

U n i v e r s i t é d e M o n t r é a l

GROSSESSE, EMPLOI ET DISCRIMINATION

Maurice Drapeau

Faculté de droit

**Thèse présentée à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de
Docteur en droit (LL.D.)**

Décembre 2001

© Maurice Drapeau



AZBD
U54t
2002
v. 017

U

U

U

Cette thèse intitulée :

GROSSESSE, EMPLOI ET DISCRIMINATION

présentée par :

Maurice Drapeau

a été évaluée par un jury composé des personnes suivantes :

Président - rapporteur : Jean-Denis Gagnon
Membre du jury : Karim Benykhlef
Membre du jury : Diane Veilleux
Examinateur externe : Jacques Desmarais
Représentante du doyen
de la FES : Marie André Bertrand

Thèse acceptée le : 16 juillet 2002

À ma mère Laurence,

Son sens de l'égalité s'exprimait dans la compréhension des besoins de chacun.

REMERCIEMENTS

Mon respect et mes remerciements à Me André Morel, mon directeur de thèse, professeur émérite de l'Université de Montréal, qui m'a soutenu tout au long de cette entreprise avec une disponibilité qui fait preuve de sa grande générosité.

Mes remerciements à mes collègues Me Pierre-Yves Bourdeau pour ses nombreuses lectures commentées et Me Michel Coutu pour ses conseils méthodologiques.

J'exprime ma reconnaissance à ma consœur sociologue Lucie France Dagenais, pour ses analyses sociales, produites comme expertises devant le Tribunal des droits de la personne du Québec dans les causes que j'ai défendues.

Un merci collectif à ces femmes courageuses que mon travail d'avocat m'a amené à défendre quand elles ont eu des enfants : Maryse Béliveau, Line Bourdon, Béatrice Cacopardo, Nicole Chamberland, Cathy Lizotte, Louise Pelletier, Camille Roberge, Sylvie Roussin, Thérèse Sasseville, Lynda Savard et Ghislaine Viens.

Merci beaucoup à mes frères : Jean-Claude le marathonien pour m'avoir remis en piste et Michel l'homme de confiance pour son exemple à poursuivre la suite d'une idée.

Merci du fond du cœur de vos affectueux encouragements à poursuivre mon travail d'écriture, mes amis, vous qui m'avez rappelé que l'important c'est le sujet : Marcelle Arcand, Lucie Bégin, Eudore Belzile, François Campeau, Denis Chassé, Pierre Jobin, André Loïselle, Ghislaine Pesant, Francine Verrier et Henri Vuillard.

À ma sœur Chantal ma gratitude pour la qualité professionnelle de la mise en forme du manuscrit qui témoigne de son goût pour le travail bien fait.

SOMMAIRE

La société a changé par l'entrée massive des femmes sur le marché du travail. La grossesse continue pourtant d'être une source de discrimination. Malgré cela, il n'existe encore aujourd'hui aucune doctrine qui ait traité de ce motif discriminatoire. Parallèlement, la jurisprudence naissante demeure à constituer et consolider. Le présent travail cherche à combler cette lacune.

Dans la première partie, nous présentons les concepts fondamentaux en droit de l'égalité, notamment les formes de discrimination, les qualités et aptitudes requises par l'emploi et l'obligation d'accommodement. Nous y exposons les précédents qui forment le régime de protection du droit à l'égalité sans discrimination fondée sur la grossesse. Dans la seconde partie, nous décrivons la typologie des manifestations de discrimination que nous avons dressée à partir de leur fonctionnement respectif, soit les exclusions mettant en cause la sécurité au travail, celles résultant des règles de disponibilité au travail et celles privant des avantages de l'emploi. Dans la troisième partie, nous proposons des modifications à la *Loi sur les normes du travail* afin de renforcer le régime collectif de protection en cas de congé de maternité et de congé parental.

RÉFÉRENCES AUX ARTICLES PUBLIÉS*

- La discrimination fondée sur la grossesse mettant en cause la sécurité au travail. (1997) 57 *Revue du Barreau* 1047.
- La discrimination fondée sur la grossesse résultant des règles de disponibilité au travail, (1997-1998) 28 *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke* 1.
- L'obligation d'accommoder les besoins spécifiques des travailleuses enceintes, (1998) 32 *Revue juridique Thémis* 1047.
- La prise en considération de l'accommodement en cas de discrimination directe. (1998) 39 *Cahiers de Droit* 823.
- La discrimination fondée sur la grossesse privant des avantages liés à l'emploi, *Les développements récents en droit administratif et constitutionnel* (1999), Formation permanente du Barreau du Québec, n°. 119, 1.
- La discrimination fondée sur la grossesse : un obstacle à lever pour assurer l'égalité des chances dans l'emploi, (2000) 60 *Revue du Barreau* 47.
- L'évolution de l'obligation d'accommodement à la lumière de l'arrêt *Meiorin*, (2001) 61 *Revue du Barreau* 299.

* L'auteur remercie les comités de direction des revues mentionnées ci-dessous pour leur excellent travail d'édition et leur autorisation à reproduire de larges extraits des articles publiés.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	-----	IV
SOMMAIRE	-----	IV
RÉFÉRENCES AUX ARTICLES PUBLIÉS	-----	VII
LISTE DES ABRÉVIATIONS	-----	XII
INTRODUCTION	LA DISCRIMINATION FONDÉE SUR LA GROSSESSE : UN OBSTACLE À LEVER POUR ASSURER L'ÉGALITÉ DANS L'EMPLOI	----- 1
PREMIÈRE PARTIE	-----	13
CHAPITRE I	L'ÉGALITÉ SANS DISCRIMINATION FONDÉE SUR LA GROSSESSE	----- 13
A.	Les concepts fondamentaux en droit de l'égalité	----- 15
B.	L'obligation d'accommodement et le droit à l'égalité	----- 22
C.	La prohibition de la discrimination fondée sur la grossesse	----- 44
DEUXIÈME PARTIE	LA TYPOLOGIE DES TROIS MANIFESTATIONS DE DISCRIMINATION FONDÉE SUR LA GROSSESSE	----- 56
CHAPITRE II	LA DISCRIMINATION METTANT EN CAUSE LA SÉCURITÉ AU TRAVAIL	----- 58
A.	La preuve de la discrimination selon l'aptitude à exécuter le travail sans risque	----- 60
1.	La discrimination directe invoquant la sécurité	----- 60
2.	La discrimination indirecte par le refus d'exempter des règles habituelles d'emploi	----- 63

- a) Le non-cumul de la période d'emploi continue vu comme une discrimination fondée sur l'état civil en qualité de parent ----- 151
- b) L'accommodement consenti par le gouvernement, mesure qu'il devrait lui-même suivre ----- 153
- c) La situation de parent comme élément constitutif de l'état civil ----- 155

TROISIÈME PARTIE ----- 161

**CHAPITRE V PROPOSITIONS DE MODIFICATIONS DE LA LOI SUR
LES NORMES DU TRAVAIL ----- 161**

- A. Bilan d'une recherche orientée vers la reconnaissance de solutions juridiques et sociales ----- 162
- B. Les modifications proposées à la *Loi sur les normes du travail* pour renforcer les protections juridiques en cas de congé de maternité et de congé parental----- 166
 - 1. Certaines insuffisances des principales dispositions de protection du congé de maternité et du congé parental de la *Loi sur les normes du travail* ----- 167
 - 2. Le contexte social et politique nécessitant une réforme de la *Loi sur les normes du travail* ----- 168
 - 3. L'intégration dans la *Loi sur les normes du travail* des principes jurisprudentiels reconnus dans les causes de discrimination ----- 170
 - a) Le principe général selon lequel lors de toutes périodes d'absence liée à la grossesse, à la maternité et aux congés parentaux la personne est réputée être au travail ----- 171
 - b) Le droit à la réintégration avec le maintien des conditions d'emploi et de travail ----- 172
 - c) Le droit aux principaux avantages d'ordre pécuniaire (autres que le salaire faisant l'objet d'un remplacement du revenu) ----- 176
 - d) Le maintien de la participation aux avantages sociaux reconnus dans le milieu de travail lors d'un congé parental payé ----- 179
 - e) Dispositions diverses ----- 180

**CONCLUSION LES CONDITIONS DE LA GROSSESSE ET DE LA
MATERNITÉ : UN CHOIX DE SOCIÉTÉ ----- 184**

ANNEXES		191
ANNEXE I	Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes	192
ANNEXE II	Charte des droits et libertés de la personne	194
ANNEXE III	La discrimination fondée sur la grossesse	200
ANNEXE IV	Code des droits de la personne	207
ANNEXE V	Loi canadienne sur les droits de la personne	208
ANNEXE VI	Loi sur la santé et la sécurité du travail	211
ANNEXE VII	Loi sur les normes du travail	215
ANNEXE VIII	Règlement sur les normes du travail	221
BIBLIOGRAPHIE		223
LOIS CITÉES		226
JURISPRUDENCE CITÉE		227

LISTE DES ABRÉVIATIONS

Alb.	Alberta Board of Inquiry
C. de D.	Cahiers de droit (Université Laval)
C.A.	Cour d'appel
C.A.F.	Cour d'appel fédérale
C.B.	British Columbia Board of Inquiry
C.D.P.D.J.	Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse
C.D.P.Q.	Commission des droits de la personne du Québec
C.F.	Cour fédérale
C.H.R.R.	Canadian Human Rights Reporter
C.L.L.E.J.	Canadian Labour Law and Employment Journal
C.L.L.J.	Canadian Labour Law Journal
C.S.	Cour supérieure
Can. Bar Rev.	Revue du Barreau canadien (Canadian Bar Review)
D.C.	District Court
D.T.E.	Droit du travail express
F.E.P.	Federal Employment Practice
L.Q.	Lois du Québec
L.R.Q.	Lois refondues du Québec
McGill L.J.	McGill Law Journal
N.S.	Nova Scotia Board of Inquiry
Ont.	Commission d'enquête de l'Ontario
Ont. Ct.	Ontario Court
R. du B.	Revue du Barreau du Québec

R.C.S.	Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada
R.D. McGill	Revue de droit de l'Université McGill
R.D.U.S.	Revue de droit de l'Université de Sherbooke
R.J.Q.	Recueil de jurisprudence du Québec
R.J.T.	Revue juridique Thémis (Université de Montréal)
S.C.B.C.	Supreme Court of British Columbia
Sask.	Saskatchewan Board of Inquiry
T.D.P.C.	Tribunal des droits de la personne du Canada
T.D.P.Q.	Tribunal des droits de la personne du Québec
T.E.	Travail Express
U.S.	Cour suprême des États-Unis
U.T.L.J.	University of Toronto Law Journal

INTRODUCTION

LA DISCRIMINATION FONDÉE SUR LA GROSSESSE :

UN OBSTACLE À LEVER

POUR ASSURER L'ÉGALITÉ DANS L'EMPLOI

De nos jours, la grossesse, prélude à toute vie humaine, reste encore une cause de discrimination. Cette inégalité persistante à l'endroit des femmes a inspiré l'idée de cette thèse de doctorat ayant pour objet la grossesse comme motif prohibé de discrimination en contravention à la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec¹. Bien que la chose puisse paraître surprenante, il n'existait, avant que nous ne publiions nous-même une série d'études sur le sujet, aucun ouvrage ou article de doctrine qui en ait traité spécifiquement. Quant à la jurisprudence, elle en est encore à ses débuts et reste, en grande partie, à élaborer et à consolider.

Au plan juridique, il existe une lacune à la fois doctrinale et jurisprudentielle à combler relativement aux exclusions discriminatoires en raison de la grossesse et à la nécessité de prendre en considération l'obligation d'accommodement pour les contrer. La seule présence de cette solution d'accommodement dans la Charte oblige à rechercher des mesures concrètes pour faire en sorte que le droit à l'égalité des travailleuses enceintes se réalise effectivement.

L'étude de la grossesse comme motif de discrimination est de haute importance, car être enceinte sans avoir à subir de préjudices au regard de l'emploi pose une question qui concerne non seulement les employeurs mais l'ensemble de la société dans les choix qu'elle fait et qui engagent l'avenir.

Dès le début, nous avons adopté une double méthodologie de travail qui a consisté dans la rédaction d'articles juridiques et une activité de plaidoiries devant les tribunaux². Le

¹ Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., C-12 [ci-après « la Charte ou la Charte québécoise »].

² Nous avons conçu et appliqué cette méthode de travail à deux volets dans Maurice DRAPEAU, *Le harcèlement sexuel au travail*, Éditions Yvon Blais inc., 1991.

présent travail se veut à la fois théorique et pratique : en répondant aux questions que pose la protection du droit à l'égalité dans l'emploi sans discrimination à l'égard de la grossesse, nous avons voulu contribuer à l'élaboration de la doctrine et au développement de la jurisprudence en la matière. Ce va-et-vient entre la rédaction et la plaidoirie nous a permis, osons-nous croire, de fonder notre analyse sur la réalité vécue par celles qui subissent cette forme d'exclusion.

Dans le cadre de cette thèse par publication d'articles, nous avons publié sept articles dans diverses revues juridiques qui s'échelonnent de 1997 à 2001³.

Il s'est agi d'exposer les diverses facettes du problème afin de combler l'absence de doctrine sur ce motif spécifique de discrimination. Ce faisant, nous voulons participer à l'avancement des connaissances sur le fonctionnement des exclusions discriminatoires en cas de grossesse. Nous avons procédé pour cela à la revue analytique et critique de l'ensemble des décisions pertinentes, pour en faire une synthèse et en dégager les solutions pour remédier au problème. Nous avons déployé notre argumentation à partir de l'ensemble des causes que nous avons recensées, en en dégageant les lignes de force

³ Les articles que nous avons publiés dans diverses revues juridiques sont présentés dans l'ordre chronologique de leur publication : Maurice DRAPEAU, « La discrimination fondée sur la grossesse mettant en cause la sécurité au travail », (1997) *R. du B.* 1047; Maurice DRAPEAU, « La discrimination fondée sur la grossesse résultant des règles de disponibilité au travail », (1997-1998) 28 *R.D.U.S.* 1; Maurice DRAPEAU, « L'obligation d'accommoder les besoins spécifiques des travailleuses enceintes », (1998) 32-3 *R.J.T.* 1047; Maurice DRAPEAU, « La prise en considération de l'accommodement en cas de discrimination directe », (1998) 39 *C. de D.* 823; Maurice DRAPEAU, « La discrimination fondée sur la grossesse privant des avantages liés à l'emploi », *Les développements récents en droit administratif et constitutionnel* (1999), Formation permanente du Barreau du Québec, n°. 119, 1; Maurice DRAPEAU, « La discrimination fondée sur la grossesse : un obstacle à lever pour assurer l'égalité des chances dans l'emploi », (2000) 60 *R. du B.* 47; Maurice DRAPEAU, « L'évolution de l'obligation d'accommodement à la lumière de l'arrêt *Meiorin* », (2001) 61 *R. du B.* 299.

qui permettent d'énoncer certains principes généraux pouvant nous guider dans la recherche de solutions appropriées. La recherche est à jour au 1 décembre 2001.

Par ailleurs, nous avons suivi le modèle scientifique selon lequel l'expérimentation doit être suivie d'une analyse des résultats. Notre méthode de vérification des hypothèses avancées dans nos articles publiés a consisté à soumettre les conclusions à l'appréciation des tribunaux de façon à faire avancer l'état du droit. En tant qu'avocat plaideur à la Direction du contentieux de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, nous sommes intervenu directement dans la plaidoirie et dans la négociation des règlements amiables de la presque totalité des actions intentées en la matière au Québec⁴.

Tant dans nos articles que dans nos plaidoiries, nous avons eu le souci d'intervenir dans la dynamique sociale des milieux de travail. Nous avons pour cela adopté une approche systémique, celle où, au-delà de la réparation individuelle pour la victime, nous avons,

⁴ Ce bilan de notre recherche systémique appliquée devant les tribunaux, que l'on retrouve dans les chapitres pertinents à chaque affaire, et qui est présenté en synthèse dans le chapitre V, portera sur les causes suivantes dans lesquelles nous avons agi au nom de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse en prenant fait et cause pour les victimes de discrimination — les causes sont ici présentées dans l'ordre alphabétique du nom de ces dernières : *C.D.P.D.J. (Béliveau) c. Caisse populaire de Chateaudum*, Dossier d'enquête TRV 10700 (règlement hors cour); *C.D.P.D.J. (Bourdon) c. Ville de Montréal*, [1998] R.J.Q. 305 (T.D.P.Q.) (j. Sheehan); *Syndicat des professionnels du gouvernement du Québec (Cacopardo) c. Le procureur général du Québec* et *C.D.P.D.J., C.S., District de Montréal*, n° 500-05-066085-018, requête en révision judiciaire pendante où nous avons obtenu un droit d'intervention; *C.D.P.D.J. (Chamberland) c. Société d'assurance automobile du Québec*, T.D.P.Q., District d'Abitibi, n° 615-53-000005-011 (action pendante); *C.D.P.D.J. (Lizotte) c. 9059-8475 Québec inc.*, (T.D.P.Q.), District de Mingan, n° 650-53-000003-997, (j. Brassard) (confession à jugement); *C.D.P.D.J. (Pelletier) c. Conseil du Trésor*, T.D.P.Q., District de Québec, n° 200-000009-980, 6 mars 1998 (règlement hors cour); *C.D.P.D.J. (Roberge) c. Centre hospitalier Hôtel-Dieu de Sorel*, 2001 R.J.Q. 1669 (T.D.P.Q. j. Rivet) (en appel); *C.D.P.D.J. (Roussin) c. Centre hospitalier régional de Lanaudière*, T.D.P.Q., District de Joliette, n° 705-53-000007-982, 17 août 1998 (règlement hors cour); *C.D.P.D.J. (Sasseville) c. Commission scolaire Jean-Rivard*, [1995] R.J.Q. 2245 (T.D.P.Q.) (j. Rivet) confirmé en appel (C.A. Québec, n° 2000-09-000425-956); *C.D.P.J. (Savard) c. Ville de Montréal*, T.D.P.Q., District de Montréal, n° 500-53-000084-978, le 20 mars 1998 (j. Brossard) (confession à jugement); *C.D.P.D.J. (Viens) c. Services Drummondville inc.*, Dossier d'enquête TRV 10768 (règlement à l'amiable).

lorsque cela était possible, cherché pour l'avenir des mesures de redressement valables pour l'ensemble des employées de ces milieux qui vivent une grossesse.

Le contexte social de la forte présence des femmes sur le marché du travail interpelle la société et pose la question de l'obligation d'adapter le droit et les politiques sociales si l'on veut éliminer la discrimination dont le motif est la grossesse.

En effet, tout d'abord, les femmes ont poursuivi leur quête d'autonomie financière en participant au marché du travail. Depuis, la société bénéficie de cet apport dont elle ne saurait désormais se passer. De plus, l'évolution économique des dernières décennies a nécessité l'addition de deux salaires pour assurer un revenu familial suffisant. Enfin, on constate, en raison des changements dans les structures familiales, une réduction de la période d'interruption d'emploi où les mères élèvent seules les enfants.

À titre d'illustration d'un changement social profond, une étude de Statistique Canada révèle qu'en 1998, 80 % des Canadiennes de 25 à 44 ans (soit la très grande majorité des femmes en âge de procréer) faisaient partie de la main-d'œuvre rémunérée (C.D.P.D.J., septembre 2000 :15). De plus, on constate que la plupart des femmes qui ont eu un enfant demeurent présentes sur le marché du travail : par exemple, au Québec, le taux d'activité des mères de 20 à 44 ans, dont l'enfant le plus jeune est âgé de 6 à 15 ans, atteint 76,7 % en 1999 (C.D.P.D.J., septembre 2000 :14).

De par son caractère irréversible, cette nouvelle réalité, qui rompt avec un passé encore récent, requiert que tant les règles de droit que les politiques sociales soient adaptées aux nouvelles données de la vie en société.

La présence accrue des femmes sur le marché du travail s'est accompagnée d'un changement correspondant des valeurs sociales qui a amené le droit à définir le cadre des

nouvelles règles de vie en société, particulièrement celles qui interdisent la discrimination pour cause de grossesse. Il est ainsi de plus en plus admis que cette prohibition constitue un enjeu social fondamental : la contribution essentielle des femmes à la procréation et au renouvellement des générations ne doit pas les défavoriser dans le processus d'emploi.

La liberté qu'ont les personnes de choisir d'avoir un enfant ne doit pas se heurter à des obstacles discriminatoires pouvant compromettre leur avenir professionnel. Sur le plan collectif, un tel blocage discriminatoire, allié à une multitude d'autres facteurs, peut constituer un élément dissuasif dans la décision d'avoir un enfant, soit en la reportant, soit en y renonçant.

Eu égard à ces considérations sociales, la prohibition de la discrimination oblige à envisager le partage social des coûts de la maternité, afin que les femmes ne soient pas seules à les assumer mais qu'elles puissent les partager avec les autres acteurs sociaux (avec le conjoint, l'employeur, l'État).

Le changement social est d'autant plus marquant qu'encore récemment, soit au début des années cinquante, plusieurs exclusions de l'emploi aujourd'hui considérées comme discriminatoires, sévissaient dans de nombreux domaines d'emploi : les femmes mariées ou enceintes ne pouvaient être embauchées et celles qui se mariaient ou devenaient enceintes devaient démissionner, quand elles n'étaient pas tout simplement congédiées.

Par exemple, les enseignantes, les hôtesses de l'air (comme on disait à l'époque), les femmes de la fonction publique fédérale, les employées des forces armées, les femmes de chambre de certains grands hôtels et les ouvrières dans les industries de fabrication de produits toxiques furent parmi les principales victimes des règles générales d'exclusion de l'emploi.

La société vise aujourd'hui à permettre de mieux harmoniser les responsabilités familiales et professionnelles de façon à assurer l'égalité dans l'emploi. Elle prend de plus en plus conscience que le fait d'être enceinte, d'accoucher et de prendre un congé de maternité ne doit plus être une source de discrimination qui compromet le droit à l'égalité dans l'emploi.

Comme cadre conceptuel, notre hypothèse de départ s'appuie sur une définition juridique du droit à l'égalité à laquelle il y a, croyons nous, un impératif de société d'associer l'égalité économique et sociale des travailleuses enceintes. Une telle égalité de fait reste à atteindre et n'est possible qu'en édictant des lois sociales et en mettant en place des mesures d'accommodement en milieu de travail qui répondront aux besoins particuliers de ce groupe. Pour nous, l'idée que le droit à l'égalité comprend l'égalité économique et sociale repose sur le lien qui existe entre la *Charte des droits et libertés de la personne* et la législation du travail; on peut y voir un ensemble complémentaire de lois qui peuvent faire l'objet d'une harmonisation plus étroite. En outre, l'article 39 de la Charte garantit le droit économique et social de tout enfant « à l'attention que ses parents peuvent lui donner ». Pour ce, il faut permettre à ces derniers de se rendre davantage disponibles à cette période clé qui entoure la naissance, notamment par l'octroi de congés de maternité et parentaux.

Une fois admis que le droit à l'égalité de ces femmes comprend l'égalité économique et sociale, notre recherche se fonde notamment sur une définition juridique de ce droit qui vise l'établissement d'une égalité réelle. Certes, l'égalité n'existe pas a priori; elle doit être mise en œuvre. Étant entendu qu'elle vise sa réalisation au cœur des rapports sociaux, cette garantie par la Charte oblige à remédier aux inégalités de fait qui compromettent l'exercice des droits et libertés de la personne. Plutôt que des pratiques

d'exclusion, il faut mettre en place les conditions nécessaires à la réalisation de l'égalité, ce qui signifie, dans certains cas, l'adoption de mesures adaptées aux besoins des groupes et des personnes qui se trouveraient, autrement, dans des situations d'inégalité.

Notre propos est que nous pouvons éliminer la discrimination par l'adoption de mesures qui favorisent l'égalité en emploi des travailleuses enceintes, mesures qui respectent les différences qui caractérisent ce groupe de personnes.

Il existe encore des employeurs qui, en dépit de l'interdiction de la discrimination, désavantagent les femmes en raison de la grossesse et de la maternité. Il en est ainsi lorsqu'ils adoptent des pratiques de gestion telles que : refus d'embaucher des candidates enceintes ou questions injustifiées sur leur désir d'avoir des enfants; congédiements d'employées enceintes ou modifications à la baisse de leurs conditions de travail; refus de renouveler leur contrat de travail ou de leur accorder une promotion sous prétexte d'un éventuel congé de maternité; mises à l'écart des bénéfices découlant des régimes d'assurance invalidité et d'autres avantages sociaux liés à l'emploi.

La prohibition de la discrimination prévue par la Charte s'insère dans le contexte législatif des trois lois du travail qui accordent des protections spécifiques aux employées enceintes.

Ces lois confèrent les droits suivants, qui peuvent s'exercer pendant et après la grossesse : le droit au retrait préventif, prévu par la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*⁵ (*L.S.S.T.*), lorsque le travail présente des dangers pour la salariée ou pour l'enfant à naître; le droit à un congé de maternité et à un congé parental, assorti de la protection de

⁵ L.R.Q., c. S-2.1.

l'emploi et des avantages qui y sont liés, ainsi que de l'interdiction de représailles en raison de la grossesse ou du congé de maternité, prévus par la *Loi sur les normes du travail*⁶ (L.N.T.); le remplacement du revenu de l'emploi durant le congé de maternité ou parental, mesure sociale prévue par la *Loi sur l'assurance-emploi*⁷ (L.A.E.).

La complémentarité qui existe entre la Charte et les lois du travail inspire l'idée d'harmoniser et de renforcer les protections qu'elles créent en proposant un régime de protection juridique et sociale de la grossesse et des congés de maternité et parental qui soit fondé sur l'égalité dans l'emploi. Sur ce plan, la Charte peut être le ciment qui lie l'ensemble des protections issues des lois du travail en imposant des interprétations judiciaires qui intègrent le respect du droit à l'égalité.

Comme problématique juridique qui a imposé le plan de l'exposé, dès le début de l'année 1994, nous avons basé notre recherche sur le principe selon lequel l'obligation d'accommodement, qui consiste à tenir compte des caractéristiques qui différencient les personnes et les groupes, s'applique à la discrimination fondée sur la grossesse, afin que se matérialise le droit à l'égalité de toutes les travailleuses⁸.

Dans la première partie de ce travail (constituée d'un seul chapitre), nous exposerons d'abord la théorie relative à l'ensemble des concepts fondamentaux qui s'appliquent en matière de droit à l'égalité. Nous montrerons ensuite que l'application de l'obligation d'accommodement est désormais judiciairement reconnu comme un moyen de contrer

⁶ L.R.Q., c. N-1.1.

⁷ S.R.C., 1996, c. 23.

⁸ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (par Michel COUTU et Maurice DRAPEAU), *La discrimination fondée sur la grossesse et le contrat de travail à durée déterminée*, 19 janvier 1994.

toute discrimination. Nous présentons enfin notre cadre théorique, soit le régime de protection du droit à l'égalité dans l'emploi sans discrimination fondée sur la grossesse.

Compte tenu de son importance, car il marquera à l'avenir l'interprétation judiciaire du droit à l'égalité exempt de discrimination, nous commentons abondamment l'arrêt *Meiorin* rendu en 1999, dans lequel la Cour suprême du Canada écarte la doctrine des deux types de discrimination, en reconnaissant l'application de l'obligation d'accommodement dans tous les cas d'exclusion discriminatoire, tant dans sa forme directe qu'indirecte⁹.

L'apparition de cette nouvelle conception unifiée de la discrimination comme atteinte au droit à l'égalité dans l'emploi marque un tournant. Les principes généraux qui se dégagent en matière de droit à l'égalité par la prohibition de la discrimination, nous les appliquons plus particulièrement aux cas d'exclusion que nous avons relevés. Cela permet d'invoquer, à bon droit, le devoir de l'employeur de composer avec les besoins des groupes et des personnes afin d'éviter précisément les exclusions discriminatoires liées à la grossesse.

La réalisation d'une égalité réelle, concrète, repose sur l'obligation de créer les conditions permettant d'instaurer cette égalité entre les personnes. Dans le cas de la grossesse, l'égalité visée doit s'implanter dans un marché du travail moderne, où les femmes sont de plus en plus présentes. Le droit s'adapte à cette situation en exigeant des employeurs qu'ils adoptent des mesures d'accommodement pour celles qui sont enceintes. Ces mesures leur permettront de mieux concilier travail rémunéré et maternité, sans avoir à sacrifier leur maternité aux exigences du travail rémunéré. L'obligation

⁹ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (décision unanime, j. McLachlin).

d'accommodement se traduit notamment par l'affectation à des travaux comportant moins de risques, le congé de maternité avec remplacement temporaire et le maintien des avantages liés à l'emploi. En d'autres termes, l'accommodement des besoins particuliers des travailleuses en âge de procréer est une façon de s'adapter à la réalité d'une main-d'œuvre de plus en plus féminine.

Nous abordons les problèmes pratiques dans la deuxième partie, où nous avons constitué une doctrine de référence en dégagant les principes généraux qui ressortent de l'étude des questions soulevées dans les décisions recensées. Nous présentons une typologie des trois manifestations de la discrimination qui a pour motif la grossesse. Nous avons dressé cette typologie en distinguant ces manifestations selon leur fonctionnement. D'après notre propre observation, ces manifestations de discrimination correspondent à trois modes de négation des besoins spécifiques des travailleuses enceintes. Dans les chapitres deux à quatre, nous décrivons successivement les exclusions mettant en cause la sécurité au travail, puis celles résultant des règles de disponibilité au travail, et enfin les exclusions privant des avantages de l'emploi.

Dans la troisième partie, qui constitue en quelque sorte une synthèse entre la théorie et les problèmes pratiques, nous présentons le bilan de notre recherche de même que des recommandations de modifications à la *Loi sur les normes du travail*. Nous considérons ces modifications nécessaires pour renforcer le régime collectif de protection en cas de congé de maternité et de congé parental, et ce, à partir des principes jurisprudentiels mis en lumière et reconnus dans les décisions que nous avons été amené à plaider au cours de nos activités professionnelles.

La conciliation entre le travail rémunéré et la maternité comme condition de l'égalité est un enjeu social qui est de plus en plus d'actualité. En ce début du troisième millénaire,

nous avons besoin d'un projet de société qui confère un véritable statut social à la maternité en imposant une responsabilité collective qui se manifesterait par l'adoption de mesures de protection juridique permettant d'en partager solidairement les coûts.

En réponse aux données contemporaines sur la main-d'œuvre selon lesquelles les femmes sont de moins en moins au foyer et de plus en plus sur le marché du travail, il y a lieu d'améliorer la situation des deux parents au travail. Ceci n'est possible qu'en adaptant les normes du monde du travail, historiquement conçues par et pour les hommes, et en éliminant l'opposition socialement construite qui persiste entre travail rémunéré et maternité.

Bref, la maternité envisagée sous l'angle du droit à l'égalité constitue un choix de société; un choix collectif qui doit s'affirmer par l'adoption de lois sociales constitutives d'un régime collectif de protection de la maternité sans négation de l'égalité en emploi, impliquant à la fois les parents, les employeurs, l'État et la société dans son ensemble.

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE I

L'ÉGALITÉ SANS DISCRIMINATION

FONDÉE SUR LA GROSSESSE

La *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁰ garantit le droit à l'égalité, notamment dans l'emploi, en prohibant la discrimination fondée sur plusieurs motifs, dont la race, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, la religion et le handicap. Ce droit à la non-discrimination protège les personnes contre les traitements qui ont pour objet ou pour effet de les défavoriser en raison de caractéristiques individuelles ou inhérentes à leur groupe d'appartenance.

Pour éradiquer la discrimination, il faut s'attaquer à toutes ses formes. Il ne suffit pas d'éviter d'imposer des traitements différents et désavantageux à certains groupes, ce qui constitue de la discrimination directe, puisque l'exclusion se fonde sur le motif discriminatoire lui-même. Il importe en outre d'éliminer l'effet discriminatoire de certaines règles d'emploi apparemment neutres, mais qui ont un impact disproportionné sur les membres de ces groupes, ce qui cause une discrimination indirecte.

Dans ce chapitre, nous posons la prémisse, longtemps écartée par la Cour suprême du Canada, et que nous avons réclamée avec plusieurs auteurs tant au Québec qu'au Canada anglais, selon laquelle les employeurs ont l'obligation d'adopter des mesures d'accommodement non seulement lorsque la discrimination est indirecte, mais aussi lorsqu'elle est directe. Elles permettent d'adapter les conditions de travail pour tenir compte des besoins particuliers des personnes ou des groupes afin de ne pas leur imposer diverses formes d'exclusion. Depuis peu, ce postulat ne fait plus aucun doute. En effet, dans un revirement spectaculaire d'une grande portée réformatrice sur les relations du travail, l'arrêt *Meiorin*¹¹, la Cour a révisé son point de vue en matière de droit à l'égalité.

¹⁰ L.R.Q., c. C-12.

¹¹ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (décision unanime, j. McLachlin) (ci-après désignée l'arrêt *Meiorin*). Comme présentation synthèse de l'arrêt, voir : Linda BERNIER, Lukasz GRANOZIK et Jean François

Elle a tranché de façon décisive que les employeurs ont un devoir légal d'accommodement dans toutes les situations de discrimination.

Ainsi dorénavant, la jurisprudence reconnaît que l'accommodement s'applique tant à la discrimination directe qu'indirecte.

A. LES CONCEPTS FONDAMENTAUX EN DROIT DE L'ÉGALITÉ

L'analyse des diverses manifestations de discrimination nécessite que l'on ait présentes à l'esprit les notions de base qui s'y appliquent. Notre étude des arrêts clés de la Cour suprême sur la théorie générale de l'interdiction de la discrimination répond à ce prérequis essentiel en présentant un lexique des concepts fondamentaux constituant le régime juridique de protection du droit à l'égalité dans l'emploi : 1) le droit à l'égalité ; 2) la discrimination; 3) la discrimination directe et indirecte; 4) le moyen de défense relatif aux aptitudes ou qualités requises par l'emploi; 5) l'obligation d'accommodement; 6) la contrainte excessive.

En droit, les concepts d'égalité et de discrimination sont les deux côtés d'une médaille : du côté de l'égalité — l'absence de discrimination; du côté de la discrimination — la négation de l'égalité.

PEDNEAULT, *Les droits de la personne et les relations du travail*, Éditions Yvon Blais Inc, 1997, mise à jour de juin 2000, la partie intitulée « La méthode unifiée », 6-102. En outre, jusqu'à ce jour, nous avons relevé deux commentaires d'arrêt : Chantal MASSE, « Le critère unifié de l'affaire *Meiorin* dans le contexte de la défense prévue à l'article 20 de la Charte québécoise : la non-application du volet subjectif relatif à la bonne foi de l'employeur », *Les 25 ans de la Charte québécoise*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, 2000, 65; Jean-Yves BRIERE et Jean-Pierre VILLAGI, « L'obligation d'accommodement de l'employeur : un nouveau paradigme », *Développements récents en droit du travail*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, 2000, 219.

En nous référant à l'objet du droit qui est de régler les rapports entre les personnes, le droit à l'égalité se définit comme le droit de vivre en société dans le respect de la valeur, du mérite, des caractéristiques et des besoins des personnes. Dans ce sens, le préambule de la Charte déclare que « tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité ». Le respect du droit à l'égalité est donc une responsabilité sociale.

Le juge McIntyre déclare, dans l'arrêt *Andrews*¹², que l'objet du droit à l'égalité est de « favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude [d'être reconnus] comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération ». Cette définition judiciaire conserve toute son actualité. Dix ans plus tard, le juge Iacobucci dresse, dans l'arrêt *Law*¹³, un véritable bilan de l'interprétation du droit à l'égalité par la Cour, en reprenant presque textuellement cette définition :

« On pourrait affirmer que le [droit à l'égalité] a pour objet d'empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles par l'imposition de désavantages, de stéréotypes et de préjugés politiques ou sociaux, et de favoriser l'existence d'une société où tous sont reconnus [...] comme des êtres humains égaux ou comme des membres égaux de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect et la même considération. »

En un mot, le droit à l'égalité est le droit à un mode de vie en société où toutes les personnes sont traitées sur un pied d'égalité avec le même respect de leur dignité.

Comme le précise par ailleurs le juge McIntyre, l'égalité ne résulte pas toujours d'un traitement identique¹⁴. Abondant dans le même sens, le juge Iacobucci insiste sur le fait

¹² *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, 171 (j. McIntyre, dissident mais non contredit sur cette question) (ci-après l'arrêt « *Andrews* »).

¹³ *Law c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, 529 (décision unanime, j. Iacobucci) (ci-après l'arrêt « *Law* »).

¹⁴ Arrêt *Andrews*, précité, note 12, 164 : « le respect des différences, qui est l'essence d'une véritable

qu'il est, en effet, des circonstances où la véritable égalité exige que des personnes ou des groupes soient traités différemment, afin de respecter les différences entre les individus et de répondre à leurs besoins spécifiques¹⁵. On trouve là le fondement de l'obligation d'accommodement en tant que moyen de prendre en considération les différences entre les personnes pour assurer un véritable traitement égal.

Pour que l'égalité ne soit pas un vain mot mais constitue un véritable contrat social, il faut que les individus la réalisent dans la vie quotidienne. Nous sommes tous égaux, semblables et différents à la fois : semblables comme êtres humains et différents comme individus.

Qu'est-ce que la discrimination? D'expérience, la meilleure compréhension que l'on puisse en avoir se trouve dans l'observation de ses manifestations. Dans son expression par paroles et gestes, la discrimination est la manifestation du racisme, du sexisme et d'autres préjugés sociaux. Dans ses expressions plus indirectes et souvent inconscientes, la discrimination révèle plutôt une attitude d'incompréhension des personnes qui ne sont pas reconnues comme semblables, ce qui entraîne la non-reconnaissance de leurs besoins particuliers et le refus de composer avec leurs différences.

Parmi les définitions judiciaires, citons celle de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Andrews*¹⁶ :

« [...] la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des

égalité, exige souvent que des distinctions soient faites ».

¹⁵ Arrêt *Law*, précité, note 13, 517.

¹⁶ Arrêt *Andrews*, précité, note 12, 174.

obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement. »

Dans la Charte québécoise, trois éléments essentiels ressortent de la définition de l'atteinte au droit à l'égalité : 1) une distinction ou exclusion qui a pour objet ou pour effet d'imposer une différence de traitement, 2) qui est fondée sur un motif illicite, et 3) qui compromet l'exercice des droits et libertés de la personne, dont le droit à l'égalité dans l'emploi.

Tout le monde reconnaît que la discrimination peut prendre deux formes : directe ou indirecte.

Directe lorsque l'exclusion a un lien exprès et manifeste avec le motif discriminatoire prohibé, par exemple, « Je n'embauche pas de femmes enceintes ou qui veulent le devenir ». Indirecte lorsque l'exclusion résulte de règles apparemment neutres, mais qui, lorsqu'elles sont soumises à un examen critique de leurs conséquences, présentent un effet discriminatoire sur certains groupes. Par exemple, la règle de disponibilité au travail qui ne tient pas compte du besoin des travailleuses enceintes de s'absenter du travail pour des raisons de maternité.

Dans l'arrêt *O'Malley*¹⁷, la Cour suprême définit la discrimination directe de la façon suivante :

¹⁷ *O'Malley c. Simpson's-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536, 547 à 552 (décision unanime, j. McIntyre) (ci-après citée : arrêt « *O'Malley* »).

« À cet égard, il y a discrimination directe lorsqu'un employeur adopte une pratique ou une règle qui, à première vue, établit une distinction pour un motif prohibé. Par exemple, « Ici, on n'embauche aucun catholique, aucune femme ni aucun noir ». En l'espèce, il est évident que personne ne conteste que la discrimination directe de cette nature contrevient à la loi. »¹⁸

En un mot, la discrimination directe se reconnaît à sa face même, puisque la norme est fondée précisément sur la caractéristique d'un groupe donné pour l'exclure. Elle impose donc directement un traitement différent à certains groupes. Dans le cas de la grossesse, il est évident que l'invocation par un employeur de la sécurité du fœtus pour congédier une travailleuse enceinte renvoie directement à son état de grossesse et crée donc une discrimination directe à son endroit¹⁹.

L'un des mérites de l'arrêt *O'Malley* est que le juge McIntyre, au nom de la Cour, y reconnaît la discrimination indirecte. Rappelons qu'il s'agit d'une cause dans laquelle l'horaire de travail ne tenait pas compte du besoin d'une employée de s'absenter pour respecter sa journée hebdomadaire de fête religieuse. Le juge reconnaît que bien que l'horaire soit apparemment neutre, il n'en crée pas moins une discrimination indirecte qu'il définit comme une « discrimination par suite d'un effet préjudiciable ». Il convient de citer cette définition dans son contexte :

« D'autre part, il y a le concept de discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Ce genre de discrimination se produit lorsqu'un employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s'applique également à tous les employés, mais qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou un groupe d'employés en ce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe

¹⁸ *Id.*, 551.

¹⁹ Maurice DRAPEAU, « La discrimination fondée sur la grossesse mettant en cause la sécurité au travail », 1997 *R. du B.* 1047.

d'employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés. »²⁰

C'est d'abord son effet disproportionné ou préjudiciable qui rend discriminatoire la règle d'emploi en apparence neutre. Le juge McIntyre insiste sur ce point :

« 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. »²¹

On comprend que la discrimination indirecte est celle qui résulte de l'application générale, sans aucune distinction nuancée en fonction des besoins spécifiques de certains groupes ou personnes, de normes apparemment neutres, mais qui entraînent un effet préjudiciable à l'encontre de ces groupes ou personnes.

Examinons l'application d'une règle de disponibilité au travail pendant toute la durée du contrat au regard de la discrimination indirecte fondée sur la grossesse. Une telle exigence, qui s'applique également à tous les employés, est apparemment neutre. Toutefois, son application de manière indistincte et sans nuance peut défavoriser celles qui ont besoin de prendre un congé de maternité²². On voit ainsi que c'est l'impact défavorable à un groupe partageant une même caractéristique qui rend la règle discriminatoire, bien que de manière indirecte.

²⁰ Arrêt *O'Malley*, précité, note 17, 551.

²¹ *Ibid.*

²² Maurice DRAPEAU, « La discrimination fondée sur la grossesse résultant des règles de disponibilité au travail », 1997-98 *R.D.U.S.* 215.

Dans l'arrêt unanime *Commission scolaire de Chambly c. Bergevin*²³, face à un horaire de travail qui défavorisait les membres de certaines religions, la Cour suprême conclut à nouveau que la prohibition de la discrimination vise autant la discrimination indirecte que directe, en s'appuyant cette fois sur le libellé même de l'article 10 de la Charte québécoise. La portée de cette disposition s'étend en effet à toute exclusion qui «*a pour effet*» de compromettre le droit à l'égalité.

L'interdiction de la discrimination telle qu'énoncée à l'article 10 est universelle dans le sens où elle en prohibe toutes les formes, directe ou indirecte, puisqu'elles ont en commun d'avoir «*pour effet de détruire ou de compromettre [le droit à l'égalité]*»²⁴. Quelles qu'en soient les manifestations, le propre de la discrimination est d'exclure ; par conséquent, peu importe sa forme, c'est à ses effets d'exclusion qu'il importe de s'attarder, et ce, non seulement du point de vue de la victime qui en subit les conséquences, mais aussi dans la perspective de la société qui doit en réprover les manifestations au point de la prohiber. Le respect de la portée de l'article 10 implique donc que les effets de toute discrimination soient corrigés.

L'article 20 de la Charte prévoit qu'une exclusion qui est fondée sur les aptitudes ou qualités requises par l'emploi est réputée non discriminatoire. Il s'agit alors d'une exigence professionnelle justifiée — que l'on désigne par l'abréviation EPJ.

²³ [1994] 2 R.C.S. 525, 540 (ci-après cité : arrêt « *Commission scolaire de Chambly* ») (rédigé par le juge Cory avec des motifs concourants de la juge L'Heureux-Dubé).

²⁴ Les auteurs sont unanimes sur cette question : Daniel PROULX, *La discrimination dans l'emploi : les moyens de défense*, Éditions Yvon Blais inc., 1993; André MOREL, « L'originalité de la Charte québécoise en péril » dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif (1993)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 65, pp. 81-82; Pierre BOSSET, *La discrimination indirecte dans le domaine de l'emploi*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, pp. 102-103.

L'EPJ, c'est la capacité d'accomplir les tâches, la compétence à exercer les fonctions de l'emploi. Bref, la personne est-elle capable de bien faire le travail ? Par exemple, l'aptitude physique à exécuter le travail ou la formation et l'expérience effectivement requises sont généralement considérées comme des exigences professionnelles justifiées.

Sans entrer dans les détails, on peut dire qu'une exigence ne sera justifiée comme qualité requise par l'emploi que si elle est rationnelle et nécessaire. L'objet de la norme d'emploi en cause doit avoir un lien rationnel avec l'exécution du travail. Cette norme doit être raisonnablement nécessaire à la réalisation de l'objectif qu'elle vise. En pratique, la majorité des normes et conditions d'emploi visent à assurer l'exécution efficace et économique du travail ainsi que la sécurité des employés et du public. La rationalité et la nécessité de la norme doivent donc être examinées à la lumière des objectifs d'efficacité et de sécurité dans le contexte de l'emploi en cause.

Quant à ces deux critères objectifs de rationalité et de nécessité, la Cour suprême, dans l'arrêt *Etobicoke*²⁵, les formule comme suit :

*« [l'exigence professionnelle (...)] doit en outre se rapporter objectivement à l'exercice de l'emploi en question, en étant raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail sans mettre en danger l'employé, ses compagnons de travail et le public en général. »*²⁶

²⁵ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke (Municipalité d')*, [1982] 1 R.C.S. 202 (décision unanime, j. McIntyre) (ci-après l'arrêt « *Etobicoke* ») (un cas de discrimination directe portant sur la retraite obligatoire de pompiers où la Cour a jugé que l'employeur n'avait pas prouvé qu'il s'agissait d'une exigence professionnelle justifiée).

²⁶ *Id.*, 208.

Une norme d'emploi qui se révèle discriminatoire ne saurait donc être justifiée par la seule préférence de l'employeur pour une méthode de gestion donnée. Encore faut-il qu'elle soit nécessaire pour assurer l'exécution sûre et efficace du travail en question.

B. L'OBLIGATION D'ACCOMMODEMENT ET LE DROIT À L'ÉGALITÉ

La notion d'accommodement comme moyen de répondre aux besoins spécifiques des groupes et des personnes est fondamentale en matière de droit à l'égalité. Cette « obligation de prendre des mesures raisonnables pour respecter et protéger le droit à l'égalité » se trouve pour la première fois exprimée dans la déclaration du juge McIntyre dans l'arrêt *O'Malley* : « une conséquence naturelle de la reconnaissance d'un droit doit être l'acceptation sociale de l'obligation générale de le respecter et de prendre des mesures raisonnables afin de le protéger »²⁷. En outre, dans l'arrêt *Commission scolaire de Chambly*²⁸, la Cour suprême rattache plus étroitement encore cette notion de mesure raisonnable au droit à l'égalité lui-même, en affirmant expressément que « l'obligation d'accommodement est une partie intégrante du droit à l'égalité ».

Dans l'arrêt *O'Malley*, le juge McIntyre écrit :

*« L'obligation [d'accommodement] consiste à prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec le plaignant, à moins que cela ne cause une contrainte excessive : 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. »*²⁹

²⁷ *O'Malley*, précité, note 17, 554.

²⁸ *Commission scolaire de Chambly*, précité, note 23, 544.

²⁹ *O'Malley*, précité, note 17, 555.

En d'autres termes, nous pouvons définir l'obligation d'accommodement comme l'obligation d'adapter une règle conçue pour une majorité donnée, dans le but de répondre aux besoins spécifiques de certaines personnes ou d'un groupe, afin que ceux-ci ne soient pas victimes de discrimination liée aux caractéristiques qui les différencient de la majorité. Cela implique de faire des exceptions aux règles générales ou de les modifier de manière à composer avec les besoins propres à certains groupes ou personnes, afin de respecter leur droit à l'égalité.

Il existe une limite à l'obligation d'accommodement, celle de la contrainte excessive. Or qui dit excessif implique d'emblée un niveau de contrainte, comme le fait pertinemment remarquer le juge Sopinka dans l'arrêt *Renaud*.

*« Il faut plus que de simples efforts négligeables pour remplir l'obligation d'accommodement. L'utilisation de l'adjectif « excessive » suppose qu'une certaine contrainte est acceptable; seule la contrainte « excessive » répond à ce critère. »*³⁰

L'effort d'accommodement doit donc être réel et suffisant. Dans l'arrêt *O'Malley*³¹, le juge McIntyre mentionne les deux principaux éléments pouvant constituer une contrainte excessive, soit l'entrave induite à l'exploitation de l'entreprise et les coûts excessifs. Pour sa part, la juge Wilson, dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool*³², définit un certain nombre de facteurs qui doivent être appréciés dans l'évaluation du degré de contrainte :

« Je ne crois pas qu'il soit nécessaire de définir de façon exhaustive ce qu'il faut entendre par contrainte excessive mais j'estime qu'il peut être

³⁰ *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970, 984 (ci-après l'arrêt « *Renaud* ») (discrimination indirecte attribuable aux conséquences de l'horaire de travail sur les obligations religieuses des employés).

³¹ Précité, note 17, 555.

³² *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, 520 (ci-après l'arrêt « *Central Alberta Dairy Pool* »).

utile d'énumérer certains facteurs permettant de l'apprécier. 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 coût excessif ou sur la facilité avec laquelle les effectifs et les installations peuvent s'adapter aux circonstances. »³³

Pour que les coûts de l'accommodement soient considérés excessifs, ils doivent être réellement trop élevés pour l'entreprise dans les circonstances³⁴. Quant à l'effet sur les autres employés, il doit constituer une atteinte réelle à leurs droits ou une dérogation importante à la convention collective³⁵.

Dans l'arrêt *Meiorin*³⁶, la Cour suprême utilise à plusieurs reprises le qualificatif « possible » en parlant des mesures d'accommodement qu'un employeur a le devoir d'incorporer à ses normes d'emploi. Le terme est évocateur : si un accommodement est possible, il doit être adopté. La Cour énumère trois critères représentant une contrainte excessive : l'impossibilité, le risque grave et le coût exorbitant.

« Afin de prouver que sa norme est « raisonnablement nécessaire », le défendeur doit toujours démontrer qu'elle inclut toute possibilité d'accommodement sans qu'il en résulte une contrainte excessive, que cette contrainte revête la forme d'une impossibilité, d'un risque grave ou d'un coût exorbitant. »³⁷

³³ *Id.*, 520-521.

³⁴ Arrêt *O'Malley*, précité, note 17, 556-559.

³⁵ Arrêt *Renaud*, précité, note 30, 984-987. Sur la portée de l'obligation syndicale d'accommodement, il faut lire l'excellent ouvrage fortement documenté et clairement exposé de Christian BRUNELLE, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*. Les Éditions Yvon Blais inc., Cowansville, 2001.

³⁶ Précité, note 11.

³⁷ *Id.*, par. 32.

À l'impossible nul n'est tenu, certes, mais encore faut-il démontrer que des efforts sérieux ont été consentis avant d'invoquer la contrainte excessive.

Nous exposerons maintenant le résultat de la longue évolution juridique qui a conduit à la reconnaissance judiciaire de l'application de l'obligation d'accommodement dans tous les cas de discrimination. Cette interprétation élaborée hors du Québec cadre parfaitement bien avec l'esprit de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec qui, comme nous le verrons plus loin, crée un régime de prohibition de la discrimination comportant l'obligation universelle d'adopter des mesures pour protéger le droit à l'égalité.

Pendant longtemps, la Cour suprême a refusé de prendre en compte l'obligation d'accommodement dans les cas de discrimination directe.

Ainsi dans l'arrêt *Stratford*³⁸, la Cour, qui avait à décider d'un cas de discrimination fondée sur l'âge de la retraite obligatoire, avait péremptoirement confirmé sa décision d'écarter toute considération d'accommodement visant à éliminer la discrimination directe (il était question en l'espèce du réaménagement des fonctions d'un policier pour lui permettre d'exécuter à l'avenir un travail de bureau).

Cet arrêt-butoir n'était pas tombé en isolé; il était venu former une trilogie avec deux autres jugements fortement controversés qui avaient limité le rôle de l'accommodement dans l'instauration de l'égalité. En 1985, l'arrêt *Bhinder*³⁹ l'avait exclu dans tous les cas

³⁸ *Corporation municipale de Stratford c. Large* [1995] 3 R.C.S. 733 (ci-après cité : arrêt « *Stratford* ») (les motifs de la majorité sont présentés par le juge Sopinka; ceux de la minorité, par le juge L'Heureux-Dubé).

³⁹ *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada* [1985] 2 R.C.S. 561 (ci-après cité : arrêt *Bhinder*) (motifs de la majorité par le juge McIntyre; motifs de la minorité par le juge en chef Dickson). Cet arrêt devait juger d'un cas de discrimination indirecte fondée sur la religion et mettant en cause la règle du port obligatoire du casque de sécurité; la Cour y avait exclu la prise en

de discrimination où une exigence professionnelle justifiée était démontrée. Et, en 1990, l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool*⁴⁰ s'était satisfait d'une timide demi-mesure en admettant au moins son application à la discrimination « indirecte », tout en rejetant complètement sa pertinence lorsque celle-ci était directe.

En somme, en traitant du rapport entre l'obligation d'accommodement et la défense d'EPJ, la Cour avait établi une distinction. Dans le cas de la discrimination directe, la Cour appliquait la défense d'exigence professionnelle justifiée (sans obligation d'accommodement). Quant à la discrimination indirecte, la Cour considérait que le moyen de défense distinct consistait à déterminer si l'obligation d'accommodement avait été remplie.

considération d'un accommodement face à toute situation de discrimination, tant indirecte que directe, dès lors que la défense d'exigence professionnelle justifiée était établie. L'arrêt *Bhinder* peut être vu comme un exemple patent de «un-pas-en-avant, deux-pas-en-arrière» de la part de la Cour suprême. Elle a rendu en effet cet arrêt décidant que l'exigence professionnelle justifiée écartait l'obligation d'accommodement, alors qu'elle venait à peine de reconnaître le même jour dans l'arrêt *O'Malley c. Simpson's Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536, 554 (ci-après cité : arrêt *O'Malley*) (décision unanime, j. McIntyre) que l'accommodement était «une conséquence naturelle de la reconnaissance du droit à l'égalité». La différence de résultat entre l'arrêt *Bhinder* et l'arrêt *O'Malley* s'explique essentiellement par la présence, dans la loi canadienne, d'une disposition sur le moyen de défense relatif à l'exigence professionnelle justifiée, qui a été interprétée dans l'arrêt *Bhinder*, comme devant exclure l'obligation d'accommodement. Dans l'arrêt *O'Malley*, le Code des droits de la personne de l'Ontario ne comportait aucune défense d'exigence professionnelle justifiée.

⁴⁰ *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta Human Rights Commission* [1990] 2 R.C.S. 489 (ci-après cité : arrêt *Central Alberta Dairy Pool*) (motifs de la majorité par la juge Wilson; motifs de la minorité par le juge Sopinka). Cet arrêt avait à décider d'un cas de discrimination indirecte fondée sur la religion mettant en cause le refus d'aménager l'horaire de travail pour tenir compte des fêtes religieuses. La Cour a pu, avec le recul, corriger en partie l'erreur de l'arrêt *Bhinder*, en décidant que l'obligation d'accommodement s'appliquait tout au moins dans les cas de discrimination indirecte. En infirmant partiellement la conclusion de l'arrêt *Bhinder*, la Cour traite de l'accommodement en matière de discrimination indirecte comme un moyen de défense distinct de celui relatif à l'exigence professionnelle justifiée. Cette distinction entre les moyens de défense a eu pour effet de confiner l'accommodement aux seuls cas de discrimination indirecte. L'arrêt *Central Okanagan School District c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970, 980 (j. Sopinka) est par la suite revenu sur la distinction entre les moyens de défense en intégrant implicitement la défense d'accommodement à l'intérieur de la défense d'exigence professionnelle justifiée, mais seulement dans le cas de la discrimination indirecte.

Après les arrêts *Bhinder*⁴¹, *Central Alberta Dairy Pool*⁴² et *Stratford*⁴³, l'état du droit relativement à la question se résumait ainsi : l'obligation d'accommodement ne pouvait être prise en compte que dans les situations où la discrimination était qualifiée d'indirecte. La Cour suprême avait en effet décidé que l'obligation d'accommoder les besoins individuels ne s'appliquait pas dans les cas de discrimination directe. Une lacune résultait de cette position, car les victimes de discrimination directe étaient privées d'une mesure de redressement, soit l'accommodement, qui aurait pu leur permettre, dans certains cas, d'éviter de subir l'exclusion.

Comme l'avait, à cette époque, démontré longuement le professeur Daniel Proulx⁴⁴, ce point de vue de la Cour suprême a eu pour effet d'imposer un double cadre d'analyse extrêmement complexe et aléatoire, qu'il identifie de manière évocatrice en parlant du régime dualiste de défense et de sanction. Selon ce régime, on devait en effet d'abord

⁴¹ Précité, note 39. Pour souligner la forte opposition à l'arrêt *Bhinder*, qu'il suffise de mentionner le document qui aura alerté le public, les législateurs et les tribunaux, celui de la COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *Les effets de la décision Bhinder sur la Commission canadienne des droits de la personne : rapport spécial au parlement*, Ottawa, 1986.

⁴² Précité, note 40. Pour une bibliographie sélective des critiques de l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool*, nous renvoyons aux auteurs suivants : Daniel PROULX, *La discrimination dans l'emploi*, Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 1993. À partir de la critique de l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool* (pp. 69 à 71), l'auteur entreprend «*La remise en cause du régime dualiste de défense et de sanction*» (le chap. 3, pp. 109 et suiv.). Dans le premier numéro de la revue *Canadian Labour Law Journal*, qui est entièrement consacré à l'accommodement, plusieurs auteurs formulent la même critique et soutiennent la nécessité d'accommodement sans distinction entre les formes de discrimination. M.D.-LEPOFSKY, «*The Duty to Accommodate : A Purposive Approach*», (1992) C.L.L.J. 1, 16 à 18. A.M. MOLLOY, «*Disability and the Duty to Accommodate*», (1992) 1 C.L.L.J. 23, 37. B. ETHERINGTON, «*Central Alberta Dairy Pool : The Supreme Court of Canada's Latest Word on the Duty to Accommodate*», (1992) 1 C.L.L.J. 311, 325-326. Également, D. BAKER, «*Alberta Human Rights Commission v. Central Alberta Dairy Pool*», (1991) 36 R.D. McGill 1450.

⁴³ Précité, note 38. Voir la critique de Daniel PROULX, «*L'accommodement, cet incompris : un commentaire de l'arrêt Stratford*», (1996) 41 R.D. McGill 669.

⁴⁴ Daniel PROULX, *La discrimination dans l'emploi : les moyens de défense*, Éditions Yvon Blais Inc, 1993 : l'ensemble de l'ouvrage est une démonstration qu'un seul moyen de défense et de sanction devrait être indistinctement appliqué à toute discrimination, qu'elle soit directe ou indirecte.

distinguer si l'on faisait face à une discrimination directe ou indirecte pour ensuite déterminer quel moyen de défense et de sanction s'appliquait selon le cas.

À la discrimination directe correspondait la défense relative aux qualités requises par l'emploi et la sanction de la norme injustifiée quant à sa rationalité ou sa nécessité était son annulation. Comme nous l'avons déjà vu, la faiblesse de cette approche de la discrimination directe était l'absence de toute considération de l'obligation d'accommodement.

En matière de discrimination indirecte la défense était plutôt celle de savoir si l'obligation d'accommodement avait été respectée. Dans la mesure où la règle était rationnelle avec l'objet qu'elle visait, elle n'avait pas besoin d'autre justification, de sorte que sa seule sanction était le maintien de son application générale à l'ensemble des employés plutôt que son annulation, à condition toutefois d'accorder des exceptions individuelles en faveur des personnes qui en subissaient l'effet discriminatoire. La faiblesse de cette approche de la discrimination indirecte tenait à l'impossibilité d'appliquer le critère de nécessité de la norme, dont l'absence aurait dû conduire à l'annulation.

Un revirement jurisprudentiel capital vient de changer complètement l'état du droit en ce qui a trait à l'accommodement. Dans un véritable bilan, l'arrêt *Meiorin*⁴⁵, un jugement unanime rédigé par la juge McLachlin, devenue depuis juge en chef, la plus haute cour du pays revient sur ses positions. Elle délaisse la méthode d'analyse conventionnelle, pour en adopter une nouvelle qu'elle qualifie d'unifiée. Le qualificatif « unifiée » est bien mérité puisque selon cette méthode il n'y a plus lieu de faire de distinction entre les

⁴⁵ Précité, note 11.

formes directe et indirecte de discrimination : la défense relative aux qualités requises par l'emploi, l'obligation d'accommodement et la sanction par l'annulation de la norme s'appliquent maintenant dans tous les cas.

On peut d'ores et déjà affirmer qu'il s'agit d'un arrêt historique en droit de l'égalité qui constitue une véritable réforme juridique dans l'articulation entre les droits de la personne et les relations du travail. Concrètement, les suites à donner à cet arrêt commandent une transformation du monde du travail, qui devra revoir ses normes d'emploi de manière à y intégrer, dans leur formulation même, des adaptations permettant de composer avec les besoins de certains groupes et personnes.

Rappelons les faits. Madame Meiorin travaillait à la satisfaction de son employeur depuis trois ans comme pompière forestier pour le gouvernement de la Colombie-Britannique. Elle perdit son emploi après que le gouvernement eut adopté une nouvelle série de tests d'évaluation de la condition physique. Elle fut congédiée parce qu'elle avait échoué le test destiné à vérifier si elle respectait la norme aérobique fixée (elle avait excédé de 49,4 secondes le délai maximal prescrit de 11 minutes pour franchir à la course une distance de 2,5 kilomètres).

La preuve démontrait qu'en raison de différences physiologiques, la plupart des femmes ont une capacité aérobique moindre que celle de la plupart des hommes. Par ailleurs, il n'y avait aucune preuve crédible que la capacité aérobique prescrite était nécessaire pour que soit les hommes soit les femmes puissent exécuter le travail de pompier forestier de manière sûre et efficace.

La question de droit générale à laquelle la Cour suprême devait répondre était de savoir si la norme aérobique excluait de manière discriminatoire les femmes des emplois de pompier forestier.

La Cour n'hésita aucunement à conclure à l'existence d'une discrimination contre les femmes et à dire que le gouvernement n'avait pas démontré que cette norme aérobique particulière était raisonnablement nécessaire pour évaluer les personnes en mesure d'exécuter de façon sûre et efficace les tâches de pompier forestier. L'employeur n'a pas prouvé qu'il avait composé avec les caractéristiques physiologiques des femmes tant qu'il n'en avait pas résulté pour lui de contrainte excessive.

Mais, au-delà du cas d'espèce, nous sommes devant un arrêt de principe en ce qu'il modifie profondément l'analyse de la discrimination en critiquant la méthode dualiste antérieure.

La Cour suprême convient que la distinction entre la discrimination directe et indirecte est difficile à justifier compte tenu du fait que peu de cas sont aussi clairement identifiables et que plusieurs normes peuvent être qualifiées d'une manière ou de l'autre selon le point de vue d'où on les analyse. De manière évocatrice la Cour mentionne que l'on pourrait soutenir de façon plausible que forcer des employées à subir un test de grossesse obligatoire avant leur entrée en fonction est une règle neutre parce qu'elle s'applique, à première vue, à tous les membres d'un personnel et que ses effets particuliers sur les femmes ne sont qu'accessoires. Pourtant, on pourrait y voir un cas de discrimination directe.

La Cour constate en outre qu'il n'y a pas de justification pour que des réparations différentes soient disponibles selon les formes de discrimination, soit l'annulation de la

règle directement discriminatoire (sans accommodement) et le maintien de la règle en cas de discrimination indirecte à la condition de procéder à des accommodements individuels.

La Cour fait ensuite remarquer que dans les cas de discrimination indirecte il n'est pas toujours exact de dire que la discrimination n'est subie que par un petit nombre de sorte que ce n'est pas un argument pour maintenir la validité de cette dernière. Donnons l'exemple d'une règle qui crée une discrimination indirecte à l'endroit des femmes enceintes : celles-ci touchera toutes les femmes qui le deviennent de sorte que c'est en fait l'ensemble du groupe qui est désavantagé.

La Cour s'attache ensuite à la critique de la distinction entre la défense d'exigence professionnelle justifiée en cas de discrimination directe et celle de l'accommodement raisonnable en cas de discrimination indirecte. Elle convient que la distinction établie entre l'obligation de chercher des « solutions de rechange raisonnables à la discrimination directe et l'obligation d'examiner la possibilité « de tenir compte de la situation de chacun » applicable à la discrimination indirecte était peut-être sémantique.

En outre, la Cour admet que l'analyse conventionnelle pouvait contribuer à légitimer la discrimination systémique ou « la discrimination qui résulte simplement de l'application des méthodes établies de recrutement, d'embauche et de promotion, dont ni l'une ni l'autre n'a nécessairement été conçue pour promouvoir la discrimination » puisque si une norme était qualifiée de neutre sa légitimité ne pouvait plus être mise en doute pour l'annuler et elle était maintenue à condition de composer avec le demandeur.

Selon la Cour, l'analyse conventionnelle risquait de contrecarrer les objectifs des lois sur les droits de la personne en ne permettant de contester et d'annuler la règle elle-même que lorsque la discrimination est qualifiée de directe.

Finalement la Cour constate que l'analyse conventionnelle qu'elle avait adoptée diffère fondamentalement de la façon dont elle a abordé le droit constitutionnel à l'égalité qu'énonce l'article 15 de la Charte canadienne où elle s'attache à l'effet de la loi contestée sans accorder trop d'importance à la distinction entre la discrimination directe et indirecte puisque la preuve de l'intention discriminatoire n'est nullement requise. C'est à l'effet discriminatoire que l'on doit s'en prendre pour contester une règle et même si celle-ci est neutre elle mérite autant d'être annulée.

On voit, à cette critique systématique, que la volonté de la Cour est très déterminée. On peut synthétiser l'ensemble en trois points principaux : 1) toute norme discriminatoire, directe et indirecte, doit être soumise à un examen rigoureux ; 2) le même moyen de défense strict relatif aux qualités requises par l'emploi doit être appliqué dans tous les cas; 3) les mêmes réparations par l'annulation de la norme discriminatoire avec possibilité d'accommodement doivent être indistinctement accessibles.

La Cour suprême présente ainsi les trois éléments que l'employeur doit prouver dans le cadre devenu unique de la défense relative aux qualités requises pour un emploi, qui s'applique maintenant dans tous les cas de discrimination, et dont l'obligation d'accommodement fait désormais partie :

« Après avoir examiné les diverses possibilités qui s'offrent, je propose d'adopter la méthode en trois étapes qui suit pour déterminer si une norme discriminatoire à première vue est une [exigence professionnelle justifiée]. L'employeur peut justifier la norme contestée en établissant selon la prépondérance des probabilités :

qu'il a adopté la norme dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail en cause;

qu'il a adopté la norme particulière en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail;

que la norme est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail. Pour prouver que la norme est raisonnablement nécessaire, il faut démontrer qu'il est impossible de composer avec les employés qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que l'employeur subisse une contrainte excessive. »⁴⁶

Cette nouvelle méthode d'analyse en trois étapes contraint les employeurs à « établir des normes qui composent avec l'apport potentiel de tous les employés dans la mesure où cela peut être fait sans que l'employeur subisse une contrainte excessive »⁴⁷.

À la première étape de l'analyse, qui consiste à voir si l'employeur a adopté la norme dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail en cause, il s'agit non pas de décider de la validité de la norme particulière, mais plutôt de la validité de son objectif plus général, ce qui dans nombre de cas pose peu de problèmes. La capacité de travailler de manière efficace et celle de travailler de manière sécuritaire sont les deux objectifs les plus fréquemment mentionnés. L'employeur doit donc démontrer l'existence d'un lien rationnel entre l'objet général que la norme contestée vise et les exigences objectives du travail. À défaut d'avoir un objet général légitime, la règle n'est pas une qualité requise et doit donc être annulée.

À notre avis, la deuxième étape de l'analyse, où l'employeur doit établir qu'il a adopté la norme particulière en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail est peut-être critiquable. Ce test subjectif sera probablement de très

⁴⁶ Précité, note 11, 32.

⁴⁷ *Id.*, 33.

peu d'utilité, sauf dans des cas d'exception comme lorsque l'employeur a refusé de négocier une règle non discriminatoire. Et dans les cas où la discrimination est manifestement fondée sur un préjugé à l'égard d'un groupe, on ne pourrait de toute façon admettre l'invocation d'une croyance sincère. Autrement, il est difficile de voir en quoi ce test subjectif pourrait apporter une preuve utile pour déterminer si la norme est une exigence professionnelle justifiée. Peu importe la croyance de l'employeur, c'est surtout le test objectif imposant le double critère de rationalité et de nécessité qui permet d'évaluer de façon objective si la norme est justifiée.

Dans ce sens, on peut présumer qu'en pratique c'est surtout à la troisième étape de l'analyse, où l'employeur doit prouver la nécessité de la règle, que les normes discriminatoires sont susceptibles d'échouer au test de justification. La norme contestée est-elle raisonnablement nécessaire pour que l'employeur puisse atteindre l'objectif visé ? Pour déterminer si elle l'est, plusieurs sous-questions doivent être posées, dont les trois suivantes : 1) La norme est-elle trop générale compte tenu de son objectif ? Ne devrait-elle pas se limiter à un groupe plus restreint, comme dans le cas des règles « antinépotisme » qui ne doivent être imposées qu'aux employés qui pourraient se retrouver dans des situations de conflit d'intérêts ?⁴⁸ 2) L'employeur n'aurait-il pas dû procéder à une évaluation individuelle de la personne, comme dans le cas des évaluations médicales, pour déterminer l'aptitude à exécuter les tâches de l'emploi ?⁴⁹

⁴⁸ Voir *Ville de Brossard c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1988] 2 R.C.S. 279 (rédigé par le juge Beetz avec des motifs concourants de la juge Wilson) (ci-après cité : « *Ville de Brossard* »). Il s'agit d'une application du test de proportionnalité qui découle du critère de « fardeau excessif » imposé à un groupe. En effet, pour le juge Beetz, la « nécessité raisonnable » implique non seulement « le lien rationnel » avec l'emploi, mais aussi que la règle n'impose pas de fardeau excessif aux personnes qui y sont assujetties.

⁴⁹ *Ville de Saskatoon c. Saskatchewan Human Rights Commission*, [1989] 2 R.C.S. 1297 (ci-après cité : « *Saskatoon* ») (discrimination directe en raison de la retraite obligatoire). En appliquant le critère de proportionnalité, la Cour fournit un exemple de solution individuelle pouvant constituer une solution de rechange à l'exclusion en affirmant que, lorsque cela est possible, il faut « traiter les employés individuellement, notamment en administrant des tests à chacun d'eux » (en l'occurrence,

3) L'employeur a-t-il cherché à composer avec les besoins des personnes concrètement lésées par la norme, sans subir une contrainte excessive ?

Si la norme discriminatoire n'est pas raisonnablement nécessaire pour que l'employeur réalise son objectif légitime, ou s'il est possible de composer avec des différences individuelles sans que l'employeur n'en subisse une contrainte excessive, elle n'est donc pas une qualité requise par l'emploi. Elle mérite alors d'être annulée et l'employeur sera contraint d'intégrer à la norme elle-même des mesures d'accommodement qui établiront l'égalité.

Dans son jugement, la Cour suprême a grandement tenu compte des critiques pour ainsi dire unanimes de la doctrine qui recommandaient de considérer l'obligation d'accommodement tant dans le cas de la discrimination directe qu'indirecte⁵⁰.

À notre avis, la méthode « unifiée » d'analyse représente un pas considérable en matière de protection du droit à l'égalité par la prohibition de la discrimination. Non seulement la Cour en est-elle venue à reconnaître que l'accommodement s'applique dans tous les cas d'exclusion, mais elle fait également preuve d'une grande originalité en imposant en plus de l'inclure à l'avenir dès le départ dans l'élaboration même des normes d'emploi. Cette

une évaluation médicale personnelle).

⁵⁰ Elle cite notamment et plus particulièrement le texte de Shelag DAY et Gwen BRODSKY, « The Duty to Accommodate : Who Will Benefit ? », (1996) 1 *Can. Lab. L.J.* 311. Voir également : Kenneth WATKIN, « The justification of Discrimination Under Canadian Human Rights Legislation and the Charter : Why So Many Tests ? », (1992) 2 *N.J.C.L.* 87; IAN B. McKENNA, « Legal Rights for Persons with Disabilities in Canada : Can the Impasse Be Resolved ? », (1997-98) 29 *R.D. Ottawa* 153; Paul PHILLIPS and Erin PHILLIPS, *Women and Work : Inequality in the Canadian Labour Market*, Toronto, James Lorimer and Co., 1993; William PENTNEY, « Belonging : The promise of Community : Continuity and Change in Equality Law 1995-96 » (1996) 25 *C.H.R.R.* 6; Maxwell F. YALDEN, « The Duty to Accommodate : A View From the Canadian Human Rights Commission », (1993) 1 *Can. Lab. L.J.* 283. Ajoutons que les francophones avaient eux aussi écrit sur cette question. Par exemple Daniel PROULX, *op. cit.*, note 41, et Maurice DRAPEAU, « La considération de l'accommodement même en cas de discrimination directe », (1998) 39 *C. d. D.* 823.

dernière exigence apportera de profonds changements dans les conditions de travail puisqu'elles devront être révisées afin de prévoir des traitements adaptés aux besoins des groupes et des personnes.

La méthode d'analyse « unifiée » représente une avancée majeure en matière de protection contre la discrimination sous toutes ses formes. Nous pouvons en effet relever cinq avantages par rapport à la position antérieure de la Cour. Selon le procédé de comparaison avant-après, ces avantages correspondent aux désavantages de l'ancienne méthode qu'ils visent précisément à corriger.

Il n'est plus nécessaire de déterminer préalablement si la discrimination est directe ou indirecte, avant de savoir comme auparavant quels moyens de défense et quelle sanction devraient s'appliquer, ce qui met fin à des exercices complexes de qualification juridique propices à la confusion.

Désormais, un seul moyen de défense s'applique dans tous les cas de discrimination, celui relatif aux aptitudes ou qualités requises par l'emploi, qui, en plus de sa rationalité, impose le critère strict de nécessité de la norme sous peine d'annulation. Ce moyen de défense n'est donc plus réservé aux seuls cas de discrimination directe, il s'applique désormais aussi lorsque l'exclusion est indirecte. Le test devient ainsi beaucoup plus exigeant. Même en cas de discrimination indirecte, il ne suffit plus que la règle soit rationnelle pour être justifiée et éviter ainsi son annulation, accordant seulement et exceptionnellement, des accommodements individuels. Dans tous les cas la norme devra être nécessaire sinon elle sera annulée. Cette unification en un seul moyen de défense rappelle qu'il doit être interprété de manière restrictive comme exception au droit à l'égalité.

Dans le cadre de la défense relative aux qualités requises par l'emploi, l'accommodement ne s'applique plus seulement à la discrimination indirecte, mais il devra aussi être considéré dans les cas où elle est directe, ce qui met l'accent sur la recherche de moyens préventifs pour éliminer les deux formes d'exclusion.

L'annulation est maintenant un moyen de sanction de toute norme discriminatoire non justifiée. C'est dire que la règle d'emploi qui crée une discrimination indirecte peut maintenant être annulée au même titre que celle qui constitue une discrimination directe, ce qui permet dans les deux cas d'obtenir leur remplacement par des normes adaptées.

Et l'un des principaux avantages de la méthode d'analyse unifiée est l'exigence que les employeurs incorporent à l'avenir des mesures d'accommodement dans les normes d'emploi elles-mêmes, et non seulement consentir des exceptions en réponse à des demandes individuelles, ce qui incite à envisager des adaptations aux besoins des groupes et personnes dès la conception de ces normes.

Outre l'intérêt de simplifier le droit par le recours à une méthode unique d'analyse, cet arrêt a le mérite de considérer l'accommodement dans le cadre de l'examen de la défense relative aux qualités requises par l'emploi à l'étape où il faut examiner le caractère raisonnablement nécessaire de la règle d'emploi. Le fait est maintenant acquis : une règle d'emploi qui a pour effet de créer une situation discriminatoire ne saurait en aucune façon être justifiée comme étant nécessaire s'il est possible de prendre des mesures d'accommodement.

À titre d'illustration, le test de l'arrêt *Meiorin* sera particulièrement utile dans le cas de la discrimination fondée sur la grossesse. Dans tous les cas, les employeurs devront faire des efforts réels et sérieux pour prendre des mesures d'accommodement afin de répondre

aux trois besoins des travailleuses enceintes : assurer la sécurité de leur grossesse, permettre l'absence du travail et conserver les avantages liés à leur emploi.

Sur le point tout à fait nouveau de l'adaptation de la norme elle-même aux différences entre les personnes et les groupes, nous citons la Cour :

*« 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 personnel. 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. [...] La norme qui fait 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. »⁵¹*

On le voit, il ne suffit plus de prévoir des exceptions individuelles au cas par cas, mais il faut incorporer les possibilités d'accommodement dans la règle elle-même, comme l'a réaffirmé et précisé la Cour suprême dans l'arrêt *Grismer*⁵².

« L'arrêt Meiorin annonçait une méthode unifiée en matière d'examen des demandes fondées sur une loi concernant les droits de la personne, dans lesquelles l'existence de discrimination est alléguée. La distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte a été supprimée. Les employeurs [...] sont maintenant requis, dans tous les cas, de tenir compte dans leurs normes des caractéristiques des groupes touchés, au lieu de maintenir des normes discriminatoires complétées par des

⁵¹ Arrêt *Meiorin*, précité, note 11, 45 (nos caractères gras font ressortir le souligné de la Cour).

⁵² *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868 (J. McLachlin) (ci-après cité arrêt « *Grismer* »).

mesures d'accommodement pour ceux qui ne peuvent pas y satisfaire. »⁵³

Désormais donc, la norme elle-même doit tenir compte de facteurs concernant les capacités uniques, la valeur et la dignité de chaque personne, dans la mesure où cela n'impose aucune contrainte excessive à l'employeur.

À notre avis cette évolution de la jurisprudence de la Cour suprême cadre avec le régime de prohibition de la discrimination créé par les articles 10, 20 et 49 de la Charte québécoise qui comporte implicitement l'obligation universelle d'accommodement.

Invoquant le cas de la discrimination fondée sur le handicap, plusieurs commentateurs, critiques de la jurisprudence négative passée de la Cour suprême sur la question, avaient déjà suggéré, dans le cadre de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et des *Human Rights Codes* des provinces de common law, que l'on applique l'obligation d'accommodement à toute forme de discrimination⁵⁴.

Dans deux articles que nous avons nous-même publiés à cette époque, outre d'ajouter la nouveauté qu'offrait le cas spécifique de la discrimination fondée sur la grossesse comme exemple à l'appui de cette idée, nous avons assis le fondement de l'obligation d'accommodement sur le texte propre de la Charte québécoise des droits et libertés⁵⁵.

Nous avons ainsi montré que ce texte crée un régime de responsabilité pour

⁵³ *Id.*, par. 19 (au souligné de la Cour sur le fait que l'accommodement s'applique maintenant à toutes les formes de discrimination, nous ajoutons nos caractères gras faisant ressortir la nouvelle exigence que celui-ci soit déjà prévu dans des normes qui doivent tenir compte des besoins spécifiques des personnes et des groupes).

⁵⁴ Voir les auteurs cités aux notes 41, 42, 43 et 50. Au Québec, le professeur Daniel PROULX, cité aux notes 41, 42 et 43, a été le chef de file de cette critique proposant l'unification des moyens de défense et de sanction incluant l'obligation d'accommodement dans tous les cas de discrimination.

⁵⁵ Maurice DRAPEAU, « De l'obligation d'accommoder les besoins spécifiques des travailleuses enceintes », publié dans (1998) 32-3 de *R.J.T.* 929 et Maurice DRAPEAU « La considération de l'accommodement même en cas de discrimination directe », paru dans (1998) 39 *C. d. D.* 823.

discrimination qui s'applique indistinctement à ses deux formes, et fait en sorte que l'accommodement doit être considéré en tout temps, quelle que soit la qualification de celle-ci.

La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Meiorin*⁵⁶, entérine à sa manière cette interprétation en faveur d'un régime de prohibition de la discrimination que nous avons à ce moment qualifié d'unitaire, en optant pour une méthode d'analyse unifiée. En effet, le critère unique de la Cour suprême s'applique d'autant mieux dans le contexte de la *Charte des droits et libertés de la personne* qu'il s'accorde bien avec la logique des articles 10, 20 et 49, qui créent un régime de responsabilité pour discrimination où l'on doit considérer l'obligation d'accommodement dans tous les cas. De fait, on peut rattacher celle-ci à chacun des trois articles : son existence comme corollaire du droit à l'égalité garanti par l'article 10, son exécution dans le cadre de la défense relative aux qualités requises par l'emploi en vertu de l'article 20, ainsi que les moyens de sanction et de réparation prescrits par l'article 49.

Le régime de prohibition de la discrimination prévu à l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* possède un caractère unitaire, dans le sens où il s'applique de la même façon quelle que soit la forme de l'exclusion. Cet article interdit en effet toute discrimination, directe et indirecte, et impose, implicitement, l'obligation de prendre toute mesure susceptible de protéger le droit à l'égalité.

En vertu de ce principe d'unité, il n'y a pas lieu de distinguer les moyens de défense ni les sanctions, selon la forme directe ou indirecte de l'exclusion. Le seul moyen de

⁵⁶ Précité, note 11.

défense est prévu par l'article 20, soit la défense relative aux qualités requises par l'emploi :

« Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi [...] est réputée non discriminatoire. »

Il est logique de prendre en considération l'obligation d'accommodement dans le cadre de l'examen de la défense relative aux qualités requises par l'emploi, puisque la finalité du moyen de défense est précisément d'exiger une justification. Or cette défense n'a pas à être acceptée avant que l'employeur ait démontré qu'il a fait des efforts pour prendre des mesures raisonnables d'accommodement. L'article 20 est subordonné à l'article 10 : si l'obligation d'accommodement est partie constitutive du droit à l'égalité prévu à cet article, elle devient par le fait même un des éléments à considérer pour établir la défense relative aux qualités requises par l'emploi prévue à l'article 20. Indépendamment de la forme que prend la discrimination, la défense sur les qualités requises ne peut être établie sans que soit présentée la preuve de l'existence de contraintes excessives empêchant de prendre des mesures d'accommodement afin de respecter le droit à l'égalité.

Enfin, l'article 49 de la Charte québécoise vient compléter le régime de responsabilité pour discrimination par un régime de sanction centré sur la cessation de l'atteinte et le droit à la réparation.

« 49. Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte.

En cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages exemplaires. »

Le propre d'un tel régime étant de sanctionner le manquement à une obligation, l'article 49 de la Charte québécoise confère donc aux tribunaux le pouvoir d'ordonner la cessation de l'atteinte illicite. Cela se traduit par l'annulation de la norme d'emploi et l'ordonnance que l'employeur la remplace par une autre qui intègre des mesures raisonnables prenant en compte les besoins spécifiques du groupe qui serait autrement victime de discrimination.

L'article 49 sur le droit à la réparation est complété par deux articles que l'on ne cite pas assez souvent. Il faut en effet rappeler que la nullité de la norme d'emploi discriminatoire est expressément prévu à l'article 13, lequel énonce qu'une clause comportant discrimination dans un acte juridique est sans effet⁵⁷. Quant au pouvoir dévolu au Tribunal des droits de la personne d'émettre l'ordonnance de prendre des mesures d'accommodement, il le détient de l'article 80 qui lui confère la compétence pour ordonner « toute mesure appropriée » et « toute mesure de redressement » jugées adéquates.

L'interprétation contextuelle des articles 10, 20 et 49 de la Charte québécoise, et à plus forte raison lorsqu'on en fait une lecture en lien avec les articles 13 et 80, nous a permis d'y voir la base d'un régime de responsabilité pour discrimination qui s'applique sans distinction à toutes ses formes. Il s'ensuit une exigence commune : à l'étape de l'examen du moyen de défense fondée sur les qualités requises par l'emploi, une norme d'emploi discriminatoire ne saurait être considérée justifiée lorsqu'il apparaît que des mesures d'accommodement favorisant l'égalité en emploi des personnes ou des groupes peuvent être effectivement prises.

⁵⁷ Voir Maurice DRAPEAU, « Le régime de responsabilité pour atteinte illicite aux droits et libertés de la personne », (1994) 28 *Thémis* 33, 83.

Fort du précédent majeur que constitue l'arrêt *Meiorin*⁵⁸, l'obligation d'accommodement s'impose désormais comme moyen d'instaurer l'égalité dans l'emploi dans tous les cas de discrimination.

Pour faire écho à ce développement jurisprudentiel récent, il serait opportun de prévoir expressément l'obligation d'accommodement dans la *Charte des droits et libertés de la personne* en précisant que cette obligation s'applique à toute forme de discrimination, directe ou indirecte. Même si tel est maintenant l'état du droit, l'inscription d'une telle obligation dans la Charte québécoise aurait une valeur éducative comme déclaration dans un texte fondamental jouissant d'une diffusion de plus en plus large. Nous croyons qu'un article spécifique sur l'accommodement aurait pour effet bénéfique de sensibiliser les employeurs à leur responsabilité de répondre aux besoins particuliers des personnes ou des groupes.

C'est pourquoi il nous paraîtrait hautement souhaitable que le législateur modifie l'article 20 de la Charte québécoise afin d'y inscrire de façon explicite que l'obligation d'accommodement constitue un droit inhérent au droit à l'égalité qui impose, notamment aux employeurs, de mettre en place des mesures s'adaptant aux besoins d'accommodement des personnes bénéficiant de la protection de ce texte fondamental. Il faut aussi préciser qu'une règle ou une pratique discriminatoire ne peut être justifiée comme qualité requise par l'emploi s'il est possible pour l'employeur de prendre des mesures d'accommodement sans que cela n'impose de contrainte excessive à l'entreprise⁵⁹.

⁵⁸ Précité, note 11.

⁵⁹ À titre d'exemple l'article 15. (2) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (L.R.C. (1985), c. H-6) prévoit depuis 1998 l'obligation d'accommodement et la défense de contrainte excessive (Voir l'Annexe 3).

C. LA PROHIBITION DE LA DISCRIMINATION FONDÉE SUR LA GROSSESSE

Le temps n'est pas si loin où, au nom de la protection du sexe que l'on disait faible, la législation du travail imposait ouvertement aux femmes de nombreuses restrictions. Il suffit d'évoquer la réglementation relative aux limitations des heures de travail ou à l'interdiction du travail de nuit. On se souviendra aussi que, dans les industries à concentration masculine, lorsque la réglementation du travail ne prohibait pas l'emploi des femmes, elle les confinait souvent à des tâches dites féminines, des travaux considérés comme légers et moins bien rémunérés. Inscrits dans les lois de protection du travail, on peut comprendre que ces textes ont d'abord eu à l'époque pour objectif de protéger les femmes contre les excès de l'exploitation industrielle. Avec le recul toutefois, on pourrait de nos jours conclure que malgré leur objet de protection du travail, la formulation de ces interdits au travail féminin a contribué avec le temps à entretenir une ségrégation professionnelle que l'on qualifierait aujourd'hui de manifestement discriminatoire.

Il subsiste encore aujourd'hui des atteintes au droit à l'égalité dans l'emploi. À la discrimination fondée sur le sexe, qui traduit la persistance du préjugé selon lequel les capacités ou le travail des femmes sont inférieures à ceux des hommes, se joint la discrimination spécifiquement fondée sur la grossesse. Alors que la prohibition de la discrimination fondée sur le sexe existe depuis plus de vingt-cinq ans, la prohibition de celle fondée sur la grossesse comme mesure de protection de la maternité au travail est un peu plus récente. En effet, bien que plusieurs aient depuis longtemps considéré celle-ci comme évidente sur le plan social, ce n'est que dans les années quatre-vingt que le législateur et les tribunaux sont intervenus pour en prohiber les manifestations.

Avant que cette discrimination soit reconnue sur le plan judiciaire comme étant une discrimination fondée sur le sexe (arrêt *Brooks*⁶⁰), il aura fallu une décennie à la Cour suprême du Canada pour rompre avec sa première position qui ignorait la réalité biologique et sociale particulière des femmes (arrêt *Bliss*⁶¹).

En 1979, dans le controversé arrêt *Bliss*⁶², la Cour suprême maintenait le refus d'accorder aux travailleuses enceintes les prestations d'assurance chômage, à moins qu'elles ne remplissent des conditions non imposées aux autres bénéficiaires. Selon la Cour suprême, « [t]oute inégalité entre les sexes dans ce domaine n'est pas le fait de la législation, mais bien de la nature⁶³ ». À l'appui, elle citait la Cour d'appel fédérale qui niait ainsi le lien entre la grossesse et le fait biologique d'être femme : « Si l'article 46 ne traite pas les femmes enceintes en chômage comme d'autres chômeurs, hommes ou femmes, c'est, à mon sens, parce qu'elles sont enceintes et non parce qu'elles sont des femmes⁶⁴ ».

L'arrêt *Bliss* provoqua une critique unanime de la doctrine⁶⁵ fondée sur l'incompréhension de la condition féminine ainsi manifestée par la Cour suprême⁶⁶. D'ailleurs le Québec réagira peu de temps après en ajoutant la grossesse comme motif spécifique de discrimination prohibée.

⁶⁰ *Brooks c. Canada Safeway*, [1989] 1 R.C.S. 1219 (ci-après cité : arrêt « *Brooks* »).

⁶¹ *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183 (ci-après cité : arrêt « *Bliss* »). L'arrêt interprétait la *Déclaration canadienne des droits*, 8-9 Eliz. II, c.44; L.R.C. (1985), App. III.

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Id.*, 190.

⁶⁴ *Id.*, 190-191.

⁶⁵ Voir les auteurs cités par W. S. TARNOPOLSKY et W. PENTNEY, *Discrimination and the Law in Canada*, Toronto, De Boo, 1985, p. 8-18, note 10.

⁶⁶ Face à l'évidente inadéquation de l'arrêt *Bliss* à la réalité sociale, la jurisprudence a établi des distinctions tirées des codes des droits de la personne pour ne pas l'appliquer. Voir les décisions citées dans TARNOPOLSKY et PENTNEY, *op. cit.*, note 65, pp. 8-14 et suiv.

Dix ans plus tard, la même Cour reconsidérerait la question dans l'arrêt *Brooks*⁶⁷, en décidant qu'un régime privé d'assurance invalidité qui excluait les raisons de santé liées à la grossesse créait une discrimination. Elle concluait que « la discrimination fondée sur la grossesse est une forme de discrimination fondée sur le sexe à cause de la réalité biologique que seules les femmes ont la possibilité de devenir enceintes⁶⁸ ».

Suite au tollé soulevé par l'arrêt *Bliss*, la Cour suprême dut prendre acte du changement social marqué par la présence accrue des femmes sur le marché du travail et des conséquences négatives que les exclusions fondées sur la grossesse leur imposaient.

*« L'arrêt Bliss a été rendu il y a plus de dix ans. Pendant cette période, la participation des femmes dans la main-d'œuvre a changé en profondeur. Avec dix ans de recul et d'expérience en matière de litiges relatifs à la discrimination dans les droits de la personne et la jurisprudence qui en a résulté, je suis prêt à dire que l'arrêt Bliss est erroné ou, du moins, que maintenant on ne pourrait plus rendre le même arrêt. »*⁶⁹

La Cour ne manqua pas en outre de souligner le lien intrinsèque entre la grossesse et le sexe.

*« Il est difficile de concevoir qu'une distinction fondée sur la grossesse puisse être tenue pour autre chose que de la discrimination fondée sur le sexe ou que des restrictions applicables légalement aux seules femmes enceintes ne comportent pas de discrimination contre elles en tant que femmes. »*⁷⁰

⁶⁷ *Brooks*, précité, note 60. Sur la réfutation de l'arrêt *Bliss* dans l'arrêt *Brooks*, voir Daniel PAYETTE, *L'exigence professionnelle justifiée*, mémoire de maîtrise, Université de Montréal, 1990, pp. 86 et suiv.

⁶⁸ *Id.*, 1242.

⁶⁹ *Id.* 1243.

⁷⁰ *Id.*, 1244.

Le fondement jurisprudentiel, et référence incontournable de notre étude, se trouve dans l'extrait suivant de l'arrêt *Brooks*⁷¹.

*« Allier travail salarié et maternité et tenir compte des besoins des femmes enceintes au travail sont des impératifs de plus en plus pressants. Il semble aller de soi que celles qui donnent naissance à des enfants et favorisent ainsi l'ensemble de la société ne devraient pas en subir un désavantage économique ou social. Seules les femmes portent des enfants; aucun homme n'en a la possibilité. Comme je l'ai déjà affirmé, il est injuste d'imposer tous les coûts de la grossesse à une seule moitié de la population. »*⁷²

Il faut aussi rappeler que bien avant que l'arrêt *Brooks* ne soit rendu, le législateur québécois faisait obstacle à la jurisprudence de l'arrêt *Bliss* en incluant, dès 1982, la grossesse au nombre des motifs de discrimination prohibés par l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁷³.

Depuis 1982 donc, l'article 10 de la Charte québécoise prohibe expressément cette discrimination :

« 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 grossesse [...].

*Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit. »*⁷⁴

Son article 16, qui garantit le droit à l'égalité dans l'emploi, a une portée très large car il couvre autant la discrimination au moment de l'embauche qu'en cours d'emploi :

⁷¹ *Id.*

⁷² *Id.*, 1243.

⁷³ L.Q., 1982, c. 61, art. 3.

⁷⁴ *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.

« Nul ne peut exercer de discrimination dans l'embauche, l'apprentissage, la durée de la période de probation, la mutation, le déplacement, la mise à pied, la suspension, le renvoi ou les conditions de travail d'une personne ainsi que dans l'établissement de catégories ou de classifications d'emploi. »

La Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, dans un document intitulé *Lignes directrices sur la discrimination fondée sur la grossesse*⁷⁵, souligne que cette prohibition doit être interprétée largement.

*« La Charte des droits et libertés de la personne interdit expressément la discrimination fondée sur la grossesse (article 10). Toute exclusion, distinction ou préférence liée à l'état de grossesse, y compris à la grossesse menée à terme ou à la grossesse éventuelle, de même que celle fondée sur des complications liées à la grossesse, crée une discrimination illicite. Dans le domaine du travail, par exemple, un employeur ne peut exercer une telle discrimination en raison de la grossesse dans l'embauche, les promotions, la suspension, le renvoi, etc. (article 16). »*⁷⁶

En matière de droit à l'égalité on doit, la plupart du temps, comparer la situation d'un groupe à celle d'un autre — habituellement la majorité — afin de déterminer s'il y a discrimination. La question se pose donc : lorsque l'on veut savoir si les travailleuses enceintes sont victimes d'un traitement discriminatoire, à quel groupe de travailleurs doit-on les comparer ?

Dans l'arrêt *Gobeil*⁷⁷, la Cour d'appel a décidé que le fait de ne pas renouveler le contrat d'une enseignante sous prétexte de son indisponibilité à la suite d'un accouchement constitue une discrimination. Mais surtout, là où le jugement a valeur de précédent, c'est

⁷⁵ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (par Michel Coutu et Maurice Drapeau), *Lignes directrices sur la discrimination fondée sur la grossesse*, 25 janvier 1994.

⁷⁶ *Id.*, 1.

⁷⁷ *Commission des écoles catholiques de Québec c. Gobeil*, [1999] R.J.Q. 1883 (C.A.).

lorsqu'il dispose clairement que le groupe comparatif approprié pour déterminer s'il existe une discrimination est celui des personnes non enceintes disponibles au travail et non celui des personnes non disponibles pour divers motifs. Citons le raisonnement de la Cour sur cette question :

« D'autre part, l'analyse comparative que proposent les commissions scolaires me semble incohérente. Cette analyse soulève le problème du groupe de référence auquel il faut comparer le groupe discriminé, soit, en l'occurrence, les femmes enceintes. Les commissions scolaires comparent ces dernières à toute autre personne non disponible pour conclure que la clause n'opère aucune distinction. Par contre, les syndicats soutiennent que l'on doit comparer les femmes enceintes à toute personne disponible au moment de l'offre. Les femmes enceintes, si ce n'était de leur état de grossesse, seraient disponibles. Pour cette raison, je ne peux adhérer à une analyse comparative qui les assimilerait à des personnes non disponibles afin de déterminer s'il y a distinction ou non. »⁷⁸

Le critère retenu par la Cour réfute l'argument des employeurs qui comparent l'employée enceinte à toutes autres personnes absentes du travail, et plus particulièrement à celles en congé de maladie.

Au soutien de la position de la Cour, ajoutons le principe que la grossesse n'est pas une maladie et ne doit pas y être assimilée, ce qui prive les travailleuses d'avantages liés à l'emploi sous prétexte qu'elles s'en absentent. Il ne faut surtout pas oublier que la grossesse est un motif prohibé de discrimination compte tenu de son rôle social.

En outre, si l'on ne peut comparer la personne enceinte à celle non disponible au travail, c'est, comme le constate la Cour, que n'eût été de sa grossesse, elle aurait été disponible et aurait travaillé.

⁷⁸ *Id.*, 1893.

Le Tribunal des droits de la personne du Québec, dans la décision *Lingerie Roxanna*⁷⁹, a adopté une interprétation moderne en établissant clairement que l'obligation d'accommodement de l'employeur constitue un moyen essentiel pour contrer la discrimination.

*« Une femme enceinte, de par sa condition, doit dans certains cas être accommodée par son employeur pour continuer à exercer son travail. Sans accommodement, cette employée pourra, dans certaines situations, être forcée de faire un choix entre le maintien de son emploi et la protection de sa santé. Les femmes enceintes doivent donc pouvoir être accommodées pour certaines fins particulières reliées à leur état de grossesse. »*⁸⁰

Ce jugement constitue l'un des fondements jurisprudentiels du régime de protection du droit à l'égalité dans l'emploi exempt de discrimination fondée sur la grossesse. Le Tribunal a le mérite d'avoir mis en évidence l'obligation pour les employeurs d'appliquer l'accommodement qui tient compte des besoins particuliers.

En 1995, dans le jugement *C.D.P.Q. (Sasseville) c. Commission scolaire Jean-Rivard*⁸¹ (confirmé en appel), le Tribunal, sous la plume de la juge Rivet, réitère sa position. Il donne à nouveau une interprétation du droit à l'égalité qui témoigne d'une compréhension à la fois sociale et juridique du problème.

*« Le Tribunal a récemment examiné la portée particulière de l'interdiction de la discrimination en emploi fondée sur la grossesse et, notamment, le caractère inhérent de l'obligation d'accommodement raisonnable reliée à l'exercice effectif du droit à l'égalité dans ce contexte. »*⁸²

⁷⁹ *C.D.P. (Dabel) c. Lingerie Roxana Ltée* [1995] R.J.Q. 1289 (T.D.P.).

⁸⁰ *Id.*, 1294.

⁸¹ [1995] R.J.Q. 2245 (T.D.P.Q.) (ci-après le jugement « *Sasseville* ») (confirmé en appel : C.A. Québec, n° 2000-09-000425-956, 14 octobre 1999 (jj. Beauregard, Proulx et Biron)).

⁸² *Id.*, 2256.

Le Tribunal concluait que, compte tenu des considérations sociales fondant cette obligation, soit le fait que celles qui donnent naissance à des enfants favorisent l'ensemble de la société, elles devaient être accommodées par leurs employeurs et ne pas se voir forcées de choisir entre le maintien de leur emploi et la protection de leur santé⁸³. Le Tribunal a raison d'insister : il ne faut pas imposer aux femmes de choisir entre mettre en péril leur carrière professionnelle ou retarder une maternité désirée, voire y renoncer.

La prohibition de la discrimination fondée sur la grossesse est conforme à un engagement international pris dans le cadre de la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*. La protection contre les exclusions pour ce motif est énoncée au paragraphe 2 de l'article 11 de cette Convention :

2. *« Afin de prévenir la discrimination à l'égard des femmes en raison de leur mariage ou de leur maternité et de garantir leur droit effectif au travail, les États parties s'engagent à prendre des mesures appropriées ayant pour objet :*
 - a) *d'interdire, sous peine de sanctions, le licenciement pour cause de grossesse ou de congé de maternité et la discrimination dans les licenciements fondés sur le statut matrimonial;*
 - b) *d'instituer l'octroi de congés de maternité payés ou ouvrant droit à des prestations sociales comparables, avec la garantie du maintien de l'emploi antérieur, des droits d'ancienneté et des avantages sociaux;*
 - c) (...)
 - d) *d'assurer une protection spéciale aux femmes enceintes dont il est prouvé que le travail est nocif. »*⁸⁴

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, adoptée le 18 décembre 1979, entrée en vigueur pour le Canada le 10 janvier 1982, dans *Code des droits et libertés*, Editions Thémis, textes réunis par André MOREL, 6e éd., 1998, p.384.

Dans le contexte de ces engagements, nous proposerons une interprétation que nous qualifions d'intégrée. Il existe en effet un lien entre la prohibition de la discrimination en raison de la grossesse prévue par la *Charte*, la protection de la sécurité de la salariée enceinte et de l'enfant à naître par le droit au retrait préventif prévu par la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*⁸⁵, et le droit au congé de maternité et la protection de l'emploi prévus par la *Loi sur les normes du travail*⁸⁶. La *Charte* et les lois de protection du travail forment ensemble un véritable régime juridique de protection des femmes enceintes contre toute discrimination.

Le bien-fondé de ces mesures réside dans « l'importance sociale de la maternité » et le « fait que le rôle de la femme dans la procréation ne doit pas être une cause de discrimination »⁸⁷.

Parmi les obligations prescrites par la *Charte* aux employeurs, il en est une expresse de sécurité. Elle met d'emblée l'égalité en relation avec la sécurité des personnes. L'article 10, qui assure le droit à « l'exercice en pleine égalité des droits et libertés de la personne », renvoie entre autres au « droit à l'intégrité de sa personne » (article 1^{er}) et au « droit de toute personne qui travaille à des conditions de travail justes et raisonnables qui respectent sa santé, sa sécurité et son intégrité physique » (article 46). La *Loi sur la santé et la sécurité du travail*⁸⁸ confère un sens concret à cette obligation en prévoyant des mesures spécifiques « en vue de protéger la sécurité de la travailleuse enceinte »,

⁸⁵ *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.R.Q., c. S-2.1.

⁸⁶ *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1.

⁸⁷ *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, précitée, note 84.

⁸⁸ Précitée, note 85, articles 40 à 48. De plus, pour être en harmonie avec la *Charte*, l'article 2087 du Code civil du Québec a, lui aussi, imposé aux employeurs une obligation expresse de sécurité; il leur prescrit de « prendre les mesures appropriées à la nature du travail, en vue de protéger la santé, la sécurité et la dignité du salarié ».

notamment « le droit au retrait préventif », qui doit être considéré comme une obligation légale d'accommodement⁸⁹.

De plus, la *Loi sur les normes du travail* a consacré une mesure sociale qui permet de concilier emploi et maternité. Ainsi, le droit au congé de maternité et le droit à la réintégration dans le poste habituel avec les mêmes avantages, confèrent le droit de s'absenter du travail sans être pénalisée.

Ces dispositions concrétisent la garantie de la sécurité au travail, du droit de s'absenter temporairement de son travail et de conserver les avantages liés à l'emploi.

La discrimination pour cause de grossesse nie le principe cardinal de l'égalité dans l'emploi, selon lequel les travailleuses doivent être évaluées en fonction de leurs compétences et ne doivent pas être défavorisées en raison de leur capacité (exclusive) d'enfanter. Leur indépendance économique ne doit pas être entravée par leur maternité. Sans nier la légitimité du souci d'assurer la protection de l'enfant à naître, on convient de nos jours que le fait d'assurer cette protection par l'exclusion d'un emploi n'est guère acceptable. On se rend compte en pratique qu'il existe un éventail de mesures d'adaptation qui peuvent être mises en place pour assurer l'égalité dans l'emploi en tenant compte de trois besoins caractéristiques : le besoin de sécurité de la grossesse, de s'absenter du travail et celui de conserver les avantages de l'emploi.

⁸⁹ La législation québécoise en cette matière est citée comme modèle en droit comparé : afin d'éviter la dépense d'énergie que représentent les recours sur la base individuelle du cas par cas, la revendication du droit au retrait préventif de la femme enceinte dans les provinces de common law recherche une réponse systémique semblable au problème de la discrimination fondée sur la grossesse : Katherine SWINTON, « Accommodating Women in the Workplace : Reproductive Hazards and Seniority Systems », (1993) 1 *Canadian Labour Law Journal* 125, 131.

D'un point de vue socio-juridique nous soutenons que nous pouvons parler ici de trois besoins qui sont de connaissance judiciaire. Sur le plan social, ils sont une conséquence naturelle connue de toute grossesse. Et d'autre part, sur le plan juridique, ils font l'objet de reconnaissance législative spécifique, le besoin de sécurité étant consacré dans la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, et celui de s'absenter du travail en conservant les avantages de l'emploi étant garanti par la *Loi sur les normes du travail*.

Pour ce qui est de la sécurité, on devra considérer la possibilité de congé d'invalidité indemnisé, l'affectation à un travail plus sécuritaire, l'attribution de tâches moins lourdes respectant certaines limitations fonctionnelles, l'adaptation du poste de travail, etc⁹⁰.

Pour répondre au besoin de s'absenter du travail, diverses autorisations d'absence, dont le congé de maternité avec ou sans remplacement temporaire, des congés pour examens prénatals, l'exemption de l'obligation de faire des heures supplémentaires, l'aménagement des tâches et des horaires tel que l'assignation à un travail de jour plutôt que de nuit, offrent des exemples de mesures d'adaptation de la règle de disponibilité⁹¹.

Enfin, pour éviter la discontinuité professionnelle que pourrait engendrer l'interruption du travail, le maintien des avantages découlant de l'emploi doit être assuré, tels que la protection du droit à des vacances payées, anticipées ou reportées au choix de la travailleuse, le cumul de l'ancienneté, le droit à certaines primes, etc⁹².

La discrimination étant définie comme une atteinte au droit à l'égalité, peu importe la forme qu'elle revêt, elle produit toujours un effet d'exclusion qu'il importe de neutraliser.

⁹⁰ *Infra*, Chapitre II : La discrimination mettant en cause la sécurité au travail.

⁹¹ *Infra*, Chapitre III : La discrimination résultant des règles de disponibilité au travail.

⁹² *Infra*, Chapitre IV, La discrimination privant des avantages liés à l'emploi.

De façon dramatique, l'atteinte au droit à l'égalité peut même conduire à la négation pure et simple de la liberté de choix en matière de reproduction. C'est ainsi que par crainte d'être exclues pour cause de grossesse, certaines femmes eurent recours à des moyens drastiques pour conserver leur emploi : cinq femmes fertiles de Willow Island furent contraintes de recourir à la stérilisation après que leur employeur, l'American Cyanamid Company, eut adopté une politique d'exclusion des femmes fertiles des emplois comportant une exposition à des substances toxiques⁹³.

En un mot, pour éliminer cette atteinte au droit à l'égalité engendrée par l'exclusion, il faut prendre les moyens de favoriser l'inclusion. Dans cette perspective, l'obligation d'accommodement vient corriger l'effet discriminatoire que peut avoir à l'endroit d'une personne ou d'un groupe l'application d'une règle d'emploi en prenant en considération la nécessité de composer avec les différences. En cas de discrimination la norme d'emploi sera annulée afin de contraindre l'employeur à en concevoir une nouvelle qui compose avec les besoins particuliers des groupes ou individus dont les caractéristiques les distinguent de la majorité. Par exemple, l'exemption de journées de travail pour les femmes enceintes qui doivent passer des examens médicaux, qui amène l'employeur à adapter l'organisation des équipes de travail.

Nous appliquerons maintenant ces concepts fondamentaux aux trois manifestations de discrimination fondée sur la grossesse que nous avons identifiées.

⁹³ W. WILLIAMS, « Firing the Woman to Protect the Fetus : Reconciliation of Fetal Protection with Employment Opportunity Goals under Title VII », (1991) 61 *Georgetown Law Journal* 641, 650.

DEUXIÈME PARTIE

LA TYPOLOGIE DES TROIS MANIFESTATIONS DE DISCRIMINATION FONDÉE SUR LA GROSSESSE

En nous fondant sur notre analyse de l'ensemble des décisions en la matière, nous pouvons avancer que les trois manifestations de discrimination fondée sur la grossesse, que nous avons identifiées et décrites pour en présenter une typologie démontrant leur fonctionnement, concordent entièrement avec les besoins spécifiques des travailleuses enceintes. Nous constatons en effet que toutes les causes que nous avons recensées entrent dans l'une ou l'autre des trois catégories que nous avons établies.

Au besoin de protection de la grossesse correspond la discrimination mettant en cause la sécurité, liée aux risques du travail pour la santé de la mère ou de l'enfant à naître. En pratique, il est possible de la contrer en prenant des mesures d'accommodement telles que la réaffectation à un travail sécuritaire.

Au besoin de s'absenter du travail, on associe la discrimination résultant des règles de disponibilité au travail. Le propre de celle-ci est de ne pas respecter le droit au congé de maternité qui constitue une mesure d'accommodement légalement prescrite par la *Loi sur les normes du travail*.

Au besoin de conserver les avantages de l'emploi sans être pénalisée dans la progression professionnelle, on peut rattacher les normes discriminatoires privant de ces avantages parce que la travailleuse s'absente du travail. L'accommodement consiste alors à maintenir les avantages de l'emploi comme si celle-ci était au travail puisque son absence découle de sa grossesse.

Comme on peut le voir, la concordance est directe et on peut en conclure que la discrimination dont la cause est la grossesse est fondamentalement une négation des besoins spécifiques des travailleuses enceintes. Cette concordance explique, à notre avis, pourquoi l'obligation d'accommodement, dont le propre est de répondre aux besoins liés aux caractéristiques personnelles, est si importante et cruciale lorsque le motif discriminatoire est la grossesse.

CHAPITRE II

LA DISCRIMINATION METTANT EN CAUSE

LA SÉCURITÉ AU TRAVAIL

La discrimination fondée sur la grossesse qui met en cause la sécurité de la travailleuse prend racine dans l'existence des risques inhérents à l'emploi; elle est ainsi intrinsèquement liée à l'aptitude d'exécuter le travail sans risque. Pour cette raison, selon la méthode conventionnelle d'analyse « discrimination directe/discrimination indirecte » qui avait cours avant 1999⁹⁴, elle était généralement qualifiée de directe, s'agissant d'une exclusion manifestement liée à la grossesse. Elle pouvait aussi, dans certaines circonstances, être considérée comme indirecte, s'agissant aussi d'une exclusion résultant du refus d'exempter les travailleuses enceintes de l'application d'une règle apparemment neutre, mais qui produit un effet discriminatoire.

Comme on l'a vu, dans le cadre de la nouvelle méthode unifiée d'analyse de la discrimination adoptée par la Cour suprême dans l'arrêt *Meiorin*⁹⁵, que l'on soit en présence d'une exclusion directe ou indirecte, l'obligation d'accommodement s'applique. Par conséquent, dans un cas comme dans l'autre, les mêmes mesures d'accommodement sont désormais envisageables.

La règle d'exclusion est injustifiée lorsque l'emploi ne présente pas de risques graves qui affectent l'aptitude de l'employée à exécuter le travail en toute sécurité. Même si la preuve a établi l'existence de risques, la règle d'exclusion n'est pas justifiée pour autant ; car il faut alors examiner si elle est nécessaire. Or, pour être jugée telle, il est désormais admis que l'on doit alors rechercher des mesures d'accommodement.

⁹⁴ Soit avant l'arrêt *Meiorin*, précité, note 11. Voir la partie « L'obligation d'accommodement et le droit à l'égalité » dans le chapitre I.

⁹⁵ Précité, note 11. Voir le commentaire d'arrêt « L'obligation d'accommodement et le droit à l'égalité » dans le chapitre I.

Par exemple, lorsque l'employée enceinte est encore apte au travail, l'employeur doit, lorsque c'est possible, la réaffecter à un travail plus léger, aménager son poste de travail, lui accorder un changement d'horaire, etc. Sinon, lorsque le travail représente des risques pour sa grossesse, elle devient admissible au retrait préventif. En revanche, lorsque des problèmes de santé liés à sa grossesse la rendent inapte au travail, il faut lui donner droit à ses crédits en congé de maladie et à ses prestations d'assurance invalidité, le cas échéant. Ce n'est qu'à défaut de pouvoir recourir à l'une de ces solutions que l'on pourra envisager la possibilité de la considérer en congé de maternité. Et dans ce cas, il faudra lui assurer le droit aux avantages de l'emploi dont le cumul de l'ancienneté et l'indemnité complémentaire aux prestations de maternité de l'assurance-emploi, lorsque ce bénéfice est prévu.

Conséquemment, les employeurs ne peuvent évoquer en défense que le fait de « ne pas être enceinte » constitue une qualité requise par l'emploi au sens de l'article 20 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, sans démontrer l'impossibilité de prendre une mesure d'accommodement pour éviter la discrimination.

A. LA PREUVE DE LA DISCRIMINATION SELON L'APTITUDE À EXÉCUTER LE TRAVAIL SANS RISQUE

Qu'elle soit directement invoquée en raison de l'existence de risques ou indirectement par le refus de faire exception aux règles habituelles d'emploi, l'exclusion des femmes enceintes mettant en cause la sécurité au travail constitue une discrimination fondée sur la grossesse.

1. La discrimination directe invoquant la sécurité

En droit américain, l'arrêt *Auto Workers c. Johnson Controls* a l'autorité d'une condamnation sans réserve de la discrimination qui invoqua des raisons de sécurité pour exclure les femmes enceintes de l'emploi⁹⁶. La Cour suprême des États-Unis a jugé que la politique d'emploi de Johnson Controls, un fabricant de batteries, qui avait pour règle d'exclure toutes les femmes fertiles des emplois impliquant une exposition au plomb, constituait une discrimination directe. Dans cette entreprise, seules les femmes devaient faire la preuve de leur infertilité. La Cour suprême américaine a reconnu comme évidente la disparité de traitement lorsqu'on est en présence de règles établissant des distinctions fondées sur la capacité d'enfanter. La discrimination est encore plus flagrante, comme c'était le cas, lorsque la nature nocive des produits affecte également le système reproducteur masculin, et que seules les femmes sont visées par ces règles d'emploi.

En droit canadien, la décision *Wiens c. Inco Metals Co.* a valeur de précédent en ce qui a trait à la discrimination au motif de risques pour la grossesse⁹⁷. Le commissaire Peter A. Cummings a décidé que la politique d'embauche de Inco Metals Co., une raffinerie de nickel qui cherchait à justifier son refus d'employer des femmes fertiles en invoquant les risques que leur faisait encourir l'exposition au carbone, créait une discrimination directe. Il a fait ressortir que l'exclusion de l'emploi des femmes fertiles entraînait une différence de traitement strictement fondée sur la grossesse : si elles subissaient un désavantage, c'était à cause de leur capacité de porter des enfants, car la fertilité n'était le motif

⁹⁶ *Auto Workers v. Johnson Controls*, 55 FEP Cases 365 (Cour suprême, 1991) (ci-après cité : l'arrêt « *Auto Workers* »).

⁹⁷ (1988) 9 C.H.R.R. 4795 (Ont. Bd. of Inquiry, Peter A. Cummings) (ci-après citée la décision « *Inco Metals Co.* »).

d'aucune exclusion pour les hommes⁹⁸. Son analyse se trouvera par la suite implicitement confirmée dans l'arrêt *Brooks*, décision charnière dans laquelle la Cour suprême du Canada déclare discriminatoire le fait de soustraire la grossesse du bénéficiaire des régimes d'assurance invalidité⁹⁹ : c'est en condamnant « la différence de traitement de la grossesse » par rapport à tant d'autres motifs de santé qui donnent droit à des prestations d'invalidité pour la période d'absence du travail, que la Cour a statué que les femmes n'avaient pas à subir de désavantages économiques du fait qu'elles seules peuvent enfanter.

En somme, la question de la discrimination où sont alléguées des raisons de sécurité peut être examinée à partir du constat suivant : l'employeur qui invoque les risques du travail à l'égard de la sécurité de la grossesse pour justifier l'exclusion d'un emploi démontre, de ce fait même, que sa politique d'emploi est fondée sur la capacité des femmes à porter et à mettre des enfants au monde¹⁰⁰. Le caractère illicite de l'exclusion de l'emploi est

⁹⁸ Dans un cas semblable, *Casson v. Hudson Bay Mining and Smelting Co.*, le Tribunal canadien avait également conclu que l'exclusion des femmes de l'emploi de fondeur au nom de la sécurité du fœtus constituait un traitement inégal; pour avoir l'égalité en emploi avec les hommes, les femmes devaient renoncer à avoir des enfants (Tribunal canadien, 28 février 1985, inédit, cité dans *Wiens c. Inco Metals Co.*, précitée, note 97, 4811).

⁹⁹ *Brooks c. Canada Safeway*, précité, note 60.

¹⁰⁰ Les décisions sur le congédiement discriminatoire fondé sur des raisons de sécurité liées à la grossesse ont invariablement recours à cette analyse: *Duxbury v. Gibsons Landing Slo-Pitch League*, (1997) 28 C.H.R.R. 441 (B.C., Tom W. Patch) : le refus d'une ligue de balle molle de laisser jouer une joueuse enceinte parce qu'il s'agissait d'une exigence d'une compagnie d'assurance, alors que la ligue n'avait pas prouvé qu'il existait un risque réel et suffisant pour justifier l'interdiction de jouer imposée aux femmes enceintes; *Gosselin v. Kenora Ballet School*, (1996) 25 C.H.R.R. 434 (Ont., Loretta Mikus) : congédiement d'une entraîneuse en aérobic enceinte qui avait refusé de modifier son programme et de signer une clause de non-responsabilité, alors qu'il n'y avait pas de raison médicale de modifier son programme ou de signer une clause de non-responsabilité; *Nguyen v. Pacific Maintenance Ltd.*, (1992) 15 C.H.R.R. 472 (Sask., Randy Kim Katzman) : congédiement d'une employée d'entretien d'immeuble par un gérant se déclarant pro-vie, malgré le rapport du médecin traitant qui n'envisageait aucun problème avec les produits chimiques utilisés; *Stefanyshyn v. 4 Seasons Management Ltd.*, (1987) 8 C.H.R.R. 3934, 3940 (B.C., John I. D. Joe) : congédiement d'une serveuse de bar dès que sa grossesse devint visible, le danger était un prétexte à la discrimination et l'exigence de ne pas être enceinte n'était pas reliée à l'exécution sûre du travail, mais traduisait le préjugé selon lequel être enceinte n'est pas

d'autant plus marqué, en droit québécois, que la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*¹⁰¹ a prévu le droit au retrait préventif comme solution de rechange à la discrimination fondée sur la grossesse.

2. La discrimination indirecte par le refus d'exempter des règles habituelles d'emploi

Dans les décisions citées précédemment, les règles et pratiques d'exclusion étaient constitutives de discrimination directe puisque « l'exigence de ne pas être enceinte » elle-même était en cause. De nos jours, il est plus fréquent de voir les employeurs invoquer « l'exigence générale que tout le monde travaille dans les mêmes conditions, sans exception » pour justifier leur exclusion. Il s'agit là d'une discrimination indirecte par l'effet de l'application universelle d'une règle d'emploi qui, à défaut d'accommodement, a pour conséquence d'imposer aux femmes enceintes un fardeau que n'ont pas à subir les autres travailleurs, hommes ou femmes. Même si cette règle ne va pas jusqu'à exclure expressément les femmes enceintes, l'employeur qui refuse d'y faire exception dresse néanmoins une barrière discriminatoire, puisqu'il force ces femmes à assumer les risques que comporte leur travail pour la sécurité de leur grossesse.

approprié pour une serveuse; *Magnusson v. Merlon Management Ltd.*, (1987) 8 C.H.R.R. 3641, 3642 (Sask., A.Q. Agnew) : congédiement d'une vendeuse d'appareils électriques enceinte d'à peine quelques mois et encore capable d'exécuter toutes les tâches de son emploi; *Tulk v. Newfoundland (Ministry of Health and Community Services)* (Nfld. Bd. Inq., Baird), Mai 2001 H.R.D., à paraître dans 39 C.H.R.R. : congédiement d'une aide domestique d'une personne malade parce que la mère de cette dernière ne voulait pas qu'elle lève la patiente malgré le certificat du médecin déclarant qu'elle était apte au travail (le ministère est conjointement responsable puisqu'il détermine certaines conditions d'emploi); *Tilsley v. Subway Sandwiches*, Mars 2001 Human Rights Digest, à paraître dans 39 C.H.R.R. : le congédiement d'une travailleuse qui a été absente du travail à cause d'une fausse couche est discriminatoire et l'employeur devait l'accommoder en lui accordant le temps d'obtenir un certificat médical et celui de récupérer.

¹⁰¹ L.R.Q., c S.-2.1 (ci-après citée « L.S.S.T. »).

En droit canadien, le cadre d'analyse de la discrimination indirecte est présenté dans l'affaire *Emrick Plastic*¹⁰². Le commissaire Berend Hovius a qualifié de refus d'accommodement le refus de l'employeur de transférer une femme enceinte qui travaillait dans un atelier de peinture dans un service moins dangereux. De même, dans *Brown c. M.N.R., Customs and Excise*¹⁰³, le Tribunal canadien des droits de la personne a jugé que le refus de l'employeur de modifier l'horaire de travail d'une femme qui, en raison de problèmes de santé liés à sa grossesse, voulait travailler de jour plutôt que de nuit, était un manquement à l'obligation d'accommodement et constituait une discrimination indirecte.

En droit québécois, dans la décision *Lingerie Roxanna*¹⁰⁴, où l'employeur a congédié une employée qui s'était absentée du travail pour des examens prénatals, le Tribunal des droits de la personne a considéré que le fait même de refuser un accommodement était constitutif de discrimination.

Il est un fait incontestable : par ses effets préjudiciables à l'endroit des femmes enceintes, le refus de l'employeur d'adapter ses règles d'emploi de façon à répondre aux besoins de sécurité associés à la grossesse constitue une discrimination. Un manquement à l'obligation de prendre des mesures d'accommodement à cet égard porte atteinte au droit à l'égalité dans l'emploi.

¹⁰² *Heincke v. Emrick Plastic*, (1991) 14 C.H.R.R. 68 (Ont. Bd. of Inq., Berend Hovius) confirmé par (1992) 16 C.H.R.R. 300 (Ont. Div. Ct.). Ce cadre d'analyse est repris dans deux décisions sur la réaffectation des policières pour accommoder leurs besoins de sécurité durant les derniers mois de la grossesse : *Lord c. Haldimand-Norfolk Police*, (1996) 23 C.H.R.R. 500 (Ont. Bd. of Inq., Loretta Mikus) et *Ontario (Human Rights Commission) v. Fort Frances (Town)*, (1989) 10 C.H.R.R. 5831 (Ont. Div. Dt.).

¹⁰³ *Brown c. M.N.R. Customs and excise.*, (1994) 19 C.H.R.R. 39 (T.D.P.C.).

¹⁰⁴ *Lingerie Roxanna Ltée*, précitée, note 79.

3. Les pratiques discriminatoires visant à empêcher d'acquérir le droit au retrait préventif

La charte québécoise protège « la personne » contre la discrimination quel que soit son statut d'emploi. En interdisant celle-ci, elle ne protège pas seulement le droit à l'égalité des personnes qui bénéficient « d'un contrat de louage de services personnels » (article 1^{er} de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*), mais plus largement le droit de toute personne à l'égalité en emploi. La protection de ce droit vise donc aussi les personnes à la recherche d'un emploi et celles dont le statut d'emploi est précaire (par exemple, les employés en probation, les contractuels et les auxiliaires sur appel), qui souvent ne bénéficient pas de la protection assurée par les lois du travail.

L'article 16 de la *Charte*, qui traite spécifiquement de l'égalité dans l'emploi, a donc une portée plus grande que les lois du travail à cet égard. Dans le but très précis d'assurer, en toute égalité, l'accès à un emploi et à un statut de salarié donnant droit à la protection prévue par les lois du travail, l'interdiction de la discrimination en emploi s'applique en cas de refus d'embauche et de renvoi discriminatoires, y compris en cas de non-renouvellement de contrat et de non-rappel au travail.

Évidemment, en semblables circonstances, toute la difficulté consiste à démontrer que, n'eût été la discrimination qui a empêché l'acquisition ou le maintien du statut de salarié, la personne aurait obtenu ou conservé l'emploi.

Cette protection universelle acquiert une importance singulière dans le cas de la discrimination fondée sur la grossesse : elle permet de protéger les femmes contre ces pratiques discriminatoires à l'embauche ou en cours d'emploi (refus d'embauche, congédiement, non-renouvellement de contrat ou non-rappel au travail) qui ont pour effet de l'empêcher d'acquérir le droit au retrait préventif.

a) Pratiques de discrimination à l'embauche

Compte tenu de la définition restrictive du statut de travailleur, les personnes en recherche d'emploi échappent à la protection qu'assurent les lois du travail. Elles doivent donc se tourner vers la protection de la *Charte des droits et libertés de la personne*.

Plusieurs pratiques d'exclusion de l'emploi visent précisément à empêcher d'acquérir le statut protégé de « travailleuse ». C'est le cas notamment des refus d'embauche fondés sur la sécurité de la grossesse. Ce motif d'exclusion est souvent invoqué par les employeurs pour éviter une demande ultérieure de retrait préventif et pour ne pas avoir à prendre de mesures raisonnables de protection pour assurer la sécurité des employées. Faute de pouvoir exercer les recours liés au retrait préventif en vertu de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, les femmes enceintes qui auraient été empêchées d'acquérir le statut de « travailleuse » peuvent se prévaloir du recours pour discrimination illicite en vertu de la Charte. Le refus d'embauche est discriminatoire lorsqu'une femme aurait pu travailler pendant une période raisonnable, compte tenu des circonstances de l'emploi et de la durée du contrat, avant de bénéficier du droit au retrait préventif. On doit en effet considérer que le refus d'embauche est discriminatoire lorsque c'est la grossesse, et non l'inaptitude au travail, qui aura été un élément déterminant la décision de l'employeur.

Dans les situations où la femme enceinte est apte au travail sans risque, le refus d'embauche de l'employeur ne trouve pas de justification. En revanche, lorsque des limitations fonctionnelles sont démontrées, il faut examiner si l'employeur aurait pu prendre des mesures d'accommodement sans contraintes excessives, comme l'affectation

à des travaux légers, plutôt que de faire preuve de discrimination en empêchant la femme enceinte d'acquérir le statut de salariée ayant droit au retrait préventif.

À titre d'illustration, dans l'affaire *Chamberland*¹⁰⁵, le Tribunal des droits de la personne est saisi d'un refus d'embauche que l'employeur justifie en invoquant le fait que, compte tenu de sa grossesse, madame Chamberland ne pouvait, pour des raisons de sécurité, subir l'examen radiographique requis comme exigence d'embauche. Le principe qui sera soumis au Tribunal sera que l'obligation d'accommodement s'applique tout autant à l'embauche qu'en cours d'emploi. Il serait à notre avis trop facile d'opposer des refus d'embauche à certaines personnes ou certains groupes afin justement de ne pas avoir ensuite à les accommoder en cours d'emploi. En l'espèce, n'aurait-il pas été possible d'embaucher madame Chamberland conditionnellement à ce qu'elle passe l'examen radiographique requis après son accouchement ?

On peut trouver un critère d'évaluation lors de l'embauche initiale dans le fait de dire que plus la grossesse est avancée et plus le travail est physiquement exigeant, plus la défense relative aux qualités requises par l'emploi a des chances d'être accueillie. À titre d'exemple, dans l'affaire *Mack*¹⁰⁶, la Commission d'enquête de la Saskatchewan a décidé que le fait de ne pas être dans les derniers mois de la grossesse était une exigence professionnelle justifiée pour un emploi d'aide à la cuisine, emploi physiquement exigeant et potentiellement dangereux pour la plaignante et l'enfant à naître. Précisons que la preuve doit alors démontrer des dangers réels liés à l'emploi en question. Soulignons également que nous employons à dessein le terme d'embauche initiale afin

¹⁰⁵ C.D.P.D.J. (*Chamberland*) c. *Société d'assurance automobile du Québec*, T.D.P.Q., District D'Abitibi, 2001, n° 615-53-000005-011 (action pendante).

¹⁰⁶ *Mack c Marivtsan*, (1989) 10 C.H.R.R. 5892 (Sask. Bd. Inq.).

d'en faire un cas distinct des situations de non-rappel au travail ou de renouvellement d'un contrat de travail à durée déterminée, que nous considérons plutôt comme des pratiques de discrimination en cours d'emploi.

b) Pratiques de discrimination en cours d'emploi

La protection prévue par l'article 16 de la *Charte* survit à la perte du statut de travailleur.

Cet article est novateur car il protège les personnes contre les renvois discriminatoires. La notion de « renvoi discriminatoire » est plus large que celle de « congédiement », en droit civil comme en droit du travail : elle couvre toutes les formes de rupture du lien d'emploi, dont le non-renouvellement du contrat de travail à durée déterminée et le non-rappel au travail lorsque, n'eût été de la discrimination, le contrat aurait été renouvelé ou la personne rappelée.

Ainsi, les tribunaux des droits de la personne ont jugé que le non-renouvellement d'un contrat de travail pour cause de non-disponibilité durant le congé de maternité était discriminatoire¹⁰⁷. Dans l'arrêt *Gobeil*¹⁰⁸, la Cour d'appel a de plus jugé que le congé de maternité assorti de prestations supplémentaires à l'assurance-emploi payées par l'employeur constitue une mesure d'accommodement qui n'impose aucune contrainte excessive. De même, les employées contractuelles qui perdraient leur statut de travailleuses si leur contrat n'était pas renouvelé avant la demande de retrait préventif,

¹⁰⁷ *Commission des écoles catholiques de Québec c. Gobeil* [1999] R.J.Q. 1883 (C.A.); *C.D.P.D.J. (Sasseville) c. Commission scolaire de Jean-Rivard*, (1997) 27 C.H.R.R. 247 (T.D.P., j. Michèle Rivet) (confirmé en appel) (ci-après cité : décision « Sasseville »); *Canada (ministère de la Défense nationale) c. Mongrain*, [1992] 1 C.F. 479 (C.A.F.) (ci-après cité : arrêt « Mongrain »). À ce sujet, voir la partie « Le non-renouvellement de contrat de travail à durée déterminée » au chapitre III.

¹⁰⁸ Arrêt *Gobeil*, précité, note 107.

sont protégées contre le renvoi discriminatoire fondé sur la grossesse. Sont également protégées contre le renvoi sous forme de non-rappel, les employées sur appel qui auraient été rappelées au travail n'eût été de leur grossesse. Il en est ainsi par exemple lorsqu'une clause de renouvellement automatique du contrat ou un droit de priorité de rappel ne sont pas respectés. De plus, en l'absence de preuve d'un motif licite, il y a lieu d'inférer la discrimination lorsqu'il y a rupture d'une succession de contrats ou non-renouvellement de contrat malgré la continuité de la fonction¹⁰⁹.

Dans ces circonstances où il y a un lien d'entreprise, il y a une analogie à faire avec le congé de maternité rémunéré que la Cour d'appel a considéré comme un accommodement raisonnable dans l'arrêt *Gobeil*¹¹⁰. De la même façon, on doit considérer comme obligatoire une mesure d'accommodement qui n'impose pas de contrainte excessive à l'employeur, lorsque, selon les circonstances, l'employée enceinte aura droit, immédiatement ou à plus ou moins long terme, au retrait préventif sous la forme d'une réaffectation ou d'un retrait du travail. En appliquant la *Charte* à la lumière des dispositions de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, une plus grande protection de l'emploi se trouve assurée au moment de la grossesse. Par la reconnaissance du droit à l'égalité dans l'emploi sans discrimination et par l'obligation générale de prendre des

¹⁰⁹ Dans ces circonstances, la notion de renvoi a, en matière de discrimination illicite, une utilité correspondant à celle de la notion de lien d'entreprise dans l'application des dispositions d'ordre public des lois du travail. (voir COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, par Michel COUTU et Maurice DRAPEAU, *La Discrimination fondée sur la grossesse et le contrat de travail à durée déterminée*, 15 février 1994). La notion de renvoi discriminatoire est toutefois plus forte que celle de lien d'entreprise en droit du travail. Cette nouvelle catégorie juridique est expressément prévue par la Charte afin de protéger le droit fondamental à l'égalité dans l'emploi sans discrimination. À titre d'exemple, dans l'affaire *Parry Sound (Dist.) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U.*, Septembre 2001 H.R.D. 1 (à paraître dans 40 C.H.R.R., la Cour d'appel d'Ontario a décidé que la protection contre la discrimination de la loi sur les droits de la personne s'appliquait à une employé en probation congédiée à cause de sa grossesse, et cela, même si la convention collective excluait l'arbitrage de grief pendant la période de probation.

¹¹⁰ Précité, note 107.

mesures raisonnables autres que l'exclusion de l'emploi, la *Charte* permet de sanctionner les renvois discriminatoires qui visent à empêcher les femmes enceintes, ou aptes à procréer, de conserver le statut de salariées ouvrant droit au retrait préventif.

Les tribunaux considèrent que l'employeur qui impose un congé forcé de maternité¹¹¹ ou un congé forcé d'invalidité¹¹² à une employée enceinte apte au travail, au lieu de mettre en place des mesures assurant sa sécurité, exerce une discrimination fondée sur la grossesse. Non seulement l'employeur prive-t-il la femme de son revenu au moment où elle est encore apte au travail, mais aussi de sa liberté de choisir de prendre son congé de maternité juste avant l'accouchement.

Comme nouveau point, précisons qu'il y a également discrimination lorsqu'un employeur impose un déplacement forcé. L'affaire *Gareau c. Lawrence*¹¹³ en offre un bel exemple. Madame Gareau travaillait comme serveuse en Colombie-Britannique. Devenue enceinte, elle était en bonne santé et apte au travail. Malgré cela, l'employeur lui a demandé de changer de tâche pour s'occuper du bar, réduisant ainsi ses heures de travail. Elle a refusé. Mais ce qu'il y a de plus caractéristique dans cette affaire, c'est que l'employeur lui a demandé de signer une clause de non-responsabilité qui l'aurait libéré comme employeur pour tous les accidents qu'elle aurait pu subir alors qu'elle était enceinte et travaillait comme serveuse. Madame Gareau ayant refusé de signer cette clause de non-responsabilité, l'employeur l'a alors déplacée de son poste de serveuse pour la faire travailler au bar. Inutile de dire que le tribunal n'eut aucune hésitation à conclure qu'on était en présence de discrimination dont le motif était la grossesse. Il

¹¹¹ *Heincke c. Emrick Plastic*, précité, note 102.

¹¹² *Sievert v. Roycom Realty Limited*, (1995) 22 C.H.R.R. 391 (N.S., Susan Ashley).

¹¹³ *Gareau v. Lawrence*, à paraître dans 39 C.H.R.R. (B.C.H.R.T., Patch).

n'appartenait pas à l'employeur d'imposer par un déplacement forcé ses idées quant à la sécurité de madame Gareau en l'absence de fait objectif permettant d'établir un risque.

En revanche, lorsque la femme enceinte est, de fait, inapte à exécuter sa tâche, l'employeur doit lui offrir des travaux légers qui respectent ses limitations fonctionnelles ou, à défaut, des crédits en congé de maladie et des prestations d'assurance invalidité. En l'absence de ces mesures, il reste encore la possibilité d'octroyer un congé autorisé permettant de maintenir le lien d'emploi et de conserver les avantages de l'emploi, tels l'ancienneté et l'expérience. En particulier, l'employeur devrait prendre des mesures d'accommodement pour que les femmes enceintes ne perdent pas le rang qu'elles occupent sur la liste de rappel avec priorité d'embauche.

Un autre principe est acquis : le droit à l'accommodement sous forme de droit aux avantages de l'emploi lors d'un arrêt de travail pour des raisons de santé liées à la grossesse a été reconnu dans les conclusions d'un récent jugement sur entente rendu par le Tribunal des droits de la personne dans *C.D.P. (Savard) c. Ville de Montréal*¹¹⁴. Madame Savard est une employée manuelle à titre auxiliaire. Elle était en situation de mise à pied lorsque l'employeur l'a rappelée au travail. Mais elle n'a pu le faire puisque les certificats médicaux indiquaient qu'elle était inapte pour des raisons de santé liées à sa grossesse. Elle fut donc mise en arrêt de travail pendant trente-trois semaines. Comble de malchance, madame Savard n'était pas admissible au retrait préventif puisqu'elle était en situation de mise à pied et inapte à reprendre le travail. Il fallait donc trouver une mesure permettant de minimiser les conséquences de l'arrêt de travail. Un accommodement était possible en associant en cascade trois avantages découlant de

¹¹⁴ *C.D.P.Q. (Savard) c. Ville de Montréal*, T.D.P.Q., District de Montréal, no 500-53-000084-978, le 20 mars 1998, j. Simon Brossard.

l'emploi, soit le cumul d'ancienneté, qui donnait droit à une titularisation rétroactive, qui elle-même ouvrait droit aux indemnités d'invalidité.

Le Tribunal a ainsi rendu des conclusions associant trois avantages. Il a d'abord reconnu le droit au cumul de l'ancienneté lorsque, lors d'un rappel au travail, le médecin traitant et, par la suite, celui de l'employeur, mettent en arrêt de travail la salariée pour des raisons de santé liées à la grossesse. Ce cumul de l'ancienneté ayant permis à madame Savard d'obtenir sa titularisation plus tôt, le Tribunal a également ordonné le paiement de l'indemnité d'invalidité à laquelle elle aurait eu droit à compter de sa titularisation rétroactive, en tenant compte de l'ancienneté créditée pour la période de l'arrêt de travail.

Le jugement sur entente du Tribunal offre ici l'intérêt d'illustrer comment la *Charte des droits et libertés de la personne* vient compléter les lois de protection du travail. En effet, la confession de jugement comble un vide de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, en apportant une protection aux employées enceintes qui se retrouvent en situation de mise à pied et qui par conséquent n'ont pas droit au retrait préventif.

Pour conclure d'un point de vue pratique, nous croyons que ce qui importe dans les faits c'est d'abord et avant tout que la mesure de redressement recherchée repose sur le principe de la remise en état. La victime doit être replacée dans la situation qui aurait été la sienne si elle n'avait pas fait l'objet de discrimination : on pense notamment à sa réintégration dans l'emploi, assortie d'une indemnisation pour la perte de revenus et de tous ses droits, avantages et privilèges. Afin d'éviter de créer deux catégories d'employées, les régulières ayant la sécurité d'emploi et les auxiliaires sans protection, la règle de la remise en état doit aussi être appliquée aux employées enceintes dont le statut

est précaire, et ce à compter du moment où leur contrat aurait dû être renouvelé ou à compter du moment où elles auraient dû être rappelées au travail.

B. LA DÉFENSE RELATIVE AUX QUALITÉS REQUISES PAR L'EMPLOI

L'exigence faite aux travailleuses de ne pas être enceintes peut difficilement être justifiée, puisque l'employeur a le fardeau d'établir que le fait de ne pas être enceinte, ou de ne pas devenir enceinte, est une « aptitude ou qualité requise par l'emploi » au sens de l'article 20 de la *Charte*¹¹⁵. Or, il lui faut pour cela démontrer que l'exigence est « nécessaire » à l'exécution sûre, efficace et économique du travail. Il doit donc faire la preuve qu'il satisfait au double critère de la rationalité de sa règle d'emploi par rapport à l'emploi en question et de la proportionnalité de sa règle par rapport à l'objectif visé par cette règle — en l'espèce, la protection de la sécurité des femmes enceintes¹¹⁶.

1. La rationalité de la règle d'emploi

Nous devons nous poser la question de savoir si les risques du travail pour la sécurité du fœtus et de la femme enceinte doivent être pris en considération dans le cadre de la défense relative à une exigence professionnelle justifiée. Les tribunaux américains et canadiens ont répondu différemment à cette question.

¹¹⁵ L'arrêt *Ville de Brossard*, précité, note 48, a défini les tenants et aboutissants de l'article 20 sur les « aptitudes et qualités requises par l'emploi ».

¹¹⁶ Ce qu'il est convenu d'appeler *le test de l'arrêt Etobicoke*, précité, note 25. Pour un exposé des volets rationalité/proportionnalité du critère de nécessité de la défense d'exigence professionnelle justifiée, lire Daniel PROULX, *op. cit.*, note 24, pp. 30 et suiv.

a) La conception américaine

Dans l'arrêt *Auto Workers*¹¹⁷, la Cour suprême des États-Unis a d'abord statué, avant de conclure à la discrimination, que l'employeur ne pouvait sous aucune considération invoquer les risques du travail pour la sécurité du fœtus dans le cadre de la défense d'exigence professionnelle justifiée (*bona fide occupational qualification — BFOQ*).

Pour la Cour, les raisons de sécurité liées à la grossesse ne peuvent constituer une exigence professionnelle justifiée que si l'aptitude de la travailleuse enceinte à exécuter sa tâche est réellement affectée. Les décisions concernant le bien-être du fœtus sont du ressort des parents et non de l'employeur. Celui-ci ne peut revendiquer des préoccupations éthiques, si louables soient-elles, à l'égard de la génération future pour justifier le fait de considérer la stérilité comme une exigence professionnelle. L'éventualité d'être poursuivi par un enfant au titre des dommages prénatals peut être évitée si l'employeur informe les travailleuses sur les risques du travail, s'il respecte les normes de sécurité et s'il n'agit pas de manière négligente. De même, le coût supplémentaire qui pourrait résulter de l'embauche de femmes fertiles ne constitue pas un motif pour justifier leur exclusion discriminatoire, à moins qu'on puisse prouver que ce coût est excessif¹¹⁸.

En décidant, dès l'étape de l'établissement de la rationalité de la règle d'emploi, que les risques pour la sécurité du fœtus étaient insuffisants et ne constituaient pas une exigence professionnelle justifiée, la Cour a pu rendre jugement sans aborder la question des solutions alternatives à la discrimination. Certes, le principe de la primauté des décisions des femmes enceintes sur les opinions des employeurs est capital pour contrer la

¹¹⁷ *Auto Workers*, précité, note 96.

¹¹⁸ *Id.*, 372 à 375.

discrimination. Mais, comme l'a souligné à juste titre la professeure Swinton¹¹⁹, la perte serait lourde si le gain de principe conduisait les employeurs à se soustraire à leur obligation de sécurité en faisant reposer entièrement sur les femmes le fardeau des risques du travail pour la santé de l'enfant à naître.

À la différence de la Cour suprême, dans l'arrêt *Hayes c. Shelby Memorial Hospital*¹²⁰, la Cour d'appel du Onzième Circuit ne s'est pas contentée de déclarer que le congédiement d'une technicienne en radiographie enceinte de deux mois était discriminatoire. Elle a ajouté que, même si le danger d'exposition aux radiations pouvait devenir réel à un moment ou l'autre de sa grossesse, les autorités de l'hôpital auraient eu alors à examiner toutes les possibilités de la maintenir en emploi, à quelque titre que ce soit, en réaménageant ses tâches dans le service de radiographie de façon à minimiser son exposition aux radiations ou en considérant sérieusement les autres tâches qu'elle pouvait exécuter dans d'autres services de l'hôpital.

Comme la Cour suprême des États-Unis a, elle aussi, pris en compte les risques du travail pour la santé, il est permis de croire qu'elle pourrait en venir également à exiger des employeurs qu'ils prennent des mesures de protection pour assurer la sécurité des femmes enceintes comme solution alternative à leur exclusion de l'emploi. C'est ce que suggère le passage de l'arrêt où la Cour précise clairement que l'employeur a une obligation de sécurité : « Johnson Controls attempts to solve reproductive health hazards by resorting to an exclusionary policy. Title VII plainly forbids illegal sex discrimination

¹¹⁹ K. SWINTON, « Accommodating Women in the Workplace : Reproductive Hazards and Seniority Systems », (1993) 1 *Canadian Labour Law Journal*, 128.

¹²⁰ 34 FEP Cases 444 (C.A. Atlanta, 1984), 435 et 451.

as a method of diverting attention from an employer's obligation to police the workplace »¹²¹.

b) La conception canadienne

Se démarquant de l'arrêt américain *Auto Workers*, la décision ontarienne *Inco Metals Co.*¹²² a posé le principe que les risques du travail pour la sécurité du fœtus peuvent, *dans certains cas exceptionnels*, s'avérer un facteur pertinent pour l'établissement de la preuve d'une exigence professionnelle justifiée. En prenant ainsi en considération la sécurité du fœtus, le commissaire Cummings se situe dans le prolongement de l'arrêt *Etobicoke*, dans lequel il a été décidé qu'une exigence professionnelle peut viser à assurer la protection du « public en général » et non seulement celle de l'employé et de ses collègues de travail¹²³.

Pour que la prise en compte des risques liés à la grossesse ne porte pas atteinte à l'égalité des femmes dans l'emploi, le commissaire Cumming a appliqué avec rigueur les critères de la rationalité et de la proportionnalité de la défense d'exigence professionnelle justifiée. Il a conclu sans détour que la politique de l'entreprise, en ce qu'elle excluait toutes les femmes capables d'avoir des enfants des postes de travail où elles auraient pu être exposées aux risques inhérents au raffinage du nickel, n'était fondée ni rationnellement ni proportionnellement.

La raison d'être de la politique n'avait pas été démontrée; la preuve scientifique n'avait pas établi que le risque pour la sécurité des personnes était « réel et suffisant »¹²⁴.

¹²¹ *Auto Workers*, précité, note 96, 376.

¹²² *Inco Metals Co.*, précitée, note 97, 4816 (par. 37263).

¹²³ *Etobicoke*, précité, note 25, 208.

¹²⁴ Le carbone était contenu dans un système fermé hermétiquement et la possibilité d'émanations occasionnelles était limitée par de constants contrôles. Sur le critère du risque suffisant, voir D.

Ajoutons que, lors d'une contre-preuve visant à démontrer que l'invocation des risques pour la grossesse est un prétexte à la discrimination, la bonne foi de l'employeur qui exige d'être stérile ou de ne pas être enceinte pourrait d'autant plus être mise en doute s'il manifeste une absence de préoccupation pour la sécurité à l'égard des autres risques du travail.

Du point de vue de la proportionnalité de la règle par rapport à l'objectif de sécurité de celle-ci, la politique de l'employeur se révélait trop générale; elle excluait toutes les femmes fertiles, même celles qui auraient fait le choix de ne pas avoir d'enfant dans un avenir rapproché¹²⁵. Et, considération primordiale dans l'esprit du commissaire, la discrimination était d'autant moins justifiée dans les circonstances que des mesures de protection spéciales pouvaient être aisément mises en place pour assurer la sécurité des travailleuses contre les risques du travail liés à la grossesse¹²⁶.

En conséquence, puisque la discrimination n'était pas nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail sans mettre en danger la sécurité de l'employée, de ses collègues et « du public », la règle posant la stérilité des femmes comme condition d'embauche ne pouvait constituer une exigence professionnelle justifiée¹²⁷.

PROULX, *op. cit.*, note 24, pp. 44-50. Depuis, dans l'arrêt *Meiorin*, précité, note 11, la Cour suprême semble avoir adopté un critère plus exigeant, soit celui du risque grave.

¹²⁵ *Inco Metals Co.*, précité, note 97, 4819 (par. 37285).

¹²⁶ Entre autres, le contrôle des naissances et, le cas échéant, la réaffectation des femmes qui devenaient enceintes.

¹²⁷ *Id.*, 4815 (par. 37260).

2. LA PROPORTIONNALITÉ DE LA RÈGLE D'EMPLOI AVEC L'OBJECTIF VISÉ

Pour satisfaire au critère de la proportionnalité de la règle avec l'objectif visé¹²⁸, l'employeur doit présenter une preuve double : en principe, il doit démontrer qu'il a procédé à une évaluation individuelle et, lorsque les risques sont prouvés, il doit établir qu'il n'existe pas de moyens non discriminatoires¹²⁹.

a) Les examens médicaux individuels

Lorsque le travail présente des risques réels pour la sécurité des personnes, l'employeur doit identifier quelles personnes ou quel groupe y sont exposés. Comment procéder ?

En principe, l'identification des personnes sera faite par des examens médicaux individuels¹³⁰.

L'application de ce principe général s'impose dans la majorité des cas. En effet, comme les risques se manifestent habituellement au cours du développement et de l'évolution de la grossesse, un examen médical individuel est indispensable pour en confirmer la présence. En l'absence de risques constatés, l'interdiction d'emploi ne saurait alors, en aucune façon, être justifiée; l'invocation de risques qui s'avèrent inexistantes sera jugée pour ce qu'elle est : un prétexte à la discrimination.

¹²⁸ Pour une revue de la jurisprudence sur le critère de proportionnalité, D. PROULX, *op. cit.*, note 24, pp.50-58.

¹²⁹ Ce qui est une application du critère du « fardeau excessif » utilisé par le juge Beetz pour examiner le caractère raisonnable des moyens choisis par l'employeur dans l'arrêt *Ville de Brossard*, précité, note 48, 311-312.

¹³⁰ Selon l'arrêt *Ville de Saskatoon*, précité, note 49, pour prouver le caractère raisonnable de l'exigence, l'employeur doit fournir « une réponse satisfaisante à la question de savoir pourquoi il ne lui a pas été possible de traiter individuellement les employés. ».

Mais si l'examen confirme l'existence d'un danger, l'exclusion de l'emploi est-elle pour autant nécessaire comme mesure de sécurité?

Avant de répondre, mentionnons une exception au principe des examens individuels médicaux : l'identification d'un groupe exposé à des risques au moyen d'une preuve scientifique générale.

Dans les cas où ces risques sont connus et généralement admis (notamment ceux liés aux produits toxiques et aux radiations), l'employeur peut parfois invoquer qu'il n'est pas nécessaire de procéder à des examens médicaux individuels. Pour en être exempté, il devra présenter une preuve scientifique convaincante démontrant que l'exposition des femmes aux risques représenterait un danger réel dès le début de la grossesse. Si cela n'est pas prouvé, aucune exclusion de l'emploi ne saurait être justifiée.

Qu'arrive-t-il si la preuve de l'existence de risques confirme la nécessité d'adopter une mesure pour assurer la sécurité du fœtus? La question suivante se pose alors à l'égard du groupe visé : interdire l'emploi est-il un moyen raisonnable pour atteindre cet objectif ?

Au terme de cet exposé, l'exclusion des femmes enceintes pour des raisons de sécurité n'apparaît-elle pas comme une réponse disproportionnée à un problème pour lequel il existe des solutions non discriminatoires, comme l'adoption de mesures de protection ?

b) L'obligation de prendre des mesures d'accommodement

Lorsque l'employeur réussit à établir, par une évaluation médicale individuelle ou par une expertise scientifique, que le risque pour la grossesse est grave, il lui reste encore le fardeau de prouver l'inexistence de mesures raisonnables qui pourraient protéger le droit à l'égalité dans l'emploi.

Il bénéficie ainsi d'un moyen de défense pour tenter de justifier une règle de discrimination mettant en cause la sécurité au travail. Mais on lui impose alors de considérer les mesures de protection. Reprenons l'exemple qu'a donné le juge Scalia de la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Auto Workers* : une compagnie de navigation pourrait justifier son refus d'embaucher une femme enceinte comme membre d'équipage d'un bateau partant pour un voyage au long cours si elle démontrait qu'il est trop coûteux de s'équiper pour les urgences médicales¹³¹.

Dans le cadre de la défense fondée sur l'exigence professionnelle justifiée, les tribunaux sont donc appelés à vérifier les mesures que l'employeur aurait pu prendre pour assurer la sécurité. C'est à l'étape de l'examen dit de la proportionnalité de la règle d'emploi que doit être considérée l'obligation d'accommodement.

L'employeur qui voudrait justifier son refus de prendre une mesure d'accommodement doit démontrer que celle-ci constitue pour son entreprise une contrainte excessive ; en d'autres termes, qu'il ne peut prendre aucune mesure susceptible de procurer un accommodement « sans que cela n'entrave indûment l'exploitation de l'entreprise et ne lui impose des frais excessifs »¹³². Parmi les critères d'évaluation du caractère excessif d'une contrainte qui ont été retenus par les tribunaux, les plus fréquents sont interreliés : le coût financier eu égard à la taille de l'entreprise et l'interchangeabilité des effectifs au regard de l'atteinte importante aux droits des autres travailleurs.

L'obligation de l'employeur a alors une forte intensité : pour remplir l'obligation qu'il a de consentir un accommodement sans contrainte excessive, l'employeur doit mettre en

¹³¹ *Auto Workers*, précité, note 96, 382-383.

¹³² *O'Malley*, précité, note 17.

place des mesures pour assurer le droit à l'égalité. Autrement, son défaut, injustifié, pourra être sanctionné.

c) Réaffectation et retrait préventif comme mesures d'accommodement

Il est indéniable que les changements dans l'organisation du travail résultant de l'instauration de mesures qui profiteraient à l'ensemble des employés doivent être envisagés ; particulièrement, les mesures de protection mettant en œuvre le principe de base en matière de santé et sécurité du travail : la prévention et l'élimination des dangers à la source. Toutefois, comme généralement ces mesures universelles ne suffisent pas à assurer l'égalité en emploi, il est nécessaire de prendre, en plus, des mesures d'accommodement qui protègent contre les risques particuliers du travail à l'égard de la grossesse. Citons notamment la réaffectation des travailleuses¹³³.

Les articles 40 à 48 de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*¹³⁴ confèrent à la travailleuse enceinte (ou qui allaite) le droit au retrait préventif, c'est-à-dire le droit

¹³³ Le refus de consentir à la réaffectation de la femme enceinte à un travail plus léger constitue une discrimination. En droit canadien, voir les décisions citées à la note 102. En droit américain, la conclusion est identique : *Fancher v. Nimmo*, 33 FEP 1190 (D.C. Ark., 1982) : la décision de l'employeur de mettre fin à la réaffectation temporaire d'une technicienne en médecine nucléaire est discriminatoire. *Adams v. Nolan*, 58 FEP 1189 (C.A., 1992) : le caractère discriminatoire du refus d'affecter la femme enceinte à des travaux légers est d'autant plus évident lorsqu'il s'agit d'un traitement différent par rapport à la politique de l'employeur qui accepte d'assigner des tâches allégées aux personnes en invalidité partielle. *Perugini v. Safeway Stores Inc.*, 56 FEP 333, (C.A., 1991) : un syndicat a manqué à son devoir de juste représentation par son défaut de contester le refus de l'employeur d'accorder des travaux légers à une femme enceinte, alors que la convention collective prévoyait par ailleurs l'octroi d'un travail approprié en cas d'invalidité partielle. *EEOC v. Protek of Albuquerque Inc.*, 49 FEP 1110 (DC, 1988) : refus illégal de prendre des mesures d'accommodement pour les femmes enceintes alors que l'employeur accorde cet accommodement aux hommes en invalidité temporaire.

¹³⁴ L.R.Q., c. S-2.1.

d'exiger d'être affectée à des tâches ne comportant pas de danger pour son intégrité et celle du fœtus ou, à défaut, de bénéficier d'une indemnité de retrait¹³⁵.

Compte tenu qu'il existe au Québec une mesure légale permettant de protéger le fœtus sans compromettre l'emploi de la femme, les politiques d'exclusion de l'emploi invoquant des risques pour le fœtus (« foetal protection policies ») constituent une discrimination qui ne saurait être justifiée ; le législateur a en effet décrété que le retrait préventif devait être considéré comme un accommodement qui n'entraînait aucune contrainte excessive pour l'employeur.

Le remède légal que constitue le retrait préventif ayant rendu injustifiée l'exclusion générale de l'emploi des femmes fertiles ou enceintes, exclusion constatée dans d'autres juridictions, il nous reste à faire appliquer la prohibition de la discrimination aux pratiques visant à empêcher l'acquisition du droit au retrait préventif. Nous visons les pratiques à l'embauche : les refus d'engagement dans le but d'éviter toute demande de retrait préventif. Celles en cours d'emploi : les renvois, les non-renouvellements de contrat de travail ou les non-rappels dans le but d'écarter les demandes éventuelles de retrait préventif¹³⁶.

¹³⁵ Nathalie-Anne BÉLIVEAU, *La situation juridique de la femme enceinte au travail*, Coll. Relations industrielles, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, pp. 85 et suiv.; Bernard CLICHE, Serge LAFONTAINE et Richard MAILHOT, *Traité de droit de la santé et de la sécurité au travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, pp. 236; Serge LAFONTAINE, « Le retrait préventif de la travailleuse enceinte ou qui allaite : qui décide quoi? » dans BARREAU DU QUÉBEC (dir.), *Développements récents en droit du travail*, (1991), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 133.

¹³⁶ Voir *Supra*, la section A. 3., « Les pratiques discriminatoires visant à empêcher le droit au retrait préventif ».

Rappelons que l'employeur ne peut prendre l'initiative du retrait préventif contre la volonté de la travailleuse. De son côté, pour y être admissible, celle-ci doit remplir deux conditions rattachées à la nature de ce droit.

La première est inhérente aux lois du travail qui n'offrent leur protection qu'aux personnes qui possèdent le statut de travailleur. Il faut donc être « travailleuse » au sens des articles 1 et 11 de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, ce qui signifie que la femme enceinte doit être au travail au moment où elle présente sa demande. Comme cette condition suppose qu'elle possède déjà un emploi et qu'elle n'a pas été mise à pied avant sa demande, les candidates à un emploi et les employées contractuelles dont le contrat n'est pas renouvelé ne bénéficient, le cas échéant, que de la protection contre la discrimination prévue par la Charte québécoise des droits et libertés.

La seconde condition est liée au fait qu'il s'agit d'un retrait découlant des risques du travail et non d'une absence pour invalidité ou pour maternité. Par conséquent, la femme enceinte doit encore être apte à travailler pour avoir droit à une réaffectation ou, à défaut, à un arrêt temporaire de travail assorti de l'indemnité versée par la C.S.S.T. Autrement, elle devra compter sur les prestations du régime d'invalidité ou le droit au congé de maternité.

Dans l'exercice de son droit au retrait préventif, la travailleuse bénéficie de plusieurs recours¹³⁷. C'est « le recours contre le congédiement, la suspension, le déplacement, ou toutes autres représailles faisant suite à l'exercice du droit au retrait préventif » qui nous intéresse plus particulièrement¹³⁸. Contrairement au recours pour discrimination illicite,

¹³⁷ N.A. BÉLIVEAU, *op. cit.*, note 135, pp. 96 et suiv.

¹³⁸ Ce recours spécifique doit être soumis à la C.S.S.T. dans les 30 jours de la sanction illégale (article 227 L.S.S.T.). Il procure l'avantage de la présomption que la travailleuse a fait l'objet de représailles à la

celui contre les représailles est limité aux mesures disciplinaires qui sont liées à l'exercice du droit au retrait préventif. Il n'est pas utile à une candidate à l'emploi ou à une travailleuse mise à pied ; ni dans le cas où d'une femme congédiée parce qu'elle est enceinte et que l'employeur prétend que le travail est dangereux ou qu'elle est inapte au travail.

Pour pallier les limites inhérentes au recours contre les représailles, les recours contre la discrimination fondée sur la grossesse permettent de sanctionner les pratiques d'exclusion visant à empêcher les femmes enceintes de réunir les conditions nécessaires pour bénéficier du droit au retrait préventif.

Rétrospectivement, il s'avère que la décision *Wiens c. Inco Metals Co.*¹³⁹ correspondait à peu de chose près à la nouvelle méthode unifiée d'analyse adoptée par la Cour suprême dans l'arrêt *Gouvernement de la Colombie-Britannique c. Meiorin*¹⁴⁰.

Dans son jugement, le commissaire Cummings a conclu que la réaffectation des femmes enceintes à un poste ne comportant pas de risque pour la grossesse, tout en maintenant leurs avantages liés à l'emploi, constituait une mesure qui pouvait assurer la sécurité de l'enfant à naître sans porter atteinte au droit à l'égalité des femmes dans l'emploi. Il a donc considéré la réaffectation des femmes enceintes comme une mesure d'accommodement, bien qu'il ait qualifié la situation de discrimination directe. C'est ainsi que, déjà à cette époque, le commissaire Cummings avait opté pour la solution la

suite de l'exercice du droit au retrait préventif. Le bénéfice de cette présomption est soumis à trois conditions préalables : la victime doit établir qu'elle était une « travailleuse » au sens de la L.S.S.T., qu'elle a exercé le droit au retrait préventif, et qu'elle a fait l'objet d'un congédiement, d'une suspension, d'un déplacement, de représailles ou de toute autre sanction dans les six mois de la date de l'exercice du droit au retrait préventif.

¹³⁹ *Inco Metals Co.*, précitée, note 97.

¹⁴⁰ Arrêt *Meiorin*, précité, note 11.

plus simple, soit de considérer l'obligation d'accommodement dans le cadre de la défense relative aux qualités requises par l'emploi, à l'étape de l'examen de la proportionnalité de la règle.

Comme décision récente ayant depuis expressément appliqué la méthode d'analyse unifiée de la Cour suprême, citons l'affaire *Mazuelos*¹⁴¹. Une gardienne d'enfants logée et nourrie dans le cadre du programme des travailleuses domestiques étrangères est congédiée parce qu'elle éprouve de sérieuses nausées dues à sa grossesse. Le Tribunal des droits de la Colombie-Britannique juge ici que l'absence de grossesse exigée pour des raisons de sécurité ne constitue pas une exigence professionnelle justifiée, puisque l'employeur n'a pas fait d'efforts suffisants pour déterminer s'il était possible d'accommoder la travailleuse.

Au niveau de la preuve, le Tribunal conclut d'abord que le congédiement pour des problèmes de santé causés par la grossesse est à première vue une discrimination directe. Les nausées sont des symptômes de la grossesse et, par conséquent, celle-ci est un motif de la décision de l'employeur de mettre fin à l'emploi. Passant ensuite au moyen de défense, il applique les trois étapes de la nouvelle méthode d'analyse unifiée de la Cour suprême pour déterminer si la condition d'emploi imposant d'être en santé pour s'occuper de deux jeunes enfants est une exigence professionnelle justifiée. À la première étape relative à l'examen de l'objet de la norme d'emploi, le Tribunal considère que le souci quant à la qualité des soins donnés aux enfants est rationnellement lié à l'emploi de gardienne. Ensuite il convient que l'employeur a adopté l'exigence de bonne foi en croyant sincèrement que c'était sa responsabilité de parent de s'assurer que ses

¹⁴¹ *Mazuelos c. Ckark*, (2000) 36 C.H.R.R. 385 (B.C.H.R.T.)

enfants recevraient des soins adéquats. Toutefois, à la troisième étape, lors de l'examen de la suffisance des efforts d'accommodement, le Tribunal constate que l'employeur n'a pris aucune initiative pour vérifier si de telles mesures pouvaient être prises sans subir de contraintes excessives. Après avoir été informé de ses troubles de santé, l'employeur n'a pas accordé de seconde chance à la gardienne. Il est notamment possible que les nausées n'aient été que passagères ou qu'elles aient pu être contrôlées avec des médicaments.

Comme on peut le constater, la nouvelle méthode d'analyse unifiée de la discrimination de la Cour suprême sera d'une application fort utile dans les cas fondés sur la grossesse.

CHAPITRE III

LA DISCRIMINATION

RÉSULTANT DES RÈGLES DE DISPONIBILITÉ AU TRAVAIL

Il y a à peine quelques décennies, les contrats de travail ou les politiques de gestion des ressources humaines de certains des plus grands employeurs prévoyaient expressément que ceux-ci n'embaucheraient pas de femmes enceintes ou que celles qui le devenaient en cours d'emploi devaient prendre un congé forcé, quand elles n'étaient tout simplement pas obligées de démissionner. On invoquait alors des motifs de sécurité, des raisons de non-disponibilité, ou le fait que l'apparence de la travailleuse serait mal perçue. Pour mémoire, la politique des forces armées à l'égard des employés civils considérait jusqu'au début des années quatre-vingt que la femme enceinte devenait *ipso facto* inapte au travail. Les médias de l'époque ont également suivi l'affaire notoire des compagnies aériennes qui, invoquant des raisons de sécurité, « clouaient au sol » les hôtesses de l'air dès le premier tiers de leur grossesse. Enfin, le témoignage d'enseignantes nous rappelle le cas des commissions scolaires qui, jusqu'au début des années soixante-dix, exigeaient qu'elles ne se présentent pas en classe lorsque leur grossesse devenait « apparente ».

Donnons comme exemple de politique officielle d'exclusion générale qui serait aujourd'hui injustifiable, la politique des forces armées, mise en évidence dans l'affaire *McAlpine et Forces canadiennes*¹⁴². Un contrat de travail à titre de commis pour une durée déterminée fut offert à Mme McAlpine. Mais, dès qu'il apprit qu'elle était enceinte, l'employeur retira son offre : jusqu'en 1983, la politique des forces armées était de ne pas embaucher de femmes enceintes. Selon l'euphémisme qui avait cours dans ce milieu, elle avait « échoué à son examen médical ». Érigées en règle d'emploi, de telles exclusions générales sont totalement injustifiées. Ne pas être enceinte ne saurait en

¹⁴² *McAlpine et Forces canadiennes*, (1988) 9 C.H.R.R. 5190 (T.C.D.P., Dale Bruce Harder), infirmée en appel sur la question des dommages qui ne pourraient inclure les prestations d'assurance chômage perdues [1989] 12 C.H.R.R. 253 (C.F.A.).

aucune manière être considéré comme une qualité requise par l'emploi au sens de la *Charte des droits et libertés de la personne*.

Fort heureusement, ces règles générales d'exclusion, manifestement discriminatoires, sont aujourd'hui difficiles à concevoir. De nos jours, la principale source d'exclusion résulte de l'application des règles de disponibilité au travail, lesquelles ne tiennent pas compte des besoins qu'ont les femmes enceintes de s'absenter du travail en raison de leur état. Des employeurs les refusent fréquemment à l'embauche ou procèdent ultérieurement à leur renvoi, en raison du fait qu'elles devront s'absenter du travail et prendre un congé de maternité.

La Cour d'appel du Québec s'est récemment prononcée sur la question. Elle a jugé que le refus de renouveler des contrats de travail à durée déterminée, au motif que la travailleuse enceinte n'est pas immédiatement disponible, ou ne pourra l'être pour toute la durée du contrat, constitue de la discrimination fondée sur la grossesse¹⁴³. Elle est on ne peut plus évidente dans les cas de congédiement liés à la grossesse ou à la maternité.

Les règles de disponibilité au travail constituent sans nul doute de la discrimination lorsqu'elles compromettent le droit de s'absenter du travail, ou ont pour effet d'empêcher d'acquérir le droit au congé de maternité. Le célèbre arrêt de principe rendu en la matière

¹⁴³ Nous verrons plus loin que dans la trilogie des arrêts *Gobeil* (*Commission des écoles catholiques de Québec c. Gobeil*, [1999] R.J.Q. 1883), *Morin* (arrêt rendu à l'intérieur du jugement *Gobeil*) et *Sasseville*, précité, note 107, la Cour conclut que le fait de ne pas offrir un emploi à temps partiel parce que l'enseignante ne serait pas disponible étant donné qu'elle devra accoucher incessamment, constitue une discrimination indirecte fondée sur la grossesse; même si la disponibilité est une aptitude ou une qualité requise par l'emploi, la commission scolaire n'a pas rempli ici son devoir d'accommodement. La Cour réfute par la même occasion la prétention selon laquelle les règles générales du droit civil des contrats feraient que les employeurs n'auraient plus aucune obligation à la fin d'un contrat et serait par conséquent justifiés de ne pas renouveler ce dernier.

par la Cour suprême du Canada, *Brooks c. Canada Safeway*¹⁴⁴, a consacré, outre le fait que cette discrimination constitue une discrimination fondée sur le sexe, le principe que « la grossesse est un motif de santé valable de s'absenter du travail »¹⁴⁵. Par ailleurs, la *Loi sur les normes du travail*¹⁴⁶ confère aux travailleuses le droit au congé de maternité, non seulement pour des motifs de santé, mais aussi en raison des soins nécessaires à prodiguer au nouveau-né. Protéger juridiquement le droit des femmes de s'absenter du travail signifie qu'on prend en compte la situation et les besoins particuliers de celles qui forment désormais une partie importante de la main-d'œuvre. Les milieux de travail ont donc l'obligation légale de s'adapter à cette réalité sociale.

Avant l'arrêt *Meiorin*¹⁴⁷, dans lequel la Cour suprême a adopté une nouvelle méthode d'analyse unifiée, la discrimination résultant des règles de disponibilité au travail se trouvait examinée par les tribunaux selon deux cadres d'analyse. Lorsque la femme enceinte demeurait disponible au travail, les tribunaux qualifiaient la discrimination de directe; lorsqu'elle n'était plus disponible, ayant pris son congé de maternité, ils qualifiaient la discrimination d'indirecte.

Nous avons vu que l'arrêt *Meiorin* est venu simplifier cette situation complexe d'analyse en jugeant que, peu importe la qualification de la forme de discrimination, l'obligation d'accommodement s'appliquait. Cette position s'harmonise parfaitement avec la solution pour contrer la discrimination résultant des règles de disponibilité au travail, qui réside dans l'application du principe énoncé dans l'arrêt *Brooks*, selon lequel il faut

¹⁴⁴ *Brooks*, précité, note 60.

¹⁴⁵ *Id.*, 1237. Rappelons que depuis 1982, l'article 10 de la *Charte* a expressément prévu la grossesse comme motif de discrimination.

¹⁴⁶ L.R.Q., c. N-1.1 (ci-après citée : « *L.N.T.* »).

¹⁴⁷ Précité, note 11.

prioritairement tenir compte du besoin des femmes enceintes de s'absenter du travail. C'est en invoquant cet énoncé de principe que plusieurs tribunaux ont jugé que les employeurs avaient l'obligation d'accommoder les besoins des travailleuses de s'absenter du travail. Comme mesure d'accommodement raisonnable en cas d'absence pour un congé de maternité, il faut considérer son remplacement temporaire¹⁴⁸.

A. LE CONFLIT ENTRE LA RÈGLE DE DISPONIBILITÉ ET LE DROIT DE S'ABSENTER

À partir du moment où l'on considère que le droit de s'absenter du travail en raison de la grossesse fait partie du droit à l'égalité dans l'emploi, on peut mieux voir l'effet discriminatoire de certaines règles de disponibilité au travail qui nient ou compromettent ce droit.

1. La discrimination directe consistant à écarter les absences pour des raisons de grossesse

Selon la méthode d'analyse conventionnelle, on concluait qu'il y a discrimination directe résultant des règles de disponibilité au travail lorsque l'employeur exclut d'emblée de l'emploi les femmes enceintes, ou susceptibles de le devenir parce qu'il envisage qu'elles devront un jour s'absenter du travail en raison de leur grossesse. En effet, l'employeur qui refuse d'embaucher, renvoie ou exclut de quelque façon que ce soit de l'emploi celles qui sont encore aptes et disponibles à exécuter leurs tâches, au motif qu'elles sont

¹⁴⁸ Nous examinerons notamment les décisions suivantes. En droit québécois : les arrêts Gobeil, précité, note 77, et Sasseville, précitée, note 107. En droit canadien : *Davies c. Century Oil*, (1987) 8 C.H.R.R. 3770 (C.B., James R. Edgett), confirmée en appel (1988) 9 C.H.R.R. 4659 (S.C.B.C.) (ci-après : « *Davies* »); l'arrêt *Mongrain*, précité, note 107; *Jenner v. Pointe West Development Corp.*, (1994-5) 21 C.H.R.R. 336 (Ont. Bd. of Inq., Katherine Tomaszeusky) (ci-après citée « *Jenner* »).

enceintes ou nourrissent des projets en ce sens, leur impose du fait même de la grossesse actuelle ou projetée, un traitement inégal.

Dans les circonstances, il appartient à l'employeur de prouver que cette exclusion est justifiée en tant que qualité requise par l'emploi, au sens de l'article 20 de la *Charte*. Pour ce, il doit prouver non seulement la rationalité de sa règle de disponibilité au travail, mais aussi l'absence de solution de rechange. Or cette preuve est contredite par le fait que la femme enceinte demeure toujours apte et disponible à l'emploi et, lorsqu'elle devra s'absenter du travail, le congé de maternité pourra constituer une solution de rechange à la discrimination.

L'affaire *Jenner* est exemplaire quant aux pratiques de discrimination directe qui ont toujours cours aujourd'hui¹⁴⁹. L'employeur, qui exploitait un casse-croûte dans un club de golf de l'Ontario, a refusé de réembaucher madame Jenner pour une seconde saison au motif qu'elle était enceinte. Il voulait quelqu'un qui serait disponible pour toute la saison (la saison de golf s'étend d'avril à novembre, et l'accouchement était prévu pour le 31 août). Bien que madame Jenner voulait travailler jusqu'à l'accouchement et revenir au travail trois semaines plus tard, l'employeur prit la décision de ne pas la réembaucher, sans s'informer ni de sa disponibilité ni des mesures d'accommodement possibles.

Dans cette affaire, la commissaire a jugé qu'il s'agissait d'un cas de discrimination directe. À son avis, l'employeur considérait le fait d'être enceinte comme l'équivalent de « ne pas être disponible pour toute la saison ». Or, on ne peut dissocier le fait de « prendre quelque temps pour avoir un bébé » du fait d'être « enceinte »¹⁵⁰. La

¹⁴⁹ *Jenner*, précitée, note 148.

¹⁵⁰ *Id.*, 339, par. 20.

commissaire a conclu que la disponibilité pour toute la saison ne constituait pas une qualité requise par l'emploi, puisque l'employeur n'avait pas considéré les accommodements possibles. En effet, madame Jenner aurait pu être remplacée pendant les trois semaines où elle se serait absentée¹⁵¹.

Dans les provinces qui, contrairement à la loi ontarienne et à la loi canadienne, ne comportent pas de disposition législative expresse quant à l'application de l'obligation d'accommodement à toutes les formes de discrimination, il fallait alors plutôt considérer que les mesures qualifiées d'accommodement constituaient des solutions de rechange à la discrimination directe. Ainsi, après avoir conclu que l'exigence d'être disponible pour toute la durée du contrat n'est pas une qualité requise par l'emploi et constitue une discrimination directe lorsque la femme enceinte est disponible au travail, on pouvait généralement constater qu'il existait une solution de rechange, pour la période du congé de maternité, soit, le plus souvent, pourvoir au remplacement temporaire.

Ainsi, dans l'affaire *Davies*¹⁵², il fut décidé que le refus d'embauche près de deux mois avant la date prévue pour l'accouchement était discriminatoire. Dans l'affaire *Magee*¹⁵³, la rétrogradation jugée discriminatoire fut prise immédiatement après que la travailleuse eut annoncé qu'elle était en début de grossesse, ce qui impliquait un congé de maternité en fin de grossesse. Dans l'affaire *Wormsbecker*¹⁵⁴, la décision de l'employeur de refuser

¹⁵¹ Précisons que, s'il est ici question d'obligation d'accommodement et non de solution de rechange à la discrimination directe, c'est parce que depuis 1990 le Code ontarien prévoit expressément l'obligation d'accommodement quelle que soit la forme de discrimination.

¹⁵² *Davies*, précitée, 148.

¹⁵³ *Magee v. Warner Lambert Canada Inc.*, (1990) 12 C.H.R.R. 208 (C.B., Lorna R. Barr) (ci-après citée : « *Magee* »).

¹⁵⁴ *Wormsbecker v. Super Value and Westfair Foods*, (1981) 2 C.H.R.R. 348 (Sask., Peter W. Glendenning) (ci-après citée : « *Wormsbecker* ») et (1983) 4 C.H.R.R. 1443 (Sask) sur les dommages.

d'accorder une promotion à la travailleuse enceinte parce qu'elle aurait à s'absenter ultérieurement pour un congé de maternité constituait une discrimination.

2. La discrimination indirecte consistant à refuser d'accommoder le besoin de s'absenter du travail pour des motifs liés à la grossesse

Lorsque la femme enceinte n'est plus disponible au travail en raison de sa grossesse, on peut alors se référer au cadre d'analyse de la discrimination indirecte pour examiner l'effet discriminatoire des règles de disponibilité au travail. Même si la règle est apparemment neutre en ce qu'elle s'applique indistinctement à tous les employés, elle n'en a pas moins pour effet d'exclure les femmes enceintes, compte tenu des caractéristiques propres à la grossesse. Pour remédier à cette situation, l'employeur doit prendre des mesures d'accommodement en autorisant les absences du travail nécessitées par l'état de grossesse. Il lui revient aussi de démontrer, le cas échéant, que son exigence ne peut faire l'objet d'un accommodement sans qu'il en subisse une contrainte excessive.

Le cadre d'analyse de la discrimination indirecte, défini par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *O'Malley c. Simpsons-Sears*¹⁵⁵, a été appliqué à la discrimination résultant des règles de disponibilité au travail par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Mongrain c. Canada (ministère de la Défense nationale)*¹⁵⁶, qui constitue un précédent en la matière.

Madame Mongrain, professeure de français dans un collège militaire, avait obtenu des contrats pour des périodes successives à partir de 1981. En cours de travail, elle informa son supérieur qu'elle désirait s'absenter en raison de sa grossesse. L'employeur lui offrit une prolongation de contrat, à condition qu'elle soit disponible pour toute la période visée

¹⁵⁵ *O'Malley*, précité, note 17.

¹⁵⁶ *Mongrain*, précité, note 107.

par la prolongation. La plaignante accepta l'offre, mais l'employeur l'annula en invoquant sa non-disponibilité pour la période visée (en fait, le congé prévu couvrait toute la durée du contrat). Ce qui caractérise l'arrêt *Mongrain*, c'est le fait que la plaignante n'était déjà plus disponible au moment du contrat, puisqu'elle avait déjà pris son congé de maternité. C'est donc une règle de disponibilité immédiate qui se trouvait en cause par rapport à la suite naturelle d'une grossesse que constitue le congé de maternité.

Selon la Cour d'appel fédérale, la discrimination n'est pas directe; la règle de disponibilité est neutre, mais comme elle joue en défaveur des travailleuses enceintes, elle donne lieu à une discrimination indirecte. L'effet défavorable — et le véritable enjeu — consiste en l'interruption du temps de service, ce qui compromet l'acquisition de la permanence. La Cour a jugé que le fait de ne pas renouveler le contrat pour cause de non-disponibilité en raison du congé de maternité constituait une discrimination indirecte, car il y avait refus d'accommoder le besoin de s'absenter du travail sous la forme d'un congé de maternité¹⁵⁷.

« La clause de disponibilité et la règle voulant que les employés soient prêts à rendre une prestation de travail sont non seulement parfaitement neutres en apparence mais sont également des conditions implicites de toute offre d'emploi et de tout contrat de travail.

Le problème dans le présent cas provient du fait que l'application de la règle à des employées à terme qui sont enceintes et qui veulent se prévaloir de leur droit de prendre un congé de maternité sans solde produit un effet discriminatoire. Il appartenait alors à l'employeur de démontrer qu'il avait respecté son obligation d'accommodement. »¹⁵⁸

¹⁵⁷ C'est également le cadre d'analyse de la discrimination indirecte que la Cour supérieure a appliqué à l'examen d'une règle de disponibilité immédiate, dans *Commission scolaire du Lac St-Jean c. Caron*, 94T 457 (C.S.) (règlement à la suite d'un appel).

¹⁵⁸ *Mongrain*, précité, note 107, 485.

Cette analyse tient compte d'une nécessité biologique : une femme devra inévitablement s'absenter du travail, ne serait-ce que pour le temps de l'accouchement. La règle de disponibilité au travail ne peut qu'avoir un effet discriminatoire. Les travailleuses ont le droit d'être accommodées afin que leur congé de maternité ne les défavorise pas dans l'emploi. L'obligation de l'employeur est conçue comme une solution pratique pour garantir le droit des femmes enceintes de s'absenter du travail.

3. L'application de la nouvelle méthode d'analyse unifiée fournit une réponse à la discrimination multiforme

Avant l'arrêt *Meiorin*¹⁵⁹, pour considérer l'accommodement il fallait être dans le cadre d'analyse de la discrimination indirecte. Ainsi, dans l'affaire *Amstrong*¹⁶⁰, même si la plaignante était encore disponible au travail, le commissaire a analysé le cas selon la perspective de la discrimination indirecte. En effet, il ne s'est pas arrêté au fait que, compte tenu de la disponibilité immédiate de la travailleuse, la discrimination pouvait être directe, il a plutôt considéré que, vu le caractère apparemment neutre de l'exigence invoquée par l'employeur pour tenter de justifier son attitude face au congé de maternité prévisible, il s'agissait d'une discrimination indirecte. Or le congé de maternité prévisible est inextricablement lié à la grossesse. Il en résulte que la règle de disponibilité au travail, appliquée par anticipation afin d'éviter le futur congé de maternité, est en pratique moins neutre qu'elle ne paraît. En l'espèce, l'employeur avait invoqué une exigence de disponibilité à long terme sans autorisation d'absence prolongée. Le commissaire a jugé

¹⁵⁹ Arrêt *Meiorin*, précité, note 11.

¹⁶⁰ *Amstrong v. Crest Realty Ltd.*, (1998) 31 C.H.R.R. 156 (C.B., Douglas Eastwood). Voir également *Bonetti v. Plaza Escada*, (1996) 25 C.H.R.R. 148 (C.B., Judith Williamson) (ci-après cité : « *Bonetti* ») où la commissaire a examiné une règle de stabilité à l'égard du poste pour toute l'année à venir, qui ne tenait pas compte du besoin d'un congé de maternité.

qu'un accommodement prenant la forme d'un remplacement n'imposait à l'employeur aucune contrainte excessive.

Avec l'arrêt *Meiorin*¹⁶¹, la nouvelle méthode d'analyse unifiée de la Cour suprême fournit une réponse d'autant plus appropriée au problème que la discrimination résultant des règles de disponibilité au travail constitue souvent, à notre avis, ce que nous pouvons appeler une discrimination multiforme, puisqu'elle se présente à la fois sous la forme directe et indirecte. Le critère unique de la Cour réconcilie toutes les approches et permet de considérer l'obligation d'accommodement dans tous les cas. En effet, même si le refus d'embauche ou le renvoi discriminatoire survient lorsque la femme enceinte est encore disponible au travail (discrimination généralement qualifiée de directe), on peut envisager de poser la question de l'accommodement futur. C'est précisément parce que la travailleuse enceinte s'absentera plus ou moins prochainement, et donc qu'elle aura besoin d'être accommodée, que l'employeur refuse de l'embaucher ou met fin à son emploi (discrimination indirecte).

B. LES MANIFESTATIONS DE DISCRIMINATION RÉSULTANT DES RÈGLES DE DISPONIBILITÉ

Pour prendre la mesure des effets de la discrimination résultant des règles de disponibilité au travail, il s'agit de voir comment elles affectent le droit à l'égalité dans l'emploi.

¹⁶¹ Précité, note 11.

1. À l'embauche

Le refus d'embaucher des travailleuses enceintes qui prendront un congé de maternité constitue à l'évidence une discrimination. Ainsi, dans l'affaire de la Colombie-Britannique *Davies v. Century Oils*¹⁶², l'employeur disait avoir refusé d'embaucher une secrétaire parce qu'elle aurait eu à prendre un congé de maternité peu de temps après le début de son emploi. L'employeur alléguait que « *ce ne serait pas pratique pour la compagnie* » car il aurait fallu la remplacer quelques mois après son entrée au travail pour la période de son congé de maternité. L'employeur soutenait que son refus d'embauche n'était pas fondé sur la grossesse mais plutôt sur une qualité requise par l'emploi, à savoir, la disponibilité continue, ce qui écartait donc une absence prolongée peu de temps après l'embauche.

La commissaire a jugé que l'exigence de ne pas être enceinte était discriminatoire : cette exigence n'était pas nécessaire et, par conséquent, ne pouvait constituer une qualité requise par l'emploi. Elle a en outre décidé que l'embauche assortie d'une mesure d'accommodement tel un congé de maternité à venir, n'imposait aucune contrainte excessive à l'employeur. Elle a rejeté l'argument selon lequel les coûts de remplacement seraient trop élevés parce qu'aucune preuve n'avait été présentée à cet effet. Cette preuve est d'ailleurs difficile à concevoir dans le contexte où les prestations de maternité sont assumées par l'assurance-emploi.

On peut imaginer des circonstances exceptionnelles où la défense relative aux qualités requises par l'emploi (considérant l'obligation d'accommodement sans contrainte excessive) pourrait être alléguée pour tenter de justifier un refus d'embauche initial. Un

¹⁶² *Davies*, précité, note 148.

employeur offre un contrat de travail de courte durée en exigeant une disponibilité qui ne soit pas interrompue par une absence planifiée pour une partie importante de la durée du contrat d'emploi. Il pourrait dans ces circonstances invoquer qu'en raison de son besoin pressant de main-d'œuvre le remplacement serait difficile à organiser.

En cours d'emploi toutefois, le droit au congé de maternité écarte une défense sur la base que le remplacement de la travailleuse constituerait une contrainte excessive.

2. En cours d'emploi

a) Congé de maternité forcé

Le congé de maternité forcé a dans certains milieux été le moyen commode de mettre les employées enceintes à l'écart. Le précédent américain *Cleveland Board of Education v Laflaur*¹⁶³ en offre l'exemple. Deux enseignantes furent forcées par le règlement de prendre un congé de maternité cinq mois avant l'accouchement. Elles n'avaient pas le droit de revenir au travail avant le début de la prochaine année scolaire, sans aucune promesse de réembauche, sinon une simple priorité de rappel.

La Cour suprême a jugé que le règlement était inconstitutionnel et violait le quatorzième amendement puisqu'il était contraire à la liberté de choix dans les affaires familiales. Pénaliser les enseignantes qui décident d'avoir un enfant leur impose un lourd fardeau dans l'exercice de cette liberté.

La Commission scolaire invoquait l'intérêt de maintenir la continuité dans la tâche et celui de mettre fin à l'enseignement de celles qui étaient devenues inaptes. La Cour a

¹⁶³ 414 US 632 (1974)

considéré qu'un préavis suffisant assurait la continuité et que la question d'aptitude ne pouvait être déterminée que sur une base individuelle.

Au Québec, une telle pratique est maintenant illicite. La seule possibilité ouverte à l'employeur en vertu de l'article 81.8 de la L.N.T. est de demander, à partir de la sixième semaine précédant l'accouchement, un certificat attestant que l'employée est en mesure de travailler sinon elle doit prendre son congé.

b) Rétrogradation et autres modifications à la baisse des conditions de travail

Dans l'affaire *C.L.*¹⁶⁴, l'employeur a considérablement réduit les heures de travail de l'employée au retour de son congé de maternité, au point où celle-ci fut forcée de démissionner. Le jugement du Tribunal, sur acquiescement à la demande, montre que l'employeur ne peut diminuer sans raison valable les conditions de travail de la l'employée à son retour. Outre la discrimination, il y a là une violation du droit à la réintégration dans le poste habituel à la fin du congé de maternité, un droit expressément protégé par la *L.N.T.* L'un des rares motifs valables de modification des conditions de travail pourrait être une réorganisation de l'entreprise.

Dans l'affaire *Magee*¹⁶⁵ de la Colombie-Britannique, la commissaire a jugé que l'employeur était responsable de deux actes discriminatoires : au moment de la première grossesse de son employée, une assistante à l'information médicale, il refusa de considérer la candidature de celle-ci pour une promotion à un poste de responsable

¹⁶⁴ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (C.L.) c. 9059-8475 Québec Inc.*, T.D.P.Q. (Mingan) 650-53-000003-997, j. Brossard, le 18 avril 2000.

¹⁶⁵ *Magee*, précitée, note 153. Sur la rétrogradation au retour d'un congé de maternité, voir également *Rachwalski c. E.C.S. Electrical Cable Supply*, (1998) 30 C.H.R.R. 315 (B.C., Kenneth A. Attafuah).

régionale parce que son congé de maternité était déjà planifié ; à sa seconde, il la rétrograda comme représentante des ventes de produits pharmaceutiques après qu'elle eut annoncé qu'elle prendrait un congé de maternité. La commissaire a considéré que la décision présentait une connexité dans le temps avec l'annonce du congé de maternité projeté, ce qui permettait d'établir un lien avec la grossesse.

L'affaire *Magee* contient de plus des éléments de représailles qui peuvent aggraver la discrimination. Ainsi, la commissaire a considéré que les critiques adressées à l'employée quant à sa compétence, communiquées juste avant son congé de maternité alors que l'employeur ne lui avait pas remis d'évaluation écrite et ne lui avait pas laissé le temps nécessaire pour atteindre les objectifs de production, constituaient aussi une discrimination fondée sur la grossesse. Enfin, la décision rappelle deux points importants relativement à la preuve de l'existence d'une discrimination : l'utilité de la preuve circonstancielle (équivalente à la preuve par présomption de fait en droit québécois) et la règle jurisprudentielle selon laquelle il est suffisant que le motif de discrimination ait été l'une des raisons ayant joué un rôle dans la décision¹⁶⁶.

Dans l'affaire *Jodoin*¹⁶⁷, l'employeur rétrograda une gérante de magasin, avant de la congédier, parce que, compte tenu de sa grossesse, elle ne pouvait travailler que huit heures par jour au lieu de douze heures. La commission d'enquête de l'Ontario a décidé que son renvoi constituait une discrimination fondée sur la grossesse; l'employeur aurait

¹⁶⁶ Sur le principe qu'il suffit que la discrimination soit l'une des raisons de la décision de l'employeur, voir également : *Holloway Clairco Foods Ltd.*, (1983) 4 C.H.R.R. 1454 (C.B. Bd. of Inq., William Black) (ci-après cité : « *Holloway* »); *Davies*, précité, note 148.

¹⁶⁷ *Jodoin v. Ciro's Jewellers*, (1996) 25 C.H.R.R. 39 (Ont. Bd. of Inq., Allan Manson). Notons avec intérêt que la Commission a accordé une compensation pour la perte des prestations de maternité pour lesquelles madame Jodoin n'a pu se qualifier à cause du congédiement.

pu facilement accommoder madame Jodoin en réduisant ses heures de travail et en lui donnant la permission de prendre des pauses pour s'asseoir.

Outre la rétrogradation proprement dite, toute modification à la baisse des conditions d'emploi de l'employée enceinte peut constituer une discrimination et à plus forte raison lorsque la modification conduit à la démission forcée. Dans l'affaire *Rancourt*¹⁶⁸, un restaurateur de la Saskatchewan voulait embaucher quelqu'un à temps plein en réduisant les heures de travail d'autres employés. Il commit un acte discriminatoire en choisissant de réduire les heures de travail d'une employée enceinte parce qu'elle devait partir prochainement pour un congé de maternité. Dans ces circonstances, elle s'est vue forcée de démissionner. Selon la commission d'enquête, le fait d'avoir réduit les heures de travail de cette employée parce que, « de toute façon », elle devait prendre un congé de maternité constitue une discrimination fondée sur la grossesse.

c) Refus de promotion

En Saskatchewan encore, dans l'affaire *Wormsbecker*¹⁶⁹, l'employeur refusa d'accorder à une caissière enceinte une promotion au poste de caissière en chef alors même qu'elle avait reçu la formation à cet effet. Il soutenait que sa décision était fondée sur le fait que son départ prochain en congé de maternité survenait dans une période où sa présence était requise pour l'ouverture déjà planifiée d'un nouveau magasin, et non sur la grossesse elle-même. Il ajoutait que dans ces circonstances, il aurait opposé le même refus à tout

¹⁶⁸ *Rancourt v. Alfredo Holdings Ltd.*, (1996) 25 C.H.R.R. 444 (Sask. Bd. of Inq., Marrilee Rasmussen).

¹⁶⁹ *Wormsbecker*, précitée, note 154. Voir également l'affaire *Magee*, précitée, notes 153 et 165 et les textes correspondants, comme exemple de refus de considérer la candidature d'une travailleuse pour une promotion parce qu'elle aurait à s'absenter bientôt à cause de sa grossesse.

employé qui aurait planifié un congé de quelque nature que ce soit au cours de cette période.

Le commissaire a rejeté cette défense basée sur des raisons d'affaires et a jugé qu'il y avait discrimination compte tenu que le droit de gestion de l'employeur était doublement limité en cas de congé de maternité. Il a en effet fait le lien entre deux mesures de protection des employées enceintes : la prohibition de la discrimination fondée sur la grossesse et le droit à un congé de maternité reconnu dans une loi de protection du travail équivalente à la *Loi sur les normes du travail*.

En guise de commentaire, on peut dire qu'en précisant que la distinction mise de l'avant par l'employeur entre la grossesse et l'absence pour maternité était factice, cette décision a établi l'équation logique entre la grossesse comme motif de discrimination et l'effet inévitablement discriminatoire des exigences de disponibilité au travail qui ne tiennent pas compte de l'incontournable nécessité de s'absenter du travail pour des raisons de maternité. Cette décision, en situant l'état de grossesse dans un continuum avant et après l'accouchement, a permis de mettre le droit en accord avec les changements sociaux initiés par la forte présence de femmes en âge de procréer qui travaillent : l'état de grossesse et la nécessité du congé de maternité sont indissociables.

Le dossier d'enquête *Béliveau c. Caisse populaire Chateaudun*¹⁷⁰ illustre une autre forme de refus de promotion. Madame Béliveau occupait un poste temporaire de réceptionniste. Elle dut prendre un congé de maternité. Pendant son absence, l'employeur ouvrit le poste pour le rendre permanent, et celui-ci fut comblé par sa remplaçante. En conséquence, elle fut privée de son droit à la réintégration dans un emploi régulier et son contrat de

¹⁷⁰ Dossier TRV 010700.

travail ne fut pas renouvelé. Il est important de noter que le règlement à l'amiable négocié prévoit non seulement le paiement de dommages mais également une mesure de redressement collective pour éliminer cette pratique : l'employeur s'engage comme accommodement dans l'avenir à informer les employés en congé de maternité ou parental de l'ouverture de poste, et le cas échéant, de la possibilité qu'ils ont de poser leur candidature.

De plus, au déni de promotion, il faut assimiler le refus de permettre de postuler à un autre poste, puisqu'il y a là aussi entrave à la progression en emploi même lorsque celle-ci est horizontale plutôt que verticale.

d) Congédiement

Dans l'affaire *Holloway*¹⁷¹, le commissaire de la Colombie-Britannique a jugé que le congédiement d'une caissière enceinte de six mois était fondé sur la grossesse et constituait une discrimination. L'employeur lui avait déclaré au moment du congédiement que « ça ne paraissait pas bien » qu'elle travaille dans son état. Il alléguait comme motifs qu'un règlement sur la fermeture le dimanche l'avait obligé à procéder à une réduction du personnel et que le rendement de la travailleuse était inférieur à celui de ses autres employés. Le commissaire a conclu que la grossesse était l'une des raisons du congédiement et il a appliqué la règle jurisprudentielle selon laquelle il suffit que le motif discriminatoire soit l'un des facteurs pris en considération pour que le congédiement le soit. L'employeur a choisi de la congédier parce qu'elle était enceinte et qu'il entretenait

¹⁷¹ *Holloway*, précitée, note 166.

des préjugés à l'égard de son apparence sur la clientèle. Ajoutons que le résultat serait le même si l'employeur démontrait que sa clientèle lui signifie un tel préjugé.

Quant à la règle de disponibilité au travail, le commissaire a souligné qu'une femme qui doit s'absenter du travail pour accoucher est un fait inhérent à chaque grossesse et qu'il ne peut constituer un motif juste de congédiement. Ajoutons que ce raisonnement est renforcé juridiquement au Québec par la *Loi sur les normes du travail* qui consacre le droit à un congé de maternité et prohibe toutes représailles à l'encontre de la salariée enceinte et de celle qui prend un congé de maternité.

Dans l'affaire *Patton*¹⁷², le commissaire a jugé que le congédiement d'une secrétaire en congé de maternité, alors que deux autres secrétaires avaient été embauchées durant son absence, constituait une discrimination fondée sur la grossesse. Il a jugé que si l'employée n'avait pas pris de congé de maternité elle aurait continué à travailler pour la compagnie.

Dans l'affaire *Leclair*¹⁷³, une assistante dentaire fut congédiée deux jours après qu'elle eut informé son employeur qu'elle était enceinte. L'employeur alléguait que sa conjointe avait décidé de revenir travailler avec lui. Le commissaire a conclu que le dentiste avait agi ainsi parce qu'il ne voulait pas avoir à former quelqu'un d'autre pour la remplacer temporairement.

La protection contre la discrimination couvre les problèmes de santé reliés à la grossesse.

Dans *Tisley v. Subway Sandwiches & Salads*¹⁷⁴, le Tribunal des droits de la personne de

¹⁷² *Patton v. Brower and Co.*, (1984) 5 C.H.R.R. 1946 (C.B. Bd. of Inq., John Green).

¹⁷³ *Leclair c. Roberge*, (1996) 23 C.H.R.R. 68 (Ont. Bd. of Inq., H.A. Hubbard).

¹⁷⁴ Décision de janvier 2001 à paraître dans 39 C.H.R.R.

la Colombie-Britannique a jugé que le congédiement d'une employée absente du travail par suite d'une fausse couche était discriminatoire. Il y avait lieu d'appliquer dans ce cas l'obligation d'accommodement. L'employeur devait lui donner l'occasion de lui présenter un certificat médical et lui accorder une période de convalescence suffisante. Le fait que le superviseur qui la remplaçait n'était pas « heureux » ne constitue pas une contrainte excessive. Bref, les besoins de s'absenter du travail doivent être accommodés.

Ces congédiements discriminatoires montrent combien les préjugés sur le rôle social des femmes s'entrecroisent et se superposent. Il est souvent présumé qu'une femme enceinte qui continue de travailler ne pourra accomplir sa tâche adéquatement ; qu'on sera obligé de faire attention à sa grossesse ; qu'une travailleuse enceinte, « c'est des problèmes » ; « qu'on sera pris pour la remplacer », etc. Or la société a changé, sinon évolué. La présence de plus en plus importante des femmes au travail oblige à abandonner les conceptions d'antan ; le monde du travail doit aussi s'adapter aux nouvelles réalités et, par conséquent, s'appliquer à mettre en œuvre un ensemble de mesures qui prennent en compte les besoins spécifiques à la grossesse et à la maternité qui s'ensuit, plus particulièrement la nécessité de s'absenter du travail.

3. Le cas du non-renouvellement du contrat de travail

En 1999, deux décisions de la Cour d'appel du Québec, soit les arrêts *Gobeil*¹⁷⁵ et *Sasseville*¹⁷⁶, ont confirmé le droit au renouvellement du contrat de travail à durée

¹⁷⁵ Arrêt *Gobeil*, précité, note 77.

¹⁷⁶ Arrêt *Sasseville*, précité, note 107.

déterminée sans discrimination fondée sur la grossesse. Cette solution correspond à la thèse que nous avons déjà soutenue dans deux textes consacrés au problème¹⁷⁷.

a) L'exposé du problème

Compte tenu de la précarisation généralisée du travail que l'on a pu observer ces dernières années (multiplication du nombre des employés sans sécurité d'emploi : sur appel, temporaires, contractuels, etc.), le non-renouvellement du contrat de travail et le non-rappel au travail découlant de la discrimination fondée sur la grossesse présentent un problème social de plus en plus criant quant à l'équité dans l'emploi. Par ailleurs, ainsi que nous avons eu l'occasion de le souligner dans une recherche réalisée pour la Commission des droits de la personne, cette précarisation, aggravée par la discrimination, peut même compromettre la liberté de choix d'avoir des enfants :

« [...] la discrimination fondée sur la grossesse doit être analysée en tenant compte du phénomène de l'augmentation des contrats à durée déterminée, c'est-à-dire les contrats accordés pour des périodes de temps limité, bien qu'ils soient souvent renouvelables pour plusieurs périodes successives.

Dans ce contexte, l'inquiétude réelle des femmes est de se voir refuser un contrat ou un renouvellement de contrat à cause de leur grossesse, ce qui peut avoir l'effet social de forcer plusieurs femmes à renoncer à la maternité. »¹⁷⁸

¹⁷⁷ Voir les deux textes suivants : COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (par Michel Coutu et Maurice Drapeau) *La discrimination fondée sur la grossesse et les contrats de travail à durée déterminée*, 1994, et Maurice DRAPEAU, « La discrimination fondée sur la grossesse résultant des règles de disponibilité au travail », 1997-1998 *R.D.U.S.* 215.

¹⁷⁸ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (par Michel Coutu et Maurice Drapeau), *loc. cit.*, note 109.

Afin de résoudre le problème particulier du non-renouvellement discriminatoire des contrats de travail à durée déterminée, nous soutenons qu'il y a lieu de l'envisager non seulement comme un refus d'embauche, mais aussi comme une forme de rupture du lien d'emploi, au sens du « renvoi » prévu à l'article 16 de la *Charte des droits et libertés de la personne*.

À notre avis, le « renvoi » visé à l'article 16 de la *Charte* s'applique non seulement au congédiement mais aussi à toute forme de rupture du lien d'emploi. Compte tenu du sens large qui lui est donné, il peut s'appliquer aux situations de non-renouvellement de contrat de travail. Cette approche, qui nous apparaît la plus appropriée, permet en outre de considérer le non-renouvellement d'un contrat de travail comme une discrimination en cours d'emploi, et non seulement au moment de l'embauche. En effet, on ne doit pas considérer seulement l'effet de la rupture du contrat de travail lui-même, c'est-à-dire la perte salariale correspondant à la partie résiduaire du contrat que l'employée disponible aurait pu remplir. Pour prendre la mesure réelle des préjudices subis, il faut, en plus, évaluer l'impact de la perte des avantages rattachés à l'emploi, notamment le retard subi, à long terme, dans la progression en emploi. Dans cette perspective, le non-renouvellement du contrat de travail équivaut à une rupture du lien d'emploi, qui a un effet aussi néfaste qu'un congédiement (entre autres, perte d'ancienneté pour la sécurité d'emploi, perte d'expérience pour la détermination du salaire, impossibilité de continuer de cotiser aux régimes d'assurance ou de racheter des années de service aux fins du régime de retraite, etc.).

Reconnaître l'équivalence entre le non-renouvellement de contrat et le renvoi conduit nécessairement, en matière de contrat à durée déterminée, à considérer le lien d'entreprise qui s'est formé avec le temps entre l'employé contractuel et son employeur. On

reconnaît que ce lien existe lorsque, dans les faits, malgré la durée déterminée du contrat, il est possible de dégager une relation de continuité dans la fonction visée, soit par l'existence de clauses de renouvellement ou de listes de rappel, soit par la succession de contrats octroyés, soit par l'historique de la fonction¹⁷⁹.

La notion de lien d'entreprise a été développée par la doctrine française. Voici comment les auteurs Brun et Galland expliquent qu'il permet la métamorphose de plusieurs contrats de travail à durée déterminée en un seul contrat à durée indéterminée :

« Si une série de contrats à durée déterminée se succèdent, ils s'enchaînent les uns aux autres en raison de la continuité de l'activité du salarié dans l'entreprise et ils forment alors, suivant l'expression même d'un arrêt de la Cour de cassation, « un ensemble d'une durée indéterminée » entraînant l'attribution au salarié des indemnités de rupture. Cette solution ne manque pas de hardiesse car chacun des contrats - et le dernier comme les autres - appartient à la famille des contrats à durée déterminée. Mais dans l'optique de l'entreprise, il en va différemment. Le lien d'entreprise coordonne les rapports de travail du salarié depuis son entrée jusqu'à son départ : il les enveloppe dans une même chrysalide, si bien qu'une métamorphose se produit : les contrats

¹⁷⁹ *Ibid.* Les recherches de Michel Coudu ont montré que la notion de lien d'entreprise s'est imposée dans la jurisprudence sur les lois d'ordre public de protection du travail afin d'assurer la réalisation de l'objet spécifique de ces lois qui doivent être distinguées du droit civil général des contrats. Comme sélection parmi les décisions recensées dans le document de recherche précité, citons les suivantes : *Moore c. Cie Montréal Trust*, J.E. 88-1182 (C.A.) (le droit de ne pas renouveler un contrat d'emploi à durée déterminée ne doit pas être utilisé comme prétexte pour éluder l'application du recours à l'encontre d'un congédiement illégal prévu par l'article 124 de la *Loi sur les normes du travail*); *La commission scolaire Berthier-Nord-Joli c. Beauséjour*, [1988] R.J.Q. 639 (C.A.) (le non-renouvellement d'une enseignante après cinq années de contrats annuels a été considéré comme un congédiement sans cause juste et suffisante au sens de l'article 124 de la *L.N.T.*); *École Weston Inc. c. Le tribunal du travail*, [1993] R.J.Q. 708 (C.A.) (la protection de l'activité syndicale formulée par le *Code du travail* s'applique non seulement au congédiement mais aussi au non-renouvellement de contrat de travail à durée déterminée). À plus forte raison, la notion de lien d'entreprise doit être appliquée dans le cadre de l'interprétation de la *Charte*. En effet, non seulement la *Charte* est une loi d'ordre public, mais elle possède en plus un statut de primauté de sorte qu'il convient d'autant plus de la distinguer du droit civil général des contrats et de donner une interprétation large aux protections qu'elle accorde.

successifs à durée déterminée se transforment en un seul contrat à durée indéterminée. »¹⁸⁰

Bien que la jurisprudence en matière de discrimination n'ait pas relevé l'intérêt qu'il y a de considérer le non-renouvellement de contrat de travail à durée déterminée comme un renvoi discriminatoire plutôt que comme un refus d'embauche discriminatoire, et bien qu'elle ne fasse pas expressément référence à la notion de lien d'entreprise, on peut d'ores et déjà conclure que c'est cette approche qui est implicitement appliquée par les tribunaux, notamment dans les cas de non-réengagement de travailleuses enceintes.

Dans le cadre d'un recours pour discrimination illicite fondée sur la grossesse se pose donc la question suivante : le contrat aurait-il été renouvelé n'eût été de la discrimination ?

b) Les précédents

Dans l'arrêt *Mongrain*¹⁸¹, la Cour d'appel fédérale a créé un précédent en matière d'obligation d'accommodement en énonçant le droit au renouvellement d'un contrat de travail même lorsque l'employée est déjà en congé de maternité et, par conséquent, n'est pas immédiatement disponible¹⁸². Bien qu'elle ne fasse pas explicitement mention du concept de lien d'entreprise, elle se trouve à l'appliquer dans le contexte de la prohibition de la discrimination. Ainsi, la Cour devait considérer des contrats successifs dépourvus de priorité de rappel mais qui donnaient droit à l'inscription sur une liste de disponibilité

¹⁸⁰ André BRUN, Henri GALLAND, *Droit du travail*, 2e édition, Paris, Sirey, 1978, tome 1, 803.

¹⁸¹ *Mongrain*, précité, note 107.

¹⁸² Pour un exemple de non-renouvellement de contrat à cause d'un congé à venir, voir l'affaire *Jenner*, précitée, note 148 : le refus de réembaucher une travailleuse saisonnière enceinte, qui avait travaillé dans le snack bar d'un club de golf l'année précédente parce qu'elle ne serait pas disponible toute la saison.

et à l'acquisition de la permanence aux occasionnels qui totalisaient cinq années de travail. Elle a jugé que le non-renouvellement du contrat de l'employée enceinte était d'autant plus préjudiciable qu'elle perdait les avantages liés au mode d'acquisition de la sécurité d'emploi.

À notre avis, dans l'examen des règles de disponibilité invoquées au soutien du non-renouvellement du contrat de travail, on doit chercher tous les indices de l'existence d'un lien d'entreprise. Ainsi, la situation des contrats successifs, surtout lorsqu'elle donne droit à des avantages tels qu'une sécurité relative d'emploi (droits de priorité ou accumulation d'années de service pour l'acquisition de la permanence) ou des avantages sociaux (maintien du droit de cotiser au régime d'assurance invalidité ou au régime de retraite, report des semaines de vacances, etc.), révèle l'existence d'un lien d'entreprise.

La recherche de ce lien, présent dans l'arrêt *Mongrain*, a permis d'établir l'ampleur des pertes actuelles et futures de l'employée enceinte. Cette démarche a le mérite de faire ressortir les préjudices réels subis par celle-ci lors de la rupture de son contrat de travail. C'est en prenant en considération les désavantages que causait à madame Mongrain la règle de disponibilité au travail que la Cour a conclu qu'il en résultait un effet discriminatoire lié à la grossesse et qui devait par conséquent être corrigé par une mesure d'accommodement. La Cour reconnaît celui-ci comme un correctif à la situation de discrimination et comme un moyen d'assurer l'égalité dans l'emploi en concluant que l'employée avait droit au renouvellement de son contrat malgré le fait qu'elle était non disponible pour toute la durée, parce que l'employeur aurait pu l'accommoder en la remplaçant durant son absence du travail sans subir de contrainte excessive.

On peut retenir de cet arrêt que la règle de disponibilité dont l'effet est d'empêcher le renouvellement du contrat de travail et de faire perdre les avantages liés à l'emploi crée

une discrimination fondée sur la grossesse. Bien que neutre en apparence, cette règle a un effet discriminatoire ; elle ne constitue pas une qualité requise par l'emploi, puisqu'elle peut donner lieu à une mesure d'accommodement sans contrainte excessive, soit le renouvellement du contrat avec remplacement de la travailleuse.

Dans l'arrêt *Gobeil*¹⁸³, la Cour d'appel du Québec, sous la plume du juge Robert, a elle aussi jugé que le non-renouvellement d'un contrat d'enseignement à temps partiel parce que l'enseignante n'est pas disponible en raison d'un congé de maternité, constitue une discrimination fondée sur la grossesse. La disponibilité est une qualité requise par l'emploi mais la Commission scolaire n'a pas rempli son obligation d'accommodement.

La Cour supérieure avait d'ailleurs déjà souligné le vrai problème, à savoir que l'on ne peut dissocier la non-disponibilité temporaire de la grossesse elle-même comme motif prohibé de discrimination¹⁸⁴. Elle a en effet reconnu le lien intrinsèque entre la non-disponibilité et la grossesse et en a tiré la conclusion suivante : si la travailleuse est non disponible pour un motif énuméré dans la *Charte des droits et libertés de la personne*, la priorité de rappel est un droit qui se trouve compromis indirectement et qui, par conséquent, doit faire l'objet de protection. Plusieurs sentences arbitrales ont également clairement établi le lien indissociable entre la non-disponibilité, le refus de renouvellement de contrat de travail et le motif discriminatoire que constitue la grossesse¹⁸⁵.

¹⁸³ *Commission des écoles catholiques de Québec c. Gobeil*, [1999] R.J.Q. 1883.

¹⁸⁴ *Gobeil c. Ménard*, C.S.Q. n° 200-05-003484-933, 27 juin 1994 (j. PHILIPPON).

¹⁸⁵ Parmi les sentences arbitrales qui se sont prononcées en faveur du renouvellement du contrat malgré le fait que la travailleuse enceinte n'aurait pas une pleine disponibilité pour toute la durée du contrat, citons les suivantes : *Syndicat de l'enseignement de Saint-Jérôme c. Commission scolaire de Saint-Jérôme*, S.A.E. 5110-91-5632 (arbitre, Me Bernard Lefèvre) : devant le refus de la Commission scolaire d'accorder un contrat à temps partiel et la décision de ne rémunérer l'enseignante que sur la

L'arrêt *Gobeil* de la Cour d'appel est des plus instructifs sous trois aspects. D'abord, la Cour reconnaît elle aussi le lien indéniable entre la non-disponibilité temporaire et l'état de grossesse.

*« Or, reconnaître explicitement le droit à l'égalité pour ce groupe de personnes, c'est nécessairement vouloir éviter des situations factuelles choquantes qui, à cause de l'état de grossesse, tendraient à priver certaines femmes d'avantages auxquels elles auraient autrement accès. Le lien entre la grossesse et la non-disponibilité se constate de lui-même. D'ailleurs je ne crois pas qu'un employeur soit affecté tant par l'état de grossesse de l'une de ses employées que par l'absence de celle-ci en raison de cette grossesse. La jurisprudence concluant à de la discrimination indirecte fondée sur la grossesse illustre bien le lien intrinsèque entre ces deux états. »*¹⁸⁶

Ensuite, l'arrêt *Gobeil* est des plus importants par le groupe de comparaison que la Cour d'appel retient. Combien de fois n'avons-nous pas entendu les employeurs justifier certaines règles d'emploi qui ont un effet préjudiciable, par le fait que la norme s'applique à toutes les personnes absentes peu importe le motif ? La Cour d'appel rejette cet argument : il faut comparer la situation des femmes enceintes à celle des personnes non enceintes et non à celles des autres personnes non disponibles.

« Les femmes enceintes, si ce n'était de leur état de grossesse, seraient disponibles. Pour cette raison, je ne peux adhérer à une analyse comparative qui les assimilerait à des personnes non disponibles afin de déterminer s'il y a distinction ou non. Une règle qui a pour effet de priver

base du taux horaire, et cela, au motif que l'enseignante n'était pas disponible, parce qu'elle devait prochainement interrompre le travail pour un congé de maternité, l'arbitre a conclu que dire qu'un refus d'engagement d'une femme enceinte qui accouche est basé sur sa non-disponibilité et non pas sur son état de grossesse, équivaut à scinder la cause de l'effet alors qu'en réalité il existe une relation parfaite entre la non-disponibilité et la cause qui est à son origine, soit la grossesse; *Syndicat de l'enseignement de la région des Mille-Îles c. Commission scolaire de Saint-Eustache, S.A.E. 5310-88-5156* (arbitre Angers Larouche) : face à la mise à pied d'une travailleuse enceinte parce qu'elle ne serait pas disponible, puisqu'elle devait s'absenter pour cause de maternité, l'arbitre a constaté le fait indéniable que l'on ne peut détacher l'indisponibilité de sa cause, à savoir la grossesse, et il en a tiré la conclusion logique qu'elle a été mise à pied en raison de sa grossesse.

¹⁸⁶ Arrêt *Gobeil*, précité, note 77, pp.1892-1893.

du droit à l'embauche des femmes enceintes qui autrement y auraient accès viole nécessairement le droit à la pleine égalité. La distinction que crée la clause de disponibilité naît du fait que l'accouchement et le congé de maternité empêchent des femmes d'obtenir le contrat auquel elles auraient eu droit. »¹⁸⁷

Finalement, cet arrêt montre que le paiement des bénéfices liés au congé de maternité constitue un accommodement sans contrainte excessive.

« Quant à l'obligation d'accommodement, je suis d'opinion que l'employeur capable de fournir des congés de maternité rémunérés à ses employées peut en faire de même avec celles nouvellement engagées sans qu'il y ait de contrainte excessive. »¹⁸⁸

Quant au Tribunal des droits de la personne, il s'est prononcé en faveur du droit au renouvellement du contrat de travail dans la décision *C.D.P.Q. (Sasseville) c. Commission scolaire Jean-Rivard*¹⁸⁹ (confirmée par la Cour d'appel). Une enseignante de sciences religieuses à temps partiel pendant un an et qui était inscrite sur une liste d'éligibilité sans toutefois bénéficier de priorité de rappel, s'est vue refuser un contrat pour l'année suivante, au motif qu'elle devrait s'absenter étant donné qu'elle était enceinte.

Dans cette affaire, le directeur d'école avait manifesté sa réserve en déclarant qu'il s'opposait à ce « que les élèves changent de professeur durant l'année ». Cette affirmation renvoie explicitement à la question du remplacement comme mesure d'accommodement des enseignantes qui s'absentent pour un congé de maternité. En

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ *Sasseville*, précitée, note 81. Quant à la décision *C.D.P.Q. (Lalande) c. Commission scolaire de l'Outaouais*, T.D.P.Q., District de Hull, no 550-000003-973, le 10 février 1998, j. Simon Brossard, il s'agit d'un cas d'espèce où le Tribunal a jugé que la preuve était insuffisante pour tirer une inférence qui aurait permis d'établir une présomption de fait que la travailleuse aurait eu le contrat n'eût été de sa grossesse.

effet, on conçoit difficilement que ce type de remplacement puisse représenter une contrainte excessive pour l'employeur, car tout au long de l'année scolaire, la Commission scolaire procède régulièrement au remplacement des enseignants, notamment pour des congés d'invalidité sans que cela ne pose de problèmes insurmontables de gestion.

Sur le plan de la théorie du droit à l'égalité sans discrimination, la décision *Commission scolaire Jean-Rivard* a le mérite de situer la défense de contrainte excessive dans le cadre de la défense relative aux qualités requises par l'emploi, prévue à l'article 20 de la *Charte*. Le Tribunal a en effet décidé qu'il appartenait à l'employeur de faire la preuve que son obligation d'accommodement raisonnable ne pouvait être remplie sans qu'il subisse de contrainte excessive et qu'il ne pouvait s'y soustraire qu'en suivant les modalités prévues à l'article 20 de la *Charte*.

Cette question a également été étudiée par la Cour supérieure dans l'affaire *Commission scolaire du Lac-Saint-Jean c. Caron*¹⁹⁰. Dans cette affaire, l'employeur n'a pas respecté la liste de rappel et a refusé de réengager une enseignante pour l'année scolaire suivante parce qu'elle devait accoucher au début des cours. La Cour supérieure a maintenu la décision de l'arbitre selon laquelle l'exigence de disponibilité immédiate formulée par l'employeur était indirectement discriminatoire et que celui-ci n'avait pas satisfait à son devoir d'accommodement¹⁹¹.

¹⁹⁰ *Commission scolaire du Lac St-Jean c Caron*, 94T 457, (C.S.), l'appel de ce jugement a fait l'objet d'un règlement dans le sens de l'arrêt *Gobeil*.

¹⁹¹ Comme décision ayant écarté en vertu d'autres considérations d'ordre public l'exigence de disponibilité immédiate, nous pouvons citer par analogie l'affaire *Écoles musulmanes de Montréal c. Dupuis*, D.T.E. 92T 972 (T.T.), où le tribunal du travail a décidé que l'enseignante avait été victime d'un non-renouvellement de contrat équivalent à un congédiement parce qu'elle était enceinte, le tout contrairement à la protection accordée par l'article 122 de la L.N.T. Le principe retenu est qu'il

Selon la Cour, la Commission scolaire n'a pas démontré que le fait d'accorder un contrat à temps partiel à une femme enceinte, non immédiatement disponible, lui créait un fardeau plus lourd que celui d'accorder un contrat à temps partiel à une femme enceinte immédiatement disponible mais qui devra être remplacée au moment de son accouchement. La Cour a conclu qu'elle ne pouvait qualifier d'excessives les contraintes que l'employeur s'était lui-même engagé à respecter dans une convention collective qui prévoit que les personnes liées par des contrats à temps partiel bénéficient des droits parentaux (ajoutons qu'il en va de même des droits parentaux prévus dans la *Loi sur les normes du travail*). En conséquence, elle a ordonné à la Commission scolaire non seulement de rappeler la salariée et de lui accorder le contrat d'enseignement auquel elle avait droit, mais aussi de lui verser les indemnités de congé de maternité à partir de la date du début des cours (il s'agit ici des indemnités accordées en complément des prestations d'assurance emploi liées à la grossesse)¹⁹².

Dans les quatre jugements analysés, il y a une avancée juridique importante pour les enseignantes contractuelles qui se voient désormais conférer une certaine protection d'emploi jusque-là généralement niée. Les commissions scolaires (et d'autres employeurs) devront donc changer leurs pratiques au moment du renouvellement du

est clairement établi qu'un non-renouvellement de contrat peut équivaloir à un congédiement dans le contexte de l'exercice par la salariée d'un droit protégé par la Loi. À plus forte raison, l'exigence de disponibilité au travail peut être écartée lorsqu'elle crée une discrimination fondée sur la grossesse contrairement aux prescriptions de la *Charte*.

¹⁹² Par analogie, citons un précédent récent de la Cour d'appel, *Syndicat de l'enseignement du Lac Saint-Jean c. Commission scolaire du Lac Saint-Jean*, C.A. no 200-09-00070-943, 13 février 1998, dans lequel la Cour, sans décider du bien-fondé de l'interprétation arbitrale, a jugé que l'interprétation selon laquelle une commission scolaire doit octroyer un contrat à une personne inscrite sur une liste de rappel et lui verser ensuite ses prestations d'assurance salaire, même lorsque cette dernière est malade et n'est pas immédiatement disponible, était raisonnable. Ce raisonnement s'applique à plus forte raison lorsque la non-disponibilité immédiate est reliée à l'une des caractéristiques de la grossesse comme motif de discrimination.

contrat des femmes enceintes et reconnaître que la grossesse ne peut constituer, en règle générale, une justification pour ne pas renouveler un contrat de travail.

Combien de travailleuses ont soit retardé leur désir légitime d'avoir un enfant jusqu'à ce qu'elles occupent un emploi mieux protégé, soit écourté leur congé pour être assurées de retrouver leur emploi ?

Ces jugements ont une caractéristique en commun : les faits révèlent qu'il existait un lien d'entreprise en vertu duquel les travailleuses enceintes auraient dû obtenir le renouvellement de leur contrat de travail. On peut alors se demander pourquoi il faudrait renouveler le contrat d'une travailleuse qui n'est pas disponible. Ne crée-t-on pas alors une fiction juridique ? Non, puisqu'il s'agit avant tout d'accorder les impératifs de la protection du droit à l'égalité dans l'emploi avec la réalité vécue par les travailleuses.

Ainsi, dans toutes les situations de renvoi discriminatoire où il est possible d'établir l'existence d'un lien d'entreprise, l'application de la notion de renvoi de la *Charte* doit prévaloir sur l'application de la notion civiliste de contrat de travail à durée déterminée. En vertu du principe selon lequel la *Charte* doit être interprétée de façon large et libérale en fonction de son objet, soit la protection des droits et libertés, au nombre desquels figure le droit à l'égalité dans l'emploi, il importe de maintenir au bénéfice des travailleuses les droits et les avantages normalement rattachés à leur qualité d'employées sans qu'elles n'aient à subir de désavantages en raison de la maternité et de ses obligations. Nous pouvons aussi invoquer un motif tiré de la disposition préliminaire du *Code civil du Québec* qui énonce que le code doit être interprété en harmonie avec la *Charte*.

En réponse à ceux qui ne voient là qu'une simple fiction, nous soutenons que cette question doit s'apprécier en tenant compte des incidences réelles et concrètes d'un non-renouvellement quant au bénéfice des droits et avantages rattachés à l'emploi sur l'ensemble de la carrière des travailleuses.

Compte tenu de leurs répercussions, nous ne pouvons retenir, comme constituant un accommodement raisonnable, la pratique de scinder le contrat en deux, en confiant à celui-ci à quelqu'un d'autre un à une autre travailleuse pendant le congé de maternité et en octroyant ensuite à la première un nouveau contrat lorsqu'elle sera de nouveau disponible¹⁹³. La scission du contrat a pour effet de faire perdre non seulement les avantages immédiats qu'offre cet emploi durant le congé de maternité (par exemple, l'indemnité supplémentaire de maternité), mais aussi les avantages à long terme (telle l'ancienneté, particulièrement si le cumul des années conduit à un poste permanent). De plus, dans les milieux où les contrats sont pour une saison ou pour une session complète (ce qui ne semblait pas le cas en l'espèce), la scission du contrat a pour effet de faire perdre le salaire pour la période résiduaire du contrat où la travailleuse aurait été disponible.

Afin de permettre de déterminer l'existence d'un lien d'entreprise entre l'employé contractuel et l'employeur, il est proposé dans le document de recherche intitulé *Lignes directrices sur la discrimination fondée sur la grossesse* de la Commission des droits de la personne, de tenir compte à la fois d'indices formels présents dans les clauses du

¹⁹³ Cette solution, critiquable parce qu'elle ne répond pas aux besoins de la travailleuse enceinte, a été mise de l'avant dans *Musée de la civilisation et Syndicat de la fonction publique*, (1995) T.A. 919 (en appel).

contrat et d'indices matériels tirés de l'historique de la relation contractuelle et de l'historique de la fonction. Voici en résumé la démarche proposée :

« Par indices formels, nous entendons ici les clauses que comporte le contrat d'emploi : en particulier, la clause de renouvellement automatique sauf avis contraire, lorsqu'interprétée dans une perspective non formaliste, constitue un bon indice de la volonté de l'entreprise de conférer, au-delà du terme stipulé, un caractère de continuité à la fonction. Les indices matériels découlent pour leur part de la situation concrète, indépendamment des clauses du contrat, qui sous-tend la relation existant entre la salariée et l'employeur : l'on attachera ici de l'importance, le cas échéant, non seulement à l'historique des relations liant la salariée à l'entreprise, mais également à l'historique de la fonction ou du poste même, à l'attitude de l'entreprise après le renvoi ou le refus d'embauche, à la comparaison de la situation de la salariée avec celle de collègues de travail remplissant une tâche similaire, etc.

Il y aura donc présence d'un lien d'entreprise :

a) lorsque la salariée a bénéficié d'une succession de contrats à durée déterminée (même s'il y a eu interruption, par exemple en cas de contrats saisonniers), de sorte que le rattachement de la salariée à l'entreprise s'apparente dans les faits à une relation à durée indéterminée;

ou

b) lorsque la fonction assumée, considérée d'une manière objective c'est-à-dire indépendamment de l'historique des relations contractuelles entre l'employeur et la salariée, revêt dans les faits un degré suffisant de continuité, qui l'apparente davantage à un emploi à durée indéterminée qu'à un poste purement temporaire. »¹⁹⁴

Il nous apparaît que la notion de lien d'entreprise empruntée à l'interprétation des lois de protection du travail s'accorde d'autant plus harmonieusement avec l'interdiction de la

¹⁹⁴ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, par Michel Coudu et Maurice Drapeau), *Lignes directrices sur la discrimination fondée sur la grossesse*, 1994, Cat. 120-15.

discrimination dans l'emploi comme règle d'ordre public que la portée du terme « renvoi » de l'article 16 de la *Charte* est suffisamment large pour couvrir les situations de non-renouvellement de contrat de travail à durée déterminée. La présence d'un lien d'entreprise permet alors de dire que, n'eût été de la discrimination, le contrat aurait été renouvelé. En outre, compte tenu de l'existence d'un lien d'entreprise, le fardeau de la preuve qui incombe à l'employeur, qui doit démontrer qu'il a satisfait à l'obligation d'accommodement sans contrainte excessive, sera d'autant plus difficile à établir que l'on considère que la salariée avait droit au renouvellement de son contrat, assorti de mesures d'accommodement durant le congé de maternité.

Dans *Lignes directrices sur la discrimination fondée sur la grossesse*, on trouve également un commentaire relatif à l'effet du lien d'entreprise sur le fardeau de la preuve d'une contrainte excessive :

« Lorsque la présence d'un lien d'entreprise est établie, la preuve d'une contrainte excessive demeure fort exigeante, puisque le non-octroi du contrat correspond en réalité à une rupture du lien d'emploi. En effet, la situation de la salariée à contrat d'une durée déterminée s'assimile en ce cas, au regard de la Charte des droits et libertés de la personne et du droit public en général, à celle d'une salariée s'inscrivant dans une relation d'emploi à durée indéterminée. Dans un grand nombre de cas, l'employeur devra donc se conformer, en dépit du terme déterminé stipulé au contrat, à une obligation d'accommodement raisonnable. »¹⁹⁵

¹⁹⁵ *Ibid.*

C. LE DROIT DES FEMMES ENCEINTES DE S'ABSENTER DU TRAVAIL

Le droit des femmes enceintes de s'absenter du travail a un double fondement légal : l'obligation d'accommodement dictée par la *Charte des droits et libertés de la personne* et le droit au congé de maternité consacré par la *Loi sur les normes du travail*.

1. Un accommodement dicté par le droit à l'égalité dans l'emploi

Est-il nécessaire de rappeler que le principal besoin lié à la condition d'une travailleuse enceinte est celui de s'absenter du travail soit pour subir des examens, soit pour quelque raison de santé liée à la grossesse (que ce soit en vertu du droit au retrait préventif ou de l'assurance invalidité), soit pour le congé de maternité, prévu à la fois pour la santé de la mère et pour lui permettre de prendre soin du nouveau-né. Ce besoin de s'absenter du travail peut entrer en conflit avec les règles d'emploi exigeant d'être disponible pour la durée du contrat, qu'il s'agisse de la règle de disponibilité immédiate ou de la règle de disponibilité future.

Le caractère particulier de ce besoin de s'absenter pour cause de grossesse a été reconnu par la Cour supérieure dans le jugement *Commission scolaire du Lac Saint-Jean*¹⁹⁶ :

« Bien qu'on puisse considérer que l'exigence d'un employeur d'avoir des employés immédiatement disponibles et prêts à accomplir l'intégralité de la prestation de travail à laquelle ils s'engagent soit raisonnable et valable dans la majorité des cas, il faut bien reconnaître que l'absence pour cause de grossesse jouit d'un statut particulier. »

¹⁹⁶ *Commission scolaire du Lac St-Jean*, précité, note 190.

Ce jugement reprend le principe posé dans les arrêts *Brooks*¹⁹⁷ et *Mongrain*¹⁹⁸, selon lequel l'absence pour cause de grossesse a le statut d'un droit.

Le Tribunal des droits de la personne du Québec a fait preuve d'originalité dans la décision *Lingerie Roxanna*¹⁹⁹ en reconnaissant le droit à l'accommodement en matière de discrimination fondée sur la grossesse. Les faits sont relativement simples : en raison des examens prénatals que devait subir la travailleuse, une opératrice couturière, celle-ci arrivait occasionnellement en retard ou ne pouvait se présenter au travail ; bien qu'elle avisait son contremaître à l'avance, l'employeur, insatisfait, l'a congédiée. Le Tribunal a examiné la portée de l'interdiction de la discrimination en emploi fondée sur la grossesse et a conclu que l'obligation d'accommodement était inhérente à l'exercice effectif du droit à l'égalité dans ce contexte :

« Le critère de grossesse commande une telle interprétation de l'accommodement raisonnable. Une femme enceinte, de par sa condition, doit dans certains cas être accommodée par son employeur pour exercer son travail. Sans accommodement, cette employée pourra, dans certaines situations, être forcée de faire un choix entre le maintien de son emploi et la protection de sa santé. Les femmes enceintes doivent donc pouvoir être accommodées pour certaines fins particulières reliées à leur état de grossesse. »

Parmi les exemples cités par le tribunal, on trouve « la possibilité de s'absenter et les congés sans solde », ce qui, il va sans dire, inclut le droit au congé de maternité :

« Le transfert temporaire à un emploi plus sécuritaire, le temps partiel, les heures flexibles, le droit de refuser de faire du temps supplémentaire, la possibilité de s'absenter et les congés sans solde sont quelques-unes des modalités que pourraient considérer les employeurs au sujet de l'accommodement des femmes enceintes. »

¹⁹⁷ Arrêt *Brooks*, précité, note 60.

¹⁹⁸ Arrêt *Mongrain*, précité, note 107.

¹⁹⁹ *Lingerie Roxanna*, précitée, note 79.

Dans l'approche nouvelle qu'il met de l'avant, le Tribunal reconnaît ainsi que l'accommodement est une composante intrinsèque du droit à l'égalité et que son absence peut être constitutive de discrimination²⁰⁰. Il n'est plus considéré comme un simple moyen de défense soulevé uniquement après le fait ; le refus d'accommoder devient lui-même un acte constitutif de discrimination.

De même, dans la décision *C.D.P.Q. (Sasseville) c. Commission scolaire Jean-Rivard*²⁰¹, le Tribunal a décidé que le refus de l'employeur de renouveler le contrat d'une enseignante contractuelle était fondé sur la grossesse parce qu'elle aurait à s'absenter durant une partie de l'année scolaire. Selon le Tribunal, il appartenait à l'employeur de faire la preuve que son obligation d'accommodement raisonnable ne pouvait être remplie sans qu'il subisse de contrainte excessive.

2. La preuve d'une contrainte excessive

Le fardeau de démontrer que l'exigence de disponibilité ne peut faire l'objet d'aucun accommodement sans contrainte excessive repose sur l'employeur²⁰². On trouve dans les *Lignes directrices sur la discrimination fondée sur la grossesse*, de la Commission des droits de la personne, plusieurs critères objectifs permettant de mesurer cette la contrainte, notamment :

²⁰⁰ *Ibid.*, citant sa décision dans *C.D.P.Q. (Martel) c. Ville de Montréal*, (1994) R.J.Q. 2097. 2104 (T.D.P.Q., Michèle Rivet).

²⁰¹ *Sasseville*, précité, note 81.

²⁰² Comme l'a décidé la Cour suprême dans *Central Alberta Dairy Pool*, précité, note, 32, et *Renaud*, précité, note 30.

- les facteurs liés à la possibilité d'assurer le remplacement pendant le congé de maternité, tels que la taille de l'entreprise, l'interchangeabilité des effectifs ou l'existence d'un bassin de recrutement ;
- la durée plus ou moins longue du contrat de travail par rapport à certaines contraintes, telles que le caractère saisonnier, la nécessité d'une formation, etc. ;
- le coût financier des remplacements²⁰³.

En cours d'emploi, on peut difficilement imaginer que l'employeur puisse invoquer que le congé de maternité et le remplacement de l'employée lui imposent une contrainte excessive puisque le législateur, en reconnaissant le statut d'accommodement légal du droit au congé de maternité dans la *Loi sur les normes du travail*, signifie que la contrainte ne peut être excessive. Nous assumons qu'il en va de même dans les cas du renouvellement du contrat à durée déterminée, puisque la situation de la salariée enceinte peut être assimilée à celle de toute employée régulière, lorsque son contrat à durée déterminée aurait été renouvelé n'eût été de la discrimination.

Ainsi, dans l'arrêt *Mongrain*²⁰⁴, la Cour d'appel fédérale jugea que l'employeur n'avait pas prouvé qu'il avait rempli son obligation d'accommodement. Selon elle, le tribunal était fondé à conclure que l'accommodement sous forme de congé de maternité ne pouvait devenir une contrainte excessive pour l'employeur :

« En fait tout ce qu'a demandé Mme Mongrain était un congé sans solde d'exactly la même nature que celui dont elle avait déjà bénéficié.

²⁰³ *Loc. cit.*, note 75.

²⁰⁴ *Mongrain*, précité, note 107.

Dans ces circonstances, il m'est impossible d'imaginer quelle sorte de contrainte, même minimale, cela pourrait causer à l'employeur et la preuve n'en révèle aucune. »

Nous sommes d'avis que le même raisonnement peut très souvent être appliqué à la situation des employées à statut précaire au moment du renouvellement de leur contrat ou de leur rappel au travail. Dans ces circonstances, la preuve de contrainte excessive paraît incongrue compte tenu que l'obligation d'accommodement sous forme de congé de maternité est prévue dans la *Loi sur les normes du travail* et que les employées régulières ou permanentes, titulaires de la sécurité d'emploi, peuvent déjà s'en prévaloir.

Il nous apparaît donc que la Cour supérieure était tout à fait fondée à adopter, dans le jugement *Commission scolaire du Lac Saint-Jean*²⁰⁵, un raisonnement similaire. En effet, elle a conclu que la preuve n'avait pas été faite que l'octroi d'un contrat à temps partiel à une femme enceinte, non immédiatement disponible, créait à l'employeur une contrainte plus grande que celle d'accorder ce contrat à une femme enceinte immédiatement disponible, mais qui devra être remplacée au moment de son accouchement.

Sur ce point, nous sommes en désaccord avec la décision rendue en Colombie-Britannique dans l'affaire *Bonetti*²⁰⁶, où la commissaire a retenu que l'assouplissement d'une règle de stabilité à son poste pour toute l'année à venir aurait constitué une contrainte excessive. D'une part, la décision s'appuie sur la notion de « nécessité d'affaires », notion importée du droit américain, qui offre un critère moins strict que la notion de contrainte excessive. D'autre part, avant de se prononcer sur le degré de contrainte, il eut fallu examiner les possibilités d'accommodement, en particulier le

²⁰⁵ *Commission scolaire du Lac Saint-Jean*, précité, note 190.

²⁰⁶ *Bonetti*, précité, note 160.

remplacement durant le congé de maternité par la personne qui a été choisie pour prendre la place de la travailleuse rétrogradée de son poste.

3. Le droit au congé de maternité prescrit par la *Loi sur les normes du travail* comme accommodement légal

Le congé de maternité est une suite logique de la grossesse et la protection contre la discrimination fondée sur cette dernière s'étend au-delà de l'accouchement.

Afin de permettre aux travailleuses de concilier emploi et maternité, la *Loi sur les normes du travail* consacre le droit au congé de maternité (actuellement, un congé sans solde de dix-huit semaines). Ce droit est défini comme une absence du travail destinée à donner naissance à un enfant sans qu'il y ait perte d'emploi. Cette mesure sociale constitue un accommodement légal qui reconnaît la contribution des femmes à l'ensemble de la société, en s'assurant qu'elles ne soient pas les seules à assumer les coûts de la maternité.

La principale protection qui découle du droit au congé de maternité est le droit de retour au travail avec le maintien des avantages de l'emploi ; l'article 81.15 de la *Loi sur les normes du travail* impose à l'employeur l'obligation de réintégrer la salariée dans son poste habituel à l'expiration du congé avec les mêmes avantages, y compris le salaire auquel elle aurait droit si elle était restée au travail. L'article 122 de la *Loi sur les normes du travail* interdit expressément que soit invoqué le fait qu'une salariée soit enceinte ou qu'elle se soit prévalu du congé de maternité pour la congédier, la suspendre, la déplacer ou lui imposer des mesures discriminatoires, des représailles ou toute autre sanction.

Contrevenir à cette disposition constitue un acte illicite à l'encontre duquel la loi prévoit un recours spécifique²⁰⁷.

Le jugement du Tribunal des droits de la personne dans l'affaire *C.L.*²⁰⁸, où l'employeur a réduit les heures de travail de l'employée à son retour, au point où celle-ci a dû démissionner, s'ajoute aux nombreuses décisions des commissaires du travail rendues en application de la *Loi sur les normes du travail* et qui rappellent régulièrement que le droit au congé de maternité n'a de sens véritable que si le retour à l'emploi est assuré avec tous ses avantages. Combien de travailleuses ne peuvent réintégrer leur emploi après un congé de maternité parce que l'employeur a décidé qu'il préférerait (peu importe la raison) garder à son emploi la personne qui avait été embauchée pour assumer le remplacement.

Cependant, comme il faut avoir le statut d'employée pour avoir droit au congé de maternité et au recours pour congédiement illégal, le recours prévu par la *Loi sur les normes du travail* ne peut toujours être exercé. Il en est ainsi lorsque la travailleuse est candidate à l'embauche ou lorsque les employées ont un statut précaire, notamment les contractuelles en période de renouvellement de contrat ou celles sur appel en situation de mise à pied. Dans de semblables situations, le recours pour discrimination prévu par la *Charte des droits et libertés de la personne* semble être le plus approprié. Ajoutons que même dans les circonstances où un recours en vertu de la *Loi sur les normes du travail* peut être considéré, nous croyons que, sous réserve des règles de litispendance et d'autorité de la chose jugée, le recours pour discrimination illicite demeure ouvert et peut

²⁰⁷ Pour des précisions sur le droit au congé de maternité et sur le recours pour acte illicite, voir Nathalie-Anne BÉLIVEAU, *La situation juridique de la femme enceinte au travail*, Ed. Yvon Blais, 1993.

²⁰⁸ Précité, note 164.

même offrir l'avantage d'examiner la question sous l'angle d'une atteinte au droit à l'égalité.

Dans un recours pour discrimination, compte tenu du droit au congé de maternité et de la protection de l'emploi qui y est associé, on ne saurait admettre une défense de contrainte excessive dans les situations où la travailleuse est déjà en emploi. Comme exception envisageable, on peut imaginer celle où l'employeur n'ayant pas d'autre choix, aurait précisé, lors de l'embauche initiale pour un contrat de courte durée, que la présence immédiate au travail et la disponibilité pour un temps défini constituent dans les circonstances une qualité requise par l'emploi, laquelle ne peut donner lieu à aucun accommodement sans entraîner des contraintes excessives.

L'interprétation juridique de la discrimination fondée sur la grossesse, notamment de celle résultant des règles de disponibilité au travail, doit répondre aux attentes sociales créées par l'évolution du marché du travail, où la présence des femmes est de plus en plus marquée. Autres temps, autres mœurs. À nouvelle réalité sociale, nouvelle réalité juridique. Les absences temporaires pour motif de grossesse doivent être considérées comme inhérentes à celles-ci. Par conséquent, les employeurs n'ont d'autre choix que de s'y adapter et de les prendre en compte.

L'interdiction de la discrimination fondée sur la grossesse joue donc un rôle capital dans la protection de l'emploi des travailleuses enceintes, et plus particulièrement de celles qui ont un statut d'emploi précaire. La protection du droit à l'égalité dans l'emploi sans discrimination est un pont juridique assurant plus équitablement le passage entre l'emploi et la maternité, avant et après l'accouchement, sans que les travailleuses ne subissent de désavantages et de préjudices en raison de leurs besoins caractéristiques.

CHAPITRE IV

LA DISCRIMINATION

PRIVANT DES AVANTAGES LIÉS À L'EMPLOI

L'arrêt *Brooks*²⁰⁹ a décidé, de façon incontestable, que la privation des avantages sociaux liés à l'emploi en raison de la grossesse constituait une discrimination :

*« Les avantages sociaux sont de plus en plus souvent intégrés dans les conditions de travail. Dès qu'un employeur décide de fournir un régime d'avantages sociaux, il ne peut pas faire d'exclusion de façon discriminatoire. Une indemnisation sélective de cette nature reviendrait clairement à la discrimination fondée sur le sexe. Les avantages fournis dans le cadre de l'emploi doivent être fournis sans discrimination. »*²¹⁰

Deux situations, qui sont susceptibles de se produire, correspondent aux deux formes, directe et indirecte, de discrimination. Lorsque des avantages sociaux (l'assurance invalidité, les crédits de congés de maladie accumulés, la participation à un fond de retraite) sont intégrés dans les conditions de travail, leur exclusion constitue une discrimination directe. Le refus d'accorder un avantage consenti à d'autres employés constitue à l'évidence un traitement différent (tout comme le refus d'assurer l'admissibilité au régime d'assurance invalidité, comme nous le verrons dans l'arrêt *Brooks*).

Deuxièmement, lorsqu'une règle neutre écarte tous les travailleurs absents du travail de certains avantages sociaux (vacances payées, indemnités ou primes diverses) ou encore, prive la personne de l'ancienneté et de la durée du temps de service sans qu'une mesure d'accommodement ait été prévue pour éviter que les employées ne subissent un effet discriminatoire, la discrimination est indirecte. L'absence d'accommodement pour répondre aux besoins des travailleuses leur impose alors un fardeau disproportionné compte tenu que c'est leur maternité qui les oblige à s'absenter.

²⁰⁹ *Brooks*, précité, note 60.

²¹⁰ *Id.*, 1240.

Pour mémoire, la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*²¹¹ a prévu de compléter l'obligation d'instituer l'octroi de congés de maternité par « la garantie [...] des droits d'ancienneté et des avantages sociaux ». Cette garantie est présente dans la *Loi sur les normes du travail* : l'article 81.15 de cette loi et l'article 31 de son règlement d'application prévoient la réintégration au travail avec « les avantages dont elle [la femme enceinte] aurait bénéficié si elle était restée au travail ». La *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, à l'article 43, prévoit que la travailleuse qui exerce son droit au retrait préventif « conserve tous les avantages liés à l'emploi qu'elle occupait ».

A. LE DROIT AUX AVANTAGES LIÉS À L'ÉTAT DE SANTÉ

La travailleuse enceinte peut, dans certains cas, être affectée par des problèmes de santé liés à sa grossesse. Dans ces circonstances, elle a le droit de bénéficier des protections qu'offre l'emploi contre la maladie et l'invalidité.

1. L'inclusion des problèmes de santé liés à la grossesse dans le régime d'assurance invalidité

a) Le principe du droit à l'assurance invalidité sans exclusion

Les faits de l'arrêt *Brooks*²¹² sont simples. En vertu du régime collectif d'assurance maladie de l'employeur, les femmes enceintes ne pouvaient recevoir de prestations d'invalidité pendant une période de dix-sept semaines, période commençant la dixième

²¹¹ *Code des droits et libertés*, textes réunis par André MOREL, Éd. Thémis, 6^e éd., 1998, p. 384.

²¹² *Brooks*, précité, note 60.

semaine précédant la semaine présumée de l'accouchement et finissant la sixième semaine le suivant. Cour suprême a donné, dans cet arrêt, une définition large de la discrimination découlant de la privation d'avantages sociaux. Elle a convenu sans difficulté que de priver les femmes enceintes d'avantages sociaux offerts aux autres employés constituait un traitement défavorable. En faisant une distinction entre la grossesse et tous les autres motifs de santé justifiant une absence du travail, le régime collectif d'assurance maladie entraîne des désavantages.

La Cour suprême a fondé son analyse non seulement sur le contrat de travail, mais sur l'ensemble des avantages liés à l'emploi. Il y a ici un enchaînement de droits : lorsque le contrat de travail comporte des avantages liés à l'emploi, toutes les femmes ont droit aux divers régimes d'avantages sociaux sans avoir à subir d'exclusion discriminatoire. L'exclusion expresse de femmes enceintes d'un régime d'avantages constitue une discrimination directe.

« Si l'état de santé lié à la procréation ne constitue pas un motif légitime de s'absenter du travail, il est difficile d'en imaginer un autre. Considérée dans son contexte social, la grossesse constitue un motif de santé parfaitement légitime de ne pas se présenter au travail et, à ce titre, elle devrait donner droit aux prestations prévues par le régime de Safeway. Pour l'employée, les conséquences économiques de l'incapacité d'exécuter les tâches que son travail comporte sont les mêmes que cette incapacité résulte d'une grossesse ou d'un autre motif de santé entraînant l'absence du travail. »²¹³

²¹³ *Id.*, 1237 et 1238.

b) L'interdiction d'exiger le paiement anticipé des primes

L'affaire *Parcels* a offert l'occasion d'une décision complémentaire à cet égard²¹⁴. La commissaire a jugé que les employées enceintes qui avaient des problèmes de santé devaient être compensées au même titre que ceux absents pour des raisons de maladie. Elle a en outre décidé que la clause de la convention collective selon laquelle les employées en congé de maternité devaient payer d'avance leurs primes d'assurance pour conserver leur couverture d'assurance invalidité était discriminatoire. En effet, pour maintenir son droit au bénéfice de l'assurance invalidité, madame Parcels a dû payer la totalité des primes durant son congé de maternité, alors que les autres employés n'y étaient pas tenus. La commissaire a ordonné que la convention collective soit modifiée.

Elle a consacré le principe que, lorsqu'une employée enceinte s'absente pour des raisons de santé, l'employeur doit l'indemniser de la même façon qu'il indemnise les autres employés en congé de maladie. Elle doit être compensée pour la pleine période d'absence pour des raisons de santé, que l'absence ait lieu avant ou après le congé de maternité.

c) La prohibition de la présomption que l'absence est un congé de maternité anticipé

Bien que l'arrêt *Brooks* date de 1989, il existe encore trop de cas où la grossesse est exclue de la couverture des régimes d'assurance invalidité. Ainsi, selon certaines clauses de conventions collectives de travail, l'employée en congé de maternité spécial (un congé avant le congé ordinaire de maternité) à cause de problèmes de santé liés à la grossesse,

²¹⁴ *Parcels c. Red Deer General and Auxilliary Hospital*, (1992) 15 C.H.R.R. 257 (Alb., Anne de Villars), confirmé à (1992) 17 C.H.R.R. 167 (Alb. Ct. Q.B.).

est réputée débiter son congé à la huitième semaine précédant son accouchement. Ces clauses sont généralement interprétées comme excluant la travailleuse enceinte du droit au bénéfice de l'assurance invalidité et l'obligeant à se prévaloir immédiatement de son congé de maternité. Une telle interprétation est incompatible avec les conclusions de l'arrêt *Brooks*, plus particulièrement avec celle qui donne à l'employée le droit de choisir le régime d'avantages sociaux le plus profitable auquel elle serait admissible sans avoir à subir de discrimination.

Ainsi, dans l'affaire *Parcels*²¹⁵, la commissaire a rejeté l'argument selon lequel il devrait y avoir une période où l'on présume le début et la fin d'une absence maladie liée à la grossesse. Selon elle, il y a trop de variation dans l'évolution d'une grossesse d'une femme à l'autre pour établir une telle présomption. Les employées ont seulement à suivre la procédure médicale prescrite pour avoir droit à l'indemnité. Celle qui remplit ces conditions a le droit de choisir le régime le plus avantageux pour elle, soit l'assurance chômage et l'indemnité supplémentaire, soit les prestations d'invalidité.

De même, dans l'affaire *Stagg*²¹⁶, le commissaire a jugé que, comme l'employée enceinte avait le droit de se prévaloir du régime le plus avantageux, l'employeur ne pouvait l'obliger à utiliser les prestations de maternité de l'assurance chômage au lieu de bénéficier entièrement de son assurance invalidité. Une fois de plus, c'est en raison d'une clause présumant que l'employée était en congé de maternité un nombre déterminé de semaines avant l'accouchement, qu'il y avait discrimination. Dans ce cas, les employées devaient prendre leur congé de maternité trois mois avant l'accouchement. Il y a ainsi discrimination non seulement en ce qui touche la perte d'indemnité, mais aussi

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ *Stagg v. Intercontinental Packers*, (1993) 18 C.H.R.R. 392 (Sask., Gary L. Bainbridge).

en ce qui a trait à la date de début du congé fixée longtemps avant l'accouchement, car c'est à la travailleuse qu'il revient de fixer la date de son congé.

Comme position de principe, dans l'affaire *Wight*²¹⁷, la commissaire a décidé qu'une employée qui avait des problèmes de santé liés à sa grossesse avait le droit de choisir de réclamer l'assurance invalidité plutôt que de demander son congé de maternité.

2. L'utilisation des jours de congé de maladie accumulés

La conclusion de l'arrêt *Brooks* sur le droit aux avantages sociaux liés à l'emploi, notamment l'indemnité d'assurance invalidité, s'étend au droit d'utiliser les congés de maladie accumulés lorsque les conditions médicales de la grossesse le requièrent. Les employées, ou qui ont récemment accouché, ont donc le droit, comme mesure de remplacement du revenu (en l'espèce 100 %), de prendre des jours de congé de maladie accumulés.

Ce principe a été reconnu par la Commission ontarienne d'enquête dans l'affaire *Crook*²¹⁸. L'employeur a considéré que madame Crook était en congé de maternité non payé à compter de la date de son accouchement, la privant par le fait même des bénéfices des jours de congé de maladie accumulés. La commissaire a décidé que le refus d'accorder le bénéfice des congés de maladie accumulés constituait une discrimination. Selon les rapports médicaux, la maladie de madame Crook après l'accouchement a été causée par une dépression *post-partum* imprévue et une condition préexistante de stress

²¹⁷ *Wight c. Office of the Legislative Assembly*, (1998) 33 C.H.R.R. 191 (Ont. Bd. Inq., Loretta Mikus).

²¹⁸ *Crook c. Ontario Cancer Treatment and Research Foundation*, (1998) 30 C.H.R.R. 104 (Ont., Brettel Dawson), confirmé en appel (1998) 31 C.H.R.R. » 401 (Ont. Ct.). Voir au même effet : *Treasury Board v. Cohen*, (1983) 4 C.H.R.R. 1169 (T.D.P.C.).

qui justifiaient une absence du travail au motif d'invalidité. Bien qu'il s'agisse d'une situation particulière plus que d'une règle générale, ce cas est exemplaire.

L'argument principal de l'employeur était que le refus de consentir le bénéfice des jours de congé de maladie accumulés était justifié puisqu'ils étaient réservés aux employés qui, n'eût été de leur maladie, seraient au travail. Selon son argument, tous ceux qui étaient en absence autorisée sans traitement étaient privés du bénéfice des congés de maladie, peu importe le motif d'absence, même le congé de maternité, puisque pendant leur absence sans traitement ils ne pouvaient s'attendre à recevoir aucun remplacement de revenu. La commissaire a rejeté cet argument et a jugé que le motif d'absence, la grossesse, devait être considéré. Selon elle, le fait d'assimiler la celle-ci à tout autre motif d'absence procède d'un jugement tronqué ; la travailleuse enceinte souffrant de problèmes de santé liés à sa grossesse doit être comparée aux autres employés en situation d'invalidité pour maladie pour pouvoir déterminer s'il y a un traitement discriminatoire.

En l'espèce, la convention collective prévoyait des congés de maladie payés pour des absences en raison d'une maladie, et madame Crook satisfaisait aux conditions d'admissibilité pour utiliser ces congés, qui lui furent refusés parce qu'elle était enceinte. Le refus de permettre l'utilisation des congés de maladie impute le coût de la grossesse seulement aux femmes enceintes, en leur faisant subir un désavantage que les employés masculins ne subissent pas. On se trouve en l'occurrence en présence d'une discrimination directe.

Précisons enfin que le moment de l'accouchement et la date du début du congé de maternité n'empêchent pas en soi l'admissibilité aux congés de maladie. Si les conditions médicales sont réunies, cet avantage s'ajoute au congé de maternité prévu par

la loi, lequel ne constitue qu'un droit minimum pouvant être complété par d'autres avantages sociaux.

B. LES AVANTAGES SOCIAUX

Le congé de maternité en est un sans traitement dont le remplacement de revenu est constitué des prestations provenant de l'assurance emploi, et de prestations complémentaires lorsque la convention collective le prévoit. L'une des controverses actuelles est de savoir si la travailleuse enceinte a droit aux avantages sociaux au même titre que les autres employés. Nous adopterons la position de principe qu'elle y a généralement droit lorsque l'avantage peut être rattaché au fait d'être à l'emploi, et cela malgré le fait que la règle établie par l'employeur rattacherait cet avantage à l'exécution du travail (les vacances payées, certaines commissions et primes, par exemple).

1. Les vacances payées

a) L'utilisation ou le report des vacances

Dans l'affaire *Cohen*²¹⁹, l'employeur a refusé à madame Cohen la permission de prendre ses vacances payées durant son congé de maternité. Le tribunal de révision a décidé que ce refus était discriminatoire et que l'employée avait le droit d'utiliser ses vacances payées pour son congé de maternité, à défaut de recevoir une indemnité de congé de maternité plus avantageuse. L'employeur ne peut donc refuser l'utilisation des vacances payées aux fins de donner naissance à un enfant. L'employeur aurait dû être plus accommodant en permettant à l'employée d'opter pour l'absence sous forme de vacances

²¹⁹ *Treasury Board v. Cohen*, (1983) 4 C.H.R.R. 1169.

payées plutôt que de prendre un congé de maternité non payé, et de la priver ainsi d'un revenu.

Dans les milieux de travail régis par des conventions collectives, on a recours généralement au report des semaines de vacances après le congé de maternité.

b) Le calcul de la paye de vacances

Dans l'affaire *Roussin*²²⁰, le Tribunal des droits de la personne a été saisi d'une question relative au calcul du montant alloué pour les vacances annuelles dans le cas des employées qui travaillent à temps partiel. Le fondement de l'action était le suivant : une convention collective qui ne considère aucun revenu durant le congé de maternité (ni les prestations de maternité reçues ni le salaire moyen que la travailleuse aurait reçu n'eût été de son congé) crée une discrimination, puisque la paye de vacances est nécessairement inférieure à ce à quoi elle aurait droit si on considérait un remplacement de revenu durant le congé de maternité.

En l'espèce, l'employeur a calculé la paye de vacances sans tenir compte des prestations de maternité reçues durant le congé de maternité (assurance chômage et prestations complémentaires) et des indemnités versées lors du retrait préventif ; il invoquait la raison que ces indemnités ne sont pas mentionnées dans la clause traitant du calcul de la paye de vacances. Toutefois, cette clause permet de prendre en considération, pour le calcul du congé annuel des employés à temps partiel, les prestations d'assurance salaire reçues pendant un congé de maladie ou à la suite d'un accident du travail. Les

²²⁰ *C.D.P.Q. (Roussin) c. Centre hospitalier régional de Lanaudière, T.D.P.Q., District de Joliette, no 705-53-000007-982, 17 août 1998 (règlement hors cour).*

travailleuses enceintes sont donc traitées différemment de ceux en situation d'invalidité, ce qui constitue une discrimination directe.

L'argument est le suivant : le fait que le congé annuel des femmes qui doivent prendre un congé de maternité ne tient pas compte des indemnités relatives à la grossesse désavantage celles-ci par rapport aux autres employés absents pour des raisons de maladie, et pour lesquels on considère les prestations d'invalidité.

De son côté, l'employeur invoquait le fait que le congé de maternité en est un sans traitement. Cela est théoriquement vrai ; mais il ne faut pas oublier qu'en vertu d'un pacte social, les prestations de maternité ont été reportées sur l'ensemble de la société plutôt que sur les seuls employeurs. En ce sens, ces prestations doivent être considérées comme un véritable remplacement de revenu. Au niveau des normes de gestion, le congé de maternité ne doit donc pas être considéré sur le même pied que les autres types de congé sans traitement.

L'affaire *Roussin* a fait l'objet d'un règlement amiable qui prévoit la réparation pécuniaire pour la victime, de même qu'une mesure collective de redressement pour l'ensemble des infirmières. En effet, les parties à la convention collective nationale ont recommandé aux centres hospitaliers de considérer à l'avenir les prestations de maternité dans le calcul de la paye de vacances comme mesure d'accommodement.

Encore mieux : à la suite du règlement, les parties ont négocié une clause qui prévoit une pleine paye de vacances calculée sur le salaire antérieur ayant servi à déterminer les prestations de maternité.

Dans un dossier d'enquête, l'affaire *Viens*²²¹, l'employeur a calculé la paye de vacances en ne considérant aucun revenu pour la période de retrait préventif, ce qui diminuait considérablement le revenu d'emploi déterminant le montant pour les vacances. Outre la réparation de la victime, le règlement prévoit un compromis comme mesure collective de redressement : à l'avenir l'employeur calculera cette paye de vacances selon la règle de la *Loi sur les normes du travail* en cas de congé de maternité.

Dans le même cas, à défaut de disposition plus avantageuse dans la convention collective, la *Loi sur les normes du travail* prévoit une méthode de calcul (le salaire hebdomadaire moyen multiplié par deux ou trois) qui, sans toujours assurer une pleine paye de vacances, comme ce devrait être le cas, évite que celle-ci soit diminuée de façon disproportionnée.

En outre, dans l'affaire *Viens*, le syndicat cherchera à compléter l'acquis en essayant lors de la prochaine négociation collective d'obtenir une clause garantissant la pleine paye de vacances à la suite de toute absence liée à la grossesse, à la maternité et à la parentalité.

2. Le droit aux commissions

Dans l'affaire *Shumacher*²²², il a été convenu, dans le cadre d'une entente soumise pour jugement, qu'une courtière en assurance avait le droit de recevoir les commissions acquises de ses clients pendant son congé de maternité. Comme il s'agissait d'une entente, la commissaire n'a pas eu à se prononcer sur le fait que le refus de l'employeur de lui remettre les commissions constituait ou non une discrimination.

²²¹ C.D.P.D.J. (*Viens*) c. *Services Drummondville inc.*, Dossier d'enquête TRV 10768 (règlement hors cour).

²²² *Schumacher v. McDermaid Agencies*, (1992) 15 C.H.R.R. 230 N.S., Dawna J. Ring).

À notre avis, le refus de remettre les commissions acquises constitue une discrimination puisqu'il pénalise les travailleuses enceintes.

3. Une décision contestable admettant le refus des crédits de congé annuel et de congé de maladie

L'affaire *Dumont-Ferlatte*²²³ a mené à la décision du Tribunal canadien des droits de la personne, confirmée par la Cour fédérale, selon laquelle une clause de convention collective qui prévoit que certains avantages, soit en l'espèce l'accumulation de crédits de congé annuel et de congé de maladie, ainsi que le versement de la prime mensuelle de bilinguisme, ne sont acquis que si l'employé reçoit une rémunération d'au moins dix jours au cours du mois, ne causait pas de discrimination fondée sur la grossesse, même si elle excluait d'emblée les travailleuses pendant leur congé de maternité.

À notre avis, cette décision présente deux lacunes. D'abord, bien que le congé de maternité soit sans traitement, nous avons vu qu'en vertu du pacte de solidarité sociale qui existe, les prestations de maternité en assurance-emploi constituent une forme de remplacement de revenu. Ce fait social doit être reconnu pour ce qu'il est. En étant ainsi considérées comme une forme de rémunération, les prestations de maternité devraient ouvrir droit aux bénéficiaires rattachés à un nombre minimal de jours payés.

D'autre part, même si les employées en congé de maternité ne sont pas traitées autrement que les personnes qui prennent des congés sans traitement pour d'autres motifs, c'est à tort, croyons-nous, que le Tribunal a rejeté l'argument selon lequel il y a discrimination quand une règle d'emploi a pour effet de toucher un plus grand nombre de personnes

²²³ *Dumont-Ferlatte c. Canada*, (1997) 27 C.H.R.R. 365, cette décision a été confirmée par la Cour fédérale (1997) 33 C.H.R.R. 100.

d'un sexe plutôt que l'autre. Ainsi se trouve occulté le phénomène de discrimination indirecte qui peut être causé par une règle apparemment neutre. En l'occurrence, il faut tenir compte du fait que seules les femmes enceintes sont touchées par le congé de maternité puisqu'elles sont les seules à devoir s'en prévaloir.

Par conséquent, la base de comparaison ne doit pas être les conséquences identiques découlant des divers congés sans traitement, mais plutôt les implications de la règle d'emploi à l'endroit précisément des travailleuses enceintes, par comparaison avec les employés qui n'auront pas à se prévaloir d'un congé de maternité. On retrouve cet élément d'analyse dans un commentaire incident du juge Sheehan dans l'affaire *C.D.P.D.J. (Bourdon) c. Ville de Montréal* :

« Le Tribunal a pris connaissance de la décision du Tribunal des droits de la personne du Canada dans Dumont-Ferlatte où on a rejeté la réclamation de divers employés de la Fonction publique fédérale invoquant discrimination au motif qu'on a refusé de leur créditer des congés annuels, des congés de maladie et de leur payer des primes au bilinguisme durant leur congé de maternité. En rejetant la réclamation, on a d'abord souligné que l'existence ou non de la discrimination devait s'analyser en comparant les conséquences rattachées aux différentes formes de congés sans solde plutôt que le traitement accordé aux femmes enceintes par rapport aux autres personnes. Deuxièmement, on a conclu que les bénéfices réclamés faisaient partie de la « rémunération » et que dans le cadre d'un congé « sans solde » de tels bénéfices n'avaient pas leur place. Hormis les différences entre ces deux cas et avec égards pour l'opinion contraire, le Tribunal conclut qu'une approche et une solution différente s'imposent dans le présent cas. »²²⁴

Le Tribunal des droits de la personne a bien cerné le problème : la situation de la travailleuse enceinte ne peut être comparée à aucune autre catégorie d'employés en congé sans traitement ; il faut plutôt voir si la règle d'emploi crée un désavantage en raison de la

²²⁴ *C.D.P.D.J. (Bourdon) c. Ville de Montréal*, (1998) 32 C.H.R.R. 341 (T.D.T.Q) (ci-après citée l'affaire *Bourdon*).

grossesse. Or, il nous apparaît que c'est effectivement le cas lorsque le cumul des crédits de congés annuels et de maladie sont refusés aux travailleuses enceintes, alors même qu'elles y auraient droit si ce n'était de l'obligation de prendre un congé de maternité, lequel doit être distingué de tout autre congé sans traitement. En outre, depuis l'arrêt *Gobeil*²²⁵, il est clair que la base de comparaison doit se faire avec les personnes qui travaillent et non avec celles qui sont en congé sans traitement.

4. La prise en compte du congé de maternité et du congé parental dans le calcul de l'indemnité de mise à pied

Dans l'affaire *Roberge*²²⁶, la question soumise au Tribunal des droits de la personne du Québec²²⁷ consistait à savoir si l'on doit tenir compte du congé de maternité et parental dans le calcul de l'indemnité de mise à pied. Ce terme indemnité est trompeur puisqu'il désigne en fait un nombre d'heures minimal de travail garanti. C'est donc plus précisément une mesure de sécurité d'emploi apparentée à une mise en disponibilité. L'employeur garantit à la travailleuse qui perd son poste régulier qu'elle travaillera sur appel un nombre d'heures déterminé. L'indemnité de mise à pied est donc le salaire garanti pour l'avenir jusqu'à ce que l'employée soit replacée sur un poste.

La problématique est la suivante : pour établir l'indemnité des employées qui ont pris un congé de maternité et parental, le calcul de l'employeur ne prend pas en compte le salaire

²²⁵ Précité, note 77.

²²⁶ *Commission des droits de la personne du Québec (Roberge) c. Centre hospitalier Hôtel-Dieu de Sorel*, T.D.P.Q., District de Richelieu, no 765-53-000002-987., 26 avril 2001 (j. Rivet) (en appel).

²²⁷ Soulignons qu'un recours avait été pris en vertu de la *Loi sur les normes du travail* et s'adressait en conséquence au commissaire du travail pour des mesures de sanction, représailles et discrimination à la suite d'un congé de maternité. Cette action a été rejetée et l'évocation refusée (D.T.E. 97T-929), ce qui démontre que le concept de représailles est moins large que celui de discrimination au sens de la Charte.

qu'elles auraient gagné n'eût été de ce congé. Selon cette méthode de calcul tiré de l'interprétation de la convention collective, l'indemnité de mise à pied est équivalente au salaire hebdomadaire moyen, c'est-à-dire le nombre d'heures de travail effectuées au cours des douze derniers mois de service divisé par 52 semaines. Cette méthode de calcul, qui ne considère que les heures de travail effectuées, à l'exclusion de la période du congé de maternité et parental, a inévitablement pour effet de défavoriser les travailleuses enceintes, obligées de s'absenter. En divisant par 52 semaines, bien que l'employée ait travaillé un nombre forcément inférieur, le salaire hebdomadaire moyen est nécessairement moindre et l'indemnité s'en trouve inévitablement réduite d'autant. Par exemple, madame Roberge qui s'est absentée pendant 26 semaines a vu son indemnité fixée à un salaire correspondant à seulement 14 heures par semaine au lieu de 28.

Étudions cet effet défavorable sous l'angle de la discrimination prohibée par la *Charte*.

L'argument de l'employeur est que la règle est neutre parce qu'elle établit la distinction entre les employés à temps partiel et les employés à temps plein. Si la règle est équitable dans les situations de comparaison entre les employés à temps partiel ayant travaillé toute l'année et ceux à temps plein, elle devient désavantageuse lorsque l'employeur ne tient pas compte de la période équivalant au congé de maternité et parental. On peut alors lui opposer l'argument de la discrimination en s'appuyant sur la notion de discrimination indirecte. Si la règle apparaît neutre quand elle distingue entre les employés à temps plein et ceux à temps partiel, lorsqu'une employée à temps partiel a pris un congé de maternité et parental, elle se trouve inévitablement pénalisée, puisque son salaire moyen se trouve diminué. Or cet effet discriminatoire ne touche que les employées enceintes.

La mesure d'accommodement consiste à diviser le salaire annuel reçu par le nombre de semaines travaillées (en l'espèce 26) au lieu de 52.

Refusant la méthode de calcul de l'employeur, le Tribunal des droits de la personne a jugé qu'il y avait discrimination fondée sur la grossesse. Il a ordonné une mesure de redressement collective pour que l'employeur modifie sa méthode de calcul afin de ne plus pénaliser les travailleuses enceintes à l'avenir. Voici sa conclusion sur « le droit à une égalité substantielle » par la garantie de la protection de l'ensemble des droits et conditions de travail :

[48] « Cette protection se limite-t-elle au seul droit au congé associé à la naissance de l'enfant et aux conditions immédiatement rattachées à l'exercice de ce droit ? Tel que mentionné plus tôt, le droit à une égalité substantielle en vertu de la Charte requiert que soit garanti l'ensemble des droits et conditions de travail de la personne protégée puisque n'eût été de sa maternité, elle en aurait bénéficié en tant que salariée visée. En somme, elle a droit à des conditions de travail et d'emploi qui lui assurent une véritable égalité par rapport à ses collègues de travail. Conclure autrement conduirait à faire supporter aux seules femmes visées les coûts sociaux de la maternité; une telle interprétation affecterait l'ensemble des droits de ces femmes en tant que salariées dans l'immédiat mais également pour la durée de leur emploi et même, irrémédiablement si l'on pense aux effets sur leurs régimes de retraite. C'est donc l'ensemble des conditions de travail qui doivent être négociées et appliquées en tenant compte du droit à l'égalité de la personne en situation de maternité.

[49] Les parties intéressées ont négocié ces dispositions qui, à leur face même, comportent une mention susceptible de porter atteinte au droit à l'égalité de toute personne salariée à temps partiel qui, en raison de sa maternité, cesse d'effectuer des heures de travail. La formulation même de la clause établit, comme condition de versement de l'indemnité de mise à pied, une obligation incompatible avec la maternité soit la nécessité d'effectuer des heures de travail. Or, le caractère intrinsèquement lié de la non-disponibilité au travail et de la maternité, reconnu par la Cour d'appel dans l'affaire Gobeil, rend automatiquement discriminatoire cette disposition à l'égard des salariées concernées sous réserve d'une interprétation et d'une application qui tiennent compte de la réalité de ces salariées. »

Il s'agit d'une décision de principe : les avantages sociaux découlant de l'emploi doivent être calculés comme si l'employée avait été au travail, puisqu'il en aurait été ainsi n'eût été de sa grossesse.

Le jugement du Tribunal a été porté en appel²²⁸. L'un des principaux arguments de l'employeur consiste à dire que le Tribunal a interprété trop largement le motif de discrimination fondée sur la grossesse en concluant que celui-ci devait comprendre toutes les obligations reliées à la maternité, alors que la protection ne viserait selon lui que la période où les femmes portent un enfant²²⁹. À cela nous opposerons que la mesure de protection prévue contre la discrimination s'étend sur une période raisonnable après l'accouchement, afin de permettre à la femme à la fois de récupérer et de prendre en charge immédiatement le nouveau-né. Or, le législateur se trouve à avoir fixé cette période raisonnable en prévoyant le droit à un congé de maternité. En concordance, l'obligation d'accommodement s'applique pendant toute la durée de ce congé et les avantages de l'emploi doivent être préservés. Autrement, la prise du congé entraînerait le risque de perdre certains avantages, ce qui est incompatible avec le fait que le congé de maternité est un droit protégé.

²²⁸ Autorisation d'en appeler accordée le 27 juin 2001.

²²⁹ Quant à l'argument que l'exercice d'un congé parental ne renvoie pas au motif de discrimination fondée sur l'état civil puisque le simple fait d'être parent ne relève pas de l'état civil d'une personne, nous en traiterons dans la section sur l'indemnité de mise à pied.

C. LE CUMUL DE L'ANCIENNETÉ ET DU SERVICE CONTINU

1. Le cumul de l'ancienneté durant le congé de maternité

La conclusion du Tribunal des droits de la personne dans l'affaire *C.D.P.D.J. (Bourdon) c. Ville de Montréal*²³⁰ constitue une grande victoire pour les travailleuses enceintes. Les faits : deux employées travaillant comme auxiliaires pour la ville ont pris durant leur période probatoire un congé de maternité. Lorsqu'elles obtiennent leur permanence, elles s'aperçoivent que la Ville a fixé le point de départ de l'ancienneté à une date postérieure à la date effective où elles auraient dû l'obtenir. Cela s'explique par le fait qu'elle ne leur a reconnu aucune ancienneté durant leur congé de maternité, ce qui a eu pour effet de les rétrograder sur la liste d'ancienneté et de reporter la date d'acquisition de leur permanence.

Le Tribunal a jugé qu'il y avait discrimination dans le fait de refuser de cumuler l'ancienneté des employées qui prennent un congé de maternité, et ce, même durant la période d'essai. Il a donc, en guise de réparation des victimes, accordé l'ancienneté rétroactive. Il a en outre, comme mesure collective de redressement, ordonné à la Ville de cesser à l'avenir toute discrimination dans le calcul de l'ancienneté, lui demandant d'ajouter à l'ancienneté le nombre d'heures pendant lesquelles une employée aurait travaillé si elle n'avait pas pris de congé de maternité.

Voyons en quels termes le Tribunal a jugé que la garantie du droit à l'égalité protège les employés à statut précaire autant que permanents, en considérant que le refus de l'employeur de cumuler l'ancienneté durant la période probatoire était discriminatoire :

²³⁰ L'affaire *Bourdon*, précité, note 224.

« Une gestion des relations de travail qui génère un tel effet discriminatoire n'est pas permise. D'abord, l'interdiction de la discrimination s'applique en faveur de tous et chacun des membres d'un groupe d'employés défavorisés qu'ils soient titularisés ou non. D'autre part, la Charte québécoise prévoit que nul ne peut dans un acte juridique stipuler une clause comportant discrimination. Une telle clause est réputée sans effet... »²³¹

Le cumul de l'ancienneté est en quelque sorte la clef de voûte de la sécurité d'emploi. En effet, une multitude de droits s'exercent en fonction du point de départ de la date d'ancienneté, notamment la mise à pied, la titularisation, le choix d'un poste, le choix des vacances, le droit de rappel.

« Pour madame Bilodeau, le congé de maternité a eu pour effet de l'empêcher de compléter les 520 heures de sa période d'essai sur la période de 12 mois consécutifs suivant son entrée en fonction; elle a accumulé peu d'heures de travail durant l'année en cours; sa position sur la liste de rappel fut affectée; elle fut l'une des premières à être mise à pied en septembre 90.

Pour sa part, madame Bourdon a elle aussi vu ses collègues de travail continuer à accumuler des heures de travail durant son congé de maternité. Par ailleurs, son nom sur la liste de rappel est passé de 4^e au dernier rang d'un groupe de 71. Il est manifeste que mesdames Bilodeau et Bourdon ont toutes deux subi, en raison de leur sexe et plus particulièrement en raison de leur grossesse, un effet discriminatoire à partir de la règle de la disponibilité continue prévue à leur convention collective et appliquée durant leur période d'essai. »²³²

Le Tribunal a souligné l'importance de l'ancienneté pour assurer le respect du droit à l'égalité dans l'emploi :

« Dans notre société, nous reconnaissons pour tout être humain, des valeurs fondamentales tel le droit à la liberté de sa personne, à la sauvegarde de sa dignité et au respect de sa vie privée. Nous interdisons toutes formes de discrimination fondée sur le sexe et sur la grossesse,

²³¹ Ibid.

²³² Ibid.

notamment dans le domaine de l'emploi. Le message verbal énonçant ces droits ne sert pas à grand-chose pour une femme enceinte si dans nos faits et gestes, nous lui disons : « Si jamais vous prenez un congé de maternité, vous perdrez le rang que vous aviez parmi vos collègues de travail, vous serez pénalisée lors de l'établissement rétroactif de votre date d'ancienneté générale et bon nombre des collègues de travail ayant un rang inférieur au vôtre, se verront placés en avant de vous et vous précéderont dans l'exercice de la plupart des droits prévus à votre convention collective. »²³³

De plus, le Tribunal a précisé que l'accommodement consistait précisément dans le droit de cumuler l'ancienneté :

« L'accommodement recherché dans le cas présent est la cessation de toute discrimination dans le calcul de l'ancienneté générale rétroactive, par la reconnaissance du droit d'inclure dans ce calcul, les heures pendant lesquelles l'employée enceinte aurait travaillé si elle n'avait pas été en congé de maternité et l'établissement de nouvelles dates d'ancienneté générale pour mesdames Bilodeau et Bourdon. Personne n'a démontré ni même prétendu qu'un tel accommodement entraînerait une contrainte excessive. »²³⁴

Ce cas montre comment la non-reconnaissance de l'ancienneté pendant le congé de maternité représente une entrave à l'égalité, et compromet pour l'avenir toutes les conditions d'emploi : droit de rappel donnant un ordre de priorité pouvant conduire avec le temps à l'acquisition de la permanence.

²³³ *Ibid.*

²³⁴ *Ibid.*

2. Le cumul de la période d'emploi continue durant le congé parental

a) Le non-cumul de la période d'emploi continue vu comme une discrimination fondée sur l'état civil en qualité de parent

Outre le cumul de l'ancienneté, celui de la période d'emploi continue durant le congé parental est aussi un problème auquel les femmes enceintes ont été et sont encore confrontées. Ainsi le Conseil du trésor refuse de reconnaître aux employées temporaires de la fonction publique qui prennent un congé parental le cumul de cette période dans le calcul des deux années de service continu nécessaires à l'acquisition de la permanence, ce qui en retarde d'autant l'acquisition.

Rappelons que la *Loi sur les normes du travail* ouvre droit à un congé parental de 52 semaines depuis avril 1997, qui peut être accordé au père ou à la mère, ou qui peut être réparti entre les deux parents. L'objet du congé parental est spécifique et vise à permettre aux travailleurs de prendre en charge leur enfant et de lui donner les soins en leur permettant de mieux concilier travail et responsabilités familiales. Pour sa part, la *Loi sur l'assurance-emploi* accorde des prestations parentales pendant 35 semaines.

Au soutien de sa position selon laquelle le service n'est pas reconnu durant le congé parental, le Conseil du trésor invoque le fait que seuls les jours travaillés ou la période de congé avec traitement comptent pour le service continu.

Pour la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, la non-reconnaissance de la période d'emploi continue durant le congé parental constitue une discrimination fondée sur l'état civil.

Le problème vient du fait que l'employeur refuse de reconnaître, dans le calcul aux fins d'acquisition de la permanence, les 35 semaines allouées au congé parental avec

prestations de l'assurance-emploi. Les personnes qui détiennent un emploi « précaire » sont aux prises avec un choix difficile : retarder l'acquisition de la permanence et de la sécurité d'emploi si elles prennent un congé parental ou renoncer à ce droit.

Cette attitude restreint la portée des « avantages » prévus par l'article 81.15 de la *Loi sur les normes du travail*. En effet, la prise du congé parental entraîne une pénalité malgré le fait que la loi vise à assurer aux parents les mêmes avantages que s'ils étaient restés au travail.

Comme on doit interpréter l'article 81.15 de la *Loi sur les normes du travail*, qui prévoit la réintégration dans son poste « avec les mêmes avantages », en conformité avec la charte québécoise, il convient de s'assurer de lui donner une portée qui ne crée pas de discrimination au sens de cette dernière. Or, le fait de priver du bénéfice de la période d'emploi continue les parents qui prennent un congé pour remplir leurs responsabilités parentales va non seulement à l'encontre de l'esprit de la *L.N.T.*, mais constitue une discrimination fondée sur l'état civil. La qualité de parent est un des éléments constitutifs du critère de « l'état civil » prévu à l'article 10 de la Charte²³⁵. La jurisprudence reconnaît l'obligation des employeurs d'accommoder les besoins des parents afin qu'ils puissent concilier emploi et responsabilités parentales²³⁶.

Afin de ne pas pénaliser les travailleurs sur la base de leur condition parentale, le congé parental ne saurait être dissocié des « avantages » qui découlent de l'emploi. Autrement,

²³⁵ Voir *C.D.P.Q. c. Ville d'Aylmer*, [1993] R.J.Q. 2287 (T.D.P.Q.), où le Tribunal des droits de la personne a jugé que le fait d'être parent adoptif constitue un élément de l'état civil aux fins du droit à un congé d'adoption.

²³⁶ *Brown c. Ministère du revenu*, (1993)19 C.H.R.R. 39. Le tribunal a décidé que le refus de changer l'horaire de travail d'une jeune mère pour un horaire de jour régulier constituait une discrimination fondée sur la situation familiale. Les responsabilités parentales peuvent donc être examinées dans le cadre du motif de discrimination fondée sur l'état civil.

il demeure une coquille vide, car les parents qui s'en prévalent sont privés d'avantages tels que le cumul du service continu aux fins d'acquisition de la permanence, et se trouvent pénalisés par rapport aux employés qui n'ont aucune responsabilité parentale.

On voit l'importance d'interpréter l'article 81.15 de la L.N.T. de manière compatible avec la *Charte*. L'article 81.15 oblige l'employeur à réintégrer la salariée à son poste habituel à l'expiration du congé de maternité et du congé parental « avec les mêmes avantages »; cela signifie, au regard de la *Charte*, que sont visés l'ancienneté et le service continu, avantages clés à la base de la sécurité d'emploi et, dans le cas présent, de l'acquisition de la permanence et de la fin de la précarité d'emploi.

Nous pouvons établir une analogie avec l'affaire *Bourdon*²³⁷ où le Tribunal a reconnu le droit au cumul de l'ancienneté durant le congé de maternité. De même, pour éliminer l'effet discriminatoire du non-cumul de la période d'emploi continue lors d'un congé parental, la reconnaissance de cette période constitue un accommodement raisonnable des besoins des parents.

b) L'accommodement consenti par le gouvernement, mesure qu'il devrait lui-même suivre

À la suite d'une plainte collective dans l'affaire *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Conseil du trésor*²³⁸, les deux parties ont négocié un règlement à l'amiable par lequel le gouvernement accorde « un accommodement pour le

²³⁷ Précitée, note 224.

²³⁸ *Commission des droits de la personne du Québec c. Conseil du Trésor*, T.D.P.Q., District de Québec, no 200-53-000009-980, 6 mars 1998 (règlement amiable le 21 septembre 1998).

congé parental, soit l'inclusion d'un maximum de douze semaines dans le calcul de la période continue d'emploi aux fins d'acquisition de la permanence ».

Pour les six employées temporaires en voie d'acquisition de leur permanence visées par le règlement amiable, le gain est appréciable. En effet, les douze semaines de service continu reconnues (qui correspondaient alors à la période des prestations parentales de l'assurance emploi²³⁹ s'ajoutent aux vingt semaines d'ancienneté écoulées durant le congé de maternité, ce qui donne au total trente-deux semaines de service reconnues durant la période d'acquisition de la permanence.

Précisons que cet accommodement ne doit pas être considéré comme définitif. Il se peut qu'une négociation collective, une autre affaire devant le Tribunal des droits de la personne ou une modification du règlement adopté en vertu de la *Loi sur les normes du travail* en arrive à prévoir que trente-cinq semaines constituent la période reconnue. Quant aux employées permanentes ou régulières, elles ont en principe droit au cumul de l'ensemble de l'ancienneté pendant le congé parental.

Bien que ce règlement ne constitue pas un précédent judiciaire, il démontre qu'un accommodement raisonnable est possible. Le poids de ce précédent sur la mesure d'accommodement possible, l'équité envers les autres employés et le désir d'éviter d'autres poursuites pour discrimination (par voie de plainte à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse ou de grief), exercent une forte pression sur le gouvernement pour qu'il accorde officiellement cet accommodement à tous les employés de la fonction publique québécoise.

²³⁹ Notons qu'à l'époque le congé parental avec prestations d'assurance-emploi n'était que de 12 semaines alors qu'il est de 35 semaines depuis janvier 2001.

Toutefois, après vérification, et contre toute attente, nous avons appris qu'à ce jour, la politique gouvernementale relative au calcul de la période continue d'emploi aux fins d'acquisition de la permanence n'a pas encore été modifiée. En effet, le gouvernement continue d'appliquer la directive qui prévoit que le congé parental est exclu de la période continue d'emploi aux fins d'acquisition de la permanence.

L'histoire est donc à suivre. Que ce soit par la voie de la politique révisée du Conseil du trésor, ou du dépôt d'autres plaintes pour discrimination à la Commission, ou encore par une modification apportée à la *Loi sur les normes du travail*, il importe de trouver dans un avenir prochain une solution définitive équitable pour tous les employés de la fonction publique, afin de mettre un terme à cette situation.

Combien de travailleuses ont vécu dans l'insécurité de voir le moment d'acquisition de leur permanence retardé parce qu'elles prenaient un congé parental ? À titre d'accommodement pour un congé parental, un minimum de trente-cinq semaines correspondant à la période de prestations de l'assurance-emploi doit être ajouté dans le calcul de la période continue d'emploi aux fins d'acquisition de la permanence. Cela étant dit, l'employeur a le droit de prévoir une période minimale de probation lui permettant d'évaluer l'employé.

c) La situation de parent comme élément constitutif de l'état civil

Malgré le règlement collectif des six plaignantes dans l'affaire du *Conseil du Trésor*, ce dernier refuse un semblable accommodement à d'autres sous prétexte que le congé parental relève d'un choix personnel.

Dans la sentence arbitrale *Syndicat des professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec (Cacopardo) c. Régie des assurances agricoles du Québec (gouvernement du Québec)*²⁴⁰ madame Cacopardo fut mise à pied parce qu'elle n'avait pas acquis sa permanence, compte tenu du fait qu'aucun temps de service continu d'emploi ne lui avait été crédité durant son congé parental. L'arbitre a décidé qu'il n'y avait aucune discrimination. D'une part, il semble considérer que la situation de parent ne fait pas partie de l'état civil. D'autre part, son principal argument est que le congé parental constitue un congé sans traitement, de sorte qu'il est normal que l'employé ne puisse accumuler sa période continue d'emploi puisqu'il n'est pas rémunéré. Nous avons déjà repoussé cet argument en démontrant qu'il s'agit d'un congé où l'État verse à titre de mesure sociale des prestations en lieu et place de l'employeur. Ainsi peut-on considérer le congé parental comme un congé rémunéré permettant d'assumer les responsabilités parentales en prenant soin d'un nouveau-né²⁴¹.

Il y a un lien de continuité entre le motif de grossesse et l'état civil de parent. Les deux conditions se complètent pour éliminer la discrimination du fait d'avoir des enfants pendant la grossesse et de devenir parent après l'accouchement. On peut illustrer ce continuum par l'exemple suivant qui démontre que la situation de parent fait partie de l'état civil : la mère ou le père d'un enfant qui se voient refuser un emploi ou qui sont congédiés parce que l'employeur craint qu'ils soient peu disponibles ne font-ils pas l'objet d'une discrimination fondée sur l'état civil en leur qualité de parents ?

²⁴⁰ Greffe no. 04-90-014345, grief no. 13974, arbitre Me Jean-Pierre Tremblay, le 29 mai 2001. Cette sentence arbitrale fait l'objet d'une requête en révision judiciaire.

²⁴¹ Voir l'argumentation en ce sens comme critique du jugement *Ferlatte*, précité, note 223 et les développements qui y correspondent.

La complémentarité du motif état civil en tant que parent et de l'application de la prohibition de la discrimination en cas de congé parental a été reconnu par le Tribunal des droits de la personne dans l'affaire *Roberge*²⁴² :

[29] Dans le domaine de l'emploi, la maternité recoupe plus d'un motif protégé par la Charte. Ce sont les motifs de grossesse, de sexe et d'état civil qui, à un moment ou un autre, seront invoqués à titre de fondement de l'atteinte discriminatoire. À telle enseigne qu'on peut dire d'un état de faits complexe qui distingue une salariée, en raison de sa grossesse ou de son état civil de mère, des autres employés tant au plan de l'assiduité au travail qu'au plan de certaines conditions d'emploi ou d'exécution de la tâche. Or, en vertu des articles 10, 13 et 16 de la Charte, cette salariée a droit à la reconnaissance et à l'exercice en pleine égalité de tous les droits qui lui résultent de sa condition de salariée et ce, sans discrimination fondée sur les caractéristiques inhérentes à la maternité.

[30] Le motif état civil peut aussi, selon les circonstances de l'espèce, être invoqué.

[31] Le concept d'état civil a été élaboré par la Cour suprême du Canada dans l'affaire Ville de Brossard. L'état civil s'entend du statut d'une personne, d'un lien, du rapport entre deux personnes d'une même famille.

[32] L'état civil et la situation familiale ne sont donc pas deux notions de même nature. L'état civil réfère à un statut, un lien ou un rapport entre personnes unies par des liens familiaux. C'est ainsi que le non exercice d'un congé parental renvoie au motif d'état civil puisque ce congé est accordé en regard du lien de filiation qu'un parent a avec son enfant à l'occasion de la naissance de celui-ci. Le congé de maternité quant à lui renvoie au motif sexe que le législateur a cru bon scinder en termes de sexe et de grossesse. »

Ajoutons en outre que l'on pourrait aussi y voir une discrimination indirecte fondé sur le sexe puisque ce sont encore très majoritairement les femmes qui doivent y recourir. Comme le souligne la sociologue Lucie France Dagenais « En 1994, sur une semaine normale, 4 % des femmes travaillant à temps plein se sont absentes du travail pour ces

²⁴² Précité, note 226.

raisons, contre 1 % seulement des hommes dans la même situation » (Lucie France Dagenais, *Une analyse sociale à partir de la discontinuité professionnelle des femmes*, Septembre 1997 :7). C'est ainsi que « *les femmes forment la plus grande proportion de ces prestataires, alors que les pères se prévalant de prestations parentales sont peu nombreux (5,29 % en 1997) »* (C.D.P.D.J., *Mémoire sur le projet de loi sur l'assurance parentale*, Septembre 2000 :17)

Quant à l'argument du choix personnel, il ne tient pas quand on considère que la prise en charge des enfants durant le congé parental constitue une fonction sociale.

La période continue d'emploi constitue un avantage important de l'emploi puisqu'elle conduit à l'acquisition de la permanence. La différence de traitement des parents qui prennent un congé parental pour lequel on ne reconnaît pas la période continue d'emploi compromet le droit à l'égalité dans l'emploi en retardant l'acquisition de la permanence. Or, à la lumière de l'arrêt *Brooks*²⁴³ selon lequel les avantages de l'emploi doivent être accordés sans discrimination, on peut conclure à une discrimination dans l'emploi fondée sur l'état civil de parent.

La prohibition de la discrimination fondée sur la grossesse vise à assurer l'égalité des femmes dans l'emploi en leur permettant d'allier travail salarié et maternité. Or, selon une observation qui nous vient des sciences sociales, des mesures d'accommodement comme le cumul de l'ancienneté doivent être prises afin d'éviter la discontinuité professionnelle dans le travail des femmes, qui est à la fois une cause et une conséquence de la discrimination.

²⁴³ Arrêt *Brooks*, précité, note 60.

Dans *C.D.P. (Bourdon) c. Ville de Montréal*²⁴⁴, le Tribunal des droits de la personne s'est appuyé sur une analyse de la discontinuité professionnelle qui caractérise la situation d'emploi des femmes. Le Tribunal y a fait siennes les conclusions de la sociologue Lucie-France Dagenais :

*« Les propos de madame Dagenais révèlent que la discrimination fondée sur la grossesse, comme toute autre discrimination contre les femmes, a des conséquences particulièrement néfastes. Elle rappelle, qu'en sciences sociales, la discontinuité professionnelle des femmes est étudiée en tant que source première de la discrimination fondée sur la grossesse. Elle a analysé cette discontinuité en fonction de la relation famille-emploi propre aux femmes et en fonction de la précarité des emplois féminins. »*²⁴⁵

Le Tribunal a également souligné l'impact des responsabilités familiales pour les femmes :

*« Selon les enquêtes sur la fécondité, 60 % des femmes interrogées contre 16 % des hommes, déclaraient avoir connu des interruptions d'au moins une année depuis leur entrée en vie active. Avec deux enfants, plus de 60 % des femmes ont un profil discontinu, alors que la présence d'enfants a peu d'effet chez les hommes (...) Les femmes s'absentent de leur travail quatre fois plus souvent que les hommes pour des raisons d'obligations familiales et personnelles. »*²⁴⁶

De même que l'impact de la précarité croissante du travail :

« Les conditions précaires du marché du travail contribuent à renforcer les facteurs de discontinuité professionnelle. Les formes précaires d'activité sont un élément supplémentaire de la discontinuité professionnelle des femmes. Les contraintes des nouvelles formes d'emploi, une fois alliées à celles au niveau de la famille, s'accompagnent d'effets retour qui s'enchevêtrent et se renforcent mutuellement. Elles contribuent de la sorte à maintenir et à renouveler les formes que revêtent

²⁴⁴ L'affaire *Bourdon*, précité, note 224.

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ *Ibid.*

encore aujourd'hui, les discriminations multiples à l'endroit des femmes et qui se manifestent dans les valeurs, les attitudes et les mentalités, mais surtout dans les politiques et pratiques de gestion. »²⁴⁷

Le maintien des avantages liés à l'emploi doit être vu comme un accommodement du droit des travailleuses enceintes de s'absenter du travail. Le droit au congé de maternité ne serait qu'un pis-aller à effet *boomerang* s'il entraînait la perte des avantages liés à l'emploi, notamment celui de l'ancienneté.

Afin de garantir le droit à l'égalité dans l'emploi sans discrimination fondée sur la grossesse, il importe de pallier la discontinuité professionnelle des femmes en s'assurant que le droit au congé de maternité et au retour au travail soit assorti du maintien de tous leurs droits et avantages, de façon à permettre la progression régulière des travailleuses dans leur emploi.

²⁴⁷ *Ibid.*

TROISIÈME PARTIE

CHAPITRE V

PROPOSITIONS DE MODIFICATIONS

DE LA LOI SUR LES NORMES DU TRAVAIL

Sur le plan méthodologique, notre recherche s'appuie sur le principe selon lequel c'est à partir de l'observation sociale d'un problème qu'on peut y apporter des solutions juridiques. Cette démarche dynamique privilégie une approche systémique, consacrée à la recherche de mesures collectives de redressement permettant d'assurer le droit à l'égalité de l'ensemble des travailleuses enceintes en milieu de travail.

Dans cette perspective, il est des données universelles²⁴⁸. Pour concilier l'emploi avec la maternité, il importe d'abord de prendre des mesures adéquates de protection de la sécurité. Ensuite, les absences du travail pour motif de maternité doivent être protégées contre toute discrimination dans l'emploi et indemnisées par un régime social d'assurance. Enfin, les principaux avantages liés à l'emploi doivent être garantis durant ces absences : maintien des conditions d'emploi et de travail, droit à la plupart des bénéfices de nature pécuniaire (sauf le salaire) et maintien de la participation aux régimes d'avantages sociaux moyennant la contribution de l'employeur (avantage qui n'est pas encore protégé dans le cas du congé parental).

A. BILAN D'UNE RECHERCHE ORIENTÉE VERS LA RECONNAISSANCE DE SOLUTIONS JURIDIQUES ET SOCIALES

Notre recherche a démontré que l'égalité sans discrimination fondée sur la grossesse, consacrée par la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, offre aux travailleuses enceintes un outil juridique qui, par l'obligation d'accommodement, comble

²⁴⁸ « Partout dans le monde lorsqu'elles attendent un enfant, les femmes qui travaillent risquent de perdre leur emploi, de ne plus percevoir leurs gains pendant un certain temps ou encore de connaître des problèmes de santé, du fait de l'insuffisance des garanties prévues à leur intention. »
—Citation de F. J. Dy-Hammar, qui a assuré la supervision du rapport du Bureau international du travail (B.I.T.) sur *La protection de la maternité au travail*, Genève, 1997.

le vide juridique laissé par les lois de protection du travail régissant le droit au retrait préventif (*L.S.S.T.*) et le droit au congé de maternité (*L.N.T.*).

En complémentarité avec les protections spécifiques accordées par ces lois, la Charte sanctionne toute discrimination fondée sur la grossesse dans l'emploi, entre autres dans l'embauche, le renvoi et les conditions de travail. Elle permet en effet aux femmes de demander concrètement réparation pour des actes discriminatoires, ce que les lois de protection du travail ne permettent pas toujours : par exemple, la *Loi sur les normes du travail* dans le cas de la discrimination à l'embauche.

Depuis quelques années, afin de vérifier le bien-fondé de notre argumentation, nous avons défendu devant le Tribunal des droits de la personne du Québec plusieurs causes de discrimination fondée sur la grossesse. Certains jugements que nous avons obtenus ou des règlements que nous avons négociés constituent des précédents qui peuvent servir d'exemples, plusieurs de ces décisions ou règlements prévoyant des mesures collectives de redressement applicables désormais à toutes les travailleuses enceintes de certains milieux d'emploi qui imposaient jusqu'alors des règles d'emploi discriminatoires.

Certains des jugements obtenus constituent des précédents sur des aspects importants de la protection juridique des travailleuses enceintes : la consécration de leur droit au renouvellement d'un contrat de travail à durée déterminée (l'arrêt *Sasseville*²⁴⁹) ; la reconnaissance de leur droit au cumul de l'ancienneté (le jugement *Bourdon*²⁵⁰) ; et la confirmation de leur droit aux avantages de l'emploi sans réduction à cause des congés liés à la maternité (le jugement *Roberge*²⁵¹). Ces précédents ont une portée d'autant plus

²⁴⁹ Précité, note 4.

²⁵⁰ Précité, note 4.

²⁵¹ Précité, note 4.

grande que ces trois questions n'avaient jamais été tranchées par aucun tribunal canadien sous l'angle du droit à l'égalité dans l'emploi sans discrimination fondée sur la grossesse.

Ces acquis jurisprudentiels doivent être consolidés en les inscrivant dans la *Loi sur les normes du travail*, afin de constituer un régime collectif de protection en cas de congé de maternité et parental (complémentaire et essentiel à tout régime d'assurance parentale).

Au cours de notre recherche, nous avons été amené à étudier suffisamment de situations pour constater que la discrimination frappe toutes les travailleuses, quel que soit leur statut d'emploi ou leur milieu de travail.

De plus en plus nombreuses suite à la réorganisation du travail des dernières décennies, les travailleuses à statut précaire sont l'objet de discrimination, même dans les milieux syndiqués : entre autres, les enseignantes et autres employées contractuelles (l'arrêt *Sasseville*²⁵² et le règlement dans l'affaire *Béliveau*²⁵³) ; les infirmières à temps partiel (le règlement dans l'affaire *Roussin*²⁵⁴) et celles qui ont été mises à pied (le jugement *Roberge*²⁵⁵) ; les employées auxiliaires dans les municipalités (le jugement du Tribunal des droits de la personne dans l'affaire *Bourdon*²⁵⁶ et le règlement dans l'affaire *Savard*²⁵⁷) ; les fonctionnaires temporaires (le règlement collectif dans le dossier *Conseil du trésor*²⁵⁸).

²⁵² Précité, note 4.

²⁵³ Précitée, note 4.

²⁵⁴ Précitée, note 4.

²⁵⁵ Précité, note 4.

²⁵⁶ Précitée, note 4.

²⁵⁷ Précitée, note 4.

²⁵⁸ Précitée, note 4.

Dans le milieu des petites et moyennes entreprises non syndiquées, la situation est pire encore : on omet souvent de réintégrer dans son emploi habituel la travailleuse remplacée durant son congé de maternité (le jugement sur acquiescement à la demande dans l'affaire *C.D.P.J.Q. (C.L.)*²⁵⁹). Il semble qu'il en soit ainsi pour certaines professionnelles pénalisées de diverses façons lorsqu'elles s'absentent pour des raisons de maternité, et qui n'osent porter plainte par crainte de représailles.

Pour remédier à ces diverses manifestations de discrimination, il est possible d'apporter des solutions collectives par l'adoption de lois sociales qui donnent plein effet aux droits sociaux et économiques reconnus dans la Charte.

Ainsi, l'obligation d'accommodement, judiciairement reconnue comme mesure d'égalité applicable à toute forme de discrimination, constitue désormais une base d'inspiration de solutions concrètes qui peuvent et doivent être adoptées comme normes imposées par diverses lois à caractère social, pour mettre en place un régime collectif complet de protection en cas de congé de maternité et parental.

²⁵⁹ Précitée, note 4.

B. LES MODIFICATIONS PROPOSÉES À LA *LOI SUR LES NORMES DU TRAVAIL POUR RENFORCER LES PROTECTIONS JURIDIQUES EN CAS DE CONGÉ DE MATERNITÉ ET DE CONGÉ PARENTAL*²⁶⁰

Notre réflexion nous amène à appuyer l'idée qu'une réforme de la *Loi sur les normes du travail* (ci-après la *L.N.T.*) s'impose. Cette loi doit déboucher sur des mesures sociales assurant l'égalité en emploi des travailleuses enceintes.

En tant que loi consacrant des droits économiques et sociaux, elle doit avoir une portée plus large, qui permette d'éliminer les effets négatifs de la grossesse sur l'économie familiale et sur la carrière (même en l'absence de discrimination attribuable à un employeur ou au marché du travail en général).

Le contexte social et politique actuel appelle une réforme de la *Loi sur les normes du travail* (*L.N.T.*), puisque le gouvernement fédéral a apporté des améliorations au régime de congés de maternité et de congés parentaux indemnisés par la *Loi sur l'assurance emploi*. En effet, bien que la *L.N.T.* et son règlement d'application assurent déjà certaines protections lors de congé de maternité ou parental, dont le droit à la réintégration dans son poste habituel avec les mêmes avantages (article 81.15), il n'en demeure pas moins que plusieurs lacunes évidentes doivent rapidement trouver une solution.

Cette réforme de la *L.N.T.* s'impose d'autant plus que notre recherche nous a permis d'avancer que la discrimination fondée sur la grossesse frappe notamment les jeunes travailleuses en début de carrière, souvent non syndiquées ou n'occupant encore qu'un emploi à statut précaire. Les droits parentaux des travailleuses permanentes sont

²⁶⁰ Une première version de la présente partie, initialement rédigée dans le cadre d'un complément à notre thèse, a été adoptée par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse comme position officielle de celle-ci sur ce sujet. Ce texte initial est annexé au mémoire que la Commission a déposé devant la Commission parlementaire sur le projet de loi sur l'assurance parentale (document disponible à la C.D.P.D.J.).

généralement mieux protégés par leurs conventions collectives. Il est donc nécessaire d'assurer à l'ensemble des travailleuses de meilleures protections dans la *L.N.T.*, qui est une loi d'ordre public.

1. Certaines insuffisances des principales dispositions de protection du congé de maternité et du congé parental de la *Loi sur les normes du travail*

Deux dispositions de la *Loi sur les normes du travail*, les articles 81.15 et 122, sont centrales en matière de protection de l'emploi en cas de congé de maternité et de congé parental²⁶¹.

L'article 81.15 prévoit qu'à la fin du congé de maternité ou du congé parental qui n'a pas excédé douze semaines, l'employeur doit réintégrer le salarié « dans son poste habituel avec les mêmes avantages ». Cet article souffre actuellement de deux faiblesses. D'une part la limite de 12 semaines pour avoir droit à la réintégration dans son poste habituel dans le cas du congé parental. Lorsque le congé excède 12 semaines, l'employeur peut affecter le salarié à un emploi comparable au lieu de son poste habituel. L'autre faiblesse tient au fait qu'il y a controverse sur les avantages dont peut bénéficier le salarié pendant le congé de maternité ou le congé parental. Entre autres, qu'en est-il de l'ancienneté et de la participation aux avantages sociaux reconnus à son lieu de travail ? Autre exemple, la salariée en congé de maternité a-t-elle le droit de bénéficier d'un congé férié²⁶² ou d'un congé maladie²⁶³?

²⁶¹ Sur la *Loi sur les normes du travail* en général, voir Jean-Louis DUBÉ et DI IORIO Nicola *Les normes du travail*, 2^e Ed., Les Éditions Revue de droit, 1992.

²⁶² Oui selon la décision *Commission des normes du travail c. Jonquière*, J.E. 82-786 (C.P.) mais non selon la décision *La Commission du salaire minimum c. Cégep François-Xavier Garneau* [1981] C.P. 237.

²⁶³ Dans *Gravel c. Coopérative fédérée du Québec*, [1986] C.T. 10, le commissaire du travail s'est déclaré sans compétence pour décider du fond.

Quant à l'article 122 paragraphe 4, qui prévoit un recours spécifique à l'encontre d'une pratique interdite, il est capital dans la protection de l'emploi. Il interdit les congédiements, suspensions et déplacements, les mesures discriminatoires ou de représailles ou toute autre sanction d'une salariée pour la raison qu'elle est enceinte.

L'article 122 s'avère d'une grande efficacité dans les cas de congédiement. En revanche, comme l'a démontré l'affaire *Roberge*²⁶⁴ il n'est d'aucune utilité dans les cas où l'employeur applique une règle apparemment neutre mais qui a l'effet discriminatoire de priver une travailleuse enceinte d'un avantage de l'emploi (en l'espèce l'indemnité de mise à pied).

En résumé, la faiblesse de la protection de la *L.N.T.* en cas de congé de maternité ou de congé parental se situe surtout au niveau des avantages de l'emploi qui doivent être protégés, et l'article 81.15 doit être renforcé.

2. Le contexte social et politique nécessitant une réforme de la *Loi sur les normes du travail*

Il n'y a pas si longtemps, soit en janvier 2001, le gouvernement fédéral a adopté une loi qui bonifie le volet des congés de maternité et parentaux de l'assurance-emploi. Le gouvernement provincial cherche depuis quelques années à négocier une formule de retrait, avec compensation, du programme fédéral afin d'instaurer son propre *régime d'assurance parentale*.

Depuis que le programme fédéral de congés parentaux payés amélioré est en vigueur, il devient nécessaire de renforcer les protections que la *Loi sur les normes du travail*

²⁶⁴ Précitée, note 227.

accordera aux travailleuses et aux travailleurs qui exerceront leur droit quant à ces congés. Dès que l'on reconnaît le droit à des congés parentaux payés plus longs dans un régime social d'assurance, il importe de définir les protections qui seront assurées aux personnes qui s'en prévaudront, afin d'éviter la perte de droits et avantages liés à l'emploi durant la prise de ces congés.

Voici deux exemples de situations actuellement non protégées par la *L.N.T.* qui pourraient entraîner pour les personnes se prévalant des congés payés des conséquences d'autant plus graves que ces congés sont maintenant plus longs.

Dans les milieux de travail où l'on ne reconnaît encore aucune ancienneté aux femmes qui prennent un congé de maternité de 15 semaines, suivi d'un congé parental qui est passé de 10 à 35 semaines depuis janvier 2001, les femmes subissent un retard accru préjudiciable à leur carrière puisque la durée cumulée du congé de maternité et du congé parental a été prolongée jusqu'à 50 semaines par la bonification des règles de l'assurance-emploi.

De même, si l'on considère seulement le congé parental (qui bénéficie de moins de droits garantis que le congé de maternité), l'absence de protection est aggravée. La personne qui prend un congé parental, qui est passé à 35 semaines selon les nouvelles règles de l'assurance-emploi, alors que certains de ses droits et avantages liés à l'emploi ne sont pas encore protégés pendant ce congé (droit aux régimes d'avantages sociaux tels les assurances collectives et le régime de retraite), se voit désormais privée de ces protections essentielles pendant une période encore plus longue. Elle doit continuer d'assumer elle-même tous les risques ou les coûts plus longtemps.

Dès lors que le gouvernement fédéral a amélioré le régime de congés parentaux en prolongeant leur durée, le gouvernement du Québec doit réagir en mettant à jour ses lois

du travail visant à protéger les droits et avantages liés à l'emploi durant ces congés. Pour une application effective du droit des femmes à l'égalité dans l'emploi sans discrimination fondée sur la grossesse (et des parents en général, sans discrimination fondée sur l'état civil), la conjoncture du nouveau régime de congé de maternité et parental impose de prendre les mesures nécessaires pour étendre les protections offertes par la *Loi sur les normes du travail* et son règlement d'application. Ces protections doivent s'appliquer avant, pendant et après les congés parentaux.

Ceci est possible en vertu de l'article 81.16 de la *L.N.T.*, qui accorde au gouvernement le pouvoir de déterminer les avantages dont un salarié peut bénéficier durant ces congés.

3. L'intégration dans la *Loi sur les normes du travail* des principes jurisprudentiels reconnus dans les causes de discrimination

Afin de renforcer le régime juridique de protection des salariées enceintes, les principes qui ont été reconnus ces dernières années par les tribunaux dans les causes relatives à la discrimination fondée sur la grossesse doivent être inscrits dans la *Loi sur les normes du travail*. Par la même occasion, il importe d'écarter le courant jurisprudentiel qui a interprété cette loi de manière restrictive en excluant certains avantages du régime de protection, en particulier les avantages pécuniaires comme le paiement de jours fériés²⁶⁵ et le remboursement des congés de maladie accumulés²⁶⁶.

²⁶⁵ *Commission du salaire minimum c. Cégep François-Xavier-Garneau*, (1981) C.P. 237, J.E. 81-981 (C.Q.). Voir *contrat : Ville de Rimouski et Fraternité des policiers de Rimouski*, 96T-251 (T.A.)

²⁶⁶ *Partagec Inc. et Syndicat des travailleurs de Partagec*, D.T.E. 2000T-79 (T.A.), où l'arbitre a décidé que le refus de rembourser les congés de maladie en tenant compte des prestations de maternité et parentale ne constituait pas une discrimination fondée sur la grossesse. Pourtant, dans *Ville de Rimouski*, précitée, note 265, l'arbitre avait décidé qu'il s'agissait d'un avantage protégé par la *L.N.T.*

Un des arguments souvent invoqués à l'encontre de la reconnaissance du droit des personnes qui prennent un congé de maternité ou parental à voir protégés la plupart des avantages liés à l'emploi, est le fait qu'elles sont en congé sans traitement. Or, c'est oublier que même si ces congés parentaux sont qualifiés de congé sans traitement, par opposition aux congés avec traitement accordés par l'employeur, ce sont des congés reconnus par diverses lois, couverts par une assurance sociale qui donne droit à des prestations en remplacement du traitement. Parce que ces congés ont pour objet un motif qui contribue à l'ensemble de la société, on doit les considérer comme des congés socialement protégés, par opposition à ceux sans traitement pris pour des raisons relevant de choix plus personnels.

Cette distinction entre congés parentaux protégés pour des raisons sociales et congés sans traitement justifie à elle seule la consécration dans la *L.N.T.* de la protection de la plupart des avantages liés à l'emploi.

a) Le principe général selon lequel lors de toutes périodes d'absence liée à la grossesse, à la maternité et aux congés parentaux la personne est réputée être au travail

Dès le début du chapitre sur le congé de maternité et le congé parental, avant les dispositions spécifiques sur la protection de l'emploi et des avantages auxquels il donne droit, la loi devrait énoncer un principe général d'interprétation selon lequel lors de toutes absences liées à la grossesse, à la maternité et aux congés parentaux, la personne est réputée être au travail. Cette présomption à des fins d'interprétation vise à s'assurer que la personne ne sera pas pénalisée avant, pendant et après cette absence, pour un motif socialement reconnu et protégé. La personne devra donc être considérée comme ne s'étant pas absentée, aux fins de conserver la plupart de ses avantages liés à l'emploi,

notamment le droit au maintien des conditions de travail, le droit aux principaux avantages pécuniaires, ainsi que celui aux avantages sociaux, sauf pour ce qui est du traitement qui fait déjà l'objet d'une mesure sociale de remplacement du revenu.

En outre, il convient de concevoir une loi cadre qui traite de l'ensemble de la question de la protection de la maternité au travail. Il devrait donc être clair que l'expression « pour toute période d'absence liée à la grossesse, à la maternité et aux congés parentaux », a une portée élargie dans la loi afin de protéger tous les avantages liés à l'emploi, non seulement lors d'un congé de maternité ou parental, mais également lors d'un retrait préventif et de toute autre absence du travail liée à la grossesse, par exemple une absence pour maladie et invalidité.

De plus, comme la *L.N.T.* prévoit un congé parental sans salaire au-delà de la période du congé indemnisé, il faudra aussi préciser que les droits protégés couvrent la période sans prestations.

b) Le droit à la réintégration avec le maintien des conditions d'emploi et de travail

• Le droit à la réintégration dans son poste habituel après un congé parental

En ce qui concerne le droit à la réintégration dans l'emploi protégé par l'article 81.15 de la *L.N.T.*, comme le congé parental payé est passé de 12 semaines (2 semaines de carence et 10 semaines indemnisées) à 35 semaines, il faut rétablir la cohérence avec cette prolongation en prévoyant que le droit d'être réintégré dans son poste habituel s'étend de 12 à 35 semaines. Ce ne sera donc qu'après un congé parental excédant 35 semaines que l'employeur pourra plutôt replacer le salarié dans un emploi comparable.

- **Le droit au renouvellement du contrat de travail à durée déterminée sans discrimination fondée sur la grossesse**

Pour mieux tirer profit des leçons de la Cour d'appel du Québec, qui a créé un précédent dans l'arrêt *Sasseville*²⁶⁷, le droit au renouvellement du contrat de travail sans discrimination fondée sur la grossesse doit être inscrit dans la loi. En effet, dans le contexte de la précarité croissante des emplois, une réforme s'impose. Le droit de retour au travail est un corollaire essentiel du droit au congé de maternité. Il faut maintenant étendre la protection assurée par le droit à la réintégration dans son emploi aux contrats de travail à durée déterminée dont la fonction est maintenue et à laquelle la travailleuse aurait droit si ce n'est qu'elle doit ou devra s'absenter pour des raisons de grossesse.

- **Le droit au cumul de l'ancienneté et du service continu**

Quant aux avantages découlant de priorités que confère l'ancienneté, le droit à son cumul durant le congé de maternité doit être reconnu pour corriger l'effet discriminatoire de son refus. Vu le caractère déterminant du principe, il doit également s'appliquer au congé parental, au retrait préventif de la salariée enceinte, aux périodes d'invalidité (indemnisées ou non) liée à la grossesse ou consécutive à l'accouchement, de même qu'à toute absence liée à la grossesse.

Le jugement du Tribunal des droits de la personne dans l'affaire *Bourdon*²⁶⁸, qui a décidé que la Ville de Montréal agissait de façon discriminatoire lorsqu'elle refusait de reconnaître l'ancienneté des employées en période probatoire qui prenaient un congé de maternité, constitue un précédent qui mérite d'être souligné.

²⁶⁷ Précité, note 4.

²⁶⁸ Précitée, note 4.

Le principe du droit à l'ancienneté s'étendant à toute période d'absence liée à la grossesse a été illustré dans le jugement rendu sur acquiescement à la demande dans l'affaire *Savard*²⁶⁹, qui a ordonné le cumul de l'ancienneté lors d'un retrait forcé du travail. En l'espèce, à la date où son rappel en fonction était prévu à la suite d'une mise à pied, la salariée enceinte se vit imposer par son employeur un retrait forcé du travail pour cause d'invalidité liée à la grossesse.

À la lumière de ces deux jugements du Tribunal des droits de la personne qui ont reconnu le droit au cumul de l'ancienneté, le principe devrait être consacré dans la loi. Cette réforme mettrait fin au silence de son règlement d'application, silence qui a donné lieu à une décision qui interpréta de manière restrictive les protections qu'offre cette loi, en écartant le droit au cumul dans un cas relatif à un congé parental²⁷⁰.

Compte tenu de l'insécurité juridique qui existe quant à cette question, il conviendrait de prévoir expressément dans la disposition de la loi qui remplacera l'article 31 actuel du règlement, qui protège « le droit aux avantages dont (la salariée) aurait bénéficié si elle était restée au travail », que la salariée a le droit de cumuler son ancienneté. La même protection doit s'appliquer au service continu (aux fins d'application de la *L.N.T.*, de la convention collective ou de l'application des règles d'entreprises non conventionnées). Il en va de même de la reconnaissance de l'expérience aux fins de la détermination du salaire et de la sécurité d'emploi.

Cette protection de l'ancienneté, du service continu et de l'expérience doit couvrir la durée totale des congés parentaux sans salaire reconnus par la *Loi sur les normes du*

²⁶⁹ Précitée, note 4.

²⁷⁰ *Durocher et A.B.B. Systèmes ingénierie combustion*, D.T.E. 92T-136 (C.T.).

travail, soit le congé de maternité (qui est actuellement de 18 semaines) et le congé parental (qui est actuellement de 52 semaines). Cette protection doit à plus forte raison s'appliquer dans le cas des congés de maternité et parentaux indemnisés par l'assurance emploi. Dans le cadre de conventions collectives de travail, il revient aux parties de s'entendre pour déterminer si cette protection s'étendra au congé parental prolongé (parfois de deux ans) prévu dans certaines conventions.

- **Le cas particulier de la période continue d'emploi aux fins d'acquisition de la permanence**

Afin d'éviter la répétition de scénarios laborieux obligeant les travailleuses à défendre leurs droits au risque de sagas judiciaires pouvant s'étendre sur plusieurs années, il est grand temps d'apporter une solution définitive pour l'ensemble des employés de la fonction publique à qui on refuse encore de reconnaître toute période continue d'emploi aux fins d'acquisition de la permanence lors d'un congé parental accessible aux deux parents. Le congé parental ne relève pas du seul choix personnel des parents ; il vise à permettre à ceux-ci de remplir la fonction sociale de prendre en charge les enfants en bas âge.

Compte tenu des refus répétés du Conseil du trésor de modifier sa directive malgré les demandes unanimes de tous les milieux intéressés (notamment le Conseil du statut de la femme), il est urgent et impératif d'intervenir législativement dans le sens du règlement collectif qui visait les six plaignantes dans le dossier *Conseil du trésor*²⁷¹, où ce dernier a accordé un accommodement en incluant 12 semaines de congé parental dans le calcul de cette période.

²⁷¹ Précité, note 4.

En conséquence, la mise à jour de la *Loi sur les normes du travail* doit préciser expressément que les parents ont droit à un accommodement pour ce congé, correspondant à la reconnaissance immédiate d'un minimum de trente-cinq semaines dans le calcul de leur période continue d'emploi aux fins d'acquisition de la permanence. Cette période de service continu d'emploi reconnue permettra d'assurer la parité avec le congé parental indemnisé qui a été prolongé de 12 à 35 semaines.

- **Le droit d'être avisé des possibilités d'emploi et autres qui s'offrent au travail**

Suivant l'enseignement qui découle du règlement amiable dans l'affaire *Béliveau*²⁷², les employeurs doivent aviser les personnes en congé de maternité ou parental, payé ou non, de tout emploi, promotion ou occasion de formation pour lesquels elles sont qualifiées et qui surviennent durant leur absence et pour lesquels elles désireraient soumettre leur candidature.

- c) **Le droit aux principaux avantages d'ordre pécuniaire (autres que le salaire faisant l'objet d'un remplacement du revenu)**

Aujourd'hui, plusieurs avantages d'ordre pécuniaire sont écartés par un certain courant jurisprudentiel qui a interprété de façon restrictive le droit aux avantages protégés par la *Loi sur les normes du travail*.

Afin d'éliminer les effets discriminatoires que la perte de ces avantages pécuniaires complémentaires entraîne sur les finances familiales, le droit à ces derniers devrait être reconnu pendant les congés de maternité et parentaux payés (par les prestations de l'assurance-emploi); le retrait préventif ou l'invalidité couverte par une assurance

²⁷² Précitée, note 4.

collective, et même durant la période complémentaire sans traitement prévue par la *L.N.T.* (soit 17 semaines pouvant s'ajouter au congé parental indemnisé de 35 semaines). On doit partir du principe que l'absence pour maternité et l'absence parentale doivent être socialement prises en compte par les employeurs. Leur contribution compléterait le régime collectif d'assurance parentale dont nous traitons plus loin.

Afin de déterminer les avantages pécuniaires qui doivent être protégés et ceux qui peuvent être exclus de cette protection, il faut établir un critère rationnel de distinction. Nous croyons que quatre des principaux avantages pécuniaires universels offerts à tous les employés doivent être maintenus, puisque, de nos jours, on peut considérer que plusieurs d'entre eux entrent dans une définition élargie des avantages sociaux. La paye de vacances doit être liée au service continu cumulé lors des congés de maternité et parentaux et non à la période effectivement travaillée. Le cumul des jours de congé de maladie peut d'autant plus être considéré comme un avantage social qu'il complète le régime d'assurance invalidité. Quant au plein paiement ou report des jours fériés, il s'agit justement de journées d'absence dont le propre est d'être entièrement payées. De même, l'indemnité de mise à pied doit être protégée puisqu'elle relève de la sécurité d'emploi et détermine les conditions futures d'emploi.

D'autre part, les exceptions envisageables au principe de la protection des avantages liés à l'emploi pourraient être les primes directement liées à l'exécution du travail qui complétaient le salaire avant le congé, mais seulement lorsque ces primes ont déjà été considérées dans le revenu ayant servi à déterminer le montant de la prestation de congé (par exemple, les primes au rendement, les primes de fin de semaine, les primes de travail dangereux, les allocations de repas, etc.).

- **Le droit à la paye de vacances**

Comme l'a illustré le règlement dans l'affaire *Roussin*²⁷³, malgré la protection relative accordée par l'article 74 de la *Loi sur les normes du travail* quant au calcul de la paye de vacances, cela n'a pas empêché les centres hospitaliers d'utiliser une méthode de calcul qui pénalisait les travailleuses à temps partiel, en ne prenant pas en considération le congé de maternité. L'article 74 de la *L.N.T.* doit être modifié de façon à en clarifier la formulation et à en élargir la portée. Cette modification devrait prévoir que l'indemnité afférente au congé annuel (paye de vacances) est la même que l'indemnité à laquelle la salariée aurait eu droit si elle n'avait pas été en congé de maternité. La portée de cette protection doit par la même occasion s'étendre au congé parental (qui n'est pas visé par la loi actuelle). L'article devra en outre préciser que cette règle de calcul s'applique à toute la durée du congé annuel, même lorsque ce dernier est supérieur au minimum de semaines prévues par la loi.

- **Le paiement ou le report des jours fériés**

Compte tenu de la jurisprudence contradictoire sur la question²⁷⁴, la loi devrait consacrer le droit au plein salaire pour les jours chômés et payés (jours fériés) malgré l'absence pour congé de maternité ou parental.

- **Le cumul des jours de congé de maladie**

Afin de mettre fin au débat jurisprudentiel sur le sujet, la loi devrait conférer le droit au cumul des jours de congé de maladie comme si la salariée était restée au travail²⁷⁵.

²⁷³ Précitée, note 4.

²⁷⁴ Voir la note 265.

- **Le droit à certaines indemnités et primes liées à l'emploi**

Le droit aux avantages pécuniaires liés à l'emploi devrait inclure le droit de la salariée à certaines primes liées à son emploi, dont elle aurait pu bénéficier si elle n'avait pas été en congé de maternité. Ce devrait être particulièrement le cas des indemnités liées à la sécurité d'emploi qui déterminent les conditions futures d'emploi, dont les heures de travail et le salaire garanti dans certains milieux de travail (par exemple, l'indemnité de mise à pied dans les centres hospitaliers selon le jugement *Roberge*²⁷⁶). Les primes qui n'ont pas été considérées dans le calcul du montant de l'indemnité, comme les primes de Noël et de fin d'année distribuées pendant ou après le congé, doivent également être protégées puisqu'elles n'ont pas servi à augmenter l'indemnité de congé.

d) Le maintien de la participation aux avantages sociaux reconnus dans le milieu de travail lors d'un congé parental payé

Pour les personnes qui prennent un congé de maternité ou parental, il est crucial de maintenir le droit aux régimes d'avantages sociaux, comme les assurances collectives et le régime de retraite. Dans un cas comme dans l'autre, l'absence de protection peut avoir des conséquences dramatiques. Qu'arrivera-t-il aux parents qui prennent un congé parental s'ils ont des problèmes de santé alors qu'ils ne bénéficient plus de l'assurance collective (médicaments, invalidité ou vie) ? De combien d'années leur retraite sera-t-elle retardée (ou combien leur coûtera le rachat d'années de service), s'ils ne participent plus au régime de retraite ?

²⁷⁵ Voir la note 266.

²⁷⁶ Précité, note 4.

En cas de congé de maternité, le droit de participation aux régimes d'avantages sociaux est protégé par l'article 32 du règlement actuel. Celui-ci prévoit en effet ce qui suit :

« La participation de la salariée aux avantages sociaux reconnus à son lieu de travail ne doit pas être affectée par son congé, sous réserve du paiement régulier des cotisations exigibles relativement à ces avantages et dont l'employeur assume sa part. »

Cette protection, essentielle aux travailleurs qui ont des enfants, doit être étendue afin de couvrir également le congé parental payé, d'autant plus que la durée de celui-ci sera bientôt prolongé.

e) Dispositions diverses

- **La prise du congé**

Il importe de faire respecter le principe qu'il appartient à la salariée de déterminer, à l'intérieur de certaines limites, la période de son congé. On devrait en conséquence modifier le deuxième alinéa de l'article 20 du règlement d'application actuel de la L.N.T., qui prévoit que le congé spécial en cas de danger pour la santé de la mère ou de l'enfant à naître est réputé être le congé de maternité ordinaire qui débute la huitième semaine précédant la date prévue de l'accouchement. Cet article (ainsi que plusieurs clauses de conventions collectives qui s'en inspirent) pourrait être contesté pour motif de discrimination fondée sur la grossesse. En imposant que le congé a débuté plusieurs semaines avant l'accouchement, la période du congé de maternité que la travailleuse enceinte voudrait situer après l'accouchement se trouve écourtée, ce qui a un effet préjudiciable.

- **Un avis rappelant la date de retour au travail**

Nous proposons un changement destiné à corriger les conséquences souvent désastreuses de la perte de l'emploi. La loi actuelle contient la présomption que le non-retour au travail à la date annoncée dans l'avis de congé de maternité constitue une démission. Or cette règle ne tient pas compte des conditions de convalescence à la suite d'un accouchement. Elle devrait être abolie et remplacée par l'obligation pour l'employeur d'envoyer à la salariée en congé de maternité qui n'est pas rentrée au travail un avis lui rappelant la date de retour au travail qui était prévue et lui demandant les raisons de son non-retour au travail. En effet, celui-ci peut s'expliquer par de multiples raisons, autres que l'intention de démissionner, par exemple, une invalidité à la suite de l'accouchement.

- **Étendre à six mois le délai de prescription du recours fondé sur la *L.N.T.***

La réforme de la loi devrait également apporter un autre changement considéré depuis longtemps comme essentiel, soit une modification visant le temps prescrit pour l'exercice des droits de recours pour pratique illicite à l'encontre des salariées enceintes, sans lesquels les droits reconnus en cas de maternité demeurent théoriques, si le temps manque pour les revendiquer. Le trop court délai de prescription de la *L.N.T.* (45 jours, en vertu de l'article 123) devrait être prolongé à six mois, délai courant en droit du travail.

Les lois assurant la protection des travailleuses enceintes étant diverses, elles doivent être harmonisées pour être cohérentes entre elles et se renforcer mutuellement. Comme le régime de congé de maternité et parental greffé à l'assurance-emploi a été amélioré, cette réforme devra être complétée par celle de la *Loi sur les normes du travail*. En effet, le droit de se prévaloir des bénéficiaires d'un régime social d'assurance maternité et parentale,

sans que cela ne pose, avant, pendant et après le congé, d'entrave sur le plan professionnel, dépend, dans une large mesure, des droits et avantages protégés par l'instrument législatif dont c'est précisément l'objet, soit la *L.N.T.* À quoi servirait un congé de maternité et parental payé dont la durée serait plus longue et le taux de remplacement du revenu de travail plus élevé, si l'emploi et le droit aux avantages qui en découlent sont compromis, parce que la *L.N.T.* n'apporte pas le soutien des protections qu'il lui revient d'assurer ?

Analysée sous l'angle du droit à l'égalité dans l'emploi, la *Loi sur les normes du travail* doit répondre aux besoins des travailleurs qui ont des enfants en améliorant les protections offertes lors de congés de maternité et parentaux. De telles protections garantiraient un cheminement plus continu des femmes sur le marché du travail en leur permettant, de manière partagée avec le conjoint, de mieux concilier le travail et la maternité, les responsabilités professionnelles et les obligations parentales, ce qui du point de vue du droit à l'égalité doit constituer l'objectif premier des protections de la *Loi sur les normes du travail* en matière de droits parentaux.

Outre le fait de protéger l'emploi des parents et les avantages qui y sont liés, le régime de droits parentaux de la *Loi sur les normes du travail* concrétise le droit économique et social des enfants « à la protection, à la sécurité et à l'attention que ses parents [...] peuvent lui donner », droit garanti par l'article 39 de la Charte. Le but des protections en cas de congé de maternité et parental est aussi de rendre les parents disponibles pour leurs enfants sans qu'ils compromettent leurs carrières professionnelles, de les soutenir pour leur permettre de les prendre en charge et leur donner les soins dont ils ont besoin dès leur naissance. De parents disponibles pour leurs enfants, dépend l'avenir de la prochaine génération.

L'enjeu social et juridique est de taille : mettre en place un régime de protection de la maternité au travail pour que le parcours professionnel des femmes ne soit plus compromis pendant leur vie active au travail à la suite d'une grossesse. Il existe des moyens d'assurer l'égalité dans l'emploi, et une société moderne qui prône la justice sociale doit relever le défi de les adopter pour permettre de conjuguer harmonieusement maternité et travail rémunéré.

CONCLUSION

LES CONDITIONS DE LA GROSSESSE ET DE LA MATERNITÉ :

UN CHOIX DE SOCIÉTÉ

Nous avons, dans le premier chapitre qui constitue la première partie de ce travail, défini les concepts fondamentaux du droit à l'égalité dans l'emploi. Nous avons étudié tour à tour la notion de discrimination, ses manifestations directes et indirectes, le moyen de défense relatif aux aptitudes ou qualités requises par l'emploi. Nous avons ensuite démontré comment une décision récente de la Cour suprême est venue confirmer que l'obligation d'accommodement sans contrainte excessive s'impose désormais dans tous les cas de discrimination, tant directe qu'indirecte, ce qui constitue une avancée majeure en matière de protection contre la discrimination sous toutes ses formes. Nous avons finalement souligné le fait que les décisions en matière de discrimination fondée sur la grossesse démontrent que l'obligation d'accommodement est centrale en la matière.

La deuxième partie de la thèse présente la typologie des manifestations de discrimination fondée sur la grossesse. Dans le chapitre deux, nous avons d'abord exposé le fonctionnement de la discrimination fondée sur la grossesse mettant en cause la sécurité au travail, en lien avec la capacité de la travailleuse enceinte d'exécuter le travail sans risque. Comme nous l'avons démontré, cette discrimination peut souvent être évitée par la mise en œuvre de mesures de protection de la sécurité de la grossesse, notamment par la réaffectation et le retrait préventif.

Dans le troisième chapitre, nous avons démonté les rouages de la discrimination fondée sur la grossesse résultant des règles de disponibilité au travail. Nous avons montré que l'adaptation du monde du travail à la présence des femmes dépend, dans une large mesure, de la possibilité pour elles d'allier travail rémunéré et maternité. C'est pourquoi les employeurs ont l'obligation légale de respecter le droit des femmes de s'absenter du travail en raison d'une grossesse sans qu'elles en soient indûment pénalisées, y compris lors du renouvellement d'un contrat de travail à durée déterminée. L'obligation

d'accommodement se traduit généralement dans ce cas par le remplacement temporaire de la travailleuse en congé de maternité.

Dans le chapitre quatre, nous avons présenté les mécanismes de la discrimination fondée sur la grossesse privant les femmes des avantages liés à leur emploi. Nous avons d'abord traité du droit aux avantages liés à l'état de santé, dont l'assurance invalidité et l'utilisation des crédits de congés de maladie. Nous avons par la suite abordé le droit aux avantages sociaux, tels que les vacances payées, et le droit à certaines primes dont l'indemnité de mise à pied. Nous avons également discuté du droit au cumul de l'ancienneté durant le congé de maternité ainsi que du droit au cumul du service continu durant le congé parental sans discrimination fondée sur l'état civil en qualité de parent.

L'une des surprises de notre recherche réside dans la découverte de cette typologie qui révèle deux caractéristiques de la discrimination fondée sur la grossesse. D'abord, toutes les décisions recensées entrent dans l'une des trois catégories que nous avons décrites : la discrimination mettant en cause la sécurité au travail, celle résultant des règles de disponibilité et celle privant des avantages de l'emploi. Ensuite, les trois manifestations décrites correspondent aux trois principaux besoins des travailleuses enceintes : le besoin de sécurité, celui de s'absenter du travail et celui de conserver les avantages liés à l'emploi. À notre avis, c'est cette corrélation entre les manifestations de discrimination et les besoins spécifiques des travailleuses enceintes qui explique que l'obligation d'accommodement est au cœur des solutions qui pourront éliminer les exclusions discriminatoires et instaurer l'égalité.

Dans la troisième partie qui constitue le chapitre cinq, nous nous sommes inspiré de l'obligation d'accommodement pour proposer des modifications à la *Loi sur les normes du travail* qui permettraient d'assurer concrètement à l'ensemble des travailleuses une

meilleure protection de la maternité sans négation de l'égalité en emploi. En effet, l'une des conclusions de notre recherche a été de mesurer l'effectivité des protections de la *L.N.T.* eu égard aux principaux problèmes contemporains. Il ressort, à l'observation, que le besoin de sécurité reçoit une réponse satisfaisante avec le droit au retrait préventif. Quant au besoin de s'absenter du travail, le droit au congé de maternité résout en grande partie la question. En revanche, notre recherche démontre que plusieurs failles se posent sur le plan de la protection des avantages de l'emploi, ce qui explique que la plupart des modifications proposées portent sur ce point.

Notre travail visait à mettre au jour les trois manifestations de discrimination fondée sur la grossesse, soit celle mettant en cause la sécurité au travail, celle résultant des règles de disponibilité au travail et celle privant des avantages liés à l'emploi. Nous croyons pouvoir conclure qu'il est juridiquement possible aujourd'hui de répondre au problème social que constitue ces manifestations de discrimination fondée sur la grossesse. En effet, les études de cas concrets démontrent qu'après une période d'incertitude, l'accommodement paraît désormais s'imposer d'elle-même comme solution.

Le problème social de la discrimination en emploi fondée sur la grossesse étant mieux défini, et la solution juridique de l'obligation d'accommodement étant acquise, on peut dès lors envisager de mettre en place des moyens pour éliminer cette inégalité subie par les femmes dans leur parcours professionnel. Pour y parvenir, il revient aux employeurs d'accommoder les besoins des travailleuses de façon à leur permettre de concilier travail rémunéré et maternité sans être pénalisées professionnellement. Il est par ailleurs de la responsabilité de la société d'adopter des mesures de protection juridiques et sociales de la maternité assurant l'égalité en emploi pour que ces travailleuses ne soient pas désavantagées économiquement.

Les enfants sont l'avenir de l'humanité. Une société qui ne prendrait pas en compte cette réalité compromettrait ainsi sa propre continuité. Le nécessaire renouvellement des générations implique donc une solidarité sociale s'incarnant dans l'amélioration des lois de protection en cas de congé de maternité et parental. Les femmes ne doivent pas assumer à elles seules le coût social et économique de leur contribution essentielle à la suite du monde.

Dans ce sens, la maternité vécue dans le respect de l'égalité dans l'emploi sans discrimination est un choix de société qu'il convient de traduire dans un ensemble cohérent de lois assurant aux travailleuses des protections juridiques.

Les employeurs, et les syndicats qui participent à la négociation des conditions de travail, ont la tâche de réexaminer leurs règles d'emploi pour éliminer celles qui causent encore des effets discriminatoires à l'endroit des femmes. Il leur appartient d'améliorer leur régime de droits parentaux dans le sens des propositions de modification à la *Loi sur les normes du travail* que nous avons formulées. De manière plus globale, ils doivent reconnaître la nécessité pour leurs employés, hommes et femmes, de concilier leurs responsabilités familiales et professionnelles en adaptant les conditions de travail.

On peut énumérer ici la mise en place de conditions de travail telles que les horaires variables, l'amélioration des conditions de travail à temps partiel justifiée par des raisons parentales (favorisant ainsi l'embauche de remplaçants ayant la possibilité de faire l'apprentissage du métier), le travail à domicile rendu de plus en plus possible par le télétravail, la semaine de travail de quatre jours, les garderies en milieu de travail et toute autre mesure susceptible de favoriser, tant pour les hommes que pour les femmes, la conciliation entre les obligations familiales et professionnelles.

Si elles sont adoptées, plusieurs des mesures que nous avons proposées permettraient de limiter les impacts négatifs découlant de la discontinuité professionnelle des travailleuses enceintes suite à une interruption d'emploi pour motif de maternité, impacts mis en évidence par la sociologue Lucie France Dagenais et dont nous avons produit les expertises devant le Tribunal des droits de la personne dans le cadre de trois dossiers traitant de ce problème, les affaires *Bourdon*²⁷⁷, *Roussin*²⁷⁸ et *Roberge*²⁷⁹.

La position de la sociologue demeure à ce jour incontestée : la protection des divers avantages liés à l'emploi et les mesures sociales couvrant la période de maternité sont des conditions essentielles pour maintenir les femmes dans leur activité professionnelle. De fait, comme le démontrent ses expertises, le droit à l'égalité dans l'emploi implique que l'on intervienne pour limiter les effets néfastes de la discontinuité professionnelle des femmes qui résulte de l'interruption de leur emploi à des fins de maternité.

La solution juridique de l'obligation d'accommodement a ses limites, et même lorsqu'elle est prise en charge par les employeurs et les syndicats, elle ne saurait à elle seule résoudre le problème. D'où la nécessité que des mesures générales et universelles soient prévues dans des lois d'ordre public. L'État a donc son rôle à jouer pour instaurer l'égalité concrète des travailleuses enceintes. C'est pourquoi nous favorisons l'adoption de solutions collectives pour assurer une meilleure justice sociale. Elles peuvent prendre la forme de programmes spéciaux institués par des lois sociales.

²⁷⁷ Précitée, note 4. Lucie France Dagenais, *Discrimination fondée sur la grossesse : une analyse sociale à partir de la discontinuité professionnelle des femmes (cas Bourdon)*, Septembre 1997.

²⁷⁸ Précitée, note 4. Lucie France Dagenais, *Interruption d'emploi aux fins de maternité et pénalités financières (Paie de vacances), Expertise sociologique sur un cas (cas Roussin)*, 19 avril 1999.

²⁷⁹ Précité, note 4. Lucie France Dagenais, *Interruption d'emploi aux fins de maternité et pénalités financières (Indemnités de mise à pied) Expertise sociologique sur un cas (cas Roberge)*, Janvier 2000.

L'élimination de toute discrimination fondée sur la grossesse est l'une des conditions de base de l'égalité en emploi des femmes. La mise en œuvre de toutes les mesures appropriées permettant aux femmes de concilier plus harmonieusement emploi et maternité est un choix de société qu'il nous faut collectivement assumer.

Dans ce sens, nous proposons une réforme législative de la *Loi sur les normes du travail* afin de renforcer les mesures favorables aux travailleuses enceintes. En effet, l'amélioration récente de l'assurance sociale parentale par le biais de l'assurance-emploi nécessite que cette loi soit modifiée dans le sens d'une harmonisation qui assure de manière complémentaire aux personnes qui bénéficieront de ces congés des protections spécifiques et expresses de leurs droits et avantages liés à leur emploi durant ces congés. Cette réforme dans le sens d'une harmonisation des lois permettrait aux femmes et aux hommes de mieux vivre et aménager la responsabilité encore mal partagée de l'emploi et de la maternité. Il serait socialement souhaitable et juridiquement opportun qu'elle soit réalisée dans un avenir prochain.

ANNEXES

- I. Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.
- II. Charte des droits et libertés de la personne.
- III. Lignes directrices de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse sur la discrimination fondée sur la grossesse, janvier 1994 (par Michel COUTU et Maurice DRAPEAU).
- IV. Code des droits de la personne (Ontario).
- V. Loi canadienne sur les droits de la personne.
- VI. Loi sur la santé et la sécurité du travail.
- VII. Loi sur les normes du travail.
- VIII. Règlement sur les normes du travail.

ANNEXE I

CONVENTION SUR L'ÉLIMINATION DE TOUTES LES FORMES DE DISCRIMINATION À L'ÉGARD DES FEMMES

[Extraits*]

Adoptée le 18 décembre 1979
Entrée en vigueur pour le Canada le 10 janvier 1982
Nations-Unies, *Recueil des traités*, vol. 1249 (1981), p. 13

Les États parties à la présente Convention.

[...]

Conscients de l'importance de la contribution des femmes au bien-être de la famille et au progrès de la société, qui jusqu'à présent n'a pas été pleinement reconnue, de l'importance sociale de la maternité et du rôle des parents dans la famille et dans l'éducation des enfants, et conscients du fait que le rôle de la femme dans la procréation ne doit pas être une cause de discrimination et que l'éducation des enfants exige le partage des responsabilités entre les hommes, les femmes et la société dans son ensemble.

[...]

Article 11

- 1- Les États parties s'engagent à prendre toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans le domaine de l'emploi afin d'assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, les mêmes droits et en particulier :
[...]
- f) Le droit à la protection de la santé et à la sécurité des conditions de travail, y compris la sauvegarde de la fonction de reproduction.

* Voir André MOREL, *Code des droits et libertés*, Les Éditions Thémis, 6^e éd., 1998, p. 379.

- 2- Afin de prévenir la discrimination à l'égard des femmes en raison de leur mariage ou de leur maternité et de garantir leur droit effectif au travail, les États parties s'engagent à prendre des mesures appropriées ayant pour objet :
- a) D'interdire, sous peine de sanctions, le licenciement pour cause de grossesse ou de congé de maternité et la discrimination dans les licenciements fondés sur le statut matrimonial;
 - b) D'instituer l'octroi de congés de maternité payés ou ouvrant droit à des prestations sociales comparables, avec la garantie du maintien de l'emploi antérieur, des droits d'ancienneté et des avantages sociaux;
 - c) D'encourager la fourniture des services sociaux d'appui nécessaires pour permettre aux parents de combiner les obligations familiales avec les responsabilités professionnelles et la participation à la vie publique, en particulier en favorisant l'établissement et le développement d'un réseau de garderies d'enfants;
 - d) D'assurer une protection spéciale aux femmes enceintes dont il est prouvé que le travail est nocif.

[...]

ANNEXE II

CHARTRE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE

L.Q. 1975, c. 6; L.R.Q., c. C-12

[Sanctionnée le 17 juin 1975]

[Extraits]

Préambule. Considérant que tout être humain possède des droits et libertés intrinsèques, destinés à assurer sa protection et son épanouissement;

Considérant que tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité et ont droit à une égale protection de la loi;

Considérant que le respect de la dignité de l'être humain et la reconnaissance des droits et libertés dont il est titulaire constituent le fondement de la justice et de la paix;

Considérant que les droits et libertés de la personne humaine sont inséparables des droits et libertés d'autrui et au bien-être en général;

Considérant qu'il y a lieu d'affirmer solennellement dans une Charte les libertés et droits fondamentaux de la personne afin que ceux-ci soient garantis par la volonté collective et mieux protégés contre toute violation;

À ces causes, Sa Majesté, de l'avis et du consentement de l'Assemblée nationale du Québec, décrète ce qui suit

PARTIE I**LES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE****CHAPITRE I****LIBERTÉS ET DROITS FONDAMENTAUX**

[...]

Sauvegarde de la
dignité.

4. Toute personne a droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation.

1975, c. 6, a. 4 (28 juin 1976)

[...]

CHAPITRE II**DROIT À L'ÉGALITÉ DANS LA RECONNAISSANCE ET
L'EXERCICE DES DROITS ET LIBERTÉS**

Discrimination
interdite.

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

Motif de
discrimination.

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

1975, c. 6, a. 10; 1977, c. 6, a. 1; 1978, c. 7, a. 112; 1982, c. 61, a. 3 (1^{er} octobre 1983)

[...]

Non-
discrimination
dans l'embauche.

16. Nul ne peut exercer de discrimination dans l'embauche, l'apprentissage, la durée de la période de probation, la formation professionnelle, la promotion, la mutation, le déplacement, la mise à pied, la suspension, le renvoi ou les conditions de travail d'une personne ainsi que dans l'établissement de catégories ou de classifications d'emploi.

1975, c. 6, a. 16 (28 juin 1976)

[...]

Renseignements
relatifs à un
emploi.

18.1 Nul ne peut, dans un formulaire de demande d'emploi ou lors d'une entrevue relative à un emploi, requérir d'une personne des renseignements sur les motifs visés dans l'article 10 sauf si ces renseignements sont utiles à l'application de l'article 20 ou à l'application d'un programme d'accès à l'égalité existant au moment de la demande.

1982, c. 61, a. 5 (1^{er} juin 1984)

[...]

Distinction
fondée sur
aptitudes non
discriminatoire.

20. Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi, ou justifiée par le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif ou qui est vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique est réputée non discriminatoire.

1975, c. 6, a. 20; 1982, c. 61, a. 6; 1996, c. 10, a. 1 (13 juin 1996)

[...]

CHAPITRE IV

DROITS ÉCONOMIQUES ET SOCIAUX

Protection de l'enfant. 39. Tout enfant a droit à la protection, à la sécurité et à l'attention que ses parents ou les personnes qui en tiennent lieu peuvent lui donner.

1975, c. 6, a. 39; 1980, c. 39, a. 61 (2 avril 1981)

[...]

Conditions de travail. 46. Toute personne qui travaille a droit, conformément à la loi, à des conditions de travail justes et raisonnables et qui respectent sa santé, sa sécurité et son intégrité physique.

1975, c. 6, a. 46; 1979, c. 63, a. 275 (1^{er} janvier 1981)

[...]

CHAPITRE V

DISPOSITIONS SPÉCIALES ET INTERPRÉTATIVES

Réparation de préjudice pour atteinte illicite à un droit. 49. Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte.

Dommmages exemplaires. En cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages exemplaires.

1975, c. 6, a. 49 (28 juin 1976)

[...]

PARTIE II**LA COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE****CHAPITRE III****PLAINTES**

Refus de
négocier.

80. Lorsque les parties refusent la négociation d'un règlement ou l'arbitrage du différend, ou lorsque la proposition de la Commission n'a pas été, à sa satisfaction, mise en œuvre dans le délai imparti, la Commission peut s'adresser à un tribunal en vue d'obtenir, compte tenu de l'intérêt public, toute mesure appropriée contre la personne en défaut ou pour réclamer, en faveur de la victime, toute mesure de redressement qu'elle juge alors adéquate.

1975, c. 6, a. 80; 1989, c. 51, a. 5 (10 décembre 1990)

[...]

PARTIE VI**LE TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE****CHAPITRE II****COMPÉTENCE ET POUVOIRS**

Emploi,
logement, biens et
services.

111. Le Tribunal a compétence pour entendre et disposer de toute demande portée en vertu de l'un des articles 80, 81 et 82 et ayant trait, notamment, à l'emploi, au logement, aux biens et services ordinairement offerts au public, ou en vertu de l'un des articles 88, 90 et 91 relativement à un programme d'accès à l'égalité.

Exercice des
recours.

Seule la Commission peut initialement saisir le Tribunal de l'un ou l'autre des recours prévus à ces articles, sous réserve de la substitution prévue à l'article 84 en faveur d'un plaignant et de l'exercice du recours prévu à l'article 91 par la personne à qui le Tribunal a déjà imposé un programme d'accès à l'égalité.

1989, c. 51, a. 16 (10 décembre 1990)

ANNEXE III

LA DISCRIMINATION FONDÉE SUR LA GROSSESSE

Lignes directrices

par Me Michel Coutu et Me Maurice Drapeau, conseillers juridiques
Direction de la recherche
28 janvier 1994

Les présentes lignes directrices s'appuient sur le document de recherche rédigé par les auteurs: *La discrimination en emploi fondée sur la grossesse et le contrat de travail à durée déterminée*. CDP, Cat. 120-15, 19 janvier 1994.

I. L'INTERDICTION DE LA DISCRIMINATION FONDÉE SUR LA GROSSESSE

La *Charte des droits et libertés de la personne* interdit expressément la discrimination fondée sur la grossesse (article 10). Toute exclusion, distinction ou préférence liée à l'état de grossesse, y compris à la grossesse menée à terme ou à la grossesse éventuelle, de même que celle fondée sur des complications liées à la grossesse, crée une discrimination illicite. Dans le domaine du travail, par exemple, un employeur ne peut exercer une telle discrimination en raison de la grossesse dans l'embauche, les promotions, la suspension, le renvoi, etc. (article 16).

Le bien-fondé de cette protection repose sur la nécessité de prendre en compte la situation réelle des femmes qui forment une partie importante de la main-d'œuvre. Comme l'a déjà reconnu la Cour suprême du Canada, c'est, ni plus ni moins, l'accès des femmes à

l'emploi, sans qu'on leur impose un traitement désavantageux à cause de leur grossesse, qui est en jeu:

« Allier travail salarié et maternité et tenir compte des besoins des femmes enceintes au travail sont des impératifs de plus en plus pressants. Il semble aller de soi que celles qui donnent naissance à des enfants et favorisent ainsi l'ensemble de la société ne devraient pas en subir un désavantage économique ou social. »¹

En ce sens, les milieux de travail doivent s'adapter au fait que « *la grossesse est un motif de santé valable de s'absenter du travail* »².

II. DISCRIMINATION DIRECTE

La discrimination directe fondée sur la grossesse se manifeste par un traitement inégal imposé aux femmes parce qu'elles sont ou peuvent devenir enceintes. Encore aujourd'hui, il arrive que certains employeurs refusent d'embaucher des femmes qui sont enceintes ou nourrissent des projets en ce sens et, de façon tout aussi discriminatoire, exercent des pressions pour que leurs employées qui deviennent enceintes remettent leur démission.

Compte tenu de l'interdiction de la discrimination dans l'emploi, lorsque l'exclusion imposée aux femmes est directement liée à la grossesse (par exemple le refus d'embauche du fait même de la grossesse), il revient à l'employeur de démontrer que cette distinction est justifiée en tant que « *qualité requise par un emploi* » (article 20).

¹ *Brooks c. Canada Safeway*, [1989] R.C.S. 1219, p. 1243.

² *Id.*, p. 1237.

Cette disposition en est une d'exception; par conséquent, la défense relative aux qualités requises par un emploi est interprétée restrictivement : l'employeur doit démontrer un lien objectif et réel entre le fait de ne pas être enceinte et les exigences liées à la nature de l'emploi³. Il pourrait s'agir, par exemple, de raisons de santé et de sécurité liées à un contexte de travail particulièrement dangereux⁴. À défaut de preuve établissant que la distinction est justifiée comme qualité requise, la règle d'emploi devra être annulée.

III. DISCRIMINATION INDIRECTE

La discrimination indirecte fondée sur la grossesse est celle qui résulte d'une règle neutre, qui s'applique indistinctement à tous les employés, mais qui a pour effet d'exclure ou de désavantager les femmes enceintes⁵. Ce peut être le cas des règles de disponibilité au travail⁶. Par exemple, malgré sa portée neutre à priori, l'exigence de disponibilité au travail, si elle ne fait pas l'objet d'adaptation, désavantage les femmes, dans la mesure où des absences du travail seront nécessaires en cas de grossesse.

Lorsque l'exclusion est indirectement liée à la grossesse (le refus d'octroyer un contrat ou de renouveler le contrat du fait de l'exigence de disponibilité au travail), il revient à

³ *Commission des droits de la personne c. Ville de Brossard*, (1988) 2 R.C.S. 279.

⁴ *Il faudra alors tenir compte de la protection accordée par les lois de santé et sécurité au travail; par exemple, le droit au retrait préventif ou à une réaffectation.*

⁵ *La discrimination indirecte ou par effet préjudiciable a été définie par la Cour suprême dans O'Malley c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536.

⁶ *Notons que les règles de disponibilité au travail peuvent également créer une discrimination directe. Il faut en effet voir si la grossesse est considérée comme d'autres motifs valables de s'absenter du travail, donc si la règle de disponibilité s'applique indistinctement à tous les employés, sinon il s'agit bien d'un cas de discrimination directe.*

l'employeur de démontrer que l'exigence de disponibilité ne peut faire l'objet d'une adaptation raisonnable, sans contrainte excessive⁷.

L'employeur (et, le cas échéant, le syndicat) a donc l'obligation d'adapter la règle de disponibilité au travail afin d'accommoder les candidates ou employées enceintes. L'adaptation de la règle de la disponibilité au travail en fonction de la grossesse se rattache surtout au droit de s'absenter du travail sans perte des avantages qui en découlent. L'adaptation couvre donc le droit à un congé de maternité (généralement sans solde ou, avec prestation, lorsque la convention collective prévoit un régime de congé de maternité payé, habituellement sous forme de supplément aux prestations de maternité de l'assurance-chômage).

Les employeurs doivent assumer les contraintes raisonnables liées à l'obligation de prendre des mesures d'adaptation de façon à éliminer l'effet indirectement discriminatoire de la règle de disponibilité au travail sur les femmes enceintes. Ces contraintes raisonnables existent également par rapport à d'autres motifs d'absence du travail, tels les motifs de santé.

En revanche, il est des limites à l'obligation d'adaptation. C'est à l'employeur qu'il revient de démontrer que l'adaptation imposerait une contrainte excessive. Pour être excessive, la contrainte doit entraver indûment l'exploitation de l'entreprise ou lui imposer des coûts excessifs.

⁷ *Alberta Human Rights Commission c. Central Alberta Dairy Pool*, (1990) 2 R.C.S. 489; *Central Okanagan School District n° 23 c. Renaud*, [1992] R.C.S. 970.

Parmi les critères pertinents pour mesurer le degré de contrainte imposé par l'obligation d'adapter la règle de disponibilité au travail, on rencontre notamment : les facteurs liés à la possibilité d'assurer le remplacement pendant le congé de maternité, tels la taille de l'entreprise et l'interchangeabilité des effectifs ou l'existence d'un bassin de recrutement; la plus ou moins longue durée du contrat de travail liée à certaines contraintes, telle le caractère saisonnier ou non, la nécessité d'une formation; les risques auxquels le travail exposerait la femme enceinte, considérations de sécurité qui doivent être relativisées à la lumière des lois de protection de la santé et sécurité du travail; le coût financier que peuvent représenter plusieurs remplacements (la question ne se pose pas par rapport au congé sans traitement, et le coût est relatif lorsqu'une assurance ou les prestations de maternité du régime d'assurance-chômage en assument une grande partie).

IV. LIEN D'ENTREPRISE ET CONTRAT À DURÉE DÉTERMINÉE

En matière de contrat à durée déterminée, il importe de tenir compte du concept de lien d'entreprise.

La notion de lien d'entreprise renvoie à l'existence dans les faits, au-delà du libellé formel du contrat, d'une certaine relation de continuité de la fonction assumée.

Pour vérifier l'existence d'un tel lien d'entreprise, il conviendra de prendre en compte à la fois des indices formels et des indices matériels. Par indices formels, nous entendons ici les clauses que comporte le contrat d'emploi : en particulier, la clause de renouvellement automatique sauf avis contraire, lorsqu'interprétée dans une perspective non formaliste, constitue un bon indice de la volonté de l'entreprise de conférer, au-delà du terme stipulé, un caractère de continuité à la fonction. Les indices matériels découlent

pour leur part de la situation concrète, indépendamment des clauses du contrat, qui sous-tend la relation existant entre la salariée et l'employeur : l'on attachera ici de l'importance, le cas échéant, non seulement à l'historique des relations liant la salariée à l'entreprise, mais également à l'historique de la fonction ou du poste même, à l'attitude de l'entreprise après le renvoi ou le refus d'embauche, à la comparaison de la situation de la salariée avec celle de collègues de travail remplissant une tâche similaire, etc.

Il y aura donc présence d'un lien d'entreprise:

a) lorsque la salariée a bénéficié d'une succession de contrats à durée déterminée (même s'il y a interruption, par exemple en cas de contrats saisonniers), de sorte que le rattachement de la salariée à l'entreprise s'apparente dans les faits à une relation à durée indéterminée;

ou

b) lorsque la fonction assumée, considérée d'une manière objective c'est-à-dire indépendamment de l'historique des relations contractuelles entre l'employeur et la salariée, revêt dans les faits un degré suffisant de continuité, qui l'apparente davantage à un emploi à durée indéterminée qu'à un poste purement temporaire.

La notion de lien d'entreprise⁸ oblige à une interprétation non formaliste du rapport juridique existant entre l'employeur et ses salariées. La règle juridique prééminente, qui

⁸ *Remarquons par ailleurs que même si la présence d'un lien d'entreprise ne peut être démontrée, il ne faudrait pas conclure automatiquement, sur cette seule base, au rejet de la plainte. L'on ne saurait exclure totalement, en effet, la possibilité qu'une plainte de discrimination puisse être fondée, même lorsque la tâche ne revêt qu'un caractère purement temporaire: l'employeur aura cependant davantage de latitude ici pour invoquer la présence d'une contrainte excessive, liée à la courte durée de l'emploi, aux difficultés de recrutement ou de remplacement, aux délais requis pour la formation, etc.*

pose l'interdiction de la discrimination fondée sur la grossesse, ne saurait en effet être mise en échec du seul fait de la qualification formelle attribuée par l'entreprise à la relation contractuelle. Lorsqu'un lien d'entreprise, actuel ou virtuel, peut être identifié au regard de la fonction assumée, l'employeur aura un fardeau de preuve important à rencontrer, s'il entend établir qu'il a satisfait à l'obligation d'accommodement sans contrainte excessive : en effet, suivant la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Dairy Pool*⁹, il revient à l'employeur de corriger - à moins que la présence d'une contrainte excessive puisse être démontrée - l'effet préjudiciable d'une règle d'emploi indirectement discriminatoire, en l'occurrence l'exigence de disponibilité au travail. Lorsque la présence d'un lien d'entreprise est établie, la preuve d'une contrainte excessive demeure fort exigeante, puisque le non-octroi du contrat correspond en réalité à une rupture du lien d'emploi. En effet, la situation de la salariée à contrat d'une durée déterminée s'assimile en ce cas, au regard de la *Charte des droits et libertés de la personne* et du droit public en général, à celle d'une salariée s'inscrivant dans une relation d'emploi à durée indéterminée. Dans un grand nombre de cas, l'employeur devra donc se conformer, en dépit du terme déterminé stipulé au contrat, à une obligation d'accommodement raisonnable.

⁹ *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)* [1990] 2 R.C.S. 489.

ANNEXE IV

CODE DES DROITS DE LA PERSONNE

Lois refondues de l'Ontario de 1990

Chapitre H.19 tel que modifié

[Extraits]

- Grossesse 10. (2) Le droit à un traitement égal sans discrimination fondée sur le sexe inclut le droit à un traitement égal sans discrimination fondée sur le fait qu'une femme est enceinte ou peut le devenir.

L.R.O. 1990, chap. H.19, par. 10 (2).

[...]

11. (2) La Commission, la commission d'enquête ou un tribunal ne doit pas conclure qu'une exigence, une qualité requise ou un critère est établi de façon raisonnable et de bonne foi dans les circonstances, à moins d'être convaincu que la personne à laquelle il incombe de tenir compte des besoins du groupe dont la personne est membre ne peut le faire sans subir elle-même un préjudice injustifié, compte tenu du coût, des sources extérieures de financement, s'il en est, et des exigences en matière de santé et sécurité, le cas échéant.

L.R.O. 1990, chap. H.19, par. 11 (2); 1994, chap. 27, par. 65 (1).

ANNEXE V

LOI CANADIENNE SUR LES DROITS DE LA PERSONNE

S.C. 1976-77, c. 33; L.R.C. (1985), c. H-6
et modifications

Loi visant à compléter la législation canadienne
en matière de discrimination

[Sanctionnée le 14 juillet 1977]

[Extraits]

TITRE ABRÉGÉ

- Titre abrégé 1. Loi canadienne sur les droits de la personne.

1976-77, c. 33, a. 1 (1^{er} mars 1978)

OBJET

- Objet 2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne en donnant effet, dans le champ de compétence du Parlement du Canada, au principe suivant : le droit de tous les individus, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement et à la prise de mesures visant à la satisfaction de leurs besoins, indépendamment des considérations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, la déficience ou l'état de personne graciée.

1976-77, c. 33, a. 2; 1980-83, c. 111, a. 5 (ann. IV, a. 1); 1980-83, c. 143, a. 1 et 28; 1996, c. 14, a. 1; 1998, c. 9, a.9 (30 juin 1998)

PARTIE I

MOTIFS DE DISTINCTION ILLICITE

Dispositions générales

Motifs de
distinction illicite

3. (1) Pour l'application de la présente loi, les motifs de distinction illicite sont ceux qui sont fondés sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la déficience.

Idem

(2) Une distinction fondée sur la grossesse ou l'accouchement est réputée être fondée sur le sexe.

1976-77, c. 33, a. 3; 1980-83, c. 143, a. 2; 1996, c. 14, a. 2 (20 juin 1996)
[...]

Emploi

7. Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, par des moyens directs ou indirects :

de refuser d'employer ou de continuer d'employer un individu;

de le défavoriser en cours d'emploi.

1976-77, c. 33, a. 7; 1980-83, c. 143, a. 3 (F) (1^{er} juillet 1983)
[...]

Exceptions

15. (1) Ne constituent pas des actes discriminatoires :

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

[...]

f) le fait pour un employeur, une organisation patronale ou une organisation syndicale d'accorder à une employée un congé ou des avantages spéciaux liés à sa grossesse ou à son accouchement, ou d'accorder à ses employés un congé ou des avantages spéciaux leur permettant de prendre soin de leurs enfants;

[...]

Besoins des
individus

(2) Les faits prévus à l'alinéa (1)a) sont des exigences professionnelles justifiées ou un motif justifiable, au sens de l'alinéa (1)g), s'il est démontré que les mesures destinées à répondre aux besoins d'une personne ou d'une catégorie de personnes visées constituent, pour la personne qui doit les prendre, une contrainte excessive en matière de coûts, de santé et de sécurité.

Règlement

(3) Le gouverneur en conseil peut, par règlement, déterminer les critères d'évaluation d'une contrainte excessive.

[...]

ANNEXE VI

LOI SUR LA SANTÉ ET LA SÉCURITÉ DU TRAVAIL L.R.C., c. S-2.1

[Extraits]

[...]

CHAPITRE III

DROITS ET OBLIGATIONS

SECTION I

LE TRAVAILLEUR

4. – Retrait préventif de la travailleuse enceinte

Travailleuse
enceinte. 40. Une travailleuse enceinte qui fournit à l'employeur un certificat attestant que les conditions de son travail comportent des dangers physiques pour l'enfant à naître ou, à cause de son état de grossesse, pour elle-même, peut demander d'être affectée à des tâches ne comportant pas de tels dangers et qu'elle est raisonnablement en mesure d'accomplir.

Certificat. La forme et la teneur de ce certificat sont déterminées par règlement et l'article 33 s'applique à sa délivrance.

1979, c. 63, a. 40.

Cessation de
travail. Si l'affectation demandée n'est pas effectuée immédiatement, la travailleuse peut cesser de travailler jusqu'à ce que l'affectation soit faite ou jusqu'à la date de son accouchement.

- « accouchement » On entend par « accouchement », la fin d'une grossesse par la mise au monde d'un enfant viable ou non, naturellement ou par provocation médicale légale.
-
- 1979, c. 63, a. 41.
- Articles applicables. 42. Les articles 36 à 37.3 s'appliquent, en les adaptant, lorsqu'une travailleuse exerce le droit que lui accordent les articles 40 et 41.
-
- 1979, c. 63, a. 42; 1985, c. 6, a. 527.
- Avantages liés à l'emploi. 43. La travailleuse qui exerce le droit que lui accordent les articles 40 et 41 conserve tous les avantages liés à l'emploi qu'elle occupait avant son affectation à d'autres tâches ou avant sa cessation de travail.
- Réintégration. À la fin de son affectation ou de sa cessation de travail, l'employeur doit réintégrer la travailleuse dans son emploi régulier.
- Avantages sociaux. La travailleuse continue de bénéficier des avantages sociaux reconnus à son lieu de travail, sous réserve du paiement des cotisations exigibles dont l'employeur assume sa part.
-
- 1979, c. 63, a. 43.
- Paiements temporaires de la Commission. 44. Sur réception d'une demande d'une travailleuse, La Commission peut faire des paiements temporaires si elle est d'avis qu'elle accordera probablement l'indemnité.
- Montants irrécouvrables. Si la Commission vient à la conclusion que la demande ne doit pas être accordée, les montants versés à titre de paiements temporaires ne sont pas recouvrables.
-
- 1979, c. 63, a. 44.
- Imputation du coût. 45. Le coût relatif au paiement de cette indemnité est imputé à l'ensemble des employeurs.
-
- 1979, c. 63, a. 45; 1985, c. 6, a. 528.

Dangers pour l'allaitement de l'enfant. 46. Une travailleuse qui fournit à l'employeur un certificat attestant que les conditions de travail comportent des dangers pour l'enfant qu'elle allaite peut demander d'être affectée à des tâches ne comportant pas de tels dangers et qu'elle est raisonnablement en mesure d'accomplir.

Certificat. La forme et la teneur de ce certificat sont déterminées par règlement et l'article 33 s'applique à sa délivrance.

1979, c. 63, a. 46.

Cessation de travail. 47. Si l'affectation demandée n'est pas effectuée immédiatement, la travailleuse peut cesser de travailler jusqu'à ce que l'affectation soit faite ou jusqu'à la fin de la période de l'allaitement.

1979, c. 63, a. 47.

Dispositions applicables. 48. Les articles 36 à 37.3, 43, 44 et 45 s'appliquent, en les adaptant lorsqu'une travailleuse exerce le droit que lui accordent les articles 46 et 47.

1979, c. 63, a. 48; 1985, c. 6, a. 529.

[...]

CHAPITRE XIII

RECOURS

Procédure de griefs ou plainte. 227. Le travailleur qui croit avoir été l'objet d'un congédiement, d'une suspension, d'un déplacement, de mesures discriminatoires ou de représailles ou de toute autre sanction à cause de l'exercice d'un droit ou d'une fonction qui lui résulte de la présente loi ou des règlements, peut recourir à la procédure de griefs prévue par la convention collective qui lui est applicable ou, à son choix,

soumettre une plainte par écrit à la Commission dans les 30 jours de la sanction ou de la mesure dont il se plaint.

1979, c. 63, a. 227; 1985, c. 6, a. 548.

Dispositions applicables.

228. La section III du chapitre VII de la Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles (chapitre A-3.001) s'appliquent, en y faisant les adaptations nécessaires, à une plainte soumise en vertu de l'article 227 comme s'il s'agissait d'une plainte soumise en vertu de l'article 32 de cette loi.

Contestation.

La décision de la Commission peut faire l'objet d'une contestation devant la Commission des lésions professionnelles conformément à l'article 359.1 de la Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles.

1979, c. 63, a. 228; 1985, c. 6, a. 548; 1997, c. 27, a. 49.

[...]

ANNEXE VII

LOI SUR LES NORMES DU TRAVAIL

L.R.C., c. N-1.1

[Extraits]

[...]

Période de repas. 79. Sauf une disposition contraire d'une convention collective ou d'un décret, l'employeur doit accorder au salarié, pour le repas, une période de trente minutes sans salaire au-delà d'une période de travail de cinq heures consécutives.

Période rémunérée. Cette période doit être rémunérée si le salaire n'est pas autorisé à quitter son poste de travail.

1979, c. 45, a. 79.

SECTION V.I

LES CONGÉS POUR ÉVÉNEMENTS FAMILIAUX

[...]

Grossesse. 81.3. Une salariée peut s'absenter du travail sans salaire pour un examen médical relié à sa grossesse ou pour un examen relié à sa grossesse et effectué par une sage-femme en vertu de la Loi sur la pratique des sages-femmes dans le cadre de projets-pilotes (chapitre P-16.1).

Congé de maternité. 81.4 La salariée enceinte a droit à un congé de maternité sans salaire d'une durée maximale de 18 semaines continues.

1990, c. 73, a. 34.

- Début du congé. 81.5 Le congé de maternité ne peut commencer qu'à compter du début de la seizième semaine précédant la date prévue pour l'accouchement.
-
- 1990, c. 73, a. 34.
- Avis à l'employeur. 81.6. Le congé de maternité peut être pris après un avis écrit d'au moins trois semaines à l'employeur indiquant la date du début du congé et celle du retour au travail. Cet avis doit être accompagné d'un certificat médical attestant de la grossesse et de la date prévue pour l'accouchement.
- Réduction du délai d'avis. L'avis peut être de moins de trois semaines si le certificat médical atteste du besoin de la salariée de cesser le travail dans un délai moindre.
-
- 1990; c. 73, a. 34.
- Durée du congé de maternité. 81.7. Malgré les articles 81.4 à 81.6, le gouvernement peut, par règlement, déterminer la durée du congé de maternité ou, le cas échéant, sa durée supplémentaire, le moment où il peut être pris, les avis qui doivent être donnés et les autres conditions applicables.
- 1° lorsque l'accouchement a lieu après la date prévue;
 - 2° lorsqu'il y a danger de fausse couche ou un danger pour la santé de la mère ou de l'enfant à naître;
 - 3° lorsque survient une fausse couche ou un accouchement d'un enfant mort-né;
 - 4° lorsque l'état de santé de la mère ne lui permet pas de retourner au travail à l'expiration du congé de maternité.
-
- 1990, c. 73, a. 34.
- Certificat médical. 81.8. À partir de la sixième semaine qui précède la date prévue pour l'accouchement, l'employeur peut exiger par écrit de la salariée enceinte encore au travail un certificat médical attestant qu'elle est en mesure de travailler.

- Refus. Si la salariée refuse ou néglige de lui fournir ce certificat dans un délai de huit jours, l'employeur peut l'obliger à se prévaloir aussitôt de son congé de maternité en lui faisant parvenir par écrit un avis motivé à cet effet.
-
- 1990, c. 73, a. 34.
- Certificat médical. 81.9 L'employeur peut exiger de la salariée qui revient au travail dans les deux semaines suivant l'accouchement un certificat médical attestant qu'elle est en mesure de travailler.
-
- 1990, c. 73, a. 34.
- Congé parental. 81.10. Le père et la mère d'un nouveau-né et la personne qui adopte un enfant n'ayant pas atteint l'âge à compter duquel un enfant est tenu de fréquenter l'école ont droit à un congé parental sans salaire d'au plus 52 semaines continues.
- Exception. Le présent article ne s'applique pas au salarié qui adopte l'enfant de son conjoint.
-
- 1990, c. 73, a. 34; 1997, c. 10, a. 2.
- Début du congé. 81.11 Le congé parental peut débuter au plus tôt le jour de la naissance du nouveau-né ou, dans le cas d'une adoption, le jour où l'enfant est confié au salarié dans le cadre d'une procédure d'adoption ou le jour où le salarié quitte son travail afin de se rendre à l'extérieur du Québec pour que l'enfant lui soit confié. Il se termine au plus tard 70 semaines après la naissance ou, dans le cas d'une adoption, 70 semaines après que l'enfant lui a été confié.
-
- 1990, c. 73, a. 34; 1997, c. 10, a. 3.
- Avis à l'employeur. 81.12 Le congé parental peut être pris après un avis d'au moins trois semaines à l'employeur indiquant la date du début du congé et celle du retour au travail, sauf dans les cas et aux conditions prévues par règlement du gouvernement.
-
- 1990, c. 73, a. 34.

- Avis de réduction du congé. 81.13 Un salarié peut se présenter au travail avant la date mentionnée dans l'avis prévu par les articles 81.6 et 81.12 ou par un règlement pris en vertu de l'article 81.7 après avoir donné à l'employeur un avis écrit d'au moins trois semaines de la nouvelle date de son retour au travail.
-
- 1990, c. 73, a. 34.
- Présomption de démission. 81.14 Sous réserve d'un règlement pris en vertu de l'article 81.7, le salarié qui ne se présente pas au travail à la date de retour fixée dans l'avis donné à son employeur est présumé avoir démissionné.
-
- 1990, c. 73, a. 34.
- Réintégration du salarié. 81.15 À la fin d'un congé parental n'excédant pas 12 semaines ou d'un congé de maternité, l'employeur doit réintégrer le salarié dans son poste habituel avec les mêmes avantages, y compris le salaire auquel il aurait droit s'il était resté au travail.
- Affectation dans un emploi comparable. À la fin d'un congé parental excédant 12 semaines, l'employeur peut, au lieu de réinstaller le salarié dans son poste habituel, l'affecter à un emploi comparable dans le même établissement avec au moins le salaire auquel il aurait droit s'il était resté au travail et avec un régime de retraite et d'assurance équivalent, le cas échéant.
- Poste aboli. Si le poste habituel du salarié n'existe plus à son retour, l'employeur doit lui reconnaître tous les droits et privilèges dont il aurait bénéficié au moment de la disparition du poste s'il avait alors été au travail.
-
- 1990, c. 73, a. 34.
- Avantages déterminés par le gouvernement. 81.16 Le gouvernement détermine, par règlement, les avantages dont un salarié peut bénéficier pendant le congé de maternité ou le congé parental notamment à l'égard de son ancienneté, de la durée du congé annuel, de l'indemnité afférente à ce congé et de sa participation aux avantages sociaux reconnus à son lieu de travail.
-
- 1990, c. 73, a. 34.

Restriction. 81.17 Les articles 81.4 à 81.16 n'ont pas pour effet de conférer à un salarié un avantage dont il n'aurait pas bénéficié s'il était resté au travail.

990, c. 73, a. 34.

[...]

CHAPITRE V

LES RECOURS

SECTION II

RECOURS À L'ENCONTRE D'UNE PRATIQUE INTERDITE

Congédiement
interdit.

122. Il est interdit à un employeur ou à son agent de congédier, de suspendre ou de déplacer un salarié, d'exercer à son endroit des mesures discriminatoires ou des représailles ou de lui imposer toute autre sanction :

1° à cause de l'exercice par ce salarié d'un droit, autre que celui visé à l'article 84.1, qui lui résulte de la présente loi ou d'un règlement;

[...]

4° pour la raison qu'une salariée est enceinte;

Salariée enceinte
déplacée.

Un employeur doit, de son propre chef, déplacer une salariée enceinte si les conditions de travail de cette dernière comportent des dangers physiques pour elle ou pour l'enfant à naître. La salariée peut refuser ce déplacement sur présentation d'un certificat médical attestant que ces conditions de travail ne présentent pas les dangers allégués.

1979, c. 45, a. 122; 1980, c. 5, a. 10; 1982, c. 12, a. 5; 1990, c. 73, a. 55; 1995, c. 18, a. 95.

[...]

Plainte auprès
d'un commissaire
du travail.

Un salarié qui croit avoir été victime d'une pratique interdite en vertu des articles 122 ou 122.2 et qui désire faire valoir ses droits, doit le faire

après d'un commissaire du travail nommé en vertu du Code du travail (chapitre C-27), au même titre que s'il s'agissait du congédiement, de la suspension ou du déplacement d'un salarié, de l'exercice à son endroit de mesures discriminatoires ou de représailles ou de l'imposition de toute autre sanction à cause de l'exercice par ce salarié d'un droit lui résultant de ce Code. Les articles 15 à 20, 118 à 137, 139, 139.1, 140, 146.1 ainsi que les articles 150 à 152 du Code du travail s'appliquent alors, compte tenu des adaptations nécessaires.

Délai. Malgré l'article 16 du Code du travail, le délai pour soumettre une plainte au commissaire général du travail est de 45 jours. Si la plainte est soumise dans ce délai à la Commission ou au ministre, le défaut de l'avoir soumise au commissaire général du travail ne peut être opposé au plaignant. Le commissaire général du travail transmet copie de la plainte à la Commission.

Domestique. Un commissaire du travail ne peut ordonner la réintégration d'un domestique; il peut cependant ordonner à l'employeur de verser à ce domestique, à titre d'indemnité, l'équivalent du salaire et des autres avantages dont l'a privé le congédiement pour une période maximum de trois mois.

Représentation d'un salarié. La Commission peut, dans une instance relative à la présente section, représenter un salarié qui ne fait pas partie d'un groupe de salariés visé par une accréditation accordée en vertu du Code du travail.

1979, c. 45, a. 123; 1990, c. 73, a. 57.

[...]

Présomption. 123.2. La présomption qui résulte de l'application du premier alinéa de l'article 123 continue de s'appliquer pour au moins 20 semaines après le retour au travail du salarié à la fin d'un congé de maternité ou d'un congé parental.

1990, c. 73, a. 58.

[...]

ANNEXE VIII

RÈGLEMENT SUR LES NORMES DU TRAVAIL

c. N-1.1, r.3

LOI SUR LES NORMES DU TRAVAIL

(L.Q., 1979, c. 45, al.88, 89 et 91; après refonte : L.R.Q., c. N-1.1)

[Extraits]

[...]

SECTION VI

CONGÉ DE MATERNITÉ

4. – Retour au travail

29. Sous réserve de l'article 18, la salariée qui ne se présente pas au travail à la date de retour fixée dans l'avis visé par la sous-section 3, est présumée avoir démissionné.

30. L'employeur peut exiger de la salariée qui revient au travail dans les 2 semaines suivant l'accouchement, un certificat médical attestant de son rétablissement suffisant pour reprendre le travail.

31. À la fin du congé de maternité, l'employeur doit réinstaller la salariée dans son poste régulier en lui accordant les avantages dont elle aurait bénéficié si elle était restée au travail.

32. La participation de la salariée aux avantages sociaux reconnus à son lieu de travail ne doit pas être affectée par son congé, sous réserve du paiement régulier des cotisations exigibles relativement à ces avantages et dont l'employeur assume sa part.

33. Si le poste régulier de la salariée n'existe plus à son retour, l'employeur doit lui reconnaître tous les droits et privilèges dont elle aurait bénéficié au moment de la disparition du poste si elle avait alors été au travail.

34. Lorsque l'employeur effectue des licenciements qui auraient inclus la salariée si elle était demeurée au travail, celle-ci conserve les mêmes droits que les salariés effectivement licenciés en ce qui a trait notamment au réembauchage.

35. La présente section ne doit pas avoir pour effet de conférer à une salariée un avantage dont elle n'aurait pas bénéficié si elle était restée au travail.

[...]

BIBLIOGRAPHIE*

*Les chiffres renvoient aux notes de bas de page.

Monographies

- BÉLIVEAU, Nathalie-Anne, *La situation juridique de la femme enceinte au travail*, Coll. Relations industrielles, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992 : 135, 137, 208.
- BERNIER, Linda, Lukasz GRANOZIK et Jean-François PEDNEAULT, *Les droits de la personne et les relations du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997 : 11.
- BOSSET, Pierre., *La discrimination indirecte dans le domaine de l'emploi*, Cowansville, Éditions. Yvon Blais, 1989 : 24.
- BRUN, André et Henri GALLAND, *Droit du travail*, 2e édition, Paris, Sirey, 1978, tome 1, 803 : 180.
- BRUNELLE, Christian, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001 : 35.
- CLICHE, Bernard, Serge LAFONTAINE et Richard MAILHOT, *Traité de droit de la santé et de la sécurité au travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993 : 135.
- DRAPEAU, Maurice, *Le harcèlement sexuel au travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991 : 2.
- DUBÉ, Jean-Louis et Nicola DI IORIO, *Les normes du travail*, 2^e Ed., Les Éditions Revue de droit, 1992 : 261.
- MOREL, André, *Code des droits et libertés*, 6^e éd., Montréal, Editions Thémis, 1998 : 211.
- PAYETTE, Daniel, *L'exigence professionnelle justifiée*, mémoire de maîtrise, Faculté de droit, Université de Montréal, 1990 : 67.
- PROULX, Daniel, *La discrimination dans l'emploi*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993 : 24, 42, 44, 50, 54, 116, 124, 128.
- TARNOPOLSKY, W. S. et W. PENTNEY, *Discrimination and the Law in Canada*, Toronto, De Boo, 1985 : 65, 66.

Articles

- BAKER, David, «Alberta Human Rights Commission v. Central Alberta Dairy Pool», (1991) 36 *McGill L.J.* 1450 : 42.

- BRIÈRE, Jean-Yves et Jean-Pierre VILLAGI, « L'obligation d'accommodement de l'employeur : un nouveau paradigme », *Développements récents en droit du travail*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, 2000 : 11.
- DAY, Shelagh et Gwen BRODSKY, « The Duty to Accommodate : Who will Benefit? », (1996), *75 Can. Bar Rev.*, 433 : 50.
- DRAPEAU, Maurice, « La discrimination fondée sur la grossesse mettant en cause la sécurité au travail », (1997) *R. du B.* 1047 : 3, 19, 253, 255.
- DRAPEAU, Maurice, « La discrimination fondée sur la grossesse résultant des règles de disponibilité au travail », (1997-1998) *28 R.D.U.S.* 1 : 3, 22, 177.
- DRAPEAU, Maurice, « L'obligation d'accommoder les besoins spécifiques des travailleuses enceintes », (1998) *32-3 R.J.T.* 1047 : 3, 55.
- DRAPEAU, Maurice, « La prise en considération de l'accommodement en cas de discrimination directe », (1998) *39 C. de D.* 823 : 3, 50, 55.
- DRAPEAU, Maurice, « La discrimination fondée sur la grossesse privant des avantages liés à l'emploi », *Développements récents en droit administratif et constitutionnel* (1999), Formation permanente du barreau du Québec, n°. 119, 1 : 3, 253, 263.
- DRAPEAU, Maurice, « La discrimination fondée sur la grossesse : un obstacle à lever pour assurer l'égalité des chances dans l'emploi », (2000) *60 R. du B.* 47 : 3.
- DRAPEAU, Maurice, « L'évolution de l'obligation d'accommodement à la lumière de l'arrêt *Meiorin* », (2001) *61 R. du B.* : 3.
- DRAPEAU, Maurice. « Le régime de responsabilité pour atteinte illicite aux droits et libertés de la personne », (1994) *28 Thémis* 33 : 57.
- ETHERINGTON, B., « Central Alberta Dairy Pool : The Supreme Court of Canada's Latest *Word* on the Duty to Accommodate », (1992) *1 C.L.L.J.* 311 : 42.
- LAFONTAINE, Serge, « Le retrait préventif de la travailleuse enceinte ou qui allaite : qui décide quoi? » dans BARREAU DU QUÉBEC (dir.), *Développements récents en droit du travail*, (1991), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 133 : 135.
- LEPOFSKY, M. D., « The Duty to Accommodate : A Purposive Approach », (1992) *C.L.E.L.J.* 1 : 42.
- MCKENNA, Ian B., « Legal Rights for Persons with Disabilities in Canada : Can the Impasse Be Resolved? », (1997-98) *29 R.D. Ottawa*, 153 : 50.
- MASSE, Chantal, « Le critère unifié de l'affaire *Meiorin* dans le contexte de la défense prévue à l'article 20 de la Charte québécoise : la non-application du volet subjectif relatif à la bonne foi des employeurs », *Les vingt-cinq ans de la Charte québécoise*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, 2000, 65 : 11.
- MOLLOY, A. M., « Disability and the Duty to Accommodate », (1992) *1 C.L.E.L.J.* 23 : 42.

- MOREL, André, «L'originalité de la Charte québécoise en péril» dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif* (1993), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 65 : 24.
- PENTNEY, William, « Belonging : The promise of Community : Continuity and Change in Equality Law 1995-96 », (1996) 25 C.H.R.R. 6 : 50.
- PHILLIPS, Paul and Erin PHILLIPS, *Women and Work : Inequality in the Canadian Labour Market*, Toronto, James Lorimer and Co., 1993 : 50.
- PROULX, Daniel, « L'accommodement raisonnable, cet incompris : Commentaire de l'arrêt Large c. Stratford », (1996) 41 *R.D. McGill* 669 : 43.
- SWINTON, Katherine, «Accommodating Women in the Workplace: Reproductive Hazards and Seniority Systems», (1993) 1 *Canadian Labour Law Journal* 125 : 89.
- SWINTON, Katherine, «Regulating Reproductive Hazards in the Workplace : Balancing Equality and Health», (1983) 33 *U.T.L.J.* 45 : 119.
- WATKIN, Kenneth, « The Justification of Discrimination Under Canadian Human Rights Legislation and the Charter : Why So Many Tests? », (1992) *N.J.C.L.* 87 : 50.
- WILLIAMS, Wendy, «Firing the woman to protect the fetus: reconciliation of fetal protection with employment opportunity goals under Title VII», (1991) 61 *Georgetown Law Journal* 641 : 93.
- YALDEN, Maxwell F., « The Duty to Accomodate : A View Front the Canadian Human Rights Commission », (1993) 1 *Can. Lab. L.J.* 283 : 50.

Documents

- COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, Les effets de la décision Bhinder sur la Commission canadienne des droits de la personne : rapport spécial au Parlement, Ottawa, 1986 : 41.
- COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (par Michel COUTU et Maurice DRAPEAU), *La discrimination fondée sur la grossesse et le contrat de travail à durée déterminée*, 15 février 1994 : 8, 109, 177, 178, 179.
- COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (par Michel COUTU et Maurice DRAPEAU), *Lignes directrices sur la discrimination fondée sur la grossesse*, janvier 1994 : 75, 194, 195, 203
- COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE (par Lucie France DAGENAI), *Mémoire sur le projet de loi sur l'assurance parentale*, septembre 2000.

LOIS CITÉES

Charte canadienne des droits et libertés, Loi de 1982 sur le Canada, Annexe B, 1982 (R.U.), c. 11.

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., c. C-12.

Code civil du Québec, L.Q.1991, c.64.

Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, Nations-Unies, Recueil des traités, vol. 1249 (1981), p. 13. Cité dans *Code des droits et libertés* (textes réunis par André MOREL), Thémis, 6^o éd. 1998.

Code des droits de la personne de l'Ontario, L.R.O. 1980, ch. 340.

Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), App.III.

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), c. H-6.

Loi sur l'assurance-emploi, L.C., 1996, c. 23.

Loi sur la santé et la sécurité du travail, L.R.Q., c. S-2.1.

Loi sur les normes du travail, L.R.Q., c. N-1.1.

JURISPRUDENCE CITÉE

*Les chiffres renvoient aux notes de bas de pages.

- A -

Adams v. Nolan, 58 FEP 1189 (C.A., 1992) : 133.

Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143 : 12, 14, 16.

Armstrong v. Crest Realty Ltd., (1998) 31 C.H.R.R. 156 (B.C.) : 160.

Auto Workers v. Johnson Controls, 55 FEP Cases 365 (Cour suprême, 1991) : 96, 117, 118, 121, 131.

- B -

Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, [1985] 2 R.C.S. 561 : 41.

Bliss c. Procureur général du Canada, [1979] 1 R.C.S. 183 : 61, 62, 63, 64.

Bonetti v. Plaza Escada, (1996) 25 C.H.R.R. 148 (C.B.) : 160, 206.

Brooks c. Canada Safeway, [1989] 1 R.C.S. 1219 : 60, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 99, 144, 197, 209, 210, 212, 213, 243.

Brown c. Ministère du Revenu, (1994) 19 C.H.R.R. 39(T.D.P.C.) : 103, 236.

- C -

Canada (ministère de la Défense nationale) c. Mongrain, [1992] 1 C.F. 479 (C.A.F.) : 107, 148, 156, 158, 181, 198, 204.

Casson v. Hudson Bay Mining and Smelting Co. (T.D.P.C.)(Inédit, cité dans *Wiens c. Inco Metals Co.* (1988) 9 C.H.R.R. 4795 (Ont.), 4811) : 98.

Central Alberta Dairy Pool c. Alberta Human Rights Commission, [1990] 2 R.C.S. 489 : 32, 33, 40, 42, 202.

Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud, [1992] 2 R.C.S. 970 : 30, 35, 202.

- Cleveland Board of Education v. Laflour*, 414 US 632 (1974) : 163.
- Colombie-Britannique (Public Service Employee relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 : 3, 11, 36, 37, 45, 46, 47, 51, 56, 58, 94, 95, 140, 147, 159, 161.
- Colombie-Britannique (Motor Vehicules) v. Colombie-Britannique (Concil of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868 : 52, 53.
- C.D.P.D.J. (Béliveau) c. Caisse populaire de Chateaudum*, Dossier d'enquête TRV 10700 (règlement hors cours) : 4, 170, 253, 272.
- C.D.P.D.J. (Bourdon) c. Ville de Montréal*, [1998] R.J.Q. 305 (T.D.P.Q.) : 4, 224, 230, 231, 232, 233, 234, 237, 244, 245, 246, 247, 250, 256, 268.
- C.D.P.D.J. (Chamberland) c. Société d'assurance automobile du Québec*, T.D.P.Q., District d'Abitibi, n° 615-53-000005-011 (action pendante) : 4, 105.
- C.D.P.D.J. (Lizotte) c. 9059-8475 Québec inc.*, T.D.P.Q., District de Mingan, n° 650-53-000003-997 (confession à jugement) : 4, 208, 259.
- C.D.P.D.J. (Pelletier) c. Conseil du Trécor*, T.D.P.Q., District de Québec, n° 200-000009-980 (règlement hors cours) : 4, 238, 258, 271.
- C.D.P.D.J. (Roberge) c. Centre hospitalier Hôtel-Dieu de Sorel*, T.D.P.Q., District de Richelieu, no 765-53-000002-987 (en appel) : 4, 226, 227, 228, 229, 251, 255, 264, 276.
- C.D.P.Q. (Roussin) c. Centre hospitalier régional de Lanaudière*, T.D.P.Q., District de Joliette, no 705-53000007-982 (règlement hors cour) : 4, 220, 254, 273.
- C.D.P.Q. (Sasseville) c. Commission scolaire Jean-Rivard*, (1995) 27 C.H.R.R. 247 (T.D.P.Q) (confirmé en appel, C.A. Québec, n° 2000-09-000425-956) : 4, 81, 82, 107, 148, 176, 189, 201, 249, 252, 267.
- C.D.P.D.J. (Savard) c. Ville de Montréal*, T.D.P.Q., District de Montréal, n°500-53-000084-978 (confession à jugement) : 4, 114, 257, 269.
- C.D.P.D.J. (Viens) c. Services Drumonville inc.* (action pendante) : 4, 221.
- C.D.P.Q. (Lalande) c. Commission scolaire de l'Outaouais*, T.D.P.Q., District de Hull, no 550-53-000003-973, le 10 février 1998, j. Simon Brossard : 189.
- C.D.P.Q. c. Lingerie Roxanna*, (1995) R.J.Q. 1289 T.D.P.Q.) : 79, 80, 104, 199.
- C.D.P.Q. c. Ville d'Aylmer*, [1993] R.J.Q. 333 (T.D.P.Q.) : 235.
- Commission des écoles catholiques de Québec c. Gobeil* : 77, 78, 107, 108, 110, 143, 148, 175, 183, 186, 187, 188, 225.
- Commission des normes du travail c. Jonquière*, J.E. 82-786 (C.P.) : 262.
- Commission du salaire minimum c. Cégep François-Xavier Garneau*, [1981] C.P. 237 : 262, 265.

- Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. : 25, 26, 116, 123.
- Commission scolaire du Lac Saint-Jean c. Caron*, 94T 457 (C.S.) (règlement à la suite d'un appel) : 157, 190, 196, 205.
- Commission scolaire Berthier –Nord- Joli c. Beauséjour*, [1988] R.J.Q. 639 (C.A.) : 179.
- Commission scolaire de Chambly c. Bergerin*, [1994] 2 R.C.S. 525 : 23, 28.
- Corporation municipale de Stratford v. Large*, [1995] 3 R.C.S. 733 : 38, 43.
- Crook c. Ontario Cancer Treatment and Research Foundation*, (1996) 30 C.H.R.R. 104 (Ont), confirmé en appel (1998) 31 C.H.R.R. 401 (Ont. Ct.) : 218.

- D -

- Davies c. Century Oil*, (1987) 8 C.H.R.R. 3770 (B.C.) confirmé en appel (1988) 9 C.H.R.R. 4659 (S.C.B.C.) : 148, 152, 162, 166.
- Durocher et A.B.B. Systèmes ingénierie combustion*, D.T.E. 92T-136 (C.T.) : 270.
- Dumont-Ferlatte c. Canada*, (1997) 27 C.H.R.R. 365 (T.D.P.C.) : 223.
- Duxbury v. Gibsons Landing Slo-Pitch League*, (1997) 28 C.H.R.R. 441 (B.C.) : 100.

- E -

- École Weston Inc. c. Le tribunal du travail*, [1993] R.J.Q. 708 (C.A.) : 179.
- Écoles musulmanes de Montréal c. Dupuis*, D.T.E. 92T 972 (T.T.) : 191.
- EEOC v. Protek of Albuquerque Inc.*, 49 FEP 1110 (DC, 1988) : 133.

- F -

- Fancher v. Nimmo*, 33 FEP 1190 (D.C. Ark., 1982) : 133.

- G -

- Gobeil c. Ménard*, C.S.Q. no. 200-05-003484-933, le 27 juin 1994 (j. Philippon) (confirmé en appel) : 184.

Gareau v. Lawrence, (BCHRT, Patch) à paraître dans 39 C.H.R.R. : 113

Gosselin v. Kenora Ballet School, (1996) 25 C.H.R.R. 434 (Ont.) : 100.

Gravel c. Coopérative fédérée du Québec, [1986] C.T. 10 : 263.

– H –

Hayes v. Shelby Memorial Hospital, 34 FEP Cases 444 (C.A. Atlanta, 1984), 435 et 451 : 120.

Heincke v. Emrick Plastic, (1991) 14 C.H.R.R. 68 (Ont.) confirmé par (1992) 16 C.H.R.R. 300 (Ont. Div. Ct.) : 102, 111.

Holloway Clairco Foods Ltd., (1983) 4 C.H.R.R. 1454 C.B.) : 166, 171.

– J –

Jenner c. Pointe West Development Corp., (1994-5) 21 C.H.R.R. 336 (Ont.) : 148, 149, 150, 182.

Jodoin v. Ciro's Jewellers, (1996) 25 C.H.R.R. 39 (Ont.) : 167.

– L –

Law c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration), [1999] R.C.S. 497 : 13, 15.

Leclair c. Roberge, (1996) 23 C.H.R.R. 68 (Ont.) : 173.

Lord c. Haldimand-Norfolk Police, (1996) 23 C.H.R.R. 500 (Ont.) : 102.

– M –

Mack c. Marivtsan, (1989) 10 C.H.R.R. 5892 (Sask. Bd. Inq.) : 106.

Magee v. Warner Lambert Canada Inc., (1990) 12 C.H.R.R. 208 (C.B.) : 153, 165, 169.

Magnusson v. Merlon Management Ltd., (1987) 8 C.H.R.R. 3641 (Sask.) : 100.

Mazuelos c. Clark, 36 C.H.R.R. 385 (B.C.H.R.T.) : 141.

McAlpine et Forces canadiennes, (1988) 9 C.H.R.R. 5190 (T.D.P.C., Dale Bruce Harder), infirmé en appel (1989) 12 C.H.R.R. 253 (C.A.F.) : 142.

Moore c. Cie Montréal Trust, J.E. 88-1182 (C.A.) : 179.

Musée de la civilisation et Syndicat de la fonction publique du Québec, (1995) T.A. 919 (évocation rejetée, C.S.Q., no 200-05-002082-951, le 14 novembre 1995) (en appel) : 193.

– N –

Nguyen v. Pacific Maintenance Ltd., (1992) 15 C.H.R.R. 472 (Sask.) : 100.

– O –

O'Malley c. Simpson's Sears, [1985] 2 R.C.S. 536 : 17, 18, 20, 21, 27, 29, 31, 34, 132, 155.

Ontario (Human Rights Commission) v. Fort Frances (Town), (1989) 10 C.H.R.R. 5831 (Ont. Div. Ct.) : 102.

– P –

Parcels c. Red Deer General and Auxilliary Hospital, (1992) 15 C.H.R.R. 257 (Alb.), confirmé à (1992) 17 C.H.R.R. 167 (Alb. Ct. Q.B.) : 214, 215.

Partagec Inc. et Syndicat des travailleurs de Partagec, D.T.E. 2000T-79 (T.A.) : 266.

Parry Sound (Dist.) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., septembre 2001 H.R.D. 1 (à paraître dans 40 C.H.R.R.) (Ont. C.A.) : 109.

Patton v. Brower and Co., (1984) 5 C.H.R.R. 1946 (C.B.) : 172.

Perugini v. Safeway Stores Inc., 56 FEP 333, (C.A., 1991) : 133.

– R –

Rachwalski c. E.C.S. Electrical Cable Supply, (1998) 30 C.H.R.R. 315 (B.C.) : 165.

Rancourt v. Alfredo Holdings Ltd., (1996) 25 C.H.R.R. 444 (Sask.) : 168.

– S –

Schumacher v. McDermaid Agencies, (1992) 15 C.H.R.R. 230 (N.S.) : 222.

Sievert v. Roycom Realty Limited, (1995) 22 C.H.R.R. 391 (N.S.) : 112.

Stagg v. Intercontinental Packers, (1993) 18 C.H.R.R. 392 (Sask.) : 216.

Stefanyshyn v. 4 Seasons Management Ltd., (1987) 8 C.H.R.R. 3934 (C.B.) : 100.

Syndicat de l'enseignement de la région des Mille-Îles c. Commission scolaire de Saint-Eustache, S.A.E. 5310-88-5156 (arbitre Angers Larouche) : 185.

Syndicat de l'enseignement de Saint-Jérôme c. Commission scolaire de Saint-Jérôme, S.A.E. 5110-91-5632 (arbitre, Me Bernard Lefèvre) : 185.

Syndicat de l'enseignement du Lac Saint-Jean c. Commission scolaire du Lac Saint-Jean, C.A. no. 200-09-000070-943, 13 février 1998 : 192.

Syndicat des professionnels du gouvernement du Québec (Cacopardo) c. Le procureur général du Québec et C.D.P.D.J. (intervenante), C.S., District de Montréal, no. 500-05-066085-018, requête en révision judiciaire pendante) : 4, 240.

– T –

Treasury Board v. Cohen, (1983) 4 C.H.R.R. 1169 (T.D.P.C.) : 218,219.

Tulk v. Ministry of Health (Nfld., Baird), Mai 2001 H.R.D. : 100.

Tilsley v. Subway Sandwiches, Mars 2001 H.R.D. : 100, 174.

– V –

Ville de Brossard c. C.D.P.Q., [1988] 2 R.C.S. 279 : 48, 115, 129.

Ville de Rimouski et Fraternité des policiers de Rimouski, 96T-251 (T.A.) : 265, 266.

Ville de Saskatoon c. Saskatchewan Human Rights Commission, [1989] 2 R.C.S. 1287 : 49, 130.

– W –

Wiens c. Inco Metals Co., (1988) 9 C.H.R.R. 4795 (Ont.) : 97, 122, 125, 139.

Wight c. Office of the Legislative Assembly, (1998) 33 C.H.R.R. 191 (Ont. Bd. Inq., Loretta Mikus) : 217.

Wormsbecker v. Super Value and Westfair Foods, (1981) 2 C.H.R.R. 348 (Sask.) et (1983) 4 C.H.R.R. 1443 (Sask.) : 154, 169.