

CDPDJ c Bombardier inc : réflexion sur le lien requis entre la différence de traitement et le motif illicite de discrimination

Alexis Aubry

Volume 44, Number 2, 2014

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1028142ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1028142ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Aubry, A. (2014). *CDPDJ c Bombardier inc* : réflexion sur le lien requis entre la différence de traitement et le motif illicite de discrimination. *Revue générale de droit*, 44(2), 505–527. <https://doi.org/10.7202/1028142ar>

Article abstract

The facts in *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Bombardier inc* (*Bombardier Aerospace Training Center*) give us the opportunity to address the required link between the adverse treatment and the prohibited ground of discrimination under the *Quebec Charter*. In this text, the author argues, firstly, that the link must be established between the prohibited ground of discrimination and exclusion suffered, in both direct and indirect discrimination. Then, he questions the nature of the link. He specifies that the prohibited ground should not necessarily be the sole or the principal ground of the exclusion, but rather one of them. Given these elements, the author then offers a unified methodology to provide guidance to courts when they analyze the *prima facie* evidence of discrimination. Thus, in the second step of the section 10 test, the plaintiff has the burden to establish, in both direct and indirect discrimination, that the prohibited ground of discrimination was one of the bases of the exclusion.

CHRONIQUES JURISPRUDENTIELLES

CDPDJ c Bombardier inc : réflexion sur le lien requis entre la différence de traitement et le motif illicite de discrimination

ALEXIS AUBRY*

RÉSUMÉ

Le dossier Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Bombardier inc (Bombardier Aerospace Training Center) offre l'occasion de se pencher sur le lien requis entre la différence de traitement et le motif illicite de discrimination selon la Charte québécoise. Dans ce texte, l'auteur soutient, tout d'abord, que le lien doit être établi entre le motif prohibé et l'exclusion subie, et cela tant en matière de discrimination directe qu'indirecte. Ensuite, il se questionne sur la nature de ce lien. À cet effet, il précise que le motif illicite ne doit pas nécessairement constituer l'unique ou le principal fondement de l'exclusion, mais plutôt être l'un de ceux-ci. Compte tenu de ces éléments, l'auteur propose ensuite une méthode unifiée devant servir de guide aux tribunaux lors de l'analyse de la preuve prima facie de discrimination. Ainsi, lors de la seconde étape du test de l'article 10, le demandeur aura le fardeau d'établir, tant en matière de discrimination directe qu'indirecte, que le motif prohibé a été l'un des fondements de l'exclusion subie.

MOTS-CLÉS :

Discrimination, égalité, Charte, causalité, prima facie, intention.

ABSTRACT

The facts in Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Bombardier inc (Bombardier Aerospace Training Center) give us the opportunity to address the required link between the adverse treatment and the prohibited ground of discrimination under the Quebec Charter. In this text, the author argues, firstly, that the link must be established between the prohibited ground of discrimination and exclusion suffered, in both direct and indirect discrimination. Then, he questions

* LLB, JD, étudiant de cycles supérieurs en droit. L'auteur tient à remercier le professeur Daniel Proulx, M. Pierre-Luc Benoit, ainsi que M^e Maurice Drapeau, avocat et docteur en droit, qui, par leurs réflexions, ont fait avancer les idées proposées dans cet article, bien que celles-ci n'engagent que leur auteur.

the nature of the link. He specifies that the prohibited ground should not necessarily be the sole or the principal ground of the exclusion, but rather one of them. Given these elements, the author then offers a unified methodology to provide guidance to courts when they analyze the prima facie evidence of discrimination. Thus, in the second step of the section 10 test, the plaintiff has the burden to establish, in both direct and indirect discrimination, that the prohibited ground of discrimination was one of the bases of the exclusion.

KEY-WORDS :

Discrimination, equality, Charter, causation, prima facie, intention.

SOMMAIRE

Introduction : mise en contexte 506

I. Les décisions des instances inférieures 508

 A. Le Tribunal des droits de la personne..... 508

 B. La Cour d’appel du Québec..... 510

II. Quelques précisions sur la preuve du fondement de la différence de traitement 511

 A. Le lien entre la différence de traitement et le motif prohibé 511

 B. L’un des fondements de l’exclusion..... 518

 C. La preuve *prima facie* 522

III. Une approche unifiée favorisant la réalisation des objectifs sous-tendant la protection contre la discrimination 524

Conclusion 527

C’est précisément parce que la force des choses tend toujours à détruire l’égalité, que la force de la législation doit toujours tendre à la maintenir¹.

INTRODUCTION : MISE EN CONTEXTE

Le dossier *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Bombardier inc (Bombardier Aerospace Training Center)*² prit

1. Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, Paris, Éd Beulavon, 1903 à la p 192.

2. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Bombardier inc (Bombardier Aerospace Training Center)*, 2010 QCTDP 16 [Bombardier, TDP].

naissance alors qu'un pilote d'avion d'origine pakistanaise³, M. Javed Latif, reçut une offre d'emploi qu'il souhaitait accepter. Afin de pouvoir piloter le type d'appareil requis par l'offre, il fit une demande au Bombardier Aerospace Training Center (ci-après le BATC) aux États-Unis, afin qu'il puisse y suivre la mise à niveau exigée⁴.

Depuis les attentats du 11 septembre 2001, les demandes de formation sont dorénavant soumises à une vérification de sécurité. Ces mesures s'appliquent à tous les pilotes qui ne sont pas citoyens américains et qui désirent suivre une formation dans ce pays⁵. M. Latif reçut une réponse négative des autorités américaines quant à cette demande d'approbation de sécurité⁶.

Néanmoins, possédant également la citoyenneté canadienne, il pouvait suivre ladite formation à Montréal, sous licence canadienne. Cependant, le directeur des normes du BATC l'informa, sans avoir effectué préalablement de vérification auprès de Transports Canada, que comme les autorités américaines l'avaient refusé, aucune formation ne pouvait lui être offerte au Canada⁷.

Cette décision était fondée sur le fait que les autorités américaines l'avaient précédemment refusé et, qu'en raison de ce refus, M. Latif constituait un « terroriste potentiel »⁸. Il est à noter que la formation sous licence canadienne ne requérait aucune approbation de sécurité. En outre, le directeur affirma que s'il acceptait de former une personne n'ayant pas obtenu l'approbation de sécurité américaine, le BATC risquait de perdre son propre certificat lui permettant d'offrir des formations sous licence américaine⁹. Ce n'est finalement qu'en 2008 que les autorités américaines revinrent sur leur décision et autorisèrent M. Latif à suivre des formations sur leur territoire¹⁰.

Jugeant ce refus discriminatoire au sens de la *Charte des droits et libertés de la personne* (ci-après la *Charte*), la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (ci-après la Commission)

3. *Ibid* au para 32; *Bombardier inc (Bombardier Aerospace Training Center) c Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2013 QCCA 1650 au para 15 [*Bombardier, CA*].

4. *Ibid* au para 21.

5. *Ibid*; *Bombardier, TDP, supra* note 2 aux para 59-60.

6. *Ibid* au para 83; *Bombardier, CA, supra* note 3 au para 23.

7. *Bombardier, TDP, supra* note 2 aux para 84, 87; *Bombardier, CA, supra* note 3 aux para 29-30.

8. *Bombardier, TDP, supra* note 2 aux para 136-137; *Bombardier, CA, supra* note 3 au para 81.

9. *Bombardier, TDP, supra* note 2 au para 163.

10. *Ibid* au para 180.

introduisit un recours devant le Tribunal des droits de la personne. Le Tribunal donna raison à la Commission, alors que la Cour d'appel infirma la décision. Une demande d'autorisation d'en appeler à la Cour suprême fut accueillie.

Dans le présent texte, nous analyserons la nature du lien requis entre la différence de traitement et le motif illicite de discrimination lors de l'examen des trois éléments constitutifs de l'article 10 de la *Charte*¹¹. Autrement dit, quel est le fardeau de preuve applicable en matière de discrimination lorsque vient le temps de prouver que la différence de traitement a été « fondée sur l'un des motifs énumérés »?

Afin de répondre à cette question, nous commencerons par un exposé des motifs des décisions du Tribunal des droits de la personne et de la Cour d'appel. Nous préciserons ensuite les éléments de preuve requis lors de la seconde étape du test de l'article 10 de la *Charte*. Nous terminerons par l'élaboration d'une approche unifiée allant de pair avec les différents objectifs sous-tendant le droit à l'égalité.

I. LES DÉCISIONS DES INSTANCES INFÉRIEURES

A. Le Tribunal des droits de la personne

D'entrée de jeu, la juge Rivet du Tribunal rappelle les trois éléments constitutifs qui doivent être présents afin qu'il y ait discrimination au sens de l'article 10 de la *Charte* :

- (1) Une « distinction, exclusion ou préférence »,
- (2) fondée sur l'un des motifs énumérés au premier alinéa et
- (3) qui « a pour effet de détruire ou de compromettre » le droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne [nos soulignements]¹².

La juge Rivet discute ensuite du fardeau de preuve, mentionnant qu'il appartient au demandeur de se décharger de ce dernier, et ce, de manière *prima facie*¹³.

11. (1) Une « distinction, exclusion ou préférence », (2) fondée sur l'un des motifs énumérés au premier alinéa et (3) qui a pour effet de détruire ou de compromettre le droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne.

12. *Bombardier*, TDP, *supra* note 2 au para 231. Le Tribunal cite à cet effet l'arrêt *Forget c Québec (PG)*, [1988] 2 RCS 90 au para 10.

13. *Bombardier*, TDP, *supra* note 2 au para 232.

Par la suite, le Tribunal évoque que le droit à l'égalité protège tant la discrimination directe qu'indirecte¹⁴. Puis, il énonce le principe bien établi voulant qu'il ne soit pas nécessaire de prouver l'intention de discriminer¹⁵.

Concernant le second élément requis pour qu'il y ait discrimination, le Tribunal souligne ceci :

[I]l n'est pas nécessaire que le motif illicite invoqué soit la seule et unique cause de l'acte reproché. [...] il est possible que ce comportement ou cet acte imputé à la partie défenderesse s'explique par une multitude de raisons. Or, il suffit seulement que l'une d'elles se rattache à un motif prohibé pour conclure à de la discrimination au sens de l'article 10 [soulignements dans l'original]¹⁶.

Cela dit, au moment d'appliquer ces principes aux faits en l'espèce, la juge Rivest vient affirmer que la Commission est tenue de démontrer l'existence d'un lien de causalité entre la décision de Bombardier de refuser de donner une formation à M. Latif et l'origine ethnique ou nationale de ce dernier¹⁷.

Ensuite, en réponse à *Bombardier*, qui soutenait que les motifs allégués de discrimination ne peuvent être la cause directe de sa décision, la juge Rivest rétorque que « [q]uelle que soit la forme de discrimination, le lien de causalité entre l'exclusion ou la distinction et le motif n'a pas à être établi de façon directe » [nos soulignements] et « qu'il n'[est] pas nécessaire que la mesure contestée soit directement liée au motif invoqué » [nos soulignements]¹⁸.

Ainsi, par suite de l'application de ces principes aux éléments de preuves reçus, le Tribunal conclut comme suit :

[L]a décision du BATC de refuser de former M. Latif sous sa licence canadienne a établi une distinction ou une exclusion, fondée sur l'origine ethnique ou nationale, qui a eu pour effet de compromettre le droit à la pleine égalité de M. Latif dans la reconnaissance et l'exercice de ses droits [...]¹⁹.

14. *Ibid* au para 233.

15. *Ibid* au para 234.

16. *Ibid* au para 236.

17. *Ibid* au para 275.

18. *Ibid* au para 283.

19. *Ibid* au para 314.

B. La Cour d'appel du Québec

La Cour d'appel confirme tout d'abord que les trois éléments constitutifs de la discrimination au sens de l'article 10 de la *Charte* furent adéquatement énoncés²⁰ et qu'il revient au demandeur de les établir de manière *prima facie*²¹. Également, la Cour rappelle que la discrimination peut se manifester tant de manière directe qu'indirecte²², et qu'il n'est pas nécessaire de faire une preuve d'intention de discriminer²³.

Après avoir soulevé certaines réserves quant à l'existence d'une exclusion, la juge St-Pierre mentionne que la Commission devait prouver que l'exclusion « résultait d'un motif prohibé à l'article 10 de la Charte » [nos soulignements]²⁴.

La Cour entame ensuite l'analyse de ce qui constitue le nœud gordien de sa décision. De l'avis de celle-ci, le Tribunal a commis « une erreur manifeste et déterminante »²⁵ en soutenant « qu'il n'était pas nécessaire que la mesure contestée soit directement liée au motif invoqué » [soulignements dans l'original]²⁶. À cet effet, la Cour mentionne que « dans tous les cas, la preuve du lien de causalité entre le motif et la mesure d'exclusion est requise »²⁷.

Appliquant cette interprétation, la juge St-Pierre souligne étonnamment que « le Tribunal ne pouvait conclure à discrimination sans avoir la preuve que la décision des autorités américaines était elle-même fondée sur un motif prohibé par la *Charte* »²⁸.

Enfin, en fonction de ces principes et des différents éléments de preuve lui ayant été soumis, la Cour d'appel conclut comme suit :

La preuve présentée ne permettait pas de conclure que la Commission s'était déchargée de son fardeau d'établir que le refus des autorités américaines de permettre à Latif de suivre

20. *Bombardier, CA*, *supra* note 3 au para 76.

21. *Ibid* au para 77.

22. *Ibid* au para 96.

23. *Ibid*.

24. *Ibid* au para 94.

25. *Ibid* au para 100.

26. *Ibid* au para 99.

27. *Ibid* aux para 100, 142.

28. *Ibid* aux para 107, 127.

une formation en avril 2004 était fondé sur le motif prohibé de la nationalité. Ainsi, elle ne permettait pas, non plus, de conclure que celui de Bombardier l'était également²⁹.

II. QUELQUES PRÉCISIONS SUR LA PREUVE DU FONDEMENT DE LA DIFFÉRENCE DE TRAITEMENT

A. Le lien entre la différence de traitement et le motif prohibé

L'article 10 de la *Charte* énonce que :

Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, [...] l'origine ethnique ou nationale [...].

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit³⁰.

En règle générale, les tribunaux³¹ et les auteurs³² énoncent, en conformité avec l'article 10, que le lien requis se situe entre la « distinction, exclusion ou préférence » et l'un des motifs prohibés. Cependant, lorsqu'ils tentent de déterminer si ce lien existe, ils ont parfois tendance à se demander si la décision, plutôt que la différence de traitement, fût fondée sur l'un de ces motifs³³. Ce glissement est-il purement

29. *Ibid* au para 144.

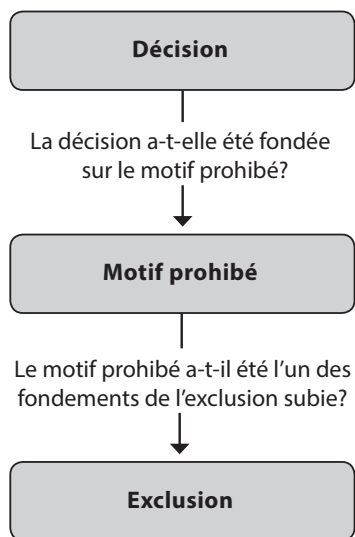
30. *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c C-12, art 10 [*Charte*].

31. À titre d'exemple : *Bombardier*, TDP, *supra* note 2 au para 231; *Bombardier*, CA, *supra* note 3 aux para 76, 94; *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, 2007 CSC 4 au para 46, [2007] 1 RCS 161 [*McGill*]; *Commission scolaire régionale de Chambly c Bergevin*, [1994] 2 RCS 525 [*Bergevin*].

32. À titre d'exemple : Daniel Proulx, « Le droit à l'égalité » dans *JurisClasseur Québec*, 2^e éd, coll « Droit constitutionnel », fasc 9, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles au para 99; Christian Brunelle, « Les limites aux droits et libertés » dans Barreau du Québec, *Droit public et administratif*, Collection de droit 2014-2015, vol 7, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014, 21 à la p 68; Mélanie Samson, « Le droit à l'égalité dans l'accès aux biens et aux services : l'originalité des garanties offertes par la Charte québécoise » (2008) 38:2 RDUS 413 à la p 424.

33. À titre d'exemple : *CDPDJ (Bia-Domingo) c Francesco Sinatra*, TDPQ Montréal, 1999 CanLII 52 au para 95 (QC TDP) [*Sinatra*]; *CDP c Les Immeubles Ni/Dia inc*, TDPQ Beauharnois, 1992 CanLII 2 (QC TDP) [*Immeubles Ni/Dia*]; *Québec (PG) c CDPDJ*, 2013 QCCA 141 au para 85 (disponible sur CanLII) [*CDPDJ*, CA]; *CDP c Les Systèmes internationaux de fret Dillon Reid*, TDPQ Montréal, 1996 CanLII 17 (QC TDP) [*Dillon Reid*]; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Constructions Robert Godard inc*, 2002 CanLII 13766 au para 17 (QC TDP); *CDP c*

sémantique ou a-t-il des incidences concrètes sur le fardeau de preuve devant être établi par le demandeur?



Dans un premier temps, il serait erroné de soutenir qu'il s'agit de deux liens équivalents, utilisés de manière interchangeable et n'ayant en réalité aucune incidence concrète sur le fardeau de preuve. À cet égard, l'exigence d'un lien entre la décision d'exclusion et le motif prohibé se situe en rapport avec l'intention du décideur. Il s'agit alors de prouver que ce dernier a fondé sa décision sur l'origine ethnique du plaignant, par exemple. Quant à l'exigence d'un lien entre ce motif et l'exclusion subie, elle se situe plutôt en rapport avec les effets préjudiciables.

À titre d'exemple, dans le présent dossier, si la Cour appliquait le lien requis comme étant celui entre la décision et le motif discriminatoire, elle viendrait à la conclusion que ce dernier est inexistant, étant donné que la décision de *Bombardier* n'était pas fondée sur l'origine ethnique de M. Latif, mais entièrement sur la décision des autorités américaines. En contrepartie, si la Cour appliquait le lien requis comme étant celui entre le motif prohibé et l'exclusion, elle pourrait venir à la conclusion que l'exclusion de M. Latif fut indirectement fondée sur celui-ci, évitant ainsi de tomber dans le piège de la preuve d'intention.

* * *

Dans un second temps, certains auteurs avancent parfois que la distinction entre la discrimination directe et indirecte se situe en rapport avec l'intention du décideur et que c'est cette raison qui sous-tend l'exigence d'un lien différent en fonction du type de discrimination³⁴. Selon ce postulat, en matière de discrimination directe, le demandeur

Ministère de la Justice, TDPQ Montréal, 1994 CanLII 2523 à la p 7 (QC TDP); *CDP c Lalonde*, TDPQ Val d'Or, 1992 CanLII 1797 à la p 5 (QC TDP).

34. Comme en fait mention le professeur Daniel Proulx lors de l'analyse de l'état du droit en la matière : Proulx, *supra* note 32 au para 92.

devra établir que la décision d'exclure se fondait sur un motif prohibé. En matière de discrimination indirecte, celui-ci devra plutôt établir un lien entre ce motif et l'exclusion subie. Ainsi, d'un côté, l'analyse portera sur l'intention, alors que de l'autre, elle portera sur les effets préjudiciables.

Avec égard, cette approche ne peut être retenue. Effectivement, celle-ci entraîne la fâcheuse conséquence de contraindre le plaignant à préalablement déterminer s'il s'agit d'une discrimination directe ou indirecte pour ensuite, s'il soutient qu'elle est directe, lui imposer une preuve d'intention.

Concernant l'exigence d'une preuve d'intention de discriminer, la Cour suprême a établi dans l'arrêt *O'Malley* que :

conclure que l'intention constitue un élément nécessaire de la discrimination en vertu du Code serait, me semble-t-il, élever une barrière pratiquement insurmontable pour le plaignant qui demande réparation. Il serait extrêmement difficile dans la plupart des cas de prouver le mobile et il serait facile de camoufler ce mobile³⁵.

C'est également dans cette optique que la Cour d'appel du Québec a mentionné que :

Le mobile, l'intention ou la bonne foi n'ont rien à voir avec la notion d'égalité. [...]. Pour déterminer si une distinction est fondée sur un motif interdit par l'article 10 de la Charte, il faut donc tenir compte de l'effet de la distinction plutôt que se fonder uniquement sur sa nature apparente³⁶.

Partant du principe que « l'intention [... n'a] rien à voir avec la notion d'égalité »³⁷ et que « *what matters [...] is the concrete result of the discrimination, rather than the motives which found it* » [soulignements dans

35. *Commission ontarienne des droits de la personne c Simpsons-Sears*, [1985] 2 RCS 536 au para 14 [*O'Malley*].

36. *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu c Québec (Commission des droits de la personne)*, 1994 CanLII 5706 aux pp 25-26 (QC CA) [*Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu*]. Au même effet, la Cour d'appel mentionna dans l'arrêt *Desroches c Québec (Commission des droits de la personne)*, 1997 CanLII 10586 à la p 16 (QC CA) que : « *Appellant's testimony to the effect that his policy was intended to limit the number of people in each apartment and not to prevent children from living in his building, is similarly irrelevant, if it is found that the **effect** of his policy nonetheless had an adverse, indirect impact on children* » [nos caractères gras] [*Desroches*].

37. *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu*, *supra* note 36 à la p 25.

l'original]³⁸, l'intention ne devrait pas constituer le cœur de la distinction entre les deux catégories de discrimination. À cet égard, cette distinction devrait plutôt se situer à l'égard du type de lien, direct ou indirect, entre le motif prohibé et l'exclusion subie³⁹.

De cette manière, l'on évite d'exiger, tant en matière de discrimination directe qu'indirecte, une preuve d'intention selon laquelle la décision était fondée sur l'un des motifs illicites. Dans tous les cas, le centre de l'analyse se trouve donc à être en rapport avec les effets préjudiciables envers une personne ou un groupe de personnes visées par l'article 10 de la *Charte*⁴⁰.

Outre ces avantages, cette approche, où l'accent est mis sur les effets plutôt que sur l'intention, permet d'éviter la fâcheuse conséquence qui contraindrait le plaignant à déterminer, préalablement à tout recours, s'il s'agit d'une discrimination directe ou indirecte. À cet effet, la Cour suprême mentionne que :

La distinction entre une norme qui est discriminatoire à première vue et une norme neutre qui a un effet discriminatoire est difficile à justifier pour la simple raison que peu de cas peuvent être aussi clairement identifiés. Par exemple, une règle qui oblige tous les travailleurs à se présenter au travail le

38. *Desroches*, *supra* note 36 à la p 15.

39. Ainsi, il s'agira d'une discrimination directe non pas parce que le décideur avait l'intention d'exclure une personne sur la base d'un motif prohibé, mais plutôt parce que l'exclusion était directement liée à l'un de ces motifs. De la même manière, il ne s'agira pas de discrimination indirecte parce que le décideur n'avait pas l'intention d'exclure une personne en se fondant sur un motif prohibé, mais plutôt parce que l'exclusion relevait d'un autre facteur et non pas directement de ce motif. C'est d'ailleurs dans cette optique que la Cour suprême, dans l'arrêt *O'Malley*, *supra* note 35 au para 16, cite l'arrêt *Griggs v Duke Power Co*, 401 US 424 (1971) afin de soutenir que le droit à l'égalité protège tant la discrimination directe qu'indirecte. Dans ce jugement, la Cour suprême des États-Unis décrit comme indirectement discriminatoire l'obligation faite, par un employeur envers ses employés, d'être titulaire d'un diplôme d'études secondaires, alors que cette exigence excluait particulièrement les « candidats de couleur ». Il s'agissait effectivement d'une exclusion fondée sur une exigence Y (le diplôme d'études secondaire) qui a indirectement entraîné des effets négatifs pour certaines personnes en raison d'un motif prohibé (ici, la couleur). En l'espèce, la Commission semble prétendre qu'il s'agit d'une discrimination indirecte. Cette affirmation, si elle venait à être prouvée, ne découlerait non pas du fait que *Bombardier* n'avait pas l'intention de faire de la discrimination sur la base de l'origine ethnique, mais plutôt en raison du fait que l'exclusion relevait d'un autre facteur, ici la décision des autorités américaines, et non pas directement du motif prohibé.

40. Pour un exemple concret où l'on est tombé dans le piège d'exiger une preuve d'intention, voir *CDPDJ, CA*, *supra* note 33 au para 85 : « Je précise au passage que la preuve non contredite fait voir que le facteur de l'âge n'a jamais été l'objet d'une considération directe ou indirecte au moment où le syndicat et l'employeur ont convenu de l'entente qui permettait de maintenir les emplois des 17 plaignants ».

vendredi sous peine de congédiement peut être qualifiée de façon plausible soit de règle directement discriminatoire (parce qu'elle signifie qu'aucun travailleur dont les croyances religieuses l'empêchent de travailler le vendredi ne peut être employé à cet endroit), soit de règle neutre qui n'a un effet préjudiciable que sur quelques personnes (ces mêmes travailleurs dont les croyances religieuses les empêchent de travailler le vendredi). Suivant le même raisonnement, on pourrait soutenir de façon plausible que forcer des employées à subir un test de grossesse obligatoire avant leur entrée en fonction est une règle neutre parce qu'elle s'applique, à première vue, à tous les membres d'un personnel et que ses effets particuliers sur les femmes ne sont qu'accessoires. [...].

La distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte est non seulement malléable, mais encore irréaliste : l'employeur qui, de nos jours, aurait l'intention de faire preuve de discrimination formulerait rarement la règle de manière directement discriminatoire, si le même effet, voire un effet encore plus large, pouvait facilement être obtenu au moyen d'une formulation neutre [...].

La proposition selon laquelle des résultats diamétralement opposés devraient découler d'une classification initiale précaire du moyen de discrimination est déconcertante parce que l'effet d'une norme discriminatoire ne change pas sensiblement selon la manière dont celle-ci est exprimée [...]. Kenneth Watkin fait donc remarquer que la question devrait être non pas de savoir si la discrimination est directe ou indirecte, mais plutôt de savoir « si l'individu ou le groupe qui fait l'objet de discrimination bénéficie de la même protection, quelle que soit la forme que revêt cette discrimination »⁴¹.

Rappelons par ailleurs que nulle part dans l'article 10 de la *Charte* il n'est fait mention d'un quelconque lien entre la décision et l'un des motifs prohibés. Ainsi, il s'agit d'une interprétation qui s'éloigne de la lettre de la loi, non pas pour en élargir la portée en fonction du caractère fondamental du droit à l'égalité, mais plutôt pour la restreindre par l'entremise de l'exigence d'une preuve d'intention⁴².

41. Colombie-Britannique (*Public Service Employee Relations Commission*) c *BCGSEU*, [1999] 3 RCS 3 aux para 27, 29, 31 [*BCGSEU*].

42. Ce qui est contraire à l'approche commandant une interprétation large et libérale. À cet effet, voir *Béliveau St-Jacques c Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 RCS 345 au para 116 [*Béliveau St-Jacques*].

Par conséquent, lors de la seconde étape du test de l'article 10 de la *Charte*, le lien à établir devrait être, tant en matière de discrimination directe qu'indirecte, celui entre le motif illicite et l'exclusion subie. L'on permet ainsi d'éliminer la preuve d'intention, d'écarter la fâcheuse classification préalable et d'ainsi, comme nous le verrons, d'offrir un test unifié où l'accent est mis sur les effets préjudiciables⁴³.

* * *

Dans un troisième temps, certains soutiennent parfois que le lien entre la différence de traitement et le motif prohibé doit être *complètement écarté* en matière de discrimination indirecte, car seule compte la question de savoir si la mesure contestée produit un effet préjudiciable *pour un motif prohibé*⁴⁴.

La prémisse de cette affirmation, qui soutient qu'il y a absence complète de lien en matière de discrimination indirecte, s'avère inadéquate. En effet, s'il est vrai que l'attention doit, dans tous les cas, porter sur l'effet préjudiciable subi par certaines personnes *pour un motif prohibé*, cela ne vient en rien *écarter complètement* le lien entre le motif illicite et l'exclusion. Comment établir que l'effet préjudiciable est survenu *pour* [because of] *un motif prohibé*, si ce n'est qu'en établissant un lien entre ce motif et la différence de traitement⁴⁵?

43. Par exemple: un sauveteur exclut une personne d'une piscine municipale en raison du fait que celle-ci était vêtue d'un pantalon lors de la baignade. Considérons que ce pantalon est un moyen pour pallier un handicap (p. ex., un lymphoedème ayant pour effet, si elle ne porte pas ce pantalon, de créer des hémorragies en raison de la friction de l'eau sur sa peau). Selon l'approche critiquée, la personne aurait le fardeau préalable d'établir s'il s'agit de discrimination directe ou indirecte. Or, cette question est complexe. En effet, l'on pourrait autant soutenir, d'une part, qu'il s'agit d'une discrimination directe puisque la personne a été exclue directement à cause de son moyen pour pallier son handicap et, d'autre part, que la discrimination est indirecte puisqu'elle est fondée sur une règle neutre interdisant le port du pantalon. Au surplus, si le tribunal concluait qu'il s'agissait d'une discrimination directe, la personne exclue aurait alors le fardeau d'établir que la décision du sauveteur a été fondée sur son moyen pour pallier son handicap. Or, le sauveteur pourra contrecarrer cette preuve en affirmant simplement qu'il n'avait aucune idée que le pantalon constituait un moyen pour pallier le handicap et que, de toute manière, il ne faisait qu'appliquer le règlement. Par contre, si, dans tous les types de discrimination, le lien devant être établi était celui entre le motif illicite (ici, le moyen pour pallier le handicap) et l'exclusion, l'on éviterait ces fâcheuses conséquences. Ainsi, comme il y a un lien entre son pantalon et son exclusion de la piscine, la personne serait alors en mesure d'établir une preuve *prima facie* de discrimination et d'ainsi exiger un accommodement raisonnable ou encore réparation du préjudice subi.

44. Comme en fait mention le professeur Daniel Proulx lors de l'analyse de l'état du droit en la matière: Proulx, *supra* note 32 aux para 93, 95.

45. Si le lien à établir avait été celui entre la décision et le motif prohibé, il aurait alors été effectivement juste d'affirmer qu'en matière de discrimination indirecte, il n'y a aucun lien entre

À cet égard, la Cour suprême a d'ailleurs précisé, de manière cohérente avec ses arrêts antérieurs⁴⁶, les éléments nécessaires à l'établissement d'une preuve *prima facie* de discrimination. Ainsi, les plaignants doivent établir « qu'ils possèdent une caractéristique protégée [...], 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 [nos soulignements]⁴⁷.

Cela dit, comme nous le verrons⁴⁸, la partie demanderesse pourra établir par divers moyens de preuve, tant directs qu'indirects⁴⁹, que « la caractéristique protégée a constitué un facteur dans la manifestation de l'effet préjudiciable ». C'est ainsi que dans l'arrêt *BCGSEU*, ce lien a été constaté par la preuve que le test de capacité aérobique en cause dans cette affaire avait pour effet d'exclure 65 % des femmes contre seulement 35 % des hommes⁵⁰.

Au surplus, soutenir l'absence complète de lien en matière de discrimination indirecte serait contraire au texte de l'article 10 de la *Charte*, qui mentionne expressément « sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur [...] »⁵¹. Comme le souligne la juge Abella :

Les distinctions ne sont pas toutes discriminatoires. Il ne suffit pas de contester le comportement d'un employeur pour le motif que ce qu'il a fait a eu une incidence négative sur un membre d'un groupe protégé. La seule appartenance à un tel

l'intention du décideur et ce motif. Par contre, lorsque l'on applique ce lien comme se situant plutôt entre l'exclusion et le motif prohibé, on ne peut affirmer que ce dernier est « complètement écarté » en matière de discrimination indirecte.

46. Cette approche est conforme à celle retenue précédemment dans l'arrêt *Bergevin*, *supra* note 31 à la p 541, où la Cour suprême mentionna, à propos de la discrimination indirecte (par effet préjudiciable), que celle-ci peut survenir lorsqu'« une règle, une norme ou une procédure qui est neutre à première vue et qui s'applique également à tous les employés, mais qui a néanmoins un effet discriminatoire sur un employé ou un groupe d'employés en raison [because of] d'une caractéristique quelconque de cet employé ou de ce groupe d'employés comme, par exemple, leur religion » [nos soulignements]. Au même effet, dans l'arrêt *CDPDJ c Montréal (Ville)*, 2000 CSC 27 au para 65, [2000] 1 RCS 665, la Cour mentionne : « Le fardeau qui incombe au demandeur à cette étape est limité aux éléments de préjudice et au lien avec un motif de discrimination prohibé [its connection to a prohibited ground] » [nos soulignements].

47. *Moore c Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61 au para 33, [2012] 3 RCS 360 [Moore].

48. Voir à cet effet la section C ci-dessous concernant la preuve *prima facie*.

49. Proulx, *supra* note 32 au para 104; À titre d'exemple : *O'Malley*, *supra* note 35; *CN c Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 RCS 1114; *BCGSEU*, *supra* note 41. Samson, *supra* note 32 à la p 426.

50. *BCGSEU*, *supra* note 41 aux para 11, 69.

51. *Charte*, *supra* note 30, art 10.

groupe n'est pas suffisante pour garantir l'accès à une réparation fondée sur les droits de la personne⁵².

Ainsi, « [i]l faut [...] éviter de considérer la seule démonstration d'une caractéristique énumérée à l'article 10 comme équivalant à celle d'une corrélation entre cette caractéristique et l'acte litigieux »⁵³.

Concrètement, s'il n'était pas nécessaire d'établir quelque lien que ce soit entre l'exclusion et le motif prohibé en matière de discrimination indirecte, cela engendrerait la possibilité d'établir une preuve *prima facie* de discrimination dans toutes les situations d'exclusion, du moment que l'un des motifs prohibés est présent. Cela reviendrait à présumer, par exemple, que toute décision défavorable à une personne de sexe féminin, enceinte, homosexuelle, handicapée, de religion juive, etc. serait nécessairement fondée sur ce motif.

En l'espèce, lors de la preuve *prima facie* du second élément constitutif de l'article 10, la Commission devra établir un lien entre l'origine pakistanaise de M. Latif et l'exclusion subie par ce dernier. Cela dit, comme mentionné, cette preuve pourra se faire tant de manière directe qu'indirecte.

* * *

La preuve du demandeur n'est donc plus orientée vers l'intention du défendeur, mais sur l'établissement d'un constat d'inégalité de traitement par la preuve d'un lien entre l'exclusion subie et l'un des motifs prohibés, et ce, tant en matière de discrimination directe qu'indirecte.

B. L'un des fondements de l'exclusion

Une fois établi que le lien à prouver se situe entre le motif prohibé et l'exclusion, l'on doit maintenant déterminer quelle est la nature de celui-ci. Ainsi, le motif prohibé doit-il constituer *l'unique fondement* de l'exclusion, *le fondement prépondérant ou efficient* ou encore *l'un des fondements*?

Les tribunaux ont divergé sur la réponse à apporter à cette question. Au Québec, le Tribunal des droits de la personne semble avoir favorisé l'approche voulant que le motif prohibé doive constituer l'un des

52. McGill, *supra* note 31 au para 49.

53. Samson, *supra* note 32 à la p 426.

fondements de l'exclusion⁵⁴. Voici ce qu'il fut d'ailleurs mentionné dans l'arrêt *Sinatra* : « il n'est pas nécessaire que le motif discriminatoire soit le seul au soutien du geste en question. [...]. De même, "la présence d'autres facteurs légitimes n'aura pas pour effet de bonifier cette décision" »⁵⁵.

Quant à la Cour d'appel du Québec, il est ardu de soutenir qu'elle a réellement favorisé une approche plutôt qu'une autre, bien qu'elle a généralement mentionné l'exigence d'un « lien causal »⁵⁶.

En ce qui a trait aux tribunaux d'appel des autres provinces canadiennes, il semble que la position majoritairement adoptée soit également celle de la preuve que le motif prohibé constitue *l'un des fondements* de l'exclusion⁵⁷. À cet effet, un récent jugement de la Cour d'appel de l'Ontario a soutenu qu'il doit simplement exister un lien (« a connection ») entre le motif prohibé et l'exclusion :

While the word "nexus" is perfectly acceptable, I think it preferable to continue to use the terms more commonly used in the jurisprudence developed under the Code. All that is required is that there be a "connection" between the adverse treatment and the ground of discrimination. The ground of discrimination must somehow be a "factor" in the adverse treatment.

I do not think it acceptable, however, to attach the modifier "causal" to "nexus". Doing so seems to me to elevate the test

54. À titre d'exemple : *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse* c *Jacques*, 2004 CanLII 11304 (QC TDP) au para 42; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c *Poulin*, 2004 CanLII 29094 (QC TDP) au para 35; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c *Bernier*, 2005 CanLII 176 (QC TDP) au para 43; *Immeubles Ni/Dia*, *supra* note 33; *Québec (Commission des droits de la personne)* c *Petite-Rivière-Saint-François (Municipalité de)*, TDPQ Charlevoix, 1993 CanLII 1963 (QC TDP), [1993] RJQ 2279 (TDPQ) [*Petite-Rivière-Saint-François*]; *Dillon Reid*, *supra* note 33; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse* c *Panacci*, 2013 QCTDP 28 au para 86; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c *Blanchette*, 2014 QCTDP 9 au para 60; *Québec (Commission des droits de la personne)* c *Lalonde*, TDPQ Val d'Or, 1992 CanLII 1797 (QC TDP); *Québec (Commission des droits de la personne)* c *Collège Mérici*, [1990] RJQ 604 (TDPQ).

55. *Sinatra*, *supra* note 33 au para 67.

56. *CSN c Commission de la santé et de la sécurité*, [2001] RJQ 1309 au para 123 (CS), confirmé en appel : REJB 2003-48223 aux para 32-33 (CA); *Bombardier, CA*, *supra* note 3 au para 100. Il semble s'agir par ailleurs d'une notion empruntée de la responsabilité civile extracontractuelle.

57. À titre d'exemple : *Peel Law Association v Pieters*, 2013 ONCA 396 aux para 59-61 (disponible sur CanLII) [*Pieters*]; *Shaw v Phipps*, 2012 ONCA 155 (disponible sur CanLII); *Wright v College and Association of Registered Nurses of Alberta (Appeals Committee)*, 2012 ABCA 267 au para 61 (disponible sur CanLII); *Health Employers Assn of BC (Kootenay Boundary Regional Hospital) v BC Nurses' Union*, 2006 BCCA 57 (disponible sur CanLII).

*beyond what the law requires. The Divisional Court's requirement of a "causal link" between the adverse treatment and a prohibited ground seems counter to the evolution of human rights jurisprudence, which focuses on the discriminatory effects of conduct, rather than on intention and direct cause*⁵⁸.

L'origine de l'exigence de la cause efficiente apparaît provenir de l'arrêt *Ville de Brossard*⁵⁹. Cela dit, de notre point de vue, lorsque le juge Beetz mentionna que « l'état civil des candidats est la cause efficiente de leur exclusion »⁶⁰, ce ne fut point pour établir le fardeau de preuve requis, mais plutôt un constat en fonction des faits de l'espèce⁶¹.

D'ailleurs, la Cour suprême a récemment mentionné que les plaignants doivent établir que « la caractéristique protégée a constitué un facteur dans la manifestation de l'effet préjudiciable » [nos soulignements]⁶². Cette position est en outre conséquente avec celle privilégiée antérieurement par cette même Cour dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Université) c Berg*⁶³, ainsi que par plusieurs auteurs québécois⁶⁴.

À notre avis, ce courant jurisprudentiel et doctrinal est effectivement justifié⁶⁵. Sur le plan pratique, le fait d'exiger la preuve que le motif prohibé fut *le fondement efficient, prépondérant* ou encore *déterminant* revient à imposer une preuve d'intention⁶⁶. Cette fâcheuse conséquence se présente également lorsque les tribunaux exigent la preuve que *n'eût été des motifs prohibés, le demandeur n'aurait pas été exclu* ou

58. *Pieters*, *supra* note 57 aux para 59-60.

59. *Brossard (Ville) c Québec (Comm des droits de la personne)*, [1988] 2 RCS 279 au para 42 [*Brossard (Ville)*]. À titre d'exemple : *Brasserie Labatt ltée c Villa*, 1994 CanLII 6270 à la p 2 (QC CA); *Farinacci c Québec (PG)*, 2013 QCCA 1564 au para 83 (disponible sur CanLII); *Petite-Rivière-Saint-François*, *supra* note 54 à la p 5; *Compagnie minière Québec-Cartier c Québec (Commission des droits de la personne)*, 1998 CanLII 12609 à la p 105 (QC CA).

60. *Brossard (Ville)*, *supra* note 59 au para 42.

61. Ce constat s'applique également à l'arrêt *B c Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2002 CSC 66 au para 59, [2002] 3 RCS 403.

62. *Moore*, *supra* note 47 au para 33.

63. [1993] 2 RCS 353 aux pp 392-94.

64. À titre d'exemple : Proulx, *supra* note 32 au para 99; Brunelle, *supra* note 32 à la p 68; Samson, *supra* note 32 à la p 424; Louise Langevin, « Réflexion sur le lien de causalité en matière de discrimination : une difficile intégration » (1996) 22 *Queen's LJ* 51 à la p 66.

65. À cet effet, nous partageons en majeure partie la position de la professeure Louise Langevin, *ibid.*

66. *Ibid* aux pp 65-66.

encore lorsqu'ils réfèrent au concept civiliste de « lien de causalité ». Comment démontrer que le motif prohibé constituait le fondement principal de l'exclusion sans être contraint d'établir une preuve d'intention? Or, comme discuté précédemment, il est bien établi que l'intention de discriminer n'est pas un facteur devant être considéré à cette étape-ci. Afin d'accorder une protection adéquate à ce droit fondamental, il serait démesuré d'exiger une telle preuve afin de bénéficier de la protection offerte⁶⁷.

Cela dit, la preuve d'intention pourra tout de même s'avérer utile, mais en matière de dommages punitifs⁶⁸. Qui plus est, il faut garder en mémoire que le défendeur bénéficie généralement de moyens de défense prévus par la *Charte*⁶⁹.

Sur le plan téléologique, selon un principe bien établi en matière d'interprétation, compte tenu de sa nature, la *Charte* « commande une méthode d'interprétation large et libérale, qui permette d'atteindre, autant que possible, les objectifs visés »⁷⁰. Exiger que le demandeur prouve que le motif prohibé constitue le fondement prédominant de l'exclusion serait contraire à l'objectif même de la protection contre la discrimination.

À cet effet, le professeur Proulx mentionne que l'objet de l'article 10 de la *Charte* est :

de contrer efficacement le fléau de la discrimination dans divers secteurs clés de l'activité humaine en s'assurant que tout individu soit protégé contre les préjugés, les stéréotypes et les généralisations injustes et en faisant en sorte que chacun soit évalué sans *a priori*, c'est-à-dire selon ses capacités, besoins ou

67. O'Malley, *supra* note 35 au para 14.

68. L'article 49 de la *Charte* fait d'ailleurs expressément référence à l'intention, contrairement à l'article 10, qui ne mentionne pas d'ailleurs le terme « décision ».

69. Il faut bien distinguer les moyens de défense, alors que le défendeur a le fardeau d'établir *prima facie* la discrimination. Prenons par exemple une personne qui n'est pas embauchée pour un poste de serveuse en raison du fait qu'elle a de graves problèmes de vision. Dans ce cas, cette personne sera en mesure d'établir que son handicap constituait l'un des fondements de son exclusion. Cela dit, l'employeur pourra par la suite démontrer que cette exclusion découlait plutôt des « aptitudes ou qualités requises par un emploi » (art 20 de la *Charte*) et ainsi « justifier » l'exclusion. À cette étape, le fardeau de preuve est sur les épaules de l'employeur et les éléments de preuve sont distincts de ceux requis lors de l'établissement d'une exclusion à première vue discriminatoire.

70. Béliveau St-Jacques, *supra* note 42 au para 116.

compétences propres, plutôt qu'en fonction des caractéristiques personnelles énumérées à l'article 10⁷¹.

Selon le critère du fondement prépondérant, nos tribunaux seraient contraints de tolérer des situations où, par exemple, un employeur a embauché X plutôt qu'Y parce que le premier avait légèrement plus d'expérience et, qu'en plus, Y était un homosexuel. À cet effet, la professeure Langevin souligne que :

[d]ans ce cas, [si le motif prohibé] est un des facteurs, mais qu'il n'est pas aussi déterminant par rapport aux autres motifs licites soulevés par le défendeur, peut-on en déduire qu'un certain niveau de discrimination est toléré? Il y aurait donc des degrés : la discrimination incidente, sans conséquence, et la discrimination causale, qui serait prohibée⁷².

Autoriser une telle situation reviendrait à tolérer les stéréotypes, préjugés et généralisations injustes, tant que ceux-ci ne sont pas la cause principale de l'exclusion. Ces jugements préconçus constituent en soi des comportements dommageables, qu'ils soient ou non le fondement prépondérant de l'exclusion.

C. La preuve *prima facie*

Ayant conclu que le lien devait être établi entre le motif prohibé et l'exclusion, et que ce motif n'a pas nécessairement à constituer le seul fondement de l'effet préjudiciable, nous devons nous pencher sur la norme de preuve requise. Ainsi, nous traiterons succinctement l'établissement de la preuve *prima facie*⁷³.

Concernant ce type de preuve, la Cour suprême mentionne que :

Dans ce contexte, 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

71. Proulx, *supra* note 32 au para 88. Cette interprétation est d'ailleurs conforme à celle retenue par la Cour suprême dans l'arrêt *Law c Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 RCS 497 au para 51.

72. Langevin, *supra* note 64 à la p 65.

73. Nous l'avons déjà quelque peu abordé dans la partie concernant le lien entre la différence de traitement et le motif prohibé.

un verdict en faveur de la plaignante, en l'absence de réplique de l'employeur intimé⁷⁴.

À cette étape, le fardeau incombe à celui qui allègue l'atteinte au droit à l'égalité. Si celui-ci parvient à établir que les trois éléments constitutifs du test de l'article 10 de la *Charte*⁷⁵ sont plus susceptibles d'exister que le contraire, il y aura atteinte au droit à l'égalité.

À ce propos, la professeure Samson souligne d'ailleurs que « [l]e lien entre la différence de traitement et un motif illicite de discrimination doit être établi selon la prépondérance des probabilités. Cette preuve peut être faite par présomption, mais "des hypothèses ou de simples possibilités" ne sauraient suffire »⁷⁶. Le professeur Proulx ajoute que cette preuve peut également « découler du raisonnement logique ou de la connaissance d'office »⁷⁷.

Évidemment, le défendeur pourra tenter de démontrer que ces éléments constitutifs sont absents et ainsi rendre plus improbable que probable l'existence de ceux-ci, selon la prépondérance des probabilités. Par contre, il ne s'agit pas à proprement parler d'un renversement du fardeau de preuve, celui-ci demeurant sur les épaules du demandeur. À cet effet, la Cour d'appel de l'Ontario mentionne que :

As respondents' counsel submitted, the prima facie case test defines what is necessary to establish substantive discrimination. It is no different than in every other evidentiary context. Since a prima facie case involves evidence that, if believed, would establish the claim, a respondent faced with a prima facie case at the end of the claimant's case must call evidence to avoid an adverse finding.

A respondent may avoid an adverse finding by calling evidence to show its action is not discriminatory or by establishing a statutory defense that justifies the discrimination.

74. O'Malley, *supra* note 35 au para 28. Également mentionné dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c Etobicoke*, [1982] 1 RCS 202 à la p 208.

75. (1) Une « distinction, exclusion ou préférence », (2) fondée sur l'un des motifs énumérés au premier alinéa et (3) qui a pour effet de détruire ou de compromettre le droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne.

76. Samson, *supra* note 32 à la p 426.

77. Proulx, *supra* note 32 au para 104.

In a case in which the respondent's "answer" is reliance on a statutory defense, the Supreme Court [...] has made clear that the burden of proof does indeed shift to the respondent.

In a case in which the respondent's "answer" is to lead further evidence to rebut the inference that its action was discriminatory, only the evidential burden shifts⁷⁸.

En outre, même si le demandeur parvenait à établir les trois éléments constitutifs du droit à l'égalité, il faudrait tout de même se garder de décrire cela comme étant une « présomption de discrimination ».

En l'espèce, la Commission aura donc le fardeau de prouver, selon la prépondérance des probabilités, les trois éléments constitutifs de l'article 10 de la *Charte*. Bien que le fardeau demeure sur les épaules de la Commission, *Bombardier* pourrait tout de même tenter de démontrer que ces trois éléments ne peuvent être établis et ainsi éviter de recourir aux moyens de défense prévus par la *Charte*. Si la Commission parvenait à remplir son fardeau, il y aurait alors effectivement un déplacement du fardeau de preuve et *Bombardier* pourrait tenter de « justifier » la situation par certains moyens de défense prévus dans la *Charte*. Cela dit, pour ébranler ces moyens, la Commission pourrait tout de même tenter de démontrer que les éléments constitutifs de ceux-ci ne sont pas satisfaits.

III. UNE APPROCHE UNIFIÉE FAVORISANT LA RÉALISATION DES OBJECTIFS SOUS-TENDANT LA PROTECTION CONTRE LA DISCRIMINATION

Nous avons jusqu'ici démontré que le lien à prouver lors de l'établissement d'une preuve de discrimination se situe entre le motif prohibé et l'exclusion subie, et que ce motif ne devait pas nécessairement constituer le fondement prépondérant ou dominant de l'exclusion, mais plutôt l'un des fondements de celle-ci. Enfin, nous avons précisé certains aspects de l'établissement de la discrimination par preuve *prima facie*. Ces positions ont été, entre autres, guidées par l'objectif d'éviter d'imposer au demandeur le lourd fardeau que constituent l'exigence d'une preuve d'intention et la fâcheuse exigence de déterminer préalablement s'il s'agit d'une discrimination directe ou indirecte.

78. *Pieters*, *supra* note 57 aux para 65-68.

À présent, nous allons proposer une approche unifiée quant au second élément constitutif de l'article 10 de la *Charte*⁷⁹, favorisant la réalisation des objectifs sous-tendant la protection contre la discrimination qui ont guidé la présente analyse.

Ainsi, quel que soit le type de discrimination, le demandeur devra établir, selon la prépondérance des probabilités, que le motif prohibé a été l'un des fondements de la différence de traitement subie.

À cet effet, afin de donner la portée adéquate à ce droit fondamental, il faut éviter d'interpréter l'expression « l'un des fondements » de manière excessivement stricte⁸⁰. Ainsi, si le demandeur établit, par une preuve suffisante jusqu'à preuve du contraire, que le motif prohibé a constitué un facteur de son exclusion, il aura alors rempli son fardeau⁸¹.

Dans l'optique d'une recherche constante de l'égalité réelle, cette approche unifiée vient mettre l'accent sur les effets préjudiciables plutôt que sur l'intention de l'auteur et évite du même coup au plaignant de devoir déterminer, préalablement à tout recours, le type de discrimination dont il a été l'objet.

Appliqué aux faits de l'espèce, lors de la seconde étape de la preuve *prima facie* de discrimination, la Commission devra être en mesure d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que l'un des fondements (ou facteurs) de l'exclusion de M. Latif a été son origine ethnique ou nationale.

Par conséquent, nous sommes d'avis que la Cour d'appel a fait fausse route lorsqu'elle a déclaré que le Tribunal des droits de la personne a commis « une erreur manifeste et déterminante »⁸² quant à cette étape. À ce propos, le passage clé de l'arrêt de cette Cour se lit comme suit :

[...] le contenu du paragraphe 283 du jugement [du Tribunal des droits de la personne] pose problème :

[283] Quelle que soit la forme de discrimination, le lien de causalité entre l'exclusion ou la distinction et le motif n'a pas

79. Différence de traitement fondée sur l'un des motifs prohibés.

80. *Béliveau St-Jacques*, *supra* note 42 au para 116.

81. Comme le mentionne le professeur Christian Brunelle, « une corrélation [...] devrait suffire pour que la victime de la discrimination puisse bénéficier de la protection de la Charte ». Brunelle, *supra* note 32 aux para 59-60. Voir également à cet effet *Pieters*, *supra* note 57 aux para 59-60.

82. *Bombardier, CA*, *supra* note 3 au para 100.

à être établi de façon directe. Dans l'arrêt *Ville de Montréal* [...] la juge L'Heureux-Dubé a établi qu'il n'était pas nécessaire que la mesure contestée soit directement liée au motif invoqué.

[...] Mais voilà que les mots qui se trouvent à la fin de ce paragraphe laissent entendre, à mon avis, que la juge L'Heureux-Dubé aurait atténué la nécessité du lien causal entre l'exclusion et le motif [...]. Il s'agit d'une erreur manifeste et déterminante, car dans tous les cas, la preuve du lien de causalité entre le motif et la mesure d'exclusion est requise [nos soulignements]⁸³.

Avec égard, il semble s'agir d'une interprétation erronée du passage en question. Effectivement, la première phrase de celui-ci souligne, avec raison, que la preuve par présomption peut être suffisante pour établir le lien entre le motif illicite et l'exclusion subie. Quant à la seconde phrase, elle ne vient pas atténuer la nécessité du lien entre le motif et l'exclusion, mais plutôt soutenir que la décision (la mesure prise) n'a pas nécessairement à être directement fondée sur ce motif. Ainsi, c'est avec justesse que le Tribunal souligne que la preuve d'intention voulant que la décision de *Bombardier* ait été fondée sur l'origine pakistanaise de M. Latif n'est pas nécessaire.

Ce postulat ne semble pas être partagé par la Cour d'appel, qui vient par la suite soutenir de manière surprenante que « le Tribunal ne pouvait conclure à la discrimination sans avoir la preuve que la décision des autorités américaines était elle-même fondée sur un motif prohibé par la *Charte* »⁸⁴.

La juge St-Pierre avance donc que pour faire la preuve de discrimination indirecte de la part de *Bombardier*, la Commission doit au surplus faire une preuve d'intention selon laquelle la décision des autorités américaines était fondée sur l'origine pakistanaise de M. Latif. Ce faisant, la Cour fait fi du courant jurisprudentiel ayant maintes fois reconnu l'importance d'examiner l'effet préjudiciable subi plutôt que l'intention du décideur.

83. *Ibid* aux para 99-100.

84. *Ibid* aux para 107, 127.

CONCLUSION

Au fil de notre réflexion sur l'application de second élément constitutif du droit à l'égalité⁸⁵, nous avons tout d'abord soutenu que le lien devait être établi entre le motif prohibé et l'exclusion subie, et ce, tant en matière de discrimination directe qu'indirecte. Ensuite, il fallut se questionner sur la nature de ce lien. À cet effet, nous avons précisé que le motif illicite ne devait pas nécessairement constituer l'unique ou le principal fondement de l'exclusion, mais plutôt être l'un de ceux-ci. Quant au fardeau de preuve, la norme est celle de la preuve *prima facie*. C'est-à-dire une preuve qui, si on lui ajoute foi, est « complète et suffisante pour justifier un verdict en faveur de la plaignante, en l'absence de réplique de l'employeur intimé »⁸⁶.

Compte tenu de ces éléments et des objectifs sous-tendant la protection contre la discrimination, nous avons ensuite proposé une méthode unifiée devant servir de guide aux tribunaux lors de l'analyse de la preuve *prima facie* de discrimination. Ainsi, lors de la seconde étape du test de l'article 10, le demandeur aura le fardeau d'établir, tant en matière de discrimination directe qu'indirecte, que le motif prohibé a été l'un des fondements de la différence de traitement subie.

Il ne reste plus qu'à souhaiter que la Cour suprême, lorsqu'elle se penchera sur cette affaire, favorisera une approche conséquente aux objectifs fondamentaux sous-tendant le droit à l'égalité, résistant ainsi à « l'approche civiliste en matière de droits de la personne »⁸⁷. Après tout, « [l]a justice, c'est l'égalité »⁸⁸.

85. Différence de traitement fondée sur l'un des motifs énumérés au premier alinéa.

86. *O'Malley*, *supra* note 35 au para 28.

87. À cet effet: Stéphane Bernatchez, « Un tribunal spécialisé pour résister à l'approche civiliste en matière de droits de la personne » (2012) 42:1-2 RDUS 203; Louis LeBel, « La protection des droits fondamentaux et la responsabilité civile » (2004) 49 RD McGill 231.

88. (Émile Chartier) dit Alain, *Éléments de philosophie*, 6^e éd, Paris, Gallimard, 1941 à la p 282.