

# ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

*On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :*

*Les Éditions Thémis*

*Faculté de droit, Université de Montréal*

*C.P. 6128, Succ. Centre-Ville*

*Montréal, Québec*

*H3C 3J7*

*Téléphone : (514)343-6627*

*Télécopieur : (514)343-6779*

*Courriel : [themis@droit.umontreal.ca](mailto:themis@droit.umontreal.ca)*

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite  
disponible à : [www.themis.umontreal.ca](http://www.themis.umontreal.ca)

# Droit du travail

## De l'obligation d'accommoder les besoins spécifiques des travailleuses enceintes : une étude de cas illustrant un commentaire de l'arrêt *Stratford*

**Maurice DRAPEAU**

Avocat et conseiller juridique à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec

Dans la présente étude sur la discrimination fondée sur la grossesse, nous poserons d'abord la prémisse selon laquelle les employeurs ont l'obligation d'adopter des mesures d'accommodement pour protéger le droit à l'égalité dans l'emploi des femmes enceintes, c'est-à-dire des mesures permettant d'adapter leurs conditions de travail pour tenir compte de leurs besoins particuliers, au lieu de les exclure du travail de manière discriminatoire. En pratique, afin de protéger leur droit à l'égalité dans l'emploi et éviter leur exclusion du travail, l'employeur a l'obligation de prendre des mesures d'accommodement pour répondre, entre autres, à trois besoins spécifiques des travailleuses enceintes : la protection de la sécurité de leur grossesse, le besoin de s'absenter du travail et celui de conserver les avantages attachés à l'emploi.

---

Cette chronique reprend le chapitre premier du projet de thèse de doctorat en droit à l'Université de Montréal de l'auteur, portant sur « La discrimination fondée sur la grossesse ».

L'auteur remercie de leurs généreux commentaires le professeur André Morel de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, la professeure Katherine Lippel du Département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal, ainsi que ses collègues de la direction de la recherche, dont le Directeur Hailou Wolde-Giorghis, et ceux de la direction du Contentieux, dont la Chef Madeleine Caron. Les opinions exprimées dans cet article n'engagent cependant que l'auteur.

Dans l'état actuel du droit, la recherche de mesures pour éliminer toute discrimination passe inévitablement par une remise en cause de l'arrêt *Corporation municipale de Stratford c. Large*<sup>1</sup>. Cette décision de la Cour suprême a écarté l'obligation d'accommodement en cas de discrimination directe, c'est-à-dire lorsque l'exclusion est manifestement fondée sur un motif prohibé - alors que, dans le cas de la discrimination indirecte, l'exclusion résulte de l'effet préjudiciable d'une règle neutre. Comme solution au problème de l'application de l'obligation d'accommodement à la discrimination directe, nous suggérons que tant le libellé que l'économie générale de la Charte québécoise des droits et libertés, confèrent un caractère d'unicité à la prohibition de la discrimination illicite comme régime de protection du droit à l'égalité. L'interprétation de ce régime que nous proposons permettrait de sanctionner sans distinction aucune toute discrimination, directe ou indirecte, et obligerait à la neutraliser par toute mesure appropriée, y compris l'accommodement.

### **I. La nécessité de l'obligation d'accommodement pour éliminer la discrimination fondée sur la grossesse**

Le temps n'est pas si loin où, au nom de la protection du supposé sexe faible, la législation du travail imposait ouvertement de sérieuses restrictions au travail des femmes. Qu'on songe seulement aux limitations des heures de travail et à l'interdiction du travail de nuit. On

se souviendra aussi que, dans les industries réputées masculines, lorsque les lois du travail ne prohibaient pas entièrement l'emploi des femmes, elles les confinaient souvent à des tâches dites féminines en les autorisant à n'exécuter que des travaux supposés légers, moins bien rémunérés. Bien que l'objectif visé par ces lois et pratiques était de protéger les femmes contre les excès de l'exploitation industrielle, celles-ci n'en étaient pas moins discriminatoires en ce qu'elles contribuaient à entretenir une ségrégation professionnelle qui confinait les femmes dans des ghettos d'emploi.

Aujourd'hui, il subsiste toujours des atteintes discriminatoires au droit à l'égalité des femmes dans l'emploi. À la discrimination fondée sur le sexe, qui traduit le préjugé tenace selon lequel les capacités des femmes sont inférieures à celles des hommes, s'ajoute la discrimination spécifique fondée sur la grossesse.

### **A. L'impératif de tenir compte des besoins des femmes enceintes au travail**

La discrimination fondée sur la grossesse nie le principe cardinal de l'égalité dans l'emploi, principe selon lequel les travailleuses doivent être évaluées en fonction de leurs compétences, et non défavorisées à cause de leur capacité (exclusive) à enfanter. Le besoin d'indépendance économique des femmes ne doit pas être entravé par leur maternité. On ne peut nier la légitimité du souci de la protection de l'enfant à naître, mais le fait d'assurer cette protection par l'exclusion de la femme enceinte de son emploi est très contestable, d'autant plus que, la plupart du temps, plusieurs mesures d'adapt-

<sup>1</sup> [1995] 3 R.C.S. 733 (ci-après cité « *Stratford* ») (motifs de la majorité par le juge Sopinka; ceux de la minorité par la juge L'Heureux-Dubé).

tation peuvent être mises en place pour assurer tant la sécurité de la mère que celle de l'enfant à naître. L'arbitrage juridique de ces droits doit donc viser à concilier égalité et sécurité. Le respect du droit des femmes enceintes à l'égalité dans l'emploi passe par la mise en œuvre de mesures appropriées pour protéger leur sécurité et celle des enfants à naître, pour garantir leur droit de s'absenter du travail et pour leur assurer le maintien des avantages associés à l'emploi.

Au soutien de cette position, on évoquera l'arrêt de principe en matière de discrimination fondée sur la grossesse : *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*<sup>2</sup>, un jugement unanime de la Cour suprême du Canada qui date de 1989. Dans cette décision relative à un cas de discrimination directe opérée par l'exclusion de la grossesse d'un régime privé d'assurance-maladie, la Cour a posé le principe fondamental suivant : pour assurer le droit à l'égalité dans l'emploi, on doit prendre en considération la contribution unique des femmes à la société dans la reproduction humaine<sup>3</sup>. Comme l'a affirmé le juge en chef Dickson, afin de permettre aux femmes d'« allier travail salarié et maternité », il est impératif de « tenir compte des besoins des femmes enceintes au travail »<sup>4</sup>. Cette exigence constitue l'essence même de la notion d'obligation d'accommodement. Or, il importe de noter qu'à cette époque, la Cour

avait formulé l'exigence de la prise en compte des besoins spécifiques, sans faire aucune réserve, même si elle avait devant elle un cas de discrimination directe.

Il en est de même, par exemple, lorsque l'exclusion fondée sur la grossesse met en jeu la sécurité au travail, ce qui constitue une discrimination qui est généralement qualifiée de directe. Bien que la discrimination soit directe, pour « tenir compte des besoins des femmes enceintes au travail », il est impératif de considérer le lien entre l'égalité dans l'emploi et la sécurité au travail. Bref, il faut accommoder les besoins particuliers de sécurité des femmes enceintes au travail.

La solution d'accommodement s'impose compte tenu de la nature même du problème dans le contexte du travail. La discrimination fondée sur la grossesse repose principalement sur trois causes : l'existence des risques du travail pour les femmes enceintes; la nécessité pour elles de s'absenter du travail, notamment pour la période de l'accouchement; et la privation éventuelle des avantages liés à l'emploi durant ces absences. Il est possible, en pratique, d'éliminer cette discrimination par la mise en œuvre de mesures spécifiques pour répondre à leurs besoins particuliers, qu'il est convenu d'appeler, en termes juridiques, « mesures d'accommodement ». Concrètement, l'aménagement des tâches et des horaires, l'adaptation du poste de travail, la réaffectation à un autre poste, des autorisations d'absence, le maintien des avantages liés à l'emploi dont le cumul de l'ancienneté, sont autant d'exemples de mesures d'accommodement.

La problématique de la discrimination fondée sur la grossesse

<sup>2</sup> [1989] 1 R.C.S. 1219 (ci-après cité « *Brooks* »).

<sup>3</sup> *Id.*, 1243 : « Il semble aller de soi que celles qui donnent naissance à des enfants et favorisent ainsi l'ensemble de la société ne devraient pas en subir un désavantage économique ou social. »

<sup>4</sup> *Id.*

constitue un cas exemplaire du caractère indispensable de l'obligation d'accommodement, en ce qu'elle fait ressortir la nécessité de tenir compte des besoins particuliers des groupes et des individus, même dans le contexte de la discrimination directe.

**B. L'état du droit passe à côté du caractère indispensable de l'obligation d'accommodement en cas de discrimination directe**

L'enjeu social et juridique est de taille : le droit à des mesures d'accommodement est aussi essentiel à l'exercice effectif du droit à l'égalité dans le respect des différences que l'air l'est pour la respiration, car l'obligation de tenir compte des besoins spécifiques des groupes et des individus est une condition constitutive de l'accès à l'égalité.

Or, voilà que de manière contradictoire, nous nous trouvons actuellement face au problème suivant : l'obligation d'accommodement a été écartée par la Cour suprême dans le cas de la discrimination directe, c'est-à-dire lorsqu'une caractéristique de groupe détermine une différence de traitement manifestement fondée sur un motif discriminatoire comme, par exemple : « je n'embauche pas de femmes enceintes. ». L'obligation d'accommodement ne s'applique que dans le cas de la discrimination indirecte, c'est-à-dire lorsqu'une règle, qui est en apparence neutre, produit un effet préjudiciable pour un groupe donné. On peut penser, par exemple, à l'effet d'exclusion que produit sur les femmes enceintes la règle selon laquelle l'employeur n'embauche que des personnes qui seront disponibles pour toute la durée du contrat.

Cette position limitant l'obligation d'accommodement aux cas de discrimination indirecte a été adoptée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Stratford* rendu en 1995. La Cour, qui avait à juger d'un cas de discrimination directe fondée sur l'âge imposé pour la prise de retraite obligatoire, a péremptoirement écarté toute considération d'accommodement visant à éliminer la discrimination directe. Cet arrêt-butoir n'est pas isolé; il forme une trilogie avec deux autres jugements controversés : en 1985, l'arrêt *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*<sup>5</sup> et, en 1990,

<sup>5</sup> [1985] 2 R.C.S. 561 (ci-après cité « *Bhinder* ») (motifs de la majorité par le juge McIntyre et 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 que la défense d'exigence professionnelle justifiée était établie. L'arrêt *Bhinder* peut être vu comme un exemple patent du « un-pas-en-avant, deux-pas-en-arrière » de la Cour suprême. Elle a, en effet, rendu ce jugement voulant que l'exigence professionnelle justifiée écarte 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 « *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*,

l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta Human Rights Commission*<sup>6</sup>. Dans cette trilogie traitant du rapport entre l'obligation d'accommodement et la défense d'exigence professionnelle justifiée, la Cour a établi une distinction entre, d'une part, la discrimination directe à laquelle correspond la défense d'exigence professionnelle justifiée (sans obligation d'accommodement) et, d'autre part, la discrimination indirecte qui impose l'obligation d'accommodement.

A la suite de l'arrêt *Stratford*, l'état du droit relativement à la question de l'accommodement

pourrait se résumer ainsi : l'obligation d'accommodement n'est prise en compte que lorsque la discrimination est qualifiée d'indirecte; la Cour suprême a décidé que l'obligation d'accommoder les besoins individuels est écartée lorsque la défense relative à l'exigence professionnelle justifiée est établie, dans les cas de discrimination directe. Il résulte de cette évolution une lacune : les victimes de discrimination directe sont privées d'une mesure de redressement, soit l'accommodement, qui pourrait leur permettre, dans certains cas, d'éviter de subir une discrimination.

Mais, se demanderont certains, pourquoi faudrait-il reconnaître l'obligation d'accommodement en matière de discrimination directe? Pour une raison intrinsèquement liée au moyen de défense à la discrimination, soit la défense relative aux qualités requises par l'emploi.

En effet, si on juge que la défense relative aux qualités requises par l'emploi peut être établie, sans qu'il soit nécessaire de considérer l'obligation d'accommodement pour ce faire, plusieurs règles de discrimination directe pourront être justifiées sans avoir préalablement cherché des moyens pour l'éviter. Par exemple, dans l'arrêt *Stratford*, même si le remaniement des fonctions avait été possible, cette mesure d'accommodement qui aurait pu permettre d'éviter la discrimination fondée sur l'âge résultant de l'imposition de la retraite obligatoire, n'aurait de toute façon pas été considérée et la règle de discrimination aurait été jugée justifiée malgré l'existence d'une solution. De même, il est inconcevable qu'une règle de discrimination fondée sur le handicap

le *Code des droits de la personne* (L.R.O. 1980, c. 340) de l'Ontario ne comportait aucune défense d'exigence professionnelle justifiée.

<sup>6</sup> [1990] 2 R.C.S. 489 (ci-après cité « *Central Alberta Dairy Pool* ») (motifs de la majorité par le juge Wilson et motifs de la minorité par le juge Sopinka). Le tribunal 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 d'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 No. 23 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 l'intérieur de la défense d'exigence professionnelle justifiée, mais seulement dans le cas de la discrimination indirecte.

soit justifiée sans considérer les mesures d'accommodement qui permettraient à la personne handicapée d'exécuter le travail.

Quant à notre sujet, la discrimination directe fondée sur la grossesse, qu'elle soit liée à l'inaptitude essentiellement temporaire de la femme enceinte à exécuter le travail sans risque ou à ses besoins éventuels de s'absenter du travail pour des raisons de maternité, sans perte des avantages associés à l'emploi, la discrimination ne saurait être justifiée sans considérer des mesures d'accommodement telles l'affectation à des travaux légers ou des absences autorisées avec le maintien des avantages de l'emploi.

### **C. Les trois exclusions caractéristiques de la discrimination fondée sur la grossesse**

Les désavantages imposés aux femmes à cause de leur grossesse proviennent le plus souvent des trois exclusions suivantes : la discrimination mettant en cause la sécurité au travail; la discrimination résultant des règles de la disponibilité au travail; et la discrimination privant des avantages liés à l'emploi. Or, il s'avère que ces trois exclusions caractéristiques de la discrimination dans l'emploi fondée sur la grossesse peuvent se présenter sous l'une ou l'autre forme, celle d'une discrimination directe ou indirecte. Examinons-les l'une après l'autre.

#### **1. La discrimination mettant en cause la sécurité au travail**

Elle procède, d'une part, d'une discrimination directe lorsque l'em-

ployeur invoque les risques du travail pour exclure les femmes enceintes de l'emploi. Cette exclusion prédomine dans les domaines d'emploi à forte concentration masculine, où les employeurs opposent aux femmes enceintes des refus d'embauche et des renvois discriminatoires qui, présumément et paradoxalement, seraient inspirés par le souci humanitaire de protéger leur santé et celle de leur enfant à naître<sup>7</sup>. D'autre part, cette exclusion procède d'une discrimination indirecte lorsque son effet sur les femmes enceintes résulte du refus de l'employeur de les exempter de l'application des règles générales d'emploi, ce qui constitue un refus de composer avec les besoins de sécurité particuliers liés à la grossesse.

#### **2. La discrimination résultant des règles de disponibilité au travail**

L'exclusion des travailleuses enceintes fondée sur les règles de disponibilité au travail durant toute la durée du contrat a pour effet de leur interdire de s'absenter du travail pour des raisons de grossesse et, par le fait même, de les empêcher de bénéficier du droit au congé de maternité. L'exclusion est directe lorsque la femme en-

<sup>7</sup> Notamment au nom de la protection du fœtus : Katherine SWINTON, « Regulating Reproductive Hazards in the Workplace : Balancing Equality and Health », (1983) 33 *U.T.L.J.* 45; Vibiana M. ANDRADE, « The Toxic Workplace : Title VII Protection for the Potentially Pregnant Person », (1981) *Harvard Women's Law Journal* 71; Wendy WILLIAMS, « Firing the Woman to Protect the Fetus : Reconciliation of Fetal Protection with Employment Opportunity Goals under Title VII », (1991) 61 *Georgetown Law Journal* 641, 653-655.

ceinte est encore apte et disponible au travail; elle est indirecte lorsque l'exigence survient durant le congé de maternité, soit dans la période de non-disponibilité.

### 3. La discrimination privant des avantages liés à l'emploi

Cette exclusion constitue une discrimination directe lorsqu'elle traite différemment les travailleuses enceintes en leur refusant un avantage consenti à d'autres employés – par exemple, le fait de les exclure du bénéfice d'un régime d'assurance-invalidité. Par contre, cette exclusion constitue une discrimination indirecte lorsqu'elle a pour effet d'imposer un fardeau disproportionné en ne prévoyant aucune mesure pour corriger l'effet d'exclusion d'une absence pour maternité – par exemple, la reconnaissance de l'ancienneté ou du temps de service durant la période correspondant au congé de maternité.

Le cas de la discrimination fondée sur la grossesse est donc concluant : en tout état de cause, que la discrimination soit directe ou indirecte, il importe de considérer l'obligation d'accommodement comme étant une solution permettant de remédier à l'exclusion des femmes enceintes de l'emploi. Afin de promouvoir ainsi l'accommodement, même en situation de discrimination directe, il devient nécessaire de s'appuyer sur la définition de la discrimination, reconnue comme une atteinte au droit à l'égalité. Dans cette perspective, notre commentaire s'attachera à dégager la pleine portée de la reconnaissance du droit à l'égalité par l'interdiction de la discrimination.

## II. Le principe d'unité à la base du régime de prohibition de la discrimination

La *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>8</sup> définit fondamentalement un régime unitaire de protection du droit à l'égalité et de prohibition de la discrimination. Cette dimension unitaire du régime est révélée par trois attributs : la prohibition générale de toute forme de discrimination illicite (A); la qualification juridique de l'atteinte discriminatoire par ses effets d'exclusion (B); et l'universalité de l'obligation de prendre des mesures pour protéger le droit à l'égalité (C).

### A. La prohibition générale de toute forme de discrimination illicite

Le premier attribut du régime juridique de protection du droit à l'égalité mis en place par la *Charte des droits et libertés de la personne* est la prohibition générale de toute discrimination illicite visée par l'article 10, prohibition générale qui ne fait aucune distinction entre les formes directe et indirecte de discrimination<sup>9</sup>. En effet, c'est, en premier lieu, dans la définition du droit à l'égalité et dans la prohibition générale de la discrimination prévues à l'article 10, que se manifeste la marque distinctive du régime québécois. Or, dans l'énoncé de principe posé par cet article,

<sup>8</sup> L.R.Q., c. C-12 (ci-après la « Charte québécoise » ou la « Charte »).

<sup>9</sup> Cet article qui garantit le droit à l'égalité sans discrimination fondée sur certains motifs illicites, est une disposition originale propre à la Charte québécoise, alors que l'article 16, qui interdit plus spécifiquement la discrimination dans l'emploi, trouve un équivalent dans tous les codes des droits et libertés des provinces de common law.



il est une expression charnière qui fait le lien entre l'affirmation du droit à l'égalité contenue au premier alinéa et la prohibition générale de la discrimination au second alinéa : « il y a discrimination » lorsqu'une exclusion « a pour effet de compromettre » le droit à l'égalité. En prohibant ainsi toute forme de discrimination fondée sur l'un des motifs énumérés à l'article 10, la Charte québécoise n'évoque aucune distinction entre discrimination directe et discrimination indirecte.

Ainsi, la reconnaissance jurisprudentielle, par les tribunaux québécois, de la discrimination indirecte dans la Charte québécoise a été facilitée du fait que l'interprétation venait s'appuyer sur le texte. Il a, par contre, fallu recourir à l'objet de la loi pour interpréter les codes des droits de la personne des provinces de common law. Retraçons cette évolution jurisprudentielle, marquée par deux approches interprétatives qui témoignent de la différence du texte québécois avec ceux des provinces de common law.

Dans l'arrêt unanime *Commission scolaire de Chambly c. Bergevin*<sup>10</sup>, la Cour suprême a conclu que la prohibition visait tant la discrimination indirecte que la discrimination directe, en s'appuyant sur l'énoncé même de l'article 10. La portée de cette disposition s'étend à toute exclusion qui « a pour effet » de compromettre le droit à l'égalité. La Cour suprême a

eu recours ici à l'interprétation littérale, fondée sur le texte même de la Charte.

L'interprétation des codes des droits de la personne en vigueur dans les provinces de common law aura été plus laborieuse. A défaut de disposer d'un énoncé aussi explicite que celui de l'article 10 de la Charte québécoise, la Cour suprême a dû fonder son interprétation sur l'objet de la loi. Ainsi, dans l'arrêt *O'Malley c. Simpson's Sears*<sup>11</sup>, la Cour « sans aucun appui législatif explicite », a dû combler le vide en inférant que la discrimination indirecte était reconnue implicitement dans l'objet de la loi qui porte sur la prohibition de la discrimination.

En outre, en ce qui a trait aux obligations qu'elle prescrit aux employeurs, la Charte prévoit expressément une obligation de sécurité : elle met d'emblée l'égalité en relation avec la sécurité des personnes, dans la mesure où l'article 10, qui assure le droit à « l'exercice en pleine égalité des droits et libertés de la personne », renvoie au « droit à l'intégrité de sa personne » (art. 1) et au « droit de toute personne qui travaille à des conditions de travail justes et raisonnables qui respectent sa santé, sa sécurité et son intégrité physique » (art. 46). Venant donner un sens concret à cette obligation de sécurité, la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* prévoit des mesures spécifiques « en vue de protéger la sécurité de la travailleuse enceinte », notamment « le droit au retrait préventif », qui doit être considéré comme une obligation légale d'accommodement<sup>12</sup>. En reconnaissant le droit

<sup>10</sup> [1994] 2 R.C.S. 525, 540 (ci-après cité « *Bergevin* ») (motifs rédigés par le juge Cory avec des motifs concourants de la juge L'Heureux-Dubé). Dès 1982, la Cour d'appel du Québec s'était déjà prononcée dans ce sens, dans *Commission des droits de la personne du Québec c. L'Homme*, (1982) 3 C.H.R.R. D/849.

<sup>11</sup> Précité, note 5, 547-552.

<sup>12</sup> L.R.Q., c. S-2.1, art. 40-48. De plus, pour être en harmonie avec la Charte, l'article

au retrait préventif de la femme enceinte comme une mesure de protection, le législateur québécois s'est doté d'un outil adéquat pour enrayer la discrimination à l'égard des travailleuses enceintes<sup>13</sup>.

De plus, la *Loi sur les normes du travail*<sup>14</sup> a consacré une mesure sociale dont l'objet est de permettre aux femmes enceintes de concilier emploi et maternité, en leur conférant le droit de s'absenter du travail sans être pénalisées dans leur emploi. Il s'agit du droit au congé de maternité.

L'ensemble de ces dispositions favorise donc une interprétation de l'interdiction de la discrimination fondée sur la grossesse comme une garantie formelle et expresse du droit à l'égalité dans l'emploi, qui prend concrètement la forme de garantie de la sécurité au travail, de garantie du droit de s'absenter temporairement de son travail et de garantie de conserver les avantages liés à l'emploi.

Les limites du problème se trouvant ainsi circonscrites, nous pou-

vons aborder une pratique courante porteuse d'iniquité sociale. Il s'agit de la pratique consistant à empêcher les travailleuses sans emploi régulier d'acquérir le droit au retrait préventif ou au congé de maternité, en leur opposant des refus d'embauche ou des non-renouvellements de contrat de travail. Voilà bien une pratique discriminatoire qui, en privant ces femmes du statut de travailleuses, les exclut forcément du bénéfice des protections sociales prévues<sup>15</sup>.

## **B. La qualification juridique de l'atteinte discriminatoire par ses effets d'exclusion**

Le deuxième attribut du régime québécois de protection du droit à l'égalité tient à la définition même de la discrimination vue comme une atteinte au droit à l'égalité : peu importe la forme qu'elle revêt, la discrimination produit toujours un effet d'exclusion.

Nous avons vu plus haut que les trois exclusions caractéristiques de la discrimination fondée sur la grossesse empruntent deux formes : celle de la discrimination directe – lorsque l'employeur impose un traitement inégal aux femmes enceintes –, et celle de la discrimination indirecte – lorsqu'il refuse de faire exception aux règles habituelles d'emploi. Mais, lorsque l'on s'attache à ses conséquences, nous observons que, derrière ces deux masques de la discrimination, se cache le même visage de l'exclusion des femmes enceintes de l'emploi. En effet, nonobstant le fait qu'elle puisse éventuellement

---

2087 du *Code civil du Québec* a, lui aussi, imposé aux employeurs une obligation expresse de sécurité; il leur prescrit de « prendre les mesures appropriées à la nature du travail, en vue de protéger la santé, la sécurité et la dignité du salarié ».

<sup>13</sup> La législation québécoise en cette matière est citée comme modèle en droit comparé : afin d'éviter la dépense d'énergie que représentent les recours sur la base du cas par cas, la revendication du droit au retrait préventif de la femme enceinte dans les provinces de common law recherche une réponse systémique semblable au problème de la discrimination fondée sur la grossesse : Katherine SWINTON, « Accommodating Women in the Workplace : Reproductive Hazards and Seniority Systems », (1993) 1 *C.L.L.J.* 125, 131.

<sup>14</sup> L.R.Q., c. N-1.1.

---

<sup>15</sup> À ce sujet, voir Michel COUTU et Maurice DRAPEAU, *La discrimination fondée sur la grossesse et les contrats de travail à durée déterminée*, C.D.P.Q., Cat 120-15 février 1994.

être directe ou indirecte, la discrimination fondée sur la grossesse a toujours pour effet de porter atteinte au droit à l'égalité des femmes dans l'emploi. Par exemple, dans le cas de la discrimination mettant en cause la sécurité au travail, sous peine d'exclusion de l'emploi, celles qui veulent avoir des enfants sont confrontées au dilemme de sacrifier leur emploi ou d'assumer les risques auxquels le travail peut exposer leur santé et celle de l'enfant à naître.

De façon dramatique, l'atteinte au droit à l'égalité peut même conduire à la négation pure et simple de la liberté de choix en matière de reproduction. Rappelons que la crainte d'être exclues pour cause de grossesse a déjà amené des femmes fertiles à se faire stériliser pour pouvoir conserver leur emploi. Pensons entre autres, au cas des cinq femmes de Willow Island qui ont été contraintes de recourir à la stérilisation après que leur employeur, l'American Cyanamid Company, eut adopté une politique d'exclusion des femmes fertiles des emplois impliquant une exposition à des substances toxiques<sup>16</sup>.

L'étude de cas de la discrimination fondée sur la grossesse montre clairement que la discrimination, qu'elle soit directe ou indirecte, est toujours source d'exclusion. Bien que la distinction puisse s'avérer fort utile pour repérer les diverses manifestations d'atteinte discriminatoire, il faut garder à l'esprit que la discrimination se caractérise fondamentalement par les effets qu'elle produit. Quelles que soient ses manifestations concrètes, il reste que c'est toujours parce qu'elle constitue une atteinte au droit à l'égalité, consacré par la

Charte, que la discrimination est prohibée.

La Cour suprême l'a d'ailleurs déjà affirmé, en 1989, dans l'arrêt **Andrews** : « [l]a discrimination a pour effet d'imposer des désavantages à un groupe en fonction de ses caractéristiques »<sup>17</sup>. On peut donc conclure qu'au-delà de toute qualification, « la » discrimination est « une », puisque l'atteinte au droit à l'égalité se manifeste toujours par ses effets d'exclusion.

### C. L'universalité de l'obligation d'adopter des mesures pour protéger le droit à l'égalité

Le troisième attribut du régime de protection du droit à l'égalité est le caractère universel de l'obligation de prendre des mesures pour protéger ce droit.

Dans l'arrêt **O'Malley**<sup>18</sup>, la Cour suprême a d'abord reconnu une obligation générale de protéger le droit à l'égalité, pour ensuite préciser que cette obligation était une obligation d'accommodement dans les cas de discrimination indirecte. L'arrêt **Stratford**<sup>19</sup>, s'il reconnaît l'universalité de l'obligation de protéger le droit à l'égalité, apporte cependant une limite importante. En effet, il scinde l'obligation de protéger le droit à l'égalité en deux obligations distinctes : à la discrimination directe est rattaché le fardeau d'établir la preuve de l'absence de solution de rechange; à la

<sup>16</sup> W. WILLIAMS, i., note 7, 650.

<sup>17</sup> **Andrews c. Law Society of British Columbia**, [1989] 1 R.C.S. 143, 174 (ci-après cité « **Andrews** ») (J. McIntyre), paraphrase synthèse tirée de la définition de la discrimination donnée par la Cour, qui a également rappelé que l'établissement de la véritable égalité pourrait fort bien exiger un traitement différent (164 et 165).

<sup>18</sup> Précité, note 5.

<sup>19</sup> Précité, note 1.

discrimination indirecte, celui d'établir la preuve que des contraintes excessives rendaient impossible l'adoption de mesures d'accommodement pour composer avec les besoins d'une personne ou d'un groupe.

Si la question de la considération de l'obligation d'accommodement est résolue, en cas de discrimination indirecte, le problème demeure entier lorsque l'on est confronté à des situations de discrimination directe.

La Cour suprême, en refusant d'appliquer l'obligation d'accommodement à l'intérieur de la défense d'exigence professionnelle justifiée dans le cas de la discrimination directe, se trouve à créer, de toutes pièces, un moyen de défense moins strict, soit la défense d'exigence professionnelle justifiée dénuée de l'obligation d'accommodement. Une telle innovation apparaît tout à fait incompatible avec l'article 20 de la Charte, lequel, en principe, devrait s'appliquer indistinctement aux deux formes de discrimination, puisqu'il n'établit aucune distinction. Que la discrimination soit directe ou indirecte, l'obligation d'accommodement devrait être considérée dans ce cadre du moyen de défense unique relatif aux qualités requises par l'emploi prévu par l'article 20. En effet, les obligations auxquelles le moyen de défense renvoie sont contenues à l'article 10 qui énonce une obligation générale de respecter le droit à l'égalité, comprenant implicitement l'obligation d'accommodement, sans qu'aucune distinction soit établie entre la discrimination directe et la discrimination indirecte.

Avec tous les égards dû à la Cour suprême, qu'il nous soit permis d'examiner plus particulièrement les difficultés que soulève l'appli-

cation d'un double cadre d'analyse au cas de figure de la discrimination fondée sur la grossesse, lorsque la sécurité au travail est mise en cause.

### 1. Cas de discrimination directe

Le refus d'embaucher ou de maintenir en emploi une travailleuse enceinte au motif que le travail comporte des risques pour la grossesse, ou qu'elle devra dans l'avenir s'absenter du travail pour des raisons de maternité, constitue un traitement différent qui désavantage les femmes par rapport aux hommes sur le marché du travail. L'employeur a le fardeau de prouver qu'il s'agit d'une exigence professionnelle justifiée; il doit prouver que le fait de ne pas être enceinte est une qualité requise par l'emploi. Par exemple, pour justifier une règle d'exclusion de l'emploi mettant en cause la sécurité au travail, l'employeur doit d'abord démontrer sa rationalité en tenant compte des caractéristiques de l'emploi et de l'existence de risques réels pour la sécurité<sup>20</sup>. Il doit ensuite justifier la proportionnalité de la règle par rapport à l'objectif visé<sup>21</sup>. Non seulement

<sup>20</sup> C'est l'élément objectif du critère de l'arrêt *Etobicoke* : *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, 208 (décision unanime, j. McIntyre) : « Pour constituer une exigence professionnelle réelle, une restriction [...] doit [...] se rapporter objectivement à l'exercice de l'emploi en question, en étant raisonnablement nécessaire ».

<sup>21</sup> Ce test de proportionnalité tire son origine du critère de « fardeau excessif » imposé à un groupe, critère formulé dans l'arrêt *Ville de Brossard c. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 279, 312 (rédigé par le juge

doit-il démontrer que la règle n'est pas trop générale, mais il lui incombe en plus de prouver qu'il n'existe, selon l'expression même de la Cour suprême, aucune « solution de rechange à la discrimination »<sup>22</sup>.

## 2. Cas de discrimination indirecte

Bien que l'employeur n'exclut pas expressément les femmes enceintes de l'emploi, il se trouve à leur imposer un désavantage lorsqu'il exige qu'elles accomplissent, dans les mêmes conditions de travail que les autres salariés, hommes et femmes non enceintes, des tâches qui comportent des risques pour leur grossesse, ou encore, lorsqu'il exige qu'elles soient disponibles au travail de façon continue, sans tenir compte de leur besoin de s'en absenter pour des raisons de grossesse. On voit que la règle exigeant que tous les employés travaillent dans les mêmes conditions, de prime abord neutre, produit des effets discriminatoires pour la catégorie des femmes enceintes, compte tenu de l'état de grossesse. Pour justifier l'exigence

professionnelle en cause, l'employeur doit établir non seulement sa rationalité par rapport à l'emploi, mais aussi sa proportionnalité avec l'objectif visé. Pour ce qui est de la proportionnalité, l'employeur doit démontrer qu'il a activement cherché à répondre aux besoins de sécurité particuliers aux femmes enceintes, ou à leur besoin de s'absenter du travail, en apportant la preuve qu'il a fait des efforts réels et tangibles. Autrement dit, l'employeur doit démontrer qu'il a recherché, selon le terme consacré, « un accommodement »<sup>23</sup>.

C'est lors de l'examen de la proportionnalité de la règle que la Cour suprême a distingué la double portée de l'obligation de l'employeur de prendre des mesures raisonnables pour respecter le droit à l'égalité suivant la forme de discrimination qui est en cause : l'obligation d'adopter une solution de rechange à la discrimination directe et l'obligation d'accommodement pour corriger l'effet d'une discrimination indirecte. En corollaire, le manquement de l'employeur à son obligation de prendre des mesures pour protéger le droit à l'égalité (en l'espèce, de prendre des mesures de protection pour assurer la sécurité de la femme enceinte, ou encore, pour l'autoriser à s'absenter du travail sans perte des avantages liés à l'emploi) pourra être sanctionné pour l'un

---

Beetz avec des motifs concourants de la juge Wilson). 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.

<sup>22</sup> Sur le concept de solution de rechange à la discrimination directe, dans le domaine de l'emploi, voir dans l'ordre chronologique : *Ville de Brossard c. Québec*, précité, note 20; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta Human Rights Commission*, précité, note 6, sans oublier, en 1995, l'arrêt *Stratford*, précité, note 1.

<sup>23</sup> Sur le plan historique, il est remarquable de constater que la Cour suprême a élaboré le concept fondamental d'accommodement dans le contexte de la discrimination religieuse et de l'accommodement de l'horaire de travail pour respecter les fêtes religieuses. Voir : l'arrêt *O'Malley*, précité, note 7; l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool*, précité, note 6; l'arrêt *Central O'kanagan School District No. 23 c. Renaud*, précité, note 6; l'arrêt *Bergevin*, précité, note 10.

ou l'autre motif selon qu'il s'agit d'un défaut d'adopter une solution de rechange à la discrimination directe, ou d'un défaut de rechercher des mesures d'accommodement afin de remédier aux conséquences d'une discrimination indirecte.

Mais, cette distinction n'apparaît-elle pas artificielle, dès lors qu'on considère la qualification juridique capitale que la Cour suprême a donnée à l'obligation d'accommodement dans l'arrêt *Bergevin*<sup>24</sup>, où elle déclare que cette dernière « fait partie intégrante du droit à l'égalité ». Par l'effet de cette déclaration de principe, l'obligation d'accommodement est en quelque sorte enchâssée dans l'article 10 de la Charte, puisque la Cour la rattache directement à l'énoncé même du droit à l'égalité qui y est prévu<sup>25</sup>. Si véritablement l'obligation d'accommodement est partie intégrante du droit à l'égalité énoncé à l'article 10 de la Charte, on ne devrait pouvoir établir la défense relative aux qualités requises par l'emploi prévue à l'article 20, qu'en faisant la démonstration qu'il n'y a pas d'accommodement possible. Or, cette cohérence serait compromise si on appliquait au texte de la Charte québécoise la distinction entre les moyens de défense que la Cour suprême a établis dans le contexte de codes des droits de la personne des provinces de common law. L'obligation

de prendre des mesures pour protéger le droit à l'égalité étant universelle dans le contexte de l'article 10 de la Charte, il n'y a pas lieu de faire de distinction quant à sa portée quand il s'agit de l'application de l'article 20 qui prévoit un seul moyen de défense, celui relatif aux qualités requises par l'emploi.

### III. Les conséquences de l'arrêt *Stratford*

On aurait pu penser que la distinction établie entre la solution de rechange à la discrimination directe et l'obligation d'accommodement en cas de discrimination indirecte était purement sémantique. Mais la Cour suprême du Canada en a décidé tout autrement, dans le récent arrêt *Stratford*, en déclarant qu'il ne faut pas confondre « solution de rechange » et « accommodement »<sup>26</sup>.

Les faits de cette affaire sont relativement simples. La convention collective des policiers de Stratford prévoyait la mise à la retraite obligatoire à l'âge de 60 ans. Forcé de quitter son emploi, M. Large contesta cette règle d'emploi en alléguant la discrimination fondée sur l'âge. Le conseil municipal ayant refusé de procéder à un remaniement de ses fonctions pour tenir compte des risques d'accidents cardio-vasculaires et de la perte de capacité aérobie susceptibles d'affecter les personnes de son groupe d'âge, il soutint que l'employeur n'avait pas pris de mesure pour protéger son droit à l'égalité.

Les tribunaux inférieurs n'avaient pas hésité à assimiler les

<sup>24</sup> Précité, note 10, 544.

<sup>25</sup> Il s'agit bien ici d'une interprétation tirée du texte de la Charte québécoise; alors qu'on se souviendra que dans l'arrêt *O'Malley*, précité, note 5, la Cour avait dû recourir à une interprétation par inférence tirée de l'objet des codes antidiscriminatoires des provinces de common law pour faire de l'accommodement un corollaire implicite du droit à l'égalité.

<sup>26</sup> Précité, note 1.

notions d'accommodement et de solution de rechange afin manifestement de permettre que soient pris en compte les besoins particuliers d'un groupe donné, même dans une situation de discrimination directe. Cette position offrait l'avantage de ménager une place à l'accommodement dans les cas de discrimination directe, en le qualifiant, pour les besoins de la cause, de solution de rechange.

Dans son examen de la règle d'emploi imposant l'âge de retraite obligatoire des policiers, la Cour suprême a, au contraire, décidé que l'employeur n'avait pas à remanier les fonctions de ses employés pour éviter une mise à la retraite forcée. Pour la Cour, la distinction entre les mesures de protection du droit à l'égalité, selon la forme de discrimination, est de nature substantive : l'accommodement individuel, qui consiste à tenir compte de la situation individuelle de chaque employé, ne doit pas être assimilé à une solution de rechange à la discrimination directe.

L'arrêt *Stratford* est venu ainsi confirmer les craintes qu'avait déjà exprimées la doctrine à l'égard des arrêts *Bhinder*<sup>27</sup> et *Central Alberta Dairy Pool*<sup>28</sup> : il a érigé la défense

d'exigence professionnelle justifiée comme une barrière empêchant l'accès aux mesures d'accommodement dans les cas de discrimination directe. La Cour place ainsi les victimes d'exclusion directe dans une situation telle qu'il est plus difficile pour elles d'obtenir un redressement que pour les victimes de discrimination indirecte<sup>29</sup>.

---

*discrimination dans l'emploi*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993. À partir de la critique de l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool* (pp. 69-71), l'auteur entreprend « [l]a remise en cause du régime dualiste de défense et de sanction » (chap. 3, p. 109 et suiv.). 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. David LEPOFSKY, « The Duty to Accommodate : A Purposive Approach », (1992) *C.L.L.J.* 1, 16-18. A.M. MOLLOY, « Disability and the Duty to Accommodate », (1992) 1 *C.L.L.J.* 23, 37. Brian 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, David BAKER, « Alberta Human Rights Commission v. Central Alberta Dairy Pool », (1991) 36 *R.D. McGill* 1450.

<sup>27</sup> Précité, note 5. 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*, Ottawa, Commission canadienne des droits de la personne, 1986.

<sup>28</sup> Précité, note 6. Comme bibliographie sélective des critiques de l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool*, nous avons retenu les auteurs suivants : Daniel PROULX, *La*

<sup>29</sup> Comme commentaire critique de l'arrêt *Stratford*, voir à ce jour : Madeleine CARON, « Qu'en est-il de l'accommodement après l'arrêt Stratford? », Montréal, le 13 décembre 1995, Colloque Infonex « Le milieu de travail et sa réglementation »; Daniel PROULX, « Commentaire de l'arrêt Large c. Stratford », (1996) 41 *R. D. McGill* 669; M.C. CRANE, « Human Rights, Bona Fide Occupational Requirements and the Duty To Accomodate : Semantics or Substance », (1996) 4. Comme critique d'ensemble resituant l'évolution de la pensée de la Cour Suprême, voir Shelagh DAY et Gwen BRODSKY, « The Duty to Accommodate : Who will benefit? », (1996) 75 *Can. Bar Rev.* 433, plus particulière-

Utilisons un argument par l'absurde pour démontrer l'évidence de cette lacune. De manière historique, la Cour suprême s'est prononcée en faveur de l'obligation d'accommodement dans des causes portant sur l'aménagement des horaires de travail pour répondre aux besoins religieux de certains groupes, qui se trouvaient victimes de discrimination indirecte en raison des horaires en vigueur, conçus en fonction des pratiques religieuses de la majorité. Voyons comment réagirait la Cour dans l'éventualité où un employeur, se prévalant de l'état actuel du droit, affirmerait : « je n'embauche personne de telle ou telle religion (le motif, avoué ou non, étant que leurs fêtes religieuses tombent généralement un jour de travail). Il s'agit, à l'évidence, d'un cas de discrimination directe et, par conséquent, je ne suis tenu à aucune obligation d'accommodement ». La Cour suprême annulerait sûrement une telle règle de discrimination directe, la considérant irrationnelle. Mais la règle étant aussi disproportionnée, pourquoi la Cour n'ordonnerait-elle pas en même temps des mesures d'accommodement?

La décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Stratford* nous apparaît donc douteuse, car elle prive les victimes d'une discrimination qualifiée de directe du bénéfice d'une mesure de redressement par ailleurs appropriée. Pourtant, si on utilise l'argument *a fortiori*, on dira plutôt que, plus la discrimination est fondée sur des généralisations préjudiciables à un groupe, plus il devient nécessaire de recourir à un remède qui prend en considération

les capacités et les mérites de la personne.

Dorénavant, pour pouvoir continuer de soutenir l'application uniforme de l'obligation d'accommodement pour toute discrimination, même directe, il faudra établir des distinctions de fait ou de droit par rapport à l'arrêt *Stratford*. Notre examen de cette décision portera sur trois points : la confirmation de « l'exigence fondamentale » d'une solution de rechange (A); la scission de l'obligation entre solution de rechange et mesure d'accommodement (B); et la rationalité contestable de la décision (C).

#### **A. La confirmation de « l'exigence fondamentale » d'une solution de rechange**

Il importe, dès le départ, de souligner l'aspect positif de l'arrêt *Stratford* : la confirmation du principe de solution de rechange à la discrimination directe.

En effet, la Cour a rappelé avec fermeté la condition *sine qua non* selon laquelle une règle ou une pratique de discrimination directe ne peut être une exigence professionnelle justifiée s'il existe une solution de rechange non discriminatoire. La Cour parle d'« exigence fondamentale ». C'est là un acquis important : une solution de rechange constitue un moyen d'éliminer la discrimination dont il faudra impérativement tenir compte à l'avenir.

Cet aspect positif étant reconnu, il n'en demeure pas moins que la Cour a tranché en affirmant que la solution de rechange n'a pas la même portée que l'accommodement, compte tenu qu'en matière de discrimination directe on ne peut prendre en considération les besoins individuels. Or, la Cour est arrivée à cette conclusion parce

---

ment la partie « Setting our course again », 459.



qu'elle a considéré que l'obligation d'accommodement n'avait aucun rôle à jouer dans le cadre de la défense relative à une exigence professionnelle justifiée.

### **B. La scission de l'obligation entre solution de rechange et devoir d'accommodement**

En opposant les notions de solution de rechange et devoir d'accommodement, la Cour a opéré une distinction théorique qui vient briser le principe d'unité qui sous-tend l'économie générale du régime de protection du droit à l'égalité. Or, il s'agit d'éviter que cette interprétation ne mène à une fin de non-recevoir absolue de toute mesure individuelle de redressement en cas de discrimination directe.

Pour mieux délimiter la question, il faut cependant apporter la précision suivante : la Cour suprême admet que l'obligation de prendre des mesures pour protéger le droit à l'égalité vaut pour les deux formes de discrimination, directe et indirecte. La Cour estime toutefois que la portée des mesures - à savoir leur caractère collectif ou individuel et le fait qu'elles touchent ou non aux fonctions de l'emploi - diffère selon que la discrimination est directe ou indirecte. La Cour exige ainsi que la solution de rechange se limite à des mesures générales qui n'impliquent aucun remaniement des fonctions, alors qu'au contraire le caractère individuel de l'accommodement peut impliquer le remaniement des fonctions.

Cette distinction qu'a établie la Cour suprême entre la solution de rechange et l'accommodement est trop catégorique. En effet, l'argument par analogie fait apparaître des similitudes frappantes entre ces deux mesures de redressement.

Il faut insister sur le fait capital que la solution de rechange et l'accommodement ont la même source : ces deux mesures sont destinées à protéger le droit à l'égalité; elles devraient l'une et l'autre être considérées au moment de la formulation de la règle d'emploi. Autre considération majeure, la solution de rechange et l'accommodement se partagent un objet identique : ces deux mesures permettent de remédier à l'effet d'exclusion résultant de la discrimination.

Compte tenu de la similarité de leur source et de leur objet, suivant l'argument pragmatique, ces deux mesures devraient être aussi efficaces l'une que l'autre. En pratique donc, tant la solution de rechange que l'accommodement devraient donner accès à toute mesure susceptible d'offrir un remède efficace à la discrimination. Le critère d'admissibilité d'une mesure de redressement réside d'abord et avant tout dans son caractère approprié aux circonstances. Dès lors, il apparaît incongru d'imposer des limites à la portée de la solution de rechange à la discrimination directe en la limitant à des mesures qui sont générales et n'ont rien d'individuel. Indépendamment de la forme que prend la discrimination, la seule limite à la mesure de redressement est toujours celle du degré de contrainte qu'elle entraînerait : si la mesure de redressement n'impose pas de contrainte excessive, elle doit être adoptée.

On voit ici l'importance de circonscrire le plus étroitement possible la portée de l'arrêt *Stratford*. En effet, la mise en contexte des faits de l'affaire permet de constater que cette décision portait sur un cas d'espèce qui ne se prêtait pas à la formulation d'une règle générale

écartant l'obligation d'accommodement quand la discrimination est directe. On peut dire que, d'une manière générale, la Cour suprême a examiné d'un œil moins critique la question de la retraite obligatoire que celle des règles de discrimination à l'embauche et en cours d'emploi<sup>30</sup>. Or, précisément dans l'arrêt *Stratford*, la Cour examinait une règle d'emploi imposant l'âge de retraite obligatoire des policiers, métier considéré comme comportant des risques élevés. Le facteur déterminant aura été qu'il s'agissait d'un emploi dont les risques inhérents ne pouvaient être diminués, puisque la preuve avait établi qu'il était impossible de réaménager les fonctions.

L'ensemble de ces faits particuliers aurait dû inciter la Cour à limiter la portée de sa décision. Cela reste encore possible si l'on réussit, à l'avenir, à établir des distinctions de fait suffisamment importantes entre les situations particulières de discrimination pour amener la Cour à conclure différemment dans d'autres contextes.

### C. La rationalité contestable de la décision

La rationalité sur laquelle est fondée la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Stratford* - soit l'incompatibilité que la Cour prête à l'accommodement individuel en regard de la généralité d'une norme de discrimination directe - est en totale contradiction avec l'objectif même de prohibition de la discrimination.

Le postulat selon lequel le caractère individuel de l'accommodement en fait une mesure de redressement inappropriée dans le cas de la discrimination directe, puisque celle-ci repose sur une généralisation fondée sur les caractéristiques d'un groupe, s'étaie sur un raisonnement contestable. Une telle prémisse est antinomique avec l'objet même de la prohibition de la discrimination, qui est précisément d'interdire les généralisations préjudiciables à un groupe et, par conséquent, de garantir le droit de toute personne d'être traitée en fonction de ses propres aptitudes.

L'argument *a contrario* conduit à une conclusion opposée à celle de la Cour suprême : aux généralisations préjudiciables fondant la discrimination directe, il faut opposer l'appréciation des aptitudes de la personne à exercer l'emploi avec l'aide de mesures d'accommodement. Pour s'accorder avec la définition du droit à l'égalité, la portée des mesures de redressement doit nécessairement permettre la mise en œuvre de la prohibition de la discrimination. De la sorte, sans égard à la forme de la discrimination en cause, le droit à l'égalité comporte en soi l'accès à toute mesure de redressement permettant d'assurer à chaque personne un traitement égal fondé sur ses aptitudes personnelles.

<sup>30</sup> Cet examen moins critique s'explique partiellement par le fait qu'en contrepartie de la prise de retraite, les travailleurs bénéficient d'une pension. Sur la justification de la retraite obligatoire dans les provinces de common law, voir, entre autres : *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103; *McKinney c. Université de Guelph*, (1990) 3 R.C.S. 229; *Harrison c. Université de Colombie britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451. À la lumière de ces décisions, on constate que la Cour suprême a considéré une autre justification de la retraite obligatoire dans le contexte des emplois de professeurs d'université : la nécessité sociale et pédagogique de laisser une place à la formation de la relève professorale.

#### IV. Les moyens pour retrouver l'unité du régime de prohibition de la discrimination

Notre critique de la distinction opérée par la Cour entre la solution de rechange et l'accommodement s'appuie sur une étude de cas concrets mettant en lumière les difficultés que cette décision ne manquera pas de soulever du fait qu'elle écarte toute mesure individuelle d'accommodement dans les cas de discrimination directe. L'importance de recourir à des mesures d'accommodement dans les cas de discrimination directe ressort particulièrement dans l'exemple de la discrimination fondée sur la grossesse, car il illustre de façon convaincante que des mesures raisonnables identiques peuvent protéger le droit à l'égalité, quelle que soit la forme de discrimination.

Les trois moyens mis en œuvre sont présentés suivant leur gradation : *l'argument par analogie* permet de faire un rapprochement entre les mesures de redressement et nous amène à affirmer qu'une solution de rechange peut incorporer tout accommodement qui n'implique pas un remaniement des fonctions (A); *l'argument systématique* met l'accent sur l'effet cumulatif d'exclusion qui conduit à rechercher un traitement intégré des situations de discrimination multiforme (B); *l'argument systématique* interprète la reconnaissance du droit à l'égalité dans la Charte québécoise comme créatrice d'un régime unitaire de responsabilité pour discrimination (C).

#### A. L'argument par analogie : une solution de rechange peut incorporer tout accommodement qui n'implique pas un remaniement des fonctions

*L'argument par analogie* épouse l'état du droit, puisqu'il constitue une application de la notion de solution de rechange qui cherche à lui donner sa pleine extension. L'application concrète de cette notion vient circonscrire les limites posées par l'arrêt *Stratford*<sup>31</sup>.

Or, la Cour suprême a associé deux déterminants indissociables à la mesure d'accommodement qu'elle a exclue en cas de discrimination directe. En effet, l'employeur a non seulement l'obligation de tenir compte de « la situation individuelle » de chaque employé, mais, en plus, il doit en tenir compte « en remaniant ses fonctions ». De façon précise, c'est l'accommodement individuel qui amènerait un remaniement des fonctions qui se trouve exclu par la Cour dans cette affaire où le demandeur réclamait précisément une réaffectation dans un travail de bureau. Or, dans le contexte de travail du corps policier de la municipalité de Stratford, le « remaniement de fonctions » n'était pas un accommodement réalisable.

Compte tenu de la précision qu'apportent ces deux déterminants, on peut soutenir que les accommodements qui n'impliquent pas un remaniement des fonctions, tels que la modification de certaines conditions de travail, l'exemption de tâches essentielles mais divisibles, le réaménagement des lieux, la fourniture de moyens et de techniques de travail adaptés, la modification de l'horaire et la réor-

<sup>31</sup> Précité, note 1.

ganisation de tâches connexes, seraient autant d'accommodements exigibles.

D'ailleurs, sur ce plan, la décision du Tribunal des droits de la personne du Québec dans *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Emballage Polystar Inc.*<sup>32</sup>, constitue un précédent notoire. Dans cette affaire, le Tribunal jugea qu'il aurait été possible d'accommoder les besoins d'une travailleuse handicapée par le moyen de l'exemption de tâches qui, bien qu'étant essentielles à la fonction, étaient divisibles. Bien qu'il s'agissait d'un cas de discrimination indirecte en raison de l'aménagement des lieux, il n'empêche que le même principe peut tout aussi bien être considéré dans le cas de la discrimination directe. La situation est analogue pour ce qui est de l'accommodement en ce qui concerne la discrimination fondée sur la grossesse : la réaffectation de la femme enceinte et le congé de maternité sont des accommodements possibles, puisque ces deux mesures ont un caractère temporaire. Il importe donc de considérer un ensemble de mesures d'accommodement qui, sans aller jusqu'au réaménagement des fonctions, peuvent permettre aux personnes qui seraient autrement exclues par discrimination d'exercer leur emploi.

L'argument selon lequel tout accommodement, sans aller jusqu'au remaniement des fonctions, peut être pris en considération en cas de discrimination directe, offre des perspectives très intéressantes : il donne un contenu concret à la solution de rechange comme me-

sure de redressement à l'encontre de la discrimination.

#### **B. L'argument systémique : le traitement intégré des situations de discrimination multiforme**

L'*argument systémique* établit une distinction de fait : il donne ouverture à l'accommodement tout en respectant l'arrêt *Stratford*, lorsque l'on est en présence d'une discrimination multiforme, c'est-à-dire d'une discrimination qui se manifeste tant indirectement que directement.

Comme l'a très bien illustré l'affaire du *Canadien National*<sup>33</sup> : « l'accent mis sur les effets discriminatoires est primordial pour les fins [des lois sur les droits de la personne] ». Il faut trouver des remèdes qui corrigent les effets d'exclusion. Or, comme la discrimination directe et la discrimination indirecte se chevauchent souvent, leurs effets cumulatifs produisent une discrimination systémique qui nécessite qu'on l'aborde dans son ensemble, en considérant chacune des manifestations en jeu. Ainsi, dans les situations de discrimination multiforme, pour annuler la discrimination directe et la remplacer par une mesure qui respecte le droit à l'égalité, cela implique la modification des règles d'emploi qui ont un effet de discrimination indirecte.

<sup>32</sup> T.D.P.Q. Montréal, n° 500-53-000020-956, 25 mars 1996, j. Brossard.

<sup>33</sup> *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, 1137 (le souligné est dans la décision unanime du juge en chef Dickson confirmant la compétence des tribunaux d'ordonner l'implantation de programmes d'accès à l'égalité).

Par exemple, tant qu'une femme enceinte est capable d'exercer ses fonctions sans risques et demeure disponible pour exécuter son travail, son exclusion de l'emploi constitue une discrimination directe. En revanche, dans la situation où une femme enceinte serait effectivement exposée à des risques, ou encore lorsque, de fait, elle n'est plus disponible en raison de sa maternité, le refus de lui consentir un accommodement est une discrimination indirecte. Or, il arrive souvent qu'afin d'éviter d'avoir ultérieurement à lui consentir un accommodement, sous forme de retrait préventif ou de congé de maternité, l'employeur oppose à la femme enceinte un refus d'embauche, un non-renouvellement de contrat ou toute autre forme d'exclusion. Une telle discrimination directe par anticipation pose d'elle-même la question de l'accommodement.

**C. L'argument systématique : l'unicité du régime de responsabilité pour discrimination**

Suivant l'*argument systématique*, le principe d'égalité, posé comme critère de référence, démontre l'unicité du régime de responsabilité pour discrimination institué par la Charte québécoise<sup>34</sup>.

Le raisonnement selon l'argument systématique repose sur une analyse des assises que constituent les articles 10, 20 et 49 de la Charte quant à la discrimination. Si, comme l'a reconnu la Cour

suprême, l'obligation d'accommodement trouve sa source dans le droit à l'égalité (art. 10), elle constitue donc un préalable au respect du droit à l'égalité. Il s'ensuit que la prise en considération de l'accommodement s'impose inévitablement à l'étape de la défense relative aux qualités requises par l'emploi (art. 20). Par voie de conséquence, l'absence de justification du défaut d'accommodement doit être sanctionnée par une mesure de redressement (art. 49).

D'un point de vue comparatiste, on ne doit pas négliger une distinction fondamentale : dans l'arrêt *Stratford*<sup>35</sup>, la Cour suprême n'a été appelée à se prononcer sur aucune disposition analogue à celle de l'article 10 de la Charte québécoise. L'article 10, parce qu'il pose le principe du droit à l'égalité sans discrimination, détermine l'interprétation restrictive de l'article 20 sur les qualités requises par l'emploi. On notera, de surcroît, que l'article 20 a une formulation différente de celle des articles équivalents dans les législations des provinces de common law; en éliminant toute allusion au critère de bonne foi, l'article 20 se trouve à renforcer le critère objectif de nécessité. Or, ce critère fait appel à deux conditions cumulatives : la rationalité de la règle par rapport à l'emploi en question et sa proportionnalité par rapport à l'objectif qu'elle vise. C'est également l'article 10 qui fonde l'interprétation de l'article 49 qui vise à rendre efficaces les moyens de sanction de la discrimination, en donnant toute son extension au « droit à la réparation et à la cessation de l'atteinte illicite » au droit à l'égalité.

<sup>34</sup> Il va dans le même sens que l'unification des moyens de défense prôné par le professeur Daniel PROULX, *La discrimination dans l'emploi : les moyens de défense*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 29, note 83.

<sup>35</sup> Précité, note 1.

L'interprétation contextuelle des articles 10, 20 et 49 de la Charte en fait des articles créateurs d'un régime de responsabilité pour discrimination illicite qui s'applique indistinctement à toute forme de discrimination. Il s'ensuit une exigence commune : le moyen de défense doit toujours prendre en considération les mesures qui permettraient d'exécuter l'obligation. Par conséquent, une exigence discriminatoire ne saurait être considérée justifiée lorsqu'il apparaît que des mesures favorisant l'égalité en emploi des personnes ou des groupes peuvent être effectivement prises.

Ainsi, la nécessité d'adopter des mesures de protection particulières pour assurer la sécurité des femmes enceintes ou pour les autoriser à s'absenter du travail, et ce, indépendamment de la forme que peut prendre la discrimination fondée sur la grossesse, laisse entrevoir que, nonobstant l'arrêt *Stratford*, la Cour suprême a toujours la possibilité de nuancer sa position. Il n'est pas exclu que la Cour en arrive même à décider que, tout bien considéré, il existe des circonstances qui donnent ouverture à l'obligation d'accommodement en cas de discrimination directe.

Jusqu'à l'arrêt *Stratford*, la Cour avait toujours souligné le fait qu'elle n'écartait l'obligation d'accommodement qu'une fois la défense d'exigence professionnelle établie. Le jugement de la minorité, dont les motifs ont été rédigés par le juge L'Heureux-Dubé, a tiré parti de cette précision pour conclure qu'à l'étape de l'établissement de la défense, c'est-à-dire au moment même où l'employeur doit faire la preuve d'une justification, on est en droit de considérer l'obligation

d'accommodement comme un des éléments auquel la défense se doit de fournir une réponse. À notre avis, cette position de la minorité a le mérite d'être davantage compatible avec le principe d'unité de la prohibition de la discrimination qui caractérise le régime québécois de protection du droit à l'égalité.

**Conclusion : La prise en considération de l'obligation d'accommodement à l'intérieur de la défense relative aux qualités requises par l'emploi**

Il existe, selon nous, un moyen simple d'application afin d'établir définitivement le principe d'unité de la prohibition de la discrimination. Il suffirait simplement de revenir à un scénario de défense et de sanction unique où l'obligation d'accommodement est prise en considération dans le cadre de la défense relative aux qualités requises par un emploi.

D'ailleurs, le bien-fondé de ce moyen est vérifiable, par un rappel des conditions exigées par la Cour suprême elle-même. En effet, il ne faut surtout pas perdre de vue que la défense d'exigence professionnelle justifiée n'est pas établie du seul fait que la rationalité de la règle discriminatoire par rapport à l'emploi en cause est démontrée; la règle doit aussi être soumise à un examen quant à sa proportionnalité par rapport à l'objectif qu'elle vise. Or, l'examen de la proportionnalité de la règle se prête facilement à la considération de l'obligation d'accommodement avant de se prononcer pour savoir si la défense est établie.

Voici la solution proposée : que la discrimination soit directe ou indirecte, on doit considérer l'obligation d'accommodement à l'intérieur de la défense relative aux

qualités requises par l'emploi. En cas de discrimination, deux sanctions sont possibles et peuvent, le cas échéant, être cumulées :

- 1- lorsque la règle de discrimination - directe ou indirecte - est irrationnelle par rapport à l'emploi visé, elle doit être annulée;
- 2- lorsque la règle de discrimination - directe ou indirecte - apparaît avoir un lien rationnel avec l'emploi, mais qu'elle est disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi, elle doit faire l'objet d'une modification, dans la mesure où il est possible d'adopter des mesures d'accommodement pour éliminer ses effets discriminatoires sur les groupes ou les personnes.

En résumé, c'est la Cour suprême elle-même qui a jugé que le critère de nécessité de la règle de discrimination comporte deux conditions.

Premièrement, la règle doit être rationnelle, c'est-à-dire que l'aptitude ou la qualité doit être objectivement requise par l'emploi en question pour pouvoir être considérée nécessaire à l'exercice des fonctions. Autrement, la règle est annulée. Deuxièmement, la règle doit aussi être proportionnelle, c'est-à-dire que les effets de la règle d'exclusion sur un groupe donné ne doivent pas être disproportionnés compte tenu des objectifs qu'elle vise. Autrement, la règle est modifiée par la mise en place de mesures d'accommodement.

C'est donc au regard des conditions que la règle de discrimination doit remplir pour être jugée nécessaire, soit la rationalité par rapport à l'emploi (sous peine d'annulation) et la proportionnalité par rapport à l'objectif visé (sous peine du devoir

d'accommodement), que l'on décidera de son sort, et non pas en fonction de la forme directe ou indirecte de la discrimination.

En conclusion, le respect du principe de l'égalité implique que soit enrayé tout effet d'exclusion rattaché à toute forme de discrimination. Cela signifie que « la » discrimination doit être envisagée comme étant « une » de par ses effets d'exclusion et, par conséquent, être corrigée, lorsque cela est possible et approprié, par des mesures d'accommodement, peu importe qu'elle soit directe ou indirecte.