

LA DÉFENSE DE CONTRAINTE EXCESSIVE EST-ELLE POSSIBLE POUR LES EMPLOYEURS DU SECTEUR PUBLIC?

Anne-Marie Laflamme*

La défense de contrainte excessive, seule limite à l'obligation d'accommodement raisonnable, est particulièrement difficile à établir pour les employeurs du secteur public. D'une part, il s'agit généralement d'employeurs de grande taille qui disposent d'une marge de manœuvre budgétaire importante. D'autre part, en tant que représentants de l'État, ils sont responsables, au premier chef, de la mise en œuvre du droit à l'égalité. À la lumière de la jurisprudence récente, l'auteure examine les obligations de cette catégorie d'employeurs et soutient qu'il ne faut pas leur nier le droit d'établir des exigences professionnelles raisonnables à l'égard des employés qui composent leur main-d'œuvre.

The undue hardship defence, the only limitation on the duty of reasonable accommodation, is particularly difficult to establish for public-sector employers. Firstly, these are generally very large employers who have a lot of budgetary latitude. Secondly, as representatives of the State, they have a primary duty to exemplify the right to equality. The author examines the obligations of such employers in light of recent case law, and argues that they should not be denied the right to determine reasonable professional requirements for their employees.

1. INTRODUCTION

L'employeur a une obligation d'accommodement raisonnable à l'égard de ses employés victimes de discrimination en raison de l'un des motifs prévus dans les lois sur les droits de la personne. Introduite par la Cour suprême, la notion de « contrainte excessive » constitue la limite à cette obligation d'accommodement. Elle traduit l'idée selon laquelle un accommodement doit s'inscrire dans les limites de la raison, à défaut de quoi il ne peut être exigé¹. Le secteur des relations de travail est celui où

* Avocate et professeure, Faculté de droit, Université Laval; chercheure au Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT) et membre de la Chaire en gestion de la santé et de la sécurité du travail dans les organisations. L'auteure remercie Mme Imane Benhacine, étudiante à l'École du Barreau du Québec, pour son aide à la recherche documentaire. Ce texte a fait l'objet d'une communication au Congrès annuel de l'Institut canadien d'administration de la justice qui a eu lieu à Québec les 25 et 26 septembre 2008.

¹ Pierre Bosset, « Limites de l'accommodement raisonnable : le droit a-t-il tout dit? » (2007) 9:1 Éthique publique 165 à la p. 165. En fait, les expressions

les critères permettant de circonscrire la notion de contrainte excessive sont les mieux circonscrits et les mieux balisés². Au fil du temps, la Cour suprême a en effet établi un certain nombre de facteurs permettant de déterminer l'existence d'une contrainte excessive. Parmi ces facteurs, la taille et la nature de l'entreprise ou de l'institution auront un impact significatif. Ainsi, la contrainte excessive ne sera pas la même selon que l'on est en présence d'une petite entreprise ou d'un employeur qui compte plusieurs centaines, voire plusieurs milliers d'employés. De même, le fait qu'il s'agisse d'un employeur du secteur privé ou d'un employeur du secteur public est susceptible d'entraîner des conséquences sur l'interprétation de ce concept.

Il importe de rappeler d'abord les fondements de l'obligation d'accommodement de l'employeur et de sa limite la contrainte excessive (1). Nous nous pencherons ensuite sur les facteurs propres aux employeurs du secteur public, susceptibles de rendre plus difficile la défense de contrainte excessive (2). Essentiellement, ces facteurs sont de deux ordres : en premier lieu, il s'agit de la taille souvent importante de cette catégorie d'employeurs, de même que de la marge de manœuvre budgétaire dont ils disposent (2.1). En second lieu, on peut se demander si ces employeurs doivent être soumis à des standards différents en raison du fait qu'ils représentent l'État ou encore qu'ils sont financés par des fonds publics (2.2).

2. L'OBLIGATION D'ACCOMMODEMENT ET SA LIMITE, LA CONTRAINTE EXCESSIVE

2.1. LES FONDEMENTS DE L'OBLIGATION D'ACCOMMODEMENT

La *Charte canadienne des droits et libertés*³, véritable charte constitutionnelle, s'applique aux actes du Parlement et du gouvernement fédéral pour tous les domaines relevant de sa compétence, ainsi qu'à la législature et au gouvernement de chacune des provinces et territoires, également dans leur champ de compétence⁴. En matière d'emploi, cette charte s'applique aux employés de la fonction publique ainsi qu'à un certain nombre d'autres salariés plus ou moins associés à l'activité

« raisonnables » et « sans imposer de contrainte excessive » expriment le même concept : Christian Brunelle, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2001 à la p. 244 [Brunelle, *Discrimination*].

² Bosset, *ibid.* à la p. 166.

³ *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 [*Charte canadienne*].

⁴ *Ibid.*, art. 32.

gouvernementale selon les critères établis par la jurisprudence⁵. L'article 15(1) de la *Charte canadienne*, qui traite du droit à l'égalité, interdit toute discrimination fondée sur un ensemble de motifs énumérés de manière non limitative, incluant la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge et les déficiences mentales ou physiques et ce, dans le domaine de l'emploi comme dans tout autre domaine⁶. La *Charte canadienne* ne prévoit pas expressément d'obligation d'accommodement à l'égard d'individus ou de groupes défavorisés. La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*⁷, a cependant considéré que le droit à l'égalité de la *Charte canadienne* garantissait implicitement le droit à l'accommodement, lequel serait limité par l'examen de la défense de contrainte excessive dans le cadre de l'article premier de la Charte.

La *Loi canadienne sur les droits de la personne*⁸ trouve application dans le champ de compétence du Parlement fédéral. En matière d'emploi, elle gouverne les relations de travail de la fonction publique fédérale ainsi que celles des entreprises qui relèvent de la compétence fédérale en droit du travail. La *Loi canadienne* interdit, par l'intermédiaire des articles 3 et 7, la discrimination fondée sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée et la déficience, dans le cadre de la relation d'emploi. Elle prévoit par ailleurs, à l'article 15, une défense d'« exigence professionnelle justifiée » (EPJ)⁹, de même

⁵ Sur le degré d'intervention gouvernementale requis pour que la *Charte canadienne* soit applicable, voir : *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Lavigne c. O.P.S.E.U.*, [1991] 2 R.C.S. 211; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624 [*Eldridge*] et *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631. Soulignons que dans *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, [1997] 3 R.C.S. 844, trois juges ont affirmé que la *Charte canadienne* s'applique aux municipalités, lesquelles constituent des entités gouvernementales.

⁶ Notons toutefois que le droit à l'égalité énoncé au paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne* n'est pas absolu. La partie qui cherche à restreindre ce droit a la possibilité de justifier cette restriction en démontrant, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne*, que cette restriction est raisonnable et justifiable dans une société libre et démocratique.

⁷ *Eldridge*, *supra* note 5 à la p. 679.

⁸ *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6 [*Loi canadienne*].

⁹ Cette défense qui, en anglais, est formulée « *bona fide occupational qualification* » ou « *bona fide occupational requirement* », a été désignée en français tantôt par « exigence professionnelle réelle », puis par « exigence professionnelle normale » et finalement par « exigence professionnelle justifiée », ce dernier changement ayant été provoqué par la modification de la version française de la *Loi canadienne* lors de la révision des lois fédérales entrée en vigueur en 1988. Ces expressions ont été considérées comme devant toutes recevoir la même interprétation

qu'une obligation d'accommodement applicable dans le cadre de ce moyen de défense¹⁰ :

15(1) Ne constituent pas des actes discriminatoires :

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

[...]

15(2) Les faits prévus à l'alinéa 1a) sont des exigences professionnelles justifiées ou un motif justifiable, au sens de l'alinéa 1g), s'il est démontré que les mesures destinées à répondre aux besoins d'une personne ou d'une catégorie de personnes visées constituent, pour la personne qui doit les prendre, une contrainte excessive en matière de coûts, de santé et de sécurité.

Au Québec, la *Charte des droits et libertés de la personne*¹¹ s'applique indistinctement aux relations du citoyen avec l'État québécois, de même qu'à ses relations de nature privée. Elle s'applique notamment aux contrats et aux relations de travail qui relèvent de la compétence provinciale. L'article 10 de la *Charte québécoise* consacre le droit à l'égalité et interdit la discrimination fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge (sauf dans la mesure prévue par la loi), la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap. L'article 16 précise que l'interdiction de la discrimination s'applique au domaine de l'emploi. La *Charte québécoise* ne prévoit pas explicitement une obligation d'accommodement. L'employeur bénéficie cependant d'une défense d'EPJ en vertu de l'article 20 :

20. Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi, ou justifiée par le caractère charitable, philanthropique,

dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489 à la p. 502 [*Central Alberta Dairy Pool*]. Pour les fins du présent texte, nous utiliserons indistinctement le terme « exigence professionnelle justifiée » (« EPJ »).

¹⁰ Cette obligation d'accommodement a été introduite à la *Loi canadienne*, *supra* note 8, en 1998; voir L.C. 1998, c. 9, art. 10. Notons que les facteurs mentionnés au paragraphe 15(2) ne sont pas limitatifs. Il existe toutefois un certain courant jurisprudentiel selon lequel les facteurs non énumérés seraient moins importants. Voir le résumé de la jurisprudence dans : Chris Rootham, Sean McGee et Bill Cole, « More Reconcilable Differences : Developing a Consistent Approach to Seniority and Human Rights Interests in Accommodation Cases » (2004) 11 C.L.E.L.J. 69 à la p. 77.

¹¹ *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12 [*Charte québécoise*].

religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif ou qui est vouée exclusivement au bien être d'un groupe ethnique est réputée non discriminatoire.

Toutes les provinces canadiennes, y compris le Yukon et les Territoires du Nord-Ouest, ont une législation similaire qu'elles appellent soit un code, une charte ou une loi, comportant une protection contre la discrimination en emploi fondée sur un certain nombre de motifs énumérés. En ce qui concerne les différentes terminologies utilisées en matière de discrimination fondée soit sur le handicap, l'incapacité, les déficiences ou l'invalidité, la Cour suprême a précisé qu'il fallait leur accorder une même signification, large et libérale¹². Certaines de ces lois provinciales contiennent une disposition prévoyant expressément une obligation d'accommodement¹³ et toutes comportent une défense d'EPJ. La jurisprudence a reconnu que l'obligation d'accommodement est une composante du droit à l'égalité et qu'elle s'applique à tous les cas de discrimination, devant impérativement être prise en considération par l'employeur dans le cadre de la défense d'EPJ. Cette reconnaissance est le fruit d'une longue évolution de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada concernant le droit à l'égalité et plus particulièrement l'interprétation des concepts de discrimination et d'EPJ¹⁴.

En 1999, la Cour suprême a adopté une méthode en trois étapes pour déterminer si une norme discriminatoire à première vue est une EPJ et ce, indépendamment du type de discrimination en cause (directe ou indirecte). L'employeur peut justifier la norme contestée en établissant, selon la prépondérance des probabilités :

- i) qu'il a adopté la norme dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail en cause;
- ii) qu'il a adopté la norme particulière en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail;
- iii) que la norme est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail. Pour prouver que la norme est raisonnablement nécessaire, il faut démontrer

¹² *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville de)*, [2000] 1 R.C.S. 665 [Ville de Montréal].

¹³ Voir par ex. *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, c. H-19, art. 17(2), 24(2), *Code des droits de la personne*, L.M. 1987-1988, c. 45, C.P.L.M. c. H175, art. 12 et, de façon plus limitée, *Loi sur les droits de la personne*, L.R.Y. 1987, c. 3, art. 7.

¹⁴ Cette évolution jurisprudentielle ne sera pas analysée ici. Pour les fins du présent texte, retenons que la Cour suprême a d'abord distingué les notions de discrimination directe et indirecte en imposant des moyens de défense différents à l'employeur selon le type de discrimination en cause. En 1999, l'arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 [Meiorin], a mis fin à cette dichotomie en privilégiant une méthode unifiée applicable à toutes les formes de discrimination, directe ou indirecte.

qu'il est impossible de composer avec les employés qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que l'employeur subisse une contrainte excessive¹⁵.

L'objectif de la méthode unifiée vise à faire en sorte que la norme elle-même tienne compte de tous les employés dans la mesure où cela peut être fait sans que l'employeur ne subisse une contrainte excessive. En effet, selon la Cour suprême, il est souhaitable que les normes tiennent compte, de façon intrinsèque, de la diversité. Cette façon de faire permet de considérer le droit à l'égalité comme étant l'acceptation de la différence plutôt que l'octroi de concessions à l'endroit de ceux qui sont différents¹⁶. La Cour suprême précise, quant à l'évaluation de la capacité d'une personne d'exécuter un travail :

Outre les évaluations individuelles visant à déterminer si la personne a les aptitudes ou les compétences requises pour exécuter le travail, il y a lieu de prendre en considération, lorsque cela est indiqué, la possibilité d'exécuter le travail de différentes manières tout en réalisant l'objet légitime lié à l'emploi que vise l'employeur¹⁷.

En l'espèce, la Cour suprême jugea que la norme aérobique imposée par l'employeur, le gouvernement de la Colombie-Britannique, à l'ensemble de ses pompiers forestiers était discriminatoire envers les femmes. Elle précisa que l'employeur n'avait pas démontré que cette norme était raisonnablement nécessaire à la réalisation de son objectif, soit celui de déceler les pompiers forestiers qui étaient en mesure de travailler de manière sûre et efficace.

Conformément à cet arrêt, l'employeur doit dorénavant satisfaire à son obligation d'accommodement à l'égard de ses employés victimes de discrimination et ce, même dans le cadre de la défense d'EPJ. Cette défense ne sera pas établie à moins que l'employeur ne démontre qu'il a fait des efforts pour prendre des mesures raisonnables d'accommodement¹⁸. Mais quelles sont les limites de cette obligation

¹⁵ *Ibid.* aux pp. 32-33.

¹⁶ *Ibid.* à la p. 26.

¹⁷ *Ibid.* à la p. 36.

¹⁸ Sur les conséquences de l'arrêt *Meiorin*, en particulier quant à la défense d'EPJ, voir notamment : Jean-Pierre Villaggi et Jean-Yves Brière, « L'obligation d'accommodement de l'employeur : un nouveau paradigme » dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit du travail* (2000), Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2000, 219; Maurice Drapeau, « L'évolution de l'obligation d'accommodement à la lumière de l'arrêt *Meiorin* » (2001) 61 R. du B. 299; Colleen Sheppard « Of Forest Fires and Systemic Discrimination : A Review of *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. B.C.G.S.E.U.* » (2001) 46

d'accommodement? Selon la Cour suprême, cette obligation prend fin lorsque l'employeur démontre qu'il y a une contrainte excessive.

2.2. LES LIMITES DE L'OBLIGATION D'ACCOMMODEMENT : LA CONTRAINTE EXCESSIVE

L'employeur a l'obligation d'accommoder l'employé lésé, dans la mesure où cela ne lui cause pas de contrainte excessive. En conséquence, il lui appartient de faire la preuve de cette seule limite qu'il peut invoquer à son obligation. Mais en quoi consiste exactement une contrainte excessive pour l'employeur? Dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, la Cour suprême renvoie à sa jurisprudence antérieure où elle a développé les concepts d'accommodement raisonnable et de contrainte excessive en contexte de discrimination.

Ainsi, on trouve d'abord un indice des critères constituant la contrainte excessive dans l'arrêt *O'Malley*, où le juge McIntyre identifie comme éléments pertinents l'entrave induite à l'exploitation de l'entreprise et les coûts excessifs¹⁹. Dans cette affaire, où la Cour suprême consacrait pour la première fois l'obligation d'accommodement, il fut décidé que l'employeur n'avait pas démontré que la demande d'une vendeuse à temps complet pour être dispensée de travailler le vendredi soir et le samedi en raison de motifs religieux lui imposait une contrainte excessive.

Par la suite, dans l'affaire *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*²⁰, la juge Wilson énuméra de façon non exhaustive certains facteurs permettant d'apprécier la notion de contrainte excessive. Elle mentionna le coût financier, l'atteinte à la convention collective, le moral du personnel, l'interchangeabilité des effectifs et des installations, la taille de l'entreprise et les risques à la santé et à la sécurité²¹. La Cour suprême se pencha de nouveau sur la notion de contrainte excessive dans l'arrêt *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*²², une autre affaire impliquant une modification de l'horaire de travail pour des motifs religieux. Le juge Sopinka, reprenant les critères énoncés par la juge Wilson, précisa qu'il fallait plus qu'une atteinte ou un inconfort minime pour rencontrer la notion de

R.D. McGill 533.

¹⁹ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536 à la p. 555.

²⁰ *Central Alberta Dairy Pool*, *supra* note 9.

²¹ *Ibid.* aux pp. 520-521.

²² *Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970 [Renaud].

contrainte excessive. Écartant le critère de « l'atteinte minimale » (*de minimis*) établi dans la jurisprudence américaine, il rejeta l'argument de l'employeur selon lequel l'accommodement ne pouvait être consenti parce qu'il portait atteinte aux droits d'autres employés :

L'employeur doit démontrer que l'adoption de mesures d'accommodement entraînera une atteinte réelle, non pas anodine mais importante, aux droits d'autres employés. L'atteinte ou l'inconvénient minimal sera le prix à payer pour la liberté de religion dans une société multiculturelle²³.

Ainsi, dans cette affaire *Renaud*, la Cour suprême précisa que les dispositions d'une convention collective ne dispensaient pas l'employeur de son obligation d'accommodement raisonnable. Elle ajouta que le syndicat avait également des obligations en cette matière, non seulement celle de s'assurer que la convention collective n'était pas discriminatoire en soi mais également celle de participer avec l'employeur à la recherche d'un accommodement raisonnable²⁴.

En somme, la contrainte excessive doit causer bien davantage que de simples difficultés, inconvénients ou désagréments. Dans l'arrêt *Meiorin*, la Cour suprême rejette la défense d'EPJ au motif que l'employeur n'a effectué aucune preuve concernant les coûts de l'accommodement, ni démontré l'existence de risques graves pour la sécurité de la salariée, de ses collègues ou du public en général. La Cour repousse également l'argument de l'employeur selon lequel le fait de composer avec la salariée minerait le moral des autres employés, en l'absence de toute preuve d'atteinte réelle aux droits de ces derniers²⁵.

Dans l'arrêt *Conseil des Canadiens avec déficiences c. Via Rail Canada inc.*²⁶, la Cour suprême, cette fois appelée à se prononcer sur l'obligation d'accommodement de l'entreprise à l'égard de sa clientèle qui se déplace en fauteuil roulant, s'est exprimée de nouveau sur la notion de contrainte excessive. Bien que cette affaire n'ait pas été rendue en contexte de relations de travail, les propos de la Cour ne laissent planer aucun doute sur le fardeau de preuve important auquel il faut satisfaire afin de bénéficier de ce moyen de défense :

²³ *Ibid.* aux pp. 984-985. La liste des facteurs énumérés par la juge Wilson dans *Central Alberta Dairy Pool*, *supra* note 9, a également été reprise par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525 aux pp. 545-546 [*Bergevin*].

²⁴ *Renaud*, *supra* note 22 à la p. 993.

²⁵ *Meiorin*, *supra* note 14 aux pp. 42-43.

²⁶ *Conseil des Canadiens avec déficiences c. Via Rail Canada inc.*, [2007] CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650 [*Via Rail*].

[...] Il y a contrainte excessive lorsque les moyens raisonnables d'accommoder ont été épuisés et qu'il ne reste que des options d'accommodement déraisonnables ou irréalistes²⁷.

Le professeur Christian Brunelle, dans son traité sur l'obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué²⁸, résume comme suit les principaux critères dégagés par la législation, la jurisprudence et la doctrine, permettant d'évaluer la présence d'une contrainte excessive :

1) Les limites aux ressources financières et matérielles

- le coût réel de l'accommodement demandé
- les sources extérieures de financement (prêts, subventions, crédits d'impôts et déductions fiscales, régime gouvernemental d'aide ou d'indemnisation, contribution personnelle de la victime de discrimination)
- la nature de l'entreprise ou de l'institution (taille, composition de la main d'œuvre, structure organisationnelle, structure de production, nature privée ou publique...)
- le budget d'opération total de l'entreprise (maison-mère et filiales réunies) ou de l'institution
- la santé financière de l'entreprise ou de l'institution
- la conjoncture économique

2) L'atteinte aux droits

- les risques pour la santé ou la sécurité du salarié, de ses collègues ou du public en général;
- la convention collective;
- l'effet préjudiciable de l'accommodement sur les autres employés;
- les conflits de droits...

3) Le bon fonctionnement de l'entreprise ou de l'institution

- l'interchangeabilité relative des employés
- l'adaptabilité des lieux, installations et équipements de travail
- l'effet sur la productivité de l'entreprise
- le nombre d'employés affectés par la mesure d'accommodement envisagée

²⁷ *Ibid.* au para. 130.

²⁸ Brunelle, *Discrimination*, *supra* note 1.

- l'effet bénéfique de l'accommodement sur les autres employés
la durée et l'étendue de l'accommodement... [notes omises]²⁹

À l'examen de ces critères, on remarque que la nature et la taille de l'entreprise constitueront des éléments importants afin d'évaluer la contrainte excessive. Dans, l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool*, la Cour suprême précisait, sous la plume de la juge Wilson :

L'importance de l'exploitation de l'employeur peut jouer sur l'évaluation de ce qui représente un coût excessif ou la facilité avec laquelle les effectifs et les installations peuvent s'adapter aux circonstances³⁰.

La Cour suprême écrivait également dans l'arrêt *Bergevin* rendu en 1994 :

Les situations changeront sans cesse. Par exemple, dans une grande entreprise, il peut être relativement facile de remplacer un employé par un autre. Cependant, dans une petite entreprise, le remplacement d'un employé peut imposer un fardeau déraisonnable ou inacceptable à l'employeur³¹.

Ainsi, selon ces arrêts, il semble que plus la taille d'une entreprise est imposante, plus les tribunaux se montreront exigeants envers l'employeur qui tente de se soustraire à son obligation d'accommodement raisonnable³².

Récemment, la Cour suprême a cependant rendu deux jugements dans lesquels elle précise de nouvelles limites à l'obligation d'accommodement, qui ont un impact significatif pour les grandes entreprises.

Dans l'arrêt *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*³³, la Cour suprême fut appelée à examiner la notion d'accommodement

²⁹ *Ibid.* aux pp. 248-51.

³⁰ *Central Alberta Dairy Pool*, *supra* note 9 à la p. 521.

³¹ *Bergevin*, *supra* note 23 à la p. 546.

³² Christian Brunelle, « L'arrêt *Centre Universitaire de santé McGill*, un cas d'absentéisme judiciaire? » dans Dominic Roux et Anne-Marie Laflamme, dir., *Rapports hiérarchiques ou anarchiques des règles de droit : chartes, normes d'ordre public, convention collective et contrat de travail, Actes du colloque tenu à l'Université Laval*, 8 novembre 2007, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, 124, à la p. 127; Daniel 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 (Qc), Yvon Blais, 1993 à la p. 88.

³³ *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat*

raisonnable dans le contexte où une clause contenue dans une convention collective prévoyait la perte du lien d'emploi du salarié au terme d'une période d'absence continue de 36 mois. Elle confirma le bien-fondé de la position adoptée par la Cour d'appel du Québec selon laquelle l'employeur n'est pas libre de procéder au congédiement sitôt le délai expiré, même si la convention collective prévoit explicitement le contraire³⁴. L'employeur doit impérativement accorder priorité au droit à l'égalité et au droit au travail³⁵, tel que la Cour l'exprime clairement :

De telles clauses ne déterminent pas de façon définitive la mesure d'accommodement particulière à laquelle un employé a droit, car chaque cas doit être évalué selon les circonstances qui lui sont propres. [...] Le caractère individualisé du processus d'accommodement ne saurait être minimisé. En effet, l'obligation d'accommodement varie selon les caractéristiques de chaque entreprise, les besoins particuliers de chaque employé et les circonstances spécifiques dans lesquelles la décision doit être prise. Tout au long de la relation d'emploi, l'employeur doit s'efforcer d'accommoder l'employé³⁶.

Toutefois, la Cour suprême accorde une importance toute particulière à la clause de perte d'emploi, qu'elle qualifie d' « accommodement prévu à la convention collective », en considérant qu'elle entraîne un renversement du fardeau de la preuve sur les épaules du salarié³⁷. Ainsi, en présence d'une telle clause, il n'appartiendrait plus à l'employeur de démontrer qu'il subirait une contrainte excessive s'il maintenait le lien d'emploi, mais il appartiendrait plutôt au salarié (et à son syndicat) d'apporter la preuve qu'il a droit à un accommodement additionnel à celui prévu par la convention collective. La Cour précise, au sujet de la portée d'une telle clause :

des employés de l'Hôpital général de Montréal, [2007] 1 R.C.S. 161 [Centre universitaire de santé McGill].

³⁴ La Cour suprême s'appuie également sur la jurisprudence ontarienne qui avait refusé de reconnaître qu'une clause de cessation d'emploi permettait à un employeur de congédier un employé sans considérer les circonstances particulières de la situation de ce dernier.

³⁵ Dominic Roux et Anne-Marie Laflamme, « Le droit de congédier un employé physiquement ou psychologiquement inapte : revu et corrigé par le droit à l'égalité et le droit au travail » (2007) 48 C. de D. 189 à la p. 207. Sur le rôle du droit à l'égalité dans la reconnaissance du principe du droit au travail, voir : Dominic Roux, *Le principe du droit au travail : juridicité, signification et normativité*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005 aux pp. 417-458.

³⁶ *Centre universitaire de santé McGill*, *supra* note 33 aux para. 20 et 22. En l'espèce, la garantie d'emploi prévue dans la convention collective était de 36 mois.

³⁷ *Ibid.* au para. 38.

*[Elle] peut s'avérer très utile, surtout dans le cas d'une grande entreprise, où la preuve de l'existence d'une contrainte excessive, résultant de l'absence d'un employé, pourrait s'avérer complexe*³⁸.

Autrement dit, le principe voulant que la grande entreprise soit tenue à une obligation d'accommodement plus contraignante que celle imposée à des entreprises de taille plus modeste connaîtrait dorénavant une nouvelle limite : la convention collective permettrait de prouver une « contrainte excessive », sans que l'employeur n'ait à apporter une preuve objective sous ce rapport³⁹. Cet instrument, produit d'une négociation entre l'employeur et le syndicat, pourrait donc être appelé à jouer un rôle important dans la détermination de la « contrainte excessive » dans les grandes entreprises⁴⁰.

Plus récemment, dans l'arrêt *Hydro-Québec*⁴¹, la Cour suprême casse une décision rendue par la Cour d'appel du Québec qui s'était montrée particulièrement exigeante à l'endroit de l'employeur, une grande entreprise du secteur parapublic. Dans cette affaire, la salariée, qui souffrait de troubles psychologiques, avait été congédiée pour cause d'absentéisme chronique après avoir manqué près de 900 jours de travail entre 1994 et 2001. Durant cette période, l'employeur avait procédé à diverses mesures d'accommodement, telles que l'allègement de ses tâches, le retour au travail progressif, etc. Tous les experts consultés par les parties avaient émis des réserves importantes quant à la capacité future de la salariée de fournir une prestation « soutenue » de travail. Il faut dire que l'incapacité de la salariée n'était pas étrangère au conflit qu'elle entretenait avec ses supérieurs et ses collègues de travail. La Cour d'appel du Québec avait annulé la décision de l'arbitre et ordonné la réintégration de la salariée au motif que l'employeur n'avait pas considéré « toutes les mesures d'accommodement raisonnablement possibles ». Elle avait particulièrement insisté sur l'ampleur de l'entreprise pour décider que l'employeur devait notamment envisager la possibilité d'accorder « un horaire particulier à temps partiel » ou même la possibilité « d'aménager un poste et un horaire » convenant à la salariée⁴².

³⁸ *Ibid.* au para. 27. Évidemment, la Cour prend soin de préciser que la clause en question doit être plus généreuse que ce qui est exigé par la législation.

³⁹ Brunelle, *supra* note 32 à la p. 128.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, 2008 CSC 43 [*Hydro-Québec*].

⁴² *Syndicat des employées et employés de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ) c. Hydro-Québec*, [2006] R.J.Q. 426 aux para. 100-101 (C.A.).

Dans un premier temps, la Cour suprême affirme qu'en contexte d'emploi, une mesure d'accommodement ne doit pas dénaturer l'essence du contrat de travail, soit l'obligation de l'employé de fournir, contre rémunération, une prestation de travail⁴³. Elle conclut que le critère d'évaluation de la contrainte excessive retenu par la Cour d'appel – soit l'impossibilité pour un employeur de composer avec les caractéristiques d'un employé – est erroné. L'employeur n'a pas l'obligation de modifier de façon fondamentale les conditions de travail, mais il a cependant celle d'aménager, si cela ne lui cause pas une contrainte excessive, le poste de travail ou les tâches de l'employé afin de lui permettre de fournir sa prestation de travail⁴⁴. Après avoir rappelé le caractère individualisé de l'obligation d'accommodement, la Cour ajoute que l'incapacité de fournir une prestation de travail dans un avenir raisonnablement prévisible constitue une contrainte excessive. La juge Deschamps écrit, au nom d'une cour unanime :

Si une entreprise peut, sans en subir de contrainte excessive, offrir des horaires de travail variables ou assouplir la tâche de l'employé, ou même procéder à autoriser des déplacements de personnel, permettant à l'employé de fournir sa prestation de travail, l'employeur devra alors ainsi accommoder l'employé. [...] Cependant, en cas d'absentéisme chronique, si l'employeur démontre que, malgré les accommodements, l'employé ne peut reprendre son travail dans un avenir raisonnablement prévisible, il aura satisfait à son fardeau de preuve et établi l'existence d'une contrainte excessive⁴⁵.

Reprenant ensuite le raisonnement qu'elle a tenu dans l'arrêt *Centre universitaire de santé McGill*, la Cour rappelle que l'accommodement raisonnable doit s'évaluer en tenant compte de l'ensemble de la période pendant laquelle la salariée s'est absentée et non seulement à partir du moment où l'employeur décide de la congédier. Elle écrit :

Lorsque, comme en l'espèce, une maladie a causé des absences par le passé, que l'employeur a pris des mesures d'accommodement en faveur de l'employé pendant plusieurs années et que le pronostic des médecins est peu optimiste en ce qui a trait à une amélioration de l'assiduité au travail, ni l'employeur, ni l'employé ne peuvent faire abstraction du passé pour évaluer la contrainte excessive⁴⁶.

Ces décisions apportent donc quelques balises supplémentaires permettant de circonscrire la notion d'accommodement raisonnable.

⁴³ *Hydro-Québec*, *supra* note 41 au para. 15.

⁴⁴ *Ibid.* au para. 16.

⁴⁵ *Ibid.* au para. 17.

⁴⁶ *Ibid.* au para. 21.

Du reste, lorsque l'employeur est une entreprise ou une institution du secteur public, l'application des critères permettant de déterminer la présence ou non d'une contrainte excessive pose des difficultés singulières que nous examinerons dans la prochaine section, par l'entremise de quelques exemples tirés de la jurisprudence fédérale ou québécoise. Ces difficultés proviennent de deux types de facteurs propres au secteur public. En premier lieu, il s'agit le plus souvent d'entreprises ou d'institutions de grande taille, qui possèdent de larges effectifs et une marge de manœuvre importante sur le plan budgétaire. C'est le cas de la fonction publique fédérale et provinciale, des grandes sociétés d'État ainsi que des grandes entreprises ou institutions du secteur parapublic⁴⁷. Cette particularité aura un impact sur les critères tels que les coûts liés à l'accommodement ainsi que l'interchangeabilité relative des employés. Ensuite, on peut également se demander si la nature publique de l'entreprise ou de l'institution justifie l'application de règles différentes. D'une part, l'employeur représente alors l'État, responsable au premier chef du respect du droit constitutionnel à l'égalité. D'autre part, cet employeur est financé par des fonds publics, ce qui reporte en quelque sorte les coûts de l'accommodement raisonnable sur l'ensemble de la collectivité.

2. LA NOTION DE CONTRAINTE EXCESSIVE ET LES PARTICULARITÉS PROPRES AUX EMPLOYEURS DU SECTEUR PUBLIC

2.1. LA TAILLE ET LES RESSOURCES FINANCIÈRES DE L'ENTREPRISE

La théorie selon laquelle la contrainte financière ne serait excessive que si elle ébranle les fondations de l'entreprise ou de l'institution a rapidement été rejetée parce que jugée trop sévère⁴⁸. Cela dit, l'étude de la jurisprudence démontre que les considérations monétaires, même importantes, ne constitueront pas un obstacle dirimant à l'accommodement raisonnable, surtout lorsqu'il est question d'une

⁴⁷ Notons que même dans le secteur public, l'employeur pourra être assujéti à des limites budgétaires : *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, [2004] 3 R.C.S. 381. Au Québec, le gouvernement a adopté, en 2005, une loi spéciale fixant jusqu'en mars 2010 les salaires et conditions de travail de 500 000 travailleurs d'hôpitaux, enseignants, fonctionnaires, personnel de soutien et autres employés du secteur public, dont la convention collective était échue depuis juin 2003. Cette loi controversée a été vigoureusement contestée par les syndicats et plusieurs litiges demeurent pendants à l'heure actuelle quant à sa validité; elle a toutefois été saluée par les milieux d'affaires qui y ont vu une indication du gouvernement de maintenir une saine gestion des finances publiques.

⁴⁸ Proulx, *supra* note 32 aux pp. 44 et 95; citant *Zurich Insurance Co. c. Ontario*, [1992] 2 R.C.S. 712.

grande entreprise ou d'un organisme qui dispose d'une marge de manœuvre budgétaire appréciable.

Dans l'affaire *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, la Cour suprême devait décider si le fait de devoir procéder à des évaluations individuelles des personnes atteintes d'une déficience provoquant des limitations visuelles, afin de vérifier leur capacité réelle de conduire un véhicule automobile, constituait une contrainte excessive pour le Surintendant des véhicules automobiles de la Colombie-Britannique. La Cour répond par la négative. Elle écrit, au sujet de l'argument des coûts excessifs :

[...] Bien que, dans certaines circonstances, le coût excessif puisse justifier le refus de composer avec les personnes atteintes de déficiences, il faut se garder de ne pas accorder suffisamment d'importance à l'accommodement de la personne handicapée. Il est beaucoup trop facile d'invoquer l'augmentation des coûts pour justifier un refus d'accorder un traitement égal aux personnes handicapées. [...] Je n'affirme pas que le coût n'est jamais pertinent en matière d'accommodement. J'affirme cependant que la preuve, constituée d'impressions, d'une augmentation des dépenses ne suffit pas généralement. Les organismes gouvernementaux fournissent de nombreux services coûteux au public qu'ils desservent. De plus, il peut y avoir des moyens de réduire les coûts⁴⁹.

La Cour suprême a également indiqué que le fardeau financier devait s'évaluer à l'échelle de l'entreprise ou de l'institution et non par établissement ou succursale. Dans l'arrêt *Via Rail*, elle tient compte du budget global de l'entreprise pour évaluer si celle-ci peut, sans contrainte excessive, aménager des trains pour les personnes en fauteuils roulants. Aussi, elle considère raisonnables les conclusions de l'Office des Transports du Canada selon lesquelles les coûts des mesures qui permettraient de remédier aux obstacles relevés, coûts estimées à près d'un million de dollars, représenteraient une somme relativement négligeable par rapport à l'ensemble du budget d'immobilisations de 401,9 millions de dollars ou au montant approximatif de 100 millions de dollars que l'entreprise prévoyait consacrer à la rénovation de ses voitures⁵⁰.

L'application de ce critère du coût financier peut entraîner des conséquences importantes pour les employeurs du secteur public, qui font souvent partie intégrante d'un ensemble plus large. À titre

⁴⁹ *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868 au para. 41 [Grismer].

⁵⁰ *Via Rail*, *supra* note 26 au para. 228.

d'exemple, dans une affaire impliquant un centre local d'emploi (CLE), un arbitre québécois jugea que la notion de contrainte excessive devait être évaluée en fonction du ministère dont relevait l'entité. Ainsi, l'arbitre jugea que les coûts de la mesure d'accommodement, évalués à environ 11 000 \$, ne constituaient pas une contrainte excessive pour un employeur d'une telle importance. S'appuyant sur le texte de la convention collective, il écrit :

Le syndicat souligne avec raison que l'employeur, dans une situation comme la nôtre, n'est pas le CLE de Rawdon. La convention collective le définit comme étant le Gouvernement du Québec. La notion de contrainte doit donc s'analyser dans un ensemble administratif plus grand que le CLE de Rawdon. Sans englober tout le Gouvernement, on doit au moins considérer le ministère qui portait le nom de Solidarité sociale au moment des événements⁵¹.

Cet élément aura également un impact important lorsqu'il s'agit d'évaluer la possibilité de réaménager les tâches d'un salarié. Dans le cas d'un pompier qui présentait des limitations fonctionnelles incompatibles avec son poste, l'arbitre tient compte du fait qu'en raison des fusions municipales, celui-ci œuvre dorénavant dans un ensemble beaucoup plus large, soit le Service de sécurité incendie de la Ville de Montréal⁵². Rappelant les propos de la Cour suprême dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool*, l'arbitre souligne que la taille de l'entreprise ou du service en cause est un élément important lorsqu'il s'agit de déterminer si l'accommodement raisonnable impose un fardeau excessif à l'employeur. Il conclut en l'espèce que l'employeur n'a pas satisfait à son obligation d'accommodement puisqu'il devait examiner l'ensemble des postes disponibles dans la nouvelle entité municipale afin de vérifier si le salarié pouvait effectuer l'essentiel des tâches appartenant à l'un ou à l'autre de ces postes, de manière à pouvoir continuer à travailler utilement à la réalisation de la mission du service⁵³.

⁵¹ *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Ministère de la Solidarité sociale)*, [2005] R.J.D.T. 976 au para. 94 (T.A.). M^e Anne Pineau a relevé ce passage dans : Anne Pineau, « L'accommodement raisonnable en milieu de travail » (juin 2007), en ligne : CSN <<http://www.csn.qc.ca/Bulletinsjuridiques/ullejuri-juin07.html>>. Notons que les mêmes difficultés se posent à l'égard d'une école faisant partie d'une commission scolaire, elle-même relevant du ministère de l'Éducation, du Loisir et des Sports. Voir notamment l'affaire : *Syndicat des employés de la Commission scolaire du Fleuve et des Lacs c. Commission scolaire du Fleuve et des Lacs*, [1999] 46 R.S.E. 1487 (T.A.), conf. par (9 décembre 1999), Québec 200-05-011801-995 (C.S.), conf. par (7 avril 2003), Québec 200-09-011801-995 (C.A.).

⁵² *Association des pompiers de Montréal inc. et Montréal (Ville de) (Service de sécurité incendie (SSIM))* [2007] R.J.D.T. 1161 (T.A.).

⁵³ *Ibid.* aux para. 83-85.

À l'opposé, dans l'affaire *Syndicat des travailleuses et travailleurs de la Lièvre-Sud – CSN et Notre-Dame-du-Laus (Municipalité de)*⁵⁴, l'arbitre a tenu compte du fait que l'employeur était une petite municipalité, comptant seulement 1 400 habitants et n'ayant à son service qu'une douzaine d'employés, pour conclure que le fait de créer un poste à temps partiel pour un salarié handicapé et de regrouper différentes tâches qui ne s'avèrent pas nécessaires ou qui sont déjà accomplies par d'autres employés constituait une contrainte excessive.

Bref, il peut se révéler plus difficile pour les grands organismes publics de démontrer l'existence d'une contrainte excessive. En effet, ces organisations possèdent généralement la flexibilité et la marge de manœuvre nécessaires afin de faciliter la recherche d'un accommodement raisonnable.

La Commission canadienne des droits de la personne s'exprime comme suit au sujet de la preuve de contrainte excessive dans le cas des grandes organisations telles que les ministères et organismes fédéraux :

Par exemple, de grandes entreprises pourraient avoir de la difficulté à prouver qu'il y a contrainte excessive en fonction du seul facteur coûts, tout comme les ministères et les organismes fédéraux. Ces organisations ont habituellement le budget ainsi que la capacité et la souplesse organisationnelles suffisantes pour répondre aux besoins spéciaux de leurs employés à un coût relativement faible⁵⁵.

Pour sa part, le Conseil du Trésor du Canada précise que les ministères et organismes doivent prévoir dans leur budget les coûts nécessaires afin de répondre aux besoins de leurs employés handicapés. On lit en effet dans la *Politique sur l'obligation de prendre des mesures d'adaptation pour les personnes handicapées dans la fonction publique fédérale* :

On s'attend à ce que les ministères et les organismes intègrent dans leurs budgets et leurs exercices de planification financière les ressources nécessaires pour répondre aux besoins de leurs employés. Au moment d'évaluer les coûts, il convient de se rappeler que les coûts seront souvent amortis pendant toute la carrière de l'employé.

⁵⁴ *Syndicat des travailleuses et travailleurs de la Lièvre-Sud – CSN et Notre-Dame-du-Laus (Municipalité de)*, D.T.E. 2008T-212 (T.A.).

⁵⁵ Commission canadienne des droits de la personne, « Prévenir la discrimination : contrainte excessive », en ligne : Commission canadienne des droits de la personne <http://www.chrc-ccdp.ca/preventing_discrimination/page3-fr.asp> à la question 10. Voir dans le même sens les propos de Michel Lefrançois, conseiller juridique à la Commission des relations de travail dans la fonction publique : Michel Lefrançois, « The Scope of the Duty to Accommodate in the Large Employment Setting » (1996) 5 C.L.E.L.J. 1 aux pp. 39-40.

De plus, plusieurs méthodes de paiement sont possibles pour acquérir le matériel nécessaire, y compris le crédit-bail⁵⁶.

Quelques décisions récentes témoignent de l'ampleur des efforts financiers que les tribunaux ont parfois exigés de l'État-employeur. Dans l'affaire *Buffet c. Forces Canada*⁵⁷, l'employé, un militaire, contestait le refus d'assumer les coûts de la fécondation *in vitro* par l'entremise du régime d'assurance applicable aux membres des Forces canadiennes. En effet, aux termes du régime, seules les femmes pouvaient bénéficier de cet avantage en cas d'infertilité. Les Forces canadiennes soutenaient que le fait d'assumer de tels traitements aurait des incidences financières importantes et se répercuterait sur leur capacité d'offrir des services médicaux aux membres. Selon la preuve offerte, l'élargissement de la protection concernant la fécondation *in vitro* était estimé à 12 millions de dollars, tandis que la somme totale consacrée aux coûts directs aux patients était de 193 millions. Tenant compte du budget global alloué à cet organisme, évalué à plusieurs milliards de dollars, le Tribunal canadien des droits de la personne a estimé que les Forces canadiennes n'avaient pas démontré que le fait d'absorber ce coût additionnel constituerait une contrainte excessive.

Dans certains cas, il semble que le coût financier ne soit carrément pas un critère susceptible d'être pris en considération par le tribunal, compte tenu de l'ampleur de l'organisation. À titre d'exemple, dans *Stevenson c. Canada (Service canadien du renseignement de sécurité)*⁵⁸, le tribunal écrit, au sujet de l'impact causé par la longue absence de l'employé :

[...] Le SCRS est un organisme qui compte environ 2 000 employés, dont le tiers sont des agents du renseignement. Il est donc difficile d'imaginer que la perte d'un agent du renseignement aguerri pendant une certaine période puisse avoir de lourdes conséquences sur le Service. À mon avis, l'intimé n'a pas réussi à prouver que le maintien d'un poste pour M. Stevenson lui aurait causé un préjudice, voire un préjudice indu. L'intimé n'a pas tenté d'invoquer l'excuse du préjudice économique indu comme motif du non-accommodement de M. Stevenson. De toute façon,

⁵⁶ Cette politique, entrée en vigueur le 3 juin 2002, remplaçait la *Politique concernant les aménagements spéciaux pour les employés handicapés* adoptée par le Conseil du Trésor en date du 1^{er} juillet 1999. Ces politiques sont adoptées conformément à la *Loi concernant l'équité en matière d'emploi*, L.C. 1995, c. 44 [*Loi sur l'équité*], qui vise à supprimer les obstacles au droit à l'égalité pour certains groupes, incluant les personnes handicapées au sens de cette loi.

⁵⁷ *Buffet c. Forces Canada*, 2006 TCDP 39.

⁵⁸ *Stevenson c. Canada (Service canadien du renseignement de sécurité)*, 2001 CanLii 8497 (TCDP).

comme le budget annuel de l'organisation se chiffrait à quelque 171 millions de dollars en 1998, un tel argument n'aurait pas été digne de foi⁵⁹.

Au surplus, les avantages sociaux souvent importants dont bénéficient les employés dans les entreprises publiques ou parapubliques au chapitre des absences autorisées et du régime de remplacement du revenu seront souvent utilisés comme instruments de mesure afin d'évaluer la notion de contrainte excessive. Aussi, plus ces régimes seront généreux, plus grandes seront les attentes des tribunaux à l'égard des efforts devant être consentis par l'employeur.

Dans l'affaire *Commission des écoles catholiques de Québec c. Gobeil*⁶⁰, une enseignante réclamait, à titre d'accommodement, l'obtention d'un contrat et des bénéfices de maternité s'y rattachant et ce, malgré le fait qu'elle n'était pas disponible pour enseigner en début d'année scolaire en raison de son accouchement. La Cour d'appel du Québec tient compte de la capacité financière et des avantages concédés par l'institution afin de conclure qu'il ne s'agit pas d'une contrainte excessive. Elle écrit :

Quant à l'obligation d'accommodement, je suis d'opinion que l'employeur capable de fournir des congés de maternité rémunérés à ses employées peut en faire de même avec celles nouvellement engagées sans qu'il y ait de contrainte excessive⁶¹.

La Cour supérieure du Québec tient le même raisonnement dans l'affaire *Syndicat de l'enseignement de la Chaudière c. Côté*⁶², en infirmant la décision de l'arbitre au motif que le fait d'accorder un contrat à une enseignante en état d'invalidité ne constitue pas une contrainte excessive même si cela a pour effet de lui permettre de bénéficier de prestations d'assurance salaire pendant une période de deux ans. La Cour précise que le coût de cette mesure pour l'employeur, évalué à environ 35 000 \$, ne constitue pas une contrainte excessive⁶³.

⁵⁹ *Ibid.* aux para. 94 et 95.

⁶⁰ *Commission des écoles catholiques de Québec c. Gobeil*, [1999] R.J.D.T. 1044 (C.A.).

⁶¹ *Ibid.* à la p. 1055.

⁶² *Syndicat de l'enseignement de la Chaudière c. Côté*, [2004] R.J.D.T. 1063 (C.S.).

⁶³ *Ibid.* au para. 45. Notons que la Cour supérieure en est venue à des conclusions différentes dans l'affaire *Syndicat de l'enseignement c. Morin*, D.T.E. 2008T-277 (C.S.), autorisation de pourvoi à la C.A. autorisée, 2008 QCCA 568 [*Morin*], au motif que l'incapacité totale de la salariée d'exercer toute prestation de travail dans un avenir prévisible justifiait le congédiement.

Dans l'affaire *Québec (Procureur général) c. Commission de la fonction publique*⁶⁴, la Cour supérieure du Québec confirme que le ministère de la Justice n'a pas rempli son obligation d'accommodement à l'égard d'une avocate occupant un poste de substitut du procureur général en lui refusant d'effectuer un retour progressif au travail à la suite d'une absence prolongée pour cause de dépression. Le tribunal rappelle que l'employeur a déjà consenti à une telle mesure par le passé. Il ajoute que l'employeur est tenu, conformément à la réglementation applicable aux conditions de travail des substituts du procureur général, de permettre aux salariées de retour d'un congé de maternité de bénéficier d'un horaire à temps partiel pouvant s'échelonner sur une période de deux ans, ce qui confirme qu'un tel aménagement des heures de travail ne constitue pas une contrainte excessive.

Dans une décision récente⁶⁵, le Tribunal canadien des droits de la personne devait déterminer si le refus de l'employeur de comptabiliser, aux fins de la détermination de l'éligibilité pour la nomination dans un poste permanent, les périodes de congé non rémunérées de plus de 60 jours consécutifs était discriminatoire à l'égard des femmes se prévalant de congés de maternité et de congés parentaux. Le tribunal retient notamment que les absences rémunérées sont comptabilisées pour les fins de la période cumulative de travail, de sorte que la présence au travail n'est pas un facteur pertinent. Le tribunal conclut que l'employeur n'a pas démontré que le fait de comptabiliser les périodes de congés de maternité ou de congés parentaux constituerait pour le Conseil du Trésor une contrainte excessive.

Finalement, le seul fait qu'un employé ait été absent longtemps et ait bénéficié d'avantages sociaux tels que des congés de maladie et d'invalidité ne signifie aucunement que l'employeur se soit résolument acquitté de son obligation d'accommodement. L'employeur, surtout s'il s'agit d'une grande entreprise, se doit d'être proactif afin de répondre aux besoins de l'employé handicapé, tel que l'exposait récemment la Commission des relations de travail dans la fonction publique, dans une affaire impliquant le ministère de la Défense nationale :

[...] Rien n'indique que l'employeur ait régulièrement communiqué avec l'intéressé durant son absence, ni qu'il ait consacré des ressources financières ou autres à répondre à ses besoins, indépendamment de ces avantages sociaux. [...] Compte tenu de l'ampleur de son organisation, de l'importance de ses ressources et de toutes les compétences auxquelles il a accès, j'ai du mal à comprendre pourquoi

⁶⁴ *Québec (Procureur général) c. Commission de la fonction publique*, D.T.E. 2003T-123 (C.S.).

⁶⁵ *Lavoie c. Conseil du Trésor*, 2008 TCDP 27.

l'employeur n'a pas pris plus d'initiatives pour répondre comme il se devait aux besoins du fonctionnaire s'estimant lésé avant de prendre sa décision finale de le licencier⁶⁶.

En somme, en contexte de grandes organisations, le fardeau de preuve est lourd pour l'employeur qui devra le plus souvent invoquer des motifs autres que financiers, tels que les risques à la santé et à la sécurité ou encore l'entrave au bon fonctionnement de l'entreprise, afin de démontrer l'existence d'une contrainte excessive. Ainsi, dans l'affaire *Lafrance c. Conseil du Trésor (Statistique Canada)*⁶⁷, l'arbitre a décidé que l'employeur ne pouvait permettre à une employée handicapée d'exécuter du télétravail à temps plein, la preuve ayant démontré que les tâches requéraient la présence à des réunions se déroulant sur le lieu de travail et qu'il n'était pas possible de permettre l'accès aux données essentielles à l'exécution des tâches hors des lieux du travail, et ce pour des motifs de sécurité.

De la même manière, le Tribunal des droits de la personne du Québec a reconnu que certaines tâches, telles que celles d'un agent patrouilleur au service d'un corps policier, pouvaient justifier l'imposition de normes exigeantes lorsque la condition physique d'un employé est susceptible de porter atteinte à la sécurité du public⁶⁸.

La Cour fédérale a également rappelé qu'il ne faut pas dénaturer complètement l'essence de la défense d'EPJ, laquelle est forcément susceptible de produire des résultats variables en fonction des différences personnelles. Ainsi, elle a confirmé la validité d'un test visant à vérifier la dextérité manuelle imposé par la Société canadienne des postes à l'égard de ses commis voulant obtenir un poste permanent, même si ce test était susceptible de désavantager des employés plus anciens au profit d'employés plus jeunes. La Cour a retenu la preuve de l'employeur selon laquelle à défaut de tests, le taux d'échec à la formation constituerait une contrainte excessive puisqu'il serait incapable d'effectuer sa dotation en temps utile et qu'il serait tenu de consacrer à la formation des sommes considérables et injustifiées.

On remarque que de toutes les caractéristiques personnelles qui peuvent servir de fondement à une demande d'accommodement raisonnable, celle liée à un handicap est la plus souvent invoquée dans le

⁶⁶ *Pepper c. Conseil du Trésor (Ministère de la Défense nationale)*, 2008 CRTFP 8 au para. 158.

⁶⁷ *Lafrance c. Conseil du Trésor (Statistique Canada)*, 2007 CRTFP 31.

⁶⁸ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Sûreté du Québec*, [2007] R.J.D.T. 1318 (T.D.P.Q.). En l'espèce, le tribunal a toutefois considéré

contexte de la relation d'emploi⁶⁹. Aussi, la question du maintien du lien d'emploi avec un employé devenu incapable d'exercer les tâches pour lesquelles il a été embauché s'est-elle posée. La jurisprudence a tôt fait de reconnaître que dès qu'un salarié dispose d'une capacité résiduelle lui permettant d'accomplir les fonctions essentielles d'un poste disponible dans l'entreprise, l'employeur doit composer avec cette condition et prendre toutes les mesures susceptibles de maintenir le lien d'emploi⁷⁰. Compte tenu des possibilités de réaménagement presque infinies dans les grandes organisations, on peut se demander si l'obligation d'accommodement impose la création d'un poste sur mesure adapté aux besoins du salarié handicapé. Jusqu'à présent la jurisprudence et la doctrine québécoises ont généralement considéré cette option déraisonnable⁷¹.

Dans l'affaire *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Gouvernement du) (Ministère des Transports)*⁷², l'arbitre reconnaît que l'employeur n'est pas tenu de créer un poste sur mesure, dont l'organisation n'a pas besoin. Il ajoute que l'obligation d'accommodement impose toutefois à l'employeur de vérifier si, dans une catégorie d'emplois où il y a plusieurs postes, il n'est pas possible de regrouper certaines tâches de manière à constituer une charge de travail compatible avec les limitations du salarié handicapé⁷³.

La limite semble donc davantage liée à l'exigence d'accomplir des tâches utiles à l'entreprise. Dans l'arrêt *Hydro-Québec*, La Cour suprême paraît confirmer une telle interprétation en insistant sur le fait que toute mesure d'accommodement doit permettre à l'employé de « fournir sa

que le risque était minime de sorte que l'employeur pouvait composer avec l'état de santé de la salariée.

⁶⁹ Guylaine Vallée, Michel Coutu et Marie-Christine Hébert, « La norme d'égalité en milieu de travail, étude empirique de la mise en œuvre de la norme d'égalité par le Tribunal des droits de la personne et les tribunaux d'arbitrage » dans Guylaine Vallée *et al.*, dir., *Le droit à l'égalité : les tribunaux d'arbitrage et le Tribunal des droits de la personne*, Montréal, Thémis, 2001, 19 à la p. 65 (données au Québec) et Michael Lynk, « Disability and the Duty to Accommodate: An Arbitrator's Perspective » (2001-2002) *Labour Arbitration Yearbook* 51 à la p. 56 (données ontariennes).

⁷⁰ Roux et Laflamme, *supra* note 35 à la p. 204.

⁷¹ Pineau, *supra* note 51, sous la rubrique « handicap »; Villaggi et Brière, *supra* note 18 aux pp. 242-243; Brunelle, *Discrimination*, *supra* note 1 à la p. 305; Anne-Marie Laflamme, « L'obligation d'accommodement confère-t-elle aux personnes handicapées un droit à l'emploi? » (2002) 62 R. du B. 125 à la p. 148.

⁷² *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Gouvernement du) (Ministère des Transports)*, D.T.E. 2007T-873 (T.A.).

⁷³ *Ibid.* aux para. 74-75.

prestation de travail »⁷⁴. Cette considération relative à la productivité du salarié fut également retenue par la Commission des relations de travail dans la fonction publique, dans une affaire impliquant le Conseil du Trésor du Canada. Citant la jurisprudence ontarienne, le tribunal précise que la création d'un poste improductif ou qui ne présente aucune utilité pour l'employeur constituera nécessairement une contrainte excessive. Il écrit :

[...] Il est bien établi que l'on ne peut s'attendre à ce que l'employeur crée un poste pour la fonctionnaire s'estimant lésée si un tel poste n'a aucune valeur pour lui. Comme il était énoncé dans *Canadian National Railway* : [traduction] « [...] Il est clair que l'obligation de prendre des mesures d'adaptation sans qu'il en résulte une contrainte excessive ne contraint pas un employeur à créer un poste qui ne lui est d'aucune utilité productive, peu importe sa taille et ses revenus [...] »⁷⁵.

De son côté, le Tribunal canadien des droits de la personne n'écarter pas la possibilité de créer un poste pour le salarié handicapé. Dans l'affaire *Willoughby et Société canadienne des postes*⁷⁶, il accueille une plainte de discrimination et considère que l'employeur n'a pas satisfait à son obligation d'accommodement à l'égard d'un salarié incapable de réintégrer ses fonctions habituelles en raison de ses limitations fonctionnelles. Le Tribunal précise, d'une part, que l'employeur n'a pas démontré qu'il n'y avait aucun poste au sein de l'unité de négociation qui aurait pu convenir au plaignant et, d'autre part, qu'il n'a pas évalué non plus la possibilité de l'affecter à un poste hors de cette unité, ni celle de créer un poste répondant à ses limitations, précisant que cette dernière option ne constitue pas toujours une contrainte excessive, surtout dans le contexte d'une grande entreprise. En l'espèce, le Tribunal rétablit le lien d'emploi et ordonne à l'employeur de procéder à la recherche d'un accommodement raisonnable, sans exclure cette dernière possibilité.

À notre avis, il faut saluer l'interprétation selon laquelle une mesure d'accommodement doit permettre à l'employé d'assurer une certaine productivité à l'employeur. Ce critère nous apparaît sous-jacent à toute mesure d'accommodement raisonnable, peu importe la taille ou les moyens financiers de l'entreprise. Une mesure d'accommodement qui ne

⁷⁴ *Hydro-Québec*, *supra* note 41 aux para. 14, 16-17.

⁷⁵ *Kerr-Alich c. Conseil du Trésor (Ministère du Développement social)*, 2007 CRTFP 33 au para. 144. La décision ontarienne citée est : *Canadian National Railway v. Brotherhood of Locomotive Engineers* (2003), 118 L.A.C. (4th) 228. Pour un résumé de la jurisprudence ontarienne sur cette question, voir : Lynk, *supra* note 69 aux pp. 76-78.

⁷⁶ *Willoughby et Société canadienne des postes*, [2008] R.J.D.T. 619 (T.C.D.P.). Voir également l'affaire *Desrosiers c. Société canadienne des postes*, 2003 TCDP 26, où le Tribunal canadien des droits de la personne n'écarter pas la possibilité que l'employeur doive embaucher un autre employé pour accomplir les tâches que le salarié handicapé ne

permet pas au salarié d'assurer sa contrepartie au contrat de travail devrait être considérée comme constituant une contrainte excessive. À ce propos, l'auteur Michel Lefrançois écrit :

The position that an employee, disabled or not, must be productive should be beyond debate. When an employee must be accommodated to be productive, the question becomes one of the extent to which the accommodation must be undertaken for productivity to be achieved. While the goal of the duty to accommodate is obviously to nullify or minimize the effects of adverse effect discrimination, the yardstick for gauging what constitutes reasonable accommodation must be the cost and the level of productivity that results from the accommodation measures undertaken. If the result of the accommodation is simply to create a position in order for the employee to remain employed, then such should constitute undue hardship⁷⁷.

Et plus loin :

The cost of employing a less than productive employee represents a constant, and therefore unjustifiable, drain on the resources of an employer, large or small. [...] In instances where the employee has become unproductive beyond retrieval, it should be irrelevant how large an employer is⁷⁸.

Dans cette même perspective, les tribunaux se sont interrogés sur l'étendue de l'obligation d'accommodement de l'employeur à l'égard de l'employé qui présente un absentéisme chronique. Pour certains acteurs syndicaux, lorsque les coûts entraînés par le maintien du lien d'emploi d'un salarié sont négligeables pour l'employeur, la défense de contrainte excessive devrait être écartée, même si le salarié demeure incapable de fournir une prestation normale de travail dans un avenir prévisible⁷⁹.

peut effectuer.

⁷⁷ Michel Lefrançois, « The Scope of the Duty to Accommodate in the Large Employment Setting » (1996) 5 C.L.E.L.J. 1 à la p. 39.

⁷⁸ *Ibid.* à la p. 40.

⁷⁹ Voir notamment les propos de M^e Robert Dury et de M^e Pierre Grenier, avocats syndicaux, rapportés dans l'ouvrage : Roux et Laflamme, *supra* note 32, thème 3 : M^e Robert Dury : « Évidemment, dans le secteur public ou chez Hydro-Québec, il n'en coûte rien à l'employeur de maintenir artificiellement le lien d'emploi avec un salarié inapte au travail, en raison de la présence d'une assurance collective. Pourquoi juge-t-on alors que de maintenir ce lien d'emploi constitue une contrainte excessive pour l'employeur ? Personne n'a pu jusqu'à maintenant me convaincre que tel est le cas ! Il reviendra donc aux juges de nous éclairer à ce sujet. » (p. 150.) M^e Pierre Grenier : « Je souhaite apporter mon soutien à mon confrère M^e Dury lorsque celui-ci nous demandait ce qu'il y a de réellement excessif à maintenir un salarié absent depuis deux ou trois ans sur une liste d'employés ? Personnellement, je n'y vois rien de tel » (p. 154-155).

La Cour suprême a implicitement rejeté cette prétention dans l'arrêt *Centre universitaire de santé McGill* et elle le fait très clairement dans l'arrêt *Hydro-Québec*. Elle cite avec approbation les propos de la juge Thibault de la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *SPGQ*⁸⁰, une affaire contemporaine à l'affaire *Centre universitaire de santé McGill* et qui mettait également en cause une clause conventionnelle de perte d'emploi au terme d'un délai d'absence continue. Les propos explicites de la juge Thibault se lisent ainsi :

[...] dans la situation où la fin de l'emploi résulte de l'incapacité du salarié de fournir sa prestation de travail dans un avenir raisonnable, ce n'est pas tant son handicap qui fonde la mesure de congédiement que son incapacité de remplir les obligations fondamentales rattachées à la relation de travail⁸¹.

Ce point de vue a également été retenu par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Scheuneman c. Canada (Procureur général)*⁸² où elle devait évaluer si l'employeur, Ressources naturelles Canada, avait rempli son obligation d'accommodement à l'égard d'un salarié incapable d'exercer son emploi dans un avenir prévisible. La Cour d'appel fédérale écrit :

L'un des éléments fondamentaux de la relation employeur-employé est que l'employé soit capable d'accomplir un travail pour l'employeur ou de recommencer à travailler dans un délai raisonnable, s'il est temporairement invalide pour une cause médicale. Le congédiement d'une personne qui ne remplit pas cette condition ne constitue pas de la discrimination fondée sur une déficience physique au sens de la Constitution⁸³.

Ainsi, les tribunaux ont rappelé que l'employeur n'est pas tenu de maintenir indéfiniment le lien d'emploi avec un salarié malade. Lorsque l'incapacité totale et permanente est confirmée médicalement, l'employeur est en droit de congédier le salarié⁸⁴. Il en irait de même

⁸⁰ *Québec (Procureur général) c. Syndicat de professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec (SPGQ)*, [2005] R.J.D.T. 639 (C.A.) [SPGQ].

⁸¹ *Ibid.* au para. 76. Cette position a été réitérée dans les affaires *Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 571, CTC-FTQ (SEPB) c. Barreau du Québec*, D.T.E. 2007T-137 au para. 31 (C.A.), et *Morin*, *supra* note 63 au para. 18.

⁸² *Scheuneman*, 2000 CanLII 16701 (C.A.F.).

⁸³ *Ibid.* au para. 7.

⁸⁴ *Syndicat national des employés municipaux de Pointe-Claire (CSN) c. Boisvert*, [2000] R.J.D.T. 512 (C.S.), autorisation de pourvoi à la C.A. refusée, (28 avril 2000) Montréal 500-09-009507-005, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, (22 mars 2001) 27987; Christian Brunelle et Julie Bourgault, « Les absents ont-ils vraiment toujours tort ? Un commentaire des arrêts *CUSM* et *SPGQ* » dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit du travail* (2006), vol. 245,

lorsque l'incapacité est totale et qu'il n'y a aucun retour au travail envisageable dans un avenir prévisible⁸⁵. En de telles circonstances, la question des coûts n'est pas pertinente⁸⁶.

Cela étant, dans le cas d'absentéisme temporaire ou intermittent, l'employeur peut être tenu de moduler sa norme d'assiduité même si celle-ci constitue, au demeurant, une exigence légitime⁸⁷. L'étendue de cette « tolérance à l'absentéisme » tiendra alors compte d'un ensemble de facteurs, incluant la taille et la nature de l'entreprise.

Ainsi, dans l'affaire *Desormeaux c. Commission de transport d'Ottawa-Carleton*⁸⁸, le Tribunal canadien des droits de la personne jugea, en présence d'une employée qui présentait un absentéisme chronique, que le pronostic établissant une absence probable de vingt jours par année ne constituait pas une contrainte excessive. Examinant les prétentions de l'employeur fondées sur des considérations opérationnelles, le tribunal précise que cette entreprise de transport constitue « un important employeur » qui compte entre 1 200 et 1 500 chauffeurs d'autobus et dont le budget d'opération s'élève à 150 millions de dollars. Il ajoute que le taux d'absentéisme prévisible de la salariée est bien en-deçà de celui qui caractérise 25 % des chauffeurs d'autobus de cette entreprise. De plus, le vaste effectif de l'employeur et l'interchangeabilité des salariés lui permet de composer avec les absences intermittentes sans qu'il n'en résulte une contrainte excessive. Le tribunal écrit :

J'admets que des absences intermittentes sont susceptibles de constituer une contrainte excessive dans le cas, par exemple, d'un petit établissement où l'intéressé fournit des services uniques à son employeur. Toutefois, dans le cas qui nous occupe, [l'employeur] possède un vaste effectif et les fonctions de ses chauffeurs sont dans une large mesure interchangeables. [L'employeur] reconnaît que, chaque jour, un certain nombre de ses chauffeurs ne seront pas en mesure de se présenter au travail. Vu la nature du service qu'elle offre, [l'employeur] pallie ces absences grâce

Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006, 265 à la p. 289, et *Hydro-Québec*, *supra* note 41 au para. 18.

⁸⁵ *Hydro-Québec*, *ibid.* Voir également au même effet une décision récente impliquant la fonction publique fédérale : *English-Baker c. Conseil du Trésor (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CRTFP 24.

⁸⁶ *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 434 (FTQ) c. Gagnon*, D.T.E. 2005T-713 aux para. 40-41 (C.S.).

⁸⁷ Jocelyn F. Rancourt, « L'absentéisme est-il encore un motif sérieux de cessation d'emploi? » dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit du travail* (2007), vol. 267, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2007, 295 à la p. 313.

⁸⁸ *Desormeaux c. Commission de transport d'Ottawa-Carleton*, 2003 TCDP 2.

à un système de suppléance, lequel semble généralement fonctionner très bien. Au regard de la preuve qui m'a été présentée, je ne suis pas persuadée que [la salariée] imposerait un fardeau excessif au système de suppléance à l'avenir. Par conséquent, je ne suis pas convaincue que [l'employeur] a établi qu'elle aurait subi une contrainte excessive en gardant [la salariée] à son service⁸⁹.

L'affaire ayant été portée jusqu'en Cour d'appel fédérale⁹⁰, celle-ci confirme le jugement du Tribunal canadien des droits de la personne, non sans avoir rappelé que l'employeur n'a pas pour autant l'obligation de conserver à son emploi un employé dont le taux d'absentéisme serait excessif ou le rendement nettement insuffisant.

En ce qui concerne l'employé qui présente une invalidité de longue durée, le délai d'absence que l'employeur devra tolérer afin de satisfaire son obligation d'accommodement tiendra compte, ici encore, d'un ensemble de facteurs incluant la taille de l'entreprise et les avantages sociaux. La Cour d'appel écrit, dans l'arrêt *SPGQ* :

La durée du délai dont peut jouir un salarié absent pour maladie pour revenir au travail varie en fonction de divers facteurs : la nature de l'emploi exercé, la taille de l'entreprise, le pronostic rattaché à la maladie qui l'affecte, la période d'assurance traitement convenue ou autorisée légalement en constituent les principaux. Chaque cas constitue un cas d'espèce⁹¹.

L'arrêt *Centre universitaire de santé McGill* a atténué la portée de cette règle en présence d'une clause prévoyant la perte d'emploi au terme d'une période d'absence prédéterminée, en précisant que le délai convenu entre les parties fera preuve de la durée au-delà de laquelle l'employeur est susceptible de subir une contrainte excessive, procédant ainsi à un inversement du fardeau de la preuve sur les épaules du salarié.

Jusqu'à présent, lorsqu'ils furent appelés à décider du délai additionnel avec lequel l'employeur devait composer en présence de telles clauses, les tribunaux ont considéré qu'il s'agissait d'une question de semaines plutôt que d'une question de mois. À titre d'exemple, dans la sentence arbitrale ayant suivi l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *SPGQ*, l'arbitre fait droit au grief au motif que le fait pour l'employeur d'accorder, au-delà du délai prévu à la convention collective, un congé de six semaines additionnelles suivi d'un retour au travail progressif, ne constituait pas une contrainte excessive⁹². Par contre, dans le cas d'une

⁸⁹ *Ibid.* au para. 102.

⁹⁰ *Desormeaux c. Ottawa (Ville)*, 2005 CAF 311.

⁹¹ *SPGQ*, *supra* note 80 au para. 84.

⁹² *Syndicat de professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec* et

salariée ayant bénéficié d'une entente de dernière chance en contexte d'absentéisme chronique, un arbitre a jugé que le délai additionnel de cinq mois et demi de congé sans solde, nécessaire avant d'envisager un retour au travail, excédait le « délai raisonnable » dont il était question dans l'affaire *SPGQ*⁹³.

On voit donc tout l'intérêt que pourrait présenter pour une grande entreprise l'insertion de mesures d'accommodement dans la convention collective ou dans un contrat individuel de travail⁹⁴. Alors que le test de l'arrêt *Meiorin* imposait très clairement à l'employeur le fardeau de preuve en matière de contrainte excessive, il semble que ce fardeau pourrait, par l'effet de telles clauses, être transféré à l'employé. De plus, l'arrêt *Hydro-Québec* remet les pendules à l'heure en ce qui concerne les limites à l'accommodement raisonnable en précisant que l'obligation pour l'employé de fournir une prestation de travail demeure un élément essentiel au maintien de la relation d'emploi.

2.2. Les obligations particulières de l'État-employeur?

Certains auteurs sont d'avis que les organismes représentant l'État ou financés par des fonds publics devraient être assujettis à l'obligation la plus contraignante en matière d'accommodement raisonnable puisqu'ils doivent au premier chef assumer cette responsabilité collective que constitue la promotion et la mise en œuvre du droit à l'égalité⁹⁵.

À cet égard, rappelons qu'au Québec, le législateur a imposé aux employeurs du secteur public, municipal, scolaire et de la santé qui emploient cent personnes ou plus, l'obligation d'établir des programmes concrets et détaillés d'accès à l'égalité pour les femmes, les minorités visibles et ethniques, les personnes handicapées au sens de la *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées* et les

Québec (Gouvernement du) (*Fonds de développement du marché*), D.T.E. 2006T-63 (T.A.).

⁹³ *Syndicat de la fonction publique du Québec et Gouvernement du Québec (Emploi et Solidarité sociale)*, D.T.E. 2008T-606 (T.A.).

⁹⁴ À notre avis, les principes émis dans l'arrêt *Centre universitaire de santé McGill*, *supra* note 33, s'appliquent à l'égard de toute mesure d'accommodement consensuelle. Voir également : Kathryn Meehan, « *McGill University Health Centre : Some clarification on Discrimination and the Duty to Accommodate* » (2007) 13:3 C.L.E.L.J. 419 à la p. 434.

⁹⁵ Annick Desjardins, « La mise en œuvre de l'accommodement raisonnable en cas d'incapacités », 63^e Congrès des relations industrielles « Quels accommodements raisonnables en milieu de travail? », Département des relations industrielles, Université Laval, 28 avril 2008, à la p. 10.

Autochtones, en vue de leur intégration scolaire, professionnelle et sociale⁹⁶.

Une loi similaire existe également au fédéral et elle s'applique tant aux entreprises du secteur public que du secteur privé qui comptent plus de cent employés et qui relèvent de la compétence fédérale⁹⁷. Cette législation a notamment entraîné l'adoption de la *Politique sur l'obligation de prendre des mesures d'adaptation pour les personnes handicapées dans la fonction publique fédérale*⁹⁸ laquelle prévoit expressément l'engagement du Conseil du Trésor de fournir des mesures d'accommodement aux employés handicapés.

Aux États-Unis, l'existence d'obligations du même type à l'égard des personnes handicapées, imposées au gouvernement fédéral et à ses sous-traitants en vertu du *Rehabilitation Act of 1973*, a amené les tribunaux à considérer que l'État devait constituer un modèle en matière d'accommodement à l'égard des employés handicapés⁹⁹.

Outre les obligations particulières imposées par la loi, les établissements de services publics ont également des responsabilités envers l'ensemble de la collectivité. D'ailleurs, la nature des services qu'ils rendent à la population ainsi que le type de clientèle qu'ils desservent sont pris en compte lorsqu'il s'agit d'évaluer leurs obligations à l'égard du public¹⁰⁰. À titre d'exemple, la Cour suprême a pris acte de ces caractéristiques dans l'arrêt *Multani*¹⁰¹, où elle met en lumière la spécificité de l'école, une institution qui constitue « un environnement unique », « un milieu de vie où enseignants et élèves sont appelés à collaborer ». La Cour en a conclu que les particularités de ce milieu rendaient possible la gestion des risques, témoignant ainsi d'une approche juridique se voulant sensible à la mission propre de cette institution publique¹⁰².

⁹⁶ *Loi sur l'accès à l'égalité en emploi dans des organismes publics*, L.R.Q. c. A-2.01. Notons que la notion de « personne handicapée » à laquelle il est fait référence ici est plus restrictive que celle adoptée par la Cour suprême, en contexte de droit à l'égalité, dans l'arrêt *Ville de Montréal*, *supra* note 12.

⁹⁷ *Loi sur l'équité*, *supra* note 56. Ici encore, la notion de « personne handicapée » est plus restrictive que celle adoptée par la Cour suprême, en contexte de droit à l'égalité, dans l'arrêt *Ville de Montréal*, *ibid.*

⁹⁸ *Supra* note 56 et les commentaires s'y rapportant.

⁹⁹ Pamela S. Karlan et George Rutherglen, « Disabilities, Discrimination, and Reasonable Accommodation » (1996) 49 *Duke L.J.* 1 à la p. 28.

¹⁰⁰ Bosset, *supra* note 1 à la p. 166.

¹⁰¹ *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256 au para. 65.

¹⁰² Bosset, *supra* note 1 à la p. 166.

Toutefois, nous croyons qu'il faut se garder de confondre la mission de l'institution, à l'égard du public, et son statut d'employeur à l'égard de ses salariés. Si les particularités propres à l'institution doivent être prises en compte dans l'appréciation de l'étendue de son obligation d'accommodement à titre d'employeur, celles-ci ne doivent pas pour autant occulter le fait que les salariés, à la différence de la clientèle ou du public en général, ont une obligation contractuelle de fournir une prestation de travail.

Or, les employeurs du secteur public sont déjà généralement assujettis à une obligation d'accommodement très contraignante à l'égard de leurs employés en raison de leur taille et de leur marge de manœuvre budgétaire. Leur imposer une obligation encore plus grande pour le seul motif qu'ils sont financés par l'État nous apparaît faire fi de leur mission première qui consiste à fournir des services à la population et ce, en faisant une gestion efficace des fonds publics.

Dans une affaire impliquant une grande municipalité, le professeur Fernand Morin, agissant comme arbitre de griefs, devait décider si l'employeur avait rempli son obligation d'accommodement à l'égard d'une secrétaire atteinte de fibromyalgie et ayant présenté un taux d'absentéisme de 70 % durant les dix dernières années. Il répond par l'affirmative et rejette le grief de congédiement, non sans avoir pris soin d'émettre les propos suivants :

[...] l'accommodement souple et raisonnable qui s'impose à l'Employeur lorsque la salariée ne peut, pour des raisons majeures, tel l'exercice de droits fondamentaux inaliénables, assumer ses obligations professionnelles, *ne diffère pas d'intensité en fonction de la nature publique ou privée de l'entreprise*. Certes, la dimension de l'entreprise et les caractéristiques de ses activités peuvent faciliter ou limiter la recherche d'une voie de solution d'accommodement mais pas davantage. En d'autres termes, le fait, en l'occurrence, que l'Employeur soit la Ville de Montréal, ne saurait justifier une augmentation substantielle de cette même obligation dite d'accommodement. *S'il devait en être autrement, on détournerait indirectement la mission première de la Ville et partant, ses sources de financement et il s'ensuivrait ainsi soit directement, soit d'une manière occulte, un tel détournement. Il y aurait alors confusion des genres entre l'administration des services municipaux et les services sociaux qui peuvent relever d'autres institutions publiques*¹⁰³. [Nos italiques]

Ainsi, même s'ils doivent rencontrer de hauts standards de qualité en matière de droit à l'égalité, il ne faut pas pour autant nier aux employeurs

¹⁰³ *Syndicat des fonctionnaires municipaux de Montréal (SCFP) et Montréal (Ville de)*, [2007] R.J.D.T. 1880 au para. 7.

du secteur public le droit d'établir des exigences professionnelles justifiées qui leur permettront de mener à bien la mission d'intérêt public pour laquelle ils ont été constitués. Dans cette perspective, il nous semble que, par rapport à leurs employés, ils doivent demeurer assujettis aux mêmes critères relatifs à l'accommodement raisonnable que les employeurs du secteur privé et que toute exigence additionnelle à leur endroit devrait être imposée par l'assemblée législative elle-même et non par les tribunaux.

CONCLUSION

Traditionnellement, les employeurs du secteur public ont été considérés comme des employeurs de choix, offrant des conditions de travail à leurs employés qui sont généralement supérieures à celles rencontrées dans la plupart des entreprises du secteur privé. L'étude de la jurisprudence démontre que ces avantages se répercutent sur l'obligation d'accommodement étendue qui est requise de la part de ces employeurs à l'égard de leurs employés victimes de discrimination. En effet, la taille de ces entreprises ainsi que leur marge de manœuvre budgétaire, facteurs qui leur ont historiquement permis de fournir les meilleures conditions, sont également des critères pris en compte lorsqu'il s'agit d'établir les limites de l'accommodement raisonnable. Aussi, il n'est pas surprenant que la preuve d'une contrainte excessive se révèle souvent plus difficile à faire pour cette catégorie d'employeurs.

Afin de satisfaire à leur fardeau de preuve, ces employeurs devront généralement invoquer davantage que des motifs d'ordre financier ou organisationnel. Récemment, la Cour suprême a toutefois accordé une portée non négligeable aux clauses d'accommodement consensuelles, notamment celles contenues dans une convention collective de travail. Cette option pourrait constituer une avenue intéressante pour les entreprises du secteur public dans la mesure où elle entraîne un report du fardeau de la preuve sur les épaules du salarié. De plus, la Cour suprême a récemment reconnu clairement un autre tempérament à l'obligation d'accommodement, particulièrement utile en contexte de grande entreprise, en précisant que les mesures consenties doivent permettre à l'employé de fournir sa prestation de travail. Ainsi, indépendamment des coûts entraînés par la mesure d'accommodement, l'employeur aura démontré l'existence d'une contrainte excessive si l'employé n'est plus en mesure de remplir les obligations fondamentales rattachées à son contrat de travail, ce qui implique qu'il doive assurer à l'employeur une certaine productivité.

Cela dit, les employeurs du secteur public demeurent assujettis à une obligation d'accommodement contraignante et, par l'effet des lois

favorisant l'accès et le maintien en emploi des personnes faisant partie de certains groupes défavorisés, ils doivent montrer l'exemple aux employeurs du secteur privé. Toutefois, en cette ère où les gouvernements doivent plus que jamais rendre compte de leur gestion responsable des fonds publics, il apparaît important de rappeler que les employeurs du secteur public, tout comme ceux du secteur privé, sont en droit d'établir des exigences professionnelles raisonnables à l'égard des employés qui composent leur main-d'œuvre, de manière à réaliser le mandat que leur confie le législateur, dans l'intérêt public.