

COUR CANADIENNE DE JUSTICE

(En appel de la Cour d'appel fédérale)

CANADIAN COURT OF JUSTICE
(On appeal from the Federal Court of Appeal)

Entre / Between

FÉDÉRATION CANADIENNE D'ATHLÉTISME

Appelante / Appellant

et / and

Mme VANESSA BISHOP

Intimée / Respondent

MÉMOIRE DE L'INTIMÉE

RESPONDENT'S FACTUM

ÉQUIPE N° 3

TEAM NO. 3

FACTUM DE L'INTIMÉE

PARTIE I – APERÇU	3
PARTIE II – ÉNONCÉ DES FAITS	4
1. L'évolution des règlements de l'IAAF.....	4
2. Application nationale du règlement DDS au Canada.....	6
3. La demande de Mme Bishop.....	6
4. L'historique judiciaire	6
4.1. Le Tribunal canadien des droits de la personne.....	6
4.2. La Cour fédérale	7
4.3. La Cour d'appel fédérale	8
PARTIE III — POSITION DE L'INTIMÉE MME BISHOP	9
PARTIE IV — ARGUMENTATION	10
1. La norme de contrôle applicable est la norme de la décision raisonnable	10
2. La FCA fournit un service.....	11
2.1. La FCA fournit un avantage aux athlètes	12
2.2. La relation entre la FCA et les athlètes canadiens est publique.....	13
3. Le TCDP n'était pas contraint de suivre la décision <i>Semenya</i>	14
3.1. La décision <i>Semenya</i> n'est pas un précédent contraignant en droit canadien	15
3.2. La décision <i>Semenya</i> n'utilise pas le même test que celui de la jurisprudence canadienne ..	16
4. Le test de l'arrêt Doré ne permet pas de conclure à l'absence de discrimination	18
4.1. Le test de l'arrêt Doré ne s'applique pas aux plaintes fondées sur la <i>Loi</i>	18
4.2. Le règlement DDS n'est pas un programme améliorateur	19
5. CAF's Application of the IAAF Regulations Contravenes Section 5 of the <i>Act</i> ..	22
5.1. Sex and Genetic Characteristics are Protected from Discrimination.....	22
5.2. Ms. Bishop Experienced an Adverse Impact.....	24
5.3. Ms. Bishop's Sex and Genetic Characteristics are the Reason the CAF Denies Her a Chance to Try Out.....	25
6. CAF's discrimination of Ms. Bishop is not justified as it is not reasonably necessary to carry out its purpose	25
6.1. The CAF's application of the DSD Regulations is based on impressionistic assumptions about Ms. Bishop	27
6.2. The CAF treats Ms. Bishop more harshly than other athletes	28
6.3. The CAF cannot claim undue hardship	30
7. Conclusion.....	32
PART V: ORDERS SOUGHT	34

PARTIE I – APERÇU

[1] Une compétition équitable ne signifie pas que les athlètes doivent être égaux à tous les égards. Par exemple, les joueurs de basket-ball sont recrutés pour leur taille supérieure à la moyenne dans un sport conçu pour les personnes de grande taille. Dans la communauté du basket-ball, cela est perçu comme étant un avantage et non comme un traitement inéquitable. Leurs fédérations sportives les accueillent à bras ouverts, glorifiant le fait qu'ils soient nés avec un corps naturellement plus grand que la moyenne des individus.

[2] L'appelante, la Fédération d'athlétisme du Canada (« FCA/CAF »), n'adopte pas la même attitude. Elle veut exclure l'intimée, Vanessa Bishop, des épreuves de sélections de l'équipe olympique canadienne d'athlétisme en raison de son sexe et de son avantage génétique naturel.

[3] Mme Bishop est née avec des chromosomes 46 XY, une différence de développement sexuel (« **DDS/DSD** ») qui produit naturellement un niveau élevé de testostérone dans son corps. Mme Bishop pratique l'épreuve d'athlétisme du 800m féminin de haut niveau.

[4] En 2018, la FCA adopte le règlement international concernant les femmes DDS (« **règlement DDS/DSD Regulations** »), un règlement initialement adopté par l'Association internationale des fédérations d'athlétisme (« **IAAF** ») qui a pour effet de rendre Mme Bishop inadmissible aux épreuves de sélection pour faire partie de l'équipe canadienne d'athlétisme en vue des Jeux olympiques de 2020.

[5] Le règlement DDS interdit aux femmes nées avec une condition 46 XY DDS, comme Mme Bishop, de concourir dans certaines épreuves visées d'athlétisme, à moins que ces femmes abaissent leur niveau naturel de testostérone à l'aide de médicaments. Elles doivent maintenir ce niveau abaissé pendant au moins six mois avant les sélections et le conserver jusqu'à la compétition. L'« accommodement » offert aux femmes DDS par la prise de médicaments n'en est pas un : au contraire, il s'agit plutôt d'une condition pour leur sélection au sein de l'Équipe Canada.

[6] La FCA prétend que le règlement DDS est une mesure justifiée pour protéger une compétition équitable au sein de la catégorie féminine. Selon la FCA, les athlètes 46 XY DDS n'ont pas leur place dans cette catégorie puisqu'elles y surperforment. Cependant, la FCA omet de reconnaître que le succès athlétique des femmes DDS est déterminé par bien plus que leur taux de testostérone. D'autres facteurs sont déterminants quant à la performance des athlètes : le dévouement, l'entraînement, le talent, la nutrition et bien d'autres. C'est la raison pour laquelle Mme Bishop s'est tournée vers le Tribunal canadien des droits de la personne (« **TCDP/CHRT** »).

[7] Jugeant fondée la plainte de Mme Bishop, le TCDP a déclaré avec raison que l'application du règlement DDS par la FCA était discriminatoire sur la base du sexe et qu'aucun motif ne justifiait un tel traitement au regard des critères établis par la *Loi*

*canadienne sur les droits de la personne (« Loi/Act »)*¹.

[8] En révision judiciaire, la Cour fédérale a erré en infirmant la décision du TCDP. Elle n'a pas accordé suffisamment de déférence à la décision de ce tribunal spécialisé, a mal évalué le droit applicable et a erré en déterminant que le TCDP était contraint par une décision arbitrale internationale qui ne fait pas autorité en droit canadien.

[9] La Cour d'appel fédérale a justement rétabli la décision du TCDP.

[10] La majorité a conclu, à bon droit, que la FCA est assujettie à la *Loi* puisqu'elle fournit un service aux athlètes canadiens. Avec raison, elle a jugé que la FCA avait discriminé Mme Bishop, et ce, sans motif justifiable. Le règlement DDS n'est pas raisonnablement nécessaire pour que la FCA puisse assurer une compétition équitable. La FCA n'a pas non plus prouvé que le fait de permettre à Mme Bishop de participer aux épreuves de sélection pour les Jeux olympiques de 2020 sans prendre des médicaments lui causerait une contrainte excessive. Enfin, tout comme le TCDP, la majorité avait raison de s'en tenir aux critères établis par le législateur fédéral dans la *Loi* et de ne pas appliquer le test de l'arrêt *Doré*².

[11] Pour ces raisons, la Cour d'appel fédérale a correctement appliqué la norme de contrôle appropriée en l'espèce en concluant que la décision du TCDP était raisonnable. Aucun des motifs soulevés par la FCA ne justifie l'intervention de cette honorable Cour. La décision de la Cour d'appel fédérale doit donc être maintenue et le présent appel doit être rejeté.

PARTIE II – ÉNONCÉ DES FAITS

1. L'évolution des règlements de l'IAAF

[12] En 2014, Dutee Chand, une athlète indienne, conteste devant le Tribunal arbitral du Sport (« TAS/CAS ») le règlement de l'IAAF portant sur les conditions de qualification aux Compétitions féminines des athlètes atteintes d'Hyperandrogénie (« **règlement d'Hyperandrogénie/Hyperandrogeny policy** »)³. À l'époque, le règlement d'Hyperandrogénie de l'IAAF avait fixé à 10 nmol/L le niveau maximal de testostérone d'une athlète féminine pour qu'elle soit admissible à une compétition⁴.

[13] En juillet 2014, le comité du TAS se penche sur la plainte de Mme Chand et examine les conditions établies par le règlement d'Hyperandrogénie. Le TAS détermine que la testostérone est à la source de l'augmentation de la masse musculaire, ce qui confère un avantage athlétique aux hommes dès leur puberté, comparativement aux femmes⁵.

¹ *Loi canadienne sur les droits de la personne*, LRC 1985, c H-6 [*Loi/Act*].

² *Doré c Barreau du Québec*, 2012 CSC 12 [*Doré*].

³ *Ibid* au para 2.

⁴ *Tribunal d'arbitrage du Sport*: Sommaire exécutif au para 2 [*décision Semenya/ Semenya Decision*].

⁵ *Ibid* au para 3.

Toutefois, le comité ignore l'ampleur de cet avantage⁶. Pour cette raison, le TAS rend une Sentence Provisoire qui accueille de manière partielle la demande de Mme Chand et met de côté le règlement d'Hyperandrogénie⁷.

[14] En mars 2018, l'IAAF informe le TAS qu'après révision, elle a l'intention de retirer le règlement d'Hyperandrogénie afin de le remplacer⁸.

[15] En avril 2018, l'IAAF introduit de nouvelles règles d'admission aux athlètes pour les compétitions féminines (« **règlement DDS/DSD Regulations** »). À la différence du règlement d'Hyperandrogénie, le règlement DDS ne s'applique qu'aux femmes ayant un 46 XY DDS qui participent à une ou plusieurs des huit épreuves visées de compétitions athlétiques internationales⁹. Par conséquent, les femmes aux chromosomes XX ainsi que les femmes qui ne participent pas aux épreuves visées sont exemptées des exigences du règlement DDS.

[16] Le règlement DDS oblige les femmes qui y sont assujetties à se soumettre à une analyse de testostérone. Les femmes qui présentent un niveau de testostérone supérieur au seuil maximal, établi à 5nmol/L, sont forcées de prendre des médicaments afin de maintenir un niveau hormonal en deçà de ce seuil pendant les six mois précédant la sélection nationale¹⁰. Une fois sélectionnées, elles doivent maintenir ce niveau abaissé jusqu'à la compétition internationale¹¹.

[17] Le règlement de l'IAAF est rapidement contesté devant le TAS par l'athlète sud-africaine 46 XY DDS, Caster Semenya, et l'organisme régissant l'athlétisme en Afrique du Sud, Athletics South Africa¹².

[18] Le 30 avril 2019, le TAS rend une décision dans laquelle il rejette la demande d'arbitrage (« **décision Semenya/Semenya decision** »)¹³. Le TAS conclut que le nouveau règlement DDS est discriminatoire à première vue, bien qu'il considère que la modification du seuil maximal de testostérone constitue un moyen nécessaire, raisonnable et proportionné de préserver l'équité au sein des compétitions féminines. Toutefois, le TAS exprime de sérieuses préoccupations quant à l'application future du règlement¹⁴.

⁶ *Ibid* au para 3.

⁷ *Dutee Chand c AFI et IAAF*, TAS 2014/A/3759.

⁸ *Décision Semenya*, *supra* note 4 au para 4.

⁹ *Ibid* au para 5.

¹⁰ *Ibid* au para 7.

¹¹ *Ibid*.

¹² *Ibid*.

¹³ *Ibid* au para 1.

¹⁴ *Ibid* au para 26.

2. Application nationale du règlement DDS au Canada

[19] La FCA, en tant qu'organisme régissant l'athlétisme au Canada¹⁵, est responsable d'établir les critères de sélection des athlètes qui désirent représenter le Canada aux Olympiques¹⁶. En 2018, la FCA décide d'appliquer le règlement DDS de l'IAAF au processus de sélection de l'équipe canadienne¹⁷, contrairement à Athletics South Africa qui avait refusé de le faire¹⁸.

3. La demande de Mme Bishop

[20] Mme Bishop est une athlète canadienne qui, depuis sa naissance, a un taux de testostérone naturellement élevé résultant de sa condition 46 XY DDS¹⁹. Elle concourt principalement dans la compétition du 800m féminin, qui fait partie des épreuves visées par le règlement DDS²⁰.

[21] En 2018, Mme Bishop dépose une plainte au TCDP en réponse à l'application du règlement DDS au processus de sélection des athlètes canadiennes par la FCA²¹. Sa demande est fondée sur l'article 5 de la *Loi*²². Mme Bishop allègue que la FCA a adopté des normes d'éligibilité qui sont discriminatoires sur la base du sexe, ce qui l'empêche d'être considérée pour la sélection de l'équipe nationale pour les Jeux olympiques de 2020, à moins qu'elle ne se soumette à une prise de médicaments²³.

4. L'historique judiciaire

4.1. Le Tribunal canadien des droits de la personne

[22] Le TCDP juge que les conditions d'éligibilité prévues au règlement DDS constituent une discrimination *prima facie* basée sur le sexe²⁴. Le TCDP conclut que l'IAAF impose un fardeau aux athlètes femmes aux chromosomes XY en exigeant une réduction de leur testostérone naturelle par la prise de médicaments²⁵. Ceci était d'ailleurs admis par la FCA²⁶.

¹⁵ *Fédération Canadienne d'athlétisme c Bishop*, 2019 CFA au para 5 [*Décision de la Cour d'appel fédérale/Federal Court of Appeal Judgement*].

¹⁶ *Bishop c Fédération Canadienne d'athlétisme*, 2019 CF au para 7 [*Décision de la Cour fédérale/Federal Court Judgement*].

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Décision Semenya*, *supra* note 4 au para 1.

¹⁹ *Décision de la Cour fédérale*, *supra* note 16 au para 4.

²⁰ *Décision Semenya*, *supra* note 4 au para 5.

²¹ *Décision de la Cour fédérale*, *supra* note 16 au para 1.

²² *Ibid.*

²³ *Décision de la Cour d'appel fédérale*, *supra* note 15 au para 11.

²⁴ *Décision de la Cour fédérale*, *supra* note 16 au para 48.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid* au para 8.

[23] Ayant conclu à l'existence d'une discrimination *prima facie*, le TCDP devait déterminer si la FCA avait accommodé Mme Bishop au point de la contrainte excessive et si le fardeau imposé à cette dernière était justifié en vertu de l'art 15(2) de la *Loi*²⁷.

[24] Le TCDP ne trouve aucun motif pour justifier un tel traitement discriminatoire en se fondant sur les critères de l'arrêt *Grismer*²⁸. Aucun élément de preuve ne démontre que l'IAAF a considéré un moyen moins intrusif pour réaliser l'objectif promu par le règlement de l'IAAF²⁹, soit d'assurer une compétition équitable dans les différentes catégories des Jeux olympiques.

[25] Se penchant sur la décision *Semenya*, le TCDP indique que le test utilisé par le TAS diffère de celui prescrit par la jurisprudence canadienne dans *Grismer*³⁰. Même si le test utilisé par le TAS cherche à déterminer si le règlement est un moyen « nécessaire, raisonnable et proportionné d'obtenir un but légitime »³¹, il ne considère pas le point de la contrainte excessive, contrairement au test canadien. Le TCDP considère que, dans ce contexte, il ne peut pas être lié par la décision *Semenya*³².

[26] Pour ces raisons, le TCDP conclut que la discrimination sur la base du sexe que crée le règlement DDS n'est pas justifiée et que la plainte de Mme Bishop est fondée³³.

4.2. La Cour fédérale

[27] Dans le cadre d'une demande en révision judiciaire déposée par la FCA, la juge Niyonsaba de la Cour fédérale conclut que le TCDP a commis deux erreurs révisables à l'égard de sa juridiction et de l'autorité de la décision *Semenya*³⁴.

[28] Tout d'abord, elle reproche au TCDP de ne pas avoir établi sa compétence avant de se saisir de la plainte de Mme Bishop³⁵. La juge Niyonsaba considère que le TCDP n'avait pas la compétence requise pour entendre cette plainte, puisque la FCA ne fournit pas un « service » au sens de l'article 5 de la *Loi*³⁶.

[29] Ensuite, la juge Niyonsaba considère que le TCDP n'a pas accordé assez de poids à

²⁷ *Ibid* au para 9.

²⁸ *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 RCS 868, 181 DLR (4th) 385 au para 20 [*Grismer*].

²⁹ *Décision de la Cour fédérale*, *supra* note 16 au para 21.

³⁰ *Grismer*, *supra* note 28 au para 20.

³¹ *Décision de la Cour fédérale*, *supra* note 16 au para 17.

³² *Ibid* au para 20.

³³ *Ibid* au para 21.

³⁴ *Ibid* au para 32.

³⁵ *Ibid* au para 25.

³⁶ *Gould c Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 RCS 571, 133 DLR (4th) 449 au para 130 [*Gould*]; *Université de la Colombie-Britannique c Berg*, [1993] 2 RCS 353, 102 DLR (4th) 665 à la p 382 [*Berg*]; *Moore c Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61 au para 62 [*Moore*]; *Grismer*, *supra* note 28 au para 20.

la décision du TAS. Elle est d'avis que le test utilisé dans le cas *Semenya* est « proche » du test établi par la jurisprudence canadienne et que pour cette raison, la décision du TAS devait être plus fortement considérée³⁷.

[30] Finalement, en appliquant le test du TAS, qui ignore le critère de la contrainte excessive, la juge Niyonsaba conclut que la discrimination est justifiée.

[31] Pour ces motifs, elle est d'avis que la décision du TCDP n'est pas raisonnable et renvoie l'affaire au TCDP pour reconsidération³⁸.

4.3. La Cour d'appel fédérale

[32] La Cour d'appel fédérale infirme le jugement de la juge Niyonsaba. Sous la plume de la juge Wambui, la majorité détermine que la Cour fédérale a identifié la bonne norme de contrôle, mais qu'elle ne l'a pas appliquée avec la déférence appropriée³⁹. La juge Niyonsaba a erré à la fois en déterminant que le TCDP n'avait pas compétence et en jugeant qu'il était lié par la décision *Semenya*.

[33] Tout d'abord, la Cour d'appel fédérale conclut que le TCDP avait la compétence pour se saisir de la plainte de Mme Bishop puisque la FCA offre un service. En se basant sur les enseignements de la Cour suprême du Canada (« **Cour suprême/SCC** ») dans l'arrêt *Gould*⁴⁰, la Cour d'appel fédérale caractérise le rôle de la FCA comme un service offrant un avantage aux athlètes canadiens⁴¹. De plus, la Cour d'appel fédérale souligne qu'il incombait à la FCA de soulever la question de compétence du TCDP devant ce dernier au moment opportun si elle jugeait qu'elle n'était pas assujettie à la *Loi*⁴². Les juges de la majorité reconnaissent que la FCA fournit bel et bien un service et que le TCDP avait la compétence statutaire pour se saisir de la plainte de Mme Bishop⁴³.

[34] Ensuite, la juge Wambui précise le cadre d'analyse permettant de déterminer la considération que le TCDP devait accorder à la décision *Semenya*. Ce cadre d'analyse cherche à déterminer si la décision du TAS est un précédent contraignant⁴⁴. Se fondant sur la doctrine du *stare decisis*, la Cour d'appel fédérale réitère que le TCDP n'a pas erré en concluant qu'il n'est pas lié par la décision *Semenya*. Le TCDP possède la discrétion nécessaire pour déterminer le poids qu'il doit accorder à une telle décision⁴⁵. La majorité conclut que la Cour fédérale a erré en suggérant que le TCDP devait suivre la décision

³⁷ *Ibid* au para 30.

³⁸ *Ibid* au para 31.

³⁹ *Ibid* au para 8.

⁴⁰ *Gould, supra* note 36.

⁴¹ *Décision de la Cour d'appel fédérale, supra* note 15 au para 12.

⁴² *Ibid*.

⁴³ *Ibid* au para 14.

⁴⁴ *Ibid* au para 18.

⁴⁵ *Ibid* au para 21.

*Semenya*⁴⁶, puisque cette dernière ne faisait pas autorité en droit canadien⁴⁷.

[35] Finalement, la Cour d'appel fédérale conclut – comme toutes les juges qui ont été saisies du présent litige – qu'il y avait discrimination *prima facie* à l'égard de Mme Bishop. D'après le poids adéquat à accorder à la décision *Semenya* et l'application du test canadien établi dans *Grismer*⁴⁸, la Cour d'appel fédérale juge que la discrimination n'est pas justifiée.

[36] Pour ces raisons, la majorité conclut que la décision du TCDP était raisonnable. Elle accueille l'appel et rétablit la décision initiale⁴⁹.

[37] En dissidence, la juge Chand partage les conclusions de la juge Wambui concernant la raisonnable de la décision du TCDP⁵⁰. Toutefois, la juge Chand considère que l'appel devrait être rejeté et que la décision devrait retourner au TCDP puisque ce dernier aurait dû appliquer un test additionnel en pondérant les valeurs de la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte/Charter* »)⁵¹ en vertu de l'arrêt *Doré*⁵².

PARTIE III — POSITION DE L'INTIMÉE MME BISHOP

[38] La décision de la Cour d'appel fédérale devrait être maintenue pour les motifs suivants :

1. La norme de contrôle applicable est la norme de la décision raisonnable.
2. La FCA est assujettie à la *Loi* puisqu'elle fournit un service.
3. Le TCDP a adéquatement considéré la décision *Semenya* du TAS.
4. Le test de l'arrêt *Doré* ne permet pas de conclure à l'absence de discrimination.
5. Le règlement DDS contrevient à l'article 5 de la *Loi*.
6. La discrimination exercée à l'égard de Mme Bishop n'est pas justifiée.

⁴⁶ *Ibid* au para 19–22.

⁴⁷ *Ibid* au para 9.

⁴⁸ *Grismer, supra* note 28 au para 20.

⁴⁹ *Ibid* au para 23.

⁵⁰ *Ibid* au para 25.

⁵¹ *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11 [*Charte/Charter*].

⁵² *Doré, supra* note 2 au para 35.

PARTIE IV — ARGUMENTATION

1. La norme de contrôle applicable est la norme de la décision raisonnable

[39] En appel d'une demande de contrôle judiciaire, la question que cette Cour doit examiner est la suivante : le juge de première instance a-t-il choisi la norme de contrôle appropriée et l'a-t-il appliquée correctement⁵³ ? En l'espèce, comme le concède la FCA, la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont toutes deux bien identifié la norme de contrôle raisonnable. Toutefois, seule la Cour d'appel fédérale l'a bien appliquée.

[40] En effet, d'après les arrêts *Mowat*⁵⁴ et *Saguenay*⁵⁵, lorsqu'un tribunal administratif interprète sa loi habilitante, il existe une forte présomption selon laquelle la décision rendue est assujettie à la norme de la décision raisonnable⁵⁶. Dans un tel contexte, le tribunal de révision doit faire preuve d'une forte déférence⁵⁷. Cette retenue respecte le principe de la suprématie législative et le choix de déléguer la décision à un tribunal spécialisé plutôt qu'aux tribunaux judiciaires⁵⁸.

[41] En l'espèce, le TCDP devait interpréter et appliquer sa loi constitutive aux faits de la plainte de Mme Bishop. À cet égard, dans le cadre du présent contrôle judiciaire, cette Cour doit faire preuve de déférence envers la décision du TCDP. La Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont ainsi eu raison d'appliquer la norme de contrôle raisonnable.

[42] La vraie question dans le cadre de cet appel consiste à déterminer si cette norme de

⁵³ *Agraira c Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, au para 47; *Dunsmuir c Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9 au para 47 [*Dunsmuir*].

⁵⁴ *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53 au para 24 [*Mowat*].

⁵⁵ *Mouvement laïque québécois c Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16 au para 46 [*Saguenay*].

⁵⁶ *Mowat*, *supra* note 54 au para 24.

⁵⁷ *Smith c Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7 au para 2.

⁵⁸ *Edmonton (Ville) c Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47 au para 22.

la décision raisonnable a été bien appliquée et si la décision du TCDP appartient aux « issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit »⁵⁹. Pour les motifs qui suivent, la réponse est oui.

2. La FCA fournit un service

[43] Le TCDP peut se saisir d'une plainte dans la mesure où celle-ci est fondée sur la *Loi*. Plus particulièrement, le TCDP a compétence pour entendre une plainte déposée en vertu de l'article 5 de la *Loi* à l'égard d'un fournisseur de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement destinés au public. En l'espèce, il s'agissait d'une condition essentielle pour que le TCDP puisse se prononcer sur la plainte de Mme Bishop.

[44] Devant le TCDP, la FCA n'a jamais eu la prétention qu'elle n'était pas assujettie à la *Loi*⁶⁰. En jugeant que la plainte de Mme Bishop était fondée, le TCDP a implicitement déterminé que la FCA devait respecter la *Loi*. Avec raison, la Cour d'appel fédérale a conclu que, dans le présent contexte, la FCA fournit un service à Mme Bishop et est donc soumise aux exigences de la *Loi*⁶¹.

[45] Pour déterminer si un « service » existe au sens de la *Loi*, il faut appliquer le test établi dans l'arrêt *Gould* qui se divise en deux volets⁶². Tout d'abord, il faut pouvoir identifier « l'aide ou l'avantage offert » à l'utilisateur (2.1.). Ensuite, il faut démontrer la relation publique entre ce dernier et le fournisseur du service (2.2.). Une analyse des deux facteurs *Gould* en l'espèce indique que la FCA fournit un service à Mme Bishop et est par conséquent assujettie à la *Loi*.

⁵⁹ *Dunsmuir*, supra note 53 au para 47; *Trinity Western University c Barreau du Haut-Canada*, 2018 CSC 33 au para 51.

⁶⁰ *Décision de la Cour d'appel fédérale*, supra note 15 au para 12.

⁶¹ *Ibid* au para 13.

⁶² *Gould*, supra note 36 au para 68.

2.1. La FCA fournit un avantage aux athlètes

[46] L'arrêt *Watkin* qualifie un service comme étant « un avantage ou une aide offerte »⁶³.

Cet avantage offert peut constituer la nature essentielle de l'activité⁶⁴.

[47] Dans le cas présent, la FCA offre un service en fixant, diffusant et appliquant les critères de processus de sélection de l'équipe canadienne d'athlétisme en vue des Jeux olympiques⁶⁵. À cet égard, tel qu'exprimé par la juge Wambui de la Cour d'appel fédérale, les athlètes canadiens pratiquant l'athlétisme bénéficient du rôle de la FCA. En effet, lorsque la FCA sélectionne une athlète pour faire partie de l'équipe canadienne et l'envoie à des compétitions internationales, un avantage lui est ultimement offert⁶⁶.

[48] Pour être considéré comme un avantage, le service peut répondre à un besoin ou à un désir des membres de la société⁶⁷. C'est ce que fait la FCA en concrétisant les rêves des athlètes canadiens de participer aux Jeux olympiques. Pour atteindre cette fin, les athlètes ont besoin de savoir quels critères détermineront lesquels d'entre eux seront sélectionnés et donneront à tous une chance équitable d'essayer de faire partie de l'équipe⁶⁸.

[49] De surcroît, l'existence même de la FCA démontre que les Canadiens souhaitent qu'un organisme assure une représentation canadienne aux Jeux olympiques. En ce sens, le service offert par la FCA répond au désir de l'ensemble de la société canadienne.

[50] Enfin, contrairement aux prétentions de la FCA qui assimile la présente affaire à l'arrêt

⁶³ *Watkin c Canada (Procureur général)*, 2008 CAF 170 au para 31 [*Watkin*].

⁶⁴ *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c Pankiw*, 2010 CF 555 au para 42 [*Pankiw*].

⁶⁵ *Décision de la Cour d'appel fédérale*, *supra* note 15 au para 13.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Pankiw*, *supra* note 64 au para 16.

⁶⁸ *Décision de la Cour d'appel fédérale*, *supra* note 15 au para 13.

*Matson*⁶⁹, le règlement DDS ne s'apparente pas à de la législation.

[51] Le règlement DDS n'a pas été adopté par une autorité parlementaire. Il s'agit d'une politique internationale appliquée par un organisme fédéral. De plus, la plainte de Mme Bishop vise l'adoption du règlement DDS par la FCA dans l'exercice de sa fonction en tant que fournisseur de service, et non la validité du règlement DDS.

[52] Le service de la FCA confère un avantage aux athlètes canadiens. Ceci distingue le présent cas d'une attaque à des critères de nature législative⁷⁰.

2.2. La relation entre la FCA et les athlètes canadiens est publique

[53] Pour qu'un acte soit considéré comme un « service » au sens de la *Loi*, il doit créer une relation publique entre le fournisseur et son utilisateur⁷¹. Pour ce faire, il faut définir qui est le « public » auquel le service est offert⁷².

[54] Comme l'honorable juge La Forest l'indique dans l'affaire *Gould*⁷³, ce segment public peut être « très restreint ou très étendu » et il est plutôt relationnel que quantitatif⁷⁴. Il n'est ainsi pas nécessaire qu'un service soit offert au grand public pour être visé par la *Loi*, il importe plutôt qu'il crée une relation de nature publique⁷⁵.

[55] En l'espèce, le service offert par la FCA crée une relation publique entre elle et les utilisateurs, soit les athlètes canadiens. Le processus de sélection de la FCA pour faire partie de l'équipe olympique canadienne est un service qui est offert à tous les athlètes

⁶⁹ *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c Canada (Procureur général)*, 2018 SCC 31 au para 58 [*Matson*].

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Gould*, *supra* note 36 au para 68.

⁷² *Ibid*; *Watkin*, *supra* note 66 au para 31.

⁷³ *Gould*, *supra* note 36 au para 55.

⁷⁴ *Ibid.* Voir aussi *Berg*, *supra* note 36 aux paras 374–88.

⁷⁵ *Ibid.*

canadiens qui veulent participer aux Jeux olympiques. Ce groupe d'utilisateurs, bien que sélect, représente les athlètes d'athlétisme à travers le pays rêvant de représenter le Canada dans une des plus prestigieuses compétitions sportives internationales.

[56] De plus, en tant qu'organe régissant l'athlétisme au Canada⁷⁶, la FCA crée une relation publique avec les athlètes canadiens en raison du niveau de contrôle qu'elle exerce sur ces derniers. Les athlètes canadiens représentent un groupe dont l'avancement de la carrière sportive à l'international dépend de la FCA.

[57] Enfin, la FCA permet non seulement aux meilleurs athlètes du pays de représenter le Canada sur la scène internationale⁷⁷, mais bénéficie à tous les Canadiens en leur permettant de profiter d'une représentation nationale compétitive aux Jeux olympiques.

[58] En somme, les deux critères du test *Gould* sont remplis dans le présent cas et l'adoption du Règlement DDS par la FCA est par conséquent assujettie à la *Loi*. La Cour d'appel fédérale avait donc raison de conclure que le TCDP avait compétence pour analyser la plainte de Mme Bishop.

3. Le TCDP n'était pas contraint de suivre la décision *Semenya*

[59] Un des facteurs permettant d'évaluer la raisonnable de la décision du TCDP consiste à déterminer le poids qu'il devait accorder à la décision *Semenya*⁷⁸.

[60] Le TCDP a conclu à bon droit qu'il n'était pas contraint de suivre cette décision pour deux raisons. D'une part, le TCDP n'est pas lié par la décision *Semenya* puisque celle-ci n'est pas contraignante en droit canadien (3.1.). D'autre part, le TAS utilise un test substantiellement différent de celui appliqué dans la jurisprudence canadienne (3.2.).

⁷⁶ *Décision de la Cour fédérale, supra* note 16 au para 5.

⁷⁷ *Gould, supra* note 36 au para 55.

⁷⁸ *Décision Semenya, supra* note 4.

L'analyse du TCDP à cet égard était exhaustive et informée et sa décision de ne pas considérer la décision *Semenya* était raisonnable.

3.1. La décision *Semenya* n'est pas un précédent contraignant en droit canadien

[61] Tel qu'établi par la Cour suprême dans *R c Comeau*⁷⁹, les tribunaux de *common law* sont liés par les précédents faisant autorité⁸⁰. La règle du *stare decisis* vertical veut qu'une juridiction inférieure doive respecter les décisions des juridictions supérieures⁸¹. Toutefois, lorsqu'une décision ne provient pas d'une juridiction supérieure, celle-ci n'est pas un précédent contraignant⁸².

[62] En outre, les décisions des tribunaux internationaux n'ont pas force de droit au Canada. Elles servent uniquement de soutien aux décideurs qui ont ultimement le pouvoir discrétionnaire de décider du poids à leur accorder⁸³. Lorsqu'ils agissent dans le cadre de leur compétence, les tribunaux peuvent résoudre la plainte qui leur est soumise de la manière jugée la plus appropriée : ils sont maîtres de leur propre domaine⁸⁴. Dans ce contexte, bien que les tribunaux canadiens puissent s'inspirer d'une décision arbitrale internationale, une telle décision n'est pas contraignante⁸⁵.

[63] Par conséquent, la décision *Semenya* ne fait pas autorité en droit canadien. Le TAS est un organe arbitral international dont les décisions ne peuvent lier le TCDP en vertu de la

⁷⁹ *R c Comeau*, 2018 CSC 15 [*Comeau*].

⁸⁰ *Ibid*, au para 36.

⁸¹ *Ibid*.

⁸² *Domtar inc. c Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 RCS 756, 105 DLR (4th) 385 à la p 799 [*Domtar*].

⁸³ *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 RCS 313, 38 DLR (4th) 161 au para 60.

⁸⁴ Paul Daly, « Le principe du *stare decisis* en droit administratif canadien », (2015) 49 RJTUM 757 à la p 770.

⁸⁵ *Décision de la Cour d'appel fédérale*, *supra* note 15 au para 18.

doctrine du *stare decisis*. Le TCDP possédait une large discrétion pour déterminer le poids qui devait être accordé à la décision *Semenya* et c'est avec raison qu'il a jugé que celle-ci n'était pas contraignante.

[64] De plus, la Cour fédérale a erré en confondant les plaintes de mesdames Semenya et Bishop⁸⁶. D'un côté, la plainte de Mme Semenya vise l'adoption du règlement DDS par l'IAAF. Mme Semenya a soumis sa demande en arbitrage international au TAS en Suisse⁸⁷. De l'autre côté, la plainte de Mme Bishop porte sur l'application canadienne du règlement DDS par la FCA. Mme Bishop a déposé sa demande au TCDP pour qu'elle soit évaluée en fonction du droit canadien. Le sujet de la plainte ainsi que le cadre légal protégeant les droits de ces deux femmes étaient par conséquent différents. À ce titre, la TCDP avait raison de juger que la décision *Semenya* ne pouvait servir de précédent.

[65] Ainsi, comme l'a conclu la Cour d'appel fédérale, la décision du TCDP de refuser de suivre la décision *Semenya* était raisonnable⁸⁸.

3.2. La décision *Semenya* n'utilise pas le même test que celui de la jurisprudence canadienne

[66] Après une analyse approfondie de la décision, le TCDP a déterminé que le test utilisé par le TAS pour justifier la discrimination différait du test prescrit par la jurisprudence canadienne dans *Grismer*⁸⁹. Malgré la similarité des tests appliqués⁹⁰, l'analyse du TAS n'est pas aussi poussée que celle établie par la jurisprudence de la Cour suprême en vertu de la *Loi*. En effet, le test du TAS omet une étape importante puisqu'il ne considère pas la

⁸⁶ *Décision de la Cour fédérale, supra* note 16 au para 6–7.

⁸⁷ *Décision de la Cour d'appel fédérale, supra* note 15 au para 20.

⁸⁸ *Décision de la Cour fédérale, supra* note 16 au para 20.

⁸⁹ *Grismer, supra* note 28 au para 20.

⁹⁰ *Décision de la Cour fédérale, supra* note 16 au para 17.

contrainte excessive.

[67] En droit canadien, afin d'établir que la norme discriminatoire est raisonnablement nécessaire, l'organe qui fait l'objet de la plainte doit satisfaire les critères du test *Meiorin*⁹¹ adaptés au contexte d'un service d'après l'arrêt *Grismer*⁹².

[68] Bien que le test de l'arrêt *Grismer* ait été développé dans le cadre de l'application de l'équivalent provincial de la *Loi* en Colombie-Britannique, il constitue dorénavant le cadre d'analyse applicable afin de déterminer si une conduite discriminatoire peut être justifiée en vertu des lois provinciales et fédérales protégeant les droits de la personne⁹³.

[69] En application de ce test, pour démontrer qu'un acte discriminatoire est justifié en vertu de l'article 15(2) de la *Loi*, il faut démontrer que la mesure discriminatoire est raisonnablement nécessaire à la réalisation de l'objectif lié au service et qu'aucun accommodement n'est possible sans qu'il en résulte une contrainte excessive⁹⁴.

[70] Or, le test utilisé par le TAS omet ce critère fondamental qui est au cœur du cadre d'analyse établi par la jurisprudence canadienne⁹⁵. Ce test vise uniquement à déterminer si la discrimination est un moyen 1) nécessaire; 2) raisonnable; et 3) proportionné d'atteindre un but légitime⁹⁶.

[71] La question de l'accommodement jusqu'à la contrainte excessive ne peut être écartée,

⁹¹ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c BCGSEU* 1999 3 RCS 3, 176 DLR (4th) 1 [*Meiorin*].

⁹² *Grismer*, *supra* note 28 au para 20.

⁹³ *Conseil des Canadiens avec déficiences c VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15 au para 129. Voir également les motifs des juges Deschamps et Rothstein, au para 294, dissidents sur un autre point.

⁹⁴ *Meiorin*, *supra* note 91 au para 54; *Grismer*, *supra* note 28 au para 20.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ *Décision de la Cour fédérale*, *supra* note 17 au para 1.

d'autant plus qu'il s'agit précisément du critère que la FCA ne satisfait pas en l'espèce⁹⁷.

[72] De plus, au-delà des différences entre les critères applicables, une entité ne peut pas aveuglément se conformer à une décision discriminatoire émanant d'une autorité étrangère sans engager sa responsabilité au regard du droit canadien⁹⁸.

[73] En somme, puisque la décision *Semenya* ne constituait pas un précédent contraignant et qu'elle n'appliquait pas les mêmes critères que ceux établis par la jurisprudence canadienne, le TCDP a raisonnablement conclu qu'il n'avait pas à suivre cette décision.

4. Le test de l'arrêt Doré ne permet pas de conclure à l'absence de discrimination

[74] Dans une opinion dissidente, la juge Chand de la Cour d'appel fédérale écrit que le TCDP aurait dû pondérer les valeurs de la *Charte* en se penchant sur la plainte de Mme Bishop⁹⁹. Ni la Cour fédérale ni la majorité de la Cour d'appel fédérale n'ont utilisé l'arrêt *Doré* dans cette affaire, et ce, à juste titre.

[75] Deux raisons expliquent la raison pour laquelle cette Cour ne devrait pas retenir la position dissidente de la juge Chand. Tout d'abord, le test de l'arrêt *Doré* ne s'applique pas aux plaintes fondées sur la *Loi* (4.1.). Ensuite, même si le cadre d'analyse de *Doré* s'appliquait, il n'aurait pas d'équilibre à trouver entre les valeurs de la *Charte* en l'espèce puisque le règlement DDS n'est pas un programme améliorateur en soi (4.2.).

4.1. Le test de l'arrêt Doré ne s'applique pas aux plaintes fondées sur la Loi

[76] Le cadre d'analyse de *Doré* ne s'applique pas dans le présent cas. Un tribunal des droits de la personne n'a pas à effectuer une analyse sous *Doré* en plus du cadre analytique

⁹⁷ Voir à ce sujet *infra*, Section 6 du présent mémoire aux paras 107 et ss.

⁹⁸ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center)*, 2015 SCC 39 au para 99.

⁹⁹ *Décision de la Cour d'appel fédérale*, *supra* note 16 au para 26.

déjà prévu par la *Loi*¹⁰⁰. La plainte de Mme Bishop est fondée sur la *Loi* et non la *Charte*. De plus, le cadre d'analyse de *Doré* est substantiellement équivalent aux objectifs statutaires de la *Loi*.

[77] Dans l'arrêt *Moore*, l'honorable juge Abella a résumé le cadre d'analyse approprié aux décisions du TCDP. Elle indique que les demandes présentées au TCDP doivent être analysées conformément au cadre établi par la *Loi*, sans requérir une analyse additionnelle au regard des principes de l'arrêt *Doré*¹⁰¹.

[78] En l'espèce, l'analyse appropriée résumée dans l'affaire *Moore* correspond au test établi dans *Grismer*. Par conséquent, les valeurs de la *Charte* sont déjà incluses dans l'articulation et l'application de la *Loi* et ne méritent pas une analyse supplémentaire.

4.2. Le règlement DDS n'est pas un programme améliorateur

[79] Même si le test de *Doré* s'appliquait en l'espèce, l'égalité protégée par l'article 15(1) de la *Charte* primerait sur le prétendu « programme améliorateur » qu'aurait renforcé la FCA par le biais du règlement DDS.

[80] Tel qu'exprimé par la Cour suprême dans *Loyola*, les valeurs de la *Charte* sont celles qui sous-tendent chaque droit et leur donnent un sens¹⁰². La présence de protections concurrentes de valeurs de la *Charte* entraîne une application du cadre analytique de *Doré* pour équilibrer ces valeurs¹⁰³.

[81] Or, contrairement à ce que plaide la FCA, une seule valeur de la *Charte* s'applique en

¹⁰⁰ *Boulachanis c Canada (Procureur général)*, 2019 FC 456 au para 32.

¹⁰¹ *Moore*, *supra* note 35 au para 33.

¹⁰² *Loyola High School c Québec (Procureur Général)*, 2015 CSC 12 au para 36; Lorne Sossin et Mark Friedman, « Charter Values and Administrative Justice » (2014) 67 SCLR (2d) 391 à 403–404.

¹⁰³ *Doré*, *supra* note 2.

l'espèce, soit celle de l'égalité. Les droits à l'égalité de Mme Bishop sous l'article 15(1) de la *Charte* ont été mis en cause lorsque le TCDP, la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont jugé l'application du règlement DDS de la FCA comme étant *prima facie* discriminatoire.

[82] L'application du règlement DDS par la FCA ne met toutefois pas en jeu la protection conférée aux programmes améliorateurs en vertu de l'article 15(2) de la *Charte*.

[83] Un tel programme existe lorsque l'objectif visé en créant une mesure est « d'améliorer la situation d'un groupe défavorisé »¹⁰⁴. Cette valeur vise à atteindre une égalité réelle en permettant une distinction sur un motif énuméré ou analogue afin d'améliorer les conditions d'un groupe défavorisé ou marginalisé¹⁰⁵.

[84] Par exemple, dans l'affaire *Kapp*, la Cour suprême a estimé qu'une mesure qui prohibait à quiconque autre que des pêcheurs autochtones de pêcher sur le fleuve Fraser constituait un programme améliorateur en vertu de l'article 15(2). En effet, une telle mesure visait à améliorer les conditions d'un groupe défavorisé et ne pouvait donc être considérée comme violant le droit à l'égalité des pêcheurs non autochtones.

[85] En l'espèce, la FCA argumente que la distinction entre les catégories masculines et féminines dans le sport sert un objectif améliorateur¹⁰⁶. Cette nécessité de différencier les divisions masculines et féminines n'est pas contestée par Mme Bishop¹⁰⁷.

[86] Toutefois, la FCA tente de justifier l'application du règlement DDS par le biais de

¹⁰⁴ *R c Kapp*, 2008 SCC 41 au para 48 [*Kapp*].

¹⁰⁵ *Charte*, *supra* note 51, art.15(2); *Andrews c Law Society of British Columbia*, [1989] 1 RCS 143, 56 DLR (4th) 1 au para 71 [*Andrews*].

¹⁰⁶ *Décision de la Cour fédérale*, *supra* note 16 au para 16.

¹⁰⁷ *Ibid.*

l'objet améliorateur de la division hommes/femmes dans les compétitions sportives¹⁰⁸. Or, loin d'être améliorateur, le règlement DDS ne fait que diviser les femmes entre elles.

[87] Le règlement DDS ne peut être qualifié de programme améliorateur puisqu'il discrimine directement les femmes 46 XY DDS par rapport aux autres femmes. D'après l'arrêt *Kapp*, les programmes destinés à limiter ou punir le comportement d'un groupe ciblé ne devraient pas bénéficier de la protection de l'article 15(2)¹⁰⁹.

[88] Le programme améliorateur préconisé par la FCA est, en réalité, la distinction entre les athlètes masculins et féminins pour préserver une compétition équitable pour les athlètes féminines. Cependant, le règlement DDS ne contribue pas à atteindre cet objectif, car il vise certaines athlètes au sein de l'ensemble des femmes participant aux compétitions d'athlétisme.

[89] Le règlement DDS cible les femmes 46 XY DDS au sein d'une catégorie protégée et limite leur participation au processus de sélection. Ce faisant, il ne donne pas aux athlètes féminines un avantage par rapport aux athlètes masculins, mais marginalise un groupe de femmes par rapport à un autre.

[90] Au final, le TCDP n'a pas erré en omettant d'appliquer le test de *Doré* et en appliquant plutôt l'analyse prescrite par *Grismer*¹¹⁰. Même s'il avait eu recours au cadre d'analyse de l'arrêt *Doré*, sa décision aurait été la même puisque le règlement DDS ne peut être considéré comme étant un programme améliorateur. La décision du TCDP de ne pas considérer l'arrêt *Doré* s'inscrit par conséquent dans l'éventail des conclusions raisonnables et acceptables possibles au regard des faits et du droit du présent litige.

¹⁰⁸ *Décision de la Cour fédérale, supra* note 16 au para 16.

¹⁰⁹ *Kapp, supra* note 104 au para 54.

¹¹⁰ *Grismer, supra* note 28 au para 20.

5. CAF's Application of the IAAF Regulations Contravenes Section 5 of the *Act*

[91] The CAF discriminated against Ms. Bishop when it denied her the opportunity to try out due to her natural biological makeup. The DSD Regulations are discriminatory because they impose a separate selection standard on women born with DSD compared to male athletes and non-DSD female athletes.¹¹¹ This policy denies these athletes the opportunity to try out for a place on Team Canada unless they alter their biological makeup.

[92] Denying an individual a service normally available to the general public or singling out and treating a person negatively on a prohibited ground of discrimination is considered a discriminatory practice under section 5 of the *Act*.

[93] The applicable test to demonstrate *prima facie* discrimination is outlined in *Moore*¹¹². First, complainants must show they have a characteristic protected from discrimination under the *Act* (5.1.). Second, they must demonstrate that they experienced an adverse impact with respect to the service (5.2.). Finally, complainants must demonstrate that the protected characteristic played a role in the adverse impact (5.3.).

[94] Ms. Bishop's claim satisfies all three elements.

5.1. Sex and Genetic Characteristics are Protected from Discrimination

[95] Ms. Bishop is a female born with DSD. Her sex and genetic characteristics are both protected under the *Act*. According to section 3(1) of the *Act*:

...the prohibited grounds of discrimination are race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, sexual orientation, gender identity or expression, marital status, family status, genetic characteristics...¹¹³

[emphasis added]

¹¹¹ *Moore*, *supra* note 36 at para 33.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ *The Act*, *supra* note 1, s 3(1).

[96] Everyone – Ms. Bishop, the lower courts, the CAS and the CAF – agrees that the DSD Regulations for female athletes discriminate based on sex.¹¹⁴ The CAF “conceded that the IAAF Regulations impose a burden (*i.e.*, medication to reduce testosterone) on Ms. Bishop and other DSD athletes based on their sex.”¹¹⁵ The Federal Court acknowledged that the CAF discriminated against female athletes born with DSD, such as Ms. Bishop.¹¹⁶ Later, the Federal Court of Appeal agreed with the CHRT’s findings that the CAF’s standard discriminated against Ms. Bishop and that the CAF had not justified this discrimination.¹¹⁷

[97] The sex-based nature of this discrimination claim is also intertwined with Ms. Bishop’s genetic characteristics. The two cannot be separated. This acknowledges the intersectional nature of discrimination, which the SCC has affirmed on various occasions.¹¹⁸ As noted by Justice L’Heureux-Dubé in *Egan*, categories of discrimination often overlap and do not operate in separate silos.¹¹⁹

[98] Legislators also recognized this overlap, or intersection, between multiple grounds of discrimination when they amended the *Act* to include section 3.1, which states “a discriminatory practice includes a practice based on one or more prohibited grounds of discrimination or on the effect of a combination of prohibited grounds.”¹²⁰ A recognition of the intersecting grounds of sex and genetic makeup illustrates the full picture of the discrimination experienced by Ms. Bishop.

¹¹⁴ *Federal Court of Appeal Judgement*, *supra* note 15 at para 23; *Semenya Decision*, *supra* note 4 at para 1.

¹¹⁵ *Federal Court Judgement*, *supra* note 16 at para 8.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ *Federal Court of Appeal Judgement*, *supra* note 15 at para 23.

¹¹⁸ See *Egan v Canada*, [1995] 2 SCR 513 at 563, 124 DLR (4th) 609 [*Egan*]; *Law v Canada*, [1999] 1 SCR 497, 170 DLR (4th) 1 at paras 93–94.

¹¹⁹ *Egan*, *supra* note 118 at 563.

¹²⁰ *The Act*, *supra* note 1, s 3.1.

[99] The Federal Court also recognized the intersectional nature of Ms. Bishop's discrimination when it wrote that "the complaint is based on the delineation of categories in athletic competition based on sex, and the particular biology of DSD athletes, including the Respondent." [emphasis added]¹²¹

[100] The DSD Regulations, therefore, create a discriminatory distinction among two groups. First, between men and women (a distinction based on sex) and second, between women with average levels of testosterone and those women born with a DSD condition, such as Ms. Bishop (a distinction based on genetic characteristics).

5.2. Ms. Bishop Experienced an Adverse Impact

[101] Ms. Bishop has experienced an adverse impact as a result of her sex and genetic characteristics, as the CAF denies her the opportunity to try out for the national athletics team unless she changes her biology by lowering her testosterone to below 5 nmol/L with medication.

[102] The salutary effects of forcing Ms. Bishop to lower her testosterone levels to "promote fairness" are outweighed by the deleterious effects of requiring her to take medication whose effects are uncertain.¹²² The unknown side effects of oral contraceptives on DSD athletes are of particular concern.¹²³

[103] Furthermore, even if Ms. Bishop takes testosterone-lowering medication, there is no guarantee she will be able to compete. In fact, the CAS panel expressed concerns about the ability of the medication to fulfill the IAAF's goal to lower and maintain 46 XY DSD

¹²¹ *Federal Court Judgement, supra* note 16 at para 5.

¹²² *Semenya Decision, supra* note 4 at para 25.

¹²³ *Ibid.*

women's testosterone levels below the 5 nmol/L limit.¹²⁴

5.3. Ms. Bishop's Sex and Genetic Characteristics are the Reason the CAF Denies Her a Chance to Try Out

[104] Ms. Bishop's sex and genetic characteristics are the reason the CAF excludes her from trying out for Team Canada. The CAF's application of the DSD Regulations applies only to women with naturally high levels of testosterone.

[105] The rules discriminate against Ms. Bishop in relation to: 1) men who have naturally high testosterone levels because they are not targeted by the DSD Regulations and face no prospect of exclusion from their category and 2) female athletes in general because they prohibit any female born with 46 XY DSD and more than 5 nmol/L of testosterone from competing in certain events.

[106] As a result, all three steps of the *Moore* framework are made out to demonstrate how the CAF's policy discriminates against Ms. Bishop. Consequently, the Federal Court of Appeal correctly upheld the CHRT's finding of *prima facie* discrimination.¹²⁵

6. CAF's discrimination of Ms. Bishop is not justified as it is not reasonably necessary to carry out its purpose

[107] Once a complainant has established *prima facie* discrimination, the burden shifts to the responding party to justify the discriminatory conduct or policy.¹²⁶ The applicable test to establish a *bona fide* justification is outlined in *Grismer*. The SCC established this test, similar to the *Oakes* test for *Charter* claims, for discrimination claims made under human rights legislation¹²⁷.

[108] Under the *Grismer* test, the service provider must first prove that it adopted the

¹²⁴ *Ibid* at para 26.

¹²⁵ *Federal Court of Appeal Judgement, supra* note 15 at para 23.

¹²⁶ *Grismer, supra* note 28 at para 32.

¹²⁷ See *supra* note 93.

standard for a purpose that is rationally connected to the function being performed.¹²⁸

Second, the service provider must prove that “it adopted the standard in good faith, in the belief that it is necessary for the fulfillment of the purpose or goal.”¹²⁹

[109] The final prong of the *bona fide* justification test requires the responding party to prove “the standard is reasonably necessary to accomplish its purpose or goal.”¹³⁰ Unlike in the decision rendered by the CAS, the CAF must “accommodate persons with the characteristics of the claimant” to the point of undue hardship.¹³¹ Although responding parties can raise a defence if accommodating the claimant rises to the point of “impossibility, serious risk or excessive cost,”¹³² the CAF has not fulfilled these criteria.

[110] Ms. Bishop does not contest the CAF’s purpose in adopting the DSD Regulations, nor does she question the organization’s good faith.¹³³

[111] However, the CAF is unable to justify its discrimination against Ms. Bishop as reasonably necessary to carry out its purpose. Furthermore, the CAF is unable to satisfy the final condition of the *Grismer* test, accommodating the complainant up to the point of undue hardship, for three reasons.

[112] First, the DSD Regulations are based on impressionistic assumptions about Ms. Bishop (6.1.). Second, the rules targeting female athletes with high levels of naturally occurring testosterone does not apply equally to male athletes with the same condition, nor do they apply to non-DSD female athletes (6.2.). Finally, the “accommodation” presented

¹²⁸ *Grismer*, *supra* note 28 at para 20.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ *Ibid* at para 20.

¹³² *Ibid* at para 32.

¹³³ *Federal Court Judgement*, *supra* note 16 at para 10.

by the CAF for Ms. Bishop is another form of discrimination (6.3.). These three points demonstrate why the discrimination experienced by Ms. Bishop is not justified.

6.1. The CAF’s application of the DSD Regulations is based on impressionistic assumptions about Ms. Bishop

[113] An impugned standard is suspect if it “excludes members of a particular group on impressionistic assumptions.”¹³⁴ This indicator has been interpreted as an unreasonable standard based on a stereotype or impression that it not supported by facts.¹³⁵

[114] The CAF has made an assumption about Ms. Bishop. The assumption is that her testosterone level is the only factor responsible for her athletic performance.

[115] Ms. Bishop agrees that testosterone has a positive impact on her performance.¹³⁶ However, the CAF has presented insufficient evidence about the degree to which testosterone has a positive impact on her athletic performance and, as a result, has not demonstrated that these regulations are reasonably necessary.¹³⁷

[116] It is also worth recalling that four years before the *Semenya* decision, the CAS panel made the opposite finding. The CAS panel refused to validate the Hyperandrogeny policy at the time because it was not satisfied about the degree of the advantage provided by an elevated level of testosterone.¹³⁸

[117] In the *Semenya* decision, the CAS panel continues to recognize the unstable nature of the science upon which the IAAF relies for these regulations.¹³⁹ Despite the fact that it

¹³⁴ *Grismer supra* note 28 at para 31.

¹³⁵ *Canada (Attorney General) v Canada (Human Rights Commission)*, 2003 FCT 89 at para 25.

¹³⁶ *Federal Court Judgement, supra* note 16 at para 12.

¹³⁷ *Semenya Decision* at para 23

¹³⁸ *Ibid* at para 3.

¹³⁹ *Ibid* at para 26.

validated the regulations, the CAS panel told the IAAF that it would need to re-evaluate the DSD Regulations for female athletes based on the latest evidence and experience.¹⁴⁰ This indicates uncertainty with respect to the degree of performance advantage facilitated by DSD athletes' enhanced production of testosterone.

[118] Testosterone is just one aspect of an ensemble of factors that contributes to athletic performance. The IAAF conceded this conclusion to the CAS panel.¹⁴¹ Instead of judging Ms. Bishop's athleticism based on her dedication, nutrition, skill, coaching and mental fortitude, the CAF makes an assumption that Ms. Bishop is high performing solely due to her naturally elevated testosterone level.

[119] Accordingly, the CAF's implementation of the DSD Regulations makes an impressionistic assumption about Ms. Bishop. She is assumed to be high performing because of her high level of testosterone, absent any evidence to indicate the degree to which testosterone positively impacts her performance, and in disregard of other factors that contribute to her athletic performance.

6.2. The CAF treats Ms. Bishop more harshly than other athletes

[120] A second indicator of "unreasonableness" is "evidence that a particular group is being treated more harshly than others without apparent justification."¹⁴² The DSD Regulations treat female DSD athletes such as Ms. Bishop more harshly than two groups: 1) male athletes and 2) female, non-DSD athletes.

[121] The CAF treats Ms. Bishop more harshly than her male counterparts because the DSD Regulations do not apply to male athletes born with high testosterone. Male athletes

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ *Ibid* at para 22.

¹⁴² *Grismer, supra* note 28 at para 31.

with naturally higher levels of testosterone do not face the prospect of exclusion from tryouts, nor are they coerced to take drugs to lower their testosterone to a level that is considered acceptable. A woman should not have to present credentials that demonstrate her level of femininity in order to try out in a female athletics category.¹⁴³

[122] If a male athlete had inordinately high testosterone, would the CAF coerce him into taking potentially harmful medication or face exclusion from tryouts? According to present regulations, the answer would be no.

[123] The CAF also treats Ms. Bishop more harshly than female non-DSD athletes, forcing athletes with her condition to chemically alter her natural biological makeup in order to compete. Yet, it remains unclear as to the degree to which testosterone positively impacts athletic performance independent of other relevant factors.

[124] It is for these reasons the CHRT found the DSD Regulations imposed by the IAAF “was essentially a line-drawing exercise.”¹⁴⁴

[125] Moreover, the DSD Regulations are arbitrary in two respects. First, the CAF has not presented any evidence to demonstrate why the limit was set at 5nmol/L as opposed to 4nmol/L or 6nmol/L. Second, it has not explained the rationale for applying the DSD Regulations to eight specific events when there is a total of 23 different athletics events at the Olympics.¹⁴⁵

[126] By enforcing the IAAF’s rules for female DSD athletes, the CAF is attempting to

¹⁴³ See also Rachel Corbett, “Transgender Inclusion in Sport,” *Law Now: Relating Law to Life in Canada* 41:3 (January/February 2017) at 19, online: <<https://www.lawnow.org/transgender-inclusion-in-sport>>.

¹⁴⁴ *Federal Court Judgement*, *supra* note 16 at para 12.

¹⁴⁵ International Olympic Committee, “Athletics – Summer Olympic Sports,” (last visited 2 February 2020), online: *International Olympic Committee* <<https://www.olympic.org/athletics>>.

formalize a stereotype of what constitutes a “normal woman,” by focusing solely on her testosterone and biological makeup. The CAF has no authority or expertise in this respect – female athletes are much more than their production of testosterone. If this Court permits such logic, the CAF and other sports federations would be justified in excluding athletes with other naturally occurring genetic advantages, such as above average height.

[127] As a result, the CAF treats Ms. Bishop more harshly than other athletes, another indicator of the arbitrariness in the DSD Regulations.

6.3. The CAF cannot claim undue hardship

[128] Unlike the test applied by the CAS, Canadian jurisprudence requires the CAF to “[bear] the burden of demonstrating that the standard incorporates every possible accommodation to the point of undue hardship.”¹⁴⁶

[129] The CHRT found that coercing Ms. Bishop into taking testosterone-lowering medication as a condition for participation was an unacceptable accommodation and that the CAF should have considered a less invasive approach to ensure fair competition.¹⁴⁷

[130] An accommodation is “what is required in the circumstances to avoid discrimination.”¹⁴⁸ Some examples of accommodation include allowing a student to take an exam on a different day because it falls on a religious holiday or providing a special screen for people with visual impairment.¹⁴⁹ In these cases, the service provider makes an arrangement so the individual can fully participate. This is the exact opposite of what the

¹⁴⁶ *Grismer*, *supra* note 28 at para 32.

¹⁴⁷ *Federal Court Judgement*, *supra* note 16 at para 17.

¹⁴⁸ *Grismer*, *supra* note 28 at para 22.

¹⁴⁹ Canadian Human Rights Commission, “What is the Duty to Accommodate?” (last visited 15 January 2020), online: *Canadian Human Rights Commission* <<https://www.chrc-ccdp.gc.ca/eng/content/what-duty-accommodate>>.

CAF does in the present circumstances.

[131] Instead, the CAF's accommodation through the DSD Regulations amounts to a discriminatory interference against Ms. Bishop because it coerces her to take medication that alters her natural biology as a condition for participation. Rather than accommodating Ms. Bishop, the CAF exacerbates her discrimination. Moreover, the burden is on the CAF and not on Ms. Bishop to demonstrate that there are no other ways to accommodate her short of undue hardship.¹⁵⁰

[132] One example where the SCC found a discriminatory interference to be masked as an accommodation was in *Saguenay*.¹⁵¹ At the beginning of the City of Saguenay's municipal council meeting, the mayor recited a Christian prayer. In order to accommodate non-believers, the city passed a by-law that allowed for a pause before and after the prayer so non-believers could exit before the prayer and re-enter the council chamber before the start of the meeting. The SCC held the accommodation exacerbated the discrimination because "[a]lthough non-believers could also participate, the price for doing so was isolation, exclusion and stigmatization."¹⁵²

[133] As was the case in *Saguenay*, the price of participation for Ms. Bishop is isolation, exclusion, and stigmatization. Furthermore, no expert can guarantee the medication she must take will reduce and maintain her testosterone below 5 nmol/L.¹⁵³ Therefore, even if Ms. Bishop complies with the CAF's medication requirement, she could still face exclusion from participation. At its core, the DSD Regulations require her to pay an even

¹⁵⁰ *Grismer*, *supra* note 28 at para 32.

¹⁵¹ *Saguenay*, *supra* note 55.

¹⁵² *Ibid* at para 122.

¹⁵³ *Federal Court Judgement*, *supra* note 16 at para 18; *Semenya Decision*, *supra* note 4 at para 26.

greater price: change her identity to fit the CAF's definition of what constitutes a woman.

[134] In reality, CAF imposes a discriminatory condition and masks it as an accommodation based on its stereotypical conception of womanhood. Women and men have different levels of testosterone and whichever level you are born with is the luck of the draw. Forcing women to take drugs that biologically change their bodies is not an accommodation, it is a discriminatory interference.

[135] The CAF has not proven that the DSD Regulations are reasonably necessary to achieve its goal of fair competition in the sense that including Ms. Bishop is impossible without incurring undue hardship.¹⁵⁴ The DSD Regulations are predicated on the wrongful assumption that testosterone is the ultimate factor explaining superior athletic performance. The CAF treats Ms. Bishop more harshly than all other athletes due to the arbitrary requirement that she take testosterone-reducing medication. Finally, the CAF offers no accommodation for DSD athletes. Instead it exacerbates the discrimination experienced by Ms. Bishop by requiring her to biologically alter her body in order to fully participate in competition.

7. Conclusion

[136] Just as a tall person benefits from an advantage in basketball, Ms. Bishop enjoys an advantage as a runner due to her naturally high levels of testosterone. However, unlike a basketball player, Ms. Bishop faces exclusion from participation in competitive athletics because of the biological advantage with which she was born.

[137] The CHRT reasonably found that the CAF unjustifiably discriminated against

¹⁵⁴ See also Gwen Brodsky, Shelagh Day & Yvon Peters, *Accommodation in the 21st Century*, (March 2012) at 14 online (pdf): *Canadian Human Rights Commission* <<https://www.chrc-ccdp.gc.ca/eng/content/accommodation-21st-century>>.

Ms. Bishop. The Federal Court of Appeal rightly upheld this decision, as the matter falls within the CHRT's jurisdiction to assess organizations that provide a service, such as the CAF. Furthermore, in establishing selection criteria and holding tryouts for Team Canada, the CAF offers a public benefit held out and offered to all Canadian track and field athletes.

[138] Furthermore, the CHRT was not bound by the *Semenya* decision, as that decision was based on a weaker standard for determining whether the discrimination could be justified. Canadian courts are not bound to follow the decisions of a foreign tribunal and the CHRT has broad discretion to determine the weight it attaches to such decisions.

[139] The discriminatory nature of the DSD Regulations is recognized by all parties to this dispute, as well as the lower courts. This case turns on whether the CAF unjustifiably discriminated against Ms. Bishop. For all of the reasons previously noted, the CAF did not justify its discrimination of Ms. Bishop.

[140] The CAF has not proven that the policy adoption was reasonably necessary to fulfill its goal of fair competition. This was found by both the CHRT and the Federal Court of Appeal. The CAF attempts to level the playing field in female athletics by coercing Ms. Bishop to alter her biological makeup or face exclusion from competition. If this policy was reasonably necessary, the CAF would apply it to men as well. The CAF has failed to demonstrate that Ms. Bishop's participation in tryouts would result in undue hardship. By requiring Ms. Bishop to self-medicate as a precondition to compete, the CAF imposes a discriminatory condition that is masked as an accommodation.

[141] As the members of the CAS panel stated, "natural human biology does not map perfectly on to legal status and gender identity."¹⁵⁵ They are correct. The CAF possesses

¹⁵⁵ *Semenya Decision*, *supra* note 4 at para 19.

neither the authority nor the expertise to delineate the limits of what constitutes a woman and it should not be permitted to do so.

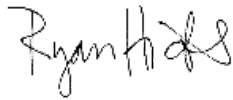
[142] It is for these reasons the appeal must be dismissed, the decision of the Federal Court of Appeal upheld, and the decision of the CHRT confirmed.

PART V: ORDERS SOUGHT

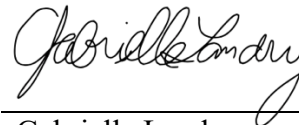
[143] The Respondent requests that the Canadian Court of Justice:

1. **DISMISS** the appeal;
2. **UPHOLD** the decision by the Federal Court of Appeal;
3. **CONFIRM** the decision by the Canadian Human Rights Tribunal;
4. **WITH COSTS** throughout.

ALL OF WHICH IS RESPECTFULLY SUBMITTED this 4th day of February 2020



Ryan Hicks
Counsel 1



Gabrielle Landry
Counsel 2

LISTE DES AUTORITÉS

LOIS

Loi canadienne sur les droits de la personne, LRC 1985, ch H-6.

Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11.

JURISPRUDENCE

Agraira c Canada (Sécurité publique et Protection civile), 2013 CSC 36.

Andrews c Law Society of British Columbia, [1989] 1 RCS 143, 56 DLR (4th) 1.

Bishop c Fédération Canadienne d'athlétisme, 2019 CFA.

Boulachanis c Canada (Procureur général), 2019 FC 456.

Canada (Procureur général) c Canada (Commission canadienne des droits de la personne), 2003 FCT 89.

Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c Canada (Procureur général), 2011 CSC 53.

Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c Canada (Procureur général), 2018 CSC 31.

Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c Pankiw, 2010 CF 555.

Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c BCGSEU, [1999] 3 RCS 3, 176 DLR (4th) 1.

Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c Colombie-Britannique (Council of Human Rights), [1999] 3 SCR 868, 181 DLR (4th) 385.

Conseil des Canadiens avec déficiences c VIA Rail Canada Inc., 2007 SCC 15.

Domtar inc. c Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles), [1993] 2 RCS 756, 105 DLR (4th) 385.

Doré c Barreau du Québec, 2012 CSC 12.

Dunsmuir c Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9.

Dutee Chand c AFI et IAAF TAS 2014/A/3759.

Edmonton (Ville) c Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd., 2016 CSC 47.

Egan c Canada, [1995] 2 SCR 513, 124 DLR (4th) 609.

Fédération canadienne d'athlétisme c Bishop, 2019 CF.

Gichuru c The Law Society of British Columbia, 2014 BCCA 396.

Gould c Yukon Order of Pioneers, [1996] 1 RCS 571, 33 DLR (4th) 449.

Greater Vancouver Transportation Authority c Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique, 2009 CSC 31.

Law c Canada, [1999] 1 SCR 497, 170 DLR (4th) 1.

Loyola High School c Québec (Procureur Général), 2015 CSC 12.

Moore c Colombie-Britannique (Éducation), 2012 CSC 61.

Mouvement laïque québécois c Saguenay (Ville), 2015 CSC 16.

Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center), 2015 SCC 39.

R c Comeau, 2018 CSC 15.

R c Kapp, 2008 CSC 41.

Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.), [1987] 1 RCS 313, 38 DLR (4th) 161.

Smith c Alliance Pipeline Ltd., 2011 CSC 7.

Tribunal d'arbitrage du Sport : Sommaire exécutif.

Université de la Colombie-Britannique c Berg, [1993] 2 RCS 353, 102 DLR (4th) 665.

Watkin c Canada (Procureur général), 2008 CAF 170.

SOURCES SECONDAIRES

BRODSKY, Gwen, Shelagh DAY and Yvon PETERS, *Accommodation in the 21st Century*, (2012 mars) en ligne (pdf): *Canadian Human Rights Commission* <<https://www.chrc-ccdp.gc.ca/eng/content/accommodation-21st-century>>.

CANADIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION, “What is the Duty to Accommodate?” (dernière consultation le 15 janvier 2020), en ligne : *Canadian Human Rights Commission* <<https://www.chrc-ccdp.gc.ca/eng/content/what-duty-accommodate>>.

COMITÉ INTERNATIONAL OLYMPIQUE, “Athletics – Summer Olympic Sports,” (dernière consultation le 2 février 2020), en ligne : *International Olympic Committee* <<https://www.olympic.org/athletics>>.

CORBETT, Rachel, “Transgender Inclusion in Sport”, *Law Now: Relating Law to Life in Canada* 41:3 (2017 janvier/fevrier), en ligne: <<https://www.lawnow.org/transgender-inclusion-in-sport>>.

DALY, Paul, « Le principe du stare decisis en droit administratif canadien », (2015) 49 RJTUM 757.

SOSSIN, Lorne et Mark FRIEDMAN, “Charter Values and Administrative Justice” (2014) 67 SCLR (2d) 391.