

La considération de l'obligation d'accommodement même en cas de discrimination directe

Maurice Drapeau

Volume 39, Number 4, 1998

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043513ar>
DOI: <https://doi.org/10.7202/043513ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Drapeau, M. (1998). La considération de l'obligation d'accommodement même en cas de discrimination directe. *Les Cahiers de droit*, 39(4), 823–848.
<https://doi.org/10.7202/043513ar>

Article abstract

In the first part of this paper, the author examines the impact on the rights of pregnant workers of the dichotomy set forth by the Supreme Court of Canada between direct and indirect discrimination. According to the author, by restricting the duty to accommodate to cases of indirect discrimination only, victims of direct discrimination are deprived of an appropriate course of remedy.

To correct this situation, in the second part the author advances the universal characteristic of the obligation to take appropriate measures to protect the right to equality and the unitary nature of the prohibition of discrimination provided under section 10 of the *Charter of human rights and freedoms*. As such, he emphasises that the concepts of an alternative (direct discrimination) and the duty to accommodate play the same role, namely the implementation of the general obligation to take necessary measures to protect the right to equality.

In the author's view, the obligation to respect the right to equality prescribed under section 10, the defence based on the aptitudes and qualities required by the employment under section 20 and the set of penalties provided under section 49 of the Québec Charter militate in favour of the recognition of the duty to accommodate as a means for remedying any form of discrimination. More specifically, he considers that the duty to accommodate constitutes an indispensable means for protecting the right to equality in the employment of pregnant women. More generally, the author expresses the desire to see unification of a right and of the defence and penalty regime in the case of discrimination. As such, he proposes the recognition of the duty to accommodate no matter what the nature of the discrimination may be.

La considération de l'obligation d'accommodement même en cas de discrimination directe*

Maurice DRAPEAU**

L'auteur s'attache, dans la première partie de son article, aux conséquences de la dichotomie mise en avant par la Cour suprême du Canada selon que l'atteinte discriminatoire est qualifiée de directe ou d'indirecte quant aux droits des travailleuses enceintes. Selon l'auteur, si l'on restreint l'obligation d'accommodement aux seuls cas de discrimination indirecte, les victimes de discrimination directe sont privées d'une mesure de redressement appropriée.

Afin de remédier à cette situation, l'auteur expose, dans la seconde partie, le caractère universel de l'obligation de prendre les mesures voulues pour protéger le droit à l'égalité et le caractère unitaire de la prohibition de la discrimination prévue dans l'article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne. Il fait ainsi valoir que les concepts de solution de rechange (discrimination directe) et d'obligation d'accommodement (discrimination indirecte) jouent le même rôle, soit la mise en œuvre de l'obligation générale de prendre les mesures nécessaires afin de protéger le droit à l'égalité.

Pour l'auteur, l'obligation de respecter le droit à l'égalité prescrite par l'article 10, la défense fondée sur les aptitudes et qualités requises par

* Le présent article reprend le chapitre cinq de notre projet de thèse de doctorat en droit (Université de Montréal) ayant pour titre « La discrimination fondée sur la grossesse ». Le chapitre premier intitulé « De l'obligation d'accommoder les besoins spécifiques des travailleuses enceintes » sera publié dans (1998) 32 *R.J.T.* n° 3. Le chapitre deux portant sur « La discrimination fondée sur la grossesse mettant en cause la sécurité au travail » a été publié dans (1997) 57 *R. du B.* 1047. Nous tenons à remercier M^e André Morel, professeur émérite de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, notre collègue M^e Pierre-Yves Bourdeau, de la Direction du contentieux, et notre collègue Muriel Garon, sociologue à la Direction de la recherche, pour leurs précieux commentaires. Les opinions exprimées dans l'article n'engagent que leur auteur.

** Conseiller juridique, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec.

l'emploi dans l'article 20 et le régime de sanction prévu dans l'article 49 de la Charte québécoise militent pour la reconnaissance de l'obligation d'accommodement à titre de mesure de redressement à toute forme de discrimination. De façon plus particulière, il considère que l'obligation d'accommodement constitue un moyen indispensable afin de protéger le droit à l'égalité en emploi des femmes enceintes. De façon plus générale, l'auteur souhaite une unification du régime de défense et de sanction en cas d'atteinte discriminatoire à un droit et propose la reconnaissance de l'obligation d'accommodement quelle que soit la nature de la discrimination.

In the first part of this paper, the author examines the impact on the rights of pregnant workers of the dichotomy set forth by the Supreme Court of Canada between direct and indirect discrimination. According to the author, by restricting the duty to accommodate to cases of indirect discrimination only, victims of direct discrimination are deprived of an appropriate course of remedy.

To correct this situation, in the second part the author advances the universal characteristic of the obligation to take appropriate measures to protect the right to equality and the unitary nature of the prohibition of discrimination provided under section 10 of the Charter of human rights and freedoms. As such, he emphasises that the concepts of an alternative (direct discrimination) and the duty to accommodate play the same role, namely the implementation of the general obligation to take necessary measures to protect the right to equality.

In the author's view, the obligation to respect the right to equality prescribed under section 10, the defence based on the aptitudes and qualities required by the employment under section 20 and the set of penalties provided under section 49 of the Québec Charter militate in favour of the recognition of the duty to accommodate as a means for remedying any form of discrimination. More specifically, he considers that the duty to accommodate constitutes an indispensable means for protecting the right to equality in the employment of pregnant women. More generally, the author expresses the desire to see unification of a right and of the defence and penalty regime in the case of discrimination. As such, he proposes the recognition of the duty to accommodate no matter what the nature of the discrimination may be.

1. Le rapprochement entre la solution de rechange et l'obligation d'accommodement comme moyen d'atteindre l'égalité.....	828
1.1 La cohérence jurisprudentielle à établir entre les décisions de la Cour suprême pour les appliquer dans le cadre de la <i>Charte des droits et libertés de la personne</i>	829
1.2 Une source commune, le droit à l'égalité.....	832
1.3 Un objet partagé, l'élimination de la discrimination.....	833
1.4 La pleine portée de la notion de solution de rechange.....	835
2. Le régime unitaire de responsabilité pour discrimination illicite.....	836
2.1 L'obligation de respecter le droit à l'égalité prescrite par l'article 10.....	837
2.2 La défense fondée sur les qualités requises par un emploi prévue dans l'article 20.....	839
2.3 Le droit à la cessation de l'atteinte et à la réparation du préjudice conféré par l'article 49.....	843
Conclusion.....	846

La discrimination a été reconnue comme pouvant prendre deux formes : directe ou indirecte. La discrimination directe est celle dont le lien avec le motif de discrimination est exprès et manifeste (« Je n'embauche pas de Noirs »). La discrimination indirecte, pour sa part, est celle qui résulte de règles d'emploi neutres mais qui ont un effet discriminatoire sur certains groupes (l'horaire de travail qui ne tient pas compte des fêtes religieuses des personnes de diverses religions).

Afin de corriger les effets de la discrimination, la Cour suprême a reconnu le concept d'obligation d'accommodement, soit la nécessité pour l'employeur de prendre des mesures d'adaptation qui, en répondant aux besoins spécifiques d'un groupe, éliminent l'effet discriminatoire de la règle. Le problème réside dans le fait que la Cour suprême limite le recours à l'accommodement aux seuls cas de discrimination indirecte. Le résultat de cette interprétation est que la Cour écarte l'obligation d'accommodement en cas de discrimination directe, ce qui prive les victimes d'une mesure de redressement qui pourrait être appropriée.

Devant cette impasse, notre objectif est donc de démontrer qu'il y a nécessité de considérer l'obligation d'accommodement quelle que soit la forme de la discrimination, directe autant qu'indirecte.

Dans cette perspective, l'objet du présent article est d'articuler l'obligation d'accommodement dans la cohérence de la *Charte des droits et libertés de la personne* et, plus précisément, de montrer que les articles 10, 20 et 49 créent un régime intégré de responsabilité pour discrimination

illicite. Dans cette optique, on doit distinguer l'existence de l'obligation d'accommodement (comme corollaire du droit à l'égalité garanti dans l'article 10), de son exécution dans le cadre de la défense relative aux qualités requises par l'emploi selon l'article 20 ainsi que des recours et moyens de réparation prescrits par l'article 49.

Cet exercice est essentiel depuis l'arrêt *Stratford*¹, décision dans laquelle la Cour suprême, en disposant d'un cas de discrimination directe par l'imposition d'un âge obligatoire de retraite, a écarté toute considération de l'obligation d'accommodement en matière de discrimination directe (en l'espèce, il était question du remaniement des fonctions). La conséquence de l'arrêt *Stratford* fut d'établir deux cadres d'analyse totalement distincts selon que la discrimination reprochée est qualifiée de directe ou d'indirecte : aux cas de discrimination directe (celle qui renvoie expressément à un motif de discrimination) correspondrait la recherche de solutions de rechange ; aux cas de discrimination indirecte (celle qui résulte d'un effet préjudiciable causé par une règle d'emploi autrement neutre) serait réservée la mise en œuvre de mesures d'accommodement individuel.

Lorsque la discrimination est directe, c'est-à-dire lorsque le motif invoqué pour justifier l'exclusion de l'emploi est manifestement discriminatoire, il n'y aurait donc pas d'obligation d'accommodement. Par exemple, l'employeur dont la règle d'emploi énoncerait : « Je n'embauche pas de femmes enceintes » (sous-entendu : parce qu'elles s'absentent plus souvent que les hommes) commet une discrimination directe. Selon la Cour suprême, l'employeur n'aurait alors qu'à démontrer que sa règle se justifie *de manière générale* et, puisqu'il n'y aurait pas d'obligation d'accommodement individuel en matière de discrimination *directe*, il faudrait plutôt rechercher ce que la Cour qualifie de solution de rechange.

L'arrêt *Stratford* se trouve donc par l'effet induit à limiter l'application de l'obligation d'accommodement aux seuls cas de discrimination indirecte. Lorsque la discrimination est indirecte, c'est-à-dire lorsque l'exclusion de l'emploi reprochée résulte de règles d'emploi apparemment neutres, il y a par contre une obligation d'accommodement. Par exemple, l'employeur dont la règle d'emploi est la suivante : « La disponibilité à travailler durant tout le contrat est requise » se trouve à commettre une discrimination *indirecte*. Dans ce cas, il doit démontrer que le fait de procurer un accom-

1. *Corporation municipale de Stratford c. Large*, [1995] 3 R.C.S. 733 (ci-après cité : arrêt «*Stratford*»). Le chapitre premier de notre projet de thèse de doctorat présente une critique de cet arrêt : M. DRAPEAU, « De l'obligation d'accommoder les besoins spécifiques des travailleuses enceintes », (1998) 32 *R.J.T.* n° 3 (à paraître).

modement *individualisé* à la femme enceinte qui doit s'absenter du travail en raison de sa grossesse lui cause une « contrainte excessive ».

Ces deux exemples illustrent de manière percutante l'absurdité de la solution à laquelle conduit l'application du double cadre d'analyse de la Cour suprême. En restreignant le champ d'application des mesures d'accommodement au redressement des conséquences préjudiciables de la discrimination dite indirecte, la Cour se trouve à priver les victimes de discrimination directe d'une mesure de redressement appropriée². Nous soumettons que cette construction judiciaire contestable rendue sous l'empire du Code ontarien ne s'applique pas au texte de la Charte québécoise. Notre examen de la discrimination fondée sur la grossesse montre qu'il est possible d'enrayer l'exclusion discriminatoire, dans la mesure où l'on reconnaît que le droit à l'égalité dans l'emploi impose aux employeurs, en toutes circonstances, l'obligation de prendre des mesures d'accommodement pour répondre aux besoins particuliers des personnes et des groupes, dont ceux des travailleuses enceintes³.

Dans un premier temps, en réponse à la distinction établie par l'arrêt *Stratford* entre la solution de rechange à la discrimination directe et l'obligation d'accommodement pour corriger la discrimination indirecte, nous procéderons à une étude comparative de ces deux mesures de redressement, comparaison d'autant plus nécessaire que les deux mesures possèdent le statut de moyen d'atteindre l'égalité. Par leur rattachement originel au droit à l'égalité, les notions de solution de rechange et d'obligation d'accommodement présentent en fait comme en droit plus d'affinités que de différences : il s'agit dans les deux cas de moyens d'exécution de l'obligation de prendre des mesures pour protéger le droit à l'égalité.

-
2. Le fait que l'arrêt *Stratford*, précité, note 1, ait écarté l'accommodement en matière de discrimination directe a été l'objet de nombreuses critiques qui mettent l'accent sur la perte d'un correctif aux situations de discrimination, notamment : D. PROULX, « L'accommodement raisonnable, cet incompris : Commentaire de l'arrêt *Large c. Stratford* », (1996) 41 *R.D. McGill* 669 ; M. CARON, *Qu'en est-il de l'accommodement après l'arrêt Stratford ?*, Montréal, Colloque Infonex « Le milieu de travail et sa réglementation », 13 décembre 1995. Voir également : M.C. CRANE, « Human Rights, Bona Fide Occupational Requirements and the Duty To Accommodate : Semantics or Substance », [1996] 4 *C.L.E.L.J.* 209 ; S. DAY et G. BRODSKY, « The Duty to Accommodate : Who will Benefit ? », (1996) 75 *R. du B. Can.* 433.
 3. Bien que nous ayons choisi le motif de la grossesse comme cas de figure, la plupart des arguments exposés s'appliquent à l'obligation d'accommodement en général, puisque des mesures d'accommodement peuvent également être nécessaires pour corriger la discrimination fondée sur d'autres motifs, entre autres et plus particulièrement, l'obligation d'accommodement est centrale en matière de discrimination fondée sur le handicap.

Dans un second temps, nous centrerons l'analyse du problème sur le caractère unitaire de la prohibition de la discrimination telle qu'elle est prévue dans l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Ce régime interdit toute discrimination, directe et indirecte, et il impose l'obligation de prendre toute mesure susceptible de protéger le droit à l'égalité. Il devrait logiquement s'ensuire que l'obligation d'accommodement soit considérée quelle que soit la forme de la discrimination. Notre propos sera donc d'explorer les avenues qui donneraient accès à l'obligation d'accommodement même à l'encontre de la discrimination directe. Si l'on remonte au principe d'unité du régime de prohibition de la discrimination comme atteinte au droit à l'égalité, il devrait être encore possible de lever l'obstacle que pose actuellement l'arrêt *Stratford*.

1. Le rapprochement entre la solution de rechange et l'obligation d'accommodement comme moyen d'atteindre l'égalité

Avant que l'arrêt *Stratford* soit rendu, Daniel Proulx avait déjà montré comment le raisonnement suivi par la majorité de la Cour suprême dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool* débouchait sur la séparation des avenues disponibles pour contrer la discrimination⁴.

Alors que d'une main elle écartait l'application de la notion d'accommodement en cas de discrimination directe, au fil de ses décisions la Cour suprême n'en a pas moins régulièrement affirmé une obligation, celle pour l'employeur de chercher ce que la Cour nomme des « solutions de rechange » à la discrimination directe⁵. Entre autres, dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool*, la juge Wilson n'a pas manqué de rappeler l'autorité du principe selon lequel une règle d'emploi ne doit pas imposer de « fardeau excessif », de sorte qu'il faut considérer « la possibilité de solutions autres

4. D. PROULX, *La discrimination dans l'emploi*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, pp. 69-71 et 109 et suiv. Le fait que l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool*, *infra*, note 5, n'a corrigé qu'en partie l'arrêt *Bhinder*, *infra*, note 7, en rétablissant l'obligation d'accommodement seulement dans les cas de discrimination indirecte a été l'objet de nombreuses critiques, dont M.D. LEPOFSKY, « The Duty to Accommodate : A Purposive Approach », (1992) *C.L.E.L.J.* 1, 16-18 ; A.M. MOLLOY, « Disability and the Duty to Accommodate », (1992) 1 *C.L.E.L.J.* 23, 37.

5. Dans l'ordre chronologique, trois décisions ont été rendues dans le domaine du droit à l'égalité dans l'emploi : *Ville de Brossard c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1988] 2 R.C.S. 279 (ci-après cité : « *Brossard* ») ; *Ville de Saskatoon c. Saskatchewan Human Rights Commission*, [1989] 2 R.C.S. 1297 (ci-après cité : « *Saskatoon* ») ; *Alberta Human Rights Commission c. Central Alberta Dairy Pool*, [1990] 2 R.C.S. 489 (ci-après cité : « *Central Alberta Dairy Pool* »).

que la règle de l'employeur [...] pour savoir si la règle [est] raisonnablement nécessaire⁶ ».

1.1 La cohérence jurisprudentielle à établir entre les décisions de la Cour suprême pour les appliquer dans le cadre de la *Charte des droits et libertés de la personne*

Afin de revenir à la considération de l'obligation d'accommodement dans tous les cas de discrimination, on doit écarter la trilogie formée par les arrêts *Bhinder*, *Central Alberta Dairy Pool* et *Stratford*. Dans l'arrêt *Bhinder* (une cause de discrimination indirecte résultant de la règle du port obligatoire du casque de sécurité), la Cour suprême avait écarté l'obligation d'accommodement dans tous les cas de discrimination une fois la défense d'exigence professionnelle justifiée établie⁷. Dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool* (une cause de discrimination indirecte créée par l'effet de l'horaire de travail par rapport aux fêtes religieuses), la Cour n'a reconnu l'application de l'obligation d'accommodement que dans les cas de discrimination indirecte⁸. Dans l'arrêt *Stratford* (une cause de discrimination directe par l'imposition de l'âge obligatoire de la retraite), la Cour a établi une distinction formelle entre l'accommodement individuel en cas de discrimination indirecte et la notion de solution de rechange à la discrimination directe⁹.

À l'encontre de cette trilogie, dix arrêts clés peuvent être mis en perspective comme ayant posé des principes de base qui consacrent la reconnaissance du caractère universel de l'obligation de prendre des mesures appropriées pour protéger le droit à l'égalité :

- 1) en 1982, l'arrêt *Etobicoke* (une cause de discrimination directe portant sur la retraite obligatoire) a fixé les critères du test objectif de justification auxquels doit satisfaire l'exigence professionnelle justifiée, en mettant l'accent sur une condition rigoureuse, soit la nécessité de la règle¹⁰ ;

6. *Central Alberta Dairy Pool*, précité, note 5, 518. Rappelons que le critère du « fardeau excessif » a été formulé dans l'arrêt *Brossard*, précité, note 5.

7. *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561 (ci-après cité : « *Bhinder* »). L'arrêt *Bhinder* a soulevé un véritable tollé de la part de la doctrine à cause de ses conséquences sur le traitement des cas de discrimination directe, particulièrement de la discrimination fondée sur le handicap. La critique la plus sentie est certes le mémoire de la COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *Les effets de la décision Bhinder sur la Commission canadienne des droits de la personne*, Ottawa, 1986.

8. Voir les critiques citées à la note 4.

9. Voir les critiques citées aux notes 1 et 2.

10. *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202 (ci-après cité : « *Etobicoke* »).

- 2) en 1985, l'arrêt *O'Malley* (un cas de discrimination indirecte fondée sur la religion mettant en cause l'horaire de travail) a reconnu que la discrimination indirecte était elle aussi prohibée et il a consacré l'existence d'une « obligation générale de prendre des mesures pour protéger le droit à l'égalité », avant de qualifier cette obligation comme étant une obligation d'accommodement dans le cas de discrimination indirecte¹¹ ;
- 3) en 1987, l'arrêt *Canadien National* (un cas de discrimination systématique) a constaté que la discrimination directe et la discrimination indirecte se manifestent souvent ensemble, ce qui justifie que l'on prenne des mesures pour corriger les effets de l'une et l'autre formes de discrimination¹² ;
- 4) en 1988, l'arrêt *Brossard*¹³ (une cause de discrimination directe par une politique antinépotisme trop générale) a formulé le principe de proportionnalité qui servira de fondement au concept fondamental de solution de rechange à la discrimination directe, en reconnaissant l'obligation de prendre des moyens moins préjudiciables que la discrimination ;
- 5) en 1988, l'arrêt *Saskatoon* (une cause de discrimination directe au sujet de la retraite obligatoire) a donné une application du critère de proportionnalité et a fourni un exemple de solution individuelle constituant une solution de rechange appropriée en considérant que, lorsque cela était possible, il fallait « traiter les employés individuellement, notamment en administrant des tests à chacun d'eux » (parlant ici d'évaluation médicale personnelle). Des considérations individuelles peuvent donc être examinées en matière de solution de rechange ou d'accommodement¹⁴ ;
- 6) en 1989, l'arrêt *Andrews*, partant d'une définition du droit à l'égalité compris dans un sens réel et concret, a mis l'accent sur l'effet d'exclusion de la discrimination et sur la nécessité d'accorder certains traitements différents pour répondre aux besoins des groupes victimes de discrimination¹⁵ ;
- 7) en 1989 toujours, la Cour suprême a mis un point d'orgue relatif à notre sujet, alors qu'elle traitait précisément de la discrimination fondée sur

11. *O'Malley c. Simpson's Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536 (ci-après cité : « *O'Malley* »).

12. *Action travail des femmes c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1114 (ci-après cité : « *Canadien National* »).

13. *Brossard*, précité, note 5.

14. *Saskatoon*, précité, note 5.

15. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, 169, j. McIntyre (ci-après cité : « *Andrews* ») : « le respect des différences, qui est l'essence d'une véritable égalité, exige souvent que des distinctions soient faites ».

la grossesse, dans l'arrêt *Brooks*¹⁶ : la Cour a clamé haut et fort l'impératif de « tenir compte des besoins des femmes enceintes » (ce qui est la définition même de l'obligation d'accommodement), et ce, même si elle se prononçait en l'espèce sur un cas de discrimination directe ;

- 8) en 1992, l'arrêt *Renaud* (une cause de discrimination indirecte attribuable aux conséquences de l'horaire de travail sur les obligations religieuses des employés) a considéré l'obligation d'accommodement à l'intérieur de la défense relative aux exigences professionnelles justifiées (infirmant implicitement l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool* sur cette question)¹⁷ ;
- 9) en 1994, l'arrêt *Commission scolaire de Chambly* (une autre cause de discrimination indirecte attribuable à l'horaire de travail) a rattaché l'obligation d'accommodement au droit à l'égalité de l'article 10¹⁸ ;
- 10) en 1997, l'arrêt *Eaton* (une cause qui traite de l'obligation d'accommodement dans le cadre de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans le contexte de la discrimination fondée sur la déficience) a longuement considéré l'« adaptation raisonnable » comme l'un des objectifs du droit à l'égalité consacré par l'article 15, et cela, même si la Cour examinait un cas de discrimination directe¹⁹.

Si l'obligation d'accommodement, soit la reconnaissance des caractéristiques réelles des groupes et l'adaptation raisonnable, est l'un des objectifs du droit à l'égalité consacré par la Charte canadienne (l'arrêt *Eaton*), on doit, par concordance avec le droit constitutionnel à l'égalité, considérer qu'il est également présent dans les lois provinciales consacrant aussi le droit à l'égalité. Dans cette perspective, qu'il s'agisse de l'obligation d'accommodement (arrêt *O'Malley*) ou de l'obligation d'adopter une solution de rechange (arrêt *Brossard*), il existe donc une obligation de prendre des mesures appropriées pour protéger le droit à l'égalité. En outre, nous sommes d'avis que l'établissement d'une cohérence entre l'ensemble des décisions de la Cour suprême sur le droit à l'égalité, la prohibition de la discrimination et l'obligation de prendre des moyens pour protéger le droit à l'égalité est susceptible de faire pencher la balance dans le sens du principe d'unité de la prohibition de la discrimination. Cette solution d'unité offrirait

16. *Brooks c. Canada Safeway Limited*, [1989] 1 R.C.S. 1219 (ci-après cité : « *Brooks* »).

17. *Renaud c. Board of School Trustees, School District No. 23 (Central Okanagan)*, [1992] 2 R.C.S. 970 (ci-après cité : « *Renaud* »).

18. *Syndicat de l'enseignement de Champlain c. Commission scolaire régionale de Chambly*, [1994] 2 R.C.S. 525 (ci-après cité : « *Commission scolaire de Chambly* »).

19. *Conseil scolaire du comté de Brant c. Eaton*, [1997] 1 R.C.S. 241 (ci-après cité : « *Eaton* »).

le grand avantage de mettre fin à la complexité juridique actuelle et à l'insécurité sociale qui l'accompagne.

C'est donc à partir du principe que la conception des redressements pour éliminer la discrimination doit d'abord et avant tout s'inspirer de la définition de l'égalité que nous serons amené à conclure dans le sens de l'application universelle de l'obligation d'accommodement à toute forme de discrimination. Il nous semble pour le moins peu conforme au droit à l'égalité qu'une discrimination, du seul fait qu'elle est directe, puisse demeurer sans sanction efficace.

1.2 Une source commune, le droit à l'égalité

L'obligation d'accommodement et l'obligation de chercher une solution de rechange sont, l'une et l'autre, reconnues comme des moyens de respecter l'obligation générale de ne pas faire de discrimination.

On retrouve l'expression « obligation de prendre des mesures raisonnables pour respecter et protéger le droit à l'égalité » dans l'extrait suivant de 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 protéger²⁰ ». En outre, dans le récent arrêt *Commission scolaire de Chambly*²¹, traitant de l'obligation d'accommodement, la Cour suprême a rattaché plus étroitement encore la notion de mesure raisonnable au droit à l'égalité, en déclarant que « l'obligation d'accommodement est une partie intégrante du droit à l'égalité ». Suivant le même raisonnement, on peut affirmer qu'il en va de même de l'obligation d'adopter une solution de rechange; elle prend aussi sa source dans la reconnaissance du droit à l'égalité.

Par exemple, en tant qu'obligation de prendre des mesures raisonnables pour respecter et protéger le droit à l'égalité, l'étendue de l'obligation de chercher une solution de rechange est la même que celle de l'obligation de prendre des mesures d'accommodement. C'est ce que suggère d'ailleurs la terminologie de la Cour suprême, qui emploie de façon variée les termes « pratique », « possible », ou encore « raisonnable » pour signifier à la fois l'étendue et les limites d'une solution de rechange à la discrimination. L'emploi de ces qualificatifs ne peut que nous amener à faire le rapprochement avec le critère de « contrainte excessive » utilisé en rapport avec l'obligation d'accommodement en matière de discrimination indirecte.

20. *O'Malley*, précité, note 11.

21. *Commission scolaire de Chambly*, précité, note 18, 544.

1.3 Un objet partagé, l'élimination de la discrimination

L'objet de l'obligation d'accommodement est de corriger l'effet discriminatoire produit à l'endroit d'un individu ou d'un groupe par l'application d'une règle d'emploi qui, autrement, serait neutre. La raison d'être de l'obligation d'accommodement est donc d'assurer le respect du droit à l'égalité en prenant en considération la nécessité de composer avec les différences. Il s'agit alors de corriger l'effet imputable à une « norme » dont l'application généralisée, bien qu'elle se veuille universelle, défavorise les groupes et les personnes dont les caractéristiques sont distinctes de celles de la majorité. Le propre de l'obligation d'accommodement est précisément d'autoriser, en guise de redressement, des exceptions à la règle générale de manière à composer avec les besoins particuliers des groupes ou des individus. C'est par son caractère d'exception à une règle par ailleurs neutre mais qui produit un effet discriminatoire que l'obligation d'accommodement peut être vue comme un remède individualisé.

Quant à l'objet de la solution de rechange, il consiste à annuler et à remplacer la règle de discrimination directe imposée à un groupe en fonction de ses caractéristiques propres, par exemple l'annulation d'une règle générale d'exclusion des femmes en âge de procréer sous le prétexte de la sécurité du fœtus. Une solution de rechange emporte donc d'abord et avant tout l'annulation pure et simple de la règle d'emploi. Il y a plus : la solution de rechange impose également, lorsque cela est nécessaire, le remplacement de la règle incriminée par des mesures favorables à l'établissement de l'égalité, par exemple la réaffectation temporaire de la travailleuse enceinte. C'est donc dire que l'adoption de mesures raisonnables comme solution de rechange a une grande portée ; elle comprend sans s'y limiter la formulation d'une règle moins générale et l'administration de tests individuels. C'est dans son effet d'annulation de la règle de discrimination directe qu'une solution de rechange est considérée comme un remède général ou systémique.

Au-delà de la distinction voulant qu'une solution de rechange annule la règle de discrimination directe, alors qu'un accommodement ne ferait que la modifier, les deux mesures de redressement convergent néanmoins dans leur effet correctif : elles font l'une et l'autre en sorte que la règle discriminatoire ne s'applique plus au groupe victime. Comme accommodement, l'exemption du travail de nuit pour une femme enceinte « annule » la règle relative aux équipes de travail dans son cas. Comme solution de rechange, l'annulation de la règle de l'interdiction d'embauche des femmes enceintes peut nécessiter des mesures de protection de la sécurité ou des autorisations d'absence pour éliminer l'exclusion de l'emploi et la remplacer par l'inclusion.

Et en outre : même en cas de discrimination indirecte, la sanction peut aller jusqu'à l'annulation de la règle d'emploi. Dans cette perspective, l'arrêt *O'Malley* doit être clarifié²². On retiendra que, lorsque le juge McIntyre y affirme que la règle de discrimination indirecte est seulement modifiée et non annulée, son analyse porte sur l'examen de la proportionnalité de la règle d'emploi. À l'étape préalable toutefois, lorsqu'il s'avère que la règle d'emploi en cause ne respecte pas le critère de la rationalité, cette règle doit tout simplement être annulée. Si la règle n'est pas rationnelle, il n'y a donc aucune distinction entre la sanction de la discrimination directe et la sanction de la règle de discrimination indirecte. Le meilleur exemple nous en est donné par le célèbre arrêt *Griggs* de la Cour suprême des États-Unis : l'étude de tests d'embauche neutres en soi mais qui ont pour effet d'exclure une catégorie de personnes, en l'espèce les Noirs, peut conduire à leur annulation s'ils sont jugés non pertinents par rapport à l'emploi ou fondés sur des critères excessifs compte tenu des aptitudes réelles requises pour exécuter le travail²³.

De même, la frontière artificielle entre un redressement individuel et un redressement général, en fonction de la forme de la discrimination, tombe lorsque la discrimination indirecte en vient à constituer une discrimination directe. C'est le cas lorsqu'une règle en elle-même neutre entraîne un effet discriminatoire visiblement généralisé à l'endroit d'un groupe. Il en est ainsi de certaines règles de disponibilité au travail (par exemple la règle exigeant que l'employée soit disponible pour tout le contrat) lorsqu'elles sont appliquées aux travailleuses enceintes encore aptes et disponibles pour les exclure de l'emploi sans tenir compte de la possibilité de satisfaire leur besoin futur de s'absenter du travail. Le fait de ne pas tenir compte des besoins caractéristiques de la grossesse se trouve nécessairement à causer un effet de discrimination à l'encontre de tous les membres du groupe qui sont exclus quand la situation se présente. En effet, bien que la disponibilité soit une condition de travail qui est éminemment neutre, l'employeur qui l'applique aux travailleuses enceintes sait qu'il leur impose un fardeau dans ces circonstances. La mesure d'accommodement individuel requise pour la victime de discrimination, soit en l'occurrence un congé de maternité avec un remplacement si c'est nécessaire, constitue en même temps une solution de rechange : bien qu'il s'agisse d'une mesure individuelle dans le sens où elle est prise à la demande d'une victime de discrimination reconnue, elle offre, en plus, un redressement de nature systémique puisque la même solution peut s'appliquer dans l'avenir à toute autre travailleuse enceinte.

22. *O'Malley*, précité, note 11.

23. *Griggs v. Duke Power*, 401 U.S. 424 (1971).

Certes, il y a une différence entre la solution de rechange qui annule la règle d'emploi et l'obligation d'accommodement qui ne fait que la modifier ; mais cette différence se ramène pour l'essentiel à l'effet de la mesure de redressement sur la règle d'emploi. Au-delà de cette distinction, ce qui importe le plus, au fond, c'est le résultat final recherché par la mesure de redressement. Or, en fin de compte, que l'on parle de solution de rechange ou d'accommodement, ces deux mesures de redressement visent à changer — d'une manière ou de l'autre — la règle d'emploi afin de remédier à une discrimination.

1.4 La pleine portée de la notion de solution de rechange

Tout au long de l'arrêt *Stratford*, la Cour suprême a systématiquement employé l'adjectif « individuel » pour qualifier précisément l'obligation d'accommodement. Et la Cour traitait en l'occurrence du « remaniement des fonctions ». C'est d'« accommodement individuel » qu'elle parle lorsqu'elle conclut : « la solution qui consiste à tenir compte de la situation de chacun [...] n'est pas compatible avec le concept de la défense sur l'exigence professionnelle²⁴ ».

En l'espèce, la Cour suprême a considéré qu'une mesure comme le remaniement des fonctions était un accommodement individuel ne pouvant entrer dans la composition d'une solution de rechange à la discrimination directe. Mais il y était question d'un remaniement des fonctions considéré comme impossible dans les circonstances. Si l'on songe à notre cas de figure, soit la discrimination fondée sur la grossesse, qu'en serait-il d'une réaffectation de la travailleuse enceinte qui ne serait que temporaire ? D'une simple modification dans les tâches ? Et même d'un remaniement des fonctions, s'il est possible ? Que ce soit la réaffectation temporaire, la modification des tâches ou le remaniement des fonctions de la travailleuse qui permettrait d'éliminer la discrimination, si l'un ou l'autre est possible, qu'est-ce qui empêche d'y procéder ?

Afin de parvenir malgré tout à une modification des tâches, et même dans certains cas, pourquoi pas, à un remaniement des fonctions, il faudra s'attacher à élargir le plus possible l'étendue de ce qu'est une mesure générale, puisque le critère d'admissibilité d'une solution de rechange est de ne pas être une mesure individuelle. À défaut d'avoir accès à des mesures d'accommodement, ce genre de remaniement est possible au moyen d'une solution de rechange à la discrimination directe, à la condition toutefois que les caractéristiques essentielles du travail, soit les aptitudes qui s'avèrent vraiment requises par un emploi donné, soient respectées. Une solution de

24. *Stratford*, précité, note 1, 735.

rechange peut donc s'étendre à toute mesure non individuelle : elle peut même déboucher sur des modifications aux règles d'emploi ; mais, contrairement à l'obligation d'accommodement, ces modifications ne doivent tenir compte que de la situation du groupe et non de la situation individuelle des personnes.

La notion de solution de rechange présente donc des perspectives intéressantes comme redressement de la discrimination directe... dans la mesure où l'employeur peut prendre des mesures générales. Ce potentiel de la solution de rechange étant reconnu, il reste à analyser les avantages qu'offrirait un régime unitaire de responsabilité pour discrimination illicite.

2. Le régime unitaire de responsabilité pour discrimination illicite

Comme argument d'interprétation, nous soutiendrons que les articles 10, 20 et 49 de la Charte québécoise définissent un régime unitaire de responsabilité pour discrimination : ces articles s'appliquent de la même manière à toute forme de discrimination. S'inscrivant à l'intérieur d'un régime unitaire de responsabilité pour discrimination illicite, l'exception de l'article 20 relative aux qualités requises par l'emploi a un sens suffisamment distinct de celui des dispositions analogues des codes des provinces de common law pour pouvoir soutenir l'interprétation que la trilogie des arrêts *Stratford*²⁵, *Bhinder*²⁶ et *Central Alberta Dairy Pool*²⁷, qui écartent l'obligation d'accommodement en cas de discrimination directe, ne trouve pas application dans les litiges invoquant la Charte québécoise.

La Charte québécoise met en place un régime de responsabilité où les étapes ordonnées menant à la sanction de la discrimination illicite incluent implicitement l'obligation d'accommodement dans la défense fondée sur les qualités requises par un emploi. Faisant partie intégrante de la défense fondée sur les qualités requises par un emploi, l'obligation d'accommodement ne saurait alors être écartée avant que son défaut d'exécution soit justifié. Bref, si l'accommodement est une obligation pour les uns, c'est parce qu'il constitue pour les personnes un droit découlant de leur droit à l'égalité.

Cette conclusion se fonde sur l'analyse du statut juridique de l'obligation d'accommodement²⁸.

25. *Id.*, 733.

26. *Bhinder*, précité, note 7.

27. *Central Alberta Dairy Pool*, précité, note 5.

28. La conclusion selon laquelle l'obligation d'accommodement devrait être appliquée en cas de discrimination directe serait également valable dans le cadre de codes des droits des provinces de common law si la Cour suprême imposait un renversement de la

L'accommodement possède tous les attributs d'un élément constitutif du régime de responsabilité pour discrimination illicite : il fait sentir sa présence du début à la fin du processus menant à une condamnation en responsabilité. L'accommodement apparaît d'abord sous la forme d'une obligation de prendre des mesures pour respecter le droit à l'égalité (article 10). Ensuite, cette obligation influe sur le moyen de défense fondé sur les qualités requises par l'emploi : l'employeur doit faire la preuve de contraintes excessives l'empêchant de prendre des mesures pour composer avec les besoins des groupes ou des individus (article 20). Et, finalement, on retrouve l'accommodement comme mesure de redressement à l'étape de la sanction de la discrimination illicite par l'ordonnance judiciaire de prendre des mesures pour protéger le droit à l'égalité (article 49).

L'enchaînement des étapes, à partir de l'obligation de non-discrimination prescrite par l'article 10, en passant par la défense fondée sur les qualités requises par un emploi en vertu de l'article 20, pour en arriver à la sanction de la discrimination illicite, mène à l'accommodement comme redressement de la situation de discrimination.

2.1 L'obligation de respecter le droit à l'égalité prescrite par l'article 10

L'article 10 de la Charte reconnaît le droit à l'égalité dans l'exercice des droits et libertés de la personne sans discrimination :

10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.

L'interdiction de la discrimination prévue par l'article 10 est absolue dans le sens où cette disposition prohibe toute forme de discrimination, directe ou indirecte, qui a « pour effet de détruire ou de compromettre [le

jurisprudence. Comme la Cour suprême s'attache plus à l'objet commun des lois sur les droits de la personne qu'à leur différence de texte (voir l'arrêt *Brossard*, précité, note 5), bien que nous fassions ici valoir des arguments de texte tirés de la rédaction propre à la Charte québécoise (*Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12), et plus particulièrement à l'article 10 qui offre des différences terminologiques très significatives par rapport aux codes des droits des provinces de common law ne comportant pas de disposition similaire, nous suggérons que, à partir du moment où l'on convient que le statut juridique de l'obligation d'accommodement est bel et bien d'être une composante du droit à l'égalité, la distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte est injustifiable sur le plan des principes.

droit à l'égalité]²⁹ ». Cela s'explique : quelle que soit la forme de ses manifestations, le propre de la discrimination est d'exclure ; par conséquent, peu importe qu'elle soit directe ou indirecte, c'est à ses effets d'exclusion qu'il importe de s'attacher, 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 en réprovoe les manifestations. Le respect de l'article 10 implique donc que les effets de toute discrimination soient corrigés lorsque c'est possible.

De plus, en interdisant la discrimination, la finalité de l'article 10 est d'assurer « l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne ». Or, c'est au droit à l'égalité lui-même que se rattache le fondement de l'existence non seulement de l'obligation d'accommodement mais aussi de l'obligation d'adopter une solution de rechange. Accommodement raisonnable et solution de rechange jouent, à ce titre, le même rôle ; dans un cas comme dans l'autre, leur objet est de mettre en œuvre « l'obligation générale de prendre des mesures raisonnables afin de protéger [le droit à l'égalité]³⁰ ». Cette obligation générale de prendre des mesures pour garantir l'égalité repose sur un fondement solide : non seulement il s'agit d'une « conséquence naturelle de la reconnaissance [du droit à l'égalité]³¹ », mais mieux encore elle en « fait partie intégrante³² ».

Cette obligation générale de prendre des mesures pour protéger le droit à l'égalité qui découle de l'article 10 est centrale dans le domaine de la discrimination dans l'emploi prohibée par l'article 16. L'obligation de non-discrimination dans l'emploi impose l'obligation de prendre des mesures d'égalité dans l'emploi (articles 10 et 16). Par exemple, le remplacement de la discrimination fondée sur la grossesse par l'inclusion dans l'emploi nécessite des mesures d'accommodement pour répondre aux trois besoins caractéristiques de la grossesse : le besoin de sécurité, le besoin de s'absenter du travail et le besoin de conserver les avantages de l'emploi.

L'obligation positive d'agir de façon à assurer l'égalité dans l'emploi a un fondement solide : elle découle du fait que la Cour suprême a reconnu

29. Les auteurs sont unanimes sur cette question : D. PROULX, *op. cit.*, note 4 ; A. 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, 1994, p. 65, aux pages 81 et 82 ; P. BOSSET, *La discrimination indirecte dans le domaine de l'emploi*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, pp. 102 et 103.

30. O'Malley, précité, note 11.

31. Le Tribunal des droits de la personne admet d'emblée que « l'obligation d'accommodement sans contrainte excessive se pose de manière plus générale comme une conséquence naturelle du droit à l'égalité » : *Commission des droits de la personne c. Bar La Divergence*, T.D.P. Montréal, n° 500-53-000014-934, 7 mars 1994, j. Rivet, p. 5.

32. *Commission scolaire de Chambly*, précité, note 18.

que l'égalité a un sens concret, notamment dans son grand arrêt de principe *Andrews c. Law Society of British Columbia*³³. Or l'atteinte d'une égalité réelle exige de prendre en considération les besoins particuliers reliés aux caractéristiques de certains groupes. Et puisque l'obligation est rattachée au droit à l'égalité réelle, elle existe à l'encontre de toute forme de discrimination, tant directe qu'indirecte. Il en résulte que, lorsqu'une mesure liée à une solution de rechange à la discrimination directe est issue de la prise en considération des différences pour remplacer un traitement défavorable par un traitement favorable, cette mesure est équivalente à l'obligation d'accommodement qui, en matière de discrimination indirecte, déroge à une règle neutre pour éviter son effet préjudiciable.

2.2 La défense fondée sur les qualités requises par un emploi prévue dans l'article 20

L'article 20 prévoit le moyen de défense fondé sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi : « Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi [...] est réputée non discriminatoire. »

L'article 20 mérite un examen d'autant plus approfondi que, dans les arrêts *Stratford*, *Central Alberta Dairy Pool* et *Bhinder*, c'est à l'étape précise de la défense que la Cour suprême a jugé que l'obligation d'accommodement devait être écartée une fois que l'employeur avait établi l'existence d'une exigence professionnelle justifiée. Pourtant, la considération de l'obligation d'accommodement à l'intérieur même de la défense relative à l'exigence professionnelle, loin de la dénaturer, confirmerait au contraire sa véritable finalité qui est précisément d'exiger une justification. La défense d'exigence professionnelle justifiée n'a pas à être considérée comme établie avant que l'employeur ait fait la preuve de l'absence de moyens moins discriminatoires.

La question est d'une importance considérable pour le droit québécois : la défense de l'article 20 s'applique à tous les motifs de discrimination (contrairement à la disposition de la loi ontarienne examinée dans l'arrêt *Stratford* qui n'englobait que les motifs du sexe, de l'âge et de l'état civil). On imagine les conséquences désastreuses si les décisions de la Cour suprême étaient indistinctement transposées au Québec : il n'y aurait pas d'obligation d'accommodement lorsque la discrimination, fondée sur la grossesse par exemple, est directe. Un employeur pourrait alors déclarer : « Je n'embauche pas de femmes enceintes pour des raisons de sécurité !

33. *Andrews*, précité, note 15.

C'est direct ! Je n'ai pas d'obligation d'accommodement. » L'accommodement serait réservé aux cas de discrimination indirecte : par exemple l'exigence de disponibilité de la travailleuse enceinte pour toute la durée du contrat. Ce résultat privant les victimes de discrimination directe d'une mesure de redressement aussi importante que l'accommodement n'a sûrement pas été voulu par le législateur.

De telles conséquences, qui auraient pour effet de laisser plusieurs cas de discrimination directe sans réparation, peuvent être évitées si l'interprétation se fonde au premier chef sur le principe de l'interdiction de la discrimination, pour mieux établir ensuite les balises de l'exception. D'où l'importance de subordonner l'article 20 à l'article 10 : en tant qu'énoncé de principe, l'article 10 interdit toute discrimination, directe et indirecte, et il impose l'obligation de prendre des moyens pour protéger le droit à l'égalité.

Qu'il s'agisse de solution de rechange ou de mesure d'accommodement, les questions pertinentes sont les mêmes. D'abord, la mesure est-elle appropriée ? Ensuite, est-elle possible ?

Pour la victime comme pour la société, c'est d'abord le caractère approprié de la mesure qui importe, à savoir si elle corrige la situation discriminatoire. De ce point de vue, l'employeur doit ensuite fournir des explications sur la possibilité ou non d'appliquer la mesure. Dans les circonstances où la réponse à ces deux questions est positive, l'employeur doit agir et appliquer la mesure. S'il satisfait aux critères d'être approprié et possible, l'accommodement est raisonnable et devrait alors être considéré dans les cas de discrimination tant directe qu'indirecte.

La relation de l'article 20 avec l'article 10 est une relation de subordination : si l'obligation d'accommodement est partie constitutive du droit à l'égalité prévu dans l'article 10, elle devient par le fait même un des éléments à considérer pour établir la défense sur les qualités requises par l'emploi prévue dans l'article 20. À titre d'exception au droit à l'égalité, la défense prévue dans l'article 20 doit suivre la même logique que celle qui est suivie par l'article 10 : ce dernier s'appliquant sans faire de distinction entre les formes de discrimination, l'article 20 doit également être appliqué sans faire de distinction. Cette symétrie entre l'obligation et le moyen de défense, qui ne font ni l'un ni l'autre de distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte, conduit à une application uniforme de l'article 20. Indépendamment de la forme de la discrimination, donc, la défense sur les qualités requises par l'emploi ne peut être établie sans la preuve de l'existence de contraintes excessives empêchant de prendre des mesures pour respecter le droit à l'égalité, ce qui inclut des mesures d'accommodement lorsqu'elles seraient appropriées.

Provenant du droit à l'égalité consacré par l'article 10, l'obligation d'accommodement n'est pas écartée par l'article 20 : sa prise en considération est nécessaire pour apprécier la justification d'une qualité requise par l'emploi.

Il est vrai qu'une fois établi que la règle d'emploi est fondée sur une qualité requise par l'emploi au sens de l'article 20, l'exclusion qu'elle entraîne « est réputée non discriminatoire ». L'exclusion étant ainsi reconnue licite, elle ne peut pas, par conséquent, être sanctionnée en vertu de l'article 49. Il ne suffit toutefois pas d'invoquer cette exception au droit à l'égalité : encore faut-il que l'employeur établisse que la règle discriminatoire constitue bien une exigence professionnelle justifiée. Or, comme on examine alors la validité de la règle au regard des obligations de l'employeur, il est essentiel de considérer l'obligation d'accommodement, ne serait-ce que pour déterminer si son absence est justifiée. Sur ce point, on comprend difficilement pourquoi le juge Sopinka, l'un des rédacteurs de l'arrêt *Stratford*, n'a pas transposé à la discrimination directe l'opinion minoritaire qu'il avait émise dans l'affaire *Central Alberta Dairy Pool* (cause relative à un cas de discrimination indirecte) à l'effet de considérer l'obligation d'accommodement dans le cadre de la défense de justification.

Le juge Sopinka aurait été fondé de soutenir son idée en l'étendant à la discrimination directe : « il faut traiter de l'obligation d'accommodement dans le contexte [...] de la défense fondée sur l'exigence professionnelle³⁴ ».

Comme le souligne le professeur André Morel, la formulation de l'article 20 de la Charte québécoise se distingue de celle des dispositions des codes des droits des autres provinces par l'accent mis sur le critère de la « nécessité » de l'exigence professionnelle, nécessité mise en relief par le choix des termes : « aptitudes ou qualités requises par l'emploi³⁵ ». Cette insistance quant à la nécessité de la règle favorise la prise en considération de l'obligation d'accommodement plutôt que sa mise à l'écart. On ne peut pas dire qu'une règle est nécessaire lorsqu'elle est susceptible de modifications qui permettraient d'éviter la discrimination sans entraver indûment l'exploitation de l'entreprise.

Ajoutons un autre argument d'interprétation fondé sur la comparaison du libellé de l'article 20 de la Charte québécoise avec celui des dispositions analogues rencontrées dans les autres juridictions.

La tournure « fondée sur des exigences professionnelles normales » que l'on trouve dans les codes des droits des provinces de common law se

34. Idée que le juge Sopinka a d'ailleurs implicitement reprise lors de sa décision majoritaire dans une autre affaire de discrimination indirecte, soit l'arrêt *Renaud*, précité, note 17.

35. A. MOREL, *loc. cit.*, note 29, 84.

réfère essentiellement au caractère professionnel de l'exigence, sans qu'il ne soit fait aucune allusion à quelque considération individuelle que ce soit. L'énoncé « fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi » de l'exception dans la Charte québécoise comporte deux groupes de mots, dont l'un fait référence à des considérations individuelles. Le renvoi exprès des termes « requises par l'emploi » au caractère professionnel est en effet tempéré par la dimension individuelle des termes « aptitudes et qualités ». Cette façon d'articuler les notions de qualités et d'aptitudes de nature individuelle avec la notion de caractère professionnel d'une exigence d'emploi qui distingue la Charte québécoise oblige à tenir compte de facteurs individuels dans l'exercice de conciliation entre deux droits, soit le droit à l'égalité dans l'emploi et le droit de gérance de l'employeur.

La conciliation entre le caractère professionnel d'une exigence et la propriété d'une qualité d'être individuelle vise à assurer le respect du droit à l'égalité sans entraver le bon fonctionnement de l'entreprise. Or, afin de protéger le droit des personnes d'être évaluées selon leurs compétences, il faut soumettre le droit de l'employeur de choisir les personnes aptes à exécuter le travail à l'obligation de prendre les mesures d'accommodement qui permettront aux personnes, qui seraient autrement exclues par discrimination, d'exercer leurs aptitudes.

Du point de vue de la nécessité de la règle, la faiblesse de l'analyse de l'arrêt *Stratford* réside dans le fait d'examiner cette règle *in abstracto*, sans considérer l'ensemble des conditions de travail. Cette démarche est pourtant essentielle pour vérifier si des modifications sont possibles afin de respecter le droit à l'égalité. En fait, la Cour est partie de la prémisse que le caractère professionnel d'une exigence d'emploi est incompatible avec des solutions individuelles telles que l'obligation d'accommodement. N'est-ce pas, en quelque sorte, présupposer que l'application générale de la norme est une nécessité avant même d'avoir procédé à son examen critique ?

Pourtant, malgré son caractère général, une exigence d'emploi peut faire l'objet de modifications ou d'exceptions sans pour autant être déparée de sa nature professionnelle. Une exigence discriminatoire n'est pas nécessaire, ni, par conséquent, ne constitue une qualité requise par l'emploi, si l'exécution du travail peut être assurée en apportant certains aménagements aux normes générales de façon à remplacer une règle de discrimination.

Le refus de l'arrêt *Stratford* de considérer l'obligation d'accommodement à l'intérieur de la défense de justification prête le flanc aux mêmes critiques que celles qui avaient été formulées à l'endroit de l'arrêt *Bhinder*.

C'était précisément en ne mettant pas suffisamment l'accent sur la nécessité de justifier l'exigence professionnelle que l'arrêt *Bhinder* avait

erré. Tout de suite après avoir dit qu'il s'agissait d'un moyen de défense, la Cour l'avait en quelque sorte immédiatement oublié. Par son refus de vérifier si le défaut d'accommoder était justifiable, c'est *a priori* que la Cour suprême avait écarté l'obligation d'accommodement du seul fait que la loi comportait une disposition qui prévoyait la défense d'exigence professionnelle justifiée. C'était aussi oublier que l'obligation est préexistante comme fondement de la responsabilité. C'était omettre que, dans un recours en responsabilité, le propre du moyen de défense est précisément de rendre des comptes sur la manière dont l'obligation a été satisfaite ou sur les raisons justifiant son inexécution.

Rappelons que la nature des obligations définit le contenu du moyen de défense.

En vertu de l'article 10, il y a obligation de prendre des mesures raisonnables pour protéger le droit à l'égalité, peu importe qu'il s'agisse de discrimination directe ou indirecte. Quant au moyen de défense offert par l'article 20, son contenu est dicté par les obligations qui font partie du droit à l'égalité. L'article 20 impose donc plus qu'une preuve du caractère professionnel de l'exigence, il réclame des explications sur la manière dont l'employeur s'est acquitté de son obligation de prendre des mesures d'égalité.

Il s'avère donc que la question des mesures d'égalité fait partie intégrante de la défense fondée sur les qualités requises par un emploi : il s'agit toujours de savoir si le défaut de l'employeur de prendre des mesures pour protéger le droit à l'égalité est justifié.

2.3 Le droit à la cessation de l'atteinte et à la réparation du préjudice conféré par l'article 49

L'objet de l'article 49 de la Charte est de compléter le régime de responsabilité pour discrimination illicite par un régime de sanction centré sur 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 régime de responsabilité étant de sanctionner le manquement à une obligation, l'article 49 de la Charte ne peut véritablement fournir un redressement approprié au problème de la discrimination que s'il corrige le défaut injustifié d'adopter une solution de rechange. Cela peut se traduire par le fait de devoir prendre des mesures raisonnables pour composer avec les besoins spécifiques du groupe victime de discrimination. En

ce sens, Pierre Bosset³⁶ et André Morel³⁷ — après avoir tout d'abord rattaché l'obligation d'accommodement au droit à l'égalité même de l'article 10 — y ont vu, à juste titre, un moyen de sanction pour « obtenir la cessation de cette atteinte » lors de l'imputation de la responsabilité pour discrimination illicite.

Puisque l'obligation d'accommodement s'impose à partir de l'article 10, en passant par l'article 20, pour arriver à l'article 49, on peut considérer que la sanction de la responsabilité pour discrimination illicite peut comporter l'injonction de prendre des mesures d'accommodement en vue de respecter le droit à l'égalité et de mettre fin à la discrimination. Il s'agit en effet d'assurer « l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne » (article 10). Présente à l'article 10, et considérée à l'article 20, l'obligation d'accommodement est toujours présente à l'article 49... si son défaut est demeuré non justifié.

La présence de l'obligation d'accommodement à l'article 49 s'explique par le fait que le droit à la réparation implique au départ la cessation de l'atteinte aux droits. En fait, il y a des cas où la réparation est impossible sans la cessation préalable de l'atteinte. Par exemple, même lorsque la discrimination est directe, il arrive souvent que, pour rendre une ordonnance d'intégration ou de réintégration dans l'emploi, il faille aussi ordonner, comme mesure essentielle à l'intégration, de prendre les accommodements nécessaires selon les circonstances de la discrimination (mesures d'accessibilité, moyens de faciliter l'exécution du travail, etc.).

Afin que les droits soient « mieux protégés contre toute violation » — ainsi qu'il est proclamé dans le préambule de la *Charte* —, les termes « la cessation de l'atteinte et la réparation du préjudice » de l'article 49 de la Charte doivent être interprétés de façon large. Cela implique que, pour sanctionner de manière efficace les atteintes au droit à l'égalité, la portée réparatrice de l'article 49 s'étende à toute mesure de redressement appropriée pour remédier à la situation de discrimination, ce qui inclut des mesures d'accommodement lorsque celles-ci sont le moyen d'obtenir la cessation de l'atteinte. Cette interprétation donne sa pleine portée au droit de recours de l'article 49 de la Charte : le droit à la réparation suppose l'adoption des mesures nécessaires à son obtention ; toute mesure essentielle à la mise en œuvre de la réparation est appropriée.

D'ailleurs, cette interprétation de l'article 49 comme comprenant l'ordonnance de prendre des mesures d'accommodement à titre de sanction de toute discrimination se trouve en quelque sorte renforcée par les

36. P. BOSSET, *op. cit.*, note 29, p. 70.

37. A. MOREL, *loc. cit.*, note 29, 70.

dispositions sur la compétence du Tribunal des droits de la personne d'ordonner de prendre des mesures appropriées. L'article 80 auquel renvoie l'article 111 a une rédaction large qui inclut sûrement des mesures d'accommodement dans les formules « toute mesure appropriée » et « toute mesure de redressement qu'elle juge alors adéquate ». Le Tribunal a donc compétence pour ordonner de prendre toute « mesure appropriée » en considérant l'accommodement raisonnable comme une « mesure de redressement adéquate ».

Par définition, l'obligation d'accommodement est donc incontestablement un moyen indispensable au droit à l'égalité dans l'exercice des droits et libertés de la personne.

En conclusion, compte tenu du rôle important qui lui est assigné dans l'établissement de l'égalité, l'« accommodement » traverse le régime de responsabilité pour discrimination illicite : il en constitue carrément l'un des éléments intrinsèques puisqu'il y participe à la fois à titre d'obligation, de moyen de défense et de mesure de redressement. De l'obligation à la sanction, l'accommodement raisonnable doit donc nécessairement être considéré comme un redressement approprié à toute discrimination précisément dans les cas où la défense n'a pas justifié l'inexécution de l'obligation de prendre des mesures d'égalité.

Pour revenir à notre cas de figure, soit la discrimination fondée sur la grossesse, en appliquant le principe de la prise en considération des besoins particuliers des travailleuses enceintes à la recherche d'une solution d'égalité visant l'élimination de la discrimination dans l'emploi fondée sur la grossesse, on est légalement justifié, voire tenu, de viser précisément à satisfaire leurs besoins par la mise en œuvre des mesures d'accommodement. Cette solution d'égalité dans l'emploi par la sécurité au travail, par le droit de s'absenter du travail et par le droit de conserver les avantages de l'emploi s'impose en pratique sans distinction aucune entre les formes de discrimination : quelle que soit la forme par laquelle la discrimination fondée sur la grossesse se manifeste — sous la forme d'une discrimination directe excluant manifestement les femmes enceintes ou sous la forme d'une discrimination indirecte résultant du refus de faire exception aux règles habituelles d'emploi —, il faut répondre aux besoins particuliers caractérisant la grossesse.

L'obligation d'accommodement est par définition un moyen indispensable pour sanctionner l'inexécution de l'obligation de prendre des mesures pour protéger le droit à l'égalité dans l'emploi des femmes enceintes. C'est bel et bien parce que les exigences d'emploi discriminatoires qui entrent en contradiction avec les besoins caractéristiques de la grossesse ne visent que

les femmes qu'il est nécessaire de chercher des mesures d'accommodement répondant aux besoins des travailleuses. Comme nous faisons face à un traitement qui défavorise les femmes en raison de la maternité, il ne peut donc défavoriser que les femmes, de sorte qu'il est logique et légitime de chercher un remède précis qui prenne en considération les différences réelles entre les sexes, soit, en l'espèce, la capacité de donner naissance qui, sans préjuger de l'avenir, demeure encore et pour longtemps une affaire de femmes.

L'interdiction de la discrimination fondée sur la grossesse, le droit au retrait préventif et le droit au congé de maternité sont des éléments constitutifs d'un régime de protection de la femme enceinte qui cristallise la reconnaissance sociale du fait que la maternité est une responsabilité collective. Compte tenu de l'existence de conditions de travail susceptibles de présenter des risques particuliers pour la sécurité de la travailleuse enceinte et compte tenu de son besoin de s'absenter du travail pour des raisons de grossesse, ces règles imposent aux employeurs l'obligation d'agir de façon à assurer la sécurité des travailleuses et à leur permettre de s'absenter du travail afin de protéger leur droit à l'égalité dans l'emploi.

Sur le plan juridique, l'interprétation du droit à l'égalité dans l'emploi doit donc notamment tenir compte de trois besoins spécifiques des travailleuses enceintes : le besoin d'assurer la sécurité du travail, celui de s'absenter du travail et celui de conserver les avantages liés à l'emploi pendant ces absences pour des raisons de grossesse. L'expression « tenir compte des besoins des femmes enceintes au travail » reprend, mot pour mot, la définition même de l'« obligation d'accommodement ». Cela nous amène à conclure que l'obligation de protéger le droit à l'égalité dans l'emploi des travailleuses enceintes existe, quelle que soit la forme de la discrimination, et sa solution réside dans : l'obligation d'accommodement !

Conclusion

Dans le contexte de la Charte québécoise, le principal argument d'interprétation en faveur de la considération de l'obligation d'accommodement, quelle que soit la forme de la discrimination, est fondé sur le libellé d'ensemble des articles 10, 20 et 49 : comme obligation, moyen de défense et mesure de redressement, l'obligation d'accommodement est élevée au rang d'élément constitutif d'un régime unifié de responsabilité pour discrimination illicite. Ainsi, l'obligation d'accommodement s'applique indistinctement dans tous les cas de discrimination, tant directe qu'indirecte.

D'ailleurs, la Cour suprême elle-même a posé les prémisses d'une interprétation dont la conclusion logique devrait conduire à l'unification du

régime de défense et de sanction et à la considération de l'obligation d'accommodement quelle que soit la forme de la discrimination. À partir du moment où la Cour considère l'obligation d'accommodement comme une véritable composante du droit à l'égalité, on se trouve par conséquent justifié d'étendre son raisonnement aux mesures de redressement destinées à éliminer toute forme de discrimination. On peut ainsi conclure que, même en présence d'une discrimination directe, on ne peut passer outre à la prise en considération des besoins particuliers des groupes et des individus. Or il est établi que l'obligation détermine les justifications que doit fournir l'employeur qui invoque le moyen de défense. En l'occurrence, c'est le droit à l'égalité et l'obligation de prendre des mesures pour respecter ce droit qui conditionnent le moyen de défense fondé sur l'exigence professionnelle justifiée.

Au nom du principe de la cohérence entre ses propres décisions, on doit s'attendre que la Cour suprême soit appelée à mettre sa position écartant l'obligation d'accommodement en cas de discrimination directe en accord avec cinq grands principes étroitement liés qu'elle a déjà reconnus :

- 1) quant au droit à l'égalité : de la rendre compatible avec sa compréhension du droit à l'égalité comme visant l'atteinte d'une égalité concrète et réelle, ce qui oblige à tenir compte des différences (arrêt *Andrews*³⁸) ;
- 2) quant à la prohibition de la discrimination : de la rendre conforme à l'interdiction même de la discrimination qui s'en prend indistinctement à toutes les formes et dont l'un des objets est précisément d'éliminer les généralisations préjudiciables à un groupe (arrêt *Canadien National*³⁹) ;
- 3) quant au droit à un traitement en fonction de ses compétences : d'appliquer le principe que l'employeur doit traiter individuellement ses employés lorsqu'il est possible de le faire (arrêt *Saskatoon*⁴⁰) ;
- 4) quant à l'obligation de prendre des mesures pour protéger le droit à l'égalité : reconnaître son caractère universel (arrêts *O'Malley*⁴¹ et *Brossard*⁴²) en tirant la conséquence logique de sa conclusion que l'obligation d'accommodement est partie intégrante du droit à l'égalité (arrêt *Commission scolaire de Chambly*⁴³) ;

38. *Andrews*, précité, note 15.

39. *Canadien National*, précité, note 12.

40. *Saskatoon*, précité, note 5.

41. *O'Malley*, précité, note 11.

42. *Brossard*, précité, note 5.

43. *Commission scolaire de Chambly*, précité, note 18.

- 5) quant à la discrimination fondée sur la grossesse : d'exécuter sa résolution de ne pas laisser imposer aux femmes de désavantages économiques parce qu'elles seules peuvent être enceintes (arrêt *Brooks*⁴⁴).

Bref, il s'agit pour la Cour d'établir la cohésion entre autant de concepts liés au droit à l'égalité sans discrimination à l'exercice duquel l'obligation d'accommodement est indispensable.

En conclusion, la nécessité de considérer l'obligation d'accommodement à l'intérieur de la défense sur les qualités requises par l'emploi est amplement illustrée par l'exemple de la discrimination fondée sur la grossesse. Nous croyons donc que, malgré l'arrêt *Stratford*, il est encore tout à fait possible de parvenir à la reconnaissance de l'obligation d'accommodement en cas de discrimination directe par l'interprétation judiciaire des dispositions précises de la Charte québécoise. En un mot, on devrait pouvoir dire : n'est pas une qualité requise par l'emploi l'exigence qui peut faire l'objet d'un accommodement. La logique obligation/défense/sanction qui sert de fondement au régime de responsabilité pour discrimination illicite institué par la Charte québécoise permet d'interpréter l'article 20 comme n'excluant pas l'obligation d'accommodement mais imposant plutôt la justification de son exécution.

Selon cette interprétation, le propre de la disposition sur les qualités requises par un emploi est précisément de faire porter le fardeau de la preuve sur l'employeur : quelle que soit la forme de la discrimination, la défense fondée sur les qualités requises par un emploi n'écarte pas l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour respecter le droit à l'égalité, fussent-elles d'accommodement ; au contraire, comme moyen de défense pour justifier une exigence professionnelle, cette disposition impose à l'employeur le fardeau de prouver qu'il était dans l'impossibilité de prendre des mesures pour éviter toute discrimination.

Ainsi, en l'absence de justification, le refus d'accommodement est une forme de discrimination !

44. *Brooks*, précité, note 16.