

**L'accommodement en milieu de travail québécois des personnes souffrant d'un problème
de santé mentale**

Camille Lanthier Riopel

Thèse soumise dans le cadre des exigences du programme de
maîtrise en droit

Superviseure : Katherine Lippel

Faculté de droit
Université d'Ottawa

Remerciements

Je tiens à remercier toute l'équipe du projet *Retour au travail : Les politiques et leur application*, financé conjointement par les IRSC et le CRSH dans le cadre d'une subvention de partenariat du programme *Santé et productivité au travail* ainsi que l'équipe *SAGE* (santé, genre égalité) pour les magnifiques opportunités de présenter au Québec et ailleurs au Canada mes résultats de recherche et d'échanger avec des chercheuses d'expérience.

Un grand merci à ma superviseuse Katherine Lippel sans qui je n'aurais ni commencé ni fini cette thèse de maîtrise.

Un merci tout spécial à Marie-Ève Maillé qui m'a accompagnée dans les moments de doute avec patience et bonté.

Cette thèse est dédiée à Nathalie Lanthier et Didier Lanthier-Riopel; vous nourrissez mon courage.

Résumé

La présente thèse propose une analyse de l'application par un tribunal administratif québécois de l'obligation d'accommodement d'un employeur à l'égard d'un(e) salarié(e) ayant un problème de santé mentale. Cette étude en trois volets fait 1) une revue d'une sélection d'articles et rapports de la littérature en psychologie organisationnelle et gestion des incapacités portant sur le retour au travail des personnes ayant un problème de santé mentale, 2) un rappel des principales décisions de la Cour suprême du Canada portant sur l'obligation d'accommodement en contexte d'emploi pour des personnes handicapées et 3) une analyse approfondie des décisions rendues par les arbitres de grief québécois entre 2010 et 2018 qui se sont penchées sur l'obligation d'accommodement d'un employeur à l'égard d'un(e) salarié(e) ayant un problème de santé mentale. Notre analyse de ces décisions nous permet d'émettre certaines conclusions notamment quant a) à une judiciarisation plus élevée du recours à l'obligation d'accommodement chez les syndiqués que chez les non-syndiqués, b) aux possibilités restreintes d'accommodement lorsqu'il y a un absentéisme de longue durée ou fréquent, c) à l'influence de la taille du milieu de travail sur l'étendue de l'obligation, les grandes entreprises ayant des obligations plus étendues et d) à la nécessité d'une collaboration des parties au processus d'accommodement.

Summary

This thesis presents an analysis of an administrative tribunal in Quebec's application of an employer's duty to accommodate a worker with mental health issues. The three parts of the thesis are: 1) a review of a selection of organizational psychology and disability management articles and reports on return to work for people with mental health issues, 2) a review of the Supreme Court of Canada's main rulings on the duty to accommodate people with disabilities in the context of employment and 3) an in depth analysis of grievance arbitration decisions rendered in Quebec between 2010 and 2018 discussing an employer's duty to accommodate a worker with mental health issues. Our analysis of these decisions allowed us to draw the following conclusions: a) a higher number of cases heard by the tribunals involved the duty to accommodate unionized workers rather than non-unionized, b) possibilities to accommodate are limited when there's long or frequent absenteeism, c) an influence of the workplace's size on the duty to accommodate, larger organizations having extended duties and d) the necessity for parties to collaborate in the process of accommodation.

TABLE DES MATIÈRES

I.	INTRODUCTION.....	1
1.	LES ENJEUX DE LA SANTÉ MENTALE	1
2.	MÉTHODOLOGIE.....	5
3.	PROBLÉMATIQUE.....	7
3.1	<i>La santé mentale et le travail</i>	7
3.1.1	Définitions.....	9
II.	LES TRIBUNAUX COMPÉTENTS.....	12
1.	LE DROIT À L'ÉGALITÉ ET L'OBLIGATION D'ACCOMMODEMENT DE L'EMPLOYEUR.....	12
2.	LES TRIBUNAUX COMPÉTENTS ET LES RECOURS.....	15
2.1	<i>L'arbitre de grief</i>	16
2.2	<i>Le Tribunal administratif du travail</i>	19
2.2.1	La Loi sur les normes du travail	19
2.2.1.1	Les pratiques interdites	20
2.2.1.2	Le congédiement sans cause juste et suffisante.....	21
2.2.1.3	Le harcèlement psychologique.....	22
2.2.1.4	La Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles.....	23
2.2.2	Le Tribunal des droits de la personne	27
III.	PSYCHOLOGIE ORGANISATIONNELLE ET GESTION DES INCAPACITÉS : LES MEILLEURES PRATIQUES DE RETOUR AU TRAVAIL DES PERSONNES SOUFFRANT DE PROBLÈMES DE SANTÉ MENTALE.....	29
1.	INTRODUCTION.....	29
2.	LES MEILLEURES PRATIQUES SUR LE RETOUR AU TRAVAIL.....	30
2.1	<i>Adopter des politiques organisationnelles sur la santé mentale</i>	31
2.2	<i>Coordonner le retour au travail</i>	33
2.3	<i>Appliquer des pratiques de retour au travail</i>	36
2.3.1	Les étapes à suivre	36
2.3.2	La condition médicale et la confidentialité	38
2.4	<i>Modifier les tâches ou les conditions de travail</i>	40
3.	LES PETITES ENTREPRISES ET LEURS PARTICULARITÉS	42
IV.	LES PRINCIPES JURISPRUDENTIELS : L'OBLIGATION D'ACCOMMODEMENT DE L'EMPLOYEUR AU CANADA	46
1.	L'OBLIGATION D'ACCOMMODEMENT DE L'EMPLOYEUR.....	47
2.	LA CONTRAINTE EXCESSIVE.....	50
2.1	<i>Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal (ci-après CUSM)</i>	51
2.2	<i>Hydro-Québec c Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)</i>	53
V.	ANALYSE DE LA JURISPRUDENCE : L'ACCOMMODEMENT VU PAR LES ARBITRES DE GRIEF.....	58
1.	INTRODUCTION.....	58
2.	ANALYSE DES DÉCISIONS DES ARBITRES	60
2.1	<i>Les questions de droit soulevées dans les sentences arbitrales</i>	61
2.1.1	Les accommodements accordés par les arbitres	61
2.1.1.1	Le retour au travail progressif.....	61
2.1.1.2	La modification des horaires ou des tâches.....	65
2.1.1.3	L'ordonnance de réintégration sans mesure d'accommodement	68
2.1.2	Les compromis (décisions acceptées partiellement).....	71
2.1.3	Les demandes d'accommodement refusées par les arbitres	73

2.1.3.1	Absence de handicap	73
2.1.3.2	La contrainte excessive.....	79
2.1.3.2.1	Les absences trop longues.....	80
2.1.3.2.2	Les absences trop fréquentes	82
2.1.3.3	Autres motifs de rejet de la demande d'accommodement	85
2.2	<i>Analyse de situations factuelles étudiées par les arbitres</i>	87
2.2.1	Les caractéristiques et comportements de l'employeur	87
2.2.1.1	Harcèlement psychologique dans le milieu de travail	87
2.2.1.2	La collaboration de l'employeur au processus d'accommodement.....	90
2.2.1.3	La taille de l'entreprise de l'employeur.....	91
2.2.2	Caractéristiques et comportements de la personne salariée.....	93
2.2.2.1	Les fausses déclarations ou les omissions de déclarer son problème de santé mentale	93
2.2.2.2	Les personnes ayant de multiples conditions de santé.....	96
2.2.2.3	La collaboration de la personne salariée au processus d'accommodement	98
V.	SYNTHÈSE ET CONCLUSION	101
1.	LES OBJECTIFS DIVERGENTS DU DROIT ET DES MEILLEURES PRATIQUES DE RETOUR AU TRAVAIL	101
2.	LA COLLABORATION DES PARTIES	106
3.	LA PROTECTION CONTRE LA DISCRIMINATION : L'OBLIGATION D'ACCOMMODEMENT ET LA CONTRAINTE EXCESSIVE	109
3.1	<i>L'influence du milieu de travail sur les possibilités d'accommodement et sur la contrainte excessive</i>	109
3.2	<i>La gestion de l'absentéisme</i>	111
3.3	<i>Les absences longues ou fréquentes</i>	113
3.4	<i>Les questionnaires médicaux</i>	114
4.	L'ARBITRE DE GRIEF.....	115
4.1	<i>L'influence de celui qui tranche</i>	115
4.2	<i>Le rôle du décideur</i>	117
5.	LIMITATIONS DE CETTE RECHERCHE	120
6.	NOUVELLES PISTES DE RECHERCHE	121
6.1	<i>La question du genre</i>	122
6.2	<i>L'impact de la taille de l'entreprise</i>	123
6.3	<i>L'analyse de la preuve médicale</i>	124
BIBLIOGRAPHIE		125

TABLE DES TABLEAUX

Tableau 1	31
Tableau 2	58

TABLE DES FIGURES

Figure A	60
-----------------------	-----------

I. Introduction

1. Les enjeux de la santé mentale

La santé mentale prend déjà depuis de nombreuses années une place importante dans le discours public, dans les médias ainsi qu’au sein des institutions québécoises et canadiennes¹. Cependant, les problèmes de santé mentale demeurent un sujet chaud dans différentes sphères d’activités, particulièrement dans les milieux de travail. En effet, la survenance ou la récurrence d’un problème de santé mentale est une cause majeure d’absentéisme en cours d’emploi. Ces absences ont des conséquences non négligeables à la fois pour les personnes souffrant de problèmes de santé mentale tout comme pour celles qui les emploient et travaillent à leurs côtés.

Outre les arrêts de travail, le retour au travail des personnes souffrant de problèmes de santé mentale et ses modalités sont des défis de taille pour les milieux de travail. Puisque le retour au travail est une étape cruciale pour le rétablissement d’une personne ayant vécu ou vivant avec un problème de santé mentale, les professionnels et chercheurs saisis de ces enjeux prônent des pratiques respectueuses leurs besoins. En effet, celles-ci ne sont pas nécessairement remises complètement de leur condition au moment où elles retournent dans leur milieu de travail puisque le retour rapide au travail, avant le recouvrement complet de la santé, est souvent favorisé par les experts en psychologie organisationnelle². Ce retour doit d’ailleurs s’accompagner de modalités bénéfiques pour la personne salariée ; un retour au travail graduel, un accueil chaleureux des collègues et du

¹ Commission canadienne de la santé mentale du Canada, *Pourquoi investir en santé mentale contribue à la prospérité économique du Canada et à la pérennité de notre système de soins de santé. Fiche de renseignements-Principaux faits*, Calgary, Commission de la santé mentale du Canada, 4 p disponible au https://www.mentalhealthcommission.ca/sites/default/files/mhstrategy_case_for_investment_backgrounder_fre_0_0.pdf [consulté le 26 août 2019].

² Marc Corbière et Louise St-Arnaud, « Déterminants de la réintégration en emploi et du retour au travail en santé mentale » dans *Du trouble mental à l’incapacité au travail*, PUQ, 2011 à la p 110.

supérieur et, idéalement, une réorganisation de l'environnement psychosocial de travail sont des déterminants d'un retour au travail gagnant selon la littérature sur la question.³

Cependant, une majorité des participants d'une étude québécoise interrogés sur les causes de leur arrêt de travail dû à un problème de santé mentale ont lié leur absence au moins en partie à des difficultés liées à leur contexte de travail. Cette réalité ajoute une certaine complexité à l'organisation de leur retour.⁴

Du côté des employeurs de ces personnes se posent aussi plusieurs défis dans le cadre de l'obligation d'accommodement des salariés souffrant d'un problème de santé mentale. En effet, la condition de santé mentale, si elle constitue un handicap au sens où cette notion est interprétée au Québec, fait intervenir le droit fondamental à l'égalité des personnes qui vivent avec celle-ci. C'est dans le cadre du processus de retour au travail ou encore pendant l'absence que l'obligation d'accommodement de l'employeur entre en jeu. Celle-ci pourrait ainsi se manifester de différentes façons : d'abord en maintenant le lien d'emploi de la personne, qui d'ailleurs bénéficie d'une protection de son lien d'emploi pendant 26 semaines en vertu de la loi⁵, et par la suite en modifiant des tâches ou les conditions de travail.

Plusieurs angles nous apparaissent en conséquence d'une certaine importance quant à cette problématique. D'abord, la littérature scientifique cherche à identifier les déterminants du retour au travail, mais aussi à indiquer les mesures et pratiques qui favorisent un retour bénéfique pour la personne ayant souffert ou souffrant de problèmes de santé mentale. Ensuite, le cadre juridique québécois quant à l'obligation d'accommodement de l'employeur met en place des principes sur

³ Louise St-Arnaud et Catherine Briand, « The Best Practices for Managing Return to Work Following Mental Health Problems at Work » dans R J Burke, S Clarke et C L Cooper, dir, *Occupational Health and Safety: Psychological and Behavioral Aspects of Risk*, Gower, 2011, 343-357 aux pp 351 à 352.

⁴ Louise St-Arnaud et al, « Determinants of return-to-work among employees absent due to mental health problems » (2007) 62:4 RI 690-713 à la p 696.

⁵ Art 79.1 de la *Loi sur les normes du travail*, RLRQ c N-1.1 [Lnt].

lesquels se bâtissent les relations entre l'employeur et la personne salariée. De ses racines dans le droit fondamental à l'égalité à son application aux difficultés quotidiennes des milieux de travail, l'obligation d'accommodement prend différentes formes. Qui plus est, sa sanction par les tribunaux arrive postérieurement, soit à l'époque où elle est et devrait être mise en place. En effet, l'examen de cette obligation d'un point de vue juridique survient à l'occasion d'un litige entre l'employeur et la personne salariée. Ces rapports de force entre l'employeur et la personne salariée, traditionnellement orientés par des intérêts économiques et des relations contractuelles, sont donc teintés par cette obligation permettant l'accès égal au marché du travail des personnes ayant un handicap. D'ailleurs, les demandes de mesures d'accommodement surviennent plus fréquemment en cours d'emploi plutôt que dans le processus d'embauche, puisque la majorité des recours sont prévus pour des salariés et non des personnes en recherche d'emploi.⁶

Plusieurs lois québécoises prévoient des recours à l'intérieur desquels l'obligation d'accommodement a le potentiel d'être invoquée. C'est le cas de la *Loi sur les normes du travail* (ci-après *Lnt*), du *Code du travail* (ci-après *Ct*) et de la *Loi sur les accidents de travail et les maladies professionnelles* (*Latmp*)⁷. Ces plaintes, griefs ou réclamations peuvent être initiés par des personnes en contexte d'emploi qui ont un problème de santé mentale ou par leur représentant dans certains cas.

L'arbitrage de grief est un des domaines où cette obligation est exploitée et où l'arbitre, appliquant les enseignements de la Cour suprême, tend à définir de manière plus précise ou ciblée l'étendue et les modalités de l'obligation d'accommodement de l'employeur. L'arbitrage offre une fenêtre intéressante sur l'application de l'obligation d'accommodement de l'employeur et fait ressortir

⁶ Anne-Marie Laflamme et Maude Bégin-Robitaille, « La santé mentale et les accommodements raisonnables au travail : mythe ou réalité ? » (2013) 42 : 2-3 C de d 398-411 aux p 405 et 410.

⁷ *Lnt*, supra note 5, *Code du travail*, RLRQ c C-27 [*Ct*] et *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, RLRQ c A-3.001 [*Latmp*].

certaines des enjeux liés à celle-ci. Parmi les enjeux à explorer, nous nous attarderons aux types de mesures d'accommodement accordées ou refusées afin de mieux comprendre les pourtours de cette obligation. Nous explorerons aussi les effets d'un absentéisme fréquent ou de longue durée sur les possibilités d'accommodement. Sera aussi considéré le rôle de l'arbitre dans l'évaluation factuelle de la situation particulière qui lui est soumise. En effet, nous souhaitons déterminer les effets de certaines situations sur l'issue du recours, notamment une situation de harcèlement psychologique, un manque de collaboration au processus d'accommodement d'une des parties, une entreprise de petite taille, le partage d'informations médicales avec l'employeur dès l'embauche et le fait d'avoir de multiples conditions de santé.

Nous entendons ainsi faire ressortir les trajectoires et objectifs divergents du droit par rapport à la trajectoire recommandée par les experts en psychologie organisationnelle. Nous soulignons aussi le rôle particulier de l'arbitre en tant que décideur nommé par les parties.

Cette étude se penchera donc sur l'accommodement en milieu de travail sous trois aspects. Seront d'abord observées les meilleures pratiques en matière de retour au travail à la suite d'une absence causée par un problème de santé mentale. Cette revue de la littérature non juridique nous permettra d'en apprendre davantage sur les déterminants du retour au travail pour ces personnes. Nous rappellerons ensuite les principes issus des décisions de la plus haute cour canadienne s'appliquant à l'obligation d'accommodement des employeurs pour les personnes souffrant de problèmes de santé mentale. Ce sont ces principes qui doivent être appliqués par les cours de première instance et les tribunaux administratifs lorsque leur est soumise une demande d'accommodement. Ce rappel des principes juridiques nous permettra enfin d'examiner comment les tribunaux administratifs québécois appliquent l'obligation d'accommodement dans les affaires mettant en cause le retour au travail de personnes souffrant de problèmes de santé mentale. Comme nous l'expliquerons dans la partie IV, la répartition des décisions rendues par les tribunaux administratifs nous a amenés à

nous concentrer sur l'application de l'obligation d'accommodement d'un employeur par les arbitres de grief. En effet, 85% des décisions que nous avons repérées proviennent de l'arbitrage de grief. C'est pour cette raison que notre analyse se concentrera sur celles-ci.

2. Méthodologie

Notre étude se penche donc sur les trois aspects de l'obligation d'accommodement en milieu de travail mentionnés précédemment : la littérature scientifique, le cadre juridique défini par la Cour suprême du Canada et la jurisprudence des tribunaux administratifs, en particulier les sentences arbitrales.

Nous avons d'abord fait une analyse d'une sélection d'articles et de rapports tirés de la littérature en psychologie organisationnelle et en gestion des incapacités sur le retour au travail pour les personnes souffrant de problèmes de santé mentale publiée entre 2006 et 2018 en favorisant les auteurs décrivant la réalité québécoise ou canadienne⁸. Nous avons ensuite passé en revue les décisions essentielles de la Cour suprême du Canada à partir de 1985⁹ portant sur l'obligation d'accommodement en matière de handicap dans le cadre d'une relation d'emploi. Ce rappel des principes juridiques nous permet de faire une analyse classique de la jurisprudence issue des tribunaux administratifs québécois en matière d'accommodement en milieu de travail concernant des personnes souffrant de problèmes de santé mentale. Les décisions ont été repérées pour la période du 1er janvier 2010 au 1er mai 2018 à l'aide de la banque de données « Recherche juridique

⁸ Cette recherche a été effectuée à l'aide du moteur de recherche « scholar.google.com » avec les mots-clés : « best practices », « return to work », meilleures pratiques, retour au travail, santé mentale, mental health, psychologique et troubles mentaux ainsi qu'avec certains noms d'auteurs, notamment Louise St-Arnaud, Marc Corbière et Marie-José Durand, spécialistes québécois en retour au travail et santé mentale.

⁹ Il s'agit de la jurisprudence qui découle de l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c Simpson-Sears*, [1985] 2 RCS 536 [Simpson-Sears].

» de la Société québécoise d'information juridique (*Soquij*)¹⁰. Nous avons ainsi restreint nos recherches au Tribunal administratif du travail (ci-après TAT), division des normes du travail, ainsi qu'à la Commission des relations de travail (ci-après CRT), au Tribunal des droits de la personne (ci-après TDP) et à l'arbitre de grief. Ont été exclues les décisions de la Commission des lésions professionnelles (ci-après CLP) et du TAT (division de la santé et de sécurité du travail) puisque jusqu'en février 2018, l'obligation d'accommodement n'était pas appliquée dans le cadre du régime de la *Loi sur les accidents de travail et les maladies professionnelles*¹¹. Les décisions qui traitent de problèmes de dépendance ont aussi été écartées en raison des enjeux particuliers qu'elles soulèvent, notamment les ententes communément appelées de « dernière chance ».¹²

Sur l'ensemble des décisions repérées, nous avons retenu 69 décisions qui traitent de l'obligation d'accommodement d'un employeur dans les affaires mettant en cause le retour au travail de personnes souffrant de problèmes de santé mentale. Vu la prépondérance des décisions issues de l'arbitrage de grief¹³, nous avons procédé à une analyse approfondie des questions de droit et des situations factuelles soulevées par les décideurs administratifs dans celles-ci. Il s'agit ainsi d'une analyse classique des règles de droit appliquées et d'une analyse des situations factuelles évoquées par les arbitres.

¹⁰ Nous avons employé les mots-clés : mentale, « santé mentale », dépress*, anxiété, psychologique, psych*, accommodement, accommod* dans le texte intégral ou encore dans l'outil d'indexation.

¹¹ *Latmp, supra* note 7 et *Québec (Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail) c Caron*, 2018 CSC 3.

¹² Il sera à nouveau question de cette notion au chapitre IV, *infra* aux pp 51 ss.

¹³ Il s'agit de 85% d'entre elles. Nous vous référons au chapitre V à la partie introductive qui traite de la composition du corpus des décisions examinées, *infra*, aux pp 62 ss.

3. Problématique

3.1 La santé mentale et le travail

La question de la santé mentale au travail est devenue un enjeu majeur pour les milieux de travail et l'envergure des répercussions causées par les problèmes de santé mentale force ceux-ci à envisager des approches différentes pour composer avec ces réalités et défis. Qui plus est, les droits fondamentaux des personnes souffrant de problèmes de santé mentale commandent qu'on les accueille et maintienne sur le marché du travail. On ne peut plus simplement exiger des personnes qui sont atteintes de problèmes de santé mentale qu'elles offrent une prestation de travail « standard », soit sans interruption et conforme à une norme unique sous peine de congédiement. Le droit, plus particulièrement le droit à l'égalité, en exige maintenant plus des acteurs du milieu de travail ; il leur faudra trouver une façon de les intégrer dans le milieu de travail et de respecter leurs droits. Cette évolution nous amène à nous questionner sur les façons dont les milieux de travail sont appelés à changer pour répondre à ces obligations légales. Les personnes atteintes de problèmes de santé mentale n'ont souvent pas d'autre choix que de s'absenter du travail pour des périodes plus ou moins longues et leur éventuel retour au travail ne se fait pas sans heurt. Les incapacités causées par leur condition de santé mentale peuvent les inciter à prendre moins de responsabilités, à accomplir moins de tâches ou encore à modifier leurs relations avec leurs collègues et supérieurs¹⁴. Toutefois, pour que les mesures nécessaires soient mises en place, les acteurs du milieu de travail doivent reconnaître les besoins de ces personnes et participer à l'instauration de celles-ci. C'est ce qui nous amène à nous demander comment le droit à l'égalité, plus particulièrement l'obligation d'accommodement qui découle de ce droit, peut favoriser le maintien en emploi et le retour au travail des personnes souffrant de problèmes de santé mentale.

¹⁴ St-Arnaud et Briand, *supra* note 3 aux pp 351 à 352 et Corbière et St-Arnaud, *supra*, note 2 aux pp 113 à 114.

D'un côté, les meilleures pratiques issues de la psychologie organisationnelle qui portent sur le retour au travail nous renseignent sur la manière préconisée par les experts pour favoriser la reprise du travail pour les personnes ayant souffert de problèmes de santé mentale. Les meilleures pratiques trouvent leur utilité en amont notamment pour les grandes entreprises, généralement lorsqu'un employeur tente de sensibiliser ses cadres et ses employés aux problèmes de santé mentale et d'en faire la prévention. Elles entrent aussi en jeu lorsqu'un employeur doit encadrer les procédures médico-administratives relatives à l'absentéisme puis au retour au travail des personnes aux prises avec un problème de santé mentale. La littérature sur la question s'est penchée longuement sur les déterminants du retour au travail afin de mettre de l'avant ce qui peut le favoriser et d'éviter ses écueils¹⁵.

Parallèlement à ce qui est recommandé par les spécialistes étudiant le retour au travail, un ensemble de règles juridiques balise ce qui est requis de l'employeur lorsqu'un de ses employés est affecté par un problème de santé mentale. Ce cadre juridique est déterminant pour les relations entre un employeur et son employé qui souffre d'un problème de santé mentale. Effectivement, il impose une démarche à suivre et ajoute des obligations à celles qui existent dans le cadre de toute relation d'emploi¹⁶. Ces règles issues des dispositions prohibant la discrimination¹⁷ sont de création jurisprudentielle¹⁸ et elles imposent à l'employeur d'accommoder une personne qui, autrement, verrait son droit à l'égalité compromis par une exigence de l'emploi. En effet, les personnes souffrant de problèmes de santé mentale bénéficient d'une protection légale contre la discrimination fondée sur leur handicap. D'un point de vue juridique, le concept de handicap

¹⁵ St-Arnaud et Briand, *supra* note 3.

¹⁶ Mentionnons notamment les obligations prévues aux articles 2085 à 2097 du *Code civil du Québec*, LRQ ch CCQ-1991 [*Code civil*], les dispositions de la *Lnt*, *supra* note 5. S'appliquent aussi, dans les milieux de travail syndiqués, le *Ct*, *supra*, note 7, ainsi que les dispositions de la convention collective en vigueur.

¹⁷ Les articles 10 et 16 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ c C-12 [*Charte québécoise*].

¹⁸ Simpson-Sears, *supra* note 9 aux para 20 et 23.

englobe les conditions physiques et psychiques. La Cour Suprême du Canada l'a d'ailleurs défini comme une déficience, physique ou mentale, qui cause des limitations fonctionnelles ou qui est perçue comme causant des limitations aux personnes concernées.¹⁹

3.1.1 Définitions

Au-delà de la notion juridique, une conception du handicap appelée le modèle social du handicap nous apparaît intéressante. Suivant celle-ci, le handicap est le résultat de l'interaction entre les facteurs de risques propres à une personne et à son environnement. C'est lorsque l'environnement d'un individu constitue un obstacle à la réalisation de ses habitudes de vie, en fonction de ses capacités et de son degré d'intégrité physique et psychique, qu'elle se trouve en situation de handicap²⁰. Dans la présente étude, l'habitude de vie qui nous occupe est la participation des personnes souffrant de problèmes de santé mentale à une activité rémunératrice, soit le fait d'occuper un emploi. Pour éviter de placer une personne en situation de handicap, deux avenues d'intervention sont possibles dans le modèle social. Il est possible d'intervenir sur les facteurs qui sont propres à l'individu, soit sur les déficiences et capacités de la personne, par exemple, dans le cadre d'un processus thérapeutique. Il est aussi possible d'intervenir sur les facteurs environnementaux, soit sur le milieu de travail afin de faciliter la participation des personnes souffrant de problèmes de santé mentale au marché du travail²¹. C'est à l'intervention sur les facteurs environnementaux que ce texte s'attarde puisque plusieurs études indiquent que la vaste majorité des absences du travail dues à un problème de santé mentale sont causées, en partie ou en totalité, par des difficultés associées au contexte de travail, donc à l'environnement psychosocial.²²

¹⁹ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Montréal (Ville)*, 2000 CSC 27 aux para 79 et 81[*Ville de Montréal*].

²⁰ Réseau international sur le processus de production du handicap, *Classification québécoise : Processus de production du handicap*, RIPPH, 1998 aux pp 35 à 38.

²¹ *Ibid* aux pp 71, 105, 109 à 125, 135 et 142.

²² St-Arnaud et Briand, *supra* note 3 aux pp 345 à 347 et Corbière et St-Arnaud, *supra*, note 2 à la p 112.

Par ailleurs, mettre le fardeau d'adaptation sur les personnes handicapées relève d'une conception du handicap biomédicale, soit une conception axée sur ses aspects médicaux et individuels. Nous rejetons cette conception parce qu'elle fait fi des interactions entre ceux-ci et l'environnement d'un individu en accord avec l'auteur Tom Shakespeare²³.

Anne-Marie Laflamme souligne d'ailleurs que c'est dans cette même vision du handicap que s'insère l'obligation légale d'accommodement :

La mise en œuvre du droit à l'égalité et de son corollaire, l'obligation d'accommodement raisonnable, représente une avancée importante pour les personnes souffrant de troubles mentaux. Elle est en phase avec la conception moderne du handicap, compris non pas comme une condition biomédicale, mais plutôt comme le résultat de l'interaction entre les personnes présentant des incapacités et les barrières comportementales et environnementales qui font obstacle à leur pleine participation à la société.²⁴

Il nous faut aussi préciser la signification de « problèmes de santé mentale », concept au cœur de ce texte. Nous avons choisi de référer à ce terme et non pas au terme « trouble de santé mentale » ou « maladie mentale ». La littérature utilise distinctement les termes « problèmes de santé mentale » et « trouble de santé mentale ». Un « problème de santé mentale » signifie une déviation de l'état de santé mentale ou psychologique alors que le « trouble » ou la « maladie » réfère aux maladies cliniquement identifiées et suggère une atteinte de l'état de santé mentale plus sévère²⁵. De plus, la littérature établit une distinction entre les troubles dits « communs » et les troubles dits « graves ». Les troubles communs sont généralement répartis entre trois catégories : les troubles de

²³ Tom Shakespeare, « The social model of disability » dans Lennard J David, dir, *The disability studies reader*, Florence, Taylor & Francis, 2006, 214 - 221 à la p 216.

²⁴ Anne-Marie Laflamme, « Troubles mentaux et accommodement raisonnable au travail: les potentialités du droit québécois » (2017) 42 : 2 *Dép Psychiatr Univ Montr* 39-56, DOI : 10.7202/1041913ar à la p 44.

²⁵ Marc Corbière, Alessia Negrini et Carolyn S Dewa, « Mental Health Problems and Mental Disorders : Linked Determinants to Work Participation and Work Functioning » dans Patrick Loisel et Johannes R Anema, dir, *Handbook of work disability: Prevention and Management*, Springer, 2013 aux pp 267 à 268.

l'adaptation, les troubles de l'humeur et les troubles anxieux. La distinction entre « commun » et « grave » ne s'attache pas à des diagnostics spécifiques, mais plutôt à la sévérité des symptômes et à la capacité de la personne atteinte de fonctionner dans ses milieux sociaux et de travail²⁶. Il est aussi important de noter que plusieurs experts ont relevé que le cheminement de la personne atteinte sera généralement différent selon la gravité de son trouble. Les personnes souffrant de troubles mentaux graves rencontrent fréquemment des difficultés importantes d'abord au niveau de l'accès à l'emploi puis du maintien en emploi ce qui les différencie des personnes souffrant de troubles mentaux communs²⁷.

Les diagnostics en santé mentale sont posés par les médecins à l'aide de l'ouvrage de référence *DSM-5*²⁸ qui n'a pas de portée juridique. Ainsi, nous ne nous attarderons pas à la nature des diagnostics dans ce texte, à moins qu'elle n'ait mené à des conclusions particulières à une pathologie dans une étude pertinente. Il est aussi possible qu'un diagnostic soit mentionné dans notre analyse de la jurisprudence si le décideur y accorde une attention particulière. Nous partirons donc de l'idée que dans la mesure où il est reconnu que l'état de santé mentale d'une personne l'empêche d'offrir sa prestation de travail suivant les normes d'emploi la concernant, celle-ci devrait être visée par la notion de handicap et aurait ainsi droit à un accommodement à moins que l'employeur n'en subisse une contrainte excessive. Nous définirons un peu plus loin la contrainte excessive en droit québécois.

Les décisions qui traitent de problèmes de dépendance (notamment à l'alcool, aux drogues et au jeu) ont été écartées tel que mentionné précédemment en raison des enjeux particuliers qu'ils soulèvent, notamment les ententes communément appelées « ententes de dernière chance » qui

²⁶ *Ibid* aux pp 267 à 268.

²⁷ Corbière et St-Arnaud, *supra* note 2 à la p 118.

²⁸ American Psychiatric Association, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-5)*, 5^e éd, American Psychiatric Pub, 2013.

prévoient des obligations (par exemple subir une cure de désintoxication) pour la personne salariée afin de conserver son emploi. Cela en fait un sujet d'étude à part entière à notre avis. Ces ententes peuvent comporter des obligations de subir une forme de traitement médical ou psychologique, de subir des tests de dépistages, etc. En l'absence d'une entente de la dernière chance, la personne qui ne ferait pas part de ses problèmes de dépendance à son employeur et qui violerait les politiques de l'employeur, par exemple en étant sous l'influence de drogues alors qu'il ou elle effectue son travail, pourrait être congédiée par son employeur sans pouvoir invoquer l'obligation d'accommodement de celui-ci²⁹. Les dépendances font aussi l'objet d'enjeux importants de sécurité pour la personne dépendante, ses collègues ainsi que le public, notamment lorsque l'emploi de cette personne exige d'être particulièrement vigilant et attentif (ex. conduite de véhicules ou opération de machinerie)³⁰. Elles mettent aussi en jeu le droit criminel puisqu'elles mènent fréquemment à des comportements prohibés (par exemple la consommation de substances illicites ou conduite avec les facultés affaiblies). La légalisation du cannabis en 2018 amène d'ailleurs les employeurs à revoir leurs politiques et pratiques sur l'usage de cette substance³¹.

II. Les tribunaux compétents

1. Le droit à l'égalité et l'obligation d'accommodement de l'employeur

Plusieurs tribunaux québécois sont compétents pour déterminer si une obligation d'accommodement existe dans le cadre d'une relation d'emploi, et si c'est le cas, son étendue et si elle a été rencontrée

²⁹ Voir par exemple l'affaire *Stewart c Elk Valley Coal Corp*, 2017 SCC 30.

³⁰ Katherine Lippel, Rachel Cox et Isabelle Aubé, « Interdiction du harcèlement et protection de la vie privée et des droits fondamentaux » dans *Jurisque Québec – Rapports collectifs et individuels du travail*, fasc 23, LexisNexis Canada, à jour en juin 2018 aux para 54 et 54.1.

³¹ Voir le guide de l'Ordre des conseillers en ressources humaines agréés, « Comment s'adapter à la légalisation du cannabis dans les milieux de travail ? », novembre 2017, disponible en ligne au : http://www.portailrh.org/Ressources/AZ/dossiers_speciaux/guidecannabis/default.aspx [disponible le 28 août 2019].

par un employeur. Bien qu'elle ait été consacrée par la jurisprudence³², cette obligation prend racine dans le droit à l'égalité dévolu à toute personne en vertu des droits de la personne³³. L'obligation corrélative de ne pas discriminer prohibe la « distinction, exclusion ou préférence [...] [ayant] pour effet de détruire ou compromettre [le] droit [à l'égalité].³⁴ » Par ailleurs, la discrimination est prohibée spécifiquement dans les situations liées à l'emploi, notamment l'embauche, le congédiement et les conditions de travail³⁵. Dans le cadre du processus d'embauche, ne peuvent être demandées des informations relatives à un motif discriminatoire, à moins qu'elles ne soient justifiées par l'application de l'article 20 de la *Charte québécoise*³⁶. Cet article 20 permet des distinctions, exclusions ou préférences fondées sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi³⁷. L'employeur sera alors autorisé à écarter certains candidats ou encore à refuser de maintenir à son poste un employé qui n'a pas ou n'a plus les aptitudes ou qualités requises pour le poste. Il doit cependant démontrer que la « norme » qu'il considère comme nécessaire pour occuper l'emploi a un but rationnellement lié à l'exécution du travail et qu'elle est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but, donc qu'il n'est pas en mesure d'accommoder la personne discriminée sans en subir une contrainte excessive³⁸. Le mot « norme » est utilisé par la Cour suprême du Canada dans sa décision *Meiorin*³⁹. Il est la traduction du mot « standard » qui fait référence dans cette décision à « aerobic standard », soit la norme aérobique alors requise par l'employeur et contestée par le syndicat de Mme Meiorin. Ainsi, la notion de « norme » d'emploi

³² Simpson-Sears, *supra* note 9 au para 20.

³³ *Charte québécoise*, *supra* note 17 art 10.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid* art 16.

³⁶ *Ibid* art 18.1.

³⁷ *Ibid* art 20.

³⁸ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Hôpital général juif Sir Mortimer B. Davis*, 2007 QCTDP 29 aux para 190 à 195 [CDPDJ c Hôpital général juif].

³⁹ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c BCGSEU*, [1999] 3 SCR 3 [Meiorin].

correspond plutôt à celle de « requirement », soit ce qui est exigé d'une personne salariée par un employeur pour occuper un emploi ciblé⁴⁰.

Les travaux de Laflamme sur l'accommodement et la santé mentale ont bien établi l'importance et le potentiel de l'obligation légale de l'employeur d'accommoder les personnes présentant des problèmes de santé mentale⁴¹. Sa revue de la jurisprudence québécoise a mis en lumière les types de mesures d'accommodement demandées ainsi que les tendances jurisprudentielles à leur égard. Son analyse porte sur les décisions traitant de l'obligation d'accommodement issue des tribunaux québécois ayant compétence sur la question, soit le TDP, la CRT (aujourd'hui intégrée au TAT), la Commission de la fonction publique et des tribunaux d'arbitrage⁴². Elle révèle notamment que l'obligation d'accommodement est invoquée le plus souvent en vue de faire réviser un congédiement administratif. Les types de mesures relevées sont le maintien du lien d'emploi, la mesure la plus demandée, ainsi que le réaménagement de l'horaire, le retour progressif au travail et la modification du travail ou de ses modalités⁴³.

L'auteure Laflamme a en outre noté que certains recours sont offerts uniquement aux personnes en relation d'emploi ou encore aux personnes syndiquées et que cela semble créer un déséquilibre dans le nombre de recours exercés parmi ceux qui existent⁴⁴. Cette revue de la jurisprudence ne compare toutefois pas les décisions des différents tribunaux entre elles et n'explore pas les différences dans les motifs ou arguments invoqués ou retenus par les tribunaux.

⁴⁰ Définition tirée du *Dictionnaire de droit québécois et canadien Reid*, édition révisée de 2016, disponible en ligne au <https://dictionnaireid.caij.qc.ca/> [disponible le 28 août 2019.]

⁴¹ Laflamme et Bégin-Robitaille, *supra* note 6 et plus récemment Laflamme, *supra*, note 24.

⁴² Laflamme, *supra* note 24 à la p 48.

⁴³ *Ibid* aux pp 48 à 51.

⁴⁴ Anne-Marie Laflamme souligne notamment le peu de décisions portant sur le refus d'embauche et l'explique en raison du nombre moindre de recours qui sont offerts aux personnes qui ne sont pas en relation d'emploi, *ibid*, à la p 48.

2. Les tribunaux compétents et les recours

Plusieurs tribunaux se sont vus attribuer des compétences particulières, et même parfois exclusives, sur des questions relatives à l'emploi. Il est à noter que la *Charte québécoise* s'applique à l'État québécois ainsi qu'aux particuliers dans les matières de compétence provinciale⁴⁵, contrairement à la *Charte canadienne*⁴⁶ qui ne s'applique qu'à l'État. Les entreprises de compétence fédérale sont donc régies par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*⁴⁷ et le *Code canadien du travail*⁴⁸. Ayant choisi de restreindre la portée de notre étude aux seules affaires issues des tribunaux de compétence québécoise, nous décrirons les différents recours offerts aux personnes souffrant de problèmes de santé mentale qui souhaitent faire valoir leur droit à l'égalité dans le contexte de leur emploi.

En raison de son caractère « quasi constitutionnel », la *Charte québécoise* ainsi que les droits et obligations qu'elle crée s'appliquent de façon prééminente à toute autre loi de la province⁴⁹. L'obligation d'accommodement peut donc intervenir dans différents recours où l'on cherche à préserver le droit à l'égalité d'une personne souffrant d'un problème de santé mentale dans une relation d'emploi. Toutefois, une personne peut faire valoir son droit à l'accommodement sans entreprendre un recours; l'obligation d'accommodement de l'employeur existe indépendamment de l'ordonnance d'un décideur. Cependant, le cadre de cette étude se limite aux cas où un différend portant sur une obligation d'accommodement est porté devant un tribunal administratif et que ce dernier a rendu une décision. Seront donc abordés la compétence propre à ces décideurs

⁴⁵ Arts 92 et 92A 95de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, c 3 (RU).

⁴⁶ Art 32 de l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (RU).

⁴⁷ Art 2 *Loi canadienne sur les droits de la personne*, LRC (1985), c H-6.

⁴⁸ *Code canadien du travail*, LRC (1985), c L-2.

⁴⁹ *Charte québécoise*, *supra* note 17 art 52 et voir à titre d'exemple la décision *Béliveau St-Jacques c Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 RCS 345 [Béliveau St-Jacques] où tant la dissidence, aux para 42 à 43, que la majorité, au para 116, affirment le caractère quasi constitutionnel de la Charte québécoise.

administratifs, les recours disponibles et certains conflits ou chevauchements de compétence potentiels.

2.1 L'arbitre de grief

Lorsqu'un milieu de travail est syndiqué, l'association représentant les salariés, communément appelée « syndicat », « peut exercer tous les recours que la convention collective accorde à chacun des salariés » et les griefs lui appartiennent⁵⁰. Néanmoins, avant même d'en arriver à formuler un grief et à le soumettre à un arbitre, le syndicat peut être impliqué de différentes façons dans le processus de retour au travail et d'accommodement de même que lors de l'arrêt de travail. Il peut ainsi agir afin de renseigner la personne concernée au sujet de ses droits et des services qui lui sont offerts, tout comme il peut participer à la mise en place des mesures d'accommodement ou à la résolution de difficultés ou de conflits⁵¹. Nous discuterons à nouveau des formes que peut prendre cette implication dans la seconde partie de ce chapitre, soit les meilleures pratiques sur le retour au travail des personnes souffrant de problèmes de santé mentale. Qui plus est, le syndicat étant le « négociateur exclusif des « conditions de travail » des salariés » et étant assujetti à la *Charte québécoise*, il a l'obligation de ne pas discriminer les salariés qu'il représente.⁵² L'arrêt *Central Okanagan* confirme d'ailleurs qu'un syndicat assujetti à une loi sur les droits de la personne doit avoir « le même droit qu'un employeur de justifier la discrimination » à laquelle il participe et que, pour se faire, « il doit s'acquitter de son obligation d'accommodement »⁵³.

⁵⁰ *Ct*, *supra* note 7 arts 69 et 100 al 1 et Fernand Morin et Rodrigue Blouin, *Droit de l'arbitrage de grief*, 6^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2012 aux para III.60 à III.61

⁵¹ Georgia Pomaki et al, *Best Practices for Return-to-Work/ Stay-at-Work Interventions for Workers with Mental Health Conditions*, Vancouver (BC), Occupational Health and Safety Agency for Healthcare in BC, 2010 à la p 62.

⁵² *Charte québécoise*, *supra* note 17 arts 10, 16 et 55 et voir aussi Christian Brunelle, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Les Éditions Yvon Blais, 2001 à la p 100.

⁵³ *Central Okanagan School District No 23 c Renaud*, [1992] 2 RCS 970 aux pp 989-991 [Okanagan].

Lorsqu'il n'est pas possible d'en arriver à un accord sur les mesures à mettre en place pour accommoder une personne salariée, le syndicat peut formuler un grief au nom de la personne qu'il représente s'il est d'avis que l'employeur n'a pas rempli son obligation d'accommodement⁵⁴.

Puisqu'il a le monopole de représentation, c'est-à-dire que le syndicat est le seul qui puisse prendre un recours au nom des personnes qu'il représente, à l'exclusion même des salarié(e)s, il a le devoir de les représenter de façon juste, soit sans discrimination et sans agir de manière arbitraire.⁵⁵

L'arbitre a une compétence exclusive lorsque le fondement des faits de l'affaire se trouve dans la convention collective⁵⁶. Le grief doit donc d'abord être fondé sur la convention collective.

Toutefois, le syndicat peut revendiquer l'application de la *Charte québécoise* et des réparations fondées sur celle-ci dans le cadre des relations collectives de travail, tel que le confirme l'arrêt *Weber*⁵⁷. Un grief peut donc découler de la convention collective ou de toute autre loi, incluant la *Charte québécoise*, lorsque « le manquement allégué au soutien du redressement demandé constitue également une dérogation à un devoir de comportement découlant d'une disposition conventionnelle. »⁵⁸ D'ailleurs, les lois sur les droits de la personne sont incorporées dans les conventions collectives⁵⁹. Et bien qu'il soit possible de prévoir à la convention collective la soustraction de certains litiges de la compétence de l'arbitre, par exemple ceux concernant les personnes salariées à l'essai, ce dernier pourra valablement se saisir d'un grief fondé sur la *Charte québécoise*⁶⁰. L'auteur Nadeau fait valoir que « ce mandat légal [de l'arbitre] doit s'inscrire dans

⁵⁴ Morin et Blouin, *supra* note 50 au para IX.61.

⁵⁵ *Ct, supra* note 7 art 47.2 et *Guilde de la marine marchande du Canada c Gagnon*, [1984] 1 RCS 509 qui confirme le devoir de juste représentation et les pp 526 à 527 qui énoncent certains principes encadrants celui-ci.

⁵⁶ *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co c Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 219*, [1986] 1 RCS 704 à la p 721.

⁵⁷ *Weber c Ontario Hydro* [1995] 2 RCS 929 [Weber] aux para 61 et 67 et *Ct, supra* note 7 art 100.12 énonçant les pouvoirs de l'arbitre.

⁵⁸ Morin et Blouin, *supra* note 50 au para III.12.

⁵⁹ *Parry Sound (Services sociaux) c SEEFPO*, [2003] 2 RCS 157 [Parry Sound] au para 23.

⁶⁰ *Ibid* aux para 34 à 36.

une perspective de protection et de renforcement [des droits de la personne] dans un milieu de travail, l'arbitrage étant un vecteur pour permettre aux salariés lésés une accessibilité accrue à un traitement égal et sans discrimination dans leur milieu de travail. ⁶¹» Sont aussi transposées dans la convention collective les dispositions de la *Lnt* prohibant le harcèlement et imposant à l'employeur l'obligation de « prendre les moyens raisonnables pour [le] prévenir [...] et, lorsqu'une telle conduite est portée à sa connaissance, pour la faire cesser. »⁶²

Les autres normes prévues à la *Lnt* ne sont pas implicitement intégrées aux conventions collectives⁶³. En raison de cela, il faut examiner plus attentivement qui a compétence entre l'arbitre et le TAT, division des relations de travail. La convention collective doit être examinée à la lumière de l'ordre public, dont font partie plusieurs articles de la *Lnt*. Par exemple, toute disposition de la convention collective qui serait « incompatible avec l'interdiction du congédiement sans cause juste et suffisante d'un salarié justifiant de deux ans de service continu [article 124 de la *Lnt*] est réputée non écrite, ce qui modifie le contenu de la convention collective. » ⁶⁴ Si la convention telle que modifiée par l'ordre public octroie aux personnes salariées un recours équivalent devant l'arbitre de griefs, ce dernier aura compétence pour décider du litige⁶⁵. Si les droits et recours prévus ne sont pas équivalents à ceux de la *Lnt*, le TAT devra plutôt être saisi.

Enfin, si le syndicat refuse de porter un grief à l'arbitrage alors que la personne concernée a été renvoyée, a fait l'objet d'une mesure disciplinaire ou a été victime de harcèlement psychologique, cette personne peut prendre le recours prévu par l'article 47.3 du *Ct* si elle considère que le syndicat

⁶¹ Denis Nadeau, « L'arbitrage de grief : vecteur d'intégration des droits de la personne dans les rapports collectifs du travail », dans *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où*, colloque organisé par le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005, aux pp 169 à 170 commentant les paragraphes 50 à 52 de *Parry Sound*, *supra*, note 59.

⁶² *Lnt*, *supra* note 5 arts 81.19 et 81.20. L'article 81.20 incorpore les articles 81.18, 81.19, 123.7, 123.15 et 123.16 de la *Lnt* aux conventions collectives.

⁶³ *Syndicat de la fonction publique du Québec c Québec (Procureur général)*, 2010 CSC 28 au para 36.

⁶⁴ *Ibid* au para 42.

⁶⁵ *Ibid* aux para 42 et 43.

n'a pas respecté son devoir de juste représentation. La personne porte alors une plainte et demande au TAT d'ordonner que l'affaire soit déferée à l'arbitrage⁶⁶.

2.2 Le Tribunal administratif du travail

Le TAT a été créé par la *Loi instituant le tribunal administratif du travail* (ci-après *Litat*)⁶⁷, alors qu'ont été fusionnées la *Commission des lésions professionnelles* et la *Commission des relations de travail*. Le TAT, division santé et sécurité du travail, est chargé d'entendre les appels des décisions de la *Commission des normes, de l'équité et de la santé et sécurité du travail* (CNESST), qui est elle-même issue de la fusion de plusieurs organismes.⁶⁸ Le TAT, division relations du travail, entend différents recours, notamment les demandes fondées sur le *Ct*⁶⁹ et celles fondées sur la *Lnt*.⁷⁰

2.2.1 La Loi sur les normes du travail

La *Lnt* prévoit plusieurs normes s'appliquant aux personnes qui sont salariées au sens de la loi⁷¹, à l'exception de certaines exclusions à l'application de la *Lnt*⁷². Les normes sont d'ordre public et les employeurs se doivent de les respecter⁷³, notamment en ce qui concerne le salaire minimum, les heures de travail, les congés et les conditions de rupture du lien d'emploi. Une convention collective ou un décret pourrait toutefois prévoir des dispositions plus généreuses⁷⁴.

⁶⁶ *Ct*, *supra* note 7 arts 47.3 et 47.2.

⁶⁷ Art 1 de la *Loi instituant le Tribunal administratif du travail*, RLRQ c T-15.1 [Litat].

⁶⁸ Les arts 237, 238 et 239 de la *Litat*, *ibid*, ont regroupé la *Commission de l'équité salariale* (CES), la *Commission des normes du travail* (CNT) et la *Commission de la santé et de la sécurité du travail* (CSST) en un seul organisme : la *Commission des normes, de l'équité et de la santé et de la sécurité du travail* (CNESST).

⁶⁹ *Ibid* art 5.

⁷⁰ *Ibid* art 5 et para 16 de l'Annexe I.

⁷¹ *Lnt*, *supra* note 5 art 1 al 1 (10).

⁷² Les normes s'appliquent aux salariés visés par l'article 2, mais pas aux salariés visés à l'article 3, à l'exception de celles prévues à l'article 3.1, *Lnt*, *supra* note 5.

⁷³ *Ibid* art 93.

⁷⁴ *Ibid* art 94.

Dans une année, le ou la salarié(e) qui justifie de 3 mois de service continu⁷⁵ peut s'absenter jusqu'à 26 semaines pour cause de maladie sans salaire, à moins qu'il ne s'agisse d'une lésion professionnelle au sens de la *Latmp*. L'employeur doit le ou la réintégrer dans son poste habituel au terme de l'arrêt de travail de 26 semaines et moins, avec tous ses avantages, comme s'il ou elle avait été présent(e) et sans effet sur la participation aux assurances collectives et au régime de retraite⁷⁶. Toutefois, l'employeur pourrait le ou la congédier, suspendre ou déplacer en raison des conséquences de la maladie ou du caractère répétitif des absences si cela constitue une cause juste et suffisante de prendre cette mesure dans les circonstances⁷⁷. Le ou la salarié(e) ne peut cependant pas bénéficier d'avantages auxquels il ou elle n'aurait pas droit s'il ou elle avait été au travail⁷⁸. Quant à l'obligation d'accommodement, elle doit être considérée avant de mettre fin à l'emploi.

2.2.1.1 Les pratiques interdites

L'article 122 de la *Lnt* interdit à l'employeur ou à son représentant « de congédier, de suspendre ou déplacer, d'exercer à son endroit des mesures discriminatoires ou des représailles ou de lui imposer toute sanction » sur la base d'un des motifs prévus à la *Lnt*, notamment « l'exercice [...] d'un droit [...] qui lui résulte de la présente loi ou d'un règlement »⁷⁹. À l'égard d'une personne souffrant d'un problème de santé mentale, on peut penser à une mesure prise par l'employeur à la suite d'un congé de maladie⁸⁰. La personne victime d'une pratique interdite peut porter plainte à la CNESST, division des relations de travail, dans les 45 jours de la pratique invoquée⁸¹. Une tentative de règlement est possible si les parties y consentent⁸² et, à défaut de règlement, la plainte est déférée

⁷⁵ *Ibid* arts 79.2 al 1 et 1 al 1 (12).

⁷⁶ *Ibid* arts 79.3 et 79.4 al 1.

⁷⁷ *Ibid* art 79.4 al 2.

⁷⁸ *Ibid* art 79.6.

⁷⁹ *Ibid* art 122 al 1 (1).

⁸⁰ *Ibid* art 79.1 al 1.

⁸¹ *Ibid* art 123.

⁸² *Ibid* art 123.3.

au TAT⁸³. La personne non syndiquée invoquant l'article 122 peut être représentée devant ce tribunal par un(e) procureur(e) de la CNESST.⁸⁴

2.2.1.2 Le congédiement sans cause juste et suffisante

S'offre à la personne justifiant d'au moins deux ans de service continu et ne disposant pas d'un autre recours équivalent la possibilité de contester devant le TAT son congédiement s'il est imposé sans cause juste et suffisante. Sa plainte doit être déposée dans les 45 jours du congédiement à la CNESST⁸⁵. Encore ici, il est possible de tenter un règlement avant de déférer l'affaire devant le TAT⁸⁶. La CNESST peut aussi représenter la personne non syndiquée pour ce recours⁸⁷. Le recours pourrait donc être entrepris par une personne congédiée par son employeur parce que ce dernier ne veut pas l'accommoder.

Pour ce qui est des recours mettant en cause les compétences de l'arbitre de grief et du TAT, division des relations de travail, l'arbitre saisi d'un grief portant sur des congédiements sans cause juste et suffisante (au sens de la *Lnt*) doit déterminer si la convention collective lui permet d'accorder une mesure de réparation équivalente à celle prévue à l'article 124 de la *Lnt*, à la lumière du caractère d'ordre public de cette loi et des normes qu'elle prévoit. S'il ne peut accorder une telle mesure sur la base des dispositions de la convention collective, il doit décliner compétence en faveur du TAT, division des relations de travail⁸⁸.

Si le TAT détermine qu'il y a eu congédiement sans cause juste et suffisante, il peut :

« 1° ordonner à l'employeur de réintégrer le salarié;

⁸³ *Ibid* art 123.4 al 1.

⁸⁴ *Ibid* art 123.5.

⁸⁵ *Ibid* art 124.

⁸⁶ *Ibid* arts 125 et 126.1.

⁸⁷ *Ibid* art 126.1.

⁸⁸ *Supra* note 63 aux para 41 à 45.

- 2° ordonner à l'employeur de payer au salarié une indemnité jusqu'à un maximum équivalant au salaire qu'il aurait normalement gagné s'il n'avait pas été congédié;
- 3° rendre toute autre décision qui lui paraît juste et raisonnable, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire. »

Toutefois, le TAT ne peut qu'ordonner le paiement d'une indemnité dans le cas d'une domestique ou d'une personne chargée exclusivement « d'assumer la garde ou de prendre soin d'un enfant, d'un malade, d'une personne handicapée ou d'une personne âgée ». ⁸⁹

2.2.1.3 Le harcèlement psychologique

Le harcèlement psychologique est défini par la *Lnt* comme « une conduite vexatoire se manifestant soit par des comportements, des paroles, des actes ou des gestes répétés, qui sont hostiles ou non désirés, laquelle porte atteinte à la dignité ou à l'intégrité psychologique ou physique du salarié et qui entraîne, pour celui-ci, un milieu de travail néfaste. Une seule conduite grave peut constituer du harcèlement. » ⁹⁰ L'employeur se doit de prévenir le harcèlement et d'y mettre fin lorsque pareille conduite est portée à sa connaissance. ⁹¹ La personne souffrant d'un problème de santé mentale causé par du harcèlement psychologique peut donc faire valoir son droit à un accommodement si elle en conserve des limitations fonctionnelles.

La victime de harcèlement s'adresse à la CNESST, division des relations de travail, dans les deux ans de la dernière manifestation de harcèlement ⁹². Le test pour apprécier si une personne a fait l'objet de harcèlement est objectif-subjectif ; la situation est donc examinée suivant la perspective de la personne raisonnable placée dans la même situation que la personne faisant valoir qu'elle est

⁸⁹ *Lnt*, *supra* note 5 art 128.

⁹⁰ *Ibid* art 81.18 et Lippel, Cox et Aubé, *supra* note 30 para 166 à 177.

⁹¹ *Ibid* art 81.19.

⁹² *Ibid* arts 123.6 et 123.7. Ce délai était de 90 jours et a été porté à deux ans à compter de mai 2018.

victime de harcèlement.⁹³ Après avoir fait enquête et à défaut de règlement, la CNESST peut déférer l'affaire devant le TAT. La CNESST peut alors y représenter le ou la plaignant(e)⁹⁴.

Le forum approprié pour la plainte de harcèlement psychologique est déterminé selon que la personne est non syndiquée (il s'agit du TAT, en vertu de l'article 123.6), syndiquée (il s'agit de l'arbitre de grief, en vertu de l'article 81.20) ou syndiquée et fonctionnaire publique au Québec (il s'agit de la Commission de la fonction publique, ⁹⁵en vertu de l'article 81.20 al 3).

Le forum compétent peut rendre « toute décision qui lui paraît juste et raisonnable, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire », par exemple : une ordonnance de réintégration, de paiement d'indemnité pour le salaire perdu, une ordonnance enjoignant l'employeur à prendre les moyens raisonnables pour faire cesser le harcèlement, etc.⁹⁶ Toutefois, lorsque la personne est indemnisée ou pourrait l'être en vertu de la *Latmp* pour une lésion professionnelle résultant du harcèlement psychologique, le décideur ne peut ordonner ni le paiement d'indemnités pour le salaire perdu, ni le versement de dommages moraux et punitifs, ni le financement du soutien psychologique⁹⁷. Cette restriction vise à éviter la double indemnisation des personnes victimes de lésions professionnelles découlant de harcèlement psychologique. Nous discuterons de ce cas de figure dans la section suivante.

2.2.1.4 La *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*

La *Latmp* vise la réparation des conséquences physiques, sociales et professionnelles des lésions professionnelles et la CNESST, division de la santé et sécurité, a compétence exclusive à cet

⁹³ Lippel, Cox et Aubé, *supra* note 30 au para 193.

⁹⁴ *Lnt*, *supra* note 5 arts 123.8 à 123.13.

⁹⁵ *Loi sur la fonction publique*, RLRQ c F-3.1.1.

⁹⁶ *Lnt*, *supra* note 5 art 123.15.

⁹⁷ *Ibid* art 123.16. Pour une analyse approfondie de la question, voir Frédéric Tremblay, « Les pouvoirs de réparation du Tribunal administratif du travail (division des relations du travail) et de l'arbitre de grief dans le contexte d'une lésion professionnelle fondée sur une situation de harcèlement psychologique », *Développements récents en droit de la santé et sécurité du travail*, vol 453, Barreau du Québec, Éditions Yvon Blais, 2019.

égard⁹⁸. Une lésion professionnelle est une blessure ou une maladie survenue par le fait ou à l'occasion d'un accident de travail ou d'une maladie professionnelle, y compris les récidives, rechutes et aggravations⁹⁹. La personne atteinte d'une lésion professionnelle peut faire une réclamation à la CNESST et doit la faire dans les 6 mois de sa lésion pour être indemnisée ou les 6 mois de la connaissance du caractère professionnel de la lésion pour les maladies professionnelles¹⁰⁰. Les personnes souffrant de problèmes de santé mentale, y compris les victimes de harcèlement psychologique, si ces problèmes sont causés par des « événements stressants pouvant être qualifiés d'imprévus et soudains et survenus par le fait ou à l'occasion du travail » souffrent d'une lésion professionnelle au sens de la *Latmp*¹⁰¹. En tant que lésion survenue à l'occasion d'un accident de travail, le problème de santé mentale peut être reconnu comme étant une lésion professionnelle lorsqu'il survient par le fait ou à l'occasion du travail et qu'il résulte : 1) du cumul d'événements banals, 2) d'un événement objectivement traumatisant, 3) de harcèlement psychologique ou sexuel ou encore de harcèlement au moment de son retour au travail, 4) d'une surcharge de travail. Ne peuvent être reconnus les problèmes de santé mentale attribuables à l'exercice du droit de direction que dans les cas où cet exercice est malhabile ou abusif ou encore lorsqu'il met en cause l'introduction d'une nouvelle technologie. Dans tous les cas, une évaluation des faits propres à chaque affaire détermine s'il y a droit à l'indemnisation¹⁰². Un problème de santé mentale peut être reconnu en tant que maladie professionnelle lorsqu'on reconnaît que les

⁹⁸ *Latmp*, *supra* note 7 arts 1 et 349. L'arrêt *Béliveau St-Jacques*, *supra* note 49 a conclu à l'herméticité du régime de réparation des lésions professionnelles et qu'il n'était pas possible de prendre un recours en responsabilité civile fondé sur les mêmes faits que la lésion professionnelle.

⁹⁹ *Ibid* art 2.

¹⁰⁰ *Ibid* arts 270 à 272. Voir Katherine Lippel, Rachel Cox et Isabelle Aubé, « Droit de la santé au travail régissant les problèmes de santé mentale : prévention, indemnisation et réadaptation » dans *JurisClasseur-Québec Rapports individuels et collectifs du travail*, fasc 27, LexisNexis Canada, à jour le 12 juin 2018 aux para 12 à 29.1 pour plus de précisions sur les motifs acceptés par la jurisprudence pour étendre ce délai.

¹⁰¹ *Ibid* au para 37.

¹⁰² *Ibid* aux para 41 à 52.

risques particuliers du travail sont à la source de celui-ci¹⁰³. Peuvent aussi être reconnus les problèmes de santé mentale qui sont la rechute, la récurrence ou l'aggravation d'une lésion professionnelle antérieure tant psychique que physique. Toutefois, les lésions attribuables aux tracasseries administratives (causé par le processus d'indemnisation) ne sont généralement pas indemnisables¹⁰⁴.

La jurisprudence du TAT (et antérieurement celle de la Commission des lésions professionnelles) ne reconnaissait pas l'obligation d'accommodement de l'employeur jusqu'à récemment. En effet, la jurisprudence considérait que le régime de réparation des lésions professionnelles était un régime complet et qu'il constituait un accommodement en lui-même¹⁰⁵. Cependant, en février 2018, la Cour suprême du Canada a décidé que l'obligation d'accommodement s'appliquait dans le processus de retour au travail d'un(e) travailleur(se) accidenté(e) ou souffrant d'une maladie professionnelle. La Cour a d'ailleurs conclu à la majorité que la CNESST et le TAT ont la compétence et les pouvoirs nécessaires pour s'assurer qu'un employeur respecte son obligation d'accommodement. Jusqu'à cette décision, la CNESST et le TAT avaient refusé d'appliquer cette obligation de la *Charte québécoise* dans leur processus décisionnel. Toutefois, ce n'est pas parce que l'obligation d'accommodement découlant de la *Charte* n'était pas appliquée avant février 2018 qu'un employeur ne pouvait pas reprendre une personne ayant des limitations fonctionnelles au même poste ou à un emploi convenable en modifiant quelque peu les tâches ou les conditions de travail. Cependant, cette possibilité était, et pouvait toujours, être limitée par les critères de l'emploi convenable, dont celui de « présente[r] une possibilité raisonnable d'embauche ».¹⁰⁶ Un emploi

¹⁰³ *Ibid* aux para 53 à 56.

¹⁰⁴ *Ibid* aux para 57 à 59.

¹⁰⁵ Sophie Cloutier et Anne-Marie Laflamme, « Retour au travail, droit à l'égalité et compétence des tribunaux à l'égard des travailleurs victimes de lésion professionnelle : un commentaire des arrêts Caron et MUNACA » *Développements récents en droit de la santé et sécurité au travail*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, Les éditions Yvon Blais, 2016, à la p 2.

¹⁰⁶ *Latmp*, *supra* note 7 art 2 :

avec un accommodement n'est pas nécessairement un emploi disponible ailleurs sur le marché du travail. Cela peut poser certaines difficultés lorsque sont entreprises des démarches pour effectuer un retour au travail pour une personne ayant des limitations fonctionnelles.

Quant aux chevauchements de compétence en matière de lésions professionnelles et d'arbitrage de grief, la Cour d'appel a conclu que l'arbitre a compétence sur les « désaccords relatifs à l'interprétation ou à l'application des dispositions par lesquelles la convention collective ajoute aux droits prévus par la *L.a.t.m.p.* »¹⁰⁷. Par contre, l'arbitre n'est pas compétent pour remettre en cause les questions sur lesquelles la CNESST a une compétence exclusive, les questions relevant de la *Latmp*, par exemple la reconnaissance d'une lésion professionnelle ou de limitations fonctionnelles¹⁰⁸.

Quant aux problèmes de santé mentale causés par le harcèlement psychologique, un auteur soulignait que de plus en plus souvent le médecin traitant impose des restrictions médicales visant à éviter le contact entre son ou sa patient(e) et la personne qui le ou la harcèle. Cet auteur est d'avis que ces restrictions sont comprises dans la définition de la Cour suprême du handicap, qu'elles sont des limitations fonctionnelles valables et qu'il y a une obligation d'accommodement à cet égard¹⁰⁹. Puisque l'obligation d'accommodement n'a été reconnue que très récemment en matière de réparation des lésions professionnelles, nous n'incluons pas les décisions du TAT issues de la

« **emploi convenable** » : un emploi approprié qui permet au travailleur victime d'une lésion professionnelle d'utiliser sa capacité résiduelle et ses qualifications professionnelles, qui présente une possibilité raisonnable d'embauche et dont les conditions d'exercice ne comportent pas de danger pour la santé, la sécurité ou l'intégrité physique du travailleur compte tenu de sa lésion ».

¹⁰⁷ *Université McGill c McGill University Non Academic Certified Association (MUNACA)*, 2015 QCCA 1943 au para 15.

¹⁰⁸ *Ibid* aux para 75 à 77 et 82 à 83 et voir *Syndicat du préhospitalier (FSSS-CSN) c Corporation d'Urgences-santé*, 2016 QCCA 266 au para 132.

¹⁰⁹ Sébastien Parent, « Quand l'obligation d'accommodement raisonnable vole au secours de la victime de harcèlement psychologique », (2017) R du B 471.

division santé et sécurité du travail. Il faudra encore attendre quelque temps avant de voir l'effet de cette décision sur les pratiques de la CNESST et les décisions du TAT.

2.2.2 Le Tribunal des droits de la personne

Créé par la *Charte québécoise*¹¹⁰, le TDP est un tribunal chargé d'entendre les plaintes en matière notamment de discrimination interdite qui sont déférées devant lui par la Commission des droits de la personne et de la jeunesse (ci-après CDPDJ)¹¹¹. La CDPDJ¹¹² est chargée d'enquêter sur toute plainte en matière de discrimination basée sur les articles 10 à 19¹¹³ et détermine les affaires qui méritent d'être déférées devant le TDP. Elle doit d'ailleurs tenter de favoriser le règlement ou l'arbitrage du litige ou encore faire une proposition de mesures de redressement¹¹⁴. Il faut noter que le Tribunal n'a pas une compétence exclusive et qu'une personne qui aurait un recours devant le TDP pourrait choisir de prendre un recours devant les tribunaux de droit commun à ses frais¹¹⁵. La CDPDJ est « maître de son enquête »¹¹⁶ et détermine s'il y a lieu de poursuivre une enquête ou non et s'il y a lieu de déférer la plainte devant le Tribunal pour qu'il ordonne les mesures de redressement appropriées¹¹⁷. Elle est la seule à pouvoir déférer une affaire au TDP. Toutefois, si la CDPDJ refuse de déférer une plainte recevable, le ou la plaignant(e) peut aller devant le TDP seul(e).¹¹⁸ Le TDP est un tribunal administratif spécialisé¹¹⁹ et par « l'action combinée de la [CDPDJ] et du Tribunal », « la *Charte* prévoit un système intégré de gestion des plaintes »¹²⁰. Le

¹¹⁰ La création du Tribunal est prévue à l'article 100 de la *Charte québécoise*, *supra* note 17.

¹¹¹ *Ibid* arts 80 et 111.

¹¹² Elle est constituée en vertu de l'art 57 de la *Charte québécoise*, *ibid*.

¹¹³ *Ibid* arts 74 et 71 al 2 (1).

¹¹⁴ *Ibid* arts 62 al 2 et 3, 71 al 2 (1) et (2) et 80.

¹¹⁵ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Communauté urbaine de Montréal*, 2004 CSC 30 au para 13.

¹¹⁶ *Norsah c Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2016 QCCA 1668 au para 13.

¹¹⁷ *Charte québécoise*, *supra* note 17 arts 77, 78, 80 à 82 et 84.

¹¹⁸ *Ibid* arts 111 al 2 et 84 al 2 et voir *Ménard c Rivet*, 1997 CanLII 9973 aux pp 33 à 34 au sujet de la possibilité limitée pour un plaignant ou une plaignante de prendre un recours au TDP.

¹¹⁹ *Mouvement laïque québécois c Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16 au para 39.

¹²⁰ *Université Laval c Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2005 QCCA 27 au para 75.

Tribunal agit « en continuité » de l'enquête préliminaire de la CDPDJ¹²¹ et il a compétence pour entendre et disposer des affaires concernant de la discrimination¹²².

Les auteurs Brunelle et Samson font valoir que les différents pouvoirs du Tribunal, issus des articles 13 al 2, 49, 52, 80, 81, 82 et 88 de la *Charte québécoise* permettent d'imposer des dommages-intérêts à une personne (physique ou morale), mais aussi l'adoption de politiques, la suppression d'exigences d'emploi, la mise en place d'un programme d'accès à l'égalité¹²³, la renégociation de certaines clauses illégales dans une convention collective, etc.¹²⁴

Dans l'affaire *Québec (CDPDJ) c Québec (PG)* (couramment appelée l'affaire *Morin*), la Cour suprême a conclu qu'il y avait une compétence concurrente de l'arbitre de grief et du TDP lorsque la discrimination invoquée met en cause le processus de négociation d'une convention collective et le choix du syndicat d'y inclure ou non une clause¹²⁵. Cependant, la compétence du TDP sera fréquemment écartée lorsqu'une compétence exclusive est accordée à un autre tribunal administratif.¹²⁶

Ce sont donc ces recours administratifs qui s'offrent aux personnes en situation d'emploi. Ils permettent aux personnes souffrant de problèmes de santé mentale de faire valoir l'obligation d'accommodement de leur employeur.

¹²¹ *Supra* note 119 au para 40.

¹²² *Charte québécoise*, *supra* note 17 arts 111, 80 et 10 à 19.

¹²³ *Ibid* arts 86 à 92.

¹²⁴ Christian Brunelle et Mélanie Samson, «La mise en oeuvre des droits et libertés en vertu de la Charte québécoise» dans École du Barreau du Québec, *Droit public et administratif*, Collection de droit 2017-2018, vol 8, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2017 aux pp 120 à 121 et, pour de plus ample détails sur la procédure et le recours au TDP, voir les pp 103 à 125.

¹²⁵ *Québec (CDPDJ) c Québec (PG)*, [2004] 2 RCS 185. La clause en cause permettait un traitement différent d'un groupe de salariés en fonction de leur date d'entrée en fonction, para 2 à 4 et 23 à 24.

¹²⁶ Brunelle et Samson, *supra* note 124 à la p 116.

III. Psychologie organisationnelle et gestion des incapacités : Les meilleures pratiques de retour au travail des personnes souffrant de problèmes de santé mentale

1. Introduction

Effectuer un retour au travail est une étape cruciale pour le rétablissement d'une personne ayant vécu ou vivant avec un problème de santé mentale. La littérature sur la question a d'ailleurs déterminé plusieurs facteurs qui viennent moduler les résultats de cette reprise de contact avec le contexte professionnel. Par exemple, un retour au travail graduel, un accueil chaleureux des collègues et du supérieur et une réorganisation de l'environnement psychosocial de travail sont des déterminants d'un retour au travail réussi pour une personne souffrant de problèmes de santé mentale.¹²⁷ Au contraire, le maintien de conditions de travail difficiles peut faire obstacle à la réussite de la reprise des activités professionnelles.¹²⁸

Qui plus est, lorsqu'il s'agit de santé mentale, les auteurs Corbière et St-Arnaud soulignent que la gestion du retour au travail est plus complexe, notamment en raison de l'imprévisibilité de la maladie, du manque de connaissance et de sensibilisation à l'égard de la santé mentale au sein du milieu de travail, de la stigmatisation des troubles mentaux, des barrières de communication et des tensions sociales que ces maladies peuvent créer au sein d'un milieu de travail.¹²⁹ Comme nous l'avons déjà souligné, le retrait du milieu de travail est, pour la majorité des travailleurs ayant eu un diagnostic lié à la santé mentale, causé au moins en partie par difficultés liées à leur contexte de travail¹³⁰. Louise St-Arnaud fait aussi valoir l'importance de miser sur la modification de l'environnement de travail pour favoriser la guérison :

¹²⁷ St-Arnaud et Briand, *supra* note 3 aux pp 351 à 352.

¹²⁸ Corbière et St-Arnaud, *supra* note 2 à la p113.

¹²⁹ Marc Corbière, Marie-José Durand et Pierre Lemieux, « Retour et réintégration au travail de personnes avec un trouble mental: Le rôle du supérieur immédiat » dans *Du trouble mental à l'incapacité au travail*, PUQ, 2011 aux pp 319 à 320.

¹³⁰ St-Arnaud, *supra* note 4 à la p 691.

Par ailleurs, des recherches mettent clairement en évidence que la résolution des problèmes de santé lors du retour au travail est étroitement liée à la capacité des employeurs de modifier ce qui a contribué à la détérioration de l'état de santé des employés. De cette constatation se dégage l'importance d'intégrer des variables axées sur l'environnement de travail pour expliquer le retour au travail plutôt que de se limiter essentiellement aux variables personnelles centrées sur l'état de santé¹³¹. (Références omises)

2. Les meilleures pratiques sur le retour au travail

Les meilleures pratiques de retour au travail peuvent être regroupées en trois niveaux d'intervention : le niveau organisationnel, le niveau des pratiques de gestion des incapacités et le niveau individuel¹³². Nous allons examiner les deux premiers niveaux d'intervention puisque ce sont les interventions organisationnelles et les pratiques de gestion qui sont l'objet des débats légaux entourant l'accommodement¹³³. Il faut aussi noter que les stratégies organisationnelles sont considérées comme plus efficaces par certains experts pour diminuer l'impact des contraintes psychosociales que les interventions au niveau individuel¹³⁴. Nous nous pencherons donc sur les quatre principales recommandations des experts regroupées ci-dessous (Tableau 1) et détaillées dans les prochaines sections.

¹³¹ *Ibid* et Louise St-Arnaud et al, « Processus de retour au travail chez des employés du secteur privé s'étant absentes pour des raisons de santé mentale », *Regards sur le travail* (2009) 2012 à la p 9 citant Veerle Brenninkmeijer, Veerle, Irene Houtman et Roland Blonk. « Depressed and Absent from Work: Predicting Prolonged Depressive Symptomatology Among Employees », (2008) 58: 4 JOEM, 295-301.

¹³² Corbière, Negrini et Dewa, *supra* note 25 à la p 267 citant Pomaki, *supra* note 51 à la p 16.

¹³³ La 5^e recommandation pour soutenir le retour au travail relève de l'intervention au niveau de l'individu. En effet, il s'agit de « faciliter l'accès aux traitements fondés sur les preuves », incluant notamment la thérapie cognitivo-comportementale. Pour être bénéfique quant à la durée de l'absence, la thérapie doit inclure des interventions mettant l'accent sur le travail, Chantal Sylvain et Marie-José Durand, « Soutenir le retour au travail après un arrêt de travail en raison d'un trouble dépressif : pourquoi et comment faire en soins primaires ? » (2017) 42:1 *Santé mentale au Québec* 305-317 à la p 312 et Pomaki, *supra* note 51 la p 16.

¹³⁴ Louise St-Arnaud et al, « Démarche d'intervention sur l'organisation du travail afin d'agir sur les problèmes de santé mentale au travail » (2010) 12:3 PISTES à la p 3.

Tableau 1 **Résumé des meilleures pratiques de retour au travail selon la psychologie organisationnelle et la gestion des incapacités**

1. Adopter des politiques organisationnelles faisant la promotion de la santé mentale.	Section 2.1 à la p 36
2. Cordonner le retour au travail.	Section 2.2 à la p 38
3. Appliquer des pratiques de retour au travail systématiques et individualisées.	Section 2.3 à la p 41
4. Apporter des modifications aux tâches ou aux conditions de travail.	Section 2.4 à la p 45

2.1 Adopter des politiques organisationnelles sur la santé mentale¹³⁵

La première recommandation des auteurs est l'adoption de politiques de promotion de la santé mentale et de prévention dans le milieu de travail par l'organisation. Ces politiques se doivent d'être claires, détaillées et communiquées adéquatement au travers de tous les niveaux hiérarchiques.¹³⁶ En effet, en véhiculant le soutien et l'engagement de l'employeur, des politiques sur la santé mentale traduisent un souci de ce dernier pour la santé des employés et son appui des interventions dans le milieu de travail.¹³⁷ Elles sont d'autant plus importantes puisqu'elles peuvent aider à combattre la stigmatisation des problèmes de santé mentale. Des lignes directrices issues de la direction peuvent ainsi favoriser le retour au travail et le maintien en milieu de travail, surtout en influençant le style de gestion du supérieur immédiat.¹³⁸

L'employeur rend ainsi visible son engagement à faire une bonne gestion des incapacités en milieu de travail en adoptant des politiques témoignant de sa volonté à responsabiliser les acteurs du milieu de travail et à engager la collaboration entre eux.¹³⁹ Elles doivent promouvoir une culture

¹³⁵ Corbière, Negrini et Dewa, *supra* note 25 à la p 278.

¹³⁶ Pomaki, *supra* note 51 aux pp 24 à 25.

¹³⁷ St-Arnaud et Briand, *supra* note 3 à la p 347.

¹³⁸ Corbière, Durand et Lemieux, *supra* note 129 à la p 111.

¹³⁹ Michele Caveen, Carolyn S Dewa et Paula Goering, « The influence of organizational factors on return-to-work outcomes » (2007) 25:2 Can J Commun Ment Health 121-142 à la p 138.

d'entreprise axée sur le soutien des employés et la prise en compte de leurs besoins. En agissant de cette façon, l'organisation peut aider à la prévention et l'identification précoce des problèmes de santé mentale et à la meilleure gestion de ces problèmes dans le milieu de travail ce qui peut l'aider à réduire l'absentéisme causé par les problèmes de santé mentale.¹⁴⁰

Toutefois, il faut que l'employeur évite de contredire ses politiques en ayant des attitudes et comportements opposés à celles-ci. Une étude a documenté plusieurs dichotomies au sein d'une même organisation, et même au sein d'une même personne, lorsqu'il est question d'absentéisme en raison des problèmes de santé. C'était le cas, notamment, lorsque la direction, tout en faisant la promotion d'une approche de soutien de ces employés, avait des pratiques de contrôle et de régulation des absences et exprimait une responsabilité unique de l'employé à l'égard de sa santé.¹⁴¹ Une cohérence entre les politiques et tous les aspects de la gestion de l'incapacité est nécessaire. En outre, pour que les politiques soient bien reçues et perçues par les employés, il faut que les attitudes et comportements des acteurs au sein de l'organisation soient alignés sur les politiques qu'ils veulent promouvoir. Cela peut donc comprendre, entre autres choses, un plan de formation, ne serait-ce que minimal, sur la santé mentale et les maladies mentales afin que la direction et tous les employés éliminent ou à tout le moins prennent conscience des préjugés et fausses impressions à cet égard.¹⁴²

Les employeurs qui désirent s'engager dans une amélioration de leurs politiques et pratiques pour créer et maintenir un milieu de travail psychologiquement sain peuvent d'ailleurs utiliser des normes telles que la norme nationale canadienne sur la santé et sécurité psychologique en milieu

¹⁴⁰ Pomaki, *supra* note 51 à la p 24 et St-Arnaud et Briand, *supra* note 3 à la p 352.

¹⁴¹ Louise St-Arnaud, Mariève Pelletier et Catherine Briand, « The paradoxes of managing employees' absences for mental health reasons and practices to support their return to work » (2011) 3:2 J Soc Action Couns Psychol 36-52 aux pp 41 à 42.

¹⁴² Corbière, Durand et Lemieux, *supra* note 129 à la p 321.

de travail qui offre un cadre pour les implémenter¹⁴³. Cette norme, développée à la demande de la Commission de la santé mentale du Canada, peut être adoptée volontairement par l'entreprise dans le but d'identifier et d'éliminer ou de contrôler les risques psychosociaux, de mettre en place des structures et pratiques favorisant et soutenant la santé et sécurité psychologiques et la promotion d'une culture favorisant la santé mentale¹⁴⁴.

2.2 Coordonner le retour au travail¹⁴⁵

La coordination et la planification du retour au travail sont cruciales pour sa réussite. Plusieurs auteurs suggèrent l'embauche d'un coordinateur formé et ayant pour seule fonction cette coordination afin de travailler avec tous les acteurs internes et externes à l'organisation (supérieur, direction, syndicat, agent ressources humaines et médicales, mais aussi assureur, professionnels soignant l'employé(e) et l'employé(e) en arrêt de travail.¹⁴⁶ Cette personne est responsable de déterminer les besoins de l'employé, de préparer le retour au travail et de faciliter les communications entre ces acteurs; elle agit comme une interface entre ceux-ci.¹⁴⁷ Si les compétences du coordonnateur doivent être variées (communication, résolution de conflit, réaménagement du travail, ergonomie, etc.), son rôle doit avant tout se distinguer de celui des agents chargés des aspects médico-administratifs. Pour que sa fonction soit pleinement remplie, il est nécessaire qu'il puisse créer un lien de confiance avec l'employé tout en conservant sa crédibilité auprès des autres acteurs impliqués dans le processus¹⁴⁸.

Dans tout le processus de retour au travail, un mode de gestion participative doit être favorisé afin

¹⁴³ Groupe CSA et Bureau de normalisation du Québec, *Santé et sécurité psychologiques en milieu de travail - Prévention, promotion et lignes directrices pour une mise en œuvre par étapes*, CAN/CSA-Z1003-13/BNQ 9700-803/2013, 2013.

¹⁴⁴ *Ibid* aux pp 2 à 3.

¹⁴⁵ Corbière, Negrini et Dewa, *supra* note 25 à la p 278 et Pomaki, *supra* note 51 à la p 16.

¹⁴⁶ Pomaki, *supra* note 51 à la p 28 et St-Arnaud et Briand, *supra* note 3 à la p 348.

¹⁴⁷ St-Arnaud et Briand, *supra* note 3 à la p 348.

¹⁴⁸ *Ibid* aux pp 348 à 349.

d'impliquer tous les acteurs, y compris l'employé vivant ou ayant vécu un problème de santé mentale, et afin d'éviter les conflits qui pourraient nuire à la réussite du processus.¹⁴⁹ Malgré les intérêts divergents et les contraintes financières ou de personnel de l'employeur¹⁵⁰, il faut une action concertée entre ceux-ci afin d'éviter que l'employé ne perçoive une contradiction entre les actions des divers acteurs. À cet égard, les actions que pose le supérieur immédiat sont particulièrement déterminantes en raison de sa proximité avec l'employé(e).¹⁵¹ Il est aussi essentiel que ces actions soient appropriées eu égard aux politiques de l'entreprise sur la santé mentale et aux pratiques de retour au travail adoptées.

Un des obstacles à la collaboration et à la cohésion dans le processus de retour au travail est l'enjeu des objectifs de réduction du taux et de la durée de l'absentéisme imposés aux agents responsables des aspects médico-administratifs de l'arrêt de travail. La contradiction entre les politiques de soutien des employés et les demandes de réduction rend leur rôle inconfortable et sont défavorables au rétablissement de la personne qui s'est absentée en raison d'un problème de santé mentale.¹⁵²

De façon similaire, le double rôle du supérieur dans le processus peut nuire à la coordination du retour au travail. Le supérieur immédiat est à la fois celui qui doit soutenir l'employé(e) dans son retour au travail et celui qui doit faire le suivi de son absentéisme (de façon plus ou moins serrée, selon les demandes de la direction). Le supérieur immédiat doit faire sentir sa présence et disponibilité auprès de son équipe, malgré ses autres tâches hebdomadaires, par exemple siéger à des comités et assister à des rencontres en dehors du milieu de travail.¹⁵³ La qualité de son implication dans le processus de retour au travail peut donc en souffrir, alors qu'elle est primordiale

¹⁴⁹ *Ibid* aux pp 347 à 348.

¹⁵⁰ St-Arnaud, Pelletier et Briand, *supra* note 141 aux p 38 et 41 et Corbière, Durand et Lemieux, *supra* note 129 à la p 318.

¹⁵¹ Corbière, Durand et Lemieux, *supra* note 129 aux pp 321 à 322.

¹⁵² St-Arnaud, Pelletier et Briand, *supra* note 141 aux pp 43 à 44.

¹⁵³ *Ibid* aux pp 41 à 42.

pour la réussite du processus.

Certains auteurs, dont Corbière, Durand et Lemieux, soulignent plusieurs difficultés affectant la capacité d’agir de façon concertée dans l’instauration d’un plan de retour au travail. Par exemple, le médecin de la personne qui s’est absentée est celui qui détermine la date de retour au travail et les restrictions qu’impose la condition de santé, notamment lorsqu’il s’agit d’une lésion professionnelle¹⁵⁴. Cela a pour effet de relayer le supérieur immédiat et l’employé(e) à un rôle plus passif, malgré leur expertise relative aux tâches et conditions de travail en cause. Les personnes qui seront parties à la discussion pour élaborer le plan de retour au travail devront alors composer avec ces informations médicales qui peuvent ne pas tenir compte des particularités de l’employé(e) ou des contraintes du milieu de travail¹⁵⁵. D’ailleurs, ces auteurs déplorent le fait que les discussions sur le retour au travail peuvent se faire sans le supérieur immédiat, mais en présumant de son accord, ce qui peut être le cas dans une entreprise où plusieurs départements sont impliqués à différentes étapes du retour au travail¹⁵⁶.

Par ailleurs, la participation du syndicat au plan de retour au travail joue en faveur de l’instauration de programmes de retour au travail. Un plan de retour au travail bien planifié et géré semble favoriser son implication dans les mesures prévues et, de ce fait, évite des conflits nuisibles à la reprise de l’emploi.¹⁵⁷ La revue systématique de la littérature de Pomaki et collègues relève que plusieurs documents analysés indiquent implicitement que les représentants syndicaux jouent un rôle clé dans le processus de retour au travail des travailleurs ayant des problèmes de santé mentale. Ils peuvent par exemple offrir de l’information aux personnes en arrêt de travail au sujet des

¹⁵⁴ Corbière, Durand et Lemieux, *supra* note 129 aux pp 321 à 322 et voir les arts 179 pour un retour au travail avant la consolidation et 203 pour le rapport lorsque la personne est consolidée de la *Lnt*, *supra* note 5.

¹⁵⁵ Corbière, Durand et Lemieux, *supra* note 129 aux pp 321 à 322.

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ St-Arnaud et Briand, *supra* note 3 à la p 348.

ressources disponibles et de leurs droits ou encore prêter assistance au moment de déterminer les mesures d'accommodement adéquates. De surcroît, une convention collective peut prévoir des modalités pour le retour au travail et le syndicat a une obligation légale de représentation de ses membres dont nous avons déjà discuté.¹⁵⁸ Néanmoins, en 2018, la majorité des travailleurs n'étaient pas syndiqués au Québec (61,6%)¹⁵⁹; ces personnes ne bénéficient donc pas du soutien de représentants syndicaux lorsqu'ils doivent s'absenter du travail et organiser leur éventuel retour.

2.3 Appliquer des pratiques de retour au travail¹⁶⁰

2.3.1 Les étapes à suivre

Pour améliorer les résultats du retour au travail, la littérature suggère d'appliquer des pratiques de retour au travail systématiques, structurées et coordonnées.¹⁶¹ Le processus doit débuter avec un suivi avec la personne pendant son arrêt de travail. Il faut aussi l'impliquer dans toutes les étapes en vue de son retour. Certains auteurs suggèrent que ce soit le coordonnateur qui fasse le suivi et prennent contact avec l'employé(e), bien que, vu son importance, le supérieur de l'employé(e) puisse lui aussi être sollicité pour le faire¹⁶². Il est à noter que ces appels ne doivent pas mettre de la pression en vue d'un retour rapide de la personne. Cette pratique peut la stresser en raison de la difficulté pour celle-ci d'estimer quand elle sera en mesure d'effectuer son retour au travail. Selon une étude récente, l'effet de cette pression semble contribuer à une durée d'absence plus longue chez les personnes ayant souffert d'une dépression.¹⁶³

¹⁵⁸ Pomaki, *supra* note 51 à la p 62.

¹⁵⁹ Marc-André Demers, *Portrait de l'emploi syndiqué et de la présence syndicale au Québec*, Institut de la Statistique du Québec, Avril 2019 à la p 2.

¹⁶⁰ Corbière, Negrini et Dewa, *supra* note 25 à la p 278 et Pomaki, *supra* note 51 à la p 16.

¹⁶¹ Pomaki, *supra* note 51 aux pp 321 à 32.

¹⁶² St-Arnaud et Briand, *supra* note 3 à la p 349; Alessia Negrini et al, « How Can Supervisors Contribute to the Return to Work of Employees Who have Experienced Depression? » [2017] *Journal of occupational rehabilitation*, DOI : DOI 10.1007/s10926-017-9715-0 à la p 7 et Corbière et St-Arnaud, *supra* note 2 à la p 114.

¹⁶³ Negrini, *supra* note 162 à la p 8.

Au moment où la condition de l'employé(e) s'améliore, il faut organiser une rencontre entre le supérieur immédiat, le coordinateur et l'employé(e) pour discuter des inquiétudes de ce dernier, de ses besoins et des solutions pouvant être apportées à court ou long terme.¹⁶⁴ Pour porter fruit, cette rencontre doit être marquée par une ouverture d'esprit des parties, surtout celle du supérieur immédiat¹⁶⁵. Sa position dans l'entreprise par rapport à l'employé(e) vivant ou ayant vécu un problème de santé mentale lui donne un rôle clé dans le retour au travail et le maintien en emploi¹⁶⁶. Corbière et collègues insistent sur le fait que « le rôle du supérieur immédiat ou du gestionnaire est de traduire en actions les mots de la haute direction ».¹⁶⁷ Il faut donc que les pratiques déterminées par la direction soient le plus claires et détaillées possible pour que les actions des supérieurs y correspondent et soient cohérentes d'un cas à l'autre. Une étude de St-Arnaud, Pelletier et Briand, montre l'importance de procédures détaillées, indiquant la marche à suivre. En l'absence de lignes de conduite claires, ce sont les supérieurs immédiats qui se voient chargés d'adopter des pratiques qui leur apparaissent adéquates. Ces pratiques se trouvent alors à varier d'une personne à une autre et à créer une certaine confusion des rôles et responsabilités entre les différents acteurs (par exemple entre le supérieur, le coordinateur du retour au travail et les agents responsables des aspects médico-administratifs).¹⁶⁸ D'ailleurs, certaines compétences particulières sont nécessaires chez un supérieur pour soutenir le retour au travail : la flexibilité, l'empathie, la bonne connaissance du processus de retour au travail ainsi que les capacités de communiquer honnêtement et de gérer la tâche de ses employé(e)s.¹⁶⁹

¹⁶⁴ St-Arnaud et Briand, *supra* note 3 à la p 351.

¹⁶⁵ *Ibid* à la p 349.

¹⁶⁶ *Ibid* à la p 349; à la p 349; Negrini, *supra* note 162 à la p 7; Corbière et St-Arnaud, *supra* note 2 aux pp 114 à 115.

¹⁶⁷ Corbière, Durand et Lemieux, *supra* note 129 à la p 318 citant Dianne E Dyck et Heidi Borner, *Disability management: Theory, Strategy & Industry Practice*, Markham (Ont), Lexis Nexis Canada, 2006.

¹⁶⁸ St-Arnaud, Pelletier et Briand, *supra* note 141 aux pp 41 à 42.

¹⁶⁹ Negrini, *supra* note 162 à la p 8.

2.3.2 La condition médicale et la confidentialité

En principe, une personne a droit à la confidentialité de ses informations privées, y compris de ses informations de nature médicale¹⁷⁰. Toutefois plusieurs exceptions existent et permettent à l'employeur de soumettre un(e) employé(e) à un examen médical ou d'avoir accès à des informations de nature médicale¹⁷¹. D'abord, si le problème de santé mentale fait l'objet d'une réclamation en vertu de la *Latmp*, l'employeur a un certain accès aux informations au dossier de la *CNESST* au sujet de la lésion dans le cadre de l'exercice des droits que lui confère la *Latmp*. Cet accès aux informations médicales s'exerce via un médecin du choix de l'employeur qui lui fera rapport des informations pertinentes¹⁷². Il peut aussi faire subir à l'employé(e) un ou plusieurs examens médicaux afin de mieux connaître l'état de santé de la personne à son emploi¹⁷³. Ensuite, l'employeur peut exiger un examen médical en raison de l'absence de la personne qu'il emploie, mais celui-ci est limité à « ce qui est nécessaire pour l'évaluation de la condition particulière [de la personne] »¹⁷⁴.

En dehors du contexte de la *Latmp*, lorsqu'un certificat atteste de l'incapacité à travailler de la personne employée ou encore de la capacité à reprendre le travail après une absence en raison d'un problème de santé mentale, l'employeur ne pourra la faire examiner que s'il a des craintes fondées

¹⁷⁰ L'employé est protégé par les articles 1, 5 et 10 de la *Charte québécoise*, *supra* note 17 qui protègent la vie privée ainsi que le droit à l'égalité et qui comprend une protection contre la cueillette et la diffusion de données non-autorisée. Les modalités de ce droit sont prévues aux articles 35 à 41 du *Code civil*, *supra* note 16. Quant aux dossiers médicaux, les articles 17 à 28 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, LRQ c S-4.2 prévoient les restrictions d'usage du dossier d'un patient.

¹⁷¹ Jean-François Pednault et al, « Les examens médicaux » dans *Les droits de la personne et les relations de travail*, Édition à feuilles mobiles, Cowansville (Qc), Les Éditions Yvon Blais, 2017 au para 9.419.

¹⁷² Arts 38, 38.1 et 39 de la *Latmp*, *supra* note 7.

¹⁷³ La CNESST et le Bureau d'évaluation médicale ont d'ailleurs aussi le pouvoir d'examiner ou de faire examiner la personne, voir les arts 204, 209 à 212 et 220 de la *Latmp*, *ibid*.

¹⁷⁴ Pednault, *supra* note 171 au para 9.830.

à l'égard de ce certificat. Toutefois, l'examen ou les informations médicales exigées ne peuvent pas dépasser ce qui est nécessaire pour vérifier la capacité de faire son travail¹⁷⁵.

Aussi, si l'employeur peut prouver que son employé(e) présente un danger pour lui-même ou elle-même ou les autres en raison de problèmes de santé mentale, il pourrait être justifié d'obtenir une expertise médicale avant de permettre le retour au travail en raison de ses obligations en matière de santé et sécurité¹⁷⁶. Il faut noter que les seules personnes qui seront autorisées à accéder aux informations médicales d'un(e) employé(e) sont celles qui représentent l'employeur dans la gestion de l'assurance-salaire ou des conséquences de l'état de santé des employé(e)s, ce qui exclut le superviseur immédiat¹⁷⁷.

Corbière, Durand et Lemieux font valoir que le droit à la confidentialité de l'employé(e) à l'égard de son dossier médical et de son état de santé affecte la capacité de mettre en place efficacement des pratiques de retour au travail¹⁷⁸. Pomaki et collègues, dans leur revue systématique de la littérature, ont souligné que l'exigence de confidentialité pouvait limiter la qualité et l'étendue de l'information qui peut être partagée lors de l'élaboration du plan de retour au travail. Par contre, ils suggèrent que de favoriser le partage d'information entre tous les acteurs concernés au sujet des capacités (et incapacités) fonctionnelles relatives au travail plutôt qu'au sujet du diagnostic peut assurer un partage d'informations utiles tout en minimisant l'atteinte à la vie privée¹⁷⁹.

Certes, il sera plus difficile pour l'employeur d'organiser les tâches de travail sans bien savoir ce dont son employé(e) a besoin. Toutefois, il n'est pas essentiel de divulguer le diagnostic pour

¹⁷⁵ *Ibid* aux para 9.1032 à 9.1035, 9.1037, 9.1040 et Jean-François Pednault et al, « Les renseignements personnels » dans *Les droits de la personne et les relations de travail*, Édition à feuilles mobiles, Cowansville (Qc), Les Éditions Yvon Blais, 2017 aux para 16.840 à 16.842.

¹⁷⁶ Voir les arts 2087 du *Code civil*, *supra* note 16, 46 de la *Charte québécoise*, *supra* note 17 et 51 de la *Loi sur la santé et sécurité du travail*, RLRQ c S-2.1 et Lippel, Cox et Aubé, *supra* note 30 au para 9.4.

¹⁷⁷ Pednault, *supra* note 171 aux para 9.1032 à 9.1035, 9.1037, 9.1040 et Pednault, *supra* note 175 aux para 16.1044 à 16.1047.

¹⁷⁸ Corbière, Durand et Lemieux, *supra* note 129 aux pp 323 à 325 pour les aspects organisationnels.

¹⁷⁹ Pomaki, *supra* note 51 à la p 52.

organiser le retour au travail. Si l'employé(e) ne discute pas de ses incapacités et besoins avec son supérieur lors de l'élaboration de son plan de retour au travail, certains auteurs mentionnent qu'il peut y avoir de fausses impressions au moment de demandes de mesures d'accommodement auprès des ressources humaines. Du point de vue du supérieur immédiat, l'employé(e) pourrait sembler tenter d'outrepasser son autorité afin d'obtenir des avantages auxquels il n'a pas droit et, du côté des collègues, on pourrait croire à un privilège ou un traitement de faveur.¹⁸⁰

2.4 Modifier les tâches ou les conditions de travail¹⁸¹

Selon les auteurs St-Arnaud et Briand, l'accommodement d'une personne souffrant de problèmes de santé mentale vise à modifier les conditions de l'environnement psychosocial qui empêchent le retour au travail ou même qui peuvent avoir contribué à l'arrêt de travail.¹⁸² La possibilité de mettre en place ce type de mesures est un déterminant d'un retour au travail réussi particulièrement parce que l'anticipation de conditions de retour au travail difficiles peut être anxiogène et nuire au processus de réadaptation.¹⁸³ Les accommodements peuvent prendre plusieurs formes : le retour progressif, l'attribution de tâches modifiées, l'allègement des tâches, la flexibilité des horaires ou encore une forme de soutien du supérieur et des collègues, par exemple des marques de reconnaissance¹⁸⁴. Cependant, ces mesures peuvent créer des problèmes au sein d'une équipe de travail en créant, par exemple, une surcharge de travail ou donnant une impression de privilège accordé à la personne bénéficiant de l'accommodement.¹⁸⁵ D'ailleurs, la nature psychologique de l'incapacité dévoilée ou encore discernée par les collègues au moment de la mise en place de l'accommodement (selon qu'il y a eu divulgation ou non de la condition de santé) peut créer un

¹⁸⁰ Corbière, Durand et Lemieux, *supra* note 129 à la p 324.

¹⁸¹ Pomaki, *supra* note 51 aux pp 37 à 38.

¹⁸² St-Arnaud et Briand, *supra* note 3 à la p 347.

¹⁸³ *Ibid* à la p 351.

¹⁸⁴ Corbière, Durand et Lemieux, *supra* note 129 aux pp 328 à 329.

¹⁸⁵ *Ibid* à la p 329.

malaise chez ceux-ci.¹⁸⁶ La communication au sein de l'équipe de travail de certaines informations justifiant l'intervention, mais aussi d'information au sujet de la santé mentale est ici aussi primordiale.

Autre nuance, les auteurs St-Arnaud et Corbière suggèrent que la mise en place d'un retour au travail progressif comme mesure d'accommodement n'est bénéfique au processus que s'il est instauré avec une progression dans le temps et dans la tâche. Ainsi, si le contexte de travail n'est pas favorable au retour progressif, par exemple en raison d'une surcharge de travail dû à un sous-effectif ou en raison d'un maintien des objectifs de productivité durant cette période, il devrait être évité.¹⁸⁷

Le supérieur immédiat a d'ailleurs un rôle primordial lors de la mise en place d'accommodement. En appliquant les pratiques et politiques de l'entreprise au cas de son employé(e) atteint de problèmes de santé mentale, il se trouve entre autres à déterminer si la demande d'accommodement présente une contrainte excessive pour l'employeur (cette notion juridique sera définie au chapitre III à la section 2).¹⁸⁸ C'est lui ou elle qui fait le pont entre la direction et l'employé(e) en interprétant les politiques de l'entreprise et en facilitant l'accès aux ressources¹⁸⁹. Toutefois, St-Arnaud et collègues font valoir que sa capacité d'agir dépend de la vision de la direction sur cet enjeu. Cette vision peut se traduire par les politiques sur la santé mentale mise en place, mais aussi par la façon dont la direction en assure la mise en place, par exemple en diminuant les exigences de productivité ou en allouant des ressources particulières aux personnes concernées.¹⁹⁰

Qui plus est, une attitude positive et empathique ainsi qu'une volonté d'aider l'employé(e) dans le

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ Corbière et St-Arnaud, *supra* note 2 à la p 116.

¹⁸⁸ Corbière, Durand et Lemieux, *supra* note 129 à la p 318.

¹⁸⁹ St-Arnaud et Briand, *supra* note 3 à la p 347.

¹⁹⁰ *Ibid* à la p 318.

processus d'accommodement sont des déterminants d'un retour au travail durable.¹⁹¹ Toutefois, la façon d'agir du supérieur est aussi influencée par les ressources dont il ou elle dispose¹⁹² et les objectifs de productivité de l'employeur. Ces derniers peuvent ne pas être compatibles avec les besoins des personnes souffrant ou ayant souffert de problèmes de santé mentale, notamment en matière de soutien et de modification de la tâche.¹⁹³ Les accommodements doivent être possibles compte tenu du contexte de l'organisation et ils doivent être réévalués fréquemment pour s'assurer de leur utilité et efficacité.¹⁹⁴

3. Les petites entreprises et leurs particularités

La plupart des études proposant les meilleures pratiques pour le retour au travail dont nous avons discuté se fondent sur des recherches menées dans de grandes entreprises dont plusieurs sont issues du secteur public et parmi celles-ci, une grande partie des entreprises sont syndiquées. Ces meilleures pratiques sont d'ailleurs critiquées par les chercheur(e)s qui étudient les petites et moyennes entreprises puisqu'elles ne tiennent pas compte des enjeux associés à la taille de l'entreprise¹⁹⁵. Plusieurs éléments relatifs aux meilleures pratiques et leur application doivent donc être nuancés lorsqu'il s'agit de petites entreprises.

Parmi les personnes salariées au Canada, c'est 75 % d'entre elles qui travaillent pour le secteur privé, secteur où on retrouve la majorité des petites entreprises¹⁹⁶. Sur l'ensemble des emplois au

¹⁹¹ Negrini, *supra* note 162 à la p 7.

¹⁹² Corbière, Durand et Lemieux, *supra* note 129 à la p 318 et Caveen, Dewa et Goering, *supra* note 139 à la p 131.

¹⁹³ Corbière, Durand et Lemieux, *ibid* à la p 328.

¹⁹⁴ Pomaki, *supra* note 51 aux pp 37 à 38.

¹⁹⁵ Joan Eakin et ses collègues soulignait en 2003, l'absence des enjeux associés aux petites entreprises dans la littérature sur le retour au travail, Joan M Eakin, Ellen MacEachen et Judy Clarke, « 'Playing it smart' with return to work: small workplace experience under Ontario's policy of self-reliance and early return » (2003) 1:2 Policy Pract Health Saf 19-41, DOI : 10.1080/14774003.2003.11667635 à la p 20. Nous avons aussi observé lors de notre revue de la littérature que la plupart des recherches en matière de retour au travail pour les personnes souffrant de problèmes de santé mentale se fait au sein de grandes entreprises ou encore dans le secteur public.

¹⁹⁶ En 2015, 71,2% des emplois du secteur privé au Canada se trouvaient dans les entreprises de moins de 100 personnes, soit 1 887 700 personnes employées dans celles-ci, Gouvernement du Canada, « Principales statistiques relatives aux petites entreprises – Juin 2016 », disponible au : https://www.ic.gc.ca/eic/site/061.nsf/fra/h_03018.html#point2-1 (consulté 28 août 2019).

Québec, 62,7 % des emplois se situent dans les entreprises de moins de 100 personnes ; 28,8 % d'entre eux étant dans une entreprise de moins de 20 employé(e)s¹⁹⁷. Peu d'études portent sur le retour au travail dans les petites entreprises et nous n'en avons recensé aucune portant sur le retour au travail pour les personnes souffrant de problèmes de santé mentale dans les petites entreprises québécoises.

Les recherches d'Eakin et collègues relèvent que la recherche indique que la taille d'une entreprise est inversement reliée à la durée de l'incapacité alors que les petits milieux de travail ont moins souvent des programmes ou des politiques de retour au travail et que les travailleurs blessés ou malades dans une petite entreprise sont plus susceptibles de changer d'employeur lors de leur retour au travail ou de demeurer sans emploi. Les barrières à la réadaptation et à la gestion des incapacités seraient d'ailleurs reliées à des problèmes structuraux, tels que l'exemption de certaines obligations légales imposées à d'autres entreprises en raison de leur taille, la disponibilité d'incitatifs relatifs à l'assurance invalidité et le positionnement des petites entreprises dans le secteur d'activité secondaire¹⁹⁸.

Les auteurs Champoux et Brun qui ont examiné les pratiques et les interventions en prévention des accidents de travail et des maladies professionnelles au Québec ont aussi souligné qu'il y avait peu de programmes et politiques de retour au travail dans les petites entreprises¹⁹⁹. D'ailleurs, tant Eakin et collègues que Champoux et Brun soulignent que les dispositions législatives et les

¹⁹⁷ Institut de la statistique du Québec, *État du marché du travail au Québec. Bilan de l'année 2018*, Gouvernement du Québec, révisé en février 2019 à la p 18 disponible au : <http://www.stat.gouv.qc.ca/docs-hmi/statistiques/travail-remuneration/bulletins/etat-marche-travail-2018.pdf> (consulté le 28 août 2019).

¹⁹⁸ Eakin, *supra* note 195 à la p 20. Il est important de noter que l'étude de Eakin et collègues porte sur le retour au travail à la suite d'une lésion professionnelle en Ontario. Nous ne pouvons donc pas transposer aveuglément leurs conclusions plus particulières à notre étude se situant dans le contexte québécois.

¹⁹⁹ Daniele Champoux et Jean-Pierre Brun, « OSH Practices and Interventions in Small Businesses: Global Issues in the Quebec Context » (2015) 13:1 Policy Pract Health Saf 47-64, DOI : 10.1080/14774003.2015.11667811 à la p 48.

interventions relatives à la santé et sécurité du travail ne sont pas créées avec les petites entreprises en tête et qu'elles y sont mal adaptées²⁰⁰.

Les petites entreprises ont aussi plusieurs caractéristiques qui peuvent affecter le retour au travail des personnes qui y travaillent ainsi que leur santé et sécurité. D'abord, les petites entreprises se doivent d'être hautement compétitives puisque la majorité d'entre elles ne dépassent pas les 5 ans d'exploitation²⁰¹. Elles sont d'ailleurs fréquemment restructurées et changent ponctuellement de mode de production. Le travail est généralement contingent et exécuté dans des délais très serrés. En conséquence, ces entreprises exigent une grande flexibilité de la part des employé(e)s. Les considérations financières sont donc primordiales dans la prise de décisions ; la survie de l'entreprise en dépend²⁰².

Eakin a observé que l'absence d'un travailleur peut avoir un impact majeur sur la production d'un petit employeur et la reprise graduelle du travail ou le retour à des tâches modifiées peut être frustrant ou mal compris par l'employeur et les collègues²⁰³. Qui plus est, la modification des tâches peut être complexe et lourde, voire impossible, lorsque l'employé(e) ne possède pas les compétences nécessaires pour effectuer d'autres tâches dans l'entreprise. Cela peut se refléter en une tâche de travail bricolée et improductive ayant pour seul objectif de mettre fin aux indemnités de remplacement de revenu dans le cas d'un accident de travail ou aux prestations d'assurance lorsque les employé(e)s bénéficient d'une assurance collective²⁰⁴.

Eakin et ses collègues soulignent qu'il existe une inégalité dans les rapports de force au sein des petites entreprises lors de la négociation des arrangements pour l'assignation d'une tâche modifiée

²⁰⁰ *Ibid* et Eakin, *supra* note 195 à la p 20.

²⁰¹ Champoux et Brun, *supra* note 199 à la p 48.

²⁰² Eakin, *supra* note 195 à la p 24.

²⁰³ *Ibid* aux pp 25 à 27.

²⁰⁴ *Ibid* aux pp 27 à 29.

et pour le retour au travail. Ce déséquilibre est expliqué par Eakin par l'absence de syndicat dans ce type d'entreprises ce qui cause un manque d'information et de soutien des travailleurs lors de la négociation du processus de retour au travail. Elles expliquent aussi ce déséquilibre par le sentiment des travailleurs de ne pas être capables de profiter des services et droits qui sont les leurs sans courir le risque de jeter sur eux un discrédit « moral » parce qu'ils « tirent profit » du système²⁰⁵. Pour les petites entreprises, les relations entre la direction et les employé(e)s sont un enjeu central puisqu'elles sont généralement tant professionnelles que personnelles. Ces relations souffrent énormément de la tension causée par l'absence du travail et peuvent être rompues en raison des conflits qui s'en suivent²⁰⁶.

Ces principes tirés des meilleures pratiques sur le retour au travail des personnes souffrant de problèmes de santé mentale visent à organiser le milieu de travail en fonction des besoins particuliers de la personne ayant vécu ou vivant avec ce type de condition de santé. Sans volonté de l'organisation de mettre en place le processus et les changements nécessaires et sans la prise d'actions correspondant à cette volonté, le retour et le maintien à son emploi de la personne seront compromis. Toutefois, en raison de leur structure et de leur manque de ressources, les petites entreprises ne peuvent souvent pas mettre en place les meilleures pratiques qui sont d'ailleurs développées avant tout pour être implantées dans des entreprises de plus grande taille.

²⁰⁵ *Ibid* à la p 36 et Danièle Champoux et Jean-Pierre Brun, « Dispositions, capacités et pratiques de SST dans les petites entreprises: opinions de patrons, d'employés et d'intervenants en SST au Québec », (2010) 12:2 PISTES, à la p 2, <http://journals.openedition.org/pistes/2525> ; DOI : 10.4000/pistes.2525.

²⁰⁶ Eakin, *supra* note 195 aux pp 29 à 31.

IV. Les principes jurisprudentiels : L'obligation d'accommodement de l'employeur au Canada

Nous examinerons ci-après la jurisprudence de la Cour suprême qui a créé l'obligation d'accommodement et qui en a aussi déterminé l'étendue ainsi que les modalités.

L'obligation d'accommodement raisonnable a été introduite en droit canadien avec l'affaire *Simpsons-Sears* dans laquelle la Cour s'est inspirée de la jurisprudence américaine²⁰⁷. Dans cette décision, le juge McIntyre établit que la norme neutre en apparence est discriminatoire si elle touche une personne ou un groupe de manière différente par rapport aux autres personnes visées par celle-ci. C'est le résultat discriminatoire qui importe et non pas l'existence d'une intention d'établir une distinction²⁰⁸. Il existe effectivement une distinction entre la discrimination directe : par exemple le refus d'embaucher toute personne handicapée et la discrimination indirecte : par exemple des exigences d'emploi qui seraient telles qu'une personne handicapée ne serait pas embauchée. L'auteure Laflamme explique bien ce changement de paradigme :

La Cour suprême optait ainsi pour le principe de l'égalité réelle, plus apte à permettre la participation de tous à la vie en société, au détriment de l'égalité purement formelle voulant que tous soient traités de la même manière.²⁰⁹

Il en résulte donc une obligation pour l'employeur de mettre en place des mesures d'accommodement raisonnable sans en subir des contraintes excessives lorsqu'une exigence d'emploi est discriminatoire²¹⁰.

²⁰⁷ *Simpson-Sears*, *supra* note 9.

²⁰⁸ *Ibid* au para 18.

²⁰⁹ Laflamme, *supra* note 24 à la p 45.

²¹⁰ *Simpson-Sears*, *supra* note 9 aux para 22 à 23.

1. L'obligation d'accommodement de l'employeur

Les balises de l'obligation d'accommodement de l'employeur ont été plus nettement tracées dans l'affaire *Meiorin*²¹¹ où la Cour suprême du Canada a appliqué le test dit des « exigences professionnelles justifiées » (ci-après EPJ) permettant à l'employeur de maintenir une exigence d'emploi qui a des effets discriminatoires si elle répond à certains critères. Ce test a été adapté par la Cour pour s'appliquer uniformément aux allégations de discrimination directe et indirecte²¹². Lorsqu'une discrimination *prima facie* a été établie par le demandeur ou la demanderesse, l'employeur doit prouver selon la prépondérance des probabilités :

- (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 ne subisse une contrainte excessive.²¹³

Cette méthode d'examen de l'exigence d'emploi a pour objectif d'exiger des employeurs qu'ils composent avec la plus grande diversité d'employé(e)s possible dans la mesure où ils ne subissent pas de contrainte excessive. La juge résume ainsi l'impact de la conclusion à laquelle le décideur en vient à la suite de l'application de la méthode : « À moins qu'aucun accommodement ne soit possible sans imposer une contrainte excessive, la norme tel qu'elle existe n'est pas une EPJ, et la preuve *prima facie* de l'existence de discrimination n'est pas réfutée. »²¹⁴

²¹¹ *Meiorin*, *supra* note 39.

²¹² *Ibid* aux para 25 à 49 où la Cour explique les raisons qui la poussent à modifier son test.

²¹³ *Ibid* au para 54.

²¹⁴ *Ibid* au para 55.

La première étape s'attarde à l'objectif général de la norme et non pas à la validité même de celle-ci²¹⁵. Paula Knopf dans *Collective Agreement Arbitration in Canada* note certains buts rationnellement liés à l'exécution du travail qui ont été retenus par le passé, notamment des considérations de santé et sécurité, de productivité, d'efficacité et de performance, de capacité physique, de fonctionnement efficace d'une entreprise et d'assiduité au travail²¹⁶. Il est à noter que le second critère ne s'applique pas au Québec en raison de l'article 20 de la *Charte québécoise*²¹⁷ qui, suite à une modification, a supprimé le critère de la croyance sincère²¹⁸. À la troisième étape, l'employeur doit justifier la nécessité de l'exigence d'emploi en vue de l'atteinte de l'objectif relevé à la première étape. La norme doit donc être assez souple pour composer avec les caractéristiques propres à chaque individu, et si ce n'est pas le cas, « [l']employeur doit établir qu'il lui est impossible de composer avec le demandeur et les autres personnes lésées par la norme sans subir une contrainte excessive. »²¹⁹

La Cour invite les employeurs à faire l'évaluation individuelle des aptitudes de l'employé(e) par rapport aux compétences nécessaires pour exécuter les tâches de l'emploi, mais aussi à repenser la façon de faire le travail afin de respecter le plus possible les « aptitudes, les capacités et l'apport potentiel du demandeur et de ceux qui sont dans la même situation que lui ».²²⁰ C'est généralement la troisième étape qui sera examinée le plus longuement par les tribunaux. N'est pas une EPJ que d'être capable d'effectuer les tâches de l'emploi sans la moindre exception, bien que l'étude de la

²¹⁵ *Ibid* au para 59.

²¹⁶ Paula Knopf, « Human Rights and Accommodation » dans Ronald M Snyder, dir, *Collective Agreement Arbitration in Canada*, 5^e éd, Markham (Ont) Lexis Nexis, 2013 au para 8.20.

²¹⁷ *Charte québécoise*, *supra* note 17 art 20.

²¹⁸ *CDPDJ c Hôpital général juif*, *supra* note 38 aux para 191 et 192. L'appel ne portait que sur l'attribution de dommages-intérêts, *Hôpital général juif Sir Mortimer B. Davis c Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2010 QCCA 172.

²¹⁹ *Meiorin*, *supra* note 39 au para 62.

²²⁰ *Ibid* au para 64.

question de l'absentéisme fasse ressortir certaines nuances à cet égard.²²¹ Il en sera question un peu plus loin lorsque nous discuterons de l'affaire *Hydro-Québec*²²².

Si une preuve suffisante de discrimination est établie par l'employé(e) et qu'il ne s'agit pas d'une EPJ, l'employeur doit prouver qu'il a pris les mesures raisonnables pour trouver un accommodement satisfaisant avec son employé(e) et que toute autre mesure d'accommodement constituerait une contrainte excessive²²³. Il y aura contrainte excessive si la mesure demandée ne peut être prise sans « [entraver] indûment l'exploitation de l'entreprise de l'employeur », si elle impose des coûts excessifs ou encore si elle « [constitue] une atteinte significative aux droits des tiers ». ²²⁴ Toutefois, Pedneault et collègues font valoir que l'employeur ne peut pas examiner une seule possibilité d'accommodement qui se trouve à ne pas convenir à la situation pour remplir son obligation. Il doit « [avoir] exploré toutes les possibilités de compromis et [il doit] par ailleurs démontrer que ces possibilités constituaient pour lui des contraintes excessives ou encore qu'elles n'étaient pas acceptables pour l'organisation du travail. »²²⁵ Il ne s'agit cependant pas de créer un poste sur mesure pour l'employé(e) ; il ou elle ne doit pas être avantagé(e) par rapport à ses collègues.²²⁶

Les auteurs Laflamme et Bégin-Robitaille présentent l'obligation d'accommodement comme ayant deux volets.²²⁷ Le volet premier, procédural, est l'obligation de l'employeur, avec la collaboration de son employé(e) et du syndicat, de s'assurer d'avoir tous les renseignements nécessaires au sujet

²²¹ Jean-François Pednault et al, «Le droit à l'égalité», dans *Les droits de la personne et les relations de travail*, Édition à feuilles mobiles, Cowansville (Qc), Les Éditions Yvon Blais, 2017 au para 5.523.

²²² *Hydro-Québec c Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)* 2008 CSC 43 [Hydro-Québec].

²²³ Simpson-Sears, *supra* note 9 aux para 22 à 24 et 28.

²²⁴ Brunelle, *supra* note 52 aux pp 248 à 251.

²²⁵ Pednault, *supra* note 221 au para 5.519.

²²⁶ Anne-Marie Laflamme, « La mise en œuvre de l'obligation d'accommodement raisonnable en cas d'incapacités : un vecteur d'intégration et de maintien en emploi des salariés handicapés » dans Roch Laflamme, dir, *Quels accommodements raisonnables en milieu de travail?*, PUL, 2008, 5-22 à la p 9.

²²⁷ Laflamme et Bégin-Robitaille, *supra* note 6 aux pp 408 à 409.

de la condition de santé de l'employé(e) et de ses effets possibles sur le travail. Selon Pedneault et collègues, l'employé(e) ne peut justifier de rester passif ou passive et d'attendre que l'employeur trouve des mesures qui respecteront ses droits. Il ou elle doit informer son employeur de ses limitations et accepter tout accommodement raisonnable dans les circonstances et même faire des concessions lorsque nécessaire.²²⁸ Toutefois, l'employé(e) n'a aucune obligation de dévoiler le(s) diagnostic(s) dont il ou elle est affecté(e) ; cela relève du droit à la vie privée. Il faut aussi rappeler qu'une personne a le droit à la confidentialité à l'égard de son dossier médical et que l'employeur ne peut y avoir accès que dans certaines circonstances circonscrites par la loi ou la jurisprudence²²⁹. Le second volet, lui substantif, est la mise en œuvre des mesures d'adaptation du travail ou des conditions de travail jusqu'à la limite de la contrainte excessive. Il s'agit d'une « obligation proactive » de repenser les normes et les exigences d'emploi afin de respecter le plus possible les « aptitudes, les capacités et l'apport potentiel [de celui qui demande l'accommodement] et de ceux qui sont dans la même situation que lui »²³⁰ et, en ce sens, elle a un caractère collectif selon certains auteurs issus du milieu syndical.²³¹

2. La contrainte excessive

La mise en pratique des principes développés par la Cour suprême dans l'affaire *Meiorin* présente plusieurs difficultés. Certains débats demeurent d'ailleurs quant à l'étendue de l'obligation d'accommodement et sur ce qui constitue ou non une contrainte excessive pour l'employeur.

L'auteure Knopf explique que l'accommodement est un processus continu et dont les modalités peuvent varier tout au long du processus d'accommodement en raison de l'évolution de la condition

²²⁸ Okanagan, *supra* note 53 à la p 993 qui affirme l'obligation du syndicat et de l'employé de participer au processus et Pednault, *supra* note 221 aux para 5.627 à 5.635, 5.735 à 5.744.

²²⁹ *Charte québécoise*, *supra* note 17 art 5 et Pednault, *supra* note 175 aux para 16.319 à 16.1047 au sujet de l'accès de l'employeur au dossier médical.

²³⁰ *Meiorin*, *supra* note 39 au para 64 et Annick Desjardins et Céline Giguère, « Santé mentale au travail: l'échec du droit à épouser une approche systémique » (2013) 54:2-3 C de D 359-388 à la p 368.

²³¹ *Ibid* à la p 368.

médicale de l'employé(e) et des changements apportés à l'entreprise ou à l'emploi. Les besoins et les capacités de chacune des parties (employeur et employé(e)) changent et affectent les mesures d'accommodement nécessaires ou possibles²³². C'est donc dans ce « processus en cours » que la relation entre l'employeur et l'employé(e) qui demande un accommodement s'inscrit et se développe jusqu'à la limite de celle-ci : la contrainte excessive.

2.1 Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal (ci-après CUSM)²³³

L'affaire *CUSM* illustre bien deux des enjeux majeurs dans les affaires concernant des personnes souffrant de problèmes de santé mentale, soit la tolérance de l'absentéisme et la capacité d'offrir sa prestation de travail. En effet, les cas d'absentéisme prolongé ou fréquent révèlent certaines limites de l'obligation d'accommodement de l'employeur.

Il s'agit d'un cas d'absentéisme de longue durée dont la cause initiale est un problème de santé mentale. Après des retours au travail progressifs à temps plein infructueux et un accident d'origine personnelle prolongeant son absence, la salariée a été absente pendant une période de trois ans et il n'est pas possible d'établir, au moment de son congédiement, une date de retour au travail dans un avenir prévisible. La convention collective réservant le droit de l'employeur de congédier les employé(e)s qui s'absentent pour plus de trois ans, l'employeur met fin à l'emploi, ce qui sera contesté par voie de grief par le syndicat.²³⁴ Le recours vise à déterminer le rôle de la convention collective dans l'appréciation de l'obligation d'accommodement²³⁵ : il s'agit de déterminer

²³² Knopf, *supra* note 216 au para 8.146.

²³³ *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, 2007 CSC 4 [CUSM].

²³⁴ *Ibid* aux para 2 à 4.

²³⁵ *Ibid* au para 1

comment les principes de l'accommodement s'articulent dans le contexte d'une clause régissant la rupture du lien d'emploi après une période déterminée d'absence.²³⁶

La clause, de l'avis de la majorité de la Cour, est une mesure d'accommodement au même titre que le retour progressif au travail et constitue un « élément pertinent dans l'appréciation de l'obligation d'accommodement raisonnable » qui doit tenir compte des circonstances particulières de l'employée.²³⁷ La période de temps après laquelle le congédiement est permis ne saurait être en deçà de ce que prévoit la législation, mais est un bon indicateur de ce que les parties patronales et syndicales ont évalué être la période acceptable vu les caractéristiques de l'entreprise.²³⁸ Pareille clause ne peut pas remplacer un examen individualisé de la situation de l'employé(e), « mais constitu[e] plutôt une indication claire des parties sur la question de l'accommodement raisonnable ». ²³⁹ Il est donc nécessaire de faire une évaluation globale des effets de la mesure d'accommodement demandée et d'examiner toute la période d'absence à partir de son début.²⁴⁰ Par ailleurs, les mesures d'accommodement, par exemple la tolérance de l'absentéisme, peuvent devenir des contraintes excessives avec le temps si la situation ne semble pas s'améliorer.²⁴¹ La Cour impose aussi un certain fardeau à la personne bénéficiant d'une « clause d'accommodement », ²⁴² si celle-ci est en désaccord avec la durée d'accommodement prévue :

L'obligation d'accommodement n'est ni absolue ni illimitée. L'employée doit contribuer à 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

²³⁶ *Ibid* au para 15.

²³⁷ *Ibid* aux para 19 à 20.

²³⁸ *Ibid* au para 22.

²³⁹ *Ibid* au para 27.

²⁴⁰ *Ibid* au para 33.

²⁴¹ Knopf, *supra* note 216 au para 8.38.

²⁴² Desjardins et Giguère, *supra* note 230 aux pp 369 à 370.

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.²⁴³

On peut se questionner au sujet de la portée de cette affirmation : s'impose-t-elle à toute clause, peu importe sa durée, et à toute autre mesure d'accommodement négociée ? Par ailleurs, Laflamme fait valoir que « cette interprétation a pour effet d'assujettir, dans une certaine mesure, l'accommodement raisonnable, norme essentiellement individualisée, aux limites imposées par la convention collective. »²⁴⁴ En l'espèce, l'employeur n'a pas appliqué mécaniquement sa clause de rupture d'emploi, mais a tenté des retours progressifs. Ce n'est qu'après qu'ils se soient révélés infructueux et dans la mesure où la salariée ne pouvait pas reprendre le travail dans un avenir prévisible qu'il s'en est prévalu. La Cour suprême confirme que l'employeur a donc rempli son obligation d'accommodement.

2.2 Hydro-Québec c Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)²⁴⁵

Dans l'affaire *Hydro-Québec*, la Cour discute plus en profondeur de ce qui constitue une contrainte excessive. La salariée concernée par cette décision avait des problèmes de santé importants tant physiques que psychologiques. En raison de ceux-ci, elle a été absente du travail pendant 960 jours en sept ans et demi, soit environ un tiers de sa relation d'emploi. Le contexte de travail est aussi teinté de conflits importants avec les collègues et les supérieurs au fil des ans.

L'employeur a accommodé cette salariée à quelques reprises au cours de la relation d'emploi, par exemple en lui donnant des travaux légers, en lui permettant de faire un retour progressif au travail après une dépression et en lui attribuant un poste qui n'aurait pas dû lui être attribué à la suite d'une

²⁴³ *CUSM*, *supra* note 233 au para 38.

²⁴⁴ Laflamme, *supra* note 226 à la p 12.

²⁴⁵ *Hydro-Québec*, *supra* note 222.

réorganisation afin d'éviter qu'elle ne devienne surnuméraire. Celle-ci a fait l'objet d'un congédiement administratif alors qu'elle était absente depuis plus de cinq mois. Son médecin ne pouvait pas à ce stade donner de date prévisible de retour au travail et anticipait qu'elle ne pourrait pas reprendre le travail sans un absentéisme aussi important que précédemment²⁴⁶, à moins que ne surviennent des changements majeurs dans l'environnement de travail.²⁴⁷

La juge Deschamps, pour l'ensemble de la Cour suprême, a précisé la signification de « l'impossibilité » pour l'employeur de composer avec les personnes ayant les mêmes caractéristiques que le demandeur sans en subir une contrainte excessive, soit la troisième étape de la méthode d'analyse de *Meiorin*²⁴⁸ :

Le critère n'est pas l'impossibilité pour un employeur de composer avec les caractéristiques d'un employé. L'employeur n'a pas l'obligation de modifier de façon fondamentale les conditions de travail, mais il a cependant l'obligation d'aménager, si cela ne lui cause pas une contrainte excessive, le poste de travail ou les tâches de l'employé pour lui permettre de fournir sa prestation de travail.²⁴⁹ (nos soulignements)

Ce qu'on exige de l'employeur c'est, si son entreprise le lui permet sans contrainte excessive et suivant les besoins de la personne qu'il emploie, d'offrir, des horaires variables ou des tâches allégées, d'autoriser des déplacements d'employé(e)s, de demander aux collègues s'ils sont prêts à l'assister, etc. L'employeur doit considérer toutes les alternatives raisonnables à son mode de fonctionnement usuel. À défaut de suivre ce processus, il pourrait ne pas pouvoir prouver qu'il

²⁴⁶ *Ibid* aux para 2 à 4.

²⁴⁷ *Syndicat des employées et employés de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ) c Hydro-Québec*, 2006 QCCA 150 aux para 38 à 43.

²⁴⁸ *Meiorin*, *supra* note 39 au para 54.

²⁴⁹ *Hydro-Québec*, *supra* note 222 au para 16.

s'agit d'une contrainte excessive.²⁵⁰ Cependant, il n'y aura pas contrainte excessive automatiquement en cas d'incapacité de fournir une prestation de travail dans un avenir prévisible :

Lorsque les caractéristiques d'une maladie sont telles que la bonne marche de l'entreprise est entravée de façon excessive ou lorsque l'employeur a tenté de convenir de mesures d'accommodement avec l'employé aux prises avec une telle maladie, mais que ce dernier demeure néanmoins incapable de fournir sa prestation de travail dans un avenir raisonnablement prévisible, l'employeur aura satisfait à son obligation.²⁵¹ (nos soulignements)

Ainsi si l'employeur tente de s'adapter à son employé(e) et que celui-ci ou celle-ci demeure toujours incapable d'offrir sa prestation de travail, il y a eu un effort raisonnable d'accommodement qui peut suffire à remplir son obligation.²⁵²

Plusieurs critères peuvent être considérés lorsqu'on évalue le degré de contrainte de l'employeur. Un auteur suggère de les regrouper sous trois grandes catégories : 1) les ressources financières ou matérielles (coût de l'accommodement, taille, budget et structure de l'entreprise, etc.), 2) le respect des droits de la victime de la discrimination, de ses collègues de travail et du public (risques pour la santé et sécurité, dispositions de la convention collective, effets sur les autres employé(e)s, etc.) et 3) le bon fonctionnement de l'entreprise (interchangeabilité des employé(e)s, adaptabilité des lieux, des équipements et du mobilier, effet sur la productivité, durée de l'accommodement, etc.).²⁵³ Enfin, les juges confirment l'exigence d'une évaluation globale du processus d'accommodement au cours de toute la période d'incapacité et non seulement au moment du congédiement, tel que requis depuis l'affaire *CUSM*²⁵⁴. Le congédiement de la plaignante est donc confirmé puisque

²⁵⁰ *Ibid* au para 17.

²⁵¹ *Ibid* au para 18 et Knopf, *supra* note 216 aux para 8.88 à 8.93.

²⁵² Pednault, *supra* note 221 aux para 7.1614 à 7.1617 pour des illustrations.

²⁵³ Brunelle, *supra* note 52 aux pp 250 à 251.

²⁵⁴ *Hydro-Québec*, *supra* note 222 aux para 20 à 22.

l'employeur a essayé à plusieurs reprises de l'accommoder sans réel succès et parce qu'il ne se trouvait pas devant la perspective d'un retour au travail dans un avenir prévisible.

La Cour souligne qu'il ne faut pas « dénaturer l'essence du contrat de travail, qui implique l'accomplissement d'une prestation de travail contre rémunération ».²⁵⁵ On peut se demander dans quelle mesure la prestation de travail peut être modifiée sans « dénaturer » celui-ci. Dans les cas concernant des problèmes de santé mentale, ce sont des modifications des conditions d'emploi ou même du travail qui seront demandées. Ce sont d'ailleurs des mesures très importantes pour permettre à l'employé(e) d'effectuer sa prestation de travail d'après les meilleures pratiques en la matière²⁵⁶.

Plusieurs auteurs ont des réserves quant à l'application de cette affaire à tous les cas d'absentéisme sans distinction, vu la trame factuelle chargée dans *Hydro-Québec* ; il s'agit d'une affaire impliquant des conditions de santé multiples et plusieurs absences dont certaines prolongées.²⁵⁷

À l'égard des décisions *CUSM* et *Hydro-Québec*, les auteurs Desjardins et Giguère font valoir que l'exigence de disponibilité est une norme problématique dans les cas mettant en cause les problèmes de santé mentale. À leur avis, c'est pour cette raison même que le test de *Meiorin* devrait s'appliquer de façon à « remettre en question la nécessité de l'exigence, ou encore la capacité de l'entreprise ou du milieu de travail à fonctionner autrement pour adapter l'exigence à la capacité des personnes ».²⁵⁸ L'approche de *Meiorin*, plus proactive et systémique, permettait d'imposer un processus préventif dans les milieux de travail, approche qui n'a pas été suivie dans la jurisprudence subséquente selon elles. Tolérer un absentéisme d'une certaine durée est devenu en soi la contrainte

²⁵⁵ Laflamme et Bégin-Robitaille, *supra* note 6 à la p 403 citant *Hydro-Québec*, *supra* note 222 aux para 15 et 17.

²⁵⁶ *Supra* aux pp 45 et ss.

²⁵⁷ Laflamme et Bégin-Robitaille, *supra* note 6 à la p 403 et Stéphanie Gagné et Matthew Gapmann, « L'accommodement raisonnable en milieu de travail : balises et perspectives », (2008) R du B 183 aux pp 201 à 202.

²⁵⁸ Desjardins et Giguère, *supra* note 230 à la p 366.

excessive sans qu'on exige de preuve des pressions exercées sur le milieu de travail et des coûts que cela engendrerait.²⁵⁹ Cette démonstration de coût excessif ou de contrainte n'a effectivement pas été exigée par la Cour dans les affaires *CUSM* et *Hydro-Québec*.

L'arbitrage, comme nous le verrons plus loin, est le forum le plus utilisé pour faire valoir une obligation d'accommodement en contexte de travail. L'approche adoptée par la Cour dans les affaires *CUSM* et *Hydro-Québec* en est d'examen individualisé, mais laissant une grande latitude à l'employeur quant aux mesures qu'il peut mettre en place pour remplir son obligation d'accommodement. En contexte d'absentéisme chronique ou de longue durée, la Cour a d'ailleurs décidé de limiter l'obligation d'accommodement lorsqu'il n'y a pas de date prévisible de retour au travail. Nous reviendrons sur les implications de ces limites judiciaires lors de l'analyse des décisions administratives en matière d'accommodement pour les personnes souffrant de problèmes de santé mentale dans le chapitre suivant.

²⁵⁹ *Ibid* aux pp 368 à 369 et 371.

V. Analyse de la jurisprudence : L'accommodement vu par les arbitres de grief

1. Introduction

Nos critères de sélection nous ont permis de repérer 69 décisions entre 2010 et 2018 discutant de l'obligation d'accommodement d'un employeur à l'égard d'un(e) employé(e) atteint(e) de problèmes de santé mentale. Parmi celles-ci, 59 sont des sentences arbitrales ou un pourvoi en contrôle judiciaire ou l'appel d'une telle sentence. À peine 8 décisions sont issues d'un recours devant le TAT et 2 décisions ont été rendues par le TDP. Dans ces décisions la demande a été acceptée, au moins en partie, dans 36 % des affaires provenant des tribunaux d'arbitrage, 62,5 % des affaires provenant du TAT et 100 % des décisions du TDP.²⁶⁰ Le tableau ici-bas décrit la répartition des décisions entre les trois tribunaux concernés par nos recherches (Tableau 2).

Tableau 2 Jurisprudence des tribunaux administratifs (2010-2018)			
Sexe et taux d'acceptation		43 femmes (39,5 %*)	26 hommes (42 %*)
Tribunal	Arbitrage	TAT (R. du travail)	TDP
Nombre de décisions	59	8	2
Décisions acceptées	36 % *	62,5 % *	100 % *
Décisions refusées	64 %	37,5 %	-
Répartition	37 femmes	5 femmes	1 femme
femme/homme	22 hommes	3 hommes	1 homme
*Ce pourcentage peut inclure les demandes acceptées en partie par exemple lorsque le lien d'emploi est maintenu, mais qu'une mesure d'accommodement supplémentaire est refusée.			

²⁶⁰ Nous vous référons à la section méthodologie afin de mieux comprendre la sélection de la jurisprudence présentée dans cette section, *supra* aux pp 9 à 10.

Les femmes sont plus souvent celles qui demandent des accommodements ; 62 % des décisions retenues concernent leurs demandes. D'ailleurs, des statistiques de 2012 indiquent que la dépression et les troubles anxieux sont plus fréquents chez les femmes que les hommes.²⁶¹

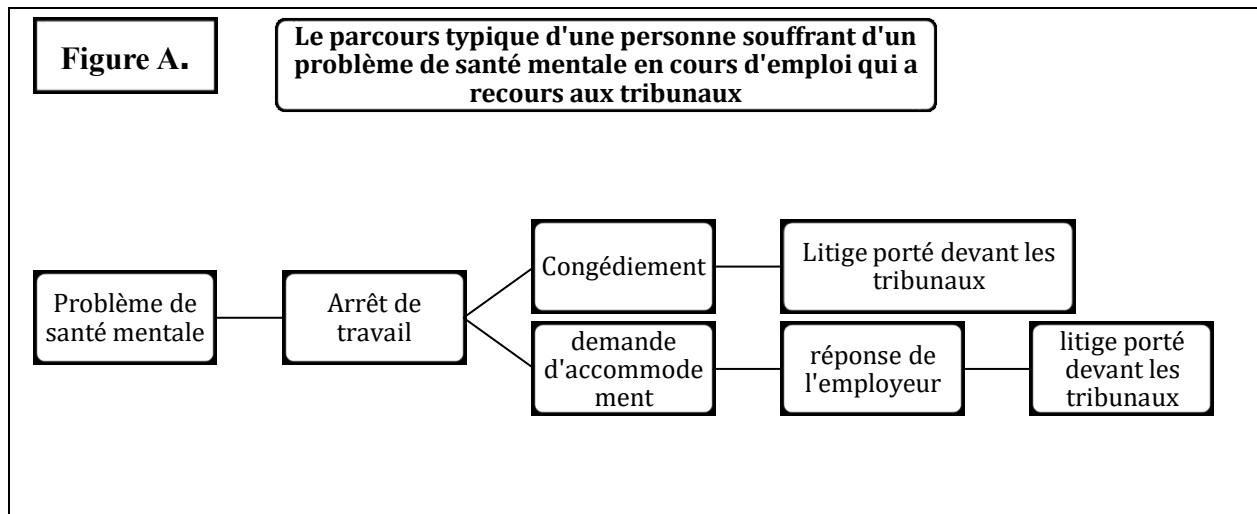
Nos résultats quant à la répartition des décisions entre les forums sont similaires à ceux d'une étude menée sur quinze ans recoupant pour partie la période que nous avons étudié et visant des demandes d'accommodement pour tout motif prohibé et incluant les tribunaux judiciaires, soit la Cour supérieure et Cour du Québec. L'étude concluait elle aussi à une prépondérance du recours à l'arbitrage pour faire valoir l'obligation d'accommodement. 77 % des décisions étaient issues de l'arbitrage de grief et 86 % des demandes d'accommodement étaient fondées sur le motif du handicap²⁶².

Avant de nous lancer dans l'analyse de ces décisions, nous souhaitons brièvement discuter du parcours des individus qui vivent avec un problème de santé mentale et expliquer comment leur lien d'emploi peut être affecté par celui-ci. La figure A se veut une représentation du parcours typique de la personne demandant un accommodement du milieu de travail pour un problème de santé mentale à un tribunal administratif québécois. Selon le cas, le problème de santé mentale peut se manifester avant le début du lien d'emploi par exemple dans le cas d'un trouble bipolaire ou encore d'un épisode dépressif. Dans d'autres cas, le problème de santé mentale se présente en cours d'emploi. Dans la vaste majorité des cas étudiés, la situation exige un arrêt de travail plus ou moins

²⁶¹ Ministère de la santé et des services sociaux du Québec, « Statistiques de santé et de bien être selon le sexe - Tout le Québec », Gouvernement du Québec, 2012 disponible au : <http://www.msss.gouv.qc.ca/professionnels/statistiques-donnees-sante-bien-etre/statistiques-de-sante-et-de-bien-etre-selon-le-sexe-volet-national/depression-majeure-manie-et-trouble-de-l-humeur/> (consulté le 28 août 2019). Les données sont tirées de l'*Enquête sur la santé dans les collectivités canadiennes* (ESCC), volet Santé mentale, Statistiques Canada, 2012, tableau 105-1101, rapport produit le 21 septembre 2016, En 2012, 15 % des femmes âgées de 15 ans et plus ont déjà souffert de dépression majeure au cours de leur vie, 2,1 % de trouble bipolaire et 15,8 % d'un trouble de l'humeur alors que c'est 9,3 % des hommes qui ont déjà souffert de dépression majeure au cours de leur vie, 2,3 % de trouble bipolaire et 10,5 % d'un trouble de l'humeur.

²⁶² Charles Tremblay Potvin, « Une étude empirique exploratoire sur le traitement juridictionnel des demandes d'accommodement raisonnable en milieu de travail », 59 C de D 3, septembre 2018 aux pp 754 à 755 et 761.

prolongé ou des périodes d'absences fréquentes et nécessite un suivi médical. La personne, dans plusieurs cas, sera congédiée après une absence d'une certaine durée ou après que son dossier ait été jugé comme un cas d'absentéisme « chronique » ou « excessif ». Ce n'est qu'une fois que le litige sera porté devant un tribunal que l'obligation d'accommodement sera invoquée. Dans d'autres cas, une forme ou une autre d'accommodement sera demandée à l'employeur. Le refus d'un moyen d'accommodement ou le congédiement suivant cette demande, en raison d'une contrainte excessive, sera alors contesté devant le tribunal en vue d'obtenir le maintien du lien d'emploi et/ou une forme spécifique d'accommodement. Nous explorons plus loin les différentes demandes qui ont été faites aux tribunaux compétents, mais aussi leurs réponses à celles-ci ainsi que leur vision de l'obligation d'accommodement.



2. Analyse des décisions des arbitres

Après une première lecture du corpus jurisprudentiel, nous avons choisi, pour les fins de cette étude, de ne cibler que les sentences arbitrales. Les décisions des arbitres de grief composent la majorité des décisions, soit 85 % de la jurisprudence correspondant à nos critères de recherche. Nous ferons donc une analyse approfondie des sentences arbitrales en deux volets. D'abord, elles

seront d'abord analysées en fonction des questions de droit qu'elles soulèvent. Seront ensuite discutées différentes situations factuelles qui nous apparaissent intéressantes.

2.1 Les questions de droit soulevées dans les sentences arbitrales

Nous allons d'abord présenter les sentences où des mesures d'accommodement ont été accordées puis celles où ces mesures ont été refusées.

2.1.1 Les accommodements accordés par les arbitres

Dans les affaires que nous examinerons, l'employeur s'est opposé aux demandes d'accommodement ou a décidé de ne plus en faire bénéficier la personne salariée en faisant valoir qu'il en subirait une contrainte excessive. En conséquence, la personne salariée, via son syndicat, représentant unique des personnes salariées faisant partie de l'unité pour laquelle il est accrédité, dépose un ou des griefs à l'encontre de la décision de l'employeur. Cette section traitera des différentes mesures d'accommodement accordées par les arbitres et des paramètres qui peuvent les encadrer.

2.1.1.1 Le retour au travail progressif

Parmi les décisions arbitrales retenues, six d'entre elles accordaient le droit à un retour progressif au travail. Dans l'affaire *Commission scolaire de Montréal et Syndicat des professionnelles et professionnels du milieu de l'éducation de Montréal (SPPMEM-CSQ)*, l'employeur refusait de permettre à une travailleuse souffrant d'une maladie bipolaire de faire un retour au travail parce que l'expertise complémentaire commandée par celui-ci concluait qu'elle ne pourrait pas fournir une prestation de travail normale dans un avenir prévisible. Il l'a donc congédiée.²⁶³ Toutefois, l'arbitrage médical prévu par leur convention collective²⁶⁴ avait déjà été enclenché et avait conclu

²⁶³ *Commission scolaire de Montréal et Syndicat des professionnelles et professionnels du milieu de l'éducation de Montréal (SPPMEM-CSQ)*, 2017 QCTA 230.

²⁶⁴ L'arbitrage médical peut être prévu dans une convention collective. Il est généralement prévu que si le médecin traitant de la personne salariée et le médecin désigné par l'employeur ne s'entendent pas, un 3^e médecin sera nommé

que la travailleuse pouvait reprendre le travail. Ainsi, l'arbitre a déterminé que l'employeur avait indument repoussé le retour progressif au travail de la salariée en exigeant une expertise supplémentaire, alors qu'un arbitrage médical devait avoir lieu. L'arbitrage médical prévoit normalement que les conclusions de l'arbitre médical, un médecin, lient les parties, soit l'employeur et le syndicat. L'arbitre indique dans l'affaire mentionnée ci-haut que la salariée bénéficiait de 104 semaines d'assurance salaire et que l'employeur était mal avisé d'ajouter cette période à son calcul de la durée de l'absentéisme puisqu'il s'agit d'un bénéfice négocié.²⁶⁵ Il ajoute que toutes les mesures prévues à la convention collective, dont les paramètres de retour au travail progressif ne peuvent pas imposer de contraintes excessives puisqu'elles sont négociées.²⁶⁶ Cette décision a été confirmée en Cour supérieure²⁶⁷.

Dans une autre décision, l'employeur a refusé le retour progressif au travail d'une salariée bien qu'elle soit toujours dans la période de 36 mois où son emploi était protégé par la convention collective et que ce retour soit recommandé par le médecin traitant ainsi que le médecin de l'employeur²⁶⁸. L'arbitre considère que ce refus n'avait pas lieu d'être, qu'il est arbitraire et contraire à la convention collective²⁶⁹. La personne salariée a aussi été congédiée au motif que rien ne laissait croire à l'employeur qu'elle pourrait offrir une prestation normale de travail, raisonnable et soutenue dans l'avenir.²⁷⁰ S'appuyant sur l'arrêt *CUSM*²⁷¹, l'arbitre conclut que le congédiement était prématuré puisque le délai de protection d'emploi prévu à la convention collective n'est pas

pour trancher les mésententes de nature médicale. Une disposition d'arbitrage médical dans une convention collective lie les parties et les forcent à respecter l'avis de ce 3^e médecin. Par ailleurs, la convention collective devrait prévoir les modalités de nomination de l'arbitre médical (par exemple conjointement ou à partir d'une liste.)

²⁶⁵ *Commission scolaire de Montréal et Syndicat des professionnelles et professionnels du milieu de l'éducation de Montréal (SPMEM-CSQ)*, *supra* note 263 aux para 96 à 99.

²⁶⁶ *Ibid* au para 100.

²⁶⁷ *Commission scolaire de Montréal c Daviault*, 2018 QCCS 3368.

²⁶⁸ *Centre de santé et de services sociaux d'Argenteuil et Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux (APTS)*, 2015 QCTA 202.

²⁶⁹ *Ibid* au para 147.

²⁷⁰ *Ibid* au para 152.

²⁷¹ *CUSM*, *supra* note 233 au para 19.

expiré²⁷². Par ailleurs, l'arbitre refuse de s'en tenir au pronostic de risque de rechute de 90 % émis par le médecin de l'employeur. Il souligne qu'il ne faut pas appliquer ce pronostic basé sur des études comme « une norme générale » et sans l'individualiser à chaque cas.²⁷³ Puisque d'autres éléments démontrent plutôt qu'elle sera en mesure d'offrir sa prestation de travail normale dans un avenir prévisible, que l'employeur n'a pas fait les efforts nécessaires pour l'accommoder et qu'il n'y a pas de preuve de contrainte excessive, il ordonne sa réintégration dans son emploi. Il est intéressant de noter que cette décision survient deux ans et demi après le congédiement et qu'en conséquence, la travailleuse ne bénéficiera pas d'un retour progressif. Elle a trouvé un autre emploi entre temps.²⁷⁴ Il y a lieu de souligner que plusieurs arbitres mentionnent dans leur analyse de la preuve que la personne salariée s'est trouvé un autre emploi suite au congédiement.²⁷⁵ Cet élément pourrait donc influencer la décision en faveur de la personne salariée. L'employeur, dans un autre cas, a refusé de mettre en place le plan de retour au travail élaboré par l'assureur collectif, le syndicat et la personne salariée.²⁷⁶ L'arbitre a décrié cette façon de faire :

[L]'Employeur se devait de participer activement et sérieusement au processus initié par les représentants [du salarié] afin de trouver, dans la mesure du possible et sans imposer à l'organisation scolaire de l'Employeur des contraintes excessives.²⁷⁷

L'arbitre souligne que bien que le plan puisse être imparfait, il appartenait à l'employeur d'évaluer s'il était viable, acceptable pour ce milieu et s'il lui imposait une contrainte excessive, ce qu'il n'a

²⁷² *Centre de santé et de services sociaux d'Argenteuil et Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux (APTS)*, supra note 268 aux para 154 à 159.

²⁷³ *Ibid* aux para 165 à 167.

²⁷⁴ *Ibid* au para 186.

²⁷⁵ *Ibid*, *Syndicat de professionnelles et de professionnels du Québec et Québec (Ministère de l'Agriculture, des Pêcheries et de l'Alimentation)*, DTE 2012T-847 et *Fédération des professionnelles et professionnels de la santé et des services sociaux du Québec STEPSSSQ (FP-CSN)* et *CSSS XYZ*, 2014 QCTA 914.

²⁷⁶ *Commission scolaire des Grandes-Seigneuries et Association des professeurs de Lignery*, 2014 QCTA 1111.

²⁷⁷ *Ibid* au para 294.

pas fait. Il lui est donc ordonné de convenir avec le syndicat d'un retour progressif respectant les droits des parties, mais aussi les recommandations du médecin de la personne salariée.²⁷⁸

Dans l'affaire *Commission scolaire des Affluents et Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 205*²⁷⁹, l'employeur n'avait pas permis à la salariée de poser sa candidature sur un poste disponible pour lequel elle avait les qualifications parce qu'elle n'était pas en mesure de faire un retour au travail à temps complet. En effet, la salariée avait été mise à pied en conformité avec la convention collective après avoir épuisé les bénéfices d'assurance-salaire. Toutefois, au moment où elle postulait, elle bénéficiait d'une autorisation médicale pour faire un retour progressif au travail. Toutefois, la compartimentation administrative et organisationnelle de l'employeur faisait en sorte que cette situation n'était pas connue de tous ses représentants²⁸⁰. Puisque l'employeur n'a pas fait la preuve d'une contrainte excessive, il aurait « [dû] se pencher sur toutes les alternatives de réaffectations possibles et favorables à la réinsertion au travail ».²⁸¹

Un autre salarié qui a vécu plusieurs épisodes dépressifs au cours de son emploi a aussi eu droit à un retour au travail progressif puisque l'employeur n'a pas fait la preuve d'une contrainte excessive. Qui plus est, l'arbitre souligne que l'employeur aurait dû déployer plus d'efforts en vue de l'accommodement du salarié puisqu'il s'agit d'un grand employeur, soit une université.²⁸² Ce retour progressif touche à la fois une reprise graduelle de l'horaire de travail à temps plein, mais aussi l'occasion de se « refamiliariser » avec ses tâches²⁸³. L'arbitre impose d'ailleurs des paramètres pour le retour au travail du salarié : 1) il doit être graduel et il doit respecter la progression décrite par le médecin traitant, 2) il doit comprendre un programme de mise à niveau des connaissances, 3) les

²⁷⁸ *Ibid* à la p 47.

²⁷⁹ 2016 QCTA 814.

²⁸⁰ *Ibid* aux para 70 et 71.

²⁸¹ *Ibid* au para 76.

²⁸² *Université de Sherbrooke et Syndicat des employées et employés de soutien de l'Université de Sherbrooke*, 2016 QCTA 660 au para 56.

²⁸³ *Ibid* au para 58.

tâches confiées au salarié doivent respecter « le rythme de l'acquisition des connaissances », 4) le salarié devra recevoir un support particulier au jour le jour pour une durée appropriée, « afin qu'il ne soit pas laissé à lui-même dans le cadre de l'exécution du travail » et 5) l'employeur devra faire un suivi serré pour s'assurer « que ce qui est exigé de lui ne dépasse pas ce qui est strictement acceptable. »²⁸⁴

Dans une autre affaire, l'arbitre souligne que la possibilité dans une convention collective de convenir d'un retour au travail progressif « n'est pas qu'un simple souhait », elle oblige l'employeur à le considérer, sauf si par exemple, il y a trop de demandes de ce genre en même temps²⁸⁵.

[137] La Commission peut certes discuter avec le Syndicat des modalités de retour progressif (durée et gradation) mais ne peut par contre s'opposer carrément au retour progressif sans remettre en question l'aptitude de l'enseignante à reprendre le travail.²⁸⁶

S'y étant opposé sans motif valable, l'employeur est contraint de permettre le retour progressif. Nous observons donc que le retour progressif au travail, s'il est prescrit et ne crée pas de contrainte excessive, doit être envisagé par l'employeur. L'employeur ne peut d'ailleurs pas refuser cet accommodement sans se justifier ; il devra mettre en preuve l'inaptitude à reprendre le travail ou encore des contraintes organisationnelles ou financières.

2.1.1.2 La modification des horaires ou des tâches

Dans *Casino Lac-Leamy et Syndicat des croupiers du Casino du Lac-Leamy, section locale 3993, SCFP*,²⁸⁷ le médecin traitant a indiqué qu'il était préférable que le salarié ne travaille que de jour.

²⁸⁴ *Ibid* au para 59.

²⁸⁵ *Syndicat de l'enseignement de l'Outaouais (FAE) et Commission scolaire des Portages-de-l'Outaouais*, 2017 QCTA 85 au para 135.

²⁸⁶ *Ibid* au para 137.

²⁸⁷ 2015 QCTA 928.

Cette restriction a été respectée puisque l'arbitre considère, suivant la preuve présentée, que les quarts de soir, de nuit ou se chevauchant auraient un effet trop perturbateur pour le salarié²⁸⁸. Le salarié qui n'était pas capable de reprendre son poste en raison de ses limitations fonctionnelles se voit accorder le droit d'être accommodé en vue d'exercer un autre poste qui n'avait pas été considéré avec assez de rigueur par son employeur²⁸⁹. Cette décision confirme que l'employeur doit faire des efforts raisonnables pour en arriver à une solution et prendre des décisions motivées par la contrainte excessive s'il veut que sa décision soit maintenue par le tribunal d'arbitrage.

Dans un autre cas, la salariée qui a dévoilé ses limitations fonctionnelles et indiqué les tâches qu'elle ne pouvait effectuer lors de son embauche s'est vue congédiée après une vingtaine de jours par son employeur.²⁹⁰ L'employeur, dans la lettre de fin d'emploi, indique que s'il avait connu les limitations, il « *aurait refusé de signer une telle entente puisqu'il n'avait aucun travail correspondant à vos capacités.* »²⁹¹ L'arbitre, non convaincu par les prétentions de l'employeur considère que l'employeur ne peut pas revenir sur sa décision et refuser de considérer des mesures d'accommodement ce à quoi il s'est engagé à l'embauche. La salariée s'est vu accorder le droit à un retour au travail avec des conditions de travail respectant ses limitations fonctionnelles, ce qui inclut de ne pas faire de longs déplacements pour visiter des clients, de ne pas rencontrer les clients à domicile et d'être exemptée des gardes de 24 heures obligatoires chez l'employeur. L'arbitre souligne par ailleurs qu'il est possible que l'accommodement affecte les droits des collègues de travail ou du syndicat sans pour autant constituer une contrainte excessive²⁹². Cette décision impose clairement une sanction à l'employeur pour sa mauvaise foi, motif permettant à une salariée en

²⁸⁸ *Ibid* au para 65.

²⁸⁹ *Ibid* aux para 70 à 72 et 76.

²⁹⁰ *Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux (APTS) et Comité patronal de négociation du secteur de la santé et des services sociaux (CPNSSS) — CSSS du Rocher-Percé*, 2015 QCTA 647.

²⁹¹ *Ibid* au para 7.

²⁹² *Ibid* au para 215.

probation, comme c'était le cas ici, de contester son congédiement alors qu'elle ne le pourrait normalement pas. En effet, les personnes salariées en probation sont fréquemment exclues de la procédure de grief dans la convention collective²⁹³. Il est toutefois reconnu qu'un arbitre peut examiner une mesure prise de mauvaise foi, de façon abusive ou arbitraire ou encore discriminatoire²⁹⁴. En l'espèce, l'arbitre aurait aussi pu invoquer la discrimination subie par la salariée en raison du refus d'accommodement. Qui plus est, l'employeur en prétendant qu'il n'avait pas d'emploi pour la salariée en raison de ses limitations semble invoquer qu'il avait le droit de faire de la discrimination à l'embauche.

L'arbitre peut aussi maintenir un lien d'emploi en vue de permettre à une personne salariée ayant subi un accident de travail d'obtenir le premier poste disponible dans l'emploi convenable qui lui a été déterminé.²⁹⁵ Dans cette affaire, l'employeur avait déterminé, contrairement à l'avis de la CNESST, que la salariée ne pouvait pas occuper l'emploi parce que cela ne respectait pas ses limitations fonctionnelles²⁹⁶. L'arbitre considère que les appréhensions de l'employeur sont discriminatoires puisque fondées sur les limitations fonctionnelles de la salariée. Celles-ci sont aussi non fondées puisque l'emploi est un emploi convenable déterminé par la CNESST. Ainsi, la preuve ne permettait pas d'envisager qu'elle ne pouvait occuper ce poste. L'employeur a donc failli à son obligation d'accommodement puisqu'il n'a pas prouvé que le maintien du lien d'emploi jusqu'à ce qu'un emploi d'horticultrice ou jardinière devienne disponible était une contrainte excessive.²⁹⁷

²⁹³ *Ibid* aux para 171 et 219 à 222.

²⁹⁴ Voir notamment *Syndicat unifié du Littoral-Sud FSSS-CSN c Centre de santé et de services sociaux Bécancour-Nicolet-Yamaska*, 2013 QCCA 233 aux para 12 à 14.

²⁹⁵ *Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal, section locale 301, SCFP, section locale 301 et Montréal (Ville de)*, 2013EXP-2288, confirmée par la Cour supérieure dans *Montréal (Ville de) c Veilleux*, 2014 QCCS 906.

²⁹⁶ *Ibid* au para 91.

²⁹⁷ *Ibid* aux para 91 et 92.

2.1.1.3 L'ordonnance de réintégration sans mesure d'accommodement

Dans certains cas, la mesure accordée par l'arbitre est une réintégration dans son poste sans autre mesure d'accommodement pour ce retour au travail. Dans *Fédération des professionnelles et professionnels de la santé et des services sociaux du Québec STEPSSSQ (FP-CSN)* et *CSSS XYZ*,²⁹⁸ l'arbitre réintègre la salariée parce qu'il rejette le pronostic de 80 à 90 % de risques de rechute pour les personnes ayant vécu plusieurs épisodes de problèmes de santé mentale, argument fréquemment invoqué par les employeurs.

En ce qui concerne le pronostic à long terme de rechute, tout le monde patronal parle du 80 à 90 % mais personne ne tient compte que 10 à 20 % de personnes n'en ont pas et que la prépondérance de la preuve est nettement à l'effet que les efforts faits par la travailleuse pour se réhabiliter la classent beaucoup plus près du 10 à 20 % que du 80 à 90 %.²⁹⁹

Qui plus est, l'employeur n'avait pas fait l'exercice d'examiner toutes les possibilités d'accommodement raisonnable et n'avait pas en main toutes les informations pertinentes lorsqu'il a congédié la salariée³⁰⁰. Il a notamment invoqué à titre de contrainte excessive le remplacement de celle-ci, alors qu'il disposait de plusieurs personnes sur une liste de rappel disponibles pour effectuer ceux-ci.³⁰¹ L'arbitre indique par ailleurs que l'absence prolongée n'est pas une contrainte excessive lorsque des indemnités d'assurance-salaire pour les invalidités de courte et longue durée ont été versées.³⁰² Il réintègre donc la salariée dans son poste puisque la période d'absence n'a pas causé de contrainte excessive à l'employeur.

²⁹⁸ *Fédération des professionnelles et professionnels de la santé et des services sociaux du Québec STEPSSSQ (FP-CSN)* et *CSSS XYZ*, *supra* note 275.

²⁹⁹ *Ibid* à la p 53.

³⁰⁰ *Ibid*.

³⁰¹ *Ibid*.

³⁰² *Ibid* à la p 54.

Dans une autre décision, l'arbitre exige la réintégration d'une salariée qui a eu deux périodes d'absence pour une condition médicale physique et une autre à la suite d'un acte criminel lui ayant causé un problème de santé mentale³⁰³. L'arbitre considère que ses retours au travail progressifs, bien que n'ayant pas mené à une pleine réintégration, ont interrompu la période d'invalidité comme le prévoit la convention collective. En conséquence, son congédiement est survenu prématurément³⁰⁴.

Quant aux cas où le délai prévu par la convention collective est expiré, la décision *Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux (APTS) et Centre de santé et de services sociaux — Institut universitaire de gériatrie de Sherbrooke* nous indique qu'il est possible de demander à l'employeur de maintenir un lien d'emploi à titre d'accommodement.³⁰⁵ Il est cependant important de noter que dans cette affaire la salariée a un statut d'occasionnelle temporaire, inscrite sur la liste de disponibilité de son employeur. L'arbitre décide de maintenir le lien d'emploi puisque cela n'implique que sa réinscription sur la liste de disponibilité, mais refuse de lui accorder des mesures d'accommodement au-delà de l'assurance-salaire dont elle a déjà bénéficié lors de ses arrêts de travail.³⁰⁶

Dans *Syndicat des métallos, section locale 6818 et Sivaco*,³⁰⁷ l'employeur s'est fait reprocher le congédiement prématuré de son salarié. En vertu de la convention collective, le salarié bénéficiait d'une clause assurant son maintien en emploi pendant une absence pour maladie jusqu'à 42 mois d'absence. L'arbitre ajoute qu'il est possible de se prévaloir de la cause pour des absences

³⁰³ *Syndicat des professionnelles en soins de Québec (SPSQ-FIQ) et CSSS de Beauce*, D.T.E. 2010T-321. La preuve a été scindée quant à une seconde demande du syndicat, soit celle que la salariée se voit attribuer un poste. Bien que la première décision ait été rendue en 2010, cette seconde décision n'a jamais été rendue. Il est possible que les parties aient préféré prendre une entente à l'égard de cette demande de la salariée.

³⁰⁴ *Ibid* au para 175.

³⁰⁵ *Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux (APTS) et Centre de santé et de services sociaux — Institut universitaire de gériatrie de Sherbrooke*, 2015 QCTA 690.

³⁰⁶ *Ibid* aux para 98 et 118.

³⁰⁷ 2017 QCTA 208.

discontinues. Cette période prévue à la convention collective correspond à la période maximale d'accommodement, convenant à ce milieu de travail, et au-delà de laquelle la contrainte excessive sera atteinte³⁰⁸. Il ajoute *en obiter* que l'employeur aurait pu assouplir plusieurs règles pour accommoder le salarié, notamment en allongeant la période de retour progressif au travail. Bien que cela puisse créer des contraintes au niveau des heures supplémentaires et des déplacements de main d'œuvre, cela ne signifie pas qu'elles sont nécessairement excessives.³⁰⁹ Les ordonnances de l'arbitre dans cette affaire ne comprennent toutefois pas de mesure d'accommodement spécifique. Par ailleurs, nous soulignons que bien que la clause de maintien en emploi soit une indication de la volonté des parties et de ce qui est raisonnable pour le milieu de travail, il doit y avoir une évaluation individualisée pour déterminer si l'employeur peut tout de même accommoder une personne salariée bien que la période prévue à la convention collective soit expirée³¹⁰, tel que nous l'enseigne l'affaire *CUSM*.

Ces décisions où sont réintégrées les personnes salariées sans pour autant mettre en place des mesures d'accommodement ne nous semblent ne pas être parfaitement en adéquation avec leurs besoins. Bien sûr, l'obligation d'accommodement de l'employeur, si elle n'est pas remplie, donne droit à la réintégration, mais est-ce suffisant pour assurer un retour au travail qui durera ? Cette projection dans le futur n'est pas nécessairement du ressort de l'arbitre qui doit se garder de rendre des ordonnances *ultra petita* qui ne passeraient pas le test de la décision raisonnable devant la Cour supérieure. Il appartient alors plutôt au syndicat à notre avis de se questionner sur ce dont son membre a besoin afin d'en faire la preuve et la demande au tribunal³¹¹. À défaut, les parties

³⁰⁸ *Ibid* au para 286.

³⁰⁹ *Ibid* aux para 298 à 300.

³¹⁰ *CUSM*, *supra* note 233 au para 25.

³¹¹ Nous vous référons aux travaux de Christian Brunelle pour une étude approfondie des obligations du syndicat en matière d'accommodement, voir notamment Brunelle, *supra* note 52 et Christian Brunelle, « L'accommodement raisonnable dans les entreprises syndiquées », (2008) 33 :2 *Gestion* aux pp 59 à 65.

retournent au statu quo ante, soit à l'époque précédant le congédiement, et doivent essayer de négocier des accommodements permettant la prestation de travail.

2.1.2 Les compromis (décisions acceptées partiellement)

Certaines des sentences arbitrales que nous avons examinées sont avant tout des compromis entre les points de vue du syndicat représentant la personne salariée et ceux de l'employeur.

Dans une affaire, l'employeur a congédié un salarié pour absentéisme en calculant son taux d'absentéisme sur une période de deux mois ce que l'arbitre a jugé déraisonnable.³¹² L'arbitre poursuit sa décision en expliquant que le salarié a eu des rencontres hebdomadaires et mensuelles avec ses supérieurs et les ressources humaines dans le passé « toujours pour tenter d'amener le travailleur à fournir une prestation normale de travail sur une base régulière. » L'employeur a d'ailleurs toléré de nombreuses absences au fil des ans. Toutefois, le portrait global dressé par la psychiatre du travailleur indique qu'il réagit mieux aux facteurs de stress et prend sa médication ce qui minimise les risques de rechute.³¹³ Il ordonne donc la réintégration, mais refuse de compenser le salarié pour le salaire et les bénéfices d'emploi auxquels il n'a pas eu droit en raison de son congédiement. L'arbitre indique qu'« [il] voudrai[t] qu'il [le salarié] comprenne qu'il lui incombe désormais de démontrer à l'employeur sa capacité d'effectuer un travail normal sur une base régulière »³¹⁴. Bien que l'absentéisme du salarié n'ait pas uniquement été causé par ses problèmes de santé mentale, il ne nous semble pas approprié de n'offrir aucune compensation au salarié qui a été injustement congédié et n'a pas eu de rémunération entre son congédiement et la décision ordonnant sa réintégration.

³¹² *Syndicat des travailleuses et travailleurs de LM Wind Power (CSN) et Pales d'éolienne LM (Canada) inc./LM Wind Power Blades (Canada) Inc*, 2016 QCTA 519.

³¹³ *Ibid* à la p 37.

³¹⁴ *Ibid* à la p 37.

L'employeur dans un autre cas a congédié un salarié qui refusait de signer une entente de dernière chance. Pareille entente permet la réintégration d'une personne salariée qui a un comportement inadéquat en milieu de travail, à condition que ce dernier accepte de respecter certaines modalités, par exemple subir des traitements. Le salarié a eu des propos suicidaires sur les lieux du travail et souffre d'un trouble mental subséquent à des changements très importants dans ses fonctions chez l'employeur alors qu'il y travaille depuis de très nombreuses années. L'arbitre souligne que l'employeur se devait de composer avec les caractéristiques personnelles du salarié et de déterminer s'il pouvait l'accommoder³¹⁵. L'employeur ne pouvait se contenter d'imposer une entente non négociée qui forçait le salarié à se soumettre à un programme d'aide aux employés et à prouver à un expert médical qu'il pouvait reprendre le travail. L'arbitre constate aussi que l'employeur a agi de manière abusive dans la gestion du retour au travail du salarié³¹⁶; il ne pouvait le forcer à suivre des traitements auxquels il n'était pas prêt. Le salarié est donc réintégré et l'arbitre conclut d'ailleurs qu'il a été harcelé par l'employeur.³¹⁷ Toutefois, cinq ans après les faits, l'arbitre hésite quant aux mesures à accorder. Le salarié a demandé une rencontre avec l'employeur pour discuter des événements qui lui sera refusée par l'arbitre. Ce dernier renvoie donc les parties négocier afin de déterminer si le salarié peut reprendre le travail, si oui, à quelles conditions et quelle sera la compensation offerte.

Un arbitre a reconnu qu'un salarié ostracisé dans son milieu de travail, bien que n'ayant pas été victime d'une lésion professionnelle reconnue par la *CNESST* ou de harcèlement au sens de la *Lnt*³¹⁸, avait le droit que son employeur tienne compte « [de ses] appréhensions [...] à l'égard de

³¹⁵ *Unifor, SNEAA, section locale 1937 et Rio Tinto (Alcan) (usines du Complexe Jonquière)*, 2015 QCTA 949.

³¹⁶ *Ibid* au para 473.

³¹⁷ *Ibid* aux para 467 et 482.

³¹⁸ *Lnt*, *supra* note 5.

son milieu de travail ».³¹⁹ Puisque la situation médicale et la capacité du salarié sont incertaines, l'arbitre maintient le lien d'emploi, mais n'ordonne pas « inconditionnellement » le retour au travail. Les parties doivent donc tenter de négocier les conditions d'un retour au travail sans ostracisme tout en s'assurant qu'une prestation de travail normale et régulière sera offerte³²⁰.

Il nous apparaît que ce sont lorsque des cas commandent une attitude moins proactive de l'arbitre plus soucieuse de la situation particulière des parties qu'un compromis est fait par l'arbitre. Les décideurs préfèrent alors renvoyer les parties à la négociation d'un accommodement plutôt que de l'imposer. Ceci témoigne du grand respect des arbitres accordé à la volonté des parties ainsi que de la reconnaissance de leur meilleure capacité d'évaluer les possibilités d'accommodement. De plus, il est possible qu'aucune preuve n'ait été faite quant à la mesure d'accommodement appropriée dans les circonstances, rendant toute ordonnance de l'arbitre ardue, mais aussi possiblement *ultra petita* si le grief ne donne pas la latitude nécessaire à celui-ci.

2.1.3 Les demandes d'accommodement refusées par les arbitres

Les demandes d'accommodement qui ont été refusées par un arbitre l'ont été parce qu'il ou elle a conclu 1) qu'il n'y avait pas de discrimination ou encore 2) que la demande engendre une contrainte excessive pour l'employeur.

2.1.3.1 Absence de handicap

Dans cinq décisions, l'arbitre n'a pas retenu les arguments du syndicat voulant qu'il y ait discrimination. Au contraire, l'arbitre a plutôt conclu qu'il n'y avait pas de handicap et qu'en conséquence aucun accommodement n'était dû de la part de l'employeur. Dans ces décisions, l'arbitre a tout simplement rejeté la prétention qu'il s'agissait d'un handicap bien que certains

³¹⁹ *Syndicat des métallos, section locale 6818 et Sivaco Québec, groupe de tréfileries Sivaco*, 2012EXPT-542 au para 168.

³²⁰ *Ibid* au para 172.

autres éléments rapportés dans les décisions puissent nous laisser croire qu'il y avait une condition de santé mentale en cause. Nous discuterons brièvement de chacune d'elles.

Dans une affaire de harcèlement psychologique³²¹, la personne salariée pouvait médicalement reprendre le travail au terme d'un arrêt de maladie. Un expert avait recommandé que cette personne fasse un retour progressif au travail, recommandation qui n'a pas été suivie par l'employeur qui l'a plutôt assignée à une charge de travail à temps plein dès son retour. L'expert avait par ailleurs recommandé que le salarié ne retourne pas chez cet employeur en raison des conflits de celui-ci avec différents intervenants du milieu. Le salarié a intenté plusieurs recours, notamment une demande d'indemnisation à la CNESST, qui ont été tous refusés, faute de croire sa version des événements³²². C'est à la fin de sa sentence que l'arbitre discute de l'obligation d'accommodement en rejetant la prétention du syndicat voulant que l'employeur ait une telle obligation envers le salarié. Il ne s'agit pas selon lui d'un cas « de charte », l'employeur ne l'ayant pas congédié « à cause de sa maladie, une dépression nerveuse entraînant un absentéisme important. » Il s'est plutôt fié à l'opinion de l'expert médical qui a indiqué :

Il y a énormément d'émotions et d'énergies dévolues à démontrer un point de vue qui en soi génère une angoisse persistante à l'idée de recôtoyer le même milieu de travail. Un risque de rechute dépressive est important s'il devait être à nouveau dans le même environnement de travail.³²³

L'arbitre en conclut que « de ramener le plaignant au sein de l'entreprise lui ferait revivre ses malheurs imaginaires antérieurs et l'inciterait à déposer de nouvelles plaintes pour tout et rien ».³²⁴

³²¹ *Syndicat international des travailleuses et travailleurs de la boulangerie, confiserie, tabac et meunerie, section locale 55 (FAT, COI, CTC, FTQ) et Multi-marques inc., Boulangerie Pom*, D.T.E. 2011T-472.

³²² *Ibid* aux para 73 et 80 à 81.

³²³ *Ibid* au para 78.

³²⁴ *Ibid* aux para 83 à 84.

Ainsi, le problème de santé mentale du salarié est en cause, mais ne constitue pas un handicap selon l'arbitre.

L'affaire *Groupe TVA inc. et Syndicat des employés de TVA, section locale 687 (SCFP)*³²⁵ met en cause un salarié qui, alors qu'il vivait un épisode de dépression et suivait le mauvais traitement, a harcelé criminellement un collègue au cours d'un épisode maniaque. Une ordonnance de la Cour interdit à celui-ci de se trouver à proximité dudit collègue. En conséquence, le syndicat fait valoir que des aménagements permettraient au salarié de reprendre le travail maintenant que sa condition de santé est stabilisée. Le syndicat propose de la relocaliser dans d'autres locaux de l'employeur afin de lui permettre d'offrir sa prestation de travail tout en respectant l'ordonnance de la Cour. Le tribunal rejette cette avenue et indique que ce n'est pas un handicap ou une « caractéristique protégée par la Charte » qui empêche le salarié de travailler à son lieu de travail, c'est une ordonnance de la Cour. « Et il n'y a aucune obligation d'accommodement dans une semblable éventualité. »³²⁶ Le tribunal d'arbitrage a choisi de faire porter son analyse sur le geste de nature criminelle et de ses conséquences pour le milieu de travail et le lien de confiance de l'employeur envers le salarié sans considérer le handicap du travailleur dans cette analyse.

Nous soulignons qu'en cas d'invalidité, l'assurance invalidité est considérée par la Cour d'appel comme une mesure d'accommodement pendant l'arrêt de travail et empêcher le congédiement pour la période où un(e) salarié(e) reçoit des prestations.³²⁷ Cependant, la Cour supérieure a déjà révisé une sentence arbitrale qu'elle a déterminé qu'au moment où la salariée faisait sa demande d'assurance-salaire, elle n'est plus invalide au sens de la convention collective et en conséquence

³²⁵ 2013T-767.

³²⁶ *Ibid* au para 61.

³²⁷ *Syndicat de l'enseignement de Champlain et Commission scolaire des patriotes*, DTE 2007T-431, renversée en Cour d'appel : *Syndicat de l'enseignement de Champlain c Commission scolaire des Patriotes*, 2010 QCCA 1874.

ne souffre d'aucun handicap justifiant des mesures d'accommodement.³²⁸ Pourtant, lorsque la salariée a demandé des prestations d'assurance-salaire, les médecins s'entendaient pour dire qu'elle n'était pas encore en mesure de faire un retour au travail en raison de ses craintes face à un retour prématuré. Dans une affaire où l'arbitre a par ailleurs rétabli le lien d'emploi, il a refusé d'accorder de l'assurance-salaire.³²⁹ En effet, l'incapacité de la salariée à travailler n'était pas due à sa condition de santé, mais au fait que ses traitements nécessitaient qu'elle quitte la région éloignée où elle travaille.³³⁰ Elle n'avait donc pas droit à l'assurance-salaire à titre d'accommodement parce que sa situation ne correspondait pas à la définition d'invalidité. La décision a été confirmée en Cour supérieure³³¹. Ainsi, il est impératif de remplir les critères d'admissibilité prévus à la convention collective pour bénéficier de l'assurance-salaire. Le fait de ne pas être en invalidité, telle que définie par un contrat d'assurance ou la convention collective, n'exclut pas nécessairement qu'une personne puisse être atteinte d'un handicap au sens bien plus large défini par la Cour suprême³³². L'assurance-salaire a une importance particulière dans les demandes d'accommodement. Elle agit comme première mesure d'accommodement lorsqu'un arrêt de travail est nécessaire en raison du problème de santé mentale de la personne salariée. Elle peut aussi devenir la seule mesure d'accommodement accordée, et ce pour une période de temps limitée, lorsque l'arbitre conclut au terme de son analyse qu'il n'y a pas de possibilité de prestation de travail dans un avenir prévisible.

³²⁸ *Commission scolaire de Kamouraska-Rivière-du-Loup et Syndicat de l'enseignement du Grand-Portage (CSQ)*, DTE 2012T-803. La décision a fait l'objet d'un pourvoi en contrôle judiciaire : *Commission scolaire de Kamouraska-Rivière-du-Loup c Gauvin*, 2013 QCCS 4782.

³²⁹ *Association des employés du Nord québécois et Commission scolaire Kativik*, 2015 QCTA 444.

³³⁰ *Ibid* au para 114.

³³¹ *Association des employés du Nord québécois c Ménard*, 2016 QCCS 3050.

³³² *Ville de Montréal*, *supra* note 19 aux para 76 et 79.

La Cour supérieure, dans l'affaire *Hydro-Québec c Sabourin*³³³, conclut qu'un salarié n'a pas le droit à un accommodement qui lui éviterait de changer de région administrative et de s'éloigner de sa famille. Le syndicat faisait valoir que suite au premier déplacement du salarié, celui-ci avait vécu un épisode d'invalidité causé par un trouble de l'adaptation avec humeur anxiodépressive évoluant vers une dépression majeure³³⁴. Le trouble du salarié s'est résorbé au terme d'un suivi et de son arrêt de travail. Il a demandé de ne pas retourner à son poste et d'obtenir un accommodement lui permettant de travailler dans la région où il travaillait antérieurement. La Cour supérieure a révisé la décision de l'arbitre qui avait donné raison au syndicat puisqu'elle a déterminé que le travailleur ne souffrait alors plus d'une condition médicale entraînant des limitations fonctionnelles. N'ayant plus de condition médicale, il n'a pas droit à des mesures d'accommodement.³³⁵ Nous tenons toutefois à souligner qu'il nous apparaît probable que le salarié ne soit plus invalide et ne présente plus de trouble de l'adaptation parce qu'il n'est pas en train d'effectuer son travail dans cette région éloignée. La Cour supérieure n'a ainsi pas jugé nécessaire de respecter des limitations « préventives » qui ont pour but d'éviter la rechute de la maladie.

L'affaire *Syndicat des enseignantes et enseignants du Cégep de l'Outaouais-CSN et Cégep de l'Outaouais*³³⁶ concerne des conflits interpersonnels. Ces conflits ayant dégénéré et affectant grandement l'équipe de travail, l'employeur congédie le salarié. L'obligation d'accommodement est revendiquée, mais le salarié n'a pas de condition de santé mentale diagnostiquée. L'arbitre est d'avis qu'il ne s'agit pas d'un handicap :

Ce n'est pas le handicap mental réel ou perçu qui a empêché le plaignant de prendre conscience de ses lacunes et de procéder à l'introspection nécessaire pour les corriger,

³³³ *Hydro-Québec c Sabourin*, 2017 QCCS 733.

³³⁴ *Ibid* aux para 25 à 27 et 56.

³³⁵ *Ibid* aux para 91 à 93.

³³⁶ *Syndicat des enseignantes et enseignants du Cégep de l'Outaouais-CSN et Cégep de l'Outaouais*, 2017 QCTA 265.

mais bien son « tempérament » son « caractère » sa « personnalité » « difficile » et « rigide » et tout cela n'a rien à voir avec la pathologie mentale.³³⁷

Il en conclut que n'ayant pas eu d'absence pour cause d'invalidité reliée à une condition mentale et n'ayant aucune indication que la capacité d'effectuer son travail ne soit altérée par une telle condition, ce ne sont que des difficultés relationnelles qui empêchent le salarié « d'entretenir des relations harmonieuses ». Il est plutôt question pour l'arbitre des caractéristiques personnelles du salarié qui ne sont pas protégées par la Charte puisqu'il « n'existe normalement pas de préjugés négatifs à l'égard de telles caractéristiques ou affections ».³³⁸

Les règles en matière d'accommodement ne sont donc pas appliquées et, même si elles s'appliquaient, l'arbitre croit que « la preuve démontre que les caractéristiques très particulières de la personnalité du plaignant entravaient de manière excessive le département [...] depuis de nombreuses années et qu'aucun changement n'apparaissait raisonnablement possible ou probable à l'avenir. »³³⁹

Dans *Union des employées et employés de service, section locale 298 et Centre de santé et de services sociaux de Kamouraska*³⁴⁰, la travailleuse avait un taux d'absentéisme jugé excessif par l'employeur en raison de multiples conditions de santé physique et psychologique. La preuve révèle plusieurs arrêts de travail ainsi que plusieurs tentatives d'accommodement, dont des retours progressifs ou des assignations temporaires de travail. À cet égard, le tribunal exige de l'employeur qu'il fasse la preuve d'un absentéisme chronique et excessif, mais aussi qu'il est plus probable qu'improbable, dans un avenir raisonnablement prévisible et rapproché, que la salariée ne sera pas

³³⁷ *Ibid* au para 301.

³³⁸ *Ibid* au para 295 citant *Ville de Montréal*, *supra* note 19 au para 82. Nous tenons à souligner que les caractéristiques alors notées par la Cour suprême sont le fait d'avoir un rhume ou une couleur d'yeux en particulier.

³³⁹ *Syndicat des enseignantes et enseignants du Cégep de l'Outaouais-CSN et Cégep de l'Outaouais*, *supra* note 336 aux para 302 à 303.

³⁴⁰ AAS 2010A-75.

capable de fournir une prestation de travail normale, régulière et soutenue.³⁴¹ Pour différentes raisons, notamment de multiples conditions de santé, l'arbitre conclut qu'il est plus probable que la salariée demeura incapable de fournir sa prestation de travail³⁴². Toutefois, malgré cette analyse fondée sur les conséquences des incapacités de la salariée, il indique :

[113] La preuve ne révèle pas que la plaignante, en ce dossier, a été victime de discrimination fondée sur un handicap. Il appert plutôt de l'ensemble de la preuve que son congédiement a été décidé en raison de son taux d'absentéisme chronique excessif occasionné par des problèmes de santé physique et mentale multiples et non pas à cause d'un handicap en particulier.³⁴³

Pourtant, la preuve, bien que pouvant appuyer le fait que la salariée ne soit pas en mesure d'offrir une prestation de travail suffisante malgré les mesures d'accommodement, démontre bien que c'est sur la base des conditions de santé de celle-ci que le congédiement est fondé. Ses conditions médicales constituent un handicap au sens où l'entend la Cour suprême du Canada³⁴⁴. Puisque l'absentéisme chronique et excessif de la salariée est causé par ses conditions de santé, le congédiement fondé sur cet absentéisme est discriminatoire à première vue et doit être justifié suivant le test développé par la Cour suprême dans l'arrêt *Meiorin*³⁴⁵.

2.1.3.2 La contrainte excessive

Alors que les cas où le handicap d'une personne souffrant de problèmes de santé mentale n'est pas reconnu sont moins nombreux, un grand nombre de sentences arbitrales rejettent des demandes d'accommodement en concluant qu'elles causeraient une contrainte excessive à l'employeur. Nous

³⁴¹ *Ibid* au para 89.

³⁴² *Ibid* aux para 94 et 103.

³⁴³ *Ibid* au para 113.

³⁴⁴ *Ville de Montréal, supra* note 19 aux para 79 à 82.

³⁴⁵ *Meiorin, supra* note 39 au para 54.

explorerons d'abord les cas où 1) l'absence trop longue ou 2) trop fréquente est invoquée puis nous attarderons 3) au refus d'autres types de mesures.

2.1.3.2.1 Les absences trop longues

L'absence dont la durée dépasse la période où la convention collective protège le lien d'emploi d'une personne absente pour maladie peut mener au congédiement d'une personne salariée, comme le confirme l'affaire *CUSM*. L'employeur a le fardeau de démontrer que la prestation de travail normale de cette personne ne sera pas offerte dans un futur prévisible. Ce principe est largement utilisé dans la jurisprudence pour justifier le refus de maintenir le lien d'emploi.

Dans une affaire de 2015, un employeur a congédié une salariée à l'expiration du délai de 36 mois de protection du lien d'emploi prévu à la convention collective.³⁴⁶ L'arbitre a conclu que le trouble de la personnalité de la plaignante, diagnostiqué depuis plusieurs années, est la source de ses épisodes de dépression qui l'empêche de fournir sa prestation de travail.³⁴⁷ La salariée ayant bénéficié de prestations d'assurance invalidité et le lien d'emploi ayant été maintenu un an après la fin de ces prestations, l'employeur pouvait en arriver à mettre fin à son emploi.

Qui plus est, certains arbitres appliquent l'adage voulant que « le passé [soit] garant de l'avenir » aux affaires où le pronostic d'un expert médical laisse présager un lourd pronostic de récurrence de la maladie, comme c'est le cas dans l'affaire *Syndicat des employés et employées de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (FP-CSN)* et *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*³⁴⁸. L'arbitre indique :

³⁴⁶ *Syndicat des travailleuses et travailleurs du CHU de Québec (CSN) et CHU de Québec — Pavillon CHUL*, 2015 QCTA 120.

³⁴⁷ *Ibid* aux para 92 à 95.

³⁴⁸ 2017 QCTA 112. Un pourvoi en contrôle judiciaire a été intenté par le syndicat puis abandonné (n° 500-17-098086-179). À la suite d'une plainte pour manquement au devoir de représentation du syndicat portée devant le TAT, *Robichaud et Syndicat des employé(e)s de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (SECDPDJ)*, 2019 QCTAT 2910, la salariée a été autorisée à reprendre elle-même le pourvoi en contrôle judiciaire en juin 2019.

[120] Quant aux accommodements raisonnables que l'Employeur aurait pu offrir à la Plaignante, ils ne pouvaient l'être que si cette dernière, selon la preuve médicale, était disponible et en mesure de bénéficier de tels accommodements. [...] aucun accommodement raisonnable n'a été envisagé par l'Employeur et proposé à la Plaignante parce que celle-ci, selon les rapports médicaux du médecin traitant, n'était pas en mesure d'en bénéficier au moment où l'Employeur a pris sa décision, ou dans un délai acceptable qui ne lui impose pas un fardeau excessif.³⁴⁹

La personne salariée qui se voit offrir un retour progressif au terme d'une absence prolongée peut difficilement le refuser d'après ce que la jurisprudence arbitrale nous apprend. Dans un cas, plusieurs offres et contre-offres pour le retour au travail de la salariée ont été échangées entre le syndicat et l'employeur avec l'appui de l'assureur³⁵⁰. Toutefois, faute d'entente, l'assurance-salaire a pris fin et, au terme d'expertises médicales, l'employeur a conclu qu'il n'y avait pas de capacité de reprendre la prestation de travail dans un avenir prévisible. Cette conclusion est partagée par l'arbitre qui considère que c'est une période bien plus longue que celle des deux ans d'assurance-salaire dont aurait eu besoin la salariée³⁵¹. La salariée a d'ailleurs bénéficié d'une autre période de congé sans solde à titre d'accommodement.³⁵² Faute de date de retour prévisible au travail et avec un pronostic « très réservé », l'arbitre conclut au bien-fondé de la fin d'emploi³⁵³.

Dans une affaire similaire, l'arbitre a considéré comme justifié le congédiement d'une salariée qui, au-delà d'une période de deux ans, période protégée par la convention collective, ne peut toujours pas faire un retour progressif au travail, bien que l'employeur n'ait pas basé sa conclusion sur une

³⁴⁹ *Ibid* au para 120.

³⁵⁰ *Syndicat des professionnelles et professionnels de commissions scolaires du sud de La Montérégie (SPPSM) et Commission scolaire des Grandes-Seigneuries*, 2014 QCTA 736 aux para 38 à 39.

³⁵¹ *Ibid* aux para 140 à 141.

³⁵² *Ibid* au para 147.

³⁵³ *Ibid* au para 152.

expertise médicale³⁵⁴. L'incapacité de reprendre le travail est causée par des interactions conflictuelles au travail et n'a pas été reconnue comme étant une lésion professionnelle³⁵⁵. Nous tenons à souligner que bien que ce ne soit pas le raisonnement exprimé par l'arbitre, il ne faut pas que le droit à l'accommodement dépende de la reconnaissance d'une lésion professionnelle au sens de la *Latmp*.

Aussi, le maintien en emploi aux seules fins de conserver les bénéfices d'assurance collective comme la couverture du coût des médicaments³⁵⁶ ou encore jusqu'à ce que soit atteint l'âge de la retraite et bénéficier des prestations de la Régime des rentes du Québec³⁵⁷ a été considéré comme constituant une contrainte excessive pour l'employeur lorsqu'aucun retour au travail n'était envisageable.

Ajoutons que lorsque de multiples tentatives d'accommodement ont été entreprises par l'employeur, mais que rien ne semble permettre à la personne salariée d'offrir sa prestation de travail, le congédiement peut être justifié³⁵⁸. Il est intéressant de mentionner que contrairement à une décision mentionnée précédemment³⁵⁹, dans la présente affaire, les traits de personnalité du plaignant ont été traités comme un handicap donnant droit à des mesures d'accommodement jusqu'à l'atteinte d'une contrainte excessive.

2.1.3.2.2 *Les absences trop fréquentes*

Un autre motif qui justifie le congédiement suivant la jurisprudence arbitrale est le fait qu'il aurait fallu créer un emploi sur mesure pour permettre la prestation de travail. Par exemple, dans un cas

³⁵⁴ *Syndicat des intervenants en petite enfance de Montréal (SIPEM) et CPE Le Centre des petits*, 2016 QCTA 589 aux para 94 et 111.

³⁵⁵ *Ibid* aux para 40 et 69.

³⁵⁶ *Alliance de la fonction publique du Canada et Syndicat des employées et employés de syndicats et organismes collectifs du Québec (SEESOCQ)*, 2017 QCTA 34.

³⁵⁷ *Syndicat des cols blancs de Gatineau inc et Gatineau (Ville de)*, 2014 QCTA 756.

³⁵⁸ *Syndicat des enseignantes et enseignants du Cégep de Limoilou - CSN et Cégep de Limoilou*, 2016 QCTA 841 aux para 459 et 477.

³⁵⁹ *Syndicat des enseignantes et enseignants du Cégep de l'Outaouais-CSN et Cégep de l'Outaouais*, *supra* note 336.

où la prestation de travail est irrégulière et que les limitations de la personne salariée exigent un environnement sans stress et sans pression liée au travail, l'arbitre a conclu qu'il s'agit d'une contrainte excessive³⁶⁰. On a aussi conclu qu'un employeur pouvait mettre fin à un emploi si la salariée n'arrive à effectuer que 50 % de ses tâches puisque dans ce cas il ne s'agit pas d'une prestation de travail régulière³⁶¹.

Dans d'autres cas, les arbitres ont fait valoir que le pronostic sombre de récurrence de la maladie et l'absentéisme fréquent d'une personne salariée justifie la fin d'emploi d'une personne qui n'aura probablement pas une prestation de travail régulière dans l'avenir prévisible.³⁶² C'est le cas si plusieurs mesures d'accommodement infructueuses ont été mises en place³⁶³. Un pronostic sombre de rechute conjugué au fait que l'origine du problème de santé mentale n'est pas due au travail limite grandement les possibilités d'accommodement selon certains arbitres et rend la mise en place de celles-ci « inutiles ». ³⁶⁴ Un arbitre a d'ailleurs déjà considéré que l'employeur pouvait refuser un retour au travail progressif « afin de ménager son droit de mettre fin au lien d'emploi » puisque la convention collective lui réserve la faculté d'accepter le retour progressif³⁶⁵. Nous sommes plutôt d'avis, comme le sont d'autres arbitres, qu'un employeur ne peut pas se ménager un tel droit si les éléments qui lui sont présentés pour justifier le retour au travail indiquent une capacité de retour au

³⁶⁰ *Syndicat des salariées et salariés de l'agroalimentaire de Ste-Claire inc (CSD) et Kerry (Québec) inc, usine de Ste-Claire*, DTE 2011T-193 à la p 14.

³⁶¹ *Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 573, (SEPB) CTC-FTQ et Commission de la construction du Québec (CcQ)*, 2017 QCTA 962 aux para 219 à 220 et 256.

³⁶² *Centre de réadaptation Lucie-Bruneau et Syndicat régional des professionnelles en santé du Québec (FIQ)*, 2015 QCTA 712 au para 170 et 171.

³⁶³ *Ibid* au para 181 à 183.

³⁶⁴ *Syndicat des employés du CHUM (CSN) et Centre hospitalier de l'Université de Montréal*, DTE 2012T-539 aux para 42 à 44 et *Syndicat des professionnelles et professionnels en soins de santé du Sud-Ouest et de Verdun (FIQ) et Centre de santé et de services sociaux du Sud-Ouest—Verdun*, 2015 QCTA 380 aux para 382 et 401 à 407.

³⁶⁵ *Syndicat des professionnelles et professionnels en soins de santé du Sud-Ouest et de Verdun (FIQ) et Centre de santé et de services sociaux du Sud-Ouest—Verdun*, *ibid* aux para 293 à 296.

travail progressif, à moins d'autres circonstances justifiant un refus, par exemple plusieurs demandes simultanées de retour progressif pour différents salariés³⁶⁶.

Lorsque les absences sont jugées trop fréquentes et qu'outre leur tolérance, aucune mesure d'accommodement n'est envisageable pour l'arbitre, le congédiement est généralement maintenu. À titre d'exemple, dans l'affaire *Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec (SFPQ) et Québec*³⁶⁷, l'arbitre est d'avis qu'un salarié qui épuise ses banques de congés maladie et ses vacances en plus de prendre des congés pour invalidité a un absentéisme excessif³⁶⁸. Le salarié a été affecté à des dossiers simples malgré ses vingt années d'expérience et n'arrive pas à accomplir les tâches qui lui sont confiées³⁶⁹, alors qu'il bénéficie de l'aménagement de son temps de travail, de retours progressifs, de l'allègement de la tâche, etc. L'employeur a fait la preuve que toutes ces mesures ont affecté la clientèle, son équipe et le ministère où le salarié travaille, constituant une contrainte excessive, le salarié ne parvenant pas à fournir une prestation régulière de travail.³⁷⁰ Une autre affaire soulignait que les absences de longues et courtes durées d'un infirmier ont contribué à rendre sa prestation de travail insatisfaisante en raison de « l'importance d'une présence au travail assidue pour assurer la continuité des soins, un aspect essentiel de la qualité des services qu'il [l'employeur] fournit dans ses établissements. »³⁷¹ L'employeur a donc rempli son fardeau puisqu'il a aussi fourni différentes mesures d'accommodement au fil du temps, dont des retours progressifs et l'octroi d'un nouveau poste compatible avec ses limitations

³⁶⁶ Un autre courant jurisprudentiel est à l'effet que cette faculté de refuser le retour au travail est très limitée, *Centre de santé et de services sociaux d'Argenteuil et Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux (APTS)*, *supra* note 267 aux para 140 à 142 citant un passage de Michel Gilbert, *L'assurance collective en milieu de travail*, 2^e éd., Éditions Yvon Blais, 2006, aux pp 159 à 160.

³⁶⁷ *Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec (SFPQ) et Québec (Gouvernement du)*, DTE 2013T-631.

³⁶⁸ *Ibid* aux para 150 à 152 et 161.

³⁶⁹ *Ibid* au para 165.

³⁷⁰ *Ibid* au para 176.

³⁷¹ *Syndicat des professionnelles en soins de Montérégie-Centre et Centre intégré de santé et de services sociaux de la Montérégie-Centre*, 2017 QCTA 879 au para 231.

psychiques. Les difficultés relationnelles de ce salarié sont d'ailleurs soulignées comme étant un facteur ayant causé des invalidités et qui participe à empêcher la prestation de travail régulière.³⁷² Ainsi l'absentéisme à lui seul ne peut justifier le congédiement, mais s'il est conjugué à des contraintes excessives telles que de multiples mesures d'accommodement infructueuses, un pronostic sombre de risque de récidive ou une incapacité de fournir une prestation de travail régulière dans le futur, il est fort probable qu'un arbitre rejette le grief qui conteste ce congédiement.

2.1.3.3 Autres motifs de rejet de la demande d'accommodement

Nous avons déjà vu que d'autres mesures ont été refusées parallèlement à la tolérance de l'absentéisme de longue durée ou fréquent, notamment le retour progressif au travail. D'autres mesures ont aussi été refusées parce qu'elles constituaient une contrainte excessive pour l'employeur.

Il a été refusé de respecter d'autres limitations que celles prescrites par le médecin traitant ou l'arbitre médical. En effet, dans un cas où le salarié n'a pas dévoilé sa condition de santé et où le médecin traitant a permis le retour au travail progressif devant l'insistance du salarié, l'arbitre refuse de prolonger la période d'évaluation du rendement du salarié en probation³⁷³. D'ailleurs, lorsqu'un arbitrage médical a lieu et qu'il détermine qu'un retour au travail est envisageable, le salarié n'a aucun pouvoir pour exiger de terminer sa thérapie avant d'effectuer son retour à l'emploi³⁷⁴. Une décision a aussi refusé de permettre un retour au travail à 3 jours par semaine pour respecter les limitations d'une salariée³⁷⁵. Elle a bénéficié de différentes mesures dont deux retours

³⁷² *Ibid* au para 310, voir aussi *Résidence Angelica inc* et *Fédération interprofessionnelle de la santé du Québec (FIQ)*, 2016 QCTA 216 au para 34.

³⁷³ *Syndicat de la fonction publique et Québec (Gouvernement du)*, DTE 2010T-567 aux para 106 à 109.

³⁷⁴ *Fraternité des policières et policiers de Montréal et Montréal (Ville de) (SPVM)*, DTE 2012T-827 aux para 84 à 85.

³⁷⁵ *Syndicat de l'enseignement du Lac-Saint-Jean et Commission scolaire du Lac-Saint-Jean*, DTE 2013T-573. Le pourvoi en révision judiciaire a été rejeté : *Syndicat de l'enseignement du Lac-St-Jean c La Forge*, 2015 QCCS 896.

au travail progressif, une dérogation aux affectations normales de travail, un groupe plus petit d'élèves et un réaménagement de son horaire.³⁷⁶ Toutefois, la mesure demandée lors du congédiement est permanente et l'arbitre conclut que la salariée « n'est pas en mesure de retourner à son travail dans un avenir prévisible pour y accomplir sa tâche ».³⁷⁷ Dans le même ordre d'idée, la décision d'un employeur de refuser un retour au travail progressif sur une période de deux ans a été maintenue par un arbitre puisqu'il considère qu'il y a un trop grand risque de rechute durant cette période³⁷⁸.

Dans *Syndicat des professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec et Québec*, le plaignant a été jugé « inaccommodable » par l'arbitre en raison de la gravité de son état et « de la perturbation qu'il cause au travail »³⁷⁹. Ses limitations exigent qu'on lui trouve un poste avec des interactions personnelles peu abondantes et peu soutenues, alors qu'il présente aussi un risque en raison de sa conduite passée envers ses collègues.³⁸⁰

Nous pouvons donc retenir de cette jurisprudence certaines considérations qui sont fréquemment invoquées. D'abord, lorsqu'il y a de multiples tentatives d'accommodement qui ont échoué au court ou au long terme, il y a plus de chances que la contrainte excessive soit atteinte par l'employeur. Cependant, il devra quand même démontrer qu'il est plus probable qu'improbable qu'il y ait reprise d'une prestation de travail normale et régulière dans un avenir prévisible³⁸¹. Cette

³⁷⁶ *Ibid* aux para 220 à 223.

³⁷⁷ *Ibid* aux para 231 à 232.

³⁷⁸ *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 3561 et Centre de santé et de services sociaux du Témiscamingue*, 2014 QCTA 937.

³⁷⁹ *Syndicat des professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec et Québec (Curateur public)*, 2015 QCTA 874 aux para 116 à 118.

³⁸⁰ *Ibid* au para 128.

³⁸¹ *Syndicat de l'enseignement du Lac-Saint-Jean et Commission scolaire du Lac-Saint-Jean*, *supra* note 374 aux para 220 à 223 et 231 à 232, *Syndicat des enseignantes et enseignants du Cégep de Limoilou - CSN et Cégep de Limoilou*, *supra* note 358 aux para 230, 459 et 477, *Syndicat des professionnelles et professionnels de commissions scolaires du sud de La Montérégie (SPPSM) et Commission scolaire des Grandes-Seigneuries*, *supra* note 350 aux para 141 à 147 et *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 3561 et Centre de santé et de services sociaux du Témiscamingue*, *supra* note 378 aux para 70 à 77.

preuve se fait souvent sur la base du pronostic établi par les médecins experts, pronostic qui est généralement basé sur des études et des statistiques, mais qui n'est pas nécessairement nuancé en fonction de la réalité de la personne salariée³⁸². Le retour à temps partiel ou la réduction des tâches à long terme ne semble pas non plus être une avenue envisageable pour la majorité des arbitres.³⁸³

2.2 Analyse de situations factuelles étudiées par les arbitres

Nous avons retenu certains éléments factuels qui nous apparaissent avoir une importance certaine dans le processus décisionnel des arbitres de grief. Nous traiterons de caractéristiques ou comportements propres à l'employeur ou propres à la personne salariée.

2.2.1 Les caractéristiques et comportements de l'employeur

Nous nous sommes particulièrement intéressés à la présence d'une situation de harcèlement psychologique et à la collaboration de l'employeur au processus d'accommodement.

2.2.1.1 Harcèlement psychologique dans le milieu de travail

Un employeur a l'obligation en vertu de la *Lnt* d'offrir un milieu de travail exempt de harcèlement psychologique ce qui comprend autant la prévention que l'intervention lorsqu'une pareille situation se manifeste³⁸⁴. Dans le corpus des décisions que nous avons examinées, une seule décision a reconnu une situation de harcèlement affectant un salarié atteint d'un problème de santé mentale. Dans l'affaire *Unifor, SNEAA, section locale 1937 et Rio Tinto (Alcan) (usines du Complexe Jonquière)*³⁸⁵, il s'agissait d'un salarié qui a été mis en arrêt de travail après avoir proféré des

³⁸² *Syndicat des enseignantes et enseignants du Cégep de Limoilou - CSN et Cégep de Limoilou*, supra note 358 aux para 230, *Syndicat des professionnelles et professionnels en soins de santé du Sud-Ouest et de Verdun (FIQ) et Centre de santé et de services sociaux du Sud-Ouest—Verdun*, supra note 364 aux para 98, 115 à 116 et 416 à 417 et *Syndicat des professionnelles en soins de Montérégie-Centre et Centre intégré de santé et de services sociaux de la Montérégie-Centre*, supra note 371 aux para 102, 120 à 121, 132 et 256.

³⁸³ *Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 573, (SEPB) CTC-FTQ et Commission de la construction du Québec (CcQ)*, supra note 361 aux para 219 à 220 et 256 et *Syndicat de l'enseignement du Lac-St-Jean c La Forge*, supra note 375 aux para 100 à 102.

³⁸⁴ *Lnt*, supra note 5 art 81.19 et supra aux pp 26 et ss.

³⁸⁵ *Unifor, SNEAA, section locale 1937 et Rio Tinto (Alcan) (usines du Complexe Jonquière)*, supra note 315.

propos en apparence suicidaires sur les lieux du travail. L'arbitre a reconnu que le salarié a été victime de harcèlement psychologique dans la manière dont l'employeur a géré son dossier après l'incident, notamment en refusant de façon répétée de permettre une rencontre entre le salarié et le représentant de l'employeur en cause dans les événements ayant mené à son arrêt de travail et en gardant celui-ci impliqué dans l'évaluation de la capacité de retour au travail. Par ailleurs, l'entente de dernière chance que l'employeur tentait d'imposer au salarié ne tenait pas compte de la réalité du salarié et voulait le forcer à subir une psychothérapie à l'encontre de sa volonté³⁸⁶.

Dans les autres affaires, la preuve de harcèlement psychologique a été jugée insuffisante³⁸⁷. Lorsque les arbitres ont jugé la conduite de l'employeur raisonnable dans les circonstances, le grief faisant valoir que la personne salariée ait été victime de harcèlement a été rejeté.

L'affaire *Syndicat des cols bleus de Ville de Laval inc., section locale 4545 (SCFP) et Laval*³⁸⁸, bien qu'elle ne concerne pas un grief de harcèlement psychologique, concerne un congédiement pour absentéisme à la suite d'une situation de harcèlement reconnue par la *Commission des lésions professionnelles* (CLP). L'arbitre Foisy a beaucoup relativisé le poids du harcèlement psychologique qui n'est qu'une des multiples causes d'absentéisme³⁸⁹ puisqu'il considère que seule l'absence reconnue par la CLP est causée par le harcèlement. Cette vision de l'effet du harcèlement sur la prestation de travail d'une personne salariée nous semble un peu trop restrictive puisqu'il est possible d'être victime de harcèlement ou d'en subir les conséquences sans pour autant être victime d'une lésion professionnelle.

³⁸⁶ *Ibid* aux para 682 à 693.

³⁸⁷ *Syndicat de la fonction publique et Québec (Gouvernement du)*, *supra* note 373 au para 376, *Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec (SFPQ) et Québec (Gouvernement du)*, *supra* note 367 au para 177, *Résidence Angelica inc et Fédération interprofessionnelle de la santé du Québec (FIQ)*, *supra* note 372 aux para 121 à 125 et *Québec (Ministère des Transports) et Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec (SFPQ)*, DTE 2013T-436 aux para 116 à 117.

³⁸⁸ DTE 2013T-822.

³⁸⁹ *Ibid*.

Toutefois, la plupart des décisions analysées semblent se situer dans un contexte où il y a des conflits entre les collègues ou encore avec le ou les superviseurs. Qui plus est, dans plusieurs de ces cas, en raison de leurs problèmes de santé qui se sont manifestés en cours d'emploi, les personnes salariées visées par les griefs sont celles qui sont pointées du doigt. Par exemple, dans l'affaire *Syndicat de la fonction publique et Québec*, où l'arbitre Maureen Flynn souligne que l'employeur a bien agi en la relocalisant à la suite des conflits survenus dans son équipe de travail alors que son comportement à elle a été néfaste :

[L]a plaignante a elle-même, par moments, adopté une conduite blessante ou vexatoire à l'égard de ses gestionnaires et de ses collègues de travail. Et qu'elle était, au cours de cette période, une employée exigeante. Enfin, que les différends résultaient essentiellement de ses refus d'obéir aux consignes de l'employeur ou du fait qu'elle n'obtenait pas exactement ce qu'elle voulait (sic).³⁹⁰

Les situations de harcèlement psychologique où le conflit semble se généraliser et créer un milieu de travail « toxique » apparaissent particulièrement difficiles à aborder pour les décideurs. Des « rapports sociaux difficiles »³⁹¹ « où des conduites ou des paroles sont prononcées de façon maladroite et sans ménagement », bien que désagréable pour la personne salariée, ne constituent pas pour autant une conduite vexatoire menant à du harcèlement psychologique.³⁹² Certains arbitres nous semblent avoir choisi d'exercer une certaine réserve à l'égard des cas où il est ardu de distinguer un responsable dans un milieu de travail en conflit bien que certaines conduites qui lui sont présentées aient des caractéristiques du harcèlement psychologique.

³⁹⁰ *Syndicat de la fonction publique et Québec (Gouvernement du)*, supra note 373 au para 376.

³⁹¹ Expression employée par l'arbitre dans l'affaire *Centre hospitalier régional de Trois-Rivières et Syndicat professionnel des infirmières et infirmiers de Trois-Rivières*, Me François Hamelin, arbitre, 5 janvier 2006, AZ-50350462.

³⁹² *Québec (Curateur public) et Association des juristes de l'État*, 2014 QCTA 1017 au para 306.

2.2.1.2 La collaboration de l'employeur au processus d'accommodement

La collaboration ou la « non-collaboration » d'un employeur dans les limites de ce qui est exigé de celui-ci fait une grande différence dans la décision prise par l'arbitre.

En effet, l'employeur doit faire des démarches en vue d'un accommodement et s'informer de la condition de santé de la personne salariée. Il ne peut pas se contenter d'attendre l'expiration du délai de protection de l'emploi prévu à la convention collective. Par exemple, un employeur qui ne s'informe pas de la condition médicale de la personne salariée, qui n'a pas non plus exigé une expertise médicale et n'applique aucune mesure d'accommodement jusqu'à l'expiration de la période de protection d'emploi, n'a pas assez participé au processus d'accommodement.³⁹³

[45] [...] l'employeur devait être proactif et faire une analyse sérieuse avant de déterminer la perte du lien d'emploi. Mme souffrait d'un handicap au sens de la Charte et l'employeur devait étudier des accommodements possibles.³⁹⁴

Dans le même ordre d'idée, l'employeur qui ne communique ni avec le plaignant, ni avec son syndicat, ni même avec l'expert nommé par les parties pour trouver un poste qui conviendrait à la salariée n'a pas suffisamment collaboré au processus d'accommodement³⁹⁵. Dans ce cas, l'arbitre peut renvoyer les parties faire « un ultime exercice d'accommodement »³⁹⁶. Le même genre d'ordonnance a été accordé dans un cas où l'employeur a exigé une expertise du salarié à la suite de propos menaçants qu'il aurait tenus au travail. L'employeur connaissait en raison de cette

³⁹³ *Teamster Québec, section locale 931 et Québec Linge Co, service d'uniformes*, DTE 2010T-522 et *Fédération des professionnelles et professionnels de la santé et des services sociaux du Québec STEPSSSQ (FP-CSN) et CSSS XYZ*, *supra* note 275 aux pp 52 à 53.

³⁹⁴ *Ibid* au para 45.

³⁹⁵ *Syndicat de professionnelles et de professionnels du Québec et Québec (Ministère de l'Agriculture, des Pêcheries et de l'Alimentation)*, *supra* note 275.

³⁹⁶ *Ibid* au para 80.

expertise la situation psychologique de son salarié et a pourtant refusé de considérer des mesures d'accommodement, préférant simplement le congédier.³⁹⁷

Un arbitre indique d'ailleurs que l'employeur ne peut non plus se convaincre sur la seule base des expertises médicales qu'il a commandé qu'il n'ait pas à faire d'effort en vue d'en venir à un accommodement alors que le syndicat, la personne salariée et l'assureur ont établi un plan pour le retour au travail.³⁹⁸

La « compartimentation administrative et organisationnelle de la gestion » chez l'employeur n'a pas non plus justifié la méconnaissance et la mauvaise gestion du dossier d'invalidité de la personne salariée.³⁹⁹ En effet, dans l'affaire en question, l'employeur connaissait le dossier médical et était au courant des discussions entourant son retour au travail via ses différents représentants ayant interagi avec la salariée.

2.2.1.3 La taille de l'entreprise de l'employeur

Il est évident qu'une petite entreprise n'a pas les mêmes ressources financières, matérielles et humaines qu'une entreprise ou organisation de plus grande taille. Ainsi, la taille de l'entreprise peut influencer l'étendue des obligations de l'employeur.

Par exemple, dans l'affaire *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 3561 et Centre de santé et de services sociaux du Témiscamingue*⁴⁰⁰, l'employeur a été justifié de refuser le retour au travail sur une période de deux ans dont plusieurs mois avec un horaire de travail de 2

³⁹⁷ *Syndicat national des employés de garage du Québec inc (CSD) et Auto Métivier inc/Lévis Toyota inc*, 2016 QCTA 31 aux para 92 à 93 et *Syndicat des métallos, section locale 6818 et Sivaco Québec, groupe de tréfileries Sivaco*, *supra* note 319 aux para 145, 150 et 171.

³⁹⁸ *Commission scolaire des Grandes-Seigneuries et Association des professeurs de Lignery*, *supra* note 276 aux para 293 à 295.

³⁹⁹ *Commission scolaire des Affluents et Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 2057*, *supra* note 279 au para 71.

⁴⁰⁰ *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 3561 et Centre de santé et de services sociaux du Témiscamingue*, *supra* note 378.

jours par semaine.⁴⁰¹ L'arbitre souligne que la taille du centre de santé et de services sociaux, qui emploie 600 personnes, et qui se trouve dans une région géographique éloignée, ne permet pas le même genre d'accommodement qu'« un hôpital qui emploie des milliers de personnes »⁴⁰². L'incapacité d'accommoder une personne en raison de la petite taille de l'entreprise a aussi été soulignée dans une affaire concernant un centre de la petite enfance⁴⁰³.

Par contre, certains arbitres révisent les décisions concernant de grandes entreprises et n'ont pas suffisamment considéré les accommodements possibles et raisonnables dans leur milieu de travail. Par exemple, dans un cas mettant en cause une université québécoise, l'arbitre a souligné que la taille de l'employeur permettait à celui-ci d'accorder à son salarié un retour au travail progressif assorti de conditions favorisant sa réintégration.⁴⁰⁴

Toutefois, certaines limites s'appliquent quand même aux grands employeurs quant à la mobilité ou la relocalisation d'une personne salariée. Dans *Curateur public* et *Association des juristes de l'État*⁴⁰⁵, l'arbitre a conclu que les obligations du ministère qui employait la salariée se limitaient à chercher un nouveau poste puisqu'elle ne pouvait reprendre son emploi au sein du ministère où elle travaille. L'employeur n'avait donc pas l'obligation de faire des démarches afin de la replacer ailleurs dans l'appareil gouvernemental.⁴⁰⁶ Par ailleurs, l'arbitre considère que l'employeur n'a pas l'obligation de reclasser ou rétrograder la salariée à n'importe quel poste disponible, bien qu'il y ait de multiples possibilités de reclassement au sein du ministère. La rétrogradation, même à titre d'accommodement permettant à la salariée de conserver son emploi, doit tenir compte de la

⁴⁰¹ *Ibid* aux para 70 à 77.

⁴⁰² *Ibid* aux para 71 à 78.

⁴⁰³ *Syndicat des travailleuses et travailleurs en petite enfance de la Montérégie - CSN et Centre de la petite enfance Alakazoum inc*, 2017 QCTA 49 aux para 33 à 34.

⁴⁰⁴ *Université de Sherbrooke et Syndicat des employées et employés de soutien de l'Université de Sherbrooke*, *supra* note 282 au para 56.

⁴⁰⁵ *Québec (Curateur public) et Association des juristes de l'État*, *supra* note 392.

⁴⁰⁶ *Ibid* aux para 373 à 381.

formation et de l'expérience de celle-ci.⁴⁰⁷ L'arbitre fait valoir que le tribunal indépendant percevrait cette rétrogradation « comme un indice de mauvaise foi ».⁴⁰⁸ À notre avis, une telle limite à la rétrogradation ne devrait pas s'appliquer dans la mesure où la salariée est prête à accepter un tel poste en raison de ses limitations, après avoir été renseignée et conseillée par son syndicat. La taille de l'entreprise est un facteur non négligeable dans la détermination de l'étendue des obligations de l'employeur. Bien qu'un grand employeur n'ait pas l'obligation de mettre en place n'importe quelle mesure d'accommodement, il se doit de faire preuve de plus de flexibilité et d'une plus grande patience à l'égard de la personne salariée et de l'évolution de sa condition de santé.

2.2.2 Caractéristiques et comportements de la personne salariée

Plusieurs caractéristiques ou comportements d'une personne salariée peuvent aussi affecter le sort de sa demande d'accommodement. Nous nous attarderons aux trois situations suivantes : 1) les fausses déclarations ou l'omission de déclarer sa condition de santé mentale ; 2) la présence de multiples conditions de santé ; 3) la collaboration ou le refus de collaborer de la personne salariée.

2.2.2.1 Les fausses déclarations ou les omissions de déclarer son problème de santé mentale

Le dévoilement d'une condition de santé et des limitations qu'elle emporte est une question épineuse en droit du travail. En effet, nous avons déjà discuté de plusieurs difficultés soulevées dans la littérature sur la psychologie organisationnelle et la gestion des incapacités à l'égard de la communication d'informations relatives à la condition médicale.⁴⁰⁹

Bien que toute personne ait le droit à la protection de sa vie privée, incluant ses informations personnelles et médicales⁴¹⁰, des auteurs soulignent que pour que l'obligation d'accommodement

⁴⁰⁷ *Ibid* au para 397.

⁴⁰⁸ *Ibid*.

⁴⁰⁹ *Supra* aux pp 43 ss.

⁴¹⁰ *Charte québécoise, supra* note 17 art 5 et *Code civil, supra* note 16 art 35.

s'applique il faut d'abord que l'employeur soit au courant du handicap de cette personne.⁴¹¹ Par ailleurs, l'employeur peut obtenir certaines informations médicales relativement à la personne salariée via des questionnaires ou des examens médicaux à l'embauche ou en cours d'embauche. Toutefois, il doit respecter l'article 16 de la *Charte*⁴¹² qui prohibe la discrimination dans le cadre d'une embauche ou d'une relation d'emploi et l'article 18.1 qui encadre les questions qui peuvent être posées dans un formulaire d'embauche ou en entrevue⁴¹³. L'employeur n'aura le droit d'exiger un examen ou un questionnaire médical que s'il se limite à ce qui est nécessaire et requis par l'emploi et les tâches que la personne aura à accomplir⁴¹⁴.

Cependant, la décision *Syndicat des infirmières, inhalothérapeutes, infirmières auxiliaires du Cœur-du-Québec (SIIACQ) c Centre hospitalier régional de Trois-Rivières*⁴¹⁵ de la Cour d'appel confirme qu'un employeur peut congédier une personne salariée en raison de fausses déclarations ou parce que la personne a omis de déclarer certaines informations médicales en lien avec les fonctions exercées. Les antécédents de problèmes psychiatriques et de dépendance de ce salarié étaient en relation directe avec le travail d'infirmier en santé mentale et la Cour les croit nécessaires pour établir si le candidat peut fournir une prestation de travail régulière et adéquate⁴¹⁶. La Cour d'appel est d'avis que l'employeur a une obligation d'accommodement sous réserve de la contrainte excessive, malgré son droit d'écarter les candidats qui n'ont pas les aptitudes ou qualités requises. Elle souligne que « [cet] exercice important n'a pu être fait, ici, en raison du choix délibéré du salarié de ne pas répondre en toute bonne foi au questionnaire de l'employeur »⁴¹⁷. Cette décision a été subséquemment appliquée par un arbitre qui a conclu à l'annulation du contrat de

⁴¹¹ Pednault, *supra* note 221 au para 5.743.

⁴¹² *Charte québécoise*, *supra* note 17 art 16.

⁴¹³ *Ibid* art 18.1.

⁴¹⁴ *Ibid* art 20 et Pedneault, *supra* note 171 aux para 9.206 à 9.210.

⁴¹⁵ 2012 QCCA 1867.

⁴¹⁶ *Ibid* aux para 75 à 84.

⁴¹⁷ *Ibid* aux para 85 à 86.

travail pour vice de consentement lors de l'embauche⁴¹⁸. Celui-ci considère d'ailleurs que le questionnaire, quant aux questions auxquelles le salarié aurait menti, était légal bien que discriminatoire à première vue puisqu'il concernait des aptitudes ou qualités requises par l'emploi, soit « à déterminer s'il souffre ou a souffert d'une affection susceptible de remettre en cause sa capacité à offrir une prestation de travail régulière et sécuritaire. »⁴¹⁹ L'arbitre ne se conteste pas la validité de l'ensemble du questionnaire bien qu'il se demande si certaines questions sont raisonnables.⁴²⁰

Dans une décision antérieure à la décision de la Cour d'appel, un arbitre avait conclu à une erreur dans la formation du contrat de travail en raison des déclarations incomplètes de la salariée qui n'avait pas indiqué à l'employeur qu'elle avait eu des problèmes de santé mentale⁴²¹. L'arbitre acquiesce aux prétentions de l'employeur voulant que la « fragilité » de la salariée la rende incapable de faire face aux situations stressantes auxquelles sont confrontés les policiers.⁴²² Dans cette affaire, l'arbitre considère l'ensemble des réactions de la salariée aux situations personnelles et familiales qu'elle a vécues pour conclure que l'employeur avait droit de connaître l'ensemble de ces faits pour baser sa décision et qu'en conséquence son consentement a été vicié.

Dans un autre ordre d'idée, nous soulignons l'affaire *Syndicat de la fonction publique et Québec*⁴²³ où a été confirmée la fin d'emploi d'un salarié en probation bien qu'il a souffert d'un problème de santé mentale puisqu'il n'a jamais mentionné de limitations fonctionnelles et que son médecin traitant n'a pas prévu de restriction ou de modalité pour son retour au travail⁴²⁴. Il ne pouvait donc

⁴¹⁸ *Unifor, section locale 143 et Goodyear Canada inc*, 2017 QCTA 462 aux para 123 à 125, 130 et 147.

⁴¹⁹ *Ibid* aux para 172 à 175.

⁴²⁰ *Ibid* aux para 155 à 160.

⁴²¹ *Association des policières et policiers provinciaux du Québec c Sûreté du Québec*, 4 octobre 2011, SOQUIJ n° AZ-50794056 aux para 67 et 71 à 73, maintenue en Cour supérieure : *Association des policières et policiers provinciaux du Québec c Provençal*, 2012 QCCS 4754.

⁴²² *Ibid* au para 71.

⁴²³ *Syndicat de la fonction publique et Québec (Gouvernement du)*, *supra* note 373.

⁴²⁴ *Ibid* aux para 105 à 109.

pas faire valoir qu'il aurait dû être accommodé et que son rendement, jugé insatisfaisant par l'employeur, était affecté par sa condition de santé.

Ainsi, l'obligation d'accommodement, bien qu'elle soit fondée sur le droit à l'égalité, droit fondamental, ne fait pas le poids face au vice de consentement de l'employeur à l'embauche. Il ressort de ces décisions que les personnes salariées ont omis de déclarer certains faits ou antécédents ou ont menti lorsqu'elles ont rempli les questionnaires par crainte de ne pas être embauchées. Cette préoccupation nous apparaît importante. Elle exige selon nous de faire l'objet de recherches sur les causes et la légitimité de cette crainte des candidat(e)s à l'emploi d'être discriminé(e)s et donc pas embauché(e)s si leur condition de santé mentale ou les limitations qui en découlent sont dévoilées.

2.2.2.2 Les personnes ayant de multiples conditions de santé

Le fait qu'une personne salariée présente ou ait présenté de multiples conditions de santé ajoute une certaine complexité à l'affaire. En effet, de multiples problèmes de santé peuvent entraîner plusieurs limitations fonctionnelles ou causer des absences plus fréquentes et requérir des mesures d'accommodement considérables.

En 2008, la Cour suprême indiquait qu'« en cas d'absentéisme chronique, si l'employeur démontre que, malgré les accommodements, l'employé ne peut reprendre son travail dans un avenir raisonnablement prévisible, il aura satisfait à son fardeau de preuve et établi l'existence d'une contrainte excessive. »⁴²⁵. Toutefois, un courant parmi les sentences arbitrales impose un renversement de ce fardeau lorsqu'une personne salariée présente plusieurs conditions de santé. Par exemple, dans *Casino du Lac-Leamy* et *Syndicat des croupiers du Casino du lac Leamy (SCFP*,

⁴²⁵ *Hydro-Québec*, *supra* note 222 au para 17.

section locale 3993)⁴²⁶, l'arbitre cite une autre sentence arbitrale et se rallie à ce courant jurisprudentiel :

Lorsque l'absentéisme découle non pas d'une cause unique mais de maladies ou autres motifs multiples ou variés, le fardeau de prouver une prestation régulière et normale dans le futur est transféré au salarié. Cependant, dans ces cas d'absentéisme chronique pour pathologies et causes multiples et variées, c'est à partir du critère « le passé est garant de l'avenir » que s'établit ce pronostic de la capacité future de fournir une prestation régulière de travail.⁴²⁷

Dans ces cas, les arbitres ont conclu que le passé était « garant de l'avenir » puisque la personne salariée a souffert de multiples conditions de santé qui ont persisté dans le temps et que le traitement de certaines d'entre elles n'a pas pour autant permis la diminution de l'absentéisme. Dans une autre décision, l'arbitre indique que le renversement du fardeau repose « sur la prémisse qu'une preuve médicale de pronostic est impossible ou inutile à fournir par l'employeur lorsque les causes de l'absentéisme sont multiples »⁴²⁸. Bien que les problèmes de santé eux-mêmes puissent limiter les possibilités d'accommodement, il nous apparaît que ce courant jurisprudentiel limite grandement les possibilités d'accommodement lorsqu'une personne présente plusieurs pathologies qui causent un grand nombre d'absences. En effet, s'il est impossible ou inutile pour l'employeur de faire la preuve d'un pronostic fiable de l'évolution des conditions de santé de la personne salariée, cela n'est pas plus possible ou utile pour cette dernière.

Toutefois, certains rejettent cet adage et refuse d'imposer seulement au syndicat le fardeau de lui prouver que la prestation de travail future de la salariée sera meilleure. L'employeur se doit de faire

⁴²⁶ 2017 QCTA 46.

⁴²⁷ *Ibid* au para 392 à 395. Au paragraphe 395, l'arbitre Dubois cite les paragraphes 32 et 33 de *Syndicat des cols bleus de Ville de Laval inc., section locale 4545 (SCFP)* et *Laval*, *supra* note 388.

⁴²⁸ *Union des employées et employés de service, section locale 298* et *Centre de santé et de services sociaux de Kamouraska*, *supra* note 340 au para 101. Voir aussi la jurisprudence soumise par l'employeur dans cette décision au para 60 à laquelle l'arbitre réfère au para 101.

la preuve que la prestation de travail ne s'améliorera pas et cette preuve ne peut reposer uniquement sur la base de statistiques générales à l'égard du risque de récurrence de la condition de santé.⁴²⁹ Une sentence arbitrale à cet effet a été confirmée en Cour supérieure⁴³⁰.

D'autres affaires n'ont pas questionné le fardeau de l'employeur de prouver que la prestation de travail ne sera pas régulière et soutenue dans un avenir prévisible. Dans ces cas, bien que les personnes salariées aient de multiples conditions qui ont entraîné plusieurs arrêts de travail, la demande d'accommodement a quand même été acceptée puisque la condition actuelle du salarié s'améliorait⁴³¹ ou parce qu'elle conserve une capacité de fournir sa prestation avec des accommodements⁴³².

2.2.2.3 La collaboration de la personne salariée au processus d'accommodement

La collaboration de la personne salariée au processus d'accommodement est un élément important dans l'issue de la décision. Le manque de collaboration peut mener à une conclusion qu'il n'y a plus d'obligation d'accommodement de la part de l'employeur.

Par exemple, dans l'affaire *Syndicat de la fonction publique et Québec*, l'arbitre qui n'a pas retenu le grief de harcèlement de la salariée, souligne que c'est son attitude et ses comportements qui ont mené aux conflits dans le milieu de travail.⁴³³ Dans un autre cas où l'arbitre n'a pas conclu à la présence de harcèlement psychologique, celui-ci refuse d'accommoder davantage une salariée qui a besoin d'«un poste de travail comportant des interactions limitées avec les collègues de

⁴²⁹ *Commission scolaire de Montréal et Syndicat des professionnelles et professionnels du milieu de l'éducation de Montréal (SPPMEM-CSQ)*, supra note 263 aux para 122, 123

⁴³⁰ *Commission scolaire de Montréal c Daviault*, supra note 267.

⁴³¹ *Syndicat des travailleuses et travailleurs de LM Wind Power (CSN) et Pales d'éolienne LM (Canada) inc./LM Wind Power Blades (Canada) Inc*, supra note 312 à la p 37.

⁴³² *Syndicat de l'enseignement de l'Outaouais (FAE) et Commission scolaire des Portages de l'Outaouais*, supra note 285 aux para 137 à 140.

⁴³³ DTE 2011T-12 aux para 318 à 320

travail ». ⁴³⁴ La salariée, qui avait déjà à l'embauche des handicaps physiques et psychologiques, bénéficiait une tâche de travail allégée. L'arbitre ajoute que la tentative d'accommodement de l'employeur a échoué faute de collaboration de la part de la salariée qui refuse la réaffectation dans un lieu éloigné de chez elle. Son manque de collaboration aux efforts de l'employeur et du syndicat pour trouver une solution, bien que leur proposition présente plusieurs contraintes pour la salariée, lui coûtera finalement son lien d'emploi. ⁴³⁵

Un autre exemple de refus de collaborer est celui d'un policier qui tenait fermement à compléter sa thérapie avant d'entreprendre un retour au travail progressif contrairement à l'opinion de l'arbitre médical nommé en vertu de la convention collective par le syndicat et l'employeur. Il s'est vu reprocher son manque de collaboration au processus d'accommodement ⁴³⁶, notamment parce qu'il a refusé de se présenter à une rencontre exigée par l'employeur et a voulu imposer certaines conditions pour sa participation à celle-ci ⁴³⁷.

Il a aussi été décidé dans l'affaire *McGill University Health Center Union (CSN) et McGill University Health Center (MUHC)* ⁴³⁸ qu'un employeur n'avait pas à conserver à l'emploi une salariée qui refusait de se soumettre aux recommandations de l'arbitre médical en matière de traitement de sa condition de santé mentale ⁴³⁹. La salariée a été amenée à l'hôpital psychiatrique contre son gré à la suite d'un événement survenu au travail. Puisque la salariée nie avoir un problème de santé mentale, elle refuse de subir quelque traitement que ce soit. Toutefois, cette personne a, en vertu de son droit à l'intégrité, droit fondamental, le droit de ne pas subir d'examen

⁴³⁴ *Québec (Ministère des Transports) et Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec (SFPQ)*, *supra* note 387 au para 96.

⁴³⁵ *Ibid* aux 104 à 107.

⁴³⁶ *Fraternité des policières et policiers de Montréal et Montréal (Ville de) (SPVM)*, *supra* note 374.

⁴³⁷ *Ibid* aux para 84 à 85.

⁴³⁸ *McGill University Health Center Union (CSN) et McGill University Health Center (MUHC)*, AAS 2012A-96.

⁴³⁹ *Ibid* aux para 51 et 86 à 90.

ou traitement médical contre son gré, sauf dans les cas exceptionnels prévus à la loi⁴⁴⁰. Bien que l'arbitrage médical indique un risque élevé de rechute dans le milieu de travail à moins qu'elle ne subisse un traitement, ni l'employeur ni l'arbitre ne peuvent l'y forcer. Dans une autre affaire similaire, l'arbitre a conclu que les traits de personnalités d'un salarié et son refus de prendre de la médication empêchaient toute réintégration du milieu de travail.⁴⁴¹ Malgré certaines protections légales, il nous apparaît qu'une personne salariée ne peut donc pas refuser de collaborer en refusant de respecter les recommandations de traitement d'un arbitre médical. À défaut de cette collaboration, l'employeur peut mettre fin à l'emploi. Le manque de collaboration de la personne salariée peut aussi être soulevé dans le contexte de conflits interpersonnels et être considéré comme facteur défavorable au maintien à l'emploi de celle-ci.

⁴⁴⁰ *Code civil*, *supra* note 16 arts 10 11, 13 et 26 ss et *Charte québécoise*, *supra* note 17 art 1.

⁴⁴¹ *Syndicat des enseignantes et enseignants du Cégep de Limoilou - CSN et Cégep de Limoilou*, *supra* note 358 aux para 459 à 464.

V. Synthèse et conclusion

L'analyse des sentences arbitrales que nous avons réalisée à la section précédente nous a permis d'avoir une meilleure compréhension de la façon dont l'obligation d'accommodement est appréhendée et appliquée par les arbitres québécois. Dans cette partie du texte, nous discuterons des résultats de cette étude.

1. Les objectifs divergents du droit et des meilleures pratiques de retour au travail

Nous avons choisi de consacrer le second chapitre aux meilleures pratiques de retour au travail développées par la littérature issue de la psychologie organisationnelle et de la gestion des incapacités. Cette littérature présente une vision du retour au travail bien différente de celle qui peut exister dans le cadre de l'obligation d'accommodement d'un employeur. En effet, les auteurs qui se penchent sur les meilleures pratiques pour la gestion du retour au travail cherchent à intervenir sur les déterminants de celui-ci. Ils visent aussi la prévention de l'apparition de problèmes de santé mentale au travail et à les gérer de la meilleure façon possible lorsque présents afin de maintenir ces personnes en emploi de façon durable et bénéfique. Ainsi, la recherche a mis de nombreux efforts à identifier les contraintes associées au milieu de travail et à trouver des moyens de les surmonter⁴⁴².

Par exemple, les auteurs St-Arnaud et Corbière suggèrent que le retour au travail avec une reprise graduelle des tâches de travail est bénéfique. Toutefois, celui-ci aura sensiblement moins de chances de succès s'il survient dans un contexte de surcharge chronique.⁴⁴³ La littérature a donc suggéré différentes pratiques et stratégies organisationnelles plutôt qu'individuelles visant à modifier l'environnement de travail pour favoriser la santé mentale au travail. En mettant l'accent sur les facteurs organisationnels, le fardeau d'adaptation n'est pas mis sur les épaules d'une

⁴⁴² *Supra* aux pp 34 ss.

⁴⁴³ *Supra* aux pp 47 ss.

personne salariée. Cette idée de transférer le fardeau d'adaptation à l'organisation est présente dans l'obligation d'accommodement de l'employeur telle que conçue par la Cour suprême du Canada⁴⁴⁴. Par contre, la transformation d'un emploi en un poste à temps partiel (avec les mêmes tâches ou des tâches modifiées) ne se retrouve que très peu dans la jurisprudence qui a été l'objet de notre étude et la capacité de reprendre le travail qui se limiterait à travailler à temps partiel a été rejetée dans certains cas⁴⁴⁵. Ainsi, l'incapacité à reprendre un emploi à temps plein, malgré les enseignements de la Cour suprême sur la possibilité d'offrir des horaires variables et d'assouplir la tâche suivant les capacités de l'entreprise, freine le retour au travail de plusieurs personnes salariées. Bien que dans au moins un cas, l'arbitre ait justifié son refus par les ressources limitées de l'employeur, aucun déplacement, élément aussi suggéré par la plus haute cour canadienne, n'a été envisagé⁴⁴⁶. Dans un marché du travail où les formes d'emploi atypiques se multiplient, n'y a-t-il pas lieu de considérer d'autres avenues afin de renforcer les possibilités des personnes handicapées de maintenir leur emploi malgré une capacité réduite de travail ? À titre d'exemple, les Pays-Bas ont introduit des dispositions législatives permettant le travail à temps partiel de toute personne, même si celle-ci a été initialement embauchée à temps plein.⁴⁴⁷

De plus, l'étendue de l'obligation d'accommodement n'est pas circonscrite de la même façon par tous les arbitres. Par exemple, pour certains le fardeau d'adaptation n'appartient pas à

⁴⁴⁴ *Hydro-Québec*, *supra* note 222 au para 17 : « Si une entreprise peut, sans en subir de contrainte excessive, offrir des horaires de travail variables ou assouplir la tâche de l'employé, ou même procéder à autoriser des déplacements de personnel, permettant à l'employé de fournir sa prestation de travail, l'employeur devra alors ainsi accommoder l'employé. »

⁴⁴⁵ *Syndicat de l'enseignement du Lac-Saint-Jean et Commission scolaire du Lac-Saint-Jean*, *supra* note 375 et *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 3561 et Centre de santé et de services sociaux du Témiscamingue*, *supra* note 378.

⁴⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁴⁷ J. Visser et al, « The Netherlands: from atypicality to typicality » dans S. Sciarra, P. Davies, et M. Freedland. éd, *Employment policy and the regulation of part-time work in the European Union: a comparative analysis*, 2014 Cambridge University Press, 190-222.

l'organisation si le pronostic de récurrence des symptômes ou d'épisodes de la maladie de la personne salariée est « sombre », selon un expert.⁴⁴⁸

Selon plusieurs auteurs, il incombe à l'employeur de réorganiser les tâches, modifier le poste ou encore les conditions de travail de son ou sa salarié(e). Ainsi, l'étude des déterminants d'un retour au travail réussi incite les employeurs à adopter des politiques de soutien du retour au travail afin de communiquer aux personnes salariées leur intérêt pour la protection de la santé mentale et à faire la promotion de pratiques saines à cet égard. Les employeurs sont d'ailleurs invités à adopter des pratiques de retour au travail qui seront appliquées systématiquement et qui encourageront un retour au travail coordonné et structuré. Similairement, l'employeur doit, toujours selon la littérature, coordonner le retour au travail en ayant du personnel impliqué à la seule coordination de celui-ci. Le retour au travail doit être planifié dans une approche collaborative où l'ensemble des informations sont communiquées entre les différents intervenants⁴⁴⁹.

La réalité des milieux de travail dont il est question dans les décisions que nous avons examinées précédemment semble bien différente. Mis à part deux cas impliquant des assureurs, les décisions ne font pas référence à des échanges au sujet d'un plan de retour au travail concerté entre les représentants de l'employeur, le syndicat et la personne salariée⁴⁵⁰. Au contraire, dans de nombreux cas, le plan de retour au travail émane du médecin de la personne salariée qui indique des tâches qui ne peuvent être accomplies ou des modalités de retour progressif au travail sur quelques semaines⁴⁵¹. Dans d'autres, plusieurs médecins ou professionnels mandatés par le syndicat ou

⁴⁴⁸ *Syndicat des professionnelles en soins de Montérégie-Centre et Centre intégré de santé et de services sociaux de la Montérégie-Centre*, *supra* note 371 au para 256.

⁴⁴⁹ *Supra* aux pp 38 ss.

⁴⁵⁰ *Commission scolaire des Grandes-Seigneuries et Association des professeurs de Lignery*, *supra* note 276 et *Syndicat des professionnelles et professionnels de commissions scolaires du sud de La Montérégie (SPPSM)* et *Commission scolaire des Grandes-Seigneuries*, *supra* note 350. Dans ce second cas, les parties ne sont pas parvenues à s'entendre et l'arbitre a maintenu la décision de l'employeur de mettre fin au lien d'emploi de la personne salarié.

⁴⁵¹ *Centre de réadaptation Lucie-Bruneau et Syndicat régional des professionnelles en santé du Québec (FIQ)*, *supra* note 362.

l'employeur tentent d'évaluer la personne afin de déterminer les limitations de celles-ci : sa capacité d'effectuer ses tâches normales de travail⁴⁵², sa capacité de travailler à temps plein⁴⁵³, la possibilité que des rechutes surviennent⁴⁵⁴, sa capacité d'effectuer un autre emploi⁴⁵⁵, etc. En résultent des litiges sur les différents éléments évalués par ces personnes, généralement qualifiées d'« experts », et où la collaboration entre les parties est laissée à l'appréciation du décideur.

Quant à la mise en place des mesures d'accommodement, nécessaire selon les auteurs pour favoriser le retour au travail⁴⁵⁶, elle est une des questions principales à trancher pour les décideurs impliqués dans les décisions que nous avons analysées. Toutefois, la question n'est pas : quels sont les accommodements les mieux à même d'assurer le retour au travail de la personne concernée ? La question juridique soulevée dans la jurisprudence est : est-ce que le processus d'accommodement entrepris par l'employeur a été adéquat en regard de ses obligations légales ?

La jurisprudence examinée, s'appuyant sur les principes juridiques élaborés par la Cour suprême du Canada, s'enquière de savoir si l'employeur a tenté toutes les mesures d'accommodement raisonnable, c.-à-d. qui ne lui font pas supporter une contrainte excessive, qui permettraient à la personne d'offrir sa prestation de travail⁴⁵⁷.

Le droit ne peut pas changer les événements passés, mais peut aspirer à modifier les pratiques et comportements des parties en jugeant de leur conformité avec leurs obligations et en imposant des sanctions lorsqu'il y a manquement. La décision d'un employeur de refuser un accommodement et même de congédier une personne en raison de son absentéisme et/ou son incapacité à travailler est

⁴⁵² *Résidence Angelica inc et Fédération interprofessionnelle de la santé du Québec (FIQ)*, *supra* note 372.

⁴⁵³ *Syndicat de l'enseignement du Lac-Saint-Jean et Commission scolaire du Lac-Saint-Jean*, *supra* note 375.

⁴⁵⁴ *Syndicat des professionnelles en soins de Montérégie-Centre et Centre intégré de santé et de services sociaux de la Montérégie-Centre*, *supra* note 371.

⁴⁵⁵ *Casino Lac-Leamy et Syndicat des croupiers du Casino du Lac-Leamy, section locale 3993, SCFP*, *supra* note 287. Voir aussi *Montréal (Ville de) c Veilleux*, *supra* note 295 où la CSST s'est prononcée sur l'emploi que la salariée pouvait exercer chez l'employeur.

⁴⁵⁶ *Supra* aux pp 45 ss.

⁴⁵⁷ *Hydro-Québec*, *supra* note 222 au para 14.

ainsi maintenue ou infirmée suivant le jugement du décideur. Cela peut aussi se traduire en mesures favorables à la personne salariée qui a été congédiée. La personne pourrait donc être réintégrée dans son travail avec⁴⁵⁸ ou sans mesure d'accommodement⁴⁵⁹, indemnisée pour le salaire perdu à la suite du congédiement ou une partie de celui-ci⁴⁶⁰ ou encore avoir l'opportunité de négocier à nouveau sa réintégration dans son travail ou un autre poste⁴⁶¹.

Toutefois, dans la vaste majorité des cas, le décideur examine l'ensemble des faits en cause, fidèlement aux exigences de la CSC⁴⁶²; il s'attarde aux actions posées par l'employeur par ses représentants, à l'évolution de la maladie, aux actions de la personne salariée ainsi qu'à la collaboration de chacune des parties au processus d'accommodement⁴⁶³.

Qui plus est, la sentence arbitrale n'est rendue que plusieurs mois voire des années après la décision de l'employeur de ne pas ou de ne plus accommoder la personne salariée⁴⁶⁴. Notre étude nous a permis d'observer que dans la plupart des cas, le lien d'emploi a été rompu et que la personne salariée se bat pour retourner dans son emploi malgré une longue absence et des conflits irrésolus avec l'employeur ou encore avec des collègues de travail. Cette situation n'est pas idéale pour un

⁴⁵⁸ *Syndicat des métallos, section locale 6818* et *Sivaco Québec, groupe de tréfileries Sivaco*, *supra* note 319 et *Syndicat international des travailleuses et travailleurs de la boulangerie, confiserie, tabac et meunerie, section locale 55 (FAT, COI, CTC, FTQ)* et *Multi-marques inc., Boulangerie Pom*, *supra* note 321.

⁴⁵⁹ *Fédération des professionnelles et professionnels de la santé et des services sociaux du Québec STEPSSSQ (FP-CSN)* et *CSSS XYZ*, *supra* note 393.

⁴⁶⁰ *Université de Sherbrooke* et *Syndicat des employées et employés de soutien de l'Université de Sherbrooke*, *supra* note 282 et *Syndicat de l'enseignement de l'Outaouais (FAE)* et *Commission scolaire des Portages de l'Outaouais*, *supra* note 285. Voir cependant *Syndicat des travailleuses et travailleurs de LM Wind Power (CSN)* et *Pales d'éolienne LM (Canada) inc./LM Wind Power Blades (Canada) Inc.*, *supra* note 312 où la réintégration a été ordonnée sans aucune indemnité pour le salaire perdu.

⁴⁶¹ *Syndicat de professionnelles et de professionnels du Québec et Québec (Ministère de l'Agriculture, des Pêcheries et de l'Alimentation)*, *supra* note 275.

⁴⁶² *CUSM*, *supra* note 233 au para 33.

⁴⁶³ *Syndicat national des employés de garage du Québec inc. (CSD)* et *Auto Métivier inc./Lévis Toyota inc.*, *supra* note 397.

⁴⁶⁴ Par exemple, dans l'affaire *Syndicat des professionnelles et professionnels en soins de santé du Sud-Ouest et de Verdun (FIQ)* et *Centre de santé et de services sociaux du Sud-Ouest—Verdun*, *supra* note 364 il s'est écoulé environ 4 ans et demi entre le refus de l'employeur de permettre un retour progressif et la décision de l'arbitre de grief qui a rejeté les griefs de la salariée.

retour au travail réussi, alors que les auteurs suggèrent qu'une longue absence du marché du travail est un frein à la réintégration au marché du travail⁴⁶⁵.

Par ailleurs, cette étude ne nous a permis que de rapporter les affaires soumises à un décideur. Nos recherches portent sur les cas soumis aux décideurs administratifs, qui sont d'ailleurs ceux qui ont la plus importante compétence leur permettant d'examiner l'obligation d'accommodement dans le cadre d'une relation d'emploi. Parmi les décisions que nous avons retenues, il s'agit majoritairement de décisions issues de milieux de travail syndiqués (dans 85 % des cas), ce qui représente environ 40 % de la population en emploi au Québec⁴⁶⁶. Il faut donc en conclure qu'un grand nombre de situations où l'obligation d'accommodement d'un employeur pourrait entrer en jeu ne sont pas judiciairisées ou encore que les acteurs n'ont pas fait valoir cette obligation dans le cadre du recours entrepris.

2. La collaboration des parties

La littérature issue de la psychologie organisationnelle et de la gestion des incapacités dont nous avons fait état invite les acteurs des milieux de travail à collaborer les uns avec les autres au courant de l'invalidité d'une personne salariée, mais aussi dans le cadre de son retour au travail⁴⁶⁷. Le processus d'arbitrage est un mode de règlement des litiges qui prend une forme contradictoire en opposant l'association représentant la personne salariée et l'employeur. Toutefois, il ressort de notre analyse de la jurisprudence arbitrale qu'une collaboration entre les parties dans tout le processus d'accommodement doit avoir lieu de la part tant de l'employeur via ses représentants

⁴⁶⁵ St-Arnaud et Briand, *supra* note 3 aux pp 343 à 345.

⁴⁶⁶ Institut de la statistique du Québec, *Regard statistique sur la couverture syndicale au Québec, ailleurs au Canada et dans les pays de l'OCDE*, Gouvernement du Québec, 2014 à la p 11.

⁴⁶⁷ *Supra* aux pp 41 ss.

que de la personne salariée et de son syndicat qui a une obligation de juste représentation⁴⁶⁸ et d'accommodement⁴⁶⁹.

Cette collaboration des parties au processus menant à l'accomplissement de l'obligation d'accommodement de l'employeur est modulée en fonction de certains facteurs organisationnels. Par exemple, la taille de l'entreprise ainsi que ses ressources tant humaines que financières peuvent influencer jusqu'à quel point l'employeur se doit de collaborer au processus. Il peut notamment devoir accorder un nouveau poste ou des tâches modifiées à une personne salariée⁴⁷⁰. Sa collaboration peut aussi s'étendre à faire preuve de patience en maintenant le lien d'emploi d'une personne pendant une longue invalidité, faute de quoi le congédiement administratif imposé sera renversé⁴⁷¹.

Il demeure que l'employeur ne peut généralement refuser une offre raisonnable ou ne faire preuve d'aucune initiative, alors qu'il n'a considéré aucune autre option⁴⁷². En effet, cet enseignement de la Cour suprême, soit l'exigence pour l'employeur de considérer toutes les avenues raisonnables, c.-à-d. qui ne lui font pas subir une contrainte excessive, afin de permettre à la personne salariée d'offrir sa prestation de travail,⁴⁷³ est assez présent dans le raisonnement des arbitres de grief. Par exemple, dans *Syndicat des métallos, section locale 6818 et Sivaco Québec, groupe de tréfileries Sivaco*⁴⁷⁴, l'arbitre rappelle aux parties patronale et syndicale leur manque d'initiative et de collaboration à l'égard de la recherche d'un accommodement approprié. Ce faisant l'arbitre, bien qu'il entérine la décision de l'employeur de ne pas permettre un retour progressif au travail vu la

⁴⁶⁸ En vertu de l'article 47.2 du *Ct*, *supra* note 7. Voir aussi *Noël c Société d'énergie de la Baie James*, 2001 CSC 39 aux para 46 à 55.

⁴⁶⁹ Au sujet de l'obligation d'accommodement de l'association de salariés, voir Brunelle, *supra* note 52.

⁴⁷⁰ *Montréal (Ville de) c Veilleux*, *supra* note 295.

⁴⁷¹ *Commission scolaire des Grandes-Seigneuries et Association des professeurs de Lignery*, *supra* note 276.

⁴⁷² *Ibid.*

⁴⁷³ *Hydro-Québec*, *supra* note 222 au para 17.

⁴⁷⁴ *Supra* note 319.

longue absence du salarié, retourne les parties à la négociation de mesures d'accommodement raisonnables. Par contre, un autre arbitre a indiqué qu'un employeur pourrait refuser un retour progressif en vue de se ménager la possibilité de congédier la personne salariée qui a un lourd absentéisme et un mauvais pronostic⁴⁷⁵. La collaboration de l'employeur est donc subordonnée à une évaluation complète de ses obligations en vertu de son obligation d'accommodement.

Cependant, la collaboration exigée de la personne salariée est assez rigoureuse ; celle-ci va jusqu'à imposer de suivre un traitement médical pour obtenir le droit de retourner dans son milieu de travail⁴⁷⁶. Toutefois, dans une autre décision, l'arbitre a conclu que l'employeur ne pouvait pas forcer un salarié à prendre une entente le forçant à entreprendre une psychothérapie.⁴⁷⁷ Nous sommes très inquiets de cette jurisprudence contradictoire sur la question de l'imposition forcée d'un traitement de la condition de santé mentale d'une personne salariée. Il nous apparaît que les décideurs ne peuvent faire abstraction des notions juridiques de consentement aux soins et du droit fondamental d'une personne à son intégrité physique et mentale⁴⁷⁸.

Par ailleurs, une personne salariée ne peut généralement imposer ses propres conditions de retour au travail, par exemple pour terminer une thérapie entreprise, et peut se voir taxer de non-collaboration dans l'éventualité où elle se refuse de se présenter suite à un rappel au travail clair dans un contexte où des médecins concluent que le retour au travail progressif est possible⁴⁷⁹.

Dans le cas de conflits entre collègues de travail ou avec le supérieur où l'arbitre ne conclut pas qu'il y a eu harcèlement, l'attitude et les comportements de la personne qui a invoqué le

⁴⁷⁵ *Syndicat des professionnelles et professionnels en soins de santé du Sud-Ouest et de Verdun (FIQ) et Centre de santé et de services sociaux du Sud-Ouest—Verdun*, supra note 364 aux para 293 à 296.

⁴⁷⁶ *McGill University Health Center Union (CSN) et McGill University Health Center (MUHC)*, supra note 438.

⁴⁷⁷ *Unifor, SNEAA, section locale 1937 et Rio Tinto (Alcan) (usines du Complexe Jonquière)*, supra note 315 au para 682 à 693.

⁴⁷⁸ *Supra* aux pp 102 ss.

⁴⁷⁹ *Fraternité des policières et policiers de Montréal et Montréal (Ville de) (SPVM)*, supra note 374.

harcèlement peuvent nuire au maintien de son lien d'emploi.⁴⁸⁰ Les difficultés vécues par la personne salariée dans le milieu de travail lui sont alors imputées et peuvent constituer un refus de collaborer à améliorer le climat de l'équipe de travail⁴⁸¹ ou à trouver un compromis, par exemple en imposant ses propres contraintes pour une relocalisation.⁴⁸² La collaboration de la personne salariée à une démarche d'accommodement ou de retour au travail apparaît ainsi nécessaire. Le défaut de collaborer de la personne salariée peut ainsi être un des facteurs menant à la décision d'un arbitre de maintenir un congédiement.

Ce faisant, il apparaît que l'employeur tout comme la personne salariée ont un devoir important, malgré les conflits ou les difficultés d'entente, de prendre part au processus d'accommodement découlant de l'obligation de l'employeur. L'arbitre Marcel Morin résume ainsi cette obligation de collaborer du point de vue de la personne salariée :

[Le salarié] devra également collaborer avec son Employeur dans la recherche d'accommodements lui permettant d'avoir des relations plus harmonieuses avec ses confrères de travail et avec la direction.⁴⁸³

3. La protection contre la discrimination : l'obligation d'accommodement et la contrainte excessive

3.1 L'influence du milieu de travail sur les possibilités d'accommodement et sur la contrainte excessive

L'atteinte de la contrainte excessive est influencée par les caractéristiques du milieu de travail. En effet, les contraintes organisationnelles ont un impact sur l'étendue de l'obligation d'accommodement. Il est important de souligner que nous avons examiné des décisions concernant

⁴⁸⁰ *Québec (Ministère des Transports) et Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec (SFPQ)*, *supra* note 387 aux 104 à 107.

⁴⁸¹ *Syndicat des enseignantes et enseignants du Cégep de Limoilou - CSN et Cégep de Limoilou*, *supra* note 358 au para 65.

⁴⁸² *Syndicat de la fonction publique et Québec (Gouvernement du)*, *supra* note 433 aux para 318 à 320

⁴⁸³ *Syndicat national des employés de garage du Québec inc (CSD) et Auto Métivier inc/Lévis Toyota inc*, *supra* note 463 au para 105.

des milieux de travail syndiqués, qui sont dans plusieurs cas des milieux de travail de plus grande taille avec des ressources financières, matérielles et humaines qui n'ont rien en commun avec les petites entreprises. Leur marge de manœuvre est bien plus grande que celle de petits milieux de travail qui n'ont ni les ressources ni l'expérience voulue pour mettre en place des mesures d'accommodement plus significatives et qui se trouvent souvent à hypothéquer l'aspect « relationnel » du lien d'emploi lorsque surgissent des conflits liés à l'arrêt de travail ou à la possibilité du retour au travail⁴⁸⁴.

Même au sein de grands réseaux, tels que celui de la santé et des services sociaux, de petits établissements régionaux peuvent subir d'importantes contraintes quant au retour au travail⁴⁸⁵. L'arbitre dans une affaire a déterminé qu'un retour au travail sur une longue période était une contrainte trop grande pour un Centre de santé et de services sociaux qui emploie 600 personnes et se trouve dans une région éloignée⁴⁸⁶. Toutefois, dans d'autres centres de régions éloignées, des accommodements étendus ont été maintenus par l'arbitre.⁴⁸⁷ Dans ce cas, les accommodements avaient été consentis dès l'embauche et visaient plutôt les tâches de travail et non pas une reprise du travail à temps partiel ou une reprise graduelle.

D'autres décisions qui concernent plutôt l'appareil gouvernemental limitent la mobilité dans le cadre de l'obligation d'accommodement au ministère où la personne salariée a un lien d'emploi.⁴⁸⁸ Ainsi, l'obligation du gouvernement en tant qu'employeur de trouver un poste qui convient aux limitations fonctionnelles d'une personne souffrant de problèmes de santé mentale ne s'étendrait pas à l'ensemble des ministères et organismes gouvernementaux.

⁴⁸⁴ Eakin, *supra* note 195 aux pp 25 à 29.

⁴⁸⁵ *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 3561 et Centre de santé et de services sociaux du Témiscamingue*, *supra* note 378.

⁴⁸⁶ *Ibid* aux para 71 à 78.

⁴⁸⁷ *Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux (APTS) et Comité patronal de négociation du secteur de la santé et des services sociaux (CPNSSS) — CSSS du Rocher-Percé*, *supra* note 290.

⁴⁸⁸ *Québec (Curateur public) et Association des juristes de l'État*, *supra* note 392.

Dans un centre de la petite enfance, un accommodement n'a d'ailleurs pas été possible vu la petite taille de l'entreprise où l'arbitre a jugé que les périodes d'absence fréquentes de la salariée « ne [peuvent] que causer des inconvénients pour l'employeur ». ⁴⁸⁹

Un grand employeur tel une université devra ainsi mettre en place un retour au travail progressif assorti de conditions favorisant la réintégration. ⁴⁹⁰ L'arbitre est dans ce cas allé jusqu'à fournir des paramètres pour ces conditions, par exemple le retour progressif, une formation de mise à niveau, une reprise des tâches suivant le rythme du salarié et un support quotidien de celui-ci. ⁴⁹¹

Encore au sein de l'appareil gouvernemental, grand employeur québécois, un autre arbitre a refusé la possibilité que le reclassement ou la rétrogradation des personnes salariées, ce qui est prévu dans plusieurs conventions collectives ⁴⁹², soit effectué à n'importe quel poste sans tenir compte de la formation et de l'expérience de la personne salariée. ⁴⁹³

3.2 La gestion de l'absentéisme

La gestion de l'absentéisme fait l'objet de recommandations assez claires dans la littérature qui insiste sur la séparation de la gestion médico-administrative des autres aspects de la gestion du retour au travail. ⁴⁹⁴ Dans la jurisprudence, la gestion médico-administrative de l'absence du travail en raison d'un problème de santé mentale prend une importance particulière dans le cadre des régimes d'assurance-salaire.

⁴⁸⁹ *Syndicat des travailleuses et travailleurs en petite enfance de la Montérégie - CSN et Centre de la petite enfance Alakazoum inc*, *supra* note 403 aux para 33 à 34.

⁴⁹⁰ *Université de Sherbrooke et Syndicat des employées et employés de soutien de l'Université de Sherbrooke*, *supra* note 282 au para 56.

⁴⁹¹ *Ibid* au para 59.

⁴⁹² Par exemple dans la convention collective des professionnel·les du Gouvernement du Québec en vigueur entre 2015 et 2020, il est prévu :

3-1.09. Lorsque l'employée ou l'employé ne peut plus, pour cause d'invalidité, exercer les attributions caractéristiques de sa classe d'emplois, elle ou il peut demander à la ou au sous-ministre sa réorientation professionnelle [...].

⁴⁹³ *Québec (Curateur public) et Association des juristes de l'État*, *supra* note 392 au para 397.

⁴⁹⁴ *Supra* aux pp 38 ss.

Par exemple, dans une affaire où la salariée avait une condition physique dégénérative en plus d'une condition psychologique, l'arbitre a forcé l'employeur à maintenir les conditions d'accommodement qui prévalaient jusqu'au congédiement, soit une prestation de 50 % de la tâche de la salariée. L'autre 50 % du temps de travail est compensé par de l'assurance-salaire⁴⁹⁵. Cette décision est toutefois une exception. Dans la plupart des cas où les arbitres ont fait mention de l'assurance-salaire, il s'agissait avant tout de souligner son rôle dans la gestion de l'absentéisme. En effet, certains décideurs sont d'avis qu'il s'agit d'une mesure d'accommodement vu la compensation financière reçue par la personne salariée durant son ou ses absences.⁴⁹⁶ D'autres décisions soulignent que l'assurance-salaire est une des mesures offertes à la personne salariée, en contrepartie de laquelle l'employeur peut exiger des certificats médicaux attestant de l'invalidité et de sa durée. Par exemple, dans un cas, l'arbitre souligne que l'employeur se devait de considérer aussi les autres mesures d'accommodement prévues à la convention collective et non seulement l'assurance-salaire, soit le retour progressif et l'attribution de tâches temporaires.⁴⁹⁷

Dans un autre cas, l'arbitre fait valoir que l'employeur ne saurait se plaindre que l'absence prolongée est une contrainte puisque des prestations d'invalidité sont prévues à courts et à long terme à titre de solution à cette situation.⁴⁹⁸

L'assurance-salaire semble toutefois avoir l'effet pernicieux de permettre à l'employeur de rester passif durant l'absence de la personne salariée. L'échange des certificats médicaux avec l'assureur et le personnel attitré à la gestion médico-administrative devient la principale forme de

⁴⁹⁵ *Syndicat de l'enseignement de l'Outaouais (FAE) et Commission scolaire des Portages-de-l'Outaouais*, *supra* note 285.

⁴⁹⁶ *Casino du Lac-Leamy et Syndicat des croupiers du Casino du Lac Leamy (SCFP, section locale 3993)*, *supra* note 287 au para 419.

⁴⁹⁷ *Commission scolaire de Montréal et Syndicat des professionnelles et professionnels du milieu de l'éducation de Montréal (SPPMEM-CSQ)*, *supra* note 263 aux para 62 et 96 à 100.

⁴⁹⁸ *Fédération des professionnelles et professionnels de la santé et des services sociaux du Québec STEPSSSQ (FP-CSN) et CSSS XYZ*, *supra* note 393.

communication entre ceux-ci. Dans d'autres cas, l'employeur obtient des informations sur la condition de santé de la personne salariée via une expertise médicale qui vise avant tout à déterminer la capacité ou l'incapacité de revenir au travail. La reprise de communication ne survient qu'au moment où une reprise du travail, progressive ou à plein temps, est possible. Les discussions visent la capacité ou l'incapacité de la personne et mettent de côté les mesures qui rendraient celle-ci capable de reprendre sa prestation de travail. Cette discussion a toutefois lieu dans des cas impliquant l'appareil gouvernemental où le syndicat tente de cibler d'autres postes que la personne salariée pourrait occuper.⁴⁹⁹

Certes, l'assurance invalidité diminue les impacts financiers de l'arrêt de travail de la personne salariée. Cependant, cela peut constituer un frein aux discussions entre les parties puisqu'il y a moins d'incitatifs à un retour au travail hâtif ou progressif. Il nous faut aussi admettre que bien que ce genre de retour au travail puisse avoir des avantages, il pourrait aussi comporter des risques (notamment la rechute du problème de santé mentale) qui auront des impacts significatifs sur les deux parties.

3.3 Les absences longues ou fréquentes

La jurisprudence que nous avons analysée indique que la possibilité d'en arriver à un accommodement diminue suivant la longueur ou la fréquence de l'absence du travail. En effet, dans ces cas, les employeurs ne sont pas enclins à accommoder et maintenir le lien d'emploi et les arbitres, dans de nombreux cas, considéreront que le maintien du lien d'emploi ou l'octroi de mesures d'accommodement serait une contrainte excessive pour l'employeur.

⁴⁹⁹ *Québec (Ministère des Transports) et Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec (SFPQ)*, *supra* note 434 et *Québec (Curateur public) et Association des juristes de l'État*, *supra* note 392.

Qui plus est, la question de l'absentéisme, sa fréquence, sa durée et sa comparaison avec celle du reste des salarié(e)s est centrale dans plusieurs décisions⁵⁰⁰. Il nous semble que cette question de l'absentéisme ne peut remplacer la question de la capacité d'offrir sa prestation de travail qui elle fait partie de l'analyse de la Cour suprême dans *Hydro-Québec*⁵⁰¹.

Bien que l'absentéisme puisse être un reflet de l'incapacité de la personne à reprendre sa prestation de travail, l'analyse de cette composante ne devrait pas se faire au détriment de l'examen d'autres mesures d'accommodement que la tolérance de l'absentéisme : le retour progressif, la modification de l'horaire de travail, l'octroi d'un autre poste ou l'aménagement des tâches de travail. Les sentences arbitrales, nous ont permis d'observer que les possibilités qu'un horaire de travail ou que les tâches soient modifiés de façon permanente, tout en permettant à une personne salariée de conserver le même poste de travail, sont grandement limitées bien que ces possibilités soient suggérées par la décision *Hydro-Québec*⁵⁰². Pourtant, la modification des conditions ou de la tâche de travail sont des éléments particulièrement importants pour assurer une prestation de travail chez les personnes souffrant de problèmes de santé mentale⁵⁰³.

3.4 Les questionnaires médicaux

Deux des décisions examinées traitent de l'enjeu des questionnaires médicaux ne faisant pas mention d'une condition de santé mentale préexistante, de la prise d'un médicament ou encore d'hospitalisations⁵⁰⁴. Dans ces deux cas, l'employeur a pu valablement mettre fin à l'emploi en raison de son absence de connaissance de l'ensemble des éléments pertinents à sa décision

⁵⁰⁰ Voir par exemple *Union des employées et employés de service, section locale 298 et Centre de santé et de services sociaux de Kamouraska*, *supra* note 428 et *Centre de réadaptation Lucie-Bruneau et Syndicat régional des professionnelles en santé du Québec (FIQ)*, *supra* note 451.

⁵⁰¹ *Hydro-Québec*, *supra* note 222.

⁵⁰² *Ibid* au para 14.

⁵⁰³ *Supra* aux pp 45 ss.

⁵⁰⁴ *Unifor, section locale 143 et Goodyear Canada inc*, *supra* note 418 aux para 123 à 125, 130 et 147 et *Association des policières et policiers provinciaux du Québec c Sûreté du Québec*, *supra* note 421 aux para 67 et 71 à 73.

d'embaucher la personne salariée. Ce mensonge ou cette omission est donc un empêchement à l'examen de l'obligation d'accommodement de l'employeur. Ces décisions sont en ligne avec l'affaire *SIIIACQ* où la Cour d'appel conclut que le consentement de l'employeur est vicié en raison de la non-divulgence de certaines conditions de santé, information qui s'avérerait « raisonnablement nécessaire » pour décider si la personne avait les aptitudes requises pour l'exercice de l'emploi⁵⁰⁵. Ces questionnaires sont donc certes invasifs quant aux renseignements médicaux requis, mais justifiés selon la Cour d'appel du Québec dans la mesure où l'employeur peut établir un lien avec les exigences de l'emploi. Cette permission doit cependant être conciliée avec les propos de la Cour d'appel qui ajoute qu'au niveau de la sélection des candidats à l'emploi, l'employeur ne peut pas sélectionner les candidat(e)s qui lui semblent présenter le moins de risque d'absentéisme et les plus susceptibles d'offrir une prestation de travail parfaite⁵⁰⁶. Il y a lieu de se demander si, dans l'affaire *SIIIACQ*, le plaignant aurait été embauché s'il avait énoncé l'ensemble de ses conditions de santé mentale présentes et passées. Toutefois, nos recherches se sont limitées à la question de l'accommodement en cours de lien d'emploi et ne visaient pas la discrimination à l'embauche.

4. L'arbitre de grief

4.1 L'influence de celui qui tranche

L'arbitre de grief a une position différente à l'égard des parties en comparaison avec les autres tribunaux québécois. Outre qu'il s'agisse du domaine particulier des relations de travail et de droit administratif, il s'agit d'une forme de justice où les parties peuvent s'entendre sur le choix de leur décideur. Par ailleurs, même si sa nomination devait provenir du Ministre du travail⁵⁰⁷, l'arbitre est

⁵⁰⁵ *Syndicat des infirmières, inhalothérapeutes, infirmières auxiliaires du Coeur du Québec (SIIIACQ) c Centre hospitalier régional de Trois-Rivières*, *supra* note 415 aux para 59 et 69.

⁵⁰⁶ *Ibid* au para 69.

⁵⁰⁷ *Ct*, *supra* note 7 art 100.

rémunéré par les parties. Il s'agit d'une forme de justice privée⁵⁰⁸. Il faut aussi rappeler que l'employeur et le syndicat, ce dernier prenant fait et cause pour la personne salariée dans le cadre du grief, sont les parties à l'arbitrage.

L'arbitre en tant que décideur administratif dispose aussi d'une large discrétion. Sa décision repose à la fois sur le droit, l'équité, la « bonne conscience » et sur l'ensemble du contexte des relations entre les parties.⁵⁰⁹ Dans certains cas, la preuve peut s'étendre à une preuve extrinsèque, notamment aux faits entourant la négociation de la convention collective, ou encore à une pratique passée de l'employeur⁵¹⁰.

Qui plus est, les parties pourraient choisir de ne pas se conformer à la décision de l'arbitre ou lui demander de réserver sa compétence quant à certaines questions, notamment les mesures de redressement applicables à une situation. En effet, la négociation prend une place particulière dans ce domaine de droit. Bien que les décisions arbitrales puissent faire l'objet d'un contrôle judiciaire de la Cour supérieure⁵¹¹, cette cour fait preuve d'une grande déférence à l'égard des décisions rendues dans le cadre de la compétence des arbitres de grief⁵¹². Ainsi, les arbitres ont toute la latitude voulue pour interpréter les faits et le droit applicable, dont fait partie la convention collective.

La jurisprudence à l'étude nous a aussi permis de constater le rôle de l'arbitre dans la répartition des inconvénients d'une absence pour maladie et du retour au travail. Par exemple, un arbitre a conclu à la réintégration de la personne salariée, mais n'a pas accordé le versement du salaire perdu pendant la période entre le congédiement et la réintégration. Se basant sur une disposition de la

⁵⁰⁸ Voir à ce sujet Morin et Blouin, *supra* note 50 2012 au para IV.54.

⁵⁰⁹ *Ct, supra* art 79.

⁵¹⁰ Morin et Blouin, *supra* note 50 au para VII.30 et suivants quant à la preuve extrinsèque et II.54 et suivants quant à la pratique passée.

⁵¹¹ Article 529 al 1 (2) du *Code de procédure civile du Québec*, RLRQ c CCQ-1991.

⁵¹² *Dunsmuir c Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9 aux para 47 à 50.

convention collective qui lui permet de « rendre toute autre décision jugée équitable dans les circonstances », l'arbitre « [ordonne] la réintégration du travailleur mais sans compensation et [il voudrait] qu'il [le travailleur] comprenne qu'il lui incombe désormais de démontrer à l'employeur sa capacité d'effectuer un travail normal sur une base régulière ». ⁵¹³ Dans d'autres cas, les arbitres ont préféré retourner les parties négocier les mesures d'accommodement, en précisant ou non les modalités de ces négociations. ⁵¹⁴ L'arbitre lance ainsi toute la place aux parties pour s'entendre à ce qui convient le mieux à leur situation. Il nous apparaît que dans ces cas, l'arbitre, bien qu'il soit compétent pour rendre une décision fondée sur les circonstances particulières d'un milieu de travail, reconnaît par ailleurs que les parties demeurent toujours et encore les mieux placées pour prendre la décision qui convient le mieux. Qui plus est, puisque la personne salariée n'est pas une partie, son emploi et elle sont l'objet de discussions, mais celle-ci n'est pas au centre des discussions.

4.2 Le rôle du décideur

Ces sentences arbitrales nous en apprennent beaucoup sur la perception des arbitres quant à leur rôle de décideur. Une des facettes de celui-ci est de relativiser les positions de chacune des parties quant à la demande d'accommodement. Ainsi l'obligation d'accommodement de l'employeur est mise en relation avec notamment le pronostic de récurrence de la maladie ⁵¹⁵. Les arbitres prennent d'ailleurs différentes approches à cet égard : certains appliquent les statistiques à l'égard de l'évolution de la condition de santé de la personne salariée ⁵¹⁶, alors que d'autres insistent pour

⁵¹³ *Syndicat des travailleuses et travailleurs de LM Wind Power (CSN) et Pales d'éolienne LM (Canada) inc./LM Wind Power Blades (Canada) Inc*, *supra* note 312 à la p 37.

⁵¹⁴ *Unifor, SNEAA, section locale 1937 et Rio Tinto (Alcan) (usines du Complexe Jonquière)*, *supra* note 315.

⁵¹⁵ *Centre de santé et de services sociaux d'Argenteuil et Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux (APTS)*, *supra* note 268 aux para 165 à 167 et *Fédération des professionnelles et professionnels de la santé et des services sociaux du Québec STEPSSSQ (FP-CSN) et CSSS XYZ*, *supra* note 275 à la p 53.

⁵¹⁶ *Syndicat des employés et employées de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (FP-CSN) et Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, *supra* note 348.

individualiser les statistiques suivant la situation de celle-ci⁵¹⁷. À cet égard, plusieurs arbitres prennent position quant à l'application du « principe » que « le passé [soit] garant de l'avenir » pour l'adopter ou le rejeter à la lumière des antécédents d'absentéisme. Dans plusieurs cas où la personne salariée a de multiples conditions de santé, le fardeau de preuve est reporté sur les épaules du syndicat pour faire la preuve que la prestation de travail s'améliorera.⁵¹⁸

Cette emphase sur le pronostic et ses conséquences pour le milieu de travail fait en sorte que les arbitres s'écartent de l'enjeu nommé par la Cour suprême dans l'arrêt *Hydro-Québec*, soit « l'obligation d'aménager, si cela ne lui [l'employeur] cause pas une contrainte excessive, le poste de travail ou les tâches de l'employé pour lui permettre de fournir sa prestation de travail »⁵¹⁹ pour mettre l'accent sur la seule question de la « [capacité] de fournir sa prestation de travail dans un avenir raisonnablement prévisible ». ⁵²⁰ Nous sommes d'avis qu'il faut d'abord s'attarder aux mesures d'accommodement qui peuvent être mises en place en regard des contraintes du milieu de travail et non pas faire échec à cet examen sur la base d'un pronostic de rechute dans le cas où des mesures d'accommodement permettraient le retour au travail. Nous insistons à nouveau sur l'objectif premier de l'obligation d'accommodement qui doit être le fondement de l'analyse réalisée par les arbitres :

[14] Comme le dit la juge L'Heureux-Dubé, les mesures d'accommodement ont pour but de permettre à l'employé capable de travailler de le faire. En pratique, ceci signifie que l'employeur doit offrir des mesures d'accommodement qui, tout en n'imposant pas à ce dernier de contrainte excessive, permettront à l'employé concerné de fournir sa prestation de travail. L'obligation d'accommodement a pour objet d'empêcher que des

⁵¹⁷ *Centre de santé et de services sociaux d'Argenteuil et Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux (APTS)*, *supra* note 268.

⁵¹⁸ *Union des employées et employés de service, section locale 298 et Centre de santé et de services sociaux de Kamouraska*, *supra* note 340.

⁵¹⁹ *Hydro-Québec*, *supra* note 222 au para 16.

⁵²⁰ *Ibid* au para 18.

personnes par ailleurs aptes ne soient injustement exclues, alors que les conditions de travail pourraient être adaptées sans créer de contrainte excessive.⁵²¹

De nombreuses conditions de santé mentale présentent des risques de rechute importants, particulièrement du point de vue statistique. Toutefois, cette rechute ne signifie pas nécessairement qu'un nouvel arrêt de travail ou qu'un arrêt de travail de longue durée s'en suivra. L'employeur pourra d'ailleurs réévaluer sa capacité d'accommoder la personne salariée, le cas échéant. Le risque de rechute ne devrait pas nécessairement entraîner la conclusion que la reprise de la prestation de travail dans un avenir prévisible est plus improbable que probable suivant les circonstances propres à chaque cas. C'est cependant l'approche de plusieurs arbitres.⁵²²

Cette insistance sur le pronostic de rechute de la condition de santé mentale impose un fardeau important à la personne salariée pour obtenir le renversement de son congédiement ou du refus de l'accommoder. Le pronostic n'est pas un des critères retenus par la Cour suprême du Canada et ne doit pas dérouter l'examen des enjeux en cause dans le cadre de l'obligation d'accommodement de l'employeur. Cette approche peut encourager la discrimination des personnes salariées ayant des problèmes de santé mentale vu leur nature particulière, notamment leur récurrence et la récupération généralement plus longue qu'ils peuvent entraîner.⁵²³

Il est aussi important de noter que dans l'affaire *Hydro-Québec c Sabourin* la Cour supérieure refuse de reconnaître les limitations fonctionnelles préventives à titre de handicap susceptible d'être

⁵²¹ *Ibid* au para 14.

⁵²² *Association des policières et policiers provinciaux du Québec c Sûreté du Québec*, *supra* note 421, *Syndicat des cols bleus de Ville de Laval inc., section locale 4545 (SCFP) et Laval (Ville de)*, *supra* note 388, *Syndicat des travailleuses et travailleurs du CHU de Québec (CSN) et CHU de Québec — Pavillon CHUL*, *supra* note 346, *Centre de réadaptation Lucie-Bruneau et Syndicat régional des professionnelles en santé du Québec (FIQ)*, *supra* note 362, *Résidence Angelica inc et Fédération interprofessionnelle de la santé du Québec (FIQ)*, *supra* note 372, *Syndicat des professionnelles en soins de Montérégie-Centre et Centre intégré de santé et de services sociaux de la Montérégie-Centre*, *supra* note 371 et *Casino du Lac-Leamy et Syndicat des croupiers du Casino du Lac Leamy (SCFP, section locale 3993)*, *supra* note 426.

⁵²³ *Supra* à la p 34.

accommodé⁵²⁴. Nous sommes d'avis que la manifestation de symptômes ou le diagnostic actuel d'une condition de santé mentale n'est pas nécessaire pour mettre en jeu l'obligation d'accommodement de l'employeur. La non-reconnaissance de limitations préventives, qu'elles soient expressément décrites par un médecin ou puissent se déduire d'une demande d'accommodement en lien avec un problème de santé mentale maintenant résorbé, par exemple de ne pas être relocalisé comme dans *Hydro-Québec c Sabourin*, nie l'existence d'un handicap et du droit à l'égalité des personnes dont la condition peut ne pas se manifester de façon continue ou imminente. Nous rappelons que la Cour suprême du Canada a estimé que « l'objectif antidiscriminatoire de la *Charte* [exigeait] que le motif « handicap » soit interprété de façon à reconnaître son élément subjectif. Un « handicap » comprend donc des affections qui n'occasionnent en réalité aucune limitation ou incapacité fonctionnelle. »⁵²⁵

5. Limitations de cette recherche

La jurisprudence arbitrale analysée ne représente qu'une part de la réalité de l'accommodement en milieu de travail des personnes souffrant de problèmes de santé mentale. En effet, bien des cas ne sont pas judiciairisés, notamment parce que les personnes salariées dans notre échantillon sont représentées par un syndicat.

Ce syndicat devrait, dans le cadre de son devoir de représentation et sa propre obligation d'accommodement, entreprendre des démarches auprès de l'employeur. Ce pouvoir de négociation et cette représentation sont des avantages qui permettent parfois de régler les litiges sans en saisir un décideur. Toutefois, de petites entreprises syndiquées n'ont pas nécessairement de contentieux et les ressources suffisantes pour entreprendre un arbitrage de grief. Il est possible que des syndicats plus petits ou sans affiliation à une grande organisation syndicale n'exercent pas de recours.

⁵²⁴ *Hydro-Québec c Sabourin*, *supra* note 333.

⁵²⁵ *Ville de Montréal*, *supra* note 19 au para 41.

Par ailleurs, nous avons exclu de notre étude les demandes d'accommodement à l'égard des personnes souffrant de dépendances. Les enjeux particuliers associés à ces conditions de santé ne sont donc pas considérés dans le portrait que nous avons dressé de la jurisprudence arbitrale.

Ces décisions sont donc une fenêtre sur les cas d'accommodement au Québec. Elles ne sont que de la vision de l'arbitre de grief sur les faits que les parties ont choisi de lui présenter. La preuve de chacune des parties est présentée avec l'objectif de gagner sa cause. Par ailleurs, celle-ci se limite aux éléments de preuves admissibles devant le tribunal d'arbitrage et disponibles. Cette étude ne permet pas de déterminer si les pratiques en milieu de travail sont plus fidèles aux enseignements de la psychologie organisationnelle. Les relations de travail, en milieu syndiqué ou non, font l'objet de négociations qui peuvent permettre des mesures d'accommodement ou des compromis qui n'ont pas fait l'objet de nos recherches. Dans certains cas, l'arbitre ayant choisi de retourner les parties à la négociation de mesures d'accommodement, nous ne sommes pas en mesure de dire si une entente menant à des mesures d'accommodement est survenue ou un dédommagement en échange de la renonciation à la réintégration a été accepté. Finalement, l'exclusion des décisions portant sur des personnes non syndiquées emporte que nous ne pouvons formuler de conclusions à leur égard.

6. Nouvelles pistes de recherche

Nous tenons à souligner certaines pistes de recherches pour lesquelles il nous semble que des recherches ou des réflexions plus approfondies apparaissent intéressantes pour parfaire les connaissances sur les enjeux juridiques du droit à l'égalité des personnes ayant des problèmes de santé mentale ainsi que l'obligation d'accommodement des employeurs à leur égard.

6.1 La question du genre

La majorité des personnes salariées faisant l'objet des sentences arbitrales que nous avons retenues visaient une demande d'accommodement de la part d'une femme.⁵²⁶ Par ailleurs, les problèmes de santé mentale affectent de façon disproportionnée les femmes qui travaillent dans une plus grande proportion que les hommes dans le secteur public, particulièrement dans les milieux de l'éducation, de la santé et des services sociaux⁵²⁷, milieux fortement syndiqués⁵²⁸. Par ailleurs, ces milieux de travail ne font pas partie des milieux visés par les comités de santé et sécurité du travail prévus à la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* et ses règlements⁵²⁹. Toutefois, les problèmes de santé mentale sont actuellement sous le radar du gouvernement québécois. Un plan de réforme du système de compensation des lésions professionnelles a été annoncé aux médias. Cette réforme pourrait faciliter la reconnaissance des problèmes de santé mentale causés par le travail et notamment implanter des comités de santé et sécurité obligatoires pour tout établissement de plus de 20 travailleurs.⁵³⁰ Bien que les décisions que nous avons analysées n'aient pas fait, à une exception près⁵³¹, l'objet d'une réclamation à la CNESST, plusieurs d'entre elles mettent en cause des situations où le travail est un facteur ayant contribué à leur problème de santé mentale. La même constatation émane aussi de la littérature non juridique⁵³². Il est d'ailleurs possible, bien que nos résultats de recherche ne nous permettent pas de l'affirmer, que la présence d'un régime

⁵²⁶ Sur les 59 sentences arbitrales retenues, 37 concernaient une femme, *supra* à la p 62.

⁵²⁷ Institut de la statistique du Québec, Luc Cloutier-Villeneuve et Julie Rabemananjara, *Portrait de la situation des Québécoises sur le marché du travail au cours des 35 dernières années*, no 2, Gouvernement du Québec, Mars 2016 aux pp 8, 9 et 11.

⁵²⁸ Demers, *supra* note 159 à la p 4.

⁵²⁹ Art 68 de la *Lsst*, *supra* note 176 et arts 1 et 3 et annexe I du *Règlement sur les comités de santé et sécurité du travail*, S-2.1, r. 5.

⁵³⁰ Patricia Cloutier, «Le ministre Boulet veut faire reconnaître les maladies psychologiques liées au travail », *Le Soleil*, article publié en ligne le 20 juin 2019, disponible au <https://www.lesoleil.com/actualite/politique/le-ministre-boulet-veut-faire-reconnaitre-les-maladies-psychologiques-liees-au-travail-54b64e6ceec7852821ee2b5f6ddac97d> (consulté le 28 août 2019).

⁵³¹ *Ville de Montréal c Veilleux*, *supra* note 295.

⁵³² *Supra* à la p 36.

d'assurance-salaire et le faible taux de reconnaissance des lésions psychologiques par la CNESST causent une sous-déclaration de celles-ci dans les milieux de travail syndiqués⁵³³.

Nous remarquons aussi dans l'examen du corpus jurisprudentiel que les décideurs sont en grande majorité des hommes.⁵³⁴ Nous ne sommes pas d'avis qu'une forte proportion de décideurs masculins entraîne nécessairement une mauvaise application du droit à l'égard des salariées. Cependant, nous croyons que les enjeux de genre dans le cadre de la mise en œuvre ainsi que du processus décisionnel de l'obligation d'accommodement de l'employeur méritent des réflexions plus approfondies.

Notre étude ne nous permet pas de déterminer si la surreprésentation des femmes dans les décisions à l'égard de l'obligation d'accommodement de l'employeur est due au fait qu'elles sont surreprésentées dans les milieux de travail syndiqués où l'exposition aux risques psychosociaux sont plus élevés⁵³⁵ ou s'il s'agit d'une gestion inadéquate par les employeurs des dossiers d'absentéisme et d'accommodement des femmes ayant des problèmes de santé mentale qui sont plus susceptibles d'être affectées par des problèmes de santé mentale.

6.2 L'impact de la taille de l'entreprise

La taille de l'entreprise influence la capacité d'un employeur d'accommoder ses salarié(e)s. Les effets et les conséquences de la taille de l'entreprise sur l'obligation d'accommodement et son application par les décideurs et les employeurs doit faire l'objet de recherche supplémentaire,

⁵³³ Katherine Lippel et Rochel Cox, «Invisibilité des lésions professionnelles et inégalités de genre : le rôle des règles et pratiques juridiques», dans Annie Thébaud-Mony et al, dir, *Santé au travail : approches critiques*, 2012 153-179 à la p 162, disponible au : <https://www.cairn.info/sante-au-travail-approches-critiques---page-153.htm/> (consulté le 28 août 2019).

⁵³⁴ Sur les 45 arbitres ayant rendus les décisions examinées, 38 d'entre eux sont des hommes. Voir l'article de Katherine Lippel, « Droit et statistiques : Réflexions méthodologiques sur la discrimination systémique dans le domaine de l'indemnisation pour les lésions professionnelles », (2002) vol 14 Femmes et droit 362.

⁵³⁵ Michel Vézina et al, « Enquête québécoise sur des conditions de travail, d'emploi, et de santé et de sécurité du travail », Institut de recherche Robert-Sauvé en santé et sécurité du travail-Institut national de santé publique du Québec et Institut de la statistique du Québec, 2011 aux pp 375 à 376 et 628 à 629.

notamment en examinant la jurisprudence du TAT et du TDP qui comprend un plus grand nombre de petites entreprises. Effectivement, lors de notre recherche initiale, parmi les dix décisions de ces tribunaux que nous avons repérées (8 du TAT et 2 du TDP), cinq soulignaient des enjeux associés au fait qu'il s'agit de milieux de travail de petite taille⁵³⁶. Qui plus est, il y a lieu de se demander pourquoi il y a si peu de décisions du TAT qui discutent de l'obligation d'accommodement alors que les recours prévus à la L.N.T offrent des avenues permettant d'examiner cet enjeu issu des droits fondamentaux. Des recherches empiriques, par exemple des entrevues, pourraient permettre de mieux comprendre l'absence de recours⁵³⁷.

6.3 L'analyse de la preuve médicale

La preuve médicale a une importance particulière dans le litige en matière d'accommodement. En effet, les décideurs, qui ont une formation de juriste, ont la charge d'examiner une preuve documentaire médicale élaborée et contradictoire ainsi que d'entendre des experts, notamment des psychiatres. Nos recherches ne nous ont pas permis d'approfondir notre examen de la façon dont les arbitres interprètent et utilisent la preuve médicale dans leurs décisions. Vu l'importance des questions de pronostics, de diagnostics, de limitations fonctionnelles, etc. dans les décisions arbitrales portant sur l'obligation d'accommodement de l'employeur, celles-ci méritent de faire l'objet de plus de recherches plus poussées quant à la façon dont la preuve médicale est utilisée par les décideurs.

⁵³⁶ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (MC) c Service et mécanique MLT inc*, 2017 QCTDP 14, *Beach et CASP Aerospatiale inc*, 2017 QCTAT 2853, *Brunet c Arthrolab inc*, 2010 QCCA 123, *Genatec inc c Tribunal administratif du travail*, 2018 QCCS 1946 et *Gorsy et Association des parents de l'enfance en difficulté de la Rive-Sud, Montréal, ltée*, 2010 QCCRT 0322.

⁵³⁷ Eakin, *supra* note 195.

BIBLIOGRAPHIE

1. LÉGISLATION

Code civil du Québec, LRQ ch CCQ-1991 [*Code civil*].
Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ c C-12 [*Charte québécoise*].
Code canadien du travail, LRC (1985), c L-2.
Code de procédure civile du Québec, RLRQ c CCQ-1991.
Code du travail, RLRQ c C-27 [Ct].
Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, RLRQ c A-3.001 [*Latmp*].
Loi canadienne sur les droits de la personne, LRC (1985), c H-6.
Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Victoria, c 3 (RU).
Loi sur la fonction publique, RLRQ c F-3.1.1.
Loi instituant le Tribunal administratif du travail, RLRQ c T-15.1 [*Litat*].
Loi sur les normes du travail, RLRQ c N-1.1 [*Lnt*].
Loi sur les services de santé et les services sociaux, LRQ c S-4.2.
Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (RU).
Règlement sur les comités de santé et sécurité du travail, S-2.1, r. 5.

2. JURISPRUDENCE

Alliance de la fonction publique du Canada et Syndicat des employées et employés de syndicats et organismes collectifs du Québec (SEESOCQ), 2017 QCTA 34.
Association des employés du Nord québécois et Commission scolaire Kativik, 2015 QCTA 444.
Association des employés du Nord québécois c Ménard, 2016 QCCS 3050.
Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux (APTS) et Centre de santé et de services sociaux — Institut universitaire de gériatrie de Sherbrooke, 2015 QCTA 690.
Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux (APTS) et Comité patronal de négociation du secteur de la santé et des services sociaux (CPNSSS) — CSSS du Rocher-Percé, 2015 QCTA 647.
Association des policières et policiers provinciaux du Québec c Provençal, 2012 QCCS 4754.
Association des policières et policiers provinciaux du Québec c Sûreté du Québec, 4 octobre 2011, SOQUIJ n° AZ-50794056.
Beach et CASP Aérospatiale inc, 2017 QCTAT 2853.
Béliveau St-Jacques c Fédération des employées et employés de services publics inc, [1996] 2 RCS 345 [Béliveau St-Jacques].
Brunet c Arthrolab inc, 2010 QCCA 123.
Casino Lac-Leamy et Syndicat des croupiers du Casino du Lac-Leamy, section locale 3993, SCFP, 2015 QCTA 928.
Casino du Lac-Leamy et Syndicat des croupiers du Casino du lac Leamy (SCFP, section locale 3993), 2017 QCTA 46.
Central Okanagan School District No 23 c Renaud, [1992] 2 RCS 970 [Okanagan].
Centre hospitalier régional de Trois-Rivières et Syndicat professionnel des infirmières et infirmiers de Trois-Rivières, Me François Hamelin, arbitre, 5 janvier 2006, AZ-50350462.

Centre de réadaptation Lucie-Bruneau et Syndicat régional des professionnelles en santé du Québec (FIQ), 2015 QCTA 712.

Centre de santé et de services sociaux d'Argenteuil et Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux (APTS), 2015 QCTA 202.

Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal, 2007 CSC 4 [CUSM].

Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c BCGSEU, [1999] 3 SCR 3 [Meiorin].

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Hôpital général juif Sir Mortimer B. Davis, 2007 QCTDP 29 [CDPDJ c Hôpital général juif].

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Service et mécanique MLT inc, 2017 QCTDP 14.

Commission ontarienne des droits de la personne c Simpson-Sears, [1985] 2 RCS 536 [Simpson-Sears].

Commission scolaire des Grandes-Seigneuries et Association des professeurs de Lignery, 2014 QCTA 1111.

Commission scolaire de Kamouraska–Rivière-du-Loup c Gauvin, 2013 QCCS 4782.

Commission scolaire de Kamouraska–Rivière-du-Loup et Syndicat de l'enseignement du Grand-Portage (CSQ), DTE 2012T-803.

Commission scolaire de Montréal c Daviault, 2018 QCCS 3368.

Commission scolaire de Montréal et Syndicat des professionnelles et professionnels du milieu de l'éducation de Montréal (SPPMEM-CSQ), 2017 QCTA 230.

Dunsmuir c Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9.

Fédération des professionnelles et professionnels de la santé et des services sociaux du Québec STEPSSSQ (FP-CSN) et CSSS XYZ, 2014 QCTA 914.

Fraternité des policières et policiers de Montréal et Montréal (Ville de) (SPVM), DTE 2012T-827.

Genatex inc c Tribunal administratif du travail, 2018 QCCS 1946.

Gorsy et Association des parents de l'enfance en difficulté de la Rive-Sud, Montréal, ltée, 2010 QCCRT 0322.

Groupe TVA inc et Syndicat des employés de TVA, section locale 687 (SCFP), 2013T-767.

Guilde de la marine marchande du Canada c Gagnon, [1984] 1 RCS 509.

Hôpital général juif Sir Mortimer B Davis c Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2010 QCCA 172.

Hydro-Québec c Sabourin, 2017 QCCS 733.

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

McGill University Health Center Union (CSN) et McGill University Health Center (MUHC), AAS 2012A-96.

Montréal (Ville de) c Veilleux, 2014 QCCS 906.

Mouvement laïque québécois c Saguenay (Ville), 2015 CSC 16.

Noël c Société d'énergie de la Baie James, 2001 CSC 39.

Norsah c Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2016 QCCA 1668.

Parry Sound (Services sociaux) c SEEFPO, [2003] 2 RCS 157 [Parry Sound].

Québec (CDPDJ) c Québec (PG), [2004] 2 RCS 185.

Québec (Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail) c Caron, 2018 CSC 3.

Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Communauté urbaine de Montréal, 2004 CSC 30.

Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Montréal (Ville), 2000 CSC 27 [*Ville de Montréal*].

Québec (Curateur public) et Association des juristes de l'État, 2014 QCTA 1017.

Québec (Ministère des Transports) et Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec (SFPQ), DTE 2013T-436.

Résidence Angelica inc et Fédération interprofessionnelle de la santé du Québec (FIQ), 2016 QCTA 216.

Robichaud et Syndicat des employé(e)s de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (SECDPDJ), 2019 QCTAT 2910.

St Anne Nackawic Pulp & Paper Co c Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 219, [1986] 1 RCS 704.

Stewart c Elk Valley Coal Corp, 2017 SCC 30.

Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 3561 et Centre de santé et de services sociaux du Témiscamingue, 2014 QCTA 937.

Syndicat des cols blancs de Gatineau inc et Gatineau (Ville de), 2014 QCTA 756.

Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal, section locale 301, SCFP, section locale 301 et Montréal (Ville de), 2013EXP-2288.

Syndicat des cols bleus de Ville de Laval inc., section locale 4545 (SCFP) et Laval, DTE 2013T-822.

Syndicat des employés du CHUM (CSN) et Centre hospitalier de l'Université de Montréal, DTE 2012T-539.

Syndicat des employés et employées de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (FP-CSN) et Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2017 QCTA 112.

Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 573, (SEPB) CTC-FTQ et Commission de la construction du Québec (CcQ), 2017 QCTA 962.

Syndicat des employées et employés de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ) c Hydro-Québec, 2006 QCCA 150.

Syndicat des enseignantes et enseignants du Cégep de Limoilou - CSN et Cégep de Limoilou, 2016 QCTA 841.

Syndicat des enseignantes et enseignants du Cégep de l'Outaouais-CSN et Cégep de l'Outaouais, 2017 QCTA 265.

Syndicat de l'enseignement de Champlain et Commission scolaire des patriotes, DTE 2007T-431.

Syndicat de l'enseignement de Champlain c Commission scolaire des Patriotes, 2010 QCCA 1874.

Syndicat de l'enseignement de l'Outaouais (FAE) et Commission scolaire des Portages-de-l'Outaouais, 2017 QCTA 85.

Syndicat de l'enseignement du Lac-Saint-Jean et Commission scolaire du Lac-Saint-Jean, DTE 2013T-573.

Syndicat de l'enseignement du Lac-St-Jean c La Forge, 2015 QCCS 896.

Syndicat de la fonction publique et Québec (Gouvernement du), DTE 2010T-567.

Syndicat de la fonction publique et Québec (Gouvernement du), DTE 2011T-12.

Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec (SFPQ) et Québec (Gouvernement du), DTE 2013T-631.

Syndicat de la fonction publique du Québec c Québec (Procureur général), 2010 CSC 28.

Syndicat international des travailleuses et travailleurs de la boulangerie, confiserie, tabac et meunerie, section locale 55 (FAT, COI, CTC, FTQ) et Multi-marques inc., Boulangerie Pom, D.T.E. 2011T-472.

Syndicat des intervenants en petite enfance de Montréal (SIPEM) et CPE Le Centre des petits, 2016 QCTA 589.

Syndicat des métallos, section locale 6818 et Sivaco, 2017 QCTA 208.

Syndicat des métallos, section locale 6818 et Sivaco Québec, groupe de tréfileries Sivaco, 2012EXPT-542.

Syndicat national des employés de garage du Québec inc (CSD) et Auto Métivier inc/Lévis Toyota inc, 2016 QCTA 31.

Syndicat du préhospitalier (FSSS-CSN) c Corporation d'Urgences-santé, 2016 QCCA 266.

Syndicat des professionnelles et professionnels de commissions scolaires du sud de La Montérégie (SPPSM) et Commission scolaire des Grandes-Seigneuries, 2014 QCTA 736.

Syndicat des professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec et Québec (Curateur public), 2015 QCTA 874.

Syndicat de professionnelles et de professionnels du Québec et Québec (Ministère de l'Agriculture, des Pêcheries et de l'Alimentation), DTE 2012T-847.

Syndicat des professionnelles en soins de Montérégie-Centre et Centre intégré de santé et de services sociaux de la Montérégie-Centre, 2017 QCTA 879.

Syndicat des professionnelles en soins de Québec (SPSQ-FIQ) et CSSS de Beauce, D.T.E. 2010T-321.

Syndicat des professionnelles et professionnels en soins de santé du Sud-Ouest et de Verdun (FIQ) et Centre de santé et de services sociaux du Sud-Ouest—Verdun, 2015 QCTA 380.

Syndicat des salariées et salariés de l'agroalimentaire de Ste-Claire inc (CSD) et Kerry (Québec) inc, usine de Ste-Claire, DTE 2011T-193.

Syndicat des travailleuses et travailleurs du CHU de Québec (CSN) et CHU de Québec — Pavillon CHUL, 2015 QCTA 120.

Syndicat des travailleuses et travailleurs de LM Wind Power (CSN) et Pales d'éolienne LM (Canada) inc./LM Wind Power Blades (Canada) Inc, 2016 QCTA 519.

Syndicat des travailleuses et travailleurs en petite enfance de la Montérégie - CSN et Centre de la petite enfance Alakazoum inc, 2017 QCTA 49.

Syndicat unifié du Littoral-Sud FSSS-CSN c Centre de santé et de services sociaux Bécancour-Nicolet-Yamaska, 2013 QCCA 233.

Teamster Québec, section locale 931 et Québec Linge Co, service d'uniformes, DTE 2010T-522.

Unifor, section locale 143 et Goodyear Canada inc, 2017 QCTA 462.

Unifor, SNEAA, section locale 1937 et Rio Tinto (Alcan) (usines du Complexe Jonquière), 2015 QCTA 949.

Union des employées et employés de service, section locale 298 et Centre de santé et de services sociaux de Kamouraska, AAS 2010A-75.

Université Laval c Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2005 QCCA 27.

University McGill c McGill University Non Academic Certified Association (MUNACA), 2015 QCCA 1943. *Université de Sherbrooke et Syndicat des employées et employés de soutien de l'Université de Sherbrooke*, 2016 QCTA 660.

Weber c Ontario Hydro [1995] 2 RCS 929 [Weber].

3. DOCTRINE

a) Monographies

American Psychiatric Association. *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-5)*, 5^e éd, American Psychiatric Pub, 2013.

Brunelle, Christian. *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Les Éditions Yvon Blais, 2001.

Gilbert, Michel. *L'assurance collective en milieu de travail*, 2^e éd., Éditions Yvon Blais, 2006.

Morin, Fernand, et Rodrigue Blouin. *Droit de l'arbitrage de grief*, 6^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2012.

b) Chapitres

Brunelle, Christian et Mélanie Samson. « La mise en œuvre des droits et libertés en vertu de la Charte québécoise » dans École du Barreau du Québec, *Droit public et administratif*, Collection de droit 2017-2018, vol 8, Cowansville, Yvon Blais, 2017.

Caveen, Michele, Carolyn S Dewa et Paula Goering, « The influence of organizational factors on return-to-work outcomes » (2007) 25:2 Can J Common Ment Health 121-142.

Corbière, Marc et Louise St-Arnaud. « Déterminants de la réintégration en emploi et du retour au travail en santé mentale » dans *Du trouble mental à l'incapacité au travail*, PUQ, 2011.

Corbière, Marc, Marie-José Durand et Pierre Lemieux, « Retour et réintégration au travail de personnes avec un trouble mental : Le rôle du supérieur immédiat » dans *Du trouble mental à l'incapacité au travail*, PUQ, 2011.

Corbière, Marc, Alessia Negrini et Carolyn S Dewa. « Mental Health Problems and Mental Disorders : Linked Determinants to Work Participation and Work Functioning » dans Patrick Loisel et Johannes R Anema, dir, *Handbook of work disability: Prevention and Management*, Springer, 2013.

Knopf, Paula. « Human Rights and Accommodation » dans Ronald M Snyder, dir, *Collective Agreement Arbitration in Canada*, 5^e éd, Markham (Ont) Lexis Nexis, 2013.

Laflamme, Anne-Marie. « La mise en œuvre de l'obligation d'accommodement raisonnable en cas d'incapacités : un vecteur d'intégration et de maintien en emploi des salariés handicapés » dans Roch Laflamme, dir, *Quels accommodements raisonnables en milieu de travail ?*, PUL, 2008, 5-22.

- Lippel, Katherine, Rachel Cox et Isabelle Aubé. « Droit de la santé au travail régissant les problèmes de santé mentale : prévention, indemnisation et réadaptation » dans *JurisClasseur-Québec Rapports individuels et collectifs du travail*, fasc 27, LexisNexis Canada, à jour le 12 juin 2018
- Lippel, Katherine, Rachel Cox et Isabelle Aubé. « Interdiction du harcèlement et protection de la vie privée et des droits fondamentaux » dans *Jurisclasseur Québec – Rapports collectifs et individuels du travail*, fasc 23, LexisNexis Canada, à jour en juin 2018.
- Lippel, Katherine et Rochel Cox. « Invisibilité des lésions professionnelles et inégalités de genre : le rôle des règles et pratiques juridiques », dans Annie Thébaud-Mony et al, dir, *Santé au travail : approches critiques*, 2012 153-179 à la p 162, disponible au : <https://www.cairn.info/sante-au-travail-approches-critiques---page-153.htm/> (consulté le 28 août 2019).
- Pednault, Jean-François et al. « Le droit à l'égalité », dans *Les droits de la personne et les relations de travail*, Édition à feuilles mobiles, Cowansville (Qc), Les Éditions Yvon Blais, 2017.
- Pednault, Jean-François et al. « Les examens médicaux » dans *Les droits de la personne et les relations de travail*, Édition à feuilles mobiles, Cowansville (Qc), Les Éditions Yvon Blais, 2017.
- Pednault, Jean-François et al. « Les renseignements personnels » dans *Les droits de la personne et les relations de travail*, Édition à feuilles mobiles, Cowansville (Qc), Les Éditions Yvon Blais, 2017.
- Shakespeare, Tom. « The social model of disability » dans Lennard J David, dir, *The disability studies reader*, Florence, Taylor & Francis, 2006, 214 - 221.
- St-Arnaud, Louise et Catherine Briand. « The Best Practices for Managing Return to Work Following Mental Health Problems at Work » dans R J Burke, S Clarke et C L Cooper, dir, *Occupational Health and Safety : Psychological and Behavioral Aspects of Risk*, Gower, 2011, 343-357.
- Visser, J et al. « The Netherlands: from atypicality to typicality » dans S. Sciarra, P. Davies, et M. Freedland. éd, *Employment policy and the regulation of part-time work in the European Union: a comparative analysis*, 2014 Cambridge University Press, 190-222.

c) Articles

- Brenninkmeijer, Veerle, Irene Houtman et Roland Blonk. « Depressed and Absent from Work: Predicting Prolonged Depressive Symptomatology Among Employees », (2008) 58: 4 JOEM, 295-301.
- Brunelle, Christian. « L'accommodement raisonnable dans les entreprises syndiquées », (2008) 33 : 2 *Gestion* 59-65.
- Champoux, Danièle et Jean-Pierre Brun, « Dispositions, capacités et pratiques de SST dans les petites entreprises : opinions de patrons, d'employés et d'intervenants en SST au Québec », (2010) 12 : 2 PISTES, disponible au : <http://journals.openedition.org/pistes/2525> ; DOI : 10.4000/pistes.2525.
- Champoux, Daniele et Jean-Pierre Brun. « OSH Practices and Interventions in Small Businesses: Global Issues in the Quebec Context » (2015) 13:1 Policy Pract Health Saf 47-64, DOI: 10.1080/14774003.2015.11667811.

- Cloutier, Sophie et Anne-Marie Laflamme. « Retour au travail, droit à l'égalité et compétence des tribunaux à l'égard des travailleurs victimes de lésion professionnelle : un commentaire des arrêts Caron et MUNACA » *Développements récents en droit de la santé et sécurité au travail*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, Les éditions Yvon Blais, 2016.
- Desjardins, Annick et Céline Giguère. « Santé mentale au travail: l'échec du droit à épouser une approche systémique » (2013) 54:2-3 C de D 359-388.
- Eakin, Joan M, Ellen MacEachen et Judy Clarke. « 'Playing it smart' with return to work: small workplace experience under Ontario's policy of self-reliance and early return » (2003) 1:2 Policy Pract Health Saf 19-41, DOI: 10.1080/14774003.2003.11667635.
- Gagné, Stéphanie et Matthew Gapmann, « L'accommodement raisonnable en milieu de travail : balises et perspectives », (2008) R du B 183
- Laflamme, Anne-Marie et Maude Bégin-Robitaille. « La santé mentale et les accommodements raisonnables au travail : mythe ou réalité ? » (2013) 42 : 2-3 C de d 398-411.
- Laflamme, Anne-Marie. « Troubles mentaux et accommodement raisonnable au travail : les potentialités du droit québécois » (2017) 42 : 2 Dép Psychiatr Univ Montr 39-56, DOI : 10.7202/1041913ar.
- Lippel, Katherine. « Droit et statistiques : Réflexions méthodologiques sur la discrimination systémique dans le domaine de l'indemnisation pour les lésions professionnelles », (2002) vol 14 Femmes et droit 362.
- Nadeau, Denis. « L'arbitrage de grief : vecteur d'intégration des droits de la personne dans les rapports collectifs du travail », dans *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où*, colloque organisé par le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, Cowansville (Qc), Les Éditions Yvon Blais, 2005.
- Negrini, Alessia et al, « How Can Supervisors Contribute to the Return to Work of Employees Who have Experienced Depression? » [2017] Journal of Occupational Rehabilitation, DOI: 10.1007/s10926-017-9715-0.
- Parent, Sébastien. « Quand l'obligation d'accommodement raisonnable vole au secours de la victime de harcèlement psychologique », (2017) R du B 471.
- St-Arnaud, Louise et al, « Démarche d'intervention sur l'organisation du travail afin d'agir sur les problèmes de santé mentale au travail » (2010) 12 : 3 PISTES 1-21.
- St-Arnaud, Louise et al. « Determinants of return-to-work among employees absent due to mental health problems » (2007) 62:4 RI 690-713.
- St-Arnaud, Louise et al, « Processus de retour au travail chez des employés du secteur privé s'étant absentes pour des raisons de santé mentale », (2009) *Regards sur le travail* 2-12.
- St-Arnaud, Louise, Mariève Pelletier et Catherine Briand, « The paradoxes of managing employees' absences for mental health reasons and practices to support their return to work » (2011) 3:2 J Soc Action Couns Psychol 36-52.
- Sylvain, Chantal et Marie-José Durand, « Soutenir le retour au travail après un arrêt de travail en raison d'un trouble dépressif: pourquoi et comment faire en soins primaires ? » (2017) 42:1 *Santé mentale au Québec* 305-317.
- Tremblay, Frédéric. « Les pouvoirs de réparation du Tribunal administratif du travail (division des relations du travail) et de l'arbitre de grief dans le contexte d'une lésion professionnelle fondée sur une situation de harcèlement psychologique », (2019) vol

453 *Développements récents en droit de la santé et sécurité du travail*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, Éditions Yvon Blais.

Tremblay Potvin, Charles. « Une étude empirique exploratoire sur le traitement juridictionnel des demandes d'accommodement raisonnable en milieu de travail », 59 *C de D* 3, septembre 2018.

4. RAPPORTS ET AUTRES DOCUMENTS

Cloutier, Patricia. « Le ministre Boulet veut faire reconnaître les maladies psychologiques liées au travail », *Le Soleil*, article publié en ligne le 20 juin 2019, disponible au : <https://www.lesoleil.com/actualite/politique/le-ministre-boulet-veut-faire-reconnaitre-les-maladies-psychologiques-liees-au-travail-54b64e6ceec7852821ee2b5f6ddac97d> (consulté le 28 août 2019).

Commission canadienne de la santé mentale du Canada. *Pourquoi investir en santé mentale contribue à la prospérité économique du Canada et à la pérennité de notre système de soins de santé. Fiche de renseignements-Principaux faits*, Calgary, Commission de la santé mentale du Canada, 4 p disponible au : https://www.mentalhealthcommission.ca/sites/default/files/mhstrategy_case_for_investment_background_fre_0_0.pdf [consulté le 26 août 2019].

Demers, Marc-André. *Portrait de l'emploi syndiqué et de la présence syndicale au Québec*, Institut de la Statistique du Québec, Avril 2019.

Gouvernement du Canada. « Principales statistiques relatives aux petites entreprises – Juin 2016 », disponible au : https://www.ic.gc.ca/eic/site/061.nsf/fra/h_03018.html#point2-1 (consulté 28 août 2019).

Groupe CSA et Bureau de normalisation du Québec. *Santé et sécurité psychologiques en milieu de travail - Prévention, promotion et lignes directrices pour une mise en œuvre par étapes*, CAN/CSA-Z1003-13/BNQ 9700-803/2013, 2013.

Institut de la statistique du Québec, *État du marché du travail au Québec. Bilan de l'année 2018*, Gouvernement du Québec, révisé en février 2019 à la p 18 disponible au : <http://www.stat.gouv.qc.ca/docs-hmi/statistiques/travail-remuneration/bulletins/etat-marche-travail-2018.pdf> (consulté le 28 août 2019).

Institut de la statistique du Québec, Luc Cloutier-Villeneuve et Julie Rabemananjara, *Portrait de la situation des Québécoises sur le marché du travail au cours des 35 dernières années*, no 2, Gouvernement du Québec, Mars 2016.

Institut de la statistique du Québec, *Regard statistique sur la couverture syndicale au Québec, ailleurs au Canada et dans les pays de l'OCDE*, Gouvernement du Québec, 2014.

Ministère de la santé et des services sociaux du Québec, « Statistiques de santé et de bien être selon le sexe - Tout le Québec », Gouvernement du Québec, 2012 disponible au : <http://www.msss.gouv.qc.ca/professionnels/statistiques-donnees-sante-bien-etre/statistiques-de-sante-et-de-bien-etre-selon-le-sexe-volet-national/depression-majeure-manie-et-trouble-de-l-humeur/> (consulté le 28 août 2019).

Ordre des conseillers en ressources humaines agréés. « Comment s'adapter à la légalisation du cannabis dans les milieux de travail ? », novembre 2017, disponible en ligne au : http://www.portailrh.org/Ressources/AZ/dossiers_speciaux/guidecannabis/default.aspx [disponible le 28 août 2019].

- Pomaki, Georgia et al. *Best Practices for Return-to-Work / Stay-at-Work Interventions for Workers with Mental Health Conditions*, Vancouver (BC), Occupational Health and Safety Agency for Healthcare in BC, 2010.
- Reid, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien Reid*, éd révisée, Les Éditions Yvon Blais, 2016, disponible en ligne au <https://dictionnaireid.caij.qc.ca/> [consulté le 28 août 2019.]
- Réseau international sur le processus de production du handicap. *Classification québécoise : Processus de production du handicap*, RIPPH, 1998.
- Vézina, Michel et al. « Enquête québécoise sur des conditions de travail, d'emploi, et de santé et de sécurité du travail », Institut de recherche Robert-Sauvé en santé et sécurité du travail-Institut national de santé publique du Québec et Institut de la statistique du Québec, 2011.