Document generated on 07/16/2025 8:03 a.m.

Les Cahiers de droit

Le droit de congédier un employé physiquement ou psychologiquement inapte : revu et corrigé par le droit à l'égalité et le droit au travail

Dominic Roux and Anne-Marie Laflamme

Volume 48, Number 1-2, 2007

URI: https://id.erudit.org/iderudit/043928ar
DOI: https://doi.org/10.7202/043928ar

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

Roux, D. & Laflamme, A.-M. (2007). Le droit de congédier un employé physiquement ou psychologiquement inapte : revu et corrigé par le droit à l'égalité et le droit au travail. *Les Cahiers de droit*, *48*(1-2), 189–213. https://doi.org/10.7202/043928ar

Article abstract

Until the very end of the 1990s, it was accepted that an employer could dismiss an employee owing to absenteeism issuing from physical or psychological unfitness but only insofar as the following two conditions came together : On one hand, an abnormally high level of absenteeism and on the other, the employee's total incapacity to perform ordinary working tasks in the foreseeable future. Since then, the evolution in court rulings on equality and its corollary, the duty to make reasonable accommodations, has radically changed the rules applicable to this issue. In this paper, the authors analyze this « constitutionalization » effect on the employer's right to dismiss an employee who is unable to perform the work for which he or she was hired.

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 2007

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

Le droit de congédier un employé physiquement ou psychologiquement inapte : revu et corrigé par le droit à l'égalité et le droit au travail

Dominic ROUX* et Anne-Marie LAFLAMME**

Jusqu'à la fin des années 90, il était acquis qu'un employeur pouvait congédier un employé pour un motif d'absentéisme lié à l'inaptitude physique ou psychologique, dans la mesure où les deux conditions suivantes étaient réunies : d'une part, l'existence d'un taux d'absentéisme anormalement élevé et, d'autre part, l'impossibilité pour l'employé de fournir sa prestation normale de travail dans un avenir rapproché. L'évolution jurisprudentielle du droit à l'égalité et de son corollaire, l'obligation d'accommodement raisonnable, a radicalement changé les règles applicables en cette matière. Les auteurs analysent ici cet effet de « constitutionnalisation » sur le droit de l'employeur de congédier un employé incapable de fournir la prestation de travail pour laquelle il a été engagé.

Until the very end of the 1990s, it was accepted that an employer could dismiss an employee owing to absenteeism issuing from physical or psychological unfitness but only insofar as the following two conditions came together : On one hand, an abnormally high level of absenteeism and on the other, the employee's total incapacity to perform ordinary working tasks in the foreseeable future. Since then, the evolution in court

---

* Avocat et professeur, Faculté de droit, Université Laval ; chercheur au Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT).

** Avocate et professeure, Faculté de droit, Université Laval ; chercheure au Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT) et membre de la Chaire en gestion de la santé et de la sécurité du travail dans les organisations.

Les Cahiers de Droit, vol. 48, nos 1-2, mars-juin 2007, p. 189-213

rulings on equality and its corollary, the duty to make reasonable accommodations, has radically changed the rules applicable to this issue. In this paper, the authors analyze this « constitutionalization » effect on the employer's right to dismiss an employee who is unable to perform the work for which he or she was hired.

Pages

1 Le droit de congédier sans l'effet de constitutionnalisation 192

2 Le droit de congédier sous l'effet de constitutionnalisation 196

2.1 L'obligation d'accommodement raisonnable et la notion de handicap: de nouveaux paradigmes 196

2.2 Les séquelles engendrées par ces nouveaux paradigmes sur la justification du congédiement d'un employé handicapé 201

Conclusion 211

La prestation de travail du salarié est l'objet même du contrat de travail. L'article 2085 du *Code civil du Québec* en fait foi : « Le contrat de travail est celui par lequel une personne, le salarié, s'oblige pour un temps limité et moyennant rémunération, à effectuer un travail sous la direction ou le contrôle d'une autre personne, l'employeur[1]. »

Aussi, il n'est pas surprenant qu'un manquement important à cette obligation fondamentale du salarié, laquelle se trouve définitivement consacrée par celle d'exécuter son travail « avec diligence » (art. 2088 C.c.Q.), puisse entraîner la résiliation du contrat de travail par l'employeur. Jamais, jusqu'à l'efflorescence contemporaine de la notion d'« accommodement raisonnable », cette règle n'avait véritablement été remise en question par les tribunaux. Or, elle est aujourd'hui fortement remuée par une abondante jurisprudence qui a graduellement modifié le cadre d'analyse pour tenir compte de cette obligation prééminente d'ordre « constitutionnel » qui

1. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 2085. Le *Code civil du Bas Canada* évoquait la même réalité en utilisant plutôt le concept de « contrat de louage de service personnel », aux articles 1666 et suivants.

s'impose à l'employeur, et dont l'application a été étendue à l'égard des employés absents ou inaptes pour des raisons de santé.

Les questions relatives à l'absentéisme au travail et à l'inaptitude physique et psychologique ont en effet donné lieu à un riche contentieux devant les tribunaux au cours des dernières années. Divers facteurs sont susceptibles d'expliquer ce phénomène. L'un est d'ordre sociologique, alors qu'il y a recrudescence des cas d'absentéisme, principalement de longue durée : la dépression majeure et le stress professionnel en sont des causes fréquentes. Ainsi, en moyenne, de 8 à 12 p. 100 de la main-d'œuvre au Canada serait absente pour cause de maladie ou de blessure[2]. L'autre facteur est d'ordre juridique. La *Charte des droits et libertés de la personne*[3] permet certes, depuis 1978[4], aux salariés « handicapés » de revendiquer des droits exorbitants du droit commun, mais son impact véritable en ce domaine est un phénomène plutôt récent[5]. L'interdiction de discriminer en fonction du handicap[6] implique de fait pour l'employeur d'assurer, dans la mesure du possible, le respect du *droit à l'égalité*, mais aussi du *droit au travail*[7], en donnant priorité au maintien du lien d'emploi avec le salarié absent pour cause d'accident ou de maladie ou autrement incapable d'effectuer sa prestation de travail.

En d'autres termes, aux prises avec un salarié absent pour une période courte ou relativement longue, qui s'absente régulièrement du travail en

2. M.-C. Chartier, *Le retour au travail et les droits de la personne : l'état de la question*, Ottawa, Commission canadienne des droits de la personne, 2006, p. 3.
3. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 (ci-après citée « Charte québécoise »).
4. Le « handicap » a été intégré comme motif de discrimination en 1979 : L.Q. 1979, c. 7, art. 112.
5. Plusieurs auteurs se sont interrogés sur les causes de cette implantation tardive des normes quasi constitutionnelles dans les milieux de travail, principalement syndiqués, et au sein des différentes juridictions spécialisées. Voir : D. Veilleux, « L'arbitre de grief face à une compétence renouvelée... », (2004) 64 *R. du B.* 217, 230 ; D. Nadeau, « L'arbitrage de griefs : vecteur d'intégration des droits de la personne dans les rapports collectifs du travail », dans Tribunal des droits de la personne et Barreau du Québec (dir.), *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 158 et suiv. ; G. Vallée, « Le droit du travail comme lieu de pluralisme juridique », dans C. Saint-Pierre et J.-P. Warren (dir.), *Sociologie et société québécoise : Présences de Guy Rocher*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 253 et suiv.
6. Charte québécoise, art. 10, 16 et 20.
7. Sur les multiples interactions, possibles et constatées, entre le droit au travail et le droit à l'égalité, à titre de normes constitutionnelles, voir : D. Roux, *Le principe du droit au travail : juridicité, signification et normativité*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 417 et suiv.

raison d'une maladie ou qui présente des limitations fonctionnelles l'empêchant d'exécuter totalement ou partiellement son travail, l'employeur est tenu d'assumer une obligation de portée constitutionnelle : celle « d'accommoder raisonnablement » ce salarié ainsi devenu, par fiction juridique, « handicapé »[8].

Afin de bien mesurer la portée de l'obligation d'accommodement de l'employeur, nous rappellerons d'abord les règles applicables avant cet effet de constitutionnalisation (1) pour examiner ensuite, d'une manière plus approfondie, les règles applicables depuis cet effet de constitutionnalisation (2).

1 Le droit de congédier sans l'effet de constitutionnalisation

Jusqu'à la fin des années 90, les règles relatives au droit de l'employeur de congédier un employé pour cause d'absentéisme lié à l'inaptitude physique ou mentale étaient relativement bien circonscrites. Essentiellement, hormis les règles de droit commun qui s'opposaient au maintien du lien d'emploi[9], ce droit était balisé par les dispositions de la *Loi sur les normes du travail* (LNT)[10] ainsi que par les règles contenues dans les conventions collectives de travail.

Depuis le 1er janvier 1991, le déplacement, la suspension ou le congédiement liés à l'absence pour cause de maladie ou d'accident non professionnel du salarié sont, suivant certaines conditions, prohibés par la LNT. Bien que la notion de « maladie » n'ait pas été définie par le législateur, elle a été largement interprétée par les tribunaux de façon à inclure les maladies tant physiques que psychologiques, telles que la dépression, l'alcoolisme et la toxicomanie[11].

Les conditions permettant la mise en œuvre de cette prohibition législative sont liées à la durée minimale du service continu du salarié (3 mois) ainsi qu'à la durée de l'absence liée à une maladie ou à un accident (26 semaines au cours des 12 derniers mois ; ce délai était de 17 semaines

8. C. BRUNELLE, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001 ; A.-M. LAFLAMME, « L'obligation d'accommodement confère-t-elle aux personnes handicapées un droit à l'emploi ? », (2002) 62 *R. du B.* 125.
9. Il s'agit vraisemblablement d'un motif de résiliation au sens de l'article 2094 C.c.Q.
10. *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1 (ci-après citée dans les notes « L.N.T. »).
11. J. COTNOIR, R.L. RIVEST et S. SOFIO, « La protection accordée par la *Loi sur les normes du travail* en matière d'absence pour cause de maladie : diagnostics et pronostics », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit du travail (2002)*, vol. 171, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 63, 69.

jusqu'au 1er mai 2003)[12]. Notons également que la maladie invoquée par le salarié ne doit pas être liée à un accident de travail ou à une maladie professionnelle[13]. Une fois ces conditions remplies, le salarié bénéficie d'une présomption selon laquelle il a été victime d'une mesure prohibée par la LNT, et il appartient dès lors à l'employeur de démontrer qu'il a été congédié pour une autre cause juste et suffisante. Un tempérament important est apporté à cette prohibition, puisque le législateur précise qu'elle n'a pas pour effet « d'empêcher un employeur de congédier, de suspendre ou de déplacer un salarié si les conséquences de la maladie ou de l'accident ou le caractère répétitif des absences constituent une cause juste et suffisante, selon les circonstances[14] ». Enfin, notons que le salarié justifiant de deux ans de service continu (ce délai était de trois ans jusqu'au 1er mai 2003) bénéficie également d'un recours en vertu de l'article 124 LNT lui permettant de porter plainte à l'encontre d'un congédiement imposé par l'employeur et effectué sans cause juste et suffisante. Dans l'affaire *Wohl* c. *Joly*[15], la Cour supérieure avait bien circonscrit la distinction entre la protection particulière accordée aux salariés absents en raison d'une maladie ou d'un accident et la protection plus générale à l'encontre d'un congédiement fait sans cause juste et suffisante accordée aux salariés justifiant d'un certain nombre d'années de service. La Cour supérieure s'exprimait ainsi :

> Un employeur peut en tout temps congédier un salarié s'il démontre une cause juste et suffisante, étant entendu que le simple fait d'être absent pour cause de maladie ou d'accident pendant au plus dix-sept (17) semaines au cours des douze (12) derniers mois, n'est pas une telle cause juste et suffisante. Si, par ailleurs, l'absence excède dix-sept (17) semaines et que le salarié ne justifie pas de trois (3) ans de service continu, la décision de l'employeur n'est plus assujettie à la Loi. Il en va cependant autrement si le salarié justifie de trois (3) ans de service continu, car l'employeur devra encore démontrer une cause juste et suffisante (article 124)[16].

Au surplus, dans ce jugement, la Cour supérieure avait consolidé les critères applicables en vertu des mêmes dispositions, dans les cas

12. Art. 79.1 et 122 L.N.T. Pour les dispositions applicables avant le 1er mai 2003, voir : *Loi modifiant la Loi sur les normes du travail et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1990, c. 73, ainsi que les articles 122 et 122.2 L.N.T., tels qu'ils se lisaient à la suite de l'entrée en vigueur de cette loi.
13. Les droits du salarié absent pour de tels motifs sont régis par la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., c. A-3.001. Sur ce point, lire F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE et D. ROUX, *Le droit de l'emploi au Québec*, 3e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2006, p. 553, à la page 589.
14. Art. 79.4, al. 2 L.N.T. Ce tempérament existait déjà en 1991, à l'article 122.2 L.N.T., tel qu'il se lisait alors.
15. *Wohl* c. *Joly*, D.T.E. 96T-291 (C.S.).
16. *Id.*, 28.

d'absentéisme au travail. L'employeur devait ainsi prouver trois éléments : l'absentéisme chronique ou excessif, le préjudice qui en résulte pour l'exploitation de l'entreprise et l'incapacité du salarié de fournir dans un avenir rapproché ou prévisible sa prestation de travail. Aux prises avec un cas d'absentéisme de longue durée résultant d'une incapacité totale, l'employeur pouvait donc mettre fin à l'emploi du salarié à la condition qu'une preuve médicale puisse attester l'incapacité de celui-ci à fournir une prestation régulière de travail dans un avenir rapproché ou prévisible[17]. Le caractère répétitif des absences devait causer un préjudice à l'entreprise ; cela impliquait d'aller au-delà des seuls inconvénients normaux ou inhérents à l'absence, comme le remplacement pur et simple et la redistribution des tâches qui en résulte[18]. La taille de l'entreprise ou la nature des fonctions et responsabilités du salarié absent ou incapable, si elles impliquaient des relations personnalisées avec la clientèle[19], la perte de clientèle ou la baisse du volume des ventes[20] étaient tous des éléments à considérer pour vérifier l'existence ou non d'un préjudice particulier. Par contre, ni une quelconque obligation de reclasser le salarié aux prises avec des limitations fonctionnelles dans un emploi compatible avec son incapacité[21] ni celle d'accepter un retour progressif même lorsque cela aurait été possible[22] n'étaient imposées à l'employeur.

Ce régime qui permettait de rompre le lien d'emploi avec le salarié inapte physiquement ou psychologiquement, plutôt favorable à l'employeur, était essentiellement analogue à celui qui avait été adopté par les arbitres de griefs. La condition relative au « préjudice spécifique » était toutefois plus rarement discutée, les arbitres estimant généralement que le congédiement était justifié dès lors que les deux autres conditions étaient remplies[23].

---

17. *Rousseau* c. *Spectra Premium Industrie inc.*, D.T.E. 98T-959 (C.T.) ; *Union des employés du transport local et industries diverses* c. *Beetz*, [1990] R.J.Q. 1358 (C.S.) ; *Hudon et Deaudelin Ltée* c. *Salariés et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503*, D.T.E. 96T-250 (T.A.) ; *Lebel* c. *Au petit Goret (1979) inc.*, D.T.E. 92T-893 (C.T.) ; *Williams* c. *Bell Actimédia Services inc.*, D.T.E. 2002T-349 (C.T.).
18. *Tremblay* c. *Sintra inc.*, D.T.E. 98T-1266 (C.T.) ; *Parisé* c. *Services ménagers Roy (Hôtellerie) Ltée*, D.T.E. 2000T-90 (C.T.).
19. *Martial Lebeau* c. *Gestion Girard inc.*, [1985] T.A. 715.
20. *Mongeau* c. *Distribution Alimplus inc.*, D.T.E. 2001T-1179 (C.T.).
21. *Richard* c. *Sears Canada inc.*, [1985] T.A. 566.
22. *Joly* c. *J. Gérard Fortin et Associés inc.*, REJB 1997-01877 (C.T.).
23. Voir notamment : *Union des routiers, brasseries, liqueurs douces et ouvriers de diverses industries, local 1999 (Teamsters)* c. *Ferek inc.*, [1989] T.A. 469 ; *Syndicat des postiers du Canada* c. *Société canadienne des postes*, D.T.E. 91T-214 (T.A.) ; *Hudon et Deaudelin Ltée* c. *Salariés et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503*, précité, note 17.

Sous l'impulsion de ces règles d'ordre public prohibant le congédiement du salarié absent pour cause de maladie ou d'accident, il arrivait que les parties à la convention collective aient négocié une protection du lien d'emploi pour une durée plus longue. Selon ces clauses, l'employeur pouvait rompre le lien d'emploi au terme d'un délai d'absence continue variant généralement de 12 à 24 mois[24]. La validité de ces clauses d'application « automatique », n'avait jamais été remise en question par les tribunaux jusqu'à tout récemment[25].

La jurisprudence rendue par les tribunaux au cours des dernières années a radicalement changé ce tableau. Une interprétation large, plutôt magnanime, de la notion de « handicap » prévue à l'article 10 de la Charte québécoise, avalisée en 2000 par la Cour suprême du Canada, permet désormais au salarié malade ou encore limité physiquement ou psychologiquement d'accéder à la protection offerte par les règles de nature constitutionnelle qui interdisent la discrimination en emploi. À cet égard, rappelons que la Charte québécoise est une loi « quasi constitutionnelle[26] », qui s'impose dans les rapports privés, sauf aux entreprises relevant de la compétence fédérale[27]. Cette charte joue un rôle déterminant dans les relations de travail. Alors que l'État est en tout temps lié au respect de son contenu[28], les tribunaux judiciaires et administratifs peuvent neutraliser toute disposition législative jugée contraire à l'un ou l'autre des droits et libertés prévus aux articles 1 à 38[29]. Cela implique en même temps que leurs jugements, en particulier ceux qui sont rendus en marge des règles de droit applicables à la résiliation du contrat de travail prévues dans les diverses lois de l'emploi, doivent être en tout point conformes à ces dispositions. La Cour suprême réaffirmait d'ailleurs, tout récemment, la préséance de ces droits quasi constitutionnels en précisant que les droits et obligations

24. Le plus souvent, il s'agit de la période durant laquelle le salarié reçoit des prestations d'invalidité.
25. Voir, à titre d'exemple, le jugement *Leroux* c. *Centre hospitalier Ste-Jeanne-d'Arc*, D.T.E. 95T-584 (C.S.), appel rejeté: [1998] R.J.D.T. 554 (C.A.), où le juge Pierre Jasmin écrit qu'une telle clause constitue une mesure de protection au bénéfice du salarié et n'est aucunement contraire à la Charte québécoise.
26. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, 683; *Béliveau St-Jacques* c. *Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345, 402-403; *Montréal (Communauté urbaine de)* c. *Cadieux*, [2002] R.J.D.T. 80 (C.A.).
27. Celles-ci sont soumises à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), c. H-6, qui prévoit également une protection contre la discrimination applicable en contexte d'emploi.
28. Charte québécoise, art. 54.
29. *Id.*, art. 52.

substantiels prévus dans les chartes des droits de la personne sont « incorporés » implicitement dans toute convention collective de travail[30].

2 Le droit de congédier sous l'effet de constitutionnalisation

La fin des années 90 marque donc le début d'une nouvelle ère dans la protection des salariés absents ou inaptes pour des raisons de santé en raison des développements jurisprudentiels importants intervenus en matière de discrimination fondée sur le handicap. Nous rappellerons d'abord les paramètres juridiques applicables ainsi que les arrêts de principes rendus par la Cour suprême sur la notion de handicap et sur l'application de l'obligation d'accommodement raisonnable (2.1) avant d'examiner les effets de ces nouveaux paradigmes sur la protection du lien d'emploi du salarié qui s'absente de son travail pour un motif lié à l'incapacité physique ou psychologique (2.2).

2.1 L'obligation d'accommodement raisonnable et la notion de handicap : de nouveaux paradigmes

Les chartes et les lois sur les droits de la personne applicables au Canada comportent toutes une protection contre la discrimination, qu'elle soit fondée sur le handicap, l'incapacité, les déficiences ou l'invalidité. Ces distinctions de terminologie ont peu d'importance, la Cour suprême du Canada ayant indiqué qu'il fallait accorder une même signification à ces dispositions, lesquelles poursuivent toutes un objectif commun[31]. Rappelons d'emblée l'article 10 de la Charte québécoise, lequel énonce comme suit la garantie d'égalité :

> **10. Discrimination interdite.** 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.

30. *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux* c. *S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157.

31. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Montréal (Ville)*, précité, note 26, 689-690. À titre d'exemple, la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)] reproduite dans L.R.C. (1985), App. II, n° 44, applicable aux actes du Parlement et du gouvernement fédéral ainsi qu'à la législature et au gouvernement de chacune des provinces et territoires, prohibe la discrimination fondée sur les « déficiences mentales ou physiques », à l'article 15 (1). Pour sa part, la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, précitée, note 27, applicable aux entreprises de compétence fédérale précise, à l'article 2, que la « déficience » constitue un motif de discrimination.

Pour parvenir à ces fins égalitaires, la Charte québécoise accorde une protection générale à l'encontre de toute discrimination directe et indirecte en matière d'emploi[32]. Ainsi, toute discrimination dans l'engagement, l'apprentissage, la durée de la période d'essai, la formation professionnelle, la promotion, la mutation, le déplacement, la mise à pied, la suspension, le renvoi ou les conditions de travail est formellement interdite[33]. Le fardeau de la personne qui se croit victime d'une discrimination interdite en vertu de l'article 10 de la Charte québécoise est allégé notamment du fait qu'une preuve de l'effet discriminatoire suffit pour donner ouverture à la protection[34]. Ce fardeau exige la preuve d'une distinction, d'une exclusion ou d'une préférence, fondée sur l'un des motifs énumérés à cette disposition—ici le handicap—et causant un préjudice, tel un congédiement: l'objet ou l'effet de ce traitement différentiel est, dans un tel cas, « de détruire ou de compromettre » le droit à la « reconnaissance et à l'exercice en pleine égalité des droits et libertés de la personne » garantis par la Charte québécoise[35].

En 2000, la Cour suprême du Canada opte pour une définition très large de la notion de « handicap » au sens de l'article 10 de la Charte québécoise, en précisant qu'elle ne nécessite pas la preuve d'une limitation physique, ni même celle d'une affection réelle, et qu'elle peut résulter de simples considérations subjectives. La juge L'Heureux-Dubé, au nom de la Cour suprême, écrit ce qui suit:

> [79] [Un] « handicap » peut résulter aussi bien d'une limitation physique que d'une affection, d'une construction sociale, d'une perception de limitation ou d'une combinaison de tous ces facteurs. C'est l'effet de l'ensemble de ces circonstances qui détermine si l'individu est ou non affecté d'un « handicap » pour les fins de la *Charte*.
>
> [...]
>
> [81] Il faut préciser qu'un « handicap » n'exige pas obligatoirement la preuve d'une limitation physique ou la présence d'une affection quelconque. Le « handicap » peut être soit réel ou perçu et, puisque l'accent est mis sur les effets de la distinction, exclusion ou préférence plutôt que sur la nature précise du handicap, la cause et l'origine du handicap sont sans importance. De même, une distinction fondée

32. Charte québécoise, art. 10 et 16-19.
33. *Id.*, art. 16.
34. *Québec (Ville de)* c. *Commission des droits de la personne*, [1989] R.J.Q. 831 (C.A.), permission d'appel à la Cour suprême refusée: [1989] R.C.S. vi. Voir également: *Commission ontarienne des droits de la personne* c. *Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; *Commission ontarienne des droits de la personne* c. *Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 537.
35. *Commission scolaire régionale de Chambly* c. *Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525.

> sur la possibilité réelle ou perçue que l'individu puisse développer un handicap dans l'avenir est prohibée par la *Charte*.
>
> [82] Ces lignes directrices ne sont toutefois pas sans limite. Même si je suis d'opinion que l'état de santé peut constituer un « handicap » et ainsi être un motif de discrimination interdit à l'art. 10 de la *Charte*, il n'en est pas de même pour les caractéristiques personnelles quelconques ou les affections « normales ». Puisqu'il n'existe pas normalement de préjugés négatifs à l'égard de telles caractéristiques ou affections, celles-ci ne sauraient en général constituer un « handicap » au sens de l'art. 10. L'accent étant sur les obstacles à la pleine participation dans la société plutôt que sur la condition ou l'état de l'individu, les affections (un rhume, par exemple) ou les caractéristiques personnelles (telle la couleur des yeux) seront forcément exclues de la portée du motif « handicap », quoiqu'elles puissent être discriminatoires pour d'autres motifs que le handicap[36].

Il s'ensuit que l'employé absent du travail de façon chronique en raison de son état de santé est maintenant considéré comme bénéficiant de la protection relative à la discrimination fondée sur le handicap. Nous retenons ici que toute absence pour raison de santé peut entraîner la mise en œuvre de la protection contre la discrimination, bien que les propos de la juge L'Heureux-Dubé soulèvent quelques interrogations quant à l'exclusion des affections dites « normales » comme le rhume. Devrions-nous en conclure que cette protection quasi constitutionnelle n'entre en jeu que lorsqu'une pathologie suscite des préjugés auprès de l'employeur, ce qui nécessiterait une preuve additionnelle de la part du salarié absent ou inapte ? Nous sommes d'opinion qu'une réponse négative s'impose en raison de l'interprétation libérale de la notion de « handicap » retenue globalement par la Cour suprême. À notre avis, il n'est donc pas exclu qu'une affection comme le rhume puisse entraîner la mise en œuvre de la protection dans la mesure où un employé serait, par exemple, congédié pour le seul motif qu'il s'est absenté du travail en raison de cette affection. L'enjeu serait capital, tout particulièrement pour le salarié travaillant depuis moins de trois mois dans la même entreprise, puisque celui-ci est exclu de la protection minimale garantie par les articles 79.1 et suivants de la LNT.

La protection contre la discrimination fondée sur le handicap s'impose également en faveur du salarié tenu de s'absenter fréquemment du travail ou de celui qui présente des limitations fonctionnelles en raison d'une maladie ou d'un accident. De fait, toute maladie, y compris la toxicomanie

36. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Montréal (Ville)*, précité, note 26.

et l'alcoolisme, est considérée comme un handicap au sens de l'article 10 de la Charte québécoise[37].

En conséquence, l'employeur désireux de procéder au congédiement d'un salarié handicapé est désormais tenu de repousser l'allégation de discrimination en se fondant sur l'article 20 de la Charte québécoise selon lequel une «distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi [...] est réputée non discriminatoire». Depuis l'arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission)* c. *BCGSEU* (ci-après cité: «arrêt *Meiorin*»)[38] rendu par la Cour suprême du Canada en 1999, l'employeur doit franchir trois étapes afin de faire valoir ce moyen de défense à la suite d'une preuve établie de discrimination, étapes que nous pouvons ainsi résumer:

1) établir que le *but visé* par la norme en vigueur dans son entreprise, par la condition de travail imposée au salarié ou par l'exigence professionnelle pertinente est *rationnel*, compte tenu des fonctions et des responsabilités de l'emploi: en d'autres termes, la règle doit être liée raisonnablement à l'exécution du travail; c'est généralement le cas de l'assiduité au travail, a-t-il déjà été constaté, puisque, en vertu des règles applicables au contrat individuel de travail, le salarié doit exécuter la prestation de travail convenue avec l'employeur (art. 2088 C.c.Q.)[39]. S'il est incapable de le faire, l'employeur pourrait ultimement être justifié de résilier sans préavis le contrat de travail (art. 2094 C.c.Q.);

2) prouver qu'il a adopté cette norme, cette condition de travail ou cette exigence professionnelle en *croyant sincèrement* qu'elle était *nécessaire* à la réalisation de son objet: bref, l'employeur doit convaincre de sa bonne foi, c'est-à-dire qu'il a agi sans intention discriminatoire;

3) établir que cette norme, cette condition de travail ou cette exigence professionnelle est *raisonnablement nécessaire* à l'atteinte de ce but: concrètement, l'employeur doit ici prouver qu'il lui est *impossible*

37. *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 143* c. *Goodyear Canada inc.*, D.T.E. 2006T-538 (T.A.); *Union des routiers, brasseries, liqueurs douces et ouvriers de diverses industries, section locale 1999 (Teamsters)* c. *Domfer Poudres métalliques ltée – usine d'atomisation*, D.T.E. 2006T-905 (T.A.); *Métallurgistes unis d'Amérique, section locale 3258* c. *Stelfil ltée (X)*, [2006] R.J.D.T. 841 (T.A.).

38. *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission)* c. *BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (ci-après cité «arrêt Meiorin»).

39. C'est ce qu'a reconnu laconiquement la Cour suprême du Canada dans un arrêt récent sur lequel nous reviendrons: *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal)* c. *Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, 2007 CSC 4, par. 18 (ci-après cité «arrêt *Hôpital général de Montréal*»).

d'accommoder raisonnablement le salarié absent ou inapte sans que cela lui impose une *contrainte excessive*.

Cet arrêt rendu en 1999, qui emportait une fusion des deux moyens de défense alors ouverts à l'employeur au sein d'un cadre juridique uniforme, représente une avancée intéressante en faveur de l'égalité réelle en emploi. C'est qu'une telle fusion confirme la prédominance du droit à l'égalité et, à travers elle, du droit au travail[40]. L'obligation d'accommodement (étape 3), création jurisprudentielle fondée sur une analyse téléologique des normes antidiscriminatoires, a en effet pour objet de garantir l'égalité réelle en fournissant « un accès égal au travail aux personnes qui, autrement, seraient aux prises avec de sérieuses difficultés[41] ». Il s'ensuit que les employeurs doivent prendre des mesures particulières, raisonnables et appropriées pour minimiser, si ce n'est pour éliminer, le préjudice subi par certaines personnes en matière d'emploi résultant de pratiques ou de règles directement ou indirectement discriminatoires[42]. Cette obligation est néanmoins limitée par l'existence d'une contrainte excessive démontrée par l'employeur. À cet égard, les facteurs mentionnés par la Cour suprême du Canada dans sa jurisprudence antérieure pour établir une telle contrainte conservent toute leur pertinence. Ces facteurs sont énumérés, de façon non exhaustive, dans l'extrait suivant :

> J'adopte d'abord à cette fin les facteurs identifiés par la commission d'enquête en l'espèce—le coût financier, l'atteinte à la convention collective, le moral du personnel et l'interchangeabilité des effectifs et des installations. L'importance de l'exploitation de l'employeur peut jouer sur l'évaluation de ce qui représente un

40. Avant 1999, le droit positif était confiné à une dichotomie conceptuelle « discrimination directe/exigence professionnelle justifiée versus discrimination indirecte/obligation d'accommodement ». Reconnue explicitement dans la Charte québécoise, l'exigence professionnelle justifiée s'appliquait à la discrimination directe, tandis que l'obligation d'accommodement s'appliquait à la discrimination indirecte. Or, il était plus ardu pour l'employeur de repousser une allégation de refus d'engagement ou de congédiement discriminatoire sur la base de l'exigence professionnelle justifiée que sur celle de l'accommodement. Les observateurs avertis ont applaudi cette fusion des moyens de défense, en soulignant sa contribution manifeste en faveur de l'égalité réelle, surtout en matière d'emploi. Voir : C. BRUNELLE, *op. cit.*, note 8, p. 226 ; M. DRAPEAU, « L'évolution de l'obligation d'accommodement à la lumière de l'arrêt Meiorin », (2001) 61 *R. du B.*, 299, 313 et suiv. ; J.-Y. BRIÈRE et J.-P. VILLAGGI, « L'obligation d'accommodement de l'employeur : un nouveau paradigme », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit du travail (2000)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 219.

41. *Central Okanagan School district no. 23* c. *Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970, 983 (ci-après cité « arrêt *Renaud* »).

42. *Ibid.* Voir également *Commission ontarienne des droits de la personne* c. *Simpsons-Sears*, précité, note 34 ; *Commission scolaire régionale de Chambly* c. *Bergevin*, précité, note 35.

> coût excessif ou sur la facilité avec laquelle les effectifs et les installations peuvent s'adapter aux circonstances. Lorsque la sécurité est en jeu, l'ampleur du risque et l'identité de ceux qui le supportent sont des facteurs pertinents. Cette énumération ne se veut pas exhaustive et les résultats qu'on obtiendra en mesurant ces facteurs par rapport au droit de l'employé de ne pas faire l'objet de discrimination varieront nécessairement selon le cas[43].

Ces nouveaux paradigmes ont entraîné des conséquences importantes à l'égard de la protection des employés qui s'absentent de leur travail pour un motif d'inaptitude physique ou psychologique. Aux conditions traditionnellement requises en vue de justifier la rupture du lien d'emploi s'en ajoute dorénavant une nouvelle : la preuve par l'employeur qu'il a satisfait à son obligation d'accommodement raisonnable à l'égard de l'employé handicapé.

2.2 Les séquelles engendrées par ces nouveaux paradigmes sur la justification du congédiement d'un employé handicapé

Lorsqu'un employé X présente une incapacité totale mais temporaire ou une incapacité partielle liée à son état de santé, l'employeur est dorénavant tenu d'envisager *toutes* les mesures destinées à maintenir le lien d'emploi, sous la seule limite de la contrainte excessive. Ainsi, les tribunaux ont jugé que les préjudices liés à l'absence elle-même, comme le remplacement du salarié malade par des salariés à temps partiel ou venant d'une agence temporaire, ne sont pas des contraintes excessives, à défaut d'établir des difficultés organisationnelles particulières et importantes[44]. Minimalement, l'accommodement raisonnable inclut l'obligation de vérifier l'aménagement de l'horaire de travail de la personne malade ou de celle qui est aux prises avec des limitations fonctionnelles[45]. Le désaccord manifesté envers cet accommodement par les autres salariés ne constitue pas nécessairement une contrainte excessive, à moins d'établir, le cas échéant, que le réaménagement envisagé par l'employeur ne porte atteinte de manière significative

43. *Alberta (Human Rights Commission)* c. *Central Alberta Dairy Pool*, [1990] 2 R.C.S. 489, 520-521. Notons ici que le critère du « moral du personnel » a été reformulé par la Cour suprême qui a plutôt parlé dans l'arrêt *Renaud*, d'une atteinte importante, et non anodine, aux droits des autres employés.
44. *Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57* c. *Caisse populaire Deux-Rivières*, [1999] R.J.D.T. 397 (T.A.).
45. Arrêt *Renaud*, précité, note 41, 988, 989 et 993 ; *Commission ontarienne des droits de la personne* c. *Simpsons-Sears*, précité, note 34, 559-560. Dans l'arrêt *Alberta (Human Rights Commission)* c. *Central Alberta Dairy Pool*, précité, note 43, 521, la juge Wilson rappelle que, si l'employeur peut composer avec la maladie ou les vacances annuelles, il peut certes le faire pour un employé tenu de s'absenter le lundi pour des motifs religieux.

aux droits d'ancienneté consacrés dans la convention collective[46]. Dans quelques décisions récentes, il a été jugé que le retour au travail après une longue absence pour cause de maladie pouvait, en certaines circonstances, justifier d'outrepasser les règles de l'ancienneté prévues dans la convention collective et dès lors permettre à l'employeur de procéder par voie de supplantation[47]. Enfin, l'employeur doit permettre un retour progressif lorsque cela ne lui impose aucune contrainte excessive, ce qui est rarement démontré[48].

Les tribunaux se sont également interrogés sur la portée de l'obligation d'accommodement lorsque l'incapacité empêche l'exécution des fonctions essentielles du poste occupé par le salarié handicapé. En règle générale, la seule incapacité d'exécuter les fonctions secondaires confère le droit d'exiger un réaménagement[49]. Dans le cas contraire, existe-t-il un droit au reclassement ? La reconnaissance de ce droit constitue-t-elle le corollaire de la règle de l'accommodement raisonnable ? L'employeur n'a-t-il pas le devoir d'offrir un poste compatible avec les limitations fonctionnelles du salarié, si ce poste existe et s'il est disponible[50] ?

Selon les tribunaux, la finalité de la règle de l'accommodement consiste à « permettre, dans la mesure du possible, un retour au travail des employés affectés d'un handicap[51] ». L'obligation d'accommodement suppose donc

46. Arrêt *Renaud*, précité, note 41, 991 et 992 ; *Association internationale des machinistes et des travailleuses et travailleurs de l'aérospatiale, section locale 712* c. *Bombardier Aéronautique*, [2006] R.J.D.T. 447 (T.A.) ; C. BRUNELLE, « Droits d'ancienneté et droits à l'égalité : l'impossible raccommodement ? », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit du travail (2004)*, vol. 205, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 101.

47. Il en serait ainsi, du moins, lorsque les salariés visés par la supplantation se font imposer une modification de leurs conditions de travail tout en conservant néanmoins leur emploi. Voir : *Association internationale des machinistes et des travailleuses et travailleurs de l'aérospatiale, section locale 712* c. *Bombardier Aéronautique*, précité, note 46 ; *Syndicat du personnel de soutien du Collège Mérici (FISA)* c. *Collège Mérici*, [2006] R.J.D.T. 1238 (T.A.).

48. *Syndicat des employées et employés de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)* c. *Hydro-Québec*, [2006] R.J.Q. 426 (C.A.), autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada accueillie le 8 février 2007 ; *Commission des droits de la personne* c. *Société de portefeuille Desjardins*, [1997] R.J.Q. 2049 (T.D.P.Q.) ; *Philips* c. *Industries Frisco Bay Ltée*, [2002] R.J.D.T. 696 (C.T.).

49. Arrêt *Renaud*, précité, note 41 ; *Syndicat canadien de l'énergie et du papier, section locale 160-Q* c. *Duchesne et fils Ltée*, [2001] R.J.D.T. 2045 (T.A.) ; *Thibeault* c. *Société touristique de L'Anse-à-la-Croix*, D.T.E. 2004T-257 (C.R.T.).

50. *Regroupement des Centres d'hébergement et de soins de longue durée des Trois-Rives* c. *Laberge*, [2001] R.J.D.T. 684 (C.S.).

51. *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 137* c. *Daishowa inc.*, D.T.E. 2000T-80 (T.A.).

une contrainte acceptable[52]. Par conséquent, s'il existait une « solution pratique[53] » autre que le congédiement et que l'employeur ne l'a pas envisagée, sa décision pourrait être entachée d'illégalité. À cet égard, les tribunaux ne se contentent pas de simples allégations que les contraintes sont « excessives » selon l'opinion de l'employeur, mais ils exigent plutôt une démonstration précise, complète et étoffée des difficultés, voire de l'impossibilité réelle de mettre en œuvre une mesure d'accommodement raisonnable[54].

Cela dit, l'employeur se conforme généralement à son obligation en effectuant des tentatives sérieuses afin de reclasser le salarié handicapé : pour ce faire, il peut adapter un poste de travail déjà existant ou procéder à une réaffectation temporaire. Bref, il lui revient de faire des efforts significatifs en vue de trouver un emploi qui serait à la fois disponible et convenable pour le salarié handicapé[55]. L'absence d'un tel poste que le salarié pourrait objectivement occuper en fonction de sa condition médicale fera échec à ces tentatives et permettra de justifier le congédiement[56]. Le coût exorbitant que pourrait générer cette adaptation, le caractère interchangeable ou non des emplois dans l'entreprise et le préjudice indu à l'exploitation de cette dernière figurent aussi parmi les critères pertinents[57]. En définitive, les possibilités réalistes d'accommodement ne sont certainement pas les mêmes pour un employeur exploitant une petite entreprise que pour un autre qui en exploite une de taille plus importante[58].

---

52. Arrêt *Renaud*, précité, note 41, 984.
53. *Saskatchewan (Human Rights Commission)* c. *Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297.
54. *Centre jeunesse des Laurentides* c. *Syndicat des employés de services sociaux des Laurentides (CSN)*, D.T.E. 2006T-988 (T.A.) ; *Audet* c. *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, D.T.E. 2006T-938 (T.C.D.P.).
55. *Hydro-Québec* c. *Syndicat des employées et employés de métiers d'Hydro-Québec, section locale 1500 (S.C.F.P.-F.T.Q.)*, [1998] R.J.D.T. 1013 (T.A.) ; *Astraltech inc.* c. *Syndicat des travailleuses et salariés de Astraltech*, [1999] R.J.D.T. 1813 (T.A.) ; *Syndicat national des employés municipaux de Pointe-Claire (CSN)* c. *Boisvert*, [2000] R.J.D.T. 512 (C.S.).
56. *Compagnie Christie Brown, division de Nabisco ltée* c. *Association internationale des machinistes et des salariés de l'aéronautique, section locale 2727*, [2001] R.J.D.T. 1690 (T.A.), requête en révision judiciaire accueillie, le dossier étant retourné devant l'arbitre pour qu'il puisse juger en fonction des règles énoncées par la Cour suprême liées au fardeau de preuve de l'employeur : [2002] R.J.D.T. 107 (C.S.).
57. *Bernard Lussier inc.* c. *Syndicat des travailleuses et salariés en pharmacie (CSN)*, [2000] R.J.D.T. 1175 (T.A.) ; *Regroupement des Centres d'hébergement et de soins de longue durée des Trois-Rives* c. *Laberge*, précité, note 50, 690-691.
58. *Nadeau* et *Boisés La Fleur inc.*, [2004] R.J.D.T. 1577 (C.R.T.). Dans un arrêt récent, la Cour suprême du Canada a admis explicitement que, pour l'employeur exploitant une grande entreprise, « la preuve de l'existence d'une contrainte excessive résultant de

Lorsque la condition pathologique ou l'état de santé d'un salarié partiellement incapable lui permet d'effectuer les fonctions essentielles d'un poste disponible dans l'entreprise, l'employeur doit prouver qu'il lui est impossible de matérialiser cette réaffectation sans subir de contrainte excessive, même s'il s'agissait de lui confier un poste à temps partiel[59]. Cependant, l'employeur ne serait pas tenu d'engager une autre personne pour faire équipe avec un salarié en vue d'effectuer les tâches que ce dernier ne pourrait accomplir en raison de son incapacité partielle[60].

Cette manière de voir les choses s'accorde avec la position de la Cour suprême du Canada. En effet, la règle de l'accommodement raisonnable s'infère du principe de l'égalité réelle, avons-nous vu, et sa finalité consiste à garantir aux personnes handicapées un «accès égal au travail[61]». La Cour suprême a rappelé en ces termes l'importance d'assurer la pleine normativité de leur droit au travail et de leur droit à l'égalité :

> Les employeurs qui conçoivent des normes pour le milieu de travail doivent être conscients des différences entre les personnes et des différences qui caractérisent des groupes de personnes. Ils doivent intégrer des notions d'égalité dans les normes du milieu de travail. En adoptant des lois sur les droits de la personne et en prévoyant leur application au milieu de travail, les législatures ont décidé que les normes régissant l'exécution du travail devraient tenir compte de tous les membres de la société, dans la mesure où il est raisonnablement possible de le faire. Les cours de justice et les tribunaux administratifs doivent avoir cela à l'esprit lorsqu'ils sont saisis d'une demande dans laquelle l'existence de discrimination liée à l'emploi est alléguée. La norme qui fait inutilement abstraction des différences entre les personnes va à l'encontre des interdictions contenues dans les diverses lois sur les droits de la personne et doit être remplacée. La norme *elle-même* doit permettre de tenir compte de la situation de chacun, lorsqu'il est raisonnablement possible de le faire. Il se peut que la norme qui permet un tel accommodement ne soit que légèrement différente de la norme existante, mais il reste qu'elle constitue une norme différente[62].

L'employeur est-il pour autant tenu de créer un emploi spécifique lorsque aucun autre emploi compatible avec les limitations fonctionnelles du salarié n'est disponible ? La réponse négative à cette question semble faire l'unanimité tant en jurisprudence qu'en doctrine. Il y aurait ici un

---

l'absence d'un employé pourrait s'avérer complexe» : arrêt *Hôpital général de Montréal*, par. 27.

59. *Provigo Distribution inc., division Maxi* c. *Travailleuses et salariés unis de l'alimentation et du commerce, section locale 500*, [2001] R.J.D.T. 2111 (T.A). Voir également *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 137* c. *Daishowa inc.*, précité, note 51.
60. *Syndicat canadien de l'énergie et du papier,section local 160-Q* c. *Duchesne et fils Ltée*, précité, note 49, 2061.
61. Arrêt *Renaud*, précité, note 41, 983.
62. Arrêt *Meiorin*, précité, note 38, par. 68.

obstacle dirimant à la consécration d'une obligation de cette nature à titre de corollaire à la règle de l'accommodement raisonnable, à moins évidemment que le contrat de travail ou la convention collective ne le prévoie expressément[63]. La garantie du droit à l'égalité ne peut en effet, dans sa normativité, conférer un avantage indu aux personnes victimes de discrimination sur le plan de l'accès au travail et du maintien en emploi[64]. Ainsi, l'employeur ne serait pas tenu de créer un nouveau poste dans l'unique but de maintenir le lien d'emploi avec un salarié incapable d'exécuter sa prestation de travail ou de remplir les exigences minimales requises par un autre emploi disponible correspondant à ses limitations fonctionnelles[65].

Cette conclusion mérite toutefois d'être nuancée à la lumière d'un jugement récent rendu par la Cour d'appel du Québec[66]. Dans cette affaire, la salariée, souffrant de dépression nerveuse majeure et de troubles de la personnalité mixte, avait été congédiée pour cause d'absentéisme chronique, c'est-à-dire après avoir manqué près de 900 jours de travail de 1994 à 2001. Cette situation s'était conjuguée à un long conflit de travail entre la salariée, ses supérieurs et plusieurs de ses collègues de travail. Bien qu'ils ne lui aient diagnostiqué aucune incapacité totale de travailler, les quatre experts consultés par les parties ont émis des doutes quant à la capacité future de la salariée de fournir une prestation « soutenue » de travail. Il est plus exact d'affirmer que les experts ont tous été d'avis qu'un règlement éventuel de la situation conflictuelle viendrait possiblement à bout de son inaptitude au travail. Pour sa part, la Cour d'appel a annulé la décision de l'arbitre et a donné gain de cause à la salariée pour le motif que l'employeur se devait de considérer « toutes les mesures d'accommodement raisonnablement possibles ». Tenant compte de l'ampleur de l'entreprise, la Cour d'appel a précisé que l'employeur devait notamment envisager la possibilité d'accorder « un horaire particulier à temps partiel[67] » ou même

63. C. BRUNELLE, *op. cit.*, note 8, p. 301-310. Au même effet, voir : A.-M. LAFLAMME, *loc. cit.*, note 8, 142 et suiv.

64. *Andrews* c. *Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, 174 ; *Regroupement des Centres d'hébergement et de soins de longue durée des Trois-Rives* c. *Laberge*, précité, note 50, 691.

65. *Compagnie Christie Brown, division de Nabisco ltée* c. *Association internationale des machinistes et des salariés de l'aéronautique, section locale 2727*, précité, note 56, 1708 ; *Transport V.A. inc. c. Syndicat des salariés V.A. inc. (C.S.N.)*, D.T.E. 2000T-1093 (T.A.). Cette solution est la même, s'agissant d'une plainte pour congédiement injustifié en vertu de l'article 240 du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), c. L-2 : *Guindon* c. *Banque nationale du Canada*, D.T.E. 2002T-86 (T.A.).

66. *Syndicat des employées et employés de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)* c. *Hydro-Québec*, précité, note 48.

67. *Id.*, 441, par. 101.

« d'aménager un poste et un horaire » convenant à la salariée[68]. Elle a résumé comme suit l'obligation qui incombe à l'employeur :

> L'obligation d'accommodement impose à l'employeur d'être proactif et innovateur, c'est-à-dire qu'il doit poser des gestes concrets d'accommodement, ou alors démontrer que ses tentatives sont vaines et que toute autre solution, laquelle doit être identifiée, lui imposerait un fardeau excessif. Il ne suffit pas d'affirmer qu'il n'y a pas d'autres solutions, encore faut-il en faire la démonstration[69].

D'une part, il est possible de se demander si la Cour d'appel n'a pas imposé ici à l'employeur un devoir d'accommodement au regard d'une situation qui relevait davantage du conflit de travail que du handicap de la salariée. D'autre part, sans remettre en question les acquis favorables en matière d'accommodement, il convient de s'interroger sur le bien-fondé de ce jugement qui suggère, en pratique, la création d'un poste fait sur mesure dans l'unique but de maintenir le lien d'emploi avec la salariée[70]. Le fait d'imposer un tel fardeau n'a-t-il pas pour effet d'outrepasser les limites du « raisonnable » ? Cela n'est-il pas incompatible avec la défense d'exigence professionnelle justifiée (art. 20 de la Charte québécoise), dont l'objet est justement de permettre à l'employeur de *justifier* ses normes d'emploi ?

Au demeurant, une telle solution ne devrait être envisagée par l'employeur qu'en tout dernier ressort. À cet égard, soulignons que le salarié est appelé, en tout temps, à participer à l'exercice d'accommodement de concert avec l'employeur[71]. De fait, nous croyons que le salarié est *tenu* de collaborer à la recherche d'une solution mutuellement acceptable. Un refus systématique ou persistant d'accepter toute mesure d'accommodement jugée « raisonnable » ou un comportement négligent de sa part à cette occasion pourrait permettre à l'employeur de procéder à son congédiement[72].

---

68. *Id.*, par. 100.
69. *Id.*, 441-442, par. 102.
70. Nous nous permettons également de douter ici du bien-fondé de l'intervention de la Cour d'appel qui, dans un contexte de révision judiciaire, procède à sa propre appréciation de la preuve d'experts. Au surplus, il convient de souligner que la norme de contrôle de la décision correcte, appliquée dans cette affaire, a ultérieurement été écartée par la Cour d'appel en faveur du caractère manifestement déraisonnable, ce qui a renforcé ainsi la compétence de l'arbitre, dans le contexte d'un litige mettant en cause l'évaluation des mesures d'accommodement de l'employeur : *Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 571, CTC-FTQ (SEPB)* c. *Barreau du Québec*, D.T.E. 2007T-137, par. 27.
71. *Syndicat des travailleuses et travailleurs des Papiers Perkings ltée (FTPF-CSN)* c. *Cascades Groupe tissu (usine de Laval)*, D.T.E. 2006T-597 (T.A.).
72. Arrêt *Renaud*, précité, note 41, 995 ; arrêt *Hôpital général de Montréal*, par. 22, j. Deschamps. Voir également : *Termaco ltée* c. *Métallurgistes unis d'Amérique, section locale 8896*, D.T.E. 2006T-617 (T.A.) ; *Alix* c. *Prodair Canada ltée*, D.T.E. 2007T-18 (C.R.T.).

Malgré tout ce qui précède, les tribunaux ont tôt fait de rappeler que l'employeur n'est pas tenu de maintenir indéfiniment le lien d'emploi avec un salarié malade. Lorsque l'incapacité *totale et permanente* est confirmée médicalement, l'employeur est en droit de congédier le salarié[73]. Il en va de même lorsque l'incapacité est *totale* et qu'il n'y a aucun retour au travail envisageable dans un avenir *prévisible*[74]. Cette règle a été réitérée tout nouvellement par la Cour suprême du Canada[75]. Ainsi, en de telles circonstances, ce n'est pas tant le handicap qui fonde la mesure de congédiement que l'incapacité du salarié de remplir les obligations fondamentales rattachées à la relation de travail[76].

C'est dans cette perspective que les tribunaux ont été appelés à examiner la légalité des clauses contenues dans certaines conventions collectives prévoyant la perte automatique de l'ancienneté ou du lien d'emploi au terme d'une période d'absence continue. Appliquant le droit quasi constitutionnel à l'égalité, les tribunaux ont conclu que l'employeur n'était pas libre de procéder au congédiement sitôt le délai expiré, même si la convention collective prévoit explicitement le contraire. L'employeur doit impérativement accorder priorité au droit au travail, ce qu'a confirmé la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Hôpital général de Montréal*. L'extrait suivant tiré de cet arrêt est révélateur à tout point de vue :

> De telles clauses ne déterminent pas de façon définitive la mesure d'accommodement particulière à laquelle un employé a droit, car chaque cas doit être évalué

73. *Syndicat national des employés municipaux de Pointe-Claire (CSN)* c. *Boisvert*, précité, note 40, requête pour permission d'appeler rejetée, C.A. Montréal nº 500-09-009507-005, autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée le 22 mars 2001. Voir également : *M.D.* et *Caisse populaire Desjardins de Joliette*, D.T.E. 2003T-962 (C.R.T.).

74. *Syndicat des employées et employés de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)* c. *Hydro-Québec*, précité, note 48, par. 97-98 ; *Québec (Procureur général)* c. *Syndicat de professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec (SPGQ)*, [2005] R.J.D.T. 639 (C.A.), par. 76, commenté par C. BRUNELLE et J. BOURGAULT, « Les absents ont-ils toujours tort ? Un commentaire des arrêts CUSM et SPGQ », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit du travail (2006)*, vol. 245, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 265 ; *Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 571, CTC-FTQ (SEPB)* c. *Barreau du Québec*, précité, note 70, par. 33-34.

75. Arrêt *Hôpital général de Montréal*, précité, note 39, par. 36-38.

76. Voir les commentaires de la juge Thibault dans l'arrêt *Québec (Procureur général)* c. *Syndicat de professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec (SPGQ)*, précité, note 74, par. 76, repris dans l'arrêt *Syndicat des employées et employés de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)* c. *Hydro-Québec*, précité, note 48, par. 97, et dans *Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 571, CTC-FTQ (SEPB)* c. *Barreau du Québec*, précité, note 70, par. 31.

> selon les circonstances qui lui sont propres [...] Le caractère individualisé du processus d'accommodement ne saurait être minimisé. En effet, l'obligation d'accommodement varie selon les caractéristiques de chaque entreprise, les besoins particuliers de chaque employé et les circonstances spécifiques dans lesquelles la décision doit être prise. Tout au long de la relation d'emploi, l'employeur doit s'efforcer d'accommoder l'employé[77].

Par conséquent, le délai prévu dans le contrat de travail ou la convention collective doit être prolongé si le salarié, preuve médicale à l'appui, est en mesure de reprendre ses fonctions dans un avenir raisonnable ou prévisible[78]. À qui incombe le fardeau de la preuve en pareilles circonstances ? Les propos tenus par la Cour suprême dans l'affaire *Centre universitaire de santé McGill* laissent croire que le fardeau appartiendrait au salarié[79]. Nous croyons qu'il faut être prudent avant d'adopter un tel raisonnement, dont l'application doit être limitée au cas d'espèce examiné par la Cour suprême. En effet, cet inversement du fardeau de la preuve nous apparaît s'inscrire en faux par rapport au postulat voulant qu'il appartienne à l'employeur de justifier le congédiement et que, à cette fin, il lui revienne d'établir l'existence d'une « contrainte excessive » comme limite à son obligation d'accommodement. Aussi, en règle générale, croyons-nous, l'employeur doit s'enquérir de l'état de santé du salarié avant de procéder à son congédiement en exigeant, par exemple, qu'il se soumette à une expertise médicale, plutôt que de présumer l'incapacité totale à la lumière des observations la plupart du temps laconiques du médecin traitant contenues dans le certificat médical qui lui est adressé périodiquement[80]. Il reviendrait alors au salarié de contester, au moyen d'une preuve médicale prépondérante, la conclusion du rapport d'expertise portant sur l'incapacité, advenant que celle-ci lui soit effectivement défavorable[81].

La question est plus délicate dans le cas de l'absentéisme chronique lié à des causes multiples. Qu'en est-il, en effet, du salarié absent de manière

---

77. Arrêt *Hôpital général de Montréal*, précité, note 39, par. 20 et 22. Dans l'espèce, la garantie d'emploi prévue dans la convention collective était de 36 mois. Certaines conventions collectives vont même parfois au-delà de ce délai : *Métallurgistes unis d'Amérique, section locale 3258* et *Stelfil ltée (X)*, précité, note 37 (42 mois).
78. Arrêt *Hôpital général de Montréal*, précité, note 39, par. 22 et 23. Voir également : *Québec (Procureur général)* c. *Syndicat de professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec (SPGQ*, précité, note 74.
79. Arrêt *Hôpital général de Montréal*, précité, note 39, par. 38.
80. Du reste, lorsque l'employeur a des motifs légitimes d'exiger une telle expertise, le refus du salarié de s'y soumettre constitue un acte d'insubordination susceptible de mener à des sanctions disciplinaires : *Dufresne* c. *Drainamar inc. SARP-Drainamar*, D.T.E. 2006T-835 (C.R.T.) (congédiement confirmé dans le cas d'une plainte en vertu de l'article 122 L.N.T.).
81. *Lanouette* c. *Novartis Pharma Canada inc.*, D.T.E. 2006T-335 (C.R.T.).

chronique pour des raisons diverses, dont certaines sont de nature médicale, mais dont le dossier ne permet pas d'identifier une maladie chronique ou un handicap précis susceptible d'aider l'employeur à mettre en place une mesure d'accommodement ? Celui-ci doit-il, le cas échéant, supporter l'absence chronique du salarié à titre de seule mesure d'accommodement légalement envisageable ? Les tribunaux placés devant cette question émettent des propos nuancés.

D'abord, certains arbitres se questionnent sur l'application même du droit à l'égalité en de telles circonstances. Dans une affaire récente, un arbitre écrivait ceci :

> [250] La preuve révèle qu'en l'espèce, les diverses maladies dont souffre le plaignant n'exigent aucun accommodement formel. Lorsqu'il est au travail, il est capable d'effectuer normalement son travail sans l'aide de personne, sans support technique, sans nécessité de réaménager ses tâches, son lieu de travail. Les maladies dont il souffre n'ont entraîné aucun déficit anatomo-physiologique, il ne souffre d'aucune limite fonctionnelle. Partant, est-il victime d'un handicap ? La seule conséquence de la résurgence de l'une ou l'autre de ses maladies ou de leur amalgame lié à des habitudes de vie condamnées par ses propres médecins traitants étant des absences d'une durée plus ou moins longue, ces dernières constituent-elles un handicap au sens de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne* prohibant un congédiement, sauf si l'employeur démontre que l'accommodement de ces absences excessives entraînerait des contraintes excessives ?[82]

En l'espèce, l'arbitre conclut qu'il n'a pas à trancher la question considérant que le fait pour l'employeur de devoir remplacer un employé pendant 45 p. 100 du temps et de payer le salaire du remplaçant et le salaire du plaignant pendant 45 p. 100 du temps à l'aide de deniers publics, constitue une contrainte excessive. Il en serait ainsi quel que soit le poste occupé, la nature du handicap, la prévisibilité de l'occurrence ou la durée de l'absence. Bref, toujours selon l'arbitre, il y aurait lieu d'éviter de confondre l'obligation d'accommodement imposée à un employeur avec une quelconque autre mesure sociale universelle[83].

L'argument selon lequel la présence de maladies multiples ferait échec à la notion de handicap est difficilement compatible avec l'interprétation très large donnée à ce concept par la Cour suprême du Canada. Par contre, pour plusieurs arbitres, il y aurait là émergence d'une présomption selon laquelle la situation antérieure se poursuivra dans l'avenir, ce qui

82. *Syndicat des travailleuses et travailleurs du CHUS (CSN)* et *Centre hospitalier universitaire de Sherbrooke,* D.T.E. 2005T-626 (T.A.), par. 250.

83. *Id.*, par. 251-253. Ces propos de l'arbitre René Turcotte sont entérinés par l'arbitre Jean M. Gagné dans l'affaire *Syndicat des travailleuses et travailleurs de Bridgestone/Firestone de Joliette (CSN)* c. *Bridgestone/Firestone Canada inc.*, D.T.E. 2006T-965 (T.A.), par. 174 et 175.

dispenserait l'employeur d'établir au moyen d'une preuve médicale supplémentaire l'incapacité du salarié à fournir une prestation de travail normale dans un avenir prévisible. Le fardeau de la preuve serait ainsi transféré au salarié voulant maintenir son lien d'emploi[84]. Par exemple, dans l'affaire *Syndicat des Employées et Employés professionnel-les, section locale 434* c. *Gagnon*[85], la Cour supérieure confirme la décision de l'arbitre ayant conclu au bien-fondé du congédiement en écrivant ceci :

> [40] Jusqu'où une entreprise, un service privé ou public doit accommoder une personne qui n'est pas en mesure d'offrir raisonnablement la contrepartie qui fait partie de l'essence même du contrat de travail ? Plus l'entreprise est grande, plus le service public comporte de personnes, plus il est difficile de justifier en termes de coûts la contrainte excessive en ce qui concerne la prestation de travail.
>
> [41] L'arrêt Meiorin traitait d'une norme soi-disant objective, tandis que la présente affaire, de l'avis de la soussignée, ne traite pas d'une nouvelle norme mais de la contrepartie nécessaire au contrat de travail[86].

La Cour supérieure confirme ainsi l'interprétation de l'arbitre voulant qu'une mesure d'accommodement, même inchangée, puisse devenir elle-même excessive avec le temps. Aussi, lorsque les absences continuent de se répéter, l'employeur serait justifié de mettre fin au lien d'emploi en invoquant tout simplement le défaut par l'employé de remplir sa contrepartie au contrat de travail, sans nécessité pour lui de fournir une preuve médicale additionnelle[87].

Un tribunal d'arbitrage en est venu aux mêmes conclusions dans une affaire récente. Après avoir écarté l'argument selon lequel la présence de pathologies multiples ne correspond pas à la notion de handicap, il sera jugé que le fait de devoir composer avec un taux d'absentéisme élevé, engendré

---

84. *Syndicat des travailleuses et travailleurs de Bridgestone/Firestone de Joliette (CSN)* c. *Bridgestone/Firestone Canada inc.*, D.T.E. 2006T-965 (T.A.), par. 174 et 175 ; *CHSLD Drapeau-Deschambeault* c. *Syndicat québécois des employées et employés de service, section locale 298 (FTQ)*, D.T.E. 2004T-973 ; *Syndicat des Employées et Employés professionnel-les, section locale 434* et *Banque Laurentienne du Canada*, [2004] R.J.D.T. 279, requête en révision rejetée : D.T.E. 2005T-713 (C.S.) ; *Ville de St-Hyacinthe* c. *Lavoie*, C.S. 750-05-001991-016, le 16 août 2001. Dans l'affaire *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 2680* et *Institut universitaire de gériatrie de Montréal*, D.T.E. 2007T-155, l'arbitre Jean-Marie Lavoie fait état de ce courant de jurisprudence, mais il conclut que cette exception n'est pas applicable en l'espèce (par. 112-114).

85. *Syndicat des Employées et Employés professionnel-les, section locale 434* c. *Gagnon*, D.T.E. 2005T- 713 (C.S.).

86. *Id.*, par. 40 et 41.

87. *Id.*, par. 42.

par des causes multiples et se manifestant à la fois par des absences de courte et de longue durée, constitue, en soi, une contrainte excessive[88].

Ainsi, dans la mesure où la prestation de travail est au cœur même de la relation d'emploi, qu'elle constitue l'une des obligations essentielles du contrat de travail (art. 2085 et 2088 C.c.Q.), les tribunaux sont tentés de limiter l'interprétation extensive du droit à l'égalité par l'entremise d'une inversion du fardeau de la preuve lorsque le salarié contrevient de façon importante à son obligation d'assiduité. Si une telle interprétation peut paraître satisfaisante sur le plan de l'équité, est-elle pour autant conciliable avec la finalité du droit à l'égalité ? Force est d'admettre qu'elle se révèle certainement antithétique par rapport à la structure normative qui régit son exercice, comme cela a été précédemment démontré.

Conclusion

Le droit de l'employeur de mettre fin au contrat de travail d'un salarié incapable de travailler pour un motif lié à son état de santé a été considérablement modifié par l'évolution jurisprudentielle relative à la protection quasi constitutionnelle contre la discrimination en emploi. Alors que l'incapacité d'exercer la prestation de travail était jadis considérée comme un manquement aux obligations fondamentales du salarié en vertu de son contrat de travail, cette incapacité lui permet aujourd'hui de revendiquer que l'employeur tolère son manque d'assiduité, voire que celui-ci modifie ses tâches ou lui permette d'occuper un autre poste afin de respecter les limitations liées à son état de santé.

Ce changement de paradigme a pour conséquence d'affermir la protection d'emploi des salariés « handicapés », ce qui se traduit par une avancée intéressante en faveur de l'égalité réelle en emploi. Plus spécialement, la priorité est accordée dans ce cas-ci au droit au travail, et ce, à travers la prééminence du droit quasi constitutionnel à l'égalité et des règles qui interdisent la discrimination fondée sur le handicap[89]. Le droit du salarié

88. *Syndicat de la fonction publique du Québec* et *Commission de la santé et de la sécurité du travail*, D.T.E. 2007T-154 (T.A.). Il est intéressant de noter que, dans une décision abondamment citée en jurisprudence, notamment dans la décision précédemment mentionnée, l'arbitre Denis Nadeau mentionnait déjà cette distinction entre l'absentéisme résultant d'une pathologie unique et celui qui est attribuable à des causes multiples, au stade de l'évaluation de l'obligation d'accommodement : *Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57* et *Caisse populaire Deux-Rivières*, précité, note 44.

89. Ce constat démontre l'immarcescible symbiose entre le droit au travail et le droit à l'égalité, entrevus ici comme principes constitutionnels. Les règles qui interdisent la discrimination en emploi ou qui favorisent l'égalité réelle dans l'accès au travail, quelle

d'être traité en égal dans son travail, selon ses propres mérites, aptitudes et compétences, et non en fonction de ses caractéristiques personnelles, l'emporte ainsi sur l'obligation fondamentale contractuelle qui lui est imposée par l'entremise des articles 2085 et 2088 C.c.Q., c'est-à-dire fournir sa prestation de travail à l'employeur.

En contexte d'absentéisme chronique, le fait pour un employeur d'exiger qu'un employé se soumette à une norme d'assiduité et de prestation de travail satisfait, à l'évidence, aux deux premières étapes du test établi par l'arrêt *Meiorin*. Cependant, pour que cette norme d'assiduité soit valable, il lui appartient de démontrer qu'elle est raisonnablement nécessaire pour atteindre l'objet qu'elle vise. En règle générale, une preuve doit être faite qu'il est impossible de composer avec l'absentéisme chronique de l'employé ou encore avec son incapacité physique ou psychologique, sans que cela constitue une « contrainte excessive ». Concrètement, cela signifie que l'employeur ne peut se limiter à établir un taux d'absentéisme excessif et l'incapacité du salarié à fournir sa prestation de travail normale dans un avenir prévisible : il doit également démontrer que de maintenir le lien d'emploi avec ce salarié constitue, dans les faits, une contrainte excessive.

Il demeure que cette interprétation pour le moins « extensive » du droit à l'égalité présente des limites qu'il convient de signaler.

Premièrement, aux prises avec l'interprétation des clauses prévues dans les conventions collectives de travail autorisant la perte automatique du lien d'emploi au terme d'un délai prédéterminé, la Cour suprême, dans l'arrêt *Hôpital général de Montréal*, a indiqué qu'il y avait renversement du fardeau de la preuve. En effet, il incomberait dès lors au salarié d'établir la nécessité d'un délai additionnel sur la base d'éléments confirmant un retour au travail dans un avenir raisonnable. Cette interprétation a pour corollaire d'assujettir en quelque sorte le droit individuel du salarié aux limites imposées par la convention collective de travail. Or, la Cour suprême, dans un arrêt antérieur, a clairement affirmé que les droits quasi constitutionnels du salarié transcendaient la convention collective[90]. Aussi, cette position nous laisse plutôt perplexe, et il convient de se demander si elle s'impose, d'une part, nonobstant la durée de la clause négociée et, d'autre part, à l'égard de

---

que soit leur source, permettent la réalisation du droit à l'égalité certes, mais aussi du droit au travail ; bref, de telles règles assurent la normativité respective de ces principes. Voir : D. ROUX, *op. cit.*, note 7, p. 442 et suiv.

90. *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux* c. *S.E.E.F.P.O., section locale 324*, précité, note 30.

toute mesure d'accommodement intégrée à la convention collective. Ces questions demeurent, à l'heure actuelle, non résolues.

Deuxièmement, pour certains arbitres de griefs, l'accommodement raisonnable souffrirait d'impertinence lorsque l'absence chronique ou les absences répétitives du salarié ne peuvent être associées à une pathologie précise. L'impuissance de l'employeur à identifier de manière précise la nature des limitations fonctionnelles du salarié générerait une impossibilité pratique d'envisager une mesure d'accommodement à l'endroit de ce dernier et, partant, de satisfaire aux obligations quasi constitutionnelles qui lui incombent en cette matière. Les tribunaux se retranchent alors derrière la norme d'assiduité à titre de composante essentielle du contrat de travail, de manière à transférer au salarié le fardeau de justifier le maintien de son lien d'emploi en démontrant sa capacité prochaine de retour au travail ou la résorption imminente de son incapacité. Jusqu'à quel point la norme d'assiduité doit-elle être modulée pour satisfaire à l'obligation d'accommodement ? La question, ici encore, demeure ouverte.

En définitive, si l'évolution fulgurante des droits de la personne a entraîné des changements de paradigmes importants, le « nouvel » ordonnancement des sources du droit qu'il suppose, et qui nous révèle ici toute sa complexité, rend difficile pour plusieurs acteurs la conjugaison des principes quasi constitutionnels avec les règles applicables aux rapports de travail. Force est d'admettre que ces droits individualisés ont radicalement modulé, d'une part, les obligations contractuelles du salarié quant à sa disponibilité et à sa capacité d'exécuter sa prestation de travail et, d'autre part, les obligations conventionnelles consacrées dans les milieux de travail syndiqués. Les acteurs en présence doivent bien mesurer les avantages que peut procurer cette incursion des droits à l'égalité et au travail, notamment dans la sphère de l'« autonomie collective[91] ». Enfin, peut-être est-il temps de revoir ou de préciser les concepts de « handicap » et de « contrainte excessive », en tenant compte des problématiques nouvellement mises en évidence ?

91. C. Brunelle, « Le droit à l'accommodement raisonnable dans les milieux de travail syndiqués : une invasion barbare ? », dans M. Jezequel (dir.), *Les accommodements raisonnables : Quoi ? Comment ? Jusqu'où ? Des outils pour tous*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, à paraître en 2007.