

Conférence déjeuner-causerie bilingue du comité des langues officielles de l'Association du Barreau de l'Ontario

Le 4 février 2011

Au cours des 18 derniers mois, j'ai été appelé à fournir des avis à des avocats de notre bureau de Vancouver dans de nombreux dossiers portant sur des plaintes de discrimination dans le milieu du travail. Le contexte dans lequel ces affaires ont été traitées m'a amené à me questionner sur l'évolution du régime juridique en la matière. On est clairement passé de la situation où l'employeur ne peut tenir compte de facteurs illégitimes et arbitraires dans le milieu de l'emploi, à une situation où il doit plutôt montrer qu'il ne peut accommoder le plaignant sans subir un tort indu. La question qui se pose est de savoir s'il est approprié d'utiliser l'accommodement comme facteur pour décider s'il y a effectivement discrimination, et si oui, comment on tiendra compte de l'impact de cet accommodement sur les besoins de l'entreprise et plus particulièrement les conditions de travail des autres employés. Je crois aussi qu'il y a un problème important dans

certaines provinces qui résulte du fait que le tribunal des droits de la personne et le tribunal du travail ont tous deux juridiction pour entendre ces plaintes.

Ce sont surtout les conditions telles les déficiences physiques et psychologiques, qui peuvent occasionner des comportements discriminatoires, qui posent des problèmes importants du point de vue de la capacité de travailler qui sont en cause, puisque l'accommodement est par définition destiné à permettre au plaignant de travailler. La question est donc de savoir quand l'accès au travail est refusé de façon arbitraire.

Mais qu'est-ce qui est arbitraire ? C'est de tenir compte de facteurs non pertinents, en raison de préjudice ou de stéréotypes, soit directement, soit indirectement, soit en raison de l'effet même non voulu d'une norme. En somme, c'est la décision qui n'est pas fondée sur le mérite ou les capacités, mais sur des caractéristiques « attribuées », ou le manque d'analyse et de considération qui fait

qu'on ignore l'effet pervers d'une norme. L'arrêt Meiorin est notre exemple type – les normes physiques pour devenir pompier n'étaient pas justifiées par la tâche et excluaient les femmes. Il reste que d'un point de vue d'ordre public, cela ne signifie pas que tout le monde a accès à tout emploi. On peut écarter un candidat pour un motif pertinent. Il faut évidemment établir que le motif est pertinent quand il y a contestation, mais il faut se demander si le régime actuel est conçu de manière à permettre cet examen de façon pragmatique et juste.

Jusqu'à Meiorin, l'analyse de la discrimination portait essentiellement sur le critère d'emploi *bona fides* – c'est-à-dire raisonnablement nécessaire. Je pense que l'on a éliminé cette justification pour la remplacer par l'accommodement individuel et me demande si la substitution est justifiée dans le contexte du milieu de travail.

Il y a des milliers de précédents qui servent à illustrer la règle originale. Peut-on limiter le poste d'hôtesse de l'air à des femmes parce que c'est la préférence des passagers? (Diaz) Peut-on limiter l'accès des femmes à des emplois où la continuité est importante en raison de l'imminence de grossesses? (Brooks). Ce qu'il faut retenir de ces anciennes causes c'est qu'elles se rapportent toujours à des catégories de personnes, au désavantage relié à des caractéristiques que partagent de nombreuses personnes. La caractéristique rationnelle des mesures était nul doute plus facile à justifier que les non-accommodements visant une seule personne. Ce qui n'est pas connu de tout le monde c'est que notre régime est particulier en ce sens que nous sommes le seul pays où l'accommodement a été introduit par les tribunaux plutôt que le législateur. Ailleurs, l'accommodement ne s'applique pas à toutes les formes de discrimination parce que l'on a consulté toutes les parties intéressées et négocié les mesures à prendre en fonction des difficultés identifiées. Le concept a pour origine le American Civil Rights Act de 1964 et ses normes en matière de religion.

L'expansion est venue du Rehabilitation Act de 1973 et du Americans with Disabilities Act de 1990.

Il y a des cas faciles – l'employé de bureau en chaise roulante, le traducteur qui a besoin d'une aide auditive. Mais il y a des cas fort difficiles, les cas de comportements inacceptables, comme pour les personnes affectées du syndrome de Tourette, ou encore les personnes réclamant des absences bien au-delà des normes, qui n'ont en pratique rien à voir avec la capacité d'effectuer le travail et qui mettent en cause les conditions générales dans le milieu de travail. C'est ici que l'accommodement est discutabile s'il intervient avant qu'on ait conclu qu'il y a discrimination au sens légal. Il est discutabile parce que dans ce cas on considère que les mesures d'accommodement ne sont pas réellement conçues pour permettre d'effectuer un travail dont on ne serait pas autrement capable. On est passé du cas où on enlève une barrière artificielle, à une mesure sociale d'intégration personnelle.

Le cas de Meiorin est intéressant parce que la discrimination y était indirecte – l’adoption d’une norme de travail injustifiée qui avait pour effet d’exclure des personnes identifiées en fonction de leur sexe. On aurait pu régler le problème comme dans O’Malley (le cas du 7th day adventist qui ne pouvait pas accepter l’horaire de travail de l’employeur) –ou on aurait pu aller plus loin et dire qu’il n’y avait pas de justification en raison des impératifs d’affaires.

Dans O’Malley, on a permis la défense d’accommodement – mais la discrimination indirecte était établie. Dans Central Alberta Dairy Pool, le juge Sopinka fusionne discrimination directe et indirecte et propose comme test la question de savoir si l’employeur peut accommoder les dissidents religieux sans affecter le milieu de travail de façon indue. On ne sait plus si la défense de norme raisonnable d’emploi intervient. Il semble que oui dans Brossard (concernant une politique municipale interdisant l’embauche de parents des conseillers), mais le rattachement à une catégorie (statut civil) est tenue. Saskatchewan Fire Fighters (un cas de retraite obligatoire à 60 ans) est plus claire parce qu’on ne se rend

pas à l'accommodement individuel devant le fait qu'on n'a pas de moyen de savoir si 60 ans est justifié au plan scientifique.

Meiorin va tout changer. L'approche adoptée va introduire la notion d'accommodement partout, même dans les cas de discrimination directe. Mme Meiorin n'avait pas besoin d'accommodement pour faire le travail. C'est l'examen des postulants qu'elle ne pouvait pas satisfaire. La cour fixe un test en 3 parties : 1) l'employeur doit montrer que la norme est liée à l'exécution de la tâche de façon rationnelle ; que la norme est adoptée de bonne foi comme nécessaire ; que la norme est adoptée parce qu'on ne peut accommoder les personnes qui ont les mêmes caractéristiques que la plaignante.

C'est la troisième composante qui est nouvelle. On a fusionné la norme d'emploi raisonnable et l'accommodement. Celui-ci n'intervenait auparavant que dans le cas où la norme était raisonnable et que le plaignant ne pouvait y satisfaire. C'est dire

que la notion centrale est maintenant l'impact indu sur l'entreprise. Dans le cas présent, il suffisait de corriger l'examen. S'il est justifié, y a-t-il discrimination à corriger par accommodement ? En somme, la Cour convient qu'il y a discrimination si le milieu de travail ne peut être adapté aux besoins du plaignant lui-même sans impact indu.

Meiorin mentionne la dimension collective de l'accommodement – si l'employeur peut accommoder les personnes qui ont les caractéristiques de la plaignante – et sa dimension individuelle.

Dans McGill et Hydro Québec, c'est la dimension individuelle qui fait surface. Dans ce cas, la plaignante réclame plus d'absences que tous les autres employés. Ici se pose un autre problème ; est-ce que l'absence peut être considérée comme un accommodement permettant d'effectuer le travail ? En un sens, si elle permet le retour permanent au travail ; mais qu'en est-il de l'évaluation individuelle quand de nombreux employés requièrent le même accommodement ? Doit-on faire du cas par cas ou considérer

l'ensemble des demandes ? Et si les demandes s'étalent dans le temps, que fait-on ?

La question de fond est encore plus incisive ; comment peut-on dire que l'employeur est en faute pour ne pas avoir accommodé par des congés quand le contrat d'emploi par nature exige la présence au travail ? Si la discrimination dépend seulement de la possibilité d'accommoder, a-t-on abandonné la notion de la norme de travail arbitraire, c'est-à-dire non fondée sur les nécessités de l'entreprise ? Peut-on véritablement procéder ainsi et conclure à une véritable situation de discrimination ?

Dans ce nouveau contexte juridique, comment prouver l'effet indu sur l'entreprise ? C'est difficile avec l'approche individuelle de dégager des principes directeurs. Meiorin réfère aux critères de Central Alberta Déry Pool – coût, mobilité de la main-d'œuvre, droits des autres employés. Dans les cas difficiles de consommation de drogues par exemple, comment mesurer l'impact

sur l'entreprise? Est-il logique que l'accommodement oblige à changer le plaignant de position, à en créer une nouvelle pour lui ? Est-ce que l'accommodement ne vise pas à permettre à quelqu'un de fonctionner dans le poste qui est le sien ? Que faire de la politique des congés de maladie? Peut-on accommoder un plaignant en écartant la politique sans savoir s'il y en aura d'autres, ou ne faudrait-il pas conclure que la politique est discriminatoire avant de l'écarter ? Comment juger du poids à donner aux facteurs pris en compte par l'employeur – par exemple la peur qu'une infirmière narco dépendante vole les remèdes de ses patients! Comment accommoder les absences généreuses requises de chauffeurs d'autobus alors que les horaires sont fixes et les remplacements très difficiles en raison de conditions syndicales.

Quelles sont les limites au devoir d'accommoder? Dans Hydro Québec on réaffirme que le critère n'est pas l'impossibilité, mais on ne fixe pas réellement de balises. Quelle est l'importance de l'impact sur les autres employés? Les congés vont affecter les

horaires de travail et le volume de travail des autres employés. Est-ce qu'on s'est trop éloigné du préjugé, du stéréotype, et qu'on a abandonné la considération de la norme ou de la décision arbitraire au profit d'une évaluation des mérites et démérites de l'accommodement individuel?

Considérons maintenant l'adjudication. Dans la plupart des provinces le Tribunal du travail a juridiction pour traiter ces affaires, mais aussi le Tribunal des droits de la personne. Il semble clair que le fait de faire intervenir l'accommodement dans tous les cas va obliger le Tribunal saisi de l'affaire à analyser son impact sur le milieu de travail, surtout quand il y a une convention collective. Cette attention au contexte n'est pas compatible avec l'approche des tribunaux de la personne. Dans l'affaire Johnstone par exemple, le Tribunal canadien des droits de la personne examine le cas de l'opérateur d'un petit aéroport qui donne des services 24 h par jour et 7 jours par semaine; il dit ne pouvoir accommoder les mères de jeunes enfants qui ont besoin de congés

divers et souvent non annoncés. La flexibilité n'était pas possible selon l'employeur, qui ajoutait que les conditions particulières de son domaine étaient connues des postulantes à un emploi et nécessaires. Le Tribunal a jugé le comportement discriminatoire, décidant que l'accommodement individuel n'avait pas été considéré. On n'avait donc pas prouvé l'impact indu sur l'entreprise. Pour le Tribunal il fallait satisfaire un critère de politique publique, rien d'autre. On refusa de considérer les circonstances particulières de l'employeur ou la nature du service.

Quoi conclure ?

Un exemple va me permettre de démontrer la nécessité d'une intervention législative. Les vétérinaires à prix réduit de Colombie-Britannique (un regroupement de vétérinaires desservant les gens moins fortunés à coûts réduits) sont sanctionnés par leur association professionnelle. Ils font valoir que le comité de discipline est raciste (ils sont indo-pakistanaï) et veulent que ses membres se récuse. Il disent la discrimination systémique et la

récusation nécessaire pour tous vu leur affiliation à l'association et leur nomination par une direction raciste. Ils subissent un refus, puis demandent une révision judiciaire. Ils formulent aussi une douzaine de plaintes devant la Commission des droits de la personne qui décide de procéder en parallèle. De plus, une dizaine d'actions en dommages sont intentées devant la Cour supérieure. À mon avis, il faut une intervention législative précédée de consultations auprès de tous les intéressés. Il est totalement insatisfaisant de tout laisser à l'appréciation des tribunaux quand c'est une question de politique sociale quant au fond et d'ordonnement du régime procédural pour ce qui concerne le forum et les coûts.

L'absence de commissions de réforme du droit efficaces a créé une situation troublante à mon avis. Je crois qu'il faut plus de rigueur dans notre approche pour régler les problèmes récurrents du droit social et ne pas demander aux tribunaux ce pour quoi ils n'ont pas été conçus.

Michel Bastarache CC

HBdocs

HBdocs - 9817721v1