Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse *Appellant*

v.

Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center) and Javed Latif *Respondents*

- and -

Javed Latif *Appellant*

v.

Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center) and Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse *Respondents*

and

Canadian Civil Liberties Association, Canadian Human Rights Commission, Center for Research-Action on Race Relations, National Council of Canadian Muslims, Canadian Muslim Lawyers Association and South Asian Legal Clinic of Ontario *Interveners*

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse *Appelante*

c.

Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation) et Javed Latif *Intimés*

- et -

Javed Latif *Appelant*

c.

Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation) et Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse *Intimées*

et

Association canadienne des libertés civiles, Commission canadienne des droits de la personne, Centre de recherche-action sur les relations raciales, Conseil national des musulmans canadiens, Association canadienne des avocats musulmans et South Asian Legal Clinic of Ontario *Intervenants*

Indexed as: Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) *v.* Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center)

2015 SCC 39

File No.: 35625.

2015: January 23; 2015: July 23.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Rothstein, Cromwell, Karakatsanis, Wagner and Côté JJ.

Répertorié : Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) *c.* Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)

2015 CSC 39

N° du greffe : 35625.

2015 : 23 janvier; 2015 : 23 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Rothstein, Cromwell, Karakatsanis, Wagner et Côté.

2015 CSC 39 (CanLII)

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Human rights — Right to equality — Discrimination based on national or ethnic origin — Evidence — Canadian company denying request for pilot training made by Canadian citizen of Pakistani origin on basis of decision of U.S. authorities to prohibit training of pilot in question in United States — Two-step process for discrimination complaint under s. 10 of Quebec Charter — Definition of prima facie discrimination, and degree of proof required in order to establish it — Whether prima facie discrimination has been proven in this case — Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12, s. 10.

B operates two centres, in Montréal and Dallas, at which pilots are trained on the types of aircraft it produces. This training is offered to pilots holding licences issued by various authorities, including Canada and the United States. L, a Canadian citizen born in Pakistan, held Canadian and U.S. pilot's licences. In 2004, L registered for training at B's Dallas centre under his U.S. licence. A security clearance from the U.S. authorities was requested for L in accordance with enhanced aviation security measures that had been implemented by the United States in the wake of the terrorist attacks of September 11, 2001. This request was denied. As a result, L could not receive the training from B under his U.S. licence. B also refused to train him at its Montréal centre under his Canadian licence. Being of the view that B's refusal constituted discrimination against him, L filed a complaint with the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse ("Commission"). After investigating, the Commission initiated proceedings in the Human Rights Tribunal in which it alleged that B had impaired L's right to avail himself of services ordinarily offered to the public and his right to the safeguard of his dignity and reputation without discrimination based on ethnic or national origin, contrary to ss. 4, 10 and 12 of the Quebec *Charter of human rights and freedoms*.

The Tribunal agreed with the Commission, ordering B to pay damages to L. It also ordered B to cease applying or considering the standards and decisions of the U.S. authorities in national security matters when dealing with applications for the training of pilots under Canadian pilot's licences. The Court of Appeal set aside the Tribunal's decision on the basis that the Tribunal could not find that B had discriminated against L without proof

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droits de la personne — Droit à l'égalité — Discrimination fondée sur l'origine nationale ou ethnique — Preuve — Entreprise canadienne refusant la demande de formation de pilotage de la part d'un citoyen canadien d'origine pakistanaise sur la base d'une décision des autorités américaines d'interdire la formation à ce pilote aux États-Unis — Démarche à deux volets dans le cadre d'une plainte de discrimination fondée sur l'art. 10 de la Charte québécoise — En quoi consiste la discrimination prima facie et quel est le degré de preuve requis pour l'établir? — Y a-t-il preuve de l'existence de discrimination prima facie en l'espèce? — Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12, art. 10.

B exploite deux centres de formation pour pilotes, à Montréal et à Dallas, sur les types d'avion qu'elle produit. Ces formations sont offertes à des titulaires de licences de pilote délivrées par différentes autorités, y compris le Canada et les États-Unis. L, un citoyen canadien né au Pakistan, détient des licences de pilote canadienne et américaine. En 2004, L s'inscrit à une formation au centre de B à Dallas sur la base de sa licence américaine. Une approbation de sécurité est demandée aux autorités américaines pour L, conformément aux mesures accrues de sécurité en matière d'aviation mises en place par les États-Unis dans la foulée des attentats terroristes du 11 septembre 2001. Cette approbation est refusée. Conséquemment, L ne peut suivre la formation chez B sur la base de sa licence américaine. B refuse également de lui donner cette formation au centre de Montréal sur la base de sa licence canadienne. D'avis que ce refus de B est discriminatoire à son endroit, L dépose une plainte auprès de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (« Commission »). Après enquête, cette dernière saisit le Tribunal des droits de la personne, reprochant à B d'avoir porté atteinte au droit de L de bénéficier de services ordinairement offerts au public et à son droit à la sauvegarde de sa dignité et de sa réputation, sans discrimination fondée sur l'origine ethnique ou nationale, contrairement aux art. 4, 10 et 12 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec.

Le Tribunal donne raison à la Commission, et condamne B à verser à L des dommages-intérêts. Il ordonne également à B de cesser d'appliquer ou de considérer les normes et décisions des autorités américaines en matière de sécurité nationale lors du traitement de demandes de formation de pilote sur la base d'une licence de pilote canadienne. La Cour d'appel infirme la décision du Tribunal, étant d'avis que celui-ci ne pouvait conclure à un acte

2015 CSC 39 (CanLII)

that the U.S. authorities' decision was itself based on a ground that is prohibited under the *Charter*.

Held: The appeals should be dismissed.

An application with respect to a complaint under the *Charter* involves a two-step process that successively imposes separate burdens of proof on the plaintiff and the defendant. Whatever form discrimination takes, this two-step analysis does not change. The fact that racial profiling is recognized as a prohibited form of discrimination does not therefore change this process. At the first step, s. 10 of the *Charter* requires that the plaintiff prove three elements: (1) a distinction, exclusion or preference, (2) based on one of the grounds listed in the first paragraph of s. 10, and (3) which has the effect of nullifying or impairing the right to full and equal recognition and exercise of a human right or freedom. If these three elements are established, there is "*prima facie* discrimination". At the second step, the defendant can justify his or her decision or conduct on the basis of the exemptions provided for in the applicable human rights legislation or those developed by the courts. If the defendant fails to do so, discrimination will then be found to have occurred.

The first element of *prima facie* discrimination is not problematic: the plaintiff must prove the existence of differential treatment, that is, that a decision, a measure or conduct affects him or her differently from others to whom it may apply. As regards the second element, the plaintiff has the burden of showing that there is a connection between a prohibited ground of discrimination and the distinction, exclusion or preference of which he or she complains or, in other words, that the ground in question was a factor in the distinction, exclusion or preference. It is not essential that this connection be an exclusive one: for a particular decision or action to be considered discriminatory, the prohibited ground need only have contributed to it. Lastly, as to the third element, the plaintiff must show that the distinction, exclusion or preference affects the full and equal exercise of a right or freedom guaranteed to him or her by the *Charter*. The Quebec *Charter*, unlike the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, does not protect the right to equality *per se*; this right is protected only in the exercise of the other rights and freedoms guaranteed by the *Charter*. The right to non-discrimination cannot therefore serve as a basis for an application on its own and must necessarily be attached to another human right or freedom recognized by law.

discriminatoire de la part de B sans avoir la preuve que la décision des autorités américaines était elle-même fondée sur un motif prohibé par la *Charte*.

Arrêt : Les pourvois sont rejetés.

Le recours entrepris en cas de plainte fondée sur la *Charte* comporte une démarche à deux volets qui impose successivement au demandeur et au défendeur un fardeau de preuve distinct. Cette analyse à deux volets ne change pas, quelle que soit la forme que prend la discrimination. Le fait que le profilage racial soit reconnu comme une forme prohibée de discrimination n'altère donc pas cette démarche. Dans un premier temps, l'art. 10 de la *Charte* requiert du demandeur qu'il apporte la preuve de trois éléments : (1) une distinction, exclusion ou préférence; (2) fondée sur l'un des motifs énumérés au premier alinéa de l'art. 10; (3) qui a pour effet de détruire ou de compromettre le droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne. Si ces trois éléments sont établis, il y a alors « discrimination *prima facie* » ou « à première vue ». Dans un second temps, le défendeur peut justifier sa décision ou sa conduite en invoquant les exemptions prévues par la loi sur les droits de la personne applicable ou celles développées par la jurisprudence. S'il échoue, le tribunal conclura alors à l'existence de discrimination.

Le premier élément constitutif de la discrimination *prima facie* ne présente pas de difficultés : le demandeur doit prouver l'existence d'une différence de traitement, c'est-à-dire qu'une décision, mesure ou conduite le touche d'une manière différente par rapport à d'autres personnes auxquelles elle peut s'appliquer. Relativement au deuxième élément, le demandeur a le fardeau de démontrer qu'il existe un lien entre un motif prohibé de discrimination et la distinction, l'exclusion ou la préférence dont il se plaint ou, en d'autres mots, que ce motif a été un facteur dans la distinction, l'exclusion ou la préférence. Il 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. Finalement, en ce qui concerne le troisième élément, le demandeur doit démontrer que la distinction, l'exclusion ou la préférence affecte l'exercice en pleine égalité de l'un de ses droits ou libertés garantis par la *Charte*. Contrairement à la *Charte canadienne des droits et libertés*, la *Charte* québécoise ne protège pas le droit à l'égalité en soi; ce droit n'est protégé que dans l'exercice des autres droits et libertés garantis par la *Charte*. Le droit à l'absence de discrimination ne peut donc à lui seul fonder un recours et doit nécessairement être rattaché à un autre droit ou à une autre liberté de la personne reconnus par la loi.

2015 CSC 39 (CanLII)

The plaintiff must prove the three elements of *prima facie* discrimination in accordance with the standard of proof that normally applies in the civil law, namely that of proof on a balance of probabilities. In a discrimination context, the expression "*prima facie*" refers only to the first step of the process and does not alter the applicable degree of proof. The use of this expression can be explained quite simply on the basis of the two-step test for complaints of discrimination under the *Charter*, and it concerns only the three elements that must be proven by the plaintiff at the first step. If no justification is established by the defendant, proof of these three elements on a balance of probabilities will be sufficient for the tribunal to find that s. 10 of the *Charter* has been violated. If, on the other hand, the defendant succeeds in justifying his or her decision or conduct, also in accordance with the standard of proof on a balance of probabilities, there will have been no violation, not even if *prima facie* discrimination is found to have occurred. The defendant can therefore either present evidence to refute the allegation of *prima facie* discrimination, put forward a defence justifying the discrimination, or do both.

Because the Tribunal's decision in this case was not supported by the evidence in the record, it was unreasonable and must be set aside. The Commission had to show that B's decision was discriminatory by establishing on a balance of probabilities that there was a connection between the decision and L's ethnic or national origin. Because B's decision to deny L's request for training was based solely on the U.S. authorities' refusal to issue him a security clearance, proof of a connection between the U.S. authorities' decision and a prohibited ground of discrimination would have satisfied the requirements of the second element of the test for *prima facie* discrimination. However, the Commission did not adduce sufficient evidence — either direct or circumstantial — to show that L's ethnic or national origin had played any role in the U.S. authorities' unfavourable reply to his security screening request. It cannot be presumed solely on the basis of a social context of discrimination against a group that a specific decision against a member of that group is necessarily based on a prohibited ground under the *Charter*. In practice, this would amount to reversing the burden of proof in discrimination matters. Evidence of discrimination, even if it is circumstantial, must be tangibly related to the impugned decision or conduct. As a result, it was not open to the Tribunal in this case to conclude that B's decision constituted *prima facie* discrimination under the *Charter*. The conclusion in this case does not mean that a company can blindly comply with

Le demandeur doit démontrer l'existence des trois éléments constitutifs de la discrimination *prima facie* selon la norme de preuve de la prépondérance des probabilités habituellement requise en droit civil. Dans un contexte de discrimination, l'expression « *prima facie* » ou « à première vue » ne renvoie qu'au premier volet de la démarche à suivre, et ne modifie aucunement le degré de preuve applicable. L'utilisation de cette expression s'explique tout simplement en raison de l'analyse à deux volets des plaintes de discrimination fondées sur la *Charte*, et vise seulement les trois éléments dont la partie demanderesse doit faire la preuve dans le cadre du premier volet. En l'absence de justification établie par le défendeur, la présentation d'une preuve prépondérante à l'égard de ces trois éléments sera suffisante pour permettre au tribunal de conclure à la violation de l'art. 10 de la *Charte*. Par ailleurs, si le défendeur parvient à justifier sa décision ou sa conduite, lui aussi selon la norme de preuve fondée sur la prépondérance des probabilités, il n'y aura pas de violation, et ce, même en présence de discrimination *prima facie*. Le défendeur peut donc présenter soit des éléments de preuve réfutant l'allégation de discrimination *prima facie*, soit une défense justifiant la discrimination, ou les deux.

Comme la décision du Tribunal en l'espèce n'est pas fondée sur la preuve présentée, elle est déraisonnable et doit être infirmée. La Commission devait démontrer que la décision de B était discriminatoire en établissant, par prépondérance de preuve, un lien entre cette décision et l'origine ethnique ou nationale de L. Puisque B a refusé la demande de formation de L uniquement en raison du refus des autorités américaines de délivrer à ce dernier une approbation de sécurité, la preuve d'un lien entre la décision des autorités américaines et un motif prohibé de discrimination aurait satisfait au deuxième élément de l'analyse relative à la discrimination *prima facie*. Or, la Commission n'a pas présenté de preuve suffisante — directe ou circonstancielle — pour démontrer que l'origine ethnique ou nationale de L avait joué de quelque façon que ce soit dans la réponse défavorable des autorités américaines à l'égard de sa demande de vérification de sécurité. On ne peut présumer, du seul fait de l'existence d'un contexte social de discrimination envers un groupe, qu'une décision particulière prise à l'encontre d'un membre de ce groupe est nécessairement fondée sur un motif prohibé au sens de la *Charte*. En pratique, cela reviendrait à inverser le fardeau de la preuve en matière de discrimination. En effet, même circonstancielle, une preuve de discrimination doit présenter un rapport tangible avec la décision ou la conduite contestée. En conséquence, le Tribunal ne pouvait conclure en l'espèce que la décision de B constituait de la discrimination *prima*

2015 CSC 39 (CanLII)

a discriminatory decision of a foreign authority without exposing itself to liability under the *Charter*. This conclusion flows from the fact that there is simply no evidence of a connection between a prohibited ground and the foreign decision in question.

Cases Cited

Referred to: *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*, 2000 SCC 27, [2000] 1 S.C.R. 665; *de Montigny v. Brossard (Succession)*, 2010 SCC 51, [2010] 3 S.C.R. 64; *New Brunswick (Human Rights Commission) v. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 SCC 45, [2008] 2 S.C.R. 604; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*, [1994] 2 S.C.R. 525; *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790; *McGill University Health Centre (Montreal General Hospital) v. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, 2007 SCC 4, [2007] 1 S.C.R. 161; *Moore v. British Columbia (Education)*, 2012 SCC 61, [2012] 3 S.C.R. 360; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *Gaz métropolitain inc. v. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 1201, aff'g in part 2008 QCTDP 24; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Commission des droits de la personne du Québec v. Ville de Québec*, [1989] R.J.Q. 831, leave to appeal refused, [1989] 2 S.C.R. vi; *Peel Law Assn. v. Pieters*, 2013 ONCA 396, 116 O.R. (3d) 80; *Ruel v. Marois*, [2001] R.J.Q. 2590; *Velk v. McGill University*, 2011 QCCA 578; *Banque Canadienne Nationale v. Mastracchio*, [1962] S.C.R. 53; *Rousseau v. Bennett*, [1956] S.C.R. 89; *Parent v. Lapointe*, [1952] 1 S.C.R. 376; *Université du Québec à Trois-Rivières v. Larocque*, [1993] 1 S.C.R. 471; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 SCC 30, [2004] 1 S.C.R. 789; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3.

facie visée par la *Charte*. La conclusion dans la présente affaire ne signifie pas qu'une entreprise peut se faire le relais aveugle d'une décision discriminatoire émanant d'une autorité étrangère sans engager sa responsabilité au regard de la *Charte*. Cette conclusion découle du fait qu'il n'y a tout simplement pas de preuve d'un lien entre un motif prohibé et la décision étrangère en cause.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, 2000 CSC 27, [2000] 1 R.C.S. 665; *de Montigny c. Brossard (Succession)*, 2010 CSC 51, [2010] 3 R.C.S. 64; *Nouveau-Brunswick (Commission des droits de la personne) c. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 CSC 45, [2008] 2 R.C.S. 604; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525; *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790; *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, 2007 CSC 4, [2007] 1 R.C.S. 161; *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61, [2012] 3 R.C.S. 360; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Gaz métropolitain inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 1201, [2011] R.J.Q. 1253, conf. en partie 2008 QCTDP 24, [2009] R.J.Q. 487; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Québec*, [1989] R.J.Q. 831, autorisation de pourvoi refusée, [1989] 2 R.C.S. vi; *Peel Law Assn. c. Pieters*, 2013 ONCA 396, 116 O.R. (3d) 80; *Ruel c. Marois*, [2001] R.J.Q. 2590; *Velk c. McGill University*, 2011 QCCA 578, 89 C.C.P.B. 175; *Banque Canadienne Nationale c. Mastracchio*, [1962] R.C.S. 53; *Rousseau c. Bennett*, [1956] R.C.S. 89; *Parent c. Lapointe*, [1952] 1 R.C.S. 376; *Université du Québec à Trois-Rivières c. Larocque*, [1993] 1 R.C.S. 471; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 CSC 30, [2004] 1 R.C.S. 789; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3.

2015 CSC 39 (CanLII)

Statutes and Regulations Cited

Act respecting administrative justice, CQLR, c. J-3, ss. 9 to 12.
Aviation and Transportation Security Act, Pub. L. 107-71, § 113, 115 Stat. 597 (2001).
Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12, ss. 4, 10, 12, 20, 52, 53, 71, 80, 123.
Civil Code of Québec, art. 2804.
Flight Training for Aliens and Other Designated Individuals; Security Awareness Training for Flight School Employees, 69 Fed. Reg. 56324 (2004).
Screening of Aliens and Other Designated Individuals Seeking Flight Training, 68 Fed. Reg. 7313 (2003).
Vision 100 — Century of Aviation Reauthorization Act, Pub. L. 108-176, § 612(a), (c), 117 Stat. 2490 (2003).

Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis, Patrice Deslauriers et Benoît Moore. *La responsabilité civile*, 8e éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2014.
Garant, Patrice, avec la collaboration de Philippe Garant et Jérôme Garant. *Droit administratif*, 6e éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2010.
Ontario. Ontario Human Rights Commission. *Policy and guidelines on racism and racial discrimination*, 2005 (online: www.ohrc.on.ca/sites/default/files/attachments/Policy_and_guidelines_on_racism_and_racial_discrimination.pdf).
Proulx, Daniel. "La discrimination fondée sur le handicap: étude comparée de la Charte québécoise" (1996), 56 *R. du B.* 317.
Quebec. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. *Racial Profiling: Context and Definition*, by Michèle Turenne. Cat. 2.120-1.25.1, 2005 (online: www.cdpdj.qc.ca/Publications/racial_profiling_definition.pdf).
Robitaille, David. "Non-indépendance et autonomie de la norme d'égalité québécoise: des concepts 'fondateurs' qui méritent d'être mieux connus" (2004), 35 *R.D.U.S.* 103.
Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. *La preuve civile*, 4e éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2008.

APPEALS from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Fournier and St-Pierre JJ.A. and Viens J. (*ad hoc*)), 2013 QCCA 1650, [2013] R.J.Q. 1541, [2013] AZ-51004481, [2013] J.Q. no 12486 (QL), 2013 CarswellQue 9362 (WL Can.), setting aside

Lois et règlements cités

Aviation and Transportation Security Act, Pub. L. 107-71, § 113, 115 Stat. 597 (2001).
Charte canadienne des droits et libertés.
Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12, art. 4, 10, 12, 20, 52, 53, 71, 80, 123.
Code civil du Québec, art. 2804.
Flight Training for Aliens and Other Designated Individuals; Security Awareness Training for Flight School Employees, 69 Fed. Reg. 56324 (2004).
Loi sur la justice administrative, RLRQ, c. J-3, art. 9 à 12.
Screening of Aliens and Other Designated Individuals Seeking Flight Training, 68 Fed. Reg. 7313 (2003).
Vision 100 — Century of Aviation Reauthorization Act, Pub. L. 108-176, § 612(a), (c), 117 Stat. 2490 (2003).

Doctrine et autres documents cités

Baudouin, Jean-Louis, Patrice Deslauriers et Benoît Moore. *La responsabilité civile*, 8e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.
Garant, Patrice, avec la collaboration de Philippe Garant et Jérôme Garant. *Droit administratif*, 6e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010.
Ontario. Commission ontarienne des droits de la personne. *Politique et directives sur le racisme et la discrimination raciale*, 2005 (en ligne : www.ohrc.on.ca/sites/default/files/attachments/Policy_and_guidelines_on_racism_and_racial_discrimination_fr.pdf).
Proulx, Daniel. « La discrimination fondée sur le handicap : étude comparée de la Charte québécoise » (1996), 56 *R. du B.* 317.
Québec. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. *Le profilage racial : mise en contexte et définition*, par Michèle Turenne, Cat. 2.120-1.25, 2005 (en ligne : www.cdpdj.qc.ca/Publications/profilage_racial_definition.pdf).
Robitaille, David. « Non-indépendance et autonomie de la norme d'égalité québécoise : des concepts "fondateurs" qui méritent d'être mieux connus » (2004), 35 *R.D.U.S.* 103.
Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. *La preuve civile*, 4e éd., Cowansville (Qc),Yvon Blais, 2008.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Fournier et St-Pierre et le juge Viens (*ad hoc*)), 2013 QCCA 1650, [2013] R.J.Q. 1541, [2013] AZ-51004481, [2013] J.Q. no 12486 (QL), 2013 CarswellQue 9362 (WL Can.), qui a

2015 CSC 39 (CanLII)

a decision of the Quebec Human Rights Tribunal, 2010 QCTDP 16, [2011] R.J.Q. 225, [2010] AZ-50698315, [2010] Q.H.R.T.J. No. 16 (QL), 2010 CarswellQue 15544 (WL Can.). Appeals dismissed.

Athanassia Bitzakidis and *Christian Baillargeon*, for the appellant/respondent Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse.

Mathieu Bouchard and *Catherine Elizabeth McKenzie*, for the respondent/appellant Javed Latif.

Michel Sylvestre, *Andres Garin* and *Sébastien Beauregard*, for the respondent Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center).

Andrew K. Lokan and *Jean-Claude Killey*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Philippe Dufresne and *Sheila Osborne-Brown*, for the intervener the Canadian Human Rights Commission.

Selwyn Pieters and *Aymar Missakila*, for the intervener the Center for Research-Action on Race Relations.

Faisal Bhabha, *Khalid M. Elgazzar* and *Faisal Mirza*, for the interveners the National Council of Canadian Muslims and the Canadian Muslim Lawyers Association.

Ranjan K. Agarwal and *Preet K. Bell*, for the intervener the South Asian Legal Clinic of Ontario.

English version of the judgment of the Court delivered by

Wagner and Côté JJ. —

I. Introduction

[1] Discrimination can take a variety of forms. Although some of them are easy to identify, others are less obvious, such as those that result from unconscious prejudices and stereotypes or from standards

infirmé une décision du Tribunal des droits de la personne du Québec, 2010 QCTDP 16, [2011] R.J.Q. 225, [2010] AZ-50698315, [2010] J.T.D.P.Q. nº 16 (QL), 2010 CarswellQue 13376 (WL Can.). Pourvois rejetés.

Athanassia Bitzakidis et *Christian Baillargeon*, pour l'appelante/intimée la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse.

Mathieu Bouchard et *Catherine Elizabeth McKenzie*, pour l'intimé/appelant Javed Latif.

Michel Sylvestre, *Andres Garin* et *Sébastien Beauregard*, pour l'intimée Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation).

Andrew K. Lokan et *Jean-Claude Killey*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Philippe Dufresne et *Sheila Osborne-Brown*, pour l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne.

Selwyn Pieters et *Aymar Missakila*, pour l'intervenant le Centre de recherche-action sur les relations raciales.

Faisal Bhabha, *Khalid M. Elgazzar* et *Faisal Mirza*, pour les intervenants le Conseil national des musulmans canadiens et l'Association canadienne des avocats musulmans.

Ranjan K. Agarwal et *Preet K. Bell*, pour l'intervenante South Asian Legal Clinic of Ontario.

Le jugement de la Cour a été rendu par

Les juges Wagner et Côté —

I. Introduction

[1] La discrimination peut revêtir plusieurs formes. Alors que dans certains cas ses manifestations sont clairement identifiables, dans d'autres elles sont au contraire moins évidentes, par exemple

2015 CSC 39 (CanLII)

that are neutral on their face but have adverse effects on certain persons. The *Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c. C-12 ("*Charter*"), prohibits the various forms of discrimination and creates a remedy for victims of discrimination.

[2] The case at bar gives the Court its first opportunity to consider a form of discrimination allegedly arising out of a decision of a foreign authority. In this case, a Canadian company refused to provide pilot training to an individual on the basis of a decision by U.S. authorities. It is argued that the U.S. authorities' decision was the result of racial profiling and that the company discriminated against the individual in question by relying on that decision.

[3] In our opinion, the context of this case and the fact that racial profiling is recognized as a prohibited form of discrimination do not change the two-step process that applies in the context of a complaint under the *Charter*. Under s. 10 of the *Charter*, a plaintiff must establish three elements, including a connection between a prohibited ground of discrimination and the distinction, exclusion or preference of which he or she complains. A plaintiff who successfully establishes these elements will be said to have proven a *prima facie* case of discrimination or to have made *prima facie* proof of discrimination. In such a case, it will then be open to the defendant to try to justify a seemingly discriminatory measure, and if the defendant succeeds in doing so, the tribunal will find no violation under s. 10. Although this process successively imposes separate burdens of proof on the plaintiff and the defendant, and the onus on the plaintiff is simply to prove a "connection" between a prohibited ground of discrimination and the differential treatment he or she receives, it does not create an exception to the standard of proof — proof on a balance of probabilities — that normally applies in the civil law. The plaintiff must therefore establish *prima facie* discrimination on the basis of that standard.

lorsqu'elles résultent de préjugés et de stéréotypes inconscients ou encore de normes en apparence neutres, mais aux effets préjudiciables à l'égard de certaines personnes. La *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12 (« *Charte* »), interdit les diverses manifestations de discrimination et offre un recours aux gens qui en sont victimes.

[2] La présente affaire permet à la Cour de se pencher pour la première fois sur une forme de discrimination qui trouverait sa source dans une décision d'une autorité étrangère. En l'espèce, une entreprise commerciale canadienne s'est fondée sur une décision des autorités américaines et a refusé de fournir à un individu une formation de pilote. La décision des autorités américaines découlerait, prétend-on, de profilage racial et l'entreprise aurait traité cet individu de façon discriminatoire en s'appuyant sur cette décision.

[3] À notre avis, le contexte de cette affaire et le fait que le profilage racial soit reconnu comme une forme prohibée de discrimination n'altèrent en rien la démarche à deux volets qui doit être suivie dans le cadre d'une plainte fondée sur la *Charte*. Conformément à l'art. 10 de la *Charte*, un demandeur doit établir trois éléments constitutifs, dont un lien entre un motif prohibé de discrimination et la distinction, l'exclusion ou la préférence dont il se plaint. S'il y parvient, on dira qu'il a fait la preuve de discrimination *prima facie* ou qu'il a prouvé *prima facie* l'existence de discrimination. Dans un tel cas, le défendeur peut alors tenter de justifier une mesure en apparence discriminatoire et, s'il réussit à le faire, le tribunal conclura à l'absence d'une violation visée à l'art. 10. Bien que cette démarche impose successivement au demandeur et au défendeur un fardeau de preuve distinct, et que le fardeau qui incombe au premier ne requiert que la preuve d'un simple « lien » entre un motif prohibé de discrimination et la différence de traitement dont il est victime, elle n'écarte pas pour autant la norme de preuve habituellement requise en droit civil, soit la prépondérance des probabilités. Le demandeur doit donc établir, selon cette norme, qu'il y a discrimination *prima facie*.

2015 CSC 39 (CanLII)

[4] In this case, it has not been shown on a balance of probabilities that there is a connection between a prohibited ground of discrimination and the company's decision to deny the individual's training request. The company's liability has therefore not been proven under s. 10 of the *Charter*. We would accordingly dismiss the appeals.

II. Facts

[5] The aerospace division of Bombardier Inc. ("Bombardier"), through the Bombardier Aerospace Training Center, operates two centres, in Montréal and Dallas, at which pilots are trained on the types of aircraft produced by Bombardier. This training is offered to pilots holding licences issued by various — national or international — authorities, including Canada and the United States. Bombardier holds a training certificate from the U.S. Federal Aviation Administration ("FAA") under which it is authorized to provide the necessary training to pilots holding U.S. licences.

[6] In the wake of the terrorist attacks of September 11, 2001, the United States implemented enhanced security measures, including in the aviation field. In November 2001, the U.S. Congress passed the *Aviation and Transportation Security Act*, Pub. L. 107-71, 115 Stat. 597 (2001), s. 113 of which (adding 49 U.S.C. § 44939), required that any organization wishing to provide pilot training to an individual who was not a U.S. citizen submit the individual's name to the responsible authorities for security screening: *Screening of Aliens and Other Designated Individuals Seeking Flight Training*, 68 Fed. Reg. 7313 (2003); U.S. Department of Transportation, FAA Notice N 8700.21, *Screening of Aliens and Other Designated Individuals Seeking Flight Training*, Exhibit P-29, A.R. (Commission), vol. XII, at pp. 107-9. That security screening was carried out by the U.S. Department of Justice ("DOJ") until the end of September 2004.

[4] En l'espèce, il n'a pas été démontré, par une preuve prépondérante, qu'il existe un lien entre un motif prohibé de discrimination et la décision de l'entreprise refusant la demande de formation de l'individu. La responsabilité de l'entreprise n'a donc pas été prouvée selon les prescriptions de l'art. 10 de la *Charte*. En conséquence, nous sommes d'avis de rejeter les appels.

II. Faits

[5] Par l'entremise du Centre de formation Bombardier Aéronautique, la division aéronautique de Bombardier Inc. (« Bombardier ») exploite deux centres de formation pour pilotes, à Montréal et à Dallas, sur les types d'avions produits par Bombardier. Ces formations sont offertes à des titulaires de licences de pilote délivrées par différentes autorités — nationales ou internationales — y compris le Canada et les États-Unis. En effet, Bombardier a obtenu de la United States Federal Aviation Administration (« FAA ») un certificat de formateur l'autorisant à offrir la formation nécessaire aux pilotes titulaires d'une licence américaine.

[6] Dans la foulée des attentats terroristes du 11 septembre 2001, les États-Unis ont mis en place des mesures accrues de sécurité, notamment en matière d'aviation. En novembre 2001, le Congrès américain a adopté la loi intitulée *Aviation and Transportation Security Act*, Pub. L. 107-71, 115 Stat. 597 (2001). Celle-ci prévoyait, à l'art. 113 (ajoutant 49 U.S.C. § 44939), que tout organisme désirant offrir une formation de pilotage à un individu ne détenant pas la citoyenneté américaine devait soumettre le nom de cet individu aux autorités responsables d'effectuer une vérification de sécurité : *Screening of Aliens and Other Designated Individuals Seeking Flight Training*, 68 Fed. Reg. 7313 (2003); U.S. Department of Transportation, FAA Notice N 8700.21, *Screening of Aliens and Other Designated Individuals Seeking Flight Training*, pièce P-29, d.a. (Commission), vol. XII, p. 107-109. Jusqu'à la fin de septembre 2004, cette vérification de sécurité était effectuée par le ministère de la justice des États-Unis, le Department of Justice (« DOJ »).

2015 CSC 39 (CanLII)

[7] An American statute passed in December 2003, the *Vision 100 — Century of Aviation Reauthorization Act*, Pub. L. 108-176, 117 Stat. 2490 (2003) ("*Vision 100 Act*"), established stricter security screening requirements and transferred control over security screening to the Department of Homeland Security ("DHS"), or more specifically to the Transportation Security Administration ("TSA"). DHS promulgated a rule to implement these stricter requirements in September 2004: *Flight Training for Aliens and Other Designated Individuals; Security Awareness Training for Flight School Employees*, 69 Fed. Reg. 56324 (2004). This rule also established TSA's security screening program, known as the Alien Flight Student Program ("AFSP").

[8] No similar measure was adopted by Canada with respect to the training of pilots holding Canadian licences.

[9] Javed Latif, a Canadian citizen born in Pakistan, has been flying planes since 1964. He has held a U.S. pilot's licence since 1991. Under that licence, he has taken many initial and recurrent training courses from Bombardier among others. He obtained his Canadian pilot's licence in 2004. His unblemished career record is described in greater detail in the decision at first instance.

[10] In 2003, Mid East Jet offered Mr. Latif work flying a Boeing 737 under his U.S. licence. To obtain that contract, Mr. Latif registered for initial training on that aircraft. In October 2003, DOJ issued him a security clearance. He then took his training in the United States with a company called Alteon and obtained his certification in December 2003. Unfortunately, the job opportunity with Mid East Jet fell through.

[11] In January 2004, Mr. Latif, who was unemployed at the time, accepted a friend's offer to go to Pakistan to participate in a real estate project. In

[7] Une loi américaine adoptée en décembre 2003, la *Vision 100 — Century of Aviation Reauthorization Act*, Pub. L. 108-176, 117 Stat. 2490 (2003) (« *Vision 100 Act* »), a resserré cette vérification de sécurité et transféré le contrôle de son application au ministère de la sécurité intérieure, le Department of Homeland Security (« DHS »), plus précisément, à l'administration de la sécurité des transports, la Transportation Security Administration (« TSA »). Le règlement de mise en application de ce resserrement a été adopté par le DHS en septembre 2004 : *Flight Training for Aliens and Other Designated Individuals; Security Awareness Training for Flight School Employees*, 69 Fed. Reg. 56324 (2004). Ce règlement a également mis sur pied le programme de vérification de sécurité de la TSA, le Alien Flight Student Program (« AFSP »).

[8] Aucune mesure semblable n'a été adoptée par le Canada à l'égard de la formation des pilotes titulaires d'une licence canadienne.

[9] Citoyen canadien né au Pakistan, Javed Latif pilote des avions depuis 1964. Il détient une licence de pilote américaine depuis 1991 et, sur la base de cette licence, il a suivi, notamment chez Bombardier, de nombreuses formations initiales et périodiques pour différents appareils. Il a obtenu sa licence de pilote canadienne en 2004. Son parcours professionnel sans tache est décrit plus en détail dans la décision de première instance.

[10] En 2003, la compagnie Mid East Jet lui a offert de piloter un appareil de marque Boeing 737 sur la base de sa licence américaine. Pour obtenir ce contrat, M. Latif s'est inscrit à une formation initiale sur cet appareil. En octobre 2003, le DOJ lui a décerné une approbation de sécurité. M. Latif a alors suivi sa formation aux États-Unis auprès de la compagnie Alteon et a obtenu sa certification en décembre 2003. Malheureusement, la possibilité de travailler pour la Mid East Jet ne s'est jamais concrétisée.

[11] En janvier 2004, alors sans emploi, M. Latif a accepté l'offre d'un ami de se rendre au Pakistan afin de participer à un projet immobilier. En mars

2015 CSC 39 (CanLII)

March 2004, while he was still in Pakistan, he received an offer from ACASS Canada Ltd. ("ACASS") to pilot a Bombardier Challenger 604 ("CL604") aircraft.

[12] Mr. Latif initially registered for recurrent training on the CL604 under his U.S. licence at Bombardier's Dallas training centre. A request for the required security clearance was submitted to DOJ while he was in Pakistan in early March 2004. Because of a delay in receiving that clearance and because he did not want to lose the job opportunity, Mr. Latif asked ACASS to register him for recurrent training on the CL604 under his Canadian licence, given that it would also be possible for him to obtain the contract as a pilot under that licence.

[13] In April 2004, ACASS informed Mr. Latif that Bombardier had received an unfavourable reply to his security screening request from the U.S. authorities, which meant that he could not receive the training from Bombardier under his U.S. licence. No explanation for the U.S. authorities' refusal was provided at that time. Mr. Latif was surprised and thought that the refusal was due to an identification error.

[14] He contacted Steven Gignac, the manager responsible for quality standards at Bombardier, to follow up on his request for training under his Canadian licence, which he believed was not subject to security screening by the U.S. authorities. After first telling Mr. Latif that he had to check with Transport Canada, Mr. Gignac eventually informed him that Bombardier could not train him under his Canadian licence. Mr. Gignac also informed ACASS in a letter dated May 12, 2004 that the reasons for the U.S. authorities' refusal to authorize the training had not been disclosed to Bombardier but that, because of the training certificate issued by the FAA, Bombardier had to comply with DOJ's denial for all types of pilot training.

[15] The parties agreed that Bombardier's refusal to provide training to Mr. Latif under his Canadian

2004, alors qu'il séjournait toujours au Pakistan, M. Latif a reçu de la compagnie ACASS Canada Ltd. (« ACASS ») une offre de piloter un appareil de type Challenger 604 (« CL604 ») de Bombardier.

[12] M. Latif s'est d'abord inscrit à une formation périodique sur le CL604 sur la base de sa licence américaine au centre de formation de Bombardier à Dallas. L'approbation de sécurité exigée a été demandée au DOJ à partir du Pakistan au début du mois de mars 2004. Comme cette approbation tardait à venir et qu'il ne voulait pas perdre cette opportunité de travail, M. Latif a demandé à ACASS de l'inscrire à une formation périodique sur le CL604 sur la base de sa licence canadienne, puisqu'il pouvait également obtenir le contrat de pilotage en vertu de cette licence.

[13] En avril 2004, ACASS a informé M. Latif que Bombardier avait reçu une réponse défavorable des autorités américaines à l'égard de sa demande de vérification de sécurité. Il ne pouvait donc suivre la formation chez Bombardier sur la base de sa licence américaine. Aucun détail quant au refus des autorités américaines n'a été fourni à ce moment. Surpris, M. Latif a cru qu'il s'agissait d'une erreur d'identité.

[14] Il a communiqué directement avec M. Steven Gignac, directeur des normes de qualité chez Bombardier, pour assurer le suivi de sa demande de formation liée à sa licence canadienne, qui, selon lui, n'était pas assujettie à la vérification de sécurité des autorités américaines. Après avoir d'abord répondu à M. Latif qu'il devait vérifier avec Transports Canada, M. Gignac l'a finalement avisé que Bombardier ne pouvait lui dispenser de formation sur la base de sa licence canadienne. M. Gignac a également informé ACASS, par lettre en date du 12 mai 2004, que les motifs étayant le refus des autorités américaines d'autoriser la formation n'avaient pas été communiqués à Bombardier, mais qu'en raison du certificat de formateur délivré par la FAA, Bombardier devait se soumettre au refus du DOJ pour tous les types de formations de pilotage.

[15] Les parties ont reconnu que le refus de Bombardier de donner la formation à M. Latif sur la base

2015 CSC 39 (CanLII)

licence was based solely on the fact that DOJ had not issued him a security clearance. This case arises out of that refusal by Bombardier to train Mr. Latif under his Canadian licence.

[16] As a result of Bombardier's refusal to give him the training he wished to receive, Mr. Latif asked the U.S. authorities to review his file. He received the following reply:

> In October 2003, we based our decision to allow you to train based on the information we had at that time. In March 2004, we again based our decision on all the data we collected, which included new information. In your opinion the circumstances had not changed in six months; we disagree. The denial decision was made after extensive analysis of the data received. This process is in place to protect the national security of the U.S. There is no appeals process for non-U.S. citizens. [Emphasis added.]

(Correspondence with U.S. authorities, Exhibit JL-14, A.R. (Commission), vol. XVI, at p. 72)

[17] In spite of that reply, Mr. Latif made other requests to the U.S. authorities to have his file reviewed, but he was unsuccessful each time. He also made other requests under his U.S. licence for training on various types of aircraft, but they were all denied on the ground that he posed a threat to aviation or national security in the United States, except his last request in 2008, which was finally accepted.

[18] Being of the view that Bombardier had discriminated against him, Mr. Latif filed a complaint with the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse ("Commission"). After investigating, the Commission initiated proceedings in the Human Rights Tribunal ("Tribunal") in which it alleged that Bombardier [TRANSLATION] "[had] impair[ed] the right of the complainant, Javed Latif,

de sa licence canadienne reposait uniquement sur le fait que le DOJ n'avait pas délivré d'approbation de sécurité à ce dernier. C'est ce refus de Bombardier d'entraîner M. Latif sur la base de sa licence canadienne qui est à l'origine du présent litige.

[16] Face au refus de Bombardier de lui dispenser la formation qu'il souhaitait suivre, M. Latif a présenté aux autorités américaines une demande de révision de son dossier. Celles-ci lui ont répondu ce qui suit :

> [TRADUCTION] En octobre 2003, nous avons basé notre décision vous autorisant à suivre de la formation sur les renseignements dont nous disposions à l'époque. En mars 2004, nous avons une fois de plus basé notre décision sur l'ensemble des données que nous avions recueillies, y compris de nouveaux renseignements. Selon vous, les circonstances n'avaient pas changé durant les six mois qui s'étaient écoulés; nous ne sommes pas de cet avis. La décision rejetant votre demande a été prise au terme d'une analyse approfondie des données reçues. Le processus existe afin de protéger la sécurité nationale des É.-U. Aucune procédure d'appel n'est disponible aux personnes qui ne sont pas des citoyens des É.-U. [Nous soulignons.]

(Correspondance avec les autorités américaines, pièce JL-14, d.a. (Commission), vol. XVI, p. 72)

[17] Malgré cette réponse, M. Latif a présenté, chaque fois sans succès, d'autres demandes de révision de son dossier aux autorités américaines. Il a également soumis, sur la base de sa licence américaine, d'autres demandes de formation visant divers types d'appareil, mais toutes ses demandes ont été refusées, au motif qu'il représentait une menace pour l'aviation ou la sécurité nationale américaine, sauf sa dernière, en 2008, qui sera finalement acceptée.

[18] D'avis qu'il avait été victime de discrimination de la part de Bombardier, M. Latif a déposé une plainte auprès de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (« Commission »). Après enquête, cette dernière a saisi le Tribunal des droits de la personne (« Tribunal »), reprochant à Bombardier d'« a[voir] porté atteinte au droit du plaignant, monsieur Javed Latif, de bénéficier de

2015 CSC 39 (CanLII)

to avail himself of services ordinarily offered to the public without discrimination based on ethnic or national origin by denying him pilot training for a Canadian licence, contrary to sections 10 and 12 of the *Charter*": A.R. (Commission), vol. I, at p. 155. The Commission further alleged that, in so doing, Bombardier had "impair[ed] the complainant's right to the safeguard of his dignity and reputation without distinction or exclusion based on ethnic or national origin, contrary to sections 4 and 10 of the *Charter*": *ibid*.

[19] In July 2008, while the application to the Tribunal was pending, the U.S. authorities finally lifted the prohibition on Mr. Latif's training without providing any details or explanation.

III. Judicial History

A. *Human Rights Tribunal, 2010 QCTDP 16*

[20] The Tribunal noted that the burden was on the Commission to establish discrimination under s. 10 of the *Charter* on a balance of probabilities, and that to do so, it had to prove three elements: [TRANSLATION] "(1) a 'distinction, exclusion or preference', (2) based on one of the grounds listed in the first paragraph, (3) which 'has the effect of nullifying or impairing' the right to full and equal recognition and exercise of a human right or freedom" (paras. 231-32 (CanLII)).

[21] The Tribunal found first that in this case, [TRANSLATION] "the refusal to train Mr. Latif under his Canadian licence did not depend directly on his Pakistani origin, but on the refusal of the US authorities to give him security clearance": para. 284.

[22] To determine whether, as the Commission maintained, the measures put in place by the United States had directly targeted or mainly affected Arabs and Muslims, the Tribunal continued its analysis by referring to an expert report that had been filed by the Commission. The report had been prepared by Professor Reem Anne Bahdi, whom the Tribunal had qualified as an expert in racial profiling for

services ordinairement offerts au public, sans discrimination fondée sur l'origine ethnique ou nationale, en lui refusant un entraînement de pilote pour l'obtention d'une licence canadienne, contrairement aux articles 10 et 12 de la *Charte* » : d.a. (Commission), vol. I, p. 155. La Commission alléguait que, de ce fait, Bombardier avait « compromis le droit du plaignant à la sauvegarde de sa dignité et de sa réputation, sans distinction ou exclusion fondée sur l'origine ethnique ou nationale, contrairement aux articles 4 et 10 de la *Charte* » : *ibid.*

[19] En juillet 2008, alors que le recours devant le Tribunal était pendant, les autorités américaines ont finalement levé l'interdiction de formation visant M. Latif, sans fournir de détails ou d'explications.

III. Historique judiciaire

A. *Tribunal des droits de la personne, 2010 QCTDP 16*, *[2011] R.J.Q. 225*

[20] Le Tribunal rappelle qu'il incombe à la Commission d'établir, selon la prépondérance des probabilités, l'existence de discrimination visée à l'art. 10 de la *Charte* et que, pour ce faire, elle doit démontrer trois éléments, soit « (1) une "distinction, exclusion ou préférence", (2) fondée sur l'un des motifs énumérés au premier alinéa et (3) qui "a pour effet de détruire ou de compromettre" le droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne » : par. 231-232.

[21] En l'espèce, le Tribunal conclut d'abord que « le refus de former monsieur Latif sous sa licence canadienne ne repose pas directement sur son origine pakistanaise, mais sur le refus des autorités américaines de lui donner son approbation de sécurité » : par. 284.

[22] Afin de déterminer si, comme le soutient la Commission, les mesures mises en place par les États-Unis visent directement ou affectent principalement les personnes arabes et les musulmans, le Tribunal poursuit son analyse en se référant au rapport d'expertise déposé par la Commission et préparé par la professeure Reem Anne Bahdi, à qui il a reconnu la qualité d'experte en profilage

2015 CSC 39 (CanLII)

the purposes of the case. According to the Tribunal, Ms. Bahdi's report and testimony showed that, since September 11, 2001, several U.S. administrative agencies had engaged in racial profiling against people of Arab origin, Muslims or people from Muslim countries. The Tribunal held that the U.S. authorities' decision with respect to Mr. Latif's request had been made in that context.

[23] The Tribunal found that Bombardier's denial of Mr. Latif's request had thus had the effect of creating, in his regard, a distinction based on one of the prohibited grounds of discrimination, namely ethnic or national origin, which had in turn had the effect of impairing his right to full and equal recognition and exercise of his rights guaranteed by the *Charter*. It concluded on this basis that the Commission had [TRANSLATION] "discharged its burden of adducing *prima facie* proof of discrimination": para. 315.

[24] The Tribunal then rejected the two justifications advanced by Bombardier, the first being that it had refused to train Mr. Latif for security reasons, while the second was based on the financial consequences that could result from revocation of the training certificate issued to Bombardier by the FAA.

[25] As a result, the Tribunal ordered Bombardier to pay Mr. Latif $25,000 in moral damages and $309,798.72 in U.S. currency in damages for material prejudice, from which $66,639 in Canadian currency was to be subtracted. It also ordered Bombardier to pay Mr. Latif $50,000 in punitive damages on the ground that Mr. Gignac had acted intentionally and unlawfully and had had Bombardier's full consent in acting as he did. Finally, the Tribunal ordered Bombardier to [TRANSLATION] "cease applying or considering the standards and decisions of the US authorities in 'national security' matters when dealing with applications for the training of pilots under Canadian pilot's licences": p. 81 (CanLII).

racial pour les besoins du présent litige. Selon le Tribunal, le rapport et le témoignage de M^me^ Bahdi démontrent que, depuis le 11 septembre 2001, les personnes d'origine arabe, les musulmans ou les personnes originaires de pays musulmans font l'objet de profilage racial de la part de plusieurs organismes administratifs américains. Pour le Tribunal, la décision des autorités américaines à l'égard de la demande de M. Latif s'inscrit dans ce contexte.

[23] Ainsi, de l'avis du Tribunal, le refus opposé par Bombardier à la demande de M. Latif a eu pour effet de créer, à l'endroit de ce dernier, une distinction fondée sur l'un des motifs prohibés de discrimination, soit l'origine ethnique ou nationale, qui a eu pour effet de compromettre le droit à la pleine égalité de M. Latif dans la reconnaissance et l'exercice des droits que lui garantit la *Charte*. En conséquence, le Tribunal conclut que la Commission « a rempli son fardeau de preuve quant à l'existence d'une preuve *prima facie* de discrimination » : par. 315.

[24] Le Tribunal rejette ensuite les deux justifications plaidées par Bombardier, d'abord celle selon laquelle elle aurait refusé d'entraîner M. Latif pour des raisons de sécurité, puis celle fondée sur les conséquences financières qui pourraient découler de la révocation du certificat de formateur délivré à Bombardier par la FAA.

[25] En conséquence, le Tribunal condamne Bombardier à verser à M. Latif 25 000 $ à titre de dommages-intérêts moraux, ainsi que 309 798,72 $ en devise américaine à titre de dommages-intérêts pour le préjudice matériel, dont doivent être soustraits 66 639 $ en devise canadienne. Il condamne également Bombardier à verser à M. Latif 50 000 $ à titre de dommages-intérêts punitifs, au motif que M. Gignac a agi de manière intentionnelle et illicite, et qu'il avait l'assentiment total de Bombardier pour agir ainsi. Enfin, le Tribunal ordonne à Bombardier de « cesser d'appliquer ou de considérer les normes et décisions des autorités américaines en matière de "sécurité nationale" lors du traitement de demandes de formation de pilote sous une licence de pilote canadienne » : p. 285.

2015 CSC 39 (CanLII)

B. *Quebec Court of Appeal, 2013 QCCA 1650, [2013] R.J.Q. 1541*

[26] The Court of Appeal proceeded on the assumption that the exclusion of Mr. Latif had in fact occurred, but it held that the Commission had not shown a causal connection between the exclusion and a prohibited ground. The Court of Appeal acknowledged that such a connection can be proven by way of circumstantial evidence or of presumptions, but it found that there was no such proof in this case.

[27] In the Court of Appeal's opinion, because Bombardier's decision had been based solely on the decision of the U.S. authorities, the Tribunal could not find that Bombardier had discriminated against Mr. Latif without proof that the decision in question was itself based on a ground that is prohibited under the *Charter*. Finding that there was no such proof, the Court of Appeal set aside the Tribunal's decision.

IV. Issues

[28] This case raises the following questions:

1. What is "*prima facie*" discrimination, and what degree of proof is required in order to establish it?

2. Has *prima facie* discrimination on Bombardier's part been proven?

3. Was the mandatory order against Bombardier justified?

V. Analysis

A. *What Is "Prima Facie" Discrimination, and What Degree of Proof Is Required in Order to Establish It?*

[29] It will be helpful to begin by recalling the *Charter*'s place in Quebec's legislative hierarchy and the principles of interpretation that flow from it.

B. *Cour d'appel du Québec, 2013 QCCA 1650, [2013] R.J.Q. 1541*

[26] La Cour d'appel tient pour acquise l'exclusion visant M. Latif, mais décide que la Commission n'a pas démontré de lien causal entre celle-ci et un motif prohibé. La cour reconnaît que cette démonstration peut se faire au moyen d'une preuve circonstancielle ou de présomptions, mais elle affirme qu'une telle preuve n'existe pas en l'espèce.

[27] Selon la Cour d'appel, puisque la décision de Bombardier reposait uniquement sur la décision des autorités américaines, le Tribunal ne pouvait conclure à un acte discriminatoire de la part de Bombardier sans avoir la preuve que cette décision était elle-même fondée sur un motif prohibé par la *Charte*. Or, jugeant cette preuve inexistante, la Cour d'appel infirme la décision du Tribunal.

IV. Questions en litige

[28] Cette affaire soulève les questions suivantes :

1. En quoi consiste la discrimination « *prima facie* » et quel est le degré de preuve requis pour l'établir?

2. L'existence de discrimination *prima facie* de la part de Bombardier a-t-elle été prouvée?

3. L'ordonnance mandatoire prononcée contre Bombardier était-elle justifiée?

V. Analyse

A. *En quoi consiste la discrimination « prima facie » et quel est le degré de preuve requis pour l'établir?*

[29] Il convient d'abord de rappeler la place qu'occupe la *Charte* dans l'ordre législatif québécois et les principes d'interprétation qui en découlent.

2015 CSC 39 (CanLII)

[30] This Court has confirmed that the *Charter*, like the human rights legislation of the other provinces, has a special quasi-constitutional status: *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345, at p. 402, reproduced in *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*, 2000 SCC 27, [2000] 1 S.C.R. 665 ("*City of Montréal*"), at para. 28; see also *de Montigny v. Brossard (Succession)*, 2010 SCC 51, [2010] 3 S.C.R. 64, at para. 45. Indeed, unless otherwise provided, ss. 1 to 38 of the *Charter* prevail over other Quebec statutes: s. 52 of the *Charter*. Furthermore, s. 53 of the *Charter* provides that, "[i]f any doubt arises in the interpretation of a provision of the Act, it shall be resolved in keeping with the intent of the Charter."

[31] The *Charter* must therefore be given a liberal, contextual and purposive interpretation: see, *inter alia*, *Béliveau St-Jacques*, at p. 402. The Court also favours a consistent interpretation of the various provincial human rights statutes unless a legislature intends otherwise: *New Brunswick (Human Rights Commission) v. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 SCC 45, [2008] 2 S.C.R. 604, at para. 68; *City of Montréal*, at para. 45. Finally, although the *Charter*'s provisions need not necessarily mirror those of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ("*Canadian Charter*"), they must be interpreted in light of the latter: *City of Montréal*, at para. 42.

[32] For more than 30 years, the Court has recognized that discrimination can take various forms, including "adverse effect" or "indirect" discrimination: *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536 ("*O'Malley*"), at p. 551. It has found that adverse effect discrimination comes within the purview of the *Charter* on the basis of the language of s. 10, which provides, *inter alia*: "Discrimination exists where such a distinction, exclusion or preference has the effect of nullifying or impairing [the right to equality]" (*Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*, [1994] 2 S.C.R. 525, at p. 540; see also *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712). The Court

[30] Notre Cour a confirmé que, à l'instar des lois des autres provinces en matière de droits de la personne, la *Charte* jouit d'un statut particulier, de nature quasi-constitutionnelle : *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345, p. 402, repris dans *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, 2000 CSC 27, [2000] 1 R.C.S. 665 (« *Ville de Montréal* »), par. 28; voir aussi *de Montigny c. Brossard (Succession)*, 2010 CSC 51, [2010] 3 R.C.S. 64, par. 45. D'ailleurs, sauf exception, ses art. 1 à 38 ont préséance sur les autres lois québécoises : art. 52 de la *Charte*. L'article 53 de la *Charte* précise entre outre que « [s]i un doute surgit dans l'interprétation d'une disposition de la loi, il est tranché dans le sens indiqué par la Charte. »

[31] La *Charte* commande donc une interprétation libérale, contextuelle et téléologique : voir, entre autres, *Béliveau St-Jacques*, p. 402. Notre Cour privilégie également une interprétation cohérente des diverses lois provinciales en matière de droits de la personne, sauf intention contraire du législateur : *Nouveau-Brunswick (Commission des droits de la personne) c. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 CSC 45, [2008] 2 R.C.S. 604, par. 68; *Ville de Montréal*, par. 45. Enfin, bien qu'elles ne doivent pas nécessairement en être le reflet exact, les dispositions de la *Charte* doivent être interprétées à la lumière de celles de la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte canadienne* ») : *Ville de Montréal*, par. 42.

[32] Depuis 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 » : *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536 (« *O'Malley* »), p. 551. La Cour a reconnu que le concept de discrimination indirecte est visé par la *Charte* en raison du libellé de l'art. 10, qui énonce, entre autres, ce qui suit : « Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre [le droit à l'égalité] » (*Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525, p. 540; voir aussi *Forget c. Québec (Procureur général)*,

2015 CSC 39 (CanLII)

has also held that discrimination can be systemic: *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114.

[33] The Commission submits that in the case at bar, Mr. Latif was a victim of racial profiling. The concept of racial profiling was originally developed in the context of proceedings brought against the police for abuse of power, but it has since been extended to other situations:

> Racial profiling is any action taken by one or more people in authority with respect to a person or group of persons, for reasons of safety, security or public order, that is based on actual or presumed membership in a group defined by race, colour, ethnic or national origin or religion, without factual grounds or reasonable suspicion, that results in the person or group being exposed to differential treatment or scrutiny.
>
> Racial profiling includes any action by a person in a situation of authority who applies a measure in a disproportionate way to certain segments of the population on the basis, in particular, of their racial, ethnic, national or religious background, whether actual or presumed. [Emphasis added.]

(Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Racial Profiling: Context and Definition* (2005) (online), at p. 13; see also Ontario Human Rights Commission, *Policy and guidelines on racism and racial discrimination* (2005) (online), at p. 19.)

[34] The language of the *Charter* permits the courts to take note of new forms of discrimination as they emerge in our society. This being said, whatever form discrimination takes, the two-step analysis applicable to a complaint under the *Charter* does not change.

[35] First, s. 10 requires that the plaintiff prove three elements: "(1) a 'distinction, exclusion or preference', (2) based on one of the grounds listed in the first paragraph, and (3) which 'has the effect of

[1988] 2 R.C.S. 90; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712). Notre Cour a également reconnu que la discrimination peut être systémique : *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114.

[33] En l'espèce, la Commission avance que M. Latif a été victime de profilage racial. D'abord élaboré à l'occasion de certains recours intentés contre des services policiers pour abus de pouvoir, le concept de profilage racial a depuis été étendu à d'autres contextes :

> Le profilage racial désigne 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 [*sic*] la race, la couleur, l'origine ethnique ou nationale ou la religion, sans motif réel ou soupçon raisonnable, et qui a pour effet d'exposer la personne à un examen ou à un traitement différent.
>
> Le profilage racial inclut aussi toute action de personnes en situation d'autorité qui appliquent une mesure de façon disproportionnée sur des segments de la population du fait, notamment, de leur appartenance raciale, ethnique ou nationale ou religieuse, réelle ou présumée. [Nous soulignons.]

(Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Le profilage racial : mise en contexte et définition* (2005) (en ligne), p. 15; voir aussi Commission ontarienne des droits de la personne, *Politique et directives sur le racisme et la discrimination raciale* (2005) (en ligne), p. 21.)

[34] Le libellé de la *Charte* permet aux tribunaux de constater l'existence de nouvelles formes de discrimination au fur et à mesure qu'elles se manifestent dans notre société. Cela dit, quelle que soit la forme que prend la discrimination, l'analyse à deux volets applicable en cas de plainte fondée sur la *Charte* ne change pas.

[35] Dans un premier temps, l'art. 10 requiert du demandeur qu'il apporte la preuve de trois éléments, soit « (1) une "distinction, exclusion ou préférence", (2) fondée sur l'un des motifs énumérés au premier

2015 CSC 39 (CanLII)

nullifying or impairing' the right to full and equal recognition and exercise of a human right or freedom" (*Forget*, at p. 98; *Ford*, at pp. 783-84; *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790, at p. 817; *Bergevin*, at p. 538).

[36] If these three elements are established in accordance with the degree of proof we will specify below, there is "*prima facie* discrimination". This is the first step of the analysis.

[37] Second, the defendant can then, also in accordance with the degree of proof we will indicate below, justify his or her decision or conduct on the basis of the exemptions provided for in the applicable human rights legislation or those developed by the courts. If the defendant fails to do so, discrimination will then be found to have occurred: *McGill University Health Centre (Montreal General Hospital) v. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, 2007 SCC 4, [2007] 1 S.C.R. 161 ("*McGill*"), at para. 50; see also *Moore v. British Columbia (Education)*, 2012 SCC 61, [2012] 3 S.C.R. 360 (decided under British Columbia's human rights code), at para. 33. This is the second step of the analysis.

[38] For example, s. 20 of the *Charter* provides that a distinction, exclusion or preference based on the aptitudes required for an employment is deemed to be non-discriminatory. This is referred to as the "*bona fide* occupational requirement" ("BFOR") defence, which can be found in one form or another in all human rights legislation in Canada. In *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3 ("*Meiorin*"), at para. 54, this Court developed an approach for determining whether a *prima facie* discriminatory standard or practice is a BFOR in the context of British Columbia's human rights code. The principles from that case were subsequently applied to s. 20 of the *Charter*: *Gaz métropolitain inc. v. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 1201, at paras. 39-42 (CanLII); see also *McGill*.

alinéa et (3) qui "a pour effet de détruire ou de compromettre" le droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne » : *Forget*, p. 98; *Ford*, p. 783-784; *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790, p. 817; *Bergevin*, p. 538.

[36] Si ces trois éléments sont établis, selon le degré de preuve que nous préciserons plus loin, il y a alors « discrimination *prima facie* » ou « à première vue ». Il s'agit du premier volet de l'analyse.

[37] Dans un second temps, le défendeur peut, lui aussi selon le degré de preuve que nous indiquerons plus loin, justifier sa décision ou sa conduite en invoquant les exemptions prévues par la loi sur les droits de la personne applicable ou celles développées par la jurisprudence. S'il échoue, le tribunal conclura alors à l'existence de discrimination : *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, 2007 CSC 4, [2007] 1 R.C.S. 161 (« *McGill* »), par. 50; voir aussi *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61, [2012] 3 R.C.S. 360 (arrêt rendu sous le régime du code des droits de la personne de la Colombie-Britannique), par. 33. Il s'agit du deuxième volet de l'analyse.

[38] À titre d'exemple, l'art. 20 de la *Charte* précise qu'une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes requises par un emploi est réputée non discriminatoire. C'est ce qu'on appelle la « défense de l'exigence professionnelle justifiée » (« EPJ ») que l'on trouve, sous des formes variées, dans toutes les lois relatives aux droits de la personne au Canada. Dans l'affaire *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (« *Meiorin* »), par. 54, notre Cour a établi une méthode permettant de déterminer si une norme ou pratique *prima facie* discriminatoire constitue une EPJ sous le régime du code des droits de la personne de la Colombie-Britannique. Les principes de cet arrêt ont par la suite été appliqués à l'art. 20 de la *Charte* : *Gaz métropolitain inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 1201, [2011] R.J.Q. 1253, par. 39-42; voir aussi *McGill*.

2015 CSC 39 (CanLII)

[39] In light of our conclusion on the issue of *prima facie* discrimination in the instant case, we need not dwell any further on the second step of the analysis. However, we will now discuss the first step.

(1) Elements of *Prima Facie* Discrimination

[40] Before we consider the three elements of discrimination, we believe it will be helpful to point out that under both Canadian law and Quebec law, the plaintiff is not required to prove that the defendant intended to discriminate against him or her:

> To . . . hold that intent is a required element of discrimination under the Code would seem to me to place a virtually insuperable barrier in the way of a complainant seeking a remedy. It would be extremely difficult in most circumstances to prove motive, and motive would be easy to cloak in the formation of rules which, though imposing equal standards, could create . . . injustice and discrimination by the equal treatment of those who are unequal . . . . [Citations omitted; *O'Malley*, at p. 549.]

(See also *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 173; *City of Montréal*, at para. 35; *Commission des droits de la personne du Québec v. Ville de Québec*, [1989] R.J.Q. 831 (C.A.), at pp. 840-41, leave to appeal refused, [1989] 2 S.C.R. vi.)

[41] Not requiring proof of intention applies logically to the recognition of various forms of discrimination, since some discriminatory conduct involves multiple factors or is unconscious.

[42] The first element of discrimination is not problematic. The plaintiff must prove the existence of differential treatment, that is, that a decision, a measure or conduct "affects [him or her] differently from others to whom it may apply": *O'Malley*, at p. 551. This might be the case, for example, of obligations, penalties or restrictive conditions that are

[39] Compte tenu de la conclusion à laquelle nous arrivons quant à l'existence de discrimination *prima facie* en l'espèce, il n'est pas nécessaire que nous nous attardions davantage au deuxième volet de l'analyse. Nous allons cependant nous pencher maintenant sur le premier volet.

(1) Les éléments de la discrimination *prima facie*

[40] Avant d'examiner les trois éléments constitutifs de la discrimination, nous croyons utile de rappeler que, tant en droit canadien qu'en droit québécois, le demandeur n'est pas tenu de démontrer que le défendeur avait l'intention de commettre un acte discriminatoire à son endroit :

> . . . conclure que l'intention constitue un élément nécessaire de la discrimination en vertu du Code serait, me semble-t-il, élever une barrière pratiquement insurmontable pour le plaignant qui demande réparation. Il serait extrêmement difficile dans la plupart des cas de prouver le mobile et il serait facile de camoufler ce mobile en formulant des règles qui, tout en imposant des normes d'égalité, créeraient [. . .] des injustices et de la discrimination en traitant également ceux qui sont inégaux . . . [Références omises; *O'Malley*, p. 549.]

(Voir aussi *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 173; *Ville de Montréal*, par. 35; *Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Québec*, [1989] R.J.Q. 831 (C.A.), p. 840-841, autorisation de pourvoi refusée, [1989] 2 R.C.S. vi.)

[41] Le fait de ne pas exiger la preuve de l'intention s'applique en toute logique à la reconnaissance des différentes formes de discrimination, car certains comportements discriminatoires sont multifactoriels ou inconscients.

[42] Le premier élément constitutif de la discrimination ne présente pas de difficultés. Le demandeur doit prouver l'existence d'une différence de traitement, c'est-à-dire qu'une décision, mesure ou conduite le « touche [. . .] d'une manière différente par rapport à d'autres personnes auxquelles elle peut s'appliquer » : *O'Malley*, p. 551. Il peut

2015 CSC 39 (CanLII)

not imposed on others: *ibid.*; see also *Andrews*, at pp. 173-74.

[43] As we will see below, the second element is central to the dispute in the instant case. The plaintiff must establish that the distinction, exclusion or preference in question is "based" on one of the grounds listed in s. 10 of the *Charter*: *City of Montréal*, at para. 84; *McGill*, at paras. 45 and 49-50. This element presupposes a connection between the differential treatment and a prohibited ground. Given that there is no consensus regarding the nature of this connection, it needs to be clarified.

[44] In the case at bar, the Tribunal held that it is not necessary for the prohibited ground being relied on by a plaintiff to be the sole cause of the impugned act, as that act may be explained by a variety of reasons. The Tribunal found that as long as any one of those reasons is connected with a prohibited ground, it can be concluded that discrimination within the meaning of s. 10 has occurred. As for the Court of Appeal, it required a [TRANSLATION] "causal connection" between a prohibited ground and the distinction, exclusion or preference at issue: para. 100.

[45] The Commission argues that it will suffice, in determining whether a person is liable for his or her decision or conduct, if the prohibited ground played a role in that decision or conduct. As for Bombardier, it maintains in its factum that a "causal connection" is essential to a finding of discrimination, although it acknowledges that [TRANSLATION] "[t]he courts use various expressions to refer to this indispensable requirement": R.F., at para. 31. At the hearing, however, it agreed that "connection" is the appropriate term and that it is not essential that the connection between the prohibited ground of discrimination and the impugned decision be an exclusive one.

[46] In our opinion, the latter position must prevail.

[47] This Court has used the expression "causal connection" at least once, in *City of Montréal*: para. 84. However, it is important to consider the

s'agir, par exemple, d'obligations, de peines ou de conditions restrictives qui ne sont pas imposées aux autres : *ibid.*; voir aussi *Andrews*, p. 173-174.

[43] Comme nous le verrons plus loin, le deuxième élément est au cœur du litige en l'espèce. Le demandeur doit établir que la distinction, l'exclusion ou la préférence qu'il subit est « fondée » sur un motif énuméré à l'art. 10 de la *Charte* : *Ville de Montréal*, par. 84; *McGill*, par. 45 et 49-50. Cet élément suppose un lien entre la différence de traitement et un motif prohibé. La teneur de ce lien ne faisant pas l'unanimité, il convient d'en préciser la nature.

[44] En l'espèce, le Tribunal a jugé qu'il n'était pas nécessaire que le motif prohibé invoqué par un demandeur soit la seule et unique cause de l'acte reproché, puisqu'il est possible que cet acte s'explique par une multitude de raisons. Pour le Tribunal, il suffit que l'une de ces raisons se rattache à un motif prohibé pour conclure à de la discrimination au sens de l'art. 10. Pour sa part, la Cour d'appel a exigé un « lien de causalité » entre un motif prohibé et la distinction, l'exclusion ou la préférence en cause : par. 100.

[45] La Commission soutient qu'il suffit que le motif prohibé ait joué un rôle dans la décision ou la conduite reprochée pour que la responsabilité de son auteur soit engagée. Pour sa part, Bombardier a affirmé dans son mémoire qu'un « lien de causalité » était essentiel pour conclure à l'existence de discrimination, tout en reconnaissant que « [l]es tribunaux utilisent différentes expressions pour référer à cette exigence indispensable » : m.i., par. 31. Toutefois, Bombardier a convenu à l'audience que la notion de « lien » est le terme approprié et qu'il n'était pas essentiel que ce lien entre le motif prohibé de discrimination et la décision reprochée soit exclusif.

[46] Nous sommes d'avis que cette dernière position doit prévaloir.

[47] Notre Cour a utilisé l'expression « lien causal » au moins une fois, soit dans l'arrêt *Ville de Montréal* : par. 84. Il importe toutefois de replacer

2015 CSC 39 (CanLII)

context in which the expression was used. In that case, the Court noted that the employer had acknowledged the existence of a "causal connection". But in setting out the elements of *prima facie* discrimination, the Court had required proof of only a "connection" between the prohibited ground of discrimination and the impugned decision or conduct: para. 65.

[48] In that case, this Court found, as did the Tribunal in the case at bar, that the decision or action of the person responsible for the distinction, exclusion or preference need not be based solely on the prohibited ground; it is enough if that decision or action is based in part on such a ground: *City of Montréal*, at para. 67, per L'Heureux-Dubé J., quoting with approval D. Proulx, "La discrimination fondée sur le handicap: étude comparée de la Charte québécoise" (1996), 56 *R. du B.* 317, at p. 420. In other words, for a particular decision or action to be considered discriminatory, the prohibited ground need only have contributed to it: see, *inter alia*, *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse v. Gaz métropolitain inc.*, 2008 QCTDP 24 (decision reversed by the Court of Appeal, but only as regards the award of punitive damages), at para. 415 (CanLII).

[49] In a recent decision concerning the *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19, the Ontario Court of Appeal found that it is preferable to use the terms commonly used by the courts in dealing with discrimination, such as "connection" and "factor": *Peel Law Assn. v. Pieters*, 2013 ONCA 396, 116 O.R. (3d) 80, at para. 59. In that court's opinion, the use of the modifier "causal" elevates the test beyond what is required, since human rights jurisprudence focuses on the discriminatory effects of conduct rather than on the existence of an intention to discriminate or of direct causes: para. 60. We agree with the Ontario Court of Appeal's reasoning on this point. Moreover, this Court used the term "factor" in a recent decision concerning British Columbia's human rights code: *Moore*, at para. 33.

l'emploi de cette expression dans son contexte. Dans cette affaire, la Cour a souligné que l'employeur avait admis le « lien causal ». Toutefois, lorsqu'elle a énuméré les éléments constitutifs de la discrimination *prima facie*, la Cour a uniquement exigé la preuve d'un « lien » entre le motif prohibé de discrimination et la décision ou conduite contestée : par. 65.

[48] Tout comme le Tribunal en l'espèce, notre Cour a reconnu dans cette affaire qu'il n'est pas nécessaire que la personne responsable de la distinction, de l'exclusion ou de la préférence ait fondé sa décision ou son geste uniquement sur le motif prohibé; il est suffisant qu'elle se soit basée partiellement sur un tel motif : *Ville de Montréal*, par. 67, la juge L'Heureux-Dubé, citant avec approbation D. Proulx, « La discrimination fondée sur le handicap : étude comparée de la Charte québécoise » (1996), 56 *R. du B.* 317, p. 420. En d'autres mots, il suffit que le motif ait contribué aux décisions ou aux gestes reprochés pour que ces derniers soient considérés comme discriminatoires : voir, entre autres, *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Gaz métropolitain inc.*, 2008 QCTDP 24, [2009] R.J.Q. 487 (décision infirmée en Cour d'appel seulement quant à l'ordonnance accordant des dommages-intérêts punitifs), par. 415.

[49] Dans un arrêt récent portant sur le *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, c. H.19, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé qu'il était préférable d'utiliser les termes communément employés dans la jurisprudence en matière de discrimination, par exemple [TRADUCTION] « lien » et « facteur » : *Peel Law Assn. c. Pieters*, 2013 ONCA 396, 116 O.R. (3d) 80, par. 59. Selon cette dernière, l'emploi du qualificatif « causal » a pour effet de hausser les exigences de l'analyse au-delà de ce qui est nécessaire, puisque la jurisprudence en matière de droits de la personne s'attache aux effets discriminatoires des comportements plutôt qu'à l'existence d'une intention discriminatoire ou de causes directes : par. 60. Nous souscrivons au raisonnement de la Cour d'appel de l'Ontario à cet égard. Notre Cour a d'ailleurs utilisé le terme « facteur » dans un arrêt récent portant sur le code des droits de la personne de la Colombie-Britannique : *Moore*, par. 33.

2015 CSC 39 (CanLII)

[50] It is more appropriate to use the terms "connection" and "factor" in relation to discrimination, especially since the expression "*lien causal*" has a specific meaning in the civil law of Quebec. In civil liability matters, the plaintiff must establish on a balance of probabilities that there is a causal relationship between the defendant's fault and the injury suffered by the plaintiff: J.-C. Royer and S. Lavallée, *La preuve civile* (4th ed. 2008), at para. 158. The Quebec courts have defined this causal relationship as requiring that the damage be a logical, direct and immediate consequence of the fault. This rule therefore means that the cause must have a [TRANSLATION] "close" relationship with the injury suffered by the victim: J.-L. Baudouin, P. Deslauriers and B. Moore, *La responsabilité civile* (8th ed. 2014), at para. 1-683.

[51] A close relationship is not required in a discrimination case under the *Charter*, however. To hold otherwise would be to disregard the fact that, since there may be many different reasons for a defendant's acts, proof of such a relationship could impose too heavy a burden on the plaintiff. Some of those reasons may, of course, provide a justification for the defendant's acts, but the burden is on the defendant to prove this. It is therefore neither appropriate nor accurate to use the expression "causal connection" in the discrimination context.

[52] In short, as regards the second element of *prima facie* discrimination, the plaintiff has the burden of showing that there is a *connection* between a prohibited ground of discrimination and the distinction, exclusion or preference of which he or she complains or, in other words, that the ground in question was a *factor* in the distinction, exclusion or preference. Finally, it should be noted that the list of prohibited grounds in s. 10 of the *Charter* is exhaustive, unlike the one in the *Canadian Charter*: *City of Montréal*, at para. 69.

[53] Lastly, the plaintiff must show that the distinction, exclusion or preference affects the full and equal exercise of a right or freedom guaranteed to him or her by the *Charter*. The *Charter*, unlike the *Canadian Charter*, does not protect the right to equality *per se*; this right is protected only in the exercise

[50] Les termes « lien » ou « facteur » sont plus appropriés en matière de discrimination, d'autant plus que l'expression « lien causal » réfère à une notion précise en droit civil québécois. En effet, en matière de responsabilité civile, le demandeur doit établir, selon la prépondérance des probabilités, le « lien causal » entre la faute du défendeur et le préjudice qu'il subit : J.-C. Royer et S. Lavallée, *La preuve civile* (4e éd. 2008), par. 158. D'après la définition qu'en donnent les tribunaux québécois, ce « lien causal » exige que le dommage soit la conséquence logique, directe et immédiate de la faute. Suivant cette règle, la cause doit donc présenter un rapport « étroit » avec le préjudice subi par la victime : J.-L. Baudouin, P. Deslauriers et B. Moore, *La responsabilité civile* (8e éd. 2014), par. 1-683.

[51] Or, les actions en matière de discrimination fondées sur la *Charte* n'exigent pas un rapport étroit. Conclure 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. Certaines de ces raisons peuvent bien sûr justifier les actes du défendeur, mais c'est à ce dernier qu'il appartient d'en faire la preuve. En conséquence, il n'est ni approprié ni juste d'utiliser l'expression « lien causal » en matière de discrimination.

[52] En somme, relativement au deuxième élément constitutif de la discrimination *prima facie*, le demandeur a le fardeau de démontrer qu'il existe un *lien* entre un motif prohibé de discrimination et la distinction, l'exclusion ou la préférence dont il se plaint ou, en d'autres mots, que ce motif a été un *facteur* dans la distinction, l'exclusion ou la préférence. Rappelons enfin que, contrairement à l'énumération prévue à la *Charte canadienne*, la liste des motifs prohibés figurant à l'art. 10 de la *Charte* est exhaustive : *Ville de Montréal*, par. 69.

[53] Finalement, le demandeur doit démontrer que la distinction, l'exclusion ou la préférence affecte l'exercice en pleine égalité de l'un de ses droits ou libertés garantis par la *Charte*. Ainsi, contrairement à la *Charte canadienne*, la *Charte* ne protège pas le droit à l'égalité en soi; ce droit n'est protégé que

2015 CSC 39 (CanLII)

of the other rights and freedoms guaranteed by the *Charter*: see, *inter alia*, *Ruel v. Marois*, [2001] R.J.Q. 2590 (C.A.), at para. 129; *Velk v. McGill University*, 2011 QCCA 578, at para. 42 (CanLII); see also *Ford*, at pp. 786-87.

[54] This means that the right to non-discrimination cannot serve as a basis for an application on its own and that it must necessarily be attached to another human right or freedom recognized by law. However, this requirement should not be confused with the independent scope of the right to equality; the *Charter* does not require a "double violation" (right to equality and, for example, freedom of religion), which would make s. 10 redundant: see, *inter alia*, D. Robitaille, "Non-indépendance et autonomie de la norme d'égalité québécoise: des concepts 'fondateurs' qui méritent d'être mieux connus" (2004), 35 *R.D.U.S.* 103.

(2) Applicable Degree of Proof

[55] As we mentioned above, an application under the *Charter* involves a two-step process that successively imposes separate burdens of proof on the plaintiff and the defendant. However, this Court has never clearly enunciated the degree of proof associated with the plaintiff's burden. It must also be acknowledged that the use of the expressions "*prima facie* discrimination" and "*prima facie* case of discrimination" may have caused some confusion about the scope of the degree of proof.

[56] In our opinion, even though the plaintiff and the defendant have separate burdens of proof in an application under the *Charter*, and even though the proof required of the plaintiff is of a simple "connection" or "factor" rather than of a "causal connection", he or she must nonetheless prove the three elements of discrimination on a balance of probabilities. This means that the "connection" or "factor" must be proven on a balance of probabilities.

dans l'exercice des autres droits et libertés garantis par la *Charte* : voir, entre autres, *Ruel c. Marois*, [2001] R.J.Q. 2590 (C.A.), par. 129; *Velk c. McGill University*, 2011 QCCA 578, 89 C.C.P.B. 175, par. 42; voir aussi *Ford*, p. 786-787.

[54] Cela signifie que le droit à l'absence de discrimination ne peut à lui seul fonder un recours et doit nécessairement être rattaché à un autre droit ou à une autre liberté de la personne reconnus par la loi. Il ne faut toutefois pas confondre cette exigence avec la portée autonome du droit à l'égalité; la *Charte* n'exige pas une « double violation » (droit à l'égalité et, par exemple, liberté de religion), ce qui rendrait l'art. 10 superflu : voir, entre autres, D. Robitaille, « Non-indépendance et autonomie de la norme d'égalité québécoise : des concepts "fondateurs" qui méritent d'être mieux connus » (2004), 35 *R.D.U.S.* 103.

(2) Le degré de preuve applicable

[55] Comme nous l'avons mentionné précédemment, le recours entrepris en vertu de la *Charte* comporte une démarche à deux volets qui impose successivement au demandeur et au défendeur un fardeau de preuve distinct. Notre Cour ne s'est toutefois jamais clairement exprimée sur le degré de preuve inhérent au fardeau du demandeur. Force est aussi de reconnaître que l'utilisation des expressions « discrimination *prima facie* » et « preuve *prima facie* de discrimination » ont pu entraîner une certaine confusion relativement aux contours du degré de preuve.

[56] À notre avis, bien que dans le cadre d'un recours fondé sur la *Charte*, tant le demandeur que le défendeur soit assujetti à un fardeau de preuve distinct, et que l'on exige du premier, non pas la preuve d'un « lien causal » mais plutôt d'un simple « lien » ou « facteur », il n'en demeure pas moins que le demandeur doit démontrer, par prépondérance des probabilités, l'existence des trois éléments constitutifs de la discrimination. Pour cette raison, l'existence du « lien » ou du « facteur » doit être établie par preuve prépondérante.

2015 CSC 39 (CanLII)

[57] In its factum, the Commission supports its arguments on this point by citing to passages from *O'Malley* and *Moore* that deal with *prima facie* discrimination, but the conclusions it draws from those passages about the degree of proof required of the plaintiff are ambiguous. At the hearing, the Commission defined a *prima facie* case as [TRANSLATION] "sufficient proof absent an answer that a discriminatory ground was a factor in the occurrence of the adverse effect": transcript, at pp. 11-12. It submitted that "the *prima facie* test must be flexible and must take account of the context" and that "[t]he context therefore influences the articulation of a plaintiff's burden and the required degree of proof": *ibid.*, at p. 16. In the Commission's view, "there will be a low threshold of proof for the circumstantial evidence that must be produced by the plaintiff": *ibid.*, at p. 18. The Commission added that *prima facie* discrimination does not therefore have to be established in accordance with the standard of proof on a balance of probabilities, and that it is only where the defendant adduces evidence to the contrary — thus providing an explanation for his or her decision — that the Tribunal is required to apply that standard. In essence, the Commission's argument is that the concept of *prima facie* discrimination lowers the required degree of proof.

[58] Bombardier counters that the proof required by the concept of a *prima facie* case of discrimination is not [TRANSLATION] "approximate" proof of discrimination, but "proof [that] in itself, where no contradiction is shown, is complete and sufficient . . . to establish, on a balance of probabilities, a connection between the decision whose basis is challenged and the prohibited . . . ground of discrimination": transcript, at p. 89. In Bombardier's view, the Tribunal must determine whether, having regard to the evidence as a whole, the plaintiff has established discrimination on a balance of probabilities. If the Tribunal finds that the plaintiff has done so, the defendant can still present a defence of justification, which he or she must then establish.

[59] In our opinion, Bombardier is right that the standard of proof that normally applies in the civil law, namely that of proof on a balance of probabilities, applies in this case. In a discrimination context,

[57] Au soutien de ses prétentions à ce sujet, la Commission se réfère dans son mémoire à des passages des arrêts *O'Malley* et *Moore* à l'égard du concept de discrimination *prima facie*, mais les conclusions qu'elle en tire quant au degré de preuve imposé au demandeur sont ambiguës. À l'audience, la Commission a défini la preuve *prima facie* comme étant « une preuve suffisante jusqu'à preuve du contraire d'un motif discriminatoire comme un facteur dans la manifestation de l'effet préjudiciable » : transcription, p. 11-12. La Commission soutient que « le test *prima facie* doit être flexible et tenir compte du contexte » et que « [l]e contexte a donc une influence sur l'articulation du fardeau d'un demandeur et le degré de preuve requis » : *ibid.*, p. 16. Pour la Commission, « la preuve circonstancielle que devra administrer le demandeur sera selon un seuil de preuve bas » : *ibid.*, p. 18. Toujours selon la Commission, l'existence de la discrimination *prima facie* n'a donc pas à être établie selon la norme de la prépondérance des probabilités, et c'est uniquement lorsque le défendeur soumet une preuve contraire — et ainsi explique sa décision — que le Tribunal doit se prononcer suivant cette norme. Essentiellement, la Commission plaide que la notion de discrimination *prima facie* entraîne un allègement du degré de preuve requis.

[58] De son côté, Bombardier prétend que le concept de preuve *prima facie* de discrimination ne s'entend pas d'une preuve « approximative » de discrimination. Il s'agit plutôt d'une « preuve [qui] en elle-même, en l'absence de toute contradiction établie est complète et suffisante [. . .] pour établir sur une base de prépondérance des probabilités le lien entre la décision dont on attaque le fondement et [. . .] le motif interdit de discrimination » : transcription, p. 89. Selon Bombardier, le tribunal doit évaluer si, compte tenu de l'ensemble de la preuve, le demandeur a établi, par prépondérance des probabilités, l'existence de discrimination à son égard. Si c'est le cas, le défendeur peut tout de même présenter une défense de justification, dont la preuve lui incombe.

[59] À notre avis, Bombardier a raison de soutenir que la norme de preuve fondée sur la prépondérance des probabilités habituellement requise en droit civil s'applique en l'espèce. Dans un contexte

2015 CSC 39 (CanLII)

the expression "*prima facie*" refers only to the first step of the process and does not alter the applicable degree of proof. This conclusion is inescapable in light of this Court's past decisions.

[60] The Court made the following comment in *O'Malley*:

> The complainant in proceedings before human rights tribunals must show a *prima facie* case of discrimination. A *prima facie* case in this context is one which covers the allegations made and which, if they are believed, is complete and sufficient to justify a verdict in the complainant's favour in the absence of an answer from the respondent-employer. [Emphasis added; p. 558.]

[61] In *Meiorin*, the Court stated that, "[i]f a *prima facie* case of either form of discrimination is established, the burden shifts to the employer to justify it": para. 19.

[62] In *City of Montréal*, which dealt with the *Charter*, the Court wrote the following, at para. 65:

> . . . the *Charter* contemplates a two-step process . . . . The first step, set out in s. 10, attempts to eliminate discrimination and requires that the applicant produce *prima facie* evidence of the discrimination. At this stage, the burden on the applicant is limited to showing prejudice and its connection to a prohibited ground of discrimination.

[63] Finally, in *Moore*, a more recent case, Abella J. wrote the following for the Court:

> . . . to demonstrate *prima facie* discrimination, complainants are required to show that they have a characteristic protected from discrimination under the *Code*; that they experienced an adverse impact with respect to the service; and that the protected characteristic was a factor in the adverse impact. Once a *prima facie* case has been established, the burden shifts to the respondent to

de discrimination, l'expression « *prima facie* » ou « à première vue » ne renvoie qu'au premier volet de la démarche à suivre et ne modifie aucunement le degré de preuve applicable. Cette conclusion est incontournable à la lumière de la jurisprudence de notre Cour.

[60] Dans l'arrêt *O'Malley*, la Cour s'est exprimée ainsi :

> Dans les instances devant un tribunal des droits de la personne, le plaignant doit faire une preuve suffisante jusqu'à preuve contraire qu'il y a discrimination. Dans ce contexte, la preuve suffisante jusqu'à preuve contraire est celle qui porte sur les allégations qui ont été faites et qui, si on leur ajoute foi, est complète et suffisante pour justifier un verdict en faveur de la plaignante, en l'absence de réplique de l'employeur intimé. [Nous soulignons; p. 558.]

[61] Dans l'arrêt *Meiorin*, notre Cour a affirmé que « [l]orsqu'il y a preuve *prima facie* de l'existence d'une forme ou l'autre de discrimination, il appartient alors à l'employeur de justifier la discrimination en cause » : par. 19.

[62] Dans l'arrêt *Ville de Montréal*, une affaire portant sur la *Charte*, notre Cour a écrit ceci, au par. 65 :

> . . . la *Charte* envisage une démarche à deux volets. La première étape, que prévoit l'art. 10, vise la suppression de la discrimination et exige du demandeur une preuve *prima facie* de celle-ci. Le fardeau qui incombe au demandeur à cette étape est limité aux éléments de préjudice et au lien avec un motif de discrimination prohibé.

[63] Enfin, dans l'arrêt plus récent *Moore*, la juge Abella, au nom de notre Cour, s'est exprimée en ces termes :

> . . . pour établir à première vue l'existence de discrimination, les plaignants doivent démontrer qu'ils possèdent une caractéristique protégée par le *Code* contre la discrimination, qu'ils ont subi un effet préjudiciable relativement au service concerné et que la caractéristique protégée a constitué un facteur dans la manifestation de l'effet préjudiciable. Une fois la discrimination établie

2015 CSC 39 (CanLII)

justify the conduct or practice, within the framework of the exemptions available under human rights statutes. If it cannot be justified, discrimination will be found to occur. [Emphasis added; para. 33.]

(See also *McGill*, at paras. 49-50.)

[64] This brief review of the case law shows that the use of the expression "*prima facie* discrimination" can be explained quite simply on the basis of the two-step test for complaints of discrimination under the *Charter*. This expression concerns only the three elements that must be proven by the plaintiff at the first step. If no justification is established by the defendant, proof of these three elements on a balance of probabilities will be sufficient for the tribunal to find that s. 10 of the *Charter* has been violated. If, on the other hand, the defendant succeeds in justifying his or her decision or conduct, there will have been no violation, not even if *prima facie* discrimination is found to have occurred. In practical terms, this means that the defendant can either present evidence to refute the allegation of *prima facie* discrimination, put forward a defence justifying the discrimination, or do both.

[65] Thus, the use of the expression "*prima facie* discrimination" must not be regarded as a relaxation of the plaintiff's obligation to satisfy the tribunal in accordance with the standard of proof on a balance of probabilities, which he or she must still meet. This conclusion is in fact supported by the passage from *O'Malley* quoted above, in which the Court stated that the case must be "complete and sufficient", that is, it must correspond to the degree of proof required in the civil law. Absent an exception provided by law, there is in Quebec law only one degree of proof in civil matters, namely proof on a balance of probabilities: art. 2804 of the *Civil Code of Québec*; see also *Banque Canadienne Nationale v. Mastracchio*, [1962] S.C.R. 53, at p. 57; *Rousseau v. Bennett*, [1956] S.C.R. 89, at pp. 92-93; *Parent v. Lapointe*, [1952] 1 S.C.R. 376, at p. 380. In the instant case, neither s. 10 of the *Charter* nor the *Charter*'s other provisions create such an exception.

à première vue, l'intimé a alors le fardeau de justifier la conduite ou la pratique suivant le régime d'exemptions prévu par les lois sur les droits de la personne. Si la conduite ou pratique ne peut être justifiée, le tribunal conclura à l'existence de la discrimination. [Nous soulignons; par. 33.]

(Voir aussi *McGill*, par. 49-50.)

[64] Ce survol de la jurisprudence démontre que l'utilisation de l'expression « discrimination *prima facie* » s'explique tout simplement en raison de l'analyse à deux volets des plaintes de discrimination fondées sur la *Charte*. En effet, cette expression vise seulement les trois éléments dont la partie demanderesse doit faire la preuve dans le cadre du premier volet. En l'absence de justification établie par le défendeur, la présentation d'une preuve prépondérante à l'égard de ces trois éléments sera suffisante pour permettre au tribunal de conclure à la violation de l'art. 10 de la *Charte*. Par ailleurs, si le défendeur parvient à justifier sa décision ou sa conduite, il n'y aura pas de violation, et ce, même en présence de discrimination *prima facie.* Concrètement, cela signifie que le défendeur peut présenter soit des éléments de preuve réfutant l'allégation de discrimination *prima facie*, soit une défense justifiant la discrimination, ou les deux.

[65] En conséquence, l'utilisation de l'expression « discrimination *prima facie* » ne doit pas être assimilée à un allègement de l'obligation du demandeur de convaincre le tribunal selon la norme de la prépondérance des probabilités, laquelle continue toujours de lui incomber. Le passage de l'arrêt *O'Malley* cité plus haut appuie d'ailleurs cette conclusion. La Cour y affirme qu'il faut une preuve « complète et suffisante », soit une preuve qui correspond au degré de preuve requis en droit civil. Sauf exception prévue par la loi, il n'existe en droit québécois qu'un seul degré de preuve en matière civile, la prépondérance des probabilités : art. 2804 du *Code civil du Québec*; voir aussi *Banque Canadienne Nationale c. Mastracchio*, [1962] R.C.S. 53, p. 57; *Rousseau c. Bennett*, [1956] R.C.S. 89, p. 92-93; *Parent c. Lapointe*, [1952] 1 R.C.S. 376, p. 380. En l'espèce, ni l'art. 10 de la *Charte* ni les autres dispositions de cette loi ne créent une telle exception.

2015 CSC 39 (CanLII)

[66] At the hearing, the Commission cited s. 123 of the *Charter* in support of its argument that the degree of proof is different in a discrimination case. In our opinion, s. 123 of the *Charter* applies to an entirely different situation. It reads as follows:

The Tribunal, though bound by the general principles of justice, may admit any evidence useful and relevant to the application submitted to it and allow any means of proof.

The Tribunal is not bound by the special rules of evidence applicable in civil matters, except to the extent determined in this Part.

[67] In essence, the purpose of this section is to relax the rules governing the admissibility and presentation of evidence, not to lower the usual civil standard of proof. In practice, this means that the Tribunal may accept any means of proof — writings, presumptions, testimony, admissions or the production of real evidence. Since it is not bound by the specific rules of evidence applicable in civil matters, it could, for example, admit hearsay evidence on certain conditions. That being said, the Tribunal must nevertheless, after hearing all the evidence, be satisfied on a balance of probabilities that the plaintiff has been discriminated against before it can decide in the plaintiff's favour.

[68] This relaxation of the rules of evidence is not unique to the Tribunal or to the application of the *Charter*; it can in fact be found in the enabling legislation of other quasi-judicial tribunals. This choice can be explained by a legislative intent to favour the resolution of certain types of disputes in a more expeditious and less costly manner, and in more accessible and less formalistic forums in which plaintiffs are often not represented by counsel: see, *inter alia*, P. Garant, *Droit administratif* (6th ed. 2010), at p. 105. Subject to the principles of natural justice and to the specific rules set out in their enabling legislation, administrative tribunals therefore have full authority over their procedure and over the admission of evidence: see, *inter alia*, ss. 9 to 12 of the *Act respecting administrative justice*, CQLR, c. J-3; *Université du Québec à Trois-Rivières v. Larocque*, [1993] 1 S.C.R. 471, at p. 485.

[66] À l'audience, la Commission a invoqué l'art. 123 de la *Charte* au soutien de son argument selon lequel le degré de preuve en matière de discrimination est différent. Nous sommes d'avis que l'art. 123 de la *Charte* vise une toute autre situation. Voici le texte de cet article :

Tout en étant tenu de respecter les principes généraux de justice, le Tribunal reçoit toute preuve utile et pertinente à une demande dont il est saisi et il peut accepter tout moyen de preuve.

Il n'est pas tenu de respecter les règles particulières de la preuve en matière civile, sauf dans la mesure indiquée par la présente partie.

[67] Essentiellement, cette disposition a pour objet d'assouplir les règles d'admissibilité et d'administration de la preuve, mais non la norme de preuve habituellement exigée en matière civile. Dans les faits, cela veut dire que le Tribunal peut accepter tout moyen de preuve — écrit, présomption, témoignage, aveu ou présentation d'éléments matériels. Comme il n'est pas tenu de respecter les règles particulières de la preuve en matière civile, il pourrait, à titre d'exemple, accepter à certaines conditions une preuve par ouï-dire. Cela dit, après avoir entendu l'ensemble de la preuve, le Tribunal doit néanmoins être convaincu, selon la prépondérance des probabilités, de l'existence de discrimination avant de pouvoir rendre une décision favorable au demandeur.

[68] Cet assouplissement des règles de preuve n'est pas unique au Tribunal et à l'application de la *Charte*; en effet, on le trouve dans les lois constitutives d'autres tribunaux quasi judiciaires. Ce choix s'explique par la volonté des législateurs de favoriser le règlement de certains types de litiges de façon plus expéditive et moins coûteuse, devant des juridictions plus accessibles et moins formalistes, où les demandeurs sont d'ailleurs souvent non représentés par avocat : voir, entre autres, P. Garant, *Droit administratif* (6e éd. 2010), p. 105. Ainsi, sous réserve du respect des règles de justice naturelle et des règles particulières énoncées dans sa loi habilitante, un tribunal administratif est maître de sa procédure et de sa preuve : voir, entre autres, les art. 9 à 12 de la *Loi sur la justice administrative*, RLRQ, c. J-3; *Université du Québec à Trois-Rivières c. Larocque*, [1993] 1 R.C.S. 471, p. 485.

2015 CSC 39 (CanLII)

[69] We wish to be clear that the application of a given legal test must be based on the same elements and the same degree of proof in every case. This is necessary in order to maintain the uniformity, integrity and predictability of the law. We therefore fail to see how the flexibility that the Commission says must characterize the *prima facie* discrimination test can affect the process aside from making it possible to take the circumstances of each case, and in particular the ground of discrimination being alleged, into account. Thus, although the nature of the evidence that is presented may vary from case to case, the "legal test" does not change. What can vary are the circumstances that might make it possible to meet the requirements of the various elements of the analysis, and the courts must adopt an approach that takes the context into account.

B. *Has Prima Facie Discrimination on Bombardier's Part Been Proven?*

[70] In a recent case, *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3 ("*City of Saguenay*"), this Court confirmed that the Tribunal is an administrative tribunal and that the applicable standard of review is determined on the basis of administrative law principles, regardless of whether the review is conducted in the context of an application for judicial review or of a statutory appeal: paras. 38-44. Because the decision in that case was rendered after the hearing in the case at bar, some of the parties' arguments have already been decided by this Court and do not require further comment here.

[71] Mr. Latif argues that, because the Court of Appeal held that the Tribunal had correctly identified the test for complaints of discrimination under the *Charter*, his appeal concerns only the application of that test to the facts of this case. In his view, the Court of Appeal erred in applying the palpable and overriding error standard to this question of mixed fact and law and in substituting its own assessment of the facts for that of the Tribunal. He submits that the standard applicable to such a question, namely reasonableness, requires greater deference to the Tribunal's decision.

[69] Nous tenons à préciser que l'application d'une analyse juridique donnée doit dans tous les cas se faire en fonction des mêmes éléments constitutifs et du même degré de preuve. Cela est nécessaire pour préserver l'uniformité, l'intégrité et la prévisibilité du droit. Nous ne voyons donc pas comment la nécessaire flexibilité qui, selon la Commission, doit caractériser l'analyse de la discrimination *prima facie* peut influer sur la démarche, sinon qu'elle permet de tenir compte des circonstances propres à chaque affaire, notamment du motif de discrimination invoqué. Partant, bien que la nature de la preuve présentée puisse varier d'une affaire à l'autre, l'« analyse juridique », elle, ne change pas. Ce qui peut varier, ce sont les circonstances qui pourront permettre de satisfaire aux divers éléments de l'analyse, et les tribunaux doivent adopter une approche qui tienne compte du contexte.

B. *L'existence de discrimination prima facie de la part de Bombardier a-t-elle été prouvée?*

[70] Dans le récent arrêt *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3 (« *Ville de Saguenay* »), notre Cour a confirmé que le Tribunal est un tribunal administratif assujetti à une norme de contrôle dictée par les principes du droit administratif, que ce soit lors d'une révision judiciaire ou d'un appel prévu par une loi : par. 38-44. Comme cet arrêt a été rendu après l'audition de la présente affaire, certains arguments des parties ont déjà été tranchés par notre Cour et il est inutile de s'y attarder.

[71] Par ailleurs, selon M. Latif, comme la Cour d'appel a jugé que le Tribunal avait correctement déterminé l'analyse applicable aux plaintes de discrimination fondées sur la *Charte*, son pourvoi porte uniquement sur l'application de cette analyse aux faits de l'espèce. Il prétend que la Cour d'appel a fait erreur en appliquant la norme de l'erreur manifeste et déterminante à cette question mixte de fait et de droit, et en substituant sa propre appréciation des faits à celle du Tribunal. À son avis, la norme applicable à une telle question, soit la raisonnabilité, exige une plus grande déférence envers la décision du Tribunal.

2015 CSC 39 (CanLII)

[72] Bombardier contends that, where questions of fact and questions of mixed fact and law are concerned, the tests for intervention by an appellate court or a reviewing court are the same. It adds, however, that the Tribunal's decision must be set aside even if the applicable standard is reasonableness. Bombardier maintains that a decision is unreasonable if support for its conclusions cannot be found in the evidence, arguing that the decision in this case was in fact unreasonable because there was no evidence to support the Tribunal's conclusion that there was a connection between Mr. Latif's ethnic or national origin and the U.S. authorities' refusal. Bombardier also argues that the Court of Appeal did not reassess the expert evidence submitted to the Tribunal but found, rather, that there was no evidence of a causal connection.

[73] For the reasons that follow, we are of the opinion that because the Tribunal's decision was not supported by the evidence in the record, it was unreasonable and must therefore be set aside.

[74] The parties agreed that Bombardier's decision to deny Mr. Latif's request for training under his Canadian licence was based *solely* on the fact that Mr. Latif had not received a security clearance from DOJ to receive training under his U.S. licence. But the Commission had to show that Bombardier's decision was discriminatory by establishing on a balance of probabilities that there was a connection between the decision and Mr. Latif's ethnic or national origin. The Commission argues that Mr. Latif was a victim of racial profiling on the part of the U.S. authorities and that Bombardier acted as a conduit for their decision. More specifically, the Commission submits that the measures implemented by the U.S. authorities at the relevant time in order to counter and prevent terrorism directly targeted Arab or Muslim people or, more broadly, people from Muslim countries, including Pakistan. Because Mr. Latif was born in the latter country, the U.S. authorities' decision concerning him stemmed from those measures.

[75] The Tribunal accepted that syllogism and concluded that Bombardier's decision was based on Mr. Latif's ethnic or national origin.

[72] Bombardier soutient que, à l'égard des questions de fait et des questions mixtes de fait et de droit, les critères d'intervention d'une cour d'appel ou d'une cour de révision sont semblables. Elle ajoute cependant que, même sous l'angle de la raisonnabilité, la décision du Tribunal doit être infirmée. Suivant Bombardier, une décision est déraisonnable si ses conclusions ne peuvent pas être étayées par la preuve. Ce serait le cas en l'espèce, vu l'absence de preuve permettant au Tribunal de conclure à l'existence d'un lien entre l'origine ethnique ou nationale de M. Latif et le refus des autorités américaines. De plus, la Cour d'appel n'aurait pas réévalué la preuve d'expert soumise au Tribunal, mais aurait plutôt conclu à l'absence de preuve du lien causal.

[73] Pour les raisons qui suivent, nous sommes d'avis que, comme la décision du Tribunal n'est pas fondée sur la preuve présentée, elle est déraisonnable et doit donc être infirmée.

[74] Les parties ont reconnu que la décision de Bombardier refusant la demande de formation de M. Latif liée à sa licence canadienne reposait *uniquement* sur le fait que ce dernier n'avait pas reçu l'approbation de sécurité du DOJ pour suivre une formation sur la base de sa licence américaine. Or, la Commission devait démontrer que la décision de Bombardier était discriminatoire, en établissant, par prépondérance de preuve, un lien entre cette décision et l'origine ethnique ou nationale de M. Latif. La Commission avance que M. Latif a été victime de profilage racial de la part des autorités américaines et que Bombardier s'est fait le relais de ces autorités. Plus précisément, la Commission soutient que les mesures mises en place par les autorités américaines à l'époque pertinente, afin de contrer et de prévenir le terrorisme, visaient directement les personnes d'origine arabe ou de confession musulmane ou, plus largement, les personnes originaires de pays musulmans tels que le Pakistan. Comme M. Latif est originaire de ce pays, la décision des autorités américaines à son égard découlerait de ces mesures.

[75] Le Tribunal a accepté un tel syllogisme et a conclu que la décision de Bombardier était basée sur l'origine ethnique ou nationale de M. Latif.

2015 CSC 39 (CanLII)

[76] Although the Court of Appeal found that the Tribunal had correctly identified the elements of discrimination, it held that the evidence in the record did not support a conclusion that the U.S. authorities' decision was based on Mr. Latif's ethnic or national origin and that Bombardier's decision was therefore discriminatory.

[77] Bombardier agrees with the Court of Appeal that the inference drawn by the Tribunal was based solely on the expert report of Ms. Bahdi that had been filed by the Commission. In Bombardier's view, because that report dealt only with the Islamophobic social context in the United States and with government programs other than the AFSP, it could not support the Tribunal's inference. In fact, according to Bombardier, the Court of Appeal set aside the Tribunal's decision for that reason alone.

[78] The Commission and Mr. Latif argue that the Tribunal's conclusion was reasonable and that it was supported by several pieces of circumstantial evidence, and not only by Ms. Bahdi's expert report.

[79] In our opinion, the Commission and Mr. Latif are wrong.

[80] Because Bombardier's decision to deny Mr. Latif's request for training was based *solely* on DOJ's refusal to issue him a security clearance, it is common ground that proof of a connection between the U.S. authorities' decision and a prohibited ground of discrimination would have satisfied the requirements of the second element of the test for *prima facie* discrimination. However, the Commission did not adduce sufficient evidence to show that Mr. Latif's ethnic or national origin played any role in DOJ's unfavourable reply to his security screening request.

[81] As for the circumstantial evidence, we do not agree with the Court of Appeal that the inference drawn by the Tribunal was based solely on Ms. Bahdi's expert report. The Tribunal based its

[76] Bien qu'elle ait jugé que le Tribunal avait correctement exposé les éléments constitutifs de la discrimination, la Cour d'appel a cependant décidé pour sa part que la preuve au dossier ne permettait pas de conclure que la décision des autorités américaines était fondée sur l'origine ethnique ou nationale de M. Latif, et donc, que la décision de Bombardier était discriminatoire.

[77] À l'instar de la Cour d'appel, Bombardier estime que l'inférence tirée par le Tribunal était basée uniquement sur le rapport d'expertise de M^me^ Bahdi déposé par la Commission. Selon Bombardier, comme ce rapport ne portait que sur le contexte social d'islamophobie régnant aux États-Unis et sur des programmes gouvernementaux autres que l'AFSP, il ne pouvait appuyer l'inférence tirée par le Tribunal. La Cour d'appel aurait d'ailleurs infirmé la décision du Tribunal pour cette seule raison.

[78] La Commission et M. Latif considèrent que la conclusion du Tribunal était raisonnable et étayée par plusieurs éléments de preuve circonstancielle, et non seulement par le rapport d'expertise de M^me^ Bahdi.

[79] Nous sommes d'avis qu'ils ont tort.

[80] Puisque Bombardier a refusé la demande de formation de M. Latif *uniquement* en raison du refus du DOJ de délivrer à ce dernier une approbation de sécurité, il est acquis au débat que la preuve d'un lien entre la décision des autorités américaines et un motif prohibé de discrimination aurait satisfait au deuxième élément de l'analyse relative à la discrimination *prima facie*. Or, la Commission n'a pas présenté une preuve suffisante pour démontrer que l'origine ethnique ou nationale de M. Latif a joué de quelque façon que ce soit dans la réponse défavorable du DOJ à l'égard de sa demande de vérification de sécurité.

[81] En ce qui concerne la preuve circonstancielle, nous ne partageons pas l'avis de la Cour d'appel selon lequel l'inférence tirée par le Tribunal était basée uniquement sur le rapport d'expertise de

2015 CSC 39 (CanLII)

finding on all the evidence in the record. In our opinion, however, that evidence was not sufficient to support an inference of a connection between Mr. Latif's ethnic or national origin and his exclusion. It follows that the Tribunal's finding of fact was clearly unreasonable.

[82] The parties do not know why DOJ refused to issue a security clearance for Mr. Latif in 2004. Indeed, the Tribunal wrote, at para. 310: [TRANSLATION] "We do not know the process, criteria or objective reasons that resulted in the refusal by the US authorities to give Mr. Latif security clearance . . . ."

[83] Surprisingly, the only direct evidence concerning the reasons for DOJ's decision comes from Mr. Latif's own testimony. According to him, he was denied a security clearance as a result of an identification error, which he says was confirmed to him by telephone by a TSA official. Bombardier argues that it was this identification error, and not Mr. Latif's ethnic or national origin, that led to the refusal by the U.S. authorities. However, the Tribunal rejected that theory, adding that even if DOJ's decision had resulted from such an error, that error had, on a balance of probabilities, been caused by discriminatory programs and racial profiling, given that the security screening process could lead to [TRANSLATION] "false positives": para. 310.

[84] It is therefore apparent that the Commission failed to satisfy the Tribunal that there was direct evidence concerning the real reason for the U.S. decision. For its conclusion that Mr. Latif had been discriminated against to be reasonable, therefore, the Tribunal had to be able to rely on circumstantial evidence. In our opinion, that evidence was insufficient in this case. Let us explain.

M[me] Bahdi. En effet, le Tribunal a appuyé sa conclusion sur l'ensemble de la preuve produite au dossier. Toutefois, nous sommes d'avis que celle-ci était insuffisante pour lui permettre d'inférer l'existence d'un lien entre l'origine ethnique ou nationale de M. Latif et son exclusion. Il s'ensuit que la conclusion de fait du Tribunal était nettement déraisonnable.

[82] Les parties ignorent les raisons qui ont amené le DOJ à refuser de délivrer l'approbation de sécurité de M. Latif en 2004. Le Tribunal écrit d'ailleurs, au par. 310 : « Nous ne connaissons ni le processus, ni les critères, ni les raisons objectives ayant mené les autorités américaines à refuser l'approbation de sécurité de monsieur Latif . . . »

[83] Étonnamment, la seule preuve directe portant sur les motifs de la décision du DOJ provient du témoignage de M. Latif lui-même. En effet, au dire de ce dernier, l'approbation de sécurité lui a été refusée en raison d'une erreur d'identité, ce que lui aurait confirmé au téléphone une agente de la TSA. Bombardier plaide que c'est l'erreur d'identité, et non l'origine ethnique ou nationale de M. Latif, qui explique le refus des autorités américaines. Le Tribunal a toutefois rejeté cette hypothèse, ajoutant que, même si une telle erreur était à l'origine de la décision du DOJ, selon la prépondérance des probabilités elle découlait de l'application de programmes discriminatoires et de profilage racial, puisque les processus de vérification de sécurité peuvent entraîner des résultats qualifiés de « faux positifs » : par. 310.

[84] Force est donc de constater que la Commission n'a pas réussi à convaincre le Tribunal de l'existence d'une preuve directe du motif véritable de la décision américaine. Ainsi, pour être raisonnablement justifié de conclure qu'il y avait eu discrimination à l'endroit de M. Latif, le Tribunal devait pouvoir s'appuyer sur des éléments de preuve circonstancielle. À notre avis, cette preuve est insuffisante en l'espèce. Voici pourquoi.

2015 CSC 39 (CanLII)

(1) Ms. Bahdi's Expert Report

[85] The Commission's case is based in large part on the report of Ms. Bahdi, who was qualified for the purposes of this case as an expert in racial profiling, more specifically in the context of the application of anti-terrorism measures and programs related to national security in the United States after September 11, 2001. The Tribunal relied on that report to conclude, by way of presumption, that Bombardier's decision to deny Mr. Latif's training request had been based on his ethnic or national origin.

[86] Ms. Bahdi's expert report has three main parts: a description of the use of racial profiling in certain national security-related programs of U.S. authorities, a discussion of the attitudinal biases, stereotyping and general discrimination faced by Arabs and Muslims in the United States, and the author's opinion that racial profiling is ineffective for national security purposes.

[87] The Court of Appeal found that the expert report did not refer to the only program — the AFSP — at issue in this case. As well, most of the programs described in the report were terminated before 2004. At best, the report showed that, at the time, there was a social climate in which racial profiling was generalized for national security purposes as a result of the terrorist attacks on September 11, 2001, and that racial profiling was practised in certain U.S. government programs.

[88] It cannot be presumed solely on the basis of a social context of discrimination against a group that a specific decision against a member of that group is necessarily based on a prohibited ground under the *Charter*. In practice, this would amount to reversing the burden of proof in discrimination matters. Evidence of discrimination, even if it is circumstantial, must nonetheless be tangibly related to the impugned decision or conduct.

(1) Le rapport d'expertise de M^me^ Bahdi

[85] La preuve de la Commission repose en grande partie sur le rapport de M^me^ Bahdi, à qui on a reconnu, pour les besoins du présent litige, la qualité d'experte en profilage racial, plus particulièrement dans le contexte de l'application de mesures antiterroristes et de programmes américains reliés à la sécurité nationale après le 11 septembre 2001. Le Tribunal s'est basé sur ce rapport pour conclure, par voie de présomption, que la décision de Bombardier refusant la demande de formation de M. Latif était fondée sur l'origine ethnique ou nationale de ce dernier.

[86] Ce rapport d'expertise comporte trois parties principales : une description de l'utilisation du profilage racial dans certains programmes des autorités américaines relatifs à la sécurité nationale, un examen des attitudes empreintes de préjugés, des stéréotypes et de la discrimination en général dont sont la cible les Arabes et les musulmans aux États-Unis, ainsi que l'opinion de M^me^ Bahdi quant à l'inefficacité du profilage racial en matière de sécurité nationale.

[87] La Cour d'appel a conclu que ce rapport d'expertise ne traitait pas du seul programme en cause ici, l'AFSP. De plus, la plupart des programmes décrits dans ce rapport ont pris fin avant 2004. Au mieux, il démontrait l'existence à l'époque d'un climat social dans lequel le profilage racial était généralisé en matière de sécurité nationale à la suite des attentats terroristes du 11 septembre 2001, de même que l'existence de profilage racial dans certains programmes gouvernementaux américains.

[88] On ne peut présumer, du seul fait de l'existence d'un contexte social de discrimination envers un groupe, qu'une décision particulière prise à l'encontre d'un membre de ce groupe est nécessairement fondée sur un motif prohibé au sens de la *Charte*. En pratique, cela reviendrait à inverser le fardeau de preuve en matière de discrimination. En effet, même circonstancielle, une preuve de discrimination doit néanmoins présenter un rapport tangible avec la décision ou la conduite contestée.

2015 CSC 39 (CanLII)

[89] In this case, the expert evidence in question was not sufficiently related to the facts of the case to establish a connection between the decision of the U.S. authorities on which Bombardier relied and Mr. Latif's ethnic or national origin.

(2) Other Evidence

[90] The Commission argues that even without Ms. Bahdi's expert report, there were several pieces of evidence that could have led the Tribunal to find that a *prima facie* case of discrimination had been made out. The Commission submits that the Court of Appeal disregarded this circumstantial evidence and that in so doing it required "the elimination of every conceivable possibility before an inference of discrimination may be made", which is an error of law in articulating the *prima facie* burden of proof: A.F. (Commission), at para. 89, quoting *Pieters*, at para. 92.

[91] For example, the Commission argues, the fact that Mr. Latif had already received a security clearance from DOJ in 2003 shows that the subsequent refusal is attributable to his being a native of Pakistan. This argument must fail.

[92] In its correspondence with Mr. Latif in 2004, DOJ acknowledged that it had previously cleared him, but said that the information available to it had since changed. In addition, Mr. Latif's country of origin was known to DOJ in 2003, so the past clearance from DOJ sheds no light on the reasons for its subsequent refusal.

[93] Next, the Commission adds that the transfer of responsibility from DOJ to TSA, accompanied by the tightening of rules provided for in the *Vision 100 Act*, is what explains the sudden denial by the U.S. authorities of Mr. Latif's request for training on the CL604 aircraft: § 612(a). However, although the *Vision 100 Act* was passed on December 12, 2003, it provided that the tightening of rules and the transfer of responsibility would not be effective until DHS promulgated an "interim final rule": § 612(c). The promulgation of that rule did not take

[89] En l'espèce, la preuve d'expert en question n'était pas suffisamment reliée aux faits mis en cause pour établir l'existence d'un lien entre la décision des autorités américaines sur laquelle Bombardier s'est appuyée et l'origine ethnique ou nationale de M. Latif.

(2) Les autres éléments de preuve

[90] La Commission soutient que plusieurs éléments auraient pu, même sans le rapport d'expertise de M^me^ Bahdi, amener le Tribunal à conclure à l'existence d'une preuve *prima facie* de discrimination. Pour la Commission, la Cour d'appel a fait abstraction de ces éléments de preuve circonstancielle, exigeant ainsi [TRADUCTION] « l'élimination de toute possibilité imaginable avant qu'une inférence puisse être tirée », ce qui constitue une erreur de droit dans l'articulation du fardeau de preuve *prima facie* : m.a. (Commission), par. 89, citant l'arrêt *Pieters*, par. 92.

[91] Par exemple, la Commission plaide que le fait que M. Latif avait déjà reçu une approbation de sécurité du DOJ en 2003 démontre que le refus qu'on lui a opposé subséquemment est attribuable à son origine pakistanaise. Cet argument ne saurait être retenu.

[92] Dans sa correspondance avec M. Latif en 2004, le DOJ reconnaît l'avoir préalablement approuvé, mais précise que les informations à sa disposition ont depuis changé. De plus, le pays d'origine de M. Latif était connu du DOJ en 2003. L'approbation passée du DOJ n'apporte donc aucun éclairage sur les raisons qui ont entraîné son refus ultérieur.

[93] Ensuite, la Commission ajoute que le transfert de responsabilité du DOJ à la TSA, accompagné du resserrement des règles prévu par la *Vision 100 Act*, expliquerait le refus soudain des autorités américaines d'approuver la demande de formation sur l'appareil CL604 présentée par M. Latif : § 612(a). Or, bien que la *Vision 100 Act* ait été adoptée le 12 décembre 2003, elle prévoyait que ce resserrement des règles et ce transfert de responsabilité n'entreraient en vigueur qu'au moment de l'adoption du « *interim final rule* » par le DHS : § 612(c).

2015 CSC 39 (CanLII)

place until September 2004, that is, after the decision concerning Mr. Latif was made in April 2004. This means that the provisions of the *Vision 100 Act* cannot be the cause of the U.S. authorities' refusal to issue Mr. Latif's security clearance. Indeed, that refusal came from DOJ and not from TSA, and the evidence in the record concerns the correspondence between Mr. Latif and DOJ during the months following the refusal. Not until October 2004 does the evidence show a first exchange with DHS, TSA's parent organization.

[94] Furthermore, Mr. Latif points out that four of the five candidates — himself included — who were unable to train at Bombardier's centre in Montréal because of a refusal by the U.S. authorities were from Arab or Muslim countries. The Tribunal did not consider this argument in its decision. In any event, we are of the opinion that, in light of the evidence as a whole, this fact is insufficient to infer that there was a connection between Mr. Latif's ethnic or national origin and DOJ's refusal. We also note that Bombardier submitted a list of 30 candidates native to such countries — although two of them were U.S. citizens — who received clearances from DOJ or TSA.

[95] The Commission adds that Mr. Latif's spotless record is incompatible with the conclusion that he posed a threat to aviation or national security in the United States. In its view, this, combined with the rest of the evidence, shows that his ethnic or national origin was a factor in DOJ's refusal of his request.

[96] We cannot accept this argument. The refusal by the U.S. authorities was intended to protect the national security of the United States. Mr. Latif's career record up to that time was not determinative of the threat he might pose to national security any more than were the many FAA-approved training courses he had taken in the past.

[97] Finally, the Commission faults Bombardier for failing to check with the Canadian authorities

Ce règlement n'a été édicté qu'en septembre 2004, soit après la décision concernant M. Latif en avril 2004. Les dispositions de la *Vision 100 Act* ne peuvent donc expliquer le refus des autorités américaines d'approuver la vérification de sécurité à l'égard de M. Latif. Ce refus émane d'ailleurs du DOJ et non de la TSA, et la preuve produite concerne la correspondance entre M. Latif et le DOJ dans les mois suivant ce refus. Ce n'est qu'en octobre 2004 que la preuve révèle un premier échange avec le DHS, duquel relève la TSA.

[94] En outre, M. Latif avance que quatre des cinq candidats qui n'ont pu s'entraîner au centre de Bombardier à Montréal — incluant lui-même — en raison d'un refus des autorités américaines sont originaires de pays arabes ou musulmans. Le Tribunal n'a pas analysé cet argument dans son jugement. En tout état de cause, nous sommes d'avis que, considéré avec l'ensemble de la preuve, ce fait n'est pas suffisant pour inférer l'existence d'un lien entre l'origine ethnique ou nationale de M. Latif et le refus du DOJ. De surcroît, nous constatons que Bombardier a soumis une liste indiquant que 30 candidats originaires de tels pays — mais dont deux ont la citoyenneté américaine — ont reçu l'approbation du DOJ ou de la TSA.

[95] La Commission ajoute que le dossier impeccable de M. Latif est incompatible avec la conclusion selon laquelle il représentait un risque pour l'aviation et la sécurité nationale américaine. Conjugué au reste de la preuve, ce fait démontrerait que l'origine ethnique ou nationale de M. Latif a constitué un facteur dans le refus que lui a opposé le DOJ.

[96] Nous ne pouvons souscrire à cet argument. Le refus des autorités américaines avait pour but de protéger la sécurité nationale des États-Unis. Le parcours professionnel de M. Latif jusque-là n'est pas déterminant en ce qui concerne le risque qu'il pouvait poser pour la sécurité nationale, pas plus que le grand nombre de formations reconnues par la FAA qu'il a suivies par le passé.

[97] Enfin, la Commission reproche à Bombardier de n'avoir effectué aucune vérification auprès

2015 CSC 39 (CanLII)

or to ask the U.S. authorities to explain the reasons for their refusal. In this regard, it should be noted that Mr. Latif himself did not receive any explanation. In any event, even if these allegations might be of some relevance at the second step of the analysis (that of justification), it is our opinion that they do not show a connection between the prohibited ground and the exclusion of Mr. Latif, and that they are of no assistance.

(3) Conclusion

[98] In our opinion, the evidence available to the Tribunal — indeed the absence of evidence — was such that it could not reasonably hold that there was a connection between Mr. Latif's ethnic or national origin and the decision of the U.S. authorities, and therefore Bombardier's decision to deny Mr. Latif's training request. As a result, it was not open to the Tribunal to conclude that Bombardier's decision constituted *prima facie* discrimination under the *Charter*.

[99] However, we wish to make it clear that our conclusion in this case does not mean that a company can blindly comply with a discriminatory decision of a foreign authority without exposing itself to liability under the *Charter*. Our conclusion flows from the fact that there is simply no evidence in this case of a connection between a prohibited ground and the foreign decision in question.

[100] In light of our conclusion that Mr. Latif was not discriminated against, our discussion could stop here. However, we think it necessary to add a few comments about the mandatory order made by the Tribunal against Bombardier.

C. *Was the Mandatory Order Against Bombardier Justified?*

[101] The Tribunal ordered Bombardier to [TRANSLATION] "cease applying or considering the standards and decisions of the US authorities in 'national security' matters when dealing with applications for the training of pilots under Canadian

des autorités canadiennes ni demandé d'explication aux autorités américaines sur les raisons du refus. À cet égard, il convient de souligner que M. Latif lui-même n'a pas reçu d'explication. En tout état de cause, même si ces allégations pouvaient avoir une certaine pertinence dans le cadre du deuxième volet de l'analyse (la justification), nous sommes d'avis qu'elles ne démontrent pas l'existence d'un lien entre le motif prohibé et l'exclusion de M. Latif et qu'elles sont inutiles.

(3) Conclusion

[98] Nous sommes d'avis que, vu la preuve dont il disposait — en fait, vu l'absence de preuve — le Tribunal ne pouvait raisonnablement statuer que l'origine ethnique ou nationale de M. Latif avait un lien avec la décision des autorités américaines, et donc avec celle de Bombardier de refuser la demande de formation de M. Latif. En conséquence, le Tribunal ne pouvait conclure que la décision de Bombardier constituait de la discrimination *prima facie* visée par la *Charte*.

[99] Cependant, nous soulignons que la conclusion à laquelle nous arrivons dans la présente affaire ne signifie pas qu'une entreprise peut se faire le relais aveugle d'une décision discriminatoire émanant d'une autorité étrangère sans engager sa responsabilité au regard de la *Charte*. Notre conclusion en l'espèce découle du fait qu'il n'y a tout simplement pas de preuve d'un lien entre un motif prohibé et la décision étrangère en cause.

[100] Comme nous concluons à l'absence de discrimination, notre analyse pourrait s'arrêter ici. Toutefois, nous croyons nécessaire d'ajouter quelques remarques sur l'ordonnance mandatoire rendue par le Tribunal à l'encontre de Bombardier.

C. *L'ordonnance mandatoire prononcée contre Bombardier était-elle justifiée?*

[101] Le Tribunal a ordonné à Bombardier de « cesser d'appliquer ou de considérer les normes et décisions des autorités américaines en matière de "sécurité nationale" lors du traitement de demandes de formation de pilote sous une licence de pilote

2015 CSC 39 (CanLII)

pilot's licences": p. 81. The Court of Appeal held that the Tribunal has the jurisdiction to make orders to do or not to do something but that this jurisdiction is limited to measures that are necessary and reasonable for the purpose of rectifying a problematic situation. The Court of Appeal was of the opinion that no order was necessary at the time the Tribunal rendered its decision in this case, since the U.S. authorities had finally approved Mr. Latif's request for a security clearance and Mr. Latif had received the training he wished to take. The Court of Appeal noted that [TRANSLATION] "[t]he Tribunal could not use the case as a pretext for managing the future activities of Bombardier, a private entity that is entitled to freedom of contract": para. 152.

[102] The Commission submits that the Tribunal's jurisdiction is subject to that of the Commission, which is required to act in the public interest, and that the *Charter* gives the Tribunal the power to make orders that transcend the case before it in order to prevent future discrimination. Bombardier counters that the order overstepped the bounds of the Tribunal's powers under the *Charter*, because it was not limited to the scope of the dispute. In addition, it was too vague and, consequently, unlawful.

[103] We agree with the Commission about the principles it advances. In addition to the large and liberal interpretation required by the *Charter*, a careful reading of its provisions shows that the legislature intended to authorize the Commission to take measures needed to eliminate discrimination and in so doing to protect the public interest. In particular, s. 71 of the *Charter* requires that the Commission "promote and uphold, by every appropriate measure, the principles enunciated in this Charter". As well, s. 80 provides that the Commission may apply to a tribunal "to obtain, where consistent with the public interest, any appropriate measure against the person at fault or to demand, in favour of the victim, any measure of redress it considers appropriate at that time". This last section ensures that the orders the Tribunal can make are not limited to compensation for the prejudice suffered by the plaintiff, but can also include measures that are necessary in the public interest. However, the exercise of this power

canadienne » : p. 285. La Cour d'appel a décidé que le Tribunal a compétence pour rendre des ordonnances de faire ou de ne pas faire, mais que cette compétence se limite aux seules mesures qui sont requises et raisonnables pour redresser une situation problématique. En l'espèce, la Cour d'appel était d'avis qu'aucune ordonnance n'était nécessaire au moment où le Tribunal a rendu sa décision, puisque les autorités américaines avaient finalement approuvé la demande d'approbation de sécurité de M. Latif et que ce dernier avait obtenu la formation qu'il souhaitait suivre. La Cour d'appel a précisé que « [l]e Tribunal ne pouvait prendre prétexte du dossier pour gérer les activités futures de Bombardier, une entité privée bénéficiant du principe de la liberté contractuelle » : par. 152.

[102] La Commission soutient que la compétence du Tribunal est tributaire de celle de la Commission, qui doit agir dans l'intérêt public. La *Charte* confère selon elle au Tribunal le pouvoir de rendre des ordonnances qui dépassent le cadre d'un litige particulier et visent à prévenir la discrimination pour l'avenir. Pour sa part, Bombardier répond que l'ordonnance outrepassait les pouvoirs du Tribunal en vertu de la *Charte*, parce qu'elle débordait le cadre du litige et qu'elle était de plus trop vague et en conséquence illégale.

[103] Nous sommes d'accord avec la Commission sur les principes qu'elle invoque. Au-delà de l'interprétation large et libérale que commande la *Charte*, une lecture attentive de ses dispositions révèle la volonté du législateur de permettre à la Commission de prendre des mesures nécessaires pour éliminer la discrimination et ainsi protéger l'intérêt public. Plus particulièrement, l'art. 71 de la *Charte* précise que la Commission doit assurer « par toutes mesures appropriées, la promotion et le respect des principes contenus dans la présente Charte ». En outre, aux termes de l'art. 80, la Commission peut s'adresser à un tribunal « en vue d'obtenir, compte tenu de l'intérêt public, toute mesure appropriée contre la personne en défaut ou pour réclamer, en faveur de la victime, toute mesure de redressement qu'elle juge alors adéquate ». Cette disposition prévoit que les ordonnances que le Tribunal peut prononcer ne sont pas limitées à la réparation du préjudice subi par le demandeur, mais

2015 CSC 39 (CanLII)

must have a connection with the dispute submitted to the Tribunal, be supported by the relevant evidence and be appropriate in light of all the circumstances.

[104] This Court has stressed "the need for flexibility and imagination in the crafting of remedies for infringements of fundamental human rights": *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 SCC 30, [2004] 1 S.C.R. 789, at para. 26; see also *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at paras. 24-25 and 94. It has also held that the enforcement of these rights under the *Charter* "can lead to the imposition of affirmative or negative obligations designed to correct or bring an end to situations that are incompatible with the . . . *Charter*": *Communauté urbaine de Montréal*, at para. 26.

[105] In the instant case, the Court of Appeal recognized the Tribunal's power to issue injunctions but found that this power can be exercised only in [TRANSLATION] "problematic situations": para. 150. In the Court of Appeal's view, the situation had been resolved at the time of the hearing before the Tribunal, given that the U.S. authorities had finally granted the security clearance sought by Mr. Latif. That does not end the discussion, however. If the Tribunal had been right to find that Mr. Latif had been discriminated against, the fact that Mr. Latif had finally received his security clearance from the U.S. authorities would not necessarily have addressed the source of the problem, insofar as the evidence had established the existence of a discriminatory organizational policy. In this sense, an order by the Tribunal might then have been necessary in the public interest in order to prevent discrimination against others.

VI. Disposition

[106] It has not been established in this case that Mr. Latif was discriminated against as a result of Bombardier's actions.

peuvent également inclure des mesures nécessaires dans l'intérêt public. L'exercice de ce pouvoir doit toutefois se rapporter au litige soumis au Tribunal, être appuyé par la preuve pertinente et être approprié compte tenu de l'ensemble des circonstances.

[104] Notre Cour a déjà insisté sur « la nécessité de la flexibilité et de la créativité dans la conception des réparations à accorder pour les atteintes aux droits fondamentaux de la personne » : *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 CSC 30, [2004] 1 R.C.S. 789, par. 26; voir aussi *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 24-25 et 94. Elle a en outre explicitement reconnu que la mise en œuvre de ces droits sous le régime de la *Charte* « peut conduire à l'imposition d'obligations de faire ou de ne pas faire, destinées à corriger ou à empêcher la perpétuation de situations incompatibles avec [celle-ci] » : *Communauté urbaine de Montréal*, par. 26.

[105] En l'espèce, la Cour d'appel a reconnu le pouvoir du Tribunal de prononcer des injonctions, mais a limité l'exercice de ce pouvoir aux seules « situations problématiques » : par. 150. Selon la cour, la situation était réglée lors de l'audience devant le Tribunal, étant donné que les autorités américaines avaient finalement accordé l'autorisation de sécurité recherchée par M. Latif. Cela ne met pas pour autant fin au débat. Si le Tribunal avait eu raison de conclure à la présence de discrimination, le fait que M. Latif avait finalement reçu l'approbation de sécurité des autorités américaines n'aurait pas nécessairement réglé le problème à la source, dans la mesure où la preuve avait démontré l'existence d'une politique organisationnelle discriminatoire. En ce sens, une ordonnance du Tribunal aurait alors pu être nécessaire, dans l'intérêt public, afin d'éviter que d'autres personnes soient victimes de discrimination.

VI. Dispositif

[106] En l'espèce, il n'a pas été établi que M. Latif a été victime de discrimination en raison des gestes de Bombardier.

2015 CSC 39 (CanLII)

[107] We would dismiss the appeals, with costs against the Commission in the Tribunal and the Court of Appeal, and against the Commission and Mr. Latif, on a solidary basis, in this Court.

Appeals dismissed.

Solicitors for the appellant/respondent Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse: Boies Drapeau Bourdeau, Montréal.

Solicitors for the respondent/appellant Javed Latif: Irving Mitchell Kalichman, Westmount, Quebec.

Solicitors for the respondent Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center): Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Solicitor for the intervener the Canadian Human Rights Commission: Canadian Human Rights Commission, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Center for Research-Action on Race Relations: Selwyn Pieters, Toronto; Aymar Missakila, Montréal.

Solicitors for the interveners the National Council of Canadian Muslims and the Canadian Muslim Lawyers Association: Office of Khalid Elgazzar, Barrister, Ottawa.

Solicitors for the intervener the South Asian Legal Clinic of Ontario: Bennett Jones, Toronto.

[107] Nous sommes d'avis de rejeter les pourvois, avec dépens contre la Commission devant le Tribunal et la Cour d'appel, et contre la Commission et M. Latif, solidairement, devant notre Cour.

Pourvois rejetés.

Procureurs de l'appelante/intimée la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse : Boies Drapeau Bourdeau, Montréal.

Procureurs de l'intimé/appelant Javed Latif : Irving Mitchell Kalichman, Westmount, Québec.

Procureurs de l'intimée Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation) : Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne : Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le Centre de recherche-action sur les relations raciales : Selwyn Pieters, Toronto; Aymar Missakila, Montréal.

Procureurs des intervenants le Conseil national des musulmans canadiens et l'Association canadienne des avocats musulmans : Office of Khalid Elgazzar, Barrister, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante South Asian Legal Clinic of Ontario : Bennett Jones, Toronto.

2015 CSC 39 (CanLII)