fournis à la requérante n'ont aucune chance raisonnable d'être retenues. [notre traduction]

Pour de plus amples renseignements sur la façon d'informer les personnes handicapées de leurs droits en vertu du *Code des droits de la personne* de l'Ontario et sur le dépôt des requêtes auprès du TDPO, veuillez consulter le chapitre 3 intitulé « Les droits de la personne et le droit des personnes

⁴⁹ *Barber v South East Community Care Access Centre*, 2013 HRTO 60 (CanLII) <<http://canlii.ca/t/fvm51>>.

handicapées » du présent guide d'introduction sur le droit des personnes handicapées.

VIII. Questions relatives à la capacité de mandater un avocat

Lorsqu'un client a été étiqueté d'une déficience intellectuelle, la question de savoir s'il a la capacité de mandater un avocat peut se poser.

Dans un tel cas, l'avocat doit s'assurer de s'acquitter de son obligation d'accommodement, afin que le client puisse établir une relation avocat-client, retenir les services d'un avocat et mandater un avocat.

En particulier, il faut s'assurer de bien comprendre qui est le client et qui fournit des directives à l'avocat. Dans plusieurs cas, c'est un parent ou un autre membre de la famille qui vous consultera pour obtenir des conseils juridiques. Souvent, le membre de la famille vous dira que la personne ayant une déficience intellectuelle ne pourrait pas vous parler des questions juridiques pertinentes. D'après l'expérience d'ARCH, une fois que nous avons tenté de comprendre comment la personne communique et que nous avons pris les dispositions qui s'imposent pour tenir compte de ses besoins liés au handicap, la personne peut souvent donner des directives à l'avocat. Il se peut qu'un membre de la famille ou une autre personne doive offrir un soutien à la personne ayant une déficience intellectuelle, mais l'avocat doit s'assurer de recevoir des directives de cette dernière. L'avocat doit aussi s'assurer que la décision de la personne est respectée, même s'il estime – ou si une personne de confiance estime – que la décision qui est prise n'est pas dans « l'intérêt » de la personne.

Dans d'autres cas, il peut être déterminé que la personne n'a pas la capacité de mandater un avocat. Même si un membre de la famille ou une autre personne de

confiance a pris des décisions pour la personne pendant toute sa vie, il se peut qu'aucune procuration valide n'existe.

Dans chacun des cas décrits ci-dessus, l'avocat doit établir clairement qui est le client dans la relation avocat-client et déterminer si la personne qui donne des directives a le pouvoir de prendre les décisions qui sont susceptibles d'avoir une incidence sur la vie d'une autre personne.

Pour de plus amples renseignements sur les questions décrites ci-dessus et d'autres questions relatives à la capacité, veuillez consulter le chapitre 4 intitulé « Capacité de mandater un avocat » du présent guide d'introduction sur le droit des personnes handicapées.

ANNEXE « A »

Quelles incidences le règlement aura-t-il sur votre admissibilité aux services destinés aux adultes ayant une déficience intellectuelle?

si vous êtes un adulte qui a été transféré du PSPD au programme Passeport le 1er avril 2012	Vous serez automatiquement admissible aux services et soutiens destinés aux adultes ayant une déficience intellectuelle en vertu de la Loi sur les services et soutiens favorisant l'inclusion sociale des personnes ayant une déficience intellectuelle.	Vous continuerez à toucher le même montant de financement jusqu'à ce que vos besoins soient réévalués.	Nous vous fournirons de plus amples renseignements sur les étapes suivantes.
si vous êtes un adulte dont le nom figurait sur la liste d'attente pour recevoir un financement du PSPD	Vous serez automatiquement admissible aux services et soutiens destinés aux adultes ayant une déficience intellectuelle en vertu de la Loi sur les services et soutiens favorisant l'inclusion sociale des personnes ayant une déficience intellectuelle.	SOPDI vous contactera pour évaluer vos besoins.**	Lorsque les services et soutiens seront disponibles, SOPDI vous en informera.
si vous êtes un adulte qui, entre le 1er janvier et le 30 juin 2011, a présenté une demande, puis a été déclaré admissible aux services et soutiens en vertu de la Loi sur les services aux personnes ayant une déficience intellectuelle.	Vous continuerez à être admissible aux services et soutiens destinés aux adultes ayant une déficience intellectuelle, en vertu de la Loi sur les services et soutiens favorisant l'inclusion sociale des personnes ayant une déficience intellectuelle.**	Lorsque les services et soutiens seront disponibles, SOPDI vous en informera.	

Pour connaître l'incidence du projet de règlement sur les enfants, veuillez lire les renseignements au verso.

PSPD – Programme des services particuliers à domicile

SOPDI – Services de l'Ontario pour les personnes ayant une déficience intellectuelle

** Tous les adultes qui bénéficiaient de services et de soutiens en vertu de la Loi sur les services aux personnes ayant une déficience intellectuelle, ou dont le nom figurait sur la liste d'attente pour ces services et soutiens avant le 1^{er} janvier 2011, ont déjà été présumés admissibles en vertu de la Loi sur les services et soutiens favorisant l'inclusion sociale des personnes ayant une déficience intellectuelle.

Quelles incidences le règlement aura-t-il sur l'admissibilité de votre enfant aux services destinés aux adultes ayant une déficience intellectuelle?

si votre enfant touche un financement en vertu du PSPD et aura 18 ans d'ici au 31 mars 2013	Votre enfant sera automatiquement admissible aux services et soutiens destinés aux adultes ayant une déficience intellectuelle en vertu de la Loi sur les services et soutiens favorisant l'inclusion sociale des personnes ayant une déficience intellectuelle, lorsqu'il aura 18 ans.*	Tant que votre enfant n'aura pas 18 ans, vous toucherez le financement en vertu du PSPD. Par la suite, votre enfant recevra ce financement par le biais du programme Passeport jusqu'à ce que ses besoins soient réévalués.	Votre enfant pourrait aussi être admissible à un soutien par le biais du POSPH lorsqu'il aura 18 ans. Nous vous fournirons de plus amples renseignements sur les étapes suivantes.
si votre enfant a 18 ans d'ici au 31 mars 2013 et que son nom figure sur la liste d'attente pour toucher un financement en vertu du PSPD	Une fois que votre enfant aura 18 ans, il sera automatiquement admissible aux services et soutiens destinés aux adultes ayant une déficience intellectuelle en vertu de la Loi sur les services et soutiens favorisant l'inclusion sociale des personnes ayant une déficience intellectuelle.*	SOPDI vous contactera pour évaluer les besoins de votre enfant. Lorsque les services et soutiens seront disponibles, SOPDI vous en informera.	Votre enfant pourrait aussi être admissible à un soutien par le biais du POSPH lorsqu'il aura 18 ans.
si votre enfant touche un financement en vertu du PSPD ou si son nom figure sur la liste d'attente pour toucher ce financement et qu'il aura 18 ans après le 31 mars 2013	Lorsque votre enfant aura 18 ans, il ne sera plus admissible au PSPD.	Votre enfant pourrait être admissible à un soutien par le biais du POSPH lorsqu'il aura 18 ans.	Votre enfant peut présenter une demande de services et de soutiens destinés aux adultes ayant une déficience intellectuelle par le biais de SOPDI.*

Pour connaître l'incidence du projet de règlement sur les adultes, veuillez lire les renseignements au verso.

POSPH – Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées

PSPD – Programme des services particuliers à domicile

SOPDI – Services de l'Ontario pour les personnes ayant une déficience intellectuelle

* Ceci ne s'applique qu'aux enfants qui ont une déficience développementale.



Chapitre 8

Services auxiliaires

Edgar-André Montigny, avocat à l'interne, ARCH Disability Law Centre

Septembre 2013

À jour en septembre 2013. Il est recommandé à quiconque souhaite se fonder sur le présent document d'effectuer ses propres recherches pour obtenir les mises à jour de la législation et de la jurisprudence.

La version française du présent document a été rédigée par le Centre de traduction et de documentation juridiques. La version originale s'intitule « Attendant Services » et se trouve au chapitre 8. L'analyse est fondée sur la version anglaise de la loi.

TABLE DES MATIÈRES

I.	Survol	4
A.	Fins et buts des services auxiliaires	6
B.	Cadre législatif.....	6
C.	Qui est admissible aux services auxiliaires?.....	7
II.	Aider les clients qui ont des problèmes en matière de services auxiliaires	9
III.	Types de services auxiliaires	9
A.	Unités de logement avec services de soutien/Services d'assistance dans un logement avec services de soutien.....	10
B.	Unités de logement communes.....	10
C.	Services d'auxiliaires à domicile.....	11
D.	Accès aux services.....	11
E.	Programme de financement direct.....	11
IV.	Fournisseurs de services : centres d'accès aux soins communautaires	13
V.	Protéger les droits des clients qui reçoivent des services auxiliaires	15
A.	Questions concernant la quantité des services	15
B.	Questions concernant la qualité des services.....	17
1.	Changements de personnel	17
2.	Sexe des préposés.....	18
3.	Antécédents culturels des préposés.....	19
4.	Horaire des services	20
5.	Restrictions applicables à l'approvisionnement en fournitures médicales et à la prestation de services médicaux	20
VI.	Répondre aux préoccupations des clients	21
VII.	Outils servant à promouvoir l'accès aux services	23
A.	Déclaration des droits en matière de soins à domicile.....	23

B.	Convention relative aux droits des personnes handicapées	24
VIII.	Outils d'application des droits des clients	25
A.	Plaintes.....	25
B.	Options si la plainte ne mène pas au règlement du différend	26
1.	Négociation	26
2.	Médiation.....	27
3.	Litige.....	28
C.	Autres recours possibles pour régler le différend	30
	ANNEXE 1 : FINANCEMENT DIRECT	32
	ANNEXE 2 : COMMISSION D'APPEL ET DE RÉVISION DES SERVICES DE SANTÉ	35

I. Survol

Le terme « services auxiliaires » est un terme général qui désigne divers types d'aide fournie aux personnes ayant des déficiences physiques pour les aider à accomplir leurs activités de la vie quotidienne. Ces services sont aussi appelés « services de soutien personnels ». Les services peuvent comprendre l'aide pour le bain, le lavage, les transferts, la toilette, les soins de la peau, les communications essentielles, la préparation des repas et l'entretien ménager léger. Les types de services particuliers visés par les termes « services auxiliaires » ou « services d'auxiliaires à domicile » peuvent varier selon les organismes et fournisseurs¹.

En Ontario, les services auxiliaires sont fournis tant par des fournisseurs privés que par des organismes publics. La plupart des services sont fournis à la maison, mais certains types de services peuvent être fournis au travail, à l'école ou à l'université. En Ontario, la coordination de la plupart des services publics est assurée par les centres d'accès aux soins communautaires (CASC) locaux, bien que divers organismes puissent fournir les services au nom du CASC local et que certains organismes fournissent des services indépendamment du CASC.

Le ministère de la Santé et des Soins de longue durée finance les services auxiliaires par l'intermédiaire des réseaux locaux d'intégration des services de santé. Ces services sont fournis sans frais aux bénéficiaires². Il y a aussi des organismes privés qui offrent des services contre rémunération. Le programme de financement direct, qui offre aux personnes handicapées un financement leur permettant d'engager leurs propres préposés, constitue une importante solution de rechange aux services auxiliaires fournis par les organismes. Le présent article traite des services publics (sans frais) qui sont disponibles par l'intermédiaire d'un CASC ou d'autres programmes gouvernementaux, comme celui du financement direct.

¹ Le présent document utilise les définitions et termes figurant dans la *Loi sur les services de soins à domicile et les services communautaires* ou dans le guide des politiques à l'égard des services aux clients des CASC (septembre 2006).

² Voir *Plaintes et appels en matière de soins à domicile* (CLEO, 2010) à la p 1.

Le terme « services auxiliaires » désigne expressément les types d'aide physique se rapportant aux activités de la vie quotidienne. Ces services peuvent être fournis ensemble avec des services professionnels et des services d'aide familiale, mais il y a des conditions d'admissibilité distinctes pour chaque catégorie de service³.

Les services auxiliaires ou les services de soutien personnels, qui comprennent une aide pour les activités relatives à l'hygiène corporelle, le bain, l'alimentation, l'habillement et d'autres activités de base de la vie quotidienne, sont les services les plus couramment offerts à la plupart des bénéficiaires⁴. Ces services sont orientés vers le consommateur⁵. Les services d'aide familiale qui comprennent une aide pour le ménage, la lessive, les visites à la banque, le paiement des comptes, le magasinage et la préparation des repas⁶ sont souvent – mais pas toujours – combinés à des services de soutien personnels. Il faut habituellement être admissible aux services de soutien personnels pour obtenir des services d'aide familiale⁷. Des services professionnels tels que les services infirmiers, de physiothérapie, d'ergothérapie, en matière de travail social, d'orthophonie et de diététique sont offerts aux personnes qui y sont admissibles en raison d'un besoin particulier⁸. Les services professionnels et les services d'aide familiale peuvent être offerts par les fournisseurs des préposés aux services de soutien personnels ou par l'intermédiaire des centres d'accès aux soins communautaires.

³ Voir le Règl Ont 386/99.

⁴ Voir Guide des politiques à l'égard des services aux clients des CASC, chapitre 7 (septembre 2006) à la p 6 et *Loi de 1994 sur les services de soins à domicile et les services communautaires*, art 2(6) (définitions).

⁵ Voir le site Web du CILT <<http://www.cilt.ca/overview.aspx>>.

⁶ Voir Guide des politiques à l'égard des services aux clients des CASC, chapitre 7 (septembre 2006) à la p 9 et *Loi de 1994 sur les services de soins à domicile et les services communautaires*, art 2(5) (définitions).

⁷ Pour de plus amples renseignements, voir Guide des politiques à l'égard des services aux clients des CASC (septembre 2006), chapitre 7, « Services de soins à domicile des CASC » aux pp 10 et 11.

⁸ Voir Guide des politiques à l'égard des services aux clients des CASC, chapitre 7 (septembre 2006) à la p 1 et *Loi de 1994 sur les services de soins à domicile et les services communautaires*, art 2(7).

A. Fins et buts des services auxiliaires

Les services auxiliaires ont pour but de soutenir l'autonomie de vie. Comme l'a indiqué le Centre for Independent Living in Toronto (CILT), la philosophie de l'autonomie de vie préconise l'idéal selon lequel les personnes ayant des déficiences physiques vivent dans la dignité dans la collectivité de leur choix, participent à tous les aspects de leur vie et contrôlent et prennent les décisions concernant leur propre vie⁹.

Les services auxiliaires jouent un rôle important dans le soutien de l'intégrité personnelle, de l'autonomie et de la dignité des personnes ayant des déficiences physiques¹⁰. Les services auxiliaires sont un accommodement nécessaire et vital pour les personnes ayant des déficiences physiques. En l'absence de services auxiliaires fiables, plusieurs personnes ayant des déficiences physiques seraient incapables de vivre de façon autonome. Elles dépendraient plutôt de services informels fournis par des amis ou des membres de la famille sans formation, ou elles seraient obligées de vivre dans des maisons de soins infirmiers ou d'autres institutions pour obtenir le soutien dont elles ont besoin.

B. Cadre législatif

La plupart des services auxiliaires sont financés par l'intermédiaire du ministère de la Santé et des Soins de longue durée. La *Loi de 1994 sur les services de soins à domicile et les services communautaires* (qui, avant 2010, était la *Loi de 1994 sur les soins de longue durée*) et ses règlements, notamment le règlement de l'Ontario 386/99, décrivent la portée des services fournis et les règles qui s'appliquent à leur fourniture. Le programme de financement direct est financé par le ministère de la Santé et exploité conformément aux lignes directrices établies en vertu de l'article 11.1 de la *Loi sur le*

⁹ Voir Centre for Independent Living in Toronto, en ligne : <http://www.cilt.ca/what_is_il.aspx>.

¹⁰ Il peut s'agir de déficiences physiques accompagnées ou non d'autres déficiences.

ministère des Services sociaux et communautaires, L.R.O. 1990, chapitre M.20 et du règlement 367/94¹¹.

C. Qui est admissible aux services auxiliaires?

Pour recevoir des services, une personne doit :

- être assurée dans le cadre de l'Assurance-santé de l'Ontario;
- avoir une déficience physique permanente et avoir besoin d'une aide physique pour les activités de la vie quotidienne telles que le bain, l'habillage, les transferts ou la toilette¹²;
- être capable de gérer ses propres services.

Sinon, la loi n'indique pas clairement qui devrait obtenir des services. En règle générale, le CASC décide si une personne obtiendra des services ou non après avoir effectué sa propre évaluation¹³.

Pour ce qui est des services du CASC, une personne ne peut avoir accès qu'aux services disponibles dans la région desservie par son CASC. Il se peut que les services ne soient pas tous disponibles dans toutes les régions¹⁴. Le CASC se réserve aussi le droit de refuser des services si le domicile du consommateur n'est pas convenable, en ce qui a trait à la sécurité, à l'espace ou à l'intimité nécessaire pour fournir les services requis. Avant de déclarer une personne inadmissible, il faut faire tous les efforts pour

¹¹ Cependant, il est rare qu'un programme assujéti aux règlements pris en application de la loi d'un ministère soit financé par un autre ministère. Dans le cas du financement direct, cette situation semble être attribuable à ce qui suit : au moment de l'élaboration du programme de financement direct, les services auxiliaires étaient en voie d'être transférés du ministère des Services sociaux et communautaires (MSSC) au ministère de la Santé/ministère de la Santé et des Soins de longue durée (MSSLD). Ainsi, bien que la législation pertinente ait été insérée dans la loi du MSSC, sans doute parce que l'expertise en matière de services auxiliaires se trouvait encore au MSSC à l'époque, le transfert au MSSLD signifiait que le financement serait fourni par ce ministère.

¹² Voir les art 2(1) et 2.1 du Règl Ont 386/99; pour plus de détails, voir Guide des politiques à l'égard des services aux clients des CASC, chapitre 3, « Critères d'admissibilité aux services des CASC » (septembre 2006); il convient de noter que ces critères sont axés en grande partie sur les exigences de l'Assurance-santé de l'Ontario qui s'appliquent à divers groupes de personnes.

¹³ Voir Plaintes et appels en matière de soins à domicile (CLEO, 2010) à la p 3.

¹⁴ Guide des politiques à l'égard des services aux clients des CASC (septembre 2006), chapitre 3, art 3.1.

adapter les services ou l'espace de manière à ce que les services puissent être fournis en toute sécurité¹⁵.

Le document intitulé « Services d'auxiliaires à domicile : lignes directrices et normes d'exploitation » prévoit que les personnes qui cessent de répondre aux conditions d'admissibilité aux services d'auxiliaires à domicile ne doivent pas se voir retirer leurs services sans que d'autres options de service leur aient été fournies¹⁶.

Un consentement éclairé est nécessaire pour qu'un organisme évalue les besoins d'une personne, détermine son admissibilité ou fournisse des services communautaires, notamment des services de soutien communautaires, des services d'aide familiale, des services de soutien personnels et des services professionnels¹⁷. La personne autorisée en vertu de la *Loi de 1992 sur la prise de décisions au nom d'autrui* à prendre des décisions relatives au soin de la personne au nom d'une personne déclarée incapable de prendre de telles décisions peut consentir au nom de cette personne à une évaluation de la personne et à la fourniture de services communautaires à cette personne¹⁸.

On s'attend à ce que les consommateurs gèrent leurs propres services auxiliaires et services d'aide familiale. On s'attend aussi à ce que les organismes examinent les services d'autres ministères pour les consommateurs qui ne peuvent gérer leurs propres services¹⁹. Il est possible de contester un refus de fournir des services fondé sur une incapacité perçue de gérer ses services. Il ne faut pas mettre fin à des services

¹⁵ Guide des politiques à l'égard des services aux clients des CASC (septembre 2006), chapitre 3, art 3.1.1.

¹⁶ Ministère de la Santé, Division des soins de longue durée, « Services d'auxiliaires à domicile : lignes directrices et normes d'exploitation » (automne 1996) à la p 15 (point II (vi)). Ce document est disponible à l'adresse suivante : www.champlainhin.on.ca/WorkArea/linkit.aspx?LinkIdentifier=id...
<https://www.google.ca/> - #

¹⁷ *Loi sur les services de soins à domicile et les services communautaires*, art 24.

¹⁸ Voir Guide des politiques à l'égard des services aux clients des CASC (septembre 2006), chapitre 4, « Consentement au traitement, à l'admission dans un foyer de soins de longue durée et aux services communautaires ».

¹⁹ Ministère de la Santé, Division des soins de longue durée, « Services d'auxiliaires à domicile : lignes directrices et normes d'exploitation » (automne 1996) à la p 15 (voir note 16).

au motif qu'une personne ne peut les gérer sans avoir examiné toutes les options et formes d'accommodement nécessaires au maintien des services.

II. Aider les clients qui ont des problèmes en matière de services auxiliaires

La défense de l'accès d'une personne aux services auxiliaires a pour but d'obtenir ou de préserver des services à un niveau qui permet à cette personne de fonctionner de façon autonome et dans la dignité, de manière optimale, à la maison et au sein de la collectivité. Le but principal consiste à obtenir le niveau de services dont la personne a besoin.

La manière dont les services sont offerts constitue un élément important des services auxiliaires. De nombreuses personnes ont besoin d'un soutien pour des activités personnelles intimes, comme la toilette et le bain. La dignité, l'intégrité personnelle et le sentiment de bien-être global d'une personne peuvent subir un dur coup lorsque surviennent des différends au sujet de ces services. Étant donné la nature des services fournis, les désaccords mineurs et les incompatibilités de caractères peuvent facilement affecter la relation entre un consommateur et un préposé.

III. Types de services auxiliaires

En règle générale, il y a quatre types de services auxiliaires financés par les deniers publics :

- les unités de logement avec services de soutien/services d'assistance dans un logement avec services de soutien;
- les unités d'habitation communes;
- les services d'auxiliaires à domicile;
- le financement direct.

Chaque service offre certains avantages et présente certains défis.

A. Unités de logement avec services de soutien/Services d'assistance dans un logement avec services de soutien

Les unités de logement avec services de soutien (ULSS) (services d'assistance dans un logement avec services de soutien) sont des appartements accessibles situés dans des immeubles où des services auxiliaires sont fournis à un nombre de locataires par le même organisme. Les ULSS offrent habituellement des services auxiliaires et des services d'aide familiale aux résidents selon un horaire prédéterminé et sur appel 24 heures sur 24. Outre les coûts liés à la location de l'unité, il n'y a pas de frais pour les services auxiliaires²⁰.

Les questions relatives à la location sont abordées dans une entente distincte conclue avec le locateur plutôt que le fournisseur de services auxiliaires. La capacité d'une personne de demeurer dans une ULSS est habituellement liée au fait que des services auxiliaires sont fournis dans cette unité par l'organisme qui œuvre dans l'immeuble. Ainsi, si une personne veut changer de fournisseur de services ou souhaite désormais payer ses propres services par l'intermédiaire du programme de financement direct (voir ci-dessous) ou d'un autre programme, il se peut qu'elle ne puisse demeurer dans son ULSS.

B. Unités de logement communes

Les unités de logement communes offrent un milieu résidentiel collectif avec services auxiliaires aux personnes qui ont une capacité plus limitée de gérer elles-mêmes leurs services ou aux personnes ayant besoin de plusieurs services²¹.

²⁰ Voir Centre for Independent Living Toronto, en ligne : <<http://www.cilt.ca/overview.aspx>>.

²¹ *Ibid.*

C. Services d'auxiliaires à domicile

Les services d'auxiliaires à domicile sont fournis à la maison, au travail ou en milieu scolaire selon un horaire prédéterminé, habituellement jusqu'à concurrence de 90 heures de service par mois, sauf si une autorisation spéciale a été obtenue²². Si des heures supplémentaires sont encore requises, il peut être possible de combiner les services auxiliaires et les services d'aide familiale.

Les services à domicile ne sont pas disponibles sur appel. Tous les services doivent être fixés ou réservés à l'avance et il est habituellement difficile de modifier les réservations. Entre deux rendez-vous, les bénéficiaires doivent trouver un soutien par leurs propres moyens.

D. Accès aux services

Pour avoir accès aux unités de logement avec services de soutien ou aux unités de logement communes, il faut s'adresser au Project Information Centre (PIC) à Toronto²³ ou, à l'extérieur de Toronto, présenter une demande directement et séparément à chaque fournisseur de services. Le PIC offre en ligne une liste de fournisseurs de services, dans son répertoire des services auxiliaires en Ontario.

E. Programme de financement direct

Le programme de financement direct est une importante solution de rechange aux services auxiliaires fournis par le CASC ou par d'autres organismes de service. Le programme de financement direct est un programme distinct qui offre aux personnes

²² Voir Règl Ont 386/99, art 3(1).

²³ Project Information Centre (PIC) – Centre for Independent Living Toronto (téléphone : 416-599-2458; ATS : 416-599-5077), en ligne : <www.cilt.ca>.

admissibles un financement couvrant le coût d'un maximum de 212 heures de services auxiliaires par mois. Au sein du programme, les différends concernant la fourniture des services auxiliaires sont plus rares, en grande partie parce que la personne qui reçoit les services exerce un plus grand contrôle sur la fourniture des services. La plupart des différends concernant le financement direct se rapportent au processus de demande et aux difficultés liées au respect des exigences du programme sur une base continue.

Le programme de financement direct est un programme de subventions destiné aux personnes handicapées qui a été établi en vertu de la *Loi sur le ministère des Services sociaux et communautaires* (LMSSC). Le programme vise à offrir aux personnes ayant des déficiences physiques la possibilité d'être plus autonomes, en leur fournissant des fonds qui leur permettent d'engager et de gérer leurs propres fournisseurs de services auxiliaires²⁴. Le programme de financement direct est administré par le Centre for Independent Living in Toronto (CILT) en partenariat avec l'Ontario Network of Independent Living Centres (ONILC). Le financement limité est le principal problème du programme; les nouveaux demandeurs figurent sur de longues listes d'attente, tant pour l'admissibilité au financement que pour la réception des fonds.

Les exigences du programme de financement direct sont plus rigoureuses que les conditions d'admissibilité qui s'appliquent à d'autres services auxiliaires ou services de soutien personnels. Les demandeurs doivent pouvoir gérer leurs propres soins, trouver des employés, engager et congédier des employés, gérer les horaires de travail et tenir des documents et comptes financiers et autres. La personne qui accepte un financement direct devient un employeur et doit donc assumer les diverses obligations juridiques et administratives d'un employeur et se conformer aux obligations juridiques prévues par la *Loi sur les normes d'emploi*, la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le *Code des droits de la personne* de l'Ontario, ainsi que d'autres lois pertinentes, notamment la *Loi*

²⁴ L'article 11 de la LMSSC habilite le ministre des Services sociaux et communautaires à accorder une subvention à un organisme qui, à son tour, transfère la subvention à une personne handicapée pour l'aider à obtenir « les biens et les services dont [elle a] besoin en raison de [son] handicap ». Le paragraphe 2(1) du règlement 367/94 pris en application de la LMSSC prévoit que le pouvoir conféré au ministre des Services sociaux et communautaires a été transféré au ministre de la Santé par le décret du conseil numéro 1309/94 daté du 18 mai 1994.

sur la santé et la sécurité au travail. Les règles du financement direct ne permettent pas aux bénéficiaires d'engager des membres de leur famille immédiate.

Des renseignements sur les demandes de financement direct sont disponibles auprès des centres de vie autonome locaux²⁵. Le programme de financement direct possède son propre processus de demande, qui est décrit à l'**annexe 1** du présent document.

IV. Fournisseurs de services : centres d'accès aux soins communautaires

Bien que divers organismes fournissent des services auxiliaires²⁶, la majorité des services sont fournis soit par un centre d'accès aux soins communautaires local, soit pour le compte d'un tel centre²⁷. Vu le rôle important que jouent les CASC dans la fourniture de services d'auxiliaires à domicile dans l'ensemble de la province, il faut comprendre les politiques et pratiques des CASC pour aider les personnes qui veulent défendre leur accès aux services auxiliaires.

Il y a 14 CASC en Ontario; ils sont financés par le ministère de la Santé et des Soins de longue durée par l'intermédiaire des réseaux locaux d'intégration des services de santé (RLISS).

Les centres d'accès aux soins communautaires aident les personnes handicapées à s'orienter au sein du système de soins de santé de l'Ontario, à comprendre leurs options et à se brancher aux soins de santé et ressources communautaires. Les CASC

²⁵ Centre for Independent Living in Toronto (CILT) : Direct Funding Hotline (CILT) (téléphone : 1-800-354-9959).

²⁶ Pour avoir accès aux services fournis par des organismes autres qu'un CASC, il faut s'adresser au Project Information Centre (PIC) à Toronto ou, à l'extérieur de Toronto, présenter une demande séparément à chaque fournisseur de services. Le PIC offre en ligne une liste de fournisseurs de services, dans son répertoire des services auxiliaires en Ontario.

²⁷ Centre d'accès aux soins communautaires (téléphone : 416-310-2222), en ligne : <www.CCAC-Ont.ca>. Souvent, les CASC concluent des contrats de sous-traitance avec d'autres organismes locaux pour que ceux-ci fournissent les services auxquels une personne est admissible par l'intermédiaire du CASC.

travaillent avec des gens de tout âge pour les aider à faire des choix éclairés au sujet de leurs soins et pour s'assurer qu'ils reçoivent des services dans le milieu qui leur convient le mieux. Pour les personnes ayant des déficiences physiques, les CASC coordonnent les services de soutien personnels ainsi que certains services professionnels et d'aide familiale. Souvent, ces services sont fournis par d'autres organismes au nom des CASC.

Tel qu'il a été mentionné ci-dessus, les CASC fournissent un éventail de services selon les besoins d'une personne, notamment des services professionnels, comme des services de physiothérapie, d'ergothérapie, infirmiers, en matière de travail social et de diététique; des services de soutien personnels, comme une aide pour l'hygiène corporelle et les activités de la vie quotidienne; enfin, la formation nécessaire pour fournir les services de soutien personnels. Les services sont fournis à la maison selon un horaire prédéterminé. Pour les enfants handicapés, les services sont aussi disponibles en milieu scolaire²⁸.

Les CASC coordonnent aussi le processus de demande d'admission aux établissements de soins de longue durée, coordonnent et organisent les soins de relève, offrent des renseignements sur d'autres organismes et services communautaires et, dans certains cas, fournissent du matériel et des fournitures aux personnes qui reçoivent des services de soins à domicile.

Pour être admissible aux services du CASC, une personne doit être assurée en vertu de la *Loi sur l'assurance-santé*. Il n'y a pas de critères d'admissibilité financière. Une demande peut être présentée directement au bureau local du CASC²⁹. Il n'est pas nécessaire que les bénéficiaires des services soient capables de gérer leurs propres soins.

²⁸ Les coûts associés aux services des CASC sont couverts par l'Assurance-santé de l'Ontario et les services sont régis par la *Loi de 1994 sur les services de soins à domicile et les services communautaires*, c 26 (anciennement la *Loi de 1994 sur les soins de longue durée*) et les règlements pris en application des dispositions sur les « organismes agréés » et par la *Loi sur les sociétés d'accès aux soins communautaires*.

²⁹ Centre d'accès aux soins communautaires, en ligne : <www.CCAC-Ont.ca>.

Les CASC effectuent une évaluation initiale pour déterminer les besoins d'une personne et préparent un « plan de soins » décrivant les services auxquels la personne est admissible et le nombre maximal d'heures de service à fournir. Les services sont évalués sur une base individuelle. Dans la plupart des cas, sauf circonstances exceptionnelles, une personne peut recevoir un maximum de 90 heures de services de soutien personnels et de services d'aide familiale par mois³⁰. Les heures de service peuvent aussi dépendre de la disponibilité des préposés aux services de soutien personnels (PSSP) ou d'autres membres du personnel.

V. Protéger les droits des clients qui reçoivent des services auxiliaires

Les personnes qui reçoivent des services auxiliaires peuvent connaître toutes sortes de problèmes. En règle générale, les problèmes peuvent être classés en deux catégories :

- Quantité des services : questions concernant la quantité des services, comme le nombre d'heures de service ou les types de services offerts;
- Qualité des services : questions concernant la qualité des services, par exemple les préoccupations au sujet de la façon dont les services sont fournis ou gérés, les plaintes visant le comportement de certains préposés, ou la qualité générale des services fournis.

A. Questions concernant la quantité des services

Les décisions concernant le nombre d'heures de service ou les types de services fournis sont habituellement fondées sur les résultats des évaluations effectuées par les CASC ou par d'autres organismes. En cas de doute quant à savoir si les services fournis sont adéquats pour répondre aux besoins d'une personne, il peut être nécessaire de demander une évaluation supplémentaire pour démontrer que les

³⁰ Règl Ont 386/99, art 3(1).

besoins de la personne en matière de services sont plus grands que ne l'indiquait l'évaluation initiale. Si une deuxième évaluation est refusée ou si l'affaire ne peut être réglée directement avec le CASC ou le fournisseur de services, il se peut que l'affaire doive être portée devant la Commission d'appel et de révision des services de santé (CARSS) (voir ci-dessous).

La *Loi de 1994 sur les services de soins à domicile et les services communautaires* et ses règlements précisent qu'un CASC ne peut fournir plus que le nombre maximal d'heures de service par mois qui est prévu par la loi³¹. Néanmoins, il est parfois possible de négocier avec le ministère de la Santé et des Soins de longue durée en vue d'obtenir une autorisation spéciale pour augmenter les services dans des circonstances exceptionnelles.

Même lorsque le nombre maximal d'heures de service prévu par la loi n'a pas été atteint, le CASC peut faire valoir que sa capacité de fournir plus de services est limitée par le personnel et les ressources dont il dispose. Bien que de telles questions doivent être prises en considération, si une personne peut démontrer qu'elle a véritablement besoin de services, rien ne justifie le maintien des heures de service ou des types de services fournis en deçà des niveaux requis en vue de répondre à des impératifs budgétaires.

Tout refus de fournir des services auxiliaires ou toute cessation ou réduction des services auxiliaires peut avoir un impact négatif immédiat et grave sur la qualité de vie, la capacité de fonctionner, la santé et le sentiment global de bien-être d'une personne. Lorsque les consommateurs demandent de l'aide pour de tels problèmes, ils se trouvent souvent dans une situation très stressante. La nature très personnelle et souvent intime des services fournis peut aussi rendre une personne moins apte ou disposée à discuter de sa situation en détail. Un représentant qui engage des discussions et des négociations avec le fournisseur de services au nom du client peut contribuer grandement à l'obtention et au maintien de niveaux de services plus élevés.

³¹ Voir Règl Ont 386/99, art 3(1).

B. Questions concernant la qualité des services

De nombreux différends se rapportant à la fourniture de services auxiliaires portent sur la manière dont les services sont fournis ou sur la qualité des services. Ces questions sont plus difficiles à régler, non seulement parce que les questions en jeu sont souvent plus complexes et sujettes à interprétation, mais aussi parce que la Commission d'appel et de révision des services de santé ne peut traiter des questions concernant la qualité des services. En vertu des articles 39 et 40 de la *Loi de 1994 sur les services de soins à domicile et les services communautaires*, la CARSS est compétente pour instruire les appels portant sur l'admissibilité à un service communautaire, l'exclusion d'un service communautaire, la quantité d'un service et la cessation d'un service par les Services d'auxiliaires à domicile. Bien que les questions concernant la qualité d'un service communautaire et les violations alléguées de la Déclaration des droits puissent faire l'objet d'une plainte présentée à un organisme qui fournit des services auxiliaires, elles ne peuvent faire l'objet d'un appel devant la CARSS³². Par conséquent, il n'existe guère de mécanisme formel permettant de traiter les types de plaintes les plus souvent formulées par les clients.

Les questions concernant la qualité des services résultent souvent de pénuries de personnel, d'un roulement élevé de personnel, de conflits d'horaires et d'autres problèmes organisationnels. Ces problèmes peuvent ajouter d'importantes tensions à la relation entre le consommateur et le fournisseur de services.

1. Changements de personnel

En raison des changements de personnel, les bénéficiaires doivent consacrer des heures de service à la formation de plusieurs préposés différents qui accomplissent les mêmes tâches. Plus il faut consacrer du temps à la formation de nouveaux préposés, moins il reste de temps pour que le préposé fournisse les services requis. Souvent,

³² Voir les articles 39 et 40 de la *Loi de 1994 sur les services de soins à domicile et les services communautaires*, LO, c 26.

lorsqu'un nouveau préposé leur est affecté, les fournisseurs de services ne veulent pas ajouter une ou deux heures supplémentaires aux services d'un client pour former le préposé sans réduire le temps disponible pour les services habituels. Lorsque les changements de personnel sont fréquents, le client peut beaucoup en souffrir. En raison des problèmes de personnel, les bénéficiaires peuvent aussi être obligés d'adapter leurs activités en fonction des horaires de leurs préposés. Les risques de conflits sont aussi plus élevés lorsque le client ne peut établir une relation de confiance avec son préposé en raison de changements de personnel fréquents.

2. Sexe des préposés

La question du sexe des préposés est une autre question qui se pose au sujet de la qualité des services. Les clients ayant des déficiences physiques peuvent se sentir vulnérables, surtout lorsqu'ils reçoivent des services alors qu'ils sont seuls chez eux. Plusieurs femmes préfèrent recevoir des services d'un préposé de sexe féminin. Dans le même ordre d'idées, certains hommes préfèrent recevoir des services d'un préposé de sexe masculin.

Il arrive parfois que des femmes handicapées très vulnérables soient obligées d'accepter les services d'un préposé de sexe masculin, même lorsqu'elles indiquent clairement que cette possibilité leur cause une profonde angoisse. Les fournisseurs de services ont fait valoir que l'ancienneté syndicale et d'autres questions de droits en matière d'emploi ne leur permettent pas de fixer les heures de travail selon le sexe. Bien qu'il n'existe aucun droit particulier de recevoir des services d'un préposé de même sexe, lorsqu'il peut être démontré qu'un service fourni par un préposé de sexe opposé créera une crainte ou un stress indu, on peut soutenir qu'un préposé de même sexe représente un accommodement nécessaire. Dans le même ordre d'idées, si les pratiques culturelles ou religieuses du client l'empêchent d'accepter des services intimes d'une personne de sexe opposé, on peut soutenir que le client a droit à un accommodement religieux ou culturel. Du point de vue des droits de la personne, le droit à un accommodement religieux devrait l'emporter sur l'ancienneté syndicale, étant

donné la nature des services fournis et la vulnérabilité de plusieurs bénéficiaires³³. Le défaut de tenir compte des pratiques religieuses d'un client pourrait justifier la présentation d'une requête au Tribunal des droits de la personne de l'Ontario. Dans le contexte des droits de la personne, le client serait tenu de démontrer que le fournisseur de services a établi une discrimination contre lui, tandis que l'employeur ou le syndicat serait tenu de prouver qu'il y a contrainte excessive pour justifier le refus d'offrir les services d'un préposé du sexe choisi par le client.

3. Antécédents culturels des préposés

Au moment d'élaborer, d'évaluer et de réviser le plan de services d'une personne, les CASC sont censés tenir compte de ses préférences, notamment les préférences fondées sur des facteurs ethniques, spirituels, linguistiques, familiaux ou culturels³⁴. Dans la plupart des cas, si aucun préposé ayant les antécédents souhaités n'est disponible, le client peut choisir d'accepter les services fournis par des préposés ayant d'autres antécédents ou de refuser les services. Si le client peut lier sa demande à une pratique culturelle ou religieuse bien établie, on peut soutenir que les fournisseurs de services ont l'obligation de respecter cette pratique, d'en tenir compte et de fournir les services demandés. Par exemple, une femme musulmane ne devrait pas être obligée d'accepter des services intimes fournis par un homme. L'obliger à choisir entre ses pratiques culturelles et la réception de services essentiels reviendrait à établir contre elle une discrimination fondée sur la race, l'origine ethnique, les croyances ou le sexe. Dans une telle situation, une requête pourrait être présentée au Tribunal des droits de la personne de l'Ontario.

³³ Voir le chapitre 3 intitulé « Les droits de la personne et le droit des personnes handicapées » du présent guide d'introduction; voir aussi Commission ontarienne des droits de la personne, « Politique sur les droits de la personne contradictoires », en ligne : <http://www.ohrc.on.ca/sites/default/files/policy%20on%20competing%20human%20rights_accessible_1.pdf>.

³⁴ Voir l'article 22(6) de la *Loi de 1994 sur les services de soins à domicile et les services communautaires*, LO 1994, c 26.

4. Horaire des services

En règle générale, le CASC adapte les services aux horaires de travail ou d'école, par exemple, pour s'assurer qu'une personne reçoit ses services assez tôt pour pouvoir être au travail à 9 h. Le CASC s'efforce habituellement de coordonner les heures de service et les rendez-vous chez le médecin ou les autres rendez-vous, pourvu qu'un avis ait été fourni. Il est plus difficile de fournir des services à des heures précises aux personnes n'ayant pas d'horaire particulier à respecter, comme une personne qui veut se lever à 8 h mais qui n'est pas obligée de se lever à cette heure-là pour aller au travail ou répondre à d'autres obligations.

Les CASC ou autres organismes sont censés faire tous les efforts pour répondre aux besoins des clients. Cependant, il est peu probable que la CARSS ou le Tribunal des droits de la personne de l'Ontario (TDPO) ordonne à un CASC ou à un organisme d'engager un nouvel employé pour répondre aux préférences en matière d'horaire d'un client. Si le client peut démontrer que les exigences en matière d'horaire se rapportent à des besoins particuliers liés à son handicap, l'organisme a l'obligation d'accéder à la demande. Si les parties ne parviennent pas à s'entendre à la suite de discussions informelles, la médiation formelle peut constituer le moyen le plus efficace de régler le différend. Si une obligation d'accommodement peut être établie, il se peut qu'une requête puisse être présentée au Tribunal des droits de la personne de l'Ontario.

5. Restrictions applicables à l'approvisionnement en fournitures médicales et à la prestation de services médicaux

D'autres préoccupations ont été formulées par les clients, notamment en ce qui concerne les règles ou les restrictions qui s'appliquent à la quantité ou à la fréquence de certains services médicaux, comme le changement de cathéters ou de certaines aides à l'incontinence. Lorsqu'il peut être démontré que le client a besoin de plus de services ou de services plus fréquents pour éviter des problèmes de santé, la fréquence accrue des services devrait être considérée comme un accommodement se rapportant

aux besoins particuliers du client qui sont liés à son handicap. L'organisme qui refuse d'augmenter la quantité ou la fréquence des services comme il le lui a été demandé serait tenu de prouver qu'il y a contrainte excessive pour contester une requête fondée sur les droits de la personne et sur le défaut de tenir compte des besoins particuliers du client qui sont liés à son handicap³⁵.

VI. Répondre aux préoccupations des clients

Dans un monde idéal, chaque personne ayant une déficience physique reçoit les services auxiliaires fiables dont elle a besoin. Cependant, à l'heure actuelle, la réalité est toute autre pour plusieurs personnes. Peu de gens reçoivent le soutien dont ils ont besoin pour faire toutes les activités de la vie quotidienne qu'ils aimeraient accomplir. Une fois que les activités courantes nécessaires sont terminées, il reste souvent peu de temps de soutien pour les activités sociales ou divertissements « facultatifs ». Les personnes qui ont besoin de services auxiliaires pour participer à la vie communautaire peuvent trouver difficile de sortir de chez elles pour accomplir ne serait-ce que des activités essentielles, comme les visites à la banque ou les courses. Même si des services auxiliaires étaient disponibles pour faciliter les déplacements au sein de la collectivité, il arrive souvent qu'aucun service de transport accessible pour personnes handicapées ne soit disponible, surtout dans les régions à l'extérieur de Toronto.

Les organismes prétendent souvent qu'ils n'ont pas les ressources nécessaires pour engager un nombre suffisant d'employés pour s'assurer que chaque consommateur obtient tous les services requis. Lorsqu'on ajoute à cela les absences, les maladies, les blessures et le roulement élevé de personnel, force est de constater que peu d'organismes estiment être en mesure de répondre efficacement et en tout temps à tous les besoins de l'ensemble de leurs consommateurs.

³⁵ Voir *Barber v South East Community Case Access Centre*, 2013 HRT0 60 (CanIII) pour une discussion sur des questions connexes.

Les clients comptent sur des services pour accomplir les activités essentielles de la vie quotidienne et ont le droit de s'attendre à ce que les services soient fournis de manière prévisible et professionnelle par des préposés qui sont respectueux et qui les traitent avec dignité. Lorsque les services sont interrompus, réduits ou reportés à une autre date, les consommateurs peuvent être mécontents ou ne plus faire confiance au fournisseur de services. Dans de tels cas, la médiation ou la négociation par un tiers indépendant peut faciliter l'élaboration de solutions qui permettent au client de continuer à recevoir les services dont il a besoin pour maintenir sa santé, sa dignité et son sentiment de sécurité.

La situation est d'autant plus complexe que les modifications apportées par le projet de loi 168 à la *Loi sur la santé et la sécurité au travail*, qui sont en vigueur depuis juin 2010, peuvent être interprétées par les organismes de service comme suit : les préposés et les préposés aux services de soutien personnels ont le droit de refuser d'accepter des rendez-vous avec un consommateur s'ils estiment que le consommateur a fait preuve de violence verbale ou autre ou proféré des menaces. Des différends peuvent survenir si les services sont fournis de manière inconfortable ou embarrassante, de sorte que le client perd patience. Ces différends peuvent être difficiles à régler. Dans de tels cas, la médiation peut permettre aux parties de se rencontrer et de régler leur conflit avec l'aide et le soutien d'un médiateur qualifié.

Si le CASC offre des services mais que le client refuse de les accepter pour une raison ou une autre, il peut être difficile de régler le problème, puisqu'il est peu probable que la CARSS ou un autre organisme intervienne tant et aussi longtemps que le client refuse les services. Les organismes tels que les CASC s'efforcent habituellement de trouver un nouvel employé. Cependant, les pénuries de personnel, le roulement élevé de personnel et d'autres facteurs peuvent limiter leur capacité de trouver un nouvel employé qui est disponible lorsque le client a besoin de services. Dans la plupart des cas, cela veut dire que le client doit se passer de services jusqu'à ce qu'un nouveau préposé soit disponible pour lui en fournir. Dans de tels cas, il peut être possible de

convaincre le CASC d'entreprendre une médiation avec le client pour régler le problème, afin que le client ne se retrouve pas sans service.

VII. Outils servant à promouvoir l'accès aux services

Outre les exigences de base de la législation pertinente, à savoir, le *Code des droits de la personne* de l'Ontario et la *Loi sur l'accessibilité pour les personnes handicapées de l'Ontario* (LAPHO), que doivent respecter les organismes et les fournisseurs de services, il y a deux outils clés qui servent à promouvoir les principes de la dignité et de l'autonomie des personnes qui reçoivent des services auxiliaires. Il s'agit de la *Déclaration des droits en matière de soins à domicile* et de la *Convention relative aux droits des personnes handicapées* des Nations Unies.

A. Déclaration des droits en matière de soins à domicile

En plus de la législation pertinente, la *Déclaration des droits en matière de soins à domicile*, qui figure à la partie III de la *Loi de 1994 sur les services de soins à domicile et les services communautaires*, oriente aussi la fourniture des services auxiliaires. Ce document décrit la façon dont il faut traiter les personnes qui reçoivent des services auxiliaires, un logement avec services de soutien et des services à domicile. Quiconque reçoit des services auxiliaires par l'intermédiaire d'un centre d'accès aux soins communautaires est protégé par la *Déclaration des droits en matière de soins à domicile*. On pourrait soutenir que la *Déclaration des droits en matière de soins à domicile* s'applique aussi aux personnes qui reçoivent des services dans le cadre d'un programme financé par le ministère de la Santé et des Soins de longue durée.

Malheureusement, il y a peu de mécanismes formels permettant d'appliquer la *Déclaration des droits en matière de soins à domicile*. Les consommateurs peuvent déposer des plaintes auprès des fournisseurs de services s'ils estiment que leurs droits

prévus par la Déclaration des droits en matière de soins à domicile ont été violés³⁶. Malheureusement, si un consommateur n'est pas satisfait de la réaction des fournisseurs de services à la situation, aucune avenue d'appel n'est clairement indiquée. La CARSS n'est pas compétente pour instruire les appels portant sur des violations de la Déclaration des droits en matière de soins à domicile³⁷.

Lorsqu'une violation de la Déclaration des droits en matière de soins à domicile ne peut être traitée à l'interne, il est possible de déposer une plainte en appelant la ligne ACTION des Soins de longue durée du ministère de la Santé et des Soins de longue durée³⁸. Dans certains cas, la ligne ACTION des Soins de longue durée peut faciliter le renvoi d'une plainte d'un client du CASC à un tiers indépendant appelé « facilitateur de plaintes indépendant », qui peut servir de médiateur en cas de différend entre le client et son CASC ou son fournisseur de services³⁹.

B. Convention relative aux droits des personnes handicapées

La *Convention relative aux droits des personnes handicapées* (CDPH) a été ratifiée par le gouvernement du Canada le 11 mars 2010 et soutient le droit des personnes handicapées de vivre de façon autonome et d'être incluses dans la collectivité. L'article 19 de la CDPH exige expressément que les États parties prennent des mesures efficaces et appropriées pour aider les personnes handicapées à vivre dans la collectivité, notamment en leur fournissant l'aide personnelle nécessaire⁴⁰. On ne sait pas encore exactement quel impact la CDPH aura sur la fourniture de services auxiliaires. Cependant, la CDPH prévoit à tout le moins des principes clés et des

³⁶ Voir aussi Déclaration des droits en matière de soins à domicile (CLEO, 2011).

³⁷ Voir l'article 40 de la *Loi de 1994 sur les services de soins à domicile et les services communautaires*, LO 1994, c 26.

³⁸ Ligne ACTION des Soins de longue durée du ministère de la Santé et des Soins de longue durée (téléphone : 1-866-876-7658; ATS : 1-800-387-5559), en ligne : <http://www.health.gov.on.ca/fr/public/contact/ccac/ltc_actionline.aspx>.

³⁹ La Ligne ACTION des Soins de longue durée est disponible au 1-866-876-7658 ou au 416-326-6777 (en dehors de l'Ontario).

⁴⁰ Voir *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, article 19, en ligne : <www.un.org/disabilities/convention/conventionfull.shtml>.

articles précis qu'il est possible de citer au moment de réclamer des améliorations au niveau des services gouvernementaux⁴¹.

VIII. Outils d'application des droits des clients

A. Plaintes

En règle générale, le dépôt d'une plainte auprès du fournisseur de services est la première étape de la contestation d'une réduction ou d'un refus de services ou de l'examen d'une question concernant la qualité des services⁴². Tous les fournisseurs de services sont tenus d'avoir une politique sur les plaintes et de remettre au client, sur demande, des copies de cette politique ainsi que tout formulaire requis. Si le client a besoin des renseignements dans un autre format qui tient compte de ses besoins en matière d'accessibilité, le fournisseur de services doit lui remettre tous les documents nécessaires dans cet autre format⁴³. Si un organisme refuse de lui remettre une copie de sa politique sur les plaintes, le client peut appeler la ligne ACTION des Soins de longue durée du ministère de la Santé et des Soins de longue durée.

Les consommateurs sont ceux qui doivent déposer la plainte. Il faut déposer une plainte à l'interne auprès du fournisseur de services pertinent avant de recourir aux processus de plainte externes. Il est préférable de demander une réponse écrite à la plainte, puisqu'une telle réponse apporte des éclaircissements sur les questions et permet de mener des négociations plus efficaces.

Bien que les politiques puissent varier d'un organisme à l'autre, dans la plupart des cas, les étapes de base sont similaires. Le consommateur est prié de s'adresser directement au préposé ou au membre du personnel visé et de tenter de régler le différend de façon informelle. Si le consommateur estime qu'il n'est pas possible d'aborder le préposé, il

⁴¹ Voir le chapitre 10 intitulé « Convention relative aux droits des personnes handicapées » du présent guide d'introduction.

⁴² Voir aussi *Plaintes et appels en matière de soins à domicile* (CLEO, 2010).

⁴³ Conformément à l'article 12 du règlement de l'Ontario 191/11 pris en application de la *Loi de 2005 sur l'accessibilité pour les personnes handicapées de l'Ontario*.

peut parler du problème à un superviseur et à un gestionnaire. Si, après cet entretien, l'affaire n'est toujours pas réglée, le consommateur peut porter son problème à l'attention du directeur général de l'organisme. Si le problème persiste, le consommateur peut déposer une plainte auprès du conseil d'administration de l'organisme.

Si la plainte porte sur la violence physique ou sexuelle ou l'exploitation financière, il faut communiquer avec la police. En cas de discrimination, il est aussi possible de déposer une requête fondée sur les droits de la personne⁴⁴.

Des organismes tels que l'ARCH Disability Law Centre⁴⁵ ou le Centre for Independent Living in Toronto (CILT)⁴⁶ peuvent offrir une orientation et des conseils généraux pour aider les consommateurs à déposer une plainte.

B. Options si la plainte ne mène pas au règlement du différend

Si le processus de plainte ne permet pas de régler le différend, il faut le régler par d'autres moyens. Comme avocat, vous disposez de trois options de base pour traiter des différends concernant la fourniture de services auxiliaires : la négociation, la médiation ou le litige.

1. Négociation

Dans plusieurs cas, il est possible de communiquer avec le CASC ou l'organisme pertinent et de parler à un gestionnaire de cas au sujet des problèmes décrits par le

⁴⁴ Centre d'assistance juridique en matière de droits de la personne (téléphone : 416-314-6266; sans frais : 1-866-625-5179; ATS : 1-866-612-8627), en ligne : <www.hrlsc.on.ca>; ou ARCH Disability Law Centre (téléphone : 416-482-2855; sans frais : 1-866-482-2724; ATS : 416-482-1254; ATS sans frais : 1-866-482-2728), en ligne : <www.archdisabilitylaw.ca>.

⁴⁵ ARCH Disability Law Centre (téléphone : 416-482-2855; sans frais : 1-866-482-2724; ATS : 416-482-1254; ATS sans frais : 1-866-482-2728), en ligne : <www.archdisabilitylaw.ca>.

⁴⁶ Centre for Independent Living (Toronto) (CILT) (téléphone : 416-599-2458; ATS : 416-599-5077; Direct Funding Hotline : 1-800-354-9959), en ligne : <www.cilt.ca>.

client. Habituellement, cela permet à l'avocat de mieux comprendre la situation, d'avoir une meilleure idée des défis auxquels est confronté le fournisseur de services et, dans plusieurs cas, de mieux saisir les problèmes qui existent dans la relation entre le client et le fournisseur de services.

Dans certains cas, le gestionnaire de cas peut être disposé à collaborer avec l'avocat du client pour trouver des solutions innovatrices au problème. À tout le moins, une conversation avec le gestionnaire de cas peut aider à identifier les obstacles à la réception ou à l'augmentation des services et à savoir ce qui peut être fait pour éliminer ces obstacles.

2. Médiation

Si la négociation ne permet pas de régler le différend, il peut être utile de songer à des services de médiation tels que ceux qu'offre La Marche des dix sous de l'Ontario⁴⁷. La Marche des dix sous possède une expertise sur les questions liées au handicap. Elle offre à un coût raisonnable un service de médiation qui, après avoir permis aux deux parties de se faire entendre, aide à identifier des solutions possibles et à obtenir un règlement acceptable aux yeux des deux parties.

Les différends en matière de services auxiliaires laissent souvent apparaître de nombreuses frustrations concernant des questions telles que la manière dont les services sont fournis. Bien qu'elles soient sérieuses pour le client, certaines de ces questions ne constituent pas en soi des questions juridiques justifiant une action en justice. Dans de tels cas, il peut être utile de recourir à la médiation. Souvent, les rencontres en face à face entre les parties et un tiers neutre, où tous peuvent exprimer leurs préoccupations sous la direction d'un médiateur, contribuent grandement à réduire les tensions et à ouvrir la porte à un dialogue plus productif. La Marche des dix sous

⁴⁷ La Marche des dix sous de l'Ontario – Services de médiation (téléphone : 416-425-3463, poste 7725; sans frais : 1-800-263-3463), en ligne : <www.marchofdimes.ca>.

offre un service de médiation accessible et abordable qui met l'accent sur les questions relatives aux services auxiliaires.

3. Litige

Lorsque les parties ne parviennent pas à s'entendre, il est parfois possible d'interjeter appel à la Commission d'appel et de révision des services de santé⁴⁸. Dans certains cas, lorsqu'un argument fondé sur le défaut de fournir des mesures d'accommodement peut être établi, il se peut qu'une requête puisse être présentée au Tribunal des droits de la personne de l'Ontario.

Commission d'appel et de révision des services de santé

Le processus de la CARSS prévoit et encourage la médiation; par conséquent, il est possible de régler la plupart des différends sans qu'une audience ou une décision formelle ne soit nécessaire. Le processus de médiation peut aider à obtenir des résultats qui, plus tôt, ne semblaient pas possibles. Si la médiation ne permet pas d'obtenir le résultat souhaité, il est possible de se faire entendre dans le cadre d'une audience devant la CARSS.

Le principal problème qui se pose est la compétence limitée de la CARSS. De nombreuses plaintes concernant les services auxiliaires se rapportent à la qualité ou la nature des services fournis ou à des violations de la Déclaration des droits en matière de soins à domicile. Puisque la CARSS n'est pas compétente pour instruire des appels à cet égard⁴⁹, plusieurs questions importantes soulevées par les clients ne peuvent être portées devant la CARSS. Pour de plus amples détails sur la CARSS et sa procédure, voir l'**annexe 2** du présent document.

⁴⁸ Commission d'appel et de révision des services de santé (CARSS) (téléphone : 1-866-282-2179; ATS : 1-877-301-0889), en ligne : <<http://www.hsarb.on.ca>>.

⁴⁹ Voir les articles 39 et 40 de la *Loi de 1994 sur les services de soins à domicile et les services communautaires*, LO 1994, c 26.

Tribunal des droits de la personne de l'Ontario

Si la question en jeu se rapporte davantage au défaut de tenir compte des besoins d'une personne handicapée qu'aux heures ou à la quantité de services, il se peut qu'une requête puisse être déposée au Tribunal des droits de la personne de l'Ontario. Selon la décision rendue récemment dans l'affaire *Barber*⁵⁰, il est clair qu'il n'y a pas de discrimination lorsqu'un programme du gouvernement n'offre pas de services individualisés répondant aux besoins *médicaux* spécifiques d'une personne donnée. Cependant, si, en raison d'un handicap, une personne a besoin de mesures d'accommodement qui lui permettraient d'avoir accès à des services auxiliaires et que ces mesures lui sont refusées, ou s'il en résulte que des services sont éliminés, il se peut alors qu'il y ait eu discrimination⁵¹.

Des mesures d'accommodement doivent être fournies aux personnes handicapées, surtout lorsque de telles mesures sont nécessaires pour qu'elles puissent avoir accès à un service essentiel. Le fournisseur de services doit trouver des façons de fournir des mesures d'accommodement sans qu'il n'en résulte une contrainte excessive. Il s'agit d'une norme rigoureuse à respecter. Même lorsque les mesures d'accommodement nécessitent des dépenses supplémentaires, le fournisseur de services doit démontrer que ces dépenses compromettent sérieusement la viabilité financière de l'organisme ou nuisent gravement à la capacité de l'organisme de servir ses autres clients avant de pouvoir justifier le refus de prendre des mesures d'accommodement⁵².

Par exemple, la politique des CASC veut que les clients soient capables de gérer leurs propres soins. Dans certains cas, l'expression « gérer ses propres soins » a été interprétée très étroitement comme signifiant qu'il faut utiliser sa propre voix pour gérer ses soins d'une manière qu'un préposé peut facilement comprendre. Une telle interprétation peut mener au résultat suivant : les personnes qui utilisent des formes

⁵⁰ *Barber v South East Community Case Access Centre*, 2013 HRTO 60 (CanIII).

⁵¹ Pour plus de détails sur le dépôt d'une requête devant le Tribunal des droits de la personne de l'Ontario, voir <<http://www.hrto.ca/hrto/>>.

⁵² Voir le chapitre 3 intitulé « Les droits de la personne et le droit des personnes handicapées » du présent guide d'introduction.

alternatives de communication, comme les tableaux Bliss, peuvent se voir refuser des services au motif qu'elles ne peuvent gérer leurs propres soins. L'obligation d'accommodement exigerait que l'on fournisse des mesures d'accommodement aux clients qui utilisent des formes alternatives de communication, par exemple en offrant une formation aux préposés pour leur permettre d'interagir convenablement avec le client et d'en recevoir des directives. Le défaut de fournir de telles mesures d'accommodement pourrait constituer de la discrimination en vertu du *Code des droits de la personne*.

Dans d'autres cas, les droits d'un client et ceux d'un préposé peuvent entrer en conflit. Par exemple, il se peut qu'un préposé musulman ne veuille pas entrer dans une maison où il y a un chien ou qu'il ne se sente pas à l'aise de préparer des repas qui contiennent du porc. Dans de tels cas, il faut trouver un équilibre entre les droits et obligations des parties, mais on peut soutenir que les besoins du client devraient l'emporter et que l'organisme de service devrait être tenu de fournir les services d'un préposé qui peut répondre à ces besoins. La Commission ontarienne des droits de la personne a publié une politique décrivant les processus et procédures à suivre pour tenter de régler les différends portant sur des droits concurrents ou conflictuels⁵³.

C. Autres recours possibles pour régler le différend

Dans certains cas, le consommateur peut appeler la ligne ACTION des Soins de longue durée du ministère de la Santé et des Soins de longue durée⁵⁴ ou s'adresser à l'Ombudsman de l'Ontario⁵⁵ pour obtenir de l'aide au sujet de son problème.

⁵³ Voir Commission ontarienne des droits de la personne, en ligne : <<http://www.ohrc.on.ca/fr/politique-sur-les-droits-de-la-personne-contradictaires>>.

⁵⁴ Ligne ACTION des Soins de longue durée du ministère de la Santé et des Soins de longue durée (téléphone : 1-866-876-7658; ATS : 1-800-387-5559), en ligne : <http://www.health.gov.on.ca/fr/public/contact/ccac/ltc_actionline.aspx>.

⁵⁵ Ombudsman de l'Ontario (téléphone : 1-800-263-1830; ATS : 1-866-411-4211), en ligne : <<http://www.ombudsman.on.ca>>.

Le client peut appeler la ligne ACTION à chaque fois qu'il n'est pas satisfait d'un service du CASC. Le ministère peut offrir les services d'un « facilitateur de plaintes indépendant » chargé de fournir des services de médiation au client et au CASC.

L'Ombudsman n'accepte une plainte que si le plaignant a déjà épuisé tous les autres recours, comme les processus internes de plainte, qui sont à sa disposition.

L'Ombudsman ne traite pas des affaires relevant de la CARSS. Même si l'Ombudsman est disposé à accepter une plainte, rien ne garantit qu'il traitera une plainte particulière. Cependant, si l'Ombudsman reçoit un nombre élevé de plaintes individuelles concernant un service particulier, le bureau peut décider qu'une enquête est justifiée.

ANNEXE 1 : FINANCEMENT DIRECT

Processus de demande et exigences

Le processus de demande de financement direct est axé sur le consommateur et détaillé. Les demandes peuvent être présentées directement au Centre for Independent Living Toronto ou par l'intermédiaire des centres locaux favorisant la vie autonome en Ontario. Les demandes font l'objet d'une présélection visant à rejeter celles qui sont clairement inadmissibles et à assurer un suivi. Si le demandeur est présélectionné, il est ensuite placé sur une liste d'attente pour une entrevue.

Listes d'attente et restrictions applicables au financement

Étant donné que le financement disponible est limité par rapport au nombre élevé de demandes, les demandeurs peuvent s'attendre à rester sur une liste d'attente jusqu'à trois à cinq ans. À moins que le programme ne reçoive d'importants nouveaux fonds, il y a peu d'espoir d'augmenter le nombre de personnes qui reçoivent un financement direct.

Processus d'entrevue

S'il est probable que les nouveaux demandeurs auront accès à un financement, le CILT communique avec les premiers demandeurs figurant sur la liste d'attente pour fixer une entrevue détaillée visant à déterminer la capacité du demandeur de satisfaire aux conditions d'admissibilité du programme. Le CILT aide les demandeurs à se préparer à l'entrevue, en leur fournissant avant l'entrevue des renseignements sur les normes d'emploi, les droits de la personne et les obligations en matière d'impôt sur le revenu.

Lors de l'entrevue, on s'attend à ce que le demandeur discute du plan de service et du budget qu'il propose et à ce qu'il démontre sa capacité de s'acquitter des diverses obligations d'un employeur dans le cadre du programme de financement direct.

Après l'entrevue, si le demandeur demeure admissible au financement direct, il peut

s'attendre à recevoir des fonds dans un délai de 12 mois ou moins. Pour que le financement soit maintenu, il faut se conformer à toutes les exigences du programme sur une base continue.

Contestation du refus d'accorder un financement direct

Si, après l'entrevue, le demandeur est déclaré inadmissible au financement direct, il peut demander un examen de la décision en présentant par écrit une demande à cet effet au CILT. Le CILT envoie ensuite la demande à un tiers indépendant, à des fins d'examen. L'examen permet de déterminer si le demandeur a été traité équitablement, tant sur le plan de la procédure qu'en matière de fond. Le CILT s'efforce de s'assurer que les demandeurs reçoivent une réponse dans un délai de 60 jours.

Appels à la Commission d'appel et de révision des services de santé

Si le demandeur n'est pas satisfait de la réponse qu'il reçoit après l'examen indépendant du CILT, il peut interjeter appel de la décision à la Commission d'appel et de révision des services de santé (CARSS)⁵⁶.

Tribunal des droits de la personne de l'Ontario

Dans certains cas, si le demandeur estime que le CILT n'a pas tenu compte de ses besoins liés au handicap lors du processus de demande ou d'entrevue, il peut être possible de déposer une requête devant le Tribunal des droits de la personne de l'Ontario.

Contestations relatives au financement direct

Outre les exigences plutôt rigoureuses en matière de présentation de rapports et de reddition de comptes, le financement direct peut poser d'autres défis. Bien que la plupart des bénéficiaires conviennent que le financement direct leur offre un régime

⁵⁶ La compétence de la CARSS pour instruire ces appels n'est pas clairement établie. Dans une décision de 2005, la CARSS a conclu que de tels appels relevaient de sa compétence; cependant, la CARSS décide au cas par cas si elle est compétente pour instruire les appels des décisions sur l'admissibilité au financement direct. Voir *B-J K v Centre For Independent Living Toronto*, 2005 CanLII 77462 (ON HSARB), <http://canlii.ca/t/2cfb0>, où il a été décidé que la CARSS avait la compétence voulue pour instruire de tels appels. Cependant, la CARSS décide au cas par cas si elle est compétente pour instruire les appels des décisions sur l'admissibilité au financement direct.

beaucoup plus flexible qui leur permet de mieux adapter leurs services auxiliaires à leurs propres besoins, la réception d'un financement direct ne garantit pas toujours qu'une personne peut obtenir les services dont elle a besoin. À certains endroits – quoique pas partout – divers organismes peuvent offrir des salaires plus élevés et de meilleurs avantages sociaux aux préposés aux services de soutien personnels, de sorte qu'il peut être difficile de trouver ou de retenir des personnes qualifiées qui sont disposées à accepter les niveaux de rémunération que peuvent offrir les bénéficiaires du financement direct. À d'autres endroits, quels que soient les niveaux de rémunération, il se peut qu'il n'y ait tout simplement pas suffisamment de préposés aux services de soutien personnels.

Les personnes qui vivent dans une unité de logement avec services de soutien font face à un défi supplémentaire. Étant donné que leur capacité de demeurer dans l'unité de logement est liée à la réception de services auxiliaires fournis par l'organisme rattaché à cet endroit particulier, quiconque obtient des services auxiliaires d'une autre source (par exemple, son propre employé) ne peut plus demeurer dans l'unité de logement et doit habituellement déménager dans les trois mois de l'acceptation du financement direct. Vu la pénurie d'appartements accessibles à plusieurs endroits en Ontario, cela veut dire qu'il arrive souvent que des gens ne puissent réclamer leur financement direct, puisqu'ils ne peuvent trouver un nouveau logement.

ANNEXE 2 : COMMISSION D'APPEL ET DE RÉVISION DES SERVICES DE SANTÉ

Au sujet de la CARSS

La Commission d'appel et de révision des services de santé (CARSS) est un tribunal quasi judiciaire indépendant créé par la *Loi de 1998 sur les commissions d'appel et de révision du ministère de la Santé et des Soins de longue durée*, L.O. 1998, chapitre 18, annexe H. La Commission a compétence sur 14 différentes lois, notamment la *Loi de 1994 sur les services de soins à domicile et les services communautaires*, chapitre 26 (anciennement la *Loi de 1994 sur les soins de longue durée*), la *Loi sur les maisons de soins infirmiers* et la *Loi sur les établissements de bienfaisance*.

Tous les processus de plainte internes ou autres doivent avoir été épuisés avant qu'une plainte ne puisse être déposée auprès de la CARSS.

Le dépôt d'un appel auprès de la CARSS n'a pas pour effet de suspendre la décision en appel. Cela veut dire que, dans la plupart des cas, la réduction ou la fin des services visés prend effet alors que la décision est en cours d'appel devant la CARSS.

Cependant, dans certains cas, il est possible de demander exceptionnellement à la Commission d'ordonner une « suspension ». Il n'est pas nécessaire qu'un représentant (avocat) comparaisse devant la CARSS, mais un représentant peut faciliter le processus et accroître les chances de succès. Même si, dans certains cas, il est possible d'obtenir un certificat d'aide juridique permettant d'engager un avocat aux fins d'un appel, rien ne garantit qu'un certificat sera accordé.

Quelles questions peuvent être portées devant la CARSS?

La CARSS reçoit et instruit des plaintes, tient des audiences et des examens, rend des décisions et des ordonnances et présente des recommandations. En vertu des articles 39 et 40 de la *Loi de 1994 sur les services de soins à domicile et les services communautaires*, la CARSS instruit les appels portant sur l'admissibilité à un service communautaire, l'exclusion d'un service communautaire, la quantité d'un service et la

cessation d'un service par les Services d'auxiliaires à domicile ou les unités de logement avec services de soutien.

Pour qu'un appel puisse être interjeté à la CARSS, il faut qu'il y ait eu une décision officielle de refuser ou réduire des services ou de mettre fin à des services. Si les services ont été réduits parce que le fournisseur est incapable de fournir un service, il ne s'agit pas d'une « décision de mettre fin à des services ou de réduire des services ».

La CARSS n'instruit pas les appels concernant la qualité des services ou les violations de la Déclaration des droits en matière de soins à domicile. Toutefois, dans certains cas, il peut être possible de qualifier de réduction ou de refus de services certaines questions relatives à la qualité des services ou à la Déclaration des droits.

La CARSS n'a pas le pouvoir de contraindre un CASC à fournir plus de services que ne le permet le règlement.

La CARSS a le pouvoir d'examiner les violations du *Code des droits de la personne* de l'Ontario. Cependant, en vertu du paragraphe 6(3) de la *Loi de 1998 sur les commissions d'appel et de révision du ministère de la Santé et des Soins de longue durée*, la CARSS ne peut examiner la constitutionnalité d'une loi ou d'un règlement ni rendre de décisions à ce sujet.

Il y a actuellement un certain débat quant à savoir si la CARSS est compétente pour instruire les appels des décisions concernant l'admissibilité au programme de financement direct.

Recours disponibles à la CARSS

Les recours que la CARSS peut accorder dans les affaires portant sur les services auxiliaires sont limités. La CARSS peut ordonner le rétablissement des services ou infirmer une décision déclarant une personne inadmissible à des services. Cependant, la CARSS ne peut toucher à la qualité ou à la nature des services, remédier aux

pénuries de personnel ni réparer les relations brisées avec le fournisseur de services. Les services peuvent tout de même être affectés à une date ultérieure par des problèmes de dotation, de financement ou autres.

Procédures devant la CARSS

Les règles de pratique de la CARSS sont disponibles en ligne⁵⁷. Certains formulaires ne sont pas disponibles sur le site Web. Une fois qu'une demande d'audience a été envoyée par écrit à la CARSS, les formulaires nécessaires sont transmis au plaignant/à l'appelant.

L'audience est habituellement tenue dans les 30 jours suivant la réception de l'avis d'audience par la CARSS, sauf entente contraire des parties. L'audience peut être tenue de vive voix, par écrit ou par voie électronique.

La décision est rendue dans les trois jours suivant la fin de l'audience. Par la suite, des motifs sont rendus par écrit dans les plus brefs délais possibles. Conformément au paragraphe 48(5) de la *Loi de 1994 sur les services de soins à domicile et les services communautaires* (anciennement la *Loi de 1994 sur les soins de longue durée*), les décisions rendues par la CARSS en vertu de cette loi sont définitives et ont force exécutoire. Cependant, les parties à l'appel peuvent présenter une requête en révision judiciaire de la décision à la Cour divisionnaire.

Défis liés à la présentation de questions relatives aux services auxiliaires devant la CARSS

La présentation d'un appel se rapportant aux services auxiliaires devant la CARSS constitue un défi, même si le processus est relativement simple. Il convient de profiter de l'étape de la médiation du processus pour régler les différends, puisqu'un plus vaste éventail de solutions innovatrices est alors disponible. Dès qu'une audience est tenue, les options peuvent être plus limitées. La Commission est liée par la législation. Il peut

⁵⁷ Voir <<http://www.hsarb.on.ca>>.

être utile de songer aux formes de médiation qui ne relèvent pas de la CARSS, comme celles de La Marche des dix sous, avant de s'adresser à la CARSS⁵⁸.

⁵⁸ La Marche des dix sous de l'Ontario – Services de médiation (téléphone : 416-425-3463, poste 7725; sans frais : 1-800-263-3463), en ligne : <www.marchofdimes.ca>.



Chapitre 9

Législation relative à l'accessibilité : Guide d'introduction à la Loi de 2005 sur l'accessibilité pour les personnes handicapées de l'Ontario, aux Normes d'accessibilité pour les services à la clientèle et aux Normes d'accessibilité intégrées

Kerri Joffe, avocate à l'interne, ARCH Disability Law Centre

Septembre 2013

À jour en septembre 2013. Il est recommandé à quiconque souhaite se fonder sur le présent document d'effectuer ses propres recherches pour obtenir les mises à jour de la législation et de la jurisprudence.

La version française du présent document a été rédigée par le Centre de traduction et de documentation juridiques. La version originale s'intitule « Accessibility Legislation: A Primer on the Accessibility for Ontarians with Disabilities Act, Accessible Customer Service Standards, and Integrated Accessibility Standards Protecting the Rights of Persons Subject to a Substitute Decision Maker » et se trouve au chapitre 9. L'analyse est fondée sur la version anglaise de la loi.

TABLE DES MATIÈRES

I.	Introduction.....	3
II.	Le cadre de la LAPHO.....	3
III.	La Norme pour les services à la clientèle	6
IV.	Les Normes d'accessibilité intégrées.....	10
	A. Information et communications	12
	B. Normes pour l'emploi.....	14
	C. Normes pour le transport	15
	D. Normes pour la conception des espaces publics (Normes d'accessibilité au milieu bâti).....	18
V.	L'application de la LAPHO et des normes d'accessibilité	18
	A. Rapports	20
	B. Inspections.....	21
	C. Ordres et pénalités administratives.....	21
	D. Appels devant le Tribunal d'appel en matière de permis	23
VI.	La LAPHO et la législation relative aux droits de la personne	23
VII.	Les répercussions de la LAPHO sur d'autres lois.....	27
VIII.	Conclusion.....	28

I. Introduction

Le présent document donne un aperçu de la plus récente loi de l'Ontario en matière d'accessibilité, soit la *Loi de 2005 sur l'accessibilité pour les personnes handicapées de l'Ontario* (également « LAPHO »), ainsi que des règlements pris en application de cette Loi. Les professionnels devraient savoir qu'en plus de la LAPHO, il existe de nombreuses autres lois traitant explicitement des handicaps ou portant sur les exigences relatives à l'accessibilité. À titre de guide d'introduction, le présent document se veut un point de départ pour les avocats, les techniciens juridiques et les intervenants qui représentent des personnes handicapées ou qui défendent les intérêts de ces personnes.

II. Le cadre de la LAPHO

Le 13 juin 2005, la *Loi de 2005 sur l'accessibilité pour les personnes handicapées de l'Ontario* a reçu la sanction royale et est entrée en vigueur en Ontario. Cette Loi vise à réaliser l'accessibilité pour les personnes handicapées de l'Ontario en ce qui concerne les biens, les services, les installations, le logement, l'emploi, les bâtiments, les constructions et les locaux au plus tard le 1^{er} janvier 2025¹.

La LAPHO a été élaborée en reconnaissance du fait que les personnes handicapées de l'Ontario sont nettement défavorisées par rapport à l'ensemble de la société ontarienne, voire exclues de celle-ci. De nombreux obstacles empêchent en effet les personnes handicapées de participer pleinement à la vie de la société. Il peut s'agir, par exemple, d'obstacles liées à l'emploi, à l'information, à l'éducation, aux transports en commun, aux services et aux installations qui sont facilement accessibles pour les personnes non handicapées. Malgré l'existence de textes législatifs visant à empêcher la

¹ *Loi de 2005 sur l'accessibilité pour les personnes handicapées de l'Ontario*, LO 2005, c 11 [LAPHO] art 1.

discrimination fondée sur un handicap, comme le *Code des droits de la personne* de l'Ontario, et à accroître l'accessibilité de certaines aires sociales, comme la *Loi de 1992 sur le code du bâtiment*², la *Loi sur les droits des aveugles*³ et la *Loi de 2001 sur les personnes handicapées* de l'Ontario⁴, les personnes handicapées continuent à se heurter à des obstacles systémiques. On estimait que l'Ontario avait besoin d'une loi afin d'éliminer ces obstacles de la manière la plus rapide et efficace qui soit et d'empêcher la création de nouvelles barrières.

La LAPHO crée le cadre de travail suivant : la Loi elle-même exige que le lieutenant-gouverneur en conseil établisse par règlement des exigences qui visent à repérer et à supprimer les obstacles en ce qui concerne les biens, les services, les installations, le logement, l'emploi, les bâtiments, les constructions, les locaux ou les autres éléments prescrits et à empêcher la création de ces obstacles⁵. Chaque règlement est appelé norme d'accessibilité. La LAPHO précise les personnes auxquelles les normes d'accessibilité s'appliquent, la façon dont celles-ci doivent être élaborées et les mécanismes d'application s'y rapportant. Il existe actuellement deux groupes de normes d'accessibilité : les *Normes d'accessibilité pour les services à la clientèle* (« Norme pour les services à la clientèle ») et les *Normes d'accessibilité intégrées* (« Normes intégrées »). Ces dernières réunissent plusieurs normes dans un seul règlement énonçant des exigences dans les domaines de l'information et des communications, de l'emploi, des transports et du milieu bâti⁶.

² *Loi de 1992 sur le code du bâtiment*, LO 1992, c 23.

³ *Loi sur les droits des aveugles*, LRO 1990, c B 7.

⁴ *Loi de 2001 sur les personnes handicapées de l'Ontario*, LO 2001, c 32. La LAPHO prévoit l'abrogation de la *Loi de 2001 sur les personnes handicapées de l'Ontario* le jour que le lieutenant-gouverneur fixe par proclamation. Cependant, la *Loi de 2001 sur les personnes handicapées de l'Ontario* est encore en vigueur, puisqu'aucune date n'a encore été ainsi fixée. Au cours du premier examen indépendant de la LAPHO, certains organismes de services pour personnes handicapées se sont fait demander leur avis à ce sujet et ont recommandé l'élaboration d'une stratégie visant à abroger la *Loi de 2001 sur les personnes handicapées de l'Ontario*. Voir ci-dessous note 10, aux pp 33-34, 42. Pour connaître l'histoire de la *Loi de 2001 sur les personnes handicapées de l'Ontario*, voir M. David Lepofsky, « The Long, Arduous Road to a Barrier-Free Ontario for People with Disabilities: The History of the Ontarians with Disabilities Act – The First Chapter » (2004) 15:2 *Revue nationale de droit constitutionnel* 125-33.

⁵ LAPHO, *supra* note 1 à l'art 6.

⁶ *Normes d'accessibilité intégrées*, Règl de l'Ont 191/11 art 1.

La Direction générale de l'accessibilité fait partie du cadre de l'application de la LAPHO⁷. Établie au sein du ministère du Développement économique, du Commerce et de l'Emploi, elle a pour mission d'orienter la mise en œuvre de la LAPHO par l'élaboration et l'application des normes d'accessibilité. Elle est également chargée d'assurer l'éducation du public et de donner des conseils relatifs à l'élaboration de plans et de programmes en matière d'accessibilité. De plus, elle conseille le ministre en ce qui concerne la composition des comités autorisés à élaborer des normes d'accessibilité, elle prépare des documents de formation pour les membres de ces comités, elle conseille le ministre sur différents aspects de l'application de la LAPHO et des règlements, elle étudie et examine les normes d'accessibilité et conseille le ministre en ce qui concerne leur mise en œuvre et leur efficacité et elle fait des recommandations au ministre en vue de modifier les lois et programmes établis ou d'en adopter de nouveaux afin d'améliorer les possibilités offertes aux personnes handicapées⁸.

Selon la LAPHO, un examen de l'efficacité de la Loi et des règlements devait être effectué dans les quatre ans suivants leur entrée en vigueur⁹. Le gouvernement de l'Ontario a chargé Charles Beer de procéder à cet examen. Son rapport, intitulé « Tracer la voie de l'avenir », a été remis en février 2010 et peut être consulté en ligne¹⁰. D'autres examens similaires doivent être faits tous les trois ans¹¹. Le gouvernement a nommé Mayo Moran, doyenne de la faculté de droit de l'Université de Toronto, pour diriger le prochain examen.

⁷ LAPHO, *supra* note 1 à l'art 32. La Direction générale a d'abord été créée en application de la *Loi de 2001 sur les personnes handicapées de l'Ontario* afin d'administrer la mise en œuvre de cette loi. La LAPHO a prorogé l'existence de la Direction générale et en a élargi la mission.

⁸ *Ibid.*

⁹ LAPHO, *supra* note 1 à l'art 41(1).

¹⁰ Charles Beer, *Tracer la voie de l'avenir : Rapport de l'examen indépendant de la Loi de 2005 sur l'accessibilité pour les personnes handicapées de l'Ontario* (février 2010), en ligne : ministère des Services sociaux et communautaires <http://www.mcass.gov.on.ca/en/mcass/publications/accessibility/charles_beer/tableOfContents.aspx>.

¹¹ LAPHO, *supra* note 1 à l'art 41(5).

En réponse à quelques-unes des recommandations formulées dans le rapport de Beer, le gouvernement a récemment mis sur pied le Conseil consultatif des normes d'accessibilité, qui a pour mandat d'examiner les normes d'accessibilité existantes et d'élaborer de nouvelles normes en se fondant sur les conseils et les commentaires des personnes intéressées¹². Il est donc probable que de nouvelles normes d'accessibilité seront élaborées et que les avocats, les personnes handicapées et le grand public auront des occasions de présenter des commentaires et des suggestions.

Le site ON donne accès est un site Web du gouvernement qui présente de l'information au sujet de la LAPHO et des normes d'accessibilité. Il a pour objet de promouvoir le respect de la LAPHO en fournissant des renseignements, des outils et des ressources aux organisations des secteurs public et privé. ON donne accès peut être consulté à l'adresse suivante :

<http://www.mcass.gov.on.ca/fr/mcass/programs/accessibility/>

III. La Norme pour les services à la clientèle

La Norme pour les services à la clientèle énonce les exigences à respecter pour supprimer et prévenir les obstacles touchant la prestation de services aux personnes handicapées. La Norme s'applique aux secteurs privé et public et fixe les délais à respecter dans le cadre d'une approche progressive.

Dans le secteur privé, toute personne ou organisation qui fournit des biens ou des services aux membres du public ou à d'autres tiers et qui compte au moins un employé en Ontario doit se conformer à la norme depuis le 1^{er} janvier 2012¹³, notamment les organisations qui fournissent des biens et des services uniquement aux membres du public qui respectent certains critères

¹² Des renseignements sur le Conseil consultatif des normes d'accessibilité sont disponibles en ligne : *ministère du Développement économique, du Commerce et de l'Emploi* <<http://www.mcass.gov.on.ca/en/mcass/programs/accessibility/partnerships/asac/index.aspx>>.

¹³ *Normes d'accessibilité pour les services à la clientèle*, Règl de l'Ont 429/07 aux art 1, 2.

d'admissibilité, comme les programmes d'aide sociale et les prestataires de services auxiliaires. La fourniture de biens ou de services à des tiers devrait être interprétée de façon à englober la prestation de services à d'autres entreprises et à des organisations gouvernementales et autres, comme les services d'experts-conseils, la fabrication et la formation¹⁴.

Dans le secteur public, les organisations désignées suivantes devaient s'être conformées à la Norme depuis le 1^{er} janvier 2010 :

- l'Assemblée législative de l'Ontario;
- chaque ministère du gouvernement de l'Ontario;
- chaque municipalité de l'Ontario;
- les conseils, commissions et organismes provinciaux et municipaux, comme Action Cancer Ontario, les tribunaux administratifs (comme les tribunaux de justice sociale Ontario), la Régie des transports en commun du grand Toronto, le Musée royal de l'Ontario, etc.¹⁵;
- les conseils scolaires de district;
- les hôpitaux;
- les collèges d'arts appliqués et de technologie;
- les universités et leurs collèges affiliés et fédérés qui reçoivent des subventions de fonctionnement du gouvernement de l'Ontario;
- les organisations de transport en commun, y compris les services de transport de personnes handicapées exploités par une municipalité¹⁶;

La Norme exige que les organisations et personnes visées établissent des politiques, pratiques et procédures régissant la fourniture de leurs biens et de leurs services aux personnes handicapées. Les biens et les services doivent être fournis d'une manière respectueuse de la dignité et de l'autonomie des

¹⁴ Ministère du Développement économique, du Commerce et de l'Emploi, en ligne : <<http://www.mcass.gov.on.ca/en/mcass/programs/accessibility/customerService/>>.

¹⁵ L'annexe 1 de la Norme pour les services à la clientèle comporte une liste des conseils, commissions, autorités et organismes auxquels la Norme s'applique. Voir les *Normes d'accessibilité pour les services à la clientèle*, *supra* note 13.

¹⁶ *Normes d'accessibilité pour les services à la clientèle*, *supra* note 13, aux art 1, 2.

personnes handicapées. La fourniture de biens ou de services aux personnes handicapées et aux autres doit être intégrée, à moins qu'une mesure de remplacement ne s'impose, et les personnes handicapées doivent avoir les mêmes possibilités que les autres d'obtenir les biens ou les services, de les utiliser ou d'en tirer profit. Les personnes et organisations visées doivent, dans leurs communications avec une personne handicapée, tenir compte du handicap de la personne. Toute organisation désignée du secteur public et toute organisation privée comptant au moins vingt employés doivent préparer un ou plusieurs documents décrivant leurs politiques, pratiques et procédures et en remettre une copie à quiconque sur demande¹⁷.

En général, les personnes handicapées qui sont accompagnées d'un animal d'assistance doivent être autorisées à entrer dans les lieux des personnes ou organisations visées et à garder l'animal avec elles. Les personnes de soutien doivent également être autorisées à entrer dans les lieux des personnes ou organisations visées et à accompagner les personnes handicapées. Les expressions « chien-guide », « animal d'assistance » et « personne de soutien » sont définies dans la Norme pour l'application de cette disposition. Il n'est pas nécessaire que les animaux d'assistance soient certifiés. Un animal est un animal d'assistance pour une personne handicapée lorsque la personne utilise l'animal de toute évidence pour des raisons liées à son handicap¹⁸.

Le fournisseur de biens ou de services doit aviser le public de toute perturbation temporaire de ses installations ou services particuliers dont les personnes handicapées se servent normalement¹⁹.

Les organisations doivent veiller à ce que leur personnel qui traite avec les membres du public ou d'autres tiers pour leur compte reçoivent une formation, de même que les membres de leur personnel qui participent à l'élaboration de

¹⁷ *Ibid* à l'art 3.

¹⁸ *Ibid* à l'art 4.

¹⁹ *Ibid* à l'art 5.

leurs politiques régissant la fourniture de biens ou de services. Cette formation doit comporter un examen des objets de la LAPHO et des règlements connexes ainsi que des instructions sur la façon d'interagir avec les personnes ayant divers types d'handicaps et sur ce qu'il faut faire si une personne ayant un type particulier d'handicap a de la difficulté à avoir accès aux biens ou services du fournisseur. Les organisations désignées du secteur public et les organisations privées comptant au moins vingt employés doivent préparer des documents faisant état de cette formation²⁰.

Les personnes et organisations qui fournissent des biens ou des services doivent établir un processus de rétroaction leur permettant de recevoir les observations des intéressés au sujet de la façon dont elles fournissent leurs biens ou services aux personnes handicapées et de répondre à ces observations. Ce processus doit préciser les mesures qui seront prises si une plainte est reçue. Encore là, les organisations désignées du secteur public et les organisations privées comptant au moins vingt employés doivent préparer un document décrivant leur processus de rétroaction et en remettre une copie à quiconque sur demande²¹.

Comme le montre le résumé qui précède, la Norme pour les services à la clientèle ne crée aucun nouveau droit pour les personnes handicapées. Elle énonce plutôt les mesures que les organisations et entreprises visées des secteurs public et privé doivent prendre afin de supprimer certains obstacles précis auxquels se heurtent les personnes handicapées lorsqu'elles tentent d'obtenir des biens et des services. Dans le cas des exigences comme celles qui concernent la formation et le processus de rétroaction, les avocats et les personnes handicapées sont en mesure de déterminer si une organisation donnée se conforme à ses obligations découlant de la Norme pour les services à la clientèle en demandant des copies des documents que l'organisation est tenue de conserver. Les organisations et entreprises qui n'ont pas encore

²⁰ *Ibid* à l'art 6.

²¹ *Ibid* à l'art 7.

élaboré de politiques et de procédures relatives au traitement des plaintes doivent maintenant le faire aux termes de la Norme.

Les organisations visées par la Norme pour les services à la clientèle pourraient également être assujetties à d'autres lois relatives à l'accessibilité, comme la *Loi sur le code du bâtiment* et le *Code des droits de la personne* de l'Ontario. La LAPHO et la Norme pour les services à la clientèle n'ont pas pour effet de modifier ou de remplacer les mesures que les organisations doivent prendre aux termes de ceux-ci et d'autres lois liées à l'accessibilité.

IV. Les Normes d'accessibilité intégrées

Les *Normes d'accessibilité intégrées* établissent les normes d'accessibilité applicables à l'information et aux communications, à l'emploi, au transport et au milieu bâti. À l'instar de la Norme pour les services à la clientèle, elles fixent un échéancier à respecter dans le cadre d'une approche progressive et s'appliquent aux organisations des secteurs public et privé.

Dans le secteur public, les Normes intégrées s'appliquent :

- Au gouvernement de l'Ontario
- À l'Assemblée législative de l'Ontario
- À chaque municipalité
- A chaque organisation figurant à la colonne 1 du tableau 1 du règlement intitulé *Public Bodies and Commission Public Bodies – Definitions (pris en vertu de la Loi de 2006 sur la fonction publique de l'Ontario)*, y compris les conseils, commissions et organismes provinciaux et municipaux, soit à peu près les mêmes que ceux qui sont visés par la Norme pour les services à la clientèle²².

²² *Normes d'accessibilité intégrées*, Règl de l'Ont 191/11 aux art 1(3), 2.

Dans le secteur privé, les Normes intégrées s'appliquent aux personnes et aux organisations qui fournissent des biens, des services ou des installations aux membres du public ou à d'autres tiers et qui comptent au moins un employé en Ontario.

Toutes les organisations assujetties doivent élaborer et mettre en œuvre des politiques régissant la façon dont elles satisferont aux exigences qui s'appliquent à elles selon les Normes. Les organisations du secteur public et les grandes organisations (c'est-à-dire des organisations qui comptent au moins 50 employés) doivent mettre au point, par écrit, des documents décrivant leurs politiques, les mettre à la disposition du public et les fournir sur demande dans un format accessible²³. Les Normes exigent également que les mêmes organisations établissent, mettent en œuvre et documentent un plan d'accessibilité pluriannuel comportant une description de leur stratégie pour prévenir et supprimer les obstacles à l'accessibilité. Ces plans doivent être affichés sur le site Web de l'organisation et être fournis sur demande dans un format accessible.

Les organisations du secteur public doivent prendre en compte la conception axée sur l'accessibilité et les critères et options d'accessibilité lors de l'obtention ou de l'acquisition de biens, de services ou d'installations, sauf si l'organisation elle-même détermine qu'il n'est pas matériellement possible de le faire²⁴.

Les organisations des secteurs public et privé doivent veiller à ce que leurs employés, leurs bénévoles et les personnes qui participent à l'élaboration de leurs politiques reçoivent une formation sur les exigences des Normes intégrées et sur les dispositions du *Code des droits de la personne* qui s'appliquent aux personnes handicapées. De plus, les organisations du secteur public et les

²³ *Ibid* à l'art 3.

²⁴ *Ibid* à l'art 5.

grandes organisations privées doivent garder un dossier de la formation fournie, notamment les dates des séances de formation et le nombre de participants²⁵.

Les organisations doivent satisfaire à ces exigences en 2012, 2013, 2014 ou 2015, selon leur taille et leur nature²⁶.

En plus des exigences susmentionnées, les Normes intégrées énoncent des exigences propres aux secteurs de l'information et des communications, de l'emploi, du transport et du milieu bâti. Étant donné que ces exigences sont assez détaillées et plutôt techniques, seules quelques-unes des obligations sont décrites dans les sections qui suivent. Veuillez consulter le règlement pour obtenir des renseignements détaillés au sujet des exigences découlant des *Normes d'accessibilité intégrées*.

A. Information et communications

Selon les dispositions des Normes intégrées concernant l'information et les communications, les organisations assujetties doivent fournir ou faire fournir aux personnes handicapées qui le demandent des formats accessibles et des aides à la communication, et ce, en temps opportun et à un coût qui n'est pas supérieur au coût ordinaire demandé aux autres personnes. L'organisation doit consulter l'auteur de la demande lors de la détermination de la pertinence d'un format accessible ou d'une aide à la communication²⁷.

Le gouvernement de l'Ontario et l'Assemblée législative doivent veiller à ce que leurs sites Web Internet et intranet ainsi que leur contenu publié après le 1^{er} janvier 2012 soient conformes à des normes internationales précises en matière d'accessibilité des contenus Web. Depuis le 1^{er} janvier 2012, la plupart des nouveaux sites Internet et intranet devaient être conformes à ces normes

²⁵ *Ibid* à l'art 7.

²⁶ *Ibid* aux art 3(4), 4(4), 5(3), 7(6).

²⁷ *Ibid* à l'art 12.

internationales et dès le 1^{er} janvier 2016, la plupart des sites Internet et intranet devront être conformes. Les autres organisations du secteur public et les grandes organisations privées devront veiller à ce que la plupart de leurs sites Web soient conformes d'ici le 1^{er} janvier 2021²⁸. Cette exigence s'applique aux sites Web, à leur contenu et aux applications sur le Web dont les organisations sont responsables directement ou par le biais d'une relation contractuelle qui autorise la modification de leurs sites. Les organisations peuvent déterminer qu'il n'est pas matériellement possible de satisfaire à cette exigence. Cependant, en pareil cas, elles doivent tenir compte de la disponibilité de logiciels ou d'outils commerciaux²⁹.

Dans le domaine de l'éducation, les écoles élémentaires et secondaires, les collèges privés d'enseignement professionnel, les programmes d'études postsecondaires et les organisations qui offrent des programmes menant à l'obtention d'un diplôme ou d'un certificat doivent, sur demande, fournir les ressources ou le matériel didactiques ou de formation dans un format accessible. Ils peuvent le faire en obtenant, par achat ou autrement, les ressources ou le matériel dans un format électronique accessible ou prêt à être converti ou en veillant à ce qu'une ressource comparable soit fournie dans un format électronique accessible ou prêt à être converti³⁰.

Les dispositions relatives à l'information et aux communications énoncent également des obligations touchant les bibliothèques publiques, les bibliothèques d'établissements d'enseignement ou de formation et la formation offerte aux éducateurs³¹.

²⁸ *Ibid* à l'art 14.

²⁹ *Ibid* à l'art 14.

³⁰ *Ibid* à l'art 15.

³¹ *Ibid* aux art 16-19.

B. Normes pour l'emploi

Les Normes pour l'emploi énoncent les obligations des employeurs à l'égard des employés. Elles ne s'appliquent pas à l'égard des bénévoles et des personnes non rémunérées³².

Les employeurs doivent aviser le public et leurs employés de la disponibilité de mesures d'adaptation durant leur processus de recrutement. Ils doivent également fournir ou faire fournir aux employés handicapés des formats accessibles et des aides à la communication à l'égard de l'information dont l'employé en question a besoin pour faire son travail et de l'information généralement mise à la disposition des employés au lieu de travail. De plus, les employeurs doivent fournir aux employés handicapés des renseignements individualisés relatifs aux interventions d'urgence sur le lieu de travail si les employés handicapés en question ont besoin de renseignements individualisés en raison de leur handicap.

Les employeurs qui comptent au moins 50 employés doivent élaborer et instaurer un processus régissant l'élaboration de plans d'adaptation individualisés et documentés pour les employés handicapés. Ces mêmes employeurs doivent aussi instaurer un processus de retour au travail à l'intention de leurs employés qui sont absents en raison d'un handicap et qui ont besoin de mesures d'adaptation afin de reprendre leur travail.

Les employeurs qui utilisent des techniques de gestion du rendement doivent tenir compte des besoins en matière d'accessibilité de leurs employés handicapés. Il importe de souligner que les employeurs de l'Ontario ont des obligations importantes aux termes du *Code des droits de la personne*, y compris l'obligation de tenir compte des besoins de leurs employés handicapés, pourvu qu'ils ne subissent pas de ce fait un préjudice injustifié. Pour obtenir des

³² *Ibid* à l'art 20.

renseignements plus détaillés au sujet de cette obligation, veuillez consulter le chapitre 3 du présent guide.

C. Normes pour le transport

Selon les Normes pour le transport, les fournisseurs de services de transport classique s'entendent des organisations désignées de transport du secteur public qui fournissent, exclusivement dans la province de l'Ontario, des services de transport public de passagers à bord d'autobus urbains, d'autocars ou de moyens de transport ferroviaire. Les services de transport en commun exploités par les municipalités, comme TTC et London Transit, sont donc couverts par les Normes, de même que les conseils d'écoles publiques, les hôpitaux et les universités qui fournissent des services de transport. Les fournisseurs de services de transport adapté s'entendent des organisations désignées de transport du secteur public qui fournissent des services conçus pour le transport de personnes handicapées exclusivement dans la province de l'Ontario³³, notamment des services comme Wheel-Trans (à Toronto) et Mobility Plus (dans la région de York).

Tant les fournisseurs de services de transport classique que les fournisseurs de services de transport adapté doivent dispenser une formation dans le domaine de l'accessibilité à leurs employés et à leurs bénévoles, y compris une formation sur l'utilisation sécuritaire de l'équipement d'accessibilité, sur les mesures de protection civile qui visent à assurer la sécurité des personnes handicapées et sur les modifications acceptables aux marches à suivre en cas de défaillance de l'équipement d'accessibilité. Un dossier de la formation fournie doit être gardé.

Les fournisseurs de services de transport classique et les fournisseurs de services de transport adapté ne doivent pas faire payer un tarif à la personne de soutien accompagnant une personne handicapée qui a besoin d'elle. Il incombe

³³ *Ibid* à l'art 33.

à la personne handicapée de prouver au fournisseur de services qu'elle a besoin de se faire accompagner par une personne de soutien. Les fournisseurs doivent satisfaire à cette exigence d'ici le 1^{er} janvier 2014.

Les fournisseurs des services de transport classique liés, le 30 juin 2011, par une obligation contractuelle existante d'acheter des véhicules qui ne satisfont pas aux exigences en matière d'accessibilité des Normes ont le droit d'honorer le contrat existant. Ces mêmes fournisseurs ne sont pas tenus d'adapter les véhicules que comprenait leur parc le 1^{er} juillet 2011³⁴.

Aux articles 44 à 62, les Normes intégrées énoncent des exigences détaillées applicables aux fournisseurs des services de transport classique en ce qui concerne l'accessibilité des véhicules et des systèmes de transport, y compris des exigences concernant les tarifs, les arrêts des transports en commun, le rangement des aides à la mobilité, les sièges réservés, la perturbation du service, les annonces, les barres d'appui et mains courantes, les planchers et surfaces revêtues de moquette, les espaces réservés aux aides à la mobilité, les dispositifs de demande d'arrêt et d'intervention d'urgence, les dispositifs lumineux, la signalisation, les marches et les signaux visuels et sonores. Les fournisseurs de services doivent satisfaire à ces exigences à différentes dates, selon l'obligation concernée.

Aux articles 63 à 74, les Normes intégrées énoncent les exigences auxquelles les fournisseurs des services de transport adapté doivent satisfaire. D'ici le 1^{er} janvier 2017, ces fournisseurs devront apporter des changements à leurs exigences en matière d'admissibilité de façon à reconnaître trois catégories d'admissibilité à leurs services. D'ici le 1^{er} janvier 2014, les processus de demande d'admissibilité devront comporter des mécanismes d'appel indépendant permettant l'examen des décisions relatives à l'admissibilité dans les trente jours suivant la réception de la demande d'appel. Les fournisseurs de

³⁴ *Ibid* aux art 39, 40.

services de transport adapté doivent également élaborer une marche à suivre relativement à la fourniture des services de transport adapté temporaires qui sont exigés à cause d'une urgence ou pour des raisons compassionnelles. Les autres exigences comprennent la parité tarifaire entre les services de transport classique et les services de transport adapté, la coordination des services de transport adapté entre les régions adjacentes, les procédures de réservation et les retards dans le service. Il est interdit aux fournisseurs de services de transport adapté de restreindre le nombre de déplacements qu'une personne handicapée peut demander ou de mettre en œuvre des politiques ou des pratiques opérationnelles qui limitent indûment la disponibilité des services. Depuis le 1^{er} janvier 2012, les accompagnateurs et les enfants doivent être autorisés à voyager avec une personne handicapée, sauf dans les cas où une autre personne handicapée se verrait ainsi refuser une place.

Les conseils d'écoles publiques doivent veiller à ce que des services de transport scolaire accessibles intégrés (avec les services réguliers) soient fournis aux élèves handicapés. Lorsqu'ils estiment que les services intégrés ne sont pas possibles ou ne constituent pas la meilleure solution, pour des raisons de sécurité, les conseils d'écoles publiques doivent veiller à fournir des services de transport accessibles de remplacement appropriés. D'ici le 1^{er} janvier 2014, les conseils scolaires doivent, en consultation avec les parents ou tuteurs, élaborer, à l'égard de chaque élève handicapé, un plan de transport individualisé qui précise de façon détaillée les besoins de l'élève en matière d'aide et la façon dont ils répondront à ces besoins³⁵.

Les hôpitaux, les collèges et les universités qui fournissent des services de transport doivent fournir des véhicules accessibles ou des services équivalents lorsqu'une personne handicapée en fait la demande³⁶.

³⁵ *Ibid* à l'art 75.

³⁶ *Ibid* à l'art 76.

Les municipalités qui délivrent des permis de taxi doivent veiller à ce que les propriétaires et exploitants de taxis n'exigent pas un tarif supérieur ou additionnel à l'égard des personnes handicapées. Les propriétaires et exploitants de taxis ne peuvent exiger des frais pour le rangement des aides à la mobilité et des appareils ou accessoires fonctionnels de mobilité. Les municipalités doivent consulter la population pour fixer la proportion de taxis accessibles qui sont nécessaires dans la collectivité³⁷.

D. Normes pour la conception des espaces publics (Normes d'accessibilité au milieu bâti)

Les articles 80.1 à 80.44 énoncent des exigences techniques détaillées visant à faire en sorte que les espaces publics, comme les sentiers récréatifs, les aires de restauration extérieures destinées à l'usage du public, les aires de jeu extérieures, les places de stationnement, les comptoirs de service et les aires d'attente, soient accessibles pour les personnes handicapées. La plupart de ces exigences s'appliquent aux espaces publics qui sont nouvellement aménagés ou réaménagés, à compter des dates suivantes : le 1^{er} janvier 2015 dans le cas du gouvernement de l'Ontario et de l'Assemblée législative, le 1^{er} janvier 2016 dans le cas des organisations désignées du secteur public, le 1^{er} janvier 2017 dans le cas des grandes organisations du secteur privé et le 1^{er} janvier 2018 dans le cas des petites organisations du secteur privé. Il n'est pas nécessaire que les contrats de construction qui ont été conclus au plus tard le 31 décembre 2012 respectent les Normes.

V. L'Application de la LAPHO et des normes d'accessibilité

L'article 13 de la LAPHO exige que les organisations et les personnes auxquelles s'applique une norme d'accessibilité s'y conforment dans le délai qui y est prévu. La Loi énonce différents mécanismes et pouvoirs d'application,

³⁷ *Ibid* aux art 79, 80.

notamment des inspections, des mesures administratives et des sanctions pécuniaires, qui seront décrites de façon plus détaillée ci-dessous. Cependant, jusqu'à maintenant, le gouvernement a plutôt tenté d'inciter les organisations à se conformer volontairement aux exigences et de les aider à respecter leurs obligations découlant de la LAPHO en matière de présentation de rapports. À cette fin, le ministère fournit, dans son propre site Web et dans le site ON donne accès, des renseignements importants aux organisations des secteurs public et privé au sujet des exigences auxquelles elles doivent satisfaire aux termes de la LAPHO et des normes d'accessibilité³⁸. Une bonne partie de ces renseignements sont rédigés en termes clairs et simples de manière à promouvoir le respect volontaire des exigences législatives.

Fait important à souligner, le cadre de la LAPHO **ne prévoit aucun** recours à l'intention des personnes handicapées qui ne peuvent avoir accès à un bien, à un service, notamment un service de transport, à un emploi ou à un espace public parce qu'une organisation ne se conforme pas à la LAPHO ou aux normes d'accessibilité. La LAPHO n'habilite pas le ministère à mener une enquête sur les plaintes formulées par des personnes physiques ou à régler les différends opposant des personnes physiques et des entreprises ou organisations. De plus, la LAPHO ne prévoit aucun mécanisme permettant de contester une décision du ministère selon laquelle une organisation s'est conformée à ses obligations découlant de ladite Loi. En raison de ces lacunes, le cadre de la LAPHO a été critiqué.

Néanmoins, si une personne constate qu'une organisation ne s'est pas conformée à la LAPHO, elle devrait signaler ce manquement à la Direction générale de l'accessibilité pour l'Ontario. Le ministère fera le suivi des plaintes concernant les manquements³⁹. Même s'il est difficile de savoir quelles seraient

³⁸ Le site ON donne accès se trouve à l'adresse suivante : <http://www.mcass.gov.on.ca/en/mcass/programs/accessibility/>.

³⁹ Entrevue menée auprès de représentants de la Direction générale de l'accessibilité (28 février 2013).

les mesures que le ministère prendrait, il est important de veiller à ce qu'il soit mis au courant des manquements, étant donné que la LAPHO accorde des pouvoirs d'inspection et de vérification et prévoit également des sanctions pécuniaires et des mesures administratives.

A. Rapports

L'article 14 de la LAPHO exige que les personnes et les organisations auxquelles s'applique une norme d'accessibilité déposent un rapport sur l'accessibilité⁴⁰. Il existe toutefois une exception à cette règle dans le cas des organisations privées comptant moins de vingt employés, lesquelles sont dispensées de l'obligation de déposer des rapports sur l'accessibilité en ce qui concerne la Norme pour les services à la clientèle⁴¹. Le gouvernement de l'Ontario et l'Assemblée législative sont tenus de déposer un rapport tous les ans, tandis que les autres organisations du secteur public doivent le faire tous les deux ans. Dans le cas des grandes organisations, cette obligation doit être remplie tous les trois ans⁴².

Le ministère exige que les rapports de conformité sur l'accessibilité soient déposés par voie électronique. À cette fin, il a créé un outil d'aide en ligne appelé Outil d'aide au rapport de conformité sur l'accessibilité, qu'il est nécessaire d'utiliser pour remplir, attester et soumettre les rapports sur l'accessibilité. Il n'est pas vraiment difficile de remplir le rapport en ligne. Ainsi, le rapport exigé par les Normes d'accessibilité pour les services à la clientèle consiste à répondre par oui ou non à quinze questions.

Le ministère a le pouvoir d'examiner un rapport sur l'accessibilité pour établir s'il est conforme aux normes d'accessibilité applicables⁴³.

⁴⁰ LAPHO, *supra* note 1 à l'art 14(1).

⁴¹ *Dispense de l'obligation de déposer des rapports*, Règl de l'ONT 430/07.

⁴² *Normes d'accessibilité intégrées*, *supra* note 22 à l'art 86.1.

⁴³ LAPHO, *supra* note 1 à l'art 16.

La plupart des organisations auxquelles s'applique le cadre de la LAPHO doivent mettre leurs rapports sur l'accessibilité à la disposition du public. En conséquence, les avocats peuvent demander des copies des rapports sur l'accessibilité ou conseiller à leurs clients d'en faire la demande.

B. Inspections

La LAPHO exige qu'au moins un inspecteur soit nommé et chargé de mener des inspections pour vérifier si les organisations se conforment à la LAPHO et aux normes d'accessibilité. À la date de rédaction du présent document, un inspecteur avait été nommé à la Compliance Assurance Unit (unité de l'assurance de la conformité) de la Direction générale de l'accessibilité; cependant, d'autres membres du personnel ont participé à des vérifications⁴⁴.

Les inspecteurs sont autorisés à pénétrer sans mandat dans des locaux s'ils ont des motifs raisonnables de croire qu'il s'y trouve des documents ou des choses qui se rapportent à l'inspection. Ils doivent toutefois obtenir un mandat avant de pénétrer dans un logement. Les inspecteurs peuvent exiger la production de choses, documents et dossiers qui se rapportent à l'inspection et interroger des personnes sur des sujets qui se rapportent à l'inspection.

C. Ordres et pénalités administratives

Un directeur nommé par le sous-ministre peut conclure qu'une personne ou une organisation ne s'est pas conformée à une disposition d'une norme d'accessibilité ou à ses obligations en matière de présentation de rapports. Le directeur peut ensuite ordonner à la personne ou à l'organisation concernée de se conformer à la norme, de déposer un rapport sur l'accessibilité à l'intérieur

⁴⁴ Entrevue menée auprès de représentants de la Direction générale de l'accessibilité (28 février 2013).

d'un certain délai ou de payer une pénalité⁴⁵. Le directeur n'est pas autorisé à donner un ordre à moins d'avoir préalablement avisé la personne ou l'organisation concernée et de lui avoir donné l'occasion de présenter des observations sur l'ordre⁴⁶.

Si une personne ou une organisation ne se conforme pas à un ordre de paiement d'une pénalité administrative, l'ordre peut être déposé auprès de la Cour supérieure de justice. Il peut ensuite être exécuté comme s'il s'agissait d'une ordonnance de cette Cour⁴⁷.

Les directeurs ont le pouvoir de fixer le montant de la pénalité administrative en fonction de la gravité de l'impact de la contravention, des antécédents de contravention de la personne ou de l'organisation et de la taille de celle-ci. Les Normes intégrées énoncent les facteurs que le directeur doit prendre en compte à cet égard⁴⁸.

La pénalité pouvant être imposée aux personnes physiques ou aux organisations sans personnalité morale varie de 2 000 \$ à 200 \$, selon les antécédents de contravention et la gravité de la contravention en question. La pénalité pouvant être imposée aux personnes morales varie de 15 000 \$ à 500 \$, compte tenu des mêmes facteurs. Lorsque l'impact de la contravention est majeur, le directeur peut aussi ordonner à la personne physique ou à l'organisation de payer une pénalité quotidienne d'au plus 100 000 \$ dans le cas d'une personne morale ou de 50 000 \$ dans le cas d'une personne physique ou d'une organisation sans personnalité morale⁴⁹.

⁴⁵ LAPHO, *supra* note 1 aux art 21 (3), 21(4).

⁴⁶ *Ibid* à l'art 22. Le paragraphe 22(3) exige que les observations soient déposées dans les trente jours qui suivent la réception de l'avis ou dans le délai que précise celui-ci.

⁴⁷ LAPHO, *supra* note 1 à l'art 23.

⁴⁸ *Normes d'accessibilité intégrées*, *supra* note 22 à l'art 83.

⁴⁹ *Ibid* à l'art 83(1)5 et annexes 1, 2.

Une personne ou une organisation peut demander la révision d'un ordre du directeur en présentant une demande écrite motivée dans les 30 jours qui suivent le jour où l'ordre est donné. Un directeur différent doit réviser l'ordre et peut réduire le montant de la pénalité, mais non l'augmenter⁵⁰.

D. Appels devant le Tribunal d'appel en matière de permis

Il est possible d'interjeter appel d'un ordre donné par le directeur devant le Tribunal d'appel en matière de permis⁵¹. A cette fin, un avis d'appel doit être déposé dans les 15 jours qui suivent le jour où l'ordre est donné. En général, le Tribunal tient une audience écrite à l'égard de l'appel et peut confirmer, modifier ou annuler l'ordre du directeur. Le Tribunal peut tenter de régler par médiation les questions qui font l'objet d'un appel.

VI. La LAPHO et la législation relative aux droits de la personne

Le *Code des droits de la personne* de l'Ontario garantit aux personnes handicapées le droit d'être à l'abri de la discrimination et du harcèlement fondés sur leur handicap. Il s'applique à l'emploi, au logement, aux biens, aux services, aux contrats et à l'adhésion à une association professionnelle⁵². L'obligation associée à ce droit réside dans le devoir d'accommodement ou d'adaptation. Il incombe aux employeurs, aux propriétaires, aux fournisseurs de services de transport en commun, aux établissements d'enseignement, aux restaurants, aux bureaux gouvernementaux, aux fournisseurs de services publics et à d'autres

⁵⁰ *Ibid* à l'art 84.

⁵¹ LAPHO, *supra* note 1 à l'art 27. *Normes d'accessibilité intégrées*, *supra* note 22 à l'art 86.

⁵² *Code des droits de la personne*, LRO 1990, c H.19 aux art 1, 2, 3, 5, 6.

organismes de tenir compte des besoins des personnes handicapées, sauf dans les cas où ils subiraient eux-mêmes un préjudice injustifié de ce fait⁵³.

Contrairement à la LAPHO et aux normes d'accessibilité, le Code n'énumère pas d'exigences précises visant à supprimer les obstacles à l'accessibilité pour les personnes handicapées ou à empêcher la création de ces obstacles. Le Code énonce plutôt des droits et obligations généraux qui ont été interprétés par les cours de justice et par les tribunaux des droits de la personne de l'Ontario. À cet égard, le Code est plus souple et plus dynamique que la LAPHO. Au fur et à mesure que notre compréhension des handicaps évolue et que de nouvelles technologies sont créées, de nouvelles formes d'accommodement ou d'adaptation sont nécessaires. Les droits et obligations énoncés dans le Code peuvent s'appliquer aux handicaps émergents ou aux nouvelles formes d'accommodement ou d'adaptation.

Une autre différence importante entre la LAPHO et le Code concerne l'application. Tel qu'il est mentionné plus haut, la LAPHO ne crée pas de mécanismes permettant aux personnes physiques d'exiger le respect des exigences qui y sont énoncées. Le Tribunal d'appel en matière de permis n'entend pas les plaintes émanant des personnes physiques. À l'inverse, le Code permet aux personnes physiques de déposer une demande d'ordonnance auprès du Tribunal des droits de la personne si elles estiment qu'il y a eu atteinte à leurs droits de la personne. Le Tribunal des droits de la personne tranche chaque demande dans le cadre d'audiences ou de séances de médiation. Certaines personnes ont tenté de porter devant le Tribunal des droits de la personne leurs plaintes concernant la violation de la LAPHO. Le Tribunal a décidé sans équivoque qu'il n'appliquait pas la LAPHO⁵⁴. Cependant, lorsqu'un manquement à une norme d'accessibilité peut être considéré comme une

⁵³ *Ibid* aux art 11, 17. Voir le chapitre sur les droits de la personne du présent guide pour obtenir des explications plus détaillées au sujet des droits et obligations découlant du *Code des droits de la personne*.

⁵⁴ *Baltrano c. Ontario (Community and Social Services)*, 2010 HRTO 268 (CanLII). *Bishop c. Hamilton Entertainment and Convention Facilities Inc.*, 2012 HRTO 708 (CanLII).

violation du Code, une demande pourra être portée devant le Tribunal des droits de la personne.

Le cadre de la LAPHO est relativement nouveau et c'est peut-être la raison pour laquelle une certaine confusion existe au sujet de la relation entre cette Loi et le Code. Plusieurs croient à tort que la LAPHO énonce un ensemble complet d'obligations et d'exigences juridiques auxquelles les organisations doivent satisfaire pour s'assurer que leurs biens et leurs services sont accessibles pour les personnes handicapées. En d'autres termes, le respect de la LAPHO garantirait le respect du Code, ce qui mettrait les organisations à l'abri des risques de responsabilité liés à la discrimination. Ainsi, dans *Wozenilek c. 7-Eleven Canada*, la partie défenderesse a fait valoir qu'aucune réparation systémique n'était nécessaire étant donné qu'aux termes de la LAPHO, elle était tenue de veiller à ce que ses magasins soient accessibles pour les personnes handicapées d'ici 2012⁵⁵.

La LAPHO règle cette perception erronée comme suit : l'article 3 de la Loi énonce qu'aucune disposition de celle-ci ou des normes d'accessibilité n'a pour effet de diminuer les obligations juridiques imposées par d'autres lois. Les Normes intégrées prévoient que les exigences qui y sont énoncées ne remplacent pas les obligations qui existent aux termes du *Code des droits de la personne*⁵⁶. De plus, l'article 38 de la LAPHO dispose qu'en cas d'incompatibilité entre une disposition de cette Loi ou d'une norme d'accessibilité et une disposition d'une autre loi, la disposition qui prévoit le plus haut niveau d'accessibilité pour les personnes handicapées l'emporte. En conséquence, les organisations et les personnes physiques qui respectent la LAPHO et les normes d'accessibilité demeurent légalement tenues de prendre en compte les besoins des personnes handicapées aux termes du *Code des droits de la personne*. Le

⁵⁵ *Wozenilek c. 7-Eleven Canada*, 2010 HRTO 407 (CanLII). Le Tribunal ne s'est pas prononcé sur cet argument, étant donné que cette question a été exclue de la portée de la demande. Cependant, l'affaire illustre le type d'arguments que les parties défenderesses pourraient être tentées d'invoquer.

⁵⁶ *Normes d'accessibilité intégrées*, supra note 22 à l'art 1(2).

cadre de la LAPHO n'a pas modifié les exigences en matière de droits de la personne.

Selon les *Normes d'accessibilité intégrées*, toute organisation assujettie doit veiller à ce qu'une formation sur les exigences du Code soit offerte à ses employés, à ses bénévoles, aux personnes qui participent à l'élaboration de ses politiques et à toutes les autres personnes qui fournissent des biens, des services ou des installations pour son compte⁵⁷. À cet égard, la Commission des droits de la personne de l'Ontario offre un module de formation qu'il est possible de consulter à l'adresse suivante : <http://www.ohrc.on.ca/en/learning/working-together-ontario-human-rights-code-and-accessibility-ontarians-disabilities-act>.

Il se pourrait que les organisations qui se sont conformées à la LAPHO n'aient pas entièrement respecté leurs obligations en matière des droits de la personne. Dans *Palangio c. The Corporation of the Town of Cochrane*, la ville défenderesse a soutenu qu'elle avait entamé le processus d'élaboration de politiques, de pratiques et de procédures visant à tenir compte des besoins des personnes handicapées afin de se conformer à ses obligations découlant de la LAPHO. Le Tribunal des droits de la personne de l'Ontario a néanmoins conclu qu'à la date de l'audience, la ville n'avait pas entièrement tenu compte des besoins des personnes ayant une déficience auditive dans ses salles de conseil et ses salles de conférence. En conséquence, le Tribunal a ordonné à la ville de réviser ses politiques et ses procédures relatives aux plaintes de discrimination fondée sur un handicap afin de les rendre conformes au Code⁵⁸. Les personnes handicapées dont les besoins n'ont pas été pris en compte de manière appropriée ont le droit de déposer une demande fondée sur les droits de la personne et de solliciter une réparation systémique, malgré le fait que la partie défenderesse a satisfait aux exigences qui lui incombent aux termes de la LAPHO.

⁵⁷ *Ibid* à l'art 7.

⁵⁸ *Palangio c. The Corporation of the Town of Cochrane*, 2011 HRTO 1491 (CanLII).

Dans *McMahon c. U-Haul Co.*, le Tribunal des droits de la personne a ordonné à la partie défenderesse de produire des dossiers faisant état de la formation qu'elle avait offerte en application de la LAPHO. Le Tribunal a conclu que ces documents étaient pertinents quant aux questions en litige soulevées par la demande, notamment en ce qui concerne la réparation⁵⁹.

VII. Les répercussions de la LAPHO sur d'autres lois

La Cour supérieure s'est servie de la LAPHO pour interpréter une disposition de la *Loi sur la taxe de vente au détail*. La question qui se posait dans cette affaire-là était de savoir si l'achat d'autobus à plancher surbaissé par Wheel-Trans était visé par une exemption de taxe prévue par cette Loi à l'égard de l'équipement conçu à l'usage exclusif des personnes handicapées. La Cour supérieure a invoqué la LAPHO, le Code et l'article 15 de la Charte pour affirmer que la société avait pris des mesures pour supprimer les obstacles à l'accessibilité pour les personnes handicapées. Elle a ensuite conclu que la *Loi sur la taxe de vente au détail* devait être interprétée de façon à promouvoir la réalisation de cet objet⁶⁰.

Dans la même veine, la Commission de règlement des griefs de l'Ontario a invoqué la LAPHO pour déterminer la solution qui convenait aux termes d'une convention collective. Un conflit a éclaté entre des travailleurs du POSPH et le ministère des Services sociaux et communautaires au sujet de la question de savoir s'il y avait lieu de mettre en place une barrière dans le bureau du POSPH afin d'empêcher les contacts entre les travailleurs de celui-ci et les bénéficiaires du programme. La Commission a conclu que la proposition du ministère, qui ne prévoyait pas la mise en place d'une barrière, était compatible avec la convention collective et avec la législation applicable. Pour en arriver à cette

⁵⁹ *McMahon c. U-Haul Co. (Canada) Ltd.*, 2012 HRTO 543 (CanLII).

⁶⁰ *Toronto Transit Commission c. Ontario (Finance)*, 2008 CanLII 67910 (SC ONT).

décision, la Commission a souligné que la mise en place d'une barrière physique serait incompatible avec l'objet de la LAPHO⁶¹.

En plus de la LAPHO, plusieurs lois de l'Ontario traitent de questions liées à l'accessibilité, notamment le *Loi sur les droits des aveugles* et la *Loi de 1992 sur le code du bâtiment*. La LAPHO et les normes d'accessibilité ne remplacent pas les obligations juridiques existant aux termes d'autres lois et ne les modifient pas non plus.

VIII. Conclusion

Malgré les critiques formulées à l'égard de la LAPHO et des normes d'accessibilité, cette Loi et ses règlements ont une valeur symbolique importante pour les personnes handicapées de l'Ontario. Elles ont pour effet de reconnaître publiquement les désavantages, voire l'exclusion dont les Ontariens handicapés ont été victimes et font de l'accessibilité un objectif d'ordre public important. Il faut souhaiter que les normes d'accessibilité et les exigences qu'elles comportent permettent, grâce aux outils et conseils pratiques qui y sont prévus, d'améliorer l'accessibilité dans les secteurs public et privé.

Les avocats, les parajuristes et les intervenants qui conseillent les personnes handicapées doivent savoir que le cadre de la LAPHO ne crée pas de nouveaux droits et n'offre pas non plus de réparation individuelle lorsqu'une organisation ou une personne physique assujettie à la législation ne s'y est pas conformée. Cependant, la LAPHO peut servir de soutien juridique pour les demandes d'accommodement ou d'adaptation et peut également être consultée lors de la conception de mesures de réparation en matière de droits de la personne.

⁶¹ *Ontario Public Service Employees Union c. Ontario (Community and Social Services)*, 2008 CanLII 70515 (Commission de règlement des griefs de l'Ontario).



Chapitre 10

Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées : guide d'introduction

Ivana Petricone, directrice générale, ARCH Disability Law Centre

Octobre 2013

À jour en septembre 2013. Il est recommandé à quiconque souhaite se fonder sur le présent document d'effectuer ses propres recherches pour obtenir les mises à jour de la législation et de la jurisprudence.

La version française du présent document a été rédigée par le Centre de traduction et de documentation juridiques. La version originale s'intitule « United Nations *Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Primer* » et se trouve au chapitre 10. L'analyse est fondée sur la version anglaise de la loi.

TABLE DES MATIÈRES

I.	Historique et introduction	2
II.	Protocole facultatif et suivi	6
III.	Thèmes	7
IV.	Articles	10
V.	Le rôle du Canada dans la création de la CDPH.....	11
VI.	L'engagement du Canada à l'égard de la CDPH	12
VII.	Interprétation de la CDPH	13
VIII.	Caractère exécutoire des obligations prévues par la CDPH au Canada.....	16
A.	La CDPH dans la jurisprudence canadienne sur la Charte	22
IX.	Exercice progressif des droits économiques, sociaux et culturels	23
X.	Professionnalisme juridique à la lumière de la CDPH.....	26

I. Historique et introduction

L'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la *Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH)* le 13 décembre 2006¹. L'adoption de la *CDPH* est saluée comme une avancée historique dans la lutte pour les droits globaux des personnes handicapées; il s'agissait du premier nouveau traité global sur les droits de la personne en 16 ans et du premier au 21^e siècle². Pour la communauté internationale des personnes handicapées, l'adoption du traité a marqué la fin d'un très long processus visant à obtenir un nouvel instrument relatif aux droits de la personne traitant expressément des droits des personnes handicapées, séparément des instruments existants³. Les États et la société civile ont travaillé ensemble pour élaborer la *CDPH* et ont obtenu « l'instrument relatif aux droits de l'homme le plus rapidement négocié dans l'histoire du droit international et [...] le premier instrument à avoir fait l'objet d'une campagne intensive sur l'Internet »⁴.

Plusieurs instruments des Nations Unies relatifs aux droits de la personne qui ont précédé la *CDPH* prévoient que toute personne a le droit de ne pas faire l'objet de

¹ *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, 13 décembre 2006, 2515 RTNU 3 (entrée en vigueur le 3 mai 2008) [*Convention relative aux droits des personnes handicapées*].

² Don MacKay, « The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities » (2006-2007) 34 *Syracuse J Int'l L & Com* 323 à la p 323.

³ *Ibid.*

⁴ Secrétaire général, « Le Secrétaire général applaudit l'événement historique qu'est l'adoption de la Convention relative aux droits des personnes handicapées », Doc NU SG/SM/10797, HR/4911, L/T/4400 (13 décembre 2006), en ligne : <<http://www.un.org/News/fr-press/docs/2006/SGSM10797.doc.htm>>.

discrimination et garantissent les droits qui s'appliquent aux personnes handicapées, ainsi qu'aux personnes qui n'ont aucun handicap. La *Déclaration universelle des droits de l'homme*⁵, le document fondateur sur les droits de la personne, prévoit que toute personne, quel que soit son statut, a le droit de ne pas faire l'objet de discrimination; tant le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIRDPCP)*⁶ que le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIRDESC)*⁷ établissent d'importantes garanties en matière de droits de la personne qui s'appliquent aussi aux personnes handicapées. Néanmoins, pour les défenseurs et spécialistes des droits de la personne, il était clair que ces droits n'étaient pas universellement appliqués; au fil des ans, l'application des droits de certains groupes est devenue moins prioritaire pour les gouvernements^{8 9}.

En 2001, les Nations Unies ont commencé à négocier une nouvelle convention consacrée aux droits des personnes handicapées, à la suite de pressions intenses et convaincantes exercées par des organisations non gouvernementales, des organisations de personnes handicapées et des gouvernements tels que ceux du Mexique et de la Nouvelle-Zélande¹⁰.

Une action de la part de tous les participants s'est avérée essentielle pour remédier à la situation alarmante des personnes handicapées dans le monde entier. Les statistiques suivantes sont parmi celles qui ont mené à cette action :

⁵ Rés AG 217(III), Doc off AG NU, 3^e sess, supp n° 13, Doc NU A/810 (1948) 71, article 7.

⁶ 19 décembre 1966, 999 RTNU 171, 6 ILM 368 (entré en vigueur le 23 mars 1976) [*PIRDPCP*].

⁷ 16 décembre 1966, 993 RTNU 3, 6 ILM 360 (entré en vigueur le 3 janvier 1976) [*PIRDESC*].

⁸ *Supra* note 2 à la p 324.

⁹ Au départ, il a été admis que certains groupes de personnes victimes de discrimination avaient besoin de conventions qui leur étaient propres pour faire inscrire en plus de détail les droits qui s'appliquaient à eux. La nécessité d'une protection propre à certains groupes a été reconnue, par exemple, par l'adoption des conventions suivantes : la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 18 décembre 1979, 1249 RTNU 13, 19 ILM 33 (entrée en vigueur le 3 septembre 1981); la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 21 décembre 1965, 660 RTNU 195, 5 ILM 350 (entrée en vigueur le 4 janvier 1969); la *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, 1577 RTNU 3, 28 ILM 1456 (entrée en vigueur le 2 septembre 1990).

¹⁰ *Supra* note 2 à la p 324.

- Vingt pour cent des personnes les plus pauvres étaient handicapées et avaient tendance à être considérées comme plus désavantagées par les membres de leur propre communauté¹¹;
- La mortalité peut atteindre 80 pour cent chez les enfants handicapés dans les pays où la mortalité totale des moins de cinq ans est tombée en-dessous de 20 pour cent¹²;
- D'après l'UNICEF, 30 pour cent des enfants des rues sont handicapés¹³;
- Les personnes handicapées risquent plus d'être victimes de viols ou de violences, d'après une étude anglaise de 2004, et elles ont moins de chance d'obtenir une intervention de la police, une protection juridique ou des soins préventifs¹⁴;
- Les femmes et les filles handicapées sont particulièrement exposées à la maltraitance. Une modeste étude menée dans l'Orissa (Inde) en 2004 montre que presque toutes les femmes et filles handicapées étaient battues à domicile, 25 pour cent de femmes ayant un handicap mental avaient été violées et 6 pour cent des femmes handicapées avaient été stérilisées de force¹⁵;
- Les recherches indiquent que le taux annuel de violence à l'égard des enfants handicapés est 1,7 fois plus grand que pour leurs congénères non handicapés¹⁶;
- Dans les pays en développement, 90 pour cent des enfants handicapés ne sont pas scolarisés, d'après l'UNESCO¹⁷;
- Le taux d'alphabétisme mondial pour les adultes handicapés ne dépasse pas 3 pour cent, et 1 pour cent pour les femmes handicapées, d'après une étude du PNUD datant de 1998¹⁸;
- Dans le cas des personnes handicapées, le chômage peut atteindre 80 pour cent dans certains¹⁹.

¹¹ Nations Unies Enable, « Faits et chiffres sur le handicap », en ligne : <http://www.un.org/french/disabilities/default.asp?navid=35&pid=833>.

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*

Louise Arbour, le Haut Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, anciennement juge de la Cour suprême du Canada, a précisé ce qui suit au comité spécial le 27 janvier 2006, alors qu'il se dirigeait vers la phase finale de ses négociations :

Il ne fait aucun doute que le régime actuel des droits de la personne visait à promouvoir et protéger les droits des personnes handicapées. De même, il ne fait aucun doute que les normes et mécanismes existants n'ont en fait pas fourni de protection adéquate dans le cas particulier des personnes handicapées. Il est grand temps que les Nations Unies comblient cette lacune²⁰ [notre traduction].

La *CDPH* a innové par l'inclusion, dans ses négociations, de personnes directement touchées par le traité. La société civile a participé aux négociations comme jamais auparavant, avec plus de 400 représentants préinscrits lors de certaines réunions²¹. Le comité spécial, qui était constitué de représentants gouvernementaux et de la société civile collaborant sur un pied d'égalité et sans distinction, a chargé un groupe d'experts d'élaborer un projet de convention détaillé²². Le produit du groupe de travail, qui reflétait clairement les expériences vécues par les personnes handicapées, est devenu le texte de travail du comité spécial et le fondement de l'éventuelle Convention²³. La Convention a véritablement consacré le slogan du mouvement international des personnes handicapées, « Ne faites rien pour nous sans nous »²⁴.

La *CDPH* est une convention hybride qui prévoit des droits civils et politiques ainsi que des droits économiques, sociaux et culturels. La Convention ne prévoit pas de hiérarchie des droits, et plusieurs articles individuels visent les deux catégories de

²⁰ Louise Arbour, Haut Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, « Statement at the General Assembly Ad Hoc Committee », 7^e sess (27 janvier 2006), en ligne : <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7stathchr.htm>>.

²¹ *Supra* note 2 à la p 328.

²² Voir Nations Unies Enable, Comité spécial chargé d'élaborer une convention internationale globale et intégrée pour la protection et la promotion des droits et de la dignité des personnes handicapées, en ligne : <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/adhoccom.htm>>.

²³ *Ibid.*

²⁴ « Ne faites rien pour nous sans nous : Reconnaître les droits des personnes handicapées », Chronique ONU, 2004, en ligne : <<http://www.un.org/Pubs/chronicle/2004/issue4/0404pl0.html>>.

droits²⁵. Bien que les États parties soient obligés de garantir les droits civils et politiques dès la ratification de la Convention, il est admis qu'ils peuvent ne pas être en mesure de garantir immédiatement les droits économiques, sociaux et culturels.

La norme de mise en œuvre des droits économiques, sociaux et culturels consiste à « assurer progressivement le plein exercice de ces droits », au maximum des ressources dont chaque État partie dispose²⁶. Cela veut dire que l'exercice de ces droits doit être assuré progressivement. Cependant, deux éléments importants de la mise en œuvre de ces droits sont immédiatement contraignants. Premièrement, les gouvernements doivent s'assurer que ces droits sont appliqués de façon non discriminatoire; deuxièmement, les gouvernements doivent s'engager à prendre des mesures concrètes pour les mettre en œuvre²⁷.

II. Protocole facultatif et suivi

La *CDPH* est accompagnée d'un Protocole facultatif qui établit la compétence du Comité des droits des personnes handicapées²⁸, ainsi que son mandat de recevoir et d'examiner les communications présentées par des particuliers ou groupes de particuliers ou au nom de particuliers ou groupes de particuliers qui prétendent être victimes d'une violation par un État partie des dispositions de la Convention. Le Comité des droits des personnes handicapées est aussi responsable du suivi au niveau international et il reçoit et examine les rapports périodiques présentés par les États parties de la même manière que ceux que prévoient d'autres traités sur les droits de la personne²⁹. Il importe de souligner que, même si le Canada a ratifié la *CDPH*, il n'a pas ratifié le Protocole facultatif.

²⁵ *Supra* note 2 à la p 330.

²⁶ *Supra* note 1, article 4(2).

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits des personnes handicapées*, Rés AG 61/106, Doc off AG NU, 61^e sess, Doc NU A/Res/61/106 (13 décembre 2006), article 1(1).

²⁹ *Supra* note 1, articles 34 et 35.

III. Thèmes

La *CDPH* décrit de façon très détaillée les droits des personnes handicapées en vertu du droit international et établit un code de mise en œuvre pour les gouvernements. Il s'agit d'une convention de nature pratique qui s'inspire largement des expériences des personnes handicapées dans le monde entier, telles qu'elles ont été représentées par leurs organisations lors des négociations. Les personnes handicapées ont clairement exprimé les défis, les difficultés et les exigences des personnes handicapées dans leur interaction avec la société en général; la Convention porte justement sur ces sujets³⁰.

La *CDPH* traite d'un vaste éventail de questions, notamment l'accessibilité, la mobilité personnelle, la santé, l'éducation, l'emploi, le niveau de vie adéquat et la protection sociale, l'adaptation et la réadaptation, la participation à la vie politique, l'égalité et la non-discrimination. La Convention représente un « changement de paradigme » en vertu duquel le handicap n'est plus perçu comme une question de bien-être social, mais comme une question de droits de la personne qui reconnaît que les obstacles et préjugés sociétaux sont eux-mêmes invalidants³¹.

Trois thèmes récurrents peuvent être tirés de la Convention³² :

L'élément central de l'**inclusivité dans la collectivité** reconnaît le principe selon lequel la ségrégation et l'institutionnalisation ne sont habituellement pas dans l'intérêt de la personne visée, ni dans celui de la collectivité dans son ensemble. Les personnes handicapées s'épanouissent le mieux au sein de la collectivité, plutôt qu'en dehors de celle-ci, et ont des contributions à apporter³³.

³⁰ *Supra* note 2 à la p 327.

³¹ *Supra* note 2 à la p 328.

³² *Supra* note 2 à la p 329.

³³ *Supra* note 2 à la p 329.

La *CDPH* énonce les diverses mesures que les États doivent prendre en vue de **changer les attitudes et d'éliminer la discrimination et les stéréotypes**³⁴.

L'accessibilité, un troisième thème récurrent, comprend l'accessibilité physique aux bâtiments, ainsi que d'autres formes d'accessibilité. La promotion de l'utilisation de la conception universelle, dont nous bénéficions tous, favorise une accessibilité améliorée grâce à une signalisation en braille, la fourniture de renseignements accessibles et l'utilisation de technologies de communication accessibles, parmi d'autres formes d'accessibilité. La Convention traite aussi de questions connexes, comme les mesures visant à assurer la mobilité personnelle – en cas de problèmes – et à faciliter l'autonomie de vie³⁵.

La nécessité de s'attaquer à la discrimination systémique a aussi été reconnue à l'échelle internationale. La **conception universelle** est expressément incorporée dans la *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, dans laquelle elle est définie comme suit :

[...] la conception de produits, d'équipements, de programmes et de services qui puissent être utilisés par tous, dans toute la mesure possible, sans nécessiter ni adaptation ni conception spéciale. La « conception universelle » n'exclut pas les appareils et accessoires fonctionnels pour des catégories particulières de personnes handicapées là où ils sont nécessaires³⁶.

La conception universelle est l'approche proactive visant à s'assurer que les environnements, les services et les produits sont accessibles à la communauté la plus vaste possible et que celle-ci peut les utiliser sans que des adaptations spécialisées, des modifications supplémentaires ou une nouvelle conception après coup ne soient nécessaires. La conception universelle tient compte de l'importance de s'assurer que l'environnement est disponible, attrayant et utile de façon égale pour chaque membre d'une population diversifiée en offrant les mêmes moyens d'utilisation à tous les

³⁴ Voir *supra* note 1, article 4.

³⁵ *Ibid*, article 9(1).

³⁶ *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, *supra* note 1, article 2.

utilisateurs et en évitant la ségrégation ou la stigmatisation d'utilisateurs individuels³⁷. Élaborés au départ dans le contexte de l'architecture et de l'environnement bâti, la conception universelle et ses principes ont été appliqués dans des contextes très différents de l'architecture³⁸. La conception universelle peut s'appliquer à la planification sociale afin d'éliminer les obstacles, de prévenir de futurs obstacles et de créer des environnements sociaux plus inclusifs de manière proactive. La conception universelle n'élimine pas le besoin de prendre des mesures d'accommodement individuelles, mais ce besoin sera réduit si l'environnement est inclusif³⁹.

Le cadre juridique actuel permettant de statuer sur les requêtes pour violation des droits de la personne a été critiqué pour ne pas avoir adéquatement élaboré la notion juridique de la conception universelle et son application aux plaintes de discrimination fondée sur le handicap⁴⁰.

³⁷ La conception universelle, conçue par le Centre for Universal Design de la North Carolina State University, repose sur sept principes visant à s'assurer que le plus grand nombre d'utilisateurs sont pris en considération au moment de concevoir de nouveaux espaces. Les sept principes sont les suivants :

1. Usage équitable : La conception est utile et commercialisable pour tout groupe d'utilisateurs.
2. Usage flexible : La conception répond à un large éventail de préférences et de capacités individuelles.
3. Usage simple et intuitif : Usage de la conception facile à comprendre quels que soient l'expérience, la compétence, l'habileté de langage ou le niveau de concentration courant de l'utilisateur.
4. Information compréhensible : La conception communique efficacement l'information nécessaire à l'utilisateur, quelles que soient les conditions ambiantes ou les capacités sensorielles de l'utilisateur.
5. Tolérance à l'erreur : La conception minimise les dangers et les conséquences néfastes d'actions accidentelles ou involontaires. ;
6. Faible effort physique : La conception peut être utilisée efficacement et facilement avec le minimum d'effort.
7. Dimension et espace concernant l'approche et l'usage : Une dimension et un espace appropriés caractérisent l'approche l'atteinte, la manipulation et l'usage quels que soient les contraintes de taille, posture ou mobilité de l'utilisateur.

North Carolina State University, « Guidelines for the Use of the Principles of Universal Design » (1997), en ligne : North Carolina State University, The Centre for Universal Design <http://www.ncsu.edu/ncsu/design/cud/about_ud/docs/use_guidelines.pdf>. Voir aussi Molly Follette Story, « Principles of Universal Design » dans Wolfgang FE Preiser *et al*, dir, *Universal Design Handbook*, New York, McGraw-Hill, 2001 à la p 10.3.

³⁸ Pour des exemples de contextes dans lesquels le design universel peut être utilisé, voir en ligne : University of Washington <<http://www.washington.edu/doi/Brochures/Programs/ud.html>>.

³⁹ Wendy Bailey, *Disability and Universal Design*, en ligne : SNOW: Special Needs Ontario Window <http://snow.utoronto.ca/index.php?option=com_content&task=view&id=409&Itemid=380>.

⁴⁰ Voir Dianne Pothier, « Tackling Disability Discrimination At Work: Toward A Systemic Approach » (2010) McGill JL & Health, vol 4, no 1 à la p 17.

IV. Articles

La *CDPH* est une longue convention de plus de trente articles de fond qui prévoit notamment des mécanismes de suivi, tant au niveau national qu'au niveau international. Pour les fins du présent guide d'introduction, les articles suivants sont ceux qui figurent le plus souvent dans l'exercice du droit des personnes handicapées :

- Le *préambule*, l'article 1, *Objet*, l'article 2, *Définitions*, l'article 3, *Principes généraux*, l'article 4, *Obligations générales* et l'article 5, *Égalité et non-discrimination*, qui sont tous des articles importants et utiles pour comprendre la Convention même, pour élaborer des observations convaincantes à l'appui de la mise en œuvre de la Convention et pour faciliter l'interprétation des lois nationales.
- L'article 8, *Sensibilisation*.
- L'article 9, *Accessibilité*.
- L'article 12, *Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, qui traite de l'exercice de la capacité juridique et du droit égal de contrôler ses propres affaires financières.
- L'article 13, *Accès à la justice*, qui est particulièrement utile pour l'exercice du droit dans les cliniques ou du droit de la pauvreté et pour la promotion de l'accès à la justice.
- L'article 14, *Liberté et sécurité de la personne*.
- L'article 16, *Droit de ne pas être soumis à l'exploitation, à la violence et à la maltraitance*.
- L'article 17, *Protection de l'intégrité de la personne*.
- L'article 19, *Autonomie de vie et inclusion dans la société*.
- L'article 20, *Mobilité personnelle*.
- L'article 21, *Liberté d'expression et d'opinion et accès à l'information*.
- L'article 22, *Respect de la vie privée*.
- L'article 23, *Respect du domicile et de la famille*.
- L'article 24, *Éducation*, qui assure l'éducation inclusive.
- L'article 25, *Santé*.
- L'article 26, *Adaptation et réadaptation*.
- L'article 27, *Travail et emploi*.
- L'article 28, *Niveau de vie adéquat et protection sociale*.
- L'article 29, *Participation à la vie politique et à la vie publique*.
- L'article 31, *Statistiques et collecte des données*.
- L'article 33, *Application et suivi au niveau national*.
- L'article 34, *Comité des droits des personnes handicapées*.
- L'article 35, *Rapports des États Parties*.

V. Le rôle du Canada dans la création de la CDPH

Le Canada est devenu un État membre des Nations Unies le 9 novembre 1945⁴¹. Depuis ce temps-là, le Canada a ratifié six conventions des Nations Unies relatives aux droits de la personne et adhéré à quatre autres conventions, notamment la *CDPH*, qui a été signée le 30 mars 2007⁴². Le 11 mars 2010, « le Canada a renouvelé son engagement envers les personnes handicapées, soit 14,3% de la population, en ratifiant la [*CDPH*] »⁴³. « En 50 articles, la *CDPH* énonce clairement le sens des droits de la personne dans le contexte du handicap et établit les procédures de signalement et de suivi qui s'appliquent aux États parties »⁴⁴ [notre traduction].

S'appuyant sur le slogan « Ne faites rien pour nous sans nous » des groupes de personnes handicapées, la délégation canadienne aux travaux sur la *CDPH*, ainsi que d'autres représentants de la communauté mondiale des personnes handicapées, ont collaboré à la rédaction de la *CDPH*⁴⁵. Le processus s'est déroulé entre 2002 et 2006, lors de neuf ou dix réunions aux Nations Unies à New York et lors de réunions régionales dans le monde entier⁴⁶. Selon certains, grâce à l'adoption de la *CDPH*, « le groupe de personnes le plus exclu dans la société est devenu le plus inclus dans l'histoire des Nations Unies »⁴⁷ [notre traduction].

Au cours des étapes de l'élaboration et de la ratification, le gouvernement du Canada s'est engagé à communiquer et à collaborer avec les provinces, les territoires et la

⁴¹ Nations Unies, Haut-Commissariat aux droits de l'homme, *Les droits de l'homme dans le monde*, en ligne : <<http://www.ohchr.org/FR/Countries/Pages/HumanRightsintheWorld.aspx>>.

⁴² Nations Unies Enable, *Pays signataires de la Convention, du Protocole facultatif, et ratifications*, en ligne : <<http://www.un.org/french/disabilities/countries.asp?id=1300>>.

⁴³ Conseil des Canadiens avec déficiences, *CDPH – 10 faits que les Canadiens doivent connaître*, en ligne : <<http://www.ccdonline.ca/fr/international/un/canada/10-facts>>.

⁴⁴ Document de travail du CCD et de l'ACIC, *UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Making Domestic Implementation Real and Meaningful* (février 2011), en ligne : Conseil des Canadiens avec déficiences <<http://www.ccdonline.ca/en/international/un/canada/making-domestic-implementation-real-and-meaningful-feb2011>>.

⁴⁵ Steven Estey, *The Road to the UN Convention* (29 mars 2011), en ligne : Conseil des Canadiens avec déficiences <<http://www.ccdonline.ca/en/international/un/canada/road-to-the-un-convention-march2011>>.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Dulcie McCallum, « Up the Basics: the Right to Decide » dans *Celebrating our Accomplishments: A voice of our own* (Winnipeg, Conseil des Canadiens avec déficiences, 2011) 145 à la p 149 [McCallum].

communauté canadienne des personnes handicapées⁴⁸. Il en résulte que le Canada a eu plus d'influence que plusieurs autres États membres et que la *CDPH* a une « saveur typiquement canadienne »⁴⁹. Par exemple :

[TRADUCTION]

L'article 5 de la Convention (qui concerne l'égalité et la non-discrimination) va tout à fait dans le sens de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Par ailleurs, l'article 12 (égalité devant la loi), qui a été coordonné par la délégation canadienne, garantit une approche progressive à l'exercice de la capacité juridique et, pour la première fois dans le droit international, reconnaît le droit d'une personne de recourir à une aide pour exercer sa capacité juridique - une solution fabriquée au Canada; et l'article 24 (éducation) garantit un droit à l'enseignement inclusif - un concept pour lequel le Canada, et en particulier le Nouveau-Brunswick, est considéré comme un chef de file international⁵⁰

VI. L'engagement du Canada à l'égard de la CDPH

En signant et ratifiant la *CDPH*, le Canada a accepté d'être lié par le traité et a assumé la responsabilité d'assurer le respect de ses obligations en vertu du traité⁵¹. La ratification de la *CDPH* a donc représenté une étape importante confirmant l'engagement du Canada à l'égard des principes et obligations énoncés dans la *CDPH*, en particulier l'objet de promouvoir, protéger et assurer la pleine et égale jouissance de tous les droits de l'homme par les personnes handicapées.

⁴⁸ *Supra* note 44.

⁴⁹ *Supra* note 44.

⁵⁰ *Supra* note 44.

⁵¹ Armand de Mestral et Evan Fox-Decent, « Rethinking the Relationship Between International and Domestic Law » (2008) 53 McGill LJ 573 au para 48.

La *CDPH* est unique, tant au niveau international qu'au niveau national pour le Canada.

La *CDPH* a été :

le premier traité sur les droits de la personne du 21^e siècle; la convention sur les droits de la personne la plus rapidement négociée de l'histoire des Nations Unies; c'est la première fois de l'histoire que la société civile a participé activement à l'élaboration et à la négociation du texte; la première convention sur les droits de la personne dotée d'une dimension de développement social explicite; et, avec 82 signataires le 30 mars 2007, la convention des Nations Unies ayant réuni le plus grand nombre de signataires de l'histoire des Nations Unies. Au niveau national, c'est aussi la première fois que le Canada a signé une convention des Nations Unies lors de sa journée d'ouverture⁵² [notre traduction].

De tels gestes témoignent de l'engagement du Canada et des autres États membres des Nations Unies à élargir les droits de la personne et le plein accès des personnes handicapées.

Par contre, à ce jour, le Canada n'a pas ratifié le *Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits des personnes handicapées*⁵³ et n'a pas indiqué qu'il a l'intention de le faire. Le Protocole facultatif prévoit une forme concrète de redressement judiciaire, en ce sens qu'il « garanti[t] aux personnes et aux groupes ayant épuisé tous les recours nationaux, que leurs plaintes de discrimination fondées sur les droits de la personne seront entendues par le Comité des Nations Unies pour les droits des personnes handicapées »⁵⁴. Tant que le Canada n'aura pas ratifié le Protocole facultatif, les personnes handicapées au Canada n'auront pas accès à ce redressement judiciaire.

VII. Interprétation de la *CDPH*

« [P]our comprendre toutes les répercussions des droits et obligations prévus par la *CDPH*, il faut lire ses articles en relation les uns avec les autres, plutôt que

⁵² *Supra* note 44.

⁵³ *Supra* note 42.

⁵⁴ Conseil des Canadiens avec déficiences, *La Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées*, en ligne : <<http://www.ccdonline.ca/fr/international/un>>.

séparément »⁵⁵ [notre traduction]. Les éléments fondateurs de la *CDPH*, notamment le préambule et les articles 3 et 4, permettent de comprendre pleinement les articles plus spécifiques. Même s'il faut lire la *CDPH* en tenant compte de tous les articles, selon l'International Disability Alliance, certains articles sont inextricablement liés à d'autres. Par exemple, l'article 28, qui reconnaît le droit des personnes handicapées à un niveau de vie adéquat, est lié à l'article 19, qui traite de l'autonomie de vie et de l'inclusion dans la société, ainsi qu'à l'article 23, qui aborde le respect du domicile et de la famille⁵⁶. Les articles 31 et 33 traitent des détails qui sont essentiels à la mise en œuvre de ce niveau de vie⁵⁷.

Les principes généraux de la Convention qui sont énoncés à l'article 3 s'appliquent à tous les articles de la Convention. Ces principes sont particulièrement importants et utiles pour l'interprétation des autres articles. Il s'agit des principes suivants :

- le respect de la dignité intrinsèque, de l'autonomie individuelle, y compris la liberté de faire ses propres choix, et de l'indépendance des personnes;
- la non-discrimination;
- la participation et l'intégration pleines et effectives à la société;
- le respect de la différence et l'acceptation des personnes handicapées comme faisant partie de la diversité humaine et de l'humanité;
- l'égalité des chances;
- l'accessibilité;
- l'égalité entre les hommes et les femmes;
- le respect du développement des capacités de l'enfant handicapé et le respect du droit des enfants handicapés à préserver leur identité⁵⁸.

Tel qu'il est indiqué dans un guide de suivi de la *CDPH* publié par le Haut-Commissariat aux droits de l'homme (HCDH), les huit principes ci-dessus « orientent l'interprétation et la mise en œuvre de toute la Convention, quelles que soient les

⁵⁵ People with Disability Australia, « Accommodating Human Rights: A Human Perspective on Housing, and Housing and Support, For Persons with Disabilities » (2010) à la p 21, en ligne : <<http://www.pwd.org.au/documents/pubs/AccommodatingHumanRights2003.pdf>>.

⁵⁶ International Disability Alliance, « Report of the Workshop to Establish a Roadmap for CRPD Implementation Guidelines » (14-15 novembre 2011), en ligne : <http://www.internationaldisabilityalliance.org/sites/disalliance.e-presentaciones.net/files/public/files/Workshop%20to%20Establish%20a%20Roadmap_Report.pdf>.

⁵⁷ *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, supra note 1, articles 31, 33.

⁵⁸ *Ibid*, art 3.

questions abordées. Ils constituent le point de départ pour comprendre et interpréter les droits des personnes handicapées, en fournissant des repères servant à mesurer chaque droit »⁵⁹ [notre traduction].

En ce qui concerne les droits des personnes handicapées à faible revenu, le point t du préambule est le plus pertinent, puisqu'il insiste sur le fait que la majorité des personnes handicapées vivent dans la pauvreté et reconnaît à cet égard qu'il importe au plus haut point de s'attaquer aux effets pernicioseux de la pauvreté sur les personnes handicapées⁶⁰. À la lumière du point t du préambule, les articles tels que l'article 28 devraient être considérés comme créant des obligations liées à la réduction de la pauvreté.

L'article 4 énonce les obligations des États parties et prévoit que ceux-ci s'engagent à adopter toutes mesures appropriées d'ordre législatif, administratif ou autre pour mettre en œuvre les droits reconnus dans la *CDPH*, à s'abstenir de tout acte et de toute pratique incompatible avec la *CDPH* et à veiller à ce que les pouvoirs publics et les institutions agissent conformément à la *CDPH*, à encourager le développement de services de conception universelle et à encourager l'incorporation de la conception universelle dans le développement des normes et directives⁶¹. Dans le cas des droits économiques, sociaux et culturels, l'article 4 prévoit que les États parties s'engagent à agir, au maximum des ressources dont ils disposent, en vue d'assurer progressivement le plein exercice de ces droits⁶². Enfin, l'article 4 exige aussi une consultation étroite avec les personnes handicapées⁶³.

⁵⁹ Nations Unies, Haut-Commissariat aux droits de l'homme, *Monitoring the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Guidance for Human Rights Monitors, Professional training series No. 17*, New York, Nations Unies, 2010, en ligne :

<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Disabilities_training_17EN.pdf>.

⁶⁰ *Supra* note 1, préambule t).

⁶¹ *Supra* note 1, article 4.

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*

L'article 19 décrit le niveau de vie qui donnera effet aux principes de [...], comme l'autonomie de vie et l'inclusion dans la société; la possibilité de choisir son lieu de résidence et avec qui vivre⁶⁴; l'accès à une gamme de services d'accompagnement pour vivre dans la société⁶⁵; et l'accès aux services et équipements sociaux⁶⁶.

L'article 33 « énonce l'architecture du changement de la Convention. L'article prévoit une coordination gouvernementale, un suivi indépendant et une participation du public »⁶⁷ [notre traduction]. L'article traite de l'obligation des États parties de désigner, au sein de leur administration, un ou plusieurs points de contact pour les questions relatives à la mise en œuvre des obligations de la *CDPH*⁶⁸. Il précise que les États parties doivent envisager de créer ou désigner, au sein de leur administration, un dispositif de coordination chargé de faciliter les actions à différents niveaux⁶⁹. Il traite aussi de l'obligation de créer ou maintenir un dispositif, y compris des mécanismes indépendants, de promotion, de protection et de suivi de l'application de la *CDPH*⁷⁰. Il est essentiel que les personnes handicapées et tous les consommateurs participent au processus de suivi⁷¹. Le gouvernement canadien n'a pas encore désigné une personne chargée du suivi. Le Bureau de la condition des personnes handicapées qui relève du gouvernement fédéral a été désigné point de contact.

VIII. Caractère exécutoire des obligations prévues par la CDPH au Canada

Bien que la ratification de la *CDPH* par le Canada témoigne d'un engagement sans équivoque en faveur des droits des personnes handicapées et signifie que le Canada est tenu de respecter les droits prévus par la Convention en vertu du droit international,

⁶⁴ *Supra* note 1, article 19a).

⁶⁵ *Supra* note 1, article 19b).

⁶⁶ *Supra* note 1, article 19c).

⁶⁷ Mental Disability Advocacy Center, « Building the Architecture for Change: Guidelines on Article 33 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities » (mars 2011), en ligne : <http://mdac.info/sites/mdac.info/files/Article_33_EN.pdf>.

⁶⁸ *Supra* note 1, article 33.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*

on ne comprend pas encore pleinement comment ces obligations seront interprétées par les tribunaux canadiens.

Traditionnellement, le Canada a adopté un modèle « dualiste », ce qui veut dire qu'un traité qui a été signé et ratifié par l'exécutif fédéral doit ensuite être incorporé dans le droit interne pour être exécutoire au niveau national⁷². « Les tribunaux canadiens, comme ceux de l'Angleterre et d'autres pays du Commonwealth, ont confirmé à maintes reprises qu'un traité n'est pas en soi une source de droit interne. [Autrement dit], aucun traité canadien ne possède force obligatoire directe dans l'ordre interne. Tout traité doit être mis en œuvre par voie législative pour avoir un effet juridique direct en droit canadien »⁷³ [notre traduction].

Comme l'a décidé la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Baker c. Canada*⁷⁴, les conventions internationales non incorporées peuvent être utilisées comme outils d'interprétation par les tribunaux canadiens. Bien que les conventions non incorporées n'aient aucune application directe en droit canadien, les valeurs qui y sont consacrées peuvent éclairer l'approche en matière d'interprétation des lois et de contrôle judiciaire par les tribunaux canadiens⁷⁵.

À ce jour, il s'agit de l'approche que les tribunaux – y compris les tribunaux administratifs – canadiens ont adoptée relativement à la *CDPH*. Par exemple, la Cour supérieure de l'Ontario a décidé ce qui suit :

la personne visée devrait recevoir les soutiens nécessaires pour exercer sa capacité juridique et ne devrait pas être considérée comme incapable de prendre des décisions du seul fait qu'elle est handicapée. (Voir la *Convention relative aux droits des personnes handicapées* des Nations Unies.)⁷⁶

⁷² Gib van Ert, « Dubious Dualism: The Reception of International Law in Canada » (2010) 44 Val U L Rev 927; de Mestral et Fox-Decent, *supra* note 14 au para 48.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Baker c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 RCS 817, 174 DLR (4^e) 193 [Baker].

⁷⁵ Voir aussi *Mugesera c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 39, [2005] 2 RCS 91 [Mugesera].

⁷⁶ *Cole v Cole*, 2011 ONSC 4090 au para 6 [Cole].

Le Tribunal des droits de la personne de l'Ontario a cité la *CDPH* à titre de source autorisée pour interpréter les dispositions du *Code des droits de la personne* de l'Ontario. Dans une affaire de 2011, le Tribunal a cité l'article 13 de la *CDPH* à l'appui d'une interprétation du *Code des droits de la personne* permettant au Tribunal de nommer un tuteur à l'instance pour une personne ayant une déficience intellectuelle qui, autrement, se serait vu interdire de présenter une requête fondée sur les droits de la personne. Cette interprétation a facilité l'accès au processus du Tribunal conformément à l'obligation, prévue dans la *CDPH*, d'assurer l'accès effectif des personnes handicapées à la justice⁷⁷. Dans une autre affaire de 2011, le Tribunal a examiné trois modèles du handicap (les modèles médical, social/d'autonomie de vie et économique) et a ensuite précisé que le modèle social/d'autonomie de vie est celui que privilégient la *CDPH* et le Tribunal des droits de la personne de l'Ontario⁷⁸.

En janvier 2008, avant que le Canada ne ratifie la *CDPH*, le Tribunal des droits de la personne du Québec a cité de façon prématurée deux passages de la *CDPH*, en déclarant que « le Tribunal est toujours soucieux de mettre sa jurisprudence au diapason du droit international et considère qu'il est hautement pertinent de reproduire ici quelques passages de la [*CDPH*], qui ne peuvent que nous éclairer relativement au litige en l'espèce »⁷⁹.

En juin 2010, la Cour fédérale a mentionné brièvement la *CDPH*, en la comparant à la *Convention relative aux droits de l'enfant* des Nations Unies :

Il est évident que l'article premier de la *Convention relative aux droits des personnes handicapées* est une définition inclusive qui peut être élargie; cependant, la distinction établie entre les enfants handicapés et les adultes handicapés, et l'importance accordée à l'intérêt supérieur des premiers, indique qu'un adulte handicapé demeure un adulte handicapé et ne devrait pas être considéré comme un « enfant » pour l'application de la *Convention relative aux droits de l'enfant*⁸⁰.

⁷⁷ *Yuill v Canadian Union of Public Employees*, 2011 HRTO 126 [Yuill].

⁷⁸ *Hinze v Great Blue Heron Casino*, 2011 HRTO 93 [Hinze].

⁷⁹ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Coopérative d'habitation L'Escale de Montréal*, 2008 QCTDP 1 [L'Escale de Montréal].

⁸⁰ *Saporsantos Leobrera v Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 587, [2011] 4 RCF 290 [Saporsantos].

Dans une décision que la Commission du consentement et de la capacité de l'Ontario a rendue en avril 2011, une des parties a invoqué la *CDPH* dans ses observations, « plus particulièrement une partie de l'article 25 indiquant « que les personnes handicapées ont le droit de jouir du meilleur état de santé possible sans discrimination fondée sur le handicap » ». Cependant, la Commission « était d'avis que la [*CDPH*] ne s'appliquait pas en l'espèce. On ignore quelle est l'applicabilité de la [*CDPH*] en l'espèce, en l'absence de « transformation » en droit canadien »⁸¹ [notre traduction].

La Cour suprême du Canada a eu l'occasion d'examiner la *CDPH* dans une affaire de 2008. Le Conseil des Canadiens avec déficiences est intervenu dans l'affaire :

Dans des conclusions à la fois écrites et orales, l'avocat de l'intervenant a fait valoir que, au cœur de l'obligation de prendre des mesures d'accommodement, il y a la présomption de l'obligation de consulter les personnes ayant des déficiences. Cette présomption découle des politiques nationales du Canada dans le domaine, et de ses obligations internationales en tant que signataire de la *Convention des Nations Unies relatives aux droits des personnes handicapées*⁸².

Bien que la Cour ait reconnu les conclusions décrites ci-dessus, elle n'a pas mentionné la *CDPH* dans le reste de la décision.

Au Canada, la mise en œuvre des traités internationaux sur les droits de la personne est habituellement fondée sur les lois et politiques canadiennes existantes⁸³. Les États parties sont généralement tenus d'adopter des lois, des politiques et des pratiques afin de mettre en œuvre un traité international. Cependant, comme l'ont fait remarquer certains chercheurs, le Canada ratifie habituellement un traité international sur les droits de la personne après avoir déterminé que les lois, politiques et programmes existants sont conformes aux principes et obligations énoncés dans le traité. Ainsi, on peut présumer qu'en ratifiant la *CDPH*, le Canada a accepté de respecter – et estimait qu'il était en mesure de respecter – ses obligations en vertu de la *CDPH*. Si le Canada

⁸¹ *BS (Re)* (2011), CanLII 26315 (OCCB) [*BS (RE)*].

⁸² *Commission de la capitale nationale c Brown*, 2008 CF 733 au para 114, 330 FTR 67 [*Commission de la capitale nationale*].

⁸³ *van Ert*, *supra* note 68.

n'avait pas eu une telle intention, il aurait pu ratifier la *CDPH* en formulant une réserve à l'égard d'une disposition particulière, comme il l'a fait pour l'article 12 de la *CDPH*⁸⁴.

Des représentants du gouvernement fédéral examinent les dispositions du traité et déterminent si les lois et politiques fédérales existantes sont déjà conformes aux obligations que prévoit le traité. Un examen similaire est effectué aux niveaux provincial et territorial. Avant de ratifier un traité, le gouvernement fédéral cherche à obtenir le soutien officiel des provinces et des territoires. Habituellement, aucune nouvelle loi n'est adoptée pour incorporer expressément le traité dans le droit interne canadien. Dans les cas où de nouvelles lois fédérales, provinciales ou territoriales sont nécessaires, ces lois sont adoptées avant la ratification⁸⁵.

Voilà l'approche que le gouvernement canadien a adoptée à l'égard de la *CDPH*. Entre la signature de la *CDPH* en mars 2007 et sa ratification trois ans plus tard, le gouvernement fédéral a cherché à obtenir les points de vue des provinces et territoires sur la mesure dans laquelle les lois provinciales et territoriales étaient conformes à la *CDPH*^{86 87}. Au moment de ratifier la *CDPH*, le gouvernement fédéral a annoncé qu'il

⁸⁴ Le Canada a formulé la déclaration et la réserve suivante lors de la ratification : Le Canada reconnaît que les personnes handicapées sont présumées avoir la capacité juridique dans tous les aspects de leur vie, sur la base de l'égalité avec les autres. Le Canada comprend que l'article 12 permet des mesures d'accompagnement et de représentation relatives à l'exercice de la capacité juridique dans des circonstances appropriées et conformément à la loi. Dans la mesure où l'article 12 peut être interprété comme imposant l'élimination de toutes mesures de représentation relatives à l'exercice de la capacité juridique, le Canada se réserve le droit de continuer l'utilisation de telles mesures dans des circonstances appropriées et sujet à ce qu'elles soient assorties de garanties appropriées et effectives. Concernant le paragraphe 4 de l'article 12, le Canada se réserve le droit de ne pas soumettre toutes ces mesures à un contrôle périodique effectué par un organe indépendant, lorsque de telles mesures sont déjà assujetties à un contrôle ou un appel.

⁸⁵ de Mestral et Fox-Decent, *supra* note 46 aux para 48 et 49; voir aussi Parlement du Canada, *Le processus de conclusion des traités au Canada*, par Laura Barnett, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 2008.

⁸⁶ Affaires étrangères, Commerce et Développement Canada, communiqué n° 368, « Le gouvernement du Canada dépose la Convention sur les droits des personnes handicapées » (3 décembre 2009), en ligne : Affaires étrangères, Commerce et Développement Canada <<http://www.international.gc.ca/media/aff/news-communiques/2009/368.aspx?lang=fra>>.

⁸⁷ En raison de la nature du fédéralisme canadien, la responsabilité de mettre en œuvre la *CDPH* incombe à la fois au gouvernement fédéral et aux gouvernements provinciaux/territoriaux. Le gouvernement fédéral peut légiférer pour mettre en œuvre la *CDPH* dans les domaines de compétence fédérale, mais ne peut le faire dans les domaines de compétence provinciale/territoriale.

l'avait fait avec le soutien sans réserve des gouvernements provinciaux et territoriaux⁸⁸. Le mémoire explicatif sur la *CDPH* du gouvernement du Canada précisait qu'une fois ratifiée, la *CDPH* ne ferait pas partie du droit interne canadien mais pourrait avoir une valeur interprétative dans les affaires portées devant les tribunaux canadiens⁸⁹. Rob Nicholson, ministre de la Justice et procureur général du Canada, a déclaré qu'une fois ratifiée, la *CDPH* compléterait le droit interne⁹⁰. Cette approche correspond à la position importante du Canada selon laquelle la *CDPH* a été ratifiée dans la mesure où les lois et politiques canadiennes existantes sont conformes au traité.

Il importe de souligner que, même lorsque les conventions ne sont pas incorporées dans le droit interne, elles peuvent être reconnues comme étant implicitement incorporées dans la Charte ou dans les lois fédérales ou provinciales pertinentes. Cette position est fondée sur la présomption en common law selon laquelle les tribunaux devraient respecter les obligations internationales du Canada aux niveaux provincial et fédéral⁹¹. Dans *R c. Hape*, la Cour suprême du Canada a décidé que la ratification d'une convention internationale exprimait une importante limitation de la souveraineté de l'État et que les conventions devraient être appliquées lorsque le droit canadien présente une ambiguïté⁹². Dans l'arrêt *Hape*, bien que la Cour ne soit pas allée jusqu'à donner pleinement effet aux obligations internationales du Canada, il est clair qu'elle a accepté le principe de l'incorporation implicite.

Le principe de l'incorporation implicite peut servir à interpréter le droit canadien ou provincial. Le principe peut s'appuyer sur la fondation solide que la délégation canadienne a établie dans le cadre des négociations ayant mené à l'adoption de la

⁸⁸ Canada, « Explanatory Memorandum on the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities », déposé à la Chambre des communes, Parlement du Canada (décembre 2009), en ligne : Commission canadienne des droits de la personne <http://www.chrc-ccdp.gc.ca/pdf/memorandum_ratification_note.pdf>.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ Affaires étrangères, Commerce et Développement Canada, communiqué n° 99, « Le Canada ratifie la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées » (11 mars 2010), en ligne : Affaires étrangères, Commerce et Développement Canada <<http://www.international.gc.ca/media/aff/news-communiques/2010/99.aspx?lang=fra>>.

⁹¹ *Daniels c White*, [1968] RCS 517 aux pp 539 et 540, 2 DLR (3^e) 1 [*Daniels*].

⁹² *R c Hape*, [2007] 2 RCS 292 [*Hape*].

CDPH, sur l'approche et le soutien des gouvernements fédéral et provinciaux à l'égard de la ratification, ainsi que sur la position du Canada selon laquelle les lois et politiques canadiennes existantes sont conformes à nos obligations en vertu de la *CDPH*. Une plus grande acceptation de ce principe par les tribunaux canadiens sera importante pour améliorer la mesure dans laquelle les obligations prévues par la *CDPH* sont appliquées au Canada.

A. La *CDPH* dans la jurisprudence canadienne sur la Charte

La *CDPH* a pour objet de promouvoir, de protéger et d'assurer les droits, la dignité et la pleine inclusion des personnes handicapées⁹³. Les dispositions de la *Charte* portant sur l'égalité partagent plusieurs des valeurs et principes énoncés dans la *CDPH*⁹⁴.

La Cour suprême du Canada a décidé que les obligations internationales en matière de droits de la personne sont un facteur pertinent et persuasif quand il s'agit d'interpréter la *Charte*, et que leur contenu est un indice important de la pleine portée de la protection conférée par la *Charte*. Ces obligations devraient donc éclairer le contenu des droits garantis par la *Charte*. Dans l'arrêt *Baker c. Canada*, la Cour suprême a discuté du « rôle important du droit international des droits de la personne dans l'interprétation du droit interne », en précisant qu'il « a également une incidence cruciale sur l'interprétation de l'étendue des droits garantis par la *Charte* »⁹⁵. Dans l'arrêt *Canada (Justice) c. Khadr*, la Cour suprême s'est fondée sur l'arrêt *R c. Hape* pour décider que le tribunal appelé à déterminer la portée de la *Charte* et à se prononcer sur son application doit tendre à assurer le respect des obligations du Canada en droit international.

La *CDPH* peut servir d'outil d'interprétation dans le contexte de la *Charte* en donnant corps aux droits et libertés qui y sont énoncés. Dans l'affaire *Slaight Communication*, le

⁹³ *Supra* note 1, article 1.

⁹⁴ *Charte canadienne des droits et libertés*, art 15, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, 1982, c 11.

⁹⁵ *Baker*, *supra* note 75 au para 70; *Canada (Justice) c Khadr*, 2008 CSC 28, [2008] 2 RCS 125 au para 18, citant *R c Hape*, *supra* note 88 [*Khadr*].

juge Dickson de la Cour suprême du Canada a cité son jugement dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, où il a affirmé ce qui suit :

Le contenu des obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne est, à mon avis, un indice important du sens de l'expression « bénéficient pleinement de la protection accordée par la Charte ». Je crois qu'il faut présumer, en général, que la *Charte* accorde une protection à tout le moins aussi grande que celle qu'offrent les dispositions similaires des instruments internationaux que le Canada a ratifiés en matière de droits de la personne.⁹⁶

IX. Exercice progressif des droits économiques, sociaux et culturels

En tant qu'État ayant ratifié la *CDPH*, le Canada s'est engagé à garantir et à promouvoir le plein exercice des droits de la personne et des libertés fondamentales des personnes handicapées sans discrimination d'aucune sorte fondée sur le handicap, et à mettre en œuvre les droits reconnus dans la *CDPH*⁹⁷. Par exemple, en ce qui concerne l'article 28, le Canada a l'obligation juridique de s'assurer que les personnes handicapées ont accès à la protection sociale, notamment des programmes de réduction de la pauvreté, l'aide pour couvrir les frais liés au handicap, des logements sociaux et des prestations de retraite, ainsi qu'à un niveau de vie adéquat pour vivre de façon autonome et être incluses dans la collectivité. Les obligations prévues par la *CDPH* lient le Canada, tant en droit international que dans la mesure dans laquelle elles ont été implicitement incorporées dans le droit interne existant.

De plus, dans le cas des droits économiques, sociaux et culturels, tels que ceux prévus à l'article 28, le Canada s'est engagé à agir pour assurer le plein exercice de ces droits⁹⁸.

⁹⁶ *Slaight Communications Inc c Davidson*, [1989] 1 RCS 1038 aux para 1056 et 1057, 59 DLR (4^e) 416 [Slaight].

⁹⁷ *Supra* note 1, articles 4.1-4.1a).

⁹⁸ *Ibid*, article 4.2.

Conformément à l'article 4 de la *CDPH*, le Canada s'est engagé à agir, au maximum des ressources dont il dispose, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits économiques, sociaux et culturels. L'article 4 exige que l'obligation du Canada soit évaluée en fonction des ressources disponibles et du stade de développement des institutions et programmes au sein de l'État. Certains éléments des droits énoncés dans la *CDPH* peuvent être exercés au fil du temps plutôt qu'immédiatement. La *CDPH* énonce des obligations axées sur l'avenir qui prévoient la réalisation du droit à un revenu adéquat dans un délai raisonnable et pour remédier à des formes de désavantage structurelles plus générales⁹⁹. Une obligation immédiate est celle de concevoir et de mettre en œuvre des stratégies appropriées au moyen de lois et programmes visant à assurer le respect complet des droits à l'avenir¹⁰⁰.

Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies a produit une série d'observations générales visant à aider les États à comprendre les droits énoncés dans le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*¹⁰¹. Les observations générales examinent le sens de l'exercice progressif des droits dans le contexte du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* et traitent des mesures que les États doivent prendre pour créer des stratégies d'exercice progressif des droits. Les observations générales insistent sur l'obligation primordiale d'élaborer des politiques clairement énoncées et soigneusement ciblées¹⁰². Le Comité des Nations Unies souligne que, si l'exercice des droits prévus par le *PIRDESC* doit être assuré progressivement, deux obligations primordiales ont un effet immédiat : l'obligation d'assurer la non-discrimination et l'obligation de « prendre des mesures ». L'observation générale n° 3 précise que ces mesures « doivent avoir un caractère délibéré, concret et viser aussi clairement que possible à la réalisation des

⁹⁹ Bruce Porter et Martha Jackman, « International Human Rights and Strategies to Address Homelessness and Poverty in Canada: Making the Connection », Social Rights Advocacy Centre (septembre 2011) à la p 39.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies, *Observation générale n° 19 : Le droit à la sécurité sociale (art 9)*, UNESCOR, 39^e sess, 2007, Doc NU E/C.12/GC/19 [Observation générale n° 19].

¹⁰² Porter et Jackman, *supra* note 94 à la p 40.

obligations reconnues dans le Pacte »¹⁰³. De plus, le Comité prie les États d'établir des stratégies nationales fondées sur les principes des droits de la personne pour assurer la réalisation de droits tels que le droit à une alimentation adéquate, le droit à la sécurité sociale, le droit de travailler et le droit à des services de santé et d'eau salubre¹⁰⁴.

Les principes généraux énoncés à l'article 3 de la *CDPH* et les obligations générales figurant à l'article 4 décrivent l'obligation des États parties d'assurer la non-discrimination et de prendre des mesures à cette fin¹⁰⁵. Les observations générales qui traitent du *PIRDESC* s'appliquent aux obligations du Canada en vertu de la *CDPH*.

La notion d'exercice « progressif » au moyen des « ressources dont il dispose » qui figure dans certains traités sur les droits économiques, sociaux et culturels, par exemple à l'article 2 du *PIRDESC*, a donné lieu à des incertitudes concernant la nature et l'étendue des obligations des États. Selon certains, l'article 2 signifie que les droits économiques, sociaux et culturels ne sont que de simples « souhaits » et ne créent aucune obligation réelle pour les États¹⁰⁶.

Certes, les droits économiques, sociaux et culturels doivent être exercés progressivement dans une plus grande mesure que les droits civils et politiques¹⁰⁷. Le plein exercice de tous les droits de la personne exige que les États élaborent progressivement des politiques et des objectifs. Bien que la conformité au principe de l'« exercice progressif » dépende de la disponibilité des ressources dans chaque État, cette notion impose aussi aux États des obligations juridiquement contraignantes¹⁰⁸.

¹⁰³ Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies, *Observation générale n° 3 : La nature des obligations des États parties (art. 2, par. 1, du Pacte)*, UNESCOR, 5^e sess, 1990, Doc NU E/1991/23 [Observation générale n° 3].

¹⁰⁴ Porter et Jackman, *supra* note 94 à la p 42.

¹⁰⁵ *Supra* note 1, articles 3 et 4.

¹⁰⁶ Icelandic Human Rights Centre, *The Right to an Adequate Standard of Living*, en ligne : <<http://www.humanrights.is/the-human-rights-project/humanrightscasesandmaterials/humanrightsconceptsideasandfora/substantivehumanrights/therighttoanadequatestandardofliving/>>.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Ibid.*

L'Icelandic Human Rights Centre conclut que ces obligations comprennent notamment la prise de mesures visant à améliorer continuellement les conditions¹⁰⁹, ainsi que le fait de s'abstenir de prendre délibérément des mesures régressives, sauf dans des circonstances particulières¹¹⁰. Une « mesure régressive délibérée » est une mesure qui nécessite un pas en arrière en ce qui concerne le niveau de protection accordé aux droits prévus par la Convention et qui résulte d'une décision intentionnelle de l'État¹¹¹. Dans le contexte canadien, il serait intéressant de se demander si le Canada manquerait à son obligation de s'abstenir de prendre une mesure régressive délibérée s'il imposait une réduction des dépenses publiques consacrées à la mise en œuvre des droits économiques, sociaux et culturels sans prendre de mesures d'indemnisation adéquates visant à protéger les personnes lésées.

Selon son sens habituel, le terme « progressif » décrit le fait de « faire continuellement un mouvement vers l'avant ». Ainsi, les États parties sont tenus de faire continuellement un mouvement vers l'avant afin d'assurer le plein exercice des droits reconnus dans les instruments¹¹². L'Icelandic Human Rights Centre estime que cette obligation s'applique immédiatement et n'est pas assujettie à des restrictions. Quel que soit leur niveau de développement, les États doivent agir immédiatement pour assurer le plein exercice des droits consacrés dans la Convention. En vertu de la *CDPH*, les personnes handicapées qui vivent au Canada ont le droit de s'attendre à ce que le Canada, un pays avec des ressources relativement abondantes, agisse rapidement pour assurer le plein exercice des droits consacrés dans la *CDPH*.

X. Professionnalisme juridique à la lumière de la CDPH

Dans un article qui suscite la réflexion, H. Archibald Kaiser a énoncé une dimension morale du professionnalisme juridique à la lumière de la *CDPH*. Kaiser soutient que les membres individuels de la profession juridique, de ses barreaux et de ses fédérations ont la responsabilité première d'assurer la conformité à l'article 4(1)e de la *CDPH*,

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Ibid.*

lequel prévoit qu'il faut prendre toutes mesures appropriées pour éliminer la discrimination fondée sur le handicap pratiquée par toute personne, organisation ou entreprise privée¹¹³. Kaiser estime qu'il est raisonnable de s'attendre à ce que les avocats se familiarisent avec la *CDPH*, puisque le traité est une source de droit au sens large¹¹⁴. Les avocats doivent comprendre que la *CDPH* est une loi, puisqu'elle est utilisée comme guide d'interprétation lorsqu'il s'agit d'interpréter la législation et la *Charte*¹¹⁵.

Les avocats ne doivent pas être au courant du domaine du droit décrit ci-dessus que dans le cadre de leur devoir de compétence. Les principes de la participation et de l'inclusion sur un pied d'égalité qui sont énoncés dans la *CDPH* doivent être incorporés dans d'autres responsabilités déontologiques¹¹⁶.

¹¹³ H Archibald Kaiser, « The Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Beginning to Examine the Implications for Canadian Lawyers' Professional Responsibilities » (2012) 20 Health L Rev No 2 26.

¹¹⁴ *Ibid* au para 12.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ *Ibid.*