

La fragilité des assises des droits fondamentaux : les arrêts *Bhinder* et *O'Malley*

André Jodouin

Volume 18, Number 2, 1987

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1058710ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1058710ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Jodouin, A. (1987). La fragilité des assises des droits fondamentaux : les arrêts *Bhinder* et *O'Malley*. *Revue générale de droit*, 18(2), 461–479.
<https://doi.org/10.7202/1058710ar>

Article abstract

The author analyzes the reasoning in *O'Malley* and *Bhinder* and concludes that the Court's recognition of adverse effect discrimination owes more to judicial creativity than to the techniques of statutory construction. The decisions do not appear based on the concept of equality. The issue of equality is raised by the divergent rulings in these cases and should compel a re-examination of how fundamental are those rights restricted by the discriminatory practices.

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE

La fragilité des assises des droits fondamentaux : les arrêts *Bhinder* et *O'Malley*

ANDRÉ JODOUIN
Professeur à la Faculté de droit
de l'Université d'Ottawa

RÉSUMÉ

Le commentaire analyse le raisonnement utilisé par la Cour suprême dans les arrêts O'Malley et Bhinder et conclut que la reconnaissance de la notion de discrimination par voie de conséquence relève plutôt de la création judiciaire que de l'interprétation. La notion d'égalité, qui est censée sous-tendre la protection légale contre la discrimination, n'est pas le fondement de ces arrêts. La question de l'égalité est soulevée par la disparité de leurs dispositifs et contraint à une réflexion secondaire sur la nature fondamentale du droit qui est lésé par la discrimination.

ABSTRACT

The author analyzes the reasoning in O'Malley and Bhinder and concludes that the Court's recognition of adverse effect discrimination owes more to judicial creativity than to the techniques of statutory construction. The decisions do not appear based on the concept of equality. The issue of equality is raised by the divergent rulings in these cases and should compel a re-examination of how fundamental are those rights restricted by the discriminatory practices.

SOMMAIRE

I. Le raisonnement interprétatif de la Cour suprême	464
A. L'arrêt <i>O'Malley</i>	464
B. L'arrêt <i>Bhinder</i>	468

C. Commentaire	469
II. La notion d'égalité dans les arrêts <i>O'Malley</i> et <i>Bhinder</i>	475
A. Les sources du principe	475
B. Le contenu du principe	477
Conclusion	478

Le 17 décembre 1985, la Cour suprême du Canada a rendu, en matière de droits de la personne, deux décisions qui illustrent la fragilité des assises des droits fondamentaux. Dans la première, la Cour a jugé qu'une condition d'emploi, imposée sans arrière-pensée et justifiée par l'intérêt de l'entreprise, constituait une pratique discriminatoire et donnait ouverture à un recours contre l'employeur, parce qu'elle entraînait en conflit avec l'exercice de la religion de l'employé. Dans la seconde, la Cour a jugé qu'une condition d'emploi, imposée sans arrière-pensée et justifiée par l'intérêt de l'entreprise ne constituait *pas* une pratique discriminatoire et ne donnait *pas* ouverture à un recours contre l'employeur, même si elle entraînait en conflit avec l'exercice de la religion de l'employé.

Le point qui retiendra l'attention dans les arrêts *O'Malley*¹ et *Bhinder*², au-delà de la disparité de leurs dispositifs, est la reconnaissance par la Cour suprême du Canada de la notion de discrimination par voie de conséquence (*adverse effect discrimination*). Cependant, le concept a une portée différente dans les deux arrêts et la différence est de taille. Dans l'affaire *O'Malley*, la Cour déclare à l'unanimité que « une condition d'emploi adoptée honnêtement pour de bonnes raisons économiques ou d'affaires également applicable à tous ceux qu'elle vise, peut quand même être discriminatoire si elle touche une personne ou un groupe de personnes d'une manière différente par rapport à d'autres personnes auxquelles elle peut s'appliquer »³. Dans l'arrêt *Bhinder*, le juge McIntyre, porte-parole de la majorité de la Cour suprême, tout en reconnaissant que la prohibition de la discrimination peut viser et la discrimination involontaire et la « discrimination par suite d'un effet préjudiciable », affirme qu'une mesure fondée sur une exigence professionnelle n'est pas touchée par la prohibition. La différence entre ces deux conceptions de la discrimination par voie de conséquence a des effets juridiques considérables. L'adoption de la première conduira à imposer à l'employeur le devoir d'adopter toutes les mesures d'accommodement jusqu'au point de

1. *Commission ontarienne des droits de la personne et Theresa O'Malley (Vincent) c. Simpson-Sears Limited*, [1985] 2 R.C.S. 536.

2. *K.S. Bhinder & la Commission canadienne des droits de la personne c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561.

3. *O'Malley c. Simpson-Sears*, *supra*, note 1, p. 551.

la « contrainte excessive ». La seconde, au contraire, n'entraînera aucun devoir pour l'employeur qui a imposé des conditions de travail justifiées par les besoins de l'entreprise, même si ces conditions s'avèrent systématiquement discriminatoires.

Les faits donnant lieu aux deux jugements ne révèlent aucune différence juridiquement significative. Dans les deux cas, les plaignants allèguent une pratique opérant discrimination du fait de leur croyance religieuse. Madame O'Malley, nouvellement convertie à l'église adventiste du septième jour, se plaint de ce que les heures de travail imposées par l'employeur l'empêchent de respecter le sabbat. Monsieur Bhinder, de son côté, allègue qu'une condition de sécurité nouvellement imposée, selon laquelle il doit porter un casque de sécurité, enfreint un précepte sikh selon lequel le seul couvre-chef permis est un turban. Dans les deux cas, aucune intention sinistre ne semble avoir inspiré l'imposition de la condition. Dans les deux cas, la condition a été adoptée dans l'intérêt de l'entreprise. Il ne semble donc y avoir aucune différence factuelle justifiant un résultat différent dans les deux affaires.

La différence vient de ce que madame O'Malley est à l'emploi de la compagnie Simpson-Sears Ltd., entreprise assujettie aux dispositions du *Code ontarien des droits de la personne*⁴ et monsieur Bhinder, de la compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, société de la Couronne que régissent les dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*⁵. Or, les versions de ces deux lois qui s'appliquaient à l'époque des affaires *O'Malley* et *Bhinder* différaient sur un point : alors que les deux textes prohibaient la discrimination en matière d'emploi, le paragraphe 4(6) de la loi ontarienne écartait l'application de la loi aux cas de discrimination fondée sur l'âge, le sexe ou l'état conjugal, qui constituaient des *bona fide occupational qualification and requirement* :

The provisions of this section [...] do not apply where age, sex or marital status is a *bona fide* occupational qualification and requirement for the position and employment.

De son côté, l'article 14 de la loi canadienne déclarait que

Ne constituent pas des actes discriminatoires

- a) les refus, exclusions, expulsions, suspensions, restrictions, conditions ou préférences de l'employeur qui démontre qu'ils découlent d'exigences professionnelles normales;

On constate donc que la notion de « *bona fide occupational qualification and requirement* » dans le Code ontarien ne couvre que la discrimination fondée sur l'âge, le sexe ou l'état conjugal et non la discrimination fondée sur d'autres motifs alors que dans la loi fédérale

4. *Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1980, c. 340.

5. *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, c. 33.

toute discrimination pouvant se réclamer de l'exigence professionnelle normale est mise à l'abri de la prohibition. De plus, le Code ontarien exclut de l'application de la loi les pratiques discriminatoires fondées sur des exigences professionnelles alors que la loi fédérale utilise cette notion à des fins de qualification : « Ne constituent pas des actes discriminatoires [...] ».

Cette différence dans la façon des deux lois d'aborder la discrimination suffit-elle pour expliquer les dispositifs différents des affaires *O'Malley* et *Bhinder*? Selon un auteur, « while the difference in wording of the two statutes made the result possible, it did not make it inevitable ⁶ ». Ainsi, l'attitude interprétative du tribunal aurait largement contribué au résultat. Selon cet auteur, le juge McIntyre a rejeté la perspective étroite et légaliste des tribunaux ontariens dans l'affaire *O'Malley* : il s'est cependant laissé persuader par le même type d'arguments « légalistes » dans l'affaire *Bhinder* ⁷.

Quelle que soit la façon dont on qualifie le raisonnement de la Cour suprême dans les deux arrêts *O'Malley* et *Bhinder*, il est indéniable que l'interprétation de la Cour unanime dans l'affaire *O'Malley* et l'interprétation de la majorité dans l'affaire *Bhinder* (et sur ce point, les opinions des juges McIntyre et Wilson se rejoignent) procèdent de perspectives différentes. Et c'est sur ce point, celui de l'interprétation, que les arrêts intéressent la doctrine. Sur un autre point aussi : le *Code ontarien des droits de la personne* et la *Loi canadienne sur les droits de la personne* se réclament tous deux du principe de l'égalité. Comme ce principe est maintenant constitutionnalisé par l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ⁸, le discours de la Cour suprême sur l'égalité, même si la Charte n'a pas été explicitement mentionnée dans les arrêts, présente un intérêt certain.

Le présent commentaire portera donc sur ces deux questions : le raisonnement interprétatif de la Cour suprême dans les arrêts *O'Malley* et *Bhinder* et la conception de l'égalité qu'expriment ces deux arrêts.

I. LE RAISONNEMENT INTERPRÉTATIF DE LA COUR SUPRÊME

A. L'ARRÊT *O'MALLEY*

Le moins qu'on puisse dire de l'arrêt *O'Malley*, c'est que la Cour suprême ne nous met pas devant un exemple classique d'interprétation dite statutaire. Le texte sur lequel se fonde la plainte, l'alinéa 4(1)(g) du

6. William BLACK in *Canadian Human Rights Advocate*, vol. 11, n° 2, p. 1, à la p. 3.

7. *Ibid.*

8. *Loi de 1982 sur le Canada*, (R.U.) 1982, c. 11, Annexe B, Partie 1.

Code ontarien des droits de la personne est cité une seule fois⁹ avant la formulation de la question en litige. La Cour définit ensuite le problème qu'elle est appelée à résoudre : il s'agit de « l'examen de la discrimination involontaire de la part de l'employeur ainsi que de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable »¹⁰.

Le raisonnement interprétatif est introduit par la citation intégrale du préambule du Code, au sujet duquel la Cour déclare : « Nous y trouvons un énoncé de la politique générale du Code et c'est cette politique qui doit s'appliquer »¹¹. »

Le jugement exprime ensuite la perspective d'interprétation que doit adopter le tribunal :

Ce n'est pas, à mon avis, une bonne solution que d'affirmer que, selon les règles d'interprétation bien établies, on ne peut prêter au Code un sens plus large que le sens le plus étroit que peuvent avoir les termes qui y sont employés. Les règles d'interprétation acceptées sont suffisamment souples pour permettre à la Cour de reconnaître, en interprétant un code des droits de la personne, la nature et l'objet spéciaux de ce texte législatif (voir le juge Lamer dans *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, aux pp. 157 et 158), et de lui donner une interprétation qui permettra de promouvoir ses fins générales. Une loi de ce genre est d'une nature spéciale. Elle n'est pas vraiment de nature constitutionnelle, mais elle est certainement d'une nature qui sort de l'ordinaire. Il appartient aux tribunaux d'en rechercher l'objet et de le mettre en application¹².

Le tribunal cite ensuite un certain nombre d'arrêts canadiens qui ont affirmé que la discrimination pouvait avoir lieu même en l'absence d'une intention malveillante. La Cour d'appel de l'Ontario avait, dans l'affaire *O'Malley*, jugé que « l'intention d'établir une distinction était une condition essentielle pour qu'il y ait infraction à l'al. 4(1)(g) du Code »¹³.

Selon le juge McIntyre, il est raisonnable d'adopter une conception de la discrimination qui ne fait pas de l'intention un élément essentiel. D'une part, « il serait extrêmement difficile dans la plupart des cas de prouver le mobile. Il serait facile de camoufler ce mobile en formulant des règles, qui, tout en imposant des normes d'égalité, créeraient,

9. *O'Malley c. Simpson-Sears*, *supra*, note 1, pp. 545-546.

« No person shall [...] »

(g) discriminate against any employee with regard to any term or condition of employment, because of race, creed, colour, age, sex, marital status, nationality, ancestry or place or origin of such person or employee. »

10. *O'Malley c. Simpson-Sears*, *supra*, note 1, p. 546.

11. *Ibid.*

12. *Id.*, pp. 546-547.

13. *Ontario Human Rights Commission and Theresa O'Malley v. Simpson-Sears Ltd.*, (1982) 138 D.L.R. (3d) 133, passage cité in *O'Malley c. Simpson-Sears*, *supra*, note 1, p. 545.

comme dans l'affaire *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971), des injustices et de la discrimination en traitant également ceux qui sont inégaux [...] »¹⁴.

De plus, comme le but de la loi est d'éliminer la discrimination, qu'elle s'attache « aux conséquences d'une conduite plutôt qu'à la punition d'une mauvaise conduite »¹⁵ il ne convient pas d'accorder une importance déterminante à la question de l'intention du responsable de la mesure discriminatoire.

Ayant ainsi précisé le rôle que devait jouer l'intention dans la définition de la discrimination, le jugement aborde la deuxième question, celle de savoir si l'on peut « considérer comme discriminatoires un règlement et des règles qui ne sont pas discriminatoires à première vue, mais qui ont un effet discriminatoire »¹⁶.

La Cour constate l'origine américaine de la « discrimination par suite d'un effet préjudiciable » et cite l'arrêt *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971), comme le point de départ de la conception. Le jugement signale ensuite que les présidents de commissions d'enquête en matière de droits de la personne ont introduit cette conception en Ontario « en l'absence d'appui législatif »¹⁷.

Après avoir fait la distinction entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, le tribunal se prononce sur ce dernier concept :

essentiellement pour les mêmes raisons qui sous-tendent la conclusion que l'intention d'établir une distinction n'est pas un élément nécessaire de la discrimination proscrire par le code, je suis d'avis que cette Cour peut considérer que la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, décrite dans les présents motifs, contrevient au code. Une condition d'emploi adoptée honnêtement pour de bonnes raisons économiques ou d'affaires également applicable à tous ceux qu'elle vise, peut quand même être discriminatoire si elle touche une personne ou un groupe de personnes d'une manière différente par rapport à d'autres personnes auxquelles elle peut s'appliquer¹⁸.

La conclusion à laquelle en arrive la Cour sur la question de la discrimination par voie de conséquence l'oblige à se prononcer sur le droit à un redressement. Ce redressement doit tenir compte à la fois du droit de l'employé victime de discrimination et du droit de l'employeur à la gestion licite de ses affaires. La solution que trouve la Cour suprême est d'exiger de la part de l'employeur des mesures d'accommodement raisonnables. Là où la Cour suprême innove, c'est dans l'intensité de

14. *O'Malley c. Simpson-Sears*, *supra*, note 1, p. 549.

15. *Ibid.*

16. *Id.*, p. 450.

17. *Ibid.*

18. *Id.*, p. 551.

l'obligation d'accommodement. Alors que le président de la Commission d'enquête s'était contenté d'appliquer « la norme très générale qui consiste à déterminer si l'employeur a agi raisonnablement en tentant de s'entendre avec l'employé »¹⁹, la Cour suprême assortit cet effort raisonnable de la limite « à moins que cela ne cause une contrainte excessive »²⁰ (*short of undue hardship*).

Cette solution, selon la Cour suprême, est dictée par l'objet et les dispositions générales du *Code ontarien des droits de la personne* :

Le Code confère le droit de ne pas être victime de discrimination dans son emploi. Même si aucun droit ne saurait être considéré comme absolu, 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 protéger²¹.

Un peu plus loin :

Dans le présent cas, conformément aux dispositions et à l'objet du Code ontarien des droits de la personne, le droit de l'employé exige que l'employeur prenne des mesures d'accommodement raisonnables²².

La limite de ce devoir de prendre des mesures d'accommodement raisonnables est le *undue hardship*, la contrainte excessive, que la Cour explique de la façon suivante : « en d'autres mots il s'agit de prendre les mesures qui peuvent être raisonnables pour s'entendre sans que cela n'entrave *indûment* l'exploitation de l'entreprise de l'employeur et ne lui impose des frais *excessifs* »²³.

Qu'est-ce qui est excessif? Qu'est-ce qui est indu? À cet égard la décision de la Cour suprême nous laisse un peu sur notre faim. Après avoir constaté que « nous sommes saisis en l'espèce d'un dossier qui, à certains égards, est incomplet et peut-être insuffisant pour trancher adéquatement la question qui se pose au sujet de l'accommodement consenti par l'intimé »²⁴, la Cour suprême résout le problème en appliquant les règles traditionnelles concernant le fardeau de la preuve. Le plaignant ayant fait une preuve suffisante de la discrimination, le verdict doit être en sa faveur en l'absence de réplique de l'employeur intimé. Et à ce sujet, « il n'y a aucune preuve dans le dossier concernant la question de la contrainte excessive subie par l'employeur »²⁵ et « en l'absence d'une telle preuve, je ne puis que conclure que le pourvoi doit être accueilli »²⁶.

19. Décision du professeur E. Ratushny, 15 mai 1980, cité in *O'Malley c. Simpson-Sears*, p. 557.

20. *Id.*, p. 559.

21. *Id.*, p. 550.

22. *Id.*, p. 555.

23. *Ibid.*

24. *Id.*, p. 556.

25. *Id.*, p. 559.

26. *Id.*, p. 560.

B. L'ARRÊT BHINDER

Dans l'affaire *Bhinder*, la Cour suprême du Canada réitère les conclusions de l'affaire *O'Malley* quant à la possibilité d'une discrimination involontaire par voie de conséquence. C'est sur l'effet à donner à l'alinéa 14a) de la loi qu'achoppe son unanimité. Cette disposition se lit comme suit :

Ne constituent pas des actes discriminatoires a) les refus, exclusions, expulsions, suspensions, restrictions, conditions ou préférences de l'employeur qui démontre qu'ils découlent d'exigences professionnelles normales ;

Selon la majorité de la Cour suprême, une mesure qui constitue une « exigence professionnelle normale » ne constitue pas de la discrimination, même si elle cause préjudice à un groupe protégé par la loi.

L'exigence professionnelle normale devient donc un élément de qualification qui interdit, lorsqu'elle est présente, de conclure à un acte discriminatoire. Cette déqualification formelle interdit au tribunal de postuler un devoir d'accommodement raisonnable, comme il a pu le faire pour combler le vide constaté dans la loi ontarienne.

Le jugement dissident affirme qu'il faut interpréter la notion d'exigence professionnelle normale « étroitement de façon à ne pas entrer en conflit avec ce à quoi la Loi vise à remédier. D'après le tribunal, [il s'agit du Tribunal des droits de la personne], l'exception du caractère normal a pour fondement "la capacité d'un employé d'exécuter ses fonctions" et la définition de ce qui est une exigence professionnelle normale doit être établie en fonction de chaque cas selon les exigences de tâches particulières »²⁷. Tout autre interprétation irait à l'encontre des objets de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

La définition de l'exigence professionnelle normale proposée par le jugement dissident tient compte des circonstances particulières dans lesquelles se trouve le plaignant et « 2) comprend une obligation d'accommodement de la part de l'employeur »²⁸. Cette interprétation est directement contestée par les juges Wilson et Beetz qui, par ailleurs, souscrivent à la décision du juge McIntyre.

Selon les motifs de jugement des juges Wilson et Beetz, l'interprétation dissidente ne saurait être retenue puisqu'elle va à l'encontre de la présomption de l'économie du langage législatif. La dissidence propose en effet d'interpréter la notion d'exigence professionnelle comme comportant un devoir d'accommodement pour l'employeur. Cependant, comme ce devoir est déjà implicitement créé par la notion de discrimination par voie de conséquence, la notion légale d'exigence professionnelle

27. *Bhinder c. C.N.*, *supra*, note 2, p. 567.

28. *Id.*, p. 572.

serait une simple redite et n'aurait aucun contenu distinct et autonome. Il convient donc de rejeter une interprétation qui nie un sens autonome à un texte législatif.

C. COMMENTAIRE

Le raisonnement interprétatif de la Cour suprême appelle un certain nombre de commentaires. En ce qui concerne la différence entre la façon d'aborder les deux questions, on a critiqué la Cour suprême²⁹ d'avoir adopté un raisonnement « légaliste » dans l'affaire *Bhinder* et on l'a louangé pour avoir évité ce type de raisonnement dans l'affaire *O'Malley*. De fait, la structure du raisonnement est identique dans les deux cas : il s'agit d'un exercice de qualification dont on tire les conséquences juridiques.

La première question à régler est de savoir si les mesures contestées sont discriminatoires. Dans l'affaire *Bhinder*, vu le libellé de la loi fédérale, le caractère d'exigence professionnelle normale de la mesure interdit de la qualifier de discriminatoire. Dans l'affaire *O'Malley*, vu le libellé de la loi provinciale, la notion d'exigence professionnelle normale n'est applicable, et ce à titre de défense, qu'aux mesures discriminatoires fondées sur l'âge, le sexe et l'état matrimonial. C'est donc à partir de la constatation de « l'absence d'une telle réserve » que peut s'élaborer le jugement de la Cour suprême. Cette absence a porté la Cour divisionnaire à conclure à la nécessité d'une intention en matière de discrimination³⁰. La Cour suprême, rejette ce point de vue et conclut comme nous l'avons vu, qu'une mesure peut être qualifiée de discriminatoire même si elle est adoptée « honnêtement pour de bonnes raisons économiques ou d'affaires ». Cette conclusion de la Cour suprême sur la question de la qualification introduit un raisonnement tout aussi « légaliste » que celui qu'utilise la même Cour dans l'affaire *Bhinder* : la discrimination imputée à l'employeur impose à ce dernier un devoir d'accommodement. C'est à l'employeur de « démontrer qu'il a pris, en vue de s'entendre avec l'employé, les mesures raisonnables qu'il lui était possible de prendre sans subir une contrainte excessive ». Mais la preuve de la « contrainte excessive » n'a pas été faite. Non pas qu'elle ait échoué pour insuffisance : les procureurs de l'intimée ne l'ont tout simplement pas présentée, vu sans doute l'état du droit au moment où la cause a pris naissance.

Le dispositif de l'arrêt *O'Malley* est donc fondé sur l'effet de la qualification et de la dynamique des règles de preuve. En ce sens, le

29. W. BLACK, *supra*, note 6.

30. *Re Ontario Human Rights Commission et al. and Simpson-Sears Ltd.*, Cour divisionnaire, (1982) 133 D.L.R. (3d) 611, 36 O.R. (2d) 59.

raisonnement n'est pas moins « légaliste » que celui de l'arrêt *Bhinder*, sauf que le « légalisme » en est un de preuve plutôt que d'interprétation.

Cependant dans l'affaire *O'Malley*, la Cour fonde toute sa démarche sur la prétendue règle de la spécificité des textes constitutionnels et quasi constitutionnels. C'est à cause de la nature de la loi en question que la Cour suprême déclare que c'est la politique générale du Code qui doit *s'appliquer*, qu'elle transforme une prohibition :

4.(1) No person shall [...]

(g) discriminate against any employee [...]

en l'énoncé d'un droit :

le Code confère le droit de ne pas être victime de discrimination dans son emploi,

qu'elle constate une lacune dans le Code concernant l'obligation d'accommodement de l'employeur et qu'elle s'autorise à combler cette lacune par l'importation d'une règle découlant d'une modification de 1972 au *Civil Rights Act* américain³¹.

Qu'on interprète les dispositions d'un texte de loi dans l'esprit de son préambule, soit. Mais qu'on s'arrête au préambule, sans tenir compte des dispositions opérantes de la loi, semble dépasser de loin la simple interprétation, pour confiner à la création judiciaire.

Ainsi, lorsque la Cour détermine la « nature spéciale » du Code ontarien, elle déclare :

Le Code vise la suppression de la discrimination. C'est là l'évidence. Toutefois, sa façon principale de procéder consiste non pas à punir l'auteur de la discrimination, mais plutôt à offrir une voie de recours à la victime de la discrimination. C'est le résultat ou l'effet de la mesure dont on se plaint qui importe³².

Un peu plus loin, traitant de la question de savoir si la discrimination peut être involontaire, le tribunal affirme :

De plus, comme j'ai tenté de le démontrer, nous avons ici affaire aux conséquences d'une conduite plutôt qu'à la punition d'une mauvaise conduite. En d'autres termes, nous sommes saisis essentiellement de voies de recours civiles. La preuve de l'intention, une exigence nécessaire dans notre façon d'aborder une loi criminelle et punitive, ne devrait pas être un facteur déterminant dans l'interprétation d'une loi sur les droits de la personne qui vise à éliminer la discrimination³³.

S'il est indéniable que l'objet du Code ontarien est de supprimer la discrimination, il est non moins indéniable que le Code poursuit cet

31. *Civil Rights Act of 1964*, (Title VII, 78 Stat. 255) 42 U.S.C.S. in *O'Malley c. Simpson-Sears*, *supra*, note 1, p. 550.

32. *O'Malley c. Simpson-Sears*, *supra*, note 1, p. 547.

33. *Id.*, p. 549.

objectif en prohibant les pratiques discriminatoires. Ainsi, le droit à une réparation est subordonné à l'existence d'une contravention [art. 19]. Mais la contravention est elle-même qualifiée d'infraction par l'article 21 :

Art. 21 — Every person who contravenes any of the provisions of this Act [...] is guilty of an offense [...]

On pourrait rétorquer que l'analyse précédente est purement textuelle et qu'il serait facile pour un tribunal de distinguer entre un recours civil et l'application pénale de la loi; que l'expression *contravened this act* à l'article 19, étape essentielle au redressement, est différente de l'expression *every person who contravenes any of the provisions of this Act* contenue à l'article 21 qui, elle, contient à cause de son contexte une exigence d'intention, voire de mobile; qu'en tout état de cause, l'article 22 exige que le Ministre autorise toute poursuite et qu'il ne le fera que lorsque la preuve révèle une intention claire d'établir une distinction injuste et qu'enfin les poursuites pénales en vertu du Code ontarien sont rarissimes, sinon inexistantes.

Il demeure que la décision de la Cour suprême d'écarter l'exigence d'intention en matière de discrimination aurait été plus satisfaisante pour l'esprit si la Cour s'était livrée à une analyse plus serrée des dispositions de la loi plutôt que de se confiner aux généralités du préambule.

Le débat n'a rien de nouveau et on reconnaît dans le discours des juges qui y participent les arguments traditionnels en matière d'interprétation des lois. Le fait à noter est que le domaine des droits de la personne est maintenant reconnu par les plus hautes instances comme faisant partie du droit commun plutôt que comme constituant une dérogation à ce droit commun, à la liberté de contracter par exemple. Cependant, il est important de reconnaître le caractère rhétorique de cette affirmation. Ainsi, on serait censé interpréter de la façon la plus libérale les textes constitutionnels; or, dans l'arrêt *Société des Acadiens*³⁴ la Cour suprême du Canada vient d'affirmer, à 7 voix contre 2, que certains droits constitutionnels ne devaient pas faire l'objet d'une interprétation aussi libérale que certains autres, apportant ainsi un tempérament à la « règle » de l'interprétation libérale des textes constitutionnels dont beaucoup semblent avoir fait un absolu³⁵.

34. *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick c. Association of Parents for Fairness in Education, Grand Falls District 50 Branch*, [1986] 1 R.C.S. 549. Voir aussi : André MOREL, « La valorisation de la Charte canadienne par le moyen de la Déclaration : une rhétorique judiciaire trompeuse », dans G.A. BEAUDOIN, dir., *La Cour suprême du Canada*, Actes de la conférence d'octobre 1985, Cowansville, Y. Blais, 1986, p. 245.

35. Pour une analyse de cette « règle », voir A.F. BISSON, « La Charte québécoise des droits et libertés de la personne et le dogme de l'interprétation spécifique des textes constitutionnels », (1987) 17 R.D.U.S. (à paraître).

Il en est de même des textes législatifs protégeant les droits de la personne. Malgré le dynamisme qui anime actuellement ce domaine du droit, il est toujours loisible aux tribunaux, par des ajustements de valeurs, d'en freiner la croissance. Vu la complexité de la rédaction des lois dans ce domaine et la confusion conceptuelle qui y règne, il serait miraculeux que les droits dits droits de la personne se développent en toute harmonie.

Après avoir conclu que l'acte discriminatoire pouvait être involontaire, la Cour aborde la question du *adverse effect discrimination*.

Si la question de la « discrimination par suite d'un effet préjudiciable » est différente de celle de savoir si un acte discriminatoire peut être involontaire, il est difficile de comprendre pourquoi la Cour suprême la règle « essentiellement pour les mêmes raisons qui sous-tendent la conclusion que l'intention d'établir une distinction n'est pas un élément nécessaire de la discrimination proscrire par le Code ». En effet, les raisons invoquées pour justifier une conception de la discrimination constituée en l'absence de mobile discriminatoire relèvent de la preuve : « il serait extrêmement difficile dans la plupart des cas de prouver le mobile et il serait facile de camoufler ce mobile en formulant des règles qui, tout en imposant des normes d'égalité, créeraient, comme dans l'affaire *Griggs v. Duke Power Co.*³⁶, des injustices et de la discrimination en traitant également ceux qui sont inégaux [...] ». Or, comme l'a reconnu la Cour suprême dans l'affaire *R. c. Lewis*³⁷, il y a une différence entre l'absence de preuve du mobile et la preuve d'absence de mobile. L'arrêt *Griggs v. Duke Power*, cité par la Cour suprême comme autorité de raison quant à la question de la discrimination involontaire et comme source de la théorie du *adverse effect discrimination* porte exclusivement sur la question de la preuve.

Dans cette affaire, où une compagnie avait imposé des normes de promotion que rencontrait plus difficilement la population noire, la Cour suprême avait conclu à une violation du *Civil Rights Act*. À cet égard, le juge Burger avait écrit au nom de la Cour³⁸ :

The Act proscribes not only overt discrimination but also practices that are fair in form but discriminatory in operation. The touchstone is business necessity. If an employment practice which operates to exclude Negroes cannot be shown *to relate to job performance*, the practice is prohibited.
(Nos italiques.)

L'arrêt, on le voit, ne porte que sur la preuve. Dès qu'on a démontré qu'une pratique est *discriminatory in operation*, c'est à l'employeur de démontrer que la pratique est dictée par des impératifs

36. *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971), cité in *O'Malley*, p. 549.

37. *Lewis c. R.*, [1979] 2 R.C.S. 821.

38. *Griggs v. Duke Power Co.*, *supra*, note 36.

professionnels. Si l'employeur ne peut démontrer le lien entre la pratique en cause et l'exécution de la tâche de l'employé, il est logique de conclure que sa seule raison d'être est d'entraîner l'effet prohibé. Il est assez évident que si la pratique contestée dans l'affaire *Duke Power* avait été « une condition d'emploi adoptée honnêtement pour de bonnes raisons économiques ou d'affaires³⁹ », la Cour suprême américaine ne serait pas intervenue.

En réalité, alors que la question de savoir si la discrimination peut être involontaire relève de l'aménagement des règles de preuve, celle de savoir si la prohibition de la discrimination vise tout autant les pratiques imposées dans l'intérêt véritable de l'entreprise relève d'un choix de valeurs. En d'autres termes, alors que l'on peut facilement assimiler à la discrimination directe et volontaire une pratique entraînant un effet préjudiciable, quand cette pratique n'est nullement nécessaire à la bonne exploitation de l'entreprise, qu'elle est gratuite, qu'elle repose sur l'arbitraire, il est difficile de pousser cette assimilation au point d'englober dans les prohibitions une condition d'emploi adoptée honnêtement pour de bonnes raisons économiques ou d'affaires. Le seul reproche qu'on pourrait adresser à un employeur dans cette situation serait d'avoir fait défaut d'observer quelque devoir légal, qui lui aurait commandé d'accommoder les conditions de travail de son entreprise aux divers besoins de ses employés. Inutile de le dire, le Code ontarien ne contient aucune disposition à cet effet et la Cour suprême écrit, en toute candeur, « c'est en l'absence d'appui législatif explicite en Ontario que les présidents de commission d'enquête ont introduit le concept »⁴⁰. Non seulement le concept ne trouve-t-il aucun appui législatif mais le Code ontarien, selon l'interprétation de la Cour, ne fait aucune distinction entre les espèces de discrimination, directe, indirecte, volontaire, involontaire, et les soumet toutes au même régime.

D'ailleurs, la Cour suprême ne fait pas reposer la définition de la discrimination prohibée sur une omission de respecter le devoir d'accommodement mais présente le devoir comme une conséquence résultant de la discrimination opérée par l'employeur.

Le Code confère le droit de ne pas être victime de discrimination dans son emploi. Même si aucun droit ne saurait être considéré comme absolu, 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 protéger⁴¹.

Comme l'écrit quelque part Gilson, à un crochet peint sur le mur on ne peut accrocher qu'un chapeau également peint.

39. *O'Malley c. Simpson-Sears*, *supra*, note 1, p. 551.

40. *Id.*, p. 550.

41. *Id.*, p. 554.

Avant de quitter ce commentaire du raisonnement interprétatif il convient de faire deux autres remarques. Le Code ontarien sous le régime duquel l'affaire *O'Malley* a été jugée, a été abrogé et remplacé par un nouveau code⁴². De même, la loi canadienne a été modifiée postérieurement aux faits donnant naissance à l'affaire *Bhinder* et l'expression « exigence professionnelle normale » remplacée par « exigence professionnelle justifiée ». La Cour suprême appliquait donc des textes moribonds que seules maintenant en vigueur les mesures héroïques des lois d'interprétation. On constate peut-être dans le raisonnement de la Cour suprême une sorte d'effet « du dernier des Mohicans », un phénomène de jurisprudence prospective⁴³.

C'est peut-être pour cette raison que dans l'affaire *O'Malley*, le point de départ du raisonnement a été le préambule du Code ontarien qui, lui, n'a pas changé, et qu'on a insisté, comme le fait la nouvelle loi, sur le droit de ne pas être victime de discrimination plutôt que sur la prohibition de la discrimination, qu'on soit passé de l'interdiction à l'affirmation d'un droit positif.

Peut-être aussi est-ce pour cela qu'on a complètement ignoré, dans l'affaire *Bhinder*, de signaler la différence apparente entre les versions anglaise et française du texte de loi : *bona fide occupational requirement*; exigences professionnelles normales. Ainsi, la dissidence du juge en chef tire argument du sens de l'expression *bona fide*, argument difficilement soutenable à partir du sens du mot « normales ». De même, le jugement du juge McIntyre applique et interprète l'expression *bona fide occupational requirement* à la lumière de l'arrêt *Etobicoke*⁴⁴, arrêt portant sur une expression analogue dans le Code ontarien qui n'a pas de version française officielle.

Cet oubli d'un principe d'interprétation fondé sur l'égalité des deux versions de la loi (manifestation de l'égalité des communautés de langues officielles) est vexant dans un arrêt qui porte précisément sur une des manifestations du principe de l'égalité.

Dans l'arrêt *George Hensher Ltd. c. Restawile Upholstery Ltd.*⁴⁵, Lord Reid affirme « Judges have to be experts in the use of the English language [...] »⁴⁶. Cette compétence a sans doute été transmise aux juges canadiens, comme partie de leur « juridiction inhérente », grâce à quelque procédé analogue à celui de la succession apostolique. Le

42. S.O. 1981, c. 53, proclamé le 15 juin 1982.

43. A.F. BISSON, in *Codification : valeurs et langages*, Actes du Colloque international de droit civil comparé, Montréal, 1^{er}, 2, 3 octobre 1981, Service des communications du Conseil de la langue française, 1985, p. 395.

44. *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202.

45. [1976] A.C. 64 (C.L.).

46. *Id.*, p. 78.

devoir d'être « experts in the use of the French language » pour sa part, n'a de source que la *Loi sur les langues officielles*⁴⁷ et l'article 16 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁴⁸. Les tribunaux canadiens peuvent donc se dispenser de tenir compte des deux versions de la loi.

II. LA NOTION D'ÉGALITÉ DANS LES ARRÊTS *O'MALLEY* ET *BHINDER*

A. LES SOURCES DU PRINCIPE

La législation ontarienne des droits de la personne et la *Loi canadienne sur les droits de la personne* font toutes deux référence au principe de l'égalité. Le préambule du Code ontarien postule que la reconnaissance de la dignité inhérente et de l'égalité des droits inaliénables de la « famille humaine » sont le fondement de la liberté, la justice et la paix dans le monde. La loi canadienne dans son article 2 déclare plus modestement vouloir donner effet, dans le champ de compétence du Parlement du Canada, au principe de l'égalité des chances d'épanouissement sans égard aux motifs classiques de discrimination.

Mais tout comme les règles d'interprétation en matière pénale au XVIII^e siècle se sont élaborées, suivant la belle expression de Milsom, « in the shadow of the gibbet », il n'est pas impossible que la réflexion de la Cour suprême sur le principe de l'égalité ait été marquée par l'invisible présence de la *Charte canadienne des droits et libertés* et de son article 15. Les arrêts *O'Malley* et *Bhinder* serviraient alors de jalon dans l'élaboration d'une définition judiciaire du droit à l'égalité, maintenant constitutionnalisé par l'article 15 de la Charte.

Si l'on objecte que la Cour suprême ne se soit pas estimée liée par ses décisions antérieures rendues sous l'empire de la Déclaration canadienne, l'argument utilisé pour rejeter ces dernières ne saurait s'appliquer, tout au moins à l'arrêt *O'Malley*. En effet, on ne peut soutenir que le caractère de simple loi du Code ontarien ait conduit le tribunal à une interprétation indûment étroite de la notion d'égalité. Quant à l'arrêt *Bhinder*, il a reconnu de façon théorique une conception très large de la discrimination et seul le libellé précis de l'article 14 de la loi canadienne a-t-il pu faire obstacle à un dispositif donnant effet à cette conception.

C'est pour cette raison qu'on peut s'interroger sur les sources de la notion d'égalité qui fondent le jugement de la Cour dans les deux arrêts.

47. *Loi sur les langues officielles*, S.R.C. 1970, c. O-2.

48. *Loi de 1982 sur le Canada*, (R.U.) 1982, c. 11.

Dans l'affaire *O'Malley*, le droit à l'égalité substantielle n'a pu être logiquement déduit de la seule prohibition de la discrimination. La Cour a dû faire appel à des sources traditionnellement perçues comme supplétives : le préambule de la loi, la jurisprudence étrangère rapatriée par les tribunaux et les commissions des droits de la personne, et à des mécanismes de raisonnement donnant préséance à l'objet de la loi sur son libellé.

Ce faisant, la Cour a présenté l'égalité et son corollaire, la prohibition de la discrimination, comme une sorte de surnorme.

C'est à ce niveau, celui des sources, qu'apparaît la différence entre les arrêts *O'Malley* et *Bhinder*. Dans l'arrêt *O'Malley*, le principe de l'égalité fait partie du donné. Le préambule de la loi le déclare « public policy in Ontario »; dans le contexte de l'interprétation dominée par la primauté de la loi, rien ne s'oppose, en l'absence d'une disposition législative contraire, à donner effet au principe. On aurait quand même pu désirer que la Cour suprême se livre à un examen plus approfondi des dispositions du Code, et notamment, qu'elle propose des arguments plus persuasifs pour rejeter les conclusions des cours inférieures. Mais la démarche, en plus de conclure à l'absence de dispositions légales contraignantes implique la souveraineté du principe : que dans l'univers des principes celui que l'on choisit est plus idoine que d'autres, que le principe de l'égalité est plus contraignant dans les circonstances que celui de la liberté des entreprises, etc. Là aussi on aurait souhaité que la Cour suprême explique davantage pourquoi dans le conflit entre le droit de l'employé à l'exercice de sa religion et le droit de l'employeur de gérer son entreprise le droit de l'employeur a été grevé d'une charge si lourde.

L'arrêt *Bhinder* est susceptible de la même analyse, mais au lieu de conclure à une absence de règles contraignantes, la Cour suprême trouve le champ occupé et, consciente du contexte d'interprétation restreint, accepte la définition légale de la discrimination. *Bhinder* n'a pas de droit à faire valoir parce qu'il n'a pas été victime de discrimination. Pour l'instant, la source du principe de l'égalité est purement légale et la Cour suprême n'accepte pas de confronter la définition légale de la discrimination avec un principe plus large et plus dynamique. Pour l'instant, car la constitutionnalisation du principe de l'égalité pourrait bien remettre en cause la définition de la discrimination établie par la loi canadienne. Dans l'affaire *Blainey*⁴⁹, la Cour d'appel de l'Ontario a déclaré qu'une disposition du *Code ontarien des droits de la personne* créant une exemption en faveur, entre autres, des associations sportives contrevenait à l'article 15 de la Charte, puisqu'elle niait le principe de la protection égale de la loi. La disposition définissant comme non discriminatoires les mesures fondées sur la notion des exigences professionnelles

49. *Re Blainey and Ontario Hockey Association*, (1986) 52 O.R. (2d), p. 225.

pourrait rencontrer le même sort, si le contenu de la notion de discrimination s'avérait plus large que prévu dans la loi fédérale.

B. LE CONTENU DU PRINCIPE

Les arrêts *O'Malley* et *Bhinder* ne se réclament pas expressément du principe de l'égalité.

D'ailleurs peut-on parler du principe de l'égalité dans des arrêts qui portent sur la discrimination ? La prohibition de la discrimination se réclame de ce principe mais est-ce bien nécessaire de passer par là ? La discrimination illégale ne consiste-t-elle pas en la négation d'un droit qu'il est possible d'identifier sans référence au traitement subi par d'autres sujets de droit ⁵⁰ ?

Il est possible de parler de l'arrêt *O'Malley* sans référence au principe de l'égalité. Madame O'Malley se plaint d'avoir été brimée dans son droit de pratiquer sa religion. Son employeur lui oppose qu'elle a été traitée de la même façon que les autres. La Cour suprême condamne Simpson Sears pour son défaut d'établir qu'elle a fait tout son possible pour permettre à madame O'Malley de pratiquer sa religion. Comprend-on mieux la question en la formulant en termes d'égalité ? En disant, par exemple, que madame O'Malley, du fait d'une mesure qui entraine en conflit avec l'exercice de son droit de pratiquer la religion de son choix, était traitée de façon inégale par rapport aux autres employés que la mesure n'affectait pas sur le plan religieux ?

Cependant la Cour suprême a reconnu le caractère discriminatoire de mesures qui sous couvert d'une application universelle ne tiennent pas compte de différences significatives dans l'exercice de droits par ailleurs protégés. Ainsi, qu'il s'agisse d'O'Malley ou de Bhinder, la difficulté n'est pas créée par une mesure odieuse à l'endroit des adventistes

50. Peter WESTEN, « The Empty Idea of Equality », (1982) 95 *Harvard L. Rev.* 537. Il existe peut-être des domaines où l'égalité peut servir de moteur à l'affirmation d'un droit. Il semble en effet difficile d'expliquer certains arrêts américains en matière de « reappportionnement » comme fondés sur d'autres principes que celui-là : non seulement chaque citoyen a-t-il le droit de voter mais chaque vote doit avoir à peu près le même poids. En ce sens la relativité est inhérente au droit lui-même. Certains ont affirmé que la reconnaissance législative du droit des personnes atteintes d'incapacité de jouir dans la mesure du possible de possibilités d'emploi et d'accès aux biens et aux services relevait du principe de l'égalité. Ne s'agit-il pas plutôt d'une tentative par l'État de faire assumer au secteur privé une partie des charges découlant de son rôle de *parens patriae* ? Non pas que cela soit mal venu ; cependant, si on tente d'exprimer le droit en termes d'égalité de chances d'emploi, ou d'égalité d'accès aux biens et services, on rencontre la difficulté que ces droits ne sont pas reconnus en soi et que, toutes choses étant égales, rien n'empêche l'employeur ou le fournisseur d'exercer à l'endroit des personnes qui n'appartiennent pas aux catégories protégées, une discrétion qui ne repose pas sur des motifs rationnels.

ou des Sikhs, mais par une mesure qui assimile les adventistes ou les Sikhs aux membres de la majorité, qui ne reconnaît pas leur différence. Le jugement du juge Burger dans l'arrêt *Griggs v. Duke Power*, cité par la Cour suprême comme source de la théorie de la discrimination par voie de conséquence, relate la fable d'Ésope, le renard et la cigogne, pour montrer l'injustice d'une telle mesure. La Cour suprême semble donc avoir largement dépassé la conception de l'égalité formelle qui avait marqué bon nombre de ses décisions sous le régime de la *Déclaration canadienne des droits*⁵¹. Paradoxalement la reconnaissance de l'égalité consiste à accepter un niveau de liberté individuelle fondé sur les différences entre les sujets de droit plutôt que sur leurs similitudes. On rejoint ainsi une des définitions aristotéliciennes de la justice : traiter inégalement les inégaux.

Cependant, quelque large que soit la notion d'égalité adoptée par la Cour, on voit mal comment cette notion pourrait avoir un contenu autonome ou dynamique. Si on analyse l'opération d'une norme anti-discriminatoire, on se rend compte que son véritable moteur est la valeur protégée. Ainsi les affaires *O'Malley* et *Bhinder* ont placé la Cour dans la situation d'avoir à trancher entre le droit des plaignants d'obéir aux préceptes de leur religion et le droit de l'employeur de gérer librement son entreprise. Dans l'affaire *Bhinder*, la Cour suprême a constaté que ce choix de valeurs avait été fait par la législation. Dans *O'Malley*, la Cour, en concluant au silence de la loi, a pu exercer son jugement. La constitutionnalisation de bon nombre des valeurs reconnues comme droits de la personne rendra sans doute périmé le droit du Parlement et des législatures de définir en les limitant, les violations des droits.

CONCLUSION

Le problème de l'égalité se pose, assez paradoxalement, à partir des arrêts de la Cour suprême eux-mêmes. Le tribunal a rendu des jugements différents dans des instances où les faits ne permettaient pas de faire de distinction. L'égalité aurait commandé de traiter *Bhinder* comme *O'Malley* (ou *O'Malley* comme *Bhinder*...). En ce sens, l'égalité est neutre. Pour donner un dynamisme au concept, il faut prendre position quant aux droits qui sont véritablement fondamentaux. Le traitement différentiel devient discrimination lorsqu'il nie un droit fondamental.

Mais la définition du caractère fondamental d'un droit n'est pas un donné. L'univers des droits est nécessairement concurrentiel et les tribunaux, ou les législatures, comme dans les affaires *O'Malley* et *Bhinder*, doivent choisir. Et c'est peut-être à ce niveau, celui du choix des

51. *A.G. Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349.

valeurs que la société reconnaîtra comme fondamentales plutôt que comme concept juridique opérant que la notion d'égalité est utile.

Il n'y a pas lieu de se scandaliser des dispositifs différents dans les affaires *O'Malley* et *Bhinder* ; l'inégalité produite conduira peut-être à une réflexion en profondeur sur la reconnaissance de la liberté de religion en matière de relations industrielles. Les arrêts serviront de démonstration concrète des conséquences de la reconnaissance ou de la négation du droit et permettront un choix éclairé fondé sur la pratique.