

DROIT DU TRAVAIL

Maurice DRAPEAU*

L'évolution de l'obligation d'accommodement à la lumière de l'arrêt *Meiorin*

L'auteur définit d'abord les concepts fondamentaux qui se rattachent au droit à l'égalité dans l'emploi. Il examine ainsi successivement la notion de discrimination, ses manifestations directes et indirectes, le moyen de défense relatif aux aptitudes ou qualités requises par l'emploi et l'obligation d'accommodement sans contrainte excessive. Il démontre en second lieu comment l'évolution récente de la jurisprudence de la Cour suprême confirme que l'obligation d'accommodement s'impose désormais dans tous les cas de discrimination tant directe qu'indirecte, ce qui constitue une avancée majeure en matière de protection contre la discrimination sous toutes ses formes.

INTRODUCTION: L'obligation d'accommodement s'impose désormais comme moyen d'instaurer l'égalité dans l'emploi

La *Charte des droits et libertés de la personne*¹ garantit le droit à l'égalité, notamment dans l'emploi, en prohibant la discrimi-

nation fondée sur plusieurs motifs, dont la race, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, la religion et le handicap. Ce droit à la non-discrimination protège les personnes contre les traitements qui ont pour objet ou pour effet de les défavoriser en raison de caractéristiques individuelles ou inhérentes à leur groupe d'appartenance.

Pour éradiquer la discrimination, il faut s'attaquer à toutes ses formes. Il ne suffit pas d'éviter d'imposer des traitements différents et désavantageux à certains groupes, ce qui constitue de la discrimination directe. Il importe en outre d'éliminer l'effet discriminatoire de certaines règles d'emploi apparemment neutres, mais qui ont un impact disproportionné sur les membres de ces groupes, ce qui cause une discrimination indirecte.

Dans cet article, nous posons la prémisse, longtemps refusée par la Cour suprême du Canada, selon laquelle les employeurs ont l'obligation d'adopter des mesures

* Conseiller juridique à la Direction du contentieux de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec. Je remercie M^e André Morel, professeur émérite de l'Université de Montréal, ainsi que mes collègues M^e Pierre-Yves Bourdeau, M^e Christian Baillargeon et M^e Michel Coutu de leurs lectures commentées.

1. L.R.Q., c. C-12 [ci-après désignée «la Charte»].

d'accommodement non seulement lorsque la discrimination est indirecte, mais aussi lorsqu'elle est directe. Ces mesures permettent d'adapter les conditions de travail pour tenir compte des besoins particuliers des personnes ou des groupes afin de ne pas leur imposer les diverses formes d'exclusions. Depuis peu, ce postulat ne fait plus aucun doute. En effet, dans un revirement spectaculaire d'une grande portée réformatrice sur les relations du travail, l'arrêt *Meiorin*², la Cour a révisé son point de vue en matière de droit à l'égalité. Elle a tranché de façon décisive que les employeurs ont un devoir légal d'accommodement dans toutes les situations de discrimination.

Dorénavant donc, l'accommodement s'applique tant à la discrimination directe qu'indirecte.

I. Les concepts fondamentaux en droit de l'égalité

L'analyse des diverses manifestations de discrimination nécessite que l'on comprenne les notions de base qui s'appliquent à ce sujet. Notre étude des arrêts clés de la Cour suprême sur la théorie générale de l'interdiction de la discrimi-

nation vient combler ce prérequis essentiel en présentant un lexique des concepts fondamentaux constituant le régime juridique de protection du droit à l'égalité dans l'emploi: 1) le droit à l'égalité; 2) la discrimination; 3) la discrimination directe et indirecte; 4) le moyen de défense relatif aux aptitudes ou qualités requises par l'emploi; 5) l'obligation d'accommodement; 6) la contrainte excessive.

A. La définition du droit à l'égalité

En droit, les concepts d'égalité et de discrimination sont les deux revers d'une médaille: du côté de l'égalité «l'absence de discrimination; du côté de la discrimination» la négation de l'égalité.

En nous référant à l'objet du droit qui est de régler les rapports entre les citoyens, le droit à l'égalité se définit comme le droit de vivre en société dans le respect de la valeur, du mérite, des caractéristiques et des besoins des personnes. Dans ce sens, le préambule de la Charte déclare que «tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité». Le respect du droit à l'égalité est donc une responsabilité sociale.

2. *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (décision unanime, j. McLachlin) (ci-après désigné l'arrêt *Meiorin*). Comme présentation synthèse de l'arrêt, voir: Linda BERNIER, Lukasz GRANOZIK et Jean François PEDNEAULT, *Les droits de la personne et les relations du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, mise à jour de juin 2000, la partie intitulée «La méthode unifiée», 6-102. En outre, jusqu'à ce jour, nous avons relevé deux commentaires d'arrêt: Chantal MASSE, «Le critère unifié de l'affaire *Meiorin* dans le contexte de la défense prévue à l'article 20 de la Charte québécoise: la non application du volet subjectif relatif à la bonne foi de l'employeur», Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Les 25 ans de la Charte québécoise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, 65; Jean-Yves BRIERE et Jean-Pierre VILLAGI, «L'obligation d'accommodement de l'employeur: un nouveau paradigme», dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, 219.

Le juge McIntyre déclare, dans l'arrêt *Andrews*³, que l'objet du droit à l'égalité est de «favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude [d'être reconnus] comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération». Cette définition judiciaire conserve toute son actualité. Dix ans plus tard, le juge Iacobucci dresse, dans l'arrêt *Law*⁴, un véritable bilan de l'interprétation du droit à l'égalité par la Cour, en reprenant presque textuellement cette définition:

On pourrait affirmer que le [droit à l'égalité] a pour objet d'empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles par l'imposition de désavantages, de stéréotypes et de préjugés politiques ou sociaux, et de favoriser l'existence d'une société où tous sont reconnus [...] comme des êtres humains égaux ou comme des membres égaux de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect et la même considération.

En un mot, le droit à l'égalité est le droit à un mode de vie en société où toutes les personnes sont traitées sur un pied d'égalité avec le même respect de leur dignité.

Comme le précise par ailleurs le juge McIntyre, l'égalité ne

résulte pas toujours d'un traitement identique⁵. Abondant dans le même sens, le juge Iacobucci insiste sur le fait qu'il est, en effet, des circonstances où la véritable égalité exige que des personnes ou des groupes soient traités différemment, afin de respecter les différences entre les individus et de répondre à leurs besoins spécifiques⁶. On trouve là le fondement de l'obligation d'accommodement en tant que moyen de prendre en considération les différences entre les personnes pour assurer un véritable traitement égal.

Pour que l'égalité ne soit pas un vain mot mais constitue un véritable contrat social, il faut que les citoyens la réalisent dans la vie quotidienne. Nous sommes tous égaux, semblables et différents à la fois: semblables comme êtres humains et différents comme individus.

B. La définition de la discrimination

Qu'est-ce que la discrimination? D'expérience, la meilleure compréhension que l'on puisse en avoir se trouve dans l'observation de ses manifestations. Dans son expression par paroles et gestes, la discrimination est la manifestation du racisme, du sexisme et d'autres préjugés sociaux. Dans ses expressions plus indirectes et souvent inconscientes, la discrimi-

3. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, 171 (j. McIntyre, dissident mais non contredit sur cette question) (ci-après l'arrêt «*Andrews*»).

4. *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, 529 (décision unanime, j. Iacobucci) (ci-après l'arrêt «*Law*»).

5. Arrêt *Andrews*, précité, note 3, 164: «le respect des différences, qui est l'essence d'une véritable égalité, exige souvent que des distinctions soient faites».

6. Arrêt *Law*, précité, note 4, 517.

nation révèle plutôt une attitude d'incompréhension des personnes qui ne sont pas reconnues comme semblables, ce qui entraîne la non-reconnaissance de leurs besoins particuliers et le refus de composer avec leurs différences.

Parmi les définitions judiciaires, citons celle de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Andrews*⁷:

[...] la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.

Trois éléments essentiels ressortent de cette définition de l'atteinte au droit à l'égalité: 1) une distinction ou exclusion qui a pour objet ou pour effet d'imposer une différence de traitement, 2) qui est fondée sur un motif illicite, et 3) qui compromet l'exercice des droits et libertés de la personne, dont le droit à l'égalité dans l'emploi.

7. Arrêt *Andrews*, précité, note 3, 174.

8. *O'Malley c. Simpson's-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536, 547 à 552 (décision unanime, j. McIntyre) (ci-après cité: arrêt «*O'Malley*»).

9. *Ibid.*, 551.

C. La reconnaissance que la prohibition de la discrimination s'étend autant à la discrimination indirecte que directe

La Cour suprême du Canada reconnaît que la discrimination peut prendre deux formes: directe ou indirecte.

La discrimination est directe lorsque l'exclusion a un lien exprès et manifeste avec le motif discriminatoire prohibé, par exemple, «Je n'embauche pas de femmes enceintes ou qui veulent le devenir». Elle est indirecte lorsque l'exclusion résulte de règles apparemment neutres, mais qui, lorsqu'elles sont soumises à un examen critique de leurs conséquences, s'avèrent présenter un effet discriminatoire sur certains groupes. Par exemple, la règle de disponibilité au travail qui ne tient pas compte du besoin des travailleuses enceintes de s'absenter du travail pour des raisons de maternité.

Dans l'arrêt *O'Malley*⁸, la Cour suprême définit la discrimination directe de la façon suivante:

À cet égard, il y a discrimination directe lorsqu'un employeur adopte une pratique ou une règle qui, à première vue, établit une distinction pour un motif prohibé. Par exemple, «Ici, on n'embauche aucun catholique, aucune femme ni aucun noir». En l'espèce, il est évident que personne ne conteste que la discrimination directe de cette nature contrevient à la loi.⁹

En un mot, la discrimination directe se reconnaît à sa face même, puisque la norme est fondée précisément sur la caractéristique d'un groupe donné pour l'exclure. Elle impose donc directement un traitement différent à certains groupes. Dans le cas de la grossesse, il est évident que l'invocation par un employeur de la sécurité du fœtus pour congédier une travailleuse enceinte renvoie directement à son état de grossesse et crée donc une discrimination directe à son endroit¹⁰.

Le grand mérite de l'arrêt *O'Malley* est que le juge McIntyre, au nom de la Cour, y reconnaît la discrimination indirecte. Rappelons qu'il s'agit d'une cause dans laquelle il était question d'un horaire de travail qui ne tenait pas compte du besoin d'une employée de s'absenter pour célébrer sa journée hebdomadaire de fête religieuse. Le juge reconnaît que bien que l'horaire soit apparemment neutre, il n'en crée pas moins une discrimination indirecte qu'il définit comme une «discrimination par suite d'un effet préjudiciable».

Comme cette définition demeure encore souvent méconnue des employeurs, il convient de la citer dans son contexte:

D'autre part, il y a le concept de discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Ce genre de discrimination se produit lorsqu'un employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, une règle ou une norme qui est

neutre à première vue et qui s'applique également à tous les employés, mais qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou un groupe d'employés en ce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d'employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés.¹¹

C'est d'abord son effet disproportionné ou préjudiciable qui rend discriminatoire la règle d'emploi en apparence neutre. Le juge McIntyre insiste sur ce point:

Une condition d'emploi adoptée honnêtement pour de bonnes raisons économiques ou d'affaires, également applicable à tous ceux qu'elle vise, peut quand même être discriminatoire si elle touche une personne ou un groupe de personnes d'une manière différente par rapport à d'autres personnes auxquelles elle peut s'appliquer.¹²

On comprend que la discrimination indirecte est celle qui résulte de l'application générale à tout le monde, sans aucune distinction nuancée en fonction des besoins spécifiques de certains groupes ou personnes, de normes apparemment neutres, mais qui entraînent un effet préjudiciable à l'encontre de ces groupes ou personnes.

Examinons l'application d'une règle de disponibilité au travail pendant toute la durée du con-

10. Maurice DRAPEAU, «La discrimination fondée sur la grossesse mettant en cause la sécurité au travail», (1997) *R. du B.* 1047.

11. Arrêt *O'Malley*, précité, note 8, 551.

12. *Ibid.*

trat au regard de la discrimination indirecte fondée sur la grossesse. Une telle exigence, qui s'applique également à tous les employés, est apparemment neutre. Toutefois, son application de manière indistincte et sans nuance peut défavoriser celles qui ont besoin de prendre un congé de maternité¹³. On voit ainsi que c'est l'impact défavorable à un groupe qui partage une même caractéristique qui rend la règle discriminatoire, bien que ce ne soit que de manière indirecte.

Dans l'arrêt unanime *Commission scolaire de Chambly c. Bergevin*¹⁴, où il est question d'une règle sur les horaires de travail défavorisant les membres de certaines religions, la Cour suprême conclut à nouveau que la prohibition de la discrimination vise autant la discrimination indirecte que directe, en s'appuyant littéralement sur l'énoncé même de l'article 10 de la Charte québécoise. La portée de cette disposition s'étend en effet à toute exclusion qui «*a pour effet*» de compromettre le droit à l'égalité.

L'interdiction de la discrimination telle qu'énoncée à l'article 10 est universelle dans le sens où elle en prohibe toutes les formes,

directes ou indirectes, puisqu'elles ont en commun d'avoir «*pour effet de détruire ou de compromettre [le droit à l'égalité]*»¹⁵. Quelles qu'en soient les manifestations, le propre de la discrimination est d'exclure; par conséquent, peu importe sa forme, c'est à ses effets d'exclusion qu'il importe de s'attarder, et ce, non seulement du point de vue de la victime qui en subit les conséquences, mais aussi dans la perspective de la société qui doit en réprover les manifestations au point de la prohiber. Le respect de la portée de l'article 10 implique donc que les effets de toute discrimination soient corrigés.

D. Le moyen de défense relatif aux aptitudes ou qualités requises par l'emploi

L'article 20 de la Charte prévoit qu'une exclusion qui est fondée sur les aptitudes ou qualités requises par l'emploi, est réputée non discriminatoire. Il s'agit alors d'une exigence professionnelle justifiée – que l'on désigne par l'abréviation EPJ.

L'EPJ, c'est la capacité d'accomplir les tâches, la compétence à exercer les fonctions de l'emploi. Bref, la personne est-elle capable de bien faire le travail? Par exem-

13. Maurice DRAPEAU, «La discrimination fondée sur la grossesse résultant des règles de disponibilité au travail», (1997-98) *R.D.U.S.* 215.

14. [1994] 2 R.C.S. 525, 540 (ci-après cité: arrêt «*Commission Scolaire de Chambly*») (rédigé par le juge Cory avec des motifs concourants de la juge L'Heureux-Dubé).

15. Les auteurs sont unanimes sur cette question: Daniel PROULX, *La discrimination dans l'emploi: les moyens de défense*, Éditions Yvon Blais, 1993; André MOREL, «L'originalité de la Charte québécoise en péril», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif (1993)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 65, p. 81-82; Pierre BOSSET, *La discrimination indirecte dans le domaine de l'emploi*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 102-103.

ple, l'aptitude physique à exécuter le travail, ou la formation et l'expérience effectivement requises, sont généralement considérées comme des exigences professionnelles justifiées.

Sans entrer dans les détails, on peut dire qu'une exigence ne sera justifiée comme qualité requise par l'emploi que si elle est rationnelle et nécessaire. L'objet de la norme d'emploi en cause doit avoir un lien rationnel avec l'exécution du travail. Cette norme doit être raisonnablement nécessaire à la réalisation de l'objectif qu'elle vise. En pratique, la majorité des normes et conditions d'emploi visent à assurer l'exécution efficace et économique du travail ainsi que la sécurité des employés et du public. La rationalité et la nécessité de la norme doivent donc être examinées à la lumière des objectifs d'efficacité et de sécurité dans le contexte de l'emploi en cause.

Quant à ces deux critères objectifs de rationalité et de nécessité, la Cour suprême, dans l'arrêt *Etobicoke*¹⁶, les formule comme suit:

[l'exigence professionnelle (...)] doit en outre se rapporter objectivement à l'exercice de l'emploi en question, en étant raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail sans mettre en danger l'employé, ses compa-

gnons de travail et le public en général.¹⁷

Une norme d'emploi qui s'avère discriminatoire ne saurait donc être justifiée par la seule préférence de l'employeur pour une méthode de gestion donnée. Encore faut-il qu'elle soit nécessaire pour assurer l'exécution sûre et efficace du travail en question.

E. La reconnaissance de l'obligation d'accommodement comme moyen de répondre aux besoins spécifiques des groupes et des personnes

La notion d'accommodement est fondamentale en matière de droit à l'égalité. Cette «obligation de prendre des mesures raisonnables pour respecter et protéger le droit à l'égalité» se trouve pour la première fois exprimée dans la déclaration du juge McIntyre dans l'arrêt *O'Malley*: «une conséquence naturelle de la reconnaissance d'un droit doit être l'acceptation sociale de l'obligation générale de le respecter et de prendre des mesures raisonnables afin de le protéger»¹⁸. En outre, dans le récent arrêt *Commission scolaire de Chambly*¹⁹, la Cour suprême rattache plus étroitement encore cette notion de mesure raisonnable au droit à l'égalité lui-même, en affirmant expressément que «l'obligation d'accommodement est

16. *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke (Municipalité d')*, [1982] 1 R.C.S. 202 (décision unanime, j. McIntyre) (ci-après l'arrêt «*Etobicoke*») (un cas de discrimination directe portant sur la retraite obligatoire de pompiers où la Cour a jugé que l'employeur n'avait pas prouvé qu'il s'agissait d'une exigence professionnelle justifiée).

17. *Ibid.*, 208.

18. *O'Malley*, précité, note 8, 554.

19. *Commission scolaire de Chambly*, précité, note 14, 544.

une partie intégrante du droit à l'égalité».

Dans l'arrêt *O'Malley*, le juge McIntyre décrit ainsi l'obligation d'accommodement:

L'obligation [d'accommodement] consiste à prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec le plaignant, à moins que cela ne cause une contrainte excessive: en d'autres mots, il s'agit de prendre les mesures qui peuvent être raisonnables pour s'entendre sans que cela n'entrave indûment l'exploitation de l'entreprise de l'employeur et ne lui impose des frais excessifs.²⁰

En d'autres termes, nous pouvons définir l'obligation d'accommodement comme l'obligation d'adapter une règle conçue pour une majorité donnée, dans le but de répondre aux besoins spécifiques de certaines personnes ou d'un groupe, afin que ceux-ci ne soient pas victimes de discrimination liée aux caractéristiques qui les différencient de la majorité. Cela implique de faire des exceptions aux règles générales ou de les modifier de manière à composer avec les besoins propres à certains groupes ou personnes, afin de respecter leur droit à l'égalité.

F. La contrainte excessive comme limite de l'obligation d'accommodement

Il existe une limite à l'obligation d'accommodement, celle de

la contrainte excessive. Or qui dit excessif implique d'emblée un niveau de contrainte, comme le fait pertinemment remarquer le juge Sopinka dans l'arrêt *Renaud*.

Il faut plus que de simples efforts négligeables pour remplir l'obligation d'accommodement. L'utilisation de l'adjectif «excessive» suppose qu'une certaine contrainte est acceptable; seule la contrainte «excessive» répond à ce critère.²¹

L'effort d'accommodement doit donc être réel et suffisant. Dans l'arrêt *O'Malley*²², le juge McIntyre mentionne les deux principaux éléments pouvant constituer une contrainte excessive, soit l'entrave induite à l'exploitation de l'entreprise et les coûts excessifs. Pour sa part, le juge Wilson, dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool*²³, définit un certain nombre de facteurs qui doivent être appréciés dans l'évaluation du degré de contrainte:

Je ne crois pas qu'il soit nécessaire de définir de façon exhaustive ce qu'il faut entendre par contrainte excessive mais j'estime qu'il peut être utile d'énumérer certains facteurs permettant de l'apprécier. J'adopte d'abord à cette fin les facteurs identifiés par la commission d'enquête en l'espèce – le coût financier, l'atteinte à la convention collective, le moral du personnel et l'interchangeabilité des effectifs et des installations. L'importance de l'explo-

20. *O'Malley*, précité, note 8, 555.

21. *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970, 984 (ci-après l'arrêt «*Renaud*») (discrimination indirecte attribuable aux conséquences de l'horaire de travail sur les obligations religieuses des employés).

22. Précité, note 8, 555.

23. *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, 520 (ci-après l'arrêt «*Central Alberta Dairy Pool*»).

tation de l'employeur peut jouer sur l'évaluation de ce qui représente un coût excessif ou sur la facilité avec laquelle les effectifs et les installations peuvent s'adapter aux circonstances.²⁴

Pour que les coûts de l'accommodement soient considérés excessifs, ils doivent être réellement trop élevés pour l'entreprise dans les circonstances²⁵. Quant à l'effet sur les autres employés, il doit constituer une atteinte réelle à leurs droits ou une dérogation importante à la convention collective²⁶.

Dans l'arrêt *Meiorin*²⁷, la Cour suprême utilise à plusieurs reprises le qualificatif «possible» en parlant des mesures d'accommodement qu'un employeur a le devoir d'incorporer à ses normes d'emploi. Le terme est évocateur: si un accommodement est possible, il doit être adopté. La Cour énumère trois critères représentant une contrainte excessive: l'impossibilité, le risque grave et le coût exorbitant.

Afin de prouver que sa norme est «raisonnablement nécessaire», le défendeur doit toujours démontrer qu'elle inclut toute possibilité d'accommodement sans qu'il en résulte une contrainte excessive, que cette contrainte revête la forme d'une impossibilité, d'un risque grave ou d'un coût exorbitant.²⁸

À l'impossible nul n'est tenu, certes, mais encore faut-il démontrer que des efforts sérieux ont été consentis avant d'invoquer la contrainte excessive.

II. L'évolution jurisprudentielle récente confirme l'application de l'obligation d'accommodement dans tous les cas de discrimination

Nous sommes maintenant en mesure d'exposer l'évolution historique qui a conduit à la reconnaissance judiciaire de l'obligation d'accommodement dans tous les cas de discrimination. Cette interprétation cadre parfaitement bien avec l'esprit de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, qui crée un régime de prohibition de la discrimination comportant l'obligation universelle d'adopter des mesures pour protéger le droit à l'égalité.

A. L'analyse dualiste antérieure «discrimination directe/discrimination indirecte» avait le désavantage d'écarter l'accommodement en cas de discrimination directe

Pendant longtemps la Cour suprême a refusé de prendre en compte l'obligation d'accommodement

24. *Ibid.*, 520-521.

25. Arrêt *O'Malley*, précité, note 8, 556-559.

26. Arrêt *Renaud*, précité, note 21, 984-987. Sur la portée de l'obligation syndicale d'accommodement, il faut lire l'excellent ouvrage fortement documenté et clairement exposé de Christian BRUNELLE, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001.

27. Précité, note 2.

28. *Ibid.*, par. 32.

ment dans les cas de discrimination directe.

Ainsi dans l'arrêt *Stratford*²⁹, la Cour, qui avait à connaître d'un cas de discrimination fondée sur l'âge de la retraite obligatoire, avait péremptoirement confirmé sa décision d'écarter toute considération d'accommodement visant à éliminer la discrimination «directe» (il était question en l'espèce du réaménagement des fonctions d'un policier pour lui permettre d'exécuter à l'avenir un travail de bureau).

Cet arrêt-butoir n'était pas tombé en isolé; il était venu former une trilogie avec deux autres jugements fortement controversés qui avaient limité le rôle de l'accommodement dans l'instauration de l'égalité. En 1985, l'arrêt *Bhinder*³⁰ l'avait exclu dans tous les cas de discrimination où une exigence professionnelle justifiée était démontrée. Et, en 1990, l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool*³¹ s'était satisfait d'une timide demi-mesure en admettant au moins son application à la discrimination «indirecte», tout en rejetant complète-

29. *Corporation municipale de Stratford c. Large*, [1995] 3 R.C.S. 733 (ci-après cité: arrêt «*Stratford*») (les motifs de la majorité sont présentés par le juge Sopinka; ceux de la minorité, par la juge L'Heureux-Dubé).
30. *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561 (ci-après cité: arrêt *Bhinder*) (motifs de la majorité par le juge McIntyre; motifs de la minorité par le juge en chef Dickson). Cet arrêt devait juger d'un cas de discrimination indirecte fondée sur la religion et mettant en cause la règle du port obligatoire du casque de sécurité; la Cour y avait exclu la prise en considération d'un accommodement face à toute situation de discrimination, tant indirecte que directe, dès lors que la défense d'exigence professionnelle justifiée était établie. L'arrêt *Bhinder* peut être vu comme un exemple patent de «*un-pas-en-avant, deux-pas-en-arrière*» de la part de la Cour suprême. Elle a rendu en effet cet arrêt décidant que l'exigence professionnelle justifiée écartait l'obligation d'accommodement, alors qu'elle venait à peine de reconnaître le même jour dans l'arrêt *O'Malley c. Simpson's Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536, 554 (ci-après cité: arrêt *O'Malley*) (décision unanime, j. McIntyre) que l'accommodement était «*une conséquence naturelle de la reconnaissance du droit à l'égalité*». La différence de résultat entre l'arrêt *Bhinder* et l'arrêt *O'Malley* s'explique essentiellement par la présence, dans la loi canadienne, d'une disposition sur le moyen de défense relatif à l'exigence professionnelle justifiée, qui a été interprétée dans l'arrêt *Bhinder*, comme devant exclure l'obligation d'accommodement. Dans l'arrêt *O'Malley*, le Code des droits de la personne de l'Ontario ne comportait aucune défense d'exigence professionnelle justifiée.
31. *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta human Rights Commission*, [1990] 2 R.C.S. 489 (ci-après cité: arrêt *Central Alberta Dairy Pool*) (motifs de la majorité par la juge Wilson; motifs de la minorité par le juge Sopinka). Cet arrêt avait à décider d'un cas de discrimination indirecte fondée sur la religion mettant en cause le refus d'aménager l'horaire de travail pour tenir compte des fêtes religieuses. La Cour a pu, avec le recul, corriger en partie l'erreur de l'arrêt *Bhinder*, en décidant que l'obligation d'accommodement s'appliquait tout au moins dans les cas de discrimination indirecte. En infirmant partiellement la conclusion de l'arrêt *Bhinder*, la Cour traite de l'accommodement en matière de discrimination indirecte comme un moyen de défense distinct de celui relatif à l'exigence professionnelle justifiée. Cette distinction entre les moyens de défense a eu pour effet de confiner l'accommodement aux seuls cas de discrimination indirecte. L'arrêt *Central Okanagan School District c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970, 980 (j. Sopinka) est par la suite revenu sur la distinction entre les moyens de défense en intégrant implicitement la défense d'accommodement à

ment sa pertinence lorsque celle-ci était directe.

En somme, en traitant du rapport entre l'obligation d'accommodement et la défense d'EPJ, la Cour avait établi une distinction. Dans le cas de la discrimination directe, la Cour appliquait la défense d'exigence professionnelle justifiée (sans obligation d'accommodement). Quant à la discrimination indirecte, la Cour considérait que le moyen de défense distinct consistait à déterminer si l'obligation d'accommodement avait été remplie.

Après les arrêts *Bhinder*³², *Central Alberta Dairy Pool*³³ et *Stratford*³⁴, l'état du droit relativement à la question se résumait ainsi: l'obligation d'accommodement

ne pouvait être prise en compte que dans les situations où la discrimination était qualifiée d'indirecte. La Cour suprême avait en effet décidé que l'obligation d'accommoder les besoins individuels ne s'appliquait pas dans les cas de discrimination directe. Une lacune résultait de cette position, car les victimes de discrimination directe étaient privées d'une mesure de redressement, soit l'accommodement, qui aurait pu leur permettre, dans certains cas, d'éviter de subir l'exclusion.

Comme l'avait, à cette époque, souligné le professeur Daniel Proulx³⁵, ce point de vue de la Cour suprême a eu pour effet d'imposer un double cadre d'analyse extrêmement complexe et aléatoire, qu'il identifie de manière évoca-

l'intérieur de la défense d'exigence professionnelle justifiée, mais seulement dans le cas de la discrimination indirecte.

32. Précité, note 30. Pour souligner la forte opposition à l'arrêt *Bhinder*, qu'il suffise de mentionner le document qui aura alerté le public, les législateurs et les tribunaux, celui de la COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *Les effets de la décision Bhinder sur la Commission canadienne des droits de la personne: rapport spécial au parlement*, Ottawa, 1986.
33. Précité, note 31. Pour une bibliographie sélective des critiques de l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool*, nous renvoyons aux auteurs suivants: Daniel PROULX, *La discrimination dans l'emploi*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993. À partir de la critique de l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool* (p. 69 à 71), l'auteur entend «La remise en cause du régime dualiste de défense et de sanction» (chap. 3, p. 109 et s.). Dans le premier numéro de la revue *Canadian Labour Law Journal*, qui est entièrement consacré à l'accommodement, plusieurs auteurs formulent la même critique et soutiennent la nécessité d'accommodement sans distinction entre les formes de discrimination. M.D.-LEPOFSKY, «The Duty to Accommodate: A Purposive Approach», (1992) *C.L.L.J.* 1, 16 à 18. A.M. MOLLOY, «Disability and the Duty to Accommodate», (1992) *1 C.L.L.J.* 23, 37. B. ETHERINGTON, «Central Alberta Dairy Pool: The Supreme Court of Canada's Latest Word on the Duty to Accommodate», (1992) *1 C.L.L.J.* 311, 325-326. Également, D. BAKER, «Alberta Human Rights Commission v. Central Alberta Dairy Pool», (1991) *36 R.D. McGill* 1450.
34. Précité, note 29. Voir la critique de Daniel PROULX, «L'accommodement, cet incompris: un commentaire de l'arrêt *Stratford*», (1996) *41 R.D. McGill* 669.
35. Daniel PROULX, *La discrimination dans l'emploi: les moyens de défense*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993: l'ensemble de l'ouvrage est une démonstration qu'un seul moyen de défense et de sanction devrait être indistinctement appliqué à toute discrimination, qu'elle soit directe ou indirecte.

trice en parlant du régime dualiste de défense et de sanction. Selon ce régime dualiste, on devait en effet d'abord distinguer si l'on faisait face à une discrimination directe ou indirecte pour déterminer quel moyen de défense et de sanction s'appliquait selon le cas.

À la discrimination directe correspondait la défense relative aux qualités requises par l'emploi, et la sanction de la norme injustifiée quant à sa rationalité ou sa nécessité était son annulation. Comme nous l'avons déjà vu, la faiblesse de cette approche de la discrimination directe était l'absence de toute considération.

En matière de discrimination indirecte la défense était plutôt celle de savoir si l'obligation d'accommodement avait été respectée. Dans la mesure où la règle était rationnelle avec l'objet qu'elle visait, elle n'avait pas besoin d'autre justification, de sorte que sa seule sanction était le maintien de son application générale à l'ensemble des employés plutôt que son annulation, à condition toutefois d'accorder des exceptions individuelles en faveur des personnes qui en subissaient l'effet discriminatoire. La faiblesse de cette approche de la discrimination indirecte tenait à l'impossibilité d'appliquer le critère de nécessité de la norme, dont l'absence aurait dû conduire à l'annulation.

B. La méthode unifiée d'analyse de la discrimination offre l'avantage que l'obligation d'accommodement doit être intégrée aux normes d'emploi dans tous les cas de discrimination

Un revirement jurisprudentiel capital vient de changer complètement l'état du droit en ce qui a trait à l'accommodement. Dans un véritable jugement bilan, l'arrêt *Meiorin*³⁶, un jugement unanime rédigé par la juge McLachlin, devenue depuis juge en chef, la plus haute cour du pays revient sur ses positions. Elle délaisse la méthode d'analyse conventionnelle antérieure, pour adopter une nouvelle méthode qu'elle qualifie d'unifiée. Le qualificatif «unifiée» est bien mérité puisque selon cette méthode il n'y a plus lieu de faire de distinction entre les formes de discrimination: la défense relative aux qualités requises par l'emploi, l'obligation d'accommodement et la sanction par l'annulation de la norme s'appliquent maintenant dans tous les cas.

On peut d'ores et déjà affirmer qu'il s'agit d'un arrêt phare en droit de l'égalité qui constitue une véritable réforme juridique dans l'articulation entre les droits de la personne et les relations du travail. Concrètement, les suites à donner à cet arrêt commandent

36. Précité, note 2.

une transformation du monde du travail, qui devra revoir ses normes d'emploi de manière à y intégrer dans leur formulation même, des adaptations permettant de composer avec les besoins de certains groupes et personnes.

1. *Les faits relatifs à la norme d'emploi en cause*

Rappelons les faits. Madame Meiorin travaillait de façon satisfaisante depuis trois ans comme pompière forestière pour le gouvernement de la Colombie-Britannique. Elle perdit son emploi après que le gouvernement eut adopté une nouvelle série de tests d'évaluation de la condition physique. Elle fut congédiée parce qu'elle avait échoué le test destiné à vérifier si elle respectait la norme aérobique fixée (elle avait excédé de 49,4 secondes le délai maximal prescrit de 11 minutes pour franchir à la course une distance de 2,5 kilomètres).

La preuve démontrait qu'en raison de différences physiologiques, la plupart des femmes ont une capacité aérobique moindre que celle de la plupart des hommes. Par ailleurs, il n'y avait aucune preuve crédible que la capacité aérobique prescrite était nécessaire pour que soit les hommes, soit les femmes puissent exécuter le travail de pompier forestier de manière sûre et efficace.

La question de droit générale à laquelle la Cour suprême devait répondre était de savoir si la norme aérobique excluait de manière discriminatoire les femmes des emplois de pompier forestier.

La Cour n'hésita aucunement à conclure à l'existence d'une discrimination contre les femmes et à dire que le gouvernement n'avait pas démontré que cette norme aérobique particulière était raisonnablement nécessaire pour évaluer les personnes en mesure d'exécuter de façon sûre et efficace les tâches de pompier forestier. L'employeur n'a pas prouvé qu'il avait composé avec les caractéristiques physiologiques des femmes tant qu'il n'en avait pas résulté pour lui de contrainte excessive.

Mais, au-delà du cas d'espèce, nous sommes devant un arrêt de principe en ce qu'il modifie profondément la méthode d'analyse de la discrimination en appliquant un critère unique à trois volets, quelle que soit la forme de la discrimination.

2. *L'exposé de la nouvelle méthode*

La Cour suprême présente ainsi les trois éléments que l'employeur doit prouver dans le cadre devenu unique de la défense relative aux qualités requises pour un emploi, qui s'applique maintenant dans tous les cas de discrimination, et dont l'obligation d'accommodement fait désormais partie:

Après avoir examiné les diverses possibilités qui s'offrent, je propose d'adopter la méthode en trois étapes qui suit pour déterminer si une norme discriminatoire à première vue est une [exigence professionnelle justifiée]. L'employeur peut justifier la norme contestée en établissant selon la prépondérance des probabilités:

- (1) qu'il a adopté la norme dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail en cause;
- (2) qu'il a adopté la norme particulière en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail;
- (3) que la norme est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail. Pour prouver que la norme est raisonnablement nécessaire, il faut démontrer qu'il est impossible de composer avec les employés qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que l'employeur subisse une contrainte excessive.³⁷

Cette nouvelle méthode d'analyse de la Cour en trois étapes contraint les employeurs à «établir des normes qui composent avec l'apport potentiel de tous les employés dans la mesure où cela peut être fait sans que l'employeur subisse une contrainte excessive»³⁸.

À la première étape de l'analyse, qui consiste à voir si l'employeur a adopté la norme dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail en cause, il s'agit non pas de décider de la validité de la norme particulière, mais plutôt de la validité de son objectif plus général, ce qui dans nombre de cas pose peu de problèmes. La capacité de travailler de manière efficace et celle de travailler de manière sécuritaire sont les deux objectifs les

plus fréquemment mentionnés. L'employeur doit donc démontrer l'existence d'un lien rationnel entre l'objet général que la norme contestée vise, et les exigences objectives du travail. À défaut d'avoir un objet général légitime, la règle n'est pas une qualité requise et elle doit donc être annulée.

À notre avis, la deuxième étape de l'analyse, où l'employeur doit établir qu'il a adopté la norme particulière en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail, sera de très peu d'utilité, sauf lorsque l'employeur a refusé de négocier une règle non discriminatoire. Et dans les cas où la discrimination est manifestement fondée sur un préjugé à l'égard d'un groupe, on ne pourrait de toute façon admettre l'invocation d'une croyance sincère. Autrement, il est difficile de voir en quoi ce test subjectif pourrait apporter une preuve utile pour déterminer si la norme est une exigence professionnelle justifiée. Peu importe la croyance de l'employeur, c'est surtout le test objectif imposant le double critère de rationalité et de nécessité qui permet d'évaluer de façon objective si la norme est justifiée.

Dans ce sens, on peut présumer qu'en pratique c'est surtout à la troisième étape de l'analyse, où l'employeur doit prouver la nécessité de la règle, que les normes discriminatoires sont susceptibles d'échouer au test de justification. La norme contestée est-elle raison-

37. Précité, note 2, 32.

38. *Ibid.*, 33.

nablement nécessaire pour que l'employeur puisse atteindre l'objectif qu'il vise? Pour déterminer si elle l'est, plusieurs sous-questions doivent être posées, dont principalement les trois suivantes: 1) La norme est-elle trop générale compte tenu de son objectif? Ne devrait-elle pas se limiter à un groupe plus restreint, comme dans le cas des règles «antinépotisme» qui ne doivent être imposées qu'aux employés qui pourraient se retrouver dans des situations de conflit d'intérêts?³⁹ 2) L'employeur n'aurait-il pas dû procéder à une évaluation individuelle de la personne, comme dans le cas des évaluations médicales pour déterminer l'aptitude à exécuter les tâches de l'emploi⁴⁰? 3) L'employeur a-t-il cherché à composer avec les besoins des personnes concrètement lésées par la norme, sans subir une contrainte excessive?

Si la norme discriminatoire n'est pas raisonnablement nécessaire pour que l'employeur réalise son objectif légitime, ou s'il est possible de composer avec des différences individuelles sans que l'employeur n'en subisse une con-

trainte excessive, la norme n'est donc pas une qualité requise par l'emploi. Elle mérite alors d'être annulée et l'employeur sera contraint d'intégrer à la norme elle-même des mesures d'accommodement qui établiront l'égalité.

3. *Une avancée majeure en matière de protection contre la discrimination sous toutes ses formes*

Dans son jugement, la Cour suprême a grandement tenu compte des critiques pour ainsi dire unanimes de la doctrine qui recommandaient de considérer l'obligation d'accommodement tant dans le cas de la discrimination directe qu'indirecte⁴¹.

À notre avis, la méthode «unifiée» d'analyse représente un pas en avant considérable en matière de protection du droit à l'égalité par la prohibition de la discrimination. Non seulement la Cour en est-elle venue à reconnaître que l'accommodement s'applique dans tous les cas d'exclusion, mais elle fait également preuve d'une grande origina-

39. Voir *Ville de Brossard c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1988] 2 R.C.S. 279 (rédigé par le juge Beetz avec des motifs concourants de la juge Wilson) (ci-après cité: «*Ville de Brossard*»). Il s'agit d'une application du test de proportionnalité qui découle du critère de «fardeau excessif» imposé à un groupe. En effet, pour le juge Beetz, la «nécessité raisonnable» implique non seulement «le lien rationnel» avec l'emploi, mais aussi que la règle n'impose pas de fardeau excessif aux personnes qui y sont assujetties.

40. *Ville de Saskatoon c. Saskatchewan Human Rights Commission*, [1989] 2 R.C.S. 1297 (ci-après cité: «*Saskatoon*») (discrimination directe en raison de la retraite obligatoire). En appliquant le critère de proportionnalité, la Cour fournit un exemple de solution individuelle pouvant constituer une solution de rechange à l'exclusion en affirmant que, lorsque cela est possible, il faut «traiter les employés individuellement, notamment en administrant des tests à chacun d'eux» (en l'occurrence, une évaluation médicale personnelle).

41. Elle cite notamment et plus particulièrement le texte de Shelag DAY et Gwen BRODSKY, «The Duty to Accommodate: Who Will Benefit?», (1996) 1 *Can. Lab. L.J.* 311.

lité en imposant en plus d'inclure à l'avenir celui-ci dès le départ dans l'élaboration même des normes d'emploi. Cette dernière exigence apportera de profonds changements dans les conditions de travail puisqu'elles devront être révisées afin de prévoir des traitements adaptés aux besoins des groupes et personnes.

La méthode d'analyse unifiée est d'autant plus la bienvenue que nous pouvons en dresser un bilan nettement positif dans lequel nous relevons cinq avantages par rapport à la position antérieure de la Cour.

- a) La distinction discrimination directe/discrimination indirecte n'a plus à être établie

Il n'est plus nécessaire de déterminer préalablement si la discrimination est directe ou indirecte, avant de savoir comme auparavant quel moyen de défense et de sanction devrait s'appliquer, ce qui met fin à des exercices complexes de qualification juridique où tout le monde se perdait.

- b) Un seul moyen de défense s'applique dans tous les cas de discrimination, celui relatif aux aptitudes ou qualités requises par l'emploi

Le moyen de défense relatif aux aptitudes ou qualités requises par l'emploi, qui, en plus de sa rationalité, impose le critère strict de nécessité de la norme sous peine d'annulation, n'est plus réservé aux seuls cas de discrimination directe. Ce même moyen de défense s'applique désormais aussi

lorsque l'exclusion est indirecte. Le changement est des plus appréciables puisque le test devient ainsi beaucoup plus exigeant. Même en cas de discrimination indirecte, il ne suffit plus que la règle soit rationnelle pour être justifiée et éviter ainsi son annulation, accordant seulement et exceptionnellement, des accommodements individuels. Dans tous les cas la norme devra être nécessaire sinon elle sera annulée. Cette unification en un seul moyen de défense rappelle qu'il doit être interprété de manière restrictive comme exception au droit à l'égalité.

- c) L'accommodement doit maintenant être pris en considération dans tous les cas de discrimination

Dans le cadre de la défense relative aux qualités requises par l'emploi, l'accommodement ne s'applique plus seulement à la discrimination indirecte, mais il devra aussi être considéré dans les cas où elle est directe, ce qui met l'accent sur la recherche de moyens préventifs pour éliminer les deux formes d'exclusion.

- d) L'annulation comme sanction de toutes les normes discriminatoires non justifiées

La règle d'emploi qui crée une discrimination indirecte peut maintenant être annulée au même titre que celle qui constitue une discrimination directe, ce qui permet dans les deux cas d'obtenir leur remplacement par des normes adaptées.

- e) L'inclusion de l'accommodement dans les normes d'emploi

Les employeurs doivent incorporer des mesures d'accommodement dans les normes d'emploi elles-mêmes, et non seulement consentir des exceptions en réponse à des demandes individuelles, ce qui incite à envisager des adaptations aux besoins des groupes et personnes dès la conception de ces normes.

Outre l'intérêt de simplifier le droit par le recours à une méthode unique d'analyse, cet arrêt a le mérite de considérer l'accommodement dans le cadre de l'examen de la défense relative aux qualités requises par l'emploi, à l'étape où il faut examiner le caractère raisonnablement nécessaire de la règle d'emploi. Le fait est maintenant acquis: une règle d'emploi qui a pour effet de créer une situation discriminatoire ne saurait en aucune façon être justifiée comme étant nécessaire s'il est possible de prendre des mesures d'accommodement.

À titre d'illustration, le test de l'arrêt *Meiorin* sera particulièrement utile dans le cas de la discrimination fondée sur la grossesse. Dans tous les cas, les employeurs devront faire des efforts réels et sérieux pour prendre des mesures d'accommodement afin de répondre aux trois principaux besoins des travailleuses enceintes: celui d'assurer la sécurité de leur grossesse, celui de leur per-

mettre de s'absenter du travail et celui de conserver les avantages liés à leur emploi.

Sur le point tout à fait nouveau de l'adaptation de la norme elle-même aux différences entre les personnes et les groupes, en y intégrant des accommodements, nous citons la Cour:

Les employeurs qui conçoivent des normes pour le milieu de travail doivent être conscients des différences entre les personnes et des différences qui caractérisent des groupes de personnel. **Ils doivent intégrer des notions d'égalité dans les normes du milieu de travail.** En adoptant des lois sur les droits de la personne et en prévoyant leur application au milieu de travail, les législatures ont décidé **que les normes régissant l'exécution du travail devraient tenir compte de tous les membres de la société**, dans la mesure où il est raisonnablement possible de le faire. [...] La norme qui fait abstraction des différences entre les personnes va à l'encontre des interdictions contenues dans les diverses lois sur les droits de la personne et doit être remplacée. La norme elle-même doit permettre de tenir compte de la situation de chacun, lorsqu'il est raisonnablement possible de le faire.⁴²

On le voit, il ne suffit plus de prévoir des exceptions individuelles au cas par cas, mais il faut incorporer les possibilités d'accommodement dans la règle elle-même, comme l'a réaffirmé et pré-

42. Arrêt *Meiorin*, précité, note 2, 45 (nos caractères gras font ressortir le souligné de la Cour).

cisé la Cour suprême dans l'arrêt *Grismer*⁴³.

L'arrêt Meiorin annonçait une méthode unifiée en matière d'examen des demandes fondées sur une loi concernant les droits de la personne, dans lesquelles l'existence de discrimination est alléguée. La distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte a été supprimée. Les employeurs [...] sont maintenant requis, dans tous les cas, **de tenir compte dans leurs normes des caractéristiques des groupes touchés, au lieu de maintenir des normes discriminatoires complétées par des mesures d'accommodement pour ceux qui ne peuvent pas y satisfaire.**⁴⁴

En conclusion, on peut dire que le nouveau test élaboré par la Cour suprême va beaucoup plus loin que celui qui était appliqué antérieurement: désormais, la norme elle-même doit tenir compte de facteurs concernant les capacités uniques ainsi que de la valeur et la dignité de chaque personne, dans la mesure où cela n'impose aucune contrainte excessive à l'employeur. Il ne s'agit pas seulement d'accorder à une personne des exceptions à la règle en guise d'accommodement individuel; il est plutôt question de formuler la

norme de façon telle qu'elle réponde aux besoins d'un groupe dont les membres partagent la caractéristique qui les différencie de la majorité. En effet, l'établissement de la défense relative aux qualités requises par l'emploi impose à l'employeur de tenir compte, dans l'élaboration de la norme elle-même, des caractéristiques des groupes que la Charte protège.

Bref, toute norme invoquée comme qualité requise par l'emploi est assujettie au test de l'accommodement raisonnable – qui devrait être intégré à celle-ci.

C. Le régime de prohibition de la discrimination créé par les articles 10, 20 et 49 de la Charte québécoise comporte l'obligation universelle d'accommodement

Invoquant le cas de la discrimination fondée sur le handicap, plusieurs commentateurs, critiques de la jurisprudence négative passée de la Cour suprême sur la question, avaient déjà suggéré, dans le cadre de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et des *Human Rights Codes* des provinces de common law, que l'on applique l'obligation d'accommodement à toute forme de discrimination⁴⁵.

43. *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868 (j. McLachlin) (ci-après cité arrêt «Grismer»).

44. *Ibid.*, par. 19 (au souligné de la Cour sur le fait que l'accommodement s'applique maintenant à toutes les formes de discrimination, nous ajoutons nos caractères gras faisant ressortir la nouvelle exigence que celui-ci soit déjà prévu dans des normes qui doivent tenir compte des besoins spécifiques des personnes et des groupes).

45. Voir les auteurs cités aux notes 32, 33, 34 et 41. Au Québec, le professeur Daniel PROULX, cité aux notes 15, 33, 34 et 35, a été le chef de file de cette critique

Dans deux articles que nous avons nous-même publiés à cette époque, outre d'ajouter la nouveauté qu'offrait le cas spécifique de la discrimination fondée sur la grossesse comme exemple à l'appui de cette idée, nous avons assis le fondement de l'obligation d'accommodement sur le texte propre de la Charte québécoise des droits et libertés⁴⁶. Nous avons ainsi montré que ce texte crée un régime de responsabilité pour discrimination qui s'applique indistinctement à ses deux formes, et fait en sorte que l'accommodement doit être considéré en tout temps, quelle que soit la qualification de celle-ci.

La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Meiorin*⁴⁷, entérine à sa manière cette interprétation en faveur d'un régime de prohibition de la discrimination que nous avons à ce moment qualifié d'unitaire, en optant pour une méthode d'analyse unifiée. En effet, le critère unique de la Cour suprême s'applique d'autant mieux dans le contexte de la *Charte des droits et libertés de la personne* qu'il s'accorde bien avec la logique des articles 10, 20 et 49, qui créent un régime de responsabilité pour discrimination où l'on doit considérer l'obligation d'accommodement dans tous les cas. De fait, on peut rattacher celle-ci à chacun des trois articles: son existence comme corollaire du droit à l'égalité garanti par l'article 10,

son exécution dans le cadre de la défense relative aux qualités requises par l'emploi en vertu de l'article 20, ainsi que les moyens de sanction et de réparation prescrits par l'article 49.

D'une part, le régime de prohibition de la discrimination prévu à l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* possède un caractère unitaire, dans le sens où il s'applique de la même façon quelle que soit la forme de l'exclusion. Cet article interdit en effet toute discrimination, directe et indirecte, et impose, implicitement, l'obligation de prendre toute mesure susceptible de protéger le droit à l'égalité. Il s'ensuit logiquement que l'obligation d'accommodement doit toujours être considérée.

D'autre part, en vertu de ce principe d'unité, il n'y a pas lieu de distinguer les moyens de défense et de sanction, selon la forme directe ou indirecte de l'exclusion. L'obligation d'accommodement doit être prise en considération dans toutes les situations discriminatoires, et cela, dans le cadre du seul moyen de défense prévu par l'article 20, soit la défense relative aux qualités requises par l'emploi :

Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi [...] est réputée non discriminatoire.

proposant l'unification des moyens de défense et de sanction incluant l'obligation d'accommodement dans tous les cas de discrimination.

46. Maurice DRAPEAU, «De l'obligation d'accommoder les besoins spécifiques des travailleuses enceintes», (1998) 32-3 *R.J.T.* 929 et Maurice DRAPEAU «La considération de l'accommodement même en cas de discrimination directe», (1998) 39 *C. de D.* 823.

47. Précité, note 2.

Il est logique de prendre en considération l'obligation d'accommodement dans le cadre de l'examen de la défense relative aux qualités requises par l'emploi, puisque la finalité du moyen de défense est précisément d'exiger une justification. Or cette défense n'a pas à être acceptée comme ayant été établie avant que l'employeur ait démontré qu'il a fait des efforts pour prendre des mesures raisonnables d'accommodement. L'article 20 est subordonné à l'article 10: si l'obligation d'accommodement est partie constitutive du droit à l'égalité prévu à cet article, elle devient par le fait même un des éléments à considérer pour établir la défense relative aux qualités requises par l'emploi prévue à l'article 20. Indépendamment de la forme que prend la discrimination, la défense sur les qualités requises ne peut être établie sans que soit présentée la preuve de l'existence de contraintes excessives empêchant de prendre des mesures d'accommodement afin de respecter le droit à l'égalité.

Enfin, l'article 49 de la Charte québécoise vient compléter le régime de responsabilité pour discrimination par un régime de sanction centré sur la cessation de l'atteinte et le droit à la réparation.

49. Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte.

En cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages exemplaires.

Le propre d'un tel régime étant de sanctionner le manquement à une obligation, l'article 49 de la Charte québécoise confère donc aux tribunaux le pouvoir d'ordonner la cessation de l'atteinte illicite. Cela se traduit par l'annulation de la norme d'emploi et l'ordonnance que l'employeur la remplace par une autre qui intègre des mesures raisonnables prenant en compte les besoins spécifiques du groupe qui serait autrement victime de discrimination.

L'article 49 sur le droit à la réparation est complété par deux articles que l'on ne cite pas assez souvent. Il faut en effet rappeler que le pouvoir d'annulation de la norme d'emploi discriminatoire est expressément prévu à l'article 13, lequel énonce qu'une clause comportant discrimination dans un acte juridique est sans effet⁴⁸. Quant au pouvoir dévolu au Tribunal des droits de la personne d'émettre l'ordonnance de prendre des mesures d'accommodement, il le détient de l'article 80 qui lui confère la compétence pour ordonner «toute mesure appropriée» et «toute mesure de redressement» jugées adéquates.

L'interprétation contextuelle des articles 10, 20 et 49 de la Charte québécoise, et à plus forte raison lorsqu'on en fait une lecture en lien avec les articles 13 et 80,

48. Voir Maurice DRAPEAU, «Le régime de responsabilité pour atteinte illicite aux droits et libertés de la personne», (1994) 28 *Thémis* 33, 83.

nous a permis d'y voir la base d'un régime de responsabilité pour discrimination qui s'applique sans distinction à toutes ses formes. Il s'ensuit une exigence commune: à l'étape de l'examen du moyen de défense fondé sur les qualités requises par l'emploi, on doit toujours prendre en considération les mesures qui permettraient d'exécuter l'obligation.

Par conséquent, une norme d'emploi discriminatoire ne saurait être considérée justifiée lorsqu'il apparaît que des mesures d'accommodement favorisant l'égalité en emploi des personnes ou des groupes peuvent être effectivement prises.

CONCLUSION: Proposition d'entériner législativement la reconnaissance jurisprudentielle de l'obligation d'accommodement

Fort du précédent majeur que constitue l'arrêt *Meiorin*⁴⁹, nous pouvons dire que l'obligation d'accommodement s'impose désormais comme moyen d'instaurer l'égalité dans l'emploi dans tous les cas de discrimination.

Pour faire écho à ce développement jurisprudentiel récent, il serait opportun de prévoir expressément l'obligation d'accommodement dans la *Charte des droits et libertés de la personne* en précisant

que cette obligation s'applique à toute forme de discrimination, directe ou indirecte. Même si tel est maintenant l'état du droit, l'inscription d'une telle obligation dans la Charte québécoise aurait une valeur éducative comme déclaration dans un texte fondamental jouissant d'une diffusion de plus en plus large. Nous croyons qu'un article spécifique sur l'accommodement aurait pour effet bénéfique de sensibiliser les employeurs à leur responsabilité de répondre aux besoins particuliers des personnes ou des groupes.

Nous proposons en conséquence de modifier l'article 20 de la Charte québécoise afin d'y inscrire que l'obligation d'accommodement constitue un droit inhérent au droit à l'égalité qui impose, notamment aux employeurs, de mettre en place des mesures s'adaptant aux besoins d'accommodement des personnes bénéficiant de la protection de ce texte fondamental. Il faut aussi préciser qu'une règle ou une pratique discriminatoire ne peut être justifiée comme qualité requise par l'emploi s'il est possible pour l'employeur de prendre des mesures d'accommodement sans que cela n'impose de contrainte excessive à l'entreprise. En outre, comme la preuve de cette dernière constitue une exception au devoir d'accommodement, des exigences strictes doivent être imposées.

49. Précité, note 2.