



HAL
open science

Les écueils du contentieux antidiscriminatoire au prisme de la jurisprudence canadienne

Robin Medard Inghilterra

► **To cite this version:**

Robin Medard Inghilterra. Les écueils du contentieux antidiscriminatoire au prisme de la jurisprudence canadienne. Gründler T.; Thouvenin J-M. in Gründler T. & Thouvenin J-M. (dir.), La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité, rapport de recherche, GIP Justice, pp. 3-42, pp. 3-42, 2016. hal-01628800v2

HAL Id: hal-01628800

<https://hal.science/hal-01628800v2>

Submitted on 25 Jan 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les écueils du contentieux antidiscriminatoire au prisme de la jurisprudence canadienne

Robin Medard Inghilterra

MEDARD INGHILTERRA R., « Les écueils du contentieux antidiscriminatoire au prisme de la jurisprudence canadienne », in GRÜNDLER T. et THOUVENIN J-M. (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité*, rapport remis par la Fédération interdisciplinaire de Nanterre en droit au Défenseur des droits, 2016, p. 3-40

Il serait sans doute surfait de rapprocher la figure du juge se frottant aux écueils du contentieux antidiscriminatoire à celle d'un navigateur en eaux troubles. Pourtant, la modernité de ce contentieux l'érige en explorateur décelant par l'expérience les récifs susceptibles de freiner sa course. La pratique judiciaire a ainsi permis de faire émerger une série d'obstacles de natures diverses qui se dressent entre la victime alléguée et la sanction de la discrimination. Située à la croisée d'une conception *in abstracto* des règles de droit et de leur mise en œuvre dans les cas d'espèce, cette pratique judiciaire apparaît comme un révélateur efficace des points de friction en ce qu'elle opère le passage vers le champ de l'expérience. De surcroît, sa position « *en bout de chaîne* » rend d'autant plus visible l'agglomération des blocages d'ordre conceptuel, normatif ou procédural qui prennent leurs sources en amont de l'intervention du juge. En aval, il en résulte en dépit de progrès non négligeables un questionnement de l'efficacité de la lutte contre les discriminations. Si ce questionnement ne saurait en aucun cas se limiter à une mise en cause de la voie juridictionnelle, une analyse du mode opératoire des cours permet en revanche de cartographier une vision d'ensemble – ou presque – des obstacles qui entravent la matérialisation de l'interdiction de la discrimination. Une fois ciblés ces écueils, il importe d'en envisager les modalités de dépassement, que celles-ci procèdent de l'intervention du législateur ou des juridictions elles-mêmes.

Dans cette optique, l'interrogation des expériences étrangères est susceptible d'offrir une distance critique supplémentaire voire de présenter quelques perspectives salutaires. Un regard transatlantique pourrait à cet effet se proposer d'examiner l'attitude des juridictions

canadiennes dans le traitement du contentieux antidiscriminatoire. *A priori*, quatre arguments semblent *a minima* soutenir l'opportunité d'une telle analyse. Premièrement, car la lutte contre les discriminations se situe indéniablement au cœur de la conception des droits et libertés au Canada – comme l'illustrent les intitulés des Codes ou Lois de consolidation antidiscriminatoires généreusement qualifiés de Codes ou Lois sur les « *droits de la personne* »¹. Ensuite, parce qu'à l'issue de quatre à cinq décennies d'existence dans certaines provinces, le contentieux antidiscriminatoire possède à ce jour une certaine teneur et a d'ores et déjà fourni l'occasion aux juges de faire leurs premières armes. Troisièmement, car la voie de la spécialisation institutionnelle empruntée dès les années soixante a permis de faire émerger une solide expertise au sein de juridictions spécifiquement dédiées au traitement des litiges fondés sur une allégation de discrimination. Enfin, parce que, loin des affirmations péremptoires, la conception de l'office du juge confère une large place à l'argumentaire critique et à la motivation des décisions, érigeant de ce fait les décisions des cours en doctrine de première main. Il s'agirait alors, par ce regard transatlantique, de saisir la jurisprudence en examinant les positionnements adoptés par le juge canadien en réponse aux problématiques rencontrées au gré du développement contentieux. L'utilité de la démarche serait néanmoins conditionnée par une similitude des problématiques soulevées afin de permettre une éventuelle mise en relation des expériences. Pour ce faire, une approche duale et chronologique pourrait servir de guide au raisonnement, s'attachant dans un premier temps aux défis de l'appréhension conceptuelle et technique de la discrimination (I) pour ensuite examiner les modalités dialectiques et stratégiques liées à la résolution du litige (II).

I. L'appréhension contentieuse de la discrimination : le juge face aux défis conceptuels et techniques

Dans la perspective du recours contentieux, l'appréhension de la discrimination se présente comme une problématique liminaire qui repose sur deux dimensions essentielles. D'une part, l'appréhension conceptuelle s'avère indispensable pour saisir les faits et penser la discrimination, dans toute sa diversité et en dépit des potentielles limitations du droit positif (A). D'autre part, une appréhension technique se révèle tout aussi déterminante en vue d'établir la discrimination, notamment par l'intermédiaire du régime probatoire, lui conférant ainsi une dimension juridique propre à faire émerger le litige (B).

¹ Sur quatorze législations (provinciales et fédérale), seuls la Charte québécoise des droits et libertés et les Codes de la Saskatchewan et du Yukon possèdent un objet plus vaste que la lutte contre les discriminations.

A. La conception de la discrimination à l'épreuve de sa délimitation

Aussi bien dans l'énonciation des motifs (1) que des modalités de manifestation du phénomène (2), la définition de la discrimination présente, presque inévitablement, des carences et interstices suscitant de possibles inquiétudes quant aux « *angles morts* » de la lutte contre les discriminations. Au vu de ce constat, le choix d'une appréhension juridictionnelle extensive, voire créatrice, s'avère un palliatif efficace – certes facilité par le système juridique canadien et les largesses qu'il octroie aux cours.

1. Face au spectre du motif manquant : le choix d'une interprétation extensive et d'une liste non exhaustive

Si certains instruments juridiques canadiens – notamment fédéraux – se cantonnent à des énumérations relativement restreintes, ces énumérations se trouvent néanmoins enrichies par deux mécanismes jurisprudentiels : l'un, classique, relatif aux modalités d'interprétation, l'autre, plus audacieux, relatif à la découverte de motifs non énumérés dits « *motifs analogues* ».

Les largesses d'interprétation des motifs énumérés :

Selon ses propres termes, la Cour suprême prône une « *interprétation extensive des motifs* » dans la mesure où cela « *appuie la réalisation de l'objectif général des lois antidiscrimination [sic], soit la prévention des distinctions défavorables établies sur le fondement de caractéristiques personnelles non pertinentes* »². Un bref passage en revue de la jurisprudence suffit à illustrer la concrétisation de ces intentions qui conduisent les cours à retenir des acceptions relativement larges des motifs énumérés, qu'il s'agisse du handicap (*e.g.* handicap temporaire³, dépendance aux drogues ou à l'alcool⁴, anxiété et dépression⁵, bégaiement⁶), de la condition sociale (*e.g.* susceptible de découler de la scolarité, de l'emploi ou des origines familiales⁷, englobant

² *B c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [2002] 3 RCS 403, p. 404.

³ *Hill v. Spectrum Telecom Group Ltd.*, 2012 HRTO 133, par. 23 ou encore *CDPDJ c. Société du portefeuille du Groupe Desjardins*, (1997) RJQ 2049 (TDP).

⁴ *CDPDJ c. Doucet*, (1999) REJB 1999-14100 (TDP), ou encore *Ontario (Disability Support Program, Director) c. Tranchemontagne*, (2011) 324 DLR (4th) 87.

⁵ *Ottawa (City) v. Ottawa-Carleton Public Employees' Union, Local 503*, 2007 CanLII 5524 (ON SCDC).

⁶ *CDPDJ c. Commission scolaire des Draveurs*, REJB 1999-12851 (TDP).

⁷ *Québec (CDP) c. Ianiro*, (1997) 29 CHRR D/79 (TDPQ).

notamment les statuts d'étudiant⁸ ou de pigiste⁹), de l'origine nationale ou ethnique (*e.g.* patronyme¹⁰) de la langue (*e.g.* langue maternelle, langue d'usage et de communication¹¹), etc. De surcroît, l'interprétation extensive peut également être conduite au nom de l'harmonisation interprovinciale. En droit canadien, il existe indiscutablement une disparité réelle des énumérations des motifs – ou « *caractéristiques protégées* » – en fonction des instruments juridiques. Au niveau fédéral, l'article 15(1) de la Charte canadienne se limite à neuf caractéristiques et la Loi sur les droits de la personne à treize. Les instruments juridiques provinciaux, codes, lois de consolidation ou Charte, en comportent généralement davantage : quinze en Colombie-Britannique et en Alberta, seize au Québec, dix-sept en Ontario ou vingt-six au Manitoba. Au sujet de cette disparité, la Cour suprême rappelle que les lois antidiscriminatoires « *doivent être interprétées en fonction de l'objet visé* » et qu'en conséquence, « *les différences de formulation entre les provinces ne devraient pas masquer les fins essentiellement semblables de ces dispositions* »¹². Sur ce fondement, il arrive que les cours invoquent cet impératif pour soutenir une interprétation large du champ d'application d'un motif énuméré. Récemment, c'est en s'appuyant sur les législations de plusieurs provinces énumérant l'ascendance comme motif (Ontario, Colombie-Britannique, Manitoba...¹³) que le Tribunal canadien des droits de la personne a affirmé que, même non énumérée par la législation fédérale, l'ascendance devait être conçue comme découlant implicitement des motifs de l'origine et de la situation de famille¹⁴. Au soutien de sa démarche, il précisait que « *les cours ont souhaité ardemment qu'il y ait uniformité au sein des lois canadiennes sur les droits de la personne* » et que statuer autrement irait à l'encontre des objectifs de la loi¹⁵.

La découverte de motifs analogues :

Ensuite, si l'article 15(1) de la Charte canadienne comporte la liste de motifs la moins fournie, elle possède la particularité d'être non exhaustive : « *[l]a loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales*

⁸ *Lévesque c. PG Québec*, (1988) RJQ 223 (QCCA).

⁹ *CDPDJ c. Sinatra*, REJB 1999-14672 (TDP).

¹⁰ *Ledeuff et Commission de l'emploi et de l'immigration*, DTE 87T-987 (TDP).

¹¹ *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 RCS 90.

¹² *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 RCS 353, p. 373.

¹³ *Tanner c. Première Nation Gambler*, 2015 TCDP 19 (CanLII), par. 28-29.

¹⁴ Voir *idem*, par. 23 à 39.

¹⁵ *Idem*, par. 24-25.

ou physiques ». Après une entrée en vigueur de cet article en avril 1985¹⁶, la Cour suprême a saisi la première occasion pour consacrer l'existence de « motifs analogues » aux côtés des motifs énumérés : « [l]es motifs de discrimination énumérés au par. 15(1) ne sont pas exhaustifs. Les motifs analogues à ceux énumérés sont également visés et il se peut même que la disposition soit plus générale que cela »¹⁷. Sur ce fondement, furent progressivement reconnus comme motifs analogues : la citoyenneté¹⁸, l'état matrimonial¹⁹, l'orientation sexuelle²⁰, la qualité de membre hors réserve d'une bande indienne²¹, les convictions politiques²², la langue²³, la situation d'enfant adopté²⁴, la méthode de conception²⁵, la fait de ne pas avoir d'enfants²⁶, etc²⁷. Les ferments de cette spécificité ne sont pas dénués d'intérêts. Ils dénotent d'une considération des motifs comme simples « indices »²⁸ de discriminations potentielles, c'est-à-dire des éléments « communément utilisé[s] pour établir des distinctions qui ont peu ou pas de lien rationnel avec la matière traitée, traduisant généralement l'existence d'un stéréotype »²⁹. Sans rapport hiérarchique, les motifs énumérés ou analogues diffèrent simplement à raison de la source juridique qui les considère. Alors que les motifs énumérés constituent des indicateurs législatifs³⁰, les motifs analogues sont quant à eux des indicateurs jurisprudentiels. *In fine*, ils constituent tous « des indicateurs permanents de l'existence d'un processus décisionnel suspect ou de discrimination potentielle »³¹.

Lorsqu'elle encadre le processus de découverte de nouveaux motifs analogues, la Cour suprême s'inscrit dans un paradigme d'interprétation téléologique en affirmant que « [s]i l'on n'est pas en présence d'un motif énuméré ou d'un motif analogue déjà reconnu, la

¹⁶ *Nota bene* : soit trois années après les autres dispositions de la Charte canadienne des droits et libertés.

¹⁷ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 RCS 143, p. 145.

¹⁸ *Idem*, p. 152-153. Pour une justification générale, voir p. 146.

¹⁹ *Miron c. Trudel*, [1995] 2 RCS 418, p. 160. Pour une justification, voir p. 156.

²⁰ *Egan c. Canada*, [1995] 2 RCS 513, p. 603.

²¹ *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 RCS 203, p. 209 et par. 6. À dissocier d'une reconnaissance du lieu de résidence comme motif analogue. Sur ce point voir par. 15.

²² *Condon v. Prince Edward Island*, 2002 PESCTD 41 (CanLII), par. 80 (autorisation de pourvoi refuse par [2006] CSCR n° 138).

²³ *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 RCS 238, par. 12.

²⁴ *Strong v. Marshall Estate*, 2009 NSCA 25 (CanLII), par. 32.

²⁵ *Pratten v. British Columbia (Attorney General)*, 2011 BCSC 656 (CanLII), par. 234, confirmée in 2012 BCCA 480 (CanLII), par. 36.

²⁶ *Noseworthy v Smith*, 2007 NLTD 191 (CanLII), par. 27.

²⁷ Alexandre Morin évoque en sus une décision de la Cour d'appel de l'Alberta (*Murley c. Hudye* (1997), 141 DLR (4th) 25) reconnaissant le statut d'enfant né hors mariage comme motif analogue (Morin, A., *Le droit à l'égalité au Canada*, 2^{ème} éd., Montréal, LexisNexis, 2012, p. 96).

²⁸ *Miron c. Trudel*, *op. cit.*, par. 132.

²⁹ *Idem*, p. 424.

³⁰ *Corbiere c. Canada*, *op. cit.*, par. 7.

³¹ *Idem*, par. 8.

considération fondamentale [...] est la question de savoir si la reconnaissance du fondement de la différence de traitement comme motif analogue favoriserait la réalisation des objets du par. 15(1) »³². Au soutien de cette reconnaissance, le juge fonde habituellement sa décision en sollicitant plusieurs critères³³, parmi lesquels : le fait que le groupe identifié par cette caractéristique ait subi un désavantage historique ou qu'il constitue une « *minorité discrète et isolée* »³⁴, le fait que la caractéristique en cause possède une certaine similitude avec l'un des motifs énumérés ou qu'elle soit d'ores et déjà reconnue par les législateurs provinciaux et la doctrine comme un motif potentiellement discriminatoire³⁵ ou encore, le fait que cette caractéristique soit immuable ou modifiable uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l'identité personnelle et dont l'abandon ne saurait légitimement être exigé comme un préalable à l'égalité de traitement³⁶. Quant à la portée de cette reconnaissance, elle a vocation à la fois à la permanence et à la généralisation. D'une part, une fois reconnus, les motifs analogues « *constituent des indicateurs permanents de l'existence d'un processus décisionnel suspect* »³⁷. D'autre part, ils conditionnent les interprétations des juridictions provinciales relatives à l'art. 15(1) de la Charte canadienne et influent sur l'interprétation des instruments provinciaux dès lors que « *l'interprétation d'une loi sur les droits de la personne doit s'harmoniser avec celle de dispositions comparables dans d'autres ressorts* »³⁸. Sur le papier, les listes des motifs énumérés, si riches et abondantes soient-elles, possèdent inexorablement des failles dans la mesure où les législateurs ne sauraient anticiper la totalité des fondements potentiels de discrimination. Face à ce constat, la jurisprudence canadienne, favorisée par un système juridique propice aux initiatives prétoriennes, oppose ainsi une interprétation non seulement extensive mais également créatrice.

2. Face à la polymorphie du phénomène : la multiplication des acceptions

« *Égalité et discrimination sont des notions aussi variées en forme qu'elles sont complexes en substance* »³⁹. Directe, indirecte, par association, intersectionnelle, systémique... comme le

³² *Corbiere c. Canada*, *op. cit.*, par. 208.

³³ Pour une approche synthétique, voir *idem*, par. 13 ou *Miron c. Trudel*, *op. cit.*, p. 148.

³⁴ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, *op. cit.*, p. 152 et p. 158 ou encore *R. c. Turpin*, [1989] 1 RCS 1296, p. 1332-1333.

³⁵ *Egan c. Canada*, *op. cit.*, par. 176-178.

³⁶ *Idem*, par. 5 ou encore *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 SCR 493, par. 90.

³⁷ *Corbiere c. Canada*, *op. cit.*, par. 8.

³⁸ *Nouveau-Brunswick (Commission des droits de la personne) c. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, [2008] 2 R.C.S. 604, par. 68. Voir encore *Québec (CDPDJ) c. Montréal (Ville)* ; *Québec (CDPDJ) c. Boisbriand (Ville)*, [2000] 1 RCS 665 (ci-après *Ville de Montréal*), par. 42 et 45.

³⁹ *Egan c. Canada*, *op. cit.*, p. 557.

souligne la juge L'Heureux-Dubé, nombreuses sont les modalités de manifestation du phénomène discriminatoire et une difficulté majeure pour le droit réside dans la capacité à fournir des éléments de qualification et de réponse adéquate à ces variantes⁴⁰. Si les instruments provinciaux présentent quelques éléments de définition, le dispositif législatif fédéral et *a fortiori* le dispositif constitutionnel restent relativement muets face à aux impératifs de précision et de clarification conceptuelles. À cet égard, c'est la jurisprudence qui offre les perspectives les plus instructives.

Discrimination directe et indirecte :

Forte des expériences qui agitaient son homologue étatsunienne⁴¹ et à la suite des premières approches de la discrimination indirecte par les Commissions d'Ontario⁴², du Canada fédéral⁴³ et de l'Alberta⁴⁴, la Cour suprême s'essaya en 1985 à la formalisation de cette modalité de discrimination, en apparence neutre. Ancrée dans le domaine du travail, elle esquisse alors la notion de discrimination « *par suite d'un effet préjudiciable* », entendue comme un « *genre de discrimination [qui] se produit lorsqu'un employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s'applique également à tous les employés, mais qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou un groupe d'employés en ce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique spéciale [...], des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés* »⁴⁵. Cette approche fut réaffirmée dans la jurisprudence ultérieure⁴⁶.

En 1989, toujours sous la plume du juge McIntyre, fut posée la définition générale de la discrimination faisant aujourd'hui encore office de référence. Depuis cette date, la discrimination est définie comme « *une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à*

⁴⁰ Il aurait également pu être fait référence à la notion de « *discrimination en série* ». Sur ce point, nous nous contenterons de renvoyer aux décisions du Tribunal des droits de la personne de l'Ontario : *Chintaman v. Toronto District School Board*, 2009 HRTO 1225, par. 11, *Pakarian v. Chen*, 2010 HRTO 457, par. 25, *Savage v. Toronto Transit Commission*, 2010 HRTO 1360, par. 9, *Farrell v. Barrie Police Services Board*, 2011 HRTO 1442, par. 18, *Twyne v. Dominion Colour Corporation*, 2013 HRTO 1769, ou encore *Dewdney v. Toronto Transit Commission*, 2014 HRTO 23, par. 21.

⁴¹ *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 US 424 (1971).

⁴² *Singh (Ishar) v. Security and Investigation Services Ltd.*, Ontario Human Rights Board of Inquiry, décision inédite du 31 mai 1977, et *Rand v. Sealy Eastern Ltd.* (1982), 3 CHRR D/938 (comm. d'enquête Ont.).

⁴³ *Marcotte v. Rio Algom Ltd.* (1983), 5 CHRR D/2010 (Tribunal d'appel, Commission canadienne des droits de la personne).

⁴⁴ *Christie v. Central Alberta Dairy Pool* (1984), 6 CHRR D/2488 (Comm. d'enquête Alb.).

⁴⁵ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 RCS 536, par. 18.

⁴⁶ Voir notamment, *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 RCS 489, p. 506 ou *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 RCS 525, p. 541. 539-540.

des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société »⁴⁷. En dépit d'évolutions notables dans la méthode juridictionnelle de qualification des actes discriminatoires, cette définition fut successivement reconduite par les arrêts de principes relatifs à l'article 15(1) de la Charte canadienne⁴⁸. Néanmoins, bien qu'englobant les deux phénomènes⁴⁹, la définition de référence de la Cour suprême ne laisse pas transparaître de dualité entre discrimination directe et indirecte.

Loin de témoigner d'une obsolescence de la terminologie, cette généralité de l'acception relève d'un choix délibéré de la Cour d'Ottawa, explicité en 1999⁵⁰. Entre 1985 et 1999, la notion de discrimination par suite d'un effet défavorable (*i.e.* discrimination indirecte) fut sollicitée à de multiples reprises et la jurisprudence avait développé une méthode dite « conventionnelle » consistant à classer la discrimination dans la catégorie directe ou indirecte afin d'en faire dériver la méthode de qualification et la réparation potentielle⁵¹. Tout en admettant « *un progrès important du fait qu'elle reconnaissait pour la première fois le mal de la discrimination [indirecte]* »⁵², la Cour opta pour l'harmonisation de sa méthode et profita de ces considérations pour reconnaître la dimension accessoire, voire inopportune, de la distinction entre discrimination directe et indirecte. Deux arguments essentiels s'inscrivent en soutien de ce point de vue : la porosité de la distinction⁵³ et sa tendance incidente à hiérarchiser le degré de réprobation, généralement plus souple concernant la discrimination indirecte⁵⁴. Par la relégation de cette dualité première ayant caractérisé la jurisprudence de 1985 à 1999, la Cour suprême fit le choix d'une approche radicalement téléologique, peu soucieuse des modalités d'action et focalisée sur les seuls effets de la discrimination, tout en durcissant le ton à l'égard des discriminations indirectes⁵⁵. Pour autant, la notion de discrimination indirecte ne se trouve pas bannie des prétoires et demeure sollicitée, notamment en Ontario sur le fondement de

⁴⁷ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, *op. cit.*, p. 174.

⁴⁸ D'abord in *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 RCS 497, par 26, ensuite in *R. c. Kapp*, [2008] 2 RCS 483, par. 18, enfin in *Québec (Procureur général) c. A.*, [2013] 1 RCS 61, par. 187 et 322.

⁴⁹ À l'instar de l'article 10.1 de la Charte québécoise comme englobant la discrimination indirecte, voir *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, *op. cit.*, p. 539-540, ou, plus récemment, in *Québec (CDPDJ) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, 2015 CSC 39, par. 32.

⁵⁰ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 RCS 3.

⁵¹ *Idem*, p. 4-5. Plus largement, sur la méthode conventionnelle et ses failles, voir par. 19-49.

⁵² *Idem*, par. 25.

⁵³ Voir *idem*, par. 27-29.

⁵⁴ Voir *idem*, par. 49.

⁵⁵ *Nota bene* : la discrimination ne relève pas du Code criminel canadien et se cantonne à la sphère du droit civil.

l'article 11(1) du Code des droits de la personne. Simplement, l'approche téléologique la relègue à un plan secondaire⁵⁶.

Discrimination par association :

La question de la discrimination par association fut soulevée au niveau fédéral dans le cadre de la contestation des régimes d'octroi de la citoyenneté, différenciant, pour les individus dont l'un des parents était canadien, en fonction du sexe de ce parent. Dans une opinion dissidente, le juge Linden de la Cour d'appel fédérale soulevait en 1993 que « *[s]i le fait d'être victime de discrimination par association n'est pas la même chose que le fait de souffrir directement des préjugés et des stéréotypes [...] [l]a discrimination par association n'est pas moins intolérable que la discrimination directe* »⁵⁷. En l'espèce, la Cour suprême reconnut par la suite la discrimination, considérant qu'elle était fondée sur le lien existant entre un enfant et ses parents et qu'il « *s'agissait d'une forme indirecte de discrimination sexuelle, fondée sur l'association de l'appelant avec un groupe de personnes* »⁵⁸. Néanmoins, la dimension byzantine de la décision adoptée réside dans les lignes suivant immédiatement ces motifs et précisant qu'ils n'ont pas vocation à consacrer un principe général de discrimination par association. La Cour préféra en effet s'arrêter au milieu du gué et laisser expressément à une autre occasion l'examen de cette question⁵⁹ que les cours provinciales du Québec et de Colombie-Britannique ont à ce jour refusé de trancher⁶⁰.

Face à cette situation en suspens, depuis 1990, le Code ontarien consacre quant à lui la discrimination par association via son article 12, qui dispose : « *[c]onstitue une atteinte à un droit reconnu dans la partie I le fait d'exercer une discrimination fondée sur des rapports, une association ou des activités avec une personne ou un groupe de personnes identifiées par un motif illicite de discrimination* ». Le Tribunal ontarien des droits de la personne considère au sujet de cet article : « *[i]t is obviously intended to catch situations where there is*

⁵⁶ E.g. *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2004] 3 RCS 657, par. 42 et 57, *Withler c. Canada (Procureur général)*, [2011] 1 RCS 396, par. 64, ou plus récemment *Québec (CDPDJ) c. Bombardier Inc.*, op. cit., par. 32 : « *[d]epuis plus de 30 ans, notre Cour reconnaît que la discrimination peut se manifester sous diverses formes, qu'elle peut notamment être « indirecte » ou résulter « d'un effet préjudiciable »* ».

⁵⁷ *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, 1993 CanLII 2978 (CAF).

⁵⁸ *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 RCS 358, par 26.

⁵⁹ *Idem*, p. 362.

⁶⁰ *McIvor v. Canada (Registrar of Indian and Northern Affairs)*, 2009 BCCA 153 (CanLII), par. 94 et *Descheneaux c. Canada (Procureur général)*, 2015 QCCS 3555 (CanLII), par. 103-104.

discrimination, but the victim's circumstances do not fit squarely into the wording in Part I of the Code »⁶¹. Après une décision pionnière en 1977⁶², fut ainsi sanctionné au regard de l'article 12 le fait de licencier ou de traiter de manière défavorable un employé sur le fondement de la maladie de son épouse (*e.g.* VIH et hépatite C)⁶³ ou de son lien de parenté avec une employée elle-même soumise à des pratiques discriminatoires à raison de son handicap⁶⁴. En outre, l'article 12 a également trouvé à s'appliquer au bénéfice d'individus soumis à un traitement défavorable pour s'être ouvertement érigés à l'encontre de pratiques discriminatoires ne les affectant pas personnellement. Constituent par conséquent des discriminations par association le fait de sanctionner un employé ayant protesté contre des propos racistes⁶⁵, le fait de licencier un employé ayant soutenu une collègue lors de sa confrontation avec son employeur l'ayant sexuellement agressée⁶⁶ ou encore, le fait de mettre un terme à l'autorisation d'occupation d'un emplacement de marché par une artisane pour avoir refusé de se séparer de ses collaboratrices transgenres⁶⁷. En somme, la discrimination par association est sollicitée à titre subsidiaire, lorsque la protection principale ne bénéficie pas à la victime en dépit d'un traitement défavorable illégitime initialement fondé sur l'un des motifs énumérés ou analogues. En dépit de son utilité manifeste, cette notion demeure en attente de généralisation hors des frontières ontariennes⁶⁸.

Discrimination intersectionnelle :

Autre concept attestant de la complexité du phénomène discriminatoire, la notion de discrimination intersectionnelle a intégré le raisonnement des juges canadiens au début des années 1990. Elle fut le fruit de la difficulté à identifier avec certitude le motif fondant l'acte discriminatoire, dans certains cas, au regard de l'alternative offerte par des actes complexes, semblant trouver leur source dans le rejet de plusieurs caractéristiques. Si les tribunaux canadiens acceptaient d'ores et déjà l'invocation de multiples motifs au soutien de l'allégation de discrimination, il s'agissait désormais d'affiner la qualification en admettant

⁶¹ *Knibbs v. Brant Artillery Gunners Club*, 2011 HRTO 1032 (CanLII), par. 174. Voir encore *Cunanan v. Boolean Development Ltd*, 2003 HRTO 17 (CanLII), par. 68.

⁶² *John v. Johnstone* (September 16, 1977), n° 82, Eberts (Ont. Bd. Of Inquiry).

⁶³ *Giguere v. Popeye Restaurant*, 2008 HRTO 2 (CanLII).

⁶⁴ *Knibbs v. Brant Artillery Gunners Club*, *op. cit.*, par. 174.

⁶⁵ *Barclay v. Royal Canadian Legion, Branch 12* (1997), 31 CHRR D/486 (Ont. Bd. Of Inq.).

⁶⁶ *Metcalf v. Papa Jie's Pizza & Chicken Inc*, 2005 HRTO 46.

⁶⁷ *Salsman v. London Sales Arena Corp.*, 2014 HRTO 775 (CanLII), par. 50 et 83.

⁶⁸ Pour nuancer : la discrimination par association figure également au sein du Code des droits de la personne du Manitoba (art. 9(1)) et du *Newfoundland and Labrador Human Rights Act* (art. 9(4)).

l'inopportunité de faire primer une caractéristique unique comme facteur déterminant et par conséquent, comme point d'ancrage intime du préjudice⁶⁹. Face à ces configurations émergea le choix d'une reconnaissance juridique de la discrimination intersectionnelle, conçue comme le résultat d'une influence combinée de caractéristiques personnelles considérées également et de manière concomitante⁷⁰. Ces initiatives exploratoires suscitérent rapidement un écho au sein de la Cour suprême *via* les opinions dissidentes de la juge L'Heureux-Dubé. Celle-ci avançait en 1993, au sujet des configurations spécifiques ci-dessus envisagées, que « *classer ce genre de discrimination comme étant principalement fondée sur [l'un ou l'autre motif], c'est mal concevoir la réalité des actes discriminatoires tels qu'ils sont perçus par les victimes. Il peut y avoir discrimination fondée sur plusieurs motifs de distinction et, lorsque cela se produit, il n'est pas réellement important de déterminer lequel des motifs l'emporte* »⁷¹. Un an plus tard, elle ajoutait, toujours en dissidence, que « *les formes de discrimination ne peuvent être réduites à des compartiments étanches ; il arrive fréquemment qu'elles se chevauchent largement* »⁷².

Depuis, les juridictions spécialisées ont progressivement donné corps à ces propos, souvent de manière implicite, plus rarement de manière frontale. Le Tribunal ontarien des droits de la personne a ainsi ouvertement désigné l'analyse intersectionnelle : « *[a]n intersectional analysis of discrimination is a fact-driven exercise that assesses the disparate relevancy and impact of the possibility of compound discrimination* »⁷³. En outre, il s'est notamment chargé d'expliquer les bienfaits de cette approche face aux carences d'une approche moniste (« *[t]he reliance on a single axis analysis where multiple grounds of discrimination are found tends to minimize [or even obliterate⁷⁴] the impact of the other ground of discrimination* »⁷⁵) ou même d'une approche compartimentée ou cumulative⁷⁶ (« *the law must acknowledge that she is not a woman who happens to be Black, or a Black person who happens to be female, but a Black woman [...] the whole is more than the sum of the parts* »⁷⁷). Ainsi, lorsqu'elle permettait

⁶⁹ Voir *Frank v. AJR. Enterprises*, [1993] 23 CHRR D/228 (BCCHR), p. 234.

⁷⁰ Voir *Sparks v. Dartmouth/Halifax County Regional Housing Authority*, 1993 CanLII 3176 (NS CA), p. 234.

⁷¹ *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 RCS 554, p. 643-644.

⁷² *Egan c. Canada*, [1994] 2 RCS 513, p. 563.

⁷³ *Baylis-Flannery v. DeWilde (Tri Community Physiotherapy)*, 2003 HRTO 28 (CanLII), par. 143.

⁷⁴ *Idem*, par. 144.

⁷⁵ *Flamand v. DGN Investments*, 2005 HRTO 10 (CanLII), par. 140.

⁷⁶ Sur les qualifications de ces approches, moniste, compartimentée et cumulative, voir Bilge, S. et Roy, O., « La discrimination intersectionnelle : la naissance et le développement d'un concept et les paradoxes de sa mise en application en droit antidiscriminatoire », 25 *Can. J.L. & Soc.* 51 2010.

⁷⁷ *Baylis-Flannery v. DeWilde*, *op. cit.*, par. 145.

d'affiner l'appréhension du stéréotype et, par voie de conséquence, du préjudice subi, l'approche intersectionnelle fut retenue par les tribunaux⁷⁸.

Néanmoins, cette approche fut rejetée lorsqu'elle n'était pas justifiée par la spécificité de la perception externe de la victime soit la codétermination de l'acte discriminatoire par les différents motifs en cause⁷⁹. Or, son rejet dans certains cas semble au moins aussi crucial que peut l'être sa considération à d'autres occasions. La pertinence de l'intersectionnalité demeure en effet attachée à l'évaluation, soit de l'assignation identitaire et négative située à la source de l'acte discriminatoire, soit des mécanismes concourant à l'effet discriminatoire. En aucun cas elle ne doit servir à caractériser les particularités de la victime qui collectionnerait les motifs potentiellement discriminatoires. Certes, cet outil conceptuel s'avère indiscutablement pertinent lorsqu'il s'agit d'affiner la compréhension de la discrimination et, en écho, la détermination des sanctions appropriées. En revanche, il ne saurait s'agir d'une méthode de caractérisation des sujets de la discrimination et encore moins d'internalisation de l'analyse juridictionnelle, déplaçant le cœur de l'analyse de la perception externe ou des mécanismes d'action de l'effet défavorable vers la sacralisation du point de vue interne de la victime.

Discrimination systémique :

Autre marque de complexité et de diversité du phénomène discriminatoire, le concept de discrimination systémique fut véritablement saisi par la Cour suprême en 1987⁸⁰, trois années après le rapport de la Commission royale sur l'égalité en matière d'emploi conduit par la juge Abella⁸¹. Ce premier pas fut celui de l'amorce d'une réflexion, liant le phénomène discriminatoire à une logique de système, à la fois en amont, en ce qu'elle procède d'une multiplicité de facteurs hétérogènes, mais aussi en aval, en ce qu'elle tend à alimenter un cercle vicieux de perpétuation du préjugé initial. En amont, la discrimination systémique est pour la Cour ce « *qui résulte simplement de l'application des méthodes établies de*

⁷⁸ *McAllister-Windsor c. Canada (Développement des ressources humaines)*, 2001 CanLII 20691 (TCDP), par. 52 ; *Falkiner v. Ontario (Minister of Community and Social Services)*, 2002 CanLII 44902 (ON CA), par. 82-93 ; *Arias v. Desai*, 2003 HRTO 1 (CanLII), point 6(1) ; *Ontario Human Rights Commission v. Motsewesho*, 2003 HRTO 21 (CanLII), par. 231 et 234 ; *Radek v. Henderson Development (Canada) Ltd.*, [2003] 48 CHRR D/43 BCHRT 67, par. 53 ; *Gorzsas c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 458 (CanLII), par. 36.

⁷⁹ *E.g. M.D.R. v. Ontario (Deputy Registrar General)*, 2006 CanLII 19053 (ON SC), par. 176, ou encore *Hogan v. Ontario (Health and Long-Term Care)*, 2006 HRTO 32 (CanLII), par. 209 (objet de la dissidence du juge Hendricks).

⁸⁰ *CN c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 SCR 1114.

⁸¹ Commission sur l'égalité en matière d'emploi (Abella, R. S.), *Égalité en matière d'emploi : rapport d'une Commission royale*, Ottawa, gouvernement du Canada, 1984, 282 p. ;

recrutement, d'embauche et de promotion, dont ni l'une ni l'autre n'a été nécessairement conçue pour promouvoir la discrimination »⁸². Ainsi, « *la discrimination systémique est souvent involontaire. Elle résulte de pratiques et de politiques établies qui, en fait, ont une incidence négative sur les perspectives d'embauche et d'avancement d'un groupe particulier* »⁸³. Mais l'effet systémique s'accumule en aval puisque, à cela, « *s'ajoutent les attitudes des administrateurs et des collègues de travail qui acceptent une vision stéréotypée des compétences et du « rôle approprié » du groupe touché, laquelle vision conduit à la conviction ferme que les membres de ce groupe sont incapables de faire un certain travail, même si cette conclusion est objectivement fausse* »⁸⁴. Par conséquent, le phénomène s'autoperpétue « *du fait que l'exclusion favorise la conviction, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du groupe, qu'elle résulte de forces « naturelles »* »⁸⁵.

La seconde étape jurisprudentielle fut celle du cadrage conceptuel, visant à saisir les caractéristiques essentielles de la discrimination systémique. En 1996, la Cour d'appel fédérale complétait : « *le concept de la discrimination systémique est axé sur les formes de discrimination les plus subtiles [...]. Il est fondé sur la reconnaissance du fait 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* »⁸⁶. Il s'agit d'un « *un phénomène continu qui a des origines profondes dans l'histoire et dans les attitudes sociétales* »⁸⁷. Reconnaisant la difficulté à avancer une définition claire et précise⁸⁸, les juridictions ontariennes ont également tenté de cerner les émanations du phénomène : « *[s]ystemic discrimination is a complex underlying social process which is revealed by incidents, acts and consequences and is recognized by its impact on specific classes of people. Policy and procedures underlie the system and personnel visibly*

⁸² *CN c. Canada, op. cit.*, p. 1139. Voir encore p. 1138 : « *des pratiques ou des attitudes qui, de par leur conception ou par voie de conséquence, gênent l'accès des particuliers ou des groupes à des possibilités d'emplois, en raison de caractéristiques qui leur sont prêtées à tort* ».

⁸³ *Idem*, p. 1143.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ *Idem*, p. 1139. Voir encore *CDPDJ c. Gaz métropolitain inc.*, 2008 QCTDP 24 (CanLII), par. 28 : l'exclusion initiale des femmes « *a engendré à son tour l'absence de prise en compte de leur point de vue, de leur expérience et de certaines de leurs caractéristiques lors de l'élaboration de normes ou de standards institutionnels* ».

⁸⁶ *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Ministère de la Défense nationale)*, 1996 CanLII 4067 (CAF), par. 14.

⁸⁷ *Idem*, par. 16. Voir encore *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Conseil du trésor)*, 1996 CanLII 1874 (TCDP), par. 82.

⁸⁸ *Brome v. Ontario (Human Rights Commission)*, (1999) 171 D.L.R. (4th) 538 (Ont. Div. Ct.), par. 50 : « *[it] is insidious and by its very nature as difficult to define as it is to pinpoint* ».

represent it »⁸⁹. Elles ont en outre affirmé la dimension inclusive de la discrimination systémique : « [i]t can include direct or overt discrimination as well as the more subtle forms of discrimination such as adverse impact discrimination and entrenched and long held discriminatory attitudes and beliefs »⁹⁰. Pour autant, la Cour suprême a pris le soin de distinguer la discrimination systémique de la discrimination « individuelle », insistant sur la différence liée à la quantité de personnes défavorisées ou exclues⁹¹. Quant au Tribunal québécois des droits de la personne, il s'est chargé d'insister, au-delà de l'hétérogénéité des causes, sur la distinction entre discrimination systémique et discrimination indirecte : la seconde étant axée sur la systématique de l'exclusion ou de la défaveur opposée aux personnes caractérisées par le motif en cause quand la première est axée sur l'effet disproportionné – mais non systématique – de cette exclusion ou de cette défaveur⁹².

Lorsqu'elle se trouve confrontée à des cas de discrimination systémique⁹³, la Cour suprême semble continuer à se référer à ses premières considérations de 1987 en dépit d'une définition sectorielle attachée à l'égalité en emploi⁹⁴. Cela étant, il serait possible d'insister sur une nouvelle définition jurisprudentielle⁹⁵, avancée par le Tribunal québécois en 2008. Outre le fait d'être énoncée de manière générale, sans ancrage spécifique au sein du domaine de l'emploi, elle possède le double mérite de la synthèse et de la clarté en présentant la discrimination systémique comme « *la somme d'effets d'exclusion disproportionnés qui résultent de l'effet conjugué d'attitudes empreintes de préjugés et de stéréotypes, souvent inconscients, et de politiques et pratiques généralement adoptées sans tenir compte des caractéristiques des membres de groupes visés par l'interdiction de la discrimination* »⁹⁶.

En conclusion, au vu de ce large panel conceptuel, il importe de relever l'activité cruciale des juridictions canadiennes dans l'interprétation évolutive des lois antidiscriminatoires afin

⁸⁹ *Idem*, par. 16.

⁹⁰ *Ibidem*. Voir encore *Pivot Legal Society v. Downtown Vancouver Business Improvement Assn. (No. 6)*, 2012 BCHRT 23, para 581.

⁹¹ *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, [2012] 3 RCS 360, par. 58.

⁹² *CDPDJ c. Gaz métropolitain inc., op. cit.*, par. 28.

⁹³ À titre non exhaustif, pour des analyses jurisprudentielles de discrimination systémique potentielle, voir *Goyette c. Syndicat des Employés Terminus Voyageur Colonial*, 1997 CanLII 1815 (TCDP), *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Ministère de la Défense nationale)*, *op. cit.*, *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Conseil du trésor)*, *op. cit.*, *Société canadienne des postes c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [2008] 4 RCF 648, *Murray c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, 2009 TDFP 33 (CanLII) et *Murray c. Canada (Commission des droits de la personne)*, 2014 CF 139 (CanLII).

⁹⁴ En ce sens, voir *Moore c. Colombie-Britannique, op. cit.*, par. 59.

⁹⁵ Pour une rare définition de la discrimination systémique en droit positif, voir art. 9(3) du Code des droits de la personne du Manitoba.

⁹⁶ *CDPDJ c. Gaz métropolitain inc., op. cit.*, par. 36.

d'appréhender le phénomène dans sa diversité, permettant « *de constater l'existence de nouvelles formes de discrimination au fur et à mesure qu'elles se manifestent dans notre société* »⁹⁷.

B. L'émergence du litige comme enjeu du régime probatoire

Au-delà de ces difficultés d'ordre conceptuel, face à la nécessité de faire émerger le litige, le régime général de preuve s'est longtemps présenté comme un défi technique de l'appréhension contentieuse de la discrimination. Si quelques assouplissements salutaires ont été introduits (1), certaines problématiques persistent, notamment face aux *hard cases* et aux modalités de preuve de la discrimination systémique (2).

1. Le régime général de preuve : une souplesse nécessaire

Entre règles classiques et assouplissements spécifiques, les rouages du régime probatoire en matière de discrimination reposent tant sur le degré d'exigence de la preuve que sur la répartition entre les parties du fardeau qu'elle constitue, sur la détermination de son objet ainsi que sur l'admissibilité des modes de preuve.

Le degré et la charge de la preuve :

En raison de l'absence de traitement pénal de la discrimination au Canada, le degré de preuve exigé correspond à celui requis en droit civil, reposant sur la prépondérance des probabilités⁹⁸. Pour satisfaire ce critère, la preuve doit être complète, suffisante, claire et convaincante⁹⁹. En l'absence de norme objective, l'appréciation de ces caractéristiques demeure néanmoins discrétionnaire pour les juridictions¹⁰⁰. Quant à la charge de la preuve, elle est classiquement répartie en deux temps. Dans un premier temps, il appartient au demandeur de démontrer l'existence d'une discrimination *prima facie*, ce qui revient à présenter les éléments de faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination. S'il y parvient, dans un second temps, l'intimé devra justifier la conduite ou la pratique en cause en suivant le régime d'exemptions législatives. S'il échoue, le tribunal conclura à l'existence d'une discrimination.

⁹⁷ *Québec (CDPDJ) c. Bombardier Inc.*, *op. cit.*, par. 34.

⁹⁸ Voir *idem*, par. 65.

⁹⁹ Voir *ibidem* et *F.H. c. McDougall*, [2008] 3 RCS 41, par. 46.

¹⁰⁰ En ce sens, voir *F.H. c. McDougall*, [2008] 3 RCS 41, par. 46.

À l'inverse, s'il justifie la pratique en cause, la requête sera rejetée, en dépit de la reconnaissance d'une discrimination *prima facie*¹⁰¹.

Afin de démontrer la preuve d'une discrimination *prima facie*, les étapes diffèrent légèrement en fonction de l'instrument juridique invoqué. De manière synthétique, si la violation alléguée est celle du Code ontarien, de la Charte canadienne ou de la Loi fédérale sur les droits de la personne, le demandeur doit démontrer trois éléments : l'existence d'un traitement défavorable (*e.g.* décision, mesure, conduite, etc.), le fait que l'un des motifs énumérés ou analogues lui a été assigné, et que ce motif a été un facteur dans l'administration du traitement mis en cause¹⁰². En revanche, la rédaction particulière de l'article 10 de la Charte québécoise – similaire à l'article 14 de la CEDH – impose une étape supplémentaire. En sus, doit-être démontré que le traitement défavorable (*i.e.* « distinction, exclusion ou préférence ») a pour effet de détruire ou de compromettre le droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice d'un droit ou d'une liberté garanti par la Charte¹⁰³.

L'objet de la preuve :

Si la charge de la preuve telle que présentée ci-dessus ne constitue guère une spécificité propre au Canada, il en va autrement de l'objet de la preuve que les considérations jurisprudentielles ont progressivement allégé par le biais d'une interprétation favorable aux requérants. Trois particularités majeures méritent d'être soulignées, relatives à l'intention de l'intimé, à la relation entre la discrimination et le motif invoqué, ainsi qu'à l'approche multidimensionnelle ou contextuelle du motif.

Premièrement, en 1985, la Cour suprême a affirmé la nécessité d'émanciper la qualification de discrimination vis-à-vis de l'intention de son auteur : « *la 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*

¹⁰¹ Voir notamment *Moore c. Colombie-Britannique*, *op. cit.*, par. 33 ou encore *Québec (CDPDJ) c. Bombardier Inc.*, *op. cit.* p. 791 et par. 64.

¹⁰² Récemment, *Québec (CDPDJ) c. Bombardier Inc.*, *op. cit.*, par. 42 et 52. Pour l'Ontario, voir *Shaw v. Phipps*, 2010 ONSC 3884 (CanLII), par. 47 ou encore *Peel Law Association v. Pieters*, 2013 ONCA 396 (CanLII), par. 56.

¹⁰³ *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 RCS 90, p. 98, *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 RCS 712, par. 78, *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 RCS 790, p. 817 ; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 RCS 279 ; *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 RCS 525, p. 538.

éliminer la discrimination »¹⁰⁴. Cette position, constamment réaffirmée depuis¹⁰⁵, s'inscrit en continuité de la démarche jurisprudentielle focalisée sur les effets discriminatoires. Par ailleurs, comme souligné dès 1990, elle demeure indispensable afin de lutter contre la discrimination systémique : « l'accent mis sur les effets, et non sur l'intention, s'explique facilement si l'on tient compte du fait que la discrimination systémique est beaucoup plus répandue dans notre société que la discrimination intentionnelle. Inclure dans des dispositions relatives aux droits de la personne l'exigence subjective de l'intention, au lieu de permettre aux tribunaux de porter uniquement leur attention sur les effets, ferait donc échec à l'un des principaux objectifs des lois interdisant la discrimination »¹⁰⁶.

Ensuite, en 1989, la Cour suprême a considéré que, pour que soit retenue la violation, il suffit que l'attribution d'une caractéristique énumérée ou analogue « constitue un facteur du traitement dont il fait l'objet »¹⁰⁷. En clair, cela signifie d'une part que le motif n'a pas à constituer l'unique fondement de la pratique en cause : « [i]l n'est pas essentiel que ce lien soit exclusif : il suffit que le motif ait contribué aux décisions ou aux gestes reprochés pour que ces derniers soient considérés discriminatoires »¹⁰⁸. Cela signifie en outre qu'il n'a pas à constituer le fondement essentiel ou principal de la pratique : « it does not have to be the only or primary reason »¹⁰⁹. Dans la perspective d'une preuve de la discrimination *prima facie* : « [a]ll 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 »¹¹⁰. Par conséquent, il n'est « ni approprié ni juste » de recourir aux termes de « lien causal » pour caractériser la prise en compte du motif en vue de l'imposition de la discrimination¹¹¹. Pour la Cour suprême, « [c]onclure autrement reviendrait à faire abstraction du fait que, comme les actes d'un défendeur peuvent s'expliquer par une multitude de raisons, la preuve d'un tel rapport pourrait imposer un fardeau trop exigeant au demandeur »¹¹².

Enfin, en 2000, la Cour a amorcé une nouvelle approche dite « contextuelle » ou « multidimensionnelle ». Théorisée au sujet du handicap, cette approche se refuse à enfermer

¹⁰⁴ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, *op. cit.*, par. 14.

¹⁰⁵ *E.g. Andrews c. Law Society of British Columbia*, *op. cit.*, p. 173; *Ville de Montréal*, *op. cit.*, par. 35.

¹⁰⁶ *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 RCS 892, p. 931.

¹⁰⁷ *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 SCR 1252, p. 1288-1289.

¹⁰⁸ *Québec (CDPDJ) c. Bombardier Inc.*, *op. cit.*, p. 792 et par. 45, 48 et 49. Voir encore *Ontario (Human Rights Comm.) v. Gaines Pet Foods Corp.*, 1993 CanLII 5605 (ON SC), par. 7, *Dominion Mangement v. Velenosi*, 1997 CanLII 14482 (ON CA), par. 1, *McLean v. DY 4 Systems*, 2010 HRTO 1107, par. 62.

¹⁰⁹ *Macan v. Strongco*, 2013 HRTO 841, par. 100.

¹¹⁰ *Peel Law Association v. Pieters*, 2013 ONCA 396 (CanLII), par. 59.

¹¹¹ *Québec (CDPDJ) c. Bombardier Inc.*, *op. cit.*, par. 51.

¹¹² *Ibidem*.

la caractéristique en cause dans « *une définition étanche et dépourvue de souplesse* ». Elle lui préfère une définition inclusive, conduisant les juges à tenir compte de la dimension sociopolitique du motif invoqué¹¹³. La Cour considère ainsi que l'interdiction de la discrimination sur le fondement du handicap vise, selon l'approche multidimensionnelle, à mettre un terme au « *phénomène social du handicap* »¹¹⁴ (« *une personne peut n'avoir aucune limitation dans la vie courante sauf celles qui sont créées par le préjudice et les stéréotypes* »¹¹⁵). Plus que la cause, l'origine ou même la véracité du handicap, c'est alors la perception de celui-ci qui est au cœur de la preuve. Que le handicap soit réel ou imputé à tort, que les limitations en raison du handicap soient avérées ou simplement supposées, la personne sera protégée par le droit antidiscriminatoire. Là encore, cette approche répond à une interprétation téléologique dès lors que « *[l]es objectifs de la Charte [...] ne sauraient se réaliser à moins que l'on reconnaisse que les actes discriminatoires puissent être fondés autant sur les perceptions, les mythes et les stéréotypes que sur l'existence de limitations fonctionnelles réelles* »¹¹⁶.

En résumé, au regard de ces interprétations jurisprudentielles, l'objet de la preuve consiste en la démonstration que la perception – même erronée – d'une caractéristique énumérée ou analogue constituait un facteur – même secondaire – d'un traitement défavorable, et ce, indépendamment de l'intention de son auteur.

Les modes de preuve :

Comme la Cour suprême l'a relevé récemment, bien que le degré de la preuve exigé soit calqué sur le standard en matière civile, il existe en vertu des législations antidiscriminatoires des règles assouplies concernant l'admissibilité et l'administration de la preuve¹¹⁷. Concrètement, les tribunaux des droits de la personne peuvent accepter tout moyen de preuve : écrit, présomption, témoignage, *affidavit*, aveu, élément matériel, statistique, expertise, *testing*, etc. Ce choix s'explique par la volonté de favoriser le règlement des litiges pour discrimination « *de façon plus expéditive et moins coûteuse devant des juridictions plus*

¹¹³ *Ville de Montréal, op. cit.*, p. 667.

¹¹⁴ *Idem*, par. 83.

¹¹⁵ *Idem*, par. 77.

¹¹⁶ *Idem*, par. 39 et 48. Pour illustration, voir *James obo James v. Silver Campsites and another (No. 2)*, 2011 BCHRT 370 (CanLII), par. 178-179 ou encore *Lipskaia v. Fabcor*, 2013 BCHRT 2 (CanLII), par. 20.

¹¹⁷ *Québec (CDPDJ) c. Bombardier Inc., op. cit.*, par. 67. Au Québec, voir art. 123 de la Charte québécoise et art. 1 des *Règles de procédure et de pratique du Tribunal des droits de la personne* (chapitre C-12, r. 4). En Ontario, voir art. 43(1) du Code.

accessibles et moins formalistes »¹¹⁸. Par ailleurs, en raison de la nature subtile, voire intentionnellement masquée, de la discrimination, les cours provinciales et fédérales ont eu l'occasion d'affirmer à de maintes reprises qu'il serait inopportun d'exiger du requérant une preuve directe. En alternative, ce sont essentiellement des éléments de preuve et des déductions circonstanciels qui sont attendus¹¹⁹. Bien qu'elle ne soit pas indispensable, la comparaison intergroupe peut constituer l'un de ces éléments¹²⁰, tout comme la simple concordance temporelle¹²¹.

Parmi les différents modes de preuve, l'un d'entre eux, le témoignage, mérite une attention particulière en raison de son aspect absolument déterminant devant les Tribunaux des droits de la personne, notamment ceux dont la saisine est directe (*e.g.* Ontario, Colombie-Britannique) – impliquant une absence d'enquête et d'expertise préalables de la Commission¹²². Sa simplicité, sa rapidité d'évaluation, son accessibilité et sa gratuité l'érigent en mode de preuve essentiel. Néanmoins, sa pertinence demeure conditionnée par l'extrême rigueur de son évaluation, ce qui a conduit les juridictions antidiscriminatoires à s'approprier et à développer la jurisprudence existante liée à la technique d'évaluation des témoignages. Cette évaluation est notamment fondée sur la crédibilité, reposant elle-même sur deux critères : l'honnêteté et la fiabilité¹²³. Le premier relève de la sincérité du témoin, le second se réfère à un alliage complexe de facteurs cognitifs, psychologiques, rhétoriques, culturels, temporels et contextuels qui affectent la précision de la perception du témoin, sa mémoire des événements et la forme même de son témoignage¹²⁴. La probabilité de la preuve repose alors sur le lien logique interne au témoignage et sur sa concordance avec les éléments externes soulevés¹²⁵. Aux fins d'évaluation, les cours ont développé un faisceau d'indices permettant de servir la pertinence des déductions du juge : étendue des connaissances du témoin, capacité

¹¹⁸ *Idem*, par. 67-68.

¹¹⁹ En ce sens, voir, entre autres, *Khiamal v. Canada (Human Rights Commission)*, 2009 FC 495 (CanLII), par. 59, *Phipps v. Toronto Police Services Board*, 2009 HRTO 877 (CanLII), par. 16, *Ebrahimi v. Durham District School Board*, 2011 HRTO 2319 (CanLII), par. 45, *Byaruhanga v. Toronto Police Services Board*, 2013 HRTO 1028, par. 27, ou encore *Siddoo v. International Longshoremen's and Warehousemen's Union, Local 502*, 2015 CHRT 21 (CanLII), par. 21.

¹²⁰ *Canada (Attorney General) v. Canadian Human Rights Commission*, 2013 FCA 75 ou encore *Lavender Cooperative Housing Assn. v. Ford*, 2011 BCCA 114, par. 73-77.

¹²¹ *Morris v. Kingsway Asset Management Ltd. and Elsafadi*, 2012 AHRC 9, par. 61 ou encore *Kooner-Rilcof v. BNA Smart Payment Systems and another*, 2012 BCHRT 263 (CanLII), par. 59 : “[t]he timing alone would indicate a nexus such that an explanation from the respondents is required”.

¹²² Selon les provinces, la saisine peut être directe (Ontario, Colombie-Britannique) ou filtrée par une Commission des droits de la personne (Canada fédéral *de jure*, Québec *de facto*).

¹²³ *Faryna v. Chorny*, [1952] 2 D.L.R. 354, par. 10-11.

¹²⁴ *R. v. Taylor*, 2010 ONCJ 396 (CanLII), par. 58 ou encore *R. v. Morrissey*, 1995 CanLII 3498 (ON CA).

¹²⁵ *Visic v. Elia Associates Professional Corporation*, 2011 HRTO 1230, par. 54.

d'observation, de discernement, de mémorisation, de description¹²⁶, motivations personnelles, relation avec les parties, cohérence interne des éléments probants, incohérences et contradictions au regard des éléments de preuve externes au témoignage, manière rhétorique d'amener les éléments probants¹²⁷, intérêt personnel connexe à la solution du litige, incapacité à mobiliser des témoins ou des éléments clefs permettant de trancher les faits disputés¹²⁸, constance des souvenirs, capacité à résister à la modification de ces souvenirs en vue de renforcer leur utilité, récusation partielle sous l'épreuve, aspect déraisonnable, impossible ou improbable des faits relatés, attitude générale du témoin¹²⁹, etc¹³⁰. *In fine*, au regard de l'ensemble de ces indications, il appartiendra au juge d'apprécier discrétionnairement¹³¹ les éléments considérés pour évaluer la preuve, selon la prépondérance des probabilités.

2. La problématique des modes de preuve dans le traitement des *hard cases*

Au-delà de ces précisions d'ordre général, l'administration de la preuve a de surcroît été éprouvée dans des cas plus spécifiques où la complexité et la subtilité du phénomène discriminatoire interrogent avec une prégnance particulière l'adéquation des modes de preuve. Au premier plan de ces *hard cases* se trouve la discrimination systémique, qu'elle soit manifestée dans le domaine de l'emploi ou sous la forme du contrôle au faciès.

La discrimination systémique :

En même temps qu'il représente un progrès considérable, le traitement juridictionnel de la discrimination systémique soulève des défis d'une envergure comparable qui tendent à éprouver les cours. Et si ce traitement juridictionnel distingue les dimensions individuelle et systémique, cela n'écarte pas la possibilité que celles-ci se retrouvent conjointement au sein d'une même requête. C'est pourquoi une exigence préliminaire repose sur la clarification des interrelations susceptibles d'exister entre ces dimensions. À cet égard, dans un premier sens, il est possible de faire dériver l'élément systémique de l'élément individuel. Ainsi, le juge canadien reconnaît la possibilité d'être saisi de problématiques d'ordre systémique par un

¹²⁶ *Faryna v. Chorny*, *op. cit.*, par. 10-11, ou encore *R. v. Morrissey*, *op. cit.*

¹²⁷ *Cugliari v. Telefficiency Corporation*, 2006 HRTO 7, par. 26.

¹²⁸ *Shah v. George Brown College*, 2009 HRTO 920 (CanLII), par. 14.

¹²⁹ *Bradshaw v. Stenner*, [2010] BCSC 1398, par. 186.

¹³⁰ *Loomba v. Home Depot Canada*, 2010 HRTO 1434 (CanLII), par.16, *Visic v. Elia Associates Professional Corporation*, 2011 HRTO 1230, par. 54, ou encore *Van Hartevelt v. Grewal*, [2012] BCSC 658, par. 30.

¹³¹ *R. c. R.E.M.*, [2008] 3 RCS 3, par. 65, *R. v. Taylor*, *op. cit.*, par. 60, ou encore *Visic v. Elia Associates Professional Corporation*, *op. cit.*, par. 54.

requérant n'agissant que pour lui-même¹³². Alors, l'élément systémique peut se manifester dans les considérations du juge tant au niveau de l'analyse sur le fond que, le cas échéant, au niveau des mesures de redressement prononcées. La prétention individuelle joue de la sorte un rôle de catalyseur qui permet d'envisager la réalisation de la législation antidiscriminatoire à une échelle élargie. Dans un second sens, l'élément individuel peut à son tour être affecté par l'élément systémique. Ainsi, lorsqu'une plainte vise le prononcé de mesures d'ordre systémique, il est envisageable de lui reconnaître un intérêt public – non systématique¹³³. De manière plus significative, sous condition d'un lien suffisant, la preuve d'une discrimination individuelle *prima facie* peut dériver de l'établissement d'une discrimination systémique¹³⁴ – la réciprocité du mécanisme n'étant évidemment pas admise.

Au-delà de ces précisions et en dépit des différences substantielles, le régime de preuve applicable est globalement identique. La Cour d'appel fédérale a notamment précisé que la dimension systémique n'imposait pas un rehaussement du seuil de la preuve au-delà de tout doute raisonnable, maintenant à l'inverse un degré d'exigence calqué sur la prépondérance des probabilités¹³⁵. La répartition de la charge de la preuve obéit aux mêmes règles qu'en cas de discrimination individuelle et les étapes de la preuve d'une discrimination *prima facie* demeurent inchangées¹³⁶. La principale difficulté repose alors sur les modes de preuve adéquats en vue de la démonstration de l'existence d'une discrimination systémique *prima facie*. À ce titre, l'outil statistique est un indicateur de choix. Dans le domaine de l'emploi, il permet notamment de quantifier l'effet disproportionné de l'exclusion par l'analyse des taux de réussite aux tests d'embauche¹³⁷ ou par la mise en relation du taux d'utilisation (*i.e.* nombre de femmes ou de membres d'un groupe protégé¹³⁸ pour un travail particulier) avec le taux de disponibilité (*i.e.* nombre de femmes ou de membres d'un groupe protégé disposant des qualités requises dans le bassin d'emploi considéré)¹³⁹. Le problème principal repose néanmoins sur l'accessibilité difficile de cet instrument statistique. Son obtention dépend,

¹³² Explicite in *British Columbia (Ministry of Public Safety and Solicitor General) v Mzite*, 2014 BCCA 220, par. 72-73. *E.g. Kelly v. B.C. (Ministry of Public Safety and Solicitor General) (No. 2)*, 2009 BCHRT 363 (CanLII), ou encore *Gichuru v. The Law Society of British Columbia (No. 4)*, 2009 BCHRT 360 (CanLII).

¹³³ *A and B v. Famous Players Films and C*, 2005 BCHRT 432. Cet intérêt public, dérivé de la dimension systémique, a parfois contribué à la recevabilité exceptionnelle d'une requête soumise tardivement. En ce sens, voir *L v. B.C. (Ministry of Children and Family Development)*, 2011 BCHRT 214, par. 99.

¹³⁴ *Murray c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, *op. cit.*, par. 103.

¹³⁵ *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada, Op. Cit.*

¹³⁶ *Coast Mountain Bus Company Ltd. V. National Automobile Aerospace et Transportation and General Workers of Canada (CAW-Canada), Local 111*, 2010 BCCA 447 par. 59-61.

¹³⁷ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *op. cit.*, par. 11.

¹³⁸ Essentiellement : femmes, personnes en situation de handicap, Autochtones, membres des minorités visibles.

¹³⁹ *CDPDJ c. Gaz Métropolitain*, *op. cit.*, p. 56.

entre autres choses, de la collaboration de l'institution concernée, de la collecte statistique nationale adéquate à une analyse séquencée en fonction des motifs de discrimination, du recours concomitant à une expertise en vue du décryptage et du maniement parfois complexe des données, sans compter la difficulté du recueil statistique dans certains secteurs comme la fourniture de biens et services¹⁴⁰. Or, les exigences en matière de preuve ne doivent pas rendre la tâche impossible pour le requérant¹⁴¹. Les juridictions canadiennes se sont opposées en ce sens à ce que les impératifs de la preuve impliquent « *que le demandeur doive produire des données ou autres éléments de preuve du domaine des sciences sociales qui ne sont pas accessibles à tous* » ou, plus généralement, qu'il fasse « *la preuve de questions qu'on ne peut pas raisonnablement supposer être de sa connaissance* »¹⁴². En alternative, la Cour suprême envisage que les tribunaux s'appuient, dans les cas opportuns, « *uniquement sur la connaissance d'office et sur le raisonnement logique pour trancher la question* »¹⁴³. Ainsi, en dépit d'une utilité manifeste lorsqu'elle est disponible, la preuve par instruments statistiques n'est pas indispensable au soutien de l'allégation de discrimination systémique et le mode de preuve peut varier en fonction de la nature et du contexte particulier de la plainte¹⁴⁴. Dès lors, l'accessibilité délicate et le coût éventuel des statistiques invitent les juridictions à penser des modes de preuves alternatifs, tant en matière de discrimination systémique en emploi qu'en matière de contrôle au faciès.

La discrimination systémique en emploi :

En emploi, l'impact disproportionné peut notamment être démontré par un retour aux principes premiers dégagés par le rapport *Abella* de 1984 et l'arrêt de principe de la Cour suprême de 1987, reposant sur l'analyse directe « *des pratiques ou des attitudes qui, de par leur conception ou par voie de conséquence, gênent l'accès des particuliers ou des groupes à des possibilités d'emplois, en raison de caractéristiques qui leur sont prêtées à tort* »¹⁴⁵. Pour le Tribunal québécois des droits de la personne, la preuve de discrimination systémique repose dans ce cas de figure « *essentiellement sur un ensemble de faits tels que des politiques*

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ *Radek v. Henderson Development (Canada and Securiguard Services (No. 3)*, 2005 BCHRT 302, par. 507.

¹⁴² *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 RCS 497, par. 77 et 80. Considérations appliquées à la discrimination systémique par *Radek v. Henderson Development, op. cit.*, par. 511.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ *Radek v. Henderson Development, op. cit.*, par. 509 et 504.

¹⁴⁵ Commission sur l'égalité en matière d'emploi (*Abella, R. S.*), *Égalité en matière d'emploi, op. cit.*, p. 2, et *CN c. Canada, op. cit.*, p. 1138.

institutionnelles, des processus décisionnels, des comportements et des attitudes »¹⁴⁶. C'est en conséquence une lecture transversale de cet ensemble de faits au prisme de l'interdiction de la discrimination systémique qui permettra de satisfaire les exigences de la preuve. Il sera ainsi question d'analyser « *des pratiques concrètes ayant cours en matière de recrutement, de sélection, d'embauche, de promotion et de conditions de travail* »¹⁴⁷. Dans un cas d'espèce emblématique, outre la sous-représentation des femmes dans les emplois manuels, la juridiction s'est penchée sur les exigences préalables du poste, sur le processus de recrutement externe ainsi que sur la culture organisationnelle au sein de l'entreprise¹⁴⁸. Dans une autre affaire, l'experte intervenant au soutien de la requête faisait référence à « *trois éléments diagnostiques : le taux de représentation, les politiques et pratiques d'embauche (les systèmes d'emploi) et la culture organisationnelle* »¹⁴⁹. En bref, selon la Cour fédérale, la preuve de la discrimination systémique appelle une étude multidisciplinaire¹⁵⁰, au cas par cas, incitant les tribunaux à « *faire preuve de souplesse lorsqu'il s'agit d'évaluer quel type d'élément de preuve ou de méthode est suffisant pour établir le bien-fondé* » des plaintes, considérant au besoin des « *renseignements génériques* »¹⁵¹.

Le contrôle au faciès :

Parmi les phénomènes de discrimination systémique, le cas du contrôle au faciès – ou « *profilage racial* » outre-Atlantique – mérite une insistance particulière¹⁵². Après plusieurs formulations par les juridictions d'appel¹⁵³, la Cour suprême a récemment arrêté une définition faisant office de référence, relayant les considérations de la Commission québécoise et englobant « *toute action prise par une ou des personnes en situation d'autorité à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes, pour des raisons de sûreté, de sécurité ou de protection du public, qui repose sur des facteurs d'appartenance réelle ou présumée, tels la race, la couleur, l'origine ethnique ou nationale ou la religion, sans motif*

¹⁴⁶ *CDPDJ c. Gaz métropolitain inc. op. cit.*, par. 67.

¹⁴⁷ *Idem*, par. 40.

¹⁴⁸ *Idem*, par. 90.

¹⁴⁹ *Murray c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, *Op. Cit.*, par. 43.

¹⁵⁰ *Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada*, 1999 CanLII 9380 (CF), par. 130.

¹⁵¹ *Société canadienne des postes c. Alliance de la fonction publique du Canada*, *Op. Cit.*, par. 198-203.

¹⁵² Sur la dimension systémique du profilage racial, voir *Nassiah v. Peel (Regional Municipality) Services Board*, 2007 HRTO 14 (CanLII), par. 113.

¹⁵³ Voir *R. v. Richards*, 1999 CanLII 1602 (ON CA) réaffirmée in *R. v. Brown*, 2003 ONCA 52142 (CanLII), par. 7, *Peart v. Peel Regional Police Services*, 2006 CanLII 37566 (ON CA), par. 90, *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Montréal (Service de police de la ville de Montréal) (SPVM)*, 2012 QCTDP 5, par. 173, ou encore *Pierre-Louis c. Québec (Ville de)*, 2014 QCCA 1554 (CanLII), par. 59.

réel ou soupçon raisonnable, et qui a pour effet d'exposer la personne à un examen ou à un traitement différent »¹⁵⁴. Le Tribunal ontarien des droits de la personne a quant à lui déterminé trois causes potentielles au phénomène : une manifestation ouverte de racisme, une influence inconsciente de stéréotypes ou une revendication d'efficacité de l'action. Au sujet de ce dernier élément causal, il précisait : « *[a]nother potential cause for profiling is the belief that if police experience demonstrates that certain groups are involved in certain types of crimes more than other groups, then it would be an efficient use of police resources to target those groups. This is no longer an accepted method of policing and is not openly acknowledged or taught as a proper method of police procedure* »¹⁵⁵. À l'inverse, la Cour d'appel relevait dans une autre affaire : « *[r]acial profiling will also ultimately undermine effective policing both by misdirecting valuable and limited resources and by alienating law-abiding members of the community who are members of the targeted race* »¹⁵⁶.

Si elle sera prochainement facilitée en Ontario par l'instauration à compter du 1^{er} janvier 2017 d'un récépissé, la preuve demeure complexe à ce stade¹⁵⁷. Là encore, la preuve directe n'est pas indispensable et c'est en alternative la preuve circonstancielle qui permettra de démontrer la discrimination *prima facie*¹⁵⁸. De même, il suffit que la caractéristique ait concouru au profilage sans qu'elle n'en constitue nécessairement le facteur principal¹⁵⁹. Ainsi, un officier de police qui constate l'accélération d'un véhicule et décide de l'arrêter en partie en raison de la couleur de peau du conducteur commet, pour les juridictions canadiennes, un acte de profilage racial, et ce, en dépit du fait que la vitesse du véhicule aurait pu justifier son action¹⁶⁰. Enfin, le profilage discriminatoire ne peut en aucun cas être justifié *a posteriori*, par le fait que le ciblage ait permis la découverte d'un fait illicite¹⁶¹. Cela reviendrait purement et simplement à légitimer rétroactivement un acte discriminatoire par l'effet qu'il produit.

Partant de la jurisprudence canadienne, la Commission québécoise des droits de la personne a dressé une liste de huit critères principaux permettant la preuve circonstancielle du profilage

¹⁵⁴ *Québec (CDPDJ) c. Bombardier Inc.*, *op. cit.*, par. 33.

¹⁵⁵ *Nassiah v. Peel (Regional Municipality) Services Board*, *op. cit.*, par. 127-129.

¹⁵⁶ *Peart v. Peel Regional Police Services*, *op. cit.*, par. 93.

¹⁵⁷ Voir *R. v. Brown*, *op. cit.*, par. 8 ou encore *Peel Regional Police Services*, *op. cit.*, p. 93.

¹⁵⁸ *R. v. Brown*, *op. cit.*, p. 44 ou encore *Johnson v. Halifax Regional Police Service* (2003), 48 CHRR D/307 (NS Bd. Of Inq.), par. 8, 9 et 44.

¹⁵⁹ *CDPDJ c. Montréal (SPVM)*, *op. cit.*, par. 191 : « *l'existence d'autres motifs légaux d'intervention ne peut justifier le profilage ainsi exercé* ».

¹⁶⁰ *Peart v. Peel Regional Police Services*, 2006 CanLII 37566 (ON CA), par. 91.

¹⁶¹ *R. v. Khan*, *op. cit.*, par. 69.

racial ou contrôle au faciès¹⁶². Sont considérés : le motif de l'intervention ou de l'arrestation (*e.g.* prise en considération du fait qu'un jeune homme noir conduise une voiture de sport, une voiture de luxe, qu'il s'arrête dans une zone non prévue à cet effet ou encore la prise en compte de son style vestimentaire¹⁶³) ; la présence d'investigations non appropriées ou abusives dans le cadre de la prévention du crime (*e.g.* recherche dans les fichiers d'un signalement de véhicule volé en amont de l'interception, fouille illégale de véhicule, recherche de casier judiciaire sans motif de suspicion légitime, filature arbitraire, réitération de fouilles corporelles en l'absence de tout indice justifiant une telle insistance¹⁶⁴) ; les éventuels comportements inadéquats témoignant d'une certaine intransigeance (*e.g.* agressivité manifeste d'un gardien de sécurité ou prononcé des propos xénophobes¹⁶⁵) ; la prise de décision inhabituelle (*e.g.* recours à une force excessive ou demande préventive et disproportionnée de renfort¹⁶⁶) ; une pratique organisationnelle révélant en transparence une technique de profilage systémique¹⁶⁷ ; la fragilité des explications fournies par les intimés¹⁶⁸ (*e.g.* contradictions voire fabrication d'éléments de preuve *a posteriori*¹⁶⁹) ; une comparaison interindividuelle ou intergroupe (*e.g.* par le biais de témoignages) ; et, enfin, l'analyse du contexte social (*e.g.* *via* des expertises permettant d'élargir l'approche à une dimension macro-sociétale propre à situer le fait litigieux en filiation de pratiques systémiques¹⁷⁰).

*

Ces premières considérations esquissent d'ores et déjà la place déterminante qu'occupe l'initiative du juge en vue du dépassement des obstacles liés à l'appréhension conceptuelle et probatoire de la discrimination. Son action permet notamment une modernisation en temps réel des formes de discrimination juridiquement reconnues et une adaptation sur mesure des modalités de preuve. Poursuivre l'analyse de l'expérience judiciaire canadienne ne fait que confirmer l'instrumentalisation de l'herméneutique du juge au profit de l'efficacité du traitement contentieux.

¹⁶² CDPDJ (Turenne, M.), *Prouver le profilage racial : perspectives pour un recours civil*, Montréal, Direction de la recherche et de la planification, 2006, 65 p.

¹⁶³ Respectivement : *R. v. Brown*, *op. cit.*, par. 46, *R. v. Khan*, *op. cit.*, par. 68, *CDPDJ c. SPVM*, *op. cit.*, par. 222, et *R. v. Campbell*, *op. cit.*, par. 76-83.

¹⁶⁴ Respectivement : *R. v. Brown*, *op. cit.*, par. 46 et 54, *R. v. Khan*, *op. cit.*, par. 67, *CDPDJ c. SPVM*, *op. cit.*, par. 263, *R. v. Campbell*, *op. cit.*, par. 93, et *Nassiah v. Peel*, *op. cit.* par. 166.

¹⁶⁵ Respectivement : *Radek v. Henderson Development*, *op. cit.*, par. 471, *CDPDJ c. SPVM*, *op. cit.*, par. 239, et *Nassiah v. Peel*, *op. cit.* par. 107.

¹⁶⁶ *Johnson v. Halifax Regional Police Service*, *op. cit.*, p. 30.

¹⁶⁷ *Radek v. Henderson Development*, par. 126 et 604.

¹⁶⁸ *R. v. Khan*, *op. cit.*, par. 66, 68

¹⁶⁹ *R. v. Brown*, *op. cit.*, par. 46, et *R. v. Campbell*, *op. cit.*, par. 98.

¹⁷⁰ *Nassiah v. Peel*, *op. cit.* par. 134.

II. Le traitement contentieux de la discrimination : entre dialectique et stratégie juridictionnelle

Une fois la discrimination *prima facie* appréhendée par le juge, celui-ci peut librement amorcer son raisonnement. Lors de cet exercice, la dialectique ne saurait être résumée à un pur syllogisme dans la mesure où le volontarisme dont le juge fait preuve l'érige en un outil stratégique manifeste. D'une part, le raisonnement se trouve amplement influencé par *l'habitus* du juge et ses tendances axiologiques lorsque ce dernier se trouve confronté aux droits de la personne (A). D'autre part, ce raisonnement aboutit le cas échéant à un dispositif sanctionnant la discrimination, dispositif que le juge est susceptible d'instrumentaliser en vue de décupler la portée de son action, au-delà du seul aspect réparateur (B).

A. L'habitus du juge comme matrice de l'analyse contentieuse

Lors de l'instance, à la lueur des faits présentés, il appartient au juge d'apprécier la pertinence des allégations et arguments respectifs du requérant et de l'intimé. À ce stade, *l'habitus* du juge peut raisonnablement être présenté comme un facteur déterminant, notamment au regard de son influence sur les exigences et tolérances de ce dernier face aux impératifs de l'égalité (1) et au bien-fondé des justifications avancées (2).

1. Le paradigme d'interprétation téléologique : une exigence de l'égalité

En matière d'interprétation, il est opportun de situer les considérations suivantes au sein d'un système juridique qui, à certains égards, se pare d'une fonction de catalyseur du volontarisme jurisprudentiel. Cela étant, les répercussions de ce volontarisme servent indubitablement le droit antidiscriminatoire, tant en matière d'interprétation du contenu des dispositions, de leur valeur juridique ou encore en matière d'acceptation du principe d'égalité.

L'effectivité comme prisme interprétatif :

En matière antidiscriminatoire, la Cour suprême fonde utilement son office sur l'exigence de primauté de l'interprétation « *la plus pratique et la plus efficace* »¹⁷¹. Cette optique rejoint la

¹⁷¹ *Berardinelli c. Ontario Housing Corp*, [1979] 1 RCS 275, p. 284.

Loi d'interprétation de 1985 qui précise que « [t]out texte est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet »¹⁷². Pour le juge McIntyre, le Code ontarien des droits de la personne devait ainsi être interprété « dans un sens plus large que le sens le plus étroit que peuvent avoir les termes qui y sont employés » afin de « promouvoir ses fins générales »¹⁷³. Plus explicitement, toujours au sujet des lois antidiscriminatoires, la juge La Forest énonçait en 1987 l'impératif d'une interprétation « juste, large et libérale la plus propre à assurer la réalisation de leurs objets », « à promouvoir les considérations de politique générale qui l[es] sous-tendent » en vue de « reconnaître et de donner effet pleinement aux droits énoncés »¹⁷⁴. Constamment réaffirmée par les cours, cette « méthode d'interprétation large et libérale »¹⁷⁵ se limite aux dispositions interdisant la discrimination. Les exceptions à ces dispositions sont quant à elles assujetties à une interprétation restrictive¹⁷⁶. Brièvement, parmi les autres principes directeurs, figurent en outre la dimension souple et évolutive de l'interprétation¹⁷⁷ ainsi que l'harmonisation interprovinciale¹⁷⁸.

La nature « quasi constitutionnelle » des dispositions antidiscriminatoires :

De manière plus audacieuse, alors que les Codes et les Lois de consolidation sur les droits de la personne bénéficient formellement d'un statut législatif – à l'exception de la Charte canadienne de valeur constitutionnelle –, l'axiologie du juge a contribué au renforcement de leur valeur juridique. En 1982, le juge Lamer précisait en effet que la loi antidiscriminatoire « et les valeurs qu'elle tend à promouvoir et à protéger, sont, hormis les dispositions constitutionnelles, plus importantes que toutes les autres. En conséquence à moins que le législateur ne se soit exprimé autrement en termes clairs et exprès [...], il a voulu qu[']elle ait

¹⁷² LRC 1985, c I-21. Art. 12.

¹⁷³ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, op. cit., par. 12.

¹⁷⁴ *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 RCS 84, par. 8.

¹⁷⁵ *Ibidem*. Voir encore *Ville de Montréal*, op. cit., par. 71, *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés*, [1996] 2 RCS 345, par. 42, *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 RCS 571, p. 572 et 578, *Québec (CDPDJ) c. Maksteel Québec inc.*, [2003] RCS 228, par. 10, *CDPDJ c. Hôpital général juif Sir Mortimer B. Davis*, 2007 QCTDP 29, par. 205, *CN c. Canada*, op. cit., p. 1115, *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, op. cit., p. 370, etc.

¹⁷⁶ *Bhinder c. CN*, [1985] 2 RCS 561, par. 44.

¹⁷⁷ *Québec (CDPDJ) c. Maksteel Québec inc.*, op. cit., par. 11, ou encore *CDPDJ c. Hôpital général juif Sir Mortimer B. Davis*, op. cit., par. 205.

¹⁷⁸ *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, op. cit., p. 373, *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, op. cit., p. 48, ou encore *Entrop v. Imperial Oil Limited*, 2000 CanLII 16800 (ON CA).

préséance sur toutes les autres lois lorsqu'il y a conflit »¹⁷⁹. Le juge McIntyre appuyait ces propos en précisant trois ans plus tard qu'une telle loi « *est de nature spéciale et énonce une politique générale applicable à des questions d'intérêt général. Elle n'est pas de nature constitutionnelle [...]. Elle est cependant d'une nature telle que seule une déclaration législative claire peut permettre de la modifier, de la réviser ou de l'abroger, ou encore de créer des exceptions à ses dispositions* »¹⁸⁰. Vint ensuite le temps des superlatifs concrétisant sémantiquement la considération juridictionnelle privilégiée des lois antidiscriminatoires, instruments juridiques « *d'une nature qui sort de l'ordinaire* »¹⁸¹, « *quasi constitutionnelle* » et « *unique* »¹⁸², jouissant d'un « *statut spécial* »¹⁸³, sorte de « *loi[s] fondamentale[s], d'ordre public, quasi constitutionnelle[s], qui commande[nt] une interprétation large et libérale* »¹⁸⁴. Au-delà d'une démarche symboliquement forte, cette nature spéciale possède un impact crucial sur les relations internormatives en évacuant la problématique de leur conciliation avec les dispositions législatives hors droits et libertés. Précisément, les premières considérations du juge Lamer mentionnées *supra* furent développées en écho à la problématique de la conciliation revendiquée entre le Code antidiscriminatoire et l'*Insurance Act* de Colombie-Britannique. Par conséquent, cette initiative prétorienne impose désormais que toute disposition juridique soit nécessairement interprétée conformément au sens large et libéral des dispositions favorisant la lutte contre les discriminations en raison de leur valeur « *quasi constitutionnelle* ».

L'acception de l'égalité :

Quant à l'interprétation du concept d'égalité, tel qu'exprimé par les quatre droits constitutionnels (*i.e.* droit à l'égalité devant la loi, à l'égalité dans la loi, à l'égale protection et à l'égal bénéfice de la loi), elle fut tranchée sans ambages lors du premier cas d'espèce relatif à l'article 15 de la Charte canadienne. À l'occasion de l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, la plume du juge McIntyre admettait avec un mérite certain la complexité et la subjectivité de la notion. En premier lieu, il reconnaît qu'il s'agit d'un « *concept difficile à saisir qui, plus que tous les autres droits et libertés garantis dans la Charte, ne comporte pas de*

¹⁷⁹ *Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 RCS 145, p. 158.

¹⁸⁰ *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 RCS 150, p. 156.

¹⁸¹ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, *op. cit.*, par. 12.

¹⁸² *Canada (Procureur général) c. Mossop*, *op. cit.*, p. 611-612.

¹⁸³ *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés*, *op. cit.*, par. 42.

¹⁸⁴ *Idem*, p. 116. Voir encore *B c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, *op. cit.*, p. 404.

définition précise »¹⁸⁵. Il se réfère ensuite aux écrits de John H. Schaar, présentant l'égalité comme une notion à signification variable qui constitue « *l'un de ces symboles politiques -- liberté et fraternité en sont d'autres -- dans lesquels les hommes ont enfoui les désirs les plus profonds de leur cœur* », avant d'ajouter que chaque conception, nécessairement particulière, « *relève à la fois de la psychologie, de l'éthique, d'une conception des relations sociales et d'une vision de la société juste* »¹⁸⁶. Loin des incantations dogmatiques, la dimension idéologique – et subjective – du concept est ici frontalement assumée.

S'en suit une charge virulente convoquant les dérives historiques dont s'accommoderait – et a pu s'accommoder – une conception – certes ultra minimaliste – de l'égalité formelle (lois de Nuremberg, *Plessy v. Ferguson* et précédentes décisions de la Cour suprême canadienne relatives aux femmes et aux membres des bandes indiennes¹⁸⁷). Au sens de la Charte de 1982, le fondement du blâme repose ici sur les désastres de l'égalité devant la loi sans l'égalité dans la loi, c'est-à-dire l'application égale de la loi sans l'application à tous (« *une mauvaise loi ne peut être sauvegardée pour la simple raison qu'elle s'applique également à ceux qu'elle vise* »¹⁸⁸). De surcroît, le raisonnement de la Cour, conduit par le juge McIntyre, s'inscrit en filiation des propos du juge Frankfurter in *Dennis v. United States* (« *[i]t was a wise man who said that there is no greater inequality than the equal treatment of unequals* »)¹⁸⁹ et de certaines observations du Stagirite issues d'*Éthique à Nicomaque* au sujet de l'égalité formelle (« *[s]i les personnes ne sont pas égales, elles n'obtiendront pas dans la façon dont elles seront traitées l'égalité* »)¹⁹⁰. La critique repose cette fois sur l'insuffisance de l'égalité devant la loi (*i.e.* la loi s'applique également à tous), même cumulée à l'égalité dans la loi (*i.e.* la loi ne fait acception de personne), dès lors que les sujets diffèrent en substance. Ce positionnement théorique opère alors un basculement dans la perception de la loi, non plus simplement comme instrument devant s'abstenir d'accroître les inégalités, mais comme instrument devant rétablir l'égalité.

Pour ce faire, la Cour suprême emprunte la voie d'une égalité matérielle ou plus exactement d'une égalité matérialisée, c'est-à-dire qui « *ne peut être atteinte ou perçue que par comparaison avec la situation des autres dans le contexte sociopolitique où la question est soulevée* »¹⁹¹.

¹⁸⁵ *Andrews c. Law Society of British Columbia, op. cit.*, p. 164.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁸⁷ Voir notamment *R. c. Drybones*, [1970] RCS 282 et *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 RCS 183.

¹⁸⁸ *Andrews c. Law Society of British Columbia, op. cit.*, p. 167.

¹⁸⁹ 339 U.S. 162 (1950), p. 184.

¹⁹⁰ Tel que cité in *Andrews c. Law Society of British Columbia, op. cit.*, p. 166.

¹⁹¹ *Idem*, p. 164.

Puisque l'on admet que l'identité de traitement entre individus peut occasionner des situations d'inégalité selon les différences de caractéristiques personnelles et de situations, pour s'approcher de l'idéal d'égalité, « *la principale considération doit être l'effet de la loi sur l'individu* ». L'égalité s'apprécie alors en aval, au niveau des effets de la loi et par conséquent à la suite – ou en anticipation – du résultat de son application. C'est ce stade que concrétisent juridiquement deux des quatre droits constitutionnels à l'égalité, ajoutés en 1982 : le droit à l'égale protection et le droit à l'égal bénéfice de la loi. Selon cette conception, la règle de l'égalité comme traitement identique de situations analogues et de traitement différent de situations différentes peut persister. Simplement, l'analogie ou de la divergence des situations ne saurait être appréciée en amont, préalablement aux effets du traitement. Cela conduirait à négliger toute une série de points de friction entre caractéristiques personnelles et modalités d'application du traitement qui déboucheraient *in fine* sur une situation d'inégalité considérée comme illégitime¹⁹². En clair : « *[t]out en reconnaissant qu'il y aura toujours une variété infinie de caractéristiques personnelles, d'aptitudes, de droits et de mérites chez ceux qui sont assujettis à une loi, il faut atteindre le plus possible l'égalité de bénéfice et de protection et éviter d'imposer plus de restrictions, de sanctions ou de fardeaux à l'un qu'à l'autre. [...] [S]elon cet idéal qui est certes impossible à atteindre, une loi destinée à s'appliquer à tous ne devrait pas, en raison de différences personnelles non pertinentes, avoir un effet plus contraignant ou moins favorable sur l'un que sur l'autre* »¹⁹³.

Certes, cette conception protectrice n'est guère source de simplification et peut – à juste titre – sembler partisane dans la mesure où la subjectivité irrigue l'égalité par l'appréciation de la légitimité des contraintes ou des défaveurs et, *in fine*, de l'opportunité de leur correction. Néanmoins, à l'opposé, il serait fallacieux de croire qu'une égalité cantonnée à une méthode objective suffirait à exfiltrer la dimension subjective et idéologique du concept et à l'ériger de ce fait en un principe neutre. Dès lors qu'il est admis que l'indifférence aux inégalités sociales qui altèrent potentiellement le bénéfice ou la protection de la loi conduit à leur maintien, la neutralité s'apparente inévitablement à un choix partisan. À cet égard, la Cour suprême a pu souligner qu'« *interpréter les lois sur les droits de la personne principalement en fonction de l'égalité formelle mine la promesse d'égalité réelle qu'elles comportent et empêche l'examen des effets*

¹⁹² Voir *R. c. Turpin*, [1989] 1 RCS 1296, p. 1298 : « *nul ne doit supporter un inconvénient plus grand que les autres en raison du fond ou de l'application de la loi* ».

¹⁹³ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, *op. cit.*, p. 165.

de la discrimination systémique »¹⁹⁴. Elle poursuit : « [l]a norme qui fait inutilement abstraction des différences entre les personnes va à l'encontre des interdictions contenues dans les lois [antidiscriminatoires] et doit être remplacée »¹⁹⁵. La conception de l'égalité se trouve alors en parfaite adéquation avec une analyse juridique de la discrimination focalisée sur les effets de la pratique ou de la mesure, au détriment de ses modalités d'application – et explique au passage la dimension secondaire de la frontière entre discrimination directe et indirecte, précisément caractérisée par la modalité d'application du traitement (*i.e.* traitement différent ou traitement identique en apparence neutre).

2. L'appréciation des justifications avancées : une tolérance encadrée

Au-delà des exemptions législatives particulières (*e.g.* liées à l'âge, aux conditions de nationalité...) il existe plusieurs justifications possibles d'une mesure en apparence discriminatoire. Mise à part la clause de justification générale de la Charte canadienne¹⁹⁶, trois justifications potentielles sont régulièrement soumises à l'appréciation du juge : la nature de programme spécial, l'exigence professionnelle justifiée et la contrainte excessive.

Les programmes spéciaux :

Bien qu'il s'agisse moins d'une justification potentielle de l'atteinte à l'égalité que d'une modalité particulière de sa réalisation¹⁹⁷, au Canada, la nature de « *programme spécial* » fait échec aux allégations discriminatoires. À cette fin, les législations provinciales prévoient généralement dans leur Code – Loi ou Charte – sur les droits de la personne une disposition qui reconnaît leur vocation correctrice (*i.e.* éliminer les obstacles discriminatoires de nature systémique) et qui les place hors du champ d'application de l'interdiction de la

¹⁹⁴ Colombie-Britannique (*Public Service Employee Relations Commission*) c. BCGSEU, *op. cit.*, par. 41.

¹⁹⁵ *Idem*, par. 68.

¹⁹⁶ Art. 1 : « La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Sur ce point, voir notamment *Andrews c. Law Society of British Columbia*, *op. cit.*, R. c. Hess ; R. c. Nguyen, [1990] 2 RCS 906, *Egan c. Canada*, *op. cit.*, *Miron c. Trudel*, *op. cit.* ou encore *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 RCS 256.

¹⁹⁷ En ce sens, voir R. c. Kapp, [2008] 2 RCS 483, par. 37 : « [l]e paragraphe 15(2) favorise la pleine expression de l'égalité plutôt que la dérogation à celle-ci ».

discrimination¹⁹⁸. La Cour suprême admet cette spécificité tout en insistant sur le fait qu'elle se trouve évidemment conditionnée par la démonstration de l'objet améliorateur du programme et de son application à un groupe défavorisé caractérisé par un motif énuméré ou analogue¹⁹⁹. Inévitablement, en voulant aider certains groupes, ces programmes en excluent d'autres. La Cour reconnaît à cet égard la possibilité d'établir des priorités et estime qu'imposer aux institutions – gouvernementales ou non – qui s'engagent sur la voie de ces programmes de favoriser l'ensemble des groupes affectés par la discrimination systémique « entraînerait une perte d'occasions réelles de réduire les désavantages et les préjugés »²⁰⁰. Ces programmes spéciaux permettent ainsi de renforcer l'égalité réelle par l'amélioration de la situation des membres de groupes défavorisés ayant souffert de discriminations dans le passé²⁰¹ sans qu'ils ne soient considérés²⁰¹ comme des mesures inconstitutionnelles ou des mesures de « *discrimination à rebours* »²⁰².

L'exigence professionnelle justifiée :

Plus proche du statut de justification de la discrimination admissible par le juge, l'exigence professionnelle justifiée fut l'objet de considérations détaillées de la Cour suprême en 1999. Dans son arrêt dit « *Meiorin* », celle-ci a conçu et exposé le test jurisprudentiel encadrant la recevabilité du bien-fondé de cette justification. En l'espèce, il était question de la validité d'une règle posant une norme minimale – commune aux femmes et aux hommes – de condition physique pour les pompiers forestiers de Colombie-Britannique²⁰³. Ses effets ayant révélé une discrimination *prima facie*, le problème de droit reposait sur les critères de détermination de l'exigence professionnelle justifiée. La Cour a alors adopté un test composé de trois étapes, imposant à l'employeur de démontrer : qu'il a adopté la mesure dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail en cause ; en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but ; et, enfin, que la mesure est véritablement nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail²⁰⁴.

¹⁹⁸ E.g. art. 15(2) de la Charte canadienne des droits et libertés, art. 16(1) de la Loi canadienne sur les droits de la personne, art. 14(1) du Code ontarien, art. 42(1) du *Human Rights Code* de Colombie-Britannique, art. 86 de la Charte québécoise, art. 11 du Code du Manitoba, etc.

¹⁹⁹ *R. c. Kapp*, *op. cit.*, par. 41. Pour une analyse détaillée voir par. 27-55.

²⁰⁰ *Alberta (Affaires autochtones et développement du Nord) c. Cunningham*, [2011] 2 RCS 670, par. 41.

²⁰¹ Voir *idem*, par. 40 ou encore *R. c. Kapp*, *op. cit.*, par. 37.

²⁰² *Alberta (Affaires autochtones et développement du Nord) c. Cunningham*, *op. cit.*, par. 41 ou encore *R. c. Kapp*, *op. cit.*, par. 37.

²⁰³ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *op. cit.*, p. 3.

²⁰⁴ *Idem*, par. 54. Pour un cas d'application, voir notamment *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 SCR 868, par. 15-45.

La première étape du test repose sur l'identification à la fois de l'objet général de la règle ou de la pratique contestée et des exigences objectives du travail, afin de déterminer le lien rationnel susceptible d'unir ces deux éléments. Lorsqu'il n'existe aucun lien rationnel, l'objet général ne sera pas retenu par le juge comme légitime et la règle ou la pratique ne pourra constituer une exigence professionnelle justifiée²⁰⁵. Dans l'hypothèse inverse, il importe de poursuivre la démarche par l'examen de la deuxième étape qui repose sur l'élément subjectif du test. Même rationnellement envisageable, encore convient-il de démontrer que la règle ou la pratique était jugée raisonnable et n'était pas motivée par une animosité discriminatoire²⁰⁶. Si tel est le cas, il incombera enfin à l'employeur d'établir que la règle ou pratique est véritablement nécessaire, c'est-à-dire qu'il est « *impossible de composer avec les employés qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que l'employeur subisse une contrainte excessive* »²⁰⁷. Au sujet de cette dernière étape, la Cour suprême précise que « *[l]es cours de justice et les tribunaux administratifs devraient tenir compte des diverses manières dont il est possible de composer avec les capacités d'un individu. Outre les évaluations individuelles visant à déterminer si la personne a les aptitudes ou les compétences requises pour exécuter le travail, il y a lieu de prendre en considération, lorsque cela est indiqué, la possibilité d'exécuter le travail de différentes manières tout en réalisant l'objet légitime lié à l'emploi que vise l'employeur* »²⁰⁸. Conscient de la délicatesse de la démarche, la Cour dresse une liste de six questions permettant de guider le raisonnement²⁰⁹. *In fine*, s'il est conclu à la possibilité de composer avec des différences individuelles sans que l'employeur ne subisse de contrainte excessive, la mesure ou pratique sera illégitime aux yeux du juge. En revanche, si l'employeur apporte cumulativement satisfaction aux trois étapes du test, alors il pourra se prévaloir d'une exigence professionnelle justifiée²¹⁰.

La contrainte excessive :

À la fois composante de l'ultime étape du test de l'exigence professionnelle justifiée et justification autonome – lorsqu'est en cause non une règle ou pratique mais un cas spécifique d'accommodement raisonnable –, la contrainte excessive a été progressivement encadrée par

²⁰⁵ *Idem*, par. 57-59.

²⁰⁶ *Idem*, par. 60.

²⁰⁷ *Idem*, par. 62-64.

²⁰⁸ *Ibidem*.

²⁰⁹ *Idem*, par. 65.

²¹⁰ *Idem*, par. 67.

les considérations jurisprudentielles²¹¹. En pratique, cette notion est intimement liée à l'obligation juridique d'accommodement raisonnable, elle-même dérivée de l'interdiction de discrimination²¹². Cette obligation vise à empêcher que des personnes aptes ne soient injustement exclues alors que les conditions de travail pourraient être raisonnablement adaptées²¹³. Pour ce faire, une obligation juridique pèse sur l'employeur qui se doit d'offrir des mesures d'accommodement dès lors que cela n'occasionne pas de contrainte excessive. Concernant les modalités de l'accommodement envisageable selon le juge, elles sont aussi nombreuses qu'hétérogènes : horaires de travail variables, assouplissement de la tâche de l'employé, autorisation de déplacement personnel, aménagement physique du poste de travail, instauration d'un temps partiel, attribution d'un nouveau poste, etc²¹⁴. Quant au degré de contrainte exigé pour que l'obligation juridique disparaisse, les tribunaux rejettent l'invocation d'inconvénients « *négligeables* » et ne retiennent que l'« *atteinte réelle, non pas anodine mais importante* »²¹⁵. C'est ce que traduit l'apposition de l'adjectif « *excessive* » à la contrainte, la dissociant ainsi d'une contrainte acceptable qui ne constituerait aux yeux du juge que la contrepartie légitime et raisonnable du droit à l'égal protection ou à l'égal bénéfice de la loi²¹⁶.

La problématique essentielle demeure alors la détermination des éléments contraignants permettant de franchir le point de basculement cristallisant l'excès. À cet égard, il est bien établi que l'obligation d'accommodement n'a pas pour objet de dénaturer l'essence du contrat, c'est-à-dire l'obligation pour l'employé de fournir une prestation de travail en contrepartie de la rémunération²¹⁷. En conséquence, l'employeur n'a pas l'obligation de modifier les conditions de travail de façon fondamentale²¹⁸. En clair, pour la Cour suprême, « *[l]'obligation d'accommodement qui incombe à l'employeur cesse là où les obligations fondamentales rattachées à la relation de travail ne peuvent plus être remplies par l'employé dans un avenir prévisible* »²¹⁹. Quant aux manifestations concrètes de la contrainte excessive,

²¹¹ Voir notamment *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpson-Sears, op. cit.*, et *Bhinder c. CN, Op. Cit.*

²¹² *Ibidem.*

²¹³ *Hydro-Québec v. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, [2008] 2 RCS 561, par. 14.

²¹⁴ *Idem*, par. 17.

²¹⁵ *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 SCR 970, p. 984.

²¹⁶ *Ibidem.*

²¹⁷ *Hydro-Québec v. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, *op. cit.*, par. 15.

²¹⁸ *Idem*, par. 16.

²¹⁹ *Idem*, par. 19.

la jurisprudence a souligné le rôle particulier de plusieurs facteurs : le coût financier – sans en faire un critère absolu²²⁰ –, l’atteinte à la convention collective, le moral du personnel, l’interchangeabilité et la capacité d’adaptation des effectifs et des installations, la sécurité, l’ampleur du risque et l’identité de ceux qui le supportent²²¹, la taille de l’entreprise et les conditions économiques auxquelles elle est confrontée, la capacité de déplacer ou de récupérer les coûts de l’accommodement, la possibilité de financement externe (*i.e.* déductions fiscales)²²², etc. Cette énumération n’est en aucun cas exhaustive et demeure extensible au vu des particularités des cas d’espèce et des principes directeurs de la jurisprudence²²³.

B. La résolution du litige comme finalité curative et opportunité préventive de la discrimination

Une fois le litige saisi et pleinement appréhendé par les juridictions, encore convient-il de trancher le contentieux et de lui apporter une réponse par l’intermédiaire du dispositif. À ce stade, deux paramètres s’avèrent essentiels au prononcé d’une réponse appropriée et efficace au regard de l’impératif de réalisation du dispositif antidiscriminatoire : la nature de la réponse apportée (1) et son degré de sévérité (2).

1. La nature de la réponse juridictionnelle : dualité et complémentarité des mesures ordonnées

Au Canada, le choix du dépassement de l’approche punitive a conduit les juridictions à concevoir la sanction sous deux angles complémentaires : l’imposition de mesures de réparation du préjudice et, le cas échéant, l’imposition de mesures préventives.

Le dépassement de l’approche répressive :

En continuité des motivations ayant mené à l’adoption des législations provinciales sur les droits de la personne (*i.e.* notamment le fait que les sanctions pénales ne produisaient pas les effets

²²⁰ Sur l’absence de caractère systématiquement justificatif du seul coût financier, voir *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 RCS 624, par. 87-94, *Conseil des Canadiens avec déficience v. VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 RCS 650, par. 128.

²²¹ *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 RCS 489, p. 491.

²²² *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, *op. cit.*, par. 131-132.

²²³ *Idem*, par. 131.

escomptés²²⁴), la jurisprudence a écarté la méthode répressive, mettant l'accent sur l'impératif d'éradication de la discrimination²²⁵, estimé être servi avec davantage d'efficacité par une voie civile et des tribunaux spécialisés. Au sein de ce système, la finalité ne repose pas sur la sanction de l'auteur, responsable de la discrimination, mais sur l'offre d'une voie de recours efficace, propre à assurer l'effectivité du droit²²⁶ – lui-même interprété largement en vue de la réalisation de son objet. De cette perspective découle le désintérêt à la fois pour l'intention et pour la faute : « [l]es théories, étant axées sur la faute, n'ont absolument aucune pertinence [...] car [...] une loi relative aux droits de la personne a un but essentiellement réparateur qui consiste à éliminer des conditions antisociales sans égards aux motifs ou intentions de ceux qui en sont à l'origine »²²⁷. Elle « ne vise pas à déterminer la faute ni à punir une conduite. Elle est de nature réparatrice. Elle vise à déceler les actes discriminatoires et à les supprimer »²²⁸. Pour éradiquer les effets de la discrimination, deux réponses s'avèrent complémentaires. La réparation constitue une réponse à l'égard de la discrimination spécifiquement alléguée par le requérant. Elle prendra généralement la forme d'une indemnisation du préjudice subi. En sus, la prévention constitue une réponse à l'égard du système discriminatoire, notamment en cas de caractère systémique avéré²²⁹.

Les sanctions préventives et mesures de redressement systémique :

De manière constante, les cours ont admis que la prévention de la discrimination systémique exige des sanctions à caractère systémique²³⁰. À ce sujet, contrairement à ce qui est parfois avancé, les mesures de redressement ne visent pas la réparation des discriminations passées mais la prévention des discriminations futures. Si elle peut sembler illégitime de prime abord, l'imposition de mesures préventives contraignantes résulte de la probabilité de l'occurrence de ces discriminations qui, elle-même, découle généralement du constat de la dimension

²²⁴ À ce sujet, voir Morin, A., *Le droit à l'égalité au Canada*, op. cit., p. 33-34. Parmi les raisons en soutien : les blocages et craintes au niveau du dépôt de plaintes, les blocages au niveau de l'instruction, l'absence de caractère réparateur pour la victime, le manque d'audace des tribunaux, etc.

²²⁵ Notamment *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, op. cit., par. 14.

²²⁶ En ce sens, *Ontario Human Rights Commission v. Farris*, 2012 ONSC 3876 (CanLII), par. 36.

²²⁷ *Robichaud c. Canada*, op. cit., par. 11.

²²⁸ *Idem*, par. 13.

²²⁹ *CN c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, op. cit., p. 1115 et 1138, ou encore *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 RCS 650, par. 127.

²³⁰ E.g. *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 RCS 1120, par. 253, ou encore *CDPDJ c. Gaz métropolitain inc.*, op. cit., par. 495. Récemment, la Cour suprême a saisi l'occasion de réaffirmer le lien existant entre la dimension commune de la discrimination systémique et la nécessité de mesure « préventives », moins justifiées par la preuve d'un quelconque préjudice que par les effets constatés des pratiques situées à la source de l'exclusion. Voir *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, [2013] 1 RCS 467, p. 473.

systemique perpétuant les effets discriminatoires en dépit de la reconnaissance et de la sanction juridictionnelle du système en cause en l'espèce. Simplement, c'est l'expérience du passé qui fonde l'élaboration des correctifs ayant vocation à faire obstacle aux discriminations futures²³¹. Dit autrement : « [l]'objectif n'est pas d'indemniser les victimes du passé ni même d'ouvrir de nouveaux horizons à des individus particuliers qui, par le passé, se sont vus refuser inéquitablement un emploi ou une promotion [...] [mais] de faire en sorte qu'à l'avenir les postulants et les travailleurs du groupe touché n'aient pas à faire face aux mêmes barrières insidieuses »²³². Pour les cours, ces « mesures préventives innovatrices et imaginatives » cherchent à « rompre le cercle vicieux de la discrimination systémique » qui prend sa source « dans les attitudes, préjugés, manières de penser, et habitudes qui ont pu s'installer au cours de plusieurs générations »²³³.

Lorsqu'elles s'inscrivent dans le secteur de l'emploi, ces mesures de redressement sont susceptibles de comprendre plusieurs volets, enjoignant notamment : à fixer un taux d'embauche prioritaire sous réserve de qualités et aptitudes essentielles²³⁴, à revisiter les procédures de recrutement²³⁵, à écarter les critères injustifiés de recrutement qui soutiennent l'exclusion disproportionnée d'un groupe²³⁶ ou encore à réformer le cadre institutionnel afin d'investir des pouvoirs de contrôle et de suivi²³⁷. Ces mesures possèdent selon la Cour trois objectifs essentiels : contrer les effets cumulatifs de la discrimination systémique et limiter le risque de discrimination supplémentaire ; faire obstacle aux attitudes stéréotypées en permettant aux personnes exclues de prouver leurs capacités ; et faciliter l'émergence d'une « masse critique », conçue à terme comme facteur autonomisé de réduction des iniquités en

²³¹ CN c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne), *op. cit.*, p. 1145.

²³² *Idem*, p. 1143-1144.

²³³ *Idem*, p. 1116, 1140 et 1143.

²³⁴ E.g. CDPDJ c. Gaz métropolitain inc., *op. cit.* : « le tribunal ordonne aux parties défenderesse [...] d'embaucher prioritairement les femmes ayant les qualités et aptitudes essentielles requises pour exercer le travail en cause avec un taux de nomination préférentielle établi à 40 % ».

²³⁵ E.g. *ibidem* : « de s'assurer que les tests d'embauche et les outils de sélection soient soumis à une validation critériée [...] ; d'adopter les mesures nécessaires pour que les responsables de la conception et de l'administration des entrevues et des tests pratiques aient des instructions claires et précises visant à traiter les candidates [...] sans discrimination fondée sur le sexe ; de modifier le système d'entrevue afin d'en retirer les questions ayant un effet discriminatoire [...] ; de modifier l'examen théorique afin d'en retirer les questions, tirées du test Bennett, ayant un effet discriminatoire ».

²³⁶ E.g. *ibidem* : « le tribunal ordonne aux parties défenderesse [...] de cesser d'exiger que les candidates et les candidats [...] détiennent préalablement un permis de conduire classe 3 ; de cesser d'exiger que les candidates [...] possèdent une expérience préalable dans un emploi non traditionnel ; d'adapter aux caractéristiques physiques des femmes les tests de sélection, les outils et les méthodes de travail [...] tout en permettant l'exécution sûre et efficace du travail effectué de différentes manières dans un tel poste ».

²³⁷ E.g. *ibidem* : « le tribunal ordonne aux parties défenderesse [...] de mettre sur pied un comité pour contrer le harcèlement sexuel et sexiste au travail qui comporte une représentation de femmes Préposées réseau/Stagiaires réseau ainsi que de la direction de l'entreprise ».

emploi²³⁸. Cela étant, les programmes d'équité – ou d'accès à l'égalité – en emploi ne constituent pas les seules manifestations des mesures de redressement préventives. Il est relativement courant que le tribunal des droits de la personne qui reconnaît un cas de discrimination ordonne le suivi, individuel ou collectif, d'une formation portant sur l'obligation – générale ou spécifique – de non-discrimination²³⁹. En sus, il peut également ordonner – de manière isolée ou combinée – l'élaboration d'une politique institutionnelle interne de lutte contre les discriminations²⁴⁰, possiblement à la suite d'une expertise indépendante aux frais de l'intimé²⁴¹ ou sur consultation de la Commission des droits de la personne²⁴². Comme souligné précédemment, ces mesures de prévention sont complémentaires et accompagnent les mesures de réparation procédant quant à elle à l'indemnisation du préjudice.

L'indemnisation du préjudice :

Comme en matière d'interprétation de la portée matérielle des dispositions antidiscriminatoires, les tribunaux canadiens plaident en faveur d'une interprétation large et libérale dans l'attribution des dommages-intérêts²⁴³. Au soutien de cette position se trouve la crainte qu'un montant trop faible ait pour conséquence de perpétuer la discrimination en créant une simple redevance²⁴⁴, en minimisant l'importance cruciale du dispositif antidiscriminatoire, de l'acte discriminatoire lui-même et en marginalisant le requérant²⁴⁵. Illustrant cette largesse d'interprétation, il a par exemple été reconnu que la seule violation de l'interdiction de la discrimination justifiait l'indemnisation d'un préjudice moral, en l'absence

²³⁸ *CN c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, *op. cit.*, p. 1143-1144.

²³⁹ *Sharpe v. Cheuk*, 2015 HRTO 10 (CanLII), *Seck v. Mirzaei*, 2015 HRTO 101 (CanLII), *Bain v. River Poker Tour*, 2015 HRTO 734 (CanLII), *Kamis v. 1903397 Ontario Inc.*, 2015 HRTO 741 (CanLII), *Lougheed v. Little Buddies Preschool Centre*, 2015 HRTO 909 (CanLII), ou encore *Wratten v. 2347656 Ontario Inc.*, 2015 HRTO 1041 (CanLII).

²⁴⁰ *E.g. Dawson v. Vancouver Police Board (No. 2)*, 2015 BCHRT 54 (CanLII) (transsexualisme et service de police), *CDPDJ c. Anwar*, 2015 QCTDP 6 (CanLII) (service de taxi et handicap), *Manu v. Centum Fundamental Financial Inc.*, 2015 HRTO 725 (CanLII) (entreprise et harcèlement sexuel), *Brar and others v. B.C. Veterinary Medical Association and Osborne*, 2015 BCHRT 151 (association professionnelle et origine), *Angeles Toledo v. Mexitaco*, 2015 HRTO 1464, etc.

²⁴¹ *Sweet v. 1790907 Ontario Inc. o/a Kanda Sushi*, 2015 HRTO 433 (CanLII) (restauration et handicap), *Tombs v. 1303939 Ontario Ltd. (Holiday Inn Express)*, 2015 HRTO 842 (CanLII) (accommodement raisonnable et handicap).

²⁴² *E.g. Tanner v. Gambler First Nation, Op. Cit.*

²⁴³ *E.g. Walsh v. Mobil Oil Canada*, 2013 ABCA 238, par. 30-31.

²⁴⁴ *Sanford v. Koop*, 2005 HRTO 53 (CanLII), par. 34, ou encore *ADGA Group Consultants Inc. v. Lane* (2008), 2008 CanLII 39605 (ON SCDC), par. 153.

²⁴⁵ *Walsh v. Mobil Oil Canada, op. cit.*, par. 30-31, ou encore *Mortland and VanRootselaar v. Peace Wapiti School Division No. 76*, 2015 AHRC 9 (CanLII), par. 440.

même de demande de réparation émanant de la victime²⁴⁶. De surcroît, lorsque cette dernière formule une demande d'indemnisation, il est loisible au tribunal d'allouer un montant supérieur à celui sollicité au regard des circonstances de l'espèce²⁴⁷. L'évaluation du préjudice moral se trouve alors conditionnée par une double perspective, objective et subjective. La première vise l'évaluation de la gravité de l'acte en cause au regard de la situation objective du requérant (e.g. durée du maintien en emploi avant licenciement, fréquence et durée du harcèlement, répercussions connexes négatives, etc.). La seconde vise l'évaluation de la gravité de l'offense telle que ressentie par la victime²⁴⁸ (e.g. sentiment d'humiliation, de persécution, vulnérabilité particulière, perte d'estime de soi, de confiance, etc.²⁴⁹).

À cette indemnisation du préjudice moral, est naturellement susceptible de s'ajouter une indemnisation du préjudice matériel. La part d'objectivité dans l'évaluation se trouve alors renforcée au détriment de la discrétion des cours. Tout au plus, ces dernières bénéficieront d'une marge de manœuvre dans l'appréciation de l'attitude de la victime en vue de la limitation des pertes de revenu²⁵⁰. En sus, les tribunaux des droits de la personne canadien (fédéral) et québécois²⁵¹ possèdent la particularité d'octroyer des dommages punitifs ou indemnités spéciales d'un montant variable « *lorsque l'auteur de l'atteinte illicite a un état d'esprit qui dénote un désir, une volonté de causer les conséquences de sa conduite [...] ou encore s'il agit en toute connaissance des conséquences, immédiates et naturelles ou au moins extrêmement probables, que cette conduite engendrera* »²⁵². Dans un souci de cohérence, les cours procèdent dans une large mesure par comparaison des cas d'espèce et des indemnisations respectives du préjudice moral. Ce faisant, elles établissent par l'intermédiaire de leur jurisprudence une sorte de barème des dommages-intérêts.

²⁴⁶ *Coreas and Coreas v. Tuyen (No. 3)*, 2012 BCHRT 218, par. 45 : « [e]ven where no overt evidence has been presented, injury to dignity, feelings and self-respect may be inferred based on the very finding of a violation of the Code ».

²⁴⁷ *Watters v. Creative Minds Childrens Services LTO Daycare*, 2015 HRTO 475 (CanLII), par. 43.

²⁴⁸ *Seguin v. Great Blue Heron Charity Casino*, 2009 HRTO 940 (CanLII), par. 16, ou encore *Arunachalam v. Best Buy Canada*, 2010 HRTO 1880 (CanLII), par. 52-54.

²⁴⁹ À ce titre, voir notamment *Sanford v. Koop, Op. Cir.*, par. 35, ou encore *ADGA Group Consultants Inc. v. Lane* (2008), *op. cit.*, par. 154.

²⁵⁰ *Torres v. Royalty Kitchenware Ltd.* (1982) 3 CHRR D/858, p. D/871, *Vanton v. B.C. Council of Human Rights*, (1994) 25 Admin L.R. (2d) 253, par. 81, ou encore *Gichuru v. Law Society of British Columbia*, 2011 BCHRT 185, par. 370.

²⁵¹ Le tribunal ontarien s'y refuse explicitement. Voir *Rodrigues v. Toronto (City)*, 2011 HRTO 1307, par. 6.

²⁵² *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 RCS 211, par. 121.

2. Le degré de la réponse juridictionnelle : photographie de l'indemnisation du préjudice moral

Tableau n° 1 : représentation illustrative (non exhaustive) de l'évaluation du préjudice moral – et seulement du préjudice moral – dans les décisions du Tribunal des droits de la personne de l'Ontario entre 2010 et 2015 concernant cinq actes discriminatoires spécifiques*.

Nature de la discrimination	Ecart-type (en \$ CAD)	Détails des montants (en \$ CAD) et des décisions pertinentes	Explication du différentiel
Commentaire isolé à caractère discriminatoire	1 000 < x < 3 000	1 000 (Costigane v. Nyood Restaurant & Bar, 2015 HRTO 420 (CanLII)) ; 1 500 (Baisa v. Skills for Change, 2010 HRTO 2161 (CanLII)) ; 2 000 (Adorgloh v. Seasons Foodmart and Feng Lin, 2013 HRTO 1201 (CanLII)) ; 2 500 (Brooks v. Total Credit Recovery Limited, 2012 HRTO 1232 (CanLII)) ; 3 000 (Manu v. Centum Fundamental Financial Inc., 2015 HRTO 725 (CanLII))	<u>Moyenne haute</u> : vulgarité et gravité du commentaire
Privation ou altération de service sur le fondement du handicap	2 000 < x < 15 000	2 000 (Kamis v. 1903397 Ontario Inc., 2015 HRTO 741 (CanLII)) ; 2 500 (Thai v. Hing Loong Investments Ltd., 2011 HRTO 2227 (CanLII)) ; Sweet v. 1790907 Ontario Inc. o/a Kanda Sushi, 2015 HRTO 433 (CanLII)) ; 3 000 (Noseworthy v. 1008218 Ontario Ltd., 2015 HRTO 782 (CanLII)) ; 5 000 (Bain v. River Poker Tour, 2015 HRTO 734 (CanLII)) ; Hill v. Bani-Ahmad, 2014 HRTO 937 (CanLII)) ; 6 000 (Wozenilek v. 7-Eleven Canada, 2010 HRTO 407 (CanLII)) ; 10 000 (M.O. v. Ottawa Catholic District School Board, 2010 HRTO 1754 (CanLII)) ; C.C. v. J.L. o/a [...] Restaurant, 2014 HRTO 1625 (CanLII)) ; 12 000 (B.M. v. Cambridge (City), 2010 HRTO 1104 (CanLII)) ; 15 000 (Bourdeau v. Kingston Bazar, 2012 HRTO 393 (CanLII))	<u>Moyenne basse</u> : refus d'accès à un service ponctuel ; <u>Moyenne haute</u> : violation répétée ou service de longue durée ou sentiment d'humiliation en public
Non accommodement et licenciement sur le fondement de la grossesse	10 000 < x < 20 000	10 000 (Osvald v. Videocomm Technologies, 2010 HRTO 770 (CanLII)) ; Charbonneau v. Atelier Salon & Spa, 2010 HRTO 1736 (CanLII)) ; Purres v. London Athletic Club (South) Inc., 2012 HRTO 1758 (CanLII)) ; Lougheed v. Little Buddies Preschool Centre, 2015 HRTO 909 (CanLII)) ; Guay v. 1481979 Ontario, 2010 HRTO 1563 (CanLII)) ; 12 500 (Peart v. Distinct HealthCare Services Inc., 2013 HRTO 305 (CanLII)) ; 13 500 (Korkola v. Maid Day! Maid Day! Inc., 2013 HRTO 525 (CanLII)) ; 15 000 (Watters v. Creative Minds Childrens Services LTO Daycare, 2015 HRTO 475 (CanLII)) ; Bickell v. The Country Grill, 2011 HRTO 1333 (CanLII)) ; 20 000 (Graham v. 3022366 Canada Inc., 2011 HRTO 1470 (CanLII))	<u>Moyenne basse</u> : refus d'emploi et non licenciement ou facteur partiel du licenciement ; <u>Moyenne haute</u> : cause du licenciement
Non accommodement et licenciement sur le fondement du handicap	10 000 < x < 35 000	10 000 (LeBlanc v. Syncreon, 2010 HRTO 2336 (CanLII)) ; Coscina v. Halton School of Equitation, 2011 HRTO 1949 (CanLII)) ; DeForest v. Brockton Farm Ltd., 2012 HRTO 1666 (CanLII)) ; Schildt v. POINTTS Advisory Limited, 2014 HRTO 893 (CanLII)) ; Wappler v. Geo Holiday Services, 2010 HRTO 1465 (CanLII)) ; 12 000 (Davis v. Nordock Inc., 2012 HRTO 2218 (CanLII)) ; Hébert v. 1497422 Ontario Inc., 2013 HRTO 133 (CanLII)) ; 13 000 (O'Brien v. Organic Works Inc., 2012 HRTO 457 (CanLII)) ; Moore v. Curraghmore Farm Inc., 2013 HRTO 1586 (CanLII)) ; 15 000 (Mirashrafi v. Circuit Centre, 2010 HRTO 512 (CanLII)) ; Vetricek v. 642518 Canada, 2010 HRTO 757 (CanLII)) ; Duliunas v. York-Med Systems, 2010 HRTO 1404 (CanLII)) ; Defina v. Lithocolor Services Ltd., 2012 HRTO 1768 (CanLII)) ; Maric v. National Millwork Inc., 2013 HRTO 425 (CanLII)) ; Macan v. Strongco, 2013 HRTO 841 (CanLII)) ; Simpson v. JB & M Walker, 2010 HRTO 819 (CanLII)) ; Dean v. Halpern's, 2011 HRTO 780 (CanLII)) ; 20 000 (Tombs v. 1303939 Ontario Ltd. (Holiday Inn Express), 2015 HRTO 842 (CanLII)) ; Pilon v. Cornwall (City), 2012 HRTO 177 (CanLII)) ; Torrejon v. 1147335 Ontario, 2010 HRTO 1513 (CanLII)) ; 25 000 (Budd v. 783720 Ontario Inc., 2015 HRTO 825 (CanLII)) ; 30 000 (Chittle v. 1056263 Ontario Inc., 2013 HRTO 1261 (CanLII)) ; 35 000 (Krieger v. Toronto Police Services Board, 2010 HRTO 1361 (CanLII))	<u>Moyenne basse</u> : refus d'accommodement sans aboutissement au licenciement ou licenciement partiellement fondé sur le handicap ; <u>Moyenne haute</u> : absence de tentative d'accommodement et handicap comme cause du licenciement

Harcèlement sexuel	15 000 < x < 150 000	<p>15 000 (Newton v. Toronto (City), 2010 HRTO 1023 (CanLII) ; S.S. v. Taylor, 2012 HRTO 1839 (CanLII) ; Panucci v. Seller's Choice Stockdale Realty Ltd., 2015 HRTO 1579 (CanLII)) ; 18 000 (Payette v. Alarm Guard Security Service, 2011 HRTO 109 (CanLII)) ; G.G. v. [...] Ontario Limited, 2012 HRTO 1197 (CanLII)) ; Vipond v. Ben Wicks Pub and Bistro, 2013 HRTO 695 (CanLII)) ; 20 000 (lu v. Markham Marble, 2012 HRTO 65 (CanLII)) ; Chuvalo v. Toronto Police Services Board, 2010 HRTO 2037 (CanLII)) ; 22 500 (Harriott v. National Money Mart, 2010 HRTO 353 (CanLII)) ; 25 000 (Wesley v. 2252466 Ontario Inc. o/a The Grounds Guys, 2014 HRTO 1591 (CanLII)) ; 27 000 (Garofalo v. Cavalier Hair Stylists Shop Inc., 2013 HRTO 170 (CanLII)) ; 28 000 (Horner v. Peelle Company Ltd., 2014 HRTO 1211 (CanLII)) ; 30 000 (Farris v. Staubach Ontario Inc., 2011 HRTO 979 (CanLII)) ; C.U. v. Blencowe, 2013 HRTO 1667 (CanLII)) ; Birchall v. Andres, 2013 HRTO 1469 (CanLII)) ; 35 000 (Smith v. The Rover's Rest, 2013 HRTO 700 (CanLII)) ; 40 000 (M.K. v. [...] Ontario, 2011 HRTO 705 (CanLII)) ; J.D. v. The Ultimate Cut Unisex, 2014 HRTO 956 (CanLII)) ; C.K. v. H.S., 2014 HRTO 1652 (CanLII)) ; 150 000 (O.P.T. v. Presteve Foods Ltd., 2015 HRTO 675 (CanLII))</p>	<p><u>Moyenne basse :</u> avances de nature sexuelle et attouchement à une seule occasion</p> <p><u>Moyenne haute :</u> gravité extrême du comportement (un ou plusieurs attouchement(s) ou comportement prolongé</p>
---------------------------	---	---	---

* Cette représentation exclut notamment : les décisions des tribunaux des droits de la personne des autres provinces, des juridictions de droit commun, les décisions extrajuridictionnelles ou encore les médiations conduites devant le tribunal des droits de la personne.

Tableau n° 2 : représentation des moyennes et extrêmes des indemnisations du préjudice moral prononcées en 2015 par les principaux tribunaux provinciaux des droits de la personne au Canada

En \$ CAD (estimé en €**)	Québec	Ontario	Alberta	Colombie-Britannique
Inférieur	1 500 (1 058)	500 (353)	7 500 (5 288)	2 000 (1 410)
<u>Décision</u>	Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Desrosiers, 2015 QCTDP 11 (CanLII)	Seck v. Mirzaei, 2015 HRTO 101 (CanLII)	Mohamud v. Canadian Dewatering (2006) Ltd., 2015 AHRC 16	Flak v. Andersen, 2015 BCHRT 87 (CanLII)
Supérieur	6 500 (4 583)	150 000 (105 768)	15 000 (10 577)	50 000 (35 256)
<u>Décision</u>	Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Québec (Ministère de la Sécurité publique), 2015 QCTDP 8 (CanLII)	O.P.T. v. Presteve Foods Ltd., 2015 HRTO 675 (CanLII)	Andric v. 585105 Alberta Ltd. o/a Spasation Salon & Day Spa, 2015 AHRC 14 (CanLII)	PN v. FR and another (No. 2), 2015 BCHRT 60 (CanLII)
Moyenne des indemnisations prononcées en 2015	3 786 (2 670)	14 456 (10 193)	11 833 (8 344)	17 375 (12 251)

** Base d'une moyenne annuelle de la valeur du dollar CAD à 1,4182 par rapport à l'euro (source : banque du Canada)

*

**

Sans qu'elles n'aient prétention à l'exhaustivité, ces quelques considérations tendent à illustrer l'attitude du juge canadien face aux écueils que révèle l'expérience contentieuse. Les latitudes d'interprétation dont il dispose sont ainsi mises au profit d'une audace indéniable, soutenue par un argumentaire et une rhétorique rendus possibles par une conception

particulière de l'office juridictionnel. Considérer en miroir le cas français pourrait alors générer la tentation d'un simple constat, celui d'un choc des systèmes dont l'inégalité des armes servirait l'efficacité de la lutte contre les discriminations avec un degré variable. Partiellement justifiée, cette perception ne devrait pas conduire pour autant à négliger la multiplicité des facteurs tiers et tout aussi cruciaux tels la dotation précoce d'instruments juridiques antidiscriminatoires ou le choix de la spécialisation de la voie juridictionnelle. Par ailleurs, si les restrictions aux marges de manœuvre et à l'herméneutique du juge peuvent certes être défendues comme le fruit d'un système juridique légitime, il importe néanmoins de garder à l'esprit qu'elles exigent en contrepartie une exemplarité accrue de l'outil législatif.