
L'accommodement raisonnable, cet incompris : Commentaire de l'arrêt *Large c. Stratford*

Daniel Proulx*

Rendu par la Cour suprême du Canada à l'automne 1995, l'arrêt *Large c. Stratford* examine à nouveau la délicate question de l'exigence professionnelle justifiée, le moyen de défense prévu dans les diverses lois sur les droits de la personne au Canada. Dans ce texte, l'auteur se penche sur les deux questions abordées par la Cour. Tout d'abord, la bonne foi requise de l'employeur et du syndicat inclut-elle la preuve qu'une politique a été imposée avec la conviction sincère de sa nécessité pour la bonne exécution du travail ? Ensuite, l'employeur a-t-il une obligation d'accommodement dans le contexte de la discrimination directe ?

En ce qui concerne le premier élément de la défense d'E.P.J., soit le critère subjectif de la bonne foi, l'auteur est d'avis que les juges Sopinka et L'Heureux-Dubé ont tous les deux confondu les critères subjectif et objectif de l'E.P.J. en traitant la question de la conviction sincère sous l'angle de la nécessité d'une exigence professionnelle. En revanche, il estime, comme M. le juge Sopinka, qu'il est plutôt oiseux de demander à l'employeur ou au syndicat une preuve de conviction sincère lorsque la politique est objectivement justifiée. En outre, cela conduirait les tribunaux à se pencher sur le processus de négociation collective pour cerner l'état d'esprit des parties. Selon l'auteur, une telle enquête n'est pas réaliste lorsqu'un corps collectif est en cause.

Ce commentaire traite ensuite du critère objectif de la nécessité raisonnable, le second élément de la défense d'E.P.J. L'auteur constate que M. le juge Sopinka refuse, au nom de la majorité, d'assimiler la notion d'accommodement individuel à celle de solution de rechange raisonnable et qu'il confine la première aux seuls cas de discrimination indirecte. Après avoir démontré que cette position est fondée sur de fausses prémisses, l'auteur établit que la distinction entre l'accommodement raisonnable et la solution de rechange raisonnable est non seulement factice et non justifiée par le droit antérieur, mais qu'elle repose sur une conception erronée de l'idée même d'accommodement.

Comme le refus de reconnaître l'existence d'une obligation d'accommodement en matière de discrimination directe conduit, selon l'auteur, à des injustices flagrantes et à des situations absurdes, il propose une interprétation de l'arrêt *Stratford* qui le confine au cas d'espèce. Il conclut, enfin, que l'intervention législative apparaît dorénavant nécessaire pour mettre fin aux tergiversations de la Cour suprême sur la question cruciale de l'accommodement.

In the fall 1995 case of *Large v. Stratford*, the Supreme Court of Canada once again examined the delicate question of the *bona fide* occupational requirement defence, which is found in various human rights codes in Canada. In this article, the author studies the two questions addressed by the Court. First, does the requirement that the employer and the union be in good faith include the need to prove that a policy was imposed with the sincere belief that it was necessary for the proper execution of the work? Second, in the context of direct discrimination, is the employer obligated to accommodate?

With regard to the first element of the B.F.O.R. defence, that is, the subjective criteria of good faith, the author believes Sopinka and L'Heureux-Dubé JJ. both confused the subjective and objective criteria of the defence by requiring that there be a sincere belief of the need for a professional requirement. Rather, he maintains — as does Sopinka J. — that asking the employer or the union to prove a sincere belief is pointless when the policy is objectively justified. Moreover, this approach would lead trial courts to inquire into the collective bargaining process in order to determine the parties' state of mind. According to the author, such an inquiry is unrealistic when dealing with a collective body.

This case comment then examines the second element of the B.F.O.R. defence, the objective criteria of reasonable necessity. The author notes that Sopinka J., for the majority, refuses to assimilate the notion of individual accommodation to that of reasonable alternative solution and limits the former to cases of indirect discrimination. The author demonstrates that this position is based upon false premises and then establishes that the distinction between reasonable accommodation and reasonable alternative solution is not only artificial and unjustified in law, but that it also rests upon an erroneous conception of accommodation.

Since refusing to recognize an obligation to accommodate in the context of direct discrimination leads, according to the author, to flagrant injustices and absurd situations, he suggests interpreting the decision in *Stratford* so as to limit its application to individual cases. He further concludes that legislative intervention now seems necessary to put an end to procrastination of the Supreme Court on the crucial question of accommodation.

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa.

© Revue de droit de McGill

McGill Law Journal 1996

Mode de référence : (1996) 41 R.D. McGill 669

To be cited as: (1996) 41 McGill L.J. 669

Sommaire

Introduction

I. Les faits

II. Le critère subjectif de la bonne foi

A. *Les opinions exprimées dans l'arrêt Stratford*

1. M. le juge Sopinka
2. Mme le juge L'Heureux-Dubé

B. *Commentaires*

1. La confusion entre les critères subjectif et objectif de l'E.P.J.
2. L'argument du rempart contre les préjugés
3. L'ingérence dans le processus de négociation collective

III. Le critère objectif de la nécessité raisonnable

- A. *La soi-disant incompatibilité de la défense d'E.P.J. avec la prise en considération des situations individuelles***
- B. *Solution de rechange raisonnable et accommodement raisonnable : des concepts soi-disant distincts***
- C. *L'accommodement raisonnable, cet incompris***

Conclusion

Introduction

Le 19 octobre 1995, la Cour suprême du Canada rendait, dans l'arrêt *Large c. Stratford (Ville de)*¹, une décision plutôt inattendue sur la question controversée de l'exigence professionnelle justifiée («E.P.J.»)². Prévu dans toutes les lois provinciales sur les droits et libertés ainsi que dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*³, ce moyen de défense est celui que peut faire valoir un employeur pour échapper à toute responsabilité lorsqu'il est poursuivi pour avoir pris une mesure discriminatoire contre l'un de ses employés. L'arrêt *Stratford* porte sur l'interprétation du *Code des droits de la personne* de l'Ontario⁴, tel qu'il se lisait avant sa refonte en 1981 et les modifications qui lui ont été apportées en 1986⁵. À cette époque, le *Code ontarien* n'imposait aucune obligation d'accommodement à quiconque. Cette décision présente donc un intérêt commun pour tous les ressorts au Canada, c'est-à-dire partout sauf en Ontario et au Manitoba, où le législateur n'a pas encore jugé bon d'imposer expressément une obligation d'accommodement aux employeurs.

Deux questions d'intérêt général ont été posées à la Cour dans cette affaire. Premièrement, jusqu'où va la preuve de bonne foi que l'employeur doit faire lorsqu'il est

¹ [1995] 3 R.C.S. 733 [ci-après *Stratford*], confirmant (1991) 14 C.H.R.R. D/138 (*Board of Inquiry*) [ci-après *Stratford* (Comm.)], [1992] 9 O.R. (3^e) 104, 92 D.L.R. (4^e) 567 [ci-après *Stratford* (Div. Ct.) avec renvois aux O.R.], [1993] 16 O.R. (3^e) 385, 110 D.L.R. (4^e) 435 (C.A.) [ci-après *Stratford* (C.A.) avec renvois aux O.R.].

² Bien que la Cour suprême s'en tient à l'expression «exigence professionnelle normale» («E.P.N.») pour désigner la défense en question dans *Stratford, ibid.*, nous utiliserons l'expression «exigence professionnelle justifiée» dans notre texte. Cette défense qui, en anglais, est formulée tantôt «*bona fide occupational requirement*» et tantôt «*bona fide occupational qualification*» a d'abord été rendue en français par «exigence professionnelle réelle» dans *Ontario (C.D.P.) c. Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, 132 D.L.R. (3^e) 14 [ci-après *Etobicoke* avec renvois aux R.C.S.], puis par «exigence professionnelle normale» («E.P.N.») dans *Bhinder c. Canadian National Railway*, [1985] 2 R.C.S. 561, 23 D.L.R. (4^e) 481 [ci-après *Bhinder* avec renvois aux R.C.S.]. Ce changement a été provoqué dans ce dernier arrêt par la version française de l'art. 14(a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6, qui, à cette époque, parlait d'E.P.N. Compte tenu de la faiblesse de cette expression, le législateur fédéral a modifié la version française de l'art. 14(a) (devenu 15(a)) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* pour la remplacer par l'expression «exigence professionnelle justifiée» lors de la révision des lois fédérales entrée en vigueur en 1988. Il est certes dommage que la Cour n'ait pas remarqué cette modification plutôt heureuse puisqu'elle correspond mieux au but de ce moyen de défense qui, précisément, est de permettre à l'employeur de démontrer que son exigence professionnelle est justifiée dans le cadre d'un emploi donné.

³ Voir *ibid.*

⁴ L.R.O. 1980, c. 340 [ci-après *Code ontarien*]. L'art. 4(1)(g) prohibait la discrimination fondée entre autres sur l'âge et l'art. 4(6) prévoyait ce qui suit :

The provisions of this section relating to any discrimination, limitation, specification or preference for a position or employment based on age, sex or marital status do not apply where age, sex or marital status is a *bona fide* occupational qualification or requirement for the position or employment.

⁵ Voir *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, c. H.19 [ci-après *Code Ontarien* (1990)].

poursuivi pour avoir agi de manière discriminatoire ? Deuxièmement, lorsque le refus d'embauche ou la mise à pied est ouvertement fondé sur l'âge ou sur un motif prohibé de discrimination, c'est donc dire en contexte de discrimination directe, l'employeur a-t-il une obligation d'accommodement raisonnable à l'égard de l'employé visé ?

Ces deux questions sont d'importance inégale, la seconde étant de loin la plus critique. Les deux méritent toutefois qu'on s'y arrête. Mais avant de rappeler les faits pertinents de cette affaire, voici, d'entrée de jeu, les positions que nous défendrons ici : autant la décision de la majorité banalisant le critère de la bonne foi en matière d'E.P.J. nous apparaît sans conséquence, autant la Cour manifeste son incompréhension profonde de la portée et des objectifs réels du concept d'accommodement raisonnable en concluant à l'absence d'obligation d'accommodement en contexte de discrimination directe. Comme nous le verrons, la position désincarnée et théorique de la majorité, qui s'enferme dans des catégorisations légalistes, met une fois de plus en échec l'approche concrète et appliquée des femmes de la Cour, confinées dès lors à la dissidence. Troublante pour les uns, significative pour les autres, surtout lorsqu'elle porte sur le droit à l'égalité, la division de la Cour selon le sexe n'est toutefois pas un précédent, bien au contraire⁶.

I. Les faits

Après avoir été policier pendant près de quinze ans pour la ville de Stratford, M. Large a été mis à la retraite en 1981 contre sa volonté à l'âge de soixante ans, conformément à la convention collective de travail liant la ville à l'association des policiers. Cette affaire a ceci de cocasse que M. Large fut, en tant que président du syndicat, celui-là même qui fit pression sur la ville pour que la retraite obligatoire à soixante ans soit incluse dans la convention collective.

La ville, qui ne voyait guère son intérêt dans ce changement de politique, résista assez longtemps à cette demande syndicale. Toutefois, elle finit par céder aux pressions et la convention collective en consacra l'existence à partir de 1976. Par la suite, M. Large fut l'un des premiers à devoir quitter son emploi par l'application de cette nouvelle disposition de la convention. Il en contesta alors la validité sur la base de son caractère discriminatoire en vertu du *Code ontarien*⁷. La Commission

⁶ Pour des exemples récents en matière d'égalité, voir : *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, 76 D.L.R. 545 [ci-après *McKinney* avec renvois aux R.C.S.] ; *Zurich Insurance c. Ontario (C.D.P.)*, [1992] 2 R.C.S. 321, 93 D.L.R. (4^e) 346 [ci-après *Zurich Insurance* avec renvois aux R.C.S.] ; *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103, 92 C.L.L.C. 17, 033 [ci-après *Dickason* avec renvois aux R.C.S.] ; *Canada (P.G.) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 555, 100 D.L.R. (4^e) 658 [ci-après *Mossop* avec renvois aux R.C.S.] ; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, 110 D.L.R. (4^e) 470 ; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627, 124 D.L.R. (4^e) 449 ; *Gould c. Yukon Order of Pioneers* (21 mars 1996), 23584 (C.S.C.) [ci-après *Gould*]. À noter toutefois que les deux femmes ont tout de même reçu l'appui de M. le juge Sopinka dans *Dickason* et celui de M. le juge Cory dans *Mossop*.

⁷ *Supra* note 4.

d'enquête⁸, la Cour divisionnaire⁹ (à la majorité) et la Cour d'appel de l'Ontario¹⁰ (à l'unanimité) lui donnèrent toutes raison pour les motifs suivants : la politique de retraite obligatoire à soixante ans constituait une discrimination fondée directement sur l'âge (ce que l'employeur avait d'ailleurs concédé), et la ville n'avait pas fait la preuve, selon les critères énoncés par la Cour suprême du Canada dans la décision de principe *Etobicoke*¹¹, qu'il s'agissait d'une E.P.J.

La question porte donc, en l'espèce, sur l'interprétation à donner aux deux critères énoncés dans cet arrêt *Etobicoke*, à savoir : le premier, subjectif, dit de la «bonne foi», et le second, objectif, dit de la «nécessité raisonnable» de la règle contestée.

II. Le critère subjectif de la bonne foi

Dès qu'un employeur a admis qu'une de ses décisions ou politiques a un caractère discriminatoire ou encore dès que l'employé a fait la preuve *prima facie* qu'il a été victime d'un acte discriminatoire¹², l'employeur a le fardeau de prouver au tribunal l'élément subjectif suivant formulé par le juge McIntyre dans l'arrêt *Etobicoke* :

Pour constituer une exigence professionnelle réelle, une restriction comme la retraite obligatoire à un âge déterminé doit être imposée honnêtement, de bonne foi et avec la conviction sincère que cette restriction est imposée en vue d'assurer la bonne exécution du travail en question d'une manière raisonnablement diligente, sûre et économique, et non pour des motifs inavoués ou étrangers qui visent des objectifs susceptibles d'aller à l'encontre de ceux du Code [des droits de la personne]¹³.

En l'espèce, la Commission des droits de la personne a plaidé devant la Cour suprême que le critère subjectif de l'E.P.J. comprend trois éléments distincts. À son avis, l'employeur devait d'abord établir que sa politique a été adoptée de bonne foi et honnêtement, ensuite qu'elle ne repose pas sur des motifs inavoués ou discriminatoires et, enfin, qu'elle a été imposée avec la *conviction sincère* qu'elle est nécessaire en vue d'assurer la bonne exécution du travail¹⁴. La Commission a admis que la ville avait sa-

⁸ Voir *Stratford* (Comm.), *supra* note 1. La Commission d'enquête, ou *Board of Inquiry*, est un tribunal administratif indépendant chargé d'instruire la cause lorsqu'une plainte de discrimination est déposée par la Commission ontarienne des droits de la personne. Ces deux commissions sont donc deux organismes dont le rôle et le statut sont complètement distincts et qu'on aurait tort de confondre. Au fédéral et au Québec, on a éliminé toute possibilité de confusion en français en donnant à la Commission d'enquête le nom de Tribunal des droits de la personne.

⁹ Voir *Stratford* (Div. Ct.), *supra* note 1.

¹⁰ Voir *Stratford* (C.A.), *supra* note 1.

¹¹ Voir *supra* note 2.

¹² Sur la norme de preuve *prima facie* de la discrimination, voir *O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536 à la p. 558 [ci-après *O'Malley*].

¹³ *Etobicoke*, *supra* note 2 à la p. 208.

¹⁴ Curieusement, il semble qu'au niveau de la Commission d'enquête, on ait plaidé que le critère subjectif comportait deux éléments, savoir la bonne foi et la conviction sincère d'une part et, d'autre

tisfait aux deux premiers éléments. Toutefois, comme cette dernière n'a aucunement établi qu'elle croyait sincèrement en la nécessité de la retraite obligatoire à soixante ans, elle n'a pas rempli les exigences du troisième élément du critère subjectif. Le regretté professeur Kerr, qui présidait la Commission d'enquête, a même conclu à l'absence pure et simple de preuve sur la raison d'être de la clause de retraite obligatoire à soixante ans¹⁵. En effet, la ville a été incapable de démontrer qu'elle avait d'autres buts, en acceptant d'insérer cette politique dans la convention collective, que de satisfaire le syndicat qui trouvait cela avantageux pour ses membres. On a bien présenté une preuve sur la raison d'être de la politique au moment des audiences devant la Commission d'enquête, mais rien sur l'état d'esprit de l'employeur au moment de son adoption dans la convention collective ou même lors de la mise à la retraite de M. Large.

A. *Les opinions exprimées dans l'arrêt Stratford*

1. M. le juge Sopinka¹⁶

Rédigeant les motifs de la majorité, le juge Sopinka exprime l'avis que la Commission d'enquête a fait montre de formalisme excessif en exigeant de l'employeur la preuve qu'il était subjectivement convaincu de la nécessité de la politique contestée. Selon lui, le but du critère subjectif énoncé par le juge McIntyre dans l'arrêt *Etoibicoke*, c'est de s'assurer que l'employeur n'avait aucune intention discriminatoire en adoptant une politique donnée. Il s'agit de garantir qu'une exigence professionnelle *a priori* discriminatoire repose sur une «raison valide» et non sur un motif discriminatoire. Il conclut donc comme suit :

Dans certaines circonstances, il peut être satisfait à l'élément subjectif lorsque, en plus de satisfaire au critère objectif, l'employeur établit que la règle ou la politique a été adoptée de bonne foi pour une raison valide et sans aucun motif inavoué qui soit contraire aux objectifs du Code [des droits de la personne]¹⁷.

Ainsi, pour le juge Sopinka, il peut parfois être oiseux de décortiquer le critère subjectif en trois éléments distincts alors qu'en fait l'élément subjectif à retenir est celui de la bonne foi ou, si l'on préfère, de l'absence d'intention discriminatoire. Il en est ainsi, selon lui, lorsque c'est le syndicat qui est à l'origine d'une exigence profession-

part, l'absence de motifs inavoués ou discriminatoires (voir *Stratford* (Comm.), *supra* note 1 à la p. D/142).

¹⁵ Voir *Stratford* (Comm.), *ibid.* :

Rather this is a case where there is simply a lack of evidence as to the rationale on which the discriminatory policy was based during the relevant period. The respondents have failed to show that during the relevant period of time they acted in a sincerely held belief that the age 60 mandatory retirement policy was imposed in the interests of the adequate performance of the work involved (*ibid.* à la p. D/143).

¹⁶ Pour les motifs de M. le juge Sopinka sur le critère subjectif de l'E.P.J., voir *Stratford*, *supra* note 1 aux pp. 744-48.

¹⁷ *Stratford*, *ibid.* à la p. 746.

nelle. En pareil contexte, on ne saurait demander à l'employeur qu'il soit convaincu de sa nécessité. La preuve de sa bonne foi devrait suffire. Et en ce qui concerne le syndicat, le juge Sopinka estime «improductif» de vérifier s'il était sincèrement convaincu de la nécessité de la politique contestée et couchée dans la convention collective¹⁸. Il faut cependant que les deux parties aient été généralement de bonne foi.

En d'autres termes, dans un cas où c'est une disposition d'une convention collective demandée par le syndicat qui se trouve contestée, le sous-élément de la «conviction sincère» est éliminé. Le critère subjectif se résume simplement à celui de la bonne foi, c'est-à-dire à l'absence de motifs discriminatoires de la part des deux parties à la convention.

2. Mme le juge L'Heureux-Dubé¹⁹

Quoi qu'elle soit entièrement d'accord avec les conclusions de la majorité, le juge L'Heureux-Dubé inscrira sa dissidence quant aux motifs invoqués, dissidence à laquelle se ralliera le juge McLachlin. Pour elle, la Commission d'enquête a erré en droit lorsqu'elle a exigé de la ville la preuve qu'elle avait la conviction sincère de la nécessité de la politique de retraite obligatoire à soixante ans pour ses policiers. En effet, un tel fardeau de preuve lui paraît injuste dans le contexte d'une politique qui fut imposée à l'employeur par les employés²⁰.

Toutefois, puisque l'E.P.J. est l'exception à la règle de non-discrimination, il faut, selon elle, l'interpréter restrictivement. Cette prémisse la conduit à conserver l'élément de la conviction sincère et à l'exiger non pas de l'employeur, mais plutôt des employés. Ce sont donc les employés eux-mêmes qui ont le fardeau de prouver qu'ils étaient convaincus de la nécessité de la règle lors de la mise à la retraite d'un des leurs. L'interprétation stricte s'impose de plus, opine-t-elle, afin d'éviter que le critère subjectif ne vienne entériner les généralisations et préjugés entretenus de bonne foi par l'employeur ou le syndicat et ainsi permettre d'exclure des employés sur la base de motifs discriminatoires²¹.

En définitive, elle estime que, lorsque l'employeur consent, en raison des pressions syndicales, à inclure une clause potentiellement discriminatoire dans la convention collective, la preuve que doit présenter l'employeur quant au critère subjectif de l'E.P.J. comprend trois volets distincts. Il doit tout d'abord démontrer que le syndicat n'avait pas proposé la politique pour des motifs inavoués ou discriminatoires. Ensuite, il doit établir que les employés se sont interrogés sur la justification de la règle et qu'ils croyaient sincèrement en sa nécessité pour la bonne exécution du travail. Enfin,

¹⁸ Voir *ibid.* aux pp. 746-47.

¹⁹ Pour les motifs de Mme le juge L'Heureux-Dubé sur le critère subjectif de l'E.P.J., voir *Stratford, ibid.* aux pp. 754-59.

²⁰ Voir *ibid.* à la p. 757.

²¹ Voir *ibid.* aux pp. 757-58.

l'employeur doit prouver qu'il s'est lui-même interrogé sur la justification de la règle et qu'il n'y a pas consenti pour des motifs inavoués ou discriminatoires²².

B. Commentaires

Les motifs des juges Sopinka et L'Heureux-Dubé sur le critère subjectif de l'E.P.J. appellent trois brefs commentaires.

1. La confusion entre les critères subjectif et objectif de l'E.P.J.

Il semble que tant la majorité que la dissidence aient confondu, dans cet arrêt, le critère subjectif de la bonne foi et celui, objectif, de la nécessité d'une politique ou règle d'emploi. En effet, les juges Sopinka et L'Heureux-Dubé mentionnent tous les deux la conviction sincère de la *nécessité* de la retraite obligatoire à soixante ans.

Or, d'une part, le juge McIntyre n'a jamais abordé le critère subjectif dans l'arrêt *Etobicoke* sous l'angle de sa nécessité ou même d'une conviction de sa nécessité. Selon lui, l'employeur devait démontrer qu'une exigence professionnelle avait été imposée «en vue d'assurer la bonne exécution du travail»²³ ou, dans la version anglaise qui est encore plus générale, «in the interests of the adequate performance of the work involved»²⁴. Par conséquent, l'arrêt *Etobicoke* n'a jamais imposé à l'employeur un critère subjectif de conviction de la nécessité d'une politique en tant que tel. La seule conviction exigée, c'est donc celle de l'*opportunité* d'une politique d'emploi pour la bonne exécution du travail et, bien entendu, l'employeur peut être convaincu qu'une règle professionnelle est opportune parce qu'elle est susceptible de s'avérer utile pour l'accomplissement efficace, économique ou sécuritaire d'une fonction donnée, sans penser qu'elle est absolument nécessaire ou indispensable pour parvenir à ces mêmes fins.

D'autre part, le critère de nécessité est le critère objectif par excellence. C'est celui qui fait appel à la raison et aux preuves objectives. Il est donc évident que, lorsque le professeur Kerr a formulé l'exigence d'un «fondement rationnel» à la politique de retraite obligatoire, au stade du critère subjectif, il confondait forcément les deux stades d'analyse²⁵. Or, c'est précisément l'exigence d'un fondement rationnel qui l'a amené à accepter l'idée que l'employeur devait faire la preuve de sa conviction sincère de la nécessité de la politique de retraite obligatoire.

²² Voir *ibid.* à la p. 758.

²³ *Etobicoke*, *supra* note 2 à la p. 208.

²⁴ *Ibid.* L'énoncé complet du critère subjectif est reproduit au début de notre développement sur ce thème (voir *supra* note 13 et texte correspondant).

²⁵ Voir *Stratford* (Comm.), *supra* note 1 :

A sincerely held belief in the need for a policy can hardly exist if a respondent has simply not addressed its mind to the issue, although it may be hard to show that this involved any ulterior motivation. There was, therefore, an onus on the respondents to show that they actually had some rational basis for the policy (*ibid.* à la p. D/142).

Bien qu'elle se soit appuyée sur la position de la Commission d'enquête pour retenir l'élément de la conviction sincère de la nécessité d'une politique d'emploi, le juge L'Heureux-Dubé a, pour sa part, qualifié de «regrettable» l'expression «fondement rationnel» utilisée par le professeur Kerr, ajoutant que ce dernier n'avait pas voulu parler de «rationalité objective»²⁶. Il faudrait donc, si on comprend bien, distinguer dorénavant entre rationalité objective et rationalité subjective ! En vérité, on nage ici en pleine confusion et la seule façon d'en sortir, c'est d'admettre, comme l'a fait en pratique le juge Sopinka, que le critère subjectif se résume à la bonne foi ou à l'absence d'intention discriminatoire. C'est, du reste, ce que confirme une jurisprudence constante des tribunaux des droits de la personne au pays depuis plusieurs années²⁷.

2. L'argument du rempart contre les préjugés

Selon le juge L'Heureux-Dubé, la conviction sincère de la nécessité d'une politique doit être exigée de l'employeur (en général) ou du syndicat (en l'espèce) à défaut de quoi, la Cour n'aura pas interprété restrictivement la disposition d'exception que constitue l'E.P.J. et, surtout, elle n'aura pas permis qu'une loi sur les droits de la personne remette en question les généralisations et préjugés qui sont à la base des politiques d'emploi discriminatoires.

Avec égards, on voit mal en quoi le critère subjectif dans son ensemble ou le critère de la conviction sincère en particulier peut permettre de mettre fin aux préjugés et aux stéréotypes. L'employeur et le syndicat peuvent bien avoir la conviction sincère que les gens âgés ou les femmes ne sont pas aptes au travail de policier. Dans le cadre d'un critère subjectif, c'est tout ce qu'on peut leur demander. Cette conviction n'a pas à s'appuyer sur un fondement objectif, comme l'a concédé le juge L'Heureux-Dubé. Il suffit qu'ils y croient sincèrement. Or, les préjugés et stéréotypes ne reposent-ils pas très souvent sur des croyances sincères ? Celles-ci sont bien entendu fondées sur l'ignorance, mais cela n'altère en rien leur sincérité. En sorte que c'est le volet objectif de l'E.P.J. qui constitue la seule arme efficace dans la lutte aux idées préconçues en imposant à l'employeur et au syndicat l'obligation de démontrer, à partir de faits vérifiables, voire une preuve scientifique lorsqu'elle existe, la rationalité et la nécessité objective de la règle discriminatoire. L'arrêt *Etobicoke*, qui est à l'origine des critères subjectif et objectif de la défense d'E.P.J., est lui-même une illustration éclatante de cette évidence.

Par ailleurs, à supposer qu'une règle d'emploi soit adoptée de mauvaise foi ou sans conviction sincère quant à son opportunité, il appert qu'on sera de toute façon incapable dans la plupart des cas d'en démontrer la rationalité et la nécessité objective. Encore une fois, le critère clé demeure celui de la nécessité objective. Mais si, contre toute

²⁶ Stratford, *supra* note 1 à la p. 755.

²⁷ Voir D. Proulx, *La discrimination dans l'emploi : les moyens de défense selon la Charte québécoise et la Loi canadienne sur les droits de la personne*, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1993 aux pp. 34-35 [ci-après *La discrimination dans l'emploi*].

attente, l'employeur de mauvaise foi parvient à faire une telle preuve objective, faudrait-il annuler la règle pour autant ?

Il arrive, en effet, que l'employeur (ou le syndicat) ait des préjugés ouverts contre un groupe de personnes et qu'il les exclue en partie parce qu'il ne veut tout simplement pas les voir dans son entreprise. C'est ainsi, par exemple, que les Forces armées canadiennes ont longtemps refusé la présence des femmes dans leurs rangs en raison de préjugés tenaces. Dans l'affaire *Gauthier c. Canada*²⁸, le Tribunal canadien des droits de la personne a ordonné aux Forces d'éliminer leur politique d'exclusion générale des femmes et de les évaluer selon leurs capacités propres puisqu'objectivement, plusieurs femmes étaient pleinement capables d'exécuter efficacement et en toute sécurité les tâches militaires. Toutefois, le tribunal a estimé que la politique d'exclusion des femmes était justifiée dans les sous-marins en raison de l'extrême promiscuité qui y règne. La question est alors la suivante : aurait-il fallu que les Forces armées soient néanmoins obligées d'accepter les femmes dans les sous-marins parce qu'on avait fait la preuve que la politique d'exclusion reposait en partie sur des préjugés et sur la volonté d'exclure, c'est donc dire sur une bonne dose de mauvaise foi ? Poser la question, c'est y répondre.

Dans l'arrêt *Stratford*, c'est une situation de ce genre qui s'est présentée. Une politique de retraite obligatoire a été couchée dans une convention collective alors que l'employeur n'en voyait pas la nécessité. Par ailleurs, la preuve que les policiers la jugeaient utile pour assurer l'exécution sécuritaire de leurs fonctions était plutôt ténue et, partant, insuffisante pour établir la conviction sincère de son opportunité²⁹. À notre avis, le juge Sopinka a eu tout à fait raison de dire que le critère subjectif de la croyance sincère ne mène nulle part dans un tel contexte. Voici, en effet, comment il s'exprime à ce sujet :

Si les deux parties agissent de bonne foi et, au terme de négociations, arrivent à une entente dont on démontre la nécessité raisonnable de façon à satisfaire au critère objectif, il paraît improductif de persister à examiner les négociations à la loupe pour déterminer si une partie ou l'autre était sincèrement convaincue de la nécessité de la disposition en question. Je ne comprends pas comment on sert la cause des droits de la personne en invalidant une règle professionnelle raisonnable appuyée par les employés et adoptée de bonne foi par l'employeur, pour le motif que ce dernier avait quelques réserves quant à son opportunité³⁰.

²⁸ (1989), 10 C.H.R.R. D/6014 (T.C.D.P.).

²⁹ Voir *Stratford* (Comm.), *supra* note 1 : «Similarly, there is little evidence as to the rationale for the position of the Police Association on this issue» (*ibid.* à la p. D/139). Voir ensuite : «As noted in the review of the facts, there was no direct evidence of the rationale of either the Police Commission or the Police Association during the period when the age 60 mandatory retirement rule was under discussion or subsequently up to the date of the complainant's retirement» (*ibid.* à la p. D/142).

³⁰ *Stratford*, *supra* note 1 aux pp. 746-47.

3. L'ingérence dans le processus de négociation collective

Les juges Sopinka et L'Heureux-Dubé ont divergé d'opinion sur l'à-propos d'examiner les négociations collectives afin de déterminer si les parties à la convention étaient suffisamment convaincues de l'utilité ou de la nécessité de la retraite obligatoire pour l'inclure dans le contrat collectif de travail. Comme on peut le constater dans l'extrait cité ci-dessus, le juge Sopinka estime l'exercice «improductif». Le juge L'Heureux-Dubé croit, au contraire, en la nécessité d'examiner le processus de négociation collective car adopter la position de son collègue «aurait pour effet [...] de légitimer la discrimination»³¹.

La première facette de ce débat est celle de l'opportunité pour un tribunal de s'ingérer dans le processus même de la négociation collective au nom des droits de la personne. Un arbitre n'abuserait-il pas de ses pouvoirs en scrutant non pas la convention collective, mais la position des parties lors de la négociation collective ? N'irait-il pas trop loin en tentant de statuer sur l'état d'esprit des parties lorsqu'elles ont convenu de l'adoption d'une disposition donnée de la convention ? Sur ce premier aspect de la question, qui en est un de principe, la Cour suprême a eu l'occasion de se prononcer, en 1992, dans les arrêts *Dickason*³² et *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*³³.

Ainsi, dans l'arrêt *Dickason*, le juge Cory a statué pour la majorité qu'une disposition *a priori* discriminatoire d'une convention collective, comme une clause de retraite obligatoire, résistera à une poursuite fondée sur une loi sur les droits de la personne si l'employeur peut faire la preuve non seulement qu'il s'agit d'une E.P.J., mais qu'en outre, les négociations qui ont abouti à l'adoption de cette disposition se sont déroulées de manière foncièrement équitable. À cet égard, le juge Cory a exigé de l'employeur la preuve que la règle à première vue discriminatoire a été le fruit d'une négociation libre entre le syndicat et l'employeur et que le pouvoir de négociation entre les deux parties était relativement équilibré³⁴. Il a également été question de la preuve de l'absence d'effet injuste à l'endroit d'un groupe minoritaire, mais cela a peu à voir avec la question de l'examen du processus de négociation en tant que tel.

Par ailleurs, dans l'arrêt *Renaud*, où il était question de discrimination indirecte, le juge Sopinka a affirmé pour la Cour qu'une partie à une convention collective, en l'espèce le syndicat, ne peut tenter d'échapper à la responsabilité qui lui incombe en vertu d'une loi sur les droits de la personne, en invoquant que la disposition discriminatoire contestée par un salarié lui a été imposée par l'employeur lors des négociations collectives³⁵. Dans cette affaire, l'horaire de travail qui avait été inclus dans la convention constituait un obstacle à la recherche d'un accommodement raisonnable pour un

³¹ *Ibid.* à la p. 758.

³² *Supra* note 6.

³³ [1992] 2 R.C.S. 970, 95 D.L.R. (4^e) 577 [ci-après *Renaud* avec renvois aux R.C.S.].

³⁴ Voir *Dickason*, *supra* note 6 à la p. 1131.

³⁵ Voir *Renaud*, *supra* note 33 à la p. 990.

employé d'une confession religieuse minoritaire. La Cour a conclu qu'une disposition d'une convention collective qui opère une distinction de traitement discriminatoire doit être réputée conjointe. En conséquence, les deux parties à la convention se doivent de collaborer pour trouver un accommodement raisonnable et, en cas d'inaction de leur part, elles sont tenues conjointement responsables du préjudice causé à l'employé³⁶.

Force est de constater, tout d'abord, que dans l'affaire *Stratford*, aucun des juges ne s'est interrogé sur le caractère équitable des négociations avant de se pencher sur les critères d'E.P.J. La Cour semble donc avoir accepté qu'une convention collective peut apporter des restrictions au droit à la non-discrimination enchâssé dans une loi sur les droits de la personne dans la seule mesure où la disposition contestée peut passer le test de l'E.P.J. Comme nous avons eu l'occasion de le souligner ailleurs³⁷, la suprématie de principe d'une loi sur les droits de la personne n'est pas une raison convaincante pour interdire de manière absolue l'adoption d'une exigence professionnelle discriminatoire du seul fait qu'elle est inscrite dans une convention collective de travail. En effet, si une telle exigence est justifiée par l'emploi, elle aurait pu de toute façon être imposée unilatéralement par l'employeur en vertu de son pouvoir de gestion.

Ensuite, il nous semble que le juge Sopinka a raison d'hésiter, contrairement au juge L'Heureux-Dubé, sur l'opportunité de vérifier l'état d'esprit des parties. Examiner le processus de négociation collective afin de déterminer son caractère équitable est une chose. Cela peut se faire de manière assez objective par l'évaluation des forces en présence. Cependant, se pencher sur le processus de négociation pour cerner l'état d'esprit du syndicat et des employés, c'en est une autre. S'agit-il de l'état d'esprit du syndicat ou des syndiqués ? Si on parle du syndicat, faut-il s'en remettre à l'état d'esprit du comité de négociation, de l'exécutif (s'il diffère du premier) ou du conseil d'administration ? Par ailleurs, comme une convention doit être approuvée par les syndiqués, n'est-il pas plus juste de considérer la preuve de l'état d'esprit de ces derniers ? C'est la position que semble prendre le juge L'Heureux-Dubé qui exige la con-

³⁶ Cette position a été critiquée au motif qu'elle ne tient pas compte des véritables rapports de force dans une entreprise, contrairement à la jurisprudence en droit du travail qui reconnaît généralement la position de subordination du syndicat par rapport à l'employeur qui demeure en tout temps l'autorité supérieure dans l'entreprise et, à ce titre, est le seul à exercer un contrôle effectif sur celle-ci (voir : M. Lynk et R. Ellis, «Unions and the Duty to Accommodate» (1992) 1 C.L.L.J. 238 à la p. 261 ; B. Etherington, «The Human Rights Responsibilities of Unions: *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*» (1993-94) 2 C.L.L.J. 266).

³⁷ Voir D. Proulx, «Les arrêts *Dickason* et *Renaud* ou la redéfinition des rapports hiérarchiques entre les lois sur les droits de la personne et les conventions collectives de travail» dans D. Nadeau et B. Pelletier, dir., *Relation d'emploi et droits de la personne : évolution et tensions !*, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1994, 181 aux pp. 195-96. Pour un autre point de vue sur ces deux arrêts, voir P. Macklem, «Developments in Employment Law: The 1992-93 Term» (1994) 5 *Supreme Court L.R.* (2^e) 269 à la p. 315. La Cour suprême a par ailleurs confirmé récemment la possibilité d'éliminer, par convention collective, la défense d'E.P.J. et de prévoir ainsi des obligations plus élevées pour l'employeur, en matière de non-discrimination, que ce qui est stipulé dans une loi sur les droits de la personne (voir *Newfoundland Association of Public Employees c. Newfoundland (Green Bay Health Care Centre)* (2 mai 1996), n° 24525 (C.S.C.)).

viction sincère «des employés»³⁸. Mais alors, n'est-il pas extrêmement hasardeux et problématique de déterminer l'état d'esprit d'un corps collectif comme une association d'employés ? Le juge L'Heureux-Dubé répond à cela de façon aussi lapidaire qu'insatisfaisante : «Pour ma part, cependant, je ne vois pas pourquoi on ne pourrait pas appliquer les règles de preuve habituelles dans l'appréciation des convictions des employés»³⁹.

Quelles sont donc ces règles habituelles ? Tous les salariés ne votent pas en faveur d'une convention collective pour les mêmes raisons. Le comité de négociation ou l'exécutif a pu avoir des desseins discriminatoires qui n'étaient absolument pas partagés par les syndiqués en général. Ce peut être l'inverse. Il peut y avoir eu débat sur cette question en assemblée, ce qui en facilitera la preuve, mais ce débat peut aussi avoir eu lieu de manière informelle et s'être réglé avant la tenue de l'assemblée visant à ratifier les termes de la convention. Mais surtout, la «conviction sincère» de la «nécessité» de la disposition discriminatoire contestée par un salarié donné apparaît, à sa face même, un fardeau de preuve généralement insurmontable puisqu'il s'agit de sonder la conscience d'une majorité de personnes faisant partie d'une association. Sans compter que, parfois, comme ce fut le cas dans l'arrêt *Stratford*, le syndicat n'est même pas partie au litige.

Malgré tout, il semble bien que les employeurs n'aient pas à s'inquiéter outre mesure. Non seulement le juge L'Heureux-Dubé a exprimé un avis dissident en exigeant d'eux qu'ils prouvent la conviction sincère des employés de la nécessité de l'exigence professionnelle contestée mais, au surplus, elle s'est montrée peu rigoureuse lorsqu'est venu le moment d'appliquer ce critère. Ainsi, bien que la preuve produite devant la Commission d'enquête établissait que l'association des employés désirait obtenir des pensions plus avantageuses en adoptant la retraite obligatoire à soixante ans plutôt qu'à soixante-cinq, il y avait absence quasi totale d'éléments au dossier tant sur la nécessité d'une telle politique pour la bonne exécution du travail que sur la conviction des employés à cet égard. Certains employés ont déposé devant la Commission d'enquête pour indiquer que, pour eux, la sécurité au travail avait été une motivation. Cependant, en dehors de ces éléments de preuve épars, rien.

La conclusion de fait du professeur Kerr est d'ailleurs la suivante : «[T]his is a case where there is simply a lack of evidence as to the rationale on which the discriminatory policy was based during the relevant time period»⁴⁰. Il est vrai que le professeur Kerr a surtout porté son attention sur l'état d'esprit de l'employeur, mais cela ne change rien à l'état du dossier. Voilà pourquoi le juge Sopinka affirme que «sur le fondement de cette preuve, il serait impossible de conclure, comme ma collègue le fait, que "les employés" avaient la conviction sincère nécessaire»⁴¹. Pour la Commission d'enquête, la preuve de la conviction subjective des employés quant à la nécessité de la retraite obligatoire à

³⁸ *Stratford*, *supra* note 1 aux pp. 757, 758-59.

³⁹ *Ibid.* à la p. 759.

⁴⁰ *Stratford* (Comm.), *supra* note 1 à la p. D/143.

⁴¹ *Stratford*, *supra* note 1 à la p. 747.

soixante ans était au mieux des plus impressionnistes, au pire inexistante. Cela n'a pas empêché le juge L'Heureux-Dubé de substituer sa propre analyse des faits à celle du tribunal de première instance, pour conclure que l'employeur avait réussi à faire cette preuve. Il y a de quoi être étonné ici puisque la Cour suprême se plaît à répéter que l'analyse des faits et les conclusions qui en découlent font partie de l'expertise supérieure d'un tribunal des droits de la personne et que, sauf erreur manifestement déraisonnable, cela mérite d'être respecté par les tribunaux supérieurs siégeant en appel comme en révision judiciaire⁴². Du reste, le juge L'Heureux-Dubé elle-même rappelle, dans l'arrêt *Stratford*⁴³, cette position de la Cour qu'elle a toujours partagée.

Pour conclure cette première partie sur le critère subjectif de l'E.P.J., on est en droit de s'interroger sur l'utilité réelle de ce critère. En définitive, celui-ci présente peu d'intérêt et nous paraît superflu dans l'immense majorité des cas. En effet, si la preuve se résume à la bonne foi ou à l'absence de motifs inavoués, comme l'affirme la majorité de la Cour dans le contexte factuel particulier de l'arrêt *Stratford*, l'employeur n'a aucune preuve à présenter en tant que telle pour deux raisons bien connues : premièrement, la bonne foi est toujours présumée en droit et, deuxièmement, la victime d'un acte discriminatoire n'est en aucune façon tenue d'établir la mauvaise foi de l'employeur pour avoir gain de cause⁴⁴. En revanche, si la preuve du critère subjectif oblige l'employeur ou le syndicat à démontrer sa « conviction sincère » de l'opportunité d'une règle professionnelle, comme le propose le juge L'Heureux-Dubé, une telle exigence, nous l'avons démontré, n'élimine pas en soi les préjugés et généralisations sans fondement qui sont au cœur du phénomène de la discrimination en plus de s'avérer parfois peu réaliste. Il en est ainsi lorsque, comme dans l'arrêt *Stratford*, elle fait porter

⁴² Voir par ex. : *Mossop*, *supra* note 6 aux pp. 577-78, M. le juge Lamer, aux pp. 584-85, M. le juge La Forest, aux pp. 688-89, M. le juge Cory et Mme le juge McLachlin ; *Zurich Insurance*, *supra* note 6 à la p. 338, M. le juge Sopinka, aux pp. 360-63, Mme le juge L'Heureux-Dubé ; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353 aux pp. 368-70, 102 D.L.R. (4^e) 665 [ci-après *Berg* avec renvois aux R.C.S.]. Voir toutefois l'arrêt *Gould*, *supra* note 6 au n° 4, M. le juge Iacobucci, lorsque la preuve est presque entièrement constituée d'affidavits présentés par voie d'admissions devant un tribunal des droits de la personne et que le litige ne porte pas sur les faits eux-mêmes.

⁴³ Voir *Stratford*, *supra* note 1 à la p. 754.

⁴⁴ Il est de jurisprudence constante depuis l'arrêt *O'Malley*, *supra* note 12, que le plaignant n'a pas à faire la preuve *prima facie* de l'intention discriminatoire de l'employeur, mais uniquement du fait qu'il a été directement ou indirectement victime d'une différence de traitement préjudiciable en raison d'un motif de discrimination prohibé (voir : D. Proulx, «La norme québécoise d'égalité dérape en Cour suprême : commentaire des arrêts Forget, Devine et Ford» (1990) 24 R.J.T. 365). Bien entendu, la bonne ou la mauvaise foi devient un enjeu réel lorsque le plaignant réussit à démontrer que l'acte discriminatoire de l'employeur était non seulement injustifié objectivement, mais fait de propos délibéré ou dans l'intention de nuire. Comme une telle preuve de mauvaise foi donne ouverture à des dommages exemplaires ou spéciaux dans la plupart des lois sur les droits de la personne, l'employeur devra alors démontrer positivement sa bonne foi. Ce qu'il réussira à faire en soumettant une preuve subjective d'absence d'intention de nuire ou de « conviction sincère » en l'opportunité de sa décision ou de sa politique. Toutefois, la meilleure façon pour l'employeur d'éviter la condamnation à des dommages demeure la démonstration que sa règle *a priori* discriminatoire est rationnellement liée à l'emploi et raisonnable ou proportionnée dans les circonstances en vertu du critère objectif de l'E.P.J.

à une partie (l'employeur poursuivi) le fardeau de preuve de l'état d'esprit d'une autre partie qui, au surplus, est un corps collectif (le syndicat non poursuivi).

À notre avis, le critère subjectif de la bonne foi provient de la confusion qui régnait en jurisprudence jusqu'en 1982 sur le sens de l'expression *bona fide* qu'on trouve dans la défense de «*bona fide occupational requirement*» créée par les diverses lois sur les droits de la personne au Canada. Dans certaines décisions, on interprétait les mots *bona fide* comme signifiant «de bonne foi», alors que dans d'autres décisions, on donnait à ces mêmes mots le sens de «*genuine*», c'est-à-dire d'exigence professionnelle véritable ou «réelle»⁴⁵. La Cour suprême n'a pas su trancher entre ces deux interprétations dans l'arrêt *Etobicoke* : elle les a adoptées toutes les deux. Il n'empêche que l'élément subjectif de la bonne foi n'ajoute rien à l'analyse et que le critère clé pour enrayer les préjugés, c'est forcément celui, objectif, de la nécessité d'une exigence professionnelle⁴⁶.

III. Le critère objectif de la nécessité raisonnable

En vertu de l'arrêt de principe *Etobicoke*, pour réussir sa défense d'E.P.J., un employeur doit faire la preuve que sa règle professionnelle est «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»⁴⁷.

C'est ici que les choses se corsent sérieusement et que commencent les véritables difficultés et controverses jurisprudentielles. Ainsi, une question fondamentale se pose en rapport avec la défense d'E.P.J. et son critère objectif de «nécessité raisonnable» depuis une vingtaine d'années au Canada : la preuve qu'une exigence professionnelle est objectivement liée aux fonctions d'un emploi donné est-elle suffisante, ou faut-il, en plus, que l'employeur démontre qu'il était impossible de trouver une autre solution que l'exclusion, notamment en accommodant l'employé par une modification de certaines conditions de travail ?

L'objet même de ce commentaire d'arrêt est de fournir une réponse aussi précise que complète à cette question. Avant de ce faire cependant, il est indispensable de ré-

⁴⁵ Voir W.S. Tarnopolsky et W.F. Pentney, *Discrimination and the Law*, Toronto, Carswell, 1985 aux pp. 7124 - 7129.

⁴⁶ Le législateur québécois a du reste compris cela lorsqu'il a modifié le texte de l'article 20 de sa *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12 [ci-après *Charte québécoise*], afin d'éliminer toute référence à la bonne foi et diriger l'attention des tribunaux sur le rapport objectif entre une exigence professionnelle et un emploi donné (*Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1982, c. 61, art. 6). Toute cette discussion sur l'état d'esprit de l'employeur et du syndicat apparaît donc, et avec raison, sans objet dans le cadre de la *Charte québécoise*, à moins que des dommages exemplaires ne soient demandés en vertu de l'art. 49 de ladite *Charte*. En ce sens, voir : *Dufour c. Centre hospitalier St-Joseph-de-la-Malbaie*, [1992] R.J.Q. 825 (T.D.P.) [ci-après *Dufour*] ; *Syndicat des travailleurs (euses) de l'Hôpital Louis-H. Lafontaine c. Lussier*, [1995] R.D.J. 337 (C.A. Qué.).

⁴⁷ *Etobicoke*, *supra* note 2 à la p. 208.

sumer succinctement l'état plutôt confus de la jurisprudence en la matière. Tout d'abord, il faut savoir que la Cour suprême a rendu, en 1985, deux arrêts contradictoires concernant l'obligation d'accommodement. Dans le premier, l'arrêt *O'Malley*⁴⁸, elle concluait que cette obligation était une conséquence naturelle du droit à la non-discrimination, tandis que dans le second, l'arrêt *Bhinder*⁴⁹, la Cour affirmait que la défense réussie d'E.P.J. libérait l'employeur de toute obligation d'accommodement.

Puis, après ses arrêts contradictoires de 1985, la Cour suprême a voulu apporter une réponse différenciée à la question de l'accommodement selon le type de discrimination en cause. Ainsi, en ce qui concerne la discrimination indirecte, c'est-à-dire celle qui résulte de l'application d'une règle d'emploi uniforme ou neutre, comme un horaire de travail ou le port d'un uniforme qui provoque l'exclusion de femmes enceintes ou d'individus appartenant à certaines confessions religieuses minoritaires, la Cour suprême a fini par trancher dans *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (C.D.P.)*⁵⁰, rendu en 1990, que l'employeur était tenu de faire tous les efforts raisonnables pour tenter d'accommoder l'employé pénalisé par sa règle professionnelle neutre, dans la mesure où cela ne constituait pas pour lui une contrainte ou un fardeau excessif.

En ce qui a trait à la discrimination directe, la jurisprudence de la Cour suprême s'est avérée un peu plus ambiguë. Rédigeant des motifs dissidents, le juge Sopinka s'est dit d'avis, dans ce même arrêt *Alberta Dairy Pool*, que la défense d'E.P.J. s'appliquait à tous les cas de discrimination et qu'un de ses éléments essentiels consistait à démontrer l'absence «d'autres solutions raisonnables» à la règle professionnelle qui exclut une catégorie de personnes sans tenir compte de leur situation particulière⁵¹. Comme nous le démontrerons plus loin, non seulement la Cour n'a pas répudié ce point de vue par la suite, mais elle a même fini par l'adopter, grâce au leadership du juge Sopinka d'ailleurs. C'est, du moins, l'avis de plusieurs auteurs⁵² et la position de certains tribunaux des droits de la personne⁵³ qui ont considéré comme équivalentes les notions d'accommodement raisonnable et de solution de rechange raisonnable.

⁴⁸ *Supra* note 12.

⁴⁹ *Supra* note 2.

⁵⁰ [1990] 2 R.C.S. 489 aux pp. 514-16, [1990] W.W.R. 193 [ci-après *Alberta Dairy Pool* avec renvois aux R.C.S.].

⁵¹ Voir *ibid.* aux pp. 526-29. À noter que la dissidence de M. le juge Sopinka portait uniquement sur les motifs de Mme le juge Wilson dans cet arrêt, non sur les conclusions de cette dernière.

⁵² Voir : D. Baker, «Alberta Human Rights Commission v. Central Alberta Dairy Pool» (1991) 36 R.D. McGill 1450 ; M.D. Lepofsky, «The Duty to Accommodate: A Purposive Approach» (1992) 1 C.L.L.J. 1 aux pp. 16-18 ; A. Molloy, «Disability and the Duty to Accommodate» (1992) 1 C.L.L.J. 23 à la p. 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 aux pp. 325-26 ; *La discrimination dans l'emploi*, *supra* note 27 aux pp. 109-31.

⁵³ Au niveau fédéral, voir par ex. : *Canada (P.G.) c. Levac*, [1992] 3 C.F. 463, 94 D.L.R. (4^e) 266 (C.A.), confirmant (*sub nom. Levac c. Canada (Forces armées)*) (1991), 15 C.H.R.R. D/175 (T.C.D.P.) [ci-après *Levac* avec renvois aux C.F.] ; *Thwaites c. Canada (Forces armées)* (1993), 19 C.H.R.R. D/259, 93 C.L.L.C. 17,025 (T.C.D.P.), conf. par (*sub nom. Canada (P.G.) c. Thwaites*) [1994] 3 C.F. 38, 94 C.L.L.C. 17,040 (1^{er} inst.) ; *Andrews c. Canada* (1994), C.L.L.C. 145,061

Revenons à l'arrêt *Stratford* où la retraite obligatoire à soixante ans constituait, bien sûr, de la discrimination fondée directement sur l'âge. Comment y a-t-on tranché la question ? Tout d'abord, au niveau de la Commission d'enquête, le professeur Kerr a conclu que «dans l'analyse d'une exigence professionnelle normale, il faudrait, pour en apprécier le caractère raisonnable, considérer les possibilités d'accommodement»⁵⁴. La Cour divisionnaire a, pour sa part, été d'avis que «l'expression "accommodement raisonnable" dans le contexte qui nous occupe n'est qu'une autre façon de dire que, s'il existe une solution de rechange raisonnable à la politique discriminatoire, cette dernière n'est pas raisonnable»⁵⁵. La Cour d'appel n'a pas élaboré sur cette question, ne jugeant pas nécessaire de le faire. Elle a néanmoins conclu en mentionnant qu'elle «tendait à être d'accord avec l'analyse de la Cour divisionnaire» [notre traduction]⁵⁶ concernant la question de l'accommodement ou de la solution de rechange raisonnable. Quant au juge Sopinka, voici comment il s'est exprimé pour la majorité de la Cour suprême :

À mon sens, c'était une erreur que d'assimiler l'accommodement individuel à l'exigence concernant l'existence de solutions de rechange raisonnables. [...] [La solution du remaniement des fonctions après soixante ans] constitue donc un élargissement inadmissible des principes énoncés dans les arrêts *Bhinder*, *Saskatoon* et *Alberta Dairy Pool*, et elle n'est pas compatible avec le concept de la défense fondée sur l'EPN tel qu'il a été expliqué dans ces arrêts⁵⁷.

Le juge L'Heureux-Dubé a, quant à elle, exprimé son accord avec la position de la Cour divisionnaire pour qui le concept de «solution de rechange raisonnable», élaboré par le juge Sopinka en contexte de discrimination directe, équivaut, somme toute, à celui d'«accommodement raisonnable» élaboré en contexte de discrimination indirecte. Elle rappelle, au soutien de sa position, que le juge Wilson avait exprimé son accord dans l'arrêt *Alberta Dairy Pool* avec la proposition du juge Sopinka selon laquelle : «S'il est possible de trouver une solution de rechange raisonnable qui évite d'imposer une règle donnée aux membres d'un groupe, cette règle ne sera pas considérée comme justifiée»⁵⁸. Pour le juge L'Heureux-Dubé, «ces propos ouvrent effectivement la porte à une considération des possibilités d'accommodement aux fins de déterminer si une restriction constitue une EPN»⁵⁹.

Pour les deux femmes de la Cour suprême, l'employeur est donc tenu à une obligation d'accommodement, même en situation de discrimination directe, lorsque cela

(T.C.D.P.). Au Québec, voir : *Québec (C.D.P.) c. Lingerie Roxana Ltée*, [1995] R.J.Q. 1289 [ci-après *Lingerie Roxana*] ; *Québec (C.D.P.) c. Commission scolaire de Jean-Rivard*, [1995] R.J.Q. 2245 [ci-après *Commission scolaire de Jean Rivard*].

⁵⁴ *Stratford* (Comm.), *supra* note 1 à la p. D/141, traduit et cité dans *Stratford*, *supra* note 1 à la p. 749.

⁵⁵ *Stratford* (Div. Ct.), *supra* note 1 à la p. 114, traduit et cité dans *Stratford*, *ibid.* à la p. 762.

⁵⁶ *Stratford* (C.A.), *supra* note 1 à la p. 390.

⁵⁷ *Stratford*, *supra* note 1 aux pp. 750, 751-52.

⁵⁸ *Alberta Dairy Pool*, *supra* note 50 à la p. 518.

⁵⁹ *Stratford*, *supra* note 1 aux pp. 761-62.

constitue une solution de rechange raisonnable. Pour parvenir à intégrer la notion d'accommodement dans la défense d'E.P.J. sans donner l'impression de battre en brèche l'arrêt *Bhinder* qui énonce que cette défense est incompatible avec la notion d'accommodement individuel, le juge L'Heureux-Dubé aura recours au «truc» qu'avait utilisé le juge Sopinka dans l'arrêt *Alberta Dairy Pool*⁶⁰. Elle confirme que l'accommodement n'est toujours pas pertinent une fois démontrée l'existence d'une E.P.J., mais qu'en revanche, pour démontrer l'E.P.J., l'employeur devra avoir considéré les possibilités d'accommodement comme éléments d'une solution de rechange raisonnable⁶¹. Cette façon pour le moins byzantine d'aborder l'E.P.J. étant parfaitement contradictoire et, partant, insatisfaisante pour l'esprit, il n'est pas surprenant qu'elle n'ait jamais convaincu une majorité à la Cour suprême. Il s'agit en fait de contorsions intellectuelles visant à concilier une jurisprudence inconciliable. Cela dit, le juge L'Heureux-Dubé estime qu'en l'espèce, l'employeur n'était tenu à aucune obligation d'accommodement parce que, compte tenu des fonctions exécutées par les policiers, aucun accommodement n'était possible⁶².

Nous sommes d'avis que l'opinion dissidente des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin aurait dû l'emporter dans l'arrêt *Stratford* parce qu'elle s'harmonise mieux avec l'évolution de la jurisprudence de la Cour et parce qu'elle est infiniment plus conforme à l'objet des lois sur les droits de la personne en vigueur au Canada. La position de la majorité nous semble au contraire marquer un recul jurisprudentiel malheureux, possiblement même irréparable, pour les motifs suivants : elle se fonde sur des prémisses fausses comme la soi-disant incompatibilité de la défense d'E.P.J. avec la prise en compte de la situation individuelle des employés et la prétendue inutilité de la défense d'E.P.J. si une obligation d'accommodement y est attachée ; elle consacre une distinction conceptuelle entre les concepts d'accommodement raisonnable et de solution de rechange raisonnable qui est factice, extrêmement réductrice de la défense d'E.P.J. et de toute façon nullement justifiée par le droit antérieur ; enfin, elle est fondée sur une conception erronée de l'idée même d'accommodement raisonnable.

A. La soi-disant incompatibilité de la défense d'E.P.J. avec la prise en considération des situations individuelles

Le raisonnement qui a conduit la Cour suprême à exclure toute obligation d'accommodement en matière de discrimination directe repose au premier chef sur l'incapacité pour ainsi dire inhérente de la défense législative d'E.P.J. de tenir compte

⁶⁰ Voir *Alberta Dairy Pool*, *supra* note 50 à la p. 528.

⁶¹ Voir *Stratford*, *supra* note 1 aux pp. 761-62. À noter que le professeur Kerr a lui aussi jugé utile de recourir au même stratagème en première instance (voir *Stratford* (Comm.), *supra* note 1 à la p. D/142).

⁶² Voir *Stratford*, *ibid.* aux pp. 762-63.

des situations individuelles, incapacité exposée en 1985 par le juge McIntyre dans l'arrêt *Bhinder*⁶³.

En effet, selon cet arrêt, une E.P.J. est, par essence, une exigence *liée à l'emploi*. L'objet de la défense prévue par la loi est, en conséquence, de permettre à l'employeur de fixer des exigences professionnelles ou des conditions de travail générales même si elles sont *a priori* discriminatoires, c'est donc dire des règles qui ont pour effet d'exclure directement ou indirectement une catégorie d'employés en fonction de son sexe, de sa religion, de son âge ou d'une autre caractéristique personnelle visée par une loi sur les droits de la personne. Dès lors, puisque le législateur permet, d'une part, de généraliser et, d'autre part, de ne tenir compte que des exigences de l'emploi, il s'ensuit que l'employeur n'a pas à se préoccuper des répercussions de ses exigences sur certains employés en particulier⁶⁴. C'est ainsi que, dans l'arrêt *Bhinder*, le casque de sécurité permettait, de façon générale, d'augmenter la sécurité dans les lieux de travail au Canadien National. Comme le port du casque était une exigence objectivement liée à l'exécution sécuritaire des fonctions, la Cour a tranché que l'employeur n'avait pas à tenir compte de l'impact de cette exigence sur le cas particulier d'un employé de religion sikh obligé de choisir entre son emploi et ses convictions religieuses. «Appliquer une exigence professionnelle normale à chaque individu avec des résultats variables, selon les différences personnelles, c'est la dépouiller de sa nature d'exigence professionnelle [...]»⁶⁵, affirmait alors le juge McIntyre.

La difficulté avec ce raisonnement que le juge Wilson n'a pas répudié dans l'arrêt *Alberta Dairy Pool*, c'est qu'il bat en brèche le principe même qui sous-tend toute loi sur les droits de la personne destinée à enrayer la discrimination dans l'emploi. En effet, l'un des objectifs principaux d'une norme anti-discrimination, c'est précisément d'éliminer les politiques et décisions fondées sur des généralisations. Il s'agit d'empêcher de prêter à un individu les carences réelles ou présumées du groupe auquel il appartient par sa race, son sexe, son âge, etc., et d'obliger l'employeur à considérer plutôt les capacités ou le mérite de chacun. Les généralisations reposant la plupart du temps sur des préjugés ou des idées préconçues, il va de soi qu'elles sont la cible première de toute norme anti-discrimination, comme l'a reconnu la Cour suprême dans plusieurs décisions, y compris dans l'arrêt *Stratford*⁶⁶.

⁶³ *Supra* note 2. À noter que MM. les juges Dickson et Lamer y ont inscrit leur dissidence mais que Mme le juge Wilson a appuyé les motifs de M. le juge McIntyre dans une opinion distincte (voir *ibid.* aux pp. 579-80).

⁶⁴ Voir *ibid.* à la p. 588, M. le juge McIntyre, aux pp. 578-79, Mme le juge Wilson.

⁶⁵ *Ibid.* à la p. 589.

⁶⁶ Voir : *Brossard (Ville de) c. Québec (C.D.P.)*, [1988] 2 R.C.S. 279 aux pp. 297-98, 53 D.L.R. (4^e) 609, M. le juge Bectz, à la p. 344, Mme le juge Wilson [ci-après *Ville de Brossard* avec renvois aux R.C.S.]; *Saskatoon (Ville de) c. Saskatchewan (C.D.P.)*, [1989] 2 R.C.S. 1297 à la p. 1309, [1990] 1 W.W.R. 481 [ci-après *Saskatoon* avec renvois aux R.C.S.]; *Janzen c. Platy Enterprises*, [1989] 1 R.C.S. 1252 aux pp. 1288-89, [1989] 4 W.W.R. 39; *Zurich Insurance, supra* note 6 aux pp. 338-39; *Stratford, supra* note 1 aux pp. 750-51.

Il est par conséquent interdit à un service de police de refuser d'embaucher une femme parce que, règle générale, «les femmes» ne sont pas assez fortes pour arrêter un homme ou de congédier un policier âgé de soixante ans parce que «les gens de soixante ans et plus» ne sont, en général, pas assez en forme ou présentent des risques de santé incompatibles avec la fonction de policier. Il va de soi, en effet, que de telles généralisations constituent la quintessence de la discrimination. On ne peut donc, en toute logique, soutenir que le législateur veut à la fois une chose et son contraire ou, si l'on préfère, le beurre et l'argent du beurre. Le législateur ne peut vouloir en même temps s'attaquer aux généralisations, qui sont fondées sur des préjugés plutôt que sur l'analyse objective des capacités d'une personne en particulier, et autoriser ces mêmes généralisations par une disposition d'exception sur l'E.P.J. La conclusion s'impose alors d'elle-même : même si elle a un lien rationnel avec l'emploi, une généralisation ne saurait constituer en soi une défense valable puisque c'est le mal même que le législateur veut enrayer par l'adoption du principe de non-discrimination.

C'est ce que le juge Sopinka a du reste bien compris dans l'arrêt *Saskatoon*⁶⁷, une affaire de discrimination directe mettant en cause une politique de retraite obligatoire d'une municipalité à l'égard de ses pompiers. Bien qu'il ait d'abord défendu la position du juge McIntyre dans l'arrêt *Bhinder*, cela ne l'a pas empêché de changer son fusil d'épaule en fin de décision pour conclure que la défense d'E.P.J. ne sera pas établie si l'employeur n'est pas en mesure d'expliquer pourquoi il n'était pas possible de traiter *individuellement* les employés, notamment en administrant des tests à chacun d'eux. Il conclut alors : «S'il existe une solution pratique autre que l'adoption d'une règle discriminatoire, on peut conclure que l'employeur a agi d'une manière déraisonnable en n'adoptant pas cette autre solution»⁶⁸. En d'autres termes, lorsqu'il existe une solution de rechange raisonnable à la règle discriminatoire, en l'espèce la retraite obligatoire à soixante ans, l'employeur n'aura pas établi sa défense au titre de l'E.P.J. s'il a exclu péremptoirement des employés en raison de leur âge, au lieu d'opter pour une méthode qui permet de tenir compte de leur situation individuelle à l'aide de facteurs personnels comme le bilan de santé d'un employé, sa forme physique, son mode de vie, sa consommation ou non de tabac, ses antécédents personnels et familiaux, etc.

Il importe de noter ici que, pour justifier sa position, le juge Sopinka s'est appuyé directement sur la décision du juge Beetz dans l'arrêt *Ville de Brossard*⁶⁹. Ce dernier y posait le principe qu'une exigence professionnelle «raisonnablement nécessaire» aux termes de l'arrêt *Etobicoke* est non seulement une exigence rationnellement liée à l'emploi, mais encore une exigence dont les effets ne sont pas disproportionnés par rapport aux besoins de la fonction ou par rapport aux objectifs légitimes de l'employeur. Il s'agit, statuait alors le juge Beetz pour une Cour unanime⁷⁰, de vérifier

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.* aux pp. 1313-14.

⁶⁹ *Supra* note 66.

⁷⁰ Bien qu'elle ait rédigé des notes séparées, Mme le juge Wilson était essentiellement d'accord avec M. le juge Beetz. Elle affirmait en effet ceci :

objectivement le caractère raisonnable des moyens choisis par l'employeur pour déterminer si un individu remplit les conditions requises par un emploi donné. Or, de préciser le juge Beetz, si l'employeur n'avait pas besoin d'exclure globalement toute une catégorie de personnes en fonction, en l'espèce, de leur état civil, parce qu'il était possible de procéder autrement, c'est que ce moyen est excessif, disproportionné, déraisonnable, non nécessaire et, partant, injustifié⁷¹.

Les arrêts *Ville de Brossard* et *Saskatoon* sont donc venus modifier le principe même qui sous-tendait la défense d'E.P.J. dans l'arrêt *Bhinder*, comme le juge Sopinka l'a lui-même expressément reconnu dans l'arrêt *Alberta Dairy Pool*. Il s'exprimait alors comme suit :

Bien que l'arrêt *Bhinder* écarte l'application individuelle de l'EPN, la jurisprudence postérieure de notre Cour laisse clairement entendre qu'un employeur peut se trouver incapable d'établir une défense fondée sur une EPN s'il ne parvient pas à expliquer de façon acceptable pourquoi il ne lui était pas possible de traiter ses employés de façon individuelle⁷².

Pour sa part, même si elle reconnaît le bien-fondé de l'approche adoptée dans l'arrêt *Bhinder* en contexte de discrimination directe, laquelle approche postule, rappelons-le, l'incompatibilité de la défense d'E.P.J. et de l'obligation d'accommodement, le juge Wilson affirme néanmoins, et de façon plutôt contradictoire dans ce même arrêt *Alberta Dairy Pool* le principe de l'obligation de traitement individuel en matière d'E.P.J. Elle affirme en effet que «[s]'il est possible de trouver une solution raisonnable qui évite d'imposer une règle donnée aux membres d'un groupe, cette règle ne sera pas considérée comme justifiée»⁷³.

Au-delà des contradictions du juge Wilson, il est certain que la position de la Cour en matière d'E.P.J. a complètement changé de cap à partir de l'arrêt *Ville de Brossard* et qu'elle s'est imposée de façon constante depuis. Cette position solide peut s'énoncer comme suit : la défense d'E.P.J. permet à l'employeur de poser des exigences professionnelles reposant sur des généralisations, mais à la condition expresse qu'il ne soit pas possible de faire autrement. Une généralisation n'est donc valide que dans la mesure où le traitement individuel, par l'administration de tests par exemple, paraît impraticable parce que, soit un test probant évaluant le risque de défaillance humaine n'existe pas, soit son administration s'avérerait trop coûteuse, soit elle comporterait trop de risques pour les employés eux-mêmes. En revanche, si un traitement individuel est faisable et réalisable à un coût raisonnable,

La valeur destinée à être protégée par la législation anti-discrimination, savoir que les gens doivent être traités en tant qu'individus et selon leur mérite, me paraît trop importante et trop fondamentale pour céder le pas à une politique rigide d'anti-népotisme s'il existe des moyens moins radicaux de protéger l'intégrité de l'administration de la ville et d'assurer l'apparence d'une telle intégrité (*Ville de Brossard, ibid.* à la p. 344).

⁷¹ *Ibid.* aux pp. 312-15.

⁷² *Alberta Dairy Pool, supra* note 50 à la p. 526.

⁷³ *Ibid.* à la p. 518.

l'employeur ne pourra réussir sa défense d'E.P.J. s'il n'a pas tenté de traiter ses employés individuellement.

Depuis l'arrêt *Ville de Brossard*, il est donc faux de prétendre que la défense d'E.P.J. est étrangère à la prise en considération de la situation individuelle des employés et qu'une telle façon d'aborder l'E.P.J. «saperait le fondement même de ce moyen de défense», comme l'a affirmé le juge Wilson dans l'arrêt *Alberta Dairy Pool*⁷⁴. Tenir compte des situations individuelles fait partie de la défense d'E.P.J. et, loin d'en miner le fondement, cela le renforce en autorisant l'employeur, dans certains cas bien circonscrits, à fixer des exigences professionnelles générales. Cette position concilie parfaitement le principe de non-discrimination, qui s'oppose aux généralisations injustes, et l'exception d'E.P.J. qui permet de telles généralisations, en limitant celles-ci dans les seuls cas où il n'est pas possible de traiter individuellement les employés pour assurer l'exécution sûre et efficace du travail. Elle a en outre le mérite d'être tout à fait conforme à la méthode d'interprétation de la législation sur les droits de la personne qualifiée de «quasi constitutionnelle» par la Cour suprême⁷⁵ : le droit fondamental à la non-discrimination doit recevoir une interprétation large et libérale tandis que la défense d'E.P.J. doit, en tant qu'exception à ce droit, être interprétée restrictivement⁷⁶.

Le juge Sopinka, dans l'arrêt *Stratford*⁷⁷, prétend maintenant que l'accommodement raisonnable, qui consiste à prendre en considération la situation individuelle de certains employés, est étranger à la défense d'E.P.J. et la rend inutile. Cette affirmation est totalement contredite par la jurisprudence de la Cour et, partant, plutôt incompréhensible.

⁷⁴ *Ibid.* à la p. 514.

⁷⁵ Voir : *Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145 aux pp. 157-58, [1983] 1 W.W.R. 137 ; *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150 à la p. 156, [1985] 6 W.W.R. 166 [ci-après *Craton* avec renvois aux R.C.S.] ; *O'Malley*, *supra* note 12 à la p. 547 ; *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226 à la p. 236, [1986] 6 W.W.R. 481 ; *Action travail des femmes c. Canadian National Railway*, [1987] 1 R.C.S. 1114 aux pp. 1134-36, 40 D.L.R. (4^e) 193 ; *Robichaud c. Canada (Conseil du trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84 à la p. 92, 8 C.H.R.R. D43/26 ; *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234 à la p. 268, 39 C.C.C. (3^e) 385 ; *Ford c. Québec (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 712 aux pp. 769-70, 54 D.L.R. (4^e) 577 ; *Zurich Insurance*, *supra* note 6 à la p. 339 ; *Berg*, *supra* note 42.

⁷⁶ Voir : *Etobicoke*, *supra* note 2 à la p. 208 ; *Bhinder*, *supra* note 2 aux pp. 567, 589 ; *Ville de Brossard*, *supra* note 66 à la p. 307 ; *Zurich Insurance*, *ibid.* aux pp. 339, 359 ; *Dickason*, *supra* note 6 aux pp. 1120-22, 1154-56.

⁷⁷ *Supra* note 1 aux pp. 750-51. M. le juge Sopinka cite en fait un extrait de sa décision dans *Saskatoon*, *supra* note 66, extrait qui contient cette affirmation inconciliable avec sa prise de position finale dans cet arrêt confirmant l'obligation de traitement individuel des employés dans le cadre de la défense d'E.P.J.

B. Solution de rechange raisonnable et accommodement raisonnable : des concepts soi-disant distincts

Dans l'arrêt *Stratford*, le juge Sopinka prétend que la Commission d'enquête a erré en assimilant l'«accommodement raisonnable» à la «solution de rechange raisonnable». Pour lui, il s'agirait donc clairement de deux concepts bien distincts. Voici ce qu'il dit au sujet de la solution de rechange raisonnable :

Cette dernière exigence est fondamentale au concept de la défense fondée sur l'EPN. La justification d'une règle générale qui traite tous les employés comme ayant les mêmes caractéristiques, en dépit du fait que certains ne les possèdent pas, dépend de la preuve qu'il n'était pas pratique d'identifier et d'exclure de l'application de la règle générale ceux qui n'avaient pas les caractéristiques requises⁷⁸.

Plus loin, après avoir interprété l'arrêt *Saskatoon* comme validant une règle générale de retraite obligatoire lorsque l'employeur ne peut «justifier la règle relativement à chaque employé au moyen de tests individuels», il conclut comme suit :

En l'espèce, la commission d'enquête a conclu que les tests individuels étaient impossibles. Compte tenu de cette conclusion, l'employeur appelant s'est acquitté de son obligation de démontrer que l'évaluation individuelle était impraticable et, partant, que l'adoption d'une règle générale était nécessaire⁷⁹.

Enfin, à la solution proposée de remanier les fonctions des employés de plus de soixante ans afin d'éliminer le risque de sécurité qu'ils pourraient poser, le juge Sopinka répondra que «[c]e n'est pas une solution qui répond à la question de savoir pourquoi il était nécessaire d'adopter une règle générale qui englobe des personnes ne partageant pas la ou les caractéristiques communes» et conclura que ladite solution est incompatible avec la défense d'E.P.J.⁸⁰.

Bref, la solution de rechange raisonnable est un élément de la défense d'E.P.J. et elle n'oblige l'employeur qu'à vérifier si, au lieu d'exclure globalement un groupe d'employés à partir d'un motif discriminatoire, il est possible d'évaluer individuellement ces derniers au moyen de tests mesurant, par exemple, leurs habilités, leur force physique, leur capacité aérobie ou leurs risques de souffrir d'une maladie cardiovasculaire. Si l'employeur démontre que l'évaluation individuelle est impossible, son exigence est justifiée et, partant, non discriminatoire. Ce concept, contrairement à celui de l'accommodement raisonnable, à propos duquel le juge Sopinka ne dit d'ailleurs pas un mot, ne permet donc pas de modifier les conditions de travail pour tenir compte des besoins particuliers de certains employés en fonction de leur âge, de leur handicap, de leur sexe ou de leur religion par exemple. C'est du moins l'interprétation que retient le savant juge des arrêts *Bhinder*, *Saskatoon* et *Alberta Dairy Pool*.

⁷⁸ *Stratford*, *ibid.* à la p. 750.

⁷⁹ *Ibid.* à la p. 751.

⁸⁰ Voir *ibid.* aux pp. 751-52.

Cette interprétation est très discutable parce que, tout d'abord, elle donne une importance démesurée à l'arrêt *Bhinder* qui, on l'a vu, a été clairement modifié par le juge Sopinka dans l'affaire *Saskatoon*⁸¹. Décidément, cet arrêt *Bhinder* constitue une véritable obsession pour notre tribunal de dernier ressort. De plus, l'interprétation du juge Sopinka est douteuse parce qu'elle fait complètement fi de *Ville de Brossard*, une décision clé. En effet, celle-ci est à la base de la position de la Cour non seulement dans *Saskatoon* et *Alberta Dairy Pool*, mais également de la jurisprudence rendue par la Cour après ce dernier arrêt. Pour le prouver, jetons un coup d'oeil sur cette importante jurisprudence que le juge Sopinka n'a pas daigné examiner.

Ainsi, dans l'affaire *Ville de Brossard*, le principe que le juge Beetz a posé en matière d'E.P.J. appliqué en contexte de discrimination directe, c'est celui du caractère raisonnable des moyens choisis par l'employeur pour réaliser ses objectifs. Il formule ainsi la question pertinente :

La règle est-elle bien conçue de manière que l'exigence quant à l'aptitude ou à la qualité puisse être remplie sans que les personnes assujetties à la règle ne se voient imposer un fardeau excessif ? Cela nous permet d'examiner le caractère raisonnable des moyens choisis par l'employeur pour vérifier si l'on satisfait à cette exigence dans le cas de l'emploi en question⁸².

Pour le juge Beetz, une règle ne pourra donc pas être considérée comme une E.P.J. si, compte tenu de tous les facteurs pertinents, elle est trop radicale ou s'applique de manière générale en pénalisant inutilement certains employés sur la base d'un motif prohibé de discrimination. Une règle qui exclut tout candidat à l'emploi d'une ville peut être rationnelle pour atteindre l'objectif légitime d'éliminer le favoritisme, mais en omettant de la relativiser pour tenir compte du poste convoité par le candidat, de la nature du lien familial en question, de la taille de l'entreprise, etc., cette règle d'exclusion générale et sans nuance est, conclut le juge Beetz, «d'une sévérité disproportionnée à l'aptitude ou à la qualité dont elle vise à assurer la possession»⁸³. Le juge Wilson a exprimé son accord sur l'essentiel de cette approche tant dans *Ville de Brossard* comme tel⁸⁴ que dans *Alberta Dairy Pool* où elle affirme que «[l]e second volet du critère établi dans l'arrêt *Ville de Brossard* concerne la possibilité de solutions autres que la règle de l'employeur»⁸⁵. Ainsi, rien dans *Ville de Brossard* ou dans la décision majoritaire de l'arrêt *Alberta Dairy Pool* ne permet de conclure que la notion de solution de rechange raisonnable, associée à la défense d'E.P.J., est réduite à la seule possibilité d'une évaluation individuelle d'un employé.

⁸¹ Voir *supra* note 72 et la citation correspondante.

⁸² *Ville de Brossard*, *supra* note 66 à la p. 312.

⁸³ *Ibid.* à la p. 315.

⁸⁴ Voir *ibid.* à la p. 344.

⁸⁵ *Alberta Dairy Pool*, *supra* note 50 à la p. 518.

Les motifs du juge Sopinka dans *Saskatoon* puis dans *Alberta Dairy Pool* sont des plus intéressants à ce sujet. Voici comment il s'exprimait pour une Cour unanime dans le premier arrêt :

Quoiqu'il ne soit pas absolument nécessaire de faire subir des tests à chaque employé, il se peut que l'employeur ne parvienne pas à s'acquitter de l'obligation qui lui incombe de prouver le caractère raisonnable de l'exigence s'il ne fournit pas une réponse satisfaisante à la question de savoir pourquoi il ne lui a pas été possible de traiter individuellement les employés, notamment en administrant des tests à chacun d'eux. S'il existe une solution pratique autre que l'adoption d'une règle discriminatoire, on peut conclure que l'employeur a agi d'une manière déraisonnable en n'adoptant pas cette autre solution⁸⁶.

Ainsi, le juge Sopinka a expressément indiqué dans l'arrêt *Saskatoon* que le concept de solution de rechange raisonnable pouvait comprendre diverses solutions dont, *notamment*, celle de l'évaluation au moyen de tests administrés à chaque employé. Il n'exclut aucune possibilité et insiste sur le «traitement individuel» des employés et l'existence possible «d'une solution pratique». Aucune trace d'une indication que la solution de rechange raisonnable est limitée à la seule évaluation individuelle d'un employé.

On peut se demander quelle a été la position du juge Sopinka, appuyée alors par les juges McLachlin et La Forest, dans *Alberta Dairy Pool*. A-t-il prétendu que la défense d'E.P.J. était limitée aux cas de discrimination directe ? A-t-il distingué entre solution de rechange raisonnable et accommodement raisonnable ? A-t-il réduit le premier concept à la possibilité d'une évaluation individuelle des capacités de l'employé ? La réponse à ces trois questions est clairement négative et c'est pour cette raison même que le juge Sopinka a tenu à rédiger des motifs dissidents dans cet arrêt.

Or, ses motifs étaient alors les suivants : premièrement, la défense d'E.P.J. est applicable aux cas de discrimination directe comme indirecte sinon, fait-il remarquer, la Cour modifierait le texte clair de la défense qui ne fait pas de distinction entre ces deux formes de discrimination. Ensuite, il assimile la notion de solution de rechange raisonnable (développée dans *Ville de Brossard* et *Saskatoon*) à celle d'accommodement raisonnable (énoncée dans *O'Malley*) pour leur faire jouer le même rôle dans le cadre de la défense unique de l'E.P.J. Enfin, le juge Sopinka énonce comme suit la règle générale à appliquer en matière d'E.P.J., qu'il s'agisse de discrimination directe ou indirecte :

J'ai mentionné plus haut le principe selon lequel, en général, une défense fondée sur une EPN ne saurait réussir sans tout d'abord la preuve qu'il n'existait aucune autre solution raisonnable à une règle qui ne tient pas compte de la situation particulière de ceux qu'elle vise⁸⁷.

⁸⁶ *Saskatoon*, *supra* note 66 aux pp. 1313-14.

⁸⁷ *Alberta Dairy Pool*, *supra* note 50 à la p. 528.

Puis, abordant le cas d'espèce qui concernait une exigence de présence au travail le lundi, c'est donc dire un cas de discrimination indirecte fondée sur la religion, le juge Sopinka formule ainsi les éléments de la défense d'E.P.J. :

L'employeur qui veut se prévaloir d'une règle générale ayant pour effet d'établir une discrimination fondée sur la religion doit démontrer qu'il a considéré les répercussions de cette règle sur les pratiques religieuses de ceux à qui elle s'applique, et qu'il n'existait *aucune solution raisonnable* qui ne lui aurait imposé de contraintes excessives. Ce qui est raisonnable dans les circonstances est une question de fait [nos italiques]⁸⁸.

Il est donc clair, à la lecture de ces passages clés de la décision du juge Sopinka dans l'arrêt *Alberta Dairy Pool* que, d'une part, les notions de solution de rechange raisonnable et d'accommodement raisonnable étaient pour lui interchangeables et que, d'autre part, elles relevaient toutes deux de la défense d'E.P.J. qui s'applique en situation de discrimination directe comme indirecte. Il est certain également que, jamais dans ses motifs, le juge Sopinka n'a restreint de quelque manière que ce soit la notion de solution de rechange raisonnable à la seule évaluation des capacités des employés. La position du juge Wilson est sans doute ambiguë sur ces questions dans cet arrêt, mais pas celle du juge Sopinka.

Cela dit, contrairement à ce que la décision du juge Sopinka laisse croire dans l'arrêt *Stratford*, la jurisprudence ne s'est pas arrêtée avec la décision *Alberta Dairy Pool*. Au cours de la seule année 1992, la Cour a en effet rendu pas moins de trois arrêts pertinents à ce sujet. C'est ainsi que dans *Zurich Insurance*⁸⁹, le juge Sopinka, qui a pris de nouveau la plume pour la majorité, en a profité pour faire le point sur la défense d'E.P.J. Après avoir rappelé que le lien objectif et important entre l'exigence professionnelle et les objectifs de l'employeur constitue le premier élément de la défense d'E.P.J., le juge Sopinka n'a pas manqué d'insister sur le second élément de cette défense, élément dit de «raisonnabilité» ou de proportionnalité, en ces termes :

Dans le deuxième cas, il faut examiner si l'on pourrait remplacer la pratique attaquée par un moyen moins discriminatoire qui permettrait également d'atteindre l'objectif recherché par l'entreprise. [...] Puisque la pratique la moins discriminatoire est toujours d'examiner et respecter les droits des employés sur une base individuelle, l'employeur qui cherche à se prévaloir de l'exemption peut échouer s'il ne parvient pas à convaincre une commission d'enquête qu'il ne serait ni pratique ni possible de le faire. En matière d'emploi, la question est souvent posée en termes d'exigence d'évaluations individuelles.

[Dans l'arrêt *Saskatoon*], [...] [n]ous avons décidé que les tests individuels devaient être considérés comme une solution de rechange possible à l'adoption d'une règle discriminatoire⁹⁰.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ Voir *supra* note 6.

⁹⁰ *Zurich Insurance, ibid.* à la p. 341.

Il est extrêmement difficile de trouver, dans ce résumé de l'état du droit, une indication que la seule solution de rechange envisagée par la Cour est celle de l'évaluation individuelle des capacités des employés au moyen de tests appropriés. L'évaluation individuelle y est, au contraire, présentée, comme une solution de rechange parmi d'autres, le principe de base étant de voir s'il existe un moyen moins draconien ou moins préjudiciable que l'exclusion pure et simple des employés pénalisés par une règle professionnelle fondée sur un motif prohibé de discrimination. Du reste, c'est ce que le juge McLachlin confirme dans sa dissidence portant non pas sur les principes de droit énoncés par le juge Sopinka, mais uniquement sur l'application qu'il en fait dans les circonstances de l'affaire. Après avoir rappelé, elle aussi, que la jurisprudence de la Cour exige de l'employeur la preuve de l'inexistence d'une autre solution pratique pour réussir sa défense d'E.P.J., elle conclut : «En pratique, cette situation exige que l'employeur fasse des "aménagements raisonnables"»⁹¹. Le juge L'Heureux-Dubé, également dissidente, insiste elle aussi sur l'exigence pour l'employeur de trouver «une solution raisonnable qui évite d'imposer une règle donnée aux membres d'un groupe»⁹², s'il veut démontrer l'existence d'une E.P.J.

Bref, dans cette affaire *Zurich Insurance*, il n'y a aucune dissidence sur les principes de droit applicables. Au contraire, tous les juges s'accordent sur le point suivant : pour établir sa défense d'E.P.J. en contexte de discrimination directe, l'employeur doit faire la preuve qu'il n'existait pas d'autre solution pratique ou raisonnable que la règle d'exclusion générale applicable. Par ailleurs, aucun juge ne limite l'application de la «solution de rechange raisonnable» à la seule et unique solution de l'évaluation individuelle des employés au moyen de tests ou autrement.

Dans l'arrêt *Dickason*, la Cour suprême a de nouveau été amenée à se prononcer sur la validité d'une politique de retraite obligatoire dans le monde de l'enseignement⁹³. Bien qu'il y ait eu divergence de vues sur la possibilité de déroger à une loi sur les droits de la personne via une convention collective, on n'en note aucune sur la portée de la défense de «restriction raisonnable et justifiable» au droit

⁹¹ *Ibid.* à la p. 385. À noter que, dans la version anglaise, Mme le juge McLachlin utilise l'expression consacrée de «*reasonable accommodation*».

⁹² *Ibid.* à la p. 365.

⁹³ La question de la conformité de la retraite obligatoire pour les professeurs au droit à la non-discrimination avait déjà été étudiée par la Cour dans : *Craton*, *supra* note 75 ; *McKinney*, *supra* note 6 ; *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451, 77 D.L.R. (4^e) 55. Dans le premier cas, la Cour avait jugé la convention collective contraire à la loi provinciale sur les droits de la personne (voir *Human Rights Act*, S.M. 1974, c. 65, art. 6(1)), tandis que dans les deux autres affaires, elle a statué que, bien que discriminatoire, la convention collective constituait une restriction raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi Constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après *Charte canadienne*].

à la non-discrimination prévue dans l'*Individual's Rights Protection Act*⁹⁴ de l'Alberta.

Ainsi, même s'ils étaient placés devant une disposition formulée en des termes semblables à ceux de l'article premier de la *Charte canadienne*⁹⁵, tous les juges ont exprimé le même avis : comme la défense d'E.P.J. et pour les mêmes raisons, il s'agit d'une disposition d'exception qui doit être interprétée restrictivement de manière à ne pas mettre en péril le but fondamental du droit à la non-discrimination, à savoir l'élimination des exclusions injustes et des généralisations qui les sous-tendent⁹⁶. On est donc tombé d'accord sur l'idée que cette disposition joue le même rôle que l'exception d'E.P.J. et qu'elle comporte les deux mêmes volets d'analyse de rationalité et de proportionnalité évoqués par le juge Beetz dans l'affaire *Ville de Brossard*⁹⁷ (dans le contexte de la défense d'E.P.J. de la *Charte québécoise*) et par le juge Dickson dans l'arrêt *R. c. Oakes*⁹⁸ (dans le contexte de l'article premier de la *Charte canadienne*). Or, selon la Cour, ce dernier volet de proportionnalité repose sur un critère de nécessité et cela implique que l'employeur doit, pour s'y conformer, faire la preuve qu'il n'y a pas d'autre moyen pratique et moins préjudiciable pour les employés pénalisés par la règle de retraite obligatoire, comme l'encouragement à la retraite anticipée, le resserrement des exigences en enseignement et en recherche, etc⁹⁹.

Il n'y a pas eu unanimité sur le résultat de l'application de ces critères, le juge Cory étant d'avis, pour la majorité, que l'Université de l'Alberta était justifiée de conclure une entente de retraite obligatoire, tandis que les juges L'Heureux-Dubé, McLachlin et Sopinka ont estimé qu'elle ne l'était pas. Cependant, tous se sont entendus sur le critère applicable, soit l'absence de solution de rechange raisonnable à la règle discriminatoire. De plus, cette solution n'a en aucune façon été limitée à l'évaluation individuelle des professeurs de soixante ans ou plus par l'un ou l'autre des juges.

Enfin, dans l'affaire *Renaud* rendue le même jour que l'arrêt *Dickason*, il s'agissait du cas d'un employé converti à la religion adventiste et empêché, dès lors, de travailler du vendredi soir au samedi soir comme le requérait la convention collective. La Cour faisait donc face à un cas de discrimination indirecte. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Sopinka a d'abord livré son interprétation de l'arrêt *Alberta Dairy Pool* en ces termes : «[T]ant les juges formant la majorité que ceux formant la minorité ont conclu que, dans les affaires de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, l'obligation

⁹⁴ R.S.A. 1980, c. I-2. L'art. 11(1) tel que traduit et cité par la Cour suprême se lit comme suit : «Toute dérogation à la présente loi dont l'auteur présumé démontre qu'elle était raisonnable et justifiable, eu égard aux circonstances, est réputée ne pas avoir eu lieu».

⁹⁵ *Supra* note 93.

⁹⁶ Voir *Dickason*, *supra* note 6 aux pp. 1120-24, M. le juge Cory, aux pp. 1154-57, Mme le juge L'Heureux-Dubé, et aux pp. 1195-97, M. le juge Sopinka.

⁹⁷ *Supra* note 66 aux pp. 311-12.

⁹⁸ [1986] 1 R.C.S. 103, 24 C.C.C. (3^e) 321.

⁹⁹ Voir *Dickason*, *supra* note 6 aux pp. 1134-38, M. le juge Cory, aux pp. 1157-59, Mme le juge L'Heureux-Dubé, aux pp. 1196-97, M. le juge Sopinka.

d'accommodement existe nonobstant la présence d'une EPN»¹⁰⁰. Voilà un résumé bien ambigu des conclusions de cet arrêt. En effet, comme on le sait, le juge Wilson avait statué dans *Alberta Dairy Pool* que la défense d'E.P.N. n'était tout simplement pas pertinente en matière de discrimination indirecte. Pour elle, cette défense était strictement réservée aux cas de discrimination directe. Quant au juge Sopinka, il avait conclu pour les trois juges minoritaires, qu'en matière de discrimination indirecte, l'employeur demeure soumis à l'obligation de prouver une E.P.N. et que celle-ci comporte une obligation d'accommodement. Comme, en fin de compte, l'employeur n'avait fait aucun effort pour se conformer à cette obligation, la Cour avait alors unanimement conclu qu'il avait violé la loi sur les droits de la personne de la province¹⁰¹.

Cela dit, le juge Sopinka persiste et signe dans l'arrêt *Renaud* en citant l'extrait de sa propre décision dans *Alberta Dairy Pool* où il affirme qu'en matière de discrimination indirecte, l'employeur «doit démontrer qu'il a considéré les répercussions de cette règle sur les pratiques religieuses de ceux à qui elle s'applique, et qu'il n'existait aucune solution raisonnable qui ne lui aurait imposé des contraintes excessives» [nos italiques]¹⁰². Beau joueur, il cite toutefois en parallèle le juge Wilson qui, pour sa part, s'en est tenue à l'idée d'«accommodement raisonnable» en matière de discrimination indirecte dans ce même arrêt.

Doit-on alors en conclure que le juge Sopinka désire ne pas trancher ce débat ? Qu'on en juge. Bien qu'il ne se prononce pas clairement d'entrée de jeu, il finira néanmoins par présenter l'obligation d'accommodement comme une *défense de justification* par rapport à une règle professionnelle indirectement discriminatoire. Or, tant dans *O'Malley*¹⁰³ que dans *Alberta Dairy Pool*¹⁰⁴, la Cour avait statué que seule la discrimination directe a besoin d'être justifiée. Dans ces deux derniers arrêts, en effet, on a précisé que la règle professionnelle neutre et uniforme n'a pas besoin d'être justifiée et que le moyen de défense approprié consiste en la preuve d'un effort raisonnable d'accommodement. L'accommodement raisonnable y était donc vu comme un moyen de défense tout à fait distinct de celui de l'exigence professionnelle justifiée. Pourtant, comme on le voit dans l'extrait qui suit, en ce qui concerne le juge Sopinka, il n'en est rien :

L'obligation d'accommodement est devenue un moyen de limiter la responsabilité d'un employeur dont on a conclu qu'il a involontairement fait preuve de discrimination en adoptant de bonne foi une règle de travail. Elle a permis à

¹⁰⁰ *Renaud*, *supra* note 33 à la p. 981.

¹⁰¹ Voir *Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c. 22.

¹⁰² *Renaud*, *supra* note 33 à la p. 981.

¹⁰³ *Supra* note 12, où la Cour écrit :

Lorsqu'il y a discrimination par suite d'un effet préjudiciable [c'est-à-dire discrimination indirecte], [...] le problème de la justification ne se pose pas, car la condition raisonnablement liée à l'emploi n'a besoin d'aucune justification ; ce qui est requis est une certaine mesure d'accommodement (*ibid.* à la p. 555).

¹⁰⁴ *Supra* note 50 à la p. 515. Mme le juge Wilson cite avec approbation l'extrait de la décision de M. le juge McIntyre dans *O'Malley* reproduit *ibid.*

l'employeur de *justifier* une discrimination par suite d'un effet préjudiciable [...] Pour éviter une responsabilité absolue, le syndicat doit posséder le même droit qu'un employeur de *justifier* la discrimination. Pour ce faire, il doit s'acquitter de son obligation d'accommodement [nos italiques]¹⁰⁵.

Il est donc manifeste que, pour le juge Sopinka, s'exprimant ici au nom d'une Cour unanime, l'obligation d'accommodement s'inscrit dans la défense d'E.P.J. comme il l'avait dit dans l'arrêt *Alberta Dairy Pool*, et qu'il n'existe pas de distinction de fond entre cette notion et celle de la solution de rechange raisonnable.

On est alors en droit de se demander pourquoi le juge Sopinka change soudainement son fusil d'épaule dans *Stratford* et ose affirmer péremptoirement que les tribunaux inférieurs ont fait une erreur en assimilant l'accommodement individuel à l'exigence concernant l'existence de solutions de rechange raisonnables. Comme on vient de le voir, la jurisprudence de la Cour, antérieure comme postérieure à *Alberta Dairy Pool*, confondait déjà ces deux notions et exigeait, dans l'application de la notion de solution de rechange raisonnable, l'examen d'autres moyens moins draconiens ou moins préjudiciables dont l'employeur dispose, sans jamais fixer de limites quant à la forme que peuvent prendre ces autres moyens.

Ce revirement, aussi nouveau qu'inattendu, est d'autant plus surprenant que la Cour a eu l'occasion d'affirmer dans *O'Malley*¹⁰⁶ et de répéter plus récemment dans *Bergevin*¹⁰⁷ que l'obligation d'accommodement fait partie intégrante du droit à l'égalité. Voici en effet comment s'exprimait le juge Cory pour la Cour dans ce dernier arrêt :

Pour qu'il y ait égalité et équité véritables en milieu de travail, quelles que soient les croyances religieuses des employés, il va de soi que l'employeur doit être tenu de prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec les employés lésés par les règles en matière d'emploi. Cela est essentiel à la réalisation de l'objet des lois en matière de droits de la personne. Toute mesure moindre frustre l'objet de ces lois et en fait des textes creux de peu de valeur dans le milieu de travail.

Ce principe est si important que le juge McIntyre a indiqué, au nom de notre Cour à l'unanimité, dans l'arrêt *O'Malley*, précité, qu'une mesure d'accommodement raisonnable fait partie intégrante du droit à l'égalité. On peut donc considérer que l'obligation d'accommodement est un aspect fondamentalement important des lois en matière de droits de la personne et une partie intégrante du droit à l'égalité en milieu de travail¹⁰⁸.

¹⁰⁵ *Renaud*, *supra* note 33 à la p. 989. À noter que cet extrait a été approuvé de façon expresse par la Cour dans l'arrêt *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525 à la p. 545, 115 D.L.R. (4^e) 609, M. le juge Cory [ci-après *Bergevin* avec renvois aux R.C.S.].

¹⁰⁶ Voir *O'Malley*, *supra* note 12 à la p. 554. M. le juge McIntyre statuait alors que l'obligation d'accommodement individuel était une «conséquence naturelle» de la reconnaissance du droit à l'égalité.

¹⁰⁷ *Bergevin*, *supra* note 105.

¹⁰⁸ *Ibid.* aux pp. 544-45.

S'agissant d'une position de principe aussi fondamentale, on cherche en vain au nom de quelle logique le contenu même de la notion d'égalité devrait être modifiée lorsque la discrimination est pratiquée ouvertement plutôt que subrepticement. En effet, ou bien l'obligation d'accommodement fait partie du droit à l'égalité, ou bien elle n'en fait pas partie. On voit mal comment elle pourrait en faire partie à demi-temps.

Du reste, les motifs invoqués par la Cour pour consacrer l'intégration de l'obligation d'accommodement individuel au droit à l'égalité militent clairement en faveur de l'application universelle de cette obligation, quelle que soit la forme que peut revêtir un acte discriminatoire. Ces motifs se résument à une proposition toute simple : l'obligation d'accommodement est un corollaire obligé du droit à l'égalité parce que sans elle, des individus se trouvent injustement exclus d'activités essentielles comme l'emploi en raison d'une caractéristique personnelle qui n'a pas de rapport avec leur capacité d'effectuer une tâche. Puisque la même situation est susceptible de se produire en contexte de discrimination directe, il n'existe aucune raison de principe pour s'opposer à l'application de l'obligation d'accommodement dans un tel contexte. Au contraire, en refusant de reconnaître l'application de cette obligation, l'objet même du droit à l'égalité est complètement ignoré et «frustré», pour reprendre l'expression du juge Cory.

Le juge Sopinka semble donc renoncer dans *Stratford* à combattre la dualité des moyens de défense établie par une majorité plutôt fragile dans l'arrêt *Alberta Dairy Pool*. Comme on le sait, cette dualité consiste à établir une distinction nette entre les notions d'accommodement raisonnable et de solution de reclassement raisonnable et à appliquer la première en matière de discrimination indirecte seulement. Pourtant, cette distinction conduit au résultat incohérent que les victimes de discrimination directe sont moins bien protégées que les victimes de discrimination indirecte, comme on l'a signalé en doctrine¹⁰⁹ et comme le rappelait d'ailleurs le professeur Kerr dans sa décision¹¹⁰. Un exemple suffira à illustrer notre propos.

Supposons qu'un employeur exclue un candidat au poste de copiste, malgré le fait que ce dernier soit le meilleur et le plus rapide sur le type d'ordinateur utilisé au bureau, au motif qu'il est paraplégique et se déplace en fauteuil roulant. L'employeur sera alors en mesure de démontrer que son exigence est rationnelle parce qu'étant en fauteuil roulant, cette personne ne peut monter seule les quatre marches qui donnent accès

¹⁰⁹ Voir les auteurs cités, *supra* note 52.

¹¹⁰ *Stratford* (Comm.), *supra* note 1 :

But it follows from this that, in the assessment of a *bona fide* occupational qualification or requirement, the question of reasonableness should include consideration of the possibility of accommodation. Otherwise, the victim of direct discrimination would be worse off than the victim of adverse impact discrimination since, while the latter has a right to reasonable accommodation after the requirement is found to be *bona fide*, the victim of direct discrimination would be altogether denied the possibility of accommodation even though it might be entirely reasonable (*ibid.* aux pp. D/142 - D/143).

à son bureau. Il pourra également établir que son exigence n'est pas disproportionnée ni déraisonnable puisque, d'une part, il a interviewé le candidat handicapé, procédant ainsi à son évaluation individuelle, et que d'autre part, la capacité d'un employé de se rendre à son poste de travail est une condition essentielle de sa fonction. L'employeur aura donc prouvé que son exclusion fondée sur le handicap est une E.P.J. au sens de l'arrêt *Stratford*. Pourtant, cette discrimination est manifestement injuste et déraisonnable. Pourquoi une telle exclusion serait-elle justifiée s'il existe une solution pratique et peu coûteuse, c'est-à-dire un accommodement facile à réaliser ? Dans ce cas hypothétique, il est évident que l'on pourrait soit fixer une planche sur les marches, soit demander aux collègues de travail leur collaboration, quitte à organiser différemment l'horaire de travail du candidat handicapé afin qu'il y ait toujours quelqu'un en mesure de l'aider à monter ou à descendre les marches. De plus, une telle position est également totalement absurde. En effet, si l'employeur affirme qu'il a exclu le candidat non pas parce qu'il est handicapé, mais parce qu'il ne peut franchir seul les quelques marches donnant accès au bureau, la Cour suprême s'empresserait alors de conclure qu'il s'agit d'une discrimination indirecte et que l'employeur est en conséquence tenu de trouver un accommodement raisonnable dans les circonstances.

On pourrait illustrer ce genre de situation par de très nombreux exemples en utilisant notamment le sexe, le handicap et la religion comme motifs de discrimination. Il suffit d'imaginer l'impact de l'arrêt *Stratford* en matière de discrimination fondée sur la grossesse. Ainsi, dès qu'une femme se trouve enceinte, elle est forcément incapable d'exécuter ses tâches de manière sûre et efficace pour un certain temps. Puisqu'il est rationnel de congédier une personne qui n'est pas en mesure d'exécuter le travail en raison de sa grossesse et puisqu'il est hors de question, pour la Cour, de forcer un employeur à trouver un accommodement sous forme de changement d'horaire et de garantie de retour au travail, cette discrimination directe, faite après que le cas de madame ait été «évalué individuellement» bien sûr, constituera une E.P.J. Comment, en effet, conclure autrement si l'accommodement raisonnable et la solution de rechange raisonnable sont des notions complètement distinctes et que la seconde est confinée, comme le soutient le juge Sopinka, à l'évaluation des capacités de l'employé à exécuter des tâches de façon sûre et efficace ?

On trouve en jurisprudence quelques décisions où, malgré qu'il ait été question de discrimination directe, les tribunaux ont évalué les possibilités d'accommodement individuel pour déterminer si la défense d'E.P.J. avait été établie¹¹¹. Devant les injustices

¹¹¹ Voir : *Kelly c. Via Rail Canada* (1980), 1 C.H.R.R. D/111 (T.C.D.P.) ; *Waplinton c. Maloney Steel Ltd.* (1983), 4 C.H.R.R. D/1262 (T.D.P. Alta.), conf. par (1983), 4 C.H.R.R. D/1483 ; *Curtis c. Coastal Shipping Ltd.* (1984), 5 C.H.R.R. D/1998 (T.D.P. T.-N.) ; *Cameron c. Nel-Gor Castle Nursing Home* (1984), 5 C.H.R.R. D/2170 (Ont.) ; *Sandiford c. Base Communications Ltd.* (1984), 5 C.H.R.R. D/2237 (T.D.P. Sask.) ; *Barnard c. Fort Frances (Ville de)* (1988), 9 C.H.R.R. D/4845 (T.D.P. Ont.) ; *Boucher c. Canada (Correctional Service)* (1988), 9 C.H.R.R. D/4910, 80 C.L.L.C. 17,006 (T.C.D.P.) [ci-après *Boucher* avec renvois aux C.H.R.R.] ; *Morgoch c. Ottawa (Ville de)* (1990), 11 C.H.R.R. D/80 (T.D.P. Ont.). Voir aussi les décisions récentes du Tribunal canadien et du tribunal québécois des droits de la personne, *supra* note 53.

provoquées par la position de la Cour suprême dans les arrêts *Bhinder* et *Alberta Dairy Pool* et devant le fait que cette position est diamétralement opposée à l'objet même d'une loi sur les droits de la personne, les tribunaux des droits de la personne offrent donc, ici et là, une résistance. L'arrêt *Stratford* forcera vraisemblablement les tribunaux à faire marche arrière, à moins de trouver une façon de distinguer cette décision ou d'en limiter la portée. Ceci paraît difficile, mais peut-être pas impossible comme nous le verrons plus loin.

C. *L'accommodement raisonnable, cet incompris*

En opérant une distinction nette entre les notions de solution de rechange raisonnable et d'accommodement raisonnable et en confinant la seconde aux cas de discrimination indirecte, le juge Sopinka a freiné l'évolution normale de la jurisprudence qu'il avait pourtant contribué à faire progresser, pour nous ramener aux catégories pures et dures de la majorité dans l'arrêt *Alberta Dairy Pool*. Il est difficile d'expliquer les raisons d'un tel revirement. Tentons néanmoins celle-ci : il y a eu méprise sur le sens et la portée réels de la notion même d'accommodement raisonnable dans l'arrêt *Stratford*. En effet, dès le début de son analyse sur le critère objectif de l'E.P.J., le juge Sopinka formule la question en litige comme suit :

La question est de savoir si le volet objectif du critère de l'EPN impose une obligation à l'employeur de tenir compte de la situation individuelle de chaque employé *en remaniant ses fonctions* de façon à éliminer le risque que vise à écarter la politique de la retraite obligatoire [nos italiques]¹¹².

Rappelons que la position prise ici par le juge Sopinka, c'est que le remaniement des fonctions ne peut pas être envisagé en l'espèce parce que l'employé Large fait face à une discrimination directe régie par la défense d'E.P.J. et parce que cette défense, dont l'élément clé est l'absence de solution de rechange raisonnable, s'oppose à un tel «accommodement». En effet, la ville a, tout d'abord, démontré que la capacité aérobie diminue et que le risque de maladie cardiovasculaire augmente avec l'âge de manière à empêcher un policier d'exercer en toute sécurité certains aspects essentiels de sa fonction après l'âge de soixante ans. Elle a ensuite établi qu'il n'existait pas d'autre façon efficace et pratique d'évaluer de manière individuelle chaque policier de plus de soixante ans afin de déterminer si, contrairement à la règle générale, sa condition physique différerait sensiblement de celle des gens de sa catégorie d'âge. La ville a ainsi fait la preuve que sa politique de retraite obligatoire était raisonnablement nécessaire et, partant, justifiée.

Ce raisonnement, qui repose sur la distinction entre les notions de «solution de rechange raisonnable» et d'«accommodement individuel» implique que si, dans les mêmes circonstances de fait, le policier Large avait fait l'objet d'une politique d'emploi indirectement discriminatoire, le remaniement des fonctions aurait pu être considéré. C'est donc dire que l'obligation d'accommodement aurait ouvert la porte au remanie-

¹¹² *Stratford*, supra note 1 à la p. 749.

ment des fonctions demandé, alors que la preuve de l'absence de solution de rechange raisonnable fermait complètement la porte à cette éventualité. Or, rien n'est plus inexact.

Le concept d'accommodement raisonnable n'a jamais signifié qu'un employeur est forcé de garder à leur poste des employés devenus inaptes au travail. Ça n'a jamais comporté pour l'employeur l'obligation de garder dans l'entreprise des employés devenus incapables d'exercer leurs fonctions et de créer des emplois de bureau où ils seront réaffectés¹¹³. Au contraire, l'accommodement individuel, qu'il se présente en situation de discrimination directe ou indirecte, consiste à prendre des mesures raisonnables afin d'éviter que des gens *compétents* et *aptes au travail* ne soient injustement exclus à cause d'une caractéristique personnelle qui n'a rien à voir avec l'exécution sûre et efficace d'un emploi donné¹¹⁴.

L'obligation d'accommodement est donc requise pour contrer la discrimination. Elle existe lorsque, sans elle, une règle professionnelle entraîne l'exclusion injuste et discriminatoire de femmes, de gens âgés ou handicapés aussi ou plus compétents que les autres candidats. Elle s'impose lorsque ces groupes de personnes se trouvent empêchés de décrocher un emploi parce que certaines conditions de travail font inutilement obstacle à leur intégration au marché du travail. C'est en cela que l'obligation d'accommodement fait partie intégrante du droit à l'égalité. Et c'est pour cela que la Cour affirmait avec raison dans l'arrêt de principe *Andrews c. Law Society of British Columbia*¹¹⁵ qui, soit dit en passant, portait sur un cas de discrimination directe, l'obligation de traiter différemment certains individus pour ne pas trahir l'objet du droit à la non-discrimination. Voici, en effet, comment s'exprimait le juge McIntyre dans cet arrêt :

Il faut cependant reconnaître dès le départ que toute différence de traitement entre des individus dans la loi ne produira pas forcément une inégalité et, aussi, qu'un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités. [...] [L]e respect des différences, qui est l'essence d'une véritable égalité, exige souvent que des distinctions soient faites¹¹⁶.

¹¹³ D'autant plus que la tendance actuelle du marché de l'emploi est à la «restructuration» des entreprises, ce qui signifie l'élimination des emplois inutiles ou non productifs et l'«enrichissement» ou l'«élargissement» des descriptions de tâches pour les postes restants afin, notamment, de réduire le personnel au minimum et demeurer concurrentiel. Voir sur cette problématique M. Gunderson, D. Hyatt et D. Law, «Reasonable Accommodation Requirements Under Workers' Compensation in Ontario» (1995) 50 *Relat. ind.* 341 aux pp. 357-58.

¹¹⁴ Voir dans le même sens, appliqué au contexte du handicap, D.M. Lepofsky et J.E. Bickenback, «Equality Rights and the Physically Handicapped» dans A.F. Bayefsky et M. Eberts, dir., *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1985, 323 : «Inequality occurs, and discrimination is imposed when handicapped persons are denied access to benefits, rights, and responsibilities because of their handicap in situations where, in fact, their handicap does not itself impede the undertaking of the rights, responsibilities or benefits» (*ibid.* à la p. 348).

¹¹⁵ [1989] 1 R.C.S. 143, 56 D.L.R. (4^e) 1 [ci-après *Andrews* avec renvois aux R.C.S.].

¹¹⁶ *Ibid.* aux pp. 164, 169. Cette approche a été réitérée dans l'ensemble de la jurisprudence subséquente de la Cour portant sur l'article 15 de la *Charte canadienne*.

Ainsi, l'exigence du port de l'uniforme permet d'exclure de la police les femmes enceintes et ceux qui observent la religion sikh. Le service de police peut alors formuler sa règle de manière à ce qu'elle soit directement ou indirectement discriminatoire à l'égard de ces personnes. Si certaines femmes ou certains Sikhs sont plus qualifiés que d'autres candidats à la fonction policière, leur exclusion directe ou indirecte reliée, en bout de ligne, à la condition du port obligatoire de l'uniforme ne peut qu'être injustifiée et discriminatoire. Comment, en effet, une telle exclusion peut-elle être justifiée lorsqu'il est possible d'aménager la condition de travail du port de l'uniforme de manière à ce que les femmes soient exemptées de le porter à partir d'un certain stade de leur grossesse et que les Sikhs soient exemptés de porter la casquette ?

En revanche, prétendre, comme le policier Large l'a fait, que la ville était obligée de le garder en poste après avoir atteint l'âge de soixante ans et de remanier ses fonctions de manière à ce qu'il soit exempté d'accomplir certaines des tâches essentielles du policier pour tenir compte du fait qu'il n'était plus en mesure de les exécuter de façon sûre et efficace, c'est modifier complètement, voire corrompre le sens de l'accommodement raisonnable¹¹⁷. D'une part, et sur ce point le juge Sopinka a tout à fait raison, cela rend complètement inutile la notion même d'E.P.J. D'autre part, cela place les catégories de personnes protégées contre la discrimination non pas sur un pied d'égalité avec les autres employés, mais sur un piédestal, en leur accordant un traitement de faveur auquel n'ont pas droit les autres employés. Il s'agit d'une autre forme de discrimination, par préférence ou privilège indu¹¹⁸, tout aussi condamnable que celle qui est pratiquée par exclusion. En effet, lorsqu'un employé est incompetent ou inapte à exercer les fonctions essentielles d'un emploi, l'employeur est en droit de ne pas l'embaucher ou de le congédier. Alors, lorsque l'employé est une femme, un Sikh, un handicapé ou une personne âgée, la situation est par conséquent la suivante : si aucun accommodement raisonnable ne peut permettre à cet employé d'accomplir de

¹¹⁷ Aux États-Unis, le *Rehabilitation Act of 1973*, 29 U.S.C. § 790 et s. (1973) impose des obligations d'accommodement extensives à l'égard des handicapés. Pourtant, en vertu de cette loi, «employers are not required to create new jobs or lower performance standards for handicapped persons [...] Truly vital requirements need not be waived for handicapped workers» (A.J. Ruzicho, L.A. Jacobs et L.M. Trasher, *Employment Discrimination Litigation*, Cincinnati, Anderson, 1989 aux pp. 224-25). Lesdites obligations ont été réaffirmées et étendues dans l'*American With Disabilities Act of 1990*, 42 U.S.C. § 12101 et s. (1990). L. Liebman et L. Walker, «The American With Disabilities Act of 1990», (1993) 1 C.L.L.J. 334, affirment : «In addition, the ADA says that reasonable accommodation does not require an employer to make changes that would alter the "essential functions" of particular jobs» (*ibid.* à la p. 337).

¹¹⁸ La plupart des lois sur les droits de la personne le reconnaissent en définissant expressément la discrimination comme étant tant des exclusions et restrictions que des préférences injustifiées (voir par ex. : *Loi canadienne sur les droits de la personne*, supra note 2, art. 15(a) ; *Charte québécoise*, art. 10, 20. D'où l'adoption, dans ces mêmes lois — ainsi que dans la *Charte canadienne* —, de dispositions spéciales pour autoriser le traitement préférentiel fondé sur un motif de discrimination dans le cadre des programmes dits d'accès à l'égalité.

façon sûre et efficace les fonctions essentielles d'un emploi donné, l'employeur peut l'exclure¹¹⁹.

L'accommodement raisonnable ne constitue en aucune façon un traitement de faveur ou un privilège. Répétons cette vérité première : l'accommodement raisonnable est une mesure qui s'impose lorsque, en appliquant aveuglément les exigences professionnelles en vigueur, qu'elles soient formulées de manière ouvertement discriminatoires ou non, l'employeur provoque l'exclusion et la marginalisation de gens compétents, à cause d'une caractéristique non pertinente pour l'exécution sûre et efficace d'un emploi donné. La Commission d'enquête de l'Ontario avait donc tout à fait raison de remettre les pendules à l'heure et de rappeler ce qui suit dans l'affaire *Chamberlin c. 599273 Ontario Ltd.*¹²⁰ :

[T]he [Human Rights] Code does not ignore the fact that certain handicaps can negatively impact on an individual's ability to perform certain types of work. If a person is unable to adequately perform a particular job because of a handicap, the Code does not entitle that person to employment in the job. What the Code does do is ensure that persons with a handicap are not discriminated against with respect to jobs they are capable of performing¹²¹.

En ce qui concerne l'arrêt *Stratford*, l'âge était une caractéristique pertinente à l'exécution de la fonction policière et un facteur d'inaptitude qu'il était impossible de fixer avec précision de manière individuelle, d'où la règle générale de la retraite obliga-

¹¹⁹ C'est l'évidence que rappelle le nouveau *Code ontarien* (1990), *supra* note 5, entré en vigueur le 31 décembre 1991, en ce qui concerne le handicap. Le par. 17(1) précise en effet ceci : «Ne constitue pas une atteinte à un droit d'une personne reconnu dans la présente loi le fait que cette personne est incapable, à cause d'un handicap, de s'acquitter des obligations ou de satisfaire aux exigences essentielles inhérentes à l'exercice de ce droit». Ce paragraphe a sans doute été ajouté pour éviter toute confusion susceptible de se produire en rapport avec le handicap. En fait, il aurait pu tout aussi bien être rédigé en termes généraux, compte tenu de la validité intrinsèque du principe qu'il énonce. Pour sa part, la Cour suprême des États-Unis s'est exprimé ainsi concernant le *Rehabilitation Act of 1973*, *supra* note 117 :

In the employment context, an otherwise qualified person is one who can perform "the essential functions" of the job in question [...] When a handicapped person is not able to perform the essential functions of the job, the court must also consider whether any "reasonable accommodation" by the employer would enable the handicapped person to perform those functions. [...] Accommodation is not reasonable if it either imposes "undue financial and administrative burdens" on a grantee [...] or requires "a fundamental alteration in the nature of [the job]". [...] "Where reasonable accommodation does not overcome the effects of a person's handicap, or where reasonable accommodation causes undue hardship to the employer, failure to hire or promote the handicapped person will not be considered discrimination" (*School Board of Nassau County c. Arline*, 480 U.S. 273 aux pp. 287-88, note 17, 107 S. Ct. 1123 (1987) [ci-après *Arline* avec renvois aux U.S.].

Voir aussi *Southeastern Community College c. Davis*, 442 U.S. 397, 99 S. Ct. 2361 (1979).

¹²⁰ (1990), 11 C.H.R.R. D/110 [ci-après *Chamberlin*].

¹²¹ *Chamberlin*, *ibid.* à la p. D/116. Voir aussi dans le même sens *Worobetz c. Canada Post Corp.* (1995), C.L.L.C. 145,090 (T.C.D.P.).

toire à soixante ans. En conséquence, ni la solution de rechange raisonnable, ni l'accommodement raisonnable ne se posait comme tel. Pour rejeter la position non fondée de M. Large, il était donc parfaitement inutile de limiter la notion de solution de rechange raisonnable au volet unique d'une évaluation individuelle, comme l'a malencontreusement fait le juge Sopinka. Il suffisait de dire, à l'instar des juges dissidents, qu'il n'existait dans les circonstances aucune autre solution raisonnable que celle de l'application à tous de la politique de retraite obligatoire prévue dans la convention collective.

Cela ne veut pas dire, il importe de le souligner en terminant, qu'une demande de remaniement de fonctions sera toujours et invariablement incompatible avec les concepts d'accommodement individuel ou de solution de rechange raisonnable. Si une telle demande est causée par une situation temporaire comme la grossesse¹²² ou un handicap¹²³ de courte durée ou encore si elle porte sur des fonctions accessoires ou secondaires d'un emploi, le congédiement fondé directement ou indirectement sur ces motifs discriminatoires apparaît à sa face même, pour reprendre les termes du juge Beetz, «d'une sévérité disproportionnée»¹²⁴ par rapport aux objectifs de rendement de l'employeur. En d'autres termes, le congédiement d'un employé compétent et généralement apte au travail ne saurait être qualifié de «raisonnablement nécessaire» si le remaniement de fonctions ou la réaffectation est effectivement une solution de rechange raisonnable dans les circonstances.

Si, au contraire, la réaffectation ou le remaniement de fonctions est demandé parce que l'employé est incapable d'exécuter les fonctions essentielles de son poste ou présente un risque pour sa propre sécurité ou pour celle d'autrui, l'employeur est alors en droit de refuser une telle mesure par application de ses exigences professionnelles justifiées, même si cette incapacité est causée par l'âge, le sexe, le handicap ou un autre motif de discrimination visé par la loi. En outre, comme l'E.P.J. est une exigence qui «[se rapporte] objectivement à l'exercice de l'emploi en question» [nos italiques]¹²⁵, l'employeur n'a de surcroît aucune obligation légale de garder un travailleur inapte et de lui trouver un autre poste pour lequel son âge ou une autre caractéristique personnelle visée par la loi n'est pas pertinent pour l'exécution efficace du travail¹²⁶. À moins,

¹²² Sur la problématique de l'accommodement dans le contexte de la discrimination fondée sur la grossesse, voir : S. Price, «Accommodating Women in Employment: The Limitations of a Traditional Approach» (1992) 1 C.L.L.J. 140 ; K. Swinton, «Accommodating Women in the Workplace: Reproductive Hazards and Seniority Systems» (1992) 1 C.L.L.J. 125. En jurisprudence québécoise, voir : *Lingerie Roxana*, *supra* note 53 ; *Commission scolaire de Jean-Rivard*, *supra* note 53.

¹²³ Sur la problématique de l'accommodement et du handicap, voir : Lepofsky, *supra* note 52 ; Molloy, *supra* note 52. Voir aussi : D.G. Taras, «The Duty to Accommodate Disabled Employees» (1992) 47 *Relat. ind.* 709 ; M. Ginsburg et C. Bickley, «Accommodating the Disabled: Emerging Issues Under Human Rights Legislation» (1992) 1 C.L.L.J. 72.

¹²⁴ *Ville de Brossard*, *supra* note 66 aux pp. 312, 315.

¹²⁵ *Etobicoke*, *supra* note 2 à la p. 208.

¹²⁶ Voir en ce sens : *Henley c. Slade and Stewart Ltd.* (1988), 9 C.H.R.R. D/4962 (B.C.H.R. Council) ; *Villeneuve c. Bell Canada* (1986), 7 C.H.R.R. D/3519 (T.C.D.P.A.), conf. par (1987) 9 C.H.R.R. D/5093 (C.A.F.) ; *Better Beef c. U.F.C.W. Region 18* (1994), 42 L.A.C. (4^e) 244 (Ont.).

bien sûr, qu'il ait adopté une politique de réaffectation à cet égard et qu'il l'applique de façon discriminatoire¹²⁷.

Conclusion

Comme nous l'avons vu, la majorité dans l'arrêt *Stratford* n'a pas jugé utile, dans le contexte d'une disposition discriminatoire d'une convention collective demandée par la partie syndicale, d'alourdir le critère subjectif de la bonne foi par l'ajout d'une preuve de «conviction sincère» de l'opportunité d'une exigence professionnelle à première vue discriminatoire. L'employeur n'a donc pas à faire cette preuve, non plus que le syndicat qui a exigé la disposition contestée. Même si cette conclusion a pour effet de banaliser le critère subjectif de l'E.P.J., elle n'aura, contrairement aux apparences, aucun impact important sur ce moyen de défense. La Cour consacre en fait une réalité acceptée en jurisprudence depuis longtemps : le véritable test à passer pour l'employeur en matière d'E.P.J., voire pour le syndicat lorsque la convention est en cause, c'est celui de la nécessité objective de ses politiques, règles ou exigences d'emploi.

Or, c'est précisément en ce qui concerne l'interprétation du critère objectif de l'E.P.J. par la majorité que le bât blesse dans l'arrêt *Stratford*. En effet, le juge Sopinka semble renoncer à la position forte, persuasive et conforme au principe de l'interprétation large du droit fondamental à l'égalité qu'il avait développée dans l'affaire *Alberta Dairy Pool* et qu'il avait maintenue par la suite. Selon cette position pré-*Stratford*, le juge Sopinka, on le sait, soutenait que la défense d'E.P.J. prévue par la loi s'applique tant à la discrimination directe qu'indirecte en l'absence d'un texte explicite en sens contraire. Il affirmait également que l'exception d'E.P.J. oblige l'employeur à faire la preuve que son exigence professionnelle a un lien direct et important avec les fonctions de l'emploi, d'une part et, d'autre part, est raisonnablement nécessaire dans les circonstances, c'est-à-dire qu'il n'existe aucune autre solution raisonnable qu'une règle qui ne tient pas compte de la situation particulière des employés qu'elle exclut.

¹²⁷ Comme le disait le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Berg*, *supra* note 42 aux pp. 391-92, une politique, même officielle, ne peut servir d'excuse légitime si, dans les faits, cette politique n'est pas appliquée ou est appliquée de manière discriminatoire. Voir dans le même sens : *Boucher*, *supra* note 111 ; *Canada (P.G.) c. Robinson* (1994), 21 C.H.R.R. D/113, [1994] 3 C.F. 228 (C.A.) [ci-après *Robinson*], infirmant pour d'autres motifs (*sub nom. Robinson c. Canada (Forces armées)*) (1991), 15 C.H.R.R. D/95 (T.C.D.P.). La Cour suprême des États-Unis a tranché dans le même sens dans *Arline*, *supra* note 119 :

Employers have an affirmative obligation to make a reasonable accommodation for a handicapped employee. Although they are not required to find another job for an employee who is not qualified for the job he or she was doing, they cannot deny an employee alternative employment opportunities reasonably available under the employer's existing policies (*Arline*, *ibid.* à la p. 289, note 19).

Loin de dire que la solution de rechange raisonnable et l'accommodement raisonnable étaient des concepts distincts et réservés à une forme particulière de discrimination, le juge Sopinka défendait lui-même, avant l'arrêt *Stratford*, le regroupement des moyens de défense sous le chapeau de l'E.P.J.¹²⁸, et il avait entièrement raison. La position contraire, on l'a vu, conduit à des absurdités, à des injustices flagrantes et à des confusions inutiles.

Cette affaire *Stratford* peut-elle être contournée ou isolée par interprétation ? Il existe peut-être des possibilités à cet égard. Les tribunaux pourraient, par exemple, donner au critère dit de «rationalité» une portée telle que l'employeur soit forcé d'examiner les possibilités d'aménagement de ses conditions et lieux de travail avant de satisfaire au critère objectif de l'E.P.J. Ainsi, pour reprendre l'exemple de notre copiste handicapé se déplaçant en fauteuil roulant, un tribunal pourrait juger non rationnelle l'exigence de franchir par lui-même les quelques marches d'escalier qui donnent accès à son bureau, s'il est possible d'y installer une planche ou d'obtenir la collaboration des autres employés, quitte à réorganiser quelque peu l'horaire de travail du copiste. Il est certain, toutefois, qu'une interprétation aussi expansive du critère de rationalité viendrait modifier la jurisprudence en cours puisque ce critère, comme le signalait le juge Beetz dans l'arrêt *Ville de Brossard*, sert surtout à vérifier si le but visé par l'adoption d'une règle ou d'une condition d'emploi convient à un poste donné¹²⁹. De plus, une telle interprétation de la rationalité de la règle viendrait directement à l'encontre du principe adopté dans *Alberta Dairy Pool* et réitéré dans *Stratford*, à savoir que l'employeur n'a aucune obligation d'accommodement en contexte de discrimination directe.

Une autre avenue peut aussi être considérée. Il est possible d'interpréter restrictivement l'arrêt *Stratford*. La question en litige a été formulée de manière très étroite dans cet arrêt. Citons-la de nouveau pour plus de commodité :

La question est de savoir si le volet objectif de l'EPN impose une obligation à l'employeur de tenir compte de la situation individuelle de chaque employé *en remaniant ses fonctions* de façon à éliminer le risque que vise à écarter la politique de la retraite obligatoire [nos italiques]¹³⁰.

¹²⁸ Un détail intéressant à noter : Mme le juge McLachlin est la seule à avoir maintenu ce cap à la Cour suprême depuis 1990. Elle s'est rangée du côté de M. le juge Sopinka dans *Alberta Dairy Pool*, *supra* note 50, elle a rappelé dans *Zurich Insurance*, *supra* note 6, que les notions d'accommodement et de solution de rechange raisonnable étaient équivalentes, puis elle s'est ralliée à la dissidence de Mme le juge L'Heureux-Dubé qui défend cette même idée dans *Stratford*, *supra* note 1. Tous les autres juges, y compris M. le juge Sopinka et Mme le juge L'Heureux-Dubé, ont changé d'idée sur cette question dans ce dernier arrêt.

¹²⁹ Voir *Ville de Brossard*, *supra* note 66 à la p. 311. La jurisprudence du Tribunal des droits de la personne du Québec sur le critère de la rationalité semble néanmoins aller beaucoup plus loin que cela (voir par ex. *Dufour*, *supra* note 46).

¹³⁰ *Stratford*, *supra* note 1 aux pp. 748-49.

Il s'agit donc de limiter la portée de l'arrêt *Stratford* aux seuls cas de demandes de remaniement de fonctions présentées par des employés devenus inaptes à exercer en toute sécurité certaines tâches essentielles de leur emploi, puisque telle est la seule question que la Cour avait à trancher. Comme on l'a vu, le juge Sopinka a affirmé avec raison qu'une telle solution rend les exigences de la fonction policière inutiles et que cela constitue un élargissement inadmissible de la jurisprudence de la Cour et une défense incompatible avec l'exception d'E.P.J. Ces motifs peuvent être considérés comme le noyau dur, la *ratio decidendi* de la décision de la majorité. En revanche, on peut reléguer au rang d'*obiter dicta* les distinctions conceptuelles entre les notions d'accommodement et de solution de rechange raisonnable et la tentative de limiter la seconde à un processus d'évaluation individuelle limitée aux seuls cas de discrimination directe. En effet, ces développements ne sont pas strictement nécessaires aux conclusions du juge Sopinka¹³¹.

Comme la Cour suprême semble décidément incapable de manier correctement la notion d'accommodement et qu'elle réitère de façon non voilée dans l'arrêt *Stratford* sa volonté d'en limiter l'application aux seuls cas de discrimination indirecte, l'intervention législative semble toutefois s'imposer sans autre délai. En effet, seule une disposition qui, d'une part, stipule expressément l'existence d'une obligation d'accommodement et, d'autre part, étende clairement l'application de cette obligation à toutes les formes de discrimination, est susceptible de mettre fin à cet interminable débat. À cet égard, les codes on-

¹³¹ En ce qui concerne la *Charte québécoise*, et la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, *supra* note 2, il est possible en outre de prétendre que l'arrêt *Stratford*, *supra* note 1 n'a aucun impact puisque dans les deux cas, le droit à la non-discrimination vise expressément les formes directe et indirecte de discrimination d'une part et, d'autre part, le législateur n'a prévu qu'un seul moyen de défense, l'E.P.J. (voir en ce sens : A. Morel, «L'originalité de la Charte québécoise en péril» dans *Développements récents en droit administratif*, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1993, 65 aux pp. 86-89 ; F. Morin, «La convention collective et l'obligation d'accommodement selon l'arrêt Okanagan» (1993) 48 *Relat. ind.* 732 à la p. 734 ; *La discrimination dans l'emploi*, *supra* note 27 à la p. 130). Voir aussi la jurisprudence québécoise, *supra* note 53. Cet argument n'a toutefois pas été retenu en ce qui concerne la *Loi canadienne sur les droits de la personne* par la Cour d'appel fédérale (voir : *Cremona c. Wardair Canada* (1993), 146 N.R. 69 ; *Canada (C.D.P.) c. Canada (Forces armées)* (1994), 21 C.H.R.R. D/279, 174 D.L.R. (4^e) 721 ; *Robinson*, *supra* note 128). Voir toutefois en sens contraire *Levac*, *supra* note 53.

tarien¹³² et manitobain¹³³ des droits de la personne sont des modèles dont les autres législateurs auraient avantage à s'inspirer¹³⁴.

¹³² Voir le *Code ontarien* (1990), *supra* note 5. En vertu des articles 11 (discrimination indirecte) et 24 (discrimination directe), l'employeur doit démontrer dans tous les cas que, d'une part, l'exigence professionnelle est établie «de façon raisonnable et de bonne foi» et que, d'autre part, il n'était pas possible de trouver un accommodement raisonnable.

¹³³ Voir C.P.L.M. c. H175. L'art. 9(1)(d) y définit la discrimination, entre autres, comme suit : «[U]n manquement qui consiste à ne pas répondre de façon raisonnable aux besoins spéciaux de particuliers ou de groupes, fondée sur les caractéristiques mentionnées au paragraphe (2)» et en anglais «failure to make reasonable accommodation for the special needs of any individual or group, if those special needs are based upon any characteristic referred to in subsection (2)».

¹³⁴ Mort au feuillet en raison du déclenchement des élections fédérales, le projet de loi C-108 (P.L. C-108, *Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne et d'autres lois en conséquence*, 3^e sess., 34^e Parl., 1992 (1^{re} lecture 10 décembre 1992)) avait pour but d'imposer une obligation d'accommodement dans tous les cas de discrimination. Le projet proposait l'ajout des dispositions suivantes à l'article 15 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* :

15.(2) L'exigence professionnelle justifiée [...] est établie s'il est démontré que les mesures destinées à répondre aux besoins des individus et des groupes visés constituent une contrainte excessive pour la personne qui doit les prendre, notamment en matière de coûts, d'efficacité d'exploitation ou d'efficacité opérationnelle, de santé et de sécurité.

[...]

(5) Le présent article s'applique à tout acte même s'il a pour résultat la discrimination directe ou la discrimination par suite d'un effet préjudiciable.

C'est un autre modèle valable pour écarter définitivement la jurisprudence décevante de la Cour suprême du Canada.