

LE BULLETIN

d'informations juridiques

par Anne Pineau, avocate au Service juridique de la CSN



Juin 2007

L'accommodement raisonnable en milieu de travail

Pour qu'il ne soit pas qu'un voeu pieux, le droit à l'égalité doit être assorti de certaines mesures de contraintes. Lorsqu'elle a créé l'obligation d'accommodement en 1985, la Cour suprême du Canada a souligné que:

«[...] une conséquence naturelle de la reconnaissance d'un droit doit être l'acceptation sociale de l'obligation générale de le respecter et de prendre des mesures raisonnables afin de le protéger.»¹

Son importance en droit du travail est certaine. S'il est un lieu où le droit à l'égalité se doit d'être reconnu c'est bien au travail, là où se passe une bonne partie des heures, des années de vie d'un individu.

«Pour que l'égalité ne soit pas un vain mot mais constitue un véritable contrat social, il faut que les citoyens la réalisent dans la vie quotidienne.»²

En intégrant aux milieux de travail et donc au quotidien de la plupart des gens on s'assure que le droit à l'égalité ne sera pas un droit «du dimanche», un droit qui ne sert que dans les grandes occasions.

Ce bulletin s'intéresse au concept d'accommodement raisonnable et à son application en droit du travail. Qu'est-ce qu'un accommodement raisonnable? Qu'est-

ce qu'une contrainte excessive? Nous abordons le rôle du syndicat, l'obligation de collaboration du salarié et le fardeau de preuve en arbitrage. Un survol de la jurisprudence illustre comment le concept d'accommodement a permis une véritable reconnaissance du droit à l'égalité au travail notamment pour les femmes et les personnes souffrant d'un handicap. Une emphase particulière sera d'ailleurs mise sur le handicap. Finalement, l'impact de l'obligation d'accommodement sur le devoir de représentation du syndicat sera brièvement abordé.

Des normes d'emploi respectueuses des individus

L'obligation d'accommodement assure le triomphe de l'individu sur la norme. Bien sûr les normes sont importantes: elles évitent l'arbitraire. En matière d'emploi elles fixent les attentes en termes de compétence, d'aptitude, de disponibilité, de polyvalence, de sécurité. Mais la norme peut aussi se montrer tyrannique: ou vous entrez dans le moule ou c'est la porte.

C'est cet aspect intransigeant de la norme que l'obligation d'accommodement vient contrecarrer. Pour y arriver, la Cour suprême a choisi en 1999 d'intégrer l'accommodement dans les normes de travail: un employeur doit tenir compte des individus et de leurs différences lorsqu'il élabore ses exigences d'emploi:

«Les employeurs [...] sont maintenant requis, dans tous les cas, de tenir compte dans leurs normes des caractéristiques des

1. Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears, [1985] 2 R.C.S. 536, page 554
2. DRAPEAU, MAURICE, L'évolution de l'obligation d'accommodement à la lumière de l'arrêt Meiorin», [2001] 61 R. du B. 299, page 301

groupes touchés, au lieu de maintenir des normes discriminatoires complétées par des mesures d'accommodement pour ceux qui ne peuvent pas y satisfaire.»³

La norme elle-même ne sera donc valable que si elle intègre cet accommodement. L'optique s'en trouve totalement changée puisque l'accommodement devient le problème d'abord de l'employeur et non du salarié. L'arbitre François Blais notait récemment:

«[...] il s'agit donc d'une incorporation plutôt que d'une exception à la règle. Ceci oblige donc l'employeur à concevoir le droit à l'égalité non pas comme une exception à la règle mais comme une façon d'accepter la différence.»⁴

Discrimination

L'obligation d'accommodement est une règle applicable en matière de discrimination. Or toute distinction n'est pas une discrimination. Seules les distinctions relatives à un motif prohibé sont visées. L'article 10 de la charte québécoise énonce:

«10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la **race**, la **couleur**, le **sexe**, la **grossesse**, l'**orientation sexuelle**, l'**état civil**, l'**âge** sauf dans la mesure prévue par la loi, la **religion**, les **convictions politiques**, la **langue**, l'**origine ethnique** ou **nationale**, la **condition sociale**, le **handicap** ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.»

Pour établir l'existence d'une discrimination, trois éléments sont nécessaires. Il faut démontrer:

«1) qu'il existe une «distinction, exclusion, ou préférence»,

3. *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868, para. 19 (arrêt *Grismer*)
4. *Soleno inc. c. Métallurgistes unis d'Amérique*, 2005 Canlii 55297, para. 196 (2005T-1114)

- 2) que cette «distinction, exclusion ou préférence» est fondée sur l'un des motifs énumérés au premier alinéa de l'art. 10 de la charte québécoise, et
- 3) que cette «distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre» le «droit à l'égalité dans la reconnaissance et l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne.»⁵

La discrimination est interdite tant à l'embauche qu'en cours d'emploi. Finalement, l'article 20 de la charte québécoise indique qu'une distinction fondée sur les qualités ou aptitudes requises par un emploi n'est pas discriminatoire. C'est ce qu'on appelle l'exigence professionnelle justifiée (EPJ). Mais pour qu'une norme se qualifie comme EPJ, elle doit passer avec succès le test de l'arrêt *Meiorin*.⁶

Le test de l'arrêt *Meiorin*

Meiorin, c'est le nom d'une pompière d'élite de Colombie-Britannique. Un jour son employeur décide de la soumettre, elle et les autres pompiers à son emploi, à des épreuves de capacité physique. Ayant échouée à l'un des tests, madame *Meiorin* sera congédiée. Pourtant elle faisait le travail depuis 3 ans sans problème. La faute qui lui valu ce congédiement sera d'avoir couru le 2,5 km en 49 secondes **de trop** par rapport à la norme exigée. Or cette norme, discriminatoire à l'endroit des femmes en raison de leur capacité aérobique moindre, sera invalidée par la Cour suprême. La Cour en profitera pour établir un test en 3 étapes servant à vérifier si une norme d'emploi peut se justifier.

«L'employeur peut justifier la norme contestée en établissant selon la prépondérance des probabilités:

5. *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525, page 538
6. Notons que les entreprises fédérales sont régies par la Loi canadienne des droits de la personne qui comporte des dispositions similaires (articles 3, 7, 10 et 15). La jurisprudence relative à l'obligation d'accommodement élaborée par la Cour suprême s'applique tant au provincial qu'au fédéral.

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

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

(3) que la norme est **raisonnablement nécessaire** pour réaliser ce but légitime lié au travail. Pour prouver que la norme est raisonnablement nécessaire, il faut démontrer qu'il est **impossible de composer** avec les employés qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur **sans** que l'employeur subisse **une contrainte excessive.**⁷

Une exigence de travail doit donc être requise de bonne foi et avoir un lien avec l'emploi. Le «lien» concerne l'objectif poursuivi par l'employeur (assiduité, sécurité, compétence, efficacité, etc.) L'exigence doit de plus être raisonnablement nécessaire et c'est là que se situera l'accommodement raisonnable.

À titre d'exemple, l'exigence de parler anglais peut:

- avoir un lien avec l'emploi de vendeur dans un magasin où viennent occasionnellement des clients anglophones;
- être requises de bonne foi;
- mais il peut être exagéré d'exiger une parfaite connaissance de l'anglais écrit et parlé; de même, il pourrait être suffisant qu'un seul vendeur par équipe de travail soit à même de parler anglais; l'exiger de tous pourrait s'avérer excessif et constituer un manquement à l'obligation d'accommodement.

Dans l'arrêt *Meiorin*, l'employeur fut incapable de démontrer en quoi le fait de courir en 11 minutes 49 secondes plutôt qu'en 11 minutes le parcours de 2.5 kilomètres posait un risque à la sécurité de madame Meiorin, de ses collègues ou du public. La norme d'emploi était exagérée en plus de ne pas tenir compte

7. Colombie-Britannique (*Public Service Employee Relations Commission*) c. *BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (arrêt *Meiorin*), para. 54

des différences physiologiques entre hommes et femmes. Elle était donc discriminatoire.

La Cour propose un questionnaire pour vérifier si l'accommodement raisonnable est rencontré:

«Parmi les questions importantes qui peuvent être posées au cours de l'analyse, il y a les suivantes:

a) L'employeur a-t-il cherché à trouver des méthodes de rechange qui n'ont pas d'effet discriminatoire, comme les évaluations individuelles en fonction d'une norme qui tient davantage compte de l'individu?

b) Si des normes différentes ont été étudiées et jugées susceptibles de réaliser l'objet visé par l'employeur, pourquoi n'ont-elles pas été appliquées?

c) Est-il nécessaire que tous les employés satisfassent à la norme unique pour que l'employeur puisse réaliser l'objet légitime qu'il vise, ou est-il possible d'établir des normes qui reflètent les différences et les capacités collectives ou individuelles?

d) Y a-t-il une manière moins discriminatoire d'effectuer le travail tout en réalisant l'objet légitime de l'employeur?

e) La norme est-elle bien conçue pour que le niveau de compétence requis soit atteint sans qu'un fardeau excessif ne soit imposé à ceux qui sont visés par la norme?

f) Les autres parties qui sont tenues d'aider à la recherche de mesures d'accommodement possibles ont-elles joué leur rôle? [...]»⁸

Qu'est-ce que l'obligation d'accommodement?

C'est le fait d'assouplir, d'adapter une norme – par ailleurs justifiée – pour ne pas exclure inutilement certaines personnes du milieu de travail. Mais on aurait tort d'y voir une obligation d'abaisser la norme au point qu'elle n'assure plus la sécurité ou l'efficacité ou la qualité du travail. L'obligation d'accommodement n'a pas pour objet la création de normes à rabais.

8. Idem, para. 65

«[...] [Les parties] ne devraient pas être obligés d'«abaisser leurs normes» lorsque celles-ci constituent «un seuil minimal» pour atteindre les objectifs légitimes qu'ils sont parfaitement en droit de choisir et de définir.

[...]

En clair, qui dit accommodement dit généralement adaptation d'une règle ou d'une exigence, par opposition à son abandon pur et simple, «pour tenir compte des besoins particuliers de certaines minorités». Par sa nature même, la notion d'accommodement relève donc davantage du domaine de l'ajustement ou de l'assouplissement que du démantèlement.»⁹

L'accommodement raisonnable varie d'un cas à l'autre. Il dépendra de la personne à accommoder, du motif de distinction, de l'entreprise (sa situation, sa dimension, ses ressources, etc.). Bref c'est une règle qui peut donner des maux de tête. L'auteur Brunelle souligne que cette imprécision est nécessaire si on veut permettre à la règle de se développer sans carcan.

«Pour tout dire, l'emploi de la notion floue pallie l'impossibilité de prévoir toutes les situations, tous les détails, toutes les circonstances, leurs évolutions et modifications éventuelles.»¹⁰

Une chose est certaine cependant: l'accommodement se doit d'être raisonnable, ce qui signifie sans contrainte excessive:

«Par ailleurs, il est manifeste aujourd'hui que les expressions «raisonnables» et «sans imposer de contrainte excessive», qui viennent limiter cette obligation d'accommodement, ne forment pas des «critères indépendants» mais bien «différentes façons d'exprimer le même concept».¹¹

Qu'est-ce qu'une contrainte excessive?

C'est un accommodement déraisonnable! Mais comment établir qu'un accommodement dépasse les

9. BRUNELLE, Christian, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, pages 243-244; Voir aussi *Syndicat des fonctionnaires municipaux de Montréal (Laporte) c. Montréal*, 2007T-96

10. BRUNELLE, précité note 9, page 241

11. BRUNELLE, précité note 9, page 244

bornes? La Cour suprême a maintes fois répété que les efforts d'accommodement doivent être sérieux.

«[...] Il faut plus que de simples efforts négligeables pour remplir l'obligation d'accommodement. L'utilisation de l'adjectif «excessive» suppose qu'une certaine contrainte est acceptable; seule la contrainte «excessive» répond à ce critère. Les mesures que l'auteur de la discrimination doit prendre pour s'entendre avec le plaignant sont limitées par les expressions «raisonnables» et «sans s'imposer de contrainte excessive». Il s'agit là non pas de critères indépendants, mais de différentes façons d'exprimer le même concept. Ce qui constitue des mesures raisonnables est une question de fait qui variera selon les circonstances de l'affaire.»¹²

Les facteurs à prendre en compte concernent essentiellement l'entrave à l'exploitation de l'entreprise, les coûts excessifs et la sécurité:

«[...] le coût financier, l'atteinte à la convention collective, le moral du personnel et l'interchangeabilité des effectifs et des installations. L'importance de l'exploitation de l'employeur peut jouer sur l'évaluation de ce qui représente un coût excessif ou sur la facilité avec laquelle les effectifs et les installations peuvent s'adapter au gré des circonstances. Lorsque la sécurité est en jeu, l'ampleur du risque et l'identité de ceux qui le supportent sont des facteurs pertinents.»¹³

Récemment dans *Via Rail*, la Cour suprême indiquait:

«[130] [...] 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 irréalisables.»¹⁴

Une contrainte sera excessive si elle est disproportionnée, illégitime, immodérée ou oppressive¹⁵.

12. *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970 (arrêt Renaud), page 984

13. *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, page 521

14. *Conseil des Canadiens avec déficiences c. Via Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15

15. Idem, para. 140

L'auteur Christian Brunelle offre quelques pistes permettant de déceler une contrainte excessive.

«Sans aspirer d'aucune façon à une énumération exhaustive, il n'est peut être pas sans intérêt de dresser, par catégories, les principaux critères dégagés par la législation, la réglementation, la jurisprudence ou la doctrine, d'ici ou d'ailleurs:

1) Les limites aux ressources financières et matérielles

- . le coût réel de l'accommodement demandé;
- . les sources extérieures de financement (prêts, subventions, crédit d'impôt 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'oeuvre, 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'adaptation 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;
- . l'effet bénéfique de l'accommodement sur les autres employés;
- . la durée et l'étendue de l'accommodement ...

Si ces critères sont d'une pertinence indéniable pour déterminer la raisonnable d'une demande d'accommodement d'autres facteurs ont été carrément exclus de l'analyse en raison de leur nature peu probante. Ainsi en est-il des arguments fondés sur la simple commodité administrative, les préférences de

la clientèle, la crainte de créer un précédent ou encore la menace d'être exposé à un recours civil, tel un grief, intenté pour contrer une éventuelle mesure d'accommodement.»¹⁶

Revoyons quelques-uns de ces facteurs plus en détail.

1. Les coûts

L'impact financier doit s'évaluer à l'échelle de l'entreprise et non par établissement ou succursale. Ce point de vue vient d'être confirmé dans l'arrêt *Via Rail* où la Cour suprême tient compte du budget global de l'entreprise pour évaluer si *Via Rail* peut, sans contrainte excessive, aménager des trains pour les personnes en fauteuils roulants. De même dans une cause impliquant le Centre local d'emploi de Rawdon, l'arbitre note:

«[94] 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 événements.»¹⁷

Par ailleurs, il est «*beaucoup trop facile*» comme le souligne la Cour suprême dans l'arrêt *Grismer* de se cacher derrière les coûts:

«[41] [...] 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**

16. BRUNELLE, précité note 9, pp. 248-251

17. *SFPQ (Sauvé) c. Québec (Ministère de la Solidarité sociale)*, 2005 Canlii 9699

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 coûts.»¹⁸

Le seul fait donc qu'une mesure soit coûteuse n'est pas un argument. Autrement, il faudrait reconnaître que l'égalité doit se faire à coût nul. Or ce n'est pas là le sens de la jurisprudence de la Cour suprême.

Ainsi le fait qu'un retour progressif au travail puisse entraîner des coûts à l'entreprise ne constitue pas une excuse surtout pour une entreprise de taille.¹⁹

De même la possibilité qu'un retour au travail après une longue absence permette à un salarié de se requalifier à l'assurance-invalidité ne représente pas un obstacle de coûts suffisant comme le note la Cour supérieure:

«[45] Le Tribunal est d'opinion que le fait pour l'employeur, tel que prévu à la convention collective, d'acquitter elle-même ses prestations durant la période précitée n'aurait pas constitué pour cette dernière une contrainte excessive, d'autant plus que la considération financière, selon les procureurs, est d'environ 35 000 \$.»²⁰

2. Risques et sécurité

Le seul fait qu'il présente un risque, même grave, n'autorise pas l'employeur à écarter un salarié du travail. Il ne pourra le faire que si l'accommodement nécessaire à sa condition entraîne une contrainte excessive.

«Il ressort nettement de l'arrêt Meiorin que l'idée de longue date que le «risque suffisant» peut justifier une norme discriminatoire ne s'applique plus. Il est toujours possible d'examiner le risque sous l'angle de la contrainte, mais non comme un élément indépendant qui justifie la discrimination.»²¹

18. Précité note 3, para. 41

19. *Langlois c. Gaz Métropolitain*, 2004 QCCRT 267; requête en révision judiciaire rejetée 2006T-117

20. *Syndicat de l'enseignement de la Chaudière c. Côté*, 2004T-884 (2004 Canlii 6185); permission d'appel rejetée

21. *Grismer*, précité note 3, para 30

Par ailleurs, le risque doit être objectif, pas seulement spéculatif. De simples appréhensions sont insuffisantes. Qui plus est, il existe toujours un risque à toute activité. On ne saurait exiger la garantie que la personne ne présente aucun risque.

«[69] Il faut se rappeler que le Collège avait exigé du Dr Guérin l'absence de **tout doute** quant à la capacité de Smith d'accomplir ses tâches d'enseignant à temps complet. Aurait-il eu la même exigence vis-à-vis un salarié en rémission totale d'un cancer dévastateur? Rappelons-nous qu'il ne peut y avoir de garantie en matière de santé.»²²

La Commission ontarienne des droits de la personne propose d'examiner les critères suivants aux fins d'établir la raisonnable d'un risque.

- la nature du risque
 - quelles seraient les conséquences préjudiciables?
- la gravité du risque
 - quelle serait la gravité des conséquences?
- la probabilité du risque
 - quelle est la probabilité que les conséquences préjudiciables se produisent?
 - s'agit-il d'un risque réel, ou purement hypothétique ou spéculatif?
 - ces conséquences pourraient-elles se produire souvent?
- l'étendue du risque
 - quelles sont les personnes qui subiront les conséquences de ce risque?

Ces quatre facteurs doivent être examinés ensemble afin d'établir la gravité du risque. Si les conséquences préjudiciables éventuelles sont légères et peu susceptibles de se produire, le risque ne doit pas être considéré comme grave. Un risque menaçant la sécurité du grand public doit être évalué selon le critère de l'étendue, alors que les conséquences préjudiciables possibles doivent être examinées selon le critère de la probabilité.

On ne peut établir la gravité du risque qu'après avoir déployé des efforts d'adapta-

22. *Cegep John Abbott c. Syndicat du Collège John Abbott*, 2004 Canlii 10536 (2004T-779)

tion, en supposant que toutes les précautions qui s'imposaient ont été prises.»²³

Selon la Cour suprême, «des éléments de preuve constitués d'anecdotes ou d'impressions relativement à l'ampleur du risque» sont insuffisants²⁴. Bref, il ne suffit pas d'affirmer qu'un risque existe, il faut le prouver.

3. Entrave aux activités de l'entreprise

La charte n'a pas pour objet de forcer un redécoupage de la carte du personnel et des postes. On le verra un peu plus loin mais mentionnons immédiatement que la pure création de postes compatibles avec les limitations fonctionnelles n'est pas reconnue comme accommodement raisonnable pas plus que le maintien ou la création de postes inutiles ou improductifs. En revanche, l'employeur doit être prêt à assouplir ou à renoncer à l'application de certaines règles (ex.: rotation des postes, horaire sur des «shifts» (quarts), etc.) ou à fournir des équipements pour faciliter le travail. Bien sûr, le caractère excessif de l'accommodement sera évalué cas par cas.

Le rôle du syndicat

L'arrêt *Renaud*²⁵, rendu en 1992, marque un moment important dans l'histoire de l'obligation d'accommodement. La Cour suprême vient alors indiquer au syndicat qu'il n'est pas un simple spectateur en matière d'accommodement.

«Si une entente raisonnable n'est possible qu'avec la collaboration du syndicat et que celui-ci bloque les efforts de l'employeur pour supprimer ou atténuer l'effet discriminatoire, le syndicat devient partie à la discrimination.

[...]

Il ne peut se comporter comme s'il était un spectateur et affirmer que la situation de

23. Commission ontarienne des droits de la personne, *Politique et directives concernant le handicap et l'obligation d'accommodement*, 23 novembre 2000, : para. 4.3.3.(b) (disponible en français sur le site de la Commission <http://www.ohrc.on.ca>)

24. *Meiorin*, précité note 7, para. 79

25. *Renaud*, précité note 12

l'employé est une question qu'il appartient strictement à l'employeur de régler. [...] "La discrimination dans le milieu de travail est l'affaire de tout le monde".»²⁶

Dans cette affaire, le syndicat avait refusé tout réaménagement d'horaire qui aurait permis à un adventiste du 7^e jour de ne pas travailler le samedi comme sa religion le requiert. Le syndicat ayant exigé le respect intégral de la convention collective, il sera condamné conjointement avec l'employeur pour discrimination. La Cour souligne la nature particulière de la contrainte excessive du point de vue du syndicat et qui tient à son rôle de représentant des salariés:

«[...] La principale crainte que soulèvent les conséquences de mesures d'accommodement concerne non pas, comme dans le cas de l'employeur, les coûts ou l'interruption qui peuvent en résulter pour l'entreprise du syndicat, mais plutôt l'effet sur d'autres employés. L'obligation d'accommodement ne devrait pas substituer la discrimination envers d'autres employés à la discrimination subie par le plaignant. Toute atteinte importante aux droits d'autrui justifiera normalement le refus du syndicat de consentir à une mesure qui aurait cet effet. Quoique le critère de la contrainte excessive s'applique au syndicat, on y satisfera souvent en démontrant que l'adoption des mesures d'accommodement proposées causera un préjudice à d'autres employés.»²⁷

Le syndicat se voit donc conférer le droit d'être en désaccord avec une mesure qui brimerait les droits des autres employés qu'il représente. Toutefois, encore faut-il qu'il s'agisse d'une atteinte importante à ces droits.

«La crainte de l'effet sur d'autres employés [...] est un facteur à considérer pour déterminer si l'ingérence dans l'exploitation de l'entreprise de l'employeur serait excessive. Toutefois, il faut établir l'existence de plus qu'un inconfort négligeable pour pouvoir contrecarrer le droit de l'employé à un accommodement. L'employeur doit démontrer que l'adoption de mesures d'accommodement entraînera une atteinte réelle, non pas anodine mais importante, aux

26. *Renaud*, précité note 12, page 991

27. *Renaud*, précité note 12, pages 991-992

droits d'autres employés. *L'atteinte ou l'inconvénient minimes sont le prix à payer pour la liberté de religion dans une société multiculturelle.»²⁸*

La Cour mentionne aussi le fait qu'une mesure peu dispendieuse pour l'employeur, et donc raisonnable de son point de vue, pourra s'avérer une contrainte excessive pour le syndicat.

«[...] Si la mesure proposée est la moins dispendieuse ou la moins perturbatrice pour l'employeur, mais qu'elle vient perturber la convention collective ou affecter autrement les droits d'autres employés, on conclura généralement que l'employeur n'a pas agi déraisonnablement en refusant son consentement. Il va sans dire que cela présuppose qu'il était possible de prendre d'autres mesures d'accommodement raisonnables qui ne mettaient pas en cause la convention collective ou la perturbaient moins. En pareille circonstance, le syndicat ne peut être dégagé de son obligation s'il n'a pas proposé d'autres mesures possibles qui, d'après lui, sont moins onéreuses.»²⁹

Cette précision est importante. On peut craindre en effet que l'employeur recherche la mesure la plus facile pour lui et qui consistera souvent à faire supporter aux seuls salariés le poids de l'accommodement. Ainsi dans l'affaire *Spreitzer*³⁰, le syndicat était prêt à convenir d'un aménagement d'horaire pour motifs religieux: il exigeait cependant que les salariés affectés à l'horaire du samedi en lieu et place du salarié accommodé soient payés à temps double. L'employeur ayant refusé, la Cour d'appel estime que le syndicat était dès lors en droit de refuser l'accommodement.

Par ailleurs, lorsque plusieurs alternatives existent, celles ne portant pas atteinte à la convention collective devraient d'abord être utilisées même s'il en coûte plus cher à l'employeur. C'est en dernier ressort que l'employeur peut interpeller le syndicat.

28. *Renaud*, précité note 12, pages 984-985; Voir aussi *Bombardier*, 2006T-258 pour un exemple où on conclut à une atteinte anodine

29. *Renaud*, précité note 12, page 992

30. *SCEP, local 2995 c. Spreitzer*, [2002] R.J.Q. 111 (200T-138), para. 87

«Dans la deuxième situation où le syndicat ne contribue pas initialement à une discrimination, mais où, par son absence de collaboration, il empêche d'en arriver à un compromis raisonnable, l'employeur doit étudier à fond d'autres mesures d'accommodement avant qu'on puisse s'attendre à ce que le syndicat aide à trouver ou à mettre en preuve une solution. L'obligation du syndicat ne naît que lorsque sa participation est nécessaire pour rendre l'accommodement possible et qu'aucune autre solution raisonnable n'a été trouvée ou n'aurait pu raisonnablement être trouvée.»³¹

On entend par «droits des autres employés» tant ceux résultant de la charte et des lois que ceux découlant de la convention collective. La contrainte excessive pourra ainsi résulter d'un non respect de l'ancienneté, d'un alourdissement des tâches ou d'une modification de l'horaire des autres salariés. Comme le résume Brunelle:

«[...] Bref, tout droit auquel une mesure d'accommodement risque de porter atteinte devrait être pris en considération pour juger de la raisonabilité du compromis projeté.

Parmi les nombreux droits qui peuvent être affectés négativement par l'implantation d'une mesure d'accommodement, on peut inclure l'alourdissement de la tâche des autres employés appelés, par exemple, à exécuter une partie des fonctions de la personne accommodée. L'exposition d'un salarié à un risque plus grand pour sa santé ou sa sécurité en raison de la nécessité, pour lui, de travailler avec le collègue qui sollicite un accommodement particulier en est une autre illustration. L'acceptation forcée d'un horaire de travail moins avantageux, la renonciation à une promotion attendue ou la mutation à un autre poste sont aussi du nombre des effets potentiels qu'un arrangement proposé pourrait avoir sur autrui.»³²

Mais, le préjudice aux droits des autres employés ne doit pas être confondu avec le ressentiment fondé sur les préjugés ou le manque d'information.

31. *Renaud*, précité note 12, page 993

32. *BRUNELLE*, précité note 9, page 261; voir aussi *Soleno*, précité note 4, para. 277

«L'on a maintes fois référé au "moral du personnel" pour désigner ce critère d'évaluation du degré de contrainte. L'expérience révèle cependant que l'effet "démoralisant" qu'une mesure d'accommodement entraîne sur les collègues de travail peut souvent être un pur produit des stéréotypes ou des préjugés qu'ils entretiennent ou du ressentiment qui les anime. À bon droit, les tribunaux ont donc reformulé ce critère d'analyse pour décourager, sans équivoque, "les oppositions fondées sur des attitudes incompatibles avec les droits de la personne". À cet égard, l'on ne devrait plus confondre l'atteinte au "moral des employés" et l'atteinte à leurs "droits".»³³

À cet égard, les parties à la convention collective ont un rôle certain d'éducation et de sensibilisation. Une mesure d'accommodement raisonnable peut facilement faire figure de passe-droit injustifié pour le compagnon de travail mal informé. Il importe dès lors que la mesure consentie soit expliquée.

Plastiques TPI illustre l'importance qu'il y a d'informer le reste du personnel. L'arbitre fait droit au grief d'une salariée mise à pied parce qu'elle ne pouvait accomplir une certaine tâche en rotation en raison de crise de panique. Plutôt que de l'en dispenser et de l'affecter ailleurs, l'employeur l'avait mise à pied pour la période saisonnière où s'effectuait cette tâche. À l'employeur qui soutenait que la dispense serait vue comme un traitement de faveur, l'arbitre répond:

«[173] [...] il n'est que justice que la réclamante puisse désormais bénéficier d'un traitement différent des autres employés puisqu'elle n'est pas placée dans la même situation qu'eux.

[174] Dans les circonstances, j'estime que le mécontentement passé des collègues de travail de la réclamante s'explique par le manque d'informations pertinentes et je suis convaincu que, lorsqu'ils seront correctement informés, ce mécontentement fera place à la compréhension. Si ce n'était pas le cas, il faudra conclure que la réaction des employés reproduit des préjugés et des stéréotypes qui doivent être écartés afin de favoriser les droits fondamentaux à l'égalité de la réclamante, garantis par la charte.»³⁴

33. BRUNELLE, précité note 9, page 259

34. *Plastiques T.P.I. c. Syndicat des travailleurs du plastique de Coaticook*, [2005] R.J.D.T. 504 (2005T-165)

Dans l'arrêt *Meiorin*, le moral des troupes était aussi invoqué; la Cour balaie l'argument en ces termes:

« La Cour d'appel a indiqué que le fait de composer avec les femmes en leur permettant de satisfaire à une norme aérobique moindre que celle des hommes constituerait de la "discrimination à rebours". En toute déférence, je ne suis pas de cet avis. Comme notre Cour l'a conclu à maintes reprises, l'égalité consiste essentiellement à être traité en fonction de son propre mérite, de ses propres capacités et de sa propre situation. L'égalité véritable exige de tenir compte des différences [...]. Une norme aérobique différente qui permet de déceler les femmes qui pourraient exécuter le travail de manière sûre et efficace n'est donc pas nécessairement discriminatoire envers les hommes.»³⁵

Dans *Commission scolaire régionale Chambly*³⁶, l'employeur soutenait que l'octroi d'un congé payé à des fins religieuses (Yom kippour) créait une discrimination à rebours envers les autres employés. La Cour rejette là encore l'argument.

Dans *Turpin c. International Air Transport Association*³⁷, la salariée souffrant d'un cancer devait prendre des médicaments affectant son sommeil. De nombreux retards au travail étant survenus, l'employeur mis fin à son emploi, refusant de lui octroyer un horaire modifié. Il prétendait que cela aurait incommodé les autres employés. L'arbitre rejette cette thèse qu'il attribue à un manque d'information.

Ces décisions reposent sur la distinction à faire entre l'égalité formelle et l'égalité réelle. La jurisprudence canadienne en matière de droit à l'égalité s'est élaborée sur l'idée que l'égalité ne signifie pas toujours un traitement identique. En fait, traiter tout le monde sur le même pied c'est en général la meilleure façon d'être inéquitable parce que tout le monde n'est pas dans la même situation. La véritable égalité consiste à appliquer un traitement qui tienne compte des différences.

«[...] Il est, en effet, des circonstances où la véritable égalité exige que des personnes ou des groupes soient traités différemment, afin de

35. *Meiorin*, précité note 7, para. 81

36. Précité note 5

37. [2004] R.J.D.T. 873 (2004T-536)

respecter les différences entre les individus et de répondre à leurs besoins spécifiques. On trouve là le fondement de l'obligation d'accommodement en tant que moyen de prendre en considération les différences entre les personnes pour assurer un véritable traitement égal.»³⁸

Cela dit un traitement adapté à la situation de la personne ne doit pas être confondu avec un traitement meilleur ou complaisant.³⁹

Obligation du salarié

Si le syndicat ne doit pas gêner les efforts d'accommodement de l'employeur, le salarié lui aussi doit faire preuve de souplesse dans la recherche d'une solution.

«Lorsque l'employeur fait une proposition qui est raisonnable et qui, si elle était mise en oeuvre, remplirait l'obligation d'accommodement, le plaignant est tenu d'en faciliter la mise en oeuvre. Si l'omission du plaignant de prendre des mesures raisonnables est à l'origine de l'échec de la proposition, la plainte sera rejetée. [...] Le plaignant ne peut s'attendre à une solution parfaite.»⁴⁰

Dans *Ville de Contrecoeur*, le plaignant se verra reprocher son entêtement. Des problèmes d'insomnie l'empêchant de travailler de nuit, l'employeur lui avait offert un poste de jour mais à temps partiel. Le salarié refusait de revenir au travail si on ne lui donnait pas un temps plein. Il sera en conséquence congédié. L'arbitre rejette le grief en notant:

[94] Dans le contexte du devoir d'accommodement, il faut toutefois ajouter que l'acceptation du salarié ne peut, elle aussi, contrevenir à son propre devoir d'accommodement, c'est-à-dire qu'il ne peut refuser des modifications de ses conditions de travail, si elles sont raisonnables et pertinentes à sa condition médicale, affectant sa capacité de travailler.

38. DRAPEAU, précité note 2, page 301

39. Voir *Better Beef c. UFCW*, [1994] 42 LAC (4TH) 244, page 257, *C.H. St-Georges*, 2006T-942 et *Centre de santé Ste-Famille*, 2006 Canlii 29640

40. *Renaud*, précité note 12, pages 994-995

[...]

[98] L'employeur a certes ici rencontré son obligation, d'autant plus que sans proposer une quelconque avenue, en temps opportun, le plaignant lui a mis les bâtons dans les roues en maintenant une position rigide, dans laquelle il était le seul bénéficiaire, alors que tous les autres devaient payer un prix pour le satisfaire allant même jusqu'à la perte d'un emploi. Le devoir d'accommodement ne va pas jusque là. C'est monsieur Bouchard qui alléguait une maladie et c'est pour lui qu'une solution était recherchée.»

et

«[52] La vision du plaignant du devoir d'accommodement, est opposée au principe même de ce devoir, soit d'obliger tous et chacun à faire des compromis raisonnables, compte tenu des circonstances de l'espèce, donc nécessairement en regard des conditions de travail.»⁴¹

Le salarié accommodé doit donc être prêt à certaines concessions comme un changement d'horaire ou de poste. Dans une affaire de SFFM, une salariée incapable de composer avec le stress en raison d'un handicap avait été rétrogradée. L'arbitre estimera la mesure inappropriée, l'employeur n'ayant pas fait d'efforts réels pour trouver une solution respectant les compétences professionnelles de la salariée⁴². Par la suite, l'employeur offrira trois postes à la salariée. Dans une seconde sentence, l'arbitre Fernand Morin jugera que madame devait faire preuve de collaboration et accepter l'un des trois postes. L'arbitre souligne:

«En clair, la plaignante ne peut, selon sa seule volonté, choisir le poste qu'elle souhaiterait détenir comme s'il s'agissait d'un «libre service». D'autre part, à titre d'arbitre, nous ne disposons pas de l'autorité nécessaire à l'imposition d'une obligation formelle à constituer un poste particulier répondant parfaitement au profil de Mme [...]»⁴³

41. *Ville de Contrecoeur c. S.E. municipaux de Contrecoeur*, 2003T-292, para. 94, 98 et 52

42. *SFMM c. Montréal*, 2006 R.J.D.T. 1246 (2006T-584)

43. 2007T-30, p. 9; voir sur l'obligation de collaborer, *Intragaz*, 2006T-301, *Ville de Côte St-Luc*, 2006T-1056, *Société canadienne des postes*, 2007T-138, *Termaco*, 2006T-617

Une obligation continue

L'obligation d'accommodement est une obligation continue. Ainsi l'état de santé d'une personne étant susceptible d'évoluer, un accommodement impossible à un certain moment, pourra devenir réalisable avec le temps.

Comme l'indique l'arbitre François Blais :

«[116] Compte tenu de l'étendue de la notion de « handicap », cette condition n'est pas établie dans le temps, comme c'est le cas par exemple du motif de l'origine ethnique, de la race ou du sexe. Par conséquent, il est aussi probable que cette condition soit susceptible de varier au fil du temps, soit de s'améliorer soit de se détériorer. Ceci implique donc certaines adaptations aux mesures d'accommodement possibles.»⁴⁴

Il en va de même de l'entreprise qui elle aussi évolue et dont les possibilités d'accommodement peuvent varier en fonction de la conjoncture économique.

De la même façon, le fait d'avoir accommodé une fois le salarié ne libère pas l'employeur de tout autre accommodement futur: il ne s'agit pas d'un «onetime shot».

Ainsi dans *Re Siemens VDO Automotive*, un salarié qui avait déjà obtenu un poste de jour en raison de son diabète, se verra reconnaître le droit de postuler et d'être accommodé sur un autre poste qu'il convoite. Comme le souligne l'arbitre:

«[...] I agree with the Union's submission that such duty is on-going and is not extinguished by the fact the employee is being accommodated in another position.»⁴⁵

Le salarié ne pourrait, d'autre part, prétendre au droit acquis à un accommodement particulier. C'est du moins ce que décidait récemment l'arbitre Denis

44. *Termaco c. Métallurgistes unis d'Amérique*, loc. 8896, 2006T-617

45. 154 LAC (4th) 372 (10 août 2006), arbitre M.V. Walters, page 383; dans *CUS McGill*, [2007] CSC 4, la juge Deschamps indique: «*Tout au long de la relation d'emploi l'employeur doit s'efforcer d'accommoder l'employé.* » para. 22

Provençal.⁴⁶ Un salarié se plaignait d'une modification de l'horaire obtenu dans le cadre d'un accommodement pour handicap. Or le nouvel horaire respectait les limitations fonctionnelles du salarié tout en étant plus conforme à la convention collective. L'arbitre rappelle qu'un accommodement qui respecte la convention collective doit, lorsqu'il existe, être préféré à celui qui s'en écarte.

«[...] Il faut privilégier les mesures d'accommodement qui s'accordent avec les règles qu'ont négociées les parties d'autant plus qu'elles ont été sanctionnées par la majorité des salariés de l'unité de négociation par scrutin secret. C'est, à mon humble avis, la première démarche qui s'impose en matière d'accommodement en présence d'une convention collective.

[...]

*Madame Pépin ne peut invoquer un droit acquis au même horaire de travail qu'elle bénéficiait avant le 22 août. **Les mesures d'accommodement ne sont pas immuables et elles peuvent connaître des modifications selon les circonstances. L'amélioration ou la détérioration de l'état de santé de la personne bénéficiaire de la mesure d'accommodement, les mesures d'accommodement passées ou futures accordées à d'autres salariés, les changements dans les moyens et méthode de production ainsi que la santé économique de l'entreprise peuvent avoir, entre autres facteurs, une incidence sur les mesures d'accommodement consenties à un salarié à une époque déterminée.***»

Une obligation qui se discute

À l'occasion, des employeurs ont tenté de convaincre l'arbitre que tous les accommodements possibles avaient été envisagés dans le dossier, bien que le salarié n'en ait jamais été avisé! Heureusement les décideurs ont émis l'opinion que l'obligation d'accommodement ne se décide pas tout seul pour l'employeur. Il doit en discuter avec le syndicat et le salarié.

46. *Teamsters c. 3089-3242 (Hotel Plaza)*, 2005T-404, para. 24 et 30

«[802] Aujourd'hui, les tribunaux supérieures exigent que soit tenu au moment du congédiement un ultime effort d'accommodement et ce, en consultation avec le salarié handicapé et, à la demande de ce dernier, en consultation avec le syndicat.

[803] Ce qui n'a pas été fait dans le cas sous étude.»⁴⁷

Preuve

C'est à celui qui prétend qu'un accommodement est impossible qu'il appartient d'en faire la preuve. Ce n'est donc pas au salarié de prouver que l'accommodement qu'il réclame est raisonnable.

«[...] Le demandeur n'aura pas à prouver que sa demande d'accommodement est « raisonnable ». Il reviendra plutôt au défendeur – tantôt l'employeur, tantôt le syndicat, tantôt les deux, selon le cas – d'établir, par une preuve factuelle étouffée et non des hypothèses fondées sur des stéréotypes ou des impressions, que la mesure d'accommodement sollicitée est déraisonnable du fait que sa mise en oeuvre l'exposerait à une contrainte excessive. En ce sens, l'obligation d'accommodement raisonnable est un moyen de défense ou encore un moyen de limiter sa responsabilité.»⁴⁸

Par ailleurs, la preuve d'une contrainte excessive ne saurait se limiter à des affirmations et des impressions. Comme le résume la Commission ontarienne des droits:

«La preuve pour démontrer un préjudice injustifié doit être objective, réelle, directe et, lorsqu'il s'agit de coûts, quantifiable. La personne responsable de l'adaptation doit présenter des faits et des chiffres ainsi que des données ou des opinions scientifiques pour appuyer un argument voulant que l'adaptation proposée causerait réellement un préjudice injustifié. Une simple déclaration, sans preuve à l'appui, selon laquelle le coût ou le risque est « trop élevé », compte tenu de diverses impressions ou de différents stéréotypes, ne serait pas adéquate. [...]

47. *STT des Papiers Perkins c. Cascades Groupe Tissu*, 2006T-597; voir au même effet *SAAQ c. CDP*, [2005] R.J.Q. 11, *Commission scolaire Marie-Victorin*, 2007T-174

48. BRUNELLE, précité note 9, p. 245

Les preuves matérielles peuvent notamment inclure les éléments suivants:

- états financiers et budgets,
- données scientifiques, information et données découlant d'études empiriques,
- opinions d'experts,
- renseignements détaillés sur l'activité et l'adaptation demandée,
- renseignements sur les conditions entourant l'activité et leurs effets sur la personne handicapée ou le groupe.»⁴⁹

Ceci dit, le fardeau initial de démontrer que le salarié est discriminé en raison de son handicap ou d'un autre motif prohibé incombera au syndicat: c'est ce qu'on nomme la preuve *prima facie* de discrimination:

Aux fins d'évaluer si l'employeur a fourni un effort sérieux dans la recherche d'un accommodement, on tiendra compte des éléments suivants:

«Les efforts que doit exercer un employeur à l'égard d'une obligation d'accommodement comportent des exigences substantives et procédurales. Un employeur doit faire des efforts significatifs, sérieux et sincères. De plus, **le Tribunal doit examiner «[...] le sérieux des recherches et des démarches effectuées, les parties consultées et la diversité des options considérées à cette fin»**. Il doit aussi prendre en considération «[...] l'attitude générale adoptée par ces dernières [les parties] par rapport à l'importance même de l'accommodement et à ses **coûts réels, ainsi que la nature des arguments invoqués au moment même des événements litigieux et non a posteriori**».⁵⁰

Voyons maintenant comment l'accommodement raisonnable s'est révélé bénéfique en droit du travail en regard de certains motifs prohibés de discrimination.

L'âge

Les capacités physiques d'une personne sont susceptibles de décliner avec l'âge. Dans des emplois physiquement exigeants, on peut craindre que la norme

49. Commission ontarienne des droits de la personne, Politique 4.2 (précité note 17)

50. *C.D.P. C. Lingerie Roxana (T.D.P.Q.)*, [1995] R.J.Q. 1289, page 1296

d'emploi appliquée sans discernement n'occasionne le congédiement de salariés aux capacités réduites. Dans une affaire⁵¹ similaire à celle de l'arrêt Meiorin, un arbitre tranche que la norme aérobique exigée pour effectuer le travail de pompier au ministère de la Défense avait un effet discriminatoire chez les femmes (comme dans Meiorin) mais aussi chez les hommes de plus de 40 ans. L'arbitre estime la norme excessive et discriminatoire et ordonne à l'employeur d'en cesser l'usage.

Ceci dit, l'interdit de discrimination en raison de l'âge pourra aussi bien viser un groupe de jeunes. Comme le souligne le Tribunal des droits de la personne:

«[53] [...] une des caractéristiques fondamentales du droit à l'égalité sans discrimination fondée sur l'âge: il ne s'agit pas d'un droit qui se rattache exclusivement à la condition de personne âgée. Ce n'est pas un droit réservé à des individus appartenant à une tranche d'âge précise. Tous les groupes d'âges sont visés par la garantie.»⁵²

Religion

De nombreuses décisions reconnaissent le droit à des modifications d'horaire⁵³ ou à des congés⁵⁴ pour observance religieuse. Évidemment les possibilités d'accommodement seront fonction de chaque entreprise. Ainsi dans *IGA St-Lambert*, l'arbitre Choquette estime que l'employeur aurait dû permettre au plaignant de s'absenter pour assister à un congrès de témoins de Jéhovah, une telle absence n'occasionnant aucune contrainte particulière. L'arbitre indique:

«Il n'en reste pas moins que le plaignant voulait s'absenter pour un motif religieux au sens de la

51. *Re Treasury Board (Department of National Defense) c. Barr*, 153 LAC (4th) 289, 7 juillet 2006, arbitre G. Giguère

52. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Nicolet (Ville)*, [2001] R.J.Q. 2735 (2001T-983) et *C.D.P. c. Industries acadiennes*, [2006] R.J.D.T. 473 (2006T-99)

53. *Simpsons-Sears*, précité note 1; *Minerais Lac*, [1993] T.A. 329 (93T-557); *Smart c. T.-Eaton*, 93T-334; *Autobus Legault*, 98T 1230

54. *C.S.R. de Chambly*, précité note 5; *Sobeys Qc*, [2002] R.J.D.T. 1725 (2002T-977)

Charte et que depuis les arrêts de notre Cour suprême dans O'Malley et Big M Mart Ltd - R. c. Big Drug Mart Ltd (1985) 1 R.C.S., l'employeur doit prendre des mesures raisonnables pour accommoder le salarié pour lui permettre d'exercer une activité religieuse, en autant qu'il n'y a pas contrainte excessive pour l'employeur.»⁵⁵

La religion peut aussi mettre en cause la sécurité ou les règles d'apparence personnelle⁵⁶ en vigueur dans l'entreprise.

Sexe

Certaines normes d'emploi faisant abstraction des capacités et des différences physiologiques entre les hommes et les femmes sont susceptibles d'être discriminatoires. Nous l'avons vu avec l'arrêt *Meiorin* précédemment.

La sexualisation de postes dans le réseau de la santé a aussi fait l'objet de contestations devant le Tribunal des droits de la personne. Les employeurs invoquaient les soins intimes à donner aux bénéficiaires pour expliquer une telle mesure discriminatoire. Le Tribunal des droits de la personne invalide l'affichage sexué estimant que les usagers n'avaient formulé aucune demande et qu'en outre aucune mesure d'accommodement n'avait été envisagée.

«La question est alors de **savoir s'il existe un autre moyen raisonnable d'atteindre l'objectif sans avoir recours au procédé absolu de l'exclusion totale des employées de sexe féminin. Il appartient à l'employeur de démontrer l'absence d'alternatives satisfaisantes** conduisant à une mesure rationnelle et proportionnée.

[...] il aurait fallu que le Centre d'accueil Villa Plaisance nous montre de plus qu'il ne disposait d'aucune autre alternative assurant l'exécution efficace du travail; c'est ce qu'on appelle le critère de proportionnalité. Ici **le Centre d'accueil Villa Plaisance n'avait pas fait avant l'instauration de cette mesure, une évaluation réelle des besoins des résidants. De plus, [...]**

55. *Union des routiers, brasseries c. IGA St-Lambert*, 2004T-665

56. Voir par exemple *Grant c. Canada sur le port du turban par des policiers de la GRC*, [1995] 1 C.F. 158

le directeur général [...] a refusé d'examiner des solutions ou des alternatives possibles à la sexualisation des postes. Le critère de proportionnalité n'est donc pas non plus rencontré.»⁵⁷

Grossesse

Ce motif de discrimination, aussi associé au sexe, est prévu spécifiquement à l'article 10 de la charte québécoise. Il a généré une jurisprudence soucieuse du droit des femmes à pouvoir être mère sans pénalité. C'est dans cette optique que furent invalidées les pratiques associant cumul d'ancienneté avec présence au travail. Comme le souligne le Tribunal des droits de la personne:

«[40] Dans notre société, nous reconnaissons pour tout être humain, des valeurs fondamentales tel le droit à la liberté de sa personne, à la sauvegarde de sa dignité et au respect de sa vie privée. Nous interdisons toutes formes de discrimination fondée sur le sexe et sur la grossesse, notamment dans le domaine de l'emploi. Le message verbal énonçant ces droits ne sert pas à grand chose pour une femme enceinte si dans nos faits et gestes, nous lui disons: "Si jamais vous prenez un congé de maternité, vous perdrez le rang que vous aviez parmi vos collègues de travail, vous serez pénalisée lors de l'établissement rétroactif de votre date d'ancienneté générale et bon nombre des collègues de travail ayant un rang inférieur au vôtre, se verront placés en avant de vous et vous précéderont dans l'exercice de la plupart des droits prévus à votre convention collective".»⁵⁸

Dans cette affaire, le tribunal ordonne de reconnaître l'ancienneté comme si la salariée était demeurée au travail. Dans une autre affaire, on a conclu que le calcul de l'indemnité de mise à pied qui tient compte des heures travaillées avant la mise à pied ne devait pas pénaliser la salariée absente en raison d'un congé maternité: le Tribunal des droits de la personne énonce

57. C.D.P. c. Centre d'accueil Villa Plaisance, [1996] R.J.Q. 511 (96T-221), pages 533-534; voir aussi CDP c. C.H. St-Joseph la Malbaie, 92T-331 (renversé en Cour d'appel mais sur une autre question 98T-1136)

58. C.D.P. (Bourbon, Bilodeau) c. Ville de Montréal, (T.D.P.Q.) [1998] R.J.Q. 305

que l'ensemble des conditions de travail doit être modulé de sorte à n'avoir aucun effet pénalisant résultant d'un congé de maternité.

«[48] [...] le droit à une égalité substantielle en vertu de la Charte requiert que soit garanti l'ensemble des droits et conditions de travail de la personne protégée puisque n'eût été de sa maternité, elle en aurait bénéficié en tant que salariée visée. En somme, elle a droit à des conditions de travail et d'emploi qui lui assurent une véritable égalité par rapport à ses collègues de travail. Conclure autrement conduirait à faire supporter aux seules femmes visées les coûts sociaux de la maternité; une telle interprétation affecterait l'ensemble des droits de ces femmes en tant que salariées dans l'immédiat mais également pour la durée de leur emploi et même, irrémédiablement si l'on pense aux effets sur leurs régimes de retraite. C'est donc l'ensemble des conditions de travail qui doivent être négociées et appliquées en tenant compte du droit à l'égalité de la personne en situation de maternité.»⁵⁹

Notons aussi la décision de la Cour d'appel dans *Gobeil*⁶⁰ où le droit à un renouvellement de contrat de travail est reconnu malgré la non-disponibilité de la salariée. L'employeur soutenait qu'il n'y avait pas discrimination puisque tous les salariés absents devaient, pour voir leur contrat renouvelé, être disponibles: en traitant les femmes enceintes et celles en congé de maternité comme tous les autres salariés, on ne les discriminait pas... La Cour d'appel rejette une telle prétention. Le juge Robert déclare:

«Les femmes enceintes, si ce n'était de leur état de grossesse, seraient disponibles. Pour cette raison, je ne peux adhérer à une analyse comparative qui les assimilerait à des personnes non disponibles afin de déterminer s'il y a distinction ou non. Une règle qui a pour effet de priver du droit à l'embauche des femmes enceintes qui autrement y auraient accès viole nécessairement le droit à la pleine égalité. La distinction que

59. C.D.P.D.J. (Roberge) c. Centre Hospitalier Hôtel-Dieu de Sorel et al, (T.D.P.Q.) [2001] R.J.Q. 1669 (2001T-693)

60. Commission des écoles catholiques de Québec c. Gobeil, [1999] R.J.Q. 1883 (QCCA) (99T-682), page 1893; voir aussi L'Association professionnelle des inhalothérapeutes c. Ménard, 2001T-575

crée la clause de disponibilité naît du fait que l'accouchement et le congé de maternité empêchent des femmes d'obtenir le contrat auquel elles auraient eu droit.»

Dans tous ces cas donc, la disposition de la convention collective qui fondait le droit à un bénéfice sur la présence au travail ou sur la disponibilité a dû être appliquée différemment, modulée, accommodée pour éviter qu'elle ne produise un effet discriminatoire pour les femmes enceintes ou en congé de maternité.

Langue

La langue constitue un motif de discrimination prohibé; à ce titre, cette exigence d'emploi est aussi soumise à une obligation d'accommodement. Ainsi, même si l'employeur peut démontrer que la connaissance d'une certaine langue est nécessaire, le degré de connaissance exigé ne pourra être déraisonnable. Par ailleurs, s'il s'avère suffisant qu'une seule personne de l'équipe de travail possède cette habileté, il sera discriminatoire de l'exiger de tous. L'employeur devra établir qu'il a envisagé d'autres solutions si l'utilisation d'une autre langue est occasionnelle.

«87. Compte tenu du nombre limité d'usagers d'expression anglaise qui demandaient d'être desservis dans leur langue, il était tout à fait impératif que l'employeur se livre à cette démarche et qu'il vérifie s'il n'existait pas d'autres solutions lui permettant de réaliser l'objectif recherché, sans subir de contrainte excessive, tout en évitant de faire de la connaissance de l'anglais une condition d'accès pour le poste. Or, la preuve a démontré que l'employeur n'avait aucunement envisagé cette possibilité, quelque soit, par ailleurs, sa bonne foi.[...]»⁶¹

En comparaison, dans une autre affaire⁶², l'arbitre Jean-Louis Dubé décide qu'une bonne connaissance du français était une exigence justifiée en vue de permettre à une préposée aux bénéficiaires de

61. *Syndicat des infirmières de la Vallée des Forts c. CLSC-CHSLD Vallée des forts*, [2003] R.J.D.T. 1807 (2003T-907); notons que la sentence traite aussi de l'application de la Charte de la langue qui protège le droit de travailler en français

62. *SQEEES, local 298 c. Soeurs de la Présentation de Marie*, 2005T-210

communiquer avec ses collègues et les patientes âgées dont elle devait prendre soin. L'arbitre estime en outre que l'obligation d'accommodement de l'employeur n'allait pas, du moins en l'espèce, jusqu'à fournir des cours de français à la salariée.

Handicap

Le handicap est sans doute le motif de discrimination s'étant le plus illustré dans le monde de l'emploi depuis l'an 2000. Cela tient essentiellement à l'adoption du test unifié de l'arrêt *Meiorin* et à la redéfinition de la notion de handicap opérée par la Cour suprême.

1. Notion de handicap

L'arrêt *Ville de Montréal* est d'une importance capitale. La Cour suprême y adopte une définition très large de ce qui constitue un handicap.

«Ainsi, un "handicap" peut résulter aussi bien d'une limitation physique que d'une affection, d'une construction sociale, d'une perception de limitation ou d'une combinaison de tous ces facteurs. C'est l'effet de l'ensemble de ces circonstances qui détermine si l'individu est ou non affecté d'un "handicap" pour les fins de la Charte.»⁶³

La Cour reconnaîtra même que, sauf pour des affections bénignes, la maladie pourra aussi constituer un handicap.

«[...] Même si je suis d'opinion que l'état de santé peut constituer un "handicap" et ainsi être un motif de discrimination interdit à l'art. 10 de la Charte, il n'en est pas de même pour les caractéristiques personnelles quelconques ou les affections "normales". [...] L'accent étant sur les obstacles à la pleine participation dans la société plutôt que sur la condition ou l'état de l'individu, les affections (un rhume, par exemple) ou les caractéristiques personnelles (telle la couleur des yeux) seront forcément exclues de la portée du motif "handicap", quoiqu'elles puissent être discriminatoires pour d'autres motifs que le handicap.»⁶⁴

63. *C.D.P. c. Ville de Montréal*, [2000] 1 R.C.S. 665, para. 79

64. *Idem*, para. 82

Cet arrêt fut déterminant sur le développement des droits des personnes malades ou atteintes de limitations fonctionnelles. Les sentences arbitrales qui ont suivi reconnaissent généralement qu'une limitation fonctionnelle équivaut à un handicap de même qu'une maladie physique ou psychologique. Notons que le handicap n'a pas à être permanent.⁶⁵ Le handicap n'a pas non plus à être réel; il suffit que l'employeur croit la personne atteinte d'un handicap. Ainsi dans Ville de Montréal, les personnes avaient été exclues en raison d'affections asymptomatiques (spondilolyse, scoliose, maladie de Crohn). L'employeur refusait de les prendre ou de les garder à l'emploi en raison non pas de limitations actuelles mais de peur que dans l'avenir elles ne développent des problèmes de santé invalidants. On peut donc mesurer la véritable révolution qu'opère cet arrêt en abrogeant de telles pratiques d'embauche. Le risque que présente un individu n'est désormais plus un motif pour le discriminer. C'est seulement au niveau de la contrainte excessive que le risque sera pris en considération.⁶⁶

Le handicap englobe donc l'affection non invalidante ou guérie ou épisodique et même la croyance erronée de l'employeur en son existence. Il pourra s'agir de problèmes tant physiques que psychiques; cela inclura aussi les dépendances de toutes sortes: alcool, drogue, jeu, etc.

2. L'accommodement raisonnable en matière de handicap

2.1 Poste: aménagement, octroi, etc.

On reconnaît qu'un handicap peut engendrer une obligation de réaménager le poste de travail du salarié pour l'exempter des tâches secondaires, mais pas des tâches essentielles et caractéristiques.

Pour distinguer tâches essentielles et tâches secondaires, on pourra recourir à la description d'emploi, évaluer le temps consacré à l'exercice des tâches qui composent le poste et mesurer l'impact de la décision

65. Voir notamment *STT de l'Hôtel Ruby Foo's (CSN) c. Hôtel Ruby Foo's*, [2004] R.J.D.T. 1201 (2004T-644), para. 64

66. Voir l'arrêt *Grismer*, précité note 3, para. 30

sur les autres employés si on soustrait certaines tâches.⁶⁷ Le remaniement de tâches secondaires sera possible s'il n'entraîne pas un alourdissement important de la tâche des compagnons de travail.

À titre d'exemple, dans une affaire de *Polystar*, une salariée atteinte de paralysie cérébrale se déplaçait à l'aide de béquilles. Elle occupait un poste de préposée aux commandes où elle devait à l'occasion accéder au classeur. Suite à une réorganisation physique des espaces de bureau, le classeur sera déplacé au deuxième étage ... et la salariée congédiée faute pour elle de pouvoir monter l'escalier!!! Le Tribunal des droits de la personne accueille la plainte de congédiement parce qu'un réaménagement simple de tâches aurait permis le maintien en emploi:

«Dans le présent dossier, la défenderesse n'a pas suffisamment exploré la possibilité très réelle de demander aux deux autres compagnes d'effectuer cette partie de la tâche que la plaignante ne pouvait pas exécuter.

La preuve n'a pas démontré d'obstacles à ce que la défenderesse prenne des mesures qui auraient pu concilier la réorganisation plus fonctionnelle des lieux de travail avec un accommodement de la plaignante par une division de ses tâches. Le fait que la plaignante aurait effectué un autre travail dans le département du service à la clientèle pendant qu'une de ses compagnes aurait été chercher les dossiers en question ne pose aucun inconvénient majeur.»⁶⁸

L'accommodement pourrait aussi passer par une dispense de tâches. Dans *Plastiques TPI*⁶⁹, l'arbitre Hamelin fait droit au grief. Il considère qu'une dispense de tâche n'aurait entraîné aucune contrainte importante à l'entreprise ni aux collègues de travail. Il note:

«[134] [...] le remaniement des tâches secondaires – en les confiant à d'autres salariés – semble être la forme d'accommodement la plus simple qui soit en ce qu'elle a peu d'impact sur les droits d'ancienneté des autres employés, n'entraîne pas un surcroît important de travail

67. Voir BRUNELLE, précité note 9, pages 283 et sq.

68. *CDPDJ c. Emballage Polystar*, 96T-873

69. *Les Plastiques TPI inc. Coaticook*, [2005] R.J.D.T. 504 (2005T-165); voir au même effet *Société canadienne des postes*, précité note 43

pour eux et ne requiert pas une réorganisation majeure du travail ou des activités de l'employeur.

[135] En soi, l'échange de postes de travail d'exécution, simples et interchangeable, entre deux salariés également qualifiés n'entraîne aucun inconvénient ni coût additionnel pour l'employeur si ce n'est ceux reliés à la réorganisation des horaires, qui sont minimales.

[136] En dispensant la réclamante de travailler au poste d'emballage des assortiments d'arrosoirs, l'accommodement réel requis de l'employeur est le suivant: vérifier s'il y a un salarié de l'équipe qui est disposé à échanger son poste avec celui de la réclamante lorsque celle-ci doit normalement travailler à l'emballage des assortiments d'arrosoirs ou imposer cet échange à tour de rôle à tous les salariés de l'équipe en l'absence de volontaires.»

En revanche, dans *C.H. Vallée des Outaouais*, l'arbitre estime que la dispense de tâches aurait eu un impact démesuré sur les collègues.

« S'il est vrai que les collègues de travail d'une personne handicapée ont eux aussi une obligation d'accommodement [...] la limite de la contrainte excessive s'applique également à eux. En l'espèce, les diverses mesures requises à titre d'accommodement afin que la plaignante puisse effectuer sa prestation de travail en salle pulmonaire me paraissent constituer une contrainte qui n'est pas que générale ou imaginaire mais réellement excessive et ce, en tenant compte de la nature du travail.

Il faut bien comprendre que je ne veux pas dire qu'à chaque fois qu'une mesure d'accommodement a un impact sur la prestation de travail d'un ou de plusieurs autres salariés, il y a contrainte excessive. Une telle conclusion aurait rapidement pour effet de stériliser complètement la notion d'accommodement tant il est vrai maintenant que le travail des salariés s'avère inter-relié. Je suis d'avis qu'il faille, pour étudier cette question, évaluer cet impact en fonction du contexte propre de l'entreprise, du travail à effectuer, des ressources disponibles, etc. En l'espèce, je suis particulièrement sensible au fait que le travail de technologue en radiologie en est un qui s'avère exigeant physiquement. Exigeant également en terme de volume de travail à effectuer dans un quart de travail et ce, pour une fonction qui requiert une grande précision dans les manoeuvres de

positionnement. Je suis également très sensible au témoignage d'une technologue, Annie Thibault, qui affirme qu'à la suite des compressions budgétaires, des baisses d'effectifs et des réorganisations de personnel, elle doit travailler «à 150%» à tous les jours et qu'elle «ne peut aller aider (une autre technologue) dans une autre salle car, dit-elle, «on ne peut en prendre plus», ni donner «200%». L'image me paraît éloquent: les ressources humaines dans le département de radiologie sont utilisées, depuis 1997, au maximum. Le retour de la plaignante dans cette équipe de travail, avec ses limitations fonctionnelles découlant de son handicap, aurait pour effet d'alourdir la tâche des autres technologues en les obligeant à exécuter, en plus forcément des leurs, les fonctions qu'elle ne peut faire. Or, dans le contexte précis de cette affaire et à la lumière de la nature même du travail exécuté, je suis d'avis que cet alourdissement des tâches constitue une contrainte excessive.»⁷⁰

L'arbitre tient compte aussi du fait que la tâche alléguée revendiquée par la plaignante constituait une affectation de répit pour les autres salariés de l'équipe leur permettant de répartir le stress équitablement. L'accommodement aurait en outre nécessité l'embauche d'un salarié additionnel pour un travail en tandem. Or un tel accommodement est régulièrement jugé excessif par la jurisprudence, en raison des coûts qu'il suppose.⁷¹

Mais la solution peut aussi consister à adapter un poste. Et cela suppose une étude sérieuse de la question. Dans une récente affaire, l'employeur avait pris une «photo» du poste et conclu bien vite à l'impossibilité pour une salariée handicapée de l'occuper en raison de ses limitations fonctionnelles. L'arbitre Lyse Tousignant estime qu'un examen aussi

70. *Syndicat des technologues en radiologie c. C.H. Vallée de l'Outaouais*, 99T-1044, pages 53-54; voir au même effet *CLSC de Hull*, [2002] R.J.D.T. 1899 confirmé à [2003] R.J.D.T. 670 (C.A.)

71. Voir *Culinar* [2002] R.J.D.T. 831 (2002T364) - confirmé à [2003] R.J.D.T. 690 (C.S.) – l'accommodement nécessitant l'ajout d'un salarié sur l'équipe volante est jugé excessif. En outre, la nature temporaire du poste revendiqué ne justifiait pas d'imposer de temps à autre un chambardement de la ligne de production pour permettre à la plaignante de remplacer pendant une courte mise à pied.

sommaire ne constitue pas un effort sérieux d'accommodement:

«[100] Quant à l'emploi relatif aux travaux ménagers lourds, la preuve est à l'effet qu'ils ne sont pas pour madame selon le témoignage de Dre Paquin. En se référant au titre d'emploi, on comprend que ce sont des travaux lourds mais, en réalité, quels sont-ils? Est-ce principalement laver des planchers? Les polir? A-t-on tenté d'adapter ce poste sans contraintes excessive? La preuve n'est pas concluante, elle est muette. On a beau être conscient que ce sont des travaux lourds, encore faut-il, dans le cadre de l'obligation d'accommodement, savoir les identifier dans le poste visé et, tenter de trouver un accommodement raisonnable; à la lecture de la pièce E-7, on voit qu'il y a plusieurs postes de jour à Nicolet, est-ce possible de faire un poste réservé sans brimer les autres salariés? Si un instrument de travail est difficile à manoeuvrer, est-ce possible de le changer? Le rythme de travail peut-il être diminué?

[104] En somme l'Employeur a regardé bien vite les possibilités et, il a oublié, comme le Syndicat, de regarder les possibilités d'adapter l'emploi, se centrant sur les limitations fonctionnelles. Peut-être que l'exercice aurait mené au même résultat mais il aurait été fait et permettrait de conclure à contrainte excessive par démonstration.»⁷²

En conséquence, l'arbitre ordonne la reprise du processus d'accommodement.

Pour d'autres illustrations de cas portant sur le remaniement, la dispense de tâches secondaires ou l'octroi de poste voir:

- Coordonnatrice de garderie - en invalidité - désirant un poste d'éducatrice - limitation fonctionnelle pour lever des poids - ne pourrait soulever les enfants - sécurité en jeu - aucun poste vacant respectant les limitations fonctionnelles - grief rejeté - *Garderie Youpi*, [2000] R.J.D.T. 1144 (2000T-641).
- Éducateur dans un centre jeunesse - limitations fonctionnelles - manchot - possibilité d'interven-

tion physique - peu de probabilité d'avoir à intervenir physiquement comme éducateur - norme d'emploi déraisonnable - droit d'être inscrit sur la liste de rappel - *Centres jeunesse de Montréal*, 2001T-200.

- Maladie bipolaire - infirmière en périnatalité - incapacité psychologique - norme d'interchangeabilité du personnel - les infirmières d'une unité faisant partie de la périnatalité doivent être en mesure d'effectuer des remplacements dans d'autres unités du même secteur - il y a rotation pour assurer une répartition équitable des tâches - dispense impossible - grief de congédiement rejeté - *F.I.I.Q. c. C.H. Vallée de l'Outaouais*, 2000T-1145.
- Épilepsie - possibilité d'adapter le poste de façon à respecter les restrictions médicales - *Emballages Graham du Canada*, 99T-340 (TDP).
- Douleur chronique aux épaules - limitations fonctionnelles - congédiement administratif - impossibilité de trouver un poste adéquat - il aurait fallu faire une réorganisation majeure des équipes de production ce qui aurait causé un préjudice aux autres salariés - en outre coûts excessifs - grief rejeté - *Astraltech*, [1999] R.J.D.T. 1813 (99T-950).
- Discoïdectomie - limitations fonctionnelles - livreur de bières - refus de l'employeur d'autoriser le retour au travail - incapacité à reprendre son poste - preuve ne permettant pas d'établir si autre poste disponible compatible avec les limitations fonctionnelles - ordre de réintégrer si un emploi compatible existe ou existait depuis le refus de permettre le retour au travail - *Brasserie Labatt*, [2001] R.J.D.T. 1462 (2001T-759).
- Arthrose érosive aux mains - commis au rayon des viandes - congédiement - possibilité de modifier l'horaire - l'arbitre envoie les parties trouver un accommodement et ordonne de permettre le travail à temps partiel en fonction de la capacité résiduelle - *Provigo Distribution*, [2001] R.J.D.T. 2111 (2001T-1083).

72. *Syndicat du personnel de soutien Foyer Saint-Célestin c. CSSS Bécancour-Nicolet-Yamaska*, 25 mai 2007, sentence de Lyse Tousignant encore non rapportée

- Eczéma - infirmière - refus d'embauche - risque potentiel ne peut justifier discrimination - aucune tentative d'accommodement - le centre hospitalier ne peut établir des normes d'embauche ayant pour conséquence de ne retenir que les gens en santé - *CHUM*, 2000T-1006 (T.D.P.)
- Problème auditif - employée à la défense nationale - travail incluant l'utilisation du téléphone - pas de preuve que le téléphone constitue une fonction essentielle - plainte accueillie - *Koepfel c. Canada*, 97T-951 (TCDP).
- Limitations fonctionnelles - salarié ne pouvant réintégrer son emploi - les autres postes identifiés présentent des risques ce qui obligerait l'employeur à dépenser 96 000 \$ par an - excessif - quant au poste de magasinier, le salarié est incapable d'accomplir 75% du travail et la redistribution des tâches lourdes aurait un effet négatif sur les autres salariés - *Société en commandite Tafisa*, 2003T-677.
- Vision monoculaire - policier - retrait de l'arme de service injustifié - un risque négligeable est insuffisant pour constituer une exigence professionnelle justifiée - ordre de remettre au policier son arme de service - *Sûreté du Québec*, 2003T-392.
- Problèmes de vision - dégénérescence maculaire - obligation de se déplacer pour son travail - incapacité de conduire - aucun autre moyen de transport considéré par l'employeur (taxi, transport en commun) - défaut de remplir l'obligation d'accommodement - congédiement cassé - *Centre Jeunesse des Laurentides*, [2006] R.J.D.T. 1829 (2006T-988).
- Congédiement à l'expiration de la période de 36 mois d'absence maladie prévue à la convention collective - avant expiration de ce délai refus de permettre retour au travail dans un autre poste - grief accueilli - l'employeur n'a pas considéré convenablement les possibilités d'adapter un poste disponible - étude trop rapide - *CSSS Bécancour-Nicolet-Yamaska*, sentence de Lyse Tousignant du 25 mai 2007 (encore non rapportée).

2.2 Octroi d'un autre poste

Lorsque l'adaptation du poste occupé s'avère impossible sans contrainte excessive, l'accommodement pourra consister à déplacer le salarié dans un autre poste disponible et compatible avec ses limitations - un tel poste pourrait même être remanié dans ses tâches secondaires si nécessaire. La jurisprudence québécoise⁷³ ne reconnaît pas cependant que l'accommodement puisse aller jusqu'à la création de poste sur mesure. Les auteurs sont du même avis. Ainsi Brière et Villaggi indiquent:

«[...] [L']obligation d'accommodement n'oblige pas l'employeur à créer de toutes pièces un nouveau poste pour le salarié discriminé. L'obligation d'accommodement impose cependant à l'employeur d'analyser les facettes de l'emploi qui peuvent raisonnablement être déléguées à un tiers ou qui peuvent être retirées des fonctions du salarié qui revendique son droit à l'égalité.[...]»⁷⁴

De son côté, Brunelle soutient:

«Ainsi, à défaut d'une disposition de la convention collective à l'effet opposé, l'incapacité d'un employé à exécuter les fonctions essentielles de l'emploi n'exige pas de l'employeur qu'il regroupe, plus ou moins artificiellement, un ensemble de tâches légères, réparties entre divers salariés et sans lien entre elles, pour créer un poste qui équivaut à saper, par ricochet dirions-nous, le fondement même du moyen de défense fondé sur l'«exigence professionnelle justifiée» aménagé par les législateurs.»⁷⁵

L'accommodement raisonnable n'autoriserait pas non plus à supplanter un salarié ou à le faire congédier pour occuper son poste.

73. Voir *Transport VA*, 2000T-1093; *Guindon c. Banque nationale du Canada*, 2002T-86; *SAQ*, 2004T-381; *E. Bastille & fils*, 2002T-49; *S.C.E.P. c. Duchesne et fils*, 2001T-1055

74. BRIÈRE, Jean-Yves et VILLAGGI, Jean-Pierre, *L'obligation d'accommodement de l'employeur: un nouveau paradigme dans Développement récents en droit du travail*, vol. 134, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, pages 219-249, pages 242-243

75. BRUNELLE, précité note 9, page 305

«[...] Si généreux soient-ils, les textes fondamentaux n'emportent pas un droit de supplantation en faveur des victimes de discrimination.»⁷⁶

L'octroi d'un poste vacant sans affichage prête plus à controverse. Selon Brunelle, une telle possibilité existe:

«[...] D'aucuns soutiennent qu'en milieu de travail syndiqué, un poste ne serait véritablement «vacant» que dans la seule mesure où le salarié qui le revendique, à titre d'accommodement, est aussi le plus ancien parmi tous les salariés intéressés à combler la vacance. Selon l'argument avancé, de la même façon qu'un employeur ne peut déposséder un employé de sa fonction pour en confier la responsabilité au salarié victime de discrimination, il ne pourrait pas davantage écarter les salariés plus anciens admis à postuler pour le poste vacant afin de l'attribuer en priorité au syndiqué en quête d'un accommodement. En toute déférence, cette façon de définir le concept de "poste vacant" tient de la fiction bien plus que de la réalité. De deux choses l'une, ou bien un poste est vacant, ou bien il est pourvu d'un titulaire. En fait, l'allusion aux "titulaires virtuels" ne peut poursuivre qu'une seule fin: assurer le respect intégral de la convention collective et des droits d'ancienneté qui s'y rattachent. Or, si importants soient ces droits, ils ne peuvent prétendre à une quelconque prépondérance immanente sur les droits et libertés fondamentaux.[...]»⁷⁷

Mais la jurisprudence est beaucoup moins catégorique sur le sujet. Ainsi dans un cas⁷⁸, l'arbitre Palmer estime que l'employeur, plutôt que de priver un salarié plus ancien d'une promotion pour accommoder un salarié handicapé, aurait dû remanier le poste occupé par ce dernier.

76. BRUNELLE, précité note 9, page 311. Voir *Simoneau c. Avon Canada*, 98T-1108

77. BRUNELLE, précité note 9, page 314; voir aussi du même auteur, «Droits d'ancienneté et droits à l'égalité: l'impossible raccommodement?» dans SFPBQ, vol. 205 *Développements récents en droit du travail* (2004), Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2004, pages 105-154

78. *Re: Boise Cascade Canada*, 1994 (41) LAC (4th) 291

Dans *Transport Va*⁷⁹, après avoir conclu à l'absence de poste disponible, l'arbitre constate:

«L'obligation d'accommodement de l'Employeur n'inclut pas celle de créer un emploi sur mesure pour un salarié, même si celui-ci a été victime d'un accident de travail. De toute façon, **même si un tel emploi avait existé, il aurait été revendiqué par les salariés possédant plus d'ancienneté que le plaignant**, de sorte que le droit de supplantation reconnu par l'article 20.33 n'aurait pas pu être exercé.»

Dans *Cité de la santé de Laval*, l'arbitre Abramowitz estime lui aussi que le respect de l'ancienneté est un point crucial à considérer dans l'évaluation d'une contrainte excessive. Faisant droit au grief contestant l'octroi d'un poste de jour à une salariée enceinte afin de l'accommoder, l'arbitre note que l'employeur aurait pu trouver une autre solution soit un retrait préventif:

«Tenant compte de la jurisprudence, du fait que plusieurs employées ont été lésées par l'accommodement de longue durée de Mme Gagné et qu'il existait une autre avenue d'accommoder son handicap attribuable à sa grossesse, que le concept d'ancienneté est fondamental à une convention collective et gouverne une multiplicité de droits des salariés (ordre de mise à pied et rappel, surtemps, octroi du poste, appel des salariés sur la liste de rappel, vacances, etc.), que la provision d'ancienneté n'est pas elle-même discriminatoire, mais au contraire, établit un ordre de droits d'une façon équitable entre les employés, et que sa violation constitue une dérogation importante des conditions d'emploi de la convention collective affectant le moral des salariées et, dans les circonstances du présent cas, ces facteurs constituent une contrainte excessive.»⁸⁰

Dans le même sens, l'arbitre Marcel Morin estime qu'une ancienneté insuffisante fait échec à l'octroi d'un poste. Il note:

«[32] Le représentant syndical reproche surtout à l'employeur de ne pas avoir exploré avec la plaignante d'autres possibilités qui auraient permis à celle-ci d'occuper un autre poste au sein de l'établissement. Il faut dire que la

79. 2000T-1093

80. 2003 R.J.D.T. 1931, pages 1941-1942 (2003T1128)

plaignante a elle-même demandé dès juillet 2002 à occuper un autre poste et a même donné son nom pour que son nom soit considéré sur un certain nombre de postes dont celui de préposée aux bénéficiaires, d'aide cuisinière etc. Le Tribunal est d'avis que cela peut constituer une réponse valable à l'obligation d'accommodement. **Il appert que la plaignante n'a pas pu obtenir l'un ou l'autre de ces postes en raison de sa faible ancienneté. En effet, l'obligation d'accommodement ne peut conférer à un employé des droits qu'il n'aurait pas n'eut été de son handicap. C'est ainsi que la règle d'ancienneté, la colonne vertébrale de la convention collective, ne peut être mise de côté pour permettre à l'employeur de satisfaire à son obligation d'accommodement.** D'autre part, certains postes exigent une scolarité que la plaignante ne détient pas ce qui la disqualifie pour occuper de tels postes.»⁸¹

Dans *Société en commandite Tafisa*⁸², le salarié est débouté parce qu'il ne possède pas assez d'ancienneté pour obtenir un poste au magasin.

De son côté, l'arbitre Hamelin résume la jurisprudence sur la question en mentionnant que l'accommodement ne devrait pas annuler les droits des autres employés:

«[128] La doctrine et la jurisprudence s'entendent pour dire que l'obligation d'accommodement ne va pas jusqu'à la création d'un poste de travail sur mesure pour le salarié concerné : il s'agit manifestement là d'une contrainte excessive.

[129] Il en va de même pour la personne salariée qui, en raison d'un handicap, ne peut accomplir les tâches principales et essentielles de la fonction qu'elle occupait par le passé : la maintenir dans cette fonction obligerait nécessairement l'employeur à créer un nouveau poste de travail.

[130] Il en va également de même, pour les mêmes raisons, si l'employeur doit engager une autre personne salariée pour respecter son obligation d'accommodement [...]

[132] Je retiens donc qu'un accommodement est "raisonnable" et ne constitue pas une "contrainte

excessive" lorsqu'il concerne les tâches secondaires d'un emploi, lorsqu'il requiert le réaménagement limité d'une ou de quelques fonctions, sans produire un effet préjudiciable important pour les autres salariés et sans bouleverser substantiellement les règles établies par l'entreprise ou la convention collective.

[133] Il faut bien garder à l'esprit que l'accommodement d'un salarié affligé de limitations fonctionnelles importantes ne doit pas annuler les droits des autres employés et de la direction, qui s'en trouveraient alors injustement pénalisés.»⁸³

Notons, en terminant sur ce point, la démarche que propose Brunelle dans la recherche d'un accommodement à la tâche:

«[...] Ainsi, l'employeur et le syndicat aux prises avec une telle demande devraient, croyons-nous appliquer une méthode d'analyse en cinq étapes:

1) Déterminer si les fonctions que le salarié est incapable d'accomplir sont **essentiels** ou ;

2) Si ces fonctions sont **secondaires**, déterminer s'il est possible de les attribuer sans contrainte excessive à d'autres salariés de façon à ce que le salarié puisse continuer à occuper efficacement son poste;

3) Si ces fonctions sont **essentiels**, déterminer s'il existe dans l'entreprise ou l'institution un poste vacant;

4) Si un poste vacant existe mais que le salarié est incapable d'en accomplir les fonctions **secondaires**, déterminer s'il est possible de les attribuer à d'autres salariés de façon à ce que le salarié puisse occuper efficacement le poste vacant, sans que cela n'entraîne une contrainte excessive;

5) Si aucun poste vacant n'existe ou si le salarié est incapable d'en accomplir les fonctions **essentiels**, mettre un terme au processus d'accommodement à moins que la convention collective ne prévoie le contraire ou que les parties n'en conviennent autrement.»⁸⁴

81. C.H. de la région de l'amiante, 2004T-128

82. *Société en commandite Tafisa Canada*, [2003] R.J.D.T. 1315 (2003T-677)

83. *Smurfit-MBI (Saint-Laurent) c. S.C.E.P., section locale 291*, 2005T-41

84. BRUNELLE, précité note 9, pages 314-315; notons que la convention collective pourrait prévoir des dispositions qui vont plus loin que l'obligation d'accommodement et qui exigent la création de poste ou l'affectation à un poste réservé.

2.3 Toxicomanie et autres dépendances

La dépendance à l'alcool ou aux drogues constitue une maladie. Il en va de même du jeu pathologique. Certains cas de cyberdépendance peuvent aussi constituer des pathologies.

Les salariés souffrant de telles dépendances sont affectés d'un handicap. À ce titre, leur dossier devrait être évalué à la lumière des chartes et de l'obligation d'accommodement. C'est ce que la jurisprudence arbitrale récente enseigne. Aussi une approche purement disciplinaire en regard d'une salariée se présentant au travail en état d'ébriété n'est plus de mise comme le note Diane Veilleux:

«[13] [...] La question est de savoir si les règles classiques en matière disciplinaire, notamment la progression des sanctions, les types de sanction normalement imposés dans un cadre disciplinaire doivent s'appliquer de la même manière lorsque le manquement reproché à caractère disciplinaire est causé par un problème de dépendance à l'alcool. Il semble qu'il faille répondre par la négative à cette question parce qu'on ne peut pas faire fi du problème de dépendance à l'alcool dans la recherche d'une solution appropriée. On ne peut en effet traiter du manquement reproché à la plaignante, soit son état d'ébriété sans tenir compte de la dépendance à l'alcool dont elle souffre.

[14] [...] Un employeur ne peut exercer de discrimination sur la base d'un handicap lorsqu'il congédie une personne salariée. Dans le cas présent, la preuve démontre que la plaignante souffre d'un problème de dépendance à l'alcool. Il est donc permis de conclure qu'elle a un handicap au sens de l'article 10 de la charte.»⁸⁵

Le handicap doit donc être pris en compte dans l'évaluation de la mesure imposée. Une approche similaire est retenue par Nicolas Cliche dans un dossier de congédiement pour fraude où le salarié présentait une défense de jeu pathologique. L'arbitre souligne:

«L'employeur n'a aucunement considéré le volet médical de toute la problématique. Le

85. *Commission scolaire English-Montréal*, 2005 R.J.D.T. 960 (2005T-310)

jeu pathologique est une maladie mentale reconnue depuis 1980 et qui affecte au moins deux (2%) pourcent de la population. Un tiers () des joueurs pathologiques vont jusqu'à commettre un crime et Monsieur [...] rencontrait huit (8) des dix (10) critères qui définissent le jeu pathologique comme l'indique le Docteur Lafleur dans son expertise.

[...]

Le congédiement aurait été jugé approprié par le tribunal si Monsieur [...] n'avait pas été un homme malade et l'employeur a refusé de regarder le dossier sous l'angle de la maladie. »⁸⁶

Dans une autre cause de jeu pathologique, l'arbitre Jean-Pierre Lussier casse le congédiement estimant que c'est la maladie qui a conduit la plaignante à voler l'employeur et que, sa dépendance étant désormais contrôlée, les risques de récidive de vol sont limités.

«Le principal facteur atténuant est certainement la pathologie dont souffrait la plaignante au moment où elle a posé les gestes fautifs. Tant le psychiatre qui l'a examinée à la demande du Syndicat que celui qui l'a fait à la demande de la Banque, sont d'accord pour affirmer qu'elle avait développé un problème de jeu pathologique. Quoiqu'en désaccord sur les risques de récidive, les deux médecins ont néanmoins émis l'opinion que les gestes commis par la plaignante s'expliquent pas la maladie psychiatrique dont elle était affligée, maladie dont l'un des symptômes est justement de commettre des actes illégaux pour financer la pratique du jeu.»⁸⁷

Une défense fondée sur la dépendance devra faire l'objet d'une preuve médicale solide: il ne suffit pas d'affirmer qu'un salarié est alcoolique ou dépendant au jeu.⁸⁸

86. *Ministère de l'Éducation c. SCFP*, 99T-572

87. *Banque laurentienne du Canada c. SEEPB, local 434*, [2000] R.J.D.T. 1929, page 1938 (2000T-996) – révision judiciaire rejetée: 2001T-328 (C.S.) et 2003T-310 (C.A.)

88. *Voir Québec c. S.F.P.Q.*, 98T-689 et *Noranda inc. affinerie CCR*, 2004T-352

2.4 Entente de dernière chance

D'autre part, le fait qu'une dépendance constitue un handicap a des répercussions importantes sur les **ententes de dernière chance**. Les salariés souffrant de dépendance à l'alcool ou aux drogues ont souvent un dossier d'assiduité au travail peu reluisant. Après plusieurs avertissements et mesures disciplinaires, il n'est pas rare que survienne une entente de dernière chance en vue d'éviter ou de régler le congédiement. Le salarié est réintégré avec des conditions sévères à respecter (assiduité, non consommation, cure, tests de dépistage). En cas de défaut, l'entente prévoit un congédiement automatique sans droit de grief. Longtemps des arbitres ont estimé être liés par de telles ententes qui, selon eux, leur retirait toute compétence pour entendre le grief. Une nouvelle approche s'impose désormais. En effet, un congédiement pour handicap est régi par la charte et celle-ci a préséance sur la convention collective de même que sur toute entente entre les parties. Si le congédiement imposé viole la charte des droits, on ne peut priver le salarié de son droit de grief. C'est ce que note avec justesse l'arbitre Gilles Lavoie dans *Goodyear Canada*.

«[44] [...] [I]l y a lieu de retenir que les règles classiques qui encadraient généralement l'analyse des arbitres en matière disciplinaire et en matière d'accommodement lorsqu'il y a présence d'un handicap, particulièrement dans les cas d'abus de drogue et d'alcool ont changé profondément.

[...]

[49] Ainsi, lorsque l'on applique ce cadre juridique force est de constater qu'effectivement l'entente sous examen qui impose au plaignant comme conséquence de tout nouveau manquement à ses engagements le congédiement et la perte du droit au grief constitue certainement une mesure discriminatoire puisqu'une telle mesure n'est pas applicable aux autres salariés de l'entreprise.»⁸⁹

Cette décision illustre que l'automatisme du congédiement en cas de violation d'une entente de dernière chance n'est plus certain. Notons cependant que l'accroc à l'entente serait un facteur aggravant certainement pris en compte par l'arbitre.

89. *SCEP c. Goodyear Canada*, 2006T-538; voir aussi *SCEP c. Canlyte*, 2007T-193, para. 36

2.5 Fausse déclaration à l'embauche

Le salarié qui ment à l'embauche ou omet à cette occasion de révéler certains aspects de son état de santé est susceptible d'être congédié quand l'employeur découvre le pot aux roses? Traditionnellement, les arbitres ont estimé que le mensonge était fatal parce qu'il viciait supposément le consentement de l'employeur. Autrement dit, on recevait l'argument voulant que, si l'employeur avait su la personne malade, il ne l'aurait pas engagée. Or, dans la mesure où il est maintenant reconnu que l'état de santé est un handicap, l'argument équivaut à dire que, si l'employeur avait su, il aurait discriminé... On voit donc la nécessité de reconsidérer cette jurisprudence à la lumière des chartes. C'est ce virage que l'arbitre Jacques Larivière propose dans *CHUM (Campus St-Luc)*

«[257] [...] La grille d'analyse récente proposée par la Cour suprême permet maintenant, selon nous, de résoudre les questions découlant des fausses représentations à l'embauche et relatives à l'état de santé sous un angle différent de celui proposé par la jurisprudence arbitrale traditionnelle fondée essentiellement, pour ne pas dire aveuglément, sur les principes du droit des obligations contractuelles comme si ceux-ci étaient entièrement à l'abri des normes portant sur la protection des droits fondamentaux. Même lorsque le fondement du congédiement repose sur un manquement à une obligation de nature civile relative à la validité du contrat individuel de travail, aussitôt que l'objet du renvoi concerne un motif de discrimination interdite comme le handicap, nous sommes d'avis que les paramètres de l'obligation d'accommodement tel que cernés par la Charte et la jurisprudence sur les droits fondamentaux s'impose et l'arbitre a le devoir de les appliquer.»⁹⁰

L'employeur ne pourrait donc se limiter au mensonge. Il devrait établir pourquoi il aurait refusé d'embaucher un salarié ayant un tel handicap: bref, en quoi l'état de santé du salarié constitue une contrainte excessive. On comprendra qu'une preuve de contrainte excessive sera plus difficile à faire pour l'employeur quand le

90. *Syndicat des technologues en radiologie c. CHUM (Campus St-Luc)*, 2004 RJDT 1816 (2004T-972)

congédiement intervient plusieurs années après l'embauche.

On doit aussi distinguer la fausse déclaration du cas où l'employeur ne s'est pas enquit à l'embauche des problèmes de santé du candidat.⁹¹

Signalons enfin une sentence de Diane Fortier qui écarte la décision *CHUM (Larivière)* et maintient le congédiement d'un préposé aux bénéficiaires pour n'avoir pas révélé à l'embauche ses problèmes psychologiques. Selon l'arbitre, la crainte de ne pas être embauché si une telle révélation était faite ne constitue pas une défense. Elle ajoute:

«[121] Si le plaignant avait répondu «oui» aux questions 23, 25, 26, 27 et 45, l'Employeur l'aurait-il embauché?

[122] L'embauche d'une personne fait partie des droits de direction de l'Employeur et l'arbitre ne peut intervenir ou substituer son opinion à celle de ce dernier sauf s'il lui apparaît que cette opinion de l'Employeur est déraisonnable, malicieuse, discriminatoire ou de mauvaise foi.»⁹²

Nous ne partageons par un tel raisonnement. Faut-il rappeler que la Charte prohibe la discrimination à l'embauche. Par ailleurs, l'arrêt *Parry Sound*⁹³ a clairement établi que les droits de gérance sont limités par les lois. L'arbitre doit donc procéder au contrôle de légalité et s'assurer du respect de la Charte. On est donc loin de l'exercice d'un droit de gérance discrétionnaire.

2.6 Accident de travail et accommodement

Un accident de travail peut entraîner des limitations fonctionnelles compromettant le retour du salarié dans son poste (emploi pré-lésionnel) voire même dans tout autre poste de l'entreprise. De telles limitations fonctionnelles constituent un handicap faisant naître une obligation d'accommodement pour l'employeur.

91. *Université Concordia c. S.E. de soutien de l'Université Concordia*, 2007T-359

92. *S.E. du C.H. Honoré-Mercier de St-Hyacinthe et Réseau santé Richelieu-Yamaska*, 2007T95

93. *Parry Sound c. S.E.E.F.P.O.*, [2003] 2 R.C.S. 157

Mais la LATMP présente actuellement de graves difficultés d'arrimage avec la Charte. Le principal problème consistant à établir qui de l'arbitre ou de la CSST est habile à disposer de l'obligation d'accommodement.

Notons d'abord que l'expiration du délai de retour au travail prévu à l'article 240 de la LATMP (1 à 2 ans) n'autorise pas le congédiement automatique du salarié. Comme l'affirme la Cour d'appel:

«[C]e ne serait pas parce que le droit de retour prioritaire au travail d'un employé victime d'une lésion professionnelle est expiré qu'un employeur pourrait mettre fin, pour ce seul motif, à l'emploi de ce travailleur. S'il en était ainsi, un employeur pourrait faire indirectement ce qu'il ne peut faire directement, soit imposer des mesures discriminatoires ou de représailles ou tout autre sanction à un travailleur parce que celui-ci a été victime d'une lésion professionnelle, mesures que prohibe l'article 32 LATMP.»⁹⁴

Mais qu'en est-il lorsque le salarié retourne au travail? Le problème résulte de l'article 349 LATMP:

«**349.** La Commission a compétence exclusive pour examiner et décider toute question visée dans la présente loi, à moins qu'une disposition particulière ne donne compétence à une autre personne ou à un autre organisme.»

Cette compétence exclusive de la CSST fait-elle échec à celle de l'arbitre sur l'accommodement raisonnable? La situation est loin d'être claire. On reconnaît généralement que l'arbitre est lié par une décision de la CSST sur la capacité de retour dans l'emploi antérieur ou dans un autre emploi. Dans une sentence arbitrale fort étoffée sur la question, Lyse Tousignant note:

«[102] [...] je retiens que l'évaluation de la santé et la capacité d'exercer l'emploi pré-lésionnel ou un emploi équivalent est de la compétence de la CSST.[...]»⁹⁵

94. *Fraternité nationale des forestiers c. Industries Caron*, [2004] R.J.Q. 1141, para. 25; réitéré dans *SFPQ c. SAAQ*, 2005T-782 (2005 QCCA 745) para. 31

95. *SFPQ c. Québec (ministère des Transports)*, 2006T-497, para 102

Dans cette affaire, la CSST estimait que le salarié pouvait encore effectuer plusieurs tâches dans l'entreprise. Le rapport de l'ergonome indiquait:

«Toutefois, il s'avère que dans une démarche d'adaptation et d'accommodation, l'assignation à divers travaux serait possible. Il demeure à l'employeur de vérifier si une telle organisation du travail est possible afin de maintenir Monsieur Bergeron dans son emploi d'ouvrier de voirie tout en assignant à des travaux ou équipes spécifiques.»⁹⁶

L'employeur exigeait de son côté que le salarié puisse remplir toutes les fonctions d'un poste et prétendait qu'il n'avait en conséquence aucun emploi convenable à offrir au salarié. L'arbitre Tousignant se déclare compétente pour entendre le grief d'accommodement malgré l'objection fondée sur 349 LATMP. Elle déclare:

«À l'époque du grief, monsieur est consolidé et il a un handicap de par les limitations fonctionnelles. Je comprends l'impatience de monsieur mais, il revient à la CSST de décider de sa capacité. Il n'appartient ni à monsieur, ni à l'Employeur de décider s'il est capable ou non, cette décision appartient à la CSST qui a juridiction sur cette matière (art. 349 L.A.T.M.P.) et la loi prévoit même comment les décisions sont rendues (art. 351 L.A.T.M.P.). Par contre, à son grief, monsieur demande que l'Employeur remplisse son obligation d'accommodement. Cette matière relève de l'arbitre. [...]

[118] Le handicap, qu'il soit d'origine occupationnelle ou personnelle, est visé par la Charte et emporte obligation d'accommodement de la part de l'employeur.

[119] Au moment du grief, il n'y a pas de décision de la CSST. Par contre, il y a eu deux (2) rencontres avec monsieur Roy [l'ergonome], au printemps 2003, lequel suggérait une évaluation des capacités fonctionnelles de monsieur Bergeron, ce qui ne s'est pas réalisé, pas plus d'ailleurs que le souhait de monsieur Roy d'aller sur "le terrain". Aussi, il ressort clairement de son rapport que certaines tâches peuvent être exécutées par monsieur Bergeron.

[...]

[...]

96. Idem, para 116

[129] Selon la preuve soumise, l'Employeur n'a pas fait d'effort dans ce sens. Il a regardé les limitations fonctionnelles avec les tâches à réaliser sans tenir compte de la possibilité de modifier, d'adapter ou d'aménager quoi que ce soit.»⁹⁷

La Cour d'appel adopte une approche similaire et maintient une sentence arbitrale qui ordonnait réintégration. L'arbitre avait jugé que la CSST n'excluait pas un retour au travail si des aménagements de postes étaient réalisés. La Cour note:

«[2] L'argument selon lequel l'arbitre aurait excédé sa compétence en se prononçant sur l'aptitude au travail du mis en cause, usurpant ainsi la compétence exclusive de la C.S.S.T., est mal fondé. L'arbitre a expressément mentionné qu'il n'était pas de sa compétence d'établir l'existence d'une lésion professionnelle ni de dire si la personne salariée était apte à revenir au travail. L'arbitre a plutôt [...] tir[é] la conclusion que, contrairement à la position prise par l'employeur, la C.S.S.T. n'avait pas jugé le mis en cause inapte au travail.

[3] Cette conclusion n'est pas manifestement déraisonnable, et ce, d'autant moins qu'était annexé au rapport de monsieur Laflamme un complément d'information d'une ergothérapeute sur les possibilités d'adaptation du poste de travail en entretien ménager.

[...]

[5] Quant à l'argument subsidiaire relatif à l'obligation d'accommodement de l'employeur, il est erroné de prétendre que ce dernier doit nécessairement : «engager une deuxième personne» pour accommoder la situation du travailleur. Ainsi, comme le souligne l'intimé dans son mémoire, l'appelante pouvait faire en sorte qu'une deuxième personne assiste le mis en cause lorsqu'il s'agit de monter ou descendre des objets lourds dans les escaliers au moyen d'une réorganisation de la tâche ou d'un aménagement des quarts de travail. Il est également possible, avec un peu de bonne volonté de part et d'autre, de penser à d'autres mesures d'accommodement.»⁹⁸

97. Idem

98. Commission scolaire des découvreurs c. Syndicat du personnel de soutien scolaire des découvreurs (CSN), 2005 QCCA 512 (2005T-544)

Dans une récente affaire,⁹⁹ l'arbitre Francine Beaulieu déclinait compétence sur un grief d'accommodement vu la compétence exclusive de la CSST. Or sa décision vient d'être cassée par la Cour supérieure¹⁰⁰. Le juge Godbout établit ce qui constitue selon lui l'état du droit sur la question:

«[25] Dès que la CSST s'est prononcée sur l'impossibilité d'un travailleur de réintégrer son emploi pré-lésionnel ou l'identification d'un emploi convenable, un arbitre de griefs a compétence pour déterminer si l'employeur, dans l'exercice de son droit de gérance, s'est acquitté de tous les efforts d'accommodement. Il peut aussi, le cas échéant, rendre ces mesures exécutoires. [...]

[...]

[27] À l'exception des mesures de réadaptation qu'elle peut mettre en place et qui découlent du droit au retour au travail de l'employé, l'analyse de l'obligation d'accommodement qui incombe à l'employeur ne relève pas de la CSST. À ce sujet, dans l'arrêt *Mueller Canada inc.*, la Cour d'appel s'exprime ainsi:

«En l'espèce, saisies d'une plainte en vertu de l'article 32, et en assumant même qu'elles auraient pu qualifier d'illégale et donc d'insuffisante la cause invoquée par l'appelante, **la CSST et la CLP en appel n'auraient pas eu la compétence, en vertu de l'article 257, de décréter autre chose que l'annulation pure et simple du congédiement** et la réintégration du travailleur, du fait que la présomption de l'article 255 n'aurait pas été repoussée.

Elles n'auraient pas eu la compétence d'imposer, recommander ou suggérer quelque forme d'accommodement que ce soit. [...]

[28] En somme, la LATMP qui a «pour objet la réparation des lésions professionnelles et des conséquences qu'elles entraînent pour les bénéficiaires», prévoit de la part de la CSST une démarche visant à faire en sorte qu'un travailleur victime d'un accident du travail dispose, après

consolidation, d'un réel droit au retour dans son emploi pré-lésionnel ou bénéficie d'un emploi convenable.

[29] Mais, lorsque vient le temps de vérifier si un employeur s'est acquitté de son obligation d'accommodement à l'égard d'un employé atteint d'une limitation fonctionnelle à la suite d'un accident du travail, cet exercice relève de l'arbitre de griefs parce qu'elle met en cause l'exercice du droit de gérance propre à l'employeur dans l'organisation de son entreprise.»¹⁰¹ (notre emphase)

On semble donc s'acheminer de plus en plus vers une reconnaissance pleine et entière de la compétence arbitrale sur l'accommodement raisonnable même lorsqu'un salarié est de retour d'un accident de travail: la seule réserve consistant pour l'arbitre à ne pas contredire la décision de la CSST. La décision du juge Godbout pourrait toutefois faire l'objet d'un appel. La situation est encore incertaine.

Sans doute tout n'a pas encore été dit sur la question et des zones grises demeurent, qu'un rafraîchissement législatif serait mieux à même de résoudre. La LATMP, adoptée en mai 1985 et donc avant l'invention de l'obligation d'accommodement en décembre 1985, gagnerait à être mise à jour.

2.7 Absentéisme

L'état de santé peut provoquer l'absentéisme. La Charte, en assimilant l'état de santé à un handicap, impose de revoir la façon d'aborder les cas d'absentéisme excessif pour tenir compte de l'obligation d'accommodement. Comme l'indique Denis Nadeau.

«[...] Ceci ne veut pas dire que les règles classiques applicables en matière d'absentéisme doivent être totalement mises de côté, mais que celles-ci doivent être vues dans une perspective plus large de protection des droits des personnes.»¹⁰²

99. *SCFP c. SEPAQ*, (Guy Roy), 2006T 496

100. *SCFP c. Beaulieu*, 2007T-404 – une requête pour permission d'en appeler a été logée et est actuellement pendante 200-09-005969-073

101. Voir au même effet *CSSS Québec Nord*, 2007T 268 (TA)

102. *SEEPB, local 57 c. Caisse populaire Deux-Rivières*, 1999 RJDT 397, page 412 (99T-237); voir au même effet *Stefil*, [2006] R.J.D.T. 841 (2006T-502)

Dans cette affaire, l'arbitre casse le congédiement d'une caissière absente 30% du temps au cours des dix dernières années en raison d'une maladie bipolaire. Il note:

«Le taux actuel d'absences qui assure à l'employeur une présence au travail de la plaignante environ aux deux tiers du temps ouvrable conjugué à l'évolution de sa maladie au cours des dernières années et au fait très important que la plaignante est capable d'exécuter ses fonctions normalement et sans besoin d'accommodement particulier lorsqu'elle n'a pas de rechute me mènent à la conclusion qu'il n'y a pas de contrainte excessive pour l'employeur.»¹⁰³

Pour établir le bien-fondé d'un congédiement, l'employeur doit démontrer un taux d'absence excessif en plus d'établir que les chances que la situation se modifie dans un avenir prévisible sont pratiquement inexistantes.

On tiendra compte, par exemple, du fait qu'une opération chirurgicale est prévue (même si on en ignore la date) qui devrait permettre un retour rapide. Dans *Institut universitaire de gériatrie de Montréal*¹⁰⁴, l'arbitre indique:

«[141] La preuve a donc établi, qu'au moment du congédiement de la plaignante, il existait un diagnostic et un plan de traitement dont les résultats permettaient de croire que la salariée pouvait sérieusement envisager d'être en mesure de fournir, dans un avenir prévisible, une prestation normale de travail sur une base régulière. Rappelons que le résultat positif de la chirurgie était prévisible, lors du congédiement, même si ce n'était pas le cas de la date effective de l'intervention, ce qui, de toute façon, ne peut être reproché à la plaignante. De plus, ce diagnostic et ce plan de traitement étaient disponibles pour l'employeur, au moment du congédiement. [...]»

L'employeur devra avoir tenté tous les accommodements possibles avant de recourir au congédiement. Ainsi dans *Hydro-Québec*, un salarié souffrait de troubles de personnalité engendrant des périodes

103. Idem, page 426

104. *SCFP c. Institut universitaire de gériatrie de Montréal*, (Duguay) 2007T-155; voir au même effet *CSSS Nord de Lanaudière*, 2007T-175

d'absences parfois prolongées. Un mauvais pronostic avait mené l'employeur à la congédier. La Cour d'appel estimera que la tolérance passée de l'employeur ne le dispensait pas de tenter un ultime accommodement.

« [75] La notion d'accommodement réfère à l'obligation de l'employeur de ne pas appliquer aveuglément ou arbitrairement la norme qu'il a adoptée de bonne foi et dont l'objet général est justifié.[...]»

[78] Peut-on affirmer qu'Hydro-Québec, ayant en mains des rapports d'expertise relativement défavorables à Mme L... a fait la preuve qu'elle avait envisagé toutes les mesures d'accommodement raisonnablement possibles au moment de congédier Mme L. [...]»

[102] L'obligation d'accommodement impose à l'employeur d'être proactif et innovateur, c'est-à-dire qu'il doit poser des gestes concrets d'accommodement, ou alors démontrer que ses tentatives sont vaines et que toute autre solution, laquelle doit être identifiée, lui imposerait un fardeau excessif. Il ne suffit pas d'affirmer qu'il n'y a pas d'autres solutions, encore faut-il en faire la démonstration.»¹⁰⁵

Un pronostic par ailleurs indéterminable pourrait justifier un congédiement, selon un jugement récent de la Cour d'appel. Dans cette affaire, la fibromyalgie avait entraîné un absentéisme de 70% sur 5 ans. L'arbitre avait rejeté le grief de congédiement (2004T-1145). La Cour d'appel maintient la sentence notant au passage:

«[33] [...] la décision du Barreau a été prise sur la base d'expertises médicales qui concluaient toutes au fait qu'il était difficile sinon impossible de prévoir que Me [...] pourrait un jour recouvrer une autonomie telle qu'elle puisse être en mesure de fournir une prestation de travail régulière et assidue. Il n'existe en effet, à l'heure actuelle, vu la complexité des symptômes et des effets de la fibromyalgie, aucun moyen scientifique permettant de prédire avec certitude ou même probabilité la possibilité d'une telle prestation. En l'espèce, contrairement à ce que plaide l'appelant, il n'existe pas une absence totale d'évaluation médicale du pronostic, mais au

105. *SEETPB de Hydro-Québec c. Hydro-Québec*, [2006] R.J.Q. 426 (2006T-188) - requête pour autorisation de pourvoi en Cour suprême accueillie, CSC 31395

contraire un pronostic médicalement existant, mais indéterminable. [...]»¹⁰⁶

Un pronostic indéterminable ne doit pas être confondu avec l'absence d'un pronostic. Ainsi l'employeur qui agit précipitamment et sans avoir en main une expertise médicale éclairante risque bien de voir son congédiement invalidé.¹⁰⁷

Notons par ailleurs que les pronostics de rechute de plusieurs pathologies sont établis par la médecine sur la base de données calculant des moyennes. Il faudrait se garder de faire de ces moyennes des automatismes irréfutables.

«Il est quelque peu hasardeux de mettre fin à l'emploi d'une personne en se fondant uniquement sur une statistique de portée générale. Le Tribunal est plutôt d'avis que chaque cas en est un d'espèce. Tout en invoquant le risque de rechute de 50% dans les deux années qui suivent une première dépression grave, de 70% à la suite d'une deuxième crise et de 90% pour quelqu'un qui a déjà eu trois crises de dépression, la preuve doit indiquer les éléments propres au dossier de la personne salariée dont le lien d'emploi a été rompu qui permettent de croire qu'il y aura vraisemblablement récurrence qui la rendra incapable de fournir une prestation de travail normale.»¹⁰⁸

2.8 Clause de terminaison automatique d'emploi pour une absence maladie

Le 27 janvier dernier, la Cour suprême se prononçait sur la légalité et la portée de ce qu'il est convenu d'appeler une clause de terminaison automatique d'emploi. La clause de convention collective soumise à l'attention de la Cour suprême prévoyait:

*«La personne salariée perd son ancienneté et son emploi dans les cas suivant:
[...]*

106. *SEEPB c. Barreau du Québec*, 2007T-137- requête pour autorisation de pourvoi en Cour suprême pendant CSC 31947; voir dans le même sens *SFPQ c. CSST*, 2007T 154 et *C.H. Centre de la Mauricie*, 2005 Canlii 50432 et *Ternaco*, 2006T-617

107. Voir *FTPF c. A. Bergeron et fils*, [2005] R.J.D.T. 1713 (2005T-847)

108. *C.H. Centre de la Mauricie*, (2005A-68) 2005 Canlii 50432, arbitre Richard Guay

5^e absence pour maladie ou accident autre qu'accident du travail ou maladie professionnelle après le 36^{ème} mois d'absence.»

L'employeur soutenait qu'à l'expiration du délai de 36 mois d'absence, il pouvait congédier le salarié sans autre forme d'accommodement, la clause constituant par elle-même l'accommodement raisonnable.

Le syndicat prétendait de son côté qu'un accommodement est par définition une mesure personnalisée et qu'en conséquence, une clause de convention collective ne pouvait servir d'accommodement raisonnable.

La Cour adopte une position mitoyenne. D'abord, elle reconnaît la légalité de telles clauses à titre d'accommodement négocié. Elle note:

«[18] [...] [I]l faut reconnaître aux parties à la convention collective le droit de négocier des clauses assurant le retour au travail des employés malades dans un délai raisonnable. Si cet objectif valable est reconnu, la détermination d'une période d'absence maximale constitue donc une forme d'accommodement négocié.»¹⁰⁹

En revanche, la clause négociée ne dispose pas entièrement de l'accommodement car celui-ci demeure une mesure individuelle à évaluer cas par cas.¹¹⁰ La clause négociée ne peut en outre être d'une durée inférieure à ce que commande la charte, celle-ci ayant toujours préséance sur la convention collective.

«[20] [...] En effet, comme le droit à l'égalité est un droit fondamental, les parties à une convention collective ne peuvent convenir d'une protection moindre que celle reconnue par la législation sur les droits de la personne et elles ne peuvent fixer cette période à l'avance de façon définitive, étant donné que les circonstances particulières de chaque cas ne sont connues qu'au moment où elles se produisent, c'est-à-dire après la signature de la convention collective.»¹¹¹

L'application automatique et aveugle d'une clause ne saurait donc équivaloir à un accommodement.

109. *Centre universitaire de santé McGill c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, 2007 CSC 4, (2007T-111)

110. *Idem*, para. 20

111. *Idem*

«[22] [...] L'accommodement raisonnable est donc incompatible avec l'application mécanique d'une norme d'application générale. En ce sens, **le syndicat a raison de dire que la détermination de la mesure de l'accommodement ne peut reposer sur l'application aveugle d'une clause conventionnelle.** [...]»

[28] Bref, on ne saurait conclure que l'accommodement prévu par la convention collective constitue une réponse complète à la plainte d'un employé qui réclame un accommodement supplémentaire. Pas plus qu'on ne peut affirmer que l'avantage incorporé à la convention collective ne doit pas être pris en compte dans l'appréciation globale de la mesure d'accommodement consentie par l'employeur.»¹¹²

Dans cette affaire, la Cour maintient le congédiement parce que la preuve d'un retour au travail dans un avenir prévisible n'a pas été faite. En fait, au jour de l'audition devant l'arbitre, la salariée était toujours invalide et aucune date de retour n'était connue.

«[38] L'obligation d'accommodement n'est ni absolue ni illimitée. L'employée doit faire sa part dans la recherche d'un compromis raisonnable. Si l'accommodement prévu par la convention collective en l'espèce lui paraissait insuffisant et qu'elle estimait être en mesure de reprendre le travail dans un délai raisonnable, elle devait fournir à l'arbitre des éléments permettant à celui-ci de conclure en sa faveur.»¹¹³

C'est donc essentiellement sur une question de preuve que la Cour intervient dans CUS McGill. On notera d'ailleurs que la **preuve de faits postérieurs** est non seulement recevable mais quasiment **nécessaire dans ce type de dossier**. La Cour note:

«L'arbitre a eu raison d'apprécier les circonstances en prenant en considération l'ensemble des événements ayant mené à la rupture du lien d'emploi. D'ailleurs, lorsqu'il statue sur l'objection du syndicat à la mise en preuve des faits postérieurs au grief, il s'exprime clairement sur le fait que l'état de santé de l'employée dans son ensemble était pertinent.»¹¹⁴

La Cour ajoute que la contrainte ne s'évalue pas à l'expiration du délai d'absence: on doit l'évaluer dans

112. Idem

113. Idem

114. Idem, para. 34

l'ensemble en y incluant le délai de la convention collective.¹¹⁵

Cet arrêt confirme l'état de la jurisprudence. La Cour d'appel avait en effet adopté une approche similaire dès 2005. Ainsi, la juge Thibault affirmait dans SPGQ c. Lavoie:

«[78] [...] Par ailleurs, lorsqu'il n'est pas en mesure d'établir qu'il sera capable de fournir sa prestation de travail dans un avenir raisonnable, l'employeur peut mettre un terme à la relation. La convention collective ne permet donc pas le congédiement d'un salarié pour la seule raison qu'il n'est pas disponible pour travailler, mais elle permet la terminaison d'un emploi pour lequel le salarié ne peut démontrer qu'il sera capable de l'occuper dans un avenir raisonnable.»¹¹⁶

Soulignons aussi ce passage où la juge Thibault affirme que la seule expiration d'un délai, même celui prévu à une loi, n'autorise aucun congédiement automatique.

«[83] L'appelant a tort de conclure que la Loi sur les normes du travail autorise l'employeur à mettre fin, de façon automatique, à l'emploi d'un salarié, à l'expiration de la période de maladie énoncée à la Loi. [...] [L]'employeur peut mettre fin à une relation contractuelle lorsqu'il établit que le salarié ne sera pas en mesure de fournir une prestation de travail constante et régulière dans un avenir prévisible.[...] »¹¹⁷

La décision CUS McGill vient donc clore un débat: les tenants de l'idée qu'un délai prédéterminé, dans une convention collective ou dans une loi, dispose définitivement de l'obligation d'accommodement ont perdu, heureusement. Reste à voir ce qui constituera aux yeux des décideurs un «avenir prévisible» ou un délai raisonnable de retour au travail.

115. Idem, para. 33

116. Québec (Procureur général) c. Syndicat de professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec (SPGQ), [2005] R.J.Q. 944 (2005T-359)

117. Idem, para. 83 – N.B.- **Le jugement de la Cour d'appel ordonnait le retour du dossier à l'arbitre Lavoie . Or, celui-ci a conclu qu'un congé sans solde de 10 semaines additionnelles suivi d'un retour progressif de 10 semaines n'aurait pas constitué une contrainte excessive (2006T-63).**

2.9 Retour progressif

Une mesure courante d'accommodement raisonnable pour le salarié en absence maladie consiste dans l'octroi d'un retour progressif au travail avec horaire ou tâches allégées. L'employeur qui refuse un accommodement de ce genre s'expose à devoir payer le salaire dû au salarié à compter de sa demande de retour au travail. Dans *Société de portefeuille du Groupe Desjardins*¹¹⁸, le Tribunal des droits de la personne reproche à l'employeur d'avoir exigé le retour temps plein d'une salariée en absence pour dépression.

«[...] L'accommodement recherché [...] était qu'Assurances générales des caisses lui permettent de pallier son handicap par un retour progressif au travail à raison de trois jours par semaine, huit heures par jour, sur une période de 2 mois. Sur le plan médical cet accommodement était totalement indiqué.»

Quant au risque de rechute, il sera écarté si la capacité de travail est plus probable que l'incapacité¹¹⁹ ou encore si la preuve médicale est déficiente quant au taux de récurrence.¹²⁰ Comme l'exprime l'arbitre Jean-Guy Clément dans cette affaire:

«Le fait que le Tribunal d'arbitrage considère que l'Employeur ne s'est pas déchargé de son fardeau de preuve de démontrer qu'il y a un risque certain et réel d'une rechute, si le plaignant est réintégré à l'emploi du CHSLD, ne veut pas dire qu'une telle rechute n'est pas possible ou envisageable.

Cependant il est du pouvoir de l'Employeur et de ses représentants, et peut-être pourrions-nous parler d'un devoir consécutif à son obligation d'accommodement, de mettre en place des moyens, des balises, des garde-fous, pour minimiser les situations de possible débordement.

Ce devoir s'impose également à la partie syndicale et à ses représentants, qui doivent continuer à offrir un support au plaignant.

118. [1997] R.J.Q. 2049 (97T-747); voir au même effet *Commission scolaire de la région de Sherbrooke*, 2007T-126

119. *APTS c. C.S.S.S. de Sorel-Tracy*, 2007T-249 (2007A-4)

120. *Commission scolaire Marie-Victorin*, 2007T-174

*Si tous s'unissent et supportent le plaignant, les chances possibles de récidives seront diminuées d'autant.»*¹²¹

Ceci dit le salarié doit collaborer à la mesure et éventuellement se soumettre à une expertise médicale. Dans *Intragaz*¹²², la Cour supérieure maintient le congédiement du salarié qui s'était dérobé à un examen médical. Elle souligne:

«Pour pouvoir accommoder son employé, l'employeur devait nécessairement connaître sa condition médicale. Était-il apte à revenir au travail et si oui, de quelle façon, sur quelle période, à quel poste? Voilà autant de questions que devait se poser l'employeur et auxquelles il n'a pu répondre.»

La Cour ajoute que c'est à bon droit que l'arbitre a tenu compte de la preuve de faits postérieurs pour établir la capacité de retour.

Devoir de représentation et accommodement

On l'a vu, le syndicat n'est pas un simple spectateur dans la recherche d'un accommodement. Il ne doit pas gêner les efforts de l'employeur. Il doit, en outre, s'assurer que l'employeur rempli bien son obligation d'accommodement. Comme l'indique la CRT:

«[17] Il est maintenant bien établi que, dans un contexte de rapports collectifs de travail, la mise en oeuvre des droits fondamentaux prévus à la Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., c. C-12, incombe tant au syndicat qu'à l'employeur. Il ne fait pas plus de doute que la Charte des droits transcende la convention collective et, à fortiori, l'exercice des droits de la direction que la convention ne balise pas. Autrement dit, aucun employeur ou syndicat ne peut simplement se retrancher derrière une disposition claire de la convention collective, du plan de classification ou du contrat d'assurance pour prétendre qu'il n'a pas l'obligation d'envisager toute mesure d'accommodement n'entraînant pas une contrainte excessive qui

121. *CHSLD Émilie-Gamelin / Armand-Lavergne*, 2006T-1082, page 21

122. *STT Intragaz c. Fortin*, 2006T-301 (2006 QCCS 969); confirmé en Cour d'appel, 2006 QCCA 834

soit susceptible de permettre à un salarié handicapé de continuer à exercer son emploi, par exemple.

[...]

[22] S'agissant de la mise en oeuvre d'un droit fondamental, l'intimé se devait de tout faire pour s'assurer de son respect. À tout le moins, il devrait prendre conseil au sujet de l'étendue de cette obligation d'accommodement et du type de mesures pouvant être envisagées. À cet égard, force est de conclure que l'intimé a manqué à son devoir, ce qui constitue à n'en pas douter de la négligence grave au sens de l'article 47.2 du Code du travail.»¹²³

La CRT exige même du syndicat qu'il se montre pro-actif sur une question comme l'accommodement.

«[46] Lorsque les dispositions d'une loi sur les droits de la personne ou d'une loi du travail sont concernées par un conflit opposant un salarié à son employeur, il incombe à l'association d'intervenir, d'être proactive, de déployer des efforts additionnels et d'offrir un supplément de sensibilité au cas soulevé par le salarié qu'il représente.

[...]

[49] Toutefois, le défaut de préoccupation, d'examen sérieux et d'intervention réelle, relativement à des aspects importants que pose le cas du plaignant en considérant les obligations nouvelles incombant à l'association en application de l'arrêt Parry Sound, suffit pour conclure que celle-ci a fait preuve de négligence grave à l'endroit du plaignant. [...] En effet, dans un milieu de travail syndiqué, l'exécution de l'obligation d'accommodement implique trois acteurs: l'employeur, l'association et le salarié, ... et parfois même les collègues de travail concernés. Chacun, solidairement, doit être en mesure de trouver une solution raisonnable de compromis et qui permet au salarié, incapable pour des raisons de santé d'accomplir le travail confié, de fournir sa prestation de travail dans des conditions pouvant convenir à ce salarié ainsi qu'à la communauté de travail.»¹²⁴

123. Roy c. SFPQ, 2004 QCCRT 359

124. Chhuon c. Association des employés du Groupe Holiday, 2005T-371 (2005 QCCRT 115); Voir aussi sur la question Thabet c. SFMM, 2006 QCCRT 623, Côté c. Syndicat des salariés de la production de Lactancia, 2004 QCCRT 323

L'obligation d'accommodement se situe donc désormais au coeur du devoir de représentation syndicale.

Conclusion

L'obligation d'accommodement est devenue un incontournable des relations de travail et il convient de s'en réjouir. C'est un outil précieux dans le respect des droits fondamentaux en milieu de travail.

Le syndicat a un rôle important à jouer dans son application. Il doit voir à ce que la personne salariée qui en a besoin soit accommodée tout en s'assurant que les droits des autres salariés de l'unité ne soient pas injustement bafoués. L'équilibre peut être ardu à trouver mais l'exercice en vaut la peine. Le syndicat doit rappeler à l'employeur que l'obligation d'accommodement c'est d'abord son obligation à lui, même si le syndicat ne doit pas gêner ses efforts. La solution avancée par l'employeur ne doit pas être la moins coûteuse et la moins contraignante pour lui si elle entraîne une contrainte excessive pour le syndicat et ses membres. D'autres solutions doivent alors être recherchées.

Le syndicat doit aussi jouer un rôle d'éducation et sensibiliser les salariés au fait que le traitement différent dont peut bénéficier un salarié ne signifie pas un passe-droit s'il s'explique par une différence réelle.

L'obligation d'accommodement fait désormais partie du devoir de représentation syndicale et la CRT se charge à l'occasion de le rappeler dans le cadre de plaintes en 47.2.

Mais l'obligation d'accommodement se prête mal à un processus judiciaire. Les auditions sont souvent longues et coûteuses et règlent rarement le problème complètement. Il n'appartient pas en effet à l'arbitre de partir à la chasse de poste convenable et disponible dans l'entreprise. La plupart du temps s'il accueille le grief, il renverra les parties négocier la solution. Aussi les modes alternatifs de règlement, comme la médiation, devraient être envisagés chaque fois que cela est possible. On peut aussi avoir intérêt à bien délimiter les questions réellement en litige (médical, existence de poste, coûts, modification d'horaire ou allègement

de tâches, etc.) lors d'une conférence préparatoire et voir celles qui peuvent faire l'objet d'admissions ou même qui ne sont pas litigieuses.

Le développement du concept d'accommodement pourrait aussi être l'occasion d'une prise de conscience des nombreux automatismes que recèlent les conventions collectives, automatismes souvent incompatibles avec la notion d'accommodement. L'arbitre Denis Nadeau convie à un tel exercice:

«Les obligations formulées sans nuances, les sanctions automatiques, les exclusions sans justification qui se retrouvent souvent dans les conventions collectives et contrats de travail devraient toutes être revues à l'aune des droits prévus à la Charte, puisque ceux-ci sont, d'essence, aux antipodes des généralisations et de solutions sans distinctions. Les parties aux conventions collectives et contrats de travail doivent plutôt opter pour la conception de dispositions permettant à un salarié de faire valoir, lorsqu'il le requiert, la spécificité de son état. Il ne s'agit pas, faut-il le préciser, de faire disparaître toute norme ou balise d'application générale dans une relation de travail mais de s'assurer que les bases d'une convention collective et d'un contrat de travail ne soient pas en opposition avec une possible application des droits fondamentaux d'un salarié.»¹²⁵

À tout le moins devrait-on développer le réflexe consistant à se méfier des automatismes. Toute clause de convention collective comportant un automatisme et dont l'application emporte un effet discriminatoire doit être traitée avec méfiance. Il faut aller au-delà de la clause pour vérifier si un accommodement raisonnable est possible.

Avertissement: Tous les textes contenus dans ce bulletin sont rédigés à des fins d'information seulement. Pour l'application du droit à un cas particulier, le lecteur est prié de s'adresser à un conseiller juridique.

125. NADEAU, Denis, «La Charte des droits et libertés de la personne et le droit du travail au Québec: naissance d'un «nouveau salarié» dans un droit en mutation», [2006] Numéro thématique de la Revue du Barreau en marge du trentième anniversaire de l'entrée en vigueur de la Charte des droits et libertés de la personne, p. 399, page 413

TABLE DES MATIÈRES

Des normes d'emploi respectueuses des individus	1
Discrimination	2
Le test de l'arrêt <i>Meiorin</i>	2
Qu'est ce que l'obligation d'accommodement	3
Qu'est ce qu'une contrainte excessive	4
1. Les coûts	5
2. Risques et sécurité	6
3. Entrave aux activités de l'entreprise	7
Le rôle du syndicat	7
Obligation du salarié	10
L'obligation continue	11
Une obligation qui se discute	12
Preuve	12
L'âge	12
Religion	13
Sexe	13
Grossesse	14
Langue	15
Handicap	15
1. Notion de handicap	15
2. L'accommodement raisonnable en matière de handicap	16
2.1 Poste: aménagement, octroi, etc.	16
2.2 Octroi de poste	19
2.3 Toxicomanie et autres dépendances	22
2.4 Entente de dernière chance	23
2.5 Fausse déclaration à l'embauche	23
2.6 Accident de travail et accommodement	24
2.7 Absentéisme	26
2.8 Clause de terminaison automatique d'emploi pour une absence maladie	28
2.9 Retour progressif	30
Devoir de représentation et accommodement	30
Conclusion	31