

INFORMATION TO USERS

This manuscript has been reproduced from the microfilm master. UMI films the text directly from the original or copy submitted. Thus, some thesis and dissertation copies are in typewriter face, while others may be from any type of computer printer.

The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted. Broken or indistinct print, colored or poor quality illustrations and photographs, print bleedthrough, substandard margins, and improper alignment can adversely affect reproduction.

In the unlikely event that the author did not send UMI a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if unauthorized copyright material had to be removed, a note will indicate the deletion.

Oversize materials (e.g., maps, drawings, charts) are reproduced by sectioning the original, beginning at the upper left-hand corner and continuing from left to right in equal sections with small overlaps.

Photographs included in the original manuscript have been reproduced xerographically in this copy. Higher quality 6" x 9" black and white photographic prints are available for any photographs or illustrations appearing in this copy for an additional charge. Contact UMI directly to order.

ProQuest Information and Learning
300 North Zeeb Road, Ann Arbor, MI 48106-1346 USA
800-521-0600

UMI[®]



Université d'Ottawa • University of Ottawa

***DIVERSITÉ DE LA MAIN-D'ŒUVRE ET DISCRIMINATION :
DU DEVOIR DE JUSTE REPRÉSENTATION À
L'OBLIGATION D'ACCOMMODEMENT SYNDICALE***

Christian Brunelle

**Thèse déposée à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa
en vue de l'obtention du
doctorat en droit (LL.D.)**

27 septembre 2000



**National Library
of Canada**

**Acquisitions and
Bibliographic Services**

**395 Wellington Street
Ottawa ON K1A 0N4
Canada**

**Bibliothèque nationale
du Canada**

**Acquisitions et
services bibliographiques**

**395, rue Wellington
Ottawa ON K1A 0N4
Canada**

Your file Votre référence

Our file Notre référence

The author has granted a non-exclusive licence allowing the National Library of Canada to reproduce, loan, distribute or sell copies of this thesis in microform, paper or electronic formats.

The author retains ownership of the copyright in this thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without the author's permission.

L'auteur a accordé une licence non exclusive permettant à la Bibliothèque nationale du Canada de reproduire, prêter, distribuer ou vendre des copies de cette thèse sous la forme de microfiche/film, de reproduction sur papier ou sur format électronique.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur qui protège cette thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

0-612-58268-X

Canada

**DIVERSITÉ DE LA MAIN-D'ŒUVRE ET DISCRIMINATION :
DU DEVOIR DE JUSTE REPRÉSENTATION
À L'OBLIGATION D'ACCOMMODEMENT SYNDICALE**

Christian Brunelle

<i>Remerciements</i>	v
<i>Résumé</i>	vii
<i>Liste des abréviations</i>	ix
INTRODUCTION	1
 TITRE PRÉLIMINAIRE – L'ATTEINTE D'UN RAPPORT DE FORCES ÉGALITAIRE PAR LA RECONNAISSANCE DU DROIT À LA NÉGOCIATION COLLECTIVE	21
Chapitre I – La reconnaissance du droit à la négociation collective	23
<i>Section 1 – Un modèle américain : la loi Wagner</i>	25
<i>Section 2 – Une imitation canadienne : le décret C.P. 1003</i>	31
<i>Section 3 – Un emprunt québécois : la Loi des relations ouvrières</i>	35
 Chapitre II – L'établissement de conditions de travail par la négociation patronale-syndicale	39
<i>Section 1 – Le syndicat : un détenteur de monopole</i>	41
<i>Section 2 – La convention collective : un outil utile mais insuffisant</i>	51
 TITRE I – L'ATTEINTE DE L'ÉGALITÉ PAR LA RECONNAISSANCE DU DROIT À LA NON-DISCRIMINATION DANS LES RAPPORTS COLLECTIFS DE TRAVAIL	66
Chapitre I – Le droit à la non-discrimination au travail et les devoirs du syndicat	68
<i>Section 1 – La révolution égalitaire</i>	69
A) De l'égalité formelle à l'égalité réelle	70
B) La notion de discrimination	84

Section 2 – La protection législative contre la discrimination exercée par le syndicat	94
A) La législation du travail et le devoir de juste représentation du syndicat	95
1. <i>Une origine américaine</i>	96
2. <i>Une nature bien ordinaire</i>	98
3. <i>Une portée limitée</i>	101
B) La législation sur les droits de la personne et le devoir d'accommodement du syndicat	106
1. <i>Une origine ancienne</i>	112
2. <i>Une nature spéciale</i>	119
3. <i>Une portée étendue</i>	127
Section 3 – La discrimination prohibée	139
A) Les motifs de discrimination interdits	140
B) Les manifestations proscrites de discrimination	150
1. <i>Les distinctions injustifiées</i>	150
2. <i>Les distinctions préjudiciables</i>	158
 Chapitre II – L'ampleur des devoirs du syndicat dans la lutte contre la discrimination	173
Section 1 – La négociation de la convention collective	176
A) La marge de manœuvre syndicale	177
B) La négociation d'une clause anti-discrimination : un devoir syndical?	188
1. <i>Une clause utile</i>	190
2. <i>Une clause à effet juridictionnel?</i>	196
Section 2 – L'administration de la convention collective	211
A) La renonciation aux droits : une prérogative du salarié?	212
B) Le contrôle syndical sur la procédure de grief	222
Section 3 – La jouissance des avantages syndicaux	242

TITRE II – L’ATTEINTE DE L’ÉQUILIBRE ENTRE LES DROITS RECONNUS PAR LA CONVENTION COLLECTIVE ET LES DROITS DE LA PERSONNE	246
Chapitre I – Les limites aux devoirs du syndicat	247
Section 1 – Le lien rationnel	256
A) Une étape ultime selon les codes du travail	257
B) Une étape préliminaire selon les Chartes des droits de la personne	260
Section 2 – L’obligation d’accommodement raisonnable	266
A) Un standard à l’imprécision nécessaire	269
B) Les critères de détermination du caractère « excessif » de la contrainte	278
1. <i>L’atteinte à la convention collective</i>	285
2. <i>L’effet préjudiciable sur les autres salariés</i>	292
3. <i>Les conflits législatifs</i>	296
C) L’offre d’une mesure d’accommodement raisonnable	306
1. <i>La modification des conditions de travail</i>	306
2. <i>La modification du travail</i>	320
a) La distinction entre les fonctions essentielles et les fonctions secondaires	321
b) La modification des fonctions et la limite de l’accommodement raisonnable	328
i) <i>le remaniement des tâches secondaires</i>	328
ii) <i>le remaniement des tâches essentielles</i>	335
• la création d’un nouveau poste	336
• les obstacles juridiques à la création d’un nouveau poste	339
iii) <i>l’attribution d’un poste vacant</i>	351

Chapitre II – Un cas d’application : l’accommodement qui heurte les droits d’ancienneté	357
<i>Section 1 – L’ancienneté : une valeur syndicale sacro-sainte</i>	358
A) La raison d’être de la protection des droits d’ancienneté	360
B) La nature et la portée des droits d’ancienneté	364
C) Les droits et libertés de la personne : une limite nécessaire aux droits d’ancienneté	368
<i>Section 2 – La modification des fonctions et les droits d’ancienneté des autres salariés</i>	376
A) L’alourdissement de la charge de travail	377
B) La réaffectation à l’intérieur de l’unité d’accréditation	378
C) La réaffectation à l’extérieur de l’unité d’accréditation	385
Chapitre III – Un « nouveau » champ d’action syndicale	390
<i>Section 1 – L’insertion de dispositions pro-égalité dans la convention collective</i>	392
A) Les clauses anti-discrimination	393
B) Les clauses d’accommodement	401
C) Le recours individuel à la procédure de grief	405
<i>Section 2 – La création d’un comité d’égalité conjoint</i>	407
A) La formation du comité	408
B) Les fonctions du comité	413
CONCLUSION	419
BIBLIOGRAPHIE	432
JURISPRUDENCE CITÉE	478

REMERCIEMENTS

La rédaction d'une thèse de doctorat est une route que l'on parcourt en solitaire. J'aurai néanmoins eu de nombreux compagnons de voyage auxquels je désire ici rendre hommage tant leur support m'aura été précieux.

Pascale Beaulac, ma compagne la plus fidèle, a connu chacun de mes itinéraires et de mes égarements. En plus de me faire bénéficier de sa vaste expertise en informatique, de composer avec mon esprit trop souvent vagabond et de porter mes bagages remplis d'incertitudes et d'échéances sans cesse reportées, elle m'aura fait cadeau de deux passagères aux charmes infinis, Alicia et Mathilde, qui comme elle, donnent un sens à ma vie. Pour cela et tout le bonheur qu'elle garde encore pour moi dans son baluchon de générosité, je la remercie.

Ma reconnaissance va aussi à mes directeurs de thèse, les professeurs Daniel Proulx et Denis Nadeau qui, à la manière d'un sherpa, m'ont servi de guides dans les sentiers encore ténébreux qu'il faut emprunter pour faire le pont entre les droits et libertés de la personne et le droit du travail. L'érudition, le pragmatisme et la vivacité d'esprit qui les caractérisent m'ont été d'un précieux secours à maintes occasions. La disponibilité et la célérité dont ils ont toujours fait montre pour relire et commenter si judicieusement les ébauches que je leur ai soumises méritent d'être soulignées.

J'exprime également mes remerciements sincères aux membres du jury constitué pour l'évaluation de ma thèse, la professeure Marie-France Bich de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, le professeur John Manwaring de la section de *common law* de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa, le professeur Fernand Morin du Département des relations industrielles de l'Université Laval et le professeur Michel Morin de la section de droit civil de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa. Leurs commentaires judicieux m'ont permis de nuancer davantage mon propos et de parfaire ainsi le texte définitif.

Je suis également redevable envers le professeur Ghislain Otis, qui m'a aimablement fait part de ses lumières quand je l'ai sollicité, et messieurs Gaétan Boisvert, Stevens Gagnon et madame Denise Renaud, pour le soutien technique qu'ils m'ont respectivement apporté dans l'impression et le traitement informatique du texte. Ma gratitude va aussi à mes parents dont l'appui, sous quelque forme qu'il soit, ne s'est jamais démenti tout au cours de mes expéditions.

Enfin, la réalisation de cette thèse n'aurait sans doute pas été possible sans la bourse d'excellence généreusement offerte par le *Fonds des chercheurs et de l'aide à la recherche du Québec*.

Christian Brunelle, LL.D

RÉSUMÉ

Diversité de la main-d'œuvre et discrimination : du devoir de juste représentation à l'obligation d'accommodement syndicale

La diversité, qu'elle soit raciale, religieuse, sexuelle ou physique (âge, handicap), est une nouvelle donne dans les rapports collectifs de travail. Elle interpelle les syndicats en les incitant à revoir des méthodes parfois empreintes du seul souci d'assurer la protection des intérêts majoritaires, au détriment des femmes, des jeunes et des minorités dont la présence sur les lieux de travail se fait grandissante.

Au devoir syndical de juste représentation des codes du travail, pensé voilà plus de 50 ans dans une perspective de défense des intérêts collectifs d'une main-d'œuvre pour ainsi dire homogène – salarié hétérosexuel, de race blanche, de sexe masculin, de religion catholique, travaillant à temps plein, principalement dans le secteur manufacturier – est venu s'ajouter, dans la foulée des chartes et lois sur les droits de la personne, un *devoir d'accommodement* qui oblige les syndicats à faire primer les intérêts individuels des salariés jusqu'à la limite ultime de la « contrainte excessive ».

Une analyse critique des précédents révèle que la notion de « discrimination » au cœur de ces devoirs syndicaux n'est manifestement pas identique. Produit d'une conception où l'égalité est synonyme de traitement identique (égalité formelle), le *devoir de juste représentation* vise la discrimination en général mais s'intéresse essentiellement aux motivations syndicales. Ce sont les distinctions « arbitraires » ou, autrement dit, dépourvues de « lien rationnel » qui sont seules mises en échec par les tribunaux.

Conçu à notre époque où l'égalité est de plus en plus synonyme de traitement distinct et adapté (égalité réelle), le *devoir d'accommodement* vise la discrimination fondée sur une énumération, tantôt limitative, tantôt indicative, de caractéristiques personnelles mais s'intéresse à la fois à l'objet et aux effets de l'action syndicale. Dans cette perspective, ce sont toutes les distinctions « préjudiciables » qui peuvent être entachées d'illégalité.

Ce devoir d'accommodement, nettement plus exigeant pour le syndicat, pose au mouvement syndical un défi sans précédent dont il néglige actuellement l'importance : repenser, à son tour, sa notion d'égalité pour répondre plus adéquatement aux besoins d'une main-d'œuvre à l'hétérogénéité croissante.

LISTE DES ABRÉVIATIONS

A.B.A. L. Prac. Mgmt	American Bar Association Law and Practice Management
A.C.D.P.	Annuaire canadien des droits de la personne
Adm. Pub. Can.	Administration publique canadienne
Alb. L. Rev.	Albany Law Review
Am. Bus. L.J.	American Business Law Journal
A.P.R.	Atlantic Province Reports
Arb. J.	Arbitration Journal
ARCS/CRevAS	American Review of Canadian Studies/Canadian Review of American Studies
Baylor L. Rev.	Baylor Law Review
B.C.C.H.R.D.	British Columbia Canadian Human Rights Decisions
B.C. Int'l & Comp. L. Rev.	Boston College International and Comparative Law Review
Berkeley J. Emp. & Lab. L.	Berkeley Journal of Employment and Labor Law
Brit. J. Ind. Rel.	British Journal Industrial Relations
B.U. L. Rev.	Boston University Law Review
C.A.	Cour d'appel
Cal. L. Rev.	California Law Review
Can. Bar J.	Canadian Bar Journal
Can. Bus. L. J.	Canadian Business Law Journal
Can. J. of L. & Jur.	Canadian Journal of Law and Jurisprudence
Can. L.R.B.R.	Canadian Labour Relations Board Reports
Can.-U.S. L.J.	Canadian-United States Law Journal
CCRI	Conseil canadien des relations industrielles
CCRT	Conseil canadien des relations de travail
C. de D.	Cahiers de droit (Université Laval)
C.F.	Cour fédérale
Chi.-Kent L. Rev.	Chicago-Kent Law Review
C.H.R.R.	Canadian Human Rights Reports
C.J.A.L.P.	Canadian Journal of Administrative Law and Practice
CJLS/RCDS	Canadian Journal of Law and Society/Revue canadienne de droit social
C.L.E.L.J.	Canadian Labour and Employment Law Journal
C.L.L.C.	Canadian Labour Law Cases
C.L.L.J.	Canadian Labour Law Journal
Colum. J. L. & Soc. Probs.	Columbia Journal of Law and Social Problems
Const. L. J.	Constitutional Law Journal
Cornell Int'l L.J.	Cornell International Law Journal
Cornell J. L. & Pub. Pol'y	Cornell Journal of Law and Public Policy
CRSA/RCSA	Canadian Review of Sociology and Anthropology/Revue canadienne de sociologie et d'anthropologie
C.S.	Cour supérieure
C.S.C.-B	Cour suprême de Colombie-Britannique

Del. J. Corp. L.	Delaware Journal of Corporate Law
DePaul Bus. L. J.	DePaul Business Law Journal
Det. C. L. Rev.	Detroit College Law Review
di	Décisions information (Conseil canadien des relations de travail)
D.L.R.	Dominion Law Reports
D.R.L.	Droit Régie du Logement
Dr. Soc.	Droit social
D.T.E.	Droit du travail express
Duke L.J.	Duke Law Journal
Duq. L. Rev.	Duquesne Law Review
Employee Rel. L.J.	Employee Relations Law Journal
Employee Resp. & Rights J.	Employee Responsibilities and Rights Journal
Fordham L. Rev.	Fordham Law Review
Geo. L.J.	Georgetown Law Journal
Geo. Wash. L. Rev.	George Washington Law Review
Gonz. L. Rev.	Gonzaga Law Review
Harv. C.R.-C.L. L. Rev.	Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hous. L. Rev.	Houston Law Review
Hum. Rts Q.	Human Rights Quarterly
Ind. L.J.	Indiana Law Review
Ind. Rel.	Industrial Relations
Iowa L. Rev.	Iowa Law Review
I.R.L.J.	Industrial Relations Law Journal
J. Bus. Ethics	Journal of Business Ethics
J. Collective Negotiations	Journal of Collective Negotiations
J. Contemp. Health L. & Pol'y	Journal of Contemporary Health Law and Policy
J.E.	Jurisprudence express
J. Lab. Res.	Journal of Labor Research
J. Social Issues	Journal of Social Issues
Ky. L. J.	Kentucky Law Journal
Lab. Arb. Y.B.	Labour Arbitration Yearbook
Lab. Law.	Labor Lawyer
Lab. L.J.	Labor Law Journal
Lab. Stud. J.	Labour Studies Journal
L.A.C.	Labour Arbitration Cases
Law & Ineq. J.	Law and Inequality Journal
Man. L.J.	Manitoba Law Journal
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review

Minn. L. Rev.

N.C. L. Rev.

Neb. L. Rev.

Negotiation J.

N.J.C.L.

N.L.R.B.

Notre Dame L. Rev.

N.S.B.I.

N.Y.L. Sch. L. Rev.

N.Y.U. L. Rev.

O.H.R.B.I.

OLRB Rep.

Ont. B.I.

Ont. L.R.B.

Osgoode Hall L.J.

Ott. L. Rev.

QL

Queen's L.J.

R.C.S.

R.D.J.

R.D. McGill

R. du B.

R. du B. Can.

R.D.U.S.

Relat. Ind.

Rev. Can. Sc. Pol.

R.G.D.

R.J.D.T.

R.J.Q.

R.J.T.

R.L.

Sask. Lab. Rel. Bd

Sask. L. Rev.

S.C.L.R.

St. Louis U.L.J.

St. Thomas L. Rev.

Sw. U. L. Rev.

T.A.

T.C.D.P.

T.D.P.Q.

Temp. L. Q.

Tex. L. Rev.

T.T.

Minnesota Law Review

North Carolina Law Review

Nebraska Law Review

Negotiation Journal

National Journal of Constitutional Law

National Labor Relations Board

Notre Dame Law Review

Nova Scotia Board of Inquiry

New York Law School Law Review

New York University Law Review

Ontario Human Rights Board of Inquiry

Ontario Labour Relations Board Reports

Ontario Board of Inquiry

Ontario Labour Relations Board

Osgoode Hall Law Journal

Ottawa Law Review

QuickLaw

Queen's Law Journal

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Revue de droit judiciaire

Revue de droit de McGill

Revue du Barreau

Revue du Barreau Canadien

Revue de droit de l'Université de Sherbrooke

Relations Industrielles (Université Laval)

Revue canadienne de science politique

Revue générale de droit (Université d'Ottawa)

Recueil de jurisprudence en droit du travail

Rapports judiciaires du Québec

Revue juridique Thémis (Université de Montréal)

Revue légale

Saskatchewan Labour Relations Board

Saskatchewan Law Review

Supreme Court Law Review

St. Louis University Law Journal

St-Thomas Law Review

Southwestern University Law Review

Tribunal d'arbitrage

Tribunal canadien des droits de la personne

Tribunal des droits de la personne du Québec

Temple Law Quarterly

Texas Law Review

Tribunal du travail

Tulsa L.J.

U. Chi. L. Rev.
 U. Cin. L. Rev.
 U. Det. Mercy L. Rev.
 U. Ill. L. Forum
 U. Ill. L. Rev.
 U. Miami L. Rev.
 U. Mich. J. L. Reform
 U. Pa. J. Lab. & Emp. Law

U. Pa. L. Rev.
 U.S.F. L. Rev.
 U.T. Fac. L. Rev.
 U.T.L.J.

Va. L. Rev.
 Vand. L. Rev.
 Vt. L. Rev.

Yale L.J.

Tulsa Law Journal

University of Chicago Law Review
 University of Cincinnati Law Review
 University of Detroit Mercy Law Review
 University of Illinois Law Forum
 University of Illinois Law Review
 University of Miami Law Review
 University of Michigan Journal of Law Reform
 University of Pennsylvania Journal of Labour and
 Employment Law
 University of Pennsylvania Law Review
 University of San Francisco Law Review
 University of Toronto Faculty of Law Review
 University of Toronto Law Journal

Virginia Law Review
 Vanderbilt Law Review
 Vermont Law Review

Yale Law Journal

**DIVERSITÉ DE LA MAIN-D'ŒUVRE ET DISCRIMINATION :
DU DEVOIR DE JUSTE REPRÉSENTATION À
L'OBLIGATION D'ACCOMMODEMENT SYNDICALE**

*L'homme collectif, aussi bien que l'individu, garde
cette forme de l'instinct de conservation qui se
refuse à l'uniformité d'où, on le sait, ne peut naître
que l'ennui et, éventuellement, la mort de l'âme.*

– René Lévesque –

On dit de l'intelligence qu'elle décrit notamment l'« aptitude d'un être vivant à s'adapter à des situations nouvelles, à découvrir les solutions aux difficultés qu'il rencontre ». ¹ En notre ère de néo-libéralisme ² et d'individualisme ³ – probablement plus que jamais dans l'histoire – cette faculté d'adaptation du mouvement syndical est fortement sollicitée et mise à l'épreuve.

Décrié par les uns pour sa trop grande puissance ⁴, dénoncé par les autres comme un frein à la libre entreprise ou à la productivité, critiqué par les uns pour son

¹ A. REY (dir.), *Le Grand Robert de la langue française : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, vol. V (Grim-Lil), Paris, Le Robert, 1986, 658

² Louise MARCIL-LACOSTE, « Les avatars de l'égalité dans la réflexion contemporaine », dans Rodrigue BÉLANGER et al. (dir.), *L'égalitarisme en question*, Cahiers de recherche éthique, n° 18, Montréal, Fides, 1994, 17, parle, plus justement, de « rétro-libéralisme »

³ Louis DUMONT, *Essais sur l'individualisme : Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Paris, Le Seuil, 1983 ; Alain LAURENT, *Histoire de l'individualisme*, coll. Que sais-je?, vol. 2712, Paris, Presses universitaires de France, 1993 ; Gilles LEPOVETSKY, *Le crépuscule du devoir : l'éthique indolore des nouveaux temps démocratiques*, coll. NRF essais, Paris, Gallimard, 1992, 195-200 ; Pierre ROSANVALLON, *La question syndicale*, Coll. Pluriel, Paris, Hachette, 1988, 45-59 ; Joseph-Yvon THÉRIAULT, « Ombre et lumière de l'individualisme », *Revue Options CEQ*, Automne 1996, n° 15, 57-70. L'ancien président de la *Centrale des syndicats nationaux* du Québec, Monsieur Marcel Pépin, parlait pour sa part d'« égologie » : Pierre VENNAT, *Une révolution non tranquille : Le syndicalisme au Québec de 1960 à l'an 2000*, Montréal, Éd. du Méridien, 1992, 71

⁴ Réjean BRETON, *Les monopoles syndicaux dans nos écoles et dans nos villes*, coll. histoire et société, Montréal, Varia, 1999, 15, 35, 97, 102 et 103 ; Charles B. CREVER, *Can Unions Survive? : The Rejuvenation of the American Labor Movement*, New York, New York University Press, 1993, 2 ; Pradeep KUMAR, *From Uniformity to Divergence: Industrial Relations in Canada and the United States*, Kingston, IRC Press, 1993, 149-150 ; Jacques ROUILLARD, « Le syndicalisme dans l'opinion publique au Canada », (1991) 46 *Relat. Ind.* 277, 291-293. Un sondage téléphonique mené par la maison CROP entre les 6 et 12 janvier 1999 révélait que 48% des personnes interrogées jugeaient que les chefs syndicaux ont trop de pouvoir dans la société, cette proportion chutant à 16% dans le cas des

corporatisme⁵, admonesté par les autres pour sa tendance, jugée naturelle, aux revendications désincarnées et à la confrontation⁶, le syndicat est assailli de toutes parts. Dans certains milieux, on n'hésite pas à le qualifier d'anachronisme⁷ et l'on s'entend généralement pour le dire en crise.⁸

Comme le malheur, pourrait-on prétendre, une crise n'arrive jamais seule. Si la voile syndicale est cinglée par tant de vents, c'est d'abord parce qu'elle fait corps avec un navire en détresse, celui de l'emploi.

De fait, le travail aussi est en crise.⁹ Alors que nos sociétés productivistes modernes l'ont graduellement « constitué en valeur dominante, en valeur omnibus, capable

chefs d'entreprise : Marie TISON, « Les patrons : aussi rassurants que les chefs religieux », Montréal, *Journal de Montréal*, 5 mars 1999, 29. On craindrait donc davantage les syndicats que le gouvernement ou le patronat : Jacques ROUILLARD, « L'image du pouvoir syndical au Québec (1950-1991) », (1993) 34 *Recherches sociographiques* 279, 285

⁵ On parlera parfois de « philosophie provinciale » : CREVER, *id.*, 65-66. Sur le corporatisme syndical, voir : Roy J. ADAMS, « A Pernicious Euphoria : 50 Years of Wagnerism in Canada », (1995) 3 *C.L.E.L.J.* 321, 335 ; KUMAR, *id.*, 156-157

⁶ Thomas C. KOHLER, « Civic Virtue at Work : Unions as Seedbeds of the Civic Virtues », (1995) 36 *B.C. L. Rev.* 279, 283

⁷ KOHLER, *id.*, 281 ; Joan E. PYNES, « The Two Faces of Unions », (1996) 25 *J. Collective Negotiations* 31 ; Graham S. LOWE, « The Future of Work », (1998) 53 *Relat. Ind.* 235, 237 : « ...typically unions are portrayed as vestiges of an obsolete industrial system. »

⁸ Richard EDWARDS, « Unions in Crisis and Beyond : Introduction », dans Richard EDWARDS, Paolo GARONNA et Franz TÖDTLING (dir.), *Unions in Crisis and Beyond : Perspectives from Six Countries*, Dover (Mass.), Auburn House Publishing Company, 1986, chap. I ; Mona-Josée GAGNON, *Le syndicalisme : état des lieux et enjeux*, coll. Diagnostic (vol. 17), Québec, Institut québécois de recherche sur la culture, 1994, 10 ; Christian LÉVESQUE, Gregor MURRAY et Stéphane LEQUEUX, « Transformations sociales et identités syndicales : l'institution syndicale à l'épreuve de la différenciation sociale contemporaine », *Sociologie et sociétés*, vol. 30, n° 2, automne 1998, 131, 132-133 ; Carla LIPSIG-MUMME, « Unions Struggle with New Work Order », *Options politiques*, vol. 16, n° 8, octobre 1995, 3 ; Renato di RUZZA, « L'internationalisation de l'économie et la crise du syndicalisme », *L'Homme et la Société*, n° 121-122, juillet-décembre 1996, 117 ; VENNAT, *supra*, note 3, 166

⁹ Monique COURNOYER, « Le travail : quelle crise? », *Possibles*, vol. 21, n° 2 et 3, printemps-été 1997, 29 ; Gilles LAFLAMME et al. (dir.), *La crise de l'emploi : de nouveaux partages s'imposent*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1997 ; Jeremy RIFKIN, *La fin du travail*, Montréal, Boréal, 1996 ; Mona-Josée GAGNON, *Le travail : une mutation en forme de paradoxes*, coll. Diagnostic (vol. 23), Québec, Institut québécois de recherche sur la culture, 1996, 37-51. C'est à dessein que nous confondons ici « travail » et « emploi », même si des distinctions s'imposent entre les deux concepts : Francis FARRUGIA, « Exclusion : mode d'emploi », *Cahiers internationaux de sociologie*, vol. 102,

d'accaparer toutes les valeurs sociales et individuelles »¹⁰, qu'elles en ont fait « la condition majeure d'appartenance sociale, le facteur essentiel d'identité »¹¹, un « moyen de libération » et un « signe de dignité »¹², voilà que l'emploi se raréfie et se précarise.

Que les associations syndicales, tout à la remorque qu'elles sont des travailleurs salariés, voient leur sphère d'influence se réduire progressivement dans ce contexte, cela apparaît pour ainsi dire incontournable. Qu'on en juge : depuis 1980, les taux de syndicalisation déclinent presque partout dans le monde industrialisé.¹³ La situation est particulièrement alarmante aux États-Unis¹⁴ où le rapport du nombre des syndiqués à la

janvier-juillet 1997, 48-50 ; Andràs NOVEMBER, « Emploi contre travail », dans Christian COMELIAU (dir.), *L'économie à la recherche du développement : crise d'une théorie, violence d'une pratique*. Coll. Les nouveaux cahiers de l'Institut universitaire d'études du développement de Genève. Paris, Presses universitaires de France, 1996, 100-101 ; Bernard PERRET, *L'avenir du travail : Les démocraties face au chômage*, coll. L'Histoire immédiate, Paris, Seuil, 1995, 175-176

¹⁰ COURNOYER, *id.*, 30 ; Jean-Pierre DURAND, « Vers la société du post-travail ? », *L'Homme et la Société*, n° 109, juillet-septembre 1993, 120 ; FARRUGIA, *id.*, 49, parle d'une « valorisation morale, idéologique, voire religieuse du travail ».

¹¹ Dominique MÉDA, « Une mise en perspective de la valeur travail », (1996) 135 *Revue Internationale du Travail* 693, 697. Voir dans le même sens : François AUBRY, « Le plein emploi, mythe ou réalité ? », *L'Action nationale*, vol. 88, n° 1, janvier 1998, 124-125, 129, 140 et 144 ; Georges BURDEAU, *La démocratie*, 2^e édition, coll. Politique, Paris, Éd. Du Seuil, 1966, 30 ; Robert HOLCMAN, *Le chômage : Mécanismes économiques, conséquences sociales et humaines*, Notes et études documentaires, n° 5045, 1996-20, 152 ; Everett C. HUGHES, *Le regard sociologique : essais choisis*, textes rassemblés et présentés par Jean-Michel CHAPOULIE, Paris, Éd. de l'École des hautes études en sciences sociales, 1996, 76 ; Warren E. KALBACH, « The Demographic Transformation of Canada's Work Force », dans Audrey WIPPER (dir.), *Work : The Sociology of Work in Canada*, Ottawa, Carleton University Press, 1994, 488 ; Dominique MÉDA, *Le travail : Une valeur en voie de disparition*, Paris, Aubier, 1995, chap. I ; NOVEMBER, *supra*, note 9, 97-98

¹² Louis-Henri PARIAS (dir.), *Histoire générale du travail : l'ère des révolutions (1765-1914)*, vol. 3, Paris, Nouvelle Librairie de France, 1969, 388

¹³ Ernest B. AKYEAMPONG, « Aperçu statistique du mouvement syndical ouvrier », *L'emploi et le revenu en perspective*, vol. 9, n° 4, hiver 1997, 50, 60 (Tableau 6) ; Walter GALENSON, « Syndicats et tripartisme en quête d'un nouveau souffle », *Travail : Le magazine de l'OIT*, n° 8, juin 1994, 30 ; LIPSIG-MUMME, *supra*, note 8, 3 ; George STRAUSS, « Is the New Deal System Collapsing? With What Might It Be Replaced? », (1995) 34 *Ind. Rel.* 329, 331 ; VENNAT, *supra*, note 3, 159. Pour une étude de la situation canadienne, voir: Elmoustapha NAJEM, *Croissance du mouvement syndical et caractéristiques du régime des relations de travail au Canada*, Document de recherche 96-5, Hull, Université du Québec à Hull, Département des relations industrielles, 1996

¹⁴ Charles B. CREVER, « Why Labour Unions Must [and Can] Survive », (1998) 1 *U. Pa. J. Lab. & Emp. Law* 15, 16-17

main-d'œuvre totale est passée de 22% en 1980, à 16% en 1994¹⁵, pour atteindre 14,5% en 1996.¹⁶

Sans être aussi préoccupante, la baisse de la densité syndicale n'en demeure pas moins bien réelle au Canada. Alors qu'elle s'établissait à 36% en 1980¹⁷, elle oscillait autour de 30,4% dans les six premiers mois de l'année 2000.¹⁸ Au Québec, où l'on mesure non plus le taux de syndicalisation mais plutôt le taux de présence syndicale¹⁹, c'est-à-dire « le rapport entre les salariés assujettis à une convention collective et l'ensemble des salariés en emploi »²⁰, l'on observe aussi une tendance à la baisse « après avoir connu l'un des plus hauts taux d'augmentation de l'effectif syndical dans les deux dernières décennies ».²¹ De 49,7% qu'il était en 1992, le taux de présence syndicale glissait à 39,7% en 2000.²² En fait, si l'on s'en tient aux statistiques des vingt dernières années, le déclin des effectifs syndicaux prend des proportions inquiétantes :

Les années 1978 à 1998 se divisent en deux périodes en ce qui concerne les tendances des effectifs syndicaux. Entre 1978 et 1992, le taux de syndicalisation a augmenté de 24,7%, soit 1,6% en moyenne par année. Entre 1992 et

¹⁵ AKYEAMPONG, *supra*, note 13, 60

¹⁶ Roger SHAWL, « La présence syndicale au Québec en 1997 », *Le Marché du travail*, vol. 19, n° 9, septembre 1997, 6, 9 (tableau 4). Pour BRETON, *supra*, note 4, 89, cette baisse montre que « les Américains ne croient plus, dans leur immense majorité, à ce système de syndicalisation fondé sur le monopole du syndicat. »

¹⁷ AKYEAMPONG, *supra*, note 13, 60

¹⁸ Ernest B. AKYEAMPONG, « Le point sur la syndicalisation », *L'emploi et le revenu en perspective*, parution spéciale, fête du travail 2000, 10

¹⁹ Gilles TRUDEAU et Diane VEILLEUX, « Le monopole nord-américain de représentation syndicale à la croisée des chemins », (1995) 50 *Relat. Ind.* 9, 15. On a déjà déploré ce « bricolage statistique » : GAGNON, *supra*, note 8, 31 et 40

²⁰ SHAWL, *supra*, note 16, 6

²¹ Gregor MURRAY, « La représentation en relations industrielles: Perspectives et prospective », dans Michel AUDET et al. (dir.), *La représentation : Miroir ou mirage de la démocratie au travail?*, Ste-Foy, Presses de l'Université Laval, 1994, 7, 21

²² AKYEAMPONG, *supra*, note 18, 12 (tableau 1); Mona-Josée GAGNON, « Le syndicalisme peut évoluer sans nier son passé », *Revue Options CEQ*, Automne 1996, n° 15, 135, 140 : « ...la représentativité globale du syndicalisme québécois s'effrite... ».

1998, il a diminué (quoique de façon irrégulière) de 3,7%, au total.²³

Quoiqu'il n'y ait pas de consensus sur les causes exactes de ce ressac syndical²⁴, celles à caractère économique s'imposent d'emblée à l'esprit. Sous ce rapport, la compétition internationale favorisée par la mondialisation de l'économie²⁵ fait figure de proue. Les États, dont la souveraineté a le territoire national pour limite²⁶, et les syndicats, dont l'action aussi est par nature localisée²⁷, ploient sous le joug du marché international²⁸, sans jamais avoir véritablement prise sur lui²⁹:

Aujourd'hui, de plus en plus, ce sont les entreprises multinationales qui sont au cœur des stratégies économiques à l'échelle mondiale et les États n'arrivent pas à maîtriser les évolutions de l'emploi et du chômage sur leur territoire.³⁰

²³ GOUVERNEMENT DU CANADA, Ministère du développement des ressources humaines, Direction de l'information sur les milieux de travail, *Répertoire des organisations de travailleurs et travailleuses au Canada 1998*, Ottawa, Les Éditions du gouvernement du Canada, 1998, 7-8

²⁴ GALENSON, *supra*, note 13

²⁵ CREVER, *supra*, note 4, 42-47

²⁶ Harry ARTHURS et Robert KREKLEWICH, « Law, Legal Institutions, and the Legal Profession in the New Economy », (1996) 34 *Osgoode Hall L.J.* 1, 8 ; Joel ROGERS, « A Strategy for Labor », (1995) 34 *Ind. Rel.* 367, 369

²⁷ CREVER, *supra*, note 4, 47 et 122; Di RUZZA, *supra*, note 8, 125 ; LIPSIG-MUMME, *supra*, note 8, 6; ROGERS, *ibid.* ; Jean SAGNES, « Introduction générale », dans Jean SAGNES (dir.), *Histoire du syndicalisme dans le monde, des origines à nos jours*, Toulouse, Éd. Privat, 1994, 14 ; Gilles TRUDEAU, « La mondialisation et les syndicats », *Options politiques*, vol. 16, n° 8, octobre 1995, 9

²⁸ Andreas BREITENFELLNER, « Le syndicalisme mondial : un partenaire potentiel », (1997) 136 *Revue internationale du travail* 579, 579-580

²⁹ Gordon BETCHERMAN, « Human Ressources in Canada : The Impact of NAFTA on Human Resources », (1996) 22 *Can.-U.S. L.J.* 17, 22 ; Pierre VERGE, « Mondialisation et fonctions du droit du travail national », (1999) 40 *C. de D.* 437, 450-452 et 457

³⁰ Diane-Gabrielle TREMBLAY, « L'évolution du marché du travail dans le contexte de la mondialisation : perspectives générales et résultats d'une enquête », dans Lucie MERCIER et Renée BOURBONNAIS (dir.), *Le travail et l'emploi en mutation*, Montréal, A.C.F.A.S., 1996, 11. Voir au même effet: Dorval BRUNELLE, « Les Chartes, le droit civil et les clivages sociaux », dans Rodrigue BÉLANGER et al. (dir.), *Vers de nouveaux rapports entre l'éthique et le droit*, Cahiers de recherche éthique, n° 16, Montréal, Fides, 1991, 50 ; Gregor MURRAY et Pierre VERGE, *La représentation syndicale : visage juridique actuel et futur*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1999, 105-106; David MONTGOMERY, « Labor Rights and Human Rights : A Historical Perspective », dans Lance

Menacés politiquement par un chômage endémique, les gouvernements multiplient les faveurs aux grandes sociétés, tantôt sous forme d'avantages fiscaux, de subventions ou de prêts sans intérêt, tantôt au moyen de la privatisation, de la déréglementation³¹ ou du délaissement de leurs responsabilités.³²

Menacés économiquement par les réductions d'effectif présumément dictées par la concurrence, les travailleurs qui parviennent à éviter le couperet multiplient les sacrifices, tantôt sous forme de baisses ou de gels salariaux, tantôt par des alourdissements de tâches mieux connus sous l'euphémisme « restructuration ».³³ Bref, c'est la surenchère des concessions!

A. COMPA et Stephen F. DIAMOND (dir.), *Human Rights, Labor Rights, and International Trade*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1996, 15; Stephen SCHECTER, « De la limite et de la richesse dans la société québécoise contemporaine », dans Bogumil JEWSIEWICKI et Jocelyn LÉTOURNEAU (dir.), *Identités en mutation, socialités en germination*, Sillery, Éd. Septentrion, 1998, 187, 190; THÉRIAULT, *supra*, note 3, 62

³¹ Laurence J. COHEN, « New Bargaining Approaches to New Economic Conditions: Pursuing a Mutuality of Interests », (1989) 5 *Lab. Law*, 263, 264; MURRAY et VERGE, *id.*, 111-112; Serge MONGEAU, « Pour sortir de l'économie néolibérale », *Possibles*, vol. 21, n° 2-3, printemps-été 1997, 258; TRUDEAU, *supra*, note 27, 8

³² Notamment dans le domaine des droits de la personne : R. BEN-ISRAEL, « Equality and Prohibition of Discrimination in Employment », dans Roger BLANPAIN (dir.), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, vol. 1, Deventer (Netherlands), Kluwer Law & Taxation Publishers, 1990, chap. 5, 116-117 (par. 60); R.Brian HOWE, « Human Rights in Hard Times: the Post-War Canadian Experience », (1992) 35 *Adm. Pub. Can.* 464 (*passim*); David JOHNSON et R.Brian HOWE, « Human Rights Commissions in Canada: Reform or Reinvention in a Time of Restraint? », (1997) 12 *CJLS/RCDS* 1, 9-12; François BERGER, « La défense des droits individuels est-elle menacée? », *La Presse*, Montréal, 25 mars 1995, A-4; François BERGER, « Le couperet tombe lourdement sur la Commission des droits », *La Presse*, Montréal, 6 avril 1995, A-10. Par exemple, la Commission canadienne des droits de la personne a vu son budget fondre de 20% entre 1993 et 1997 : COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *Rapport annuel 1996*, Ottawa, Ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux, mars 1997, 110

³³ ARTHURS et KREKLEWICH, *supra*, note 26, 13; Eddy LEE, « La mondialisation et l'emploi : des craintes justifiées? », (1996) 135 *Revue Internationale du travail* 532, 538; Daniel PROULX, « L'accommodement raisonnable, cet inconnu : Commentaire de l'arrêt *Large c. Stratford* », (1996) 41 *R.D. McGill* 669, 702

Telle une épée de Damoclès, la possibilité de voir l'entreprise fermer ses portes pour s'implanter sous des cieux plus cléments – lire plus payants³⁴ – pend perpétuellement au-dessus de la tête des gouvernants comme des salariés.³⁵ On comprendra dès lors que la situation de vulnérabilité dans laquelle se retrouvent les syndicats en pareilles circonstances³⁶ peut ne pas être d'un très grand attrait pour des travailleurs qui ne sont toujours pas syndiqués.³⁷

Au palmarès des causes avancées pour expliquer le déclin de la densité syndicale, l'automatisation, l'informatisation, la robotisation et les percées technologiques de toute nature flirtent aussi avec la première position.³⁸ Que d'emplois – et, partant, de syndiqués, en fait ou en puissance – ont été, sont et seront, inexorablement, sacrifiés sur l'autel des nouvelles technologies.³⁹

C'est toute la logique économique, en place au moment de l'instauration des régimes de rapports collectifs de travail que nous connaissons aujourd'hui, qui semble en proie à la

³⁴ DURAND, *supra*, note 10, 120 ; GAGNON, *supra*, note 8, 123 ; MONTGOMERY, *supra*, note 30, 15 ; Peter NASH, « The NLRA at Age Fifty », (1985) 36 *Lab. L.J.* 600, 603 ; Louise OTIS, « L'ordre public dans les relations de travail », (1999) 40 *C. de D.* 381, 398 ; Michael WALTON (dir.), *Rapport sur le développement dans le monde 1995 : Le monde du travail dans une économie sans frontières*, Washington, Banque mondiale, 1995, 69 : « La délocalisation est une stratégie efficace pour accroître la part du marché d'une société dans un monde dominé par la concurrence – ou pour minimiser ses pertes. »

³⁵ H.W. ARTHURS, « Labour Law Without the State », (1996) 46 *U.T.L.J.* 1, 26-27 ; TRUDEAU, *supra*, note 27, 8

³⁶ Samuel ESTREICHER, « Labor Law Reform in a World of Competitive Product Markets », (1993) 69 *Chi.-Kent L. Rev.* 3, 13

³⁷ ARTHURS et KREKLEWICH, *supra*, note 26, 15

³⁸ COHEN, *supra*, note 31, 263 ; CREVER, *supra*, note 4, 40-42 ; MURRAY et VERGE, *supra*, note 30, 106

³⁹ Lowell GALLAWAY et Richard VEDDER, « Labour Laws : Then and Now », (1996) 17 *J. Lab. Res.* 253, 258 : « ...unionized labor is replaced with nonunions machines. » ; Laurent LAPLANTE, *La personne immédiate*, coll. La ligne du risque, Montréal, l'Hexagone, 1998, 141 : « L'informatique et la robotique démontrent chaque jour leur aptitude à supprimer les emplois tout en maximisant les bénéfices corporatifs. » Comme le rappelle, à juste titre, Herbert APPLEBAUM, « The Concept of Work in Western Thought », dans Frederick C. GAMST (dir.), *Meanings of Work : Considerations for the Twenty-First Century*, Albany, State University of New York Press, 1995, 66 : « ...robots do not get sick, take vacations, organize unions, or ask for higher wages. »

rupture.⁴⁰ Réduite à sa plus simple expression, cette logique postule que les profits facilitent les investissements ; que ces investissements accroissent la production ; qu'une production accrue favorise la création d'emplois ; que les emplois génèrent des salaires ; que l'attribution de salaires fait augmenter la consommation ; et, ultimement, que cette consommation engendre les profits.⁴¹

Or, par les investissements dans la technologie, la production peut désormais s'accroître, en quantité comme en qualité, sans création correspondante d'emplois. Bien plus, ces changements technologiques permettent même à l'employeur de réduire ses effectifs sans affecter de quelque manière la production.⁴²

Si les réactions syndicales à ces changements ont pris plusieurs formes au cours des ans⁴³, il semble que les syndicats ont depuis fait le constat de leur impuissance devant la montée du chômage technologique :

[...] le mouvement syndical capitula sur le front de l'automatisation, se contentant d'accords défensifs qui assuraient la sécurité de l'emploi aux travailleurs les plus âgés, échelonnaient les suppressions d'effectif et offraient des possibilités limitées de recyclage à ses membres.

Les syndicats avaient parfaitement raison de penser que l'automatisation allait réduire les rangs de la main-d'œuvre non qualifiée, mais ils surestimèrent lourdement la quantité d'emplois qualifiés que généreraient les nouvelles technologies. [...] Les syndicats commencèrent à perdre leurs membres et leur influence.⁴⁴

⁴⁰ Pierre PAQUET, « Déclin et mutation des relations de travail fordien », *Possibles*, vol. 17, n° 1, hiver 1993, 85, 92-93, fait justement allusion à un dérèglement du « cercle vertueux » de la croissance.

⁴¹ David ABRAHAM, « Individual Economy and Collective Empowerment in Labor Law: Union Membership Resignations and Strikebreaking in the New Economy », (1988) 63 *N.Y.U. L. Rev.* 1268, 1287

⁴² LAPLANTE, *supra*, note 39, 140-141

⁴³ Albert A. BLUM et Jeffrey E. TEICH, « Bargaining With Technology », *Business Quarterly*, printemps 1997, vol. 61, n° 3, 40

⁴⁴ RIFKIN, *supra*, note 9, 127

Cette perte de pouvoir, elle est aussi attribuable au fait que le secteur des biens, château fort et bastion traditionnel du mouvement syndical⁴⁵, apparaît le plus durement touché⁴⁶ par ces phénomènes de la mondialisation des marchés et de l'innovation technologique galopante. Nous assistons depuis un bon moment déjà à « un déplacement de l'emploi du secteur manufacturier vers le secteur des services »⁴⁷, par nature plus réfractaire à la syndicalisation.⁴⁸

Ce glissement de l'emploi vers le secteur tertiaire emporte avec lui son lot de précarisation. De norme qu'il était, le travail salarié à plein temps emprunte la voie de l'exception⁴⁹ et cède de plus en plus de terrain aux emplois atypiques (travail à temps partiel, à la pique, à contrat, sur appel, autonome, intérimaire, occasionnel, sous-

⁴⁵ LIPSIG-MUMME, *supra*, note 8, 3; NAJEM, *supra*, note 13, 18

⁴⁶ Aux États-Unis, par exemple, le nombre d'emplois dans le secteur manufacturier a chuté de 8,3% entre 1989 et 1994: Rachel GEMAN, « Safeguarding Employee Rights in a Post-Union World: A New Conception of Employee Communities », (1997) 30 *Colum. J.L. & Soc. Probs.* 369, 374

⁴⁷ DURAND, *supra*, note 10, 120; Richard EDWARDS, *Rights at Work: Employment Relations in Post-Union Era*, New-York, Twentieth Century Fund Book, 1993, 88; Judy FUDGE, « Rights on the Labour Law Ladder: Using Gender to Challenge Hierarchy », (1996) 60 *Sask. L. Rev.* 237, 258; ESTREICHER, *supra*, note 36, 6; GALENSON, *supra*, note 13, 30; KALBACH, *supra*, note 11, 496; LOWE, *supra*, note 7, 241; MURRAY et VERGE, *supra*, note 30, 107; SCHECTER, *supra*, note 30, 189; TRUDEAU et VEILLEUX, *supra*, note 19, 15

⁴⁸ ARTHURS et KREKLEWICH, *supra*, note 26, 10; COHEN, *supra*, note 31, 263; EDWARDS, *supra*, note 8, 5; GAGNON, *supra*, note 8, 34; GALENSON, *id.*, 32; LÉVESQUE, MURRAY et LEQUEUX, *supra*, note 8, 134; LOWE, *id.*, 242; Fernand MORIN et Jean-Yves BRIÈRE, *Le droit de l'emploi au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1998, 13 (par. I-10); Claude RIOUX, « La négociation collective au Québec: tendances et problèmes récents », dans *Problèmes actuels de la négociation collective*, Colloque de l'OIT sur la négociation collective dans les pays industrialisés à économie de marché (Genève, 2-6 novembre 1987), Série Relations professionnelles, n° 72, Genève, Bureau international du Travail, 1989, 54; Paul C. WEILER, « The National Labor Relations Act: 1935-1985 », dans Walter J. GERSHENFELD (dir.), *Arbitration 1985: Law and Practice*, Proceedings of the 38th Annual Meeting, National Academy of Arbitrators, Washington D.C., Bureau of National Affairs Inc., 1986, 37, 41

⁴⁹ Lucie France DAGENAIS, *Travail éclaté: protection sociale et égalité*, coll. Études et documents de recherche sur les droits et libertés, vol. 7, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1998, 8 et suivantes; Judy FUDGE et Harry GLASBEEK, « The Legacy of PC 1003 », (1995) 3 *C.L.E.L.J.* 357, 395-396; GEMAN, *supra*, note 46, 373; René LAPERRIÈRE, « Canada et Québec », dans Antoine LYON-CAEN et Antoine JEAMMAUD (dir.), *Droit du travail, démocratie et crise en Europe occidentale et en Amérique*, Paris, Actes Sud, 1986, 183; Alain NOËL, « La droite et la gauche, le libéralisme et la social-démocratie », *Revue Options CEQ*, n° 15, Automne 1996, 74; TREMBLAY, *supra*, note 30, 23. On parle même d'« effritement de la société salariale » (AUBRY, *supra*, note 11, 136-137) et de « désagrégation du travail salarié à plein temps »: HOLCMAN, *supra*, note 11, 148

traitance, télétravail...).⁵⁰ Inutile d'insister sur les difficultés que peut éprouver le mouvement syndical dans ses tentatives de rallier autour de lui cette main-d'œuvre « vagabonde ».⁵¹

En outre, il semble que c'est surtout les petites et moyennes entreprises qui, en optant pour la sur-spécialisation, créent le plus d'emplois dans le contexte de la « nouvelle économie ».⁵² Est-il besoin de rappeler, là encore, les nombreux écueils qui s'interposent devant le syndicat qui œuvre au recrutement de nouveaux membres dans ces entreprises de taille plus modeste⁵³:

[...] la syndicalisation de petits groupes de salariés est très difficile, en raison des relations de proximité avec l'employeur, de la difficulté d'établir un rapport de force. Plus encore, quand un petit groupe est syndiqué, il donne comparativement plus de travail aux syndicats qu'un

⁵⁰ BETCHERMAN, *supra*, note 29, 21; FUDGE, *supra*, note 47, 253; Mona-Josée GAGNON, « Présentation », *Sociologie et sociétés*, vol. 30, n° 2, automne 1998, 4; Amira GALIN, « Myth and Reality : Trade Unions and Industrial Relations in the Transition to Democracy », dans John R. NILAND, Russell D. LANSBURY et Chrissie VEREVIS (dir.), *The Future of Industrial Relations: Global Change and Challenges*, Thousand Oaks, SAGE Publications Inc., 1994, 303; KOHLER, *supra*, note 6, 285; LIPSIG-MUMME, *supra*, note 8, 4; LOWE, *supra*, note 7, 239-240; Denis MATTE, Domenico BALDINO et Réjean COURCHESNE, « L'évolution de l'emploi atypique au Québec », *Marché du travail* (encart), vol. 19, n° 5, mai 1998, 88 pages; MURRAY et VERGE, *supra*, note 30, 117; SCHECTER, *supra*, note 30, 189; STRAUSS, *supra*, note 13, 336-337; Rosemary WARSKETT, « The Politics of Difference and Inclusiveness within the Canadian Labour Movement », (1996) 17 *Economic and Industrial Democracy* 587, 599

⁵¹ GAGNON, *supra*, note 8, 34; HOLCMAN, *supra*, note 11, 150; TRUDEAU, *supra*, note 27, 8. Sur la nature de ces difficultés, voir : Guylaine VALLÉE, « Pluralité des statuts de travail et protection des droits de la personne : quel rôle pour le droit du travail ? », (1999) 54 *Relat. Ind.* 277, 296 et suivantes

⁵² ARTHURS et KREKLEWICH, *supra*, note 26, 14 ; Gérard BÉRUBÉ, « PME », *Le Devoir*, Montréal, 19 octobre 1997, F-1; FUDGE et GLASBEEK, *supra*, note 49, 391

⁵³ LOWE, *supra*, note 7, 246 : « ...smaller firms [...] traditionally have been more union-resistant. » : MURRAY et VERGE, *supra*, note 30, 107. Une enquête récente du gouvernement fédéral révèle que c'est dans les petites entreprises que la proportion de nouveaux employés est la plus grande, cette proportion diminuant avec l'augmentation de la taille de l'établissement. L'enquête montre par ailleurs que ces petites entreprises sont celles qui comptent le moins de salariés syndiqués, ce qui traduirait possiblement « ...une volonté accrue de la part des employeurs d'engager du personnel non syndiqué afin d'avoir plus de flexibilité dans la gestion de leurs employés » : STATISTIQUE CANADA et DÉVELOPPEMENT DES RESSOURCES HUMAINES DU CANADA, *Un milieu de travail en évolution : Résultats de l'Enquête pilote sur le lieu de travail et les employés*, Ottawa, Ministère de l'Industrie, Mai 1998, 93-95

grand groupe : il faut donner les mêmes services pour beaucoup moins de cotisations syndicales.⁵⁴

Enfin, tout ce contexte économique extrêmement exigeant dans lequel baignent les sociétés industrialisées depuis quelques années n'est pas sans favoriser la résurgence, sinon le renforcement, de l'hostilité patronale contre les syndicats.⁵⁵ Confondant allègrement tentative de syndicalisation et accusation d'incompétence⁵⁶, certains dirigeants d'entreprises mènent encore des luttes farouches pour nier le droit d'association des salariés, parfois même avec la complicité des gouvernements.⁵⁷ Si le procédé est courant aux États-Unis⁵⁸, on l'observe au Canada et au Québec aussi⁵⁹, dans une moindre mesure semble-t-il.⁶⁰ Cependant, la mise en concurrence des entreprises

⁵⁴ GAGNON, *supra*, note 8, 38-39. Voir dans le même sens : Daniel BELL, *La fin de l'idéologie*, coll. Sociologies, Paris, Presses universitaires de France, 1997, 200-201; Laurent FONTAINE, « Les temps sont durs, camarade! », *Commerce*, vol. 96, n° 10, octobre 1994, 28-29; FUDGE, *supra*, note 47, 257-259; FUDGE et GLASBEEK, *supra*, note 49, 392-393; LÉVESQUE, MURRAY et LEQUEUX, *supra*, note 8, 134; LIPSIG-MUMME, *supra*, note 8, 5; NAJEM, *supra*, note 13, 19

⁵⁵ LÉVESQUE, MURRAY et LEQUEUX, *id.*, 143 : « ...l'employeur n'est pas un acteur neutre et désintéressé dans l'attachement des membres à leur syndicat. Ses actions peuvent accentuer ou atténuer leur attachement. »

⁵⁶ TRUDEAU et VEILLEUX, *supra*, note 19, 17-18

⁵⁷ ABRAHAM, *supra*, note 41, 1318; ARTHURS, *supra*, note 35, 29; COHEN, *supra*, note 31, 264; EDWARDS, *supra*, note 47, 90; GALENSON, *supra*, note 13, 30 ; KUMAR, *supra*, note 4, 155

⁵⁸ COHEN, *id.*, 266; CREVER, *supra*, note 4, 5 et 47-51; ESTREICHER, *supra*, note 36, 4; EDWARDS, *ibid.*; KOHLER, *supra*, note 6, 289; NASH, *supra*, note 34, 603; Claude RIOUX, « Libre-échange et pratiques du syndicalisme au Canada et aux États-Unis : rétrospective et perspective », dans Pierre J. HAMEL (dir.), *Un marché, deux sociétés ? Libre-échange : aspects socio-économique*, 2^e partie, Les Cahiers scientifiques, n° 51, Montréal, A.C.F.A.S., 1987, 164; STRAUSS, *supra*, note 13, 332; Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario, [1991] 2 R.C.S. 211, 350 (J. McLachlin)

⁵⁹ LIPSIG-MUMME, *supra*, note 8, 4. Selon ADAMS, *supra*, note 5, 330, c'est là une caractéristique proprement nord-américaine puisque dans la plupart des autres sociétés démocratiques, la résistance patronale à la syndicalisation serait légalement et socialement réprouvée.

⁶⁰ KUMAR, *supra*, note 4, 155 et 163; Terry THOMASON et Silvana POZZEBON, « Managerial Opposition to Union Certification in Québec and Ontario », (1998) 53 *Relat. Ind.* 750; Gilles TRUDEAU, « L'impact de l'Accord de libre-échange sur les relations du travail au Québec et leur encadrement légal », dans Michel BROSSARD (dir.), *La libéralisation des échanges Canada-États-Unis et les relations industrielles au Québec : négocier l'avenir*, n° 20, Montréal, École des relations industrielles de l'Université de Montréal, 1989, 124; CONTRA: Leo TROY, « Convergence in International Unionism, etc. The Case of Canada and the USA », (1992) 30 *Brit. J. Ind. Rel.* 1, 11-12

d'ici avec les entreprises américaines pourrait avoir, sur nos milieux d'affaires, un effet d'entraînement vraisemblablement défavorable au syndicalisme.⁶¹

Édictées par des acteurs qui ont le profit pour toute quête, les nouvelles règles du jeu économique international, on le voit, laissent peu de marge de manoeuvre aux organisations syndicales : à défaut pour elles de pouvoir les établir, elles doivent forcément s'y plier.⁶² Certains peuvent certes déplorer « l'intégration professionnelle des syndicats à la logique du capital »⁶³, mais le procédé n'est pas nouveau⁶⁴ et semble bien, pour l'heure, irréversible. Après tout, les grandes centrales syndicales du Québec ne reconnaissent-elles pas formellement que :

- la productivité et l'efficacité des entreprises, autant celles du secteur public que celles du secteur privé, sont des facteurs essentiels à la croissance économique et au développement de l'emploi ;
- pour maintenir et créer des emplois de qualité, il est important pour l'entreprise publique ou privée d'assurer sa flexibilité organisationnelle et sa rentabilité, de faire face à la concurrence, d'innover régulièrement et rapidement, de gérer efficacement les ressources humaines, financières et techniques et de répondre aux besoins des clients ou de la population...⁶⁵

⁶¹ W. Craig RIDDELL, « La coopération ouvrière-patronale au Canada : introduction », dans W. Craig RIDDELL (coord.), *La coopération ouvrière-patronale au Canada*, Ottawa, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développements du Canada, Approvisionnements et services Canada, 1986, 1, 6; RIOUX, *supra*, note 58, 172; TRUDEAU, *id.*, 99, 130 et 133

⁶² Dani RODRIK, « Has Globalization Gone Too Far ? », *California Management Review*, vol. 39, n° 3, Printemps 1997, 41-42

⁶³ Jean-Marc PIOTTE, « Les syndicats : un partenaire à genoux », *La Presse*, Montréal, 22 mars 1997, B-6

⁶⁴ ADAMS, *supra*, note 5, 339-340; FUDGE et GLASBEEK, *supra*, note 49, 372-373; Clément GROLEAU, « Rapports collectifs de travail : l'évolution de la convention collective », dans BARREAU DU QUÉBEC, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit du travail* (1992), vol. 34, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1992, 90

⁶⁵ *Déclaration pour l'emploi*, signée par les représentants du gouvernement, du patronat et des syndicats à l'issue du Sommet sur l'économie et l'emploi tenu à Montréal à la fin d'octobre 1996 (publiée dans *Le Devoir*, Montréal, 2 novembre 1996, A-9)

L'employeur ayant la pleine maîtrise de la direction des affaires, de la production et du travail de l'entreprise⁶⁶, le syndicat ne jouit donc pas d'un contrôle effectif sur elle⁶⁷ et se trouve, pour tout dire, condamné à réagir aux initiatives patronales⁶⁸ prises pour affronter la compétition planétaire. Partant, force est de constater que le mouvement syndical dispose de peu de moyens pour contrer la logique économique dominante, laquelle a un effet inquiétant sur ses effectifs.

Mais si, comme le chante Vigneault, « on ne manque pas de monde pour la danse de l'argent »⁶⁹, la dignité des travailleurs, elle, manque cruellement de défenseurs à l'ère de la mondialisation. Or, le syndicat ne peut décemment renoncer à cette mission première: « au pouvoir de l'argent, il faut opposer le pouvoir du nombre ».⁷⁰

Si les taux de syndicalisation décroissent en raison de phénomènes économiques dont le contrôle échappe, pour une large part, aux associations syndicales⁷¹, un autre facteur, socio-démographique celui-là, est avancé pour expliquer ce déclin : la diversification croissante de la main-d'œuvre.⁷²

⁶⁶ Sur ce triple objet des droits de direction reconnus à l'employeur, voir : Jean-Pierre VILLAGGI, *La protection des travailleurs: l'obligation générale de l'employeur*, Cowansville, Yvon Blais, 1996, 345-346

⁶⁷ Daniel PROULX, *La discrimination dans l'emploi : les moyens de défense selon la Charte québécoise et la Loi canadienne sur les droits de la personne*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1993, 77

⁶⁸ ROUILLARD (1993), *supra*, note 4, 299

⁶⁹ Gilles VIGNEAULT, « Les trois danses » dans *Tenir paroles: chansons 1968-1983*, vol. 2, Montréal, Les nouvelles éditions de l'Arc, 1983, 540

⁷⁰ MONGEAU, *supra*, note 31, 253

⁷¹ Jean CHAREST, « Le mouvement syndical », dans Robert BOILY (dir.), *L'Année politique au Québec 1997-1998*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1999, 143, 149

⁷² ABRAHAM, *supra*, note 41, 1293 et 1318; CREVER, *supra*, note 4, 37-40; EDWARDS, *supra*, note 8, 6; EDWARDS, *supra*, note 47, 88. Pour des projections statistiques, voir: Howard N. FULLERTON, « The 2005 labor force : growing, but slowly », *Monthly Labor Review*, vol. 118, n° 11, novembre 1995, 29

L'arrivée massive des femmes⁷³ et des diverses minorités⁷⁴ sur le marché du travail est en voie d'en modifier irrémédiablement la composition. D'une part, les femmes se retrouvent aujourd'hui en aussi grand nombre que les hommes à occuper un emploi.⁷⁵ D'autre part, les travailleurs qui ont une couleur, une race, une origine, un âge, une religion, une langue, un handicap ou une orientation sexuelle qui les distingue de la « majorité » sont plus présents que jamais dans les institutions gouvernementales comme dans les entreprises privées. Combinée à la baisse des taux de natalité observée au Canada⁷⁶ et plus particulièrement au Québec⁷⁷, cette tendance au « cosmopolitisme » de la main-d'œuvre ne peut que s'amplifier.⁷⁸ Les organisations syndicales commencent à peine à mesurer l'ampleur des changements⁷⁹ que leur commande cette réalité émergente.⁸⁰

⁷³ EDWARDS, *ibid.*; KALBACH, *supra*, note 11, 493 et 500-501; LOWE, *supra*, note 7, 245; MURRAY et VERGE, *supra*, note 30, 107-108

⁷⁴ ARTHURS, *supra*, note 35, 11; EDWARDS, *ibid.*; MURRAY et VERGE, *id.*, 108

⁷⁵ Lennie COPELAND, « Learning to Manage a Multicultural Workforce », *Training*, vol. 25, n° 5, mai 1988, 48; Charles B. CREVER, « The Vitality of the American Labor Movement in the Twenty-first Century », (1983) *U. Ill. L. Rev.* 633, 637; Edward B. HARVEY et John H. BLAKELY, *Information Systems for Managing Workplace Diversity*, North York (Ont.), CCH Canadian Ltd., 1996, 3 (par. 1010)

⁷⁶ Diane BELLEMARE, Lise POULIN-SIMON et Diane-Gabrielle TREMBLAY, *Le paradoxe de l'âgeisme dans une société vieillissante : enjeux politiques et défis de gestion*, Montréal, Éd. Saint-Martin, 1998, 9-10; HARVEY et BLAKELY, *id.*, 3-4 (par. 1010); KALBACH, *supra*, note 11, 489

⁷⁷ Voir à ce propos : Jacques HENRIPIN et Yves MARTIN (dir.), *La population du Québec d'hier à demain*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1991, 213 pages; Jacques HENRIPIN, « Questions démographiques et politiques », dans Alain-Gustave GAGNON (dir.), *Québec : État et Société*, Montréal, Éd. Québec/Amérique, 1994, 281-304; Marc TERMOTE, « Les défis démographiques du Québec », *Possibles*, vol. 22, n° 3 et 4, été/automne 1998, 35, 36. Sur les causes susceptibles d'expliquer ce phénomène, voir : Louise GENDRON, « Pourquoi le Québec n'a plus d'enfants? », *L'Actualité*, 15 juin 1998, vol. 23, n° 10, 58-62

⁷⁸ Pour un aperçu de la situation aux États-Unis, voir: Carol D'AMICO, « Back to the Future : A Current View of Workforce 2000 and Projections for 2020 », *Employment Relations Today*, Automne 1997, vol. 24, n° 3, 1; Marlene G. FINE, *Building Successful Multicultural Organizations : Challenges and Opportunities*, Westport (CT), Quorum Books, 1995, 7-16

⁷⁹ Alors que 10,5% des organisations syndicales estiment que « le pourcentage croissant de femmes et de membres des minorités » est « très important » parmi les nombreux facteurs pouvant expliquer les changements qui marquent l'environnement dans lequel elles évoluent, une proportion de 44,2% d'entre elles jugent qu'il s'agit là d'un facteur « assez important ». Étonnamment, 45,3% des syndicats considèrent que ce facteur n'est tout simplement « pas important »: Pradeep KUMAR, Gregor

Bien que le mouvement syndical n'ait pas davantage d'influence sur ce trait nouveau du marché du travail, il dispose, croyons-nous, d'une plus grande latitude dans le choix des moyens pour y faire face et même en tirer avantage. De réactif qu'il est généralement⁸¹, il doit se faire « proactif » sous ce rapport.⁸²

En effet, les syndicats – dont le membre traditionnel travaillait à temps plein⁸³, était de race blanche, de sexe masculin⁸⁴, de religion catholique ou protestante, dans la force de l'âge, marié⁸⁵, chef de famille⁸⁶ et homosexuel⁸⁷ – éprouveraient une certaine difficulté à rejoindre les salariés de la nouvelle réalité du travail.

MURRAY et Sylvain SCHETAGNE, « L'adaptation au changement : les priorités des syndicats dans les années 1990 », dans GOUVERNEMENT DU CANADA, *supra*, note 23, 25, 45 (tableau 4)

⁸⁰ À preuve, il aura fallu attendre jusqu'en juin 1992 pour que la plus grande organisation syndicale du pays, le Congrès du Travail du Canada (CTC), se dote d'une véritable politique sur les droits de la personne: CONGRÈS DU TRAVAIL DU CANADA, *Nous pouvons le faire: accorder une place prioritaire aux droits de la personne*, Énoncé de politique sur les droits de la personne, 19^e Assemblée statutaire, 8 au 12 juin 1992. Au paragraphe 25 de cet énoncé de politique, les syndicalistes reconnaissent notamment qu'ils ont le devoir de s'« efforcer d'apprendre, d'enseigner et d'accepter les éléments de la diversité qui enrichit le tissu de notre société et aussi de lutter pour l'égalité des droits pour tous. »

⁸¹ GAGNON, *supra*, note 22, 142

⁸² Après avoir inclut « la diversité de plus en plus grande de la main-d'œuvre et les différences qui existent entre les travailleurs sur le plan des besoins et des aspirations » parmi les changements importants qui marquent les milieux de travail modernes, Pradeep KUMAR, Gregor MURRAY et Sylvain SCHETAGNE, « Les changements dans les milieux de travail : impacts, politiques et systèmes de soutien mis en place par les syndicats », *Gazette du travail*, vol. 1, n° 3, hiver 1998, 82, affirment, à la page 83 : « La survie des syndicats, et leurs perspectives de renouvellement, sont désormais directement liées à leur capacité de développer des stratégies proactives plutôt que réactives. »

⁸³ MURRAY et VERGE, *supra*, note 30, 125-126

⁸⁴ Gillian CREESE, « Gendering Collective Bargaining : From Men's Rights to Women's Issues », (1996) 33 *CRSA/RCSA* 437, 454; FUDGE, *supra*, note 47, 259; Gillian LESTER, « Toward the Feminisation of Collective Bargaining Law », (1991) 36 *R.D. McGill* 1181, 1205; WEILER, *supra*, note 48, 41

⁸⁵ Molly S. MCUSIC et Michael SELMI, « Postmodern Unions : Identity Politics in the Workplace », (1997) 82 *Iowa L. Rev.* 1339, 1343-1344

⁸⁶ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *Différenciation des statuts d'emploi : incidences sur la Charte*, Direction de la recherche (étude réalisée par Lucie France Dagenais), Cat. 2.126.4, décembre 1993, 3

La crainte et l'insécurité mises à part⁸⁸, le phénomène trouverait une explication plausible dans le fait que femmes et minorités occupent majoritairement les emplois les plus précaires⁸⁹, ce qui rend leur syndicalisation très difficile⁹⁰, d'autant plus qu'elles tendraient à reléguer le travail à un rang moins élevé dans leur échelle de valeurs personnelles.⁹¹ D'autres avancent l'hypothèse que ces groupes, au sein desquels les employeurs ont parfois recruté des briseurs de grève⁹², entretiendraient une certaine méfiance à l'égard des organisations syndicales du fait qu'ils ont traditionnellement été desservis par elles.⁹³

Si ces constats appellent des nuances considérables aujourd'hui⁹⁴, surtout dans le cas des femmes⁹⁵, un fait demeure : il y a dans cette diversification progressive de la main-

⁸⁷ FUDGE, *supra*, note 47, 252; Nan WEINER, *Making Cultural Diversity Work*, coll. HR Practitioners' Series, Scarborough (Ont.), Carswell, 1997, 31 et 72

⁸⁸ FÉDÉRATION DES TRAVAILLEURS ET TRAVAILLEUSES DU QUÉBEC, *Les relations interculturelles et l'action syndicale* (rédaction : Louise Miller et Dominique Savoie), Montréal, FTQ, 1993, 31

⁸⁹ GEMAN, *supra*, note 46, 373; LESTER, *supra*, note 84, 1203-1204 ; Norene PUPO, « Women, Unions, and the State : Challenges Ahead », dans Patricia M. EVANS et Gerda R. WERKELE (dir.), *Women and the Canadian Welfare State : Challenges and Change*, Toronto, University of Toronto Press, 1997, 291, 301

⁹⁰ WARSKETT, *supra*, note 50, 599, 603 et 617

⁹¹ LIPSIG-MUMME, *supra*, note 8, 6 : « In order to organize the new working class, today's trade unions will have to develop tactics to reach workers for whom one job is not the centre of the universe. » ; VENNAT, *supra*, note 3, 66 (citant Marcel Pépin); WEINER, *supra*, note 87, 47

⁹² CREVER, *supra*, note 4, 55 ; MCUSIC et SELMI, *supra*, note 85, 1353

⁹³ Anne FORREST, « Securing the Male Breadwinner : A Feminist Interpretation of PC 1003 », (1997) 52 *Relat. Ind.* 91, 92 et 101; FUDGE et GLASBEEK, *supra*, note 49, 377-378 ; MCUSIC et SELMI, *id.*, 1341 et 1348; Lise NOËL, *L'intolérance : Une problématique générale*, Montréal, Boréal/compact (vol. 30), 1991, 255-257 ; SAGNES, *supra*, note 27, 14 ; Linda WILCOTT, « Women, Unions, and Worksite Health », dans Virginia CARVER et Charles PONÉE (dir.), *Women, Work, and Wellness*, Toronto, Addiction Research Foundation of Ontario, 1989, 92

⁹⁴ En effet, il semble que les salariés de race noire seraient plus enclins à devenir membre d'un syndicat que ceux de race blanche et que les femmes seraient plus favorables aux syndicats que les hommes : KOHLER, *supra*, note 6, 288-289. Voir dans le même sens: CREVER, *supra*, note 14, 41; EDWARDS, *supra*, note 47, 93; Edward FUNKHOUSER, « Do Immigrants Have Lower Unionization Propensities than Natives ? », (1993) 32 *Ind. Rel.* 248; WEILER, *supra*, note 48, 42; John WRENCH, « Unequal Comrades: Trade Unions, Equal Opportunity and Racism », dans Richard JENKINS et John

d'oeuvre un potentiel à la fois de destruction et de relance du mouvement syndical, selon la capacité d'adaptation dont il saura faire montre⁹⁶:

Cette évolution impose des défis et des responsabilités particulières au mouvement syndical puisque le milieu de travail représente l'un des lieux les plus importants d'intégration des Québécois de toutes origines et de toutes couleurs. Cela signifie simplement, selon nous, que le milieu de travail, parce qu'il réunit les mêmes travailleurs et travailleuses plusieurs heures par jour et plusieurs jours par année, peut devenir un lieu de rapprochement et d'échanges. À la condition, bien sûr, qu'une telle volonté puisse exister.⁹⁷

Le défi est grand⁹⁸ d'autant plus qu'il appelle les syndicats à revoir non seulement des pratiques établies et des façons de faire qui tiennent du réflexe, mais aussi – voire surtout – à repenser leur rôle et la manière de l'accomplir.⁹⁹ L'augmentation souhaitée de leurs effectifs et, partant, de leur vitalité institutionnelle en dépendent.¹⁰⁰

SOLOMOS (dir.), *Racism and Equal Opportunity Policy in the 1980s*, 2^e éd., Cambridge (G.-B.), Cambridge University Press, 1989, 160, 161-162

⁹⁵ Ernest B. AKYEAMPONG, « Augmentation du taux de syndicalisation chez les femmes », *L'emploi et le revenu en perspective*, vol. 10, n° 4, hiver 1998, 33; Diane MAINVILLE et Carey OLINECK, *Rétrospective du mouvement syndical au Canada*, Statistique Canada, Supplément, Été 1999, n° 75-001-SPF, 8; PUPO, *supra*, note 89, 309. Pour une étude américaine qui montre, comme les statistiques canadiennes, que la pseudo-résistance des femmes à la syndicalisation tient bien davantage du mythe que de la réalité, voir : Marion CRAIN, « Feminizing Unions : Challenging the Gendered Structure of Wage Labor », (1991) 89 *Mich. L. Rev.* 1155

⁹⁶ La chose est vraie pour toute organisation : Lente-Louise LOUW, « No Potential Lost », dans Lewis Brown GRIGGS et Lente-Louise LOUW (dir.), *Valuing Diversity : New Tools for a New Reality*, New York, McGraw-Hill Inc., 1995, 15; William E. ROSENBACH et Robert L. TAYLOR (dir.), *Contemporary Issues in Leadership*, 3^e éd., Boulder (Colorado), Westview Press, 1993, 155

⁹⁷ Claude FILION, « La CSN et la promotion des droits de la personne », dans Yves BÉLANGER et Robert COMEAU (dir.), *La CSN : 75 ans d'action syndicale et sociale*, Ste-Foy, Presses de l'Université du Québec, 1998, 91, 94

⁹⁸ George HENDERSON, *Cultural Diversity in the Workplace : Issues and Strategies*, Westport (Connecticut), Praeger, 1994, 8 : « ...the task of managing diversity in the workplace is enormous. »

⁹⁹ CREVER, *supra*, note 14, 25, 39 et 47; MURRAY et VERGE, *supra*, note 30, 109

¹⁰⁰ CREVER, *supra*, note 75, 648; CREVER, *supra*, note 4, 80; PYNES, *supra*, note 7, 32

De fait, qui dit « diversité » dit « différence » et celle-ci est porteuse de revendications multiples, souvent divergentes, entre les salariés. De l'affrontement des revendications peut naître la division. Une main-d'œuvre plus hétérogène introduisant de nouvelles valeurs dans le milieu de travail¹⁰¹, le danger que celui-ci devienne un foyer de discrimination caractérisé croît au rythme où s'élargit la gamme des intérêts à protéger et les tensions qui peuvent naître, forcément, dans ce contexte.¹⁰² Une trop grande fragmentation entre les salariés pourrait saper irrémédiablement l'autorité du syndicat en minant la solidarité minimale qui doit régner entre ses membres pour donner force à son action.¹⁰³ Au surplus, la montée de l'insatisfaction chez les « minoritaires » peut, si elle n'est pas endiguée par le syndicat en place, favoriser l'émergence d'associations parallèles oeuvrant en marge des structures syndicales établies.¹⁰⁴ En définitive, si la diversité de la main-d'œuvre n'est pas prise en charge par le mouvement syndical, le risque est grand de la voir alimenter des conflits susceptibles de l'affaiblir.¹⁰⁵

¹⁰¹ LÉVESQUE, MURRAY et LEQUEUX, *supra*, note 8, 151; MURRAY et VERGE, *supra*, note 30, 109

¹⁰² Anne DONNELLON et Deborah M. KOLB, « Constructive for Whom ? The Fate of Diversity Disputes in Organizations », (1994) 50 *J. Social Issues* 139, 140-141 : « As new social groups enter the work force and move up in organizations, conflicts rooted in class, gender, race, and ethnicity have become more prominent. [...] This diversity inside the organization's walls imports and creates social conflicts. »

¹⁰³ Kim W. JONES, « Cultural Diversity Education : What Is Being Done ? », (1993) 18 *Lab. Stud. J.* (n° 2) 39, 39; MCUSIC et SELMI, *supra*, note 85, 1357 : « ...without at least some common ground, collective action in the workplace may become an impossibility. »

¹⁰⁴ Apparus voilà déjà quelque temps aux États-Unis, ces « comités identitaires » (*identity caucus*) font lentement leur apparition ici. La démarche des jeunes enseignants québécois qui ont formé une association pour contester la légalité des concessions salariales faites par leur syndicat, dans la foulée de la lutte gouvernementale contre le déficit, s'inscrit clairement dans ce courant : Gilbert LEDUC, « Les jeunes profs sévères pour la CEQ », *Le Soleil*, Québec, 11 juin 1998, A-12. On peut en apprendre davantage sur cette *Association pour la défense des jeunes enseignants du Québec (ADJEQ)* en consultant son site internet (<http://www.adjeq.qc.ca>). Pour en savoir plus sur les « comités identitaires », voir : DONNELLON et KOLB, *supra*, note 102, 151; GEMAN, *supra*, note 46, 379-390; Alan HYDE, « Employee Caucus : A Key Institution in the Emerging System of Employment Law », (1993) 69 *Chi.-Kent L. Rev.* 149; Alan HYDE, « Employee Identity Caucuses in Silicon Valley : Can They Transcend the Boundaries of the Firm? », (1997) 48 *Lab. L.J.* 491; MCUSIC et SELMI, *supra*, note 85, 1353 et suivantes ; RIOUX, *supra*, note 58, 167; WRENCH, *supra*, note 94, 175

¹⁰⁵ Susan GENGE, « Lesbians and Gays in the Union Movement », dans Linda BRISKIN et Lynda YANZ (dir.), *Union Sisters : Women in the Labour Movement*, Toronto, Women's Educational Press, 1983, 162. D'ailleurs, le monde syndical reconnaît de plus en plus ce « fait inéluctable » : CONGRÈS

À notre avis, les syndicats ont jusqu'ici mésestimé l'importance et la complexité singulière¹⁰⁶ de la tâche qui les attend en vue de se maintenir dans les milieux de travail diversifiés de demain. À la logique toute collective qui préside, depuis toujours, à leur action et informe leur conception de la démocratie doit s'intégrer une vision nouvelle qui non seulement fait place aux droits individuels mais reconnaît leur nature prééminente, en conformité avec les chartes et lois sur les droits de la personne. C'est à ce prix que les salariés de toute nature et de toute condition seront disposés à leur accorder leur confiance.

Quoique les organisations syndicales soient familiarisées avec la gestion des intérêts opposés¹⁰⁷, il faut reconnaître que l'arbitrage qu'elles en font profite encore trop souvent à la seule majorité de leurs membres.¹⁰⁸ Nous verrons, dans notre titre préliminaire, que cette inclination tient pour beaucoup à la nature du régime des

DU TRAVAIL DU CANADA, *supra*, note 80, par. 36: « ...nous sommes assaillis de toutes parts par le changement. L'ancien ordre des choses et les anciennes façons de diriger nos affaires sont contestés tant de l'intérieur que de l'extérieur. Il est temps de faire preuve de force, de sagesse et de compréhension: il est temps de nous débarrasser des forces qui nous divisent plus qu'elles ne nous unissent, qui soulignent nos différences plutôt que nos ressemblances, car ces forces détruisent nos liens communs. »; TCA CANADA, *Déclaration de principes: Les droits de la personne - les droits des travailleurs: le même combat*, 11 novembre 1996: « [...] les dissensions [...] sur les questions liées aux droits de la personne menacent la solidarité de l'ensemble de l'organisation et entravent notre capacité de réaliser des progrès. »

¹⁰⁶ Paul Steven MILLER, «Disability Civil Rights and a New Paradigm for the Twenty-First Century: The Expansion of Civil Rights Beyond Race, Gender, and Age», (1998) 1 *U. Pa. J. Lab. & Emp. Law* 511, 523: « ...as the workforce becomes more multicultural, responding to worker differences, complaints, and predicaments will become more complex. »

¹⁰⁷ ARTHURS, *supra*, note 35, 15; LÉVESQUE, MURRAY et LEQUEUX, *supra*, note 8, 135: « La différenciation du salariat n'est guère nouvelle; même le prolétariat industriel s'est constitué graduellement sur la base d'habiletés différenciées, de communautés ethniques, de spécificités locales et de régionalismes de toutes sortes ». D'ailleurs, ne dit-on pas du syndicat qu'il est un « gestionnaire du mécontentement »: BELL, *supra*, note 54, 195 (citant Charles Wright Mills)

¹⁰⁸ Denis J. MAHONEY, *Adjudication of Human Rights Disputes Under the Collective Agreement*, Current Issues Series, Kingston, Industrial Relations Centre, Queen's University, 1993, 15; MCUSIC et SELMI, *supra*, note 85, 1341, 1346-1348; Mancur OLSON, *Logique de l'action collective*, Paris, Presses universitaires de France, 1978, note avec justesse aux pages 97-98: « Bien que les syndicats puissent appuyer les doléances de membres non syndiqués, en partie pour les convaincre de l'utilité du syndicat, le non-syndiqué est, sans conteste, conscient que ses revendications [...] seront les dernières à être satisfaites s'il persiste indéfiniment à rester en dehors du syndicat. »

rapports collectifs de travail mis en vigueur par les codes canadien et québécois du travail.

Toutefois, la consécration législative du droit de tout salarié à la non-discrimination impose désormais aux syndicats de nouvelles responsabilités pour la défense des intérêts minoritaires, responsabilités qui ne cessent de gagner en ampleur depuis quelques années. Notre titre premier est consacré à cette protection législative contre la discrimination et aux devoirs qu'elle impose aux associations syndicales.

Comme tous les devoirs, ceux qui incombent aux syndicats par l'effet des législations propres aux domaines du travail et des droits et libertés de la personne comportent bien sûr leurs limites. Si l'éradication de la discrimination au travail est indéniablement un objectif de la toute première importance, il ne devrait pas être réalisé par l'exercice de contraintes excessives contre les autres employés. L'atteinte de l'équilibre entre les droits des uns et les droits des autres, entre les droits individuels et les droits collectifs, requiert du syndicat diverses interventions susceptibles de favoriser l'égalité au travail, dans le respect de l'identité et de la dignité de chaque salarié. Le second titre de notre étude s'intéresse à cette problématique délicate.

TITRE PRÉLIMINAIRE

L'ATTEINTE D'UN RAPPORT DE FORCES ÉGALITAIRE PAR LA RECONNAISSANCE DU DROIT À LA NÉGOCIATION COLLECTIVE

Les lois qui régissent les rapports collectifs de travail sont parfois assimilées à une Charte des droits des travailleurs.¹⁰⁹ Ce qui caractérise les principaux droits garantis par les codes du travail toutefois, c'est leur nature essentiellement collective.¹¹⁰ En édictant les normes favorisant la mise en œuvre d'un droit d'association pour négocier collectivement les conditions de travail, le législateur – par opposition au Constituant¹¹¹ – accordait aux salariés un droit collectif en raison, précisément, de leur appartenance au groupe¹¹² des travailleurs d'une entreprise donnée.

¹⁰⁹ ABRAHAM, *supra*, note 41, 1279; H.W. ARTHURS, « Developing Industrial Citizenship : A Challenge For Canada's Second Century », (1967) 45 *R. du B. Can.* 786, 793; Xavier BLANC-JOUVAN, *Les rapports collectifs du travail aux États-Unis*, Paris, Librairie Dalloz, 1957, 24. Pour leur part, Jean BERNIER et André C. CÔTÉ, « Les accords d'entreprise au Canada », dans Irena BORUTA et Henryk LEWANDOWSKI (dir.), *Les accords d'entreprise*, Acta Universitatis Lodzensis, Folia Iuridica 46, Chaire de droit du travail et de la sécurité sociale de l'Université de Lodz, Pologne, 1991, 15, assimilent la convention collective à « une véritable charte du travail ».

¹¹⁰ Alain BARRÉ, « Le régime des rapports collectifs et les Chartes », dans Rodrigue BLOUIN et al. (dir.), *Les Chartes des droits et les relations industrielles*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1988, 137; BRETON, *supra*, note 4, 17; Katherine VAN WEZEL STONE, « The Legacy of Industrial Pluralism : The Tension Between Individual Employment Rights and the New Deal Collective Bargaining System », (1992) 59 *U. Chi. L. Rev.* 575: « ...the New Deal labor laws [...]were intended to create collective rights... »

¹¹¹ De fait, la *Charte canadienne des droits et libertés* intégrée dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, Partie I, *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 (ann. B), reproduite dans L.R.C. (1985), app. II, n° 44 [ci-après : « *Charte canadienne* »], ne garantit ni le droit collectif de faire la grève, ni le droit de négocier collectivement des conditions de travail : *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 ; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424 ; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460 ; *Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989

¹¹² Pierre CARIGNAN, « De la notion de droit collectif et de son application en matière scolaire au Québec », (1984) 18 *R.J.T.* 1, 26-27. Notons que l'utilisation du concept de « droit collectif » dans ce contexte est critiquée parce que, juge-t-on, « la nature des droits exige que l'on fasse appel à une logique individualiste » : Frédéric CHARETTE, « Des usages intempestifs de l'expression « droits collectifs » », (1997) 38 *C. de D.* 691, 711. Pourtant, l'on ne peut nier que certains droits en matière de relations de travail sont bel et bien « collectifs » du fait qu'ils peuvent difficilement être exercés efficacement par un seul individu. Le droit à l'accréditation syndicale (*Association internationale des débardeurs c. Association des employeurs maritimes*, [1979] 1 R.C.S. 120, 130 (j. Estey); *Christian Picotin et associés c. Gareau*, [1990] R.J.Q. 2373 (C.A.), 2377 (j. Dugas, *ad hoc*)) ou le droit de

De même, en reconnaissant au syndicat, choisi par une majorité de ces travailleurs, le droit d'être accrédité¹¹³ pour les représenter, de percevoir des cotisations à cette fin¹¹⁴, de négocier en exclusivité leurs conditions de travail¹¹⁵ et d'exercer ultimement des moyens de pression en leur nom¹¹⁶, les codes du travail ont opéré un mouvement de pendule très net en faveur du collectif des salariés, allant même jusqu'à sacrifier la liberté contractuelle de chacun d'entre eux¹¹⁷ au profit de l'ensemble.¹¹⁸

On ne saurait trop insister sur l'ampleur de l'impulsion qui fut donnée au balancier dans le cadre d'un système juridique et d'une économie fondés surtout, faut-il le

grève en sont des exemples: Marie-France BICH, « Petit manuel de guérilla patronale-syndicale : effets de la Charte canadienne des droits et libertés sur le Code du travail », (1987) 47 *R. du B.* 1097, 1123 et 1126; Marie-France BICH, « Défense et illustration du droit québécois », *Sociologies et sociétés*, vol. 26, n° 2, automne 1994, 57, 75; CARIGNAN, *id.*, 40-41. Cela dit, l'on ne peut nier « que l'accréditation et la convention confèrent aussi des droits aux salariés eux-mêmes... »: Adam c. Daniel Roy Ltée, [1983] 1 R.C.S. 683, 694 (J. Chouinard) (nos italiques)

¹¹³ CARIGNAN, *id.*, 22-23 et 40-41 (note 90)

¹¹⁴ *Id.*, 18-19

¹¹⁵ *Id.*, 41 (note 93)

¹¹⁶ *Id.*, 23; Jean RIVERO, *Les libertés publiques*, tome 2 (Le régime des principales libertés), coll. Thémis (droit public), Paris, Presses universitaires de France, 1996, 412

¹¹⁷ On ne peut passer sous silence la nature plutôt « théorique » de cette liberté dans le contexte économique actuel: Andrée LAJOIE, *Pouvoir disciplinaire et tests de dépistage de drogues en milieu de travail : illégalité ou pluralisme*, Coll. Relations Industrielles (vol. 27), Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1995, 45

¹¹⁸ En doctrine, voir notamment: Bernard ADELL, « Le droit et la régulation des relations du travail : l'équilibre difficile entre les droits collectifs et les droits individuels », dans Gregor MURRAY, Marie-Laure MORIN et Isabel da COSTA (dir.), *L'état des relations professionnelles : traditions et perspectives de recherche*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1996, 462; Karen J. BENTHAM, *The Duty of Fair Representation in the Negotiation of Collective Agreements*, School of Industrial Relations Research Essay Series, n° 38, Kingston, Industrial Relations Centre, Queen's University, 1991, 1; Bora LASKIN, « Collective Bargaining and Individual Rights », (1962) 6 *Can. Bar J.* 278, 281; W. Craig RIDDELL, « Les relations de travail au Canada : un aperçu général », dans W. Craig RIDDELL (coor.), *Les relations de travail au Canada*, Ottawa, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Approvisionnements et Services Canada, 1986, 86; Diane VEILLEUX, « Proposition d'une conception organiciste de la représentation syndicale », (1993) 34 *C. de D.* 899, 909. Voir également la jurisprudence citée, *infra*, note 224

rappeler, sur l'autonomie individuelle, l'absolutisme du droit de propriété, la liberté de commerce et la libre concurrence¹¹⁹ :

C'est au principe même du libéralisme qu'on s'attaqua dès lors, ou plutôt à une certaine conception périmée du libéralisme, celle qui garantissait l'autonomie absolue de l'entreprise.¹²⁰

Si le mécanisme a été activé avec une telle vigueur, c'est que le rétablissement d'un certain équilibre dans les rapports employeurs-employés était devenu, pour tout dire, une nécessité. S'agissant là du premier pas dans la longue marche pour assurer l'égalité au travail, il importe d'évoquer brièvement la genèse, puis la nature, du régime juridique encadrant les rapports collectifs de travail.

Chapitre I - La reconnaissance du droit à la négociation collective

Une brève incursion dans l'histoire des relations patronales-syndicales révèle que le droit à la négociation collective des conditions de travail est le fruit d'une lente maturation dont le processus est marqué par trois étapes successives : la répression, la neutralité puis, ultimement, la reconnaissance étatiques.¹²¹

¹¹⁹ Robert P. GAGNON, Louis LEBEL et Pierre VERGE, *Droit du travail*, 2^e éd., Québec. Presses de l'Université Laval, 1991, 16-17 et 21

¹²⁰ BLANC-JOUVAN, *supra*, note 109, 19; Margaret E. MCCALLUM, « Labour and the Liberal State : Regulating the Employment Relationship, 1867-1920 », (1996) 23 *Man.L.J.* 574, 577-579

¹²¹ ARTHURS, *supra*, note 109, 795; ARTHURS, *supra*, note 35, 3; Judy A. FUDGE, « Voluntarism, Compulsion and the Transformation of Canadian Labour Law during World War II », dans Gregory S. KEALEY et Greg PATMORE, *Canadian and Australian Labour History : Towards a Comparative Perspective*, St-John, Committee on Canadian Labour History, 1990, 83; Jean GÉRIN-LAJOIE, *Les relations du travail au Québec*, Boucherville, Gaëtan Morin éditeur, 1992, 44-46; MURRAY et VERGE, *supra*, note 30, 9; RIDDELL, *supra*, note 118, 6-7 et 76; SAGNES, *supra*, note 27, 15-16; Joseph M. WEILER, « Le rôle du droit dans les relations du travail », dans Ivan BERNIER et Andrée LAJOIE (coord.), *Le droit du travail et le droit urbain au Canada*, Ottawa, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développements du Canada, Approvisionnements et services Canada, 1986, 2 et 13. Pour un bref historique législatif, voir: *Syndicat canadien de la fonction publique c. Procureur général du Québec*, [1986] R.J.Q. 2983 (C.S.) (en appel : C.A.M. 500-09-001302-892), 3008-3012 (J. Croteau)

Si la liberté « de combiner ses efforts avec les efforts de ses semblables et d'agir en commun » est jugée « naturelle à l'homme »¹²², les gouvernements ont pour ainsi dire longtemps agi contre nature. De fait, ils ont d'abord assimilé l'action collective des employés à une conspiration à caractère criminel¹²³ passible de sanctions pénales et civiles.¹²⁴ Honnies par l'État, les associations ouvrières étaient alors contraintes d'opérer dans l'illégalité et la clandestinité.¹²⁵

Puis, prenant progressivement conscience que l'on ne peut interrompre perpétuellement le cours de la nature, les gouvernements lèvent peu à peu les interdictions qui frappent les groupements syndicaux pour épouser plutôt une ligne de conduite empreinte de tolérance à leur égard. Cependant, la promptitude des tribunaux à rendre, sur le fondement du droit des quasi-délits, des ordonnances d'injonction pour faire cesser les moyens de pressions exercés contre les employeurs¹²⁶ perpétuera encore longtemps, dans l'optique des syndicats, le règne de l'hostilité étatique.¹²⁷

¹²² Alexis de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, tome I, coll. Folio/Histoire, Paris, Gallimard, 1986, 293

¹²³ BLANC-JOUVAN, *supra*, note 109, 7

¹²⁴ RIDDELL, *supra*, note 118, 6-7; WEILER, *supra*, note 121, 3 et 13. Le droit américain était au même effet : Charles FRIED, « Individual and Collective Rights in Work Relations : Reflections on the Current State of Labor Law and Its Prospects », (1984) 51 *U. Chi. L. Rev.* 1012, 1021

¹²⁵ GAGNON, LEBEL et VERGE, *supra*, note 119, 21-24; GROLEAU, *supra*, note 64, 86

¹²⁶ BLANC-JOUVAN, *supra*, note 109, 5-10; MCCALLUM, *supra*, note 120, 575; Fernand MORIN, *Rapports collectifs du travail*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 1991, p. 268 (par. III-9); MORIN et BRIÈRE, *supra*, note 48, 795 (par. IV-44); WEILER, *supra*, note 121, 3 et 13

¹²⁷ Cette attitude des tribunaux leur a valu – et leur vaut toujours dans certains milieux – la réputation d'être fondamentalement anti-syndicaux : ARTHURS, *supra*, note 109, 814 et 829; FUDGE et GLASBEEK, *supra*, note 49, 363-364; Michael MANDEL, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, Montréal, Boréal, 1996, 274; RIDDELL, *supra*, note 118, 18; Katherine SWINTON, « The Charter of Rights and Public Sector Labour Relations », dans Gene SWIMMER et Mark THOMPSON (dir.), *Public Sector Collective Bargaining in Canada*, Kingston, IRC Press, 1995, 65; WEILER, *id.*, 24-25. C'est possiblement pourquoi certains estiment que les syndicats ne devraient pas délaisser les milieux de travail et la sphère politique au profit de la sphère judiciaire aux fins d'obtenir une suite favorable à leurs revendications : Mona-Josée GAGNON, « Commentaires », dans BLOUIN et al., *supra*, note 110, 227-228; Guy ROCHER, « Les fondements de la société libérale, les relations industrielles et les Chartes », dans BLOUIN et al., *supra*, note 110, 15. Toutefois, la population en général accorde sa confiance à la Cour suprême du Canada dans une proportion nettement plus grande qu'elle ne le fait pour les syndicats : Jon P. ALSTON, Theresa M.

La grande dépression qui va foudroyer l'Amérique du Nord à la fin des années vingt fournira à la classe politique américaine l'occasion de revoir ses pratiques économiques pour tenter d'assurer la relance. S'ouvre, aux États-Unis, l'ère du *New Deal* :

Ce qu'on appelle le *New Deal* est un ensemble de mesures destinées à sortir les États-Unis de la crise. Elles n'obéissent à aucune philosophie politique, et pas davantage à un système économique. Certaines étaient déflationnistes, d'autres inflationnistes, certaines d'esprit libéral, d'autres plus dirigistes. [...] Au mieux, il s'agit d'expérimentations, quelques-unes heureuses, d'autres, en plus grand nombre, inefficaces.¹²⁸

La reconnaissance législative du droit des salariés de négocier collectivement leurs conditions de travail sera du nombre de ces expérimentations. Considérant les liens de dépendance étroits de notre économie avec celle des États-Unis¹²⁹, les législateurs canadien et québécois emboîteront le pas aux élus américains quelques années plus tard.

Le régime des rapports collectifs de travail consacré dans nos lois vernaculaires n'échappe donc pas à l'influence de nos voisins du sud ; si le « produit » a été amélioré au fil des ans pour mieux répondre aux besoins du marché intérieur, il est encore marqué au coin d'un cachet qui, voilà une époque pas si lointaine, était gage de qualité pour les consommateurs d'ici : « made in U.S.A. ».¹³⁰

Section 1 - Un modèle américain : la loi *Wagner*

C'est à un sénateur démocrate de l'État de New-York, Robert Ferdinand Wagner, que l'on attribue la paternité de la première initiative législative pour contraindre les

MORRIS et Arnold VEDLITZ, « Comparing Canadian and American Values : New Evidence from National Surveys », (1996) 26 *ARCS/CRéAS* 301, 305

¹²⁸ Claude FOHLEN, *L'Amérique de Roosevelt*, coll. Notre siècle, Paris, Imprimerie nationale, 1982, 37

¹²⁹ LAPERRIÈRE, *supra*, note 49, 170

employeurs à reconnaître le droit des salariés de négocier leurs conditions de travail par l'intermédiaire d'une association librement choisie par eux.

À partir de 1933, une vague de grèves¹³¹ ponctuées d'affrontements violents déferle sur les États-Unis ; une commission gouvernementale, la *National Labor Board*, est créée pour tenter de l'endiguer mais ses pouvoirs sont plutôt limités. Le sénateur Wagner – à qui l'on confie la présidence de cette commission constituée de trois représentants patronaux et d'autant de représentants syndicaux¹³² – se heurte à la résistance patronale dans ses diverses tentatives pour assainir les relations de travail.¹³³ Il prend alors conscience de la nécessité d'encadrer juridiquement le processus de négociation en altérant radicalement le rapport de forces entre employeurs et employés pour en assurer l'équilibre par l'attribution de pouvoirs accrus aux syndicats. Il faut, selon lui, reconnaître le « rôle social du syndicalisme ouvrier ». ¹³⁴

Après quelques tentatives infructueuses pour faire adopter un projet de loi en ce sens¹³⁵, il récidive une fois de plus en février 1935.¹³⁶ Cette fois, sa persévérance s'avère profitable. Le 5 juillet suivant, le président américain Franklin Delaney Roosevelt, père du *New Deal*, appose sa signature sur le projet de loi adopté dans les jours précédents par la Chambre des représentants.¹³⁷ La *National Labor Relations Act*¹³⁸ était née :

¹³⁰ RIFKIN, *supra*, note 9, 132

¹³¹ Arthur M. SCHLESINGER Jr., *The Coming of the New Deal*, Boston, Riverside Press Cambridge, 1959, 145 : « In June 1933 the Bureau of Labor Statistics reported 137 new strikes, in July 240, in August 246 ; by September nearly 300.000 workers were out. »

¹³² Joseph G. RAYBACK, *A History of American Labor*, New-York, Free Press, 1966, 330; SCHLESINGER, *id.*, 146-147

¹³³ SCHLESINGER, *id.*, 148-149

¹³⁴ Serge DENIS, *Un syndicalisme pur et simple: mouvements ouvriers et pouvoir politique aux États-Unis, 1919-1939*, Montréal, Boréal, 1986, 215

¹³⁵ *Id.*, 215-216

¹³⁶ Pour connaître l'évolution et la teneur des différents textes qui ont mené à la loi *Wagner*, voir: Kenneth CASEBEER, « Drafting Wagner's Act : Leon Keyserling and the Precommittee Drafts of the Labor Disputes Act and the National Labor Relations Act », (1989) 11 *I.R.L.J.* 73

Cette loi reconnaissait d'une façon concrète le droit d'association, mettait au point les mécanismes juridiques permettant aux travailleurs de choisir un syndicat pour les représenter, donnait à celui-ci droit de négociation exclusif et prohibait un certain nombre de pratiques déloyales en matières de relations du travail.¹³⁹

Certaines dispositions du préambule de la loi Wagner nous éclairent sur les considérations présentes à l'esprit des élus américains au moment de son adoption:

Le fait pour les employeurs de refuser à leurs employés le droit de s'organiser et de ne pas accepter la procédure de la négociation collective conduit à des grèves et à d'autres types de désordres sociaux, qui entravent le commerce...
[...]

L'inégalité du pouvoir de négociation des salariés qui ne sont pas vraiment libres de s'associer et de contracter, d'une part, et des employeurs qui sont constitués en société ou organisés selon d'autres formes d'association de propriétaires, d'autre part, entrave les échanges commerciaux et tend à aggraver les crises récurrentes en faisant baisser les salaires et le pouvoir d'achat des ouvriers et en empêchant la stabilisation des salaires et des conditions de travail dans les domaines d'activité.

L'expérience prouve que si la loi garantit le droit des salariés de s'organiser et de négocier collectivement, le commerce ne souffre pas et n'est pas interrompu. Au contraire, les échanges s'accroissent car certaines sources connues de désordres sociaux disparaissent. Par ailleurs, cela favorise le règlement à l'amiable des conflits issus de divergences sur les salaires, les horaires et les conditions de travail ; enfin, cela rétablit une égalité entre le pouvoir de négociation des employeurs et celui des employés.

¹³⁷ FOHLEN, *supra*, note 128, 69; Burton HALL, «Collective Bargaining and Workers' Liberty », dans Gertrude EZORSKY (dir.), *Moral Rights in the Workplace*, New-York, State University of New York Press, 1987, 166: « The Wagner Act [...] was the heart of New Deal labor policy. »

¹³⁸ 49 Stat. 499 (1935), codifié : 29 USC § 151 (1994)

¹³⁹ Gérard DION, *Dictionnaire des relations du travail*, 2^e éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 1986, 507 (« Wagner Act »)

Nous déclarons par les présentes que les États-Unis ont pour politique d'éliminer certains obstacles à la liberté des échanges commerciaux en encourageant le recours à la négociation collective et en protégeant l'exercice par les travailleurs de leur liberté de s'associer, de s'organiser et de désigner des mandataires, pour négocier les conditions de leur emploi ou pour d'autres fins d'aide ou de protection mutuelle. »¹⁴⁰

Ainsi, la lecture du préambule de la loi Wagner fait ressortir quatre grands objectifs qu'entendait réaliser le législateur américain, les deux premiers ayant trait à des préoccupations d'ordre économique, les autres traduisant plutôt un souci démocratique:

- 1) promouvoir la paix industrielle par la réduction des conflits de travail, lesquels sont source de « désordres sociaux qui entravent le commerce »;
- 2) restaurer « le pouvoir d'achat des ouvriers » de manière à faciliter « les échanges commerciaux » en mettant un frein aux diminutions salariales ;
- 3) favoriser une redistribution plus équitable des richesses en rétablissant « une égalité entre le pouvoir de négociation des employeurs et celui des employés »;
- 4) démocratiser les lieux de travail.¹⁴¹

On ne s'entend pas toujours sur le poids respectif de chacun de ces objectifs dans la décision d'aller de l'avant avec la réforme Wagner. Si l'on en juge par les débats qui ont mené à son adoption, il semble clair que les deux premiers objectifs arrivent en tête dans l'ordre des priorités.¹⁴²

¹⁴⁰ *Supra*, note 138 (Cette traduction française, qui n'a pas valeur officielle, est tirée de WEILER. *supra*, note 121, 8. Toutefois, nous avons modifié l'ordre des paragraphes pour le rendre conforme à celui de la version originale anglaise de la *National Labor Relations Act*.)

¹⁴¹ James J. BRUDNEY, « A Famous Victory : Collective Bargaining Protections and the Statutory Aging Process », (1996) 74 *N.C. L. Rev.* 939, 950

Or, certains ont exprimé de sérieux doutes sur l'efficacité économique de la loi Wagner. Selon eux, la théorie voulant que l'augmentation des salaires – et donc du pouvoir d'achat des travailleurs – obtenue par la négociation collective stimule la consommation et favorise ainsi la relance¹⁴³ serait dépourvue de fondement. La hausse des coûts de la main-d'œuvre qu'engendre une telle politique aurait même un effet contraire à celui escompté puisqu'elle provoquerait plutôt une recrudescence du chômage.¹⁴⁴ En somme, la théorie économique à la base de la loi Wagner « recevrait peu d'appui des spécialistes aujourd'hui » et serait, en fait, « accueillie avec beaucoup de scepticisme et peut-être même de la dérision. »¹⁴⁵

Toutefois, si le wagnérisme présente certaines carences sous l'angle économique et s'est révélé en outre impuissant à réduire les arrêts de travail¹⁴⁶, il a très certainement contribué à l'établissement d'une certaine démocratie au travail.¹⁴⁷ De fait, en contraignant l'employeur à reconnaître le droit des salariés de former ou de joindre une association de leur choix pour négocier, par l'action collective, leurs conditions de

¹⁴² BRUDNEY, *id.*, 948 et 950-951 (note 30). Voir au même effet: Steve FRASER, « The 'Labour Question' », dans Steve FRASER et Gary GERSTLE (dir.), *The Rise and Fall of the New Deal Order, 1930-1980*, Princeton N.J., Princeton University Press, 1989, 68; Barbara KAMENIR-FRANKEL, « The Impact of the Americans with Disabilities Act of 1990 on Collective Bargaining Agreements », (1992) 22 *Sw. U. L. Rev.* 257, 263; NASH, *supra*, note 34, 601

¹⁴³ C'est là la logique économique à l'origine de la loi Wagner: WEILER, *supra*, note 121, 7. Jean-Marc PIOTTE, *Du combat au partenariat: interventions critiques sur le syndicalisme québécois*, coll. Essais critiques, Québec, Ed. Nota bene, 1998, 167, la résume ainsi: « Roosevelt fait adopter en 1935 le *Wagner Act* qui favorise l'organisation syndicale par industrie et accorde aux ouvriers de plus grandes facilités pour négocier: les travailleurs pourront accroître leurs salaires, « partager le gâteau » plus équitablement avec les capitalistes et, par conséquence, acheter plus de produits, soutenir la croissance des entreprises et aider la résorption du chômage. »

¹⁴⁴ GALLAWAY et VEDDER, *supra*, note 39, 257

¹⁴⁵ RIDDELL, *supra*, note 118, 77-78

¹⁴⁶ WEILER, *supra*, note 121, 19, parle même d'« un échec retentissant ».

¹⁴⁷ Julius G. GETMAN et Thomas C. KOHLER, « The Common Law, Labour Law, and Reality: A Response to Professor Epstein », (1983) 92 *Yale L.J.* 1415, 1433; KOHLER, *supra*, note 6, 301; RIDDELL, *supra*, note 118, 92; WEILER, *id.*, 63. Voir cependant: René LAPERRIÈRE, « États-Unis d'Amérique », dans LYON-CAEN et JEAMMAUD, *supra*, note 49, 203

travail, le législateur américain conférait au salariat un puissant outil de lutte contre l'arbitraire patronal¹⁴⁸ :

[...] il n'y a aucun moyen, pour le travailleur, de défendre isolément ses intérêts les plus vitaux face à l'autorité patronale : seule l'action collective, épisodique – la grève – ou continue – le syndicat – peut rééquilibrer, au profit des salariés, un dialogue qui, s'il s'engage au plan individuel, se réduit à l'énoncé pour l'employeur, fort de sa puissance économique, de ses volontés.¹⁴⁹

Pour les employeurs comme pour les syndicats, il s'agissait là d'un changement profond¹⁵⁰ d'autant plus que, pour une rare fois, le gouvernement américain abandonnait les premiers pour se ranger derrière les seconds.¹⁵¹

Dans les années qui suivront, les milieux d'affaires américains, avec l'Association nationale des manufacturiers en tête¹⁵², n'auront de cesse de réclamer des modifications à la loi Wagner pour diminuer les nouveaux pouvoirs syndicaux. Les pressions exercées conduiront à l'adoption de la *Labor Management Relations Act*¹⁵³ en 1947.

¹⁴⁸ Louis CORNELIER, « Pour un renouveau syndical », *Le Devoir*, Montréal, 27 juin 1997, A-9; GAGNON, *supra*, note 8, 20; HALL, *supra*, note 137, 165; WALTON, *supra*, note 34, 94

¹⁴⁹ Jean RIVERO, « Les droits de l'Homme : droits individuels ou droits collectifs ? », dans Annales de la Faculté de droit et des sciences politiques et de l'Institut de recherches juridiques, politiques et sociales de Strasbourg, *Les droits de l'Homme : droits collectifs ou droits individuels*, tome XXXII, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980, 20. La *National Labor Relations Act* intégrait parfaitement cette logique: CREVER, *supra*, note 14, 19; Clyde W. SUMMERS, « Labour Law as the Century Turns : A Changing of the Guard », (1988) 67 *Neb. L. Rev.* 7

¹⁵⁰ BRUDNEY, *supra*, note 141, 1031; RIDDELL, *supra*, note 118, 21; Jacques ROUILLARD et Henri GOULET, *Solidarité et détermination : histoire de la Fraternité des policiers et policières de la Communauté urbaine de Montréal*, Montréal, Boréal, 1999, 67, assimilent incidemment la loi Wagner à « une révolution ».

¹⁵¹ FOHLEN, *supra*, note 128, 70; RAYBACK, *supra*, note 132, 342: «...the passage of the Wagner Act revealed not only governmental favor [toward labor] but a willingness to form a partnership with labor. »

¹⁵² Nelson LICHTENSTEIN, «From Corporatism to Collective Bargaining : Organized Labour and the Eclipse of Social Democracy in the Postwar Era », dans FRASER et GERSTLE, *supra*, note 142, 134; RAYBACK, *id.*, 398; RIOUX, *supra*, note 58, 160

¹⁵³ 61 Stat. 136 (1947)

Votée par une majorité républicaine contre le veto du président démocrate Harry Truman, cette loi – que l'on désigne plus souvent par le nom de ses parrains Taft et Hartley – comportait des dispositions visant à affaiblir les syndicats¹⁵⁴, notamment en limitant l'exercice du droit de grève par l'exigence d'un avis préalable à l'employeur, en réglementant étroitement les clauses d'atelier syndical (*union shop*) et en prohibant les clauses d'atelier fermé (*closed shop*).¹⁵⁵

Si certaines modifications législatives sont venues ainsi diluer la loi Wagner¹⁵⁶, elles n'en ont pas pour autant miné les fondements essentiels.¹⁵⁷ Celle-ci demeure encore aujourd'hui la « pièce maîtresse du système de relations du travail aux États-Unis ». ¹⁵⁸ Son influence, nous allons le voir maintenant, se fait même omniprésente au nord de la frontière américaine.

Section 2 - Une imitation canadienne : le décret C.P. 1003

Le 20 mars 1944, alors que sévit toujours le deuxième grand conflit mondial, les *Règlements des relations ouvrières en temps de guerre*¹⁵⁹, édictés par le gouvernement de Mackenzie King en vertu de la *Loi sur les mesures de guerre*¹⁶⁰, entrent en

¹⁵⁴ ABRAHAM, *supra*, note 41, 1317; BLANC-JOUVAN, *supra*, note 109, 31; Serge DENIS, « Le cas du syndicalisme », dans Edmond ORBAN et Michel FORTMANN (dir.), *Le système politique américain : Mécanismes et décisions*, 2^e éd., Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1994, 141, 149

¹⁵⁵ DENIS, *ibid.*; RIOUX, *supra*, note 58, 160

¹⁵⁶ ADAMS, *supra*, note 5, 328

¹⁵⁷ Steven E. ABRAHAM, « The Impact of the Taft-Hartley Act on the Balance of Power in Industrial Relations », (1996) 33 *Am. Bus. L.J.* 341, 362

¹⁵⁸ LAPERRIÈRE, *supra*, note 147, 192. Voir dans le même sens: GALLAWAY et VEDDER, *supra*, note 39, 254

¹⁵⁹ Décret C.P. 1003, 17 février 1944, dans *Décrets, ordonnances et règlements canadiens de guerre, 1944*, vol. I, Ottawa, 1944, 465

¹⁶⁰ S.R.C. 1927, vol. IV, c. 206

vigueur.¹⁶¹ À la manière de la loi Wagner et pour la toute première fois au niveau fédéral, ces normes réglementaires garantissent aux salariés un véritable droit d'imposer au patronat la négociation collective de leurs conditions de travail par le syndicat de leur choix.¹⁶² Jusqu'alors, la politique canadienne était essentiellement fondée sur le consensualisme : l'employeur était libre de reconnaître ou non l'association syndicale choisie par les salariés aux fins de la négociation de leurs conditions de travail.

Forts des gains obtenus par les camarades des États-Unis – maintenant régis par la loi *Wagner* – les associations ouvrières d'ici, dont plusieurs sont en quelque sorte des satellites des syndicats américains¹⁶³, accentuent les pressions contre le gouvernement fédéral pour que la négociation collective s'impose dorénavant aux employeurs. La population, dont une bonne partie œuvre à l'effort de guerre, se range peu à peu derrière le mouvement ouvrier.¹⁶⁴

Pris au piège de sa propre logique qui consiste à faire l'apologie du consensualisme tout en imposant des plafonds salariaux pour contenir l'inflation, le gouvernement fédéral est poussé dans ses derniers retranchements.¹⁶⁵ Le décret C.P. 1003 lui servira pour ainsi dire d'exutoire.

¹⁶¹ *Journals of the House of Commons of the Dominion of the Canada*, vol. 84, 1945, 8 George VI, 202

¹⁶² FUDGE, *supra*, note 121, 81; GAGNON, LEBEL et VERGE, *supra*, note 119, 27; Gérard HÉBERT, « La législation sur les relations du travail au Canada et le C.P. 1003 », (1995) 50 *Relat. Ind.* 85, 94 : « L'obligation de négocier constituait le cœur de la loi. »

¹⁶³ LAPERRIÈRE, *supra*, note 49, 170; Marie-Ange MOREAU et Gilles TRUDEAU, « Les modes de réglementation sociale à l'heure de l'ouverture des frontières: quelques réflexions autour des modèles européen et nord-américain », (1992) 33 *C. de D.* 345, 375; RIOUX, *supra*, note 58, 158; WEILER, *supra*, note 121, 32

¹⁶⁴ Andrew C.L. SIMS, « Le Wagnérisme au Canada : Bilan de santé de ses 50 ans d'existence », dans Anthony GILES, Anthony E. SMITH et Kurt WETZEL (dir.), *Actes du XXXI^e Congrès de l'Association canadienne des relations industrielles*, ACRI/CIRA, 1995, 15, souligne d'ailleurs que « [l']introduction du C.P. 1003 s'[est] faite sans grand débat national. »

¹⁶⁵ FUDGE, *supra*, note 121, 89

La lecture du préambule de ce décret en dit long sur les raisons profondes qui ont poussé le gouvernement canadien à agir :

Attendu que l'intérêt public demande, spécialement durant la période de guerre et plus particulièrement dans les industries essentielles à la poursuite de la guerre, la collaboration des employeurs et des employés pour le progrès des entreprises dans lesquelles ils sont engagés ; ainsi que :

La discussion libre, entre employeurs et employés, des questions qui leur sont d'un intérêt commun ;

La solution à l'amiable des différends entre employeurs et employés ; et :

La liberté d'organisation pour employeurs et employés dans la conduite de leurs négociations mutuelles et l'établissement d'une procédure en vue de telles négociations ;

Et attendu qu'en raison de la guerre, la sécurité, la défense, la paix, l'ordre et l'intérêt du Canada, de même que la poursuite efficace de la guerre, rendent nécessaire l'établissement de règlements à l'égard de telles questions. [...]

Ainsi, il semble que ce soit surtout pour prévenir les arrêts de travail, préjudiciables à l'effort de guerre¹⁶⁶, que le gouvernement fédéral s'est rendu à l'idée de reconnaître aux employés « le droit d'être membre d'un syndicat ouvrier ou organisation de travailleurs et de participer à leurs activités légitimes »¹⁶⁷ et le droit d'« élire des représentants-négociateurs par un vote majoritaire des travailleurs concernés »¹⁶⁸ afin que les salariés

¹⁶⁶ Laurel S. MACDOWELL, « The Formation of the Canadian Industrial Relations System During World War Two », dans Laurel S. MACDOWELL et Ian RADFORTH (dir.), *Canadian Working Class History : Selected Readings*, Toronto, Canadian Scholars' Press, 1992, 579

¹⁶⁷ *Supra*, note 159, par. 4(1)

¹⁶⁸ *Id.*, par. 5(1)

ainsi élus «entament des négociations en vue de la conclusion d'une convention collective.»¹⁶⁹

Si ce n'est du désir de favoriser « [l]a discussion libre entre employeurs et employés », on cherche en vain dans le décret C.P. 1003 une véritable intention de démocratiser les lieux de travail par le rééquilibrage des rapports de force entre eux, contrairement à ce qui se dégageait de la loi Wagner.¹⁷⁰ Tout bien considéré, rien ne garantissait que ce décret allait forcément entraîner la reconnaissance, par l'employeur, du syndicat choisi par les employés¹⁷¹ ni, du reste, l'amélioration de leurs conditions de travail.¹⁷²

Tout empreintes du souci, prééminent sinon unique, d'assurer la bonne marche de l'industrie militaire en minimisant les risques de grève¹⁷³, les normes édictées apparaissaient comme un bon moyen de faire cesser la grogne des travailleurs, sans plus. À preuve, les autorités fédérales persistaient à croire que l'affirmation du principe de la négociation collective obligatoire allait exacerber la nature conflictuelle des relations patronales-syndicales; c'est pourquoi elles envisageaient la reconnaissance de ce principe consacré par le décret C.P. 1003 comme une mesure temporaire, le temps que dure la guerre.¹⁷⁴

C'était bien mal connaître la profondeur de l'enracinement de la culture des « droits acquis » au sein du mouvement ouvrier.¹⁷⁵ Au sortir de la guerre, le gouvernement canadien n'allait plus pouvoir remettre en cause la légitimité du régime de négociation

¹⁶⁹ *Id.*, par. 10(1)

¹⁷⁰ FUDGE, *supra*, note 121, 95; FORREST, *supra*, note 93, 97; MACDOWELL, *supra*, note 166, 583, 589-590; WEILER, *supra*, note 121, 16

¹⁷¹ FORREST, *id.*, 99. Voir cependant FUDGE, *id.*, 99, qui prétend que cette reconnaissance s'imposait implicitement.

¹⁷² FUDGE, *id.*, 91; FUDGE et GLASBEEK, *supra*, note 49, 359; FORREST, *ibid.*

¹⁷³ RIDDELL, *supra*, note 118, 78; WEILER, *supra*, note 121, 17

¹⁷⁴ MACDOWELL, *supra*, note 166, 583 et 590

collective. Première réglementation fédérale d'envergure sur le sujet¹⁷⁶, le décret C.P. 1003 a ainsi pavé la voie au *Code canadien du travail*¹⁷⁷, toujours en vigueur aujourd'hui.¹⁷⁸

Section 3 – Un emprunt québécois : la *Loi des relations ouvrières*

C'est en 1944, par le truchement de la *Loi des relations ouvrières*¹⁷⁹ – promulguée tout juste deux semaines avant l'adoption du décret fédéral C.P. 1003¹⁸⁰ – que le législateur québécois faisait de la négociation collective des conditions de travail par un syndicat dûment accrédité un véritable « droit » opposable à l'employeur.

Il se distinguait en cela de la majorité des autres provinces canadiennes qui, pendant les hostilités mondiales, « suspendirent leur législation et firent en sorte que les règlements [des relations ouvrières en temps de guerre] s'appliquent dans leur ressort. »¹⁸¹ Craignant pour sa part qu'Ottawa ne tire avantage de la guerre pour étendre ses tentacules à tout le domaine des relations de travail, matière réputée de compétence provinciale¹⁸², l'Assemblée nationale s'empressait de légiférer.¹⁸³

¹⁷⁵ WEILER, *supra*, note 121, 3

¹⁷⁶ *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733, 750 (J. Estey). Pour un point de vue plus nuancé, voir : HÉBERT, *supra*, note 162

¹⁷⁷ Rodrigue BLOUIN, *La juridiciarisation de l'arbitrage de grief*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1996, 20, voit dans ce décret « l'ancêtre lointain du *Code canadien du travail*. » : MAHONEY, *supra*, note 108, 4 : « The *Wartime Labour Relations Regulation* was [...] enacted as the first Canadian labour relations code... »; MURRAY et VERGE, *supra*, note 30, 11

¹⁷⁸ L.R.C. 1985, c. L-2 (ci-après : « *Code canadien du travail* »); WEILER, *supra*, note 48, 40 : « ...the Wagner Act model [...] has remained ever since at the core of Canadian labor law. »

¹⁷⁹ S.Q. 1944, c. 30

¹⁸⁰ *Id.*, art. 3; Jean BOIVIN et Jacques GUILBAULT, *Les relations patronales-syndicales au Québec*, Boucherville, Gaëtan Morin éditeur, 1982, 145; ROUILLARD et GOULET, *supra*, note 150, 67; Pierre VERGE, « Bref historique de l'adoption du monopole de la représentation syndicale au Québec », (1971) 12 *C. de D.* 303, 308. C'est à tort que GÉRIN-LAJOIE, *supra*, note 121, 53, parle d'une période de « quatre jours ».

¹⁸¹ WEILER, *supra*, note 121, 11

Élaborée sur le modèle de la loi Wagner¹⁸⁴, la *Loi des relations ouvrières* constituait le tout premier essai du législateur québécois pour aménager les rapports collectifs de travail.¹⁸⁵

Il semble bien que ce soit « l'état de crise où se trouvaient les relations du travail au Québec » qui ait essentiellement motivé son intervention.¹⁸⁶ Cette législation était perçue comme un « moyen d'assurer la paix dans l'industrie et d'amener, sans l'intervention directe de l'État, l'établissement de conditions de travail plus adéquates ».¹⁸⁷ Il fallait, selon les élus, « absolument restreindre les conflits qui peuvent survenir entre le capital, le travail et les unions ouvrières » de manière à ce « que les citoyens qui n'ont aucun intérêt dans les disputes qui s'élèvent entre diverses

¹⁸² Sur cette présomption, voir : *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, *supra*, note 176, 749 (j. Estey), 772 (j. Dickson) et 779 (j. Beetz)

¹⁸³ GÉRIN-LAJOIE, *supra*, note 121, 53; HÉBERT, *supra*, note 162, 101; Jacques ROUILLARD, *Histoire du syndicalisme au Québec*, Montréal, Boréal, 1989, 250; ROUILLARD et GOULET, *supra*, note 150, 67. Il semble que le premier ministre libéral Adélard Godbout soit intervenu avec vigueur pour défendre la compétence du Québec en la matière: Jean-Guy GENEST, *Godbout*, Sillery, Éd. du Septentrion, 1996, 274-275

¹⁸⁴ ARTHURS, *supra*, note 35, 35-36; Jean BOIVIN et Jacques GUILBAULT, *Les relations patronales-syndicales*, 2^e éd., Boucherville, Gaëtan Morin éditeur, 1989, 135; GROLEAU, *supra*, note 64, 86; LAPERRIÈRE, *supra*, note 49, 173; MORIN, *supra*, note 126, 32 (par. 0-28); TRUDEAU, *supra*, note 60, 132; VERGE, *supra*, note 180, 314; Pierre VERGE et Gregor MURRAY, *Le droit et les syndicats*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1991, 86; Pierre VERGE et Guylaine VALLÉE, *Un droit du travail ? Essai sur la spécificité du droit du travail*, coll. Le droit aussi..., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1997, 114. En réponse à une question de Maurice Duplessis, alors chef de l'Opposition, le secrétaire de la province, Hector Perrier, qui pilotait le projet de loi en l'absence du ministre du travail Edgar Rochette, alité, admettait sans détour cette influence américaine : Louis ROBILLARD, « Les bills 2 et 3 sont maintenant devant le Conseil législatif », *Le Devoir*, Montréal, 2 février 1944, 10

¹⁸⁵ MORIN, *id.*, 273 (par. III-17)

¹⁸⁶ BOIVIN et GUILBAULT, *supra*, note 180, 145. Dans la seconde édition de leur ouvrage, ces auteurs réfèrent à « l'objectif prioritaire du maintien de la paix industrielle »: BOIVIN et GUILBAULT, *supra*, note 184, 137. Le nombre considérable de grèves en cours à ce moment incitait même le journal *The Gazette* à réclamer l'intervention de l'armée pour mettre fin à ce que d'aucuns assimilaient ni plus ni moins à une guerre civile: GENEST, *supra*, note 183, 259

¹⁸⁷ GAGNON, LEBEL et VERGE, *supra*, note 119, 27

unions ouvrières n'aient pas à souffrir de ces différends qui troublent la paix publique. »¹⁸⁸

Au moment de son adoption en 1944, la loi québécoise présentait certaines caractéristiques propres. En effet, contrairement au décret C.P. 1003 et à la loi américaine qui lui servait de modèle, la loi du Québec exigeait l'appui d'une majorité de soixante pour-cent des salariés pour qu'une association syndicale puisse être admise à négocier en leur nom.¹⁸⁹ Au surplus, un syndicat qui parvenait à réunir dans ses rangs « au moins vingt salariés ne constituant pas moins de dix pour-cent du groupe visé par une convention collective conclue par une autre association » se voyait attribuer le droit d'obtenir une copie de cette convention, d'une part, et de soumettre, au nom de ses membres, tout grief visant à faire sanctionner une violation de la convention ou de la *Loi des relations ouvrières*, d'autre part.¹⁹⁰

Ces mesures témoignaient à leur manière d'une sensibilité des élus envers la protection des intérêts minoritaires.¹⁹¹ Elles ne firent toutefois pas long feu puisque le 24 mai de l'année suivante, sous la pression des groupes syndicaux¹⁹², l'appui requis pour être admis à l'accréditation passait à la majorité absolue¹⁹³ et le droit, pour un syndicat minoritaire, d'obtenir une copie de la convention signée par une association rivale lui

¹⁸⁸ « Projet de loi déjà voté en 2^e lecture », *La Presse*, Montréal, 26 janvier 1944, 10, paraphrasant les propos du secrétaire de la province, Hector Perrier, parrain du projet de loi. Selon ce dernier, « la loi [était] faite pour assurer le bien de la collectivité et non pour servir une classe particulière » : « La Chambre adopte la loi régissant les relations ouvrières », *La Presse*, Montréal, 27 janvier 1944, 6

¹⁸⁹ *Loi des relations ouvrières*, *supra*, note 179, art. 4

¹⁹⁰ *Id.*, art. 17

¹⁹¹ TRUDEAU et VEILLEUX, *supra*, note 19, 26

¹⁹² ROUILLARD, *supra*, note 183, 252. Voir également: BLOUIN, *supra*, note 177, 22-23, lequel rappelle que ces dispositions d'exception étaient perçues « comme un obstacle trop lourd à l'exclusivité de la représentation de l'agent négociateur reconnu ou accrédité... »

¹⁹³ *Loi modifiant la Loi des relations ouvrières*, S.Q. 1945, c. 44, art. 1. Ce passage vers la règle du cinquante pourcent plus un visait à « faciliter davantage l'organisation syndicale » : Pierre GIROUARD, « L'évolution législative du régime d'accréditation à caractère majoritaire », dans Rodrigue BLOUIN (dir.), *Vingt-cinq ans de pratique en relations industrielles au Québec*, Cowansville, Yvon Blais, 1990, 352

était retiré.¹⁹⁴ Puis, le 1^{er} septembre 1964, le droit du syndicat « marginal » de porter un grief à l'arbitrage était désormais aboli.¹⁹⁵

Ce même jour, la *Loi des relations ouvrières* était subsumée en partie dans le titre premier du nouveau *Code du travail* du Québec.¹⁹⁶ Malgré les nombreuses modifications législatives dont ce dernier fut l'objet au cours des ans, il demeure encore aujourd'hui fidèle aux principes fondamentaux mis de l'avant par les lois qui l'ont inspiré.¹⁹⁷

En définitive, au cours des six dernières décennies, les législateurs québécois, canadien et américain en sont venus à contraindre l'employeur à négocier avec l'association syndicale choisie par le salariat. Alors que les deux premiers semblent avoir été surtout animés par l'intention d'obtenir la paix industrielle¹⁹⁸ par la réduction du nombre des arrêts de travail, le sénateur Wagner, grand penseur de la loi américaine, tout sensible qu'il ait pu être aux problèmes économiques, était également guidé par des préoccupations d'ordre éthique : redresser l'inégalité existante entre patrons et employés¹⁹⁹ de manière à favoriser l'enracinement progressif de la démocratie dans les milieux de travail.²⁰⁰ Plus « nobles », dirions-nous, ces dernières préoccupations ne furent pas pour autant exclusives :

¹⁹⁴ *Loi modifiant la Loi des relations ouvrières*, *id.*, art. 2

¹⁹⁵ *Code du travail*, S.Q. 1964, art. 141 et 146

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ MURRAY et VERGE, *supra*, note 30, 11. Ainsi, on n'hésite pas à qualifier la *Loi des relations ouvrières* de « pierre angulaire de tout le régime actuel de négociation collective » : BOIVIN et GUILBAULT, *supra*, note 180, 143

¹⁹⁸ HÉBERT, *supra*, note 162, 113, affirme que le « règlement des conflits [...] fut toujours la préoccupation dominante au Canada en matière de relations de travail ». Selon la Cour suprême du Canada, « [c]'est là un trait caractéristique du droit du travail au Canada » : *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, *supra*, note 58, 282 (J. Wilson)

¹⁹⁹ ABRAHAM, *supra*, note 41, 1277; BRETON, *supra*, note 4, 11 et 26; GAGNON, *supra*, note 8, 17; GETMAN et KOHLER, *supra*, note 147, 1422; MURRAY, *supra*, note 21, 8

²⁰⁰ CREVER, *supra*, note 14, 23; GAGNON, *id.*, 83; SUMMERS, *supra*, note 149, 9; TRUDEAU et VEILLEUX, *supra*, note 19, 12; WEILER, *supra*, note 121, 45. Sur « le lien indissoluble entre les

Les motivations éthiques n'ont pas été les seules à être invoquées, de part et d'autre, pour justifier cette évolution [vers la négociation collective obligatoire] : ont été au moins aussi déterminantes les motivations économiques (sortie de crise par la relance de la consommation, modernisation de l'économie), institutionnelles (restriction de la concurrence, expansion du syndicalisme), et politiques (« paix sociale », contrôle social).²⁰¹

Qu'à l'origine les préoccupations éthiques du sénateur Wagner aient été partagées ou non, en tout ou en partie, par nos députations importe peu au fond. En effet, les succès plutôt mitigés du wagnérisme sur le plan économique sont notoires.²⁰² Si celui-ci demeure néanmoins au cœur de notre régime de rapports collectifs de travail, c'est donc dire que ses visées égalitaire et démocratique ont depuis pris racine dans l'esprit de nos élus, et des tribunaux à leur suite.²⁰³

Chapitre II – L'établissement de conditions de travail par la négociation patronale-syndicale

Qu'il s'agisse du *Code du travail* québécois ou de son pendant fédéral, tous deux calqués, dans une large mesure, sur la loi Wagner américaine, ils observent les mêmes principes. Sans prétendre à une nomenclature exhaustive, les principes suivants sont à la base du régime général²⁰⁴ des rapports collectifs de travail:

idées d'égalité et de démocratie », voir Daniel PROULX, « L'objet des droits constitutionnels à l'égalité », (1988) 29 *C. de D.* 567, 570 (note 8)

²⁰¹ René LAPERRIÈRE, « Éthique du travail et droits des travailleurs », dans Rodrigue BÉLANGER et al. (dir.), *supra*, note 30, 85

²⁰² Voir la doctrine citée, *supra*, notes 144 à 146

²⁰³ Dans l'arrêt *Union des employés de service, local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, 1103, la Cour suprême du Canada reconnaît sans peine que l'objectif du *Code du travail* québécois est de « promouvoir la négociation collective comme moyen de mieux garantir la paix industrielle et d'établir des relations équitables entre employeur et salariés. » (j. Beetz) (nos italiques)

²⁰⁴ Le lecteur aura compris que les particularités propres aux régimes de négociation collective qui gouvernent, par exemple, l'industrie de la construction, les industries visées par un décret de convention collective (bois ouvré, textile...) ou le secteur public et parapublic (éducation, santé, policiers-pompiers...) échappent au cadre de notre analyse.

- a) reconnaissance du droit des salariés de s'associer pour former librement une association syndicale et prendre part à ses activités licites ;
- b) établissement d'une procédure visant à faire déterminer, par un tribunal administratif spécialisé, le caractère représentatif de l'association syndicale ou la composition de l'unité de négociation ;
- c) octroi d'un monopole de représentation au syndicat élu par une majorité absolue des salariés de l'unité de négociation ;
- d) protection du droit des salariés de négocier collectivement leurs conditions de travail par :
 - l'interdiction de certaines pratiques réputées déloyales ;
 - l'exigence, imposée aux parties, de négocier de bonne foi ;
 - l'attribution d'une vaste discrétion aux parties quant au contenu de la convention collective ;
 - la possibilité de recourir à la grève ou au *lock-out* pour influencer sur le cours des négociations.
- e) affirmation de l'effet obligatoire de la convention collective et instauration d'une procédure d'arbitrage pour en faire assurer le respect.²⁰⁵

La simple énumération de ces principes suffit pour faire ressortir deux traits distinctifs du régime voué à leur mise en œuvre. De fait, contrairement au régime des rapports individuels de travail où l'employé est seul pour négocier les termes de son propre contrat, le régime des rapports collectifs permet l'entrée en scène d'un nouvel acteur, le

²⁰⁵ Ces différentes caractéristiques de notre régime des rapports collectifs de travail ont été glanés dans les écrits suivants: Jean BOIVIN, « La fin du Wagnérisme ? », dans Anthony GILES, Anthony E. SMITH et Kurt WETZEL (dir.), *Actes du XXXI^e Congrès de l'Association canadienne des relations industrielles*, ACRI/CIRA, 1995, 42-45; Tim CHRISTIAN, « The Charter of Rights and Labour Law », dans *Labour Law in the 1990s*, Don Mills (Ont.), CCH Canadian Ltd., 1988, 216-217; PIOTTE, *supra*, note 143, 167-168; RIDDELL, *supra*, note 118, 7; TRUDEAU, *supra*, note 60, 113; WEILER, *supra*, note 121, 12

syndicat, qui se substitue à l'employé en vue d'une action singulière, la négociation d'une convention à portée collective. C'est à cet acteur et au produit de son action que nous réservons les deux prochaines sections.

Section 1 - Le syndicat : un détenteur de monopole

Que le rapport entre employeur et employés souffre d'un déséquilibre à la base, cela tient du lieu commun : dans un marché libre de toute intervention gouvernementale, les pouvoirs de l'un excèdent avantageusement ceux de l'autre.²⁰⁶ Les codes du travail sont venus « équilibrer quelque peu un rapport inégal »²⁰⁷ en substituant à la vulnérabilité individuelle du salarié²⁰⁸, la force collective du groupement syndical²⁰⁹:

[...] les codes du travail, qui réglementent la formation des syndicats et la négociation des conventions collectives, sont conçus expressément pour permettre de surmonter ou de compenser tout déséquilibre en matière de pouvoir de négociation.²¹⁰

En vertu des codes canadien et québécois du travail, l'association syndicale qui revendique le droit d'être accréditée pour représenter un groupe donné de salariés doit

²⁰⁶ CREVER, *supra*, note 4, 6-7 ; TRUDEAU et VEILLEUX, *supra*, note 19, 31

²⁰⁷ GAGNON, *supra*, note 8, 17; Louise OTIS, « Éthique et travail : un défi vers l'égalité », dans *L'éthique au quotidien*, Montréal, Éd. Québec/Amérique, 1990, 69-70. C'est ce que Colleen SHEPPARD, « Caring in Human Relations and Legal Approaches to Equality », (1993) 2 *N.J.C.L.* 305, 311-312, assimile à un rapport inégalitaire permanent.

²⁰⁸ C'est incidemment cette faiblesse qui l'incite à adhérer au syndicat: NAJEM, *supra*, note 13, 16

²⁰⁹ Antoine LYON-CAEN, « L'égalité et la loi en droit du travail », (1990) *Dr. Soc* (n° 1) 68, 71 (par. 8); Lavigne c. *Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, *supra*, note 58, 296 (J. Wilson)

²¹⁰ *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103, 1130 (J. Cory). Dans l'opinion dissidente qu'il a signée dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, *supra*, note 111, 365-366, le juge en chef Dickson souligne que le droit d'association a permis aux travailleurs « ...de faire face, à armes plus égales, à la puissance et à la force de ceux avec qui leurs intérêts interagissaient et, peut-être même, entraient en conflit. » (nos italiques)

pouvoir justifier de l'appui d'une majorité d'entre eux.²¹¹ Cela fait, l'accréditation confère au syndicat un monopole de représentation qui fait de lui l'interlocuteur unique du patron, le négociateur exclusif des conditions de travail de l'ensemble des salariés²¹², qu'ils soient membres ou non du syndicat.²¹³

En d'autres termes, ce que l'exclusivité de représentation concédée au syndicat par une majorité soutire à l'employé sur le plan de sa liberté contractuelle, elle est présumée le lui rendre par l'établissement, en sa faveur, d'un rapport de force plus équitable à la table des négociations.²¹⁴ Dans son essence, notre régime de rapports collectifs de travail postule dès lors « l'égalité juridique des parties impliquées dans la négociation ». ²¹⁵ Ce sont là les prémisses à la base de tout le régime des rapports collectifs de travail.²¹⁶

Il n'y a pas de quoi s'étonner de la faveur des législateurs pour la règle de la majorité. D'une part, les groupements syndicaux « s'accordaient pour imposer à l'employeur l'obligation de négocier avec un syndicat représentant au moins cinquante pour cent de ses salariés. »²¹⁷ D'autre part, les élus ne faisaient qu'établir, à l'échelle de l'entreprise,

²¹¹ Art. 126c) du *Code canadien du travail: Code du travail*. L.R.Q. c. C-27 (ci-après: « *Code du travail* »), art. 21

²¹² GAGNON, LEBEL et VERGE. *supra*, note 119, 354-356; Pierre VERGE, « Évolution de la protection juridictionnelle de l'accès au syndicat », (1984) 39 *Relat. Ind.* 710, 720-721

²¹³ ARTHURS, *supra*, note 109, 801; GAGNON, LEBEL et VERGE, *ibid.*; MURRAY et VERGE, *supra*, note 30, 44 ; VERGE, *id.*, 721

²¹⁴ Louise DULUDE, *Seniority and Employment Equity for Women*, Kingston, IRC Press, 1995, 54-55; RIVERO, *supra*, note 116, 369; Katherine SWINTON, « Accommodating Equality in the Unionized Workplace », (1996) 33 *Osgoode Hall L.J.* 703, 725

²¹⁵ BOIVIN, *supra*, note 205, 44; BURDEAU, *supra*, note 11, 92: « [Le salarié] ne se sent pas diminué par la convention collective qui lui interdit sans doute une discussion directe avec le patron, mais le fait participer, en revanche, à une force égale à la force patronale. » (nos italiques)

²¹⁶ Timothy J. CHRISTIAN, « The Developing Duty of Fair Representation », (1991) II *Lab. Arb. Y.B.* 3

²¹⁷ VERGE. *supra*, note 180, 310

une règle sacro-sainte de notre système de démocratie représentative, règle dont ils tirent, au demeurant, leur propre légitimité pour légiférer.²¹⁸

Sans perdre de vue les limites de toute analogie, l'association syndicale opère ainsi à la manière d'un législateur. Éluë par une majorité de sympathisants mais dotée d'une personnalité juridique qui la distingue d'eux²¹⁹, son action se répercute néanmoins sur l'ensemble des salariés compris dans l'unité d'accréditation :

L'unité d'accréditation sous-tend, comme la nation, toute proportion gardée évidemment, un intérêt collectif général, dans la mesure où un seul organe représentatif détient en exclusivité le pouvoir de le faire valoir et d'assurer sa primauté sur les intérêts individuels ou collectifs des salariés. L'unité d'accréditation est également conçue, comme la nation, en tant qu'entité abstraite distincte des salariés qui en font partie. De plus, le pouvoir de représentation du syndicat accrédité est légitimé, comme celui de l'organe représentatif de la nation, par le mandat collectif conféré par la collectivité représentée. Enfin, le syndicat accrédité, comme l'organe représentatif de la nation, agit en son nom personnel lorsqu'il représente la collectivité de salariés, sans aucune obligation, pendant la durée de son mandat, de recevoir des directives ou de se conformer à celles que ces derniers pourraient, à ce seul titre, lui donner.²²⁰

²¹⁸ LAPERRIÈRE, *supra*, note 201, 92: « Le droit, doit-on constater, en est encore à la démocratie formelle, représentative, sur laquelle le mouvement syndical prend exemple. »; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, *supra*, note 58, 302: « ...tout le processus de représentation syndicale porte le sceau de la démocratie. » (J. Wilson)

²¹⁹ Notre affirmation appelle certaines nuances du fait que plusieurs syndicats ne sont pas constitués en personne morale, même s'ils disposent cependant, aux termes de la législation du travail, des mêmes droits et pouvoirs que ceux attribués aux syndicats formellement dotés de la personnalité morale. Pierre VERGE, Éric TREMBLAY et Gregor MURRAY, « Les modes privés de règlements des conflits intrasyndicaux », dans Claude SAMSON et Jeremy McBRIDE (dir.), *Solutions de rechange au règlement des conflits*, Ste-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, 543, parlent plus justement d'« entités autonomes, du moins à certaines fins... ». Sur toute cette question, on pourra lire avec profit: GAGNON, LEBEL et VERGE, *supra*, note 119, 307 et suivantes; MORIN, *supra*, note 126, 202-212; MORIN et BRIÈRE, *supra*, note 48, 764-772; VERGE et MURRAY, *supra*, note 184, 115-133

²²⁰ VEILLEUX, *supra*, note 118, 913. Ils sont nombreux à tracer un parallèle entre les fonctions de la législature et celles dévolues aux syndicats: Martin H. MALIN, « The Supreme Court and the Duty of

On se butte ici aux confins de la comparaison. Si notre démocratie parlementaire permet formellement l'expression de la dissidence au moyen des représentants de l'opposition²²¹, le régime des rapports collectifs n'aménage pas un pareil espace pour la défense des intérêts minoritaires.²²² La règle de la majorité s'y applique dans toute sa plénitude.

Le respect sans borne que l'on voue à cette règle a pour corollaire l'attribution d'un monopole de représentation en faveur du syndicat qui a su recueillir l'appui du plus grand nombre :

En définitive, donc, lorsqu'un groupe d'individus décide de se syndiquer, le choix de l'association appartient non à l'ensemble mais bien à la majorité [...] des salariés de l'unité visée. Or, qui dit majorité dit évidemment minorité : qu'arrive-t-il des salariés qui, par indifférence, négligence, divergence de vues ou franche hostilité, n'adhèrent pas à l'association ou votent contre elle? Le choix de la majorité les lie : *de jure*, ils sont représentés par l'association que veulent leurs collègues plus nombreux.²²³

En clair, qu'il vénère ou méprise le syndicat élu, qu'il partage ou pourfende ses politiques, qu'il estime ou exècre ses dirigeants, le salarié doit donc lui aliéner, sous la contrainte de la loi, sa liberté de négocier ses propres conditions de travail.²²⁴ Cela

Fair Representation », (1992) 27 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 127, 171; MCUSIC et SELMI, *supra*, note 85, 1343; OLSON, *supra*, note 108, 117-118; RIDDELL, *supra*, note 118, 87

²²¹ Karim BENYEKHEF, « Démocratie et libertés : quelques propos sur le contrôle de constitutionnalité et l'hétéronomie du droit », (1993) 38 *R.D. McGill* 91, 109-110

²²² L'observation selon laquelle « le droit canadien du travail » fait « fi des opinions divergentes que peuvent partager des groupes de travailleurs au sein d'une [même] unité de négociation » a été faite en haut lieu: *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, *supra*, note 58, 325 (j. LaForest)

²²³ BICH (1987), *supra*, note 112, 1121

²²⁴ *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. c. Compagnie Paquet Ltée*, [1959] R.C.S. 206, 212 (j. Judson); *McGavin Toastmaster Ltd c. Ainscough*, [1976] 1 R.C.S. 718, 724-725 (j.

étant, « la représentation, une fois établie, s'exerce indépendamment des préférences individuelles des salariés », « indépendamment du concours de [leur] volonté »²²⁵ :

Dans un tel système [de monopole de représentation], les minorités n'ont pas voix au chapitre, sauf à l'intérieur de la structure syndicale ; ...l'opposition syndicale a peu de chances de survie, encore moins de développement, dans un pareil corset institutionnel.²²⁶

Ce régime fondé sur le principe de la représentation exclusive, on le dit « constitutionnellement inattaquable ».²²⁷ En fait, on peut se demander qui pourrait bien disposer des ressources nécessaires pour en ébranler un tant soit peu les fondations. Tout absorbés qu'ils sont à produire pour assurer leur subsistance, les travailleurs eux-mêmes ne peuvent s'offrir ce luxe à titre individuel.²²⁸ Du reste, il semble que syndicats, patrons, gouvernements et juges s'en accommodent plutôt bien.

Pour les syndicats, le système actuel constitue un compromis acceptable en ce qu'il contraint l'employeur à négocier, même en période d'austérité économique. Pleinement familiarisés avec ce processus de négociation, les dirigeants syndicaux, forts de leur expertise en la matière, estiment que le présent régime sert somme toute assez bien les intérêts de leurs membres.

Laskin); *Hémond c. Coopérative fédérée du Québec*, [1989] 2 R.C.S. 962, 975 (J. Gonthier). Voir également la doctrine citée, *supra*, note 118

²²⁵ GAGNON, LEBEL et VERGE, *supra*, note 119, 355

²²⁶ LAPERRIÈRE, *supra*, note 147, 195. Voir dans le même sens : BRETON, *supra*, note 4, 17 et 90-91

²²⁷ *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, *supra*, note 58, 325-326 (J. LaForest); Gérard V. LAFOREST, « Droit du travail et Charte à la Cour suprême du Canada », dans Brian D. DRUCE (dir.), *Le travail, le chômage et la justice*, Montréal, Thémis, 1994, 247

²²⁸ BENYKHLEF, *supra*, note 221, 107: « ...le passage d'une société de prédation à une société de production fait que notre temps est accaparé par la production. Tout occupé à produire, l'homme-producteur n'a plus le temps de se consacrer aux affaires de la Cité (de l'association)... [...] La croissance et l'accumulation supplantent donc les considérations afférentes à la démocratie directe ». BURDEAU, *supra*, note 11, 32, apporte, lui, une autre explication que nous rapportons ici sans l'approuver entièrement : « Les conditions du travail industriel ne sont pas favorables à l'exercice de

Le patronat y trouve aussi son profit : l'exercice du droit de grève des employés est strictement encadré par la loi et ses droits de direction demeurent intacts, sous réserve des dispositions de la convention collective auxquelles il agrée lui-même.

Les gouvernements qui, par nature ou par déformation, se forment le plus souvent une volonté politique en fonction des pressions que l'on exerce sur eux ne voient pas vraiment l'intérêt de réviser en profondeur un système à l'égard duquel se dégage, semble-t-il, ce consensus si cher aux politiciens.²²⁹

Enfin, soucieux de ne pas provoquer la rupture de ce mariage d'intérêts en apparence harmonieux, les juges se montrent hésitants à remettre en cause la légitimité du système instauré par les codes du travail.²³⁰

Pourtant, dans les milieux intellectuels, les critiques à l'endroit du wagnérisme se font nombreuses. On décrie tantôt l'autocratie qu'il aménage en faveur de l'employeur²³¹, tantôt l'animosité ou l'adversité qu'il nourrit entre les parties²³², tantôt son caractère peu démocratique²³³, tantôt le juridisme qui le caractérise.²³⁴ D'autres encore déplorent

l'esprit critique: elles encouragent plutôt la fuite devant les responsabilités et une sorte de ronronnement intérieur qui, accompagnant la monotonie des tâches, tient lieu de pensée. »

²²⁹ Pour un exposé encore plus détaillé des causes de ce consensus, voir: ADAMS, *supra*, note 5, 333-341

²³⁰ Passant en revue certaines décisions qui témoignent clairement de cette hésitation, BICH (1987), *supra*, note 112, 1125, conclut: « On aurait en fait plutôt l'impression que ce régime est à tel point passé dans les mœurs qu'on n'ose véritablement le remettre en cause au plan juridique. »

²³¹ ADAMS, *supra*, note 5, 343; HALL, *supra*, note 137, 163-164; TRUDEAU et VEILLEUX, *supra*, note 19, 10

²³² ADAMS, *id.*, 344; CREVER, *supra*, note 4, 93; ESTREICHER, *supra*, note 36, 12

²³³ BRETON, *supra*, note 4, 13, 17 et 90-91; LAPERRIÈRE, *supra*, note 147, 203; TRUDEAU et VEILLEUX, *supra*, note 19, 21

²³⁴ LAPERRIÈRE, *id.*, 204; PAQUET, *supra*, note 40, 85-93 (*passim*); WEILER, *supra*, note 121, 14. C'est là une constante qui ressortait du rapport final de la Commission consultative sur le travail et la révision du Code du travail (René Beaudry, président), *Le travail : Une responsabilité collective*, Québec, Les publications du Québec, 1985; RIOUX, *supra*, note 48, 55-56

l'étroitesse des catégories de personnes admises à la syndicalisation, laissant ainsi pour compte des pans entiers de travailleurs tout aussi vulnérables que le salarié traditionnel.²³⁵

Mais pour les syndicats, la critique la plus préoccupante est celle qui condamne leur fâcheuse tendance, juge-t-on, à ne défendre que l'intérêt de leurs militants et membres²³⁶, parfois au détriment des autres salariés, des travailleurs non syndiqués et de la population en général²³⁷, des femmes, des minorités, des jeunes et des personnes âgées en particulier.²³⁸ Pour bon nombre de ces derniers, les syndicats apparaissent souvent comme un simple outil de contrôle de plus sur eux²³⁹ :

Les périodes de crise économique [...] ont mis en évidence la propension des syndicats non seulement à préconiser le retour des femmes au foyer, la préretraite plus ou moins forcée des moins jeunes ou le renvoi des travailleurs étrangers dans leur pays, mais à opter pour la

²³⁵ BOIVIN, *supra*, note 205, 53; Jean CHAREST, Gilles TRUDEAU et Diane VEILLEUX, « La modernisation du Code du travail du Québec: perspectives et enjeux », *Effectif*, vol. 2, n° 2, avril/mai 1999, 24, 25-26 ; FUDGE et GLASBEEK, *supra*, note 49, 390, 395-396; STRAUSS, *supra*, note 13, 338

²³⁶ Michael MACNEIL, Michael LYNK et Peter ENGELMANN, *Trade Union Law In Canada*, Aurora (Ont.), Canada Law Book, 1998 (édition sur feuilles mobiles), 7-14 (par. 7.260); NOTE, « Union Liability for Employer Discrimination », (1980) 93 *Harv. L. Rev.* 702, 716; STRAUSS, *id.*, 344 ; CONTRA: ROUILLARD (1991), *supra*, note 4, 278

²³⁷ ADAMS, *supra*, note 5, 343 et 345; BRETON, *supra*, note 4, 74-75; WALTON, *supra*, note 34, 95. Il s'agit d'une croyance populaire largement répandue: ROUILLARD (1993), *supra*, note 4, 301

²³⁸ BRETON, *id.*, 32 et 84-85; CREVER, *supra*, note 4, 22-24; Elizabeth M. IGLESIAS, « Structures of Subordination : Women of Color at the Intersection of Title VII and the NLRA. Not ! », (1993) 28 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 395, 499; SWINTON, *supra*, note 214, 704; Margriet ZWARTS, « The Duty of Fair Representation : Individual Rights in the Collective Bargaining Process, or Squaring the Circle », (1982) 28 *R.D. McGill* 59, 63: « ...the collective interests of present-day unions are determined democratically by the majority of its members. In the face of the majority will, no individual interests can, at least in theory, prevail. »

²³⁹ BRETON, *id.*, 20 et 91; Ian HUNTER, « Individual and Collective Rights in Canadian Labour Law », (1993) 22 *Man. L.J.* 145, 165; LAPERRIÈRE, *supra*, note 147, 196; ZWARTS, *id.*, 62. On pourrait même ajouter à cette liste les assistés sociaux et les chômeurs pour qui, eux aussi, «...le monde syndical ne vaut guère mieux que celui des « méchants patrons »...»: VENNAT, *supra*, note 3, 167

défense de ceux qui ont déjà du travail plutôt que des non-syndiqués ou des chômeurs.²⁴⁰

Dans l'état actuel des choses, peut-il vraiment en être autrement ? Dans la mesure où la présence du syndicat dans l'entreprise – et donc sa longévité – dépend de sa seule capacité à séduire une majorité d'employés, on peut difficilement lui faire grief d'épouser d'abord les aspirations majoritaires²⁴¹, c'est-à-dire celles du travailleur moyen²⁴² : il en va de sa survie.²⁴³

Mais pour jouir de l'appui constant de cette majorité, dite « vitale », et du monopole de représentation qu'elle seule peut lui attribuer, le mouvement syndical doit pouvoir dégager chez les salariés les intérêts communs qui permettent précisément de la constituer puis de la maintenir. Avec la diversification graduelle de la main-d'œuvre, c'est là une tâche à la complexité grandissante.

En effet, si dans nos sociétés homogènes et plutôt intégristes d'hier, l'idéologie selon laquelle l'individu doit absolument s'effacer derrière le groupe et abdiquer ses désirs au nom du bien commun avait forte prise sur les masses ouvrières²⁴⁴, on en trouve de nos jours bien peu de traces.²⁴⁵ Par un extraordinaire retour de balancier, nos sociétés carburent maintenant à la valorisation de l'individu, de sa liberté et de son autonomie

²⁴⁰ NOËL, *supra*, note 93, 257-258

²⁴¹ *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854, 917 : « ...de nombreuses raisons peuvent expliquer pourquoi un syndicat ne défend pas une cause particulière. Il se peut qu'elle n'intéresse qu'un nombre minime de membres... » (J. McLachlin, diss., par. 107)

²⁴² ESTREICHER, *supra*, note 36, 12; Douglas L. LESLIE, « Labour Bargaining Units », (1984) 70 *l'a. L. Rev.* 353, 359-360

²⁴³ LASKIN, *supra*, note 118, 281

²⁴⁴ MCUSIC et SELMI, *supra*, note 85, 1342 et 1344

²⁴⁵ LÉVESQUE, MURRAY et LEQUEUX, *supra*, note 8, 132, évoquent en ces termes le déclin de l'ère de « ...la prédominance du « nous » sur le « je »... » : « Or, ce qui caractérise le changement social de l'ère contemporaine, c'est la radicalisation de la différenciation des rapports sociaux qui sous-tendent les collectivités syndicales jadis dominantes. »

personnelle.²⁴⁶ Ce passage d'une société de devoirs vers une société de droits²⁴⁷ n'est pas sans conséquence sur le mouvement syndical.

Parfois astreints à concurrencer leurs propres collègues de travail pour satisfaire un employeur qui, au nom de la mondialisation et de la rationalisation, exige perpétuellement de « faire plus avec moins » sous peine de « mettre le cadenas sur la porte », les salariés en arrivent à voir davantage ce qui les divise que ce qui les unit.²⁴⁸ Et ces divisions, qui sont susceptibles de fonder autant de revendications de changements, elles ont mille sources : la race, l'origine ethnique, le sexe, l'âge, la religion, la langue, le handicap, l'orientation sexuelle, les années de service, le lieu d'exploitation de l'entreprise, les aptitudes, la scolarité et les qualifications, l'excès de zèle au travail, les espoirs de mobilité...²⁴⁹

Or, le syndicat doit tendre à réduire le plus possible cette concurrence que se livrent les travailleurs entre eux²⁵⁰ : l'efficacité de son action est tributaire de sa faculté à gérer « la tension entre les intérêts de la grande collectivité de salariés et la défense des intérêts hétérogènes des groupes particuliers dont elle est composée. »²⁵¹ Le syndicat doit

²⁴⁶ KOHLER, *supra*, note 6, 296; Solange LEFEBVRE. « Le bouleversement des valeurs dans la société québécoise », *Revue Options CEQ*, automne 1996, n° 15, 46-47. Voir également la doctrine citée, *supra*, note 2

²⁴⁷ Simone GOYARD-FABRE. « La dérive des droits fondamentaux », dans Guy LAFRANCE (dir.), *Éthique et droits fondamentaux*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1989, 65-67; Jean-François THUOT, *La fin de la représentation et les formes contemporaines de la démocratie*, Montréal, Éd. Nota Bene, 1998, 115-117

²⁴⁸ LÉVESQUE, MURRAY et LEQUEUX, *supra*, note 8, 133, qualifient le phénomène de « luttes intra-classes ». MCUSIC et SELMI, *supra*, note 85, 1341: « ...for many, the workplace is now seen as a *battleground among workers and their diverse interests* rather than as a struggle for power between the working class and the managers or owners. » (nos italiques)

²⁴⁹ ABRAHAM, *supra*, note 41, 1293; ARTHURS, *supra*, note 35, 15 et 17; GAGNON, *supra*, note 8, 62; GENGE, *supra*, note 105, 162; FÉDÉRATION DES TRAVAILLEURS ET TRAVAILLEUSES DU QUÉBEC, *supra*, note 88, 30

²⁵⁰ Di RUZZA, *supra*, note 8, 118

²⁵¹ Gregor MURRAY et Pierre VERGE, « La représentation syndicale au-delà de l'entreprise », (1994) 35 *C. de D.* 419, 423 et 434

impérieusement trouver la voie du compromis²⁵² pour accéder à l'entreprise ou s'y maintenir s'il y œuvre déjà.

C'est ici que la diversité croissante de la main-d'œuvre peut se faire particulièrement menaçante pour le mouvement syndical. Affranchi de toute opposition structurée et conscient qu'il ne peut plaire à tout le monde²⁵³, le syndicat peut être tenté d'exercer son monopole de représentation en fonction des seuls intérêts de la majorité²⁵⁴, sans véritablement se soucier des intérêts minoritaires.²⁵⁵ Ainsi compris, son monopole a dès lors pour toute frontière la conscience des dirigeants syndicaux. Si celle-ci se fait trop « élastique » et obéit aveuglément aux diktats du plus grand nombre, les salariés qui s'estiment délaissés par cette association insensible à leurs préoccupations risquent fort de se tourner alors vers le législateur ou vers un autre groupement plus apte à défendre leurs droits.²⁵⁶ Que le syndicat perde de son influence et de son attrait dans ce contexte, c'est forcé²⁵⁷:

²⁵² SWINTON, *supra*, note 214, 717. GAGNON, *supra*, note 8, 84, note avec à-propos qu'« il s'agit là d'un travail continu, qui est en fait la mission fondamentale du syndicat » parce que « le collectif est toujours virtuellement menacé de déconstruction. »

²⁵³ ABRAHAM, *supra*, note 41, 1293 et 1334

²⁵⁴ John G. KELLY, *Human Resource Management and the Human Rights Process*, 2^e éd., vol. 1, Don Mills (Ont.), CCH Canadian Ltd, 1991, 204 (par. 1105)

²⁵⁵ Dickason c. Université de l'Alberta, *supra*, note 210, 1131 (j. Cory); SWINTON, *supra*, note 214, 730. D'ailleurs, certains leaders de groupes ethnoculturels ne manquent pas de souligner que les structures et le fonctionnement des centrales syndicales ne sont pas suffisamment adaptés « aux transformations de la masse des travailleurs québécois provoquées par l'immigration ». Selon eux, « [l]a représentation syndicale ne tiendrait pas assez compte de la diversification de la main-d'œuvre et de l'importance de la « formation à l'interculturel ». »: Micheline LABELLE et Joseph J. LÉVY, *Ethnicité et enjeux sociaux*, Montréal, Éd. Liber, 1995, 124

²⁵⁶ MURRAY et VERGE, *supra*, note 30, 111: « Les syndicats doivent aussi s'assurer d'un lien significatif de proximité entre le membre et l'institution syndicale, particulièrement face à l'influence grandissante, dans la société, d'autres groupements qui font appel [...] au caractère identitaire des salariés... ». Le phénomène des « comités identitaires », auquel nous faisons allusion en introduction (*supra*, note 104), est en cela évocateur. RIOUX, *supra*, note 58, 167, précise: « Souvent initiés par des militants de la base, ces regroupements se sont effectués à l'extérieur des structures et ont constitué une forme d'opposition ou encore servent à la promotion d'objectifs et de pratiques visant à élargir et changer le fonctionnement des structures syndicales » (nos italiques). Voir dans le même sens : WRENCH, *supra*, note 94, 175 et 183

²⁵⁷ ARTHURS, *supra*, note 35, 15; MURRAY et VERGE, *supra*, note 251, 429

La plus grande diversité démographique de la main-d'œuvre, la multiplication des statuts d'emplois, l'affirmation de nouvelles appartenances professionnelles, l'émergence de nouvelles formes de participation directe des salariés, l'affirmation des projets et droits individuels, notamment sous l'influence des instruments affirmant les droits fondamentaux de la personne, la tendance à la diversification des identités collectives et une remise en cause conséquente des pratiques syndicales homogènes traditionnelles constituent autant de facteurs qui militent à l'encontre de l'exclusivité absolue de la représentation syndicale.²⁵⁸

À l'origine, c'est essentiellement par la convention collective que les élus entendaient assurer aux salariés la protection de leurs droits ; se refusant à dicter eux-mêmes le contenu des contrats collectifs²⁵⁹, ils comptaient sur le mouvement syndical pour s'acquitter de cette mission fondamentale.²⁶⁰ L'expérience, ponctuée par les bouleversements sociaux que nous avons connus dans l'après-guerre, allait démontrer qu'ils ont été, en cela, plutôt présomptueux...

Section 2 - La convention collective : un outil utile mais insuffisant

Titulaire d'un monopole de représentation, les syndicats ont eu très tôt à arbitrer les revendications – souvent divergentes – des salariés aux fins de la négociation d'un

²⁵⁸ MURRAY et VERGE, *supra*, note 30, 130-131; MURRAY, *supra*, note 21, 26

²⁵⁹ Notre régime de rapports collectifs de travail est en effet très décentralisé et les parties y jouissent d'une grande autonomie: BOIVIN, *supra*, note 205, 43; CHAREST, TRUDEAU et VEILLEUX, *supra*, note 235, 29; MOREAU et TRUDEAU, *supra*, note 163, 375; MURRAY et VERGE, *supra*, note 30, 46; NASH, *supra*, note 34, 601; RIDDELL, *supra*, note 118, 62; Mark THOMPSON, « Industrial Relations in Canada », dans Greg J. BAMBER et Russell D. LANSBURY (dir.), *International and Comparative Industrial Relations: A Study of Industrialised Market Economies*, 2^e éd., New York, Routledge, 1993, 91. Aux États-Unis, le wagnérisme est d'ailleurs décrit comme une « ... governmental 'hands-off' policy... »: COMMENT, « The Inevitable Interplay of Title VII and the National Labor Relations Act : A New Role for the NLRB », (1974) 123 *U. Pa. L. Rev.* 158, 185; Estella J. SCHOEN, « Does the ADA Make Exceptions in a Unionized Workplace ? The Conflict Between the Reassignment Provision of the ADA and Collectively Bargained Seniority Systems », (1998) 82 *Minn. L. Rev.* 1391, 1399; *Air Line Pilots Association, International v. O'Neill*, 499 U.S. 65 (1991), 74 (J. Stevens)

²⁶⁰ SUMMERS, *supra*, note 149, 9; WEILER, *supra*, note 48, 55

contrat collectif de travail avec l'employeur. Sans prétendre qu'il s'agissait pour eux d'une tâche aisée, disons qu'il fut un temps où elle était grandement facilitée par l'homogénéité régnante de la main-d'œuvre.

Sans recueillir l'assentiment unanime des salariés, les dirigeants syndicaux parvenaient néanmoins à dégager chez une majorité d'entre eux, et généralement sans trop de mal, un consensus sur les valeurs et les réclamations à privilégier dans le cours de la négociation avec l'employeur.

La chose était particulièrement vraie quand la négociation collective portait sur une gamme limitée de sujets comme l'augmentation des salaires²⁶¹ et la réduction du temps de travail par la prolongation des vacances et des congés.²⁶² L'élargissement progressif des négociations à d'autres sujets²⁶³, dont l'encadrement contractuel n'offre pas le même avantage à tous, rendra l'obtention de ce consensus déjà plus ardu.

Une fois conclue, la convention collective devenait la « loi des parties »²⁶⁴, le système interne des valeurs de l'entreprise²⁶⁵ : elle produisait, ce faisant, « l'illusion d'un

²⁶¹ PUPO, *supra*, note 89, 294, fait proprement allusion aux « *bread and butter issues* »

²⁶² VENNAT, *supra*, note 3, 57. C'est d'ailleurs ce que OLSON, *supra*, note 108, 90, et LESLIE, *supra*, note 242, 354, assimilent à des « biens collectifs ». WALTON, *supra*, note 34, 94, les qualifie plutôt « de biens publics non rivaux, en ce sens que leur « consommation » par un travailleur n'épuise pas pour autant la disponibilité pour un autre ». Voir dans le même sens : Louise SADOWSKY BROCK, « Overcoming Collective Action Problems : Enforcement of Worker Rights », (1997) 30 *U. Mich. J. L. Reform* 781, 785

²⁶³ Sur la complexité grandissante des conventions collectives et le nombre croissant des sujets qui y ont été inclus au fil des ans, voir : GAGNON, *supra*, note 8, 22; GROLEAU, *supra*, note 64, 85; THOMPSON, *supra*, note 259, 93; WEILER, *supra*, note 121, 49

²⁶⁴ BERNIER et CÔTÉ, *supra*, note 109, 12; Claude DUCHARME, « Commentaires », dans Rodrigue BLOUIN et al., *supra*, note 110, 65; LAPERRIÈRE, *supra*, note 201, 93; MORIN et BRIÈRE, *supra*, note 48, 132 (par. II-4); *Université McGill c. St-Georges*, [1999] R.J.D.T. 9 (C.A.), 29 : « ...la convention collective a été reconnue comme la loi des parties ; elle est placée au sommet de la hiérarchie normative des relations du travail. » (nos italiques) (j. Zerbisias, *ad hoc*, diss., non contredite sur ce point)

²⁶⁵ Donald D. CARTER, « The Duty to Accommodate : Its Growing Impact on the Grievance Arbitration Process », (1997) 52 *Relat. Ind.* 185, 186

consensus social ». ²⁶⁶ Les droits qu'elle consacrait profitaient à l'ensemble des salariés mais les obligations qu'elle comportait s'opposaient également à tous. Si récalcitrants soient-ils à endosser les concessions faites à la table des négociations, les salariés qui se retrouvaient en minorité n'avaient d'autre option que de vivre avec les choix de leurs collègues. ²⁶⁷

À une certaine époque, ce régime – toujours en vigueur aujourd'hui et qui infère ni plus ni moins que la communauté d'intérêts entre les travailleurs transcende leurs différences ²⁶⁸ – présentait des avantages indéniables. D'abord, « la négociation collective allait permettre le partage des gains de productivité, soit l'amélioration du niveau de vie des travailleuses et travailleurs par l'augmentation des salaires, la bonification des avantages sociaux et la réduction du temps de travail ». ²⁶⁹ Mais il y a plus :

Historiquement, la convention collective de travail a joué un rôle important dans l'élaboration et la mise en œuvre de diverses mesures de sécurité sociale pour le bien-être des travailleurs et des travailleuses. Pendant longtemps, c'est-à-dire jusqu'à la seconde guerre mondiale, la convention collective a, en quelque sorte, joué un rôle supplétif en cette matière, en l'absence de régimes publics. À cet égard, à l'instigation des syndicats, la convention collective a été le précurseur des régimes publics

²⁶⁶ LAPERRIÈRE, *supra*, note 147, 203

²⁶⁷ *Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec Inc. c. Bastien*, [1993] R.J.Q. 702 (C.A.), 707 : « [La convention collective] tire sa force obligatoire non de la volonté des parties et encore moins de la libre adhésion des salariés, mais de la loi... » (J. Rousseau-Houle)

²⁶⁸ FRIED, *supra*, note 124, 1035 : « Workers tend to have similar interests, and those interests tend to dominate their differences. » D'ailleurs, rappelons-le, l'octroi au syndicat d'une accréditation visant seulement un certain nombre de fonctions accomplies par une unité particulière de travailleurs a notamment pour but de sous-tendre leur intérêt collectif en minimisant les risques de conflits d'intérêts entre eux : Robert P. GAGNON, « La procédure d'accréditation », dans ÉCOLE DU BARREAU DU QUÉBEC, *Droit du travail*, Collection de droit 1999-2000, vol. 8, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1999, 97, 105-106; David OFFEN SIMON, « Union Liability under Title VII for Employer Discrimination », (1980) 68 *Geo. L.J.* 959, 964. Dans l'arrêt *Union des employés de service, local 298 c. Bibeault*, *supra*, note 203, 1100, le regretté juge Beetz souligne le caractère « prééminent » de ce critère de la « communauté d'intérêts des salariés ».

²⁶⁹ AUBRY, *supra*, note 11, 128

d'assurance-hospitalisation, d'assurance-santé, et des régimes de retraite ou d'invalidité.²⁷⁰

Ces régimes publics, ils vont toutefois proliférer à bon rythme par la suite. Au surplus, après la victoire des Alliés, les frontières nord-américaines s'ouvriront de nouveau à l'immigration.²⁷¹ Alors que le nombre des nouveaux arrivants au Canada ne cesse de croître pendant ces années d'après-guerre, on assiste à la fois à un renforcement fulgurant de l'individualisme²⁷² et du féminisme.²⁷³ La combinaison de ces divers phénomènes a sur le mouvement syndical une incidence dont on commence à peine à mesurer l'ampleur.

En effet, le marché du travail, berceau de son action, est un microcosme de la société en général.²⁷⁴ Aussi se diversifie-t-il, inexorablement, au rythme où celle-ci magnifie le

²⁷⁰ BERNIER et CÔTÉ, *supra*, note 109, 17

²⁷¹ FÉDÉRATION DES TRAVAILLEURS ET TRAVAILLEUSES DU QUÉBEC, *supra*, note 88, 8-9. À cet égard, il n'est pas sans intérêt de noter la tiédeur populaire face à l'ouverture des frontières. En janvier 1944, à la question « Croyez-vous qu'à la paix le Canada doive ouvrir ses portes, permettre à des immigrants de partout de s'établir chez lui, ou les repousser ? », seulement 13% de la population donnait son accord à la politique de la porte ouverte. 50% des gens étaient plutôt d'avis que le Canada devait choisir ses immigrants alors que 29% de la population marquait sa nette préférence pour une politique de fermeture complète des frontières. Fait à signaler, 56% des partisans de la porte fermée étaient d'origine française par opposition à 18% chez les répondants d'origine anglaise (Sondage de l'Institut canadien de l'opinion publique (Gallup) paru dans *La Presse*, Montréal, 26 janvier 1944, 6). Aujourd'hui, selon un sondage de la maison CROP, 51% des Québécois pensent encore que le Canada accepte trop d'immigrants : Luc Chartrand, « Trop d'Immigrants? », *L'actualité*, numéro spécial, janvier 2000, 155

²⁷² LEFEBVRE, *supra*, note 246. Voir également la doctrine citée, *supra*, note 2

²⁷³ Voir parmi bien d'autres : Sandra BURT, « Les questions féminines et le mouvement féministe au Canada depuis 1970 », dans Alan CAIRNS et Cynthia WILLIAMS (coord.), *Les dimensions politiques du sexe, de l'ethnie et de la langue au Canada*, vol. 34, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développements du Canada, Approvisionnements et services Canada, 1986, 125; DENIS, *supra*, note 134, 156-159; Andrée MICHEL, *Le féminisme*, coll. Que sais-je?, vol. 1782, Paris, Presses universitaires de France, 1979, 88 et suivantes

²⁷⁴ La Cour suprême du Canada l'assimile à une « micro démocratie » : *Robichaud c. Canada (Conseil du trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84, 95 (J. LaForest); *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, *supra*, note 58, 260 (J. Wilson). Voir au même effet : R. BALES, « Title I of the Americans With Disabilities Act : Conflicts Between Reasonable Accommodation and Collective Bargaining », (1992) 2 *Cornell J. L. & Pub. Pol'y* 161, 163 : « ...workplace relations are analogous to miniature political democracies... ». Michel PRADERIE, « Les inégalités dans l'entreprise », dans Joëlle AFFICHARD et Jean-Baptiste de FOUCAULD (dir.), *Justice sociale et inégalités*, Série

pluralisme. La composition socio-démographique de l'hémisphère nord de l'Amérique se transforme ainsi radicalement dans la seconde partie du XX^e siècle.²⁷⁵

Alors que, sous la pression soutenue des groupes féministes surtout²⁷⁶, les femmes peuvent enfin fouler le pont-levis menant à la forteresse de l'emploi pour en enfoncer la porte, les mouvances migratoires emportent simultanément avec elles des cultures, des conceptions et des convictions jusque-là étrangères au syndiqué traditionnel pour qui le wagnérisme était conçu sur mesure.²⁷⁷ L'intégration progressive de ces nouvelles constituantes de la main-d'œuvre au marché du travail est en train d'en modifier irrémédiablement la configuration.

Que la convention collective négociée par le détenteur d'un monopole défende d'abord les intérêts de ceux qui le lui ont procuré, c'est un travers syndical que cautionne tacitement le wagnérisme.²⁷⁸ Confinées dès le départ au rang de salariés négligeables

Société. Paris, Esprit, 1992, 94, rappelle avec justesse cependant: « Mais une entreprise est aussi un monde clos, qu'il s'agisse de salaires ou de relations sociales dans le sens large, ou qu'il s'agisse de conditions de travail. Dans ce monde clos, les inégalités [...] s'apprécient comme dans un microcosme à l'intérieur d'un territoire bien défini, à l'intérieur d'une population bien définie, et sans que ce qui se passe à l'extérieur de la société interfère beaucoup. » C'est entre autre pourquoi MORIN et BRIÈRE, *supra*, note 48, 293 (par. II-114) nous mettent en garde contre « les dangers de pousser trop loin l'analogie avec le modèle politique, car une entreprise n'est pas un royaume, ni une société politique, ni même un mini-État. »

²⁷⁵ CREVER, *supra*, note 14, 17 et 25; Martin H. MALIN et Lamont E. STALLWORTH, « Grievance Arbitration: Accommodating an Increasingly Diversified Workforce », (1991) 42 *Lab. L.J.* 551. Pour un aperçu de la situation au Canada, voir: KALBACH, *supra*, note 11. Pour un constat au même effet sur la situation américaine cette fois, voir: Bruce FRASER, « A New Diversity in the Workplace – the Challenge to Arbitration », dans Gladys W. GRUENBERG (dir.), *Arbitration 1991: The Changing Face of Arbitration in Theory and Practice*, Proceedings of the 44th annual meeting, National Academy of Arbitrators, Washington D.C., Bureau of National Affairs Inc., 1991, 143-147

²⁷⁶ CRAIN, *supra*, note 95, 1167. Largement dominés par les hommes, les syndicats ont mis du temps à défendre les droits des femmes et bien des changements souhaités par elles tardent toujours à venir: CONSEIL CONSULTATIF CANADIEN SUR LE STATUT DE LA FEMME, *Participation et intégration: les femmes, le travail et l'argent*, Ottawa, Conseil consultatif canadien sur le statut de la femme, 1987, 107-124; CREESE, *supra*, note 84 (*passim*); FORREST, *supra*, note 93 (*passim*); FUDGE et GLASBEEK, *supra*, note 49, 377-378; LESTER, *supra*, note 84, 1205; WILCOTT, *supra*, note 93, 92

²⁷⁷ PUPO, *supra*, note 89, 306: « ...[unions] have operated historically using definitions of membership and conceptions of the workplace derived from traditional male-dominated settings. »

en raison de leur présence pour le moins discrète sur les lieux de travail, femmes et minorités n'ont pas tardé à faire le constat de la « solidarité artificielle ».²⁷⁹

À partir des années cinquante, elles se regroupent de plus en plus au sein de diverses associations²⁸⁰ constituées pour la défense de leurs intérêts propres. Pensons aux groupes d'intérêts²⁸¹ qui foisonnent dans nos sociétés modernes²⁸² (associations de défense des droits des femmes, des minorités culturelles, des personnes handicapées, des gais et lesbiennes...)²⁸³, dont la sphère d'action excède le seul milieu du travail²⁸⁴ et

²⁷⁸ SWINTON, *supra*, note 214, 704: « ...[collective bargaining agreements] tend to reflect the interests of the majority in the bargaining unit and, thus, may not always be sensitive to the needs of groups which are less well represented in the workplace. »

²⁷⁹ BENTHAM, *supra*, note 118, 1-2; CRAIN, *supra*, note 95, 1169, va plus loin en parlant d'une « ...unions'continued willingness to serve the needs of the white male majority and to sacrifice those of women and other marginalized groups ». Voir dans le même sens : CREVER, *supra*, note 14, 17; MCUSIC et SELMI, *supra*, note 85, 1341 et 1348-1349; Pascal NOBLET, « Égalité et discrimination positive : le cas de la France et des États-Unis », *Revue française des affaires sociales*, vol. 52, n° 4, Octobre-Décembre 1998, 131, 132: « ...le mouvement syndical, qui aurait pu se positionner comme porteur d'un modèle alternatif d'égalité fondé sur l'égalité des conditions, est, quant à lui, souvent apparu sur le terrain comme le pire obstacle à la prise en compte des demandes exprimées par le mouvement pour les droits civiques et le mouvement des femmes. » Incidemment, le phénomène est aussi observable en Angleterre: WRENCH, *supra*, note 94, 162-164

²⁸⁰ Guy BOURASSA, « Les groupes d'intérêt aux États-Unis », dans ORBAN et FORTMANN, *supra*, note 154, 113; Claire-Émmanuelle LONGUET, « Les lobbies : instruments de la démocratie au Congrès? », dans Marie-France TOINET (dir.), *Et la Constitution créa l'Amérique*, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 1988, 239-249; Roger LEVASSEUR (avec la collaboration de Raymond BOULANGER), « La dynamique des associations au Québec : démographie et morphologie, 1942-1981 », dans Marie-Marthe T. BRAULT et Lise SAINT-JEAN (dir.), *Entraide et associations*, coll. Questions de culture (no 16), Québec, Institut québécois de recherche sur la culture, 1990, chap. 7, 153-179

²⁸¹ Sur l'émergence de ces groupes dans nos sociétés modernes, voir: John G. KELLY, *Human Resource Management and the Charter*, Don Mills (Ont.), CCH Canadian Ltd, 1990, 10-12 (par. 125); NOËL, *supra*, note 93, 233, note avec clairvoyance: « ...il est devenu fréquent, dans les milieux journalistiques, de définir l'action des communautés minoritaires comme étant celle de « groupes de pression », ce qui a pour effet de ravalier les opprimés au même rang que n'importe quel lobby (celui des fabricants d'armes à feu, par exemple). De cette façon on laisse entendre que les mouvements d'émancipation défendent plutôt des intérêts particuliers que le principe de l'égalité des identités. »

²⁸² C'est ce que BURDEAU, *supra*, note 11, 43-44 et 115-119, appelle « les pouvoirs de fait »

²⁸³ ADELL, *supra*, note 118, 461; BOURASSA, *supra*, note 280, 117, observe avec justesse que « l'origine raciale est un facteur de rassemblement beaucoup plus puissant qu'une situation économique particulière... »

²⁸⁴ WRENCH, *supra*, note 94, 166: « Early attempts to form work-based groups were frustrated within the factory walls and so black workers had to establish themselves outside – this was one reason

qui empruntent les voies politique et judiciaire²⁸⁵ plutôt que celle de la négociation collective.²⁸⁶

C'est la naissance d'un « nouveau collectivisme »²⁸⁷, annonciateur d'une « fragmentation identitaire »²⁸⁸, par lequel le syndicat se voit montrer la voie d'évitement par certaines personnes²⁸⁹ qui le jugent incapable de les élever à un niveau d'égalité correspondant à leurs aspirations profondes²⁹⁰:

Les revendications des citoyens (il faudrait plutôt parler de groupes de pression) se feraient de plus en plus au nom de leur spécificité. [...] C'est en tant que travailleurs, Noirs, femmes, membres d'une minorité sexuelle, linguistique que l'on revendique des droits et que l'on exige des interventions particulières. Ces catégories, on le sait, sont elles-mêmes contestées parce qu'elles seraient trop englobantes. À la catégorie travailleur se substituerait la catégorie travailleur blanc, travailleur noir, travailleur en région périphérique... À la catégorie femme se substituerait celle de femme-noire-lesbienne [...] jusqu'à la fragmentation infinie.²⁹¹

why black organisations developed as more 'community-based' rather than simply work-based groups. »

²⁸⁵ BICH (1994), *supra*, note 112, 82; SIMS, *supra*, note 164, 23; THUOT, *supra*, note 247, 178

²⁸⁶ IGLESIAS, *supra*, note 238, 499. considère que le monopole de représentation syndical a été un obstacle à la création d'arrangements susceptibles de favoriser une participation accrue des minorités. Selon elle, les groupes féministes et les groupes de défense des droits et libertés sont réfractaires à investir leurs énergies et leurs ressources dans des milieux de travail où le pouvoir est généralement concentré dans les mains d'une élite masculine blanche qui est, au mieux, peu sensible à leurs préoccupations et, au pire, hostile à leurs revendications.

²⁸⁷ ADELL, *supra*, note 118, 461

²⁸⁸ SCHECTER, *supra*, note 30, 191, parle même d'une « explosion » menaçante pour la démocratie en ce qu'elle ferait place « à une société du droit à la différence [...] proche de l'ingouvernable. »

²⁸⁹ GAGNON, *supra*, note 8, 73

²⁹⁰ MURRAY et VERGE, *supra*, note 30, 17: « Émergent des groupements établis en fonction de nouvelles identités : féminisme, écologie, affirmations ethniques, etc. Ces groupements, tant par leur existence que par le rôle qu'ils aspirent à jouer, contestent l'exclusivité du rôle syndical de représentation fonctionnelle du salarié-citoyen. » Voir dans le même sens: Fernand MORIN, « La négociation collective selon le modèle de 1944 est-elle périmée ? », dans Colette BERNIER et al. (dir.), *La négociation collective du travail : adaptation ou disparition ?*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, 13, 19-20

Par le truchement de ces groupes de pression, femmes et minorités revendiquent d'être traitées en pleine égalité et accentuent les pressions politiques contre les gouvernements afin d'obtenir d'eux une meilleure protection de leurs droits fondamentaux.²⁹²

Le mouvement syndical a une réaction plutôt ambivalente face à ces demandes de réformes. D'une part, allié naturel des travailleurs, il peut difficilement marquer son opposition sans qu'on le taxe, du coup, de manquer de solidarité et de protéger sa chasse gardée. Au surplus, il sait que l'acquisition, par les employés, d'une protection accrue de leurs droits au moyen de la législation l'assure d'une assise solide pour exiger encore davantage lors des négociations avec l'employeur. D'autre part, il craint que la loi ne vienne supplanter, à plus ou moins long terme, la négociation collective comme moyen de prédilection des salariés pour arracher aux employeurs des conditions de travail plus justes et raisonnables.²⁹³ En clair, certains syndicalistes ne sont pas très enthousiastes à l'idée de partager, sinon de perdre, leur monopole.²⁹⁴

Mais devant la force du mouvement actionné par les groupes d'intérêts, les élus ne peuvent plus bêtement et simplement renvoyer les revendicateurs de changements à la table des négociations patronales-syndicales.

Au surplus, les employeurs qui, à tort ou à raison, ne sont pas exactement renommés pour leur altruisme ou leur souplesse lors des négociations, ne font pas d'efforts

²⁹¹ THÉRIAULT, *supra*, note 3, 62-63. Nicole OLLIVIER, « Individualisme et mouvements sociaux », (1990) 3 *Nouvelles pratiques sociales* (n° 3) 53, 56, note que « ...c'est sous la forme de collectifs aux intérêts hyperspécialisés qu'on se regroupe. »

²⁹² R. Brian HOWE et David JOHNSON, « Variations in Enforcing Equality : A Study of Provincial Human Rights Funding », (1995) 38 *Adm. Pub. Can.* 242, 253

²⁹³ LAPERRIÈRE, *supra*, note 147, 193; Robert W. PRITCHARD, « Avoiding the Inevitable: Resolving the Conflicts Between the ADA and the NLRA », (1995) 11 *Lab. Law.* 375, 385: «...excessive federal regulation has the potential to weaken the unions' bargaining power. »

²⁹⁴ Il semble que la résistance était particulièrement notable chez les syndicats américains: RIOUX, note 58, 159 et 161

sensibles pour changer cette réputation marquée au coin de l'intransigeance. Les syndicats, qui ont leurs entrées chez la classe politique, trouvent parfois en elle un interlocuteur nettement plus magnanime. Ils intensifient aussi le démarchage auprès des élus pour faire avancer la cause des travailleurs par l'édiction de nouvelles mesures législatives plutôt que par la négociation collective.²⁹⁵

Un ensemble de lois destinées à améliorer les conditions des travailleurs sont alors votées, aux États-Unis²⁹⁶ comme au Canada :

Le mouvement des droits civils de même que le mouvement féministe, ont utilisé l'action politique et de plus en plus l'action juridique (sic) pour arriver à l'équité sociale. L'objectif de changement social s'est éloigné du lieu de travail. L'organisation ouvrière a été impliquée dans ces mouvements, mais elle n'en a pas été le moteur principal.²⁹⁷

Combinée à l'action des groupes d'intérêts, cette implication syndicale donnera des résultats tangibles. L'histoire nous révèle ainsi que les syndicats ont joué un rôle non négligeable dans l'élaboration de maintes lois sociales²⁹⁸ et notamment des mesures législatives destinées à protéger les droits et libertés fondamentaux de la personne.²⁹⁹ Ils

²⁹⁵ Bernard ADELL, « The Rights of Disabled Workers at Arbitration and Under Human Rights Legislation », (1991) 1 *Lab. Arb. Y.B.* 167, 174 : NAJEM, *supra*, note 13, 20; SIMS, *supra*, note 164, 23

²⁹⁶ MCUSIC et SELMI, *supra*, note 85, 1349-1351

²⁹⁷ SIMS, *supra*, note 164, 23. Voir dans le même sens : Jacques BOUCHER et Louis FAVREAU, « Les identités à la CSN : d'une vision d'avant-garde à une position de solidarités plurielles », dans Jacques HAMEL et J. Yvon THÉRIAULT (dir.), *Les identités*, Actes du colloque de l'ACSALF 1992, Laval, Éd. du Méridien, 1994, 357, 371 : « Le mouvement syndical est devenu un mouvement parmi d'autres et il ne peut plus porter les luttes et les enjeux du travail sans tenir compte des nouveaux enjeux qui concernent les rapports sociaux en dehors du travail, mais qui ont en même temps des incidences sur celui-ci. Il est appelé à développer des solidarités aux multiples visages... »; LICHTENSTEIN, *supra*, note 152, 145; RIOUX, *supra*, note 58, 161; STRAUSS, *supra*, note 13, 344

²⁹⁸ FÉDÉRATION DES TRAVAILLEURS ET TRAVAILLEUSES DU QUÉBEC, *supra*, note 88, 32; ROUILLARD (1993), *supra*, note 4, 297

²⁹⁹ Paul BURSTEIN, *Discrimination, Jobs, and the Politics*, Chicago, University of Chicago Press, 1985, 105; CONGRÈS DU TRAVAIL DU CANADA, *supra*, note 80, par. 12; CREVER, *supra*, note 4, 32; Hélène DAVID, *Femmes et emploi : le défi de l'égalité*, Sillery, Presses de l'Université du Québec,

sont devenus au cours des années un acteur socio-politique puissant³⁰⁰, presque incontournable, et plusieurs des réformes qu'ils ont successivement revendiquées, appuyées puis défendues ont profité – et profitent toujours au demeurant – à l'ensemble des citoyens.

Les lois portant sur la discrimination dans l'emploi³⁰¹, l'équité salariale³⁰², les normes minimales du travail³⁰³, la santé et la sécurité au travail³⁰⁴, la formation de la main-d'œuvre³⁰⁵, l'assurance-emploi³⁰⁶ ou les régimes de retraite³⁰⁷ viennent spontanément à l'esprit.³⁰⁸ À la lumière de ces faits, dépeindre le mouvement syndical uniquement

1986, 374; FILION, *supra*, note 97, 91-93; GENGE, *supra*, note 105, 162; Ann C. HODGES, « The Americans with Disabilities Act in the Unionized Workplace », (1994) 48 *U. Miami L. Rev.* 567-568; HOWE, *supra*, note 32, 465; R.Brian HOWE et Malcolm J. ANDRADE, « The Reputation of Human Rights Commissions in Canada », (1994) 9 *CJLS RCDS* 1, 3-5; KOHLER, *supra*, note 6, 288; KUMAR, *supra*, note 4, 157-161; Louis LABERGE, « Table ronde – Les Chartes impliquent-elles un réalignement des politiques syndicales et patronales ? », dans BLOUIN et al., *supra*, note 110, 268; MACNEIL, LYNK et ENGELMANN, *supra*, note 236, 11-1 (par. 11.20); NAJEM, *supra*, note 13, 20; OFFEN SIMON, *supra*, note 268, 959; PYNES, *supra*, note 7, 32-33; RIOUX, *supra*, note 58, 161; WARSKETT, *supra*, note 50, 589

³⁰⁰ ARTHURS, *supra*, note 109, 807; Donald D. CARTER, « Canadian Labour Relations under the Charter », (1988) 43 *Relat. Ind.* 305, 307; GAGNON, *supra*, note 8, 77; GAGNON, *supra*, note 9, 141; MURRAY et VERGE, *supra*, note 251, 428 et 450; VENNAT, *supra*, note 3, 22; ZWARTS, *supra*, note 238, 62. La Cour suprême du Canada a unanimement reconnu la légitimité, voire la nécessité, pour les syndicats, de se livrer à des activités politiques et sociales pour promouvoir consciencieusement les intérêts des travailleurs: *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, *supra*, note 58, 289 et 291 (j. Wilson), 333 (j. LaForest) et 350 (j. McLachlin). Voir dans le même sens: David WRIGHT, « Unions and Political Action: Labour Law, Union Purposes and Democracy », (1998) 24 *Queen's L.J.* 1

³⁰¹ *Loi sur la discrimination dans l'emploi*, S.Q. 1964, c. 142

³⁰² *Loi sur l'équité salariale*, L.Q. 1996, c. 43 ; *Loi sur l'équité en matière d'emploi*, L.C. 1995, c. 44

³⁰³ *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1

³⁰⁴ *Loi sur les accidents du travail et la maladies professionnelles*, L.R.Q., c. A-3.001; *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.R.Q. c. S-2.1

³⁰⁵ *Loi favorisant le développement de la formation de la main-d'œuvre*, L.R.Q., c. D-7.1

³⁰⁶ *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, c. 23

³⁰⁷ Voir par exemple : *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics*, L.R.Q., c. R-10 ; *Loi sur le régime de retraite des enseignants*, L.R.Q., c. R-11 ; *Loi sur le régime de retraite des fonctionnaires*, L.R.Q., c. R-12 ; *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, L.R.Q., c. R-15.1 ; *Loi sur les régimes supplémentaires de rentes*, L.R.Q., c. R-17

comme un défenseur de la seule majorité apparaît pour le moins réducteur³⁰⁹ ; il a aussi contribué à réduire les inégalités entre certains groupes.³¹⁰

Cela dit, si plusieurs voient dans ces lois « des victoires importantes et des restrictions dans les droits du patronat de gérer une entreprise à sa guise »³¹¹, on ne s'accorde pas sur les effets de cette prolifération de normes étatiques sur les associations syndicales.³¹²

Alors que certains prétendent que l'adoption de plusieurs lois garantissant divers droits individuels aux employés a contribué à l'affaiblissement du mouvement³¹³ par la réduction de son champ d'action³¹⁴ et l'érosion conséquente des valeurs collectives

³⁰⁸ Pour une nomenclature des principales lois américaines, dites « sociales », qui se sont ajoutées à la *National Labor Relations Act* pour régir les conditions de travail, voir: Richard BALES, « The Discord Between Collective Bargaining and Individual Employment Rights : Theoretical Origins and a Proposed Solution », (1997) 77 *B.U. L. Rev.* 687, 697-699; Roberto L. CORRADA, « Religious Accommodation and the National Labor Relations Act », (1996) 17 *Berkeley J. Emp. & Lab. L.* 185, 235; CREVER, *supra*, note 4, 32; KAMENIR-FRANKEL, *supra*, note 142, 263; PRITCHARD, *supra*, note 293, 385; SUMMERS, *supra*, note 149, 11-12; WEILER, *supra*, note 48, 55

³⁰⁹ En outre, on ne peut passer sous silence le fait que les acquis syndicaux peuvent avoir un effet d'entraînement positif, par émulation pourrait-on dire, sur les conditions de travail de l'ensemble des travailleurs: CREVER, *id.*, 6; CREVER, *supra*, note 14, 20; EDWARDS, *supra*, note 47, 79-81; Richard B. FREEMAN et James L. MEDOFF, *Pourquoi les syndicats ? Une réponse américaine*, Paris, Economica, 1987, 151-161; Monique SIMARD, « Commentaires », dans BLOUIN et al., *supra*, note 110, 125

³¹⁰ William W. BLACK, *Employment Equality : A Systemic Approach*, Ottawa, Centre de recherche et d'enseignement sur les droits de la personne, Université d'Ottawa, novembre 1985, 13; MCUSIC et SELMI, *supra*, note 85, 1360

³¹¹ VENNAT, *supra*, note 3, 38

³¹² NAJEM, *supra*, note 13, 20, fait état de la controverse en rappelant les positions de quelques auteurs québécois.

³¹³ CARTER, *supra*, note 265, 187; ESTREICHER, *supra*, note 36, 8 et 22; FONTAINE, *supra*, note 54, 22 et 24 (citant Me Gérard Rochon, procureur patronal); STRAUSS, *supra*, note 13, 334

³¹⁴ GALENSON, *supra*, note 13, 30; NASH, *supra*, note 34, 603; SIMS, *supra*, note 164, 23-24. KOHLER, *supra*, note 6, 301, observe que la hausse des interventions étatiques coïncide avec le déclin de popularité de la négociation collective. Elaine BERNARD, « L'administration Clinton et la réforme du droit du travail », dans AUDET et al., *supra*, note 21, 152, voit dans cette inflation législative le fondement d'«une tendance de plus en plus marquée à utiliser les voies juridiques au détriment de la négociation collective comme moyen de promotion des droits des salariés au travail.»

qu'il promeut³¹⁵, d'autres voient plutôt dans ces lois une protection complémentaire³¹⁶ ou minimale³¹⁷ qui pourrait être compromise sans une nécessaire vigilance syndicale.³¹⁸

D'aucuns jugent que la multiplication des lois particulières témoigne, à sa manière, de la faillite du régime de négociation collective instauré par les codes du travail pour satisfaire les besoins des travailleurs.³¹⁹ D'autres estiment au contraire que ces diverses interventions législatives ne constituent pas tant une répudiation de la négociation collective qu'une reconnaissance de ses limites.³²⁰

Une chose est sûre, à la lumière des nouvelles réalités du marché de l'emploi, ces limites, elles sont bien réelles. Malgré les efforts soutenus des centrales syndicales³²¹, un nombre important de travailleurs ne sont toujours pas syndiqués et plusieurs ne peuvent tout simplement pas l'être en raison de la nature ou encore de la précarité de leur statut d'emploi.³²² Au surplus, la convention collective, si utile soit-elle, ne peut

³¹⁵ Donald D. CARTER, *Canadian Labour Law in the 1990s: The Growing Influence of Human Rights Requirements*, Current Issues Series, Kingston, Industrial Relations Centre, Queen's University, 1997, 1 et 15

³¹⁶ MOREAU et TRUDEAU, *supra*, note 163, 375-376

³¹⁷ WILCOTT, *supra*, note 93, 95

³¹⁸ André C. CÔTÉ, « L'impact des normes sur les rapports collectifs du travail », dans Michel BROSSARD (dir.), *Normes du travail: Impacts sur la gestion des ressources humaines et les rapports collectifs du travail*, n° 15, Montréal, École de relations industrielles de l'Université de Montréal, 1985, 267; CREVER, *supra*, note 4, 8 et 70; CREVER, *supra*, note 14, 32; GAGNON, *supra*, note 8, 84; VAN WEZEL STONE, *supra*, note 110, 638: «Any improvements in protections for individual employees that occur without the presence of a strong union movement are vulnerable and transitory.»

³¹⁹ BALES, *supra*, note 274, 164; BALES, *supra*, note 308, 688; NASH, *supra*, note 34, 602; VAN WEZEL STONE, *id.*, 593: «...the emerging regime of individual employee rights represents not a complement to or an embellishment of the regime of collective rights, but rather its replacement.»

³²⁰ Robert J. RABIN, « The Role of Unions in the Rights-Based Workplace », (1991) 25 *U.S.F. L. Rev.* 169, 171

³²¹ BALES, *supra*, note 308, 697; FONTAINE, *supra*, note 54, 28-29; Mike KING, « Look Who has a Union Card », *The Gazette*, Montréal, 7 février 1997, A-5; KUMAR, *supra*, note 4, 159-160; MCUSIC et SELMI, *supra*, note 85, 1373 (note 133); RIOUX, *supra*, note 48, 54

³²² GAGNON, *supra*, note 8, 34; Louise JACQUES, « Réinventer le syndicalisme », *Le Devoir*, Montréal, 29 avril 1995, E-8

répondre adéquatement à tous les besoins de la totalité des salariés. Enfin, certains problèmes sont d'une nature telle que leur solution juridique commande forcément une intervention dont la portée doit outrepasser l'entreprise.³²³

Ces lacunes du wagnérisme, il n'est pas de domaine où elles se font plus criantes qu'en matière de discrimination. Lorsqu'elles ne sont pas sans travail, les personnes traditionnellement victimes de discrimination occupent, en majorité, les emplois les plus précaires. Partant, la protection syndicale leur fait souvent défaut. Pour les autres qui parviennent à obtenir un poste permanent, elles forment presque invariablement une « minorité » – soit sur le plan numérique, soit sur le plan du pouvoir³²⁴ – dans l'entreprise et dans le syndicat qui y est accrédité, le cas échéant. L'intérêt de la majorité étant inéluctable dans la détermination des stratégies et choix syndicaux, la marginalisation les guettent encore.³²⁵

Qu'il y ait là un terreau favorable à l'éclosion de pratiques discriminatoires de la part des syndicats et des collègues formant la majorité, c'est une affaire entendue.³²⁶ Matière d'ordre public³²⁷ s'il en est une, la discrimination allait donc graduellement trouver place dans les préoccupations des décideurs:

³²³ RABIN, *supra*, note 320, 193-195

³²⁴ CARIGNAN, *supra*, note 112, 28: « ...il ne suffit pas, pour qu'un groupement forme une minorité, qu'il soit en situation d'infériorité numérique. Des facteurs démographiques, historiques, sociologiques ou idéologiques entrent en ligne de compte. » La Cour suprême du Canada n'assimile-t-elle pas à une « minorité discrète et isolée » ces personnes qui sont « défavorisées sur les plans social, politique ou juridique » : *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, 1332-1333 (j. Wilson); *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, 994 (j. Lamer)

³²⁵ Ces constats que ADELL, *supra*, note 295, 174-175, dresse au sujet des personnes handicapées nous paraissent pleinement applicables à toutes les catégories de personnes qui présentent une caractéristique individuelle visée par les lois sur les droits de la personne. Toutefois, leur application à la situation des femmes qui oeuvrent dans certains milieux de travail à majorité féminine appelleraient peut-être plus de nuances.

³²⁶ *Dickason c. Université de l'Alberta*, *supra*, note 210, 1131 (j. Cory)

³²⁷ *Ateliers d'ingénierie Dominion Ltée c. Commission des droits de la personne du Québec*, (1980) R.P. 209 (C.A. Qué.), 216 (j. Jacques); *Union des employés de commerce, local 503 (C.T.C., F.T.Q.) c. W.E. Bégin Inc.*, J.E. 84-65 (C.A. Qué.), 6-7 (j. Turgeon) et 1 (j. Tyndale) (autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée : [1984] 1 R.C.S. v); *The Gazette c. Parent*, (1991) R.L. 625

[La législation sur les droits de la personne] a été rendue nécessaire parce que les marchés du travail et leurs institutions se sont révélés incapables ou inefficaces, dans un contexte antérieur libre d'intervention gouvernementale, pour éliminer le problème de la discrimination au travail.

L'action syndicale ne peut non plus, à elle seule, régler le problème global de la discrimination. En effet, même si les écarts salariaux sont moindres en milieu syndiqué, on doit constater que les syndicats peuvent difficilement s'attaquer aux sources multiples de la discrimination. Cela vient en partie des caractéristiques de notre système de relations du travail, lequel restreint le syndicat à une intervention nécessairement limitée à l'unité d'accréditation tandis que la discrimination au travail déborde le cadre étroit de l'unité d'accréditation et même de l'entreprise pour trouver ses racines dans les attitudes et les préjugés véhiculés par la société. Les syndicats sont également limités dans leur action par les conflits internes que risque de susciter la mise de l'avant de certaines mesures de lutte à la discrimination...³²⁸

Ce sont d'abord les tribunaux qui interviendront les premiers en faveur des salariés exposés à la discrimination syndicale. Sans s'attaquer aux fondements mêmes du régime des rapports collectifs de travail, les juges se feront enchanteurs pour y dénicher une obligation de représentation juste et équitable opposable aux syndicats.

Après avoir codifié par la suite les principes ainsi dégagés par la jurisprudence, les législateurs leur superposeront par la suite de nouvelles règles, plus contraignantes

(C.A. Qué.), 637 (j. Rothman) (autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée: [1991] 3 R.C.S. x); *Newfoundland Association of Public Employees c. Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre)*, [1996] 2 R.C.S. 3, 13-16 (j. Major, par. 17 à 26); *Béliveau-St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345, 371 (j. L'Heureux-Dubé, diss., par. 42); *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, 251 (j. L'Heureux-Dubé, par. 91)

³²⁸ Esther DÉOM, « La lutte à la discrimination dans le cadre de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec », dans BLOUIN (dir.), *supra*, note 193, 969

pourrait-on dire³²⁹, visant notamment à faire de l'égalité une réalité des milieux de travail syndiqués.³³⁰ Empruntant une démarche comparative, notre titre premier est tout entier consacré à la nature des responsabilités qui incombent aux syndicats sous ce rapport.

³²⁹ CARTER, *supra*, note 315, 1, décrit bien la portée réelle de ces règles nouvelles: « Women, religious minorities, older workers, gays and lesbians, and the disabled now possess a complete set of legal tools to challenge the established workplace order. » (nos italiques)

³³⁰ BURSTEIN, *supra*, note 299, 37 et 128, dit de ces règles qu'elles sont, en quelque sorte, un prolongement du *New Deal* (« ...long-delayed New Deal legislation... »)

TITRE I

L'ATTEINTE DE L'ÉGALITÉ PAR LA RECONNAISSANCE DU DROIT À LA NON-DISCRIMINATION DANS LES RAPPORTS COLLECTIFS DE TRAVAIL

Alors que les pays peuvent relativement contrôler le nombre des personnes qui accèdent à leur territoire, la libre circulation des idées, elle, échappe généralement à toute mesure restrictive. De fait, outre ses limites génétiques, l'esprit humain n'a que ses préjugés pour toute frontière. À la manière des intempéries, les courants de pensée se moquent bien des contrôles frontaliers. L'implantation du *wagnérisme* chez nous en fournit un exemple révélateur.

Cela étant, on aura beau s'évertuer à défendre la spécificité indéniable de notre régime juridique des rapports collectifs de travail au regard du droit américain³³¹, la comparaison fera toujours ressortir, dans l'état actuel des choses, plus de similitudes que de dissemblances entre eux.³³²

Sans vouloir nier l'originalité de certaines de ses composantes³³³, le régime en vigueur ici plonge en effet ses racines tout droit chez nos voisins du Sud³³⁴:

³³¹ WEILER, *supra*, note 121, 56: « Les perfectionnements apportés aux notions du *Wagner Act* et aux pratiques administratives par les diverses juridictions canadiennes, ont entraîné une évolution tout à fait différente au Canada et aux États-Unis en ce qui a trait au pourcentage de syndiqués, au nombre des pratiques déloyales imputables au patronat pendant les campagnes syndicales et, enfin, aux négociations relatives à la première convention collective ». Avec raison, GAGNON, *supra*, note 8, invite à prendre garde aux analyses comparatives Canada-États-Unis qui ont souvent, juge-t-elle à la page 105, « le défaut de postuler implicitement que l'on a affaire à deux pays relativement homogènes [...] ce qui n'est naturellement pas le cas. »

³³² MOREAU et TRUDEAU, *supra*, note 163, 376, parlent d'« un haut degré de similitude »

³³³ KUMAR, *supra*, note 4, s'est attardé à en faire ressortir plusieurs. Ajoutons, à titre d'exemples additionnels, la conciliation – obligatoire ailleurs au Canada (ARTHURS, *supra*, note 35, 34) mais facultative au Québec (art. 54 du *Code du travail*; *Syndicat des travailleuses et travailleurs de Hilton Québec (C.S.N.) c. U.M.R.C.Q. Inc.*, [1992] R.J.Q. 1190 (C.A.), 1201-1202 (J. LeBel)) et l'extension par décrets des conventions collectives, « institution québécoise, unique en Amérique du Nord » : TRUDEAU et VEILLEUX, *supra*, note 19, 29 ; Yves SAINT-ANDRÉ, « Les décrets de convention collective : récents développements, bilans et perspectives », dans BARREAU DU QUÉBEC, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit du travail (1995)*, vol. 65, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1995, 73. Jean-Louis DUBÉ, *Décrets et comités paritaires*, Sherbrooke, Les Éditions Revue de droit Université de Sherbrooke, 1990, 16, rappelle

L'évolution du droit dans des cultures distinctes, dont les traditions politiques, historiques et sociales diffèrent, peut ne pas être facilement transposée dans le contexte canadien. En effet, surtout en matière de droit du travail, l'on a observé que chaque pays a sa propre façon de réglementer les relations de travail.

[...]

Parmi les pays [libres et démocratiques], seuls les États-Unis ont adopté un régime de négociation collective semblable au nôtre. En effet, les relations collectives du travail au Canada s'inspirent en grande partie du modèle législatif américain. Par voie de conséquence, si tant est qu'il y ait lieu de faire une comparaison avec les systèmes étrangers, le seul qu'il soit raisonnable et prudent d'étudier est celui des États-Unis.³³⁵

Cette influence des États-Unis s'insinue en bien d'autres domaines ciblés par nos législateurs. Ainsi en est-il de la protection contre la discrimination dans l'emploi.³³⁶ Dix fois plus peuplée que le Canada et formée d'immigrants aux origines les plus diverses, la nation américaine a pavé la voie à la consécration législative du « principe de tolérance ».³³⁷ Elle en a fait une valeur cardinale, dans les milieux de travail notamment, en exigeant de ceux qui y oeuvrent – employeurs, salariés et syndicats – qu'ils en imprègnent leur conduite.

cependant que les États-Unis ont déjà eu « une législation s'approchant de la technique de l'extension juridique de conventions collectives. »

³³⁴ ARTHURS, *id.*, 35-36; LAPERRIÈRE, *supra*, note 49, 173; Michael LYNK, « A Hardy Transplant: The Duty to Accommodate and Disability Rights in Canadian Labour Law », (1998) 49 *Lab. L.J.* 962: « The American labour law experience has fundamentally shaped the birth and growth of its Canadian progeny. »; PAQUET, *supra*, note 40, 87; TRUDEAU (1989), *supra*, note 60, affirme, à la page 132, que le droit du travail américain « a été importé chez nous » et que, « [d]epuis, le droit du travail québécois a évolué de façon autonome pour refléter des valeurs propres à la société américaine. »

³³⁵ *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, *supra*, note 58, 298 et 299 (J. Wilson)

³³⁶ DAVID, *supra*, note 299, 185; DÉOM, *supra*, note 328, 968 (note 5)

³³⁷ L'expression est tirée de Denis LACORNE, *La crise de l'identité américaine: du melting-pot au multiculturalisme*, Paris, Fayard, 1997, 283

En édictant tour à tour des lois sur les droits de la personne puis, ultimement, une charte des droits et libertés à valeur constitutionnelle, le Parlement canadien et les Législatures provinciales ont eux aussi élevé l'égalité au rang des valeurs prépondérantes. Il convient de mesurer l'impact de ces interventions sur le mouvement syndical.

Chapitre I – Le droit à la non-discrimination au travail et les devoirs du syndicat

Quand viendra l'heure de faire le bilan du second millénaire, on devra fort regrettablement se résigner à faire le constat que nos sociétés y furent encore profondément inégalitaires, particulièrement sur le plan du travail.³³⁸ Si l'interpénétration progressive des classes sociales a rendu sinon caduc du moins très complexe³³⁹ le classement des personnes en fonction de leur appartenance à l'une ou l'autre classe³⁴⁰, le pouvoir n'en est pas pour autant mieux partagé entre elles.³⁴¹ Il reste encore concentré entre les mains d'individus dont le nombre, semble-t-il, ne cesse de décroître.³⁴²

Cela étant, l'analyse resterait inachevée et imbuë de malhonnêteté intellectuelle si elle tendait à nier l'évolution qu'a connue le concept d'égalité au cours de la même période. Pour tout dire, c'est même une véritable *révolution* qui caractérise le XX^e siècle sous ce rapport. Il importe à ce stade d'en rendre brièvement compte.

³³⁸ LAPERRIÈRE, *supra*, note 201, 94

³³⁹ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *La condition sociale comme critère de discrimination* (rédaction : Alberte Ledoyen), Montréal, 28 janvier 1994, 7 et suivantes

³⁴⁰ SCHECTER, *supra*, note 30, 190 : « C'est ainsi que nous ne parlons plus de luttes de classes, mais plutôt d'oppositions entre des groupes d'intérêts divers : les vieux et les jeunes, les familles et les personnes seules, les familles monoparentales et celles qui comptent deux parents, les gens qui ont un emploi et ceux qui n'en ont pas, les gens qui ont un toit et les sans-abri, ainsi de suite. »

³⁴¹ Au sujet de ces « expressions d'inégalité » que le découpage des individus en « classes » permet de mieux faire ressortir, voir : André-J. BÉLANGER et Vincent LEMIEUX, *Introduction à l'analyse politique*, coll. Politique et Économie, Série Corpus, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1996, chap. 5, 103-118

³⁴² GAGNON, *supra*, note 8, 125; MANDEL, *supra*, note 127, 280-282; WALTON, *supra*, note 34, 62. Au Québec par exemple, « 20% de la population la plus pauvre touche 5,7% des revenus totaux (après impôts) alors que 20% de la population la plus riche empoche 41,1% de ces revenus » : François NORMAND, « La CSN veut combattre l'exclusion », *Le Devoir*, Montréal, 28-29 mars 1998, C-1. Pour un portrait saisissant de la situation, voir CONSEIL NATIONAL DU BIEN-ÊTRE SOCIAL, *Profil de la pauvreté*, 1996, Ottawa, mai 1998

Section I – La révolution égalitaire

La reconnaissance de l'égalité entre les individus accapare les esprits depuis l'Antiquité au moins.³⁴³ En effet, la préoccupation voulant que la loi traite également les personnes placées dans une situation analogue et inégalement celles dont la situation diffère, selon le mérite de chacun, était déjà présente au temps d'Aristote.³⁴⁴

Beaucoup plus tard, la pérennité du principe d'égalité s'est traduite par son enchaînement dans la constitution d'un grand nombre de pays. Par exemple, aux États-Unis, la Déclaration d'indépendance de 1776 tient pour une « vérité évidente » que « tous les hommes sont créés égaux »; puis le *Bill of Rights*, par l'effet du quatorzième amendement adopté en 1868, nie à l'État la possibilité de refuser « à quiconque relève de sa juridiction l'égle protection des lois ». En France, la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 affirme, à son article premier, que « [l]es hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits ». Même en Angleterre où la constitution n'est pas sous forme écrite, le respect voué au principe de la primauté du droit (*rule of law*) garantit aux citoyens l'égalité de tous devant la loi.³⁴⁵

³⁴³ Lucien SFEZ, *L'égalité*, coll. Que sais-je?, vol. 2460, Paris, Presses universitaires de France, 1989, 27; Walter S. TARNOPOLSKY, « The Equality Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms », (1983) 61 *R. du B. Can.* 242, 243-244

³⁴⁴ ARISTOTE, *Éthique de Nicomaque* (traduit par Jean VOILQUIN), Paris, Garnier-Flammarion, 1965, 129. Rappelons que dans un passage plutôt surprenant de l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, le juge McIntyre, s'exprimant au nom de la Cour aux pages 166-167, répudiait cette théorie aristotélicienne de l'égalité. Selon lui, « [l]e critère formulé comporte [...] un grave défaut en ce qu'il exclut toute considération de la nature de la loi » de sorte qu'il pourrait servir à sauvegarder « une mauvaise loi [...] pour la simple raison qu'elle s'applique également à ceux qu'elle vise. » Le juge cite, à titre d'exemples, « les lois de Nuremberg » qui réservaient « un traitement analogue [...] pour tous les Juifs. » Or, ces propos sont inspirés d'un extrait de l'œuvre d'Aristote dont une partie essentielle, celle relative à la prise en compte du *mérite* de chacun, a été malencontreusement tronquée. Ce traitement cavalier d'une pensée qui a traversé près de vingt-quatre siècles a d'ailleurs valu à la Cour de sévères critiques : Alain-François BISSON, « Aristote, rue Wellington, ou des philosophes et des juges », (1989) 20 *R.G.D.* 391, 393-396; Christian BRUNELLE, « L'interprétation des droits constitutionnels par le recours aux philosophes », (1990) 50 *R. du B.* 353, 379-381; Marc GOLD, « Comment : *Andrews v. Law Society of British Columbia* », (1989) 34 *R.D. McGill* 1063, 1064-1066

³⁴⁵ Albert V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10^e éd., Londres, Macmillan, 1960, 188; Polyvios G. POLYVIOU, *The Equal Protection of the Laws*, Londres, Duckworth, 1980, 3; *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349, 1366 (J. Ritchie). Dans l'arrêt *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des Importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, 1332, la Cour suprême du Canada traduit ainsi le principe : « ...les fonctionnaires de l'État sont assujettis au même titre que les autres citoyens au droit « ordinaire » du pays appliqué par « les

Plus près de nous, la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*³⁴⁶ de 1948 s'ouvre sur une disposition par laquelle les États membres de l'Organisation des Nations Unies (ONU) conviennent que « [t]ous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits ».³⁴⁷ Mentionnons qu'à compter de ce moment, les lois nationales visant à assurer aux citoyens le droit à un traitement égal ont proliféré³⁴⁸, ici et ailleurs.

Ce long parcours du concept d'égalité à travers les âges en a altéré profondément la teneur, au gré des courants de pensées, des mentalités, des crises et tendances sociales qui ont traversé les civilisations. Sans mésestimer l'ampleur des changements que les générations précédentes ont pu apporté à la notion d'égalité – ne serait-ce qu'en rayant l'esclavage du domaine de l'« acceptable »! – il reste que la seconde partie du XX^e siècle est celle où le concept aura fait les progrès les plus significatifs.³⁴⁹

A) De l'égalité formelle à l'égalité réelle

« Autre motif d'orgueil, que d'être citoyen! Cela consiste pour les pauvres à soutenir et à conserver les riches dans leur puissance et leur oisiveté. Ils y doivent travailler devant la majestueuse égalité des lois, qui interdit au riche comme au pauvre de coucher sous

tribunaux ordinaires »; « le principe de la « primauté du droit », ainsi compris, exclut la possibilité d'exempter des fonctionnaires ou d'autres personnes du devoir d'obéir au droit auquel sont assujettis les autres citoyens... » (J. Wilson)

³⁴⁶ Doc. off., A.G., 3^e session, première partie, résolution 217A (III), p. 71. Doc. N.U. A/810 (1948)

³⁴⁷ Incidemment, vingt-cinq ans avant que la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* ne devienne réalité, la Confédération des travailleurs catholiques du Canada (CTCC), aujourd'hui la Confédération des syndicats nationaux (CSN), adoptait une Déclaration de principes où elle affirmait sa croyance en «...la dignité primordiale de la personne humaine et à l'égalité fondamentale de tous les êtres humains. »: FILION, *supra*, note 97, 91

³⁴⁸ William BLACK et Lynn SMITH, « The Equality Rights », dans Gérald A. BEAUDOIN et Errol P. MENDES (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1996, 827

³⁴⁹ Sans doute consciente de l'évolution fulgurante qu'a connu le concept d'égalité au cours des cinquante dernières années, la Cour suprême du Canada préconise « une analyse souple et nuancée » afin de pouvoir tenir compte « des significations nouvelles et différentes que ce terme pourrait acquérir »: *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, 508 (J. Iacobucci, par. 3)

les ponts, de mendier dans les rues et de voler du pain. »³⁵⁰ C'est la notion d'égalité de toute une époque qui se profile derrière ces mots écrits voilà à peine plus de cent ans.

De fait, si l'égalité s'est lentement taillée une place dans les esprits, puis dans plusieurs constitutions nationales, c'est d'abord sous une forme noble, certes, mais généralement étroite : celle qui consiste à ne garantir aux citoyens que la seule égalité *devant* la loi. Réduite à sa plus simple expression, cette garantie accorde aux individus « ... le droit à l'égalité dans l'administration ou l'application de la loi par les fonctionnaires ou les tribunaux du pays ». ³⁵¹ Ainsi comprise, l'égalité a pour toute fin d'éliminer les privilèges et immunités que les régnants ont aménagés à leur profit et à celui des classes dominantes, au fil des siècles. ³⁵²

Puis, sous l'influence grandissante de l'œuvre des penseurs de la période des Lumières surtout³⁵³ – qui, pour la plupart, exhortaient les législateurs à faire de l'égalité de dignité de tout être humain le fondement de leur action³⁵⁴ – l'égalité s'étend lentement « au contenu de la loi, c'est-à-dire au législateur souverain » :

Le respect de la dignité intrinsèque de chaque être humain
sur laquelle repose la philosophie libérale exige dès lors
que tous soient égaux en droits et, en conséquence, traités
également par la loi. On passe alors de l'égalité *devant* la

³⁵⁰ Anatole FRANCE, *Le Lys rouge*, Paris, Calmann-Lévy, 1894, 110-111 (chap. VII). Quoique de façon moins imagée, Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris, Garnier-Flammarion, 1966, 59 (Livre I, chap. IX), ne disait pas autre chose lorsqu'il écrivait, en avril 1762, que : « ...les lois sont toujours utiles à ceux qui possèdent et nuisibles à ceux qui n'ont rien. » Ces derniers mots ne faisaient-ils pas eux-mêmes écho à la fable de Jean De La Fontaine, *Oeuvres complètes*, Paris, Seuil, 1965, 118 (Livre 7 : « Les animaux malades de la peste », 1674) : « Selon que vous serez puissant ou misérable, les jugements de cour vous rendront blanc ou noir. »

³⁵¹ André TREMBLAY, « Le principe d'égalité et les clauses anti-discrimination », (1984) 18 *R.J.T.* 329, 341

³⁵² PROULX, *supra*, note 200, 571; Jean-Michel SERVAIS, « Égalité dans l'emploi ou droit à la différence? Un point de vue international », (1992) 33 *C. de D.* 515, 516

³⁵³ Pour un exposé aussi succinct qu'éclairant sur la notion d'égalité partagée par les principaux penseurs de cette époque, voir: André VACHET, *L'idéologie libérale : l'individu et sa propriété*, coll. Sciences sociales, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1988, 211-221

³⁵⁴ Félicien ROUSSEAU, *La croissance solidaire des droits de l'homme : un retour aux sources de l'éthique*, coll. Recherches philosophie (vol. 29), Montréal, Bellarmin, 1982, 30: « La raison naturelle en tout homme prescrit les éléments fondamentaux d'une *dignité* que la loi positive doit promouvoir et non brimer. » (nos italiques)

loi à l'égalité *dans* la loi ou à l'égale *protection* de la loi.³⁵⁵

Mais c'est bien connu, la loi suit les mentalités bien plus qu'elle ne les précède.³⁵⁶ Selon l'entendement général d'alors, qui dit « égalité » dit surtout « traitement identique »³⁵⁷, sans égard aux identités ou réalités particulières de certains groupes et des individus qui les composent³⁵⁸ :

Dans sa formulation classique, l'égalité met l'accent sur les éléments communs aux individus abstraits, et non pas sur leurs différences, leurs particularismes collectifs, elle renvoie toujours à une conception globale et commune de la société.³⁵⁹

En conformité avec la conception que l'on se fait de la démocratie à cette époque, tout citoyen est assimilé au « même être abstrait, intemporel et universel », « éclairé par la raison », « une sorte de saint laïc »³⁶⁰ à qui l'on doit nier toute individualité « en face des intérêts permanents de la collectivité » :

³⁵⁵ PROULX, *supra*, note 200, 571; Jean RIVERO, *Les libertés publiques*, Tome I (Les droits de l'homme), coll. Thémis/droit public, Paris, Presses universitaires de France, 1995, 163: « ...le caractère libéral de la loi est contingent et précaire, lié à la conjoncture politique (diversité des courants d'opinions, équilibre des forces en présence). La protection des libertés *par la loi* contre l'exécutif doit donc être complétée par une protection des libertés *contre la loi*. » (nos italiques)

³⁵⁶ Beverley MCLACHLIN, « The Evolution of Equality », (1996) 54 *The Advocate* 559, 564: « Elected representatives depend for their mandate on the people who elect them. They can move only so far in advance of public opinion. And on controversial issues they may find themselves [...] unable to move at all. »

³⁵⁷ Rosalie SILBERMAN-ABELLA, *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1984, 3; NOËL, *supra*, note 93, 236, évoque « ...une équation sous-entendue [qui] veut que l'égalité entraîne la similitude... »

³⁵⁸ Rosalie SILBERMAN-ABELLA, « Diversity in Rights Theory : Untangling the Difference between Civil and Human Rights », (1996) 7 *N.J.C.L.* 255, 257. Cette conception était bien sûr présente dans les milieux syndicaux, tel qu'en font foi ces propos d'un syndicaliste britannique rapportés par WRENCH, *supra*, note 94, 164 : « There are no differences between an immigrant worker and an English worker. We believe that all workers have *the same rights and don't require any different or special considerations*. » (nos italiques)

³⁵⁹ Danilo MARTUCELLI, « Les contradictions politiques du multiculturalisme », dans Michel WIEVIORKA (dir.), *Une société fragmentée ? Le multiculturalisme en débat*, Paris, Éd. La Découverte/Poche, 1997, 65

[...] le peuple ainsi compris est une entité globale, *indifférenciée et majestueusement unitaire*. Ce concept néglige tout ce qui, dans la collectivité vraie, divise, distingue ou oppose les individus : la naissance, la condition sociale, les ressources, les goûts, les possibilités. Peuple de citoyens, *il s'agit d'un peuple composé d'êtres identiques* c'est-à-dire d'un peuple sans classe.³⁶¹

C'est l'ère de l'égalité formelle³⁶², « selon laquelle la défense de l'égalité consiste dans le refus des différences, la promotion du nivellement, voire l'uniformisation calculée des humains. »³⁶³ Les contestations ont alors pour toute cible le favoritisme et les régimes de passe-droits.³⁶⁴

Les réminiscences des luttes farouches menées pour substituer aux abus d'autorité des monarques le pouvoir du peuple marquent, à l'origine, encore profondément l'inconscient collectif : les lois votées par les élus attirent *a priori* le respect. Partant, on en vient à admettre qu'opposée au législateur lui-même, l'égalité ne peut plus se traduire uniquement par l'exigence d'un traitement uniforme applicable à tous, sans distinction.³⁶⁵

³⁶⁰ BURDEAU, *supra*, note 11, 24-25. À la page 91, l'auteur dépeint encore ce citoyen comme « l'être pur [...] sans qualification sociale, sans étiquette partisane, ni bourgeois, ni prolétaire, ni syndiqué... »

³⁶¹ *Id.*, 26 (nos italiques)

³⁶² Shelagh DAY et Gwen BRODSKY, « The Duty to Accommodate : Who Will Benefit? », (1996) 75 *R. du B. Can.* 433, 461; SERVAIS, *supra*, note 352, 516; SILBERMAN-ABELLA, *supra*, note 358, 257

³⁶³ MARCIL-LACOSTE, *supra*, note 2, 25. Voir dans le même sens COPELAND, *supra*, note 75, qui observe, à la page 51 : « In the past [...] we actually conspired to ignore differences. [...] Well-meaning whites went along with the conspiracy because they were embarrassed by differences that they indeed did see as marks of inferiority. Consequently, « we are all equal » came to mean « we are all the same ». »

³⁶⁴ Joëlle AFFICHARD, « Inégalités et principe de justice », dans AFFICHARD et FOUCAULD, *supra*, note 274, 10

La tâche de légiférer comportant intrinsèquement celle d'établir des distinctions³⁶⁶, lesquelles sont souvent nécessaires pour en arriver à des solutions justes, il devient impératif de reconnaître au législateur la faculté de distinguer là où la raison l'exige. Dès lors, à moins que les choix des élus ne poursuivent une fin « manifestement arbitraire » ou « fantaisiste »³⁶⁷, les tribunaux se gardent d'en juger l'à-propos, par égard pour le principe de la souveraineté parlementaire.³⁶⁸

Tout concentrés qu'ils sont à fouiller les motivations qui se cachent derrière les lois, les juges portent alors relativement peu d'intérêt aux effets véritables des mesures législatives³⁶⁹: seules les distinctions « arbitraires », c'est-à-dire dépourvues de

³⁶⁵ Daniel PROULX, « Le défi de l'égalité et la Charte canadienne des droits », (1988) 48 *R. du B.* 633, 645-646

³⁶⁶ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, *supra*, note 344, 152 (j. Wilson) et 168-169 (j. McIntyre, diss., non contredit sur ce point); Pierre CARIGNAN, « L'égalité dans le droit : une méthode d'approche appliquée à l'article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne », (1987) 21 *R.J.T.* 491, 512 et 515; Nicole DUPLÉ, « Les droits à l'égalité dans la Charte canadienne », dans Gérard-A. BEAUDOIN (dir.), *l'ues canadiennes et européennes des droits et libertés*, Actes des journées strasbourgeoises 1988, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1989, 94; POLYVIU, *supra*, note 345, 4; Daniel PROULX, « Égalité et discrimination dans la Charte des droits et libertés de la personne : étude comparative », (1979-80) 10 *R.D.U.S.* 381, 395, 397 et 417; PROULX, *id.*, 640-641; Thilo RAMM, « Introduction », dans Folke SCHMIDT (dir.), *Discrimination in Employment : a Study of Six Countries by the Comparative Labour Law Group*, Stockholm, Almqvist & Wiksell International, 1978, 15, 18; TREMBLAY, *supra*, note 351, 336

³⁶⁷ On aura reconnu les termes employés par le juge LeDain dans l'arrêt *R. c. Cornell*, [1988] 1 R.C.S. 461, 473. Malgré la contemporanéité de cet arrêt, il n'en décrit pas moins fidèlement une méthode d'analyse à l'égard de laquelle les juges d'antan auraient trouvé bien peu à redire!

³⁶⁸ Aussi est-ce ce même principe qui est à l'origine de la règle selon laquelle le pouvoir de faire des règlements ne comporte pas celui d'édicter des dispositions *discriminatoires* à moins que les textes législatifs habilitants ne prescrivent le contraire : Christian BRUNELLE, « La réglementation municipale discriminatoire », dans BARREAU DU QUÉBEC, *Congrès annuel du Barreau du Québec (1992)*, Montréal, Barreau du Québec, Service de la formation permanente, 1992, 511-512. Sur l'effet regrettable que l'observance stricte de ce principe de la souveraineté parlementaire a pu avoir sur l'effectivité de la garantie d'égalité, voir notamment: Greg A. PATMORE, *An Inquiry into the Norm of Non-Discrimination in Canada*, Research and Current Issues Series, n° 63, Kingston (Ont.), Industrial Relations Centre, Queen's University, 1990, chap. 2; Walter S. TARNOPOLSKY, « Discrimination in Canada : Our History and Our Legacy », dans Walter S. TARNOPOLSKY, Joyce WHITMAN et Monique OUELLETTE (dir.), *La discrimination dans le droit et l'administration de la justice*, Montréal, Thémis, 1993, 1. Cette réticence des juges à remettre en question la sagesse des lois était aussi observable aux États-Unis: Georges A. LEBEL, « La part du judiciaire dans l'intégration sociale continentale », dans Dorval BRUNELLE et Christian DEBLOCK (dir.), *L'Amérique du Nord et l'Europe communautaire : Intégration économique, intégration sociale?*, coll. Études d'économie politique, Ste-Foy, Presses de l'Université du Québec, 1994, 276-277

fondement rationnel en regard des objectifs d'intérêt public qu'on leur prête³⁷⁰, sont susceptibles de se heurter au contrôle judiciaire.

Incidentement, à partir des années quarante, les législateurs en viennent à offrir au citoyen une certaine protection contre quelques-unes de ces distinctions qu'ils jugent « arbitraires » au premier abord.³⁷¹ À titre d'exemples, des lois destinées à enrayer la discrimination fondée sur la race, la couleur, l'origine nationale, la religion ou le sexe des travailleurs voient le jour.³⁷² De nature pénale³⁷³, ces lois exigent la preuve d'une intention malveillante pour que l'auteur de l'acte discriminatoire soit passible de quelque sanction.³⁷⁴

³⁶⁹ Liliane KERJAN, *L'égalité aux États-Unis : mythes et réalités*, coll. Histoire thématique des États-Unis, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 1991, 6: « Jusqu'au début des années 60, la discrimination se reconnaît à partir de l'intention de nuire, c'est-à-dire d'un état d'esprit, d'une motivation ouverte, patente. »

³⁷⁰ PROULX, *supra*, note 200, 572-573; PROULX, *supra*, note 365, 641, 648 et 654; Marc BOSSUYT, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1976, 39 (note 25) et 97, emploie le terme « arbitraire » pour désigner « une absence de justification raisonnable ».

³⁷¹ Danièle LOCHAK, « Réflexions sur la notion de discrimination », (1987) *Dr. Soc.* (n° 11) 778, 779: « ...certaines distinctions opérées entre des groupes seront toujours considérées comme arbitraires [...] parce qu'elles sont frappées d'une illégitimité de principe en fonction d'un jugement de valeur, d'un *a priori* d'ordre éthique : ainsi en va-t-il des distinctions fondées sur la race ou la couleur de la peau. » Voir au même effet: George C. DOLATLY, « The Future of the Reasonable Accommodation Duty in Employment Practices », (1993) 26 *Colum. J. L. & Soc. Probs.* 523, 527; PROULX, *id.*, 644 et 664; RAMM, *supra*, note 366, 36

³⁷² Il en était de même aux États-Unis: John J. DONOHUE III, « Employment Discrimination Law in Perspective : Three Concepts of Equality », (1994) 92 *Mich. L. Rev.* 2583. Pour une revue des lois canadiennes à cet effet, voir Elizabeth CAMPBELL, *Freedom of Religion in the Workplace: Legislative Protection*, coll. Current Issues Series, Kingston (Ont.), Industrial Relations Centre, Queen's University, 1993, 1-3; HOWE et JOHNSON, *supra*, note 292, 246; Noel A. KINSELLA, « Tomorrow's Rights in the Mirror of History », dans Gerard L. GALL (dir.), *Civil Liberties in Canada : Entering the 1980s*, Toronto, Butterworths, 1982, 33-35; PATMORE, *supra*, note 368, 30-37; TARNOPOLSKY, *supra*, note 368, 13-15. Au Québec, il s'agissait de la *Loi sur la discrimination dans l'emploi*, *supra*, note 301

³⁷³ BLACK, *supra*, note 310, 21; HOWE et JOHNSON, *id.*, 244; KINSELLA, *id.*, 34; MACNEIL, LYNK et ENGELMANN, *supra*, note 236, 11-2 (par. 11.50); MCLACHLIN, *supra*, note 356, 562; PATMORE, *id.*, 31

³⁷⁴ CARIGNAN, *supra*, note 366, 508-509

Puis, dans la seconde moitié du XX^e siècle, les choses se précipitent. La réflexion sur le concept d'égalité fait ressortir ce qui, semble-t-il, n'était pas une évidence jusque-là : les *objectifs* les plus louables et les mesures en apparence les plus neutres peuvent néanmoins engendrer des *effets* fortement préjudiciables sur certains justiciables.³⁷⁵ Également titulaires des mêmes droits, les travailleurs, par exemple, n'en constatent pas moins les écarts qui les séparent, en fait, tantôt de l'employeur, tantôt de leurs collègues.³⁷⁶ Pour les citoyens sans travail, ce constat s'impose avec encore plus d'évidence.

Que vaut l'engagement d'offrir des conditions de travail exemptes de discrimination pour la personne de race noire qui essuie un refus d'embauche en raison de la crainte de l'employeur de perdre la partie de sa clientèle qui s'avère xénophobe? À quoi bon, pour une femme, bénéficier du droit d'obtenir une rémunération égale à celle des hommes pour l'exécution d'un travail comparable au leur, quand l'entreprise refuse systématiquement d'embaucher des personnes de sexe féminin parce que la nature du travail à effectuer est jugée trop difficile pour elles? Que peut bien valoir le droit d'exercer sa liberté de religion quand le patron requiert, pour maintenir la productivité de l'entreprise, la présence obligatoire au travail de l'employé tenu d'observer une journée de repos pour obéir aux préceptes de sa foi? À quoi rime l'attribution d'avantages découlant de l'accumulation d'années d'ancienneté pour toutes ces personnes – Noirs, femmes, jeunes, handicapés... – qui, en raison des préjugés qu'inspirent leurs caractéristiques propres, sont toujours bons derniers à décrocher un emploi? Autant de situations que l'adhésion inconditionnelle aux dogmes du traitement identique et de l'intention malveillante ne peut décentement corriger.

³⁷⁵ DAVID, *supra*, note 299, 189-190; PROULX, *supra*, note 365, 674; SILBERMAN-ABELLA, *supra*, note 358, 258: « ...eventually we saw that all the *goodwill* in the world could not protect us from our own prejudices and stereotypes, or from restrictively designing systems and institutions accordingly. » (nos italiques)

³⁷⁶ Ainsi, les inégalités s'observent à la fois verticalement et horizontalement: LYON-CAEN, *supra*, note 209, 70 (par. 5); NOËL, *supra*, note 93, 62

La chose crève désormais les yeux : l'égalité purement juridique est aux citoyens ce qu'une seule aiguille est à l'horloge : indispensable, elle demeure insuffisante en soi. Tout bien considéré, cette forme d'égalité peut même devenir un frein à toute tentative d'améliorer la situation des personnes les plus démunies :

Ainsi apparaît-il que la seule égalité juridique ne peut compenser les effets des inégalités inscrites dans la structure de la société. Mieux même, elle a souvent pour effet de rendre la lutte contre elles plus difficile, ou encore de légitimer l'absence de correctifs efficaces.³⁷⁷

À l'égalité en droit, purement juridique et formelle, se superpose graduellement l'égalité « réelle et concrète »³⁷⁸ : « on passe de l'égalité *dans* la loi à l'égalité *par* la loi ». ³⁷⁹ Les interventions législatives en matière sociale et économique de l'État – désormais assimilé à la « providence » – se multiplient en vue de redresser les iniquités qui perdurent en regard de certains groupes, notamment dans le domaine du travail. De plus en plus, l'égalité doit s'entendre d'une « égalité des chances »³⁸⁰, laquelle « consiste à expliquer et à justifier les inégalités de fait par les différences de mérite ou de compétence, non à les supprimer. »³⁸¹

³⁷⁷ Philippe BRAUD, *Science politique : La démocratie*, coll. « Points Essais », Paris, Seuil, 1997, 104. Voir au même effet: PROULX, *supra*, note 200, 574: « ...l'égalité purement juridique conduit elle-même en certains cas à accentuer davantage les inégalités de fait... »; RIVERO, *supra*, note 355, 63

³⁷⁸ CARIGNAN, *supra*, note 366, 509 et suivantes; PROULX, *supra*, note 200, 574 (note 25); PROULX, *supra*, note 365, 679-680

³⁷⁹ PROULX, *supra*, note 200, 578; Robert VANDYCKE, « La Charte constitutionnelle et les droits économiques, sociaux et culturels », (1989-1990) 6 *A.C.D.P.* 167, 176-177

³⁸⁰ PROULX, *id.*, 574-575. La doctrine anglophone réfère à l'*equal opportunity*: MCLACHLIN, *supra*, note 356, 561-562; Dennis E. MITHAUG, *Equal opportunity theory*, Thousand Oaks (É.-U.), SAGE Publications Inc., 1996, 1; POLYVIU, *supra*, note 345, 12-13; SWINTON, *supra*, note 214, 712. Parfois, on fera plutôt allusion à la notion d'«égalité sociale»: LYON-CAEN, *supra*, note 209, 69 (par. 2); Louise MARCIL-LACOSTE, « Les problèmes contemporains de l'égalité », (1989-1990) 6 *A.C.D.P.* 47, 54-55

³⁸¹ Dominique SCHNAPPER, *La relation à l'Autre: au cœur de la pensée sociologique*, coll. nrf essais, Paris, Gallimard, 1998, 326

Dans cette mouvance législative, les tribunaux en viennent à matérialiser, sur le plan juridique, ce vieux proverbe qui veut que l'enfer soit pavé de bonnes intentions. À partir des années soixante-dix, si bienveillantes soient leurs raisons d'agir, législateurs, employeurs et syndicats voient leurs mesures jugées aussi à leurs *effets* sur les groupes auxquels elles s'adressent.³⁸²

En outre, dans la mesure où ces effets s'avèrent préjudiciables à certains individus en raison d'une caractéristique qu'ils ont en commun, qu'il s'agisse de leur race, de leur sexe, de leur religion ou encore d'un handicap, pour ne citer que ces exemples, toute défense fondée sur le traitement identique, aveugle aux différences, ne tient tout simplement plus. Seule l'offre d'une mesure d'accommodement raisonnable permet au titulaire de l'autorité, qu'elle soit gouvernementale, patronale ou syndicale³⁸³, d'obtenir l'absolution des tribunaux.³⁸⁴ De plus, dans les cas où ces préjudices prennent la forme d'une exclusion systématique, des mesures préférentielles, dites d'accès à l'égalité, peuvent être mises en œuvre pour améliorer la situation de ces groupes séculairement défavorisés.³⁸⁵

³⁸² CARTER, *supra*, note 265, 188; KERJAN, *supra*, note 369, 7; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536, 549-550 (j. McIntyre); *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, 671 (j. LaForest, par. 62); *Vriend c. Manitoba*, [1998] 1 R.C.S. 493, 547 (j. Cory, par. 93); *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625, 680 (j. McLachlin, par. 86). Pour un aperçu de l'évolution de la jurisprudence qui a graduellement reconnu que la preuve d'une intention malveillante n'était plus nécessaire pour conclure à l'existence d'une discrimination, voir BLACK, *supra*, note 310, 25 et suivantes

³⁸³ CARTER, *supra*, note 265, 189: «...public values now require, not just *similar treatment* in the application of the collective agreement, but in the case of certain employees *special treatment* in order to comply with the duty to accommodate.» (nos italiques); MILLER, *supra*, note 106, 524

³⁸⁴ Maurice DRAPEAU, « La considération de l'obligation d'accommodement même en cas de discrimination indirecte », (1998) 39 *C. de D.* 823, 833: « La raison d'être de l'obligation d'accommodement est [...] d'assurer le respect du droit à l'égalité en prenant en considération la nécessité de *composer avec les différences*. » (nos italiques)

³⁸⁵ PROULX, *supra*, note 200, 576. Sur l'invention du traitement préférentiel (« *affirmative action* »), voir: LACORNE, *supra*, note 337, 297-306. Incidemment, il est intéressant de noter que ce concept d'*affirmative action* origine de la Loi Wagner de 1935 (29 USC § 160(c) (1994)): Michael KRAUSS, « L'action positive : réflexions historiques et philosophiques », dans Michael KRAUSS (dir.), *Action positive : théorie et conséquences*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1989, 2-3; Daniel SABBAGH, « Les origines de l'*affirmative action* dans l'emploi (1964-1969) », *Revue française d'études américaines*, n° 81, juin 1999, 6, 10-11; Thomas SOWELL, « *Weber and Bakke, and the*

L'on assiste à une véritable mutation démocratique où le citoyen, auréolé et transcendant de jadis, s'efface derrière cet individu « que nous rencontrons dans les relations de la vie quotidienne, tel que le caractérisent sa profession, son mode et ses moyens de vivre, ses goûts, ses besoins, les chances qui s'offrent à lui » et qui se définit « par les particularités qu'il doit à la situation contingente où il se trouve placé »³⁸⁶:

Désormais, il ne s'agit plus d'appliquer les mêmes principes à tout le monde et parfois même on ne conçoit plus, non plus, les principes comme étant identiques pour tout le monde : il s'agit toujours de tenir compte des circonstances personnelles.³⁸⁷

Ainsi, les juges conviennent maintenant – enfin ! diront certains³⁸⁸ – que « l'égalité n'implique pas nécessairement un traitement identique et [qu']en fait, un traitement différent peut s'avérer nécessaire dans certains cas pour promouvoir l'égalité ».³⁸⁹ Plus que jamais, l'égalité doit être « ancrée dans les faits »³⁹⁰ et trouver sa manifestation dans les *résultats*.³⁹¹

Presuppositions of "Affirmative Action"» dans W.E. BLOCK et M.A. WALKER (dir.), *Discrimination, Affirmative Action, and Equal Opportunity: An Economic and Social Perspective*, Vancouver, The Fraser Institute, 1982, 38

³⁸⁶ BURDEAU, *supra*, note 11, 29; THUOT, *supra*, note 247, 177

³⁸⁷ MARTUCCELLI, *supra*, note 359, 69. Voir au même effet: THUOT, *id.*, 168-169

³⁸⁸ Rosalie K. MURPHY, « Reasonable Accommodation and Employment Discrimination Under Title I of the Americans with Disabilities Act », (1991) 64 *S. Cal. L. Rev.* 1607, 1620

³⁸⁹ *Weatherall c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 872, 877 (j. LaForest). Voir également: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, 347 (j. Dickson); *Andrews c. Law Society of British-Columbia*, *supra*, note 344, 169 (j. McIntyre); *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90, 102 (j. Lamer); *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, *supra*, note 382, 671 (j. LaForest, par. 61); *Vriend c. Manitoba*, *supra*, note 382, 539 (j. Cory, par. 76); *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, *supra*, note 349, 517 (j. Iacobucci, par. 25); *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3, 44 (j. McLachlin, par. 81); SILBERMAN-ABELLA, *supra*, note 354, 3

³⁹⁰ SERVAIS, *supra*, note 352, 519. Dans l'arrêt *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1994] R.J.Q. 1227 (C.A.), la Cour d'appel affirme que « ...l'égalité reconnue par l'article 10 [de la *Charte québécoise*] est également une égalité *de fait*, une égalité *concrète*. » (j. Rousseau-Houle, 1245) (nos italiques). Voir dans le même sens: Madeleine CARON, « Les concepts d'égalité et de discrimination dans la Charte québécoise des droits et libertés de la personne », dans BARREAU DU QUÉBEC, Service de la formation

Encouragées par cette évolution si longtemps attendue, femmes et minorités accentuent les pressions pour être traitées non plus tant « comme *tout le monde* » que « comme *du monde* »:

[...] le discours du dominé [prend] alors un contenu plus radical et un ton plus revendicateur. Délaissant les entreprises réformistes, d'un caractère souvent purement juridique, c'est la volonté d'une transformation des structures que ce même discours traduira plutôt. En un mot, l'axe autour duquel s'articule le mouvement de libération cessera, petit à petit, d'être l'intégration au modèle dominant, pour devenir la découverte d'une différence.³⁹²

Aboutissement pourtant normal d'une « longue histoire d'injustices, de subordination et de peur », au cours de laquelle les minorités étaient condamnées à la discrétion, la nouvelle « revendication fervente et massive de la différence »³⁹³ prend, aux yeux de certains, des allures révolutionnaires. Et comme c'est le cas pour toute révolution, la révolution égalitaire a ses résistants. De fait, si la diversité des êtres humains, « le fait indéniable de leurs différences », constitue leur « caractéristique empirique la plus évidente »³⁹⁴, leur résistance au changement en est une autre.³⁹⁵ « Le passage de

permanente. *Développements récents en droit administratif* (1993), vol. 45, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1993, 39, 52: « La Charte vise donc à rétablir l'égalité de fait. »

³⁹¹ Daniel PROULX, « L'égalité en droit comparé et en droit canadien depuis l'arrêt *Andrews* », dans BEAUDOIN (dir.), *supra*, note 366, 151. D'où les concepts de *substantive equality* ou d'*equality of results* auxquels les auteurs renvoient parfois: DAY et BRODSKY, *supra*, note 362, 461-462; MCLACHLIN, *supra*, note 356, 563-566; SWINTON, *supra*, note 214, 706-713

³⁹² NOËL, *supra*, note 93, 223

³⁹³ Michael WALZER, « Individus et communautés : les deux pluralismes », *Esprit*, n° 212, juin 1995, 103, 104-105

³⁹⁴ Louise MARCIL-LACOSTE, « Le général et le spécifique : logique de l'égalité », dans LAFRANCE, *supra*, note 247, 103. Jean-Jacques ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et le fondement de l'inégalité*, coll. classiques Larousse, Paris, Librairie Larousse, 1972, 35, voyait « dans la différence des âges, de la santé, des forces du corps et des qualités de l'esprit et de l'âme » une inégalité « naturelle ». Comme le souligne HENDERSON, *supra*, note 98, 10: « Among human beings, being different is normal. Each person has an individual history and a unique socially constructed reality that sets him or her apart from other people. »

l'égalité des droits à la recherche de l'égalisation des conditions »³⁹⁶ a ainsi fait naître une entreprise de « délégitimation croissante de l'égalité »³⁹⁷ dont les promoteurs appellent de tous leurs vœux un retour en arrière :

[...] l'égalité ayant fait l'objet de déclarations de droits, et ce, depuis le XVIII^e siècle, on prend aisément pour acquis que l'égalité est pour l'essentiel réalisée. On prend pour acquis que, lorsqu'on persiste à réclamer l'égalité par-delà l'égalité déjà reconnue dans les lois, on cherche alors un « plus » d'égalité qui va au-delà de l'égalité moralement légitime. Pour dire les choses en clair : quand on réclame « plus » d'égalité que l'égalité reconnue par les lois, on verserait alors dans la contrefaçon éthique dans la mesure où, au-delà d'un certain seuil, il n'y aurait plus de légitimité morale à la requête d'égalité.³⁹⁸

Sans prétendre épuiser la quantité de causes qui peuvent être avancées pour expliquer ce ressac, il en est deux qui viennent spontanément à l'esprit. D'abord, l'égalité *formelle* est si profondément enracinée dans l'inconscient collectif qu'elle prend l'aspect d'un véritable mythe, lequel exacerbe l'individualisme³⁹⁹ et occulte l'existence de classes sociales et les inégalités dont elles sont porteuses.⁴⁰⁰ Partant, la croyance que tous sont égaux et que l'avancement d'une personne dans la société en général – et dans le monde du travail en particulier – ne dépend que d'elle-même, de son esprit d'entreprise, de ses talents et de ses efforts⁴⁰¹ se confond, pour plusieurs, avec une vérité absolue.⁴⁰² Dans

³⁹⁵ CONGRÈS DU TRAVAIL DU CANADA, *supra*, note 80, par. 31 : « [...] Les gens ont une grande résistance au changement, et habituellement ne bougent pas à moins qu'on ne leur donne vraiment mauvaise conscience. »; KERJAN, *supra*, note 369, 17, qualifie ces « poches de résistance » d'« inévitables ».

³⁹⁶ AFFICHARD, *supra*, note 364, 11

³⁹⁷ MARCIL-LACOSTE, *supra*, note 2, 18-19

³⁹⁸ *Id.*, 22-23

³⁹⁹ KERJAN, *supra*, note 369, 19, fait proprement allusion au « mythe du *self-made man* ».

⁴⁰⁰ CREVER, *supra*, note 4, 51-52; LAPERRIÈRE, *supra*, note 147, 201

⁴⁰¹ CREVER, *ibid.*; DONNELLON et KOLB, *supra*, note 102, 146; KERJAN, *supra*, note 369, 19

ce contexte, toute tentative d'accommodement particulier ou de traitement préférentiel pour atténuer les rigueurs de la réalité est perçue comme une assistance indue en contradiction flagrante avec une valeur mythique.⁴⁰³

S'il faut avancer une autre explication à cette résistance, elle réside dans le fait qu'à l'opposé de l'égalité *formelle*, pensée surtout en fonction d'un rapport avec l'État, l'égalité *réelle* exige de revoir la nature des relations que l'on entretient avec les autres, notamment au travail; partant, elle appelle inévitablement un rejet du *statu quo*⁴⁰⁴, ce qui est de nature à éveiller cette peur de l'inconnu, cette peur de l'autre⁴⁰⁵ qui sommeille presque en chacun de nous. Craignant dès lors que la « montée des exigences égalitaires »⁴⁰⁶ ne préjudicie les groupes privilégiés, ne menace « l'hégémonie de l'homme blanc »⁴⁰⁷ ou ne mine, à plus ou moins long terme, les institutions de la majorité, d'aucuns n'hésitent pas à pourfendre la « politique de la différence » – qu'ils qualifient, le plus souvent, de discrimination à rebours – en prônant plutôt le retour de la « politique d'égle dignité », c'est-à-dire du règne de la cécité. De là naît un tiraillement idéologique⁴⁰⁸ auquel les travailleurs, les employeurs, les juges et les politiciens n'échappent manifestement pas :

⁴⁰² MILLER, *supra*, note 106, 523. Constatant, à la page 149 de son ouvrage, que « [l']opinion publique continue de croire [...] que la pauvreté est généralement due au « manque d'effort » ou à toute autre forme de défaut de caractère », NOËL, *supra*, note 93, conclut, à la page 222, que « le « rêve américain » continue, encore aujourd'hui, d'entretenir la foi dans la possibilité qu'aurait tout individu suffisamment déterminé de gravir l'échelle sociale. »

⁴⁰³ Comme le souligne avec justesse le professeur José WOEHRLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », (1998) 43 *R.D. McGill* 325, 398: « ...l'esprit humain tend presque irrésistiblement à concevoir l'égalité comme résultant d'un traitement identique pour tous. »

⁴⁰⁴ SILBERMAN-ABELLA, *supra*, note 358, 259

⁴⁰⁵ MCLACHLIN, *supra*, note 356, 559

⁴⁰⁶ MARCIL-LACOSTE, *supra*, note 2, 32

⁴⁰⁷ KERJAN, *supra*, note 369, 19; MILLER, *supra*, note 106, 523

⁴⁰⁸ MARCIL-LACOSTE, *supra*, note 2, 35 et *supra*, note 380, 60, parle d'«une thématique des malentendus».

Pour [les tenants de la politique d'égle dignité], le principe de respect égal implique que nous traitions tout le monde en étant aveugles aux différences. L'institution fondamentale – les humains commandent ce respect – s'attache à ce qui est identique en nous. Pour [les tenants de la politique de la différence], on doit reconnaître et même favoriser la particularité. Le reproche que la première politique fait à la seconde est de violer le principe de non-discrimination. La seconde reproche à la première de nier toute identité en imposant aux gens un moule homogène qui ne leur est pas adapté. Ce serait suffisamment grave si le moule était lui-même neutre – le moule de personne en particulier. Mais le grief va généralement plus loin. Le reproche est que l'ensemble prétendument neutre de principes de dignité politique aveugles aux différences est, en fait, le reflet d'une culture hégémonique.⁴⁰⁹

Le « changement de définition du statut égalitaire » qui s'est graduellement opéré dans la seconde portion du XX^e siècle n'a donc pas été intégré par tous⁴¹⁰, loin s'en faut. Certains sont tout simplement demeurés sur le quai de l'égalité formelle, sans jamais monter dans le train du changement. D'autres, plus nombreux, s'y sont embarqués, puis ont fait escale quelque part en chemin⁴¹¹ et tardent toujours à poursuivre leur route. Seuls quelques-uns semblent, pour l'heure, résolus à atteindre la destination de l'égalité réelle des chances.

⁴⁰⁹ Charles TAYLOR, *Multiculturalisme, différence et démocratie*, coll. champs, Paris, Flammarion, 1994, 62-63. On notera au passage que l'écho du reproche formulé par les tenants de la « politique de la différence » se répercute dans le monde syndical: CONGRÈS DU TRAVAIL DU CANADA, *Lignes directrices sur l'obligation d'accommodement et contraintes excessives*, Ottawa, 10 juin 1993, préambule : « Résumer la situation à une question de similitude et de différence masque la façon dont le groupe dominant sert de critère universel pour déterminer, notamment, la nature du traitement égal auquel ont droit les groupes défavorisés. »

⁴¹⁰ TAYLOR, *id.*, 58

⁴¹¹ La voie égalitaire, faut-il le préciser, est jalonnée de nombreuses « stations »: Sanford A. LAKOFF, *Equality in Political Philosophy*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1964, 6 : « *Formally*, there is one idea of equality ; *substantially* there are many. »; MARCIL-LACOSTE, *supra*, note 2, 17, rappelle avec justesse que « ...l'égalité n'en finit plus de poser des problèmes de détermination. Définition, conception, cohérence, validité, justification, adéquation – et j'en passe – sont autant de sujets sur lesquels ne sévit nulle esquisse de consensus, voire nulle critériologie. » Voir à ce propos : Louise MARCIL, « La surface des textes », dans Josiane BOULAD-AYOUB (dir.), *Former un nouveau peuple ? : pouvoir, éducation, révolution*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1996, 260

Ce sont les juges plus que les législateurs qui semblent être aux commandes de la locomotive égalitaire.⁴¹² De fait, les termes généraux employés par les élus pour consacrer le principe d'égalité – et son pendant obligé, le principe de non-discrimination – laissent aux tribunaux une marge d'appréciation dont ils n'hésitent pas à faire usage pour circonscrire la portée des chartes et lois sur les droits de la personne.⁴¹³ Aussi doit-on s'en remettre à la jurisprudence pour mieux cerner la nature et l'objet des textes destinés à promouvoir l'égalité par l'éradication de la discrimination.

B) La notion de discrimination

Le point de vue selon lequel l'égalité et la discrimination forment les deux revers d'un droit bilatéral, les deux facettes opposées d'un seul et même concept est largement partagé.⁴¹⁴ De fait, « [l]a réalisation de l'égalité suppose la suppression, la mise hors la loi de toutes les discriminations. »⁴¹⁵

Toutefois, possiblement en raison de sa nature « plus abstraite ou plus philosophique »⁴¹⁶, les élus d'ici semblaient hésitants à consacrer, sous forme de « droit », l'égalité en général, préférant offrir aux justiciables une protection, plus

⁴¹² KERJAN, *supra*, note 369, 20

⁴¹³ Sur la généralité des termes utilisés pour garantir les droits fondamentaux et le pouvoir créateur que leur imprécision attribue aux juges, voir: BRUNELLE, *supra*, note 344, 363-369; Pierre-André CÔTÉ, « L'interprétation de la loi, une création sujette à des contraintes », (1990) 50 *R. du B.* 329, 349

⁴¹⁴ BEN-ISRAEL, *supra*, note 32, 90; BOSSUYT, *supra*, note 370, 37-38; PROULX, *supra*, note 366, 393-394; PROULX, *supra*, note 200, 586 (note 59); PROULX, *supra*, note 365, 648-649 (note 54); RAMM, *supra*, note 366, 19; Alain SUPLOT, *Critique du droit du travail*, coll. « Les voies du droit », Paris, Presses universitaires de France, 1994, 115. Dans l'arrêt *Vriend c. Alberta*, *supra*, note 382, 536, la Cour suprême du Canada affirme « que la discrimination est l'antithèse de l'égalité... » (j. Cory, par. 69)

⁴¹⁵ LOCHAK, *supra*, note 371, 778. Voir au même effet: DÉOM, *supra*, note 328, 968

⁴¹⁶ PROULX, *supra*, note 366, 393

circonscrite, contre la seule « discrimination ».⁴¹⁷ Ce dernier concept, il est vrai, présentait un avantage indéniable puisqu'il a séjourné sur l'enclume judiciaire depuis des temps immémoriaux ; forgé peu à peu par les juges, ceux-ci n'en étaient-ils pas venus maintes fois à déclarer *ultra vires* parce que « discriminatoires », c'est-à-dire « déraisonnables », des « règlements qui font acception de personne et s'appliquent de façon inégale à différentes classes »⁴¹⁸ de personnes⁴¹⁹ physiques ou morales⁴²⁰? Peut-être trouvons-nous là la raison de la préférence des législateurs pour la reconnaissance d'un droit à la « non-discrimination » plutôt qu'à « l'égalité », si avides qu'ils sont de sécurité juridique.

Nous aurons attendu jusqu'au 17 avril 1985 avant que n'entre en vigueur cette disposition constitutionnelle qui consacre cette fois en termes exprès les *droits à l'égalité*.⁴²¹ Et malgré un libellé on ne peut plus explicite, la Cour suprême du Canada aura d'abord jugé que la *Charte canadienne* « ne prescrit pas l'égalité entre les individus ou les groupes d'une société dans un sens général... ».⁴²²

⁴¹⁷ À l'exception de la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), app. III, art. 1b), qui ne reconnaît, du reste, que « l'égalité devant la loi », la grande majorité des lois sur les droits de la personne au Canada, dont la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), c. H-6 (ci-après : « *Loi canadienne* »), et la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12 (ci-après : « *Charte québécoise* »), ne garantissent pas formellement un véritable « droit à l'égalité », tout orientées qu'elles sont à combattre plutôt la « discrimination ».

⁴¹⁸ *Ville de Montréal c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368, 404-405 (J. Beetz, citant lord Russell of Killowen dans l'arrêt *Kruse c. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91, 99-100)

⁴¹⁹ *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, 883 (J. LaForest, par. 53)

⁴²⁰ *Montréal (Ville) c. Salois*, [1993] R.J.Q. 2747 (C.A.), 2754 (J. Tourigny)

⁴²¹ *Charte canadienne*, art. 15 et 32(2). Il semble que ce soit à la suggestion du *Conseil consultatif canadien sur le statut de la femme* que le Constituant ait opté pour la consécration des « droits à l'égalité » plutôt que des « droits à la non-discrimination » : *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des Communes sur la Constitution du Canada*, Ottawa, 1^{re} session, 32^e législature, Fascicule n° 9, jeudi 20 novembre 1980, 9:135 (Mme Flora MacDonald, députée). Quant à l'emploi du pluriel, il s'explique vraisemblablement par le fait que « le concept [d'égalité] a changé de sens au cours de l'histoire... » : Robert VANDYCKE, « L'activisme judiciaire et les droits de la personne : émergence d'un nouveau savoir-pouvoir ? », (1989) 30 *C. de D.* 927, 934

⁴²² *Andrews c. Law Society of British-Colombia*, *supra*, note 344, 163-164 (J. McIntyre, diss., non contredit sur ce point). Confondant les « droits à l'égalité » avec une pseudo-garantie contre toute distinction ou différence de traitement, quelle qu'elle soit, la Cour a ainsi craint que la reconnaissance d'un droit *général* à l'égalité n'ait « pour effet de banaliser la promesse d'égalité très importante que reconnaît cette disposition » : *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, *supra*, note 58, 260 (J. Wilson). Pour une critique de cette interprétation, voir PROULX, *supra*, note 391, 153-154 et 161-162. Notons toutefois que dans l'arrêt *Desroches c. Commission des droits de la*

Reflet vraisemblable des appréhensions traditionnelles des législateurs à garantir l'égalité au sens large du terme, cette interprétation, dira la Cour, s'inscrit parfaitement dans la logique des lois promulguées à partir des années quarante pour offrir une protection législative réelle aux victimes de discrimination. Puis, dans un effort de synthèse louable, la Cour tirera de ses arrêts les plus marquants sur le sujet une définition de la discrimination en voie de devenir classique :

[...] la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.⁴²³

Cette définition – moderne, dirions-nous – de la discrimination peut recouper, par sa portée, les formes les plus odieuses mais aussi les plus insidieuses de manquements au principe d'égalité. Certes, la norme ou la conduite sciemment discriminatoire sera en principe frappée d'interdit. Ainsi, l'employeur ou le syndicat qui, par le biais de politiques de recrutement bien arrêtées, voire ostentatoires, excluent une personne parce qu'elle est noire, juive, femme ou handicapée, par exemple, s'adonne à une pratique illégale *directement* discriminatoire.⁴²⁴

personne du Québec, [1997] R.J.Q. 1540 (C.A.), la Cour d'appel du Québec souligne que la *Charte canadienne* « ...recognize the right of equality in its generality... » (j. Zerbisias, *ad hoc*, 1547) (nos italiques)

⁴²³ *Andrews c. Law Society of British-Colombia*, *id.*, 174-175 (j. McIntyre, diss., non contredit sur ce point). Au dire même de la Cour suprême du Canada, il s'agit là « ... de la définition adéquate du mot « discrimination »... » : *Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs*, [1996] 3 R.C.S. 566, 579 (j. Sopinka, par. 20)

Cela étant, la règle ou la norme applicable à tous et neutre en apparence n'échappera pas forcément à l'emprise du concept de discrimination. En effet, si elle se révèle *indirectement* préjudiciable à certaines catégories de personnes en raison d'une caractéristique commune qu'elles partagent, telle la race, la religion, le sexe ou le handicap, les tribunaux pourront également la juger discriminatoire.⁴²⁵ À titre d'illustration, l'exigence d'obéir à un horaire de travail précis ou de revêtir une tenue particulière à des fins de sécurité pourrait être taxée de discrimination *par suite d'un effet préjudiciable* parce qu'elle s'avère incompatible avec la religion ou les caractéristiques physiques (grossesse, handicap...) de certains individus. Ainsi compris, le concept de discrimination ne commande résolument plus la preuve d'une intention malveillante pour que la protection dont il est le catalyseur devienne effective.⁴²⁶

Enfin, la définition proposée, on l'aura compris, peut aussi viser la discrimination, dite *systémique*, laquelle ressort des attitudes, coutumes, méthodes, pratiques ou règles organisationnelles qui, par leurs objets ou leurs effets discriminatoires conjugués, provoquent parfois un phénomène de rejet – érigé en système – de certaines personnes de sexe féminin, de races minoritaires, handicapées...⁴²⁷

Somme toute, il aura fallu plus de cinquante ans d'attente pour que, sous l'impulsion des diverses lois adoptées afin de promouvoir l'égalité au travail, la notion de discrimination atteigne une certaine maturité et s'élève au-delà du traitement identique

⁴²⁴ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, *supra*, note 382, 551 (j. McIntyre)

⁴²⁵ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, *ibid.*; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *supra*, note 389

⁴²⁶ *Vriend c. Alberta*, *supra*, note 382, 547 (j. Cory, par. 93); *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *id.*, 30 (j. McLachlin, par. 49)

⁴²⁷ *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, 1138-1139 (j. Dickson). DÉOM, *supra*, note 328, 971, semble assimiler la discrimination systémique à la discrimination indirecte. En fait, rien ne s'oppose à ce qu'un amalgame de mesures ou de pratiques, tantôt *directement* discriminatoires, tantôt discriminatoires *par suite d'un effet préjudiciable*, puisse être constitutif de discrimination *systémique*.

et d'une simple interdiction des distinctions *volontairement arbitraires* pour recouper également les distinctions *involontairement préjudiciables* et englober le droit à un traitement adapté.⁴²⁸ Aujourd'hui, du sommet de la hiérarchie judiciaire canadienne retentit un commandement clair : « l'égalité doit être *réelle*, et non seulement *formelle* ». ⁴²⁹

Cette nouvelle donne jurisprudentielle est le fruit, croyons-nous, d'une prise de conscience graduelle de l'objet même du principe d'égalité.⁴³⁰ Pourquoi importe-t-il donc de protéger les citoyens contre la discrimination ? D'abord pour leur assurer la justice.⁴³¹ En effet, aussi loin que l'on puisse remonter dans le cours de l'histoire, l'égalité apparaît comme une partie intégrante de l'idéal de justice.⁴³² Tout bien pesé, rien ne heurte plus le sens de la justice d'un individu que le fait de l'exposer à un traitement différent de celui appliqué aux autres alors que les circonstances ne le justifient manifestement pas.⁴³³

⁴²⁸ James A. D'ANDREA, David J. CORRY et Heather I. FORESTER, *Illness and Disability in the Workplace : How to Navigate Through the Legal Minefield*, Aurora (Ont.), Canada Law Book Inc., (édition sur feuilles mobiles), 4-14 (par. 4:3310): « To summarize, the meaning of discrimination has evolved over time such that it now includes discrimination on a proscribed ground resulting from intentional or differential treatment as well as discrimination which has an adverse effect, although such an effect may have been inadvertent or unintentional. »

⁴²⁹ *l'riend c. Alberta*, *supra*, note 382, 543 (j. Cory, par. 83) (nos italiques). Voir également: *Corbiere c. Canada (Ministre des affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, 274 (j. L'Heureux-Dubé, par. 98); *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, *supra*, note 382, 678-679 (j. McLachlin, par. 83-84); *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *supra*, note 389, 26 (j. McLachlin, par. 41); *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, 789 (j. Bastarache, par. 22); *Lovelace c. Ontario*, 2000 CSC 37 (j. Iacobucci, par. 4, 5 et 58 à 60)

⁴³⁰ En épousant d'emblée la méthode d'interprétation, dite « téléologique », pour définir le sens des droits et libertés garantis par les chartes et lois sur les droits de la personne (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, 157 (j. Dickson); *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, note 389, 344 (j. Dickson); Luc TREMBLAY, « L'interprétation téléologique des droits constitutionnels », (1995) 29 *R.J.T.* 459), les tribunaux ne pouvaient plus se soustraire à cette tâche névralgique.

⁴³¹ *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525, 544 (j. Cory)

⁴³² Philippe NEMO, *Histoire des idées politiques dans l'Antiquité et au Moyen Âge*, Paris, Presses universitaires de France, 1998, 140-141 et 657. Référence obligée sur la question, l'œuvre d'Aristote témoigne à sa manière de la pérennité du lien étroit qui unit les deux notions: CHARETTE, *supra*, note 112, 707; PROULX, *supra*, note 200, 572 (note 16); PROULX, *supra*, note 365, 660 (note 100)

Promue par l'égalité, « la justice implique entre autres la prise en considération du mérite et des besoins » individuels.⁴³⁴ Si la définition de la « discrimination » épousée par la Cour suprême du Canada est dépourvue de toute allusion au principe de « justice », celui-ci n'en ressurgit pas moins par la référence explicite qui est faite « aux mérites et capacités d'un individu ».⁴³⁵ Cette notion de « mérite » semble au cœur même de notre conception moderne de l'égalité dans le domaine de l'emploi⁴³⁶ :

La philosophie générale des lois en matière de droits de la personne veut que les personnes soient jugées ou traitées non pas en fonction de caractéristiques externes telles la race, l'âge, le sexe, etc., mais plutôt en fonction de leur *mérite individuel*.⁴³⁷

Que le « mérite individuel » soit au centre de la philosophie sous-jacente à la consécration législative, puis constitutionnelle, de l'égalité n'a rien de foncièrement étonnant. En effet, bien que l'on ne s'entende pas toujours sur la façon de l'évaluer⁴³⁸, le mérite loge, depuis déjà longtemps, aux plus hauts niveaux de l'échelle des valeurs individuelles vénérées par notre société moderne⁴³⁹ :

⁴³³ Walter BLOCK et Michael A. WALKER. « Introduction », dans BLOCK et WALKER. *supra*, note 385, 5: « Nothing abuses a person's sense of natural justice more than unequal treatment of equals. »

⁴³⁴ PROULX, *supra*, note 200, 572

⁴³⁵ L'association de la prise en compte du « mérite » à un « principe fondamental de la justice » est plus que millénaire: CICÉRON, *Les devoirs (De officiis)*, texte établi et traduit par Maurice TESTARD. Coll. des universités de France, Paris, Les Belles Lettres, 1965, 126 (XIV-42)

⁴³⁶ BLACK, *supra*, note 310, 9-11; Madeleine CARON, « L'effet des chartes sur le contrat de travail », dans Michel BROSSARD (dir.), *Le point sur l'arbitrage de griefs*, Montréal, École des relations industrielles, Université de Montréal, 1991, 58; Daniel PROULX, « La discrimination fondée sur le handicap : étude comparée de la Charte québécoise », (1996) 56 *R. du B.* 317, 415; VILLAGGI, *supra*, note 66, 307. Il en est de même aux États-Unis: MURPHY, *supra*, note 388, 1612-1613

⁴³⁷ *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297, 1309 (j. Sopinka) (nos italiques). Voir au même effet: *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279, 344 (j. Wilson); *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321, 338-339 (j. Sopinka)

⁴³⁸ Kaye JOACHIM, « Seniority Rights and the Duty to Accommodate », (1998) 24 *Queen's L.J.* 131, 145

Le mérite et le travail marchent de pair. Le paresseux qui n'accomplit aucune œuvre utile en subit les conséquences. [...] Éthique qui s'est bâtie à partir du travail indépendant d'avant la révolution industrielle : celui du paysan en face de sa charrue, celui de l'artisan en face de son établi.⁴⁴⁰

Ainsi, l'un des buts de la garantie contre la discrimination au travail est que chacun puisse être jugé à son mérite⁴⁴¹, à sa valeur réelle⁴⁴², en toute justice.

Si la notion de « discrimination », au sens où l'entend la plus haute cour du pays, fait grand cas du traitement des individus en fonction de leur « mérite », c'est-à-dire de leurs compétences, de leurs efforts, de leur productivité, de leurs capacités ou de leurs talents, elle semble silencieuse quant à l'importance de les traiter aussi en fonction de leurs « besoins ». Néanmoins, cette composante du concept de justice n'est pas évacuée de la définition. En assimilant à de la « discrimination » le fait « d'empêcher ou de restreindre l'accès [d'un individu] aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société »⁴⁴³, il faut bien reconnaître que l'on aménage un espace suffisant pour la prise en compte des « besoins » des personnes exclues.⁴⁴⁴

⁴³⁹ Jean KELLERHALLS, Marianne MODAK et David PERRENOUD, *Le sentiment de justice dans les relations sociales*, coll. Que sais-je ?, vol. 3301, Paris, Presses universitaires de France, 1997, 5: « Alors que dans les sociétés traditionnelles, le sentiment de justice repose sur la reconnaissance d'un ordre hiérarchique indépendant de la valeur individuelle (castes, ordres, etc.), il est assez largement fondé, dans les sociétés modernes, sur le mérite – à chacun selon ses talents ou ses efforts – et sur la volonté d'égalité. » (citations omises)

⁴⁴⁰ PARIAS, *supra*, note 12, 388. Cette conception remonterait même au temps d'Hésiode: NEMO, *supra*, note 432, 36-37

⁴⁴¹ CARON, *supra*, note 436, 69; D'ANDREA, CORRY et FORESTER, *supra*, note 428, 4-2 (par. 4:1000) et 4-38 (par. 4:4520); SWINTON, *supra*, note 127, 708

⁴⁴² DONOHUE, *supra*, note 372, 2594

⁴⁴³ *Andrews c. Law Society of British-Colombia*, *supra*, note 344, 174 (j. McIntyre, diss., non contredit sur ce point)

⁴⁴⁴ DRAPEAU, *supra*, note 384, 839: « ...l'atteinte d'une égalité réelle exige de prendre en considération les besoins particuliers reliés aux caractéristiques de certains groupes. »; SILBERMAN-ABELLA, *supra*, note 354, 4 : « Pour offrir d'égaux possibilités, il faut *inévitablement* tenir compte des besoins des divers groupes. » (nos italiques)

À titre d'illustration, le travailleur handicapé qui doit se mouvoir au moyen d'un fauteuil roulant et à qui l'employeur refuse une rampe d'accès à son lieu de travail sera victime d'une discrimination non pas tant parce qu'on lui nie ce qu'il « mérite » mais bien plutôt parce qu'on le prive de ce dont il a « besoin ». De même, la travailleuse enceinte à qui l'on refuse des pauses plus nombreuses ou à qui l'on interdit de travailler en position assise sera, selon les circonstances, l'objet d'un traitement discriminatoire parce que l'on fait fi de ses « besoins » et non de son « mérite » à proprement parler. Une conclusion similaire s'imposerait dans le cas du salarié qui voit sa demande de congé pour motif religieux rejetée. La situation particulière dans laquelle se trouvent ces employés exige donc de l'employeur qui se veut « juste » – ou du syndicat, selon le cas – qu'il tienne compte de leurs différences pour satisfaire leurs *besoins* légitimes.⁴⁴⁵

En définitive, la protection contre la discrimination dans l'emploi a d'abord et avant tout pour fin d'« enrayer l'injustice »⁴⁴⁶ en assurant à chacun le droit d'être traité en égal, soit en considération de son *mérite*, de ses *capacités* ou de ses *besoins* propres.⁴⁴⁷

Un autre objectif tout aussi fondamental se profile derrière la garantie d'égalité. Celle-ci, au même titre que la plupart des autres droits et libertés fondamentaux consacrés par les chartes et les lois sur les droits de la personne⁴⁴⁸, vise en effet à préserver la dignité

⁴⁴⁵ SILBERMAN-ABELLA, *id.*, 3; PROULX, *supra*, note 365, 646

⁴⁴⁶ Daniel PROULX. « Question de droit », *Revue Impressions*, no 20, avril 1995, 6

⁴⁴⁷ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *supra*, note 389, 44 (j. McLachlin, par. 81); KELLERHALLS, MODAK et PERRENOUD, *supra*, note 439, 34-35, rappellent avec justesse que « ...le Besoin, l'Égalité et le Mérite [...] apparaissent comme trois manières bien typées de se représenter le juste. Mais cette simplicité apparente cache un maquis de sous-règles : l'Égalité se subdivise en égalité des chances, des satisfactions et des traitements ; le Mérite reconnaît tantôt l'effort, et tantôt la productivité et le talent ; le Besoin oscille entre subjectivité et objectivité. Or, ces sous-règles sont souvent contradictoires : l'égalisation des satisfactions suppose une mise en veilleuse de l'égalité des chances ; assurer cette dernière peut exiger que l'on néglige l'égalité de traitement, etc. » (citations omises)

⁴⁴⁸ Voir, parmi bien d'autres, *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 119 et 136 (j. Dickson); *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, 592 (j. Sopinka); *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, 1167 et 1179 (j. Cory, par. 86 et 120); *R. c. Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154, 183 (j. LaForest, par. 51); *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, 457 (j. L'Heureux-Dubé, par. 63); *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand (C.S.N.)*, *supra*, note 327, 254 (j. L'Heureux-Dubé, par. 100); Luc HUPPÉ,

intrinsèque à chaque être humain⁴⁴⁹ « au moyen de l'élimination du traitement discriminatoire »⁴⁵⁰ :

La dignité humaine signifie qu'une personne ou un groupe ressent du respect et de l'estime de soi. Elle relève de l'intégrité physique et psychologique et de la prise en main personnelle. La dignité humaine est bafouée par le traitement injuste fondé sur des caractéristiques ou la situation personnelles qui n'ont rien à voir avec les besoins, les capacités et les mérites de la personne. Elle est rehaussée par des lois qui sont sensibles aux besoins, aux capacités et aux mérites de différentes personnes et qui tiennent compte du contexte sous-jacent à leurs différences.⁴⁵¹

Il est d'ailleurs révélateur que la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948 ait consacré, à son tout premier article, l'égalité de tous les êtres humains non seulement « en droits » mais aussi « en dignité ».⁴⁵²

Dans le courant d'affirmation individuelle qui marque notre époque, « ...cette « dignité » va s'affirmer comme expression d'une « différence »... »⁴⁵³ qu'il ne faut plus

« La dignité humaine comme fondement des droits et libertés garantis par la charte », (1988) 48 *R. du B.* 724; PROULX, *supra*, note 436, 410-411

⁴⁴⁹ *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, *supra*, note 382, 667 (j. LaForest, par. 54); *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, *supra*, note 349, 529-531 (j. Iacobucci, par. 51 à 54); *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, *supra*, note 382, 674 (j. McLachlin, par. 75); Véronique L. MARLEAU, « Les droits et libertés dans l'entreprise : le dépistage et l'utilisation de renseignements personnels dans le domaine de l'emploi », dans BARREAU DU QUÉBEC, *supra*, note 310, 129; PROULX, *supra*, note 200, 580; PROULX, *supra*, note 365, 636-638, 646 (note 45) et 659; TREMBLAY, *supra*, note 351, 333. Notons au passage que le recours à la notion de dignité humaine comme assise des droits et libertés fondamentaux de la personne est parfois critiqué en raison de la nature essentiellement subjective du concept: John O'MANIQUE, « Universal and Inalienable Rights : A Search for Foundations », (1990) 12 *Hum. Rts Q.* 465, 469

⁴⁵⁰ *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, *id.*, 530 (j. Iacobucci, par. 52)

⁴⁵¹ *Id.*, 530 (par. 53)

⁴⁵² Incidemment, alors que le deuxième alinéa du préambule de la *Charte québécoise* affirme que « ...tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité... », l'alinéa qui suit reconnaît notamment « ...que le respect de la *dignité* de l'être humain [...] constitu[e] le fondement de la *justice*... » (nos italiques). C'est dire la parenté qu'il y a entre les deux objectifs que la protection contre la discrimination cherche à atteindre.

dissimuler ou contenir mais plutôt tolérer et valoriser parce que chacun des membres de la famille humaine mérite, à ce titre, un égal respect.⁴⁵⁴ Cette « quête d'authenticité »⁴⁵⁵, que l'on a si souvent désignée, à tort, comme un « droit à la différence »⁴⁵⁶ n'est, en fait, que « le droit de chacun à la dignité ».⁴⁵⁷

Ainsi entendue, l'égalité, loin de s'opposer à la liberté individuelle⁴⁵⁸, contribue plutôt à favoriser son plein exercice.⁴⁵⁹ L'interdiction de la discrimination a donc pour but d'« empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles par l'imposition de désavantages, de stéréotypes et de préjugés politiques ou sociaux, et de favoriser l'existence d'une société où tous sont reconnus par la loi comme des êtres humains égaux ou comme des membres égaux de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect et la même considération. »⁴⁶⁰

⁴⁵³ MARTUCELLI, *supra*, note 359, 68. Voir à ce propos: NOËL, *supra*, note 93, 229

⁴⁵⁴ *Andrews c. Law Society of British-Colombia*, *supra*, note 344, 171 (j. McIntyre, diss., non contredit sur ce point); *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, *supra*, note 382, 667 (j. LaForest, par. 54); *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, *supra*, note 349, 525 et 529 (j. Iacobucci, par. 42 et 51); *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, *supra*, note 382, 674 (j. McLachlin, par. 74)

⁴⁵⁵ THUOT, *supra*, note 247, 116 et 176

⁴⁵⁶ La différence est d'abord un « fait »; aussi défie-t-on les lois de la sémantique en l'assimilant à un « droit ».

⁴⁵⁷ *l'riend c. Alberta*, *supra*, note 382, 535 (j. Cory, par. 67)

⁴⁵⁸ Cette opposition souventes fois faite entre la liberté et l'égalité semble au cœur de ce qui divise traditionnellement ce que nous désignons, de manière un peu simpliste, comme « la droite » et « la gauche »: NOËL, *supra*, note 49, 76

⁴⁵⁹ ROUSSEAU, *supra*, note 350, 88 (livre II, chap. XI): « ...la liberté ne peut subsister sans [l'égalité]. »; PROULX, *supra*, note 200, 579-580; RIVERO, *supra*, note 355, 167; TREMBLAY, *supra*, note 351, 333. On conviendra cependant avec Guy ROCHER, « Tension et complémentarité entre droits individuels et droits collectifs », dans Rodrigue BÉLANGER et al. (dir.), *supra*, note 30, 216, « ...que les moyens auxquels on recourt pour favoriser l'égalité peuvent requérir de restreindre certaines libertés. » (nos italiques)

⁴⁶⁰ *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, *supra*, note 349, 529 (j. Iacobucci, par. 51). Voir au même effet : *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, 487 et 492 (j. McLachlin, par. 131 et 140); *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, 583-584 (j. Iacobucci et Cory, diss., par. 128); *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, 65 (j. Cory et Iacobucci, par. 65); *Corbiere c. Canada (Ministre des affaires indiennes et du Nord canadien)*, *supra*, note 429, 251 (j. L'Heureux-Dubé, par. 58); *Colombie-*

Affaire de *justice* et de *dignité*, la garantie contre la discrimination n'est assurément pas étrangère à la lutte traditionnelle des travailleurs pour obtenir, par la reconnaissance du droit à la négociation collective, des conditions de travail justes et qui tiennent dûment compte de leur apport véritable à l'essor de l'entreprise.⁴⁶¹

Mais alors que la législation propre aux rapports collectifs de travail aspire surtout à corriger les inégalités de *droits* entre les travailleurs et ceux qui tirent profit de leur force de travail, les textes constitutionnel et législatifs destinés à protéger les personnes contre la discrimination tendent aussi, et de plus en plus semble-t-il, à rétablir entre elles l'égalité en *faits*, dans toute la mesure du possible. En application de ces diverses lois, il importe dès lors de déterminer dans quelle mesure les devoirs qui incombent aux organisations syndicales pour favoriser la réalisation de l'égalité au travail ont une nature et une portée communes.

Section 2 – La protection législative contre la discrimination exercée par le syndicat

On assimile parfois à un abus de pouvoir la conduite empreinte de discrimination.⁴⁶² Jadis, par le pouvoir économique supérieur dont il disposait généralement et les droits de direction qui lui étaient reconnus, l'employeur était en mesure d'infléchir à sa guise le processus d'embauche, les conditions de travail et les modalités de renvoi de « ses » employés. C'est en réaction aux abus observés dans l'exercice de ces prérogatives que les travailleurs en sont venus à former des syndicats.

Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU, *supra*, note 389, 44 (J. McLachlin, par. 81)

⁴⁶¹ Jean-Claude COLLI, *Libérez l'égalité*, Paris, Éd. de la Table Ronde, 1982, 211; OTIS, *supra*, note 207, 67; Daniel PROULX, «Les arrêts *Dickson* et *Renaud* ou la redéfinition des rapports hiérarchiques entre les lois sur les droits de la personne et les conventions collectives de travail», dans Denis NADEAU et Benoît PELLETIER (dir.), *Actes du colloque Relation d'emploi et droits de la personne: évolution et tensions !*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1994, 181, 184

⁴⁶² *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252, 1281 et 1284 (J. Dickson)

Le combat ainsi engagé a ultimement permis une meilleure répartition des pouvoirs entre patrons et salariés. Arrachant à l'employeur des fragments de sa puissance pour en confier subséquemment la garde aux représentants élus de l'association de leur choix, les travailleurs n'acceptaient pas moins de s'assujettir, ce faisant, à un autre ordre de contrôle, syndical celui-là. Profitable à la majorité des salariés, l'expérience allait s'avérer décevante pour certains de ceux-là confinés à la marginalité en raison, par exemple, de leur race, de leur sexe, de leur âge ou de leur religion. Ainsi, aux pratiques quelquefois discriminatoires des employeurs se superposaient celles, moins fréquentes il est vrai, des associations syndicales elles-mêmes.

Ironiquement, c'est d'abord à ces dernières que les tribunaux s'attaqueront, tout respectueux qu'ils étaient alors de la liberté d'entreprise et du droit de propriété des patrons. Puis, se rendant lentement à l'évidence que la politique du laisser-faire est source d'abus et d'arbitraire, les législateurs adopteront des lois et, ultimement, des normes constitutionnelles pour enrayer la discrimination dans l'emploi. Le respect de la justice et de la dignité étant l'affaire de tous, employeurs, syndicats et salariés deviendront peu à peu, chacun dans sa sphère d'influence, débiteurs de la garantie d'égalité en milieu de travail.

Ces développements ont imposé aux syndicats l'observance de nouveaux devoirs pour contrer la discrimination. L'un, inféré des codes du travail, contraint l'association syndicale à une juste et équitable représentation de chacun des salariés : l'autre, induit des textes portant sur les droits de la personne, lui impose, en certaines circonstances, l'obligation d'accommoder un employé pour pallier les effets discriminatoires d'une action syndicale.

A) La législation du travail et le devoir de juste représentation du syndicat

Si l'on s'en tient à la chronologie, c'est d'abord l'obligation de représenter tous les salariés de manière juste et équitable qui fut opposée aux associations syndicales

comme premier moyen de lutte contre la discrimination au travail.⁴⁶³ Produit de l'interprétation des tribunaux américains, ce devoir sera éventuellement codifié dans la plupart des lois canadiennes et provinciales encadrant les rapports collectifs de travail, dont celle du Québec. Toutefois, tant par sa nature que par la protection qu'il confère, le devoir de juste représentation constitue, au mieux, un outil bien modeste pour contrecarrer l'action syndicale discriminatoire.

1. *Une origine américaine*

Nous devons nous rendre aux États-Unis et remonter considérablement dans le temps pour retracer la genèse du devoir de juste représentation syndical. Pour ce faire, aussi bien emprunter la voie ferroviaire de notre imaginaire puisque c'est justement la discrimination raciale pratiquée dans le domaine des chemins de fer qui permettra à la Cour suprême américaine d'établir, au profit des salariés, le *duty of fair representation (DFR)*.⁴⁶⁴

Titulaire, par l'effet de la loi, d'un monopole aux fins de représenter tous les chauffeurs de locomotive et les mécaniciens de vingt et une entreprises ferroviaires, un syndicat avait pour politique de nier aux travailleurs de race noire, en minorité au sein de ces entreprises, la possibilité de devenir membre du syndicat. À un certain moment, sans informer ces travailleurs de ses intentions et sans leur offrir la possibilité de se faire entendre, le syndicat informa l'employeur de son projet de modifier la convention collective existante de manière à exclure du service tous les chauffeurs de race noire. Selon la proposition avancée, seuls des mécaniciens de race blanche allaient pouvoir être promus au rang de chauffeur de locomotive, étant par ailleurs entendu que l'employeur ne recruterait dorénavant comme mécaniciens que des travailleurs susceptibles d'être admissibles à une telle promotion – donc des Blancs !

⁴⁶³ DULUDE, *supra*, note 214, 55

⁴⁶⁴ *Steele v. Louisville & Nashville Railroad*, 323 U.S. 192 (1944)

La convention collective éventuellement signée comporta plutôt l'obligation, pour toute entreprise, de ne pas avoir à son service une proportion de chauffeurs noirs supérieure à 50%. Jusqu'à ce que ce pourcentage soit atteint dans chacune d'elles, l'employeur s'engageait à privilégier les Blancs dans l'octroi de nouveaux parcours ou pour combler des postes vacants. On instaurait en plus un système par lequel l'ancienneté accumulée par un travailleur noir dans une région donnée ne lui serait plus reconnue si on l'affectait ailleurs.

En raison d'une restructuration du service ferroviaire, les postes occupés par cinq chauffeurs noirs devinrent vacants ; en application de la nouvelle convention, cinq chauffeurs de race blanche, ni plus anciens ni plus compétents que leurs prédécesseurs, furent embauchés en leur lieu et place. En plus d'être privés de travail pendant quelques jours, les chauffeurs de couleur allaient devoir accepter, à leur retour, un travail physiquement plus exigeant et moins bien rémunéré.

Appelée à apprécier la légalité de la conduite syndicale dans les circonstances, la Cour suprême américaine la jugeait contraire à un « principe d'application générale » selon lequel le pouvoir d'agir pour le compte des autres emporte l'obligation d'exercer ce pouvoir dans leur intérêt.⁴⁶⁵ À la manière d'une législature à qui la Constitution impose d'offrir une égale protection de la loi à chaque citoyen, le syndicat à qui la loi attribue un monopole de représentation doit, conclura la Cour, veiller aux intérêts de tous les salariés⁴⁶⁶ de manière équitable et impartiale, en toute bonne foi, sans faire preuve de discrimination à leur endroit.⁴⁶⁷ Le devoir syndical de juste représentation était né.⁴⁶⁸

⁴⁶⁵ *Id.*, 202 (j. Stone). Dans cette veine, la Cour suprême des États-Unis assimilait plus récemment le devoir de juste représentation du syndicat envers les salariés aux devoirs du fiduciaire envers le bénéficiaire, de l'avocat envers le client ou de l'administrateur envers l'actionnaire: *Air Line Pilots Association, International v. O'Neill*, *supra*, note 259, 74-75 (j. Stevens)

⁴⁶⁶ *Steele v. Louisville & Nashville Railroad*, *id.*, 202-203 (j. Stone)

⁴⁶⁷ *Id.*, 204: « ...without hostile discrimination, fairly, impartially, and in good faith. » (j. Stone)

⁴⁶⁸ D'emblée, la Cour suprême du Canada a reconnu la paternité de son homologue américaine: *Guilde de la marine marchande du Canada c. Gagnon*, [1984] 1 R.C.S. 509, 522 (j. Chouinard); *Gendron c. Syndicat des approvisionnement et services de l'Alliance de la fonction publique du Canada*, section

2. Une nature bien ordinaire

C'est par une interprétation, toute simple dirions-nous, d'une loi particulière régissant les rapports collectifs de travail dans le domaine des chemins de fer⁴⁶⁹ que la plus haute juridiction américaine est parvenue à ce résultat. À l'exception des notes concordantes de l'un des juges⁴⁷⁰, on cherche en vain dans l'opinion de la Cour le moindre appel à des valeurs suprêmes comme la justice ou la dignité de la condition humaine pour justifier sa conclusion. Certes, elle réfère au « mérite » des salariés mais l'allusion s'inscrit dans un passage qui a pour seule fin d'illustrer des critères de distinction qui placeraient le syndicat à l'abri de toute intervention judiciaire.

En fait, la seule raison pour laquelle l'on semble prêt à exiger du syndicat une représentation juste et équitable de l'ensemble des salariés tient au fait que la loi lui attribue, sous ce rapport, un monopole dont il importe, selon la Cour, d'amoindrir la rigueur. En d'autres termes, ce qui motivera la création de ce nouveau devoir syndical, ce n'est pas tant le noble souci de rétablir l'égalité au travail que celui d'atténuer l'atteinte à l'autonomie individuelle des salariés qui se voient, par l'effet de la loi, contraints d'être représentés par une association choisie par une majorité de leurs collègues.⁴⁷¹ Prononcé à une époque et dans un pays où la liberté prime toute autre

locale 50057, [1990] 1 R.C.S. 1298, 1309-1311 (J. L'Heureux-Dubé); *Centre hospitalier Régina Ltée c. Tribunal du travail*, [1990] 1 R.C.S. 1330, 1344: « Cette obligation a pris naissance dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis... » (J. L'Heureux-Dubé)

⁴⁶⁹ Notons que la Cour suprême des États-Unis allait subséquemment adopter la même interprétation au regard, cette fois, de la loi *Wagner* : *Ford Motor Co. v. Huffman*, 345 U.S. 330 (1953)

⁴⁷⁰ *Steele v. Louisville & Nashville Railroad*, *supra*, note 464, 208, où le juge Murphy accuse ses collègues d'éluder la véritable question: « The utter disregard for the dignity and the well-being of colored citizens shown by this record is so pronounced as to demand the invocation of constitutional condemnation. To decide the case and to analyze the statute *solely upon the basis of legal niceties*, while remaining mute and placid as to the obvious and oppressive deprivation of constitutional guarantees, is to make the judicial function something less than it should be. » (nos italiques)

⁴⁷¹ La Cour suprême des États-Unis le reconnaîtra plusieurs années plus tard: *Motor Coach Employees v. Lockridge*, 403 U.S. 274 (1971), 301: « The duty of fair representation was judicially evolved [...] to enforce fully the important principle that no individual union member may suffer invidious, hostile treatment at the hands of the majority of his coworkers. » (J. Harlan)

valeur, y compris l'égalité, l'arrêt n'a pas de quoi surprendre. Il n'en exercera pas moins une influence considérable ici.

En effet, les principes qu'il consacre ont directement inspiré le Parlement canadien et plusieurs législatures provinciales⁴⁷², dont celle du Québec.⁴⁷³ Ainsi, en 1977, l'Assemblée nationale intégrait dans le *Code du travail*⁴⁷⁴ le devoir de juste représentation syndical, reconnu jusque-là par la jurisprudence⁴⁷⁵ :

47.2 Une association accréditée ne doit pas agir de mauvaise foi ou de manière arbitraire ou discriminatoire, ni faire preuve de négligence grave à l'endroit des salariés compris dans une unité de négociation qu'elle représente, peu importe qu'ils soient ses membres ou non.

À la même époque, la Chambre des communes amendait le *Code canadien du travail*⁴⁷⁶ pour y ajouter un article similaire au bénéfice des salariés des « entreprises fédérales ». Quoiqu'elle ait été remaniée en 1984, à la suite d'une modification législative⁴⁷⁷, la disposition est toujours présente dans la version actuelle des lois révisées du Canada⁴⁷⁸ :

⁴⁷² *Guilde de la marine marchande du Canada c. Gagnon*, *supra*, note 468, 516 (J. Chouinard); Elizabeth MCINTYRE, « The Duty to Accommodate at Arbitration : A Union Viewpoint », (1996-97) *Lab. Arb. Y.B.* 277, 278

⁴⁷³ Pour une nomenclature des lois qui comportent une disposition consacrant le devoir de juste représentation, voir: BENTHAM, *supra*, note 118, 4 (note 13); SACK, GOLDBLATT, MITCHELL, *DFR : Duty of Fair Representation: A Guide for Trade Unionists*, Toronto, Lancaster House, 1992, chap. 7, 72-77

⁴⁷⁴ *Supra*, note 211, art. 47.2

⁴⁷⁵ Pour un éventail des décisions québécoises à cet effet, voir: Denis NADEAU, « L'obligation de représentation en droit québécois : pour une « renaissance » du recours en dommages des salariés lésés ! », (1988) 48 *R. du B.* 595, 601-602 (note 16)

⁴⁷⁶ *Loi modifiant le Code canadien du travail*, S.C. 1977-78, c. 27, art. 49

⁴⁷⁷ BENTHAM, *supra*, note 118, 4 (note 15); *Loi modifiant le Code canadien du travail et la Loi sur l'administration financière*, S.C. 1984, c. 39, art. 28. L'observateur attentif ne manquera pas de constater les différences entre la version française de ce dernier article et la version française de ce même article intégré, cette fois, dans les lois révisées de 1985.

⁴⁷⁸ *Supra*, note 178, art. 37. Incidemment, le paragraphe 69(2) du Code ajoute: « Le syndicat qui, aux termes d'une convention collective, s'occupe du placement de demandeurs d'emploi pour l'employeur est tenu d'établir des règles à cette fin et de les appliquer de façon juste et non

37. Il est interdit au syndicat, ainsi qu'à ses représentants, d'agir de manière arbitraire ou discriminatoire ou de mauvaise foi à l'égard des employés de l'unité de négociation dans l'exercice des droits reconnus à ceux-ci par la convention collective.

Quant aux salariés de la fonction publique fédérale, ils bénéficient d'une protection similaire contre la discrimination syndicale aux termes du second paragraphe de l'article 10 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*⁴⁷⁹:

10. [...]

(2) Il est interdit à l'organisation syndicale, ainsi qu'à ses représentants, d'agir de manière arbitraire ou discriminatoire ou de mauvaise foi en matière de représentation des fonctionnaires qui font partie de l'unité dont elle est l'agent négociateur.

Toutefois, que notre regard se porte sur le *Code du travail* québécois ou sur la législation fédérale, un constat s'impose : rien dans ces lois n'indique qu'un statut particulier doit être reconnu aux dispositions par lesquelles l'on consacre, en termes exprès, l'obligation des syndicats d'assurer aux salariés une représentation juste et équitable.

Que l'on considère le libellé de ces articles ou encore l'endroit où l'on a jugé bon de les insérer⁴⁸⁰, rien ne témoigne d'une quelconque intention d'en affirmer la « noblesse » ou la nature « fondamentale ». Les législateurs québécois et canadien n'ont pas daigné

discriminatoire. » Les alinéas *f)* et *g)* de l'article 95 interdisent pour leur part au syndicat de pratiquer la discrimination contre les salariés dans l'application des règles d'adhésion ou des normes de discipline.

⁴⁷⁹ L.R.C. (1985), c. P-35. Le lecteur voudra bien noter qu'afin d'alléger le texte, l'expression « codes du travail », que nous employons ci-après, visera aussi cette loi fédérale.

⁴⁸⁰ La position d'un article, par rapport aux autres dispositions qui l'escortent dans une loi donnée, peut constituer, en certaines circonstances, un indice de l'importance que le législateur lui accorde: Ghislain OTIS et Christian BRUNELLE, « La Charte des droits et libertés de la personne et la tenue vestimentaire à l'école publique », (1995) 36 *C. de D.* 599, 617

attribuer à ces dispositions ni aux lois qui les renferment, si importantes soient-elles, une quelconque primauté sur d'autres règles de droit en affirmant, par exemple, la préséance du code sur toute disposition incompatible d'une autre loi générale ou spéciale.⁴⁸¹

Bien qu'elle ait reçu ici l'aval des élus, la protection jurisprudentielle contre la discrimination syndicale apparaît donc bien ordinaire. Corollaire obligé du monopole de représentation aménagé exclusivement en faveur de l'association accréditée⁴⁸², le devoir de juste représentation, dans sa formulation jurisprudentielle comme législative, traduit des ambitions plutôt modérées. L'étude de sa portée, que nous entreprenons maintenant, suffira pour s'en convaincre.

3. Une portée limitée

Avant que le Parlement canadien et la Législature du Québec n'intègrent dans leurs codes du travail respectifs le devoir syndical de juste représentation concocté par les cours américaines, celles-ci avaient eu maintes occasions d'en préciser la teneur.⁴⁸³

⁴⁸¹ Sans être répandu, le recours à ce procédé s'observe à l'occasion. Voir, à titre d'exemples, la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q., c. A-2. CREVER, *supra*, note 75, 648; CREVER, *supra*, note 4, 80; PYNES, *supra*, note 7, 32.

⁴⁸² Tant la jurisprudence que la doctrine semblent unanimes à voir dans ce monopole l'assise même du devoir de juste représentation: *Gilde de la marine marchande du Canada c. Gagnon*, *supra*, note 468, 526 (j. Chouinard); *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la fonction publique du Canada, section locale 50057*, *supra*, note 468, 1315 (j. L'Heureux-Dubé); *Centre hospitalier Régina Ltée c. Tribunal du travail*, *supra*, note 468, 1345 (j. L'Heureux-Dubé); *Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec Inc. c. Bastien*, *supra*, note 267, 705-706 (j. Rousseau-Houle); COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *Les organisations syndicales face à la discrimination* (rédaçtion : Michel COUTU), Cahier 7, Montréal, Commission des droits de la personne du Québec, 1984, 32; CHRISTIAN, *supra*, note 216, 8; Kaye JOACHIM, « The Meaning of "Discrimination" in the Duty of Fair Representation », (1999) 7 *C.L.E.L.J.* 91, 92; Fredric C. LEFFLER, « Piercing the Duty of Fair Representation : The Dichotomy Between Negotiations and Grievance Handling », (1979) *U. Ill. L. Forum* 35, 36; MACNEIL, LYNK et ENGELMANN, *supra*, note 236, 7-2 (par. 7.40); NADEAU, *supra*, note 475, 601-602.

⁴⁸³ L'étude détaillée de la jurisprudence américaine sous ce rapport excède le cadre restreint de l'analyse que nous proposons ici. D'autres avant nous en ont fait une étude satisfaisante: LEFFLER, *id.*; Martin H. MALIN et Lorraine A. SCHMALL, *Individual Rights Within the Union*, Washington D.C., BNA Books, 1988, chap. 8, 346-421; MALIN, *supra*, note 220; Clyde W. SUMMERS, « The Individual Employee's Rights under the Collective Agreement : What Constitutes Fair

Ainsi ont-elles très tôt reconnu que l'obligation d'offrir aux salariés une représentation juste s'appliquait tant au stade de la négociation de la convention collective qu'au moment de son application par le syndicat.⁴⁸⁴

Vaste en apparence, la portée de ce devoir syndical se révèle néanmoins restreinte. En effet, la protection correspondante offerte aux salariés ne les prémunit pas contre toute décision syndicale préjudiciable à leur égard. Selon la Cour suprême américaine, l'association accréditée doit rester maître de l'arbitrage des revendications opposées entre les employés qu'elle représente ; c'est à elle que revient la tâche ultime de déterminer où loge l'intérêt du collectif des travailleurs. Elle doit bénéficier, sous ce rapport, d'une latitude très étendue aux fins d'apprécier ce qui apparaît le choix le plus judicieux eu égard aux circonstances.⁴⁸⁵

Conséquemment, à moins que cette appréciation ne soit faite de manière arbitraire, discriminatoire ou de mauvaise foi, l'association aura satisfait les exigences sous-jacentes à son devoir de juste représentation.⁴⁸⁶ Pour mieux dire, l'on jugera la conduite du syndicat irréprochable si celui-ci a exercé sa discrétion en toute bonne foi et dans un but louable⁴⁸⁷, même si certains salariés en subissent des inconvénients ou sont exposés à un préjudice résultant de la décision prise.

Representation ? », dans Jean T. MCKELVEY (dir.), *The Duty of Fair Representation*, New-York, New York State School of Industrial & Labour Relations, Cornell University, 1977, 60-83 (également publié dans : (1977) 126 *U. Pa. L. Rev.* 251)

⁴⁸⁴ Dès l'arrêt *Steele v. Louisville & Nashville Railroad*, *supra*, note 464, la Cour suprême américaine semblait déjà disposée à reconnaître aux salariés minoritaires « ...the right to have their interests considered at the conference table and [in] the final result of the bargaining process... » (j. Stone, 200) (nos italiques), ce qu'elle allait d'ailleurs admettre sans équivoque par la suite: *Conley v. Gibson*, 355 U.S. 41 (1957), 46 (j. Black)

⁴⁸⁵ La jurisprudence emploie l'expression « ...wide range of reasonableness... »: *Ford Motor Co. v. Huffman*, *supra*, note 469, 338 (j. Burton) (nos italiques); *Humphrey v. Moore*, 375 U.S. 335 (1964), 349 (j. White) ; *Air Line Pilots Association, International v. O'Neill*, *supra*, note 259, 78 (j. Stevens)

⁴⁸⁶ *Vaca v. Sipes*, 386 U.S. 171 (1967), 190 (j. White)

⁴⁸⁷ *Ford Motor Co. v. Huffman*, *supra*, note 469, 338: « A wide range of reasonableness must be allowed a statutory bargaining representative in serving the unit it represents, subject always to *complete good faith and honesty of purpose* in the exercise of its discretion. » (j. Burton) (nos italiques). Plus récemment, la Cour suprême des États-Unis affirmait : « The doctrine of fair representation is an important check on the arbitrary exercise of union power, but it is a *purposefully limited check*... » :

C'est à ces mêmes principes que les législateurs québécois et fédéral ont voulu donner une assise législative en édictant les articles 47.2 du *Code du travail* du Québec, 37 du *Code canadien du travail* et 10(2) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*. Si l'on s'en tient à la seule protection contre la « discrimination », la comparaison entre ces dispositions et la jurisprudence qui s'est employée à en définir les contours montre qu'il y a entre elles une parfaite identité. Seule différence notable, le Parlement fédéral, contrairement à la Législature du Québec⁴⁸⁸, est venu limiter le devoir de juste représentation prévu par le *Code canadien du travail* au seul domaine de l'*application* de la convention collective, entendant ainsi laisser aux associations accréditées une autonomie plus appréciable à la table des *négociations*. Les tribunaux canadiens se sont toutefois appliqués à restreindre la portée de cette exclusion⁴⁸⁹ en jugeant l'article 37 applicable « à la négociation d'un protocole d'entente, d'une annexe, ainsi qu'au renouvellement d'une convention collective ».⁴⁹⁰

Du reste, qu'il s'agisse de la législation québécoise ou fédérale, le devoir de juste représentation qu'elle consacre apparaît de même nature. Il n'emporte pas l'obligation *positive* d'assurer l'égalité entre les salariés ; au mieux exige-t-il du syndicat qui jouit du droit exclusif de les représenter, qu'il s'*abstienne* de pratiquer la discrimination contre certains d'entre eux.⁴⁹¹ En ce sens, les codes du travail sont créateurs d'une obligation de moyens⁴⁹², pour emprunter au droit civil.

United Steelworkers of America, AFL-CIO-CLC v. Rawson, 495 U.S. 362 (1990), 374 (j. White) (nos italiques)

⁴⁸⁸ Anne-Marie BRUNET, « Les obligations du syndicat accrédité envers les salariés qu'il représente », *Marché du travail*, vol. 12, no 4, avril 1991, 9, 84 ; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *supra*, note 482, 33

⁴⁸⁹ BENTHAM, *supra*, note 118, 4-11 ; Sylvain LEPAGE, « Les pratiques défavorables au nouveau salarié dans la convention collective : le cas de la double échelle », (1989) 30 *C. de D.* 525, 536-537

⁴⁹⁰ *Gérard Racine et autres*, (1993) 92 di 118 (CCRT n° 1026), 130 (Me Serge Brault). Toutefois, dans l'affaire *James H. Rousseau*, (1996) 102 di 17 (CCRT n° 1173), 24, le Conseil affirme, en *obiter*, qu'«[e]n vertu de l'article 37 du *Code canadien du travail*, naturellement, le devoir de juste représentation ne s'applique qu'à l'égard des « droits reconnus ... par la convention collective ». » (Me J.F.W. Weatherhill, président)

Par ailleurs, il importe de rappeler que la corrélation établie entre la concession d'un monopole de représentation à l'association accréditée et l'exigence que celui-ci soit exercé de manière juste et équitable découle d'une caractéristique fondamentale de notre régime des rapports collectifs de travail : les salariés qui ne sont pas favorables au syndicat formé par une majorité de leurs collègues ne disposent pas de la faculté d'être représentés par une association concurrente de leur choix. En revanche, les employés qui ne sont pas partie de l'unité d'accréditation jouissent pleinement de cette faculté. Partant, l'association accréditée ne sera pas débitrice d'une quelconque obligation de juste représentation envers ces personnes ; seuls les salariés qui occupent une fonction visée par l'accréditation pourront prétendre à un véritable « droit » d'être justement représentés par le syndicat en place.⁴⁹³

C'est dire que toute mesure syndicale qui s'avère discriminatoire contre une personne qui n'est pas titulaire d'un poste compris dans l'unité de négociation pourrait être soustraite à l'application des articles 47.2 du *Code du travail* du Québec, 37 du *Code canadien du travail*⁴⁹⁴ ou 10(2) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*. Dans ce contexte, les candidats à l'embauche⁴⁹⁵ ou les travailleurs retraités⁴⁹⁶,

⁴⁹¹ BENTHAM, *supra*, note 118, 19 et 40. Pour un point de vue contraire mais qui semble prendre davantage appui sur la *Charte québécoise* que sur les termes « négatifs » (...ne doit pas agir...de manière...discriminatoire...) de l'article 47.2 du *Code du travail*, voir : COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *supra*, note 482, 64-65

⁴⁹² COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *id.*, 81

⁴⁹³ *Larouche c. Boulangerie Racine Liée*, (1987) R.L. 330 (C.A. Qué.). C'est incidemment ce qui s'infère du premier principe formulé par la Cour suprême du Canada en ce qui a trait au « devoir de représentation d'un syndicat » : *Gilde de la marine marchande du Canada c. Gagnon*, *supra*, note 468, 527 : « Le pouvoir exclusif reconnu à un syndicat d'agir à titre de porte-parole des employés faisant partie d'une unité de négociation comporte en contrepartie l'obligation de la part du syndicat d'une juste représentation de tous les salariés *compris dans l'unité*. » (j. Chouinard) (nos italiques)

⁴⁹⁴ Sous réserve, dans ce dernier cas, des termes du par. 69(2) reproduits précédemment, *supra*, note 478

⁴⁹⁵ Rappelons qu'une fois embauchés, ceux-ci sont clairement liés par la convention collective négociée par l'association accréditée : art. 67 du *Code du travail* ; art. 56 *Code canadien du travail*. En ce sens, Marie-France BICH, « Clauses orphelins et devoir de juste représentation : quelques réflexions en forme de réquisitoire », dans COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *L'équité entre générations et les clauses « orphelins » : des droits à défendre*,

par exemple, pourraient bien être contraints de chercher ailleurs une protection contre la discrimination syndicale.⁴⁹⁷

Somme toute, par sa nature, les limites inhérentes qu'il comporte et le nombre restreint des personnes susceptibles d'en tirer avantage, le devoir de juste représentation syndical ne se distingue pas précisément par son envergure. Création jurisprudentielle dont les législateurs ont simplement pris acte sans pour autant la fortifier⁴⁹⁸, l'obligation faite aux associations syndicales de ne pas pratiquer la discrimination contre les salariés apparaît plutôt exsangue au premier abord. Avant de décortiquer plus amplement la notion de « discrimination » qu'elle véhicule, il importe d'évoquer les obligations qui incombent aux syndicats en vertu cette fois des textes portant sur les droits fondamentaux de la personne.

Actes du Forum droits et libertés, Montréal, 1999, 47, 59, a raison d'écrire que le syndicat est « tenu à une vision prospective de son devoir de juste représentation ».

⁴⁹⁶ Il faut admettre que la question n'est pas exempte de difficultés : voir l'étude qu'en fait la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Dayco (Canada) Ltd c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230, 281-305. À la page 304, le juge LaForest affirme : « Les retraités risquent de ne pas avoir le droit de porter contre le syndicat une plainte de représentation inéquitable, puisque ce droit semble être réservé, en Ontario, aux membres actuels de l'unité de négociation... ». Nous pensons qu'un même constat s'impose eu égard à la législation québécoise ou fédérale. Il est vrai qu'on retrouve, en jurisprudence américaine surtout, des cas où l'on a jugé que le devoir de juste représentation du syndicat lui impose de respecter les droits individuels des salariés retraités. Cependant, dans la mesure où, précisément en raison du statut de « retraités » de ces ex-salariés, le syndicat ne dispose plus d'un monopole de représentation à leur endroit, la logique semble impuissante à expliquer, sur un plan purement juridique, une pareille extension du devoir de juste représentation syndicale : MALIN et SCHMALL, *supra*, note 483, 430-433; MALIN, *supra*, note 220, 158-159 (et la jurisprudence qu'il cite à sa note 150); OFFEN SIMON, *supra*, note 268, 974; RABIN, *supra*, note 320, 215. D'ailleurs, la Cour d'appel du Québec considère qu'un syndicat ne manque pas à son devoir de juste représentation lorsqu'il négocie des avantages de nature pécuniaire qui sont octroyés, de façon rétroactive, aux seuls salariés encore au service de l'employeur au moment de la signature de la convention collective, excluant ainsi les salariés qui ont pu quitter leur emploi pendant la période des négociations : *Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57 (SIEPB), CTC-FTQ c. Tremblay*, [2000] R.J.Q. 1098 (C.A.) (autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada demandée : CSC n° 27965).

⁴⁹⁷ BENTHAM, *supra*, note 118, 16-17

⁴⁹⁸ Sauf en ce qui a trait aux voies de recours possibles et à la condamnation de la « négligence grave » au Québec (laquelle est exclue de la protection offerte par la jurisprudence américaine: MALIN, *supra*, note 220, 141), la codification du devoir de juste représentation n'en a pas altéré la teneur : *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la fonction publique du Canada, section locale 50057*, *supra*, note 468, 1316 (J. L'Heureux-Dubé); *Centre hospitalier Régina Ltée c. Tribunal du travail*, *supra*, note 468, 1346: « Le devoir de juste représentation, tel que codifié

B) La législation sur les droits de la personne et le devoir d'accommodement du syndicat

Le devoir de juste représentation a pris naissance dans une affaire qui mettait en évidence un cas flagrant de discrimination raciale, à une époque où les mesures législatives pour combattre ce fléau étaient inexistantes.⁴⁹⁹ Bien que la lecture des précédents donnent relativement peu d'indices à ce propos, certains ont vu dans cette création jurisprudentielle une tentative voilée d'assurer la protection des droits fondamentaux de la personne sous le couvert d'une interprétation des lois régissant les rapports collectifs de travail.⁵⁰⁰

À partir des années quarante, quelques lois visant à protéger ces droits et libertés font peu à peu leur apparition au Canada anglais.⁵⁰¹ Dotées d'un mode de sanction de nature essentiellement pénale, leur efficacité reste encore à démontrer aujourd'hui.⁵⁰² C'est plutôt le vent des années soixante qui dissémine les germes d'une véritable protection

à l'art. 47.2 C.t., ne diffère pas de manière notable de celui élaboré par la jurisprudence avant 1977. » (j. L'Heureux-Dubé)

⁴⁹⁹ James E. JONES Jr., « The Origins of the Concept of the Duty of Fair Representation », dans MCKELVEY (dir.), *supra*, note 483, 25

⁵⁰⁰ MALIN, *supra*, note 220, 159

⁵⁰¹ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, *supra*, note 344, 172 (j. McIntyre). On pourra en savoir plus à ce propos en consultant les écrits des auteurs cités, *supra*, note 372. Aux États-Unis, un décret du gouvernement Roosevelt interdisait, dès juin 1941, la discrimination fondée sur la race, la religion, la couleur et l'origine ethnique dans les industries de la défense ou les institutions gouvernementales fédérales et requérait l'insertion d'une clause antidiscrimination dans les contrats avec les entreprises militaires. Certains ont vu dans ces mesures l'embryon des futures lois contre la discrimination : BURSTEIN, *supra*, note 299, 8; Harold LEVY, « Civil Rights in Employment and the Multinational Corporations », (1976-77) 10 *Cornell Int'l L.J.* 87, 88-89. Pour en savoir plus sur le sujet, voir : DAVID, *supra*, note 299, 187-188; Walter TARNOPOLSKY, *Discrimination and the Law*, Toronto, Richard De Boo Ltd, 1982, 122-126

⁵⁰² Le procédé qui consistait à dissuader les citoyens de pratiquer la discrimination sous peine de sanction pénale était bien peu efficace: BLACK, *supra*, note 310, 21; HOWE et JOHNSON, *supra*, note 292, 244; MACNEIL, LYNK et ENGELMANN, *supra*, note 236, 11-2 (par. 11.50); MCLACHLIN, *supra*, note 356, 562. Le fait que les doigts d'une seule main suffisent, encore aujourd'hui, pour faire le décompte des poursuites pénales qui se sont soldées par une condamnation, aux termes de l'article 134 de la *Charte québécoise*, révèle que les choses n'ont pas vraiment changé à cet égard.

contre la discrimination.⁵⁰³ Cette brise, qui balayera lentement les idées reçues, elle soufflera notamment du Sud.⁵⁰⁴

En cette période, un écheveau tissé d'émeutes raciales, d'actes de violence contre certains activistes, de manifestations publiques à grand déploiement, de visées électoralistes et de mentalités qui évoluent, sous l'effet choc de l'importante couverture que les médias font des événements, enveloppe la nation américaine.⁵⁰⁵ L'effet conjugué de ces facteurs et l'appui grandissant que recueillent alors les revendicateurs d'égalité⁵⁰⁶ vont paver la voie à l'adoption d'une loi destinée à garantir aux citoyens des États-Unis une protection contre la discrimination, notamment dans l'emploi.⁵⁰⁷ Dorénavant les rapports collectifs de travail devront être exempts de pratiques discriminatoires, qu'elles soient fondées sur la race, la religion, la couleur, l'origine nationale ou le sexe⁵⁰⁸ d'une personne.

⁵⁰³ BLACK, *id.*, 23; DAVID, *supra*, note 299, 183-184

⁵⁰⁴ C'est sans doute pourquoi DÉOM, *supra*, note 328, 969 (note 5), affirme qu'«[a]u niveau national, c'est le gouvernement américain qui, le premier, a adopté des législations anti-discriminatoires.» Il est vrai qu'en 1960, le Parlement canadien avait promulgué la *Déclaration canadienne des droits*, *supra*, note 417, par laquelle il reconnaissait « le droit de l'individu à l'égalité devant la loi », « quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe » (art. 1b). Toutefois, cette disposition est restée sans effet sur les rapports collectifs de travail du fait que sa portée fut limitée aux seuls actes de l'administration publique: *Procureur général du Canada c. Lavell*, *supra*, note 345, 1373 (J. Ritchie). Du reste, près de quarante ans après son adoption, l'application de cette loi aux rapports de droit privé apparaît encore incertaine: Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 3^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1997, 904

⁵⁰⁵ BURSTEIN, *supra*, note 299, 91 et 178

⁵⁰⁶ Sur la nature de ces appuis, voir: BURSTEIN, *id.*, 105-106; DAVID, *supra*, note 299, 184

⁵⁰⁷ *Civil Rights Act of 1964*, 42 USC § 2000. Pour en savoir davantage sur la genèse de cette loi, voir: Francis J. VAAS, « Title VII : Legislative History », (1965-66) 7 *B.C. Int'l & Comp. L. Rev.* 431

⁵⁰⁸ Aussi invraisemblable que cela puisse paraître, le « sexe » ne figurait pas parmi les critères de discrimination prohibés dans les versions préliminaires de la loi: BURSTEIN, *supra*, note 299, 18. C'est à la suggestion d'un sénateur républicain que l'on accepta de discuter la question de l'insertion de ce nouveau critère de distinction illicite dans la version finale de la loi. Croyant qu'une majorité de ses collègues allaient s'opposer farouchement à l'ajout « absurde » qu'il proposait, l'élus espérait ainsi que le projet de loi soit ultimement défilé. Heureusement, la suite des événements allait lui donner tort: Jo FREEMAN, « How 'Sex' Got into Title VII : Persistent Opportunism as a Maker of Public Policy », (1991) 9 *Law & Ineq. J.* 163; Steven D. JAMAR, « Accommodating Religion at Work : A Principled Approach to Title VII and Religious Freedom », (1996) 40 *N.Y.L. Sch. L. Rev.* 719, 730 (note 45); D'Andrea MILLSAP, « Reasonable Accommodation of Pregnancy in the

Surprenante de prime abord, la décision du Congrès américain de procéder à cette réforme par le truchement d'une loi distincte, plutôt qu'au moyen d'une simple modification de la loi *Wagner*, s'explique par une multitude de facteurs:

Le petit nombre de syndiqués, la faiblesse du mouvement syndical, dont les effectifs représentent une proportion de plus en plus faible de la main-d'œuvre, l'absence d'un parti ouvrier de masse véhiculant un programme politique de justice distributive, l'importance des droits de la direction dans l'entreprise qui limitent les droits collectifs des travailleurs et travailleuses sont, notamment, des éléments qui permettent de comprendre pourquoi les dispositions concernant l'égalité en emploi ne sont pas intégrées à la législation du travail mais à une loi de portée très générale. Cela explique aussi, en partie, pourquoi le mandat de mettre en application ces dispositions a été confié à une agence gouvernementale, sans aucun lien avec les principaux intervenants qui structurent les relations de travail par voie de négociation, et pourquoi les syndicats ont été totalement exclus du processus.⁵⁰⁹

La législation américaine sera particulièrement inspirante pour les élus d'ici. S'inscrivant dans un courant international de sensibilisation aux droits et libertés fondamentaux de la personne, elle promeut non seulement l'égalité au travail mais elle crée en outre un organisme administratif, l'*Equal Employment Opportunity Commission (EEOC)*, chargé d'en assurer la mise en œuvre.⁵¹⁰

Workplace: A Proposal to Amend the Pregnancy Discrimination Act », (1996) 32 *Hous. L. Rev.* 1411, 1415 (note 18); Elizabeth ROTH, « Sex Discrimination: The Civil Rights History of Sex : A Sexist, Racist, Congressional Joke », *A.B.A. L. Prac. Mgmt.*, septembre 1993, 26; Suzanne UTTARO SAMUELS, *Fetal Rights. Women's Rights: Gender Equality in the Workplace*, Madison, The University of Wisconsin Press, 1995, 65

⁵⁰⁹ DAVID, *supra*, note 299, 184. Cette exclusion des « principaux intervenants qui structurent les relations de travail par voie de négociation » était bien réelle. À preuve, les employeurs, pourtant directement touchés par la loi, n'ont pas fait contrepoids aux pressions exercées par les différents groupes qui y étaient favorables, ce qui demeure inexplicable: BURSTEIN, *id.*, 107

Au Canada anglais, la plupart des législatures provinciales verront là le modèle à suivre.⁵¹¹ Le législateur québécois, loin d'y puiser toute son inspiration⁵¹², n'y sera néanmoins pas complètement indifférent alors que son homologue fédéral acceptera plus volontiers d'emprunter la voie américaine. Ainsi, le premier adoptera en 1975 la *Charte des droits et libertés de la personne* qui consacrait enfin⁵¹³, au plan législatif, le principe de non-discrimination et créait la Commission des droits de la personne pour en faire la promotion et en assurer le respect; le second l'imitera en 1977 en promulguant la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et en constituant la Commission canadienne des droits de la personne.

Un peu à la manière américaine, l'on marquait ainsi, d'une certaine façon, l'intention de ne plus laisser aux seules associations syndicales le soin d'assurer aux travailleurs la protection de leur droit à l'égalité dans l'emploi. Bien plus, on imposait aux syndicats de nouvelles obligations à cet égard.

Certes, en prohibant la « discrimination dans l'embauche, l'apprentissage, la durée de la période de probation, la formation professionnelle, la promotion, la mutation, le déplacement, la mise à pied, la suspension, le renvoi ou les conditions de travail d'une personne ainsi que dans l'établissement de catégories ou de classifications

⁵¹⁰ L'idée de créer un organisme administratif à cette fin serait inspirée de la législation new-yorkaise: HOWE et JOHNSON, *supra*, note 292, 245

⁵¹¹ DAVID, *supra*, note 299, 185; André MOREL, « L'originalité de la Charte québécoise en péril », dans BARREAU DU QUÉBEC, *supra*, note 390, 66

⁵¹² En fait, il nous faut reconnaître que le principe d'égalité véhiculé par la *Charte québécoise* s'inspire surtout de normes internationales: *Québec (Ville) c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1989] R.J.Q. 831 (C.A.) (autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée: [1989] 2 R.C.S. vii), 841 (J. Nichols); Madeleine CARON, « Le droit à l'égalité dans le Code civil et dans la Charte québécoise des droits et libertés », (1985) 45 *R. du B.* 345, 363-364; Madeleine CARON, « L'égalité sous le Code civil : l'incidence des Chartes », (1990) 24 *R.J.T.* 433, 436; CARON, *supra*, note 390, 42-43; André MOREL, « La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne », (1987) 21 *R.J.T.* 1, 17-18; Colleen SHEPPARD, « The Promise and Practice of Protecting Human Rights: Reflections on the *Charter of Human Rights and Freedoms* », dans *Mélanges Paul-André Crépeau*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1997, 641, 648

⁵¹³ Faut-il rappeler que, parmi toutes les provinces canadiennes, le Québec fut bon dernier à se pourvoir d'une loi sur les droits de la personne: PROULX, *supra*, note 366, 385 (note 3)

d'emploi »⁵¹⁴, le législateur québécois offrait aux organisations syndicales un nouvel arsenal contre les pratiques discriminatoires des employeurs. Mais de toutes ces armes, certaines étaient à double tranchant. En effet, à titre de négociateur exclusif des « conditions de travail » des salariés, le syndicat était à son tour pointé par le canon de la *Charte québécoise*.

Puis une autre disposition de cette même loi est venue ajouter aux exigences posées jusque-là par la jurisprudence :

17. Nul ne peut exercer de discrimination dans l'admission, la jouissance d'avantages, la suspension ou l'expulsion d'une personne d'une association d'employeurs ou de salariés ou de toute corporation professionnelle ou association de personnes exerçant une même occupation.

Malgré une formulation plus alambiquée, la *Loi canadienne* n'en est pas moins au même effet. Elle assimile d'abord à un « acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait [...] de défavoriser [un individu] en cours d'emploi ».⁵¹⁵ Ensuite, s'adressant plus directement aux organisations syndicales, la loi fédérale précise :

9. (1) Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, pour une organisation syndicale :

- a) d'empêcher l'adhésion pleine et entière d'un individu ;
- b) d'expulser ou de suspendre un adhérent ;
- c) d'établir, à l'endroit d'un adhérent, ou d'un individu à l'égard de qui elle a des obligations aux termes d'une convention collective, que celui-ci fasse ou non partie de l'organisation, des restrictions, des différences ou

⁵¹⁴ Art. 16 *Charte québécoise*

⁵¹⁵ Art. 7, al. b) *Loi canadienne*

des catégories ou de prendre toutes autres mesures susceptibles soit de le priver de ses chances d'emploi ou d'avancement, soit de limiter ses chances d'emploi ou d'avancement, ou, d'une façon générale, de nuire à sa situation.

[...]

L'article qui suit associe ensuite à un « acte discriminatoire » le fait, pour un syndicat, « de fixer ou d'appliquer des lignes de conduite » ou encore « de conclure des ententes touchant le recrutement, les mises en rapport, l'engagement, les promotions, la formation, l'apprentissage, les mutations ou tout autre aspect d'un emploi présent ou éventuel »⁵¹⁶ en fonction d'un motif de discrimination interdit.

Il semble que l'association syndicale qui contrevient à l'une ou l'autre de ces dispositions dispose de peu de moyens d'échapper à la sanction des tribunaux. Alors que l'employeur qui s'adonne à une pratique discriminatoire peut généralement s'exonérer en démontrant qu'elle est « fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi »⁵¹⁷ ou qu'elle découle, en d'autres termes, d'une exigence professionnelle justifiée⁵¹⁸, le syndicat ne trouve rien dans ces mots qui puisse lui aménager un moyen de défense qui recoupe la réalité de l'action syndicale.⁵¹⁹

Non seulement cette insuffisance de la *Charte québécoise* et de la *Loi canadienne* n'est pas comblée par la jurisprudence⁵²⁰ mais celle-ci impose en plus aux associations

⁵¹⁶ Art. 10 *Loi canadienne*

⁵¹⁷ Art. 20, al. 1 *Charte québécoise*

⁵¹⁸ Art. 15, al. a) *Loi canadienne*

⁵¹⁹ MACNEIL, LYNK et ENGELMANN, *supra*, note 236, 11-19 (par. 11.560)

⁵²⁰ L'interprétation restrictive s'impose quand vient le moment de définir la portée des moyens de défense qui peuvent être opposés à un constat de discrimination: *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, *supra*, note 437, 307 (j. Beetz); *Dickason c. Université de l'Alberta*, *supra*, note 210, 1121 et 1124 (j. Cory). Ainsi, à deux occasions au moins la Cour suprême du Canada a tenu à rappeler qu'il appartient au législateur – et non aux tribunaux – de combler les lacunes des lois sur les droits de la personne quand les moyens de défense qui s'y trouvent s'avèrent

syndicales un devoir additionnel. En effet, tout comme l'employeur, le syndicat qui est partie à une discrimination a généralement l'obligation d'accommoder la personne qui en est victime, à moins qu'il ne s'expose, de ce fait, à une contrainte excessive.⁵²¹

Avant de s'intéresser à la nature et à la portée de ces diverses obligations dont le mouvement syndical doit s'acquitter aux termes de la législation sur les droits de la personne, il n'est pas sans intérêt de retracer l'origine de ce devoir d'accommodement.

1. Une origine ancienne

Aujourd'hui assimilé à « un instrument de maintien des identités particulières et de gestion de la diversité »⁵²², il apparaît encore difficile d'établir avec exactitude l'ascendance de ce devoir qui consiste à prendre des mesures d'accommodement raisonnables pour éliminer les effets discriminatoires d'une règle ou d'une pratique qui s'applique à tous, sans distinction, mais qui « défavorise les groupes et les personnes dont les caractéristiques sont distinctes de celles de la majorité ».⁵²³

Le précepte juridique avec lequel l'obligation d'accommodement semble entretenir un lien filial est celui de l'abus de droit.⁵²⁴ Depuis l'Antiquité, cette maxime latine qui voit dans « la limite extrême du droit [...] le comble de l'injustice » (*summum jus summa injuria*)⁵²⁵ est passée dans l'usage.⁵²⁶ C'est incidemment pourquoi certains législateurs

insuffisants: *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353, 394 (j. Lamer) ; *Battlefords and District Co-operative Ltd c. Gibbs*, *supra*, note 423, 593-594 (j. Sopinka, par. 43) et 597 (j. McLachlin, par. 53)

⁵²¹ *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970

⁵²² WOEHLING, *supra*, note 403, 328

⁵²³ DRAPEAU, *supra*, note 384, 833

⁵²⁴ Sur l'application de la théorie de l'abus de droit au domaine des relations de travail, voir : Jean-Yves BRIÈRE, « L'abus de droit et la rupture du contrat de travail » dans BARREAU DU QUÉBEC, *supra*, note 64, 165; Guylaine VALLÉE et Emmanuelle NAUFAL-MARTINEZ, « La théorie de l'abus de droit dans le domaine du travail », dans Gilles TRUDEAU, Guylaine VALLÉE et Diane VEILLEUX (dir.), *Études en droit du travail*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1995, 303

ont mis tant de temps à combattre la discrimination ; ils voyaient dans la théorie de l'abus de droit un rempart suffisant contre les attaques au principe d'égalité.⁵²⁷ L'expérience allait cependant montrer les limites certaines de cet excès de naïveté.

Ainsi, prescrire que le « droit » de l'employeur ou du syndicat d'établir des distinctions entre les salariés emporte l'obligation d'accommoder ceux qui sont injustement préjudiciés par ces distinctions, c'est contenir le droit à l'intérieur des frontières qui le séparent du domaine de l'abus⁵²⁸ :

Le [législateur] confère le droit de ne pas être victime de discrimination dans son emploi. Même si aucun droit ne saurait être considéré comme absolu, une conséquence naturelle de la reconnaissance d'un droit doit être l'acceptation sociale de l'obligation générale de le respecter et de prendre des mesures raisonnables afin de le protéger. Dans toute société, les droits d'une personne entreront inévitablement en conflit avec les droits d'autrui. Il est alors évident que tous les droits doivent être limités afin de préserver la structure sociale dans laquelle chaque droit peut être protégé sans porter atteinte indûment aux autres.⁵²⁹

Les premières lois constitutionnelles renfermaient aussi, en un sens, une sorte d'obligation d'accommodement. En exigeant du Congrès qu'il s'abstienne d'imposer

⁵²⁵ Albert MAYRAND, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, 3^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1994, 503, traduit le principe en ces termes : « Le droit le plus grand (absolu), (peut causer) la plus grande injustice. »; NEMO, *supra*, note 432, 317 (note 3), le paraphrase de la manière suivante : « Respecter le droit à la lettre, c'est contrevenir à son esprit. »

⁵²⁶ CICÉRON, *supra*, note 435, 120 (X, 33). Consécration de cet « usage », l'article 7 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après: *Code civil du Québec*), prévient qu'«[a]ucun droit ne peut être exercé [...] d'une manière excessive et déraisonnable... »

⁵²⁷ RAMM, *supra*, note 366, 41

⁵²⁸ Alain MICHEL, *Rhétorique et philosophie chez Cicéron : Essai sur les fondements philosophiques de l'art de persuader*, Paris, Presses universitaires de France, 1960, 465 : « *Summum jus, summa injuria*. cela [...] signifie [...] que nous devons parfois, pour respecter la justice, nous abstenir d'utiliser les avantages que nous donnerait la loi. »

l'observance ou de limiter l'exercice d'une religion donnée, le *Bill of Rights* américain⁵³⁰ consacre tacitement une obligation d'accommoder les croyances religieuses minoritaires.⁵³¹ Plus près de nous, l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁵³² intégrait, en matière scolaire, une obligation similaire envers les minorités catholiques ou protestantes.⁵³³

À ces sources plutôt diffuses du devoir d'accommodement, il faut greffer la loi américaine de 1964 sur les droits civiques (*Civil Rights Act*)⁵³⁴ mais, surtout, les directives adoptées par l'*Equal Employment Opportunity Commission (EEOC)*, en application de cette loi. Cet organisme semble en effet directement à l'origine du concept moderne d'« accommodement raisonnable ».⁵³⁵

⁵²⁹ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, *supra*, note 382. 554 (J. McIntyre). Bien que la Cour suprême du Canada n'y réfère pas expressément, il y a dans cet extrait, nous semble-t-il, l'essence de la théorie de l'abus de droit.

⁵³⁰ *Bill of Rights*, amendment I, 1791: « Congress shall make no law respecting an establishment of religion or prohibiting the free exercise thereof... »

⁵³¹ Jeff B. CROMWELL, « Cultural Discrimination : The Reasonable Accommodation of Religion in the Workplace », (1997) 10 *Employee Responsibilities & Rights J.* 155, 157-158; JAMAR, *supra*, note 508, 784

⁵³² L.R.C. 1985, app. II, n° 31, art. 93

⁵³³ William W. BLACK, « Accommodation of Religious Beliefs and Practices », dans Frank E. MCARDLE (dir.), *The Cambridge Lectures 1991*, Institut canadien d'études juridiques supérieures, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1992, 159, 161. Il faut bien admettre toutefois que cette disposition de la *Loi constitutionnelle de 1867* était en contradiction flagrante avec le principe de l'égalité devant la loi puisqu'elle réservait le privilège d'un « accommodement » aux seuls catholiques et protestants. C'est notamment pourquoi, en 1997, on a rendu cet article inapplicable au Québec: Daniel PROULX, « La Modification constitutionnelle de 1997 relative aux structures scolaires au Québec: une mesure opportune et juridiquement solide », (1998) 58 *R. du B.* 41, 52-54

⁵³⁴ *Civil Rights Act of 1964*, *supra*, note 507

⁵³⁵ Mark L. BERLIN, « Reasonable Accommodation : A Positive Duty to Ensure Equal Opportunity », (1984-85) 1 *A.C.D.P.* 137, 143; DOLATLY, *supra*, note 371, 529-531; Pamela S. KARLAN et George RUTHERGLEN, « Disabilities, Discrimination, and Reasonable Accommodation », (1996) 46 *Duke L.J.* 1, 6; Barbara LINDEMANN-SCHLEI et Paul GROSSMAN, *Employment Discrimination Law*, 2^e éd., Washington D.C., BNA Books, 1983, 210-211; Michel G. PICHER, « The Duty to Accommodate at Arbitration : An Arbitrator's Perspective », (1996-97) *Lab. Arb. Y.B.* 211, 212-213

Tenant de circonscrire l'obligation de ne pas exercer de discrimination fondée sur la « religion », cette Commission émit, en 1966, une directive par laquelle elle décrétait que l'employeur devait « composer avec les besoins religieux des employés dans la mesure où un accommodement pouvait être offert sans inconvénient sérieux sur la gestion de ses affaires ».⁵³⁶ Cependant, on laissait du même coup toute latitude à l'employeur pour déterminer les horaires de travail des salariés : en conséquence, la preuve de son *intention* discriminatoire s'avérait requise pour qu'il puisse être contraint de composer avec les croyances religieuses des employés, ce qui avait pour effet d'imposer à ces derniers un fardeau de preuve très lourd.⁵³⁷

Moins d'un an plus tard, cette directive était révisée de manière à ce que l'employeur soit dorénavant tenu d'offrir un accommodement à moins qu'il ne soit soumis, de ce fait, à une « contrainte excessive dans la gestion de ses affaires »⁵³⁸, cette preuve lui incombant.⁵³⁹

Cette ligne directrice tracée par la Commission américaine n'allait pas être suivie par les tribunaux. Appelée à statuer sur la légalité d'une pratique par laquelle l'employeur se réservait la possibilité d'exiger de tous ses employés une prestation de travail dominicale, la Cour d'appel du sixième circuit la jugeait conforme à la loi sur les droits civiques. Pour la Cour, le fait de traiter tous les employés de la même façon apparaissait suffisant pour s'acquitter des obligations prévues par la loi, sans qu'il soit requis d'accommoder l'employé qui opposait un refus de travailler le dimanche en raison de ses croyances religieuses.⁵⁴⁰ Le défaut d'un texte législatif clair comportant une obligation en ce sens était donc jugé fatal.⁵⁴¹

⁵³⁶ 29 CFR § 1605.1(a)(2) (1966): « ...to accommodate to the reasonable needs of employees [...] where such accommodation can be made *without serious inconvenience to the conduct of the business.* » (nos italiques)

⁵³⁷ Kenneth G. FRANTZ, « Religious Discrimination in Employment : An Examination of the Employer's Duty to Accommodate », (1979) *Det. C.L. Rev.* 205, 207

⁵³⁸ 29 CFR § 1605.1(b)(c) (1967): « ...*undue hardship on the conduct of the employer's business.* » (nos italiques)

⁵³⁹ FRANTZ, *supra*, note 537, 208

En réponse à cette interprétation restrictive⁵⁴², le Congrès des États-Unis modifiait la loi en 1972 afin d'y inclure une définition du terme « religion » qui intégrait le devoir d'accommodement « sans contrainte excessive ».⁵⁴³ Cette élévation de la directive administrative de la Commission au rang de disposition législative allait affranchir les tribunaux de leur réticence à y donner effet.⁵⁴⁴ La jurisprudence qu'ils allaient subséquentement élaborer étendra ses ramifications jusqu'ici.

À preuve, la Cour suprême du Canada importera sans détour « l'obligation d'accommodement, dont parle la jurisprudence américaine »⁵⁴⁵, aux fins d'interpréter les lois provinciales et fédérale contre la discrimination. À cet égard, l'absence d'une disposition consacrant, en termes exprès, l'existence du devoir d'accommodement raisonnable sera jugée sans incidence.⁵⁴⁶ À la manière du devoir de juste représentation

⁵⁴⁰ *Dewey v. Reynolds Metal Co.*, 429 F.2d 324 (6th Cir., 1970), jugement confirmé par la Cour suprême des États-Unis dans une décision où il ne se dégage pas de majorité, les juges étant également divisés en deux groupes de quatre: 402 U.S. 689 (1971)

⁵⁴¹ PROULX, *supra*, note 67, 67 (note 214)

⁵⁴² BERLIN, *supra*, note 535, 143; Brian JOHNSTON, « Accommodating the Duty to Accommodate in Collective Agreements », dans Thomas KUTTNER (dir.), *Le système de relations industrielles. développements et tendances*, vol. II, Actes du 29^e congrès de l'Association canadienne des relations industrielles, Frédéricton. Éd. Revue de droit de l'Université du Nouveau-Brunswick, 1993, 735; LINDEMANN-SCHLEI et GROSSMAN, *supra*, note 535, 211

⁵⁴³ 42 USC § 2000e(j): « The term 'religion' includes all aspects of religious observance and practice, as well as belief, unless an employer demonstrates that he is unable to reasonably accommodate to an employee's or prospective employee's religious observance or practice *without undue hardship on the conduct of the employer's business* » (nos italiques). Certains voient dans cette disposition l'origine de l'obligation d'«accommodement raisonnable»: Kathleen D. HENRY, « Civil Rights and the Disabled: A Comparison of the Rehabilitation Act of 1973 and the American with Disabilities Act of 1990 in the Employment Setting », (1989) 54 *Alb. L. Rev.* 123, 133 (note 78)

⁵⁴⁴ David Benjamin OPPENHEIMER, « Negligent Discrimination », (1993) 141 *U. Pa. L. Rev.* 899, 938-939; *Riley v. Bendix Corp.*, 464 F.2d 1113 (5th Cir., 1972), 1116-1117 (j. Tuttle); *Reid v. Memphis Publishing Co.*, 468 F.2d 346 (6th Cir., 1972), 349-351 (j. Edwards) et 352 (j. Thomas)

⁵⁴⁵ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, *supra*, note 382, 553 (j. McIntyre)

⁵⁴⁶ *Id.*, 553-555 (j. McIntyre). Soulignons que quelques lois sur les droits de la personne en vigueur au pays comportent maintenant une disposition explicite à cet effet: PROULX, *supra*, note 67, les passe en revue aux pages 94 à 100. Il faut dorénavant ajouter à sa recension le paragraphe 15(2) de la *Loi canadienne*.

dépeint comme un corollaire nécessaire du monopole de représentation alloué au syndicat⁵⁴⁷, l'obligation d'accommodement apparaît, aux yeux de la Cour, comme un corollaire tout aussi nécessaire du droit à la non-discrimination⁵⁴⁸, une composante de l'égalité⁵⁴⁹ dans l'emploi :

[...] l'obligation d'accommodement est un aspect fondamentalement important des lois en matière de droits de la personne et une *partie intégrante du droit à l'égalité* en milieu de travail.⁵⁵⁰

Ainsi comprise, l'obligation d'accommodement présenterait des origines très lointaines puisque c'est directement au cœur de la notion d'égalité, elle-même immémoriale, qu'elle semble puisée.

Bien que cette obligation soit apparue récemment dans la jurisprudence, l'on aurait tort de l'associer à une tendance passagère. La preuve en est qu'elle est en voie d'obtenir, peu à peu, une véritable consécration constitutionnelle au Canada.

⁵⁴⁷ Voir la doctrine et la jurisprudence citées, *supra*, note 482

⁵⁴⁸ C'est bien ce qu'entend la Cour suprême du Canada lorsqu'elle conclut que la « conséquence naturelle de la reconnaissance d'un droit doit être l'acceptation sociale de l'obligation générale de le respecter et de prendre des mesures raisonnables afin de le protéger »: *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, *supra*, note 382, 554 (j. McIntyre)

⁵⁴⁹ BLACK, *supra*, note 533, 165 et 173; Pierre BOSSET, *La discrimination indirecte dans le domaine de l'emploi : aspects juridiques*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1989, 100 et 103; CARON, *supra*, note 436, 63; Michel COULANGES, « L'obligation d'accommodement raisonnable au-delà des relations employeurs-employés », dans BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit administratif (1994)*, vol. 57, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1994, 181, 187-188; DRAPEAU, *supra*, note 384 (*passim*); Georges MARCEAU, « L'obligation d'accommodement en vertu de la Charte des droits et libertés de la personne : une obligation pour les employeurs et les syndicats », dans BARREAU DU QUÉBEC, *Congrès annuel du Barreau du Québec (1994)*, Montréal, Barreau du Québec, Service de la formation permanente, 1994, 1019-1020; PROULX, *supra*, note 67, 67, 70 et 122; PROULX, *supra*, note 33, 699

⁵⁵⁰ *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, *supra*, note 431, 544-545 (j. Cory) (nos italiques). Dans l'arrêt *Desroches c. Commission des droits de la personne du Québec*, *supra*, note 422, la Cour d'appel du Québec affirme, à la page 1554, que le devoir d'accommodement « [...] flows from the logic of equality protection provisions themselves [...] » (j. Zerbisias)

L'on sait que le Constituant proclame les droits à l'égalité au paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* :

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.
[...]

Entré en vigueur en 1985, cet article a vite reçu une interprétation similaire à celle retenue par les tribunaux en regard des autres lois sur les droits de la personne.⁵⁵¹ C'est donc sans surprise que l'on voit ressurgir le devoir d'accommodement raisonnable à travers la jurisprudence portant sur ce texte constitutionnel.⁵⁵²

En résumé, ce bref retour aux sources de l'obligation d'accommodement révèle qu'elle est en pleine mutation. Illustration toute simple du principe général qui veut que l'on n'abuse pas de ses droits, elle prend d'abord du galon à la faveur d'une simple directive administrative d'origine américaine. Puis, ennoblie par le Congrès des États-Unis qui la fait loi, elle se taille une place dans la jurisprudence canadienne qui, inlassablement depuis, lui fait gravir les échelons de la hiérarchie des normes juridiques.

⁵⁵¹ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, *supra*, note 344, 175: « De façon générale, on peut affirmer que les principes qui ont été appliqués en vertu des lois sur les droits de la personne s'appliquent également à l'examen des questions de discrimination au sens du par. 15(1) » (j. McIntyre, diss., non contredit sur ce point). Voir au même effet: *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, *supra*, note 382, 672 (j. LaForest, par. 63)

⁵⁵² *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, 272-273 (j. Sopinka, par. 66-67) ; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, *id.*, 681-682 (j. LaForest, par. 79). C'est sans doute pourquoi LYNK, *supra*, note 334, 962-963, prétend que l'implantation du devoir d'accommodement, en droit canadien, est en partie attribuable à la réforme constitutionnelle de 1982.

Cette propension des juges à rehausser graduellement les exigences d'accommodement, elle tient pour beaucoup, croyons-nous, au statut particulier qu'ils attribuent aux textes qui pourvoient les citoyens d'une protection contre la discrimination au travail.

2. *Une nature spéciale*

Initiée aux arcanes d'une « constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni »⁵⁵³, la magistrature canadienne a fait ses classes à l'école de la souveraineté parlementaire.⁵⁵⁴ Ce principe, selon lequel il n'appartient pas au pouvoir judiciaire de se prononcer sur l'à-propos des politiques sous-jacentes à l'adoption des lois⁵⁵⁵, incitait les juges d'ici à la plus grande réserve.⁵⁵⁶ Le respect de la volonté des élus étant l'égal d'un dogme, les tribunaux ont donc mis du temps à reconnaître – fut-ce au nom de la protection des droits fondamentaux – qu'une loi puisse en primer une autre en l'absence d'une disposition claire à cet effet.

Cette inhibition toute judiciaire ne se dissipera pas spontanément avec l'adoption des lois sur les droits de la personne. De fait, il faudra patienter plusieurs années avant que les tribunaux n'admettent sans détour le caractère tout à fait particulier de ces lois. En 1982, trois juges de la plus haute cour du pays diront du code des droits de la personne de la Colombie-Britannique qu'il constitue une loi « plus importante que toutes les autres ».⁵⁵⁷ Puis, trois ans plus tard, la Cour suprême, confrontée à la loi manitobaine sur les droits de la personne, approuvera cette fois ces dires à l'unanimité :

⁵⁵³ *Loi constitutionnelle de 1867*, préambule

⁵⁵⁴ Louis SORMANY, « La portée constitutionnelle du préambule de l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique », (1977) 18 *C. de D.* 91, 100-101

⁵⁵⁵ Nous trouvons dans ces mots « la conception classique de la fonction judiciaire »: Marc GOLD, « La rhétorique des droits constitutionnels », (1988) 22 *R.J.T.* 1, 18

⁵⁵⁶ BENYEKHLEF, *supra*, note 221, 97: « Le principe de retenue judiciaire découle directement de celui de la suprématie du Parlement, principe primordial en droit constitutionnel canadien. »

⁵⁵⁷ *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, 158 (J. Lamer)

Une loi sur les droits de la personne est de *nature spéciale* et énonce une politique générale applicable à des questions d'intérêt général. Elle n'est pas de nature constitutionnelle, en ce sens qu'elle ne peut pas être modifiée, révisée ou abrogée par la législature. Elle est cependant d'une nature telle que seule une disposition législative claire peut permettre de la modifier, de la réviser ou de l'abroger, ou encore de créer des exceptions à ses dispositions. Adopter et appliquer une théorie quelconque d'abrogation implicite d'une loi de ce genre au moyen d'un texte législatif ultérieur équivaldrait à la dépouiller de sa *nature spéciale* et à protéger fort inadéquatement les droits qu'elle proclame.⁵⁵⁸

Multipliant les qualificatifs depuis, la jurisprudence n'a de cesse de proclamer la nature « spéciale »⁵⁵⁹, « fondamentale »⁵⁶⁰, « prééminente »⁵⁶¹ des lois antidiscriminatoires et leur statut hors « de l'ordinaire »⁵⁶², « privilégié »⁵⁶³, bref « quasi constitutionnel ».⁵⁶⁴

Si ces lois ont prépondérance sur les autres lois adoptées par le législateur, elles ont aussi, à plus forte raison, préséance sur les dispositions incompatibles des conventions

⁵⁵⁸ *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150, 156 (j. McIntyre) (nos italiques)

⁵⁵⁹ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, *supra*, note 382, 547 (j. McIntyre); *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission des droits de la personne)*, *supra*, note 427, 1136 (j. Dickson)

⁵⁶⁰ *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, *supra*, note 557, 158 (j. Lamer); *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226, 236 (j. Estey); *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234, 268 (j. LaForest); *Battlefords and District Co-operative Ltd c. Gibbs*, *supra*, note 423, 577 (j. Sopinka, par. 18)

⁵⁶¹ *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, *supra*, note 437, 339 (j. Sopinka)

⁵⁶² *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, *supra*, note 382, 547 (j. McIntyre)

⁵⁶³ *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, *supra*, note 520, 370 (j. Lamer)

⁵⁶⁴ *Robichaud c. Canada (Conseil du trésor)*, *supra*, note 274, 92 (j. LaForest); *Frenette c. La Métropolitaine, compagnie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647, 673 (j. L'Heureux-Dubé); *Newfoundland Association of Public Employees c. Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre)*, *supra*, note 327, 14 (j. Major, par. 20); *Battlefords and District Co-operative Ltd c. Gibbs*, *supra*, note 423, 577 (j. Sopinka, par. 18); *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand (C.S.N.)*, *supra*, note 327, 251 (j. L'Heureux-Dubé, par. 91)

collectives.⁵⁶⁵ En d'autres termes, rien n'empêche qu'une décision prise par l'employeur ou le syndicat soit discriminatoire même si elle apparaît par ailleurs rigoureusement conforme à la convention collective.⁵⁶⁶ L'accord mutuel des parties patronale et syndicale ne saurait donc justifier une négation du droit à l'égalité des salariés ni, du reste, être interprété comme une renonciation à leur garantie contre la discrimination dans l'emploi⁵⁶⁷, à moins que la disposition contractuelle négociée ne renferme une « exigence professionnelle justifiée ».⁵⁶⁸ Notons cependant que les parties à la convention collective peuvent toujours « négocier une plus grande protection contre la discrimination que celle offerte par la loi ».⁵⁶⁹

Cette reconnaissance jurisprudentielle du caractère prépondérant des lois sur les droits de la personne dérive, semble-t-il, de la noblesse de leur objet⁵⁷⁰:

⁵⁶⁵ *Québec Poultry Ltée c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1979] C.A. 148, 149 (j. Lajoie) (autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée : [1979] 1 R.C.S. xii) ; *Ateliers d'ingénierie Dominion Ltée c. Commission des droits de la personne du Québec*, *supra*, note 327, 215-216 (j. Jacques); *Union des employés de commerce, local 503 (C.T.C., F.T.Q.) c. W.E. Bégin Inc.*, *supra*, note 327; *Provençal c. Marcheterre*, D.T.E. 96T-409 (C.S.); Bernard ADELL, « Overlapping Forums in Collective Agreement Administration », dans TRUDEAU, VALLÉE et VEILLEUX (dir.), *supra*, note 524, 2; CARON, *supra*, note 436, 59-60; Tamra L. SCOTT, *Human Rights Issues and the Collective Agreement*, Current Issues Series, Kingston, Industrial Relations Centre, Queen's University, IRC Press, 1996, 2 et 6

⁵⁶⁶ Pour un cas où l'on a malencontreusement fait fi de ce principe, voir : *Lithonia Lighting Canada c. Syndicat des travailleurs et travailleuses de Lithonia*, [1994] T.A. 480, 488-489 (arb. Jacques Laberge); Chantal ROBERT et Guylaine VALLÉE, « Le traitement des plaintes concernant la discrimination en matière d'emploi par l'arbitre de griefs et par le Tribunal des droits de la personne du Québec : une étude comparative exploratoire », (2000) 41 *C. de D.* 95, 119 : « Le fait que l'analyse d'une plainte de discrimination soit faite au regard de la convention collective et de la loi a pour principale conséquence de diluer et même, dans certains cas, d'éliminer la discussion portant sur la discrimination. »

⁵⁶⁷ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, 213-214 (j. McIntyre); *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, *supra*, note 558, 154 (j. McIntyre); *Dickason c. Université de l'Alberta*, *supra*, note 210, 1130 (j. Cory); *Central Okanagan School District no. 23 c. Renaud*, *supra*, note 521, 985-986 (j. Sopinka); *Ateliers d'ingénierie Dominion Ltée c. Commission des droits de la personne du Québec*, *supra*, note 327, 216 (j. Jacques)

⁵⁶⁸ PROULX, *supra*, note 461, 186, 188-190; PROULX, *supra*, note 33, 680. Voir dans le même sens: MORIN et BRIÈRE, *supra*, note 48, 320 (par. II-133) et 1008 (par. IV-173). Nous reviendrons sur cette question dans une prochaine section.

⁵⁶⁹ *Newfoundland Association of Public Employees c. Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre)*, *supra*, note 327, 15 et 16 (j. Major, par. 23 et 26)

Lorsque l'*objet* d'une loi est décrit comme l'énoncé complet des « droits » des gens [*“human rights”*] qui vivent sur un territoire donné, il n'y a pas de doute, selon moi, que ces gens ont, par l'entremise de leur législateur, clairement indiqué que cette loi et les valeurs qu'elle tend à promouvoir et à protéger, sont hormis les dispositions constitutionnelles, plus importantes que toutes les autres. En conséquence à moins que le législateur ne se soit exprimé autrement en termes clairs et exprès dans le Code ou dans toute autre loi, il a voulu que le Code ait préséance sur toutes les autres lois lorsqu'il y a conflit.⁵⁷¹

Si cette interprétation apparaît fort louable, ses assises juridiques ne sont pas pour autant infaillibles. Tout bien considéré, les codes du travail n'ont-ils pas été « adoptés pour parvenir aux mêmes fins que les lois sur les droits de la personne : assurer la dignité des travailleurs et les prémunir contre les décisions arbitraires et injustes des employeurs » ?⁵⁷² De même, en quoi les lois conçues pour en découdre avec la discrimination sont-elles considérablement plus « fondamentales » que ces lois qui, par exemple, protègent la jeunesse et l'assure d'un accès à l'éducation, facilitent la perception des pensions alimentaires, pourvoient les citoyens d'une certaine sécurité du revenu, établissent des normes minimales de travail ou dispensent une assurance pour défrayer le coût de différents soins de santé ?⁵⁷³ Ne s'agit-il pas là aussi de politiques d'intérêt général⁵⁷⁴ au même titre que les lois sur les droits de la personne ? Autant

⁵⁷⁰ BRUNELLE, *supra*, note 368, 527; André MOREL, « La coexistence des chartes canadienne et québécoise : problème d'interaction », (1986) 17 *R.D.U.S.* 49, 60

⁵⁷¹ *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, *supra*, note 557, 158 (J. Lamer) (nos italiques). Dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, *supra*, note 382, 547, le juge McIntyre souligne « la nature et l'objet spéciaux » du Code ontarien des droits de la personne.

⁵⁷² PROULX, *supra*, note 461, 184. Voir dans le même sens: Susanne M. BRUYÈRE, Susana GOMEZ et Gwen THAYER-HANDLEMANN, « The Reasonable Accommodation Process in Unionized Environments », (1996) 47 *Lab. L.J.* 629, 631; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *supra*, note 482, 69; OFFEN SIMON, *supra*, note 268, 970

⁵⁷³ La liste pourrait aisément s'allonger: ZWARTS, *supra*, note 238, 65: « ...certain job interests, such as seniority rights or the right not to be dismissed without just cause, are today considered *fundamental*. » (nos italiques)

⁵⁷⁴ *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, *supra*, note 558, 156 (J. McIntyre)

d'interrogations qui font ressortir le caractère plus idéologique que juridique de l'interprétation retenue⁵⁷⁵ – et maintes fois réitérée depuis – par la plus haute juridiction canadienne.

Au Québec, plutôt que de se rabattre exclusivement sur l'appareil judiciaire pour assurer l'ascension de sa Charte au niveau supérieur, le législateur y incluait une disposition expresse à cette fin⁵⁷⁶, laquelle se lit maintenant comme suit :

52. Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte.

Notons au passage que les dispositions relatives à la discrimination dans l'emploi se retrouvent aux articles 10 et 16 à 20 de la *Charte québécoise* et sont, de ce fait, visées par l'article 52.

Alors que l'intégration de cette dernière disposition dans la Charte avait pour objet d'affermir la protection des droits et libertés garantis⁵⁷⁷, voilà que, paradoxalement, sa présence dans le texte québécois semble aujourd'hui plus nuisible que bénéfique.

Qu'on en juge : appelée à déterminer si une employée victime de harcèlement sexuel⁵⁷⁸ pouvait exercer un recours civil fondé sur l'article 49 de la *Charte québécoise*⁵⁷⁹, afin

⁵⁷⁵ Patrick J. MONAHAN et Andrew PETTER, « Developments in Constitutional Law: The 1985-86 Term », (1987) 9 *S.C.L.R.* 69, 148

⁵⁷⁶ MOREL, *supra*, note 512, 12

⁵⁷⁷ La Cour d'appel du Québec a bien raison d'écrire que la « suprématie de principe » de la *Charte québécoise* devrait être « renforcée par la préséance expressément conférée à certains droits en vertu de l'article 52 » : *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Montréal (Ville)*, [1998] R.J.Q. 688 (C.A.), 700 (note 14) (J. Philippon, *ad hoc*) (nos italiques)

⁵⁷⁸ Soulignons que cette forme de discrimination est prohibée, de manière explicite, par l'article 10.1 de la *Charte québécoise* : « Nul ne doit harceler une personne en raison de l'un des motifs visés dans l'article 10. »

d'obtenir une réparation additionnelle à l'indemnité déjà acquise aux termes de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*⁵⁸⁰, la Cour suprême canadienne lui niait cette possibilité.

Faisant fi de ses précédents postérieurs à l'article 52 et qui concluaient invariablement au statut « quasi constitutionnel » des lois sur les droits de la personne, la Cour s'en remettait à une interprétation toute littérale du texte québécois. Elle estimait, ni plus ni moins, qu'une loi « ordinaire » peut, même implicitement, exclure le droit de recours accordé par la Charte⁵⁸¹ pour faire sanctionner la violation de droits et libertés pourtant hiérarchiquement supérieurs:

L'appelante oppose à ce raisonnement le caractère particulier de la *Charte*, et sa primauté relative à l'endroit des autres textes législatifs. Force est de constater, cependant, que l'art. 52 de la *Charte*, qui en affirme la prépondérance, fait défaut d'inclure l'art. 49 au sein du groupe des dispositions privilégiées. Seuls les articles 1 à 38 de la *Charte* ont préséance sur les autres lois, qui ne peuvent y déroger qu'expressément. [...] [La disposition de l'art. 49], même lorsqu'elle est invoquée en raison d'une violation d'un des droits garantis aux art. 1 à 38, ne participe pas de leur prépondérance relative.⁵⁸²

On peut se demander si la Cour serait parvenue à la même conclusion en l'absence de l'article 52 ? Aurait-elle cette fois reconnu la nature quasi constitutionnelle des voies de recours aménagées par l'article 49, en application du principe jurisprudentiel de

⁵⁷⁹ Le premier paragraphe de l'article 49 prévoit qu'« [u]ne atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte » alors que le second paragraphe ajoute qu'« [e]n cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages exemplaires. »

⁵⁸⁰ L.R.Q., c. A-3.001

⁵⁸¹ C'est par le jeu de l'article 438 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* que la Cour suprême est parvenue à cette stupéfiante conclusion : « 438. Le travailleur victime d'une lésion professionnelle ne peut intenter une action en responsabilité civile contre son employeur en raison de sa lésion. »

prépondérance qu'elle a elle-même développé ? Si c'était le cas, l'ironie du résultat serait manifeste.

De fait, tandis que la Cour est venue combler, par ses précédents des années quatre-vingt, les lacunes des lois sur les droits de la personne en vigueur ailleurs au Canada en leur attribuant une préséance sur les autres lois, voilà que la *Charte québécoise* – qui ne comporte pourtant pas, sous ce rapport, la même faiblesse que ses homologues – recevrait, elle, une interprétation qui lui nie cette prépondérance : c'est le monde à l'envers ! Aussi bien reprocher au législateur d'avoir fait fi d'une réalité ... qui n'en était pas une au moment de son intervention !

Quoi qu'il en soit, si d'aventure la Législature du Québec s'avisait de restreindre le droit de recours des salariés au moyen d'une disposition toute simple du *Code du travail* par exemple, la nature « spéciale » de la *Charte québécoise* n'y changerait donc rien dans l'état actuel du droit.

Dans le cadre des rapports collectifs de travail, l'effet potentiellement dommageable d'un tel procédé pourrait toutefois être ressenti avec un peu moins de rigueur. La chose s'explique par le fait qu'en pareille matière, ce sont généralement les conventions collectives qui sont les plus susceptibles de heurter le droit à l'égalité de certains salariés.⁵⁸³

Or, le premier alinéa de l'article 13 de la *Charte québécoise* prévient que « [n]ul ne peut, dans un acte juridique, stipuler une clause comportant discrimination » ; le second alinéa enchaîne en disposant qu'«[u]ne telle clause est réputée sans effet. » Comme cette dernière forme de réparation est intégrée à l'intérieur même d'une disposition pleinement prépondérante selon l'article 52 de la Charte, elle devrait donc logiquement échapper aux écueils rencontrés par l'article 49.

⁵⁸² *Béliveau-St-Jacques c. Fédération des employées et employés des services publics Inc.*, *supra*, note 327, 411 (J. Gonthier, par. 132)

⁵⁸³ CARON, *supra*, note 436, 59

Partant, le salarié exposé à la discrimination conventionnelle pourrait, lui, tirer pleinement profit de la nature « quasi constitutionnelle » de la *Charte québécoise* pour obtenir une déclaration d'ineffectivité en sa faveur, sans égard aux manoeuvres subtiles du législateur pour obstruer, le cas échéant, cette voie de recours ; le désir de freiner ainsi les élans du syndiqué lésé dans ses droits fondamentaux ne pourrait se matérialiser que par une déclaration législative libellée en termes clairs et exprès.

Quant à la *Charte canadienne*, la reconnaissance de sa « nature spéciale » n'a pas justifié la moindre tergiversation devant les tribunaux. En l'enchâssant dans la Constitution du Canada, on ne laissait planer aucun doute sur sa nature constitutionnelle. Promue au rang de loi suprême du pays, elle peut donc rendre « inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit »⁵⁸⁴, dont les clauses d'une convention collective.⁵⁸⁵

En définitive, contrairement aux lois du travail qui codifient le devoir de juste représentation, les chartes et lois sur les droits de la personne nichent au faîte de la hiérarchie des normes. Cela étant, leur majesté commande une interprétation large et libérale⁵⁸⁶ plus apte à favoriser la réalisation de leurs nobles objets.⁵⁸⁷

⁵⁸⁴ *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra*, note 111, art. 52

⁵⁸⁵ *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, 276-278 (j. LaForest, *en obiter*); LAFOREST, *supra*, note 227, 250. Incidemment, la Cour suprême du Canada semble aussi prête à assimiler la convention collective à une « loi » au sens de l'article 15 de la *Charte canadienne*: *Douglas/Kwantleen Faculty Association c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, 585-586 (j. LaForest). Voir dans le même sens: *Bernard LeBrun*, (1994) 94 di 67 (CCRT n° 1066), 83-84 (Me Louise Doyon)

⁵⁸⁶ *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, 767 (*per curiam*)

⁵⁸⁷ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, *supra*, note 382, 547 (j. McIntyre); *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, *supra*, note 520, 370 (j. Lamer); *Newfoundland Association of Public Employees c. Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre)*, *supra*, note 327, 16-17 (j. Major, par. 28); *Battlefords and District Co-operative Ltd c. Gibbs*, *supra*, note 423, 577-579 (j. Sopinka, par. 18 et 19); *M. c. H.*, *supra*, note 460, 45-46 (jj. Cory et Iacobucci, par. 47)

Avant de mesurer plus à fond l'impact que la « nature spéciale » des textes fondamentaux – et l'« interprétation généreuse »⁵⁸⁸ qu'elle suscite – est susceptible d'avoir sur les pratiques discriminatoires des organisations syndicales, il nous faut dire quelques mots sur la portée de ces documents.

3. Une portée étendue

Qu'elle soit accréditée pour représenter les salariés d'une entreprise privée ou d'une institution gouvernementale, l'association syndicale est tenue d'observer les prescriptions de la *Charte québécoise*. En effet, celle loi, qui « vise les matières qui sont de la compétence législative du Québec »⁵⁸⁹, entend manifestement protéger les droits et libertés de la personne « contre toute violation »⁵⁹⁰, qu'elle ait cours dans la sphère privée⁵⁹¹ ou publique.⁵⁹²

En ce qui a trait à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, elle s'immisce aussi dans les rapports de travail privés ou gouvernementaux⁵⁹³, pourvu qu'ils s'établissent dans des domaines de compétence fédérale.⁵⁹⁴

⁵⁸⁸ *Eldridge c. Colombie-Britannique (procureur général)*, *supra*, note 382, 666-667 (j. LaForest, par. 53); *T.U.A.C., section locale 1518 c. Kmart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083, 1100 (j. Cory, par. 22)

⁵⁸⁹ Art. 55 *Charte québécoise*

⁵⁹⁰ C'est ce qui se dégage du cinquième « CONSIDÉRANT » du préambule de la *Charte québécoise*. Notons que la Cour d'appel du Québec a vu dans cet alinéa un reflet des « principes de la charte québécoise »: *Thibault c. Corporation professionnelle des médecins du Québec*, [1992] R.J.Q. 2029 (C.A.), 2038-2039 (j. Chevalier) (nos italiques)

⁵⁹¹ *Champagne c. CEGEP de Jonquière*, [1997] R.J.Q. 2395 (C.A.), 2399 (j. Rothman); *Provençal c. Marcheterre*, *supra*, note 565, 6 (j. Gervais)

⁵⁹² *Godbout c. Longueuil (Ville)*, *supra*, note 419, 910 (j. LaForest, par. 93); *Syndicat international des communications graphiques, section locale 41M c. Journal de Montréal, division du Groupe Québecor Inc.*, (1994) 12 R.D.J. 456 (C.A. Qué.), 458 (j. McCarthy)

⁵⁹³ Le paragraphe 66(1) précise que « [l]a présente loi lie Sa Majesté du chef du Canada... »

Le champ d'application de la *Charte canadienne des droits et libertés* est considérablement plus ardu à délimiter.⁵⁹⁵ Le paragraphe 32(1) de cette Charte énonce qu'elle s'applique « au Parlement et au gouvernement du Canada » de même qu'« à la législature et au gouvernement de chaque province », bref à l'action « des branches législative, exécutive et administrative ».⁵⁹⁶

Considérant les multiples responsabilités aujourd'hui assumées par l'État, plusieurs entreprises ou organismes publics, parapublics ou privés entretiennent des liens plus ou moins étroits avec le gouvernement. Dans ce contexte, le concept d'« action gouvernementale » doit être précisé.

Dans un ultime effort de synthèse, la Cour suprême du Canada a décrit en ces termes la grille d'analyse qu'il convient d'appliquer pour déterminer si une entité donnée est assujettie ou non au texte constitutionnel :

[...] il peut être jugé que la *Charte* s'applique à une entité pour l'une ou l'autre des deux raisons suivantes. Premièrement, il peut être décidé que l'entité elle-même fait partie du « gouvernement » au sens de l'art. 32. Une telle conclusion requiert l'examen de la question de savoir si l'entité dont les actes ont suscité l'allégation d'atteinte à la *Charte* peut – soit de par sa nature même, soit à cause du degré de contrôle exercé par le gouvernement sur elle – être à juste titre considérée comme faisant partie du « gouvernement » au sens du par. 32(1). En pareils cas, toutes les activités de l'entité sont assujetties à la *Charte*, indépendamment du fait que l'activité en cause pourrait à juste titre être qualifiée de « privée » si elle était exercée par un acteur non gouvernemental. Deuxièmement, une activité particulière d'une entité peut être sujette à révision en vertu de la *Charte* si cette

⁵⁹⁴ Par l'effet de son article 2, la *Loi canadienne* ne fait pas mystère de son application « ...dans le champ de compétence du Parlement du Canada... »

⁵⁹⁵ Voir à ce propos: Christian BRUNELLE, *L'application de la Charte canadienne des droits et libertés aux institutions gouvernementales*, Scarborough (Ont.), Carswell, 1993

⁵⁹⁶ *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, 598 (J. McIntyre)

activité peut être attribuée au gouvernement. Il convient alors d'examiner non pas la nature de l'entité dont l'activité est contestée, mais plutôt la nature de l'activité elle-même. Autrement dit, il faut, en pareils cas, s'interroger sur la qualité de l'acte en cause plutôt que sur la qualité de l'acteur. Si l'acte est vraiment de nature « gouvernementale » – par exemple, la mise en œuvre d'un régime légal ou d'un programme gouvernemental donné –, l'entité qui en est chargée est assujettie à l'examen fondé sur la *Charte*, mais seulement en ce qui a trait à cet acte, et non à ses autres activités privées.⁵⁹⁷

En somme, l'examen doit porter successivement sur l'*acteur* puis, si ce dernier n'est pas « partie du gouvernement », sur l'*acte*. Essayons d'y voir un peu plus clair. D'abord, un organisme peut être assujetti à la *Charte canadienne* en raison de sa nature intrinsèquement « gouvernementale ». Comment peut-on identifier cette « nature gouvernementale » de l'organisme à qui l'on reproche d'avoir violé le texte constitutionnel ?

La Cour nous donne un premier indice dans l'extrait que nous venons de reproduire en nous invitant à mesurer le « degré de contrôle » qu'exerce le gouvernement sur lui. Puis, elle ajoute un autre indice, lequel exige cette fois d'apprécier, de manière générale, « la nature gouvernementale des fonctions » qu'exécute l'organisme.⁵⁹⁸

Ce dernier indice ressort de l'arrêt *Godbout c. Longueuil (Ville)*⁵⁹⁹ où la Cour était appelée à juger de la légalité du renvoi d'une employée qui, malgré un engagement écrit de sa part, avait fait défaut d'établir sa résidence sur le territoire de la ville – ce qui contrevenait également à une résolution formelle du conseil municipal. La question de l'application de la *Charte canadienne* en pareilles circonstances étant soulevée par les parties, un groupe de juges s'y intéressa plus à fond. Toutefois, plutôt que de faire

⁵⁹⁷ *Eldridge c. Colombie-Britannique (procureur général)*, *supra*, note 382, 661-662 (j. LaForest, par. 44)

⁵⁹⁸ *Godbout c. Longueuil (Ville)*, *supra*, note 419, 877 (j. LaForest, par. 47)

⁵⁹⁹ *Id.*

porter l'analyse sur les résolutions décrétant l'obligation de résidence, d'une part, et le congédiement, d'autre part, l'on adopta une approche plus globale par laquelle la nature *générale* des fonctions accomplies par les autorités municipales fut considérée.

Les savants juges allaient conclure que les municipalités sont, par « nature », des « entités gouvernementales » toujours liées⁶⁰⁰ par la *Charte canadienne* du fait que :

- a) « les conseils municipaux sont élus démocratiquement par les citoyens et doivent leur rendre compte de la même façon que le Parlement et les législatures provinciales sont responsables devant leur électorat respectif »;
- b) « les municipalités jouissent d'un pouvoir général de taxation »;
- c) « les municipalités ont le pouvoir d'établir des règles de droit, de les appliquer et de les faire respecter dans les limites d'un territoire déterminé »;
- d) « les municipalités sont des créatures des provinces dont elles tirent leur pouvoir de légiférer. c'est-à-dire qu'elles exercent des pouvoirs et des fonctions confiées par les législatures provinciales dont ces dernières devraient autrement se charger. »⁶⁰¹

Il pourrait être tentant, à ce stade, de dresser un parallèle entre la situation des municipalités et celle des syndicats. Après tout, l'association accréditée est elle aussi élue démocratiquement et doit rendre compte de ses actions devant les salariés qui forment, en quelque sorte, son électorat. De même, elle jouit d'une forme de « pouvoir de taxation » par les cotisations syndicales qu'elle est admise, par l'effet de la loi, à percevoir de tous les salariés qui composent l'unité de négociation.⁶⁰²

⁶⁰⁰ *Id.*, 887 (par. 57)

⁶⁰¹ *Id.*, 881 (par. 51)

⁶⁰² Art. 47 *Code du travail*; art. 70 *Code canadien du travail*

En revanche, bien que le syndicat ait un certain pouvoir d'établir, par le jeu de la négociation collective, des « règles de droit », de les appliquer et de les faire respecter, ce pouvoir ne lui est pas exclusif puisqu'il le partage avec l'employeur. En outre, l'association accréditée n'est pas tant une créature de la loi que des salariés qui la forment, de leur propre initiative, pour exercer les pouvoirs et les fonctions qu'ils veulent bien lui confier. Ces dernières considérations font bien voir les limites du raisonnement par analogie.

Revenons maintenant au premier indice évoqué par la Cour, soit celui du contrôle gouvernemental exercé sur l'entité. Si l'on en juge par la jurisprudence, une entreprise ou une institution ne serait contrôlée par le gouvernement que si « les aspects quotidiens ou routiniers de son fonctionnement » sont assujettis à son contrôle régulier : un contrôle occasionnel ou exceptionnel ne suffira pas.⁶⁰³ Partant, les organismes qui agissent le plus souvent « de leur propre initiative »⁶⁰⁴ échapperont généralement au critère du contrôle gouvernemental « routinier ou régulier » exigé par la jurisprudence.⁶⁰⁵

Considérant la latitude considérable accordée aux associations syndicales dans le choix des moyens pour assurer la sauvegarde des intérêts des salariés, établir les stratégies de négociation, souscrire aux dispositions contractuelles qui résultent de cette négociation et voir ensuite à leur application, l'on ne peut raisonnablement déduire l'existence d'un contrôle gouvernemental suffisant.

⁶⁰³ C'est ce qui ressort notamment des arrêts *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483, *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451, *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, *supra*, note 58, 311-312 (j. LaForest) et *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, 372 (j. McLachlin)

⁶⁰⁴ *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, *id.*, 515 (j. LaForest); *McKinney c. Université de Guelph*, *supra*, note 585, 269 (j. LaForest)

⁶⁰⁵ *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, *id.*, 513 (j. LaForest); *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, *supra*, note 58, 311-312 (j. LaForest)

Somme toute, comme l'analyse du degré de contrôle exercé sur le syndicat et l'étude des fonctions dont il s'acquitte généralement ne permet pas de déceler sa « nature gouvernementale », il ne sera pas assujéti à la *Charte canadienne* dans tout ce qu'il fait.

À la lumière des critères passablement stricts développés par la plus haute cour du pays, les organisations syndicales ne peuvent être assimilées à des acteurs gouvernementaux tant en raison de leur relative autonomie par rapport au gouvernement que de la nature plutôt « privée » de leurs fonctions. En vertu de la jurisprudence dominante, les syndicats ne font manifestement pas partie du gouvernement au sens de l'article 32 de la *Charte canadienne*⁶⁰⁶:

Il va sans dire que les syndicats ne sont pas [...] des entités gouvernementales. En fait, les syndicats ont notamment pour raison d'être, surtout ceux du secteur public, de contester l'action du gouvernement, de s'y opposer.⁶⁰⁷

Le fait que la Cour assimile les organisations syndicales à des « particuliers »⁶⁰⁸ a de quoi surprendre. Considérant que la loi, « action gouvernementale » par excellence, instaure un régime de négociation collective, qu'elle régit la formation des syndicats et établit leurs droits et obligations au regard des employeurs, des salariés et du public en général, il est, croyons-nous, irréaliste de les qualifier essentiellement d'acteurs

⁶⁰⁶ *Bhindi c. British Columbia Projectionists*, (1986) 29 D.L.R. (4th) 47 (C.A.C.-B.), cité avec approbation dans les arrêts *McKinney c. Université de Guelph*, *supra*, note 585, 262 et 266 (j. LaForest) et *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, *id.*, 311 (j. LaForest); *Société canadienne des postes c. Syndicat des postiers du Canada*, [1989] 1 C.F. 98 (1^{re} instance), 117 (j. Rouleau); *Tomen c. F.W.T.A.O.*, (1989) 61 D.L.R. (4th) 565 (C.A. Ont.) (autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée: [1991] 1 R.C.S. xv); *Baldwin c. B.C.G.E.U.*, (1986) 28 D.L.R. (4th) 301 (C.S.C.-B.); BICH (1987), *supra*, note 112, 1107-1109; MACNEIL, LYNK et ENGELMANN, *supra*, note 236, 11-8 (par. 11.190); SWINTON, *supra*, note 127, 56-57

⁶⁰⁷ *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, *supra*, note 58, 240 (j. Wilson)

⁶⁰⁸ La version anglaise de l'arrêt *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*, *supra*, note 596, 604, est encore plus éclairante en parlant d'un litige opposant des « ...purely private parties... ». (j. McIntyre)

privés.⁶⁰⁹ Cependant, la Cour ayant maintes fois répété que « [l]e critère de l'objet public est simplement inadéquat » pour déterminer les organismes qui sont liés en toutes circonstances par le texte constitutionnel, le jugement qu'elle porte à cet égard apparaît pour ainsi dire sans appel.⁶¹⁰

Toutefois, poursuit la Cour, certaines activités particulières d'« acteurs privés », tels les syndicats, pourraient néanmoins être visées par la *Charte canadienne*. Si l'acte dont on allègue l'incompatibilité avec une liberté ou un droit protégé a été accompli en vue de mettre en œuvre une politique gouvernementale⁶¹¹, il pourrait ainsi faire l'objet d'un examen en vertu de la Charte même si l'auteur de l'acte n'est pas, en soi, une « entité gouvernementale » proprement dite :

Il se peut très bien, en effet, que des entités données soient assujetties à un examen fondé sur la *Charte* relativement à certaines fonctions gouvernementales qu'elles accomplissent, même si, intrinsèquement, ces entités ne peuvent être correctement décrites comme « gouvernementales »...⁶¹²

En d'autres termes, « ...une activité particulière d'une entité peut être sujette à révision en vertu de la *Charte* si cette activité peut être attribuée au gouvernement ». ⁶¹³ C'est

⁶⁰⁹ HUNTER, *supra*, note 239, 152. Voir dans le même sens: CHRISTIAN, *supra*, note 216, 27: « Trade unions are more and more coming to be treated like public utilities. »

⁶¹⁰ *McKinney c. Université de Guelph*, *supra*, note 585, 265-266 et 269 (j. LaForest); *Eldridge c. Colombie-Britannique (procureur général)*, *supra*, note 382, 654-655 et 660-661 (j. LaForest, par. 35 et 43)

⁶¹¹ *McKinney c. Université de Guelph*, *id.*, 275 (j. LaForest); *Eldridge c. Colombie-Britannique (procureur général)*, *id.* (j. LaForest, *passim*); *Godbout c. Longueuil (Ville)*, *supra*, note 419, 878 (j. LaForest, par. 47)

⁶¹² *Godbout c. Longueuil (Ville)*, *ibid.* Voir dans le même sens *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, *supra*, note 58, 240 (j. Wilson)

⁶¹³ *Eldridge c. Colombie-Britannique (procureur général)*, *supra*, note 382, 661 (j. LaForest, par. 44). Il semble que le juge LaForest paraphrase ici les propos qu'il tenait dans l'arrêt *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, *id.*, 312: « ...le gouvernement peut, dans certaines circonstances, être soumis à un examen fondé sur la *Charte* relativement à des activités du secteur privé à l'égard desquelles une certaine responsabilité pourrait lui être attribuée. »

pourquoi certains actes des syndicats échapperaient à l'application de la *Charte canadienne* en certaines circonstances, alors que d'autres actes syndicaux pourraient parfois y être assujettis s'ils sont accomplis « en vue de l'exécution d'une politique ou d'un programme déterminé du gouvernement ». ⁶¹⁴ Il en serait ainsi, par exemple, des actes qu'ils accomplissent « sous la contrainte de la loi » ⁶¹⁵ ou à la demande d'un ministre. ⁶¹⁶

Pour tout dire, dans la mesure où une association de salariés est accréditée pour représenter les employés d'un organisme qui, lui, est un acteur gouvernemental, les actes qu'elle pose en symbiose avec cet acteur pourront être l'objet d'un examen fondé sur la *Charte canadienne*. À preuve, la Cour suprême a jugé le document constitutionnel applicable à des conventions collectives intervenues entre des syndicats « privés », d'une part, et des organismes mandataires de la Couronne, d'autre part. ⁶¹⁷ Conséquemment, le syndicat qui signe une convention collective avec un acteur gouvernemental pourrait être exposé à une contestation, en vertu de la *Charte canadienne*, des clauses discriminatoires qu'il a pu négocier ou agréer. ⁶¹⁸ En revanche, les rapports qu'entretient l'association syndicale avec les salariés qui font partie de l'unité de négociation pour laquelle elle est accréditée échapperont vraisemblablement à l'application du texte constitutionnel. ⁶¹⁹

⁶¹⁴ *Eldridge c. Colombie-Britannique (procureur général)*, *supra*, note 382, 660-661 (j. LaForest par. 42 et 43)

⁶¹⁵ *McKinney c. Université de Guelph*, *supra*, note 585, 269 (j. LaForest)

⁶¹⁶ *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, *supra*, note 603, 508-509 (j. LaForest); *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, *supra*, note 448, 1162 (j. Cory, par. 75); *Eldridge c. Colombie-Britannique (procureur général)*, *supra*, note 382, 663 (j. LaForest, par. 48)

⁶¹⁷ *Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College*, *supra*, note 585, 584-585 (j. LaForest); *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, *supra*, note 58, 243-244 (j. Wilson) et 312 (j. LaForest)

⁶¹⁸ CARTER, *supra*, note 315, 2; SWINTON, *supra*, note 127, 56-57: « ...any collective agreement involving the government sector [...] is subject to *Charter* scrutiny. This is a significant difference from private sector labour relations. There, only government action (for example, the terms of a labour relations statute) is subject to *Charter* scrutiny, but not the collective agreements negotiated by the parties... »

En somme, la nécessité de recourir aux critères développés par la jurisprudence pour détecter les personnes et institutions assujetties à la *Charte canadienne* ne permet pas d'en arriver à des conclusions fermes sans d'abord procéder à un examen attentif de la législation qui régit leur conduite, des faits en litige et des caractéristiques propres de l'auteur de l'atteinte aux droits et libertés constitutionnellement garantis. C'est pourquoi le recours à la *Charte canadienne* pour attaquer une conduite syndicale discriminatoire ou une convention collective porteuse de dispositions contraires à l'égalité est un chemin moins fréquenté par les salariés lésés.⁶²⁰

Cela étant, dans leurs sphères d'application respectives, la *Charte québécoise*, la *Loi canadienne* et la *Charte canadienne* ont une très vaste portée. Si le devoir de juste représentation incombe essentiellement à l'« association accréditée » au stade de la négociation ou de l'application de la convention collective, la protection contre la discrimination et le devoir d'accommodement qu'elle véhicule ne présentent pas de telles limites.

La *Charte québécoise* dispose que « nul » ne peut exercer de discrimination dans l'emploi⁶²¹, ce qui inclut à la fois l'employeur et ses représentants, l'association – accréditée ou non – et ses représentants, les membres du syndicat et les autres salariés. Rédigées en des termes différents, la *Loi canadienne*⁶²² et la *Charte canadienne*⁶²³ apparaissent sensiblement au même effet, encore qu'en vertu de cette dernière Charte, seuls les acteurs gouvernementaux sont débiteurs des droits à l'égalité.

⁶¹⁹ HUNTER, *supra*, note 239, 153. C'est pourquoi la violation, par le syndicat, du principe d'égalité consacré par le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne*, sans intervention aucune de l'employeur gouvernemental, pourrait se faire en toute impunité : MACNEIL, LYNK et ENGLEMAN, *supra*, note 236, 11-8 (par. 11.190); *CONTRA*: KELLY, *supra*, note 281, 71 (par. 815)

⁶²⁰ CAMPBELL, *supra*, note 372, 6 : « In any case, it is the Human Rights Acts that are most likely to apply because they are not confined to government action and there are Commissions to enforce the Acts but not the Charter. »

⁶²¹ Art. 16 et 17 *Charte québécoise*

⁶²² Art. 7 et 9 *Loi canadienne*

Quant aux situations visées par les garanties pro-égalité, elles sont des plus variées. Phénomène insidieux qui prend d'abord racine dans les esprits pour ensuite corrompre, de mille façons, les milieux de travail⁶²⁴, la discrimination peut surgir à toute étape de la relation d'emploi. Le recrutement du personnel, les politiques d'embauche, les exigences affichées pour un poste, l'apprentissage, la durée de la période de probation, les conditions de travail⁶²⁵, la convention collective, les lettres d'entente qui y sont annexées, les directives et pratiques établies, la rémunération, les horaires de travail, la formation professionnelle, l'aménagement des lieux de travail, les équipements utilisés, la promotion, la mutation, le déplacement, la mise à pied, la suspension, le renvoi, les régimes de retraite sont autant de « matières » sur lesquelles la discrimination peut avoir prise.⁶²⁶

Conscients de ce fait, les législateurs québécois et canadien ont donc conçu des règles susceptibles d'enrayer la discrimination non seulement au moment de la négociation ou de l'application de la convention collective, mais à tous les stades de la relation de travail (pré-embauche, embauche, conditions de travail et fin d'emploi).⁶²⁷

Ces règles pourront en outre être employées contre le syndicat qui établit des distinctions préjudiciables aux salariés ou à toute autre personne et ce, quelle que soit la grandeur des motifs qui l'ont animé. En effet, l'exigence d'une « intention

⁶²³ Art. 15(1) *Charte canadienne*

⁶²⁴ DÉOM, *supra*, note 328, 969

⁶²⁵ Cette expression, présente à l'article 16 de la *Charte québécoise*, est suffisamment large pour inclure « toute matière pouvant faire l'objet d'une négociation collective » : COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *supra*, note 482, 77

⁶²⁶ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *Accès à l'égalité, ancienneté et discrimination* (rédaction : Pierre BOSSET, Michel COUTU et Maurice DRAPEAU), Montréal, Commission des droits de la personne du Québec, Direction de la recherche, résolution COM-377-6.1.3, 29 juin 1993, 4; Michel COUTU, « L'application des Chartes à l'arbitrage des griefs », dans BROSSARD (dir.), *supra*, note 436, 84

⁶²⁷ Les lois d'ici sont en cela conformes aux normes internationales : BEN-ISRAEL, *supra*, note 32, 103 (par. 32)

discriminatoire » a résolument été abandonnée par la jurisprudence contemporaine⁶²⁸ à la faveur d'une preuve de lien effectif entre une caractéristique personnelle visée par les chartes ou lois sur les droits de la personne et un « effet préjudiciable »⁶²⁹, preuve nettement plus aisée à établir.⁶³⁰

Partant, peu importe le moment⁶³¹, la manière ou contre qui le syndicat pratique la discrimination, il peut être appelé à répondre de ses actes et à offrir un accommodement raisonnable à la personne lésée, aux termes des lois sur les droits de la personne. Soulignons qu'il pourrait en être de même dans le cas de la *Charte canadienne*, pourvu qu'une intervention gouvernementale permette de la faire entrer en action.

⁶²⁸ *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, *supra*, note 427, 1136-1137 (j. Dickson); *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, *supra*, note 349, 543-544 (j. Iacobucci, par. 80); *Commission des droits de la personne du Québec c. L'Homme*, [1981] D.R.L. 124 (C.A. Qué.), 125 (j. Turgeon); *Québec (Ville) c. Commission des droits de la personne du Québec*, *supra*, note 512, 840-841 (j. Nichols); *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu c. Commission des droits de la personne du Québec*, *supra*, note 390, 1243 (j. Rousseau-Houle); *Lachine General Hospital Corporation c. Québec (Procureur général)*, [1996] R.J.Q. 2804 (C.A.), 2829-2830 (j. Robert); *Desroches c. Commission des droits de la personne du Québec*, *supra*, note 422, 1548 et 1553 (j. Zerbisias); *Compagnie minière Québec-Cartier c. Commission des droits de la personne du Québec*, D.T.E. 99T-52 (C.A.), 32 (j. Beauregard) (autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée: [1999] 3 R.C.S. vii); *Canada (Commission des droits de la personne) c. Banque Toronto-Dominion*, [1998] 4 C.F. 205 (C.A.), 263 (j. Robertson, par. 137); ADELL, *supra*, note 565, 2; BLACK, *supra*, note 310, 25-28; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *supra*, note 626, 4; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *supra*, note 482, 60; DAVID, *supra*, note 299, 189-190 et 390; PROULX, *supra*, note 67, 11-20

⁶²⁹ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, 695 (j. L'Heureux-Dubé, par. 65); BRUN et TREMBLAY, *supra*, note 504, 1076-1078; Louise LANGEVIN, « Réflexion sur le lien de causalité en matière de discrimination : une difficile intégration », (1996) 22 *Queen's L.J.* 51, 61-62; PROULX, *supra*, note 436, 412

⁶³⁰ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, *supra*, note 382, 549-550 (j. McIntyre). Voir au même effet: *Andrews c. Law Society of British Columbia*, *supra*, note 344, 173 et 175 (j. McIntyre); *Eldridge c. Colombie-Britannique (procureur général)*, *supra*, note 382, 671 (j. LaForest, par. 62); *Vriend c. Alberta*, *supra*, note 382, 547 (j. Cory, par. 93)

⁶³¹ Rien ne s'oppose à ce que le devoir d'accommodement puisse s'imposer à toute étape de la relation d'emploi, incluant le stade du recrutement: BRUYÈRE, GOMEZ et THAYER-HANDLEMANN, *supra*, note 572, 632; Joanne Jocha ERVIN, « Reasonable Accommodation and the Collective Bargaining Agreement Under the Americans With Disabilities Act of 1990 », (1991) *Det. C. L. Rev.* 925, 937; Louis C. RABAUT, « The American With Disabilities Act and the Duty of Reasonable Accommodation », (1993) 70 *U. Det. Mercy L. Rev.* 721, 728-729. Pour une opinion plus nuancée mais qui doit maintenant être lue à la lumière de l'arrêt *Commission des écoles catholiques de Québec c. Gobeil*, [1999] R.J.Q. 1883 (C.A.), voir MORIN et BRIÈRE, *supra*, note 48, 139-141 (par. II-9)

Enfin, si l'obligation d'accommodement raisonnable, au même titre que l'obligation syndicale de juste représentation, n'en est pas une de résultat⁶³², la première apparaît nettement plus contraignante que la seconde pour l'association syndicale.

De fait, le syndicat a l'obligation de « prendre des mesures raisonnables »⁶³³ pour atténuer l'effet discriminatoire de sa conduite ou d'une disposition qu'il a négociée ; certes, le fait que ces mesures ne permettent pas de « réaliser le plein accommodement » ou « d'atteindre complètement le but souhaité »⁶³⁴ par la victime ne lui sera pas forcément fatal⁶³⁵ mais encore devra-t-il établir qu'il n'a mis fin à ses efforts d'accommodement qu'une fois atteinte la limite de la « contrainte excessive ». ⁶³⁶

Sur l'axe bipolaire des obligations syndicales, dont le vecteur s'étend de l'*abstention pure et simple* au *devoir impératif d'agir*, l'obligation d'accommodement raisonnable semble donc irrésistiblement attirée par le pôle positif.⁶³⁷ Lorsqu'il est question de droits fondamentaux, la passivité est une bien mauvaise conseillère.⁶³⁸

⁶³² BOSSET, *supra*, note 549, 106; COUTU, *supra*, note 626, 100; WOEHRLING, *supra*, note 403, 344: « ...le devoir d'accommodement est une obligation de moyens... »

⁶³³ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, *supra*, note 382, 555 (j. McIntyre); *Central Okanagan School District no. 23 c. Renaud*, *supra*, note 521, 982 (j. Sopinka); *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, *supra*, note 431, 541-544 et 552 (j. Cory, *passim*)

⁶³⁴ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, *ibid.*

⁶³⁵ *Central Okanagan School District no. 23 c. Renaud*, *supra*, note 521, 995: « Le plaignant ne peut s'attendre à une solution parfaite. » (j. Sopinka)

⁶³⁶ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, *supra*, note 382, 555 (j. McIntyre); *Central Okanagan School District no. 23 c. Renaud*, *id.*, 982 (j. Sopinka); *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, *supra*, note 431, 545-546 (j. Cory, *passim*)

⁶³⁷ Les auteurs semblent unanimes à convenir qu'une obligation d'accommodement emporte un devoir « positif » d'agir: BERLIN, *supra*, note 535, 139; Gregory S. CRESPI, « Efficiency Rejected: Evaluating "Undue Hardship" Claims Under the Americans with Disabilities Act », (1990) 26 *Tulsa L.J.* 1, 2; D'ANDREA, CORRY et FORESTER, *supra*, note 428, 4-58.8 et 4.59 (par. 4:5100); KARLAN et RUTHERGLEN, *supra*, note 535, 9; Sue A. KRENEK, « Beyond Reasonable

En somme, au strict plan de leur portée, il ressort peu de similitude entre le devoir de juste représentation syndical et le devoir d'accommodement, inhérent à la protection contre la discrimination.

Toutefois, une autre caractéristique, peut-être encore plus fondamentale, départage ces devoirs syndicaux : la notion de « discrimination », essentielle à leur mise en œuvre, n'apparaît pas tout à fait la même. Pour nous exprimer métaphoriquement, disons que les deux véhicules mis à la disposition des salariés victimes de la discrimination syndicale ne semblent pas carburer exactement à la même essence. L'affirmation, nous en convenons, requiert une « mise au point » : c'est là l'objet de notre prochaine section.

Section 3 – La discrimination prohibée

On pourrait dire du terme « discrimination » qu'il est un « mot portemanteaux » : « on peut y accrocher tous les costumes que l'on veut ». ⁶³⁹ Si le discours syndical y a suspendu bien des pardessus au cours de l'histoire, les juges y ont également posé bien des chapeaux ⁶⁴⁰!

Accommodation », (1994) 72 *Tex. L. Rev.* 1969, 1972; MILLSAP, *supra*, note 508, 1432; MURPHY, *supra*, note 388, 1608-1609, 1627 et 1644

⁶³⁸ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *supra*, note 482, 64-65. On voit d'ailleurs poindre en jurisprudence une tendance à sanctionner l'inaction des gouvernements au nom des droits à l'égalité constitutionnels: *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, *supra*, note 382, 678-681 (J. LaForest, par. 73 à 78, ainsi que la jurisprudence qu'il y cite); *l'riend c. Alberta*, *supra*, note 382; BRUNELLE, *supra*, note 595, 33-40; Thomas M. J. BATEMAN, « Rights Application Doctrine and the Clash of Constitutionalisms in Canada », (1998) 31 *Rev. Can. Sc. Pol.* 3. Il semble que la jurisprudence américaine soit plus conservatrice à cet égard ; voir la jurisprudence et la doctrine citées par Ira C. LUPU, « The Trouble with Accommodation », (1992) 60 *Geo. Wash. L. Rev.* 743, 751 (note 34)

⁶³⁹ Cette expression savoureuse est empruntée à Jacques GODBOUT, *L'écran du bonheur*, Montréal, Boréal, 1995, 35-36

⁶⁴⁰ John G. MACINTOSH, « Employment Discrimination : An Economic Perspective », (1986) 19 *Ott. L. Rev.* 275, 277: « ...the term "discrimination" itself means many different things to many different people. »

Par delà la rhétorique, une explication toute simple peut justifier ce fait : dans nos sociétés modernes, les manifestations de la discrimination sont aussi variées qu'elles peuvent être subtiles.⁶⁴¹ Comme il existe par ailleurs d'innombrables distinctions qui doivent être faites pour assurer le bien commun, il est donc normal que des désaccords naissent au moment d'établir celles qui devraient être frappées d'illégalité.

En régime de démocratie parlementaire, il revient d'abord au législateur de trancher entre les revendications opposées des membres de la collectivité. Il importe de voir l'arbitrage qu'il en a fait dans sa tentative d'enrayer la discrimination syndicale.

A) Les motifs de discrimination interdits

La législation provinciale et fédérale du travail exige des syndicats qu'ils s'abstiennent d'« agir de manière discriminatoire » contre les salariés qui forment l'unité de négociation.⁶⁴² Ce qui est digne de mention à la lecture de ces dispositions, c'est le silence des législateurs quant aux distinctions d'origine syndicale qu'ils entendent prohiber. S'en tenant à une interdiction générale de la « discrimination », les codes du travail sont avars de précisions sur le sens qu'il convient de donner à ce concept.

On ne peut pas vraiment s'étonner de ce mutisme législatif. Il s'inscrit parfaitement dans la logique qui a présidé à l'apparition du devoir de juste représentation dans les codes du travail. Les élus ayant tiré ce devoir de la jurisprudence sans y apporter vraiment d'amélioration⁶⁴³, ils s'en sont remis sans surprise aux tribunaux pour

⁶⁴¹ Emily CALHOUN, « Workplace Discrimination : Truthfulness and the Moral Imagination », (1991) 16 *U. L. Rev.* 137, 138 et 144; CAMPBELL, *supra*, note 372, 11; D'ANDREA, CORRY et FORESTER, *supra*, note 428, 4-14 (par. 4:3310); Claire L'HEUREUX-DUBÉ, « Droit de la famille à l'aube du 20^e siècle : la marche vers l'égalité », (1997-98) 28 *R.D.U.S.* 3, 8: « [...] la tâche d'extirper l'inégalité et l'injustice de notre société se situe aujourd'hui sur un plan plus élevé, un plan où l'inégalité et la discrimination ne découlent pas tant des intentions positives d'une personne donnée que de l'implication d'actions souvent innocentes. »

⁶⁴² Art. 47.2 du *Code du travail*; art. 37 du *Code canadien du travail*; art. 10(2) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*

⁶⁴³ *Supra*, note 498, et les développements qui y correspondent.

déterminer les distinctions irrecevables. Ce délestage législatif offrirait un certain avantage aux salariés puisqu'il permet aux juges de combler le silence de la loi par une interprétation généreuse apte à favoriser l'élargissement des motifs de discrimination interdits.⁶⁴⁴

Ainsi, le simple fait que le syndicat fasse preuve de favoritisme⁶⁴⁵ à l'endroit de certains salariés peut constituer, en l'absence d'une justification raisonnable, un manquement à son devoir de juste représentation.⁶⁴⁶ Il en sera de même à propos des distinctions fondées sur l'appartenance ou non d'un salarié au syndicat.⁶⁴⁷

En fait, si l'on en juge par la jurisprudence des tribunaux spécialisés dans le domaine du travail, la notion de « discrimination » qui se retrouve au cœur du devoir de juste représentation syndical doit s'entendre comme suit :

⁶⁴⁴ BRUNET, *supra*, note 488, 84, soutient d'ailleurs que l'article 47.2 du *Code du travail* « ...doit recevoir une acception plus large que celle qui se retrouve à l'article 10 de la Charte québécoise... » en raison de l'absence d'une énumération limitative de critères interdits de discrimination. Voir dans le même sens : COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *supra*, note 482, 38 et 58 (note 1); Susan CHALTON et Lesley BURKE, « Human Rights – A Union Perspective », dans INSIGHT CONFERENCES, *Human Rights and Disabilities in the Workplace*, Toronto, Insight Press, 1994, 50; LEPAGE, *supra*, note 489, 531

⁶⁴⁵ MACNEIL, LYNK et ENGELMANN, *supra*, note 236, 7-9 (par. 7:160). Notons que le favoritisme qui n'est pas fondé sur un motif de discrimination énuméré par les chartes et lois sur les droits de la personne échappe à la portée de ces dernières: *Edgell v. Board of School Trustees, District n° 11*, (1997) 97 C.L.L.C. 145,079 [¶230-009] (B.C.C.H.R.), 145,091 (commissaire H. Mahil)

⁶⁴⁶ *Larochelle c. Fédération des infirmiers et infirmières du Québec*, D.T.E. 97T-542 (T.T.): « Faire des passe-droits à une salariée à cause d'une erreur d'un employeur pourrait, à la limite, être considéré comme de la discrimination envers d'autres salariés. » (j. Morin)

⁶⁴⁷ Voir notamment: *Desfossés c. Association des pompiers de Montréal*, D.T.E. 83T-619 (C.S.); *Lessard c. Union des chauffeurs et ouvriers de diverses industries, local 69*, D.T.E. 84T-768 (T.T.); *Pépin c. Fraternité inter-provinciale des ouvriers en électricité*, D.T.E. 88T-568 (T.T.); *Bélisle c. Syndicat des travailleuses et travailleurs de l'hôtel Méridien de Montréal (C.S.N.)*, [1992] T.T. 205 (requête en révision judiciaire rejetée : D.T.E. 92T-987 (C.S.)) (en appel: 500-09-001523-927). Dans l'opinion dissidente qu'elle signe dans l'arrêt *Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57 (SIEPB), CTC-FTQ c. Tremblay*, *supra*, note 496, 1106, Madame la juge Thibault laisse même entendre que la protection contre la discrimination se réduit surtout à cette dimension : « En général, on conclut au comportement discriminatoire de l'association accréditée suivant qu'elle réserve un traitement différent à un salarié en fonction de son allégeance syndicale. » (par. 52)

La discrimination se caractérise par le traitement différent. Agir sans discrimination, c'est agir de la même façon pour tous et chacun, ne pas favoriser quelqu'un au détriment d'un autre, ne pas tenir compte de la race, du sexe, des croyances politiques, religieuses, etc.⁶⁴⁸

L'abréviation « etc. » qui rompt ici la nomenclature laisse bien voir que cette dernière n'est pas exhaustive. En effet, l'implantation des chartes et lois sur les droits de la personne dans le paysage législatif viendra étoffer la notion de « discrimination » comprise dans les codes du travail.

Friands d'indices sur les intentions possibles du législateur⁶⁴⁹, les juges verront dans les motifs interdits de discrimination énumérés par les documents fondamentaux une volonté des élus de les proscrire en toutes circonstances. Le vocabulaire employé dans les lois du travail n'étant pas incompatible avec les textes portant sur les droits de la personne, on aura ainsi vu dans ces derniers un effort de clarification du concept de « discrimination » intégré aux premières.⁶⁵⁰

⁶⁴⁸ *Landry c. Syndicat des travailleuses et travailleurs de l'Hôtel-Dieu du Sacré-Cœur de Jésus de Québec*, [1993] T.T. 528, 534 (j. Morin) (requête en révision judiciaire rejetée: 200-05-002044-936). Cette définition de la « discrimination » est reprise avec approbation dans des décisions subséquentes: *Mercier c. Union internationale des travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 502*, [1996] T.T. 465, 475 (j. Brière); *Bouchard c. Syndicat des employés du Centre hospitalier Saint-Augustin*, [1996] T.T. 491, 499 (j. Morin)

⁶⁴⁹ Qu'il suffise de signaler, pour mémoire, avec quel empressement les tribunaux québécois sont allés puiser dans la *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées*, L.R.Q., c. E-20.1, une définition de la « personne handicapée » pour ensuite l'appliquer, sans plus de réflexion, à la notion de « personne handicapée » incluse dans la *Charte québécoise*. Le procédé, qui a entraîné des résultats désastreux pour nombre de demandeurs (Voir la jurisprudence citée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, *supra*, note 629, 692-693 (j. L'Heureux-Dubé, par. 56 à 58), ne témoigne pas moins de la quête incessante des juges pour les précisions législatives.

⁶⁵⁰ Voir en ce sens: *Cameron v. Teamsters Local Union 213*, [1982] 2 Can. L.R.B.R. 215 (C.-B.), 221-223 (A.E. Black); *K.H. v. Communications, Energy and Paperworkers Union, Local 1-S*, (1997) 98 C.L.L.C. 143,157 [¶220-020] (Sask. Lab. Rel. Bd), 143,167: « It must be remembered [...] that the duty of fair representation was initially rooted in a concern about discrimination based on race, and in those early cases, the term discrimination was used in the sense in which current discussion arising out of human rights legislation is framed. »

Voilà pourquoi le syndicat qui établit, entre les salariés, des distinctions fondées sur l'une ou l'autre des caractéristiques personnelles visées par la *Charte canadienne* ou les lois quasi constitutionnelles manque aussi, en principe, à son devoir de juste représentation.⁶⁵¹

Mais quelles sont donc ces caractéristiques personnelles qui ne peuvent en principe servir de fondement valable à l'action des associations syndicales ? La *Charte québécoise* en donne une énumération limitative⁶⁵² au premier alinéa de son article 10 :

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

La *Loi canadienne sur les droits de la personne* énonce aussi, à son article 3, la liste complète des motifs de discrimination qu'elle répute illégaux :

⁶⁵¹ *Rayonier of Canada (B.C.) Ltd.*, [1975] 2 Can. L.R.B.R. 196 (C.-B.), 201-202 (Paul Weiler); *Daniel Joseph McCarthy*, [1978] 2 Can. L.R.B.R. 105, 108 (Innis Christie); *Cameron v. Teamsters Local Union 213*, *ibid.*; *Arsenault v. International Longshoremen's Association*, [1982] 3 Can. L.R.B.R. 425 (Qué.), 432 (Claude H. Foisy); *Clarence Hynes et autres*, (1988) 75 di 39 (CCRT n° 708). 61(Hugh R. Jamieson) (appel rejeté : *Carvery c. Canada (Labour Relations Board)*, [1990] 2 C.F. D-26 (C.A.)); BENTHAM, *supra*, note 118, 21 (note 112); CHALTON et BURKE, *supra*, note 644, 50 (note 31); CHRISTIAN, *supra*, note 216, 26; JOACHIM, *supra*, note 482, 104; MACNEIL, LYNK et ENGELMANN, *supra*, note 236, 7-9 (par. 7.160, note 25); SACK, GOLDBLATT, MITCHELL, *supra*, note 473, 10; VERGE, *supra*, note 212, 725

⁶⁵² *Modes Cohoes Inc. c. Québec (Procureur général)*, [1993] R.J.Q. 2801 (C.A.), 2806 (*per curiam*) (autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée : [1994] 1 R.C.S. ix); BRUN et TREMBLAY, *supra*, note 504, 1074; CARIGNAN, *supra*, note 366, 531-532; Andrée CÔTÉ et Lucie LEMONDE, *Discrimination et Commission des droits de la personne*, Montréal, Éd. Saint-Martin, 1988, 19; PROULX, *supra*, note 366, 458-461. D'ailleurs, une proposition visant à faire précéder l'énumération de l'article 10 de l'adverbe « notamment » afin d'en accroître la portée a été rejetée au cours des débats précédant son adoption: ASSEMBLÉE NATIONALE. *Journal des débats*, commissions parlementaires, 3^e session, 30^e Législature, 25 juin 1975, B-5016

3. (1) Pour l'application de la présente loi, les motifs de distinction illicite sont ceux qui sont fondés sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la déficience.

(2) Une distinction fondée sur la grossesse ou l'accouchement est réputée être fondée sur le sexe.⁶⁵³

Enfin, le paragraphe premier de l'article 15 de la *Charte canadienne* évoque certaines des distinctions qui éveilleront les soupçons des juges appelés à juger de la légalité des gestes que l'association syndicale pose en symbiose avec un acteur gouvernemental :

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

[...]

La comparaison entre les articles 10 de la *Charte québécoise*, 3 de la *Loi canadienne* et 15 de la *Charte canadienne* montre que toutes trois interdisent *a priori* les distinctions syndicales qui ont pour assise la race, l'origine ethnique ou nationale, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou la déficience des salariés. À l'exception de ces deux dernières interdictions qui sont le fruit d'une sensibilisation plus récente⁶⁵⁴, on voit dans ces motifs le noyau dur de la protection traditionnelle contre la discrimination.⁶⁵⁵

⁶⁵³ Notons que l'article 25 de la *Loi canadienne* précise que la « déficience » peut être « physique ou mentale » et qu'elle comprend « le défigurement ainsi que la dépendance, présente ou passée, envers l'alcool et la drogue. » Il ajoute une définition de l'« état de personne graciée », lequel a trait à l'« état d'une personne physique qui a légalement obtenu une réhabilitation qui, si elle a été octroyée ou délivrée en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire*, n'a pas été révoquée ou annulée. »

⁶⁵⁴ PROULX, *supra*, note 436, 344. Par exemple, au Canada, c'est seulement en 1976 qu'est apparue la première loi contre la discrimination faite aux personnes physiquement handicapées: ADELL, *supra*, note 295, 169

La *Charte québécoise* se fait pour sa part plus généreuse que la *Loi canadienne*. Certes, ces lois condamnent, chacune à leur façon, la discrimination résultant de l'état civil⁶⁵⁶ ou de l'état de personne graciée⁶⁵⁷ d'un individu mais la *Charte québécoise* réprime en plus les distinctions qui reposent sur les convictions politiques, la langue⁶⁵⁸ ou la condition sociale d'une personne. Ainsi, à titre d'exemple, les actes syndicaux qui traduisent un comportement discriminatoire à l'égard des salariés dont l'allégeance est réservée à une association rivale pourraient être constitutifs d'une distinction illicite fondée sur les « convictions politiques ».⁶⁵⁹

Quant à la *Charte canadienne*, dont l'énumération des motifs de discrimination interdits n'est qu'indicative⁶⁶⁰, on sait qu'elle rend notamment suspectes les distinctions faites en fonction de la citoyenneté⁶⁶¹, de l'état civil⁶⁶² ou de l'orientation sexuelle⁶⁶³ d'une personne.

⁶⁵⁵ BURSTEIN, *supra*, note 299, 18

⁶⁵⁶ L'« état matrimonial » et la « situation de famille » auxquels la *Loi canadienne* réfère sont des réalités visées par la notion québécoise d'« état civil »: Linda BERNIER, Lukask GRANOSIK et Jean-François PEDNEAULT, *Les droits de la personne et les relations du travail*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., édition sur feuilles mobiles, 7-221 (par. 7.345); Christian BRUNELLE, « Les droits et libertés dans le contexte civil », dans ÉCOLE DU BARREAU DU QUÉBEC, *Droit public et administratif*, Collection de droit 1999-2000, vol. 7, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1999, 201

⁶⁵⁷ L'article 18.2 de la *Charte québécoise* va même plus loin en disposant que « [n]ul ne peut congédier, refuser d'embaucher ou autrement pénaliser dans le cadre de son emploi une personne du seul fait qu'elle a été déclarée coupable d'une infraction pénale ou criminelle, si cette infraction n'a aucun lien avec l'emploi ou si cette personne en a obtenu le pardon. »

⁶⁵⁸ Il n'est pas sans intérêt de mentionner ici que ce facteur prohibé de discrimination accompagnait, tout en les précédant, la « nationalité », la « race », le « sexe » et la « religion » dans la *Déclaration de principes* de 1921 de la Confédération des travailleurs catholiques du Canada (CTCC). Déclaration qui a vraisemblablement servi de source d'inspiration au législateur québécois: FILION, *supra*, note 97, 91-92

⁶⁵⁹ *Lefort c. Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 3247*, [1993] T.T. 346, 363-364 (J. Brière)

⁶⁶⁰ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, *supra*, note 344, 175: « Les motifs énumérés au par. 15(1) de la *Charte* ne sont pas exclusifs... » (J. McIntyre, diss., non contredit sur ce point)

⁶⁶¹ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, *id.*

⁶⁶² *Miron c. Trudel*, *supra*, note 460

Du reste, la préséance que lui confère son statut constitutionnel sur toute autre « règle de droit » – incluant la *Charte québécoise* et la *Loi canadienne*⁶⁶⁴ – laisse entrevoir de très vastes perspectives : de fait, en raison de sa primauté, la *Charte canadienne* pourrait favoriser l'élargissement de l'énumération limitative qui figurent dans ces lois quasi constitutionnelles à toute la gamme des distinctions qu'elle pourfend elle-même.⁶⁶⁵

La revue des différents motifs de discrimination illicite retenus par les législateurs permet d'en faire ressortir le dénominateur commun : tous « se rattache[nt] à un trait personnel »⁶⁶⁶, à un attribut de la personne humaine « qui est soit immuable, soit modifiable uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l'identité personnelle »⁶⁶⁷:

Comme première observation, [...] on peut constater qu'un motif de discrimination désigne d'abord tout simplement une caractéristique propre à un individu. Contrairement à ce qui est parfois véhiculé, il ne s'agit donc pas d'une caractéristique immuable, permanente ou innée. Il serait difficile de prétendre en effet que les convictions politiques, la religion, la langue ou l'état civil d'une personne ne peuvent *jamaïs* faire l'objet de changement.

Toutefois, et c'est notre deuxième observation, le motif de discrimination consiste ici en une « caractéristique ou manifestation essentielle » de la personne. Elle doit fortement imprégner la personnalité d'un individu, soit de

⁶⁶³ *Egan c. Canada*, *supra*, note 460; *Vriend c. Manitoba*, *supra*, note 382; *M. c. H.*, *supra*, note 460; *Haig c. Canada*, (1992) 94 D.L.R. (4th) 1 (C.A. Ont.); *Roy c. R.*, [1998] R.J.Q. 1043 (C.A.), 1050-1053 (j. LeBel)

⁶⁶⁴ *McKinney c. Université de Guelph*, *supra*, note 585, 290: « Il n'y a aucun doute que puisque le Code [des droits de la personne] est une loi, la *Charte* s'y applique. » (j. LaForest)

⁶⁶⁵ *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Vriend c. Manitoba*, *supra*, note 382; Peter HOGG, « Judicial Amendment of Statutes to Conform to the Charter of Rights », (1994) 28 R.J.T. 533, 540

⁶⁶⁶ COUTU, *supra*, note 626, 85

⁶⁶⁷ *Corbiere c. Canada (Ministre des affaires indiennes et du Nord canadien)*, *supra*, note 429, 219 (jj. McLachlin et Bastarache, par. 13) et 252 (j. L'Heureux-Dubé, par. 60)

façon inhérente (ex.: la race ou le sexe), soit par suite de l'exercice libre ou forcé d'un choix fondamental (ex.: la religion ou les convictions politiques).⁶⁶⁸

Ainsi, alors que des caractéristiques innées comme la race, la couleur, l'origine ethnique ou nationale ou le sexe d'un individu sont, en principe, immuables⁶⁶⁹, d'autres attributs non moins fondamentaux peuvent être variables ou évolutifs, tels la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge, la religion⁶⁷⁰, les convictions politiques, la langue⁶⁷¹ ou la condition sociale.⁶⁷² Quant au handicap, il peut être tantôt immuable, tantôt évolutif⁶⁷³, selon sa nature propre.⁶⁷⁴

⁶⁶⁸ PROULX, *supra*, note 366, 451-452, cité avec approbation dans l'arrêt *Forget c. Québec (Procureur général)*, *supra*, note 389, 99-100 (j. Lamer). Parlant des différences qui peuvent exister entre les groupes, Michael HARTNEY, « Some Confusions Concerning Collective Rights », (1991) 4 *Can. J. of L. & Jur.* 293, observe à la page 296: « (1) There are differences in the extent to which we can choose to belong to them : one can choose one's religion, but not one's ethnic origin. (2) There are differences in the extent to which one can belong to more than one group simultaneously : one can belong to more than one language group but not to more than one religion (inasmuch as the differences among religions lies in mutually incompatible beliefs), with ethnicity somewhere in the middle (since one can be of mixed ethnic origin). »

⁶⁶⁹ *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, 720 (j. Binnie, par. 27); FUDGE, *supra*, note 47, 249. Soulignons que l'immutabilité de certaines caractéristiques personnelles est justement ce qui justifie leur présence dans les motifs de discrimination interdits: KARLAN et RUTHERGLEN, *supra*, note 535, 23

⁶⁷⁰ CROMWELL, *supra*, note 531, 169: « Religion is [...] an acquired property consisting of a set of beliefs that can be *dynamic* in nature » (nos italiques). Voir dans le même sens: JAMAR, *supra*, note 508, 727 et 747

⁶⁷¹ *R. c. Beaulac*, *supra*, note 429, 796 (j. Bastarache, par. 33)

⁶⁷² *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Société de portefeuille du Groupe Desjardins-Assurances générales des caisses Desjardins Inc.*, [1997] R.J.Q. 2049 (T.D.P.Q.), 2053 (j. Sheehan)

⁶⁷³ Tout salarié peut devenir handicapée et ce handicap peut se résorber ou encore s'aggraver au fil du temps: Michael LYNK, « Accommodating Disabilities in the Canadian Workplace », (1999) 7 *C.L.E.L.J.* 183, 185; Scott A. MOSS et Daniel A. MALIN, « Public Funding for Disability Accommodations: A Rational Solution to Rational Discrimination and the Disabilities of the ADA », (1998) 33 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 197, 224; SCHOEN, *supra*, note 259, 1420; Julie WHITE, *Sisters and Solidarity: Women and Unions in Canada*, Toronto, Thompson Educational Publishing Inc., 1993, 214

⁶⁷⁴ *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, *supra*, note 552, 273: « ...la déficience, en tant que motif illicite, diffère des autres motifs énumérés tels que la race ou le sexe parce que ces motifs ne comportent aucune différence sur le plan individuel. Par contre, quand il s'agit de déficience, il existe des différences énormes selon l'individu et le contexte. » (j. Sopinka, par. 69)

Tandis que les caractéristiques immuables ne posent généralement pas de problème de définition⁶⁷⁵, certaines de celles qui sont évolutives créent parfois de sérieux casse-tête aux tribunaux.⁶⁷⁶ La « religion »⁶⁷⁷ ou le « handicap »⁶⁷⁸ en sont peut-être les exemples les plus saisissants.

Par ailleurs, si le devoir syndical de juste représentation semble pouvoir s'appliquer indifféremment du motif de discrimination en cause, le devoir d'accommodement, lui, trouvera principalement application dans les cas où la distinction opérée par le syndicat se fonde sur un attribut variable ou évolutif de la personne.

Un simple coup d'oeil à la jurisprudence permet d'ailleurs de constater que c'est de loin l'existence d'une discrimination fondée sur la « religion » et le « handicap », deux catégories aux constituantes particulièrement hétérogènes⁶⁷⁹, qui ont le plus souvent donné lieu à une ordonnance d'accommodement.⁶⁸⁰

⁶⁷⁵ Il peut bien sûr se présenter des situations qui laissent néanmoins place à l'interprétation. C'est notamment le cas de l'« origine nationale »: DÉOM, *supra*, note 328, 972. En ce sens, l'affirmation de CROMWELL, *supra*, note 531, 169, selon laquelle « Race, color, sex, and national origin refer to clear, unambiguous classes of individuals which cannot be redefined or created nor depend on the perception of individuals » manque manifestement de nuances.

⁶⁷⁶ Pour en faire un traitement satisfaisant, l'analyse de la signification de chacun des motifs illicites de discrimination commanderait une étude si considérable qu'elle ne pourrait être intégrée harmonieusement en ces pages. Pour une étude plus approfondie de la question, voir: BERNIER, GRANOSIK et PEDNEAULT, *supra*, note 656, chapitres 7 et 8 (*passim*); BRUN et TREMBLAY, *supra*, note 504, 1079-1083; BRUNELLE, *supra*, note 656, 201-203.

⁶⁷⁷ CAMPBELL, *supra*, note 372, 7-9; Mary CORNISH et Harriet SIMAND, « Religious Accommodation in the Workplace », (1992) 1 *C.L.L.J.* 166, 172-17; James M. DONOVAN, « God is as God Does : Law, Anthropology, and the Definition of "Religion" », (1995) 6 *Const. L.J.* 23; Paul HORWITZ, « The Sources and Limits of Freedom of Religion in a Liberal Democracy : Section 2(a) and Beyond », (1996) 54 *U.T. Fac. L. Rev.* 1; ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, « Secte ou religion : casse-tête sémantique ? », *National*, Janvier-Février 1996, vol. 5, n° 1, 36-37.

⁶⁷⁸ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Montréal (Ville)*, *supra*, note 629; Dominique LIZOTTE et Patrick FOUGEYROLLAS, « Du droit comme facteur déterminant de la participation sociale des personnes ayant des incapacités », (1997) 38 *C. de D.* 371; PROULX, *supra*, note 436.

⁶⁷⁹ Denise ROBILLARD, « Amérique du Nord » dans Michel CLÉVENOT (dir.), *L'état des religions dans le monde*, Montréal, Boréal Express, 1987, 295-299; GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, Ministère des Affaires Internationales, de l'Immigration et des Communautés culturelles, *Profil des*

En vérité, plus les caractéristiques constitutives d'un lien d'appartenance à un des groupes visés par la loi seront variées, plus l'adaptation requise des autorités syndicales sera grande et plus le devoir d'accommodement sera susceptible d'être appliqué. Toutefois, il importe de le mentionner, rien ne s'oppose à ce que cette obligation d'accommoder trouve application quel que soit le motif de discrimination à l'origine de la revendication.⁶⁸¹

En définitive, sur le plan des types de distinctions prohibées, la protection anti-discrimination offerte aux salariés par les codes du travail ne se démarque pas fondamentalement de celle que pourvoient les chartes et lois sur les droits de la personne : de manière générale, les devoirs syndicaux inhérents aux deux types de législation s'attaquent à des distinctions sensiblement de même nature.

principaux groupes religieux du Québec, Québec, Les Publications du Québec, 1995; Jean VERNETTE (avec la collaboration de Claire MONCELON), *Dictionnaire des groupes religieux aujourd'hui*, Paris, Presses universitaires de France, 1995. Aux États-Unis, par exemple, on dénombre pas moins de vingt-six groupements religieux distincts qui comptent chacun au moins un million d'adeptes: Paul LANSING et Maureen FELDMAN, «The Ethics of Accommodating Employee's Religious Needs in the Workplace», (1997) *Lab. L.J.* 371. En marge des religions traditionnelles, le Québec compterait environ mille sectes d'ordre religieux ou spirituel: CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Diversité culturelle et religieuse: Recherche sur les enjeux pour les femmes*, Québec, Novembre 1997, 12; Louise LAURIN et Henri LABERGE, « Quelle devrait être la place de la religion à l'école », *L'action nationale*, vol. 88, n° 6, juin 1998, 79, 86. La diversité est encore plus grande au sein du groupe des personnes handicapées: BERLIN, *supra*, note 535, 141; LYNK, *supra*, note 673, 185; MOSS et MALIN, *supra*, note 673, 211; Gopal C. PATI, John I. ADKINS Jr. et Glenn MORRISON, *Managing and Employing the Handicapped: The Untapped Potential*, Lake Forest (Illinois), Brace-Park Press, 1981, 22; WEINER, *supra*, note 87, 62. Comme le souligne avec justesse KRENEK, *supra*, note 637, 1977-1978, ce que les personnes handicapées ont en commun n'est pas tant leur « handicap » que l'exclusion sociale dont elles sont l'objet.

⁶⁸⁰ Kees W. KORT, « The Duty to Accommodate at Arbitration : A Management Viewpoint », (1996-97) *Lab. Arb. Y.B.* 257, 258

⁶⁸¹ BERLIN, *id.*, 167; BOSSET, *supra*, note 549, 102; Brian ETHERINGTON, « Central Alberta Dairy Pool : The Supreme Court of Canada's Latest Word on the Duty to Accommodate », (1992) 1 *C.L.L.J.* 311, 312; JOHNSTON, *supra*, note 542, 737-738; OTIS et BRUNELLE, *supra*, note 480, 640; Katherine SWINTON, « Disability and the Duty to Accommodate : An Academic Perspective », (1998) *Lab. Arb. Y.B.* 93, 94; WOEHLING, *supra*, note 403, 331. Voir cependant DAY et BRODSKY, *supra*, note 362, 467-468

B) Les manifestations proscrites de discrimination

Quoique leurs fins soient communes, on aurait tort de confondre les deux régimes de protection conçus par les législateurs pour contrer la discrimination syndicale. Tributaire de l'interprétation des tribunaux, la mise en œuvre de ces garanties législatives obéit paradoxalement à des principes distincts.

De fait, si les distinctions que l'on juge répréhensibles ont un fondement similaire, leur légalité n'est pas pour autant appréciée en fonction des mêmes considérations. Ainsi, comme nous allons le voir maintenant, selon qu'un salarié conteste une mesure syndicale discriminatoire en vertu de la législation du travail, d'une part, ou des chartes et lois sur les droits de la personne, d'autre part, son fardeau de preuve pourrait différer radicalement...

1. Les distinctions injustifiées

Lorsqu'on remonte le cours de l'histoire du devoir de juste représentation jusqu'à son origine jurisprudentielle américaine, l'on observe que ce sont les *intentions* syndicales qui retiennent toute l'attention des juges. Pour eux, l'obligation du syndicat d'assurer à chacun des salariés une représentation équitable ne le privait nullement de la faculté d'établir entre eux des distinctions pertinentes aux fins des relations de travail.⁶⁸² Ainsi, les distinctions fondées sur l'ancienneté des salariés, la nature du travail qu'ils accomplissent, leurs compétences ou leurs qualifications sont vite jugées irréprochables.⁶⁸³

⁶⁸² *Steele v. Louisville & Nashville Railroad*, *supra*, note 464, 203: « Variations in the terms of the contract based on differences *relevant to the authorized purposes of the contract* [...] are within the scope of the bargaining representation of a craft... » (j. Stone) (nos italiques). Voir dans le même sens: *Ford Motor Co. v. Huffman*, *supra*, note 469, 342: « The provisions before us are within reasonable bounds of *relevancy*. » (j. Burton) (nos italiques). LEPAGE, *supra*, note 489, 531, dit de ces distinctions qu'elles doivent « ...se fonder sur des motifs pertinents aux relations du travail... ». Dans l'affaire *Lawrence c. International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union No. 120*, (1987) 14 C.L.R.B.R. (n.s.) 77 (Ont. L.R.B.), on parle, à la page 90, de « ...cogent labour relations purpose... » (commissaire Hughes, par. 25 et 26)

⁶⁸³ *Steele v. Louisville & Nashville Railroad*, *ibid.*

Ce qui est incompatible avec le devoir de juste représentation de l'association accréditée, c'est plutôt cette distinction « évidemment non pertinente et injuste »⁶⁸⁴ qui peut être qualifiée d'« hostile ».⁶⁸⁵ L'hostilité étant, par nature, du domaine des « intentions »⁶⁸⁶, on comprendra dès lors que l'on puisse vouloir surtout combattre, par cette nouvelle obligation syndicale, ces distinctions empreintes de malveillance et de mépris envers autrui et animées d'un désir de nuire, sans raison valable, à sa progression dans l'entreprise.⁶⁸⁷

Conçue à une époque où les manifestations de discrimination syndicale n'étaient pas drappées du voile plus contemporain de la subtilité, cette interprétation n'avait rien de bien étonnant. Aussi n'est-ce pas un hasard si, dès le départ, l'on a greffé au concept de « discrimination » ainsi développé, les notions de « mauvaise foi » ou d'« arbitraire ». Dans l'esprit des juges américains, ces expressions avaient vraisemblablement une même signification.

Les législateurs d'ici n'oseront pas rompre les liens de ce mariage de qualificatifs célébré par les cours américaines. Qu'elle soit le fruit de l'intervention d'élus fédéraux ou provinciaux, la législation du travail adjoint à l'interdiction faite au syndicat d'agir

⁶⁸⁴ *Ibid.*: « Here the discriminations based on race alone are *obviously irrelevant and invidious*. » (nos italiques). Voir dans le même sens: *Conley v. Gibson*, *supra*, note 484, 46 (j. Black)

⁶⁸⁵ *Steele v. Louisville & Nashville Railroad*, *id.*, 203-204, où par deux fois le juge Stone réfère à une « *...hostile discrimination...* » (nos italiques); *Conley v. Gibson*, *ibid.* Étrangement, la Cour suprême des États-Unis parlait plutôt d'hostilité ou de discrimination (*...without hostility or discrimination...*) dans un arrêt subséquent: *Vaca v. Sipes*, *supra*, note 436, 177 (j. White) (nos italiques). Toutefois, les précédents dont elle se réclamait pour juger de cette affaire nous permettent d'affirmer qu'elle n'entendait pas par là modifier radicalement l'orientation de sa jurisprudence.

⁶⁸⁶ En toute logique, il apparaît difficile d'être hostile à autrui sans en avoir l'intention!

⁶⁸⁷ Ainsi, dans l'arrêt *Motor Coach Employees v. Lockridge*, *supra*, note 471, 301, la Cour suprême américaine exigeait du plaignant qu'il apporte une « [TRADUCTION] preuve substantielle d'une discrimination qui soit *intentionnelle, sévère et sans lien avec un objectif syndical légitime* » (j. Harlan) (nos italiques)

de manière « discriminatoire », celle d'agir de manière « arbitraire » ou de « mauvaise foi ».⁶⁸⁸

Dans un effort louable, d'aucuns ont bien tenté d'aménager une zone d'autonomie à chacun de ces termes. Par exemple, on a bien distingué, en doctrine, les concepts d'« arbitraire » et de « discrimination » :

[...] la protection contre l'*arbitraire* et celle contre la *discrimination* ne sont pas équivalentes. La *discrimination* implique une différence *arbitraire* de traitement entre deux situations et sa recherche repose sur une comparaison de ces situations pour établir la différence de traitement. Pour établir l'*arbitraire*, il suffit de prendre en considération une seule situation et d'établir que le traitement qui lui est appliqué n'est pas conforme aux exigences de la raison. Certes la différence *arbitraire* de traitement constitue une *discrimination*, mais l'*arbitraire* couvre d'autres hypothèses que cette seule différence. Souvent, les autorités judiciaires préfèrent établir l'*arbitraire* plutôt que de recourir à la comparaison complexe de situations qu'implique l'établissement d'une *discrimination*.⁶⁸⁹

Sans se faire aussi nuancés, les tribunaux québécois spécialisés dans le domaine du travail ont eux aussi tenté de délimiter le rayon d'action des qualificatifs retenus par les législateurs :

L'*arbitraire* se caractérise par la seule volonté, l'absence d'observation de règles. [...] La *discrimination* se caractérise par le traitement différent. [...] La *mauvaise foi* se caractérisera par une volonté de faire tort à un salarié. Elle comporte une intention de nuire à quelqu'un.⁶⁹⁰

⁶⁸⁸ Art. 47.2 du *Code du travail* ; art. 37 du *Code canadien du travail* ; art. 10(2) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*

⁶⁸⁹ Jean-Paul JACQUÉ, « Le principe d'égalité », dans BEAUDOIN (dir.), *supra*, note 366, 80

⁶⁹⁰ *Landry c. Syndicat des travailleuses et travailleurs de l'Hôtel-Dieu du Sacré-Cœur de Jésus de Québec*, *supra*, note 648, 534 (J. Morin) (nos italiques)

S'attardant au seul concept de « discrimination », les juridictions fédérales ont pour leur part résisté à l'idée de le dissocier complètement des notions d'« arbitraire » ou, pour dire la même chose, de « raisonnabilité » :

[...] le terme « discrimination » se rapporte [...] aux règles [...] qui sont appliquées différemment selon les personnes ou les groupes pour des motifs illégaux, arbitraires ou déraisonnables. Une distinction est manifestement *illégal*e lorsqu'elle est fondée sur des caractéristiques interdites par [une loi sur les droits de la personne] [...] ; une distinction est *arbitraire* lorsqu'elle n'est pas fondée sur une règle, une politique ou un motif d'ordre général ; et une distinction peut être considérée comme *déraisonnable* lorsque, même si elle est faite en vertu d'une règle ou d'une politique générale, la règle ou la politique elle-même n'a aucun rapport juste ou raisonnable avec la décision prise. L'exemple classique est la règle qui exclut d'un poste les candidats qui ont les cheveux roux.⁶⁹¹

Cependant, toutes ces distinctions conceptuelles, qui sont peut-être viables en théorie, ont la vie dure quand elles se heurtent à la réalité. Ainsi, pour plusieurs, la discrimination est simplement « une différence de traitement *arbitraire* »⁶⁹² ou encore « une distinction *injustifiée* dans le traitement de certains salariés par le syndicat ».⁶⁹³

⁶⁹¹ Daniel Joseph McCarthy, *supra*, note 651, 108 (Innis Christie). Dans l'affaire *Clarence Hynes et autres*, *supra*, note 651, 61-62, le Conseil canadien des relations de travail citait avec la plus grande approbation ces propos du professeur Christie pour conclure qu'«[i]l est maintenant bien établi que ce sont là les critères que le Conseil appliquera... » aux cas où l'on invoque l'existence d'une discrimination. Voir dans le même sens : *Bugay v. CAW-Canada*, (2000) 57 Can. L.R.B.R. (2d) 182 (CCRI), 190-191 (Me Susan Handman, par. 34)

⁶⁹² LOCHAK, *supra*, note 371, 780 (nos italiques)

⁶⁹³ GAGNON, *supra*, note 9, 311 (nos italiques). Pour ajouter à la confusion, cet auteur précise ensuite qu'à la manière de la « mauvaise foi », la discrimination « procède généralement d'un sentiment d'animosité du syndicat envers le salarié. »

C'est pourquoi en pratique, l'on semble plutôt prompt à conclure à la difficulté d'établir entre ces expressions des différences vraiment significatives.⁶⁹⁴

Deux raisons peuvent être avancées en guise d'explications. D'une part, le pragmatisme des praticiens du droit et des juges ne les portent pas spontanément à faire dans la spéculation et la sémantique. Les codes du travail frappant également d'illégalité la conduite syndicale empreinte d'« arbitraire », de « discrimination » ou de « mauvaise foi », on ne voit pas toujours la nécessité de circonscrire avec une infinie précision le domaine réservé à chacune de ces expressions dans la mesure où le résultat souhaité peut être atteint quelle que soit la qualification retenue.⁶⁹⁵

D'autre part, dans l'esprit de plusieurs, il y a manifestement un dénominateur commun entre ces qualificatifs.⁶⁹⁶ En effet, selon l'interprétation largement dominante qui ressort de la jurisprudence, tous semblent prédisposer le décideur à fouiller exclusivement les *intentions* ou les *motifs* syndicaux. Par un effet d'osmose ou plus exactement de contamination par association, dirions-nous, les motivations du syndicat, qui sont au cœur des concepts d'« arbitraire » ou de « mauvaise foi », influent aussi fortement sur la notion de « discrimination ».⁶⁹⁷

⁶⁹⁴ *Guénette c. Union des chauffeurs de camions, hommes d'entrepôts et autres ouvriers, local 106*, [1979] T.T. 409, 414: « ...le requérant devait établir devant le soussigné la mauvaise foi, l'arbitraire, la discrimination ou encore la négligence grave. La distinction à faire entre ces trois [sic] expressions m'apparaît assez difficile. » (j. Beaudry); BRUNET, *supra*, note 488, 84

⁶⁹⁵ MORIN et BRIÈRE, *supra*, note 48, 786-787 (par. IV-39): « La méthode inductive, parce que plus relative et plus pragmatique, paraît, en semblable matière, préférable à une approche théorique. »

⁶⁹⁶ C'est possiblement ce qui fait dire à MORIN et BRIÈRE, *ibid.*, que « ...ces qualificatifs sont [...] cumulatifs... »

⁶⁹⁷ *Péloquin c. Syndicat des agents de la paix en services correctionnels du Québec*, [1993] T.T. 296, 312: « Le trait commun de la mauvaise foi, de l'arbitraire et du comportement discriminatoire, c'est leur caractère volontaire, intentionnel, délictuel, qui en fait des fautes graves de représentation. » (j. Brière) (nos italiques). De même, dans une affaire de discipline syndicale mettant en cause l'article 95 du *Code canadien du travail*, la Cour supérieure du Québec affirme: « La doctrine et la jurisprudence s'entendent pour donner au mot « discrimination » [...] un sens large et général. Bien qu'en principe légale, la sanction deviendrait, selon les principes généraux du droit, illicite si elle était, en fait, abusive, arbitraire ou disproportionnée par rapport à l'écart de conduite du membre, et c'est dans ce sens général que le *Code canadien du travail* défend l'imposition de toute sanction à

Partant, dans la mesure où la distinction établie entre les salariés a pour *objet* d'atteindre une fin louable ou légitime, elle résistera à l'épreuve de la contestation judiciaire sur le fondement des lois du travail parce qu'on la jugera « justifiée ». ⁶⁹⁸ Pour obtenir gain de cause, le salarié qui s'estime lésé par une distinction opérée par l'association accréditée sera donc contraint de démontrer que celle-ci s'avère non seulement préjudiciable pour lui mais aussi indue ⁶⁹⁹ ou irrationnelle, « dénuée de toute logique, de tout bon sens » ⁷⁰⁰, bref arbitraire ⁷⁰¹!

L'arrêt *The Gazette c. Parent* ⁷⁰² peut servir ici notre propos. Typographe de métier dans la soixantaine, Ernest Parent travaillait pour le quotidien anglophone montréalais depuis 1964. En raison des progrès technologiques fulgurants qui allaient marquer l'industrie de l'imprimerie au cours des années subséquentes, les tâches traditionnellement accomplies par les typographes allaient dorénavant être exécutées au moyen des nouvelles techniques de photocomposition assistée par ordinateur.

Accrédité pour représenter les deux cent typographes du journal, le *Syndicat québécois de l'imprimerie et des communications, local 145*, fit donc de la sécurité d'emploi son principal cheval de bataille. Le 12 novembre 1982, le syndicat signait avec la partie patronale une convention collective d'une durée de trois ans, à laquelle était annexée

caractère discriminatoire »: *Pilette c. Syndicat des postiers du Canada*, [1991] R.J.Q. 1015 (C.S.), 1020 (J. Lemieux) (nos italiques)

⁶⁹⁸ *Andreas Angellakis*, (1996) 103 di 76 (CCRT n° 1192), 82-83 (Me Roza Aronovitch); MACNEIL, LYNK et ENGLEMAN, *supra*, note 236, 11-5 (par. 11.150)

⁶⁹⁹ Pour un cas de discrimination imputée à l'employeur mais qui permet néanmoins d'établir une analogie, voir: *Roberge c. Hôtel-Dieu de Sorel*, [1997] T.T. 398, 402 (J. Langlois); requête en révision judiciaire rejetée: *Roberge c. Tribunal du travail*, D.T.E. 98T-185 (C.S.)

⁷⁰⁰ *Ouellet c. Syndicat des travailleurs et travailleuses du Deauville*, (1983) 83 C.L.L.C. 12,281 [¶14,054] (T.T. Qué.), 12,286 (J. Morin)

⁷⁰¹ Que l'on parle de « légitimité », d'« arbitraire », de « raisonnabilité », ou encore de distinction « non pertinente », « irrationnelle », « indue », « abusive » ou « injuste », tous ces qualificatifs que l'on retrouve en jurisprudence ont trait, en fait, à l'« absence de justification raisonnable »: BOSSUYT, *supra*, note 370, 97; PROULX, *supra*, note 366, 431

⁷⁰² *Supra*, note 327

une entente signée par tous les typographes, à l'exception de Monsieur Parent et de trois de ses collègues. Essentiellement, cette entente garantissait à chacun des salariés de l'unité syndicale la sécurité d'emploi jusqu'à ce qu'il atteigne l'âge de soixante-cinq ans. En contrepartie, chaque typographe prenait l'engagement de se retirer une fois célébré son soixante-cinquième anniversaire de naissance.

Jugeant que l'entente avait sur lui un *effet* discriminatoire en raison de son âge plutôt avancé, le typographe s'adressa, par requête pour jugement déclaratoire, à la Cour supérieure qui lui donna éventuellement gain de cause. Toutefois, par une décision unanime, la Cour d'appel infirmait le jugement de première instance et concluait que l'entente intervenue entre l'employeur et le syndicat n'était en rien discriminatoire.

Portant toute son attention sur l'*objet*⁷⁰³ de l'entente, la plus haute cour du Québec y voyait non pas un mécanisme de retraite obligatoire⁷⁰⁴ mais plutôt une simple formule d'attrition⁷⁰⁵ dont le seul *but* était de garantir un emploi à tous les typographes, garantie dont les effets pouvaient se perpétuer, pour certains d'entre eux, jusqu'au XXI^e siècle. Soulignant que l'entente avait été négociée en toute *bonne foi* par les parties⁷⁰⁶, la Cour jugeait que les mesures prises pour atteindre ce but louable étaient « loin d'être discriminatoires ou arbitraires ».⁷⁰⁷ Estimant l'entente « très équitable et avantageuse » pour les salariés, la Cour concluait :

[TRADUCTION] Le fait qu'une disposition de la convention collective puisse avoir un effet moins favorable sur certains salariés que sur leurs collègues n'équivaut pas forcément à de la discrimination. Les salariés ont souvent des préoccupations, des intérêts et des

⁷⁰³ À la page 636 de l'arrêt, *id.*, le juge Rothman, qui rend jugement au nom de la Cour, fait allusion par deux fois au but de l'entente tout en référant, quelques lignes plus loin, à son objet.

⁷⁰⁴ *Ibid.*

⁷⁰⁵ *Id.*, 637

⁷⁰⁶ *Id.*, 636

⁷⁰⁷ *Id.*, 637

besoins différents. Si ceux-ci ont été considérés *honnêtement, équitablement* et en toute *bonne foi* [...] il n'y a pas discrimination...⁷⁰⁸

En clair, tout ce que l'on semble exiger de l'organisation syndicale, c'est d'agir d'une manière rationnelle, équitable, dans la forme comme dans le fond, sans intention malveillante.⁷⁰⁹ Si elle considère les différentes possibilités, soupèse dûment les intérêts divergents et prend une décision rationnelle et empreinte de bonne foi⁷¹⁰, elle échappera à la semonce des tribunaux.⁷¹¹ Ainsi, aux yeux des juges, seule « une solution déraisonnable » ou « absolument injuste »⁷¹² semblerait justifier leur intervention.

Cette interprétation, tout axée sur la bienveillance des intentions du syndicat⁷¹³ et la rationalité de l'objectif qu'il poursuit, s'impose comme une application fidèle des principes sous-jacents au devoir de juste représentation. Cependant, derrière elle se profile en filigrane une conception dépassée de l'égalité voulant qu'un traitement uniforme des salariés soit garant d'un traitement juste ou encore qu'un objet légitime justifie, en soi, les effets pernicieux des mesures prises pour le réaliser.

⁷⁰⁸ *Id.*, 638 (nos italiques)

⁷⁰⁹ *Morin c. Canadian Auto Workers National Union, local 222 Oshawa*, [1988] OLRB Rep. May 506. 508: « Simply put, [the duty of fair representation] obliges a union to act in a manner which is objectively rational, equitable in process and substance, and benignly motivated. » (commissaire Abella, par. 12)

⁷¹⁰ *Id.*, 509: « ... so long as the union has considered the alternatives, duly weighed the competition of concerns, and made its decision rationally and in good faith, its conduct will not violate [the law]. » (commissaire Abella, par. 13)

⁷¹¹ JOACHIM, *supra*, note 482, 111-112

⁷¹² *Donald H. Mole et autre*, (1992) 88 di 14 (CCRT n° 933), 18 (Thomas M. Eberlee)

⁷¹³ *Côté c. Métallurgistes unis d'Amérique, section locale 9311*, C.S. Québec. 200-05-004728-965. 4 août 1997 (J. Banford, *passim*). Incidemment, aux États-Unis, l'allégation d'un manquement au devoir de juste représentation syndical a déjà été assimilée à une allégation de discrimination directe ("disparate treatment") requérant une preuve d'intention discriminatoire: Connye Y. HARPER, « Origin and Nature of the Duty of Fair Representation », (1996) 12 *Lab. Law*. 183, 187

Dans ce contexte, il est conséquent que les plaintes de discrimination fondée sur la législation du travail se fassent plutôt rares aujourd'hui. De fait, les salariés victimes d'actes discriminatoires d'origine syndicale réalisent, peu à peu, que les chartes et lois sur les droits de la personne se révèlent plus aptes à protéger efficacement leurs droits à l'égalité.⁷¹⁴

2. Les distinctions préjudiciables

Alors que la jurisprudence portant sur le devoir de juste représentation syndical fait porter au salarié qui s'estime victime d'une discrimination le fardeau de démontrer que la distinction dont il est l'objet n'est pas justifiée, les textes qui consacrent les droits et libertés fondamentaux de la personne s'opposent à une pareille interprétation.

Que l'on invoque la *Charte québécoise*, la *Loi canadienne* ou la *Charte canadienne*, toutes trois départagent clairement les étapes de la *violation* d'un droit garanti et celle de la *justification* de l'atteinte qui lui est portée. C'est ce que l'on désigne par « l'analyse en deux composantes »⁷¹⁵, laquelle prévoit « une démarche à deux volets » successifs au cours desquels chacune des parties doit respectivement assumer le fardeau de la preuve.⁷¹⁶

Au stade de la *violation* du droit à l'égalité, un salarié n'est tenu d'apporter qu'une preuve *prima facie*⁷¹⁷, soit « celle qui porte sur les allégations qui ont été faites et qui, si

⁷¹⁴ BENTHAM, *supra*, note 118, 23: « ...the role for which the duty of fair representation was originally conceived, that of protecting visible minorities against discrimination, has been largely supplanted by human rights legislation. »

⁷¹⁵ *R. c. Oakes*, *supra*, note 448, 134 (J. Dickson). Voir au même effet: *Andrews c. Law Society of British Columbia*, *supra*, note 344, 178 (J. McIntyre, diss. non contredit sur ce point)

⁷¹⁶ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, *supra*, note 629, 695 (J. L'Heureux-Dubé, par. 65)

⁷¹⁷ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, *supra*, note 567, 208 (J. McIntyre); *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, *ibid.*: COUTU, *supra*, note 626, 83

on leur ajoute foi, est complète et suffisante pour justifier un verdict [qui lui est favorable], en l'absence de réplique [du défendeur] ». ⁷¹⁸

À cet égard, l'énumération de motifs illicites de discrimination dans les chartes et lois sur les droits de la personne vient lui faciliter grandement la tâche. En effet, après quelques faux pas, la jurisprudence est finalement parvenue à voir dans ces caractéristiques personnelles accolées aux garanties contre la discrimination, plus qu'une simple fantaisie d'élus mûs par le seul désir de « faire œuvre de littéraire ». ⁷¹⁹ Loin d'être négligeable, cette nomenclature constitue, en fait, un véritable jugement porté tant par les législateurs québécois et fédéral que par le constituant:

[...] les plaignants n'ont pas à faire la preuve qu'une différence de traitement donnée manque de justification raisonnable: les législateurs provinciaux [et fédéral] ont évacué cette problématique en identifiant précisément quelles formes de distinction de traitement ils considèrent comme étant *a priori injustifiées, arbitraires* ou *déraisonnables*, c'est-à-dire discriminatoires et contraires au principe d'égalité.

[...]

Ainsi donc, en pointant explicitement du doigt certaines formes de discrimination, le constituant a forcément voulu indiquer que les distinctions fondées sur de tels motifs sont *a priori arbitraires*... ⁷²⁰

En fait, ce qu'un salarié qui condamne une distinction faite par le syndicat doit établir, c'est surtout le lien effectif qu'elle entretient avec l'un des motifs de discrimination

⁷¹⁸ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears, supra*, note 382, 558 (J. McIntyre)

⁷¹⁹ PROULX, *supra*, note 200, 589

⁷²⁰ PROULX, *supra*, note 365, 644 et 664 (nos italiques). Voir dans le même sens: PROULX, *id.* 593 (note 79); Daniel PROULX, « La norme québécoise d'égalité dérape en Cour suprême : commentaire des arrêts *Forget, Devine* et *Ford* », (1990) 24 R.J.T. 375, 380; RAMM, *supra*, note 366, 36: « The discrimination clause implies *the presumption* (sic) that consideration of the named grounds [...] is *arbitrary*... » (nos italiques)

prohibés⁷²¹ et le préjudice qu'elle lui occasionne.⁷²² Exiger d'un salarié qu'il démontre qu'une distinction fondée sur un motif illicite est au surplus « arbitraire » ou « injustifiée », c'est l'astreindre à une démonstration dont les législateurs entendaient manifestement l'exempter⁷²³, c'est le déposséder d'un « laissez-passer » que ceux-ci lui concèdent, de plein droit.

À preuve, la *Charte québécoise*, la *Loi canadienne* et la *Charte canadienne* aménagent des moyens de défense consignés dans des dispositions *justificatives* expresses. Ainsi, après avoir érigé une protection quasi constitutionnelle contre la discrimination dans l'emploi aux articles 10 et 16 à 19 de sa Charte, le législateur québécois a prévu la possibilité de justifier certaines distinctions pourtant fondées sur des motifs illicites :

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

Le législateur fédéral a fait de même en établissant dans la *Loi canadienne* un moyen de défense dans les cas où la discrimination est le produit d'une exigence professionnelle justifiée :

15. Ne constituent pas des actes discriminatoires :

a) les refus, exclusions, expulsions, suspensions, restrictions, conditions ou préférences de l'employeur qui

⁷²¹ LANGEVIN, *supra*, note 629. Soulignons que selon le motif de discrimination en cause, ce lien pourra même « se constate[r] de lui-même »: *Commission des écoles catholiques de Québec c. Gobeil*, *supra*, note 631, 1893 (j. Robert)

⁷²² Voir à ce propos: *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, *supra*, note 629, 695 (j. L'Heureux-Dubé, par. 65); PROULX, *supra*, note 67, 13-23

⁷²³ *CONTRA* : Pierre BLACHE, « Les méandres du concept d'égalité et la Charte québécoise des droits et libertés de la personne », (1986) 17 *R.D.U.S.* 85, 103-108; BRUN et TREMBLAY, *supra*, note 504, 1075 et 1079: « ...le droit à l'égalité de l'article 10 est en définitive « le droit de ne pas faire l'objet de distinctions *non raisonnables*, fondées sur un motif énuméré ». [...] Donc seules les « distinctions énumérées *non raisonnables* » constituent des discriminations au sens de l'article 10... » (nos italiques); WOEHLING, *supra*, note 403, 364

démontre qu'ils découlent d'exigences professionnelles justifiées ; [...]

Enfin, la *Charte canadienne* s'ouvre par une disposition qui assujettit tous les droits et libertés qu'elle enchâsse aux limites raisonnables pouvant découler d'une règle de droit :

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Quelle utilité ces dispositions justificatives pourraient bien conserver si l'on intégrait, à l'intérieur même de la notion d'égalité véhiculée par les textes fondamentaux qui les renferment, une norme justificative intrinsèque ? Si tel était le cas, il faudrait conclure que leur présence est superfétatoire.⁷²⁴ De fait, de deux choses l'une : ou bien le salarié convainc le décideur qu'il est l'objet d'une distinction *arbitraire* ou *injustifiée*, auquel cas il obtient gain de cause, ou bien il échoue dans sa tentative et sa demande est simplement rejetée. Dans un cas comme dans l'autre, la disposition justificative est alors condamnée au désœuvrement !

D'aucuns pourront mettre en doute la raison d'être des dispositions justificatives et même y voir une insulte à l'intelligence des juges.⁷²⁵ Tout bien considéré, la radiation de ces dispositions n'y changerait peut-être rien « ...puisque le juge, lui, continuera[it] après comme avant à raisonner comme si l'exception du motif légitime était toujours sous-entendue, et se réservera[it] de vérifier, au cas par cas, la pertinence des justifications invoquées par l'auteur du comportement critiqué ». ⁷²⁶ Toutefois, on aurait bien tort de raisonner ainsi.

⁷²⁴ MOREL, *supra*, note 511, 76-77

⁷²⁵ De fait, « l'on ne saurait concevoir une règle d'égalité sans clause limitative expresse ou implicite » : CARIGNAN, *supra*, note 366, 515 et 533

En fait, c'est précisément en raison de l'inclination presque viscérale des juges à teinter leur analyse d'éléments de raisonnabilité que les dispositions justificatives s'avèrent nécessaires. L'expérience montre en effet que les victimes de discrimination ont été maintes fois desservies par cette fâcheuse propension des tribunaux.⁷²⁷ Sous ce rapport, le cas de la *Charte québécoise* est patent.

Cette Charte, dont le chapitre premier consacre bon nombre de « libertés et droits fondamentaux »⁷²⁸, ferme ce même chapitre au moyen d'une disposition similaire à l'article 1 de la *Charte canadienne*⁷²⁹:

9.1 Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice.

⁷²⁶ LOCHAK, *supra*, note 371, 788. C'est d'ailleurs exactement ce qu'a fait la Cour supérieure du Québec dans une affaire où la disposition justificative de l'article 20 de la *Charte québécoise* demeurerait inapplicable du fait que le litige était étranger au domaine de l'emploi: *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Commission des affaires sociales*, [1999] R.J.Q. 180 (C.S.) (en appel : C.A.M. 500-09-007479-983), 185: « La charte canadienne possède un article qui, justement, permet dans certaines circonstances de restreindre le droit à l'égalité ou, autrement dit, permet la discrimination. C'est l'article 1... [...] Dans notre cas, il n'existe pas dans la charte québécoise de restrictions à la portée de l'article 10, qui traite, entre autres, de l'exercice en pleine égalité des droits et libertés de la personne sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur l'orientation sexuelle, mais cela ne signifie pas pour autant qu'il n'en existe pas implicitement. » (J. Vaillancourt) (nos italiques)

⁷²⁷ Pour un exemple récent où l'on a erronément débouté une victime de discrimination au motif « que la décision de l'employeur n'[était] ni arbitraire, ni injustement discriminatoire, ni abusive » (nos italiques), voir: *Corporation Stone-Consolidated, Division Wayagamak c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 216*, [1999] R.J.D.T. 310 (T.A.), 328 (arb. Richard Marcheterre)

⁷²⁸ C'est là l'intitulé même du chapitre I de la *Charte québécoise*

⁷²⁹ Malgré leurs libellés très différents (BRUN et TREMBLAY, *supra*, note 504, 937; MOREL, *supra*, note 570, 69-72), la Cour suprême du Canada estime que les articles 1 de la *Charte canadienne* et 9.1 de la *Charte québécoise* doivent s'interpréter de la même manière: *Ford c. Québec (Procureur général)*, *supra*, note 586, 769-770 (*per curiam*); *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, 980 (J. Dickson, Lamer et Wilson); *Libman c. Québec (Procureur général)*,

Alors que la norme québécoise d'égalité se retrouve dans le chapitre qui suit et comporte en plus sa propre disposition justificative (l'article 20), on a dans un premier temps jugé, contre toute attente, que l'article 9.1 – et les limites « raisonnables » qu'il autorise – s'appliquait néanmoins en matière de discrimination.⁷³⁰ Puis, dans une affaire subséquente, l'on rejetait une plainte de discrimination dans l'accès à une corporation professionnelle au motif que la plaignante n'était pas parvenue à démontrer que la distinction linguistique illicite, dont elle se prétendait victime, avait été établie « pour des motifs *arbitraires* ». ⁷³¹ On allait enfin se raviser, quelques mois plus tard, pour juger cette fois que l'article 20 de la *Charte québécoise* constitue « l'unique disposition » permettant de justifier une règle par ailleurs discriminatoire ⁷³² compte tenu du fait « que l'article 9.1 ne s'applique pas au principe d'égalité enchâssé à l'article 10 ». ⁷³³

Fort regrettablement, les tribunaux québécois auront considérablement tardé à prendre acte de ce revirement. ⁷³⁴ Ainsi, disposant d'une allégation de discrimination au sens de la *Charte québécoise* en transposant purement et simplement les principes propres au

[1997] 3 R.C.S. 569, 622 (*per curiam*, par. 86); *Godbout c. Longueuil (Ville)*, *supra*, note 419, 916 (j. LaForest, par. 104)

⁷³⁰ *Roberge c. Québec (Procureur général)*, (1987) 5 R.D.J. 461 (C.A.), 463 (*per curiam*)

⁷³¹ *Forget c. Québec (Procureur général)*, *supra*, note 389, 103-104 (j. Lamer) (nos italiques)

⁷³² *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, *supra*, note 437, 306 (j. Beetz)

⁷³³ *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790, 818 (*per curiam*). La doctrine semble unanime à conclure au bien-fondé de cette dernière interprétation: BRUNELLE, *supra*, note 656, 205-206; René CADIEUX, « Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., c. C-12, articles 9.1, 49 et 52: développements récents », dans BARREAU DU QUÉBEC, *supra*, note 310, 11; CARIGNAN, *supra*, note 366, 533-534 (note 94); CARON, *supra*, note 512, 370; Madeleine CARON, « La Charte québécoise, complément indispensable de la Charte constitutionnelle », dans Gérard A. BEAUDOIN (dir.), *Vos clients et la Charte – liberté et égalité*, Actes de la Conférence de l'Association du Barreau canadien tenue à Montréal en octobre 1987, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1988, 301, 311-312; François CHEVRETTE, « La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne : le dit et le non-dit », (1987) 21 *R.J.T.* 461, 470; MOREL, *supra*, note 570, 81-82; MOREL, *supra*, note 511, 76; PROULX, *supra*, note 720, 387

⁷³⁴ Ainsi, dans l'arrêt *Côté c. Dakin*, [1991] R.J.Q. 2751 (C.A.), deux des trois juges de la Cour semblent approuver, à la page 2755, la prise en compte, par le juge de première instance, de l'article 9.1 de la *Charte québécoise* pour juger du bien-fondé d'une allégation de discrimination au sens de l'article 10. Pour des exemples plus récents, voir: *Commission des droits de la personne et des droits de la*

devoir syndical de juste représentation, la Cour d'appel du Québec aura commis l'irréparable dans l'affaire *The Gazette c. Parent*.⁷³⁵

Indifférente au préjudice subi par le typographe sexagénaire, la Cour jugera valide l'entente qui le contraignait à la retraite bien avant la majorité de ses collègues en retour d'un travail garanti à tous jusqu'à ce que chacun atteigne l'âge de soixante-cinq ans. Au lieu de constater l'irrationalité d'une règle qui a pour *effet* de présumer, sans plus, l'incapacité soudaine d'une personne de cet âge respectable à oeuvrer dans une salle de composition – constat qu'elle aurait forcément dû faire aux termes de l'article 20 – , la Cour aura préféré s'intéresser au seul *objet* de l'entente conclue par le syndicat pour y voir essentiellement une preuve de sa « bonne foi ». Aussi jugera-t-elle que cette entente, qui garantit la sécurité d'emploi à tous les salariés de l'unité syndicale de moins de soixante-cinq ans, est conforme à la *Charte québécoise* du fait qu'elle n'est pas « arbitraire » mais plutôt « équitable et avantageuse » pour l'ensemble.⁷³⁶

L'on ne peut qu'unir notre voix à ces auteurs⁷³⁷ qui ont critiqué, avec raison, ce résultat navrant:

Comme on le voit à l'évidence, la Cour d'appel se refuse à reconnaître que la recherche de l'égalité peut se traduire, dans l'ordre juridique, par des normes qui véhiculent des conceptions différentes. [...] La portée de certaines règles d'égalité peut être limitée à l'interdiction des distinctions illicites. D'autres, chercher plutôt à éliminer les distinctions injustifiées ou défavorables. [...] Il est certain que les deux types de normes ne produisent pas nécessairement des résultats identiques, qu'une conduite donnée peut porter atteinte à une règle d'égalité et ne pas enfreindre l'autre. Cela peut dépendre aussi bien de leur champ d'application respectif que du choix du législateur

jeunesse c. Commission des affaires sociales, *supra*, note 726; *Logistik Unicorp Inc. c. Tribunal du travail*, [1998] R.J.D.T. 1562 (C.S.) (en appel : C.A.M. 500-09-007138-985), 1567 (j. Croteau)

⁷³⁵ *Supra*, note 327

⁷³⁶ *Id.*, 637-638 (j. Rothman)

⁷³⁷ MOREL, *supra*, note 511, 77-79; PROULX, *supra*, note 67, 14

quant au type de distinctions qu'il entend prohiber. [...] En important dans l'article 10 de la Charte québécoise une conception de l'égalité qui lui est étrangère [...], on dénature la règle d'égalité que la Charte édicte et on affaiblit en définitive la protection contre la discrimination en déclarant non discriminatoires des actes ou des comportements qu'il serait impossible de justifier en appliquant les critères de l'article 20...⁷³⁸

Le procédé est d'autant plus condamnable que les dispositions justificatives « doivent, en principe, s'interpréter restrictivement puisqu'elles suppriment des droits qui autrement recevraient une interprétation libérale ». ⁷³⁹ Incidemment, les tribunaux se refusent à combler les lacunes de ces dispositions justificatives même pour sauvegarder des distinctions qui pourraient être parfaitement « raisonnables » par ailleurs. ⁷⁴⁰ C'est dire l'ampleur du recul que l'arrêt *The Gazette* a fait subir à la norme québécoise d'égalité.

Du reste, la Cour d'appel du Québec aura récidivé dans des affaires subséquentes. ⁷⁴¹ L'une d'elle mérite que l'on s'y attarde plus longuement. ⁷⁴² Saisi d'une demande

⁷³⁸ MOREL, *id.*, 79. Voir dans le même sens: COUTU, *supra*, note 626, 86: « L'adjonction de ces critères subjectifs [...] entraîne une articulation inadéquate des exigences de preuve en matière d'atteinte au droit à l'égalité. »

⁷³⁹ *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, *supra*, note 437, 307 (j. Beetz); *Newfoundland Association of Public Employees c. Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre)*, *supra*, note 327, 15-17 (j. Major, par. 24 à 29); *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *supra*, note 389, 31 (j. McLachlin, par. 50). Il faut cependant noter que cette interprétation restrictive s'impose parfois avec moins de rigueur dans le cas de l'article premier de la *Charte canadienne* parce que ce sont des intérêts de l'État plutôt que des intérêts privés qui sont généralement en cause quand cette Charte s'applique: *Dickason c. Université de l'Alberta*, *supra*, note 210, 1121 et 1123-1124 (j. Cory)

⁷⁴⁰ Voir la jurisprudence citée, *supra*, note 520

⁷⁴¹ *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, (1993) R.L. 157 (C.A. Qué.); *Modes Cohoes Inc. c. Québec (Procureur général)*, *supra*, note 652. Dans ce dernier arrêt, la Cour, qui se dit saisie de la question de savoir si « [l']administration de la loi », à l'égard de l'appelante, a « été sélective et arbitraire, constituant ainsi de la discrimination au sens de l'article 10 de la charte du Québec ? », soutient que « [c]e n'est que dans l'affirmative qu'il y aurait lieu d'en discuter les effets en regard de la charte. » (*per curiam*, 2804 et 2806) (nos italiques)

⁷⁴² *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, *ibid.*

formulée par des enseignants de religion juive qui sollicitaient un congé payé pour observer le Yom Kippur, l'employeur, une commission scolaire, acceptait qu'ils s'absentent mais refusait de les rémunérer au motif que la célébration de ce jour religieux n'était pas du nombre des congés payés prévus par la convention collective et le calendrier scolaire qu'elle comportait. Appelée à réviser la sentence arbitrale, où l'on dépeignait la conduite de l'employeur comme un manquement au devoir d'accommodement inféré de l'article 10 de la *Charte québécoise*, la Cour en prononçait l'annulation.

Pour la majorité, la décision des autorités scolaires était essentiellement fondée sur un calendrier scolaire neutre et dont l'*objet* n'était pas d'imposer l'observance d'une religion particulière à quiconque.⁷⁴³ Partant, la coupure de traitement imposée aux enseignants qui s'étaient absentés du travail pour le jour du Grand Pardon n'était pas « arbitraire » et donc discriminatoire :

...la décision discriminatoire attaquée doit comporter un élément d'*arbitraire* [...] Nous avons déjà vu précédemment que le calendrier scolaire, à l'origine de la préférence apparemment accordée aux enseignants de religion catholique, ne relève nullement de l'*arbitraire* mais ne fait aujourd'hui que refléter la réalité sociale.⁷⁴⁴

Les neuf juges de la Cour suprême canadienne répudieront sans détour l'interprétation de leurs collègues québécois.⁷⁴⁵ Diplomate, la Cour n'aura pas même daigné relever à quel point l'intrusion d'un critère d'« arbitraire » au sein même de la norme québécoise

⁷⁴³ Après avoir souligné que le calendrier scolaire répond « à des impératifs sociaux, et non religieux » (*id.*, 169), le juge Brossard, qui rend le jugement majoritaire, écrit que « ni l'*objet* de la décision reprochée, ni sa *motivation*, ne comportent de caractère religieux... » : *id.*, 177 (nos italiques). Quant aux *effets* discriminatoires de la décision de l'employeur, la majorité n'en parle pas si ce n'est qu'en confondant « discrimination religieuse » et « liberté de religion », elle se borne à dire que la coupure de traitement « ne comporte pas non plus d'empêchement dans ses *effets* » (*ibid.*) sur la liberté de religion des enseignants juifs.

⁷⁴⁴ *Id.*, 173-174 (J. Brossard)

⁷⁴⁵ *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, *supra*, note 431

d'égalité s'avère inappropriée, tant la chose lui apparaissait évidente.⁷⁴⁶ Elle remettra néanmoins les pendules à l'heure :

On se rappellera que la Cour d'appel à la majorité a conclu que le calendrier n'était pas discriminatoire puisqu'il ne visait aucun *objectif* religieux. En toute déférence, j'estime qu'il s'agit là d'une conclusion erronée. Il est vrai que cette façon de procéder peut à bon droit servir à déterminer qu'il n'y a pas eu de discrimination *directe*. Toutefois, *l'analyse doit aller plus loin*. Il reste encore à examiner l'*effet* du calendrier pour déterminer s'il y a discrimination *indirecte* ou discrimination *par suite d'un effet préjudiciable*.

À mon avis, le calendrier qui fixe l'horaire de travail, l'une des plus importantes conditions d'emploi, a un *effet* discriminatoire.⁷⁴⁷

Somme toute, aux fins de l'étude du bien-fondé d'une allégation de discrimination dans l'emploi, il est impérieux de bien distinguer la quête d'un « motif raisonnable » de celle d'un simple « effet préjudiciable ». Si la première marque encore l'analyse dans les cas où c'est le devoir syndical de juste représentation intégré dans les codes du travail qui est appelé en renfort par un salarié⁷⁴⁸, seule la seconde devrait s'imposer quand la revendication de celui-ci se fonde plutôt sur les chartes et lois sur les droits de la personne.⁷⁴⁹ En d'autres termes, dans ce dernier cas, l'*effet* discriminatoire d'une distinction établie par le syndicat pourrait lui être fatal, si « raisonnable » soit l'*objet*

⁷⁴⁶ Nous croyons qu'il n'y a pas d'autres raisons qui puissent expliquer le silence de la Cour en rapport avec cet élément d'« arbitraire » pourtant au cœur de la décision infirmée.

⁷⁴⁷ *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, *supra*, note 431, 540 (J. Cory)

⁷⁴⁸ JOACHIM, *supra*, note 482, 119: « [...] labour relations boards have developed a "mindset" with respect to DFR complaints that may interfere with their ability or willingness to conduct the necessary inquiry into allegations of serious human rights discrimination violations. »

⁷⁴⁹ Toutefois, il n'est pas rare qu'un salarié, qui se dit victime de discrimination syndicale, invoque au soutien de son argumentation devant les instances spécialisées dans le domaine du travail un manquement simultané aux codes du travail *et* aux lois sur les droits de la personne. Le plus souvent, le décideur applique alors la méthode d'analyse traditionnelle propre au devoir de juste représentation, laissant ainsi ouverte la question – pourtant inéluctable ! – de son interaction avec les

qu'il poursuit. Telle devrait être la portée de la notion de « discrimination » consignée dans les textes fondamentaux :

À la notion purement juridique d'égalité consistant à éliminer les distinctions *arbitraires*, c'est-à-dire *non justifiées* par un *objectif légitime*, les tribunaux et législateurs canadiens ont ajouté celle d'égalité *de résultat* en vertu de laquelle [...] le caractère discriminatoire d'une politique peut être établi à partir de ses seules *répercussions*...⁷⁵⁰

Cela étant, on aura beau prétendre que le devoir de juste représentation imposé aux associations syndicales constitue un remède efficace pour vaincre aussi la discrimination dite « indirecte »⁷⁵¹, cette prétention n'aura jamais plus de valeur qu'une promesse électorale du plus vil politicien tant et aussi longtemps que la seule raisonnable des *objectifs* du syndicat demeurera au centre de l'analyse.⁷⁵² Ainsi, même si l'on s'évertue à soutenir que cette même analyse « correspond sensiblement à ce qui se fait en vertu de la Loi sur les droits de la personne », cela ne change rien aux faits : dans l'état actuel des choses, c'est surtout « lorsque l'application d'une règle qui n'est pas discriminatoire en soi outrepassa sa portée logique », c'est-à-dire les *motifs* qui la *justifient*, « que la décision du syndicat d'appliquer ladite règle [...] sera jugée discriminatoire ».⁷⁵³

obligations syndicales de nature quasi constitutionnelle: MCINTYRE. *supra*, note 472, 278. Inutile de souligner l'effet dévastateur qu'une telle attitude peut avoir sur les droits fondamentaux du salarié.

⁷⁵⁰ PROULX, *supra*, note 391, 151-152

⁷⁵¹ C'est notamment ce qu'affirme le Conseil canadien des relations de travail: *Andreas Angellakis*, *supra*, note 698, 82 (Me Roza Aronovitch)

⁷⁵² Voir par exemple: *Lawrence c. International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union No. 120*, *supra*, note 682, 93 (par. 31) (commissaire Hughes). Incidemment, même dans les cas où l'on consent à analyser l'*effet* d'une disposition de la convention collective négociée par le syndicat, l'on semble s'interroger essentiellement sur les *motifs* qui la justifie: *International Brotherhood of Electrical Workers Local Union No. 1739 v. Gilmar Electric Inc.*, [1990] OLRB Rep. January 20, 24: « The purpose and effect of the provisions are *not motivated by any malice* or based on an invidious reasons. Indeed, the purpose and effect of the provisions are *reasonable and laudable and were negotiated for sound, cogent labour relations and proper purposes*. » (commissaire Louisa M. Davie, par. 15) (nos italiques)

Partant, bien qu'elles s'attaquent l'une et l'autre à la « discrimination » d'origine syndicale, la législation du travail et celle portant sur les droits et libertés individuels ne sont en rien redondantes pas plus qu'elles ne sont complémentaires.⁷⁵⁴ De fait, quand la discrimination emprunte les sentiers de la subtilité et se manifeste de manière indirecte – ce qui est surtout le cas de nos jours⁷⁵⁵ –, la première comporte des lacunes évidentes⁷⁵⁶ que la seconde ne présente pas.⁷⁵⁷ En ce sens, le devoir de juste représentation syndical ne va pas suffisamment loin dans la promotion des droits individuels à l'égalité.⁷⁵⁸

Une affaire originant de la Saskatchewan ouvre toutefois de nouvelles perspectives en vue de pallier l'insuffisance apparente de la protection contre la discrimination

⁷⁵³ *Andreas Angellakis, supra*, note 698, 82 (Me Roza Aronovitch)

⁷⁵⁴ Il semble que la Cour fédérale ait malencontreusement fait fi de cette réalité jurisprudentielle dans l'affaire *Charlebois c. Commission canadienne des droits de la personne*, [1999] 1 C.F. F-38 (1^{ère} instance). Elle y a jugé qu'un enquêteur, désigné en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, pouvait tenir compte d'une décision antérieure du *Conseil canadien des relations de travail* impliquant les mêmes parties pour rejeter une plainte de discrimination portée contre un syndicat. Pour la Cour, «[s]i les faits relevés reposent sur les mêmes éléments de preuve, et que les conclusions tirées sont crédibles, ces conclusions peuvent et devraient être acceptées afin de maintenir un service d'enquête efficace et rentable. » (j. Campbell, par. 43) (nos italiques). Si nous convenons, avec la Cour, que « la décision du CCRT est un fait qui a son importance » (par. 42), l'on aurait bien tort de le considérer déterminant dans tous les cas.

⁷⁵⁵ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *supra*, note 389, 19 (j. McLachlin, par. 29); CAMPBELL, *supra*, note 372, 11; CARTER, *supra*, note 265, 189; D'ANDREA, CORRY et FORESTER, *supra*, note 428, 4-14 (par. 4:3310); Michael SELMI, « Proving Intentional Discrimination: The Reality of Supreme Court Rhetoric », (1997) 86 *Geo. L.J.* 279, 284 et 290-291. Incidemment, la COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *supra*, note 482, 82, avait raison de soutenir, en 1984, « qu'à mesure que les exigences de la *Charte des droits et libertés de la personne* seront connues, rares seront les conventions collectives qui contiendront des dispositions explicitement discriminatoires. » De fait, il est peu fréquent que les dispositions du contrat collectif de travail soient ouvertement discriminatoires: HODGES, *supra*, note 299, 579; NOTE, *supra*, note 236, 703

⁷⁵⁶ SWINTON, *supra*, note 214, 730-731: « To date, [the duty of fair representation] provisions have had a limited effect on the pursuit of equality. Their main impact has been to restrict *direct* discrimination on prohibited grounds by unions, when that action was *motivated by animosity* towards a protected group. The number of successful complaints has been small... » (nos italiques)

⁷⁵⁷ Le constat n'a pas échappé à DULUDE, *supra*, note 214, 135: « The only types of adverse-effect discrimination due to seniority systems which would have a *moderately* good chance of being struck down or modified under the DFR are the *most obvious* ones... » (nos italiques)

intrinsèque à l'obligation de juste représentation syndicale.⁷⁵⁹ Après plusieurs avertissements de la part de l'employeur et deux suspensions, un salarié fut congédié principalement en raison de son attitude inacceptable et de ses paroles déplacées, et souvent menaçantes, envers ses collègues de travail.

Un examen médical pratiqué par le médecin du salarié avait révélé que ses troubles de comportement étaient attribuables à un état dépressif, ce qui justifiait un repos de dix jours selon le professionnel. Sans remettre en doute le bien-fondé de ce diagnostic, le médecin de l'employeur estimait qu'un repos n'était nullement requis dans les circonstances, la dépression étant jugée « sans conséquence ». Néanmoins, un psychiatre contacté par le médecin du salarié confirmait, par écrit, la justesse de la recommandation visant à le retirer du travail pour un certain temps. Malgré une demande formelle de l'employeur, le salarié refusait de se soumettre à un nouvel examen aux fins de faire trancher le différend médical par un médecin indépendant. Son congédiement allait lui être signifié dans les heures suivant son défaut de se présenter à l'heure et au lieu convenus pour procéder à l'expertise souhaitée par l'employeur.

Le salarié déposait subséquemment un grief afin de contester son renvoi. À son tour, le syndicat l'invitait à se soumettre à un autre examen médical, ce que le salarié refusait une fois de plus. Devant ce refus, le syndicat proposait aux représentants de l'employeur de le réintégrer, sans indemnité compensatrice pour le salaire perdu depuis le congédiement, cette proposition étant présentée comme une possibilité de reconstruire la relation de travail avec le salarié sur de nouvelles bases. L'employeur allait ultimement rejeter cette proposition. Dans les circonstances, l'exécutif syndical décidait de ne pas porter le grief à l'arbitrage.

Appelée à juger de la légalité de la conduite syndicale, la Commission des relations de travail de la Saskatchewan jugeait que l'association avait manqué à son devoir de juste

⁷⁵⁸ MACNEIL, LYNK et ENGELMANN, *supra*, note 236, 7-75 (par. 7.1060);

⁷⁵⁹ *K.H. v. Communications, Energy and Paperworkers Union, Local 1-S*, *supra*, note 650

représentation. L'état dépressif du salarié étant connu des autorités syndicales, la Commission concluait qu'elles avaient agi de manière discriminatoire contre lui en raison de son « handicap ».

À la différence de la majorité des instances spécialisées en la matière, la Commission estime que la protection contre la « discrimination » qui émane des lois du travail n'est pas en tous points conforme à celle que véhiculent les chartes et lois sur les droits de la personne. Tout en reconnaissant que le fléau que tend à combattre le législateur par ces différentes mesures législatives est le même⁷⁶⁰, la Commission affirme à bon droit que les devoirs qui incombent aux syndicats sous ce rapport ne sont pas de même nature.

De fait, elle soulignera par deux fois que le syndicat n'aurait pas manqué à son devoir de juste représentation s'il s'était agi d'un salarié non atteint d'un handicap au sens du code des droits de la personne en vigueur dans la province.⁷⁶¹ Là où la Commission innove, c'est qu'elle se montre prête à enrichir la protection contre la discrimination dispensée par les codes du travail pour y faire entrer les nouvelles exigences d'accommodement élaborées en vertu des chartes et lois sur les droits de la personne. Pour elle, le devoir de juste représentation emporte, pour le syndicat, le devoir d'accommoder un salarié victime de discrimination⁷⁶² qui sollicite son assistance pour contester une mesure patronale prise contre lui.⁷⁶³

⁷⁶⁰ *Id.*, 143,167

⁷⁶¹ À la page 143,170 (*id.*), la Commission affirme d'abord: « In our view, [...] [trade union leaders] failed to make allowance for the fact that K.H. was a disabled person. In this respect, though the process they followed might have been *more than sufficient to satisfy their duty to represent employees fairly*, it was inadequate to address the particular situation of K.H., and had a differential impact on him which must be considered to constitute discrimination. » Puis, plus loin, à la page 143,171, elle ajoute: « The Union may have handled the grievances diligently from the point of view of the normal operation of the grievance procedure. *An ordinary employee might have little to complain of.* »

⁷⁶² *Id.*, 143,169

⁷⁶³ *Id.*, 143,171: « We do not think it is unreasonable [...] to expect trade unions [...] to come to terms with the concepts of discrimination which have come to the fore in Canadian society as a result of the

En l'espèce, la Commission juge que les autorités syndicales n'ont pas suffisamment pris en compte le handicap du salarié dans l'exercice de leur monopole de représentation.⁷⁶⁴ Elle note d'abord que le droit de l'employeur d'exiger un examen médical n'était pas clairement prévu dans la convention collective et que le syndicat a fait montre de complaisance envers l'employeur en agréant, sans plus de résistance, à son exigence. En outre, la Commission déplore que le syndicat n'ait pas remis en doute l'efficacité de sanctions disciplinaires à sévérité progressive pour mettre fin à des comportements essentiellement attribuables à un « handicap ».⁷⁶⁵

À moins que la jurisprudence n'emprunte ce nouveau sentier encore bien peu fréquenté, nous croyons que la protection contre la discrimination dispensée par les codes du travail est sérieusement menacée de désuétude.⁷⁶⁶ Sans aller jusqu'à dire que l'on devrait la supprimer pour que les chartes et lois sur les droits de la personne occupent, seules, tout l'espace normatif⁷⁶⁷, il nous semble qu'elle devrait être enrichie pour se modeler davantage aux lois fondamentales.

Poussant plus loin la comparaison entre les obligations syndicales découlant respectivement des codes du travail et des textes fondamentaux, nous étayerons plus amplement cette affirmation dans le chapitre qui suit en mettant en lumière les matières où elles sont susceptibles de trouver le plus souvent application.

passage of human rights legislation, as they carry out their responsibilities to the employees who rely on them. »

⁷⁶⁴ *Id.*, 143, 170

⁷⁶⁵ *Ibid.*

⁷⁶⁶ JONES, *supra*, note 499, 36-37; MALIN, *supra*, note 220, 160

⁷⁶⁷ Rappelons que le devoir de juste représentation permet de contester certaines distinctions qui peuvent échapper à l'emprise des chartes et lois sur les droits de la personne : *supra*, notes 644 à 647, et les développements qui y correspondent. Comme le souligne BICH, *supra*, note 495, 60 : « [...] lorsque l'article 47.2 du *Code du travail* interdit la discrimination, il ne renvoie pas seulement à la discrimination contraire à la Charte québécoise des droits de la personne. Non : dans le cadre de l'article 47.2 C.t., le mot « discrimination » a son sens le plus large de différence défavorable ».

Chapitre II – L'ampleur des devoirs du syndicat dans la lutte contre la discrimination

De toutes les responsabilités assumées – librement ou sous la contrainte de la loi – par les organisations syndicales, il en est deux qui revêtent une importance singulière, soient la *négociation* puis l'*administration* d'une convention collective relative aux conditions de travail. De manière générale, c'est dans l'exercice de ces fonctions que l'association accréditée en vient parfois à sacrifier les intérêts des travailleuses ou encore des salariés qui font partie d'un groupe minoritaire.

Si l'on peut faire pareille généralisation, il faut se garder de voir là le seul terrain où le syndicat peut pratiquer la discrimination. Par exemple, en raison du rôle social et politique qu'il s'attribue et qu'on lui reconnaît, le mouvement syndical s'aventure parfois dans des arènes où sa défense de l'intérêt des uns peut aussi se traduire, selon les circonstances, comme de l'indifférence ou, pire, de l'hostilité envers la « cause » des autres.⁷⁶⁸ En outre, les organisations syndicales achètent des biens, louent des immeubles et des services professionnels, emploient du personnel, gèrent des budgets, attribuent des subventions et dispensent des services de toutes sortes, autant d'activités dans le cadre desquelles des gestes discriminatoires peuvent être posés.

De cela, les codes du travail ne disent mot. Tout à la remorque du monopole de représentation concédé à l'association accréditée, le devoir codifié de juste représentation syndicale ne s'attaque qu'à la discrimination qui a cours aux stades de la négociation et de l'administration de la convention collective par le syndicat.⁷⁶⁹ Partant, des pans entiers de l'action syndicale échappent à son emprise.

⁷⁶⁸ À titre d'exemple, DÉOM, *supra*, note 328, 969, ne manque pas de souligner « ...les conflits internes que risque de susciter la mise de l'avant de certaines mesures de lutte à la discrimination comme par exemple un programme d'accès à l'égalité ». Voir dans le même sens: Lucie LAMARCHE, *Les programmes d'accès à l'égalité en emploi*, Montréal, Louise Courteau éditrice, 1990, 105

⁷⁶⁹ Nous avons précédemment fait état de précédents américains qui sont à cet effet. *supra*, note 484. La jurisprudence et la doctrine d'ici vont évidemment dans le même sens: *Centre hospitalier Régina Ltée c. Tribunal du travail*, *supra*, note 468, 1347-1348 (J. L'Heureux-Dubé); *Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec Inc. c. Bastien*, *supra*, note 267, 705 (J. Rousseau-Houle); BRUNET, *supra*, note 488, 84; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *supra*, note 482.

La situation apparaît encore plus préoccupante au niveau fédéral du fait que le législateur y limite la portée du devoir de juste représentation « à l'exercice des droits reconnus [...] par la convention collective »⁷⁷⁰, ce qui semble exclure le processus de négociation dont ils originent.⁷⁷¹ Fort heureusement, nous l'avons vu⁷⁷², la jurisprudence a cependant tempéré la rigueur de cette règle pour en limiter d'abord l'application à la négociation d'une *première* convention collective, les négociations en vue de son *renouvellement* devant, elles, être exemptes de discrimination.⁷⁷³ Puis, plus récemment, l'on affirmait en *obiter*:

[...] la distinction entre la négociation d'une première convention et celle d'une seconde résiste mal à l'analyse, soit dit en toute déférence pour l'opinion contraire. Cette interprétation veut que l'employé victime de mauvaise foi [ou de discrimination] dans le cas d'une première convention doive en souffrir pour toute sa durée et jusqu'à son renouvellement sans pouvoir s'en plaindre. Si la source de cette mauvaise foi [ou de cette discrimination] se poursuivait dans une seconde convention, il pourrait peut-être s'en plaindre! Avec déférence, nous ne voyons pas dans le texte ni dans l'objet de l'article 37 d'arguments qui justifient l'adoption d'une telle approche restrictive et sans doute trop légaliste.⁷⁷⁴

Ces tergiversations jurisprudentielles s'expliquent aisément d'autant que la distinction admise entre la *négociation* et l'*administration* de la convention collective apparaît

33; GAGNON, *supra*, note 9, 310-311; GAGNON, LEBEL et VERGE, *supra*, note 119, 367; VERGE, *supra*, note 212, 722

⁷⁷⁰ Art. 37 *Code canadien du travail*; *Judah (Joe) Zegman*, (1996) 100 di 25 (CCRT n° 1151), 31 (Me Susan Handman)

⁷⁷¹ D'autres législatures provinciales ont limité pareillement la portée du devoir de juste représentation. C'est le cas de l'Alberta, du Manitoba, de Terre-Neuve et de la Saskatchewan: BENTHAM, *supra*, note 118, 5; CHRISTIAN, *supra*, note 216, 17

⁷⁷² *Supra*, notes 488 à 490, et les développements qui y correspondent.

⁷⁷³ *George Harris et autres*, (1986) 68 di 1 (CCRT n° 597), 9 (Me Brian Keller); *Peter G. Reynolds et autres*, (1987) 68 di 116 (CCRT n° 607), 126-127 (Me Hugh R. Jamieson)

⁷⁷⁴ *Gérard Racine et autres*, *supra*, note 490, 130-131 (Me Serge Brault)

artificielle dans une large mesure.⁷⁷⁵ Le règlement en bloc de griefs dans le cadre des négociations pour le renouvellement de la convention collective illustre bien l'ampleur de la zone grise où se fondent ces deux fonctions syndicales.⁷⁷⁶ Au surplus, « [p]ar le traitement, à divers paliers de l'entreprise, des difficultés d'application de la convention collective, avant le stade arbitral, par le règlement de différents sujets, même non abordés dans cette convention, par le fonctionnement à ces fins de comités paritaires, prévus ou non dans la convention collective, on arrive dans plusieurs milieux de travail à transformer, en fait, un régime légal et obligatoire de négociation collective périodique en une pratique de négociation partiellement continue ». ⁷⁷⁷

Toutefois, que la dichotomie repose à bien des égards sur un trompe-l'œil importe peu puisqu'elle perdure malgré tout dans la jurisprudence de la plus haute cour du pays :

En effet, on ne saurait assimiler les attentes des salariés au cours des négociations, particulièrement en vue du renouvellement d'une convention collective où le syndicat et l'employeur jouissent d'une totale liberté de manoeuvre, et les attentes d'un salarié dont le grief est régi par le texte de la convention collective applicable. Cette distinction aura nécessairement un impact sur la discrétion dont peut jouir le syndicat. ⁷⁷⁸

Puisque les obligations syndicales, sous-jacentes à la lutte contre la discrimination au travail, semblent varier en intensité selon que l'association accréditée négocie le contenu de la convention collective ou tente plutôt d'en assurer la mise en œuvre en faveur de l'un ou l'autre des salariés une fois qu'elle est négociée, nous les aborderons

⁷⁷⁵ Alfred W. BLUMROSEN, « The Worker and Three Phases of Unionism : Administrative and Judicial Control of the Worker-Union Relationship », (1963) 61 *Mich. L. Rev.* 1435, 1475-1476 (cité par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Centre hospitalier Régina Ltée c. Tribunal du travail*, *supra*, note 468, 1350-1351 (j. L'Heureux-Dubé))

⁷⁷⁶ BENTHAM, *supra*, note 118, 29

⁷⁷⁷ VERGE, TREMBLAY et MURRAY, *supra*, note 219, 540

⁷⁷⁸ *Centre hospitalier Régina Ltée c. Tribunal du travail*, *supra*, note 468, 1351 (j. L'Heureux-Dubé)

dans deux sections distinctes. Une dernière section viendra enfin décrire brièvement les obligations qui, aux termes des chartes et lois sur les droits de la personne, incombent au syndicat qui agit de façon discriminatoire dans ces autres activités à l'égard desquelles le devoir de juste représentation, lui, reste sans effet.

Section 1 – La négociation de la convention collective

À tort ou à raison, l'on a souvent des négociateurs l'image de ces personnes aux traits tirés qui passent d'interminables heures à discuter dans des salles enfumées, café en main et poing sur la table, pour arracher une ultime concession d'un interlocuteur épuisé. Il n'est pas jusqu'au vocabulaire propre à la négociation collective qui ne trahisse l'idée d'un affrontement, d'une guerre à finir⁷⁷⁹: ne parle-t-on pas de rapports de *force*⁷⁸⁰, de la partie *adverse*, de *front* commun, de « *blitz* » de négociation, de *conflits* de travail ou encore de l'*arme* ultime que constitue, pour le syndicat, la grève⁷⁸¹, ou, pour l'employeur, le « lock-out ». Par delà les stéréotypes masculins qui se profilent derrière ce langage⁷⁸², celui-ci n'en demeure pas moins significatif: la négociation de conditions d'emploi n'est pas chose facile.

Processus compromissaire⁷⁸³ par excellence, la détermination des conditions de travail est par nature interactive⁷⁸⁴: elle se fait « sur la base d'échanges de propositions et de

⁷⁷⁹ LESTER, *supra*, note 84, 1198: « Even the language of bargaining, the influence of which is not to be under-estimated, invokes images of the passion and struggle of a clash of powers. »

⁷⁸⁰ PAQUET, *supra*, note 40, 89; VALLÉE et NAUFAL-MARTINEZ, *supra*, note 524, 338

⁷⁸¹ BOIVIN, *supra*, note 205, 44

⁷⁸² LESTER, *supra*, note 84, 1198-1199. Ainsi, on n'a pas manqué de voir, dans la présence généralement discrète des femmes aux tables de négociation, le reflet du stéréotype qui veut que les hommes, en raison de leur nature présumément plus agressive et compétitive, soient de meilleurs négociateurs que les femmes: CRAIN, *supra*, note 95, 1168. Malheureusement, si irrationnel soit ce préjugé, force est d'admettre que la négociation demeure encore « une chasse gardée masculine »: Ginette LEGAULT, *Repenser le travail : quand les femmes accèdent à l'égalité*, Montréal, Éd. Liber, 1991, 117

⁷⁸³ ARTHURS, *supra*, note 109, 821-822; DULUDE, *supra*, note 214, 70-71

contrepropositions menant les parties à la négociation d'un compromis écrit ». ⁷⁸⁵ Dans le cadre de cette démarche bilatérale, le syndicat, pas plus que l'employeur d'ailleurs, ne peut insérer unilatéralement dans la convention collective toutes les dispositions qu'il juge souhaitable. ⁷⁸⁶ Les intérêts de l'un et l'autre étant souvent opposés, chacun peut devoir accepter une clause qui lui semble indésirable ⁷⁸⁷ aux fins d'obtenir, en contrepartie, une concession sur un sujet qu'il juge encore plus essentiel. ⁷⁸⁸ D'où l'importance d'accorder à chacune des parties à la négociation une latitude suffisante pour en arriver à une entente.

A) La marge de manoeuvre syndicale

Pour le syndicat qui compte en ses rangs des salariés dont les caractéristiques personnelles, les préoccupations et les besoins varient presque à l'infini, la tâche d'agent négociateur s'avère d'une singulière complexité. Dans l'établissement des priorités comme des stratégies, c'est le dilemme perpétuel. De fait, les tensions entre les intérêts majoritaires et ceux de la minorité ne sont jamais plus grandes qu'au stade de la négociation du contrat collectif de travail. ⁷⁸⁹

Les tribunaux ne sont pas restés indifférents aux difficultés inhérentes à cette délicate fonction syndicale. Ils conviennent d'emblée qu'« une salle d'audience n'est pas la tribune appropriée pour formuler une politique de négociation collective. » ⁷⁹⁰

⁷⁸⁴ *Central Okanagan School District no. 23 c. Renaud*, *supra*, note 521, 990: « Il faut présumer que toutes les dispositions [d'une convention collective] sont formulées *conjointement* par les parties qui assument une responsabilité *égale* quant à leur effet sur les employés. » (J. Sopinka) (nos italiques)

⁷⁸⁵ VEILLEUX, *supra*, note 118, 905

⁷⁸⁶ BICH, *supra*, note 495, 57; MACNEIL, LYNK et ENGELMANN, *supra*, note 236, 7-11 et 7-12 (par. 7.210); VILLAGGI, *supra*, note 66, 342

⁷⁸⁷ OFFEN SIMON, *supra*, note 268, 961; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, *supra*, note 241, 917 (J. McLachlin, diss., par. 107)

⁷⁸⁸ HODGES, *supra*, note 299, 576-577

⁷⁸⁹ MACNEIL, LYNK et ENGELMANN, *supra*, note 236, 7-11 (par. 7.200)

⁷⁹⁰ LAFOREST, *supra*, note 227, 246

Départageant les étapes de la négociation de la convention collective et celle de la mise en œuvre subséquente des dispositions négociées, l'on a reconnu que le rôle du syndicat à la première étape s'apparentait étrangement à celui d'un législateur⁷⁹¹, contraint qu'il est d'arbitrer « entre les revendications divergentes de différents groupes de la collectivité »⁷⁹² des travailleurs.⁷⁹³ Épousant un raisonnement similaire à celui dont origine le principe de retenue judiciaire observé, en d'autres circonstances, au nom de la souveraineté parlementaire⁷⁹⁴, les tribunaux en viendront à reconnaître, de la même manière, une sorte de « souveraineté syndicale » en matière de négociation :

C'est avec beaucoup de prudence que le Tribunal doit intervenir dans les *négociations* de conventions collectives. Sans compromis, renonciation à certaines demandes, voire même à certains droits, il y aurait rarement signature de convention collective. Une association accréditée atteindra rarement tous ses buts. Elle mécontentera toujours certains employés en ne répondant pas à toutes leurs exigences. [...]

Dans le contexte des *négociations*, l'association de salariés ne pourra pas faire plus que son possible. On ne pourra pas lui reprocher son comportement si elle a justement fait son possible. Elle aura à prendre des décisions difficiles, lorsqu'il y aura des intérêts divergents [au sein] des personnes qu'elle représente. *Le Tribunal ne doit pas intervenir dans ces choix.*⁷⁹⁵

⁷⁹¹ MALIN, *supra*, note 220, 171; SUMMERS (1977), *supra*, note 483, 64

⁷⁹² *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, *supra*, note 729, 990 (jj. Dickson, Lamer et Wilson)

⁷⁹³ NADEAU, *supra*, note 475, 632: « ...l'association syndicale, à cause de sa nature intrinsèquement collective, doit composer avec un ensemble d'individus dont les intérêts sont parfois divergents... »

⁷⁹⁴ *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, *supra*, note 729, 993: « ...lorsque les tribunaux sont appelés à contrôler les résultats des délibérations du législateur, surtout en matière de protection de groupes vulnérables, ils doivent garder à l'esprit la fonction représentative du pouvoir législatif. » (jj. Dickson, Lamer et Wilson). Au sujet de cette souveraineté reconnu aux élus, voir également: *supra*, notes 368, 553 à 556, et les développements qui y correspondent.

⁷⁹⁵ *Ouellet c. Syndicat des travailleurs et travailleuses du Deauville*, *supra*, note 700, 12.284-12.285 (j. Morin) (nos italiques)

Dans l'application du devoir de juste représentation syndical, les tribunaux reconnaissent ainsi aux agents négociateurs syndicaux une marge de manoeuvre considérable.⁷⁹⁶ Les choix de l'association accréditée ne seront évalués qu'en fonction d'une norme subjective axée sur la bonne foi et la rationalité des *objectifs* poursuivis.⁷⁹⁷ Fort d'un pouvoir discrétionnaire étendu⁷⁹⁸, le syndicat aura les coudées franches pour juger de ce qu'il est raisonnable de revendiquer, puis d'accepter, à la table des négociations.⁷⁹⁹ À moins que son évaluation ne soit entachée d'une erreur « manifestement déraisonnable »⁸⁰⁰ ou empreinte de malveillance⁸⁰¹, l'agent négociateur bénéficiera donc de la clémence des tribunaux appelés à déterminer ses obligations en vertu des codes du travail.⁸⁰²

En revanche, si l'allégation de discrimination tirait plutôt son fondement des lois sur les droits de la personne, le syndicat pourrait bien être privé du bénéfice de cette retenue

⁷⁹⁶ JOACHIM, *supra*, note 482, 109; MALIN, *supra*, note 220, 137; *Richard Connolly et autres*, (1998) 107 di 120 (CCRT n° 1235), 141 (Me Jean L. Guilbeault); *Bugay v. CAW-Canada*, *supra*, note 691, 194 (Me Susan Handman, par. 44). La Cour suprême du Canada affirme même qu'ils disposent d'une « totale liberté de manoeuvre » sous ce rapport: *Centre hospitalier Régina Ltée c. Tribunal du travail*, *supra*, note 468, 1351 (J. L'Heureux-Dubé)

⁷⁹⁷ BENTHAM, *supra*, note 118, 35; LEFFLER, *supra*, note 482, 63; *Côté c. Métallurgistes unis d'Amérique, section locale 9311*, *supra*, note 713 (*passim*); Michel Tailleux, (1996) 102 di 1 (CCRT n° 1172), 6 : « [Le devoir de juste représentation] ne vise certainement pas à restreindre la *discretion* du syndicat en matière de modifications à la convention collective en vigueur dans la mesure où celle-ci s'exerce au profit de l'ensemble de ses membres *et n'a pas pour objet une action discriminatoire* à l'égard d'un membre ou d'un groupe de membres[...] » (Me François Bastien)

⁷⁹⁸ IGLESIAS, *supra*, note 238, 450-451 : « ...there is a significant body of DFR precedent which [...] subordinates the protection of minority interests to the preservation of *maximum union discretion*. » (nos italiques); LEFFLER, *ibid* : « ...the union has *broad latitude* and may compromise the interests of its various subgroups. » (nos italiques); SWINTON, *supra*, note 214, 731

⁷⁹⁹ La jurisprudence américaine, nous l'avons vu, parle de « wide range of reasonableness » : *supra*, notes 485 et 487

⁸⁰⁰ BENTHAM, *supra*, note 118, 36

⁸⁰¹ Bernard ADELL, « Collective Agreements and Individual Rights : A Note on the Duty of Fair Representation », (1986) 11 *Queen's L.J.* 251, 262 : « ...with respect to decisions taken by the union on most types of *bargaining demands*, I would argue that it is very difficult to find a rational basis for a holding of unjust treatment *in the absence of some sort of ill-will toward the employees who lose from the decision*. » (nos italiques)

⁸⁰² MACNEIL, LYNK et ENGELMANN, *supra*, note 236, 11-5 (par. 11.150)

judiciaire. Après tout, « [l]es parties ne sont [...] pas libres de négocier des clauses contraires au principe d'égalité. »⁸⁰³ La Cour suprême du Canada n'a d'ailleurs pas fait mystère de sa position à cet égard :

[...] lorsqu'il s'agit de lois sur les droits de la personne, la contestation porte sur les actions d'une partie privée, tel un employeur ou un propriétaire, qui, allègue-t-on, a eu recours à une pratique discriminatoire. Les actions de parties privées visent souvent des objectifs privés tels que l'augmentation du profit ou du rendement d'une entreprise. Si louables que soient ces objectifs en soi, *il n'y a pas lieu de faire preuve de retenue à leur égard lorsqu'un plaignant établit l'existence à première vue d'une discrimination. L'adoption d'une attitude de retenue à l'égard de tels objectifs privés aurait pour effet de miner le but déclaré des lois sur les droits de la personne, qui est de garantir les droits des groupes minoritaires, des femmes et des particuliers contre un traitement arbitraire et abusif.*⁸⁰⁴

Presque immunisée contre les assauts des instances auxquelles le salarié peut s'adresser pour faire constater un manquement au devoir de juste représentation, l'association accréditée ne peut espérer pareille indulgence des juridictions habilitées à statuer sur une allégation de discrimination aux termes, cette fois, de la législation sur les droits et libertés fondamentaux. Ainsi, le syndicat qui reste sourd aux revendications égalitaires des femmes ou de certains groupes minoritaires ne devrait pas pouvoir compter sur l'apathie des tribunaux pour que des situations discriminatoires se perpétuent au nom d'un obscur principe de non-ingérence dans la conduite des négociations⁸⁰⁵:

Il est vrai que l'agent négociateur se doit de bénéficier normalement d'une large liberté de manoeuvre, et peut privilégier certaines demandes au détriment de d'autres

⁸⁰³ CARON, *supra*, note 436, 60

⁸⁰⁴ *Dickason c. Université de l'Alberta*, *supra*, note 210, 1123 (j. Cory) (nos italiques)

⁸⁰⁵ *Hope v. St. Catharines (City)*, (1986) 9 C.H.R.R. D/4635 (Ont. B.I.), D/4657 (commissaire John D. McCamus, par. 36103)

(sic), pour des considérations d'ordre tactique, etc. *Cette marge de manoeuvre est nécessairement beaucoup plus réduite lorsqu'il s'agit de non-discrimination au sens de la Charte. Un syndicat ne s'acquitte pas de son devoir de représentation conformément à la Charte, lorsqu'il ne tente pas d'obtenir le respect des droits fondamentaux des membres de l'unité de négociation. Il s'agit là d'une exigence minimale.*⁸⁰⁶

Un exemple, tiré de la jurisprudence, suffira pour illustrer en quoi les textes qui sauvegardent les droits fondamentaux comportent, pour l'association accréditée, des exigences nettement plus considérables que celles que l'on a bien voulu leur imposer en vertu des codes du travail.

En 1983, le Tribunal du travail du Québec, saisi d'une plainte pénale, rendait jugement dans l'affaire *Ouellet c. Syndicat des travailleurs et travailleuses du Deauville*.⁸⁰⁷ Accrédité pour représenter tous les salariés du Restaurant *Le Deauville* de Sainte-Foy, le syndicat entreprit de négocier une convention collective et d'y intégrer une clause visant à protéger les droits des employés en fonction de leur ancienneté. Au moment d'établir la liste servant à déterminer l'ordre de priorité entre eux, « [i]l y eût, au sein du syndicat, discussions à savoir s'il fallait accorder cette ancienneté aux employés des autres restaurants et aux employées ayant bénéficié d'un congé de maternité. » Il fut finalement convenu « que l'ancienneté dans les autres restaurants ne devait pas être considérée ni le temps fait avant le congé de maternité et que les employées revenant d'un congé de maternité devaient être reconnues comme des employées nouvellement embauchées. »⁸⁰⁸

Engagée comme serveuse le 23 août 1976, la plaignante Ouellet avait travaillé pour l'employeur jusqu'au 21 septembre 1979, date à laquelle elle avait dû s'absenter pour

⁸⁰⁶ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *supra*, note 482, 82 (nos italiques)

⁸⁰⁷ *Supra*, note 700

⁸⁰⁸ *Id.*, 12,283 (j. Morin)

cause de maternité. Le 11 août 1980, elle était de retour au travail. Par l'effet de la décision syndicale, on la dépossédait donc de près de quatre années d'ancienneté. La plaignante fit part de son mécontentement au cours d'une assemblée syndicale subséquente. Les représentants syndicaux décidèrent alors de tenir un scrutin sur la question mais résolurent de ne faire voter « que les serveuses pouvant être affectées par la reconnaissance de l'ancienneté de la plaignante, à savoir celles qui avaient été embauchées après le 23 août 1976. »⁸⁰⁹ Le résultat, on l'aura bien sûr deviné, fut défavorable à la plaignante. Le projet de convention collective fut ultérieurement entériné par la majorité des salariés lors d'une assemblée syndicale convoquée à cette fin en juillet 1982. Résultat : du seul fait de sa grossesse, la plaignante se trouvait assujettie à un horaire de travail moins avantageux en plus de voir sa sécurité d'emploi diminuée par rapport à certains de ses collègues qui comptaient, pourtant, moins d'années de service qu'elle au sein de l'entreprise.

Soucieux de préserver la marge de manoeuvre dévolue au syndicat en matière de négociation, le Tribunal du travail s'avérait incapable d'inférer de ces agissements un quelconque manquement au devoir de juste représentation. Estimant « normal que pour déroger à une ligne de conduite, dans un cas particulier, on ne fasse se prononcer que ceux qui sont concernés », le savant juge refusait de « substituer son appréciation à celle des responsables syndicaux, voire même des membres s'exprimant en assemblée générale. »⁸¹⁰

Il apparaît manifeste qu'à la lumière des mêmes faits, un tribunal compétent saisi aujourd'hui d'une demande portée cette fois en vertu des lois sur le droits de la personne répudierait sans ménagement cette interprétation.⁸¹¹ On a peine à croire que

⁸⁰⁹ *Ibid.*

⁸¹⁰ *Ibid.*

⁸¹¹ L'on doit souligner qu'au moment où le Tribunal du travail a rendu sa décision dans l'affaire *Ouellet*, la *Charte québécoise* n'interdisait pas encore la discrimination fondée sur la « grossesse ». Comme la Cour suprême du Canada se refusait alors à assimiler ce type de discrimination à une discrimination fondée sur le « sexe » (*Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183), le Tribunal du travail n'était ni plus ni moins insensible à la situation des femmes que la plus haute cour du pays.

par respect pour le principe de non-ingérence dans les choix collectifs ou les affaires internes du syndicat, l'on puisse nier la primauté du droit individuel à la non-discrimination fondée sur le sexe ou la grossesse. Une décision syndicale ne devient pas justifiée du seul fait qu'une majorité de syndiqués l'approuve.

La proposition du syndicat de radier les années d'ancienneté des salariées qui s'absentaient en raison de leur grossesse était clairement discriminatoire. De même, la décision de ne faire voter que les seuls salariés susceptibles d'être relégués à un rang inférieur sur la liste d'ancienneté ne pouvait que perpétuer l'effet discriminatoire de la proposition initiale. À moins de faire preuve d'une grande candeur, l'on ne peut raisonnablement croire que des salariés voteraient sciemment en faveur d'une proposition qui ne peut leur être que désavantageuse !

Si la négociation des conventions collectives est une tâche foncièrement importante des associations accréditées, elle n'intègre pas l'ensemble des responsabilités qui leur incombent. Il en est d'autres dont l'importance est loin d'être négligeable. Ainsi en est-il de la mission éducative des syndicats à l'endroit des salariés qu'ils regroupent. Non seulement les représentants syndicaux doivent-ils s'abstenir de pratiquer la discrimination par les propositions qu'ils déposent ou laissent tomber à la table des négociations⁸¹² mais encore devraient-ils exercer leur leadership de manière à dissuader leurs membres d'adopter un comportement discriminatoire envers autrui.⁸¹³ Partant,

Toutefois, l'on ne peut s'empêcher de noter aussi qu'à cette époque, l'article 11(2)b) de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, Nations-Unies, Recueil des traités, vol. 1249 (1981), p. 13, exigeait des États signataires, dont le Canada, qu'ils octroient des congés de maternité aux femmes enceintes « avec la garantie du maintien de l'emploi antérieur, des droits d'ancienneté et des avantages sociaux ». Le moins que l'on puisse dire, c'est que l'affaire *Ouellet* viole sinon la lettre du moins l'esprit de la Convention!

⁸¹² Steven R. CHAPLIN, « The Charter and Public Sector Employment Law in Canada: Collective Bargaining and Arbitration », (1993) 18 *Queen's L.J.* 406, 423: « Application of the *Charter* is likely to have an impact on both the content of collective agreements and the action of the parties in negotiating them. Both parties will have to be aware of potential *Charter* issues and may also have to be prepared for a response from their adversary that a particular proposal put forward cannot agreed to, since to do so might open them to potential liability for violating someone's *Charter* rights. » (nos italiques)

⁸¹³ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *supra*, note 482, 99: « ...c'est d'abord le mouvement syndical, par ses revendications, ses interventions, ses luttes également, qui

l'association accréditée qui invoque l'appui majoritaire qu'elle a recueilli de ses membres pour justifier des demandes contraires au principe d'égalité pourrait néanmoins devoir répondre de ses actes aux termes des lois garantissant les droits fondamentaux de la personne.⁸¹⁴

Qu'en est-il, par ailleurs, si le syndicat néglige de considérer les demandes formulées par l'aile minoritaire des salariés ? L'inaction syndicale pourrait-elle être sanctionnée en application des textes fondamentaux ? De prime abord, rien ne semble s'y opposer. En effet, les tribunaux n'ont pas hésité à juger inopérantes, au sens de la *Charte canadienne*, des lois qui faisaient défaut de protéger des groupes minoritaires.⁸¹⁵ Pourtant, les choix du législateur commandent, juge-t-on, une certaine déférence :

La contestation en vertu de la *Charte* d'une disposition législative adoptée par l'État a évidemment une incidence sur un intérêt de l'État. En pareil cas, *il faut faire preuve de retenue* à l'égard des actions de l'État manifestées par la disposition législative contestée.⁸¹⁶

Or, la raison d'être de cette retenue se dissipe justement quand « la contestation porte sur les actions d'une partie privée »⁸¹⁷, tel un syndicat. L'inaction syndicale pourrait donc, à plus forte raison dirions-nous, faire l'objet d'un examen fondé sur les lois à statut quasi constitutionnel⁸¹⁸:

peut faire progresser de manière significative le respect des droits et libertés dans les milieux de travail... »

⁸¹⁴ CARTER, *supra*, note 315, 12

⁸¹⁵ Voir la jurisprudence et la doctrine citées, *supra*, note 665

⁸¹⁶ *Dickason c. Université de l'Alberta*, *supra*, note 210, 1123 (j. Cory) (nos italiques)

⁸¹⁷ *Ibid.*

⁸¹⁸ *Hope v. St. Catharines (City)*, *supra*, note 805; *Bonilla v. Oakland Scavenger Co.*, 697 F.2d 1297 (9th Cir. 1982), 1304 (j. Farris); *Woods v. Graphic Communications*, 925 F.2d 1195 (9th Cir. 1991), 1199-1201 (j. Beezer)

Le syndicat qui assiste *passivement* au maintien de pratiques discriminatoires dans l'entreprise et encourage de ce fait l'employeur à continuer dans cette voie, représente bien mal les membres de l'unité de négociation qui sont victimes de ces pratiques. Certes, rien ne garantit qu'un changement d'attitude du syndicat n'amène effectivement l'employeur à réviser ses pratiques ; mais *le syndicat se doit à tout le moins, surtout si des demandes en ce sens lui sont faites par certains de ses membres, d'essayer d'amener l'employeur à procéder à une telle révision.*⁸¹⁹

Ainsi, dans l'affaire *Spreitzer c. Industries James MacLaren Inc. (Division forestière)*⁸²⁰, un soudeur membre de l'Église adventiste du septième jour avait sollicité un accommodement de l'employeur de manière à être exempter de travailler le samedi, jour du sabbat. L'employeur proposa donc au syndicat, la *Fraternité nationale des charpentiers-menuisiers forestiers, travailleurs d'usine, section locale 99*, « d'apporter à la convention collective un amendement qui relèverait le demandeur de l'obligation de travailler le samedi ». Cette proposition allait être rejetée par les compagnons de travail du salarié, ceux-ci se disant peut-être prêts, cependant, « à le remplacer le samedi, mais à temps supplémentaire. »⁸²¹ L'employeur rejetait à son tour cette contre-proposition syndicale.

Subséquemment, le salarié faisait défaut de se présenter au travail un samedi où il devait être de service, ce qui lui valait une suspension. Le grief déposé contre cette mesure de l'employeur allait plus tard être rejeté par le tribunal d'arbitrage.⁸²²

⁸¹⁹ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *supra*, note 482, 64-65

⁸²⁰ [1998] R.J.Q. 3027 (C.S.) (en appel: C.A.M. 500-09-007256-985 et 500-09-007257-983)

⁸²¹ *Id.*, 3030 (J. Major). Selon l'un des témoins entendus par la Cour, il semble même que les collègues de travail du salarié « n'étaient pas disposés à le remplacer *régulièrement* même en étant payé en surtemps »: *id.*, 3041 (nos italiques)

⁸²² *Fraternité nationale des charpentiers-menuisiers forestiers, travailleurs d'usine, section locale 99 c. Industries James MacLaren Inc.*, [1989] T.A. 76 (arb. Michel Bergevin)

Dans les semaines suivantes, la Fraternité perdait son accréditation au profit du *Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 2995*. Une année allait s'écouler avant qu'une autre convention collective soit finalement signée par les parties : rien n'y était encore prévu pour accommoder le salarié. Celui-ci intentait donc une action en dommages-intérêts à la fois contre l'employeur et les deux syndicats.

L'action contre la Fraternité était rejetée au motif que la sentence arbitrale rendue en faveur de l'employeur avait acquis, depuis, l'autorité de la chose jugée.⁸²³ Toutefois, le second syndicat était trouvé responsable de la discrimination, conjointement et solidairement avec l'employeur. Analysant « le processus de négociation » de la plus récente convention collective⁸²⁴, la Cour supérieure voyait une faute dans « ...le défaut par l'employeur et le deuxième syndicat d'avoir négocié une convention collective « qui prévoirait un accommodement éliminant les effets préjudiciables de l'implantation de l'horaire de travail du mardi au samedi »... ». ⁸²⁵

Malgré le fait que le second syndicat ait proposé à l'employeur plusieurs mesures d'accommodement possibles pour en venir à une entente, « savoir l'abolition de l'horaire de travail du mardi au samedi, la recherche d'un travailleur qui remplacerait Spreitzer [les] samedis, le recrutement d'un employé additionnel, le recours à un entrepreneur qui fournirait les services d'un employé soudeur en remplacement du demandeur [...], un travail du dimanche ou du lundi pour Spreitzer, et enfin, un horaire de 4 jours de 10 heures du lundi au jeudi et du mardi au vendredi »⁸²⁶ pour l'ensemble des salariés, la Cour jugeait néanmoins que le syndicat avait contrevenu à la *Charte québécoise* :

⁸²³ *Spreitzer c. Industries James MacLaren Inc. (Division forestière)*, *supra*, note 820, 3036 (J. Major)

⁸²⁴ *Ibid.*

⁸²⁵ *Id.*, 3039

⁸²⁶ *Id.*, 3041-3042

Ces tentatives d'entente se déroulaient [...] dans le contexte beaucoup plus vaste de négociations sur l'ensemble de la convention collective et il est raisonnable de croire que le dossier Spreitzer était loin d'être prioritaire tant pour l'employeur MacLaren que pour le deuxième syndicat.

[...]

De toute apparence, par leur incorporation dans la nouvelle convention collective [...] du langage sans modification de [...] l'ancienne convention collective [...], l'employeur MacLaren et le deuxième syndicat ont sacrifié, on peut croire d'un commun accord, le droit du demandeur Spreitzer au libre exercice de sa religion sans discrimination et libre de tout effet préjudiciable.

En vertu des obligations que leur imposait la *Charte des droits et libertés de la personne*, ces deux parties avaient l'obligation [...] de s'adresser en priorité au dossier du demandeur Spreitzer et de négocier avec sincérité, par le moyens de concessions mutuelles si nécessaire. une entente...⁸²⁷

Cette interprétation nous semble respectueuse des principes consacrés par la *Charte québécoise*. Reste à voir si les juridictions d'appel en confirmeront le bien-fondé.

Un fait demeure, les chartes et lois sur les droits de la personne ont le potentiel de réduire comme peau de chagrin la marge de manoeuvre traditionnellement reconnue à l'agent négociateur syndical. Pour tout dire, à l'ère des droits individuels, celui-ci ne dispose plus d'un pouvoir discrétionnaire aussi absolu que celui qu'on pouvait lui reconnaître jadis. L'association accréditée n'a, en fait, tout simplement plus le loisir de tolérer certaines pratiques discriminatoires de l'employeur pour arracher de lui des concessions favorables à la majorité des salariés.

B) La négociation d'une clause anti-discrimination : un devoir syndical ?

Le syndicat ne peut rester le témoin impassible des manifestations de discrimination qui ont cours dans l'entreprise ou l'institution au sein de laquelle il oeuvre. Il doit s'assurer que les conditions de travail accordées aux membres de l'unité de négociation sont respectueuses de leurs droits et libertés fondamentaux.⁸²⁸ À cet égard, la négociation de la convention collective lui offre la possibilité unique de jouer un rôle actif dans la promotion et le respect des droits à l'égalité des salariés.⁸²⁹ Cela, les organisations syndicales l'ont vite saisi.

Véritable précurseur dans la lutte contre la discrimination dans l'emploi⁸³⁰, le mouvement syndical a tôt fait de réclamer l'inclusion, dans les conventions collectives, de clauses interdisant la discrimination fondée sur l'appartenance syndicale.⁸³¹ Puis, dans la foulée des revendications égalitaires qui marquent la deuxième partie du XX^e siècle, le nombre des motifs de discrimination que les représentants syndicaux tentent d'introduire dans les contrats collectifs de travail s'accroît sans cesse. La négociation de clauses anti-discrimination devient, peu à peu, un phénomène largement répandu.⁸³²

Aux États-Unis seulement, la proportion des conventions collectives qui comportent une clause anti-discrimination est passée de 69%, en 1970, à 94% en 1985.⁸³³ Au

⁸²⁷ *Id.*, 3042

⁸²⁸ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *supra*, note 482, 80

⁸²⁹ John LUND et Neill DeCLERCQ, « Production Standards and the Americans with Disabilities Act : A Preliminary Review and Analysis », (1996) 21 *Lab. Stud. J.* (n° 3) 40, 54

⁸³⁰ Voir la doctrine citée, *supra*, note 299

⁸³¹ Peggy NASH et Lewis GOTTHEIL, « Employment Equity: A Union Perspective », (1994) 2 *C.L.L.J.* 49, 51

⁸³² Le phénomène s'accroît à partir des années quatre-vingts: LYNK, *supra*, note 334, 964. MCUSIC et SELMI, *supra*, note 85, 1345-1346, rappellent que la négociation de clauses anti-discrimination n'a pas toujours figuré parmi les priorités syndicales: «...unions often failed to seek antidiscrimination clauses in contracts because for the prototype worker, a white man, discrimination was unlikely to affect in a negative way his work conditions. »

Canada, des dispositions de ce genre se retrouveraient dans 54,7% des conventions collectives en vigueur dans les entreprises ou institutions de plus de cinq cents employés.⁸³⁴ En Ontario, plus de 87% des travailleurs syndiqués qui oeuvrent dans des milieux de travail de plus de deux cents employés bénéficieraient aussi d'une protection conventionnelle contre la discrimination.⁸³⁵ En fait, les clauses anti-discrimination inspirées, en tout ou en partie⁸³⁶, des chartes et lois sur les droits de la personne sont indubitablement fréquentes dans les ententes patronales-syndicales.⁸³⁷

On a pu croire un temps que l'insertion de dispositions semblables dans les conventions collectives n'emportait pas de conséquences significatives. Le principe de non-discrimination consacré par la législation de nature constitutionnelle étant d'ordre public⁸³⁸, il était admis que l'on ne pouvait généralement y déroger par contrat.⁸³⁹

⁸³³ MALIN et STALLWORTH, *supra*, note 275, 553. L'adoption de la Loi sur les droits civiques (*Civil Rights Act*) en 1964 a eu, sous ce rapport, un impact absolument fulgurant. À peine 28% des conventions collectives étaient pourvues d'une telle clause en 1965: NOTE, *supra*, note 236, 712 (note 60)

⁸³⁴ Cette information nous a été transmise le 22 septembre 2000 par Madame Nicole Boudreault, consultante en information sur les relations industrielles, Direction de l'information sur les milieux de travail, Développement des ressources humaines Canada, Hull, Québec. Fait à noter, le Ministère du travail du Québec ne dispose d'aucune statistique sur le sujet.

⁸³⁵ Gerald HUNT, « Sexual Orientation and the Canadian Labour Movement », (1997) 52 *Relat. Ind.* 787, 803-804

⁸³⁶ MAHONEY, *supra*, note 108, 18

⁸³⁷ Richard B. BIRD, « A New Diversity in the Workplace – A Canadian Viewpoint », dans GRUENBERG (dir.), *supra*, note 275, 164; KELLY, *supra*, note 254, 206 (par. 1125); MAHONEY, *id.*, 8; RABIN, *supra*, note 320, 200; Katherine E. SWINTON et Kenneth P. SWAN, « The Interaction Between Human Rights Legislation and Labour Law », dans Kenneth P. SWAN et Katherine E. SWINTON (dir.), *Studies in Labour Law*, Toronto, Butterworths, 1983, 111, 127; Karl TABBACH, « The Standard of Review of Grievance Arbitrators When Deciding on Human Rights Issues : The "Magnificent Goal" vs. Industrial Peace », (1998) 43 *R.D. McGill* 261, 263

⁸³⁸ Voir la jurisprudence citée, *supra*, note 327

⁸³⁹ *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, *supra*, note 557, 158 (j. Lamer); *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, *supra*, note 567, 213-214 (j. McIntyre); *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, *supra*, note 558, 154 (j. McIntyre); *Dickason c. Université de l'Alberta*, *supra*, note 210, 1130 (j. Cory); *Central Okanagan School District no. 23 c. Renaud*, *supra*, note 521, 985-986 (j. Sopinka); *Newfoundland Association of Public Employees c. Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre)*, *supra*, note 327, 13-16 (j. Major, par. 18 à 26); *Ateliers d'ingénierie Dominion Ltée c. Commission des droits de la personne du Québec*, *supra*, note 327, 216 (j. Jacques); *Commission des droits de la personne du Québec c. Brasserie Labatt Ltée*, (1995)

Partant, que la convention collective l'intègre ou non importait peu, pensait-on, puisqu'à titre de normes hiérarchiquement inférieures, ses dispositions y étaient de toute façon subordonnées.

Au plan stratégique, le syndicat pouvait donc choisir de ne pas revendiquer l'inclusion d'une clause anti-discrimination dans la convention collective, la loi pouvant combler pleinement l'absence d'une telle disposition.⁸⁴⁰ Toutefois, l'orientation que la jurisprudence a récemment prise est de nature à susciter une profonde réflexion sur le bien-fondé d'une politique syndicale de laisser-faire sous ce rapport. Deux considérations nous semblent militer en ce sens.

1. Une clause utile

Les tribunaux reconnaissent d'emblée que l'insertion, dans la convention collective, d'une clause anti-discrimination qui reprend les termes d'une norme constitutionnelle ou législative au même effet n'est pas un exercice futile⁸⁴¹ :

Il suffit de faire remarquer que, par cette incorporation, les parties ont convenu qu'elles reconnaîtraient les principes d'égalité et de protection contre la discrimination fondée sur [un motif énuméré], et qu'elles seraient liées par ces principes. Ceci indique certainement que les dispositions de la convention collective devaient, à tout le moins, être interprétées en fonction de cet état de choses.⁸⁴²

22 C.H.R.R. D/149 (T.D.P.Q.), D/152-D/153 (j. Rivet, par. 17 à 20); *Karas c. Commission scolaire Kativik*, [1997] R.J.Q. 715 (T.D.P.Q.), 720-721 (j. Rivet); *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Centre hospitalier Robert-Giffard*, [1998] R.J.Q. 651 (T.D.P.Q.), 655 (j. Sheehan, par. 24); CARON, *supra*, note 436, 60; PROULX, *supra*, note 461, 181-183

⁸⁴⁰ SWINTON, *supra*, note 214, 728. Voir par analogie: OFFEN SIMON, *supra*, note 268, 981; Mary K. O'MELVENY, «The Americans with Disabilities Act and Collective Bargaining Agreements: Reasonable Accommodations or Irreconcilable Conflicts?», (1993-94) 82 *Ky L.J.* 219, 244: « Most collective bargaining agreements already contain prohibitions against discrimination [...] Even if the contract is silent on this point, anti-discrimination laws apply to employers and unions regardless of whether reference is made to them in a particular contract. Thus, such language is not required in order to impose an obligation on the employer... » (nos italiques)

⁸⁴¹ Voir dans le même sens: MORIN et BRIÈRE, *supra*, note 48, 997 (par. IV-166)

Conséquemment, la disposition constitutionnelle ou législative servirait, pour ainsi dire, de genre, alors que la clause anti-discrimination qui en épouse les contours tiendrait lieu d'espèce, aux fins d'une « nécessaire mise en relief ».⁸⁴³ Du fait qu'elle incorpore les dispositions d'une charte ou loi sur les droits de la personne, la convention collective témoignerait de l'intention ferme « que les principes d'égalité et de protection contre la discrimination [...] guide[nt] les relations entre les parties ».⁸⁴⁴ La clause anti-discrimination aurait ainsi une portée substantielle qui ferait d'elle bien plus qu'un modeste « complément aux clauses de la convention ».⁸⁴⁵

Cela dit, le syndicat a la possibilité de négocier une clause dont la portée peut s'avérer plus généreuse que le modèle constitutionnel ou législatif qui lui sert d'inspiration.⁸⁴⁶

⁸⁴² *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, *supra*, note 431, 550-551 (J. Cory). Voir dans le même sens: MAHONEY, *supra*, note 108, 23; SWINTON et SWAN, *supra*, note 837, 127: « The inclusion of no-discrimination clauses in so many collective agreements indicates a consensus not only that human rights principles ought to apply to collective agreement administration, but that the parties envision a general rule against discrimination throughout the workplace. » (nos italiques)

⁸⁴³ Voir par analogie: Fernand MORIN, *Un véritable Code du travail : un projet réalisable*, Québec, Commission consultative sur le travail et la révision du Code du travail, Les publications du Québec, 1986, 29

⁸⁴⁴ *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, *supra*, note 431, 552 (J. Cory); Lawrence W. MARQUES, « Legislation. Discrimination and Benefits : Management Perspective », dans Gladys W. GRUENBERG (dir.), *Arbitration 1993: Arbitration and the Changing World of Work*, Proceedings of the 46th annual meeting, National Academy of Arbitrators, Washington D.C., Bureau of National Affairs Inc., 1994, 152: « If the contract has an antidiscrimination clause, the arbitrator may rely on that to override other specific terms of the contract if enforcing those terms would violate the antidiscrimination provision. »

⁸⁴⁵ Cette expression, malheureuse à notre avis, est celle de la CONFÉDÉRATION DES SYNDICATS NATIONAUX, *Des syndicats de toutes les couleurs: guide syndical d'intervention contre le racisme* (rédaction : Jacques Gauthier), Montréal, CSN, Mars 1991, 28. Est-ce à dire que l'on réduit la clause anti-discrimination à une simple clause d'interprétation? Si tel est le cas, l'on s'explique un peu mieux le constat fait par ROBERT et VALLÉE, *supra*, note 566, 121: « Bien que plusieurs conventions collectives aient des clauses antidiscriminatoires, les parties ne fondent que très rarement un grief uniquement sur ce type de clause. »

⁸⁴⁶ Jean-Denis GAGNON, « La compétence de l'arbitre de griefs en droit du travail : accroissement d'un domaine réservé », (1997) 57 *R. du B.* 173, 197 : « Les dispositions des conventions collectives portant sur les droits de la personne peuvent traiter de sujets spécifiques, ou être rédigées en termes très généraux. Il arrive même qu'elles soient plus contraignantes que celles que prévoient les lois visant à assurer la protection des droits et libertés ». Voir au même effet: Brian ETHERINGTON, « Employment Law : The 1995-1996 Term », (1998) 9 *S.C.L.R.* (2d) 497, 509-510

Les parties à la convention collective peuvent ainsi « convenir d'une protection plus grande que la protection « de base » » offerte par le législateur⁸⁴⁷ ou le constituant.⁸⁴⁸ D'ailleurs, cette faculté semble connaître peu de limite. Qu'on en juge...

Un centre d'hébergement pour personnes âgées de la province de Terre-Neuve avait conclu une convention collective avec l'association formée par ses salariés. Le syndicat avait jugé souhaitable de négocier une clause par laquelle l'employeur s'engageait, notamment, à ne pas pratiquer la discrimination fondée sur le sexe dans le recrutement d'employés. Libellée avec un grand luxe de détails, la disposition négociée n'en était pas moins similaire à une disposition du Code provincial des droits de la personne qui défendait à tout employeur de « refuser d'employer » une personne en raison de son « sexe ». Seule exception notable, la loi prévoyait qu'elle n'était pas applicable à une distinction fondée sur une « exigence professionnelle normale » (EPN), mention que ne renfermait pas la convention collective. L'on peut raisonnablement présumer que le défaut de l'employeur d'exiger cette dernière mention s'explique par la certitude qu'il avait de pouvoir disposer, de toute façon, d'un moyen de défense efficace aux termes de la loi sur les droits de la personne.

Au moment de combler un poste de préposé aux soins personnels des bénéficiaires de sexe masculin, l'employeur l'attribua à un homme, qui n'était pas membre de l'unité de négociation, plutôt qu'à une femme qui, elle, en faisait partie. Contestant cet embauchage par la voie d'un grief, le syndicat essuyait un revers devant le conseil d'arbitrage. Essentiellement, le conseil concluait que l'employeur était parvenu à démontrer que son exigence d'un candidat masculin était normale, et donc justifiée, en vertu de la loi sur les droits de la personne.

⁸⁴⁷ *Newfoundland Association of Public Employees c. Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre)*, *supra*, note 327, 20 (J. Major, par. 38). Voir, à titre d'exemple, *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees' Association*, (1995) 43 L.A.C. (4th) 172, 186 (arb. R.O. MacDowell)

⁸⁴⁸ Par exemple, même si la *Charte canadienne* ne s'applique qu'à l'action gouvernementale (Voir nos développements, *supra*, notes 595 à 620), des parties privées pourraient très bien décider d'en étendre

La Cour suprême de Terre-Neuve accueillait subséquemment la requête en révision judiciaire présentée par le syndicat et jugeait la sentence arbitrale erronée parce que la convention collective n'incorporait pas expressément la défense d'EPN. Débouté ensuite devant la Cour d'appel, le syndicat n'allait pas connaître davantage de succès devant la Cour suprême du Canada.

Insistant sur la présence, dans la convention collective, d'une clause qui assujettissait toutes les dispositions négociées par les parties « aux lois qui sont actuellement en vigueur ou qui le seront ultérieurement »⁸⁴⁹, la Cour jugeait qu'«[e]n choisissant d'interpréter la convention collective d'une manière compatible avec le Code, le conseil n'a[vait] pas agi de façon manifestement déraisonnable.»⁸⁵⁰

Néanmoins, en *obiter*, la Cour tenait à circonscrire le pouvoir, qu'elle reconnaissait aux parties, de négocier une protection contre la discrimination différente de celle envisagée par la loi :

Les lois sur les droits de la personne fixent un minimum auquel les parties ne peuvent pas se soustraire par contrat. Elles pourront le faire si, de ce fait, elles accroissent et protègent davantage les droits de la personne des gens concernés. À mon avis, les parties en l'espèce pouvaient se soustraire par contrat à l'application de la disposition [législative] relative à l'EPN [...] Le contrat pouvait empêcher l'employeur de faire preuve de discrimination dans le processus de recrutement lorsqu'une EPN pouvait manifestement exister. Cette conclusion n'a aucune incidence sur les droits des tiers. L'examen de ces droits, s'il en est, est reporté à une autre occasion.⁸⁵¹

le domaine d'application en convenant mutuellement qu'il n'y aura aucune discrimination contre aucun salarié, en conformité avec la *Charte canadienne des droits et libertés*.

⁸⁴⁹ *Newfoundland Association of Public Employees c. Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre)*, *supra*, note 327, 17 (j. Major, par. 31)

⁸⁵⁰ *Id.*, 19 (par. 37)

⁸⁵¹ *Id.*, 16 (par. 26)

Faisant fi d'un principe – qu'on croyait pourtant immuable – selon lequel les droits, même fondamentaux, ne sauraient être absolus⁸⁵², la Cour autorise ainsi les parties à donner une telle portée à ces mêmes droits au moyen d'une simple clause anti-discrimination.⁸⁵³ À la manière des négociateurs patronaux qui avaient, croyons-nous, présumé que le moyen de défense fondée sur les exigences requises par l'emploi était ouvert à l'employeur quels que soient les termes de la convention collective, nous aurions cru que le silence des parties sur la question était sans conséquence tant la conclusion contraire apparaît absurde et irréaliste.⁸⁵⁴

En effet, en vertu de quelle logique pourrait-on contraindre, par exemple, une commission scolaire à maintenir à son service un pédophile récidiviste pour l'unique raison que la clause anti-discrimination de la convention collective – qui, par hypothèse, interdirait la discrimination fondée sur les *antécédents judiciaires* – n'aménage pas de moyen de défense à l'employeur? De la même façon, sous prétexte que la convention collective est silencieuse sur ce dernier sujet, une compagnie aérienne devrait-elle forcément offrir un poste de pilote d'avion à une personne qui, en raison d'un *handicap* auditif, est dans l'impossibilité d'entendre les consignes en provenance de la tour de contrôle? Le mutisme de la convention collective en vigueur, quant à la défense reliée aux exigences requises par l'emploi, suffirait-il pour que l'exploitant d'un service

⁸⁵² *Operation Dismantle c. R.*, [1985] 1 R.C.S. 441, 488 (J. Wilson); *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, *supra*, note 382, 553: « Le Code n'a pas pour objet de conférer des droits à l'un en excluant les droits de l'autre. » (J. McIntyre); *R. c. Oakes*, *supra*, note 448, 136 (J. Dickson); *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, 204 (J. Lamer); *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858, 882 (J. Sopinka, par. 34); PROULX, *supra*, note 461, 192

⁸⁵³ Au Québec, l'on a généralement refusé de donner une portée aussi absolue à une clause anti-discrimination même si elle n'intègre pas formellement de moyen de défense en faveur de l'employeur: *Syndicat des Métallos, section locale 4796 c. Minerais Lac (Complexe Bousquet)*, [1993] T.A. 329, 335 et 338 (arbitre G. Lavoie); *Syndicat des employés municipaux de la Ville de Kirkland c. Kirkland (Ville de)*, [1996] T.A. 727, 747 (arb. Diane Veilleux): requête en révision judiciaire rejetée: *Kirkland (Ville de) c. Syndicat des employés municipaux de la Ville de Kirkland*, [1997] R.J.Q. 534 (C.S.)

⁸⁵⁴ MAHONEY, *supra*, note 108, 26 et 27: « The preeminence of human rights legislation is a foundation for advocating harmonization between the collective agreement and this legislation. It would be contrary to the status bestowed upon human rights legislation to permit private parties to a collective agreement to invoke their own standard of human rights protection. *Any standard that is absolute in nature is unrealistic by comparison, especially when one considers the potential adverse consequences that may be endured...* » (nos italiques)

téléphonique d'appels d'urgence (911) soit privé de la possibilité de remercier un standardiste qui ne peut communiquer efficacement dans la langue employée par les usagers potentiels⁸⁵⁵, du seul fait que ce salarié se trouve protégé par une clause qui prohibe la discrimination fondée sur la *langue* ?

On le constate, l'affirmation de la Cour, selon laquelle la solution qu'elle privilégie « n'a aucune incidence sur les droits des tiers », et le report, « à une autre occasion », de la prise en compte de ces mêmes droits, a de quoi laisser songeur l'observateur le plus indulgent. D'abord, bien des conventions collectives signées pour une longue durée⁸⁵⁶ – que l'on assimile incidemment à des « contrats sociaux » – comportent actuellement des clauses anti-discrimination dont l'effet est soudainement devenu absolu par la seule volonté de la Cour suprême – et non des parties! Du reste, un employeur pourrait bien souscrire à une clause anti-discrimination à portée absolue au prix d'une concession syndicale qu'il juge primordial d'obtenir. Qu'on abandonne ainsi les droits d'autrui aux impératifs de la négociation patronale-syndicale apparaît difficilement acceptable.⁸⁵⁷

⁸⁵⁵ Incidemment, dans l'arrêt *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311, 323, la Cour admet d'emblée que « [l']intérêt que présente pour le public le maintien d'un système d'intervention d'urgence efficace est évident... » (J. Lamer, par. 22)

⁸⁵⁶ Alors que la loi prévoit une durée minimale d'un an, elle laisse aux parties la possibilité de convenir d'une durée beaucoup plus longue: art. 65 *Code du travail* (lequel prévoit toutefois une durée maximale de trois ans dans le cas d'une première convention collective); art. 67(1) *Code canadien du travail*. Incidemment, en 1997, plus de 55% des syndiqués québécois étaient régis par une convention collective d'une durée supérieure à trois ans: CHAREST, *supra*, note 71, 147. C'est d'ailleurs au Québec, où les conventions collectives de longue durée sont en nette progression (Reynald BOURQUE, « Les conventions collectives de longue durée au Québec: bilan de la période 1994-1998 », *Effectif*, vol. 2, n° 4, septembre/octobre 1999, 52), que la durée moyenne est la plus considérable: Marc LACROIX et al., « Dispositions particulières des principales conventions collectives : conventions collectives de longue durée et clauses de réouverture des négociations », *Gazette du travail*, vol. 2, n° 3, automne 1999, 42, 49

⁸⁵⁷ MAHONEY, *supra*, note 108, 32: « It is submitted that the human rights protection in Canada is not presently viewed, nor should it be viewed, as an absolute. The definition of human rights in the common law has been replaced by statute and exists only as defined therein and we are bound by that definition. The legislatures throughout Canada have defined the right to be free of discrimination in such a manner so as to balance the interests of both employers and employees. Canadian human rights statutes do not purport to outlaw every instance of employment discrimination for a given prohibited ground of discrimination... *There is a public policy interest in the right of the employer, public and private alike, to operate a safe and efficient business or public service.* » (nos italiques)

Quoi qu'il en soit, c'est dire les perspectives qui s'ouvrent à l'association de salariés dans la négociation des clauses anti-discrimination. Les représentants syndicaux, véritables professionnels de la négociation⁸⁵⁸, peuvent, par leurs habiletés rhétoriques, soutirer de l'employeur indûment calculateur, trop magnanime ou simplement insouciant une protection à toute épreuve contre la discrimination en faveur des membres de l'unité syndicale.

2. Une clause à effet juridictionnel ?

L'inclusion d'une clause anti-discrimination parmi les dispositions de l'entente collective est de nature à dissiper tout doute qui pourrait encore subsister quant à la compétence de l'arbitre de grief pour statuer sur une allégation de discrimination formulée contre l'employeur.⁸⁵⁹

En effet, pour certains arbitres, le défaut d'une telle clause dans la convention collective peut constituer une raison suffisante pour décliner compétence à l'égard du grief dont on entend les saisir.⁸⁶⁰ Pour d'autres, de plus en plus nombreux il est vrai, le silence de la convention collective à ce propos est sans conséquence :

L'absence d'une clause anti-discriminatoire dans l'accord
collectif de travail ne saurait, de ce fait, avoir d'incidence

⁸⁵⁸ Réjean BRETON, « Les villes et le pouvoir syndical », *La Presse*, Montréal, 18 septembre 1997, B-3

⁸⁵⁹ *Ndungidi c. Centre hospitalier Douglas*, [1993] R.J.Q. 536 (C.S.), 546 (J. Grenier); MAHONEY, *supra*, note 108, 29. Voir au même effet: HARPER, *supra*, note 713, 185; SCHOEN, *supra*, note 259, 1423

⁸⁶⁰ ADELL, *supra*, note 565, 7-8; SWINTON et SWAN, *supra*, note 837, 124. Voir également la jurisprudence arbitrale citée par Bernard ADELL, « Employment Law and Employment Tribunals: Where Should We Be Heading ? », dans DRUCE (dir.), *supra*, note 227, 333, et CAMPBELL, *supra*, note 372, 21. On n'insistera jamais assez sur le fait que l'arbitre de grief est choisi puis, plus important encore, rémunéré par les parties (ADELL, *supra*, note 565, 12) qui attendent d'abord de lui qu'il demeure à l'intérieur des balises de la convention collective en vertu de laquelle il est nommé : CARTER, *supra*, note 265, 193; ROBERT et VALLÉE, *supra*, note 566, 137 et 139. Cela pourrait expliquer pourquoi « ...many labor arbitrators do not like to apply external law »: Stephen W. SKRAINKA, « The Utility of Arbitration Agreements in Employment Manuals and Collective Bargaining Agreements for Resolving Civil Rights, Age and ADA Claims », (1993) 37 *St. Louis U.L.J.* 985, 997

sur la capacité qu'a l'arbitre de mesurer la conformité à la Charte des décisions de l'employeur alléguées contraires au principe d'égalité. De même, si le motif présumé de discrimination ne fait pas l'objet d'une mention explicite à la clause pertinente de la convention collective, le tribunal d'arbitrage ne s'en estimera pas moins compétent pour évaluer s'il y a atteinte au droit à l'égalité, en prenant en considération l'ensemble des critères énumérés à l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. L'on retiendra au demeurant que, dans bon nombre de cas, l'arbitre de griefs procède directement à la vérification de la présence ou non d'une situation discriminatoire au sens de la Charte québécoise, sans éprouver davantage le besoin de justifier, par rapport à la convention collective ou au Code du travail, ce recours aux dispositions de la Charte.⁸⁶¹

Ce trait de la jurisprudence arbitrale québécoise trouve une explication toute simple. Certes, la Législature du Québec prévoit qu'un grief, c'est-à-dire « toute mésentente relative à l'interprétation ou à l'application d'une convention collective », « doit être soumis à l'arbitrage. »⁸⁶² Toutefois, sous l'influence de la jurisprudence⁸⁶³, le Code est venu préciser que « [d]ans l'exercice de ses fonctions l'arbitre peut [...] interpréter et appliquer une loi ou un règlement dans la mesure où il est nécessaire de le faire pour décider d'un grief. »⁸⁶⁴ Longtemps silencieux sur la question⁸⁶⁵, le *Code canadien du travail* comporte maintenant une disposition semblable qui accorde à l'arbitre le pouvoir « d'interpréter et d'appliquer les lois relatives à l'emploi et de rendre les

⁸⁶¹ COUTU, *supra*, note 626, 75

⁸⁶² Art. 1f) et 100 du *Code du travail*

⁸⁶³ *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517, 518-519 (j. Laskin); *Union des employés de commerce, local 503 (C.T.C., F.T.Q.) c. W.E. Bégin Inc.*, *supra*, note 327, 6-7 (j. Turgeon); *Bell Canada c. Syndicat des travailleurs et travailleuses en communications et en électricité du Canada*, [1990] R.J.Q. 2808 (C.A.), 2812 (j. Baudouin)

⁸⁶⁴ Art. 100.12a) du *Code du travail*

⁸⁶⁵ Denis NADEAU, « Arbitres de griefs, tribunaux des droits de la personne et normes de contrôle judiciaire : une critique des arrêts *Ross* et *Green Bay* », (1997) 28 *R.G.D.* 149, 183 (note 183)

ordonnances qu'elles prévoient, même dans les cas où elles entrent en conflit avec la convention collective ».⁸⁶⁶

Ainsi, le syndicat qui néglige de négocier une disposition visant à assurer expressément aux salariés une protection contre les mesures discriminatoires exercées contre eux par l'employeur peut priver, ce faisant, l'arbitre des griefs d'une pleine compétence en matière de discrimination, laquelle ne peut alors qu'être accessoire ou incidente.⁸⁶⁷

Pour le membre de l'unité de négociation qui s'avère victime de discrimination et qui ne peut rattacher sa revendication d'égalité à une disposition quelconque de la convention collective⁸⁶⁸ – ce qui est rare, avouons-le, mais demeure tout de même possible –, le défaut d'une clause anti-discrimination pourrait avoir de fâcheuses répercussions.

Certes, le salarié lésé pourrait saisir la *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*⁸⁶⁹ ou encore la *Commission canadienne des droits de la personne*⁸⁷⁰, selon le cas, d'une plainte de discrimination⁸⁷¹ mais la voie dans laquelle il

⁸⁶⁶ Art. 60(1)a.1) du *Code canadien du travail*

⁸⁶⁷ COUTU, *supra*, note 626, 75; ROBERT et VALLÉE, *supra*, note 566, 119 : « Il est clair qu'un arbitre, tirant sa juridiction de la convention collective, ne peut que très rarement traiter de la seule question de la discrimination. »

⁸⁶⁸ C'est là une condition qui doit être satisfaite pour que l'arbitre de grief puisse avoir compétence: GAGNON, *supra*, note 846, 208: « En ce qui concerne par ailleurs la possibilité pour l'arbitre de contribuer à la protection des droits et libertés garantis par la *Charte des droits et libertés de la personne* ou d'autres textes législatifs de même nature, elle ne saurait faire de doute, dans la mesure ou le fondement de son intervention demeure la convention collective et que cette entente lui confère compétence, en termes exprès ou même implicitement, pour intervenir dans ce domaine. » (nos italiques)

⁸⁶⁹ Art. 71, al. 2(1) et 74 et suivants de la *Charte québécoise*

⁸⁷⁰ Art. 40 et suivants de la *Loi canadienne*

⁸⁷¹ Dans le cas des fonctionnaires fédéraux, il semble que ce soit même là une obligation. En effet, le droit d'un fonctionnaire fédéral de porter un grief à l'arbitrage ne lui est reconnu que « ... si aucun autre recours administratif de réparation ne lui est ouvert sous le régime d'une loi fédérale... » : *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, art. 91 et 92. Ainsi, le fonctionnaire ne pourra porter un grief de discrimination à l'arbitrage que si la *Commission canadienne des droits de la personne* l'a d'abord invité, dans l'exercice des pouvoirs discrétionnaires qui lui sont reconnus par les alinéas 41(1)a) et 44(2)a) de la *Loi canadienne*, à « ...épuiser [...] les procédures [...] de règlement des

s'engage alors est parsemée d'embûches. Outre le fait qu'il n'est pas assuré d'obtenir l'assistance du syndicat en pareilles circonstances⁸⁷², il doit composer avec des délais d'enquête désespérément longs.⁸⁷³ De plus, une fois jugée recevable, la plainte doit être soumise à un tribunal qui statue ultimement sur son bien-fondé⁸⁷⁴, après la tenue d'une audition ou toute partie intéressée peut être entendue.⁸⁷⁵ Une fois rendue, la décision finale du tribunal des droits de la personne peut généralement être portée en appel⁸⁷⁶, ce qui n'est pas non plus de nature à accélérer le règlement définitif du litige.⁸⁷⁷

griefs qui lui sont normalement ouvert[e]s »: *Canada (Procureur général) c. Boutilier*, [2000] 3 C.F. 27 (C.A.), 35 et 42 (j. Linden, par. 3 et 23) (autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée : C.S.C. n° 27690). Pour une critique de cette interprétation, voir: Ken NORMAN, « Through A Glass Darkly : Concurrent Jurisdictions in Workplace Human Rights Justice Systems », (1999) 7 *C.L.E.L.J.* 273

⁸⁷² RABIN, *supra*, note 320, 173, 203 et 205

⁸⁷³ ADELL, *supra*, note 565, 15; Madeleine CARON, « Rôle des commissions des droits de la personne: bilan et perspectives », dans TARNOPOLSKY, WHITMAN et OUELLETTE (dir.), *supra*, note 368, 76; CARTER, *supra*, note 265, 192; CHALTON et BURKE, *supra*, note 644, 43; Tania DAS GUPTA, *Racism and Paid Work*, Toronto, Garamond Press, 1996, 95; SWINTON, *supra*, note 681, 97; David MULLAN, « Tribunals and Courts – The Contemporary Terrain : Lessons from Human Rights Regimes », (1999) 24 *Queen's L.J.* 643, 646 et 654; NORMAN, *supra*, note 871, 288-289. Voir les statistiques évoquées par JOACHIM, *supra*, note 482, 115-116 (note 81). Lucie LAMARCHE, *Le régime québécois de protection et de promotion des droits de la personne*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1996, 128-129 et 207-211. Jennifer STODDART et Renée LESCOP, « Le traitement des plaintes à la Commission des droits de la personne du Québec », dans BARREAU DU QUÉBEC, *Congrès annuel du Barreau du Québec (1995)*, Montréal, Barreau du Québec, Service de la formation permanente, 1995, 61, 66, et dans le RAPPORT DU VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL DU CANADA, *Commission canadienne des droits de la personne : Comité du tribunal des droits de la personne* (chapitre 10), Ottawa, Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, septembre 1998, 10-10 à 10-15. Les tribunaux n'ont d'ailleurs pas manqué de fustiger, à leur tour, cette lenteur administrative : *Large c. Stratford (Ville)*, [1995] 3 R.C.S. 733, 753 (j. Sopinka, par. 38) ; *Commission des droits de la personne du Québec c. Bizouarn*, J.E. 96-144 (T.D.P.Q.), 13-14 (j. Sheehan); *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 2632-1661 Québec Inc.*, (1998) 31 C.H.R.R. D/481 (T.D.P.Q.), D/484 (j. Sheehan, par. 23 à 25). Incidemment, la situation ne semble guère plus reluisante aux États-Unis : Benjamin W. WOLKINSON et Victor NICHOL, « The Arbitration of Discrimination Claims In Employment Cases », (1992) 47 *Arb. J.* 20, 29

⁸⁷⁴ Art. 111 et suivants de la *Charte québécoise*; art. 53 de la *Loi canadienne*

⁸⁷⁵ Art. 116 de la *Charte québécoise*; art. 50 de la *Loi canadienne*

⁸⁷⁶ Art. 132 de la *Charte québécoise*. Notons qu'« [a]u Canada, sept lois relatives aux droits de la personne prévoient un droit d'appel... » (NADEAU, *supra*, note 865, 153-154 (note 21)), ce qui n'est toutefois pas le cas de la *Loi canadienne*. La décision du Tribunal canadien des droits de la personne n'est pas susceptible d'appel encore que la Cour fédérale, division d'appel, peut, aux termes de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. 1985, c. F-7, réviser les erreurs de droit qu'elle renferme : *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554

Quoique la procédure d'arbitrage des griefs ne soit pas non plus exempte d'atermoiements⁸⁷⁸, on la considère généralement plus expéditive.⁸⁷⁹ Au surplus, considérant l'expertise reconnue aux tribunaux d'arbitrage en matière de relations de travail, la sentence arbitrale bénéficie de la protection d'une clause privative qui la rend définitive et sans appel.⁸⁸⁰ Partant, dans la mesure où la sentence rendue porte sur une clause anti-discrimination consignée en termes exprès dans la convention collective, la partie défaite pourrait peut-être se voir contrainte d'emprunter l'étroit corridor du contrôle judiciaire et démontrer que le raisonnement arbitral est entaché d'une erreur « manifestement déraisonnable ».⁸⁸¹

⁸⁷⁷ CAMPBELL, *supra*, note 372, 22

⁸⁷⁸ ADELL, *supra*, note 861, 337 : « Great speed in grievance arbitration, it seems, is more folklore than fact... ». Dans son ouvrage, BLOUTIN, *supra*, note 177, fait d'ailleurs maintes fois allusion à « la critique » qui, note-t-il à la page 44, « s'en prend inlassablement et toujours à la lenteur, au formalisme et aux coûts de l'arbitrage. » Aux pages 105-106, il évoque notamment le fléau des « objections préliminaires » au nombre des causes qui peuvent expliquer l'allongement des délais.

⁸⁷⁹ *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, 954 et 960 (j. McLachlin, par. 46 et 60); ADELL, *supra*, note 295, 181; CAMPBELL, *supra*, note 372, 22-23; CARTER, *supra*, note 315, 15; CHALTON et BURKE, *supra*, note 644, 43; CONFÉDÉRATION DES SYNDICATS NATIONAUX, *supra*, note 845, 28; DAS GUPTA, *supra*, note 873, 93; MULLAN, *supra*, note 873, 658; NORMAN, *supra*, note 871, 292; SWINTON, *supra*, note 214, 729; SWINTON et SWAN, *supra*, note 837, 133. Voir dans le même sens : Loren K. ALLISON et Eric H. J. STAHLHUT, « Arbitration and the ADA : A Budding Partnership », (1993) 48 *Arb. J.* (no 3) 53, 57; HARPER, *supra*, note 713, 185; NOTE, *supra*, note 236, 713 (note 61); SKRAINKA, *supra*, note 861, 991

⁸⁸⁰ Art. 101 *Code du travail*; art. 58 *Code canadien du travail*. Bien que la clause privative à cet effet qui se trouvait à l'article 101 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* ait été abrogée le 1^{er} juin 1993 (*Loi modifiant la Loi sur l'emploi dans la fonction publique, la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique et d'autres lois en ce qui touche l'administration publique fédérale*, L.C. 1992, c. 54, art. 73), la norme de contrôle applicable aux sentences rendues par un arbitre désigné en vertu de cette loi fédérale demeure celle de l'erreur « manifestement déraisonnable » : *Barry c. Canada (Conseil du trésor)*, [1998] 1 C.F. F-40 (C.A.) (j. Robertson); *Teeluck c. Canada (Conseil du trésor)*, [2000] 1 C.F. F-29 (1^{ère} instance)

⁸⁸¹ *Alberta Union of Provincial Employees c. University Hospitals Board*, [1991] 2 R.C.S. 201; *Newfoundland Association of Public Employees c. Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre)*, *supra*, note 327, 17 (j. Major, par. 30); *Kirkland (Ville de) c. Syndicat des employés municipaux de la Ville de Kirkland*, *supra*, note 853, 542 (j. Lévesque). C'est surtout par respect pour l'expertise des tribunaux d'arbitrage que les tribunaux judiciaires en sont venus à adopter une norme de contrôle aussi sévère : *Syndicat canadien de la fonction publique c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, 235-236 et 242 (j. Dickson); *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la fonction publique du Canada, section locale 50057*, *supra*, note 468, 1325 (j. L'Heureux-Dubé)

Il est vrai que la Cour d'appel du Québec a rejeté ce point de vue à la faveur d'une norme de contrôle axée plutôt sur « la justesse de la décision », au motif que l'arbitre de grief n'est « pas mieux placé que les juges pour interpréter les dispositions quasi constitutionnelles portant sur les droits et libertés fondamentaux ».⁸⁸² Toutefois, pour justifier cette conclusion, la Cour ne se fonde que sur des précédents où c'est la décision d'un tribunal des droits de la personne et non une sentence arbitrale qui faisait l'objet d'un examen par les cours supérieures.⁸⁸³ Or, la nuance a manifestement son importance⁸⁸⁴:

[...] un tribunal des droits de la personne ne me paraît pas commander le même niveau de retenue qu'un arbitre. En effet, ce dernier œuvre, en vertu d'une loi, *dans un domaine fort restreint, et il est choisi par les parties pour arbitrer un différend entre elles en vertu d'une convention collective qu'elles ont volontairement signée*. En outre, la compétence d'un conseil d'arbitrage en vertu de la loi s'étend à la question de savoir si une question est arbitrable. Ce qui est tout à fait différent de la situation d'un tribunal des droits de la personne, dont la décision est imposée aux parties et qui a une incidence directe sur l'ensemble de la société relativement à ses valeurs fondamentales. [...] [Les cours de justice] doivent donc examiner les décisions du tribunal [des droits de la personne] ... du point de vue de leur justesse et non en fonction de leur caractère raisonnable.⁸⁸⁵

En outre, la Cour d'appel du Québec ne semble accorder aucun poids à la clause anti-discrimination que les parties ont volontairement intégrée dans la convention

⁸⁸² *Commission des écoles catholiques de Québec c. Gobeil*, *supra*, note 631, 1891-1892 (j. Robert). Voir dans le même sens : *Richmond c. Canada (Procureur général)*, [1997] 2 C.F. 946 (C.A.), 953 (j. Desjardins, par. 2) et 976-983 (j. Robertson, diss., par. 45 à 59) (autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée : [1997] 3 R.C.S. xiv); *O.S.S.T.F., District 34 c. Essex County Board of Education*, (1998) 164 D.L.R. (4th) 455 (C.A. Ont.), 460 et 462 (j. McKinlay)

⁸⁸³ *Commission des écoles catholiques de Québec c. Gobeil*, *id.*, 1892 (note 10)

⁸⁸⁴ Voir à ce propos: NADEAU, *supra*, note 865, 183 et suivantes

⁸⁸⁵ *Canada (Procureur général) c. Mossop*, *supra*, note 876, 585 (j. LaForest) (nos italiques). Ces propos sont endossés par une majorité de juges de la Cour : NADEAU, *id.*, 154 (note 25)

collective.⁸⁸⁶ Ce faisant, la Cour passe sous silence la seule décision de la Cour suprême du Canada où la question de l'incidence d'une telle intégration sur la norme de contrôle applicable est vraiment discutée.⁸⁸⁷ Or, la lecture attentive des dernières pages de cet arrêt montre qu'en pareil cas, la norme du caractère « manifestement déraisonnable » semble exercer un certain attrait sur la plus haute cour du pays.⁸⁸⁸ Nous reproduisons ici les passages les plus éclairants sur le sujet :

En interprétant la convention collective en l'espèce, le conseil a conclu que les parties s'étaient engagées à appliquer le Code [des droits de la personne]...

Le conseil s'est fondé sur [...] la décision *Re Sunnyside Home for the Aged and London & District Service Workers' Union, Local 220*...

Dans l'affaire *Sunnyside*, le conseil arbitral a conclu [...] que « les parties ont voulu que la clause de « non-discrimination » dans leur convention englobe le sens général et bien reconnu de la discrimination établi par le *Code des droits de la personne (1981)* » . [...]

[...]

Le conseil d'arbitrage y a conclu que l'employeur n'avait pas établi qu'une EPN d'embauche de personnes

⁸⁸⁶ Pas une seule fois la Cour d'appel ne fera mention de la clause anti-discrimination que renfermait la convention collective, laquelle prévoyait ce qui suit : « 14-3.02 La commission et le syndicat reconnaissent que toute enseignante et tout enseignant a droit à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés tels qu'ils sont affirmés dans la *Charte des droits et libertés de la personne* (L.R.Q. c. C-12). La commission convient expressément de respecter, dans ses gestes, attitudes et décisions, l'exercice par toute enseignante ou tout enseignant, en pleine égalité, de ces droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence pouvant constituer une discrimination au sens de la Charte mentionnée à l'alinéa précédent. » Dans l'affaire *Association des professeurs de Lignery c. Commission scolaire des Grandes-Seigneuries*, D.T.E. 2000T-949 (C.S.) (j. Crête, par. 42 à 44), l'on fait bien mention de cette clause mais, là encore, la Cour ne semble y reconnaître aucun effet eu égard à la norme de contrôle applicable.

⁸⁸⁷ Il s'agit de l'arrêt *Newfoundland Association of Public Employees c. Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre)*, *supra*, note 327. Il est vrai que la question s'est aussi posée dans l'arrêt *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, *supra*, note 431. Toutefois, seuls deux des neuf juges appelés à rendre jugement dans cette affaire ont exprimé une opinion sur ce point, les autres jugeant préférable de ne pas disposer de la question du fait que, selon eux, « le tribunal d'arbitrage a[vait] appliqué correctement la *Charte québécoise* » (j. Cory, 538).

⁸⁸⁸ NADEAU, *supra*, note 865, 182

de sexe féminin existait, et le grief a été accueilli. Cependant, il est évident que le conseil d'arbitrage a considéré que les parties avaient inclus, dans leur convention collective, la disposition relative à l'EPN, contenue dans le *Code des droits de la personne (1981)* de l'Ontario. Si une EPN avait existé, le grief aurait échoué. *Il s'agissait d'une interprétation de la convention collective par un tribunal expert, qui n'aurait pu faire l'objet d'un contrôle que selon la norme du caractère manifestement déraisonnable.*

Dans la présente affaire, le conseil a estimé qu'une analogie parfaite pouvait être établie entre l'affaire *Sunnyside* et le présent pourvoi, sauf qu'en l'espèce une EPN existait effectivement d'après les faits. [...]

En se fondant sur [...] l'affaire *Sunnyside*, le conseil interprétait la convention collective et non pas une loi « extérieure », de sorte qu'il a droit à ce que l'on fasse preuve de retenue à son égard. En choisissant d'interpréter la convention collective d'une manière compatible avec le Code, le conseil n'a pas agi de façon manifestement déraisonnable. [...] Cela est suffisant pour maintenir la décision du conseil.⁸⁸⁹

Somme toute, dans l'état actuel du droit, l'effet qu'une clause anti-discrimination intégrée dans une convention collective peut avoir sur la révision judiciaire des sentences arbitrales rendues en matière d'égalité demeure encore incertain. Toutefois, nous croyons que la doctrine a relevé avec justesse les enseignements qu'il faut jusqu'à maintenant tirer de la jurisprudence de la Cour suprême :

[...] l'application ou l'interprétation d'une convention collective à une situation donnée relève de la compétence et de l'expertise d'un arbitre et ce, indépendamment du fait que les dispositions invoquées ne fassent qu'incorporer ou reprendre textuellement des textes législatifs en matière de droits de la personne. La source originale de la disposition importerait peu pour déterminer la norme de contrôle applicable.⁸⁹⁰

⁸⁸⁹ *Newfoundland Association of Public Employees c. Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre)*, *supra*, note 327, 17-19 (J. Major, par. 31, 32, 34 à 37) (nos italiques)

Devant le flou jurisprudentiel régnant, les parties qui souhaitent offrir, aux sentences des arbitres qu'elles désignent, une protection accrue contre l'intervention des cours supérieures gagneraient à inclure une clause anti-discrimination dans la convention collective.⁸⁹¹ De fait, son inexistence pourrait affranchir les juges de toute velléité de retenue⁸⁹² considérant le fait qu'ils ont, en matière d'interprétation des lois, une expertise qui n'a rien à envier à celle des tribunaux d'arbitrage⁸⁹³ :

Dans la mesure où il s'agit de l'application d'une disposition de la convention collective, on imagine mal qu'une distinction puisse être établie, suivant que la disposition qu'il s'agit d'appliquer ou d'interpréter énonce une règle originale élaborée par les rédacteurs de l'entente ou en reprend une autre déjà affirmée dans une

⁸⁹⁰ NADEAU, *supra*, note 865, 183. Voir dans le même sens: *Kirkland (Ville de) c. Syndicat des employés municipaux de la Ville de Kirkland*, *supra*, note 853, 542 (j. Lévesque); Luc CHAMBERLAND, « Quel est le type de contrôle judiciaire qui doit s'exercer à l'endroit des tribunaux administratifs qui appliquent les chartes ? », dans BARREAU DU QUÉBEC, *Congrès annuel du Barreau du Québec (1997)*, Montréal, Barreau du Québec, Service de la formation permanente, 1997, 1, 12-13 : « ...lorsque des dispositions d'une loi sur les droits de la personne sont incorporées à la convention collective, la nature et la portée de cette loi sont modifiées. Le caractère contractuel et la nature spécialisée du tribunal [d'arbitrage] prévalent sur les qualités quasi constitutionnelles que possédait la loi avant son incorporation. » (nos italiques); CONTRA : TABBAKH, *supra*, note 837 (*passim*)

⁸⁹¹ *Syndicat de professionnelles et de professionnels du Gouvernement du Québec c. Lussier*, C.S. Montréal, 500-05-009124-932, 9 mai 1994, 3-4 (j. Lesyk); tacitement : ROBERT et VALLÉE, *supra*, note 566, 143

⁸⁹² C'est à dessein que nous passons sous silence l'abondante jurisprudence – dont l'analyse approfondie nécessiterait ici de trop longs développements eu égard aux fins plus modestes que nous poursuivons – où l'on a appliqué une norme de contrôle fondée sur la justesse de la sentence arbitrale dans les cas où l'arbitre de grief était appelé à interpréter non pas une disposition de la convention collective qui reprend, en tout ou en partie, les termes d'une loi, mais plutôt la loi elle-même. Sur toute cette problématique, on pourra lire avec profit: GAGNON, *supra*, note 846; NADEAU, *supra*, note 865; Jean PAQUETTE, « La compétence de l'arbitre de griefs pour interpréter et appliquer une loi : synthèse et récents développements », dans BARREAU DU QUÉBEC, Service de la formation permanente, *Récents développements en droit du travail (1996)*, vol. 78, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1996, 89. Voir également, par analogie, *T.U.A.C., section locale 1518 c. Kmart Canada Ltd.*, *supra*, note 588, 1129 (j. Cory, par. 69 et 70)

⁸⁹³ Voir entre autres : *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, 336-337 (j. Sopinka); *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756, 771 (j. L'Heureux-Dubé); *Ross c. Conseil scolaire du district no 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, 849 (j. LaForest)

loi portant sur les droits et libertés, ou fait référence à un tel texte législatif. En réalité, la seule différence qui pourrait être faite entre l'un et l'autre cas porterait sur l'étendue du contrôle judiciaire qui serait éventuellement exercé sur la décision de l'arbitre. Les tribunaux supérieurs seraient certes moins réticents à censurer la décision, par hypothèse erronée, qu'il rendrait, si elle portait sur un texte de loi protégeant les droits de la personne que si elle avait trait à la mise en œuvre d'une règle trouvant son origine dans la convention collective. Dans le premier cas ils ne seraient aucunement enclins à observer l'attitude de réserve qui leur est coutumière quand l'arbitre décide d'une question portant sur l'interprétation et l'application de la convention collective ; tandis que dans le second, ils n'interviendraient que si la décision résultait d'une interprétation déraisonnable...⁸⁹⁴

Il n'est pas impossible que l'insertion d'une clause anti-discrimination dans la convention collective entraîne, en retour, un inconvénient. Selon certains, elle pourrait avoir pour effet de priver les salariés des recours que les lois sur les droits de la personne leur garantissent contre la discrimination.⁸⁹⁵ Le raisonnement a pour ainsi dire sa source dans une véritable « politique judiciaire »⁸⁹⁶, politique selon laquelle « [...] les litiges qui résultent expressément ou implicitement de la convention collective

⁸⁹⁴ GAGNON, *supra*, note 846, 200. NADEAU, *supra*, note 865, 189-190, n'a pas manqué de souligner, à raison, la nature plutôt artificielle de la distinction ainsi faite par la Cour suprême en rappelant que la convention collective n'est souvent « que l'interface menant à l'application de dispositions législatives et de la jurisprudence pertinente en matière de droits de la personne » : « ...la convention collective, qui selon les cas reprenait ou se référait plus ou moins directement à la législation sur les droits de la personne, ne s'est avérée, somme toute, qu'un vecteur menant à l'étude et à l'application de concepts de droits de la personne de nature principalement jurisprudentiels. Soutenir, à ce titre, que la retenue judiciaire s'impose à l'égard de l'arbitre de griefs parce qu'il interprète ou applique la convention collective nous semble une généralisation qui ne résiste pas à l'analyse révélant, d'une façon plus concrète, le rôle souvent secondaire joué par la convention collective dans les sentences arbitrales impliquant des questions de droits de la personne. » (nos italiques)

⁸⁹⁵ *Centre d'hébergement et de soins de longue durée Champlain – Manoir de Verdun c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, D.T.E. 99T-53 (C.S.) (appel rejeté sur requête le 20 septembre 1999: 500-09-007442-981) (autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée : C.S.C. n° 27639); MULLAN, *supra*, note 873, 661

⁸⁹⁶ Dans l'arrêt *St-Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 219*, [1986] 1 R.C.S. 704, le juge Estey décrit cette politique en parlant, à la page 721, d'« une attitude de respect de la part des juges envers la procédure d'arbitrage. »

échappent aux tribunaux ».⁸⁹⁷ En clair, si le législateur prévoit un mécanisme obligatoire de règlement des griefs⁸⁹⁸ et que « le litige, dans son essence, relève de l'interprétation, de l'application, de l'administration ou de l'inexécution de la convention collective »⁸⁹⁹, le tribunal d'arbitrage aurait compétence exclusive pour trancher « en première instance toutes les questions résultant du litige »⁹⁰⁰, ce qui pourrait inclure celles portant sur les chartes et lois sur les droits de la personne.⁹⁰¹ La capacité de l'arbitre à disposer des griefs « de façon rapide, peu coûteuse et informelle »⁹⁰² militerait notamment contre les modèles de la « concomitance » ou du « chevauchement de compétence ».

Là encore toutefois, il nous faut composer avec les incertitudes du droit. Certes, cette politique judiciaire « s'applique, qu'il s'agisse de choisir entre un tribunal et une

⁸⁹⁷ *Weber c. Ontario Hydro*, *supra*, note 879, 957 (j. McLachlin, par. 54); *Nouveau-Brunswick c. O'Leary*, [1995] 2 R.C.S. 967, 970 (j. McLachlin, par. 6); *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 R.C.S. 360, 373 (j. Bastarache, par. 24); *Côté c. Saiano*, [1998] R.J.Q. 1965 (C.A.), 1969 (j. Deschamps); *Nadeau c. Carrefour des Jeunes de Montréal*, [1998] R.J.D.T. 1513 (C.A.), 1516-1517 (j. Zerbisias); *Donat Flamand Inc. c. Bélanger*, D.T.E. 99T-936 (C.A.). Soulignons cependant que si la convention collective pêche par omission, les tribunaux judiciaires saisis d'une action civile pourraient exceptionnellement se reconnaître compétents pour statuer sur l'allégation de discrimination parce qu'en pareil cas, « [i]l ne s'agi[rai]t pas d'un recours pour violation d'un droit créé implicitement ou explicitement par la convention collective... » ni « ...d'une question d'application ou d'interprétation de la convention collective » : *Industries James Maclaren Inc. c. Spreitzer*, (1995) 13 R.D.J. 497 (C.A.), 503-504 (j. Deschamps); *Montréal (Ville) c. Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301*, [1997] R.J.Q. 1534 (C.A.), 1539 (j. Zerbisias)

⁸⁹⁸ Ce mécanisme existe à la fois dans le *Code du travail* (art. 100) et le *Code canadien du travail* (art. 57)

⁸⁹⁹ *Weber c. Ontario Hydro*, *supra*, note 879, 957 (j. McLachlin, par. 52); *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, *supra*, note 897, 373 (j. Bastarache, par. 25)

⁹⁰⁰ *Weber c. Ontario Hydro*, *id.*, 958 (par. 55)

⁹⁰¹ *Weber c. Ontario Hydro*, *id.*; *Béliveau-St-Jacques c. Fédération des employées et employés des services publics Inc.*, *supra*, note 327, 383-390 (j. L'Heureux-Dubé, diss. en partie, par. 74 à 90); *Adam c. Produits forestiers Canadien Pacifique Ltée*, D.T.E. 94T-330 (C.A.); *Leroux c. Centre hospitalier Ste-Jeanne-d'Arc*, [1998] R.J.D.T. 554 (C.A.); *Corporation municipale de la Ville de Gaspé c. Côté*, (1996) 14 R.D.J. 142 (C.A.); *Collège Dawson c. Muzaula*, [1999] R.J.D.T. 1041 (C.A.); *Ndungidi c. Centre hospitalier Douglas*, *supra*, note 860

⁹⁰² *Weber c. Ontario Hydro*, *id.*, 960 (par. 60)

instance décisionnelle créée par la loi ou entre deux organismes créés par la loi ».⁹⁰³ Cela dit, pour certains, la reproduction, en tout ou en partie, d'une norme législative d'égalité dans l'entente patronale-syndicale ne dépossède en rien le travailleur syndiqué des recours qu'une loi sur les droits de la personne peut par ailleurs aménager à son profit.⁹⁰⁴ C'est ainsi que le Tribunal des droits de la personne du Québec conçoit les choses⁹⁰⁵, dans la foulée d'une jurisprudence antérieure à la politique judiciaire que nous venons d'évoquer.⁹⁰⁶

Comme d'autres, nous croyons que ce manque d'« intégration juridictionnelle », que traduit l'état actuel de la jurisprudence, est déplorable.⁹⁰⁷ Certes, le fait que le syndicat ne soit pas de plein droit partie devant le tribunal des droits de la personne lorsque celui-ci est appelé à statuer sur la plainte de discrimination d'un syndiqué est

⁹⁰³ *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, *supra*, note 897, 380 (j. Bastarache, par. 39)

⁹⁰⁴ *Cadillac Fairview Corp. v. Saskatchewan (Human Rights Code Board of Inquiry)*, (1999) 173 D.L.R. (4th) 609 (C.A. Sask.) (autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée : C.S.C. n° 27537); *Société Radio-Canada c. Paul*, [1999] 2 C.F. 3 (1^{ère} instance), 16-19 (j. Tremblay-Lamer, par. 38, 39, 45 et 50 à 52); *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Résidences Laurendeau, Légaré, Louvain*, [1999] R.J.Q. 2141 (T.D.P.Q.), 2147 (j. Rivet, par. 31) (requête en révision judiciaire rejetée : *Résidences Laurendeau, Légaré, Louvain c. Tribunal des droits de la personne*, [2000] R.J.Q. 888 (C.S.)) (en appel : 500-09-009294-000); *Centre hospitalier de l'Université de Montréal c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, [2000] R.J.Q. 1168 (C.S.); NORMAN, *supra*, note 871, 284-287

⁹⁰⁵ *Commission des droits de la personne du Québec c. Ville d'Aylmer*, [1993] R.J.Q. 333 (T.D.P.Q.); *Voltaire c. Commission scolaire Chomedey-de-Laval*, [1993] R.J.Q. 340 (T.D.P.Q.); *Poliquin c. Collège de Victoriaville*, [1993] R.J.Q. 350 (T.D.P.Q.); *Karas c. Commission scolaire Kativik*, *supra*, note 839; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Centre hospitalier régional de Lanaudière*, [1999] R.J.Q. 903 (T.D.P.Q.); *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Résidences Laurendeau, Légaré, Louvain*, *id.*; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. La Personnelle vie, corporation d'assurance*, D.T.E. 2000T-241 (T.D.P.Q.); *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Centre hospitalier Hôtel-Dieu de Sorel*, D.T.E. 2000T-782 (T.D.P.Q.); *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Québec (Procureur générale)*, T.D.P.Q. Montréal, 500-53-000130-003, 13 septembre 2000 (j. Rivet)

⁹⁰⁶ *Québec Poultry Ltée c. Commission des droits de la personne du Québec*, *supra*, note 565; *Ateliers d'ingénierie Dominion Ltée c. Commission des droits de la personne du Québec*, *supra*, note 327

⁹⁰⁷ CÔTÉ (1985), *supra*, note 318, 273. Voir également: MAHONEY, *supra*, note 108, 12; CONTRA : NORMAN, *supra*, note 871, 292

préoccupant.⁹⁰⁸ Mais il y a plus : le « magasinage de forums », la multiplication des objections préliminaires et le gaspillage de ressources que la situation actuelle favorise, l'apparente indifférence que tribunaux d'arbitrage et tribunaux des droits de la personne semblent se témoigner⁹⁰⁹ et l'incertitude juridique qui en résulte, forcément, ne nous apparaissent pas de nature à servir les droits fondamentaux et les fins de la justice. Que la chose n'ait pas retenu l'attention des élus encore à ce jour demeure tout simplement inexplicable.⁹¹⁰

Quoi qu'il en soit, pour l'heure, l'insertion d'une clause anti-discrimination dans la convention collective se révèle avantageuse à bien des égards pour le salarié : d'abord utile à des fins interprétatives en ce qu'elle témoigne d'un engagement formel des parties à observer le principe d'égalité, elle peut aussi affermir voire accroître la protection contre la discrimination aménagée par les chartes et lois sur les droits de la personne tout en offrant par surcroît à la victime de discrimination un forum additionnel où le litige peut être résolu, généralement de manière définitive, dans des délais plus acceptables.⁹¹¹

Doit-on inférer de ce constat une *obligation* de l'agent négociateur syndical de proposer puis de défendre, lors des pourparlers avec l'employeur, l'inclusion d'une telle

⁹⁰⁸ Faut-il rappeler, à titre d'exemple, que l'efficacité d'une mesure d'accommodement jugée nécessaire pour rétablir l'égalité, en milieu de travail syndiqué, peut être sérieusement compromise sans la collaboration de l'association de salariés: LYNK, *supra*, note 673, 245; NORMAN, *id.*, 292-294. Cela étant, comme le syndicat est de plein droit « partie » devant l'arbitre de grief, il n'est donc pas étonnant que son premier réflexe lorsqu'un problème de discrimination survient soit de recourir à la procédure d'arbitrage : ROBERT et VALLÉE, *supra*, note 566, 131 et 145

⁹⁰⁹ Sari L. SPRINGER, « Accommodation in the Context of Collective Agreements », dans INSIGHT CONFERENCES, *supra*, note 644, 183, 193-194

⁹¹⁰ SWINTON et SWAN, *supra*, note 837, 113 : « To ignore such questions is to leave parties with the possibility of conflicting conclusions from different decision-making bodies, costly legal fees, and inconvenience. »

⁹¹¹ NORMAN, *supra*, note 871, 288; TCA-CANADA, *False Solutions, Growing Protests : Recapturing the Agenda*, Report to the 1996 National Collective Bargaining and Political Action Convention, Toronto, 4 au 7 juin 1996, 81 : « These “no discrimination” clauses are becoming more important than they ever were. With recent cutbacks to federal and provincial human rights commissions, and in light of the refusal of some provincial human rights commissions to process complaints when a worker is represented by a union, we need to take a fresh look at the language in our agreements. We need to make sure these clauses are updated... »

disposition dans le contrat collectif de travail ? On cherche en vain un commandement en ce sens dans les précédents, qu'ils soient d'origine judiciaire ou arbitrale. Le langage employé témoigne invariablement de la latitude que l'on souhaite réserver aux parties dans le choix des revendications auxquelles il convient de donner priorité à la table des négociations; certes, l'on reconnaît au syndicat le « pouvoir » ou la « faculté » de négocier une clause plus généreuse, dans sa portée, que les dispositions des chartes et lois sur les droits de la personne⁹¹² mais jamais n'est-on allé jusqu'à l'y astreindre.

Pourtant, l'association accréditée aurait tort de voir dans cette discrétion qui lui est laissée une licence d'indifférence au sort des femmes ou des minorités. Un syndicat, nous l'avons vu⁹¹³, peut encourir une responsabilité pour son manquement à exercer des pressions à la table de négociation pour faire cesser la discrimination originant de l'employeur.⁹¹⁴ D'ailleurs, la jurisprudence américaine a déjà reconnu que le défaut du syndicat de négocier une clause anti-discrimination peut constituer un indice de sa passivité face aux pratiques discriminatoires patronales et engager ainsi sa responsabilité.⁹¹⁵

Il va de soi qu'il ne peut s'agir là que d'un indice ou, en d'autres termes, d'un facteur atténuant parmi d'autres.⁹¹⁶ Au même titre que la présence d'une telle clause dans l'accord collectif n'offre pas la garantie que le syndicat modèlera sa conduite sur le principe qu'elle promeut⁹¹⁷, le silence de la convention à cet égard n'est pas forcément le gage que les représentants syndicaux méprisent les droits à l'égalité des salariés.

⁹¹² *Newfoundland Association of Public Employees c. Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre)*, *supra*, note 327. 15, où la Cour affirme « ...que les parties *devraient pouvoir* négocier une plus grande protection contre la discrimination ... », qu'elles ont « [l]a *faculté* de le faire... » (j. Major, par. 23) (nos italiques)

⁹¹³ *Supra*, notes 818 à 827, et les développements qui y correspondent.

⁹¹⁴ MALIN et SCHMALL, *supra*, note 483. 412

⁹¹⁵ *Macklin v. Spector Freight Systems*, 478 F.2d 979 (D.C. Cir. 1973), 989 (j. Wright) (cert. denied : 467 U.S. 1251)

⁹¹⁶ HODGES, *supra*, note 299. 584

Après tout, faut-il le rappeler, l'association accréditée n'a pas l'entier contrôle du processus de négociation.

Partant, le syndicat à qui l'on reproche son inaction dans la lutte contre la discrimination régnant sur les lieux de travail pourrait démontrer qu'il a bel et bien tenté de sensibiliser l'employeur à la question, *notamment* en revendiquant une clause anti-discrimination au bénéfice des salariés. Dans la mesure où l'agent négociateur syndical parvient à établir qu'il a déployé des efforts sincères⁹¹⁸, soutenus et fait preuve d'un certain acharnement en ce sens⁹¹⁹ mais qu'il a rencontré, chez son interlocuteur patronal, des résistances indéfectibles, sa part de responsabilité pourrait être de moindre importance.⁹²⁰

En définitive, sans être une obligation formelle, la négociation d'une clause anti-discrimination offre suffisamment d'avantages aux salariés et à leurs associations pour que le mouvement syndical se fasse un véritable *devoir* d'en revendiquer l'incorporation au texte de la convention collective.⁹²¹

⁹¹⁷ Voir, à titre d'exemple, *Goodman v. Lukens Steel Co.*, 482 U.S. 656 (1987)

⁹¹⁸ Voir par analogie : *Spreitzer c. Industries James MacLaren Inc. (Division forestière)*, *supra*, note 820, 3042 (J. Major); HODGES, *supra*, note 299, 583-584: « ...the efforts test, properly applied, has the virtue of encouraging unions to police agreements for provisions that might have a discriminatory impact, to place their negotiating strength behind elimination of discrimination, and to attempt to convince their membership to support the rights of the [minority]. »; Claude TARDIF, « Les conséquences en droit québécois de l'arrêt *Gibbs c. Battlefords and District Co-operative Ltd* de la Cour suprême du Canada pour les parties à une convention collective de travail », dans BARREAU DU QUÉBEC, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit du travail (1997)*, vol. 88, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1997, 217 : « Il faudra, à notre avis, si l'on veut rechercher la responsabilité du syndicat, tenir compte de la réalité du milieu, du rôle du syndicat et des efforts qu'il a faits pour empêcher la discrimination. » (nos italiques)

⁹¹⁹ On verra dans ces termes un écho aux propos que tenait la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Central Okanagan School District no. 23 c. Renaud*, *supra*, note 521, 984: « Il faut *plus que de simples efforts négligeables* pour remplir l'obligation d'accommodement. » (J. Sopinka) (nos italiques)

⁹²⁰ Voir, par analogie, *Thomson v. Fleetwood Ambulance Service*, (1995) 96 C.L.L.C. 145,054 [§230-007] (O.H.R.B.I.), 145,069 (commissaire K. Laird)

⁹²¹ C'est d'ailleurs sans surprise que le Congrès du travail du Canada propose à ses constituantes « ...de négocier des clauses anti-discriminatoires dans la convention collective... »: CONGRÈS DU TRAVAIL DU CANADA, *supra*, note 409, 15

Section 2 – L'administration de la convention collective

Si les chartes et lois sur les droits de la personne s'immiscent progressivement dans la salle des négociations patronales-syndicales, il n'en demeure pas moins que c'est derrière des portes closes que se déroulent les pourparlers. Pour le salarié qui présente une caractéristique qui le fait tomber dans l'engence visée par les normes d'égalité, il devient dès lors très difficile de savoir, en temps utile, que l'on est en train de sacrifier ses droits sur la table des concessions.

C'est souvent en prenant connaissance du projet de convention collective présenté au cours d'une assemblée syndicale qu'il pourra mesurer l'ampleur du préjudice lui résultant, le cas échéant, des conditions de travail négociées par les parties. Dans l'hypothèse où il n'est pas membre en règle de l'association accréditée, il pourrait même ne prendre connaissance de cette convention qu'une fois entérinée par le vote d'une majorité de ses collègues.

À l'évidence, le devoir syndical de juste représentation, de même que le droit à la non-discrimination et l'obligation d'accommodement qu'il emporte, ne prennent pas fin avec l'entrée en vigueur de cette convention collective. En fait, l'un et l'autre s'appliqueraient avec un peu plus de rigueur une fois que l'association syndicale passe à la mise en œuvre de l'entente qu'elle a souscrite.

Alors qu'ils se montrent soucieux de préserver la marge de manoeuvre des négociateurs syndicaux, les tribunaux peuvent changer d'attitude quand vient le moment d'apprécier, *a posteriori*, la conformité, au principe d'égalité, des décisions syndicales fondées sur les dispositions négociées. Le contrôle se fait alors plus strict du fait que le juge n'a plus, à ce stade, à statuer sur le bien-fondé de vagues attentes du salarié quant à l'issue possible des négociations mais plutôt à analyser la demande en fonction du

résultat tangible de celles-ci.⁹²² En clair, infiniment récalcitrants à s'immiscer dans le processus complexe de la négociation des conditions de travail, les tribunaux vouent au « syndicat-législateur » un respect qui se traduit par une certaine retenue dont le « syndicat-administrateur », lui, bénéficie peu.⁹²³

Titulaire d'un monopole exclusif de représentation des salariés, le syndicat fait office de gardien de la convention collective. C'est d'abord à lui que revient la tâche d'arbitrer les réclamations fondées sur le texte qu'il a négocié. Cette tâche se révèle d'autant plus délicate qu'il doit, d'une part, constamment soupeser les intérêts *individuels* du salarié qui s'estime lésé et les intérêts *collectifs* du groupe. D'autre part, il doit composer avec des ressources financières qui fondent⁹²⁴ sous l'effet de la baisse des taux de syndicalisation et des pertes d'emplois syndiqués résultant des politiques privées et publiques de rationalisation.

Cela étant, le salarié qui se dit victime de discrimination peut se voir opposer au moins deux fins de non-recevoir de la part de son association. Premièrement, celle-ci pourra prétendre que par l'exercice légitime de son monopole de représentation au profit de l'ensemble des salariés, elle a renoncé à faire valoir le droit qu'il revendique. Deuxièmement, elle pourra soutenir qu'il n'est pas dans l'intérêt de la majorité des membres de l'unité syndicale de défendre le principe qu'il invoque, le privant ainsi de l'accès au tribunal d'arbitrage.

A) La renonciation aux droits : une prérogative du salarié ?

L'exclusivité de représentation des salariés conférée au syndicat emporte-t-elle la faculté, pour lui, de renoncer en leur nom au droit d'être traité sans discrimination ? Analysée sous l'angle du devoir syndical de juste représentation, la question reçoit une

⁹²² LEFFLER, *supra*, note 482, 63-64; Karen L. PECK, « Union Liability Under the Age Discrimination in Employment Act », (1989) 56 *U. Chi. L. Rev.* 1087, 1102-1103

⁹²³ MALIN, *supra*, note 220, 171; SUMMERS, *supra*, note 483, 64

réponse affirmative. De fait, dans la mesure où la norme contractuelle, l'exigence ou la pratique avalisée par le syndicat et dont on allègue le caractère discriminatoire apparaît justifiée du fait qu'elle ne poursuit pas une fin « arbitraire » ou « irrationnelle », le salarié se trouve en quelque sorte contraint de s'y plier et de renoncer à la contester.

Qu'en est-il si l'on envisage cette fois la question dans la perspective d'une violation des droits à l'égalité garantis par les chartes et lois sur les droits de la personne ? On a pendant un temps cru qu'une réponse négative s'imposait, sans plus. Après tout, la Cour suprême du Canada n'avait-elle pas affirmé, sans plus de nuance, qu'en raison de leur caractère d'ordre public, « on ne saurait déroger par contrat privé » aux lois de cette nature.⁹²⁵ Applicable aux termes mêmes des conventions collectives, cet énoncé ne traduisait-il pas un principe également valable pour toute décision préjudiciable à un employé, qu'elle soit prise conjointement par les parties à la convention collective ou seulement par l'une d'elles ?

Les précisions attendues allaient provenir de l'arrêt *Dickason c. Université de l'Alberta*.⁹²⁶ La Cour était appelée une fois de plus à statuer sur la légalité d'une disposition d'une convention collective fixant à soixante-cinq ans l'âge de la retraite obligatoire des membres du personnel enseignant de l'institution universitaire. Se posait, en filigrane, la question de savoir si l'acceptation de cette clause, par le syndicat, pouvait constituer une renonciation valable et donc opposable à l'enseignante sexagénaire qui en demandait l'annulation en vertu de la loi albertaine sur les droits de la personne. La Cour concluait par l'affirmative non sans avoir posé certaines conditions pour que cette renonciation soit jugée effective.

⁹²⁴ FONTAINE, *supra*, note 54, 21-22; George C. B. SMITH, « Change to Remain Relevant », *Options politiques*, vol. 16, n° 8, octobre 1995, 28

⁹²⁵ *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, *supra*, note 558, 154 (J. McIntyre). Voir également les autres arrêts cités au même effet, *supra*, note 839

⁹²⁶ *Supra*, note 210

Réduisant au rang de « règle générale » l'énoncé selon lequel « les parties ne peuvent renoncer par contrat à l'application d'une loi sur les droits de la personne »⁹²⁷, la Cour convenait de certaines exceptions susceptibles de valider une éventuelle renonciation. D'abord, le pouvoir de négociation dont dispose chacune des parties ne doit pas être disproportionné au point que l'entente élaborée par elles apparaisse inéquitable.⁹²⁸ Dans un arrêt subséquent, la Cour s'expliquait plus amplement sur les raisons justifiant cette exigence :

Il arrive souvent que les lois sur les droits de la personne portent sur des situations où il se peut que les parties n'aient pas le même pouvoir de négociation. En interdisant de se soustraire par contrat à l'application de la loi, les tribunaux ont *empêché l'exploitation de l'inégalité du pouvoir de négociation*. S'il était permis aux parties de se soustraire par contrat à l'application d'une loi, celles qui n'ont aucun pouvoir de négociation *risqueraient d'être contraintes ou forcées de renoncer aux droits que leur confèrent les lois sur les droits de la personne*.⁹²⁹

Ensuite et plus important encore, l'accord doit être conclu « dans le meilleur intérêt de tous [les] membres » de l'unité syndicale et non « aux dépens de la minorité » :

Une convention collective peut [...] fort bien démontrer le caractère raisonnable d'une pratique qui, de prime abord, semble discriminatoire. Il faut cependant prendre certaines précautions. Il faudrait par exemple démontrer que la convention collective a été *négociée librement* par des parties ayant un pouvoir de négociation *relativement égal*. Il faudrait prouver que la convention n'est pas *injustement discriminatoire envers des minorités*. Essentiellement, la convention elle-même doit témoigner d'une *équité inhérente*.⁹³⁰

⁹²⁷ *Id.*, 1130 (j. Cory) et 1167 (j. L'Heureux-Dubé, diss.)

⁹²⁸ *Ibid.* (j. Cory)

⁹²⁹ *Newfoundland Association of Public Employees c. Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre)*, *supra*, note 327, 14 (j. Major, par. 21) (nos italiques)

⁹³⁰ *Dickason c. Université de l'Alberta*, *supra*, note 210, 1131 (j. Cory) (nos italiques)

Enfin, la discrimination engendrée par l'entente intervenue entre les parties doit pouvoir se justifier, ce qui requiert la démonstration qu'elle est « raisonnablement nécessaire à l'exécution des fonctions reliées à un emploi donné ou à des objectifs professionnels légitimes »⁹³¹ ou encore qu'il est « à toutes fins utiles impossible de trouver un accommodement satisfaisant pour les employés indirectement pénalisés ou exclus par une disposition de la convention collective ».⁹³²

À la lumière de ces exceptions, force est de constater qu'en vérité, un syndicat peut, au nom des salariés qu'il représente, accepter certaines restrictions à leur protection contre la discrimination pourvu qu'il puisse établir, conformément aux exigences strictes posées par la jurisprudence développée en application des chartes et lois sur les droits de la personne, une justification raisonnable pour ce faire.⁹³³ Toutefois, s'il peut consentir à *restreindre* cette protection, le syndicat ne devrait pas pouvoir y *renoncer* complètement.⁹³⁴ Le fait pour un salarié d'adhérer à un syndicat n'emporte pas une renonciation à ses droits fondamentaux.⁹³⁵

C'est dire les limites que posent les chartes et lois sur les droits de la personne aux associations accréditées. Sans doute conscient de ce fait, le syndicat en cause dans l'affaire *The Gazette c. Parent*⁹³⁶ avait bien pris soin de faire signer, par chacun des

⁹³¹ PROULX, *supra*, note 461, 186, lequel réfère aux articles 20 de la *Charte québécoise*, 15 de la *Loi canadienne* et 1 de la *Charte canadienne*

⁹³² *Id.*, 188-189. Voir dans le même sens : MORIN et BRIÈRE, *supra*, note 48, 320 (par. II-133)

⁹³³ PROULX, *id.*, 193 et 195. Voir au même effet: *Douglas Kwantlen Faculty Association c. Douglas College*, *supra*, note 585, 586: « Il se peut que l'âge soit une *justification rationnelle* d'une convention qui écarterait certains droits et qui pourrait donner lieu aux moyens de défense de renonciation ou d'irrecevabilité ou encore que l'âge puisse constituer *dans certaines circonstances une limite raisonnable* en vertu de l'article premier. » (j. LaForest) (nos italiques)

⁹³⁴ Cette distinction entre « restriction » et « renonciation », qui semble avoir échappé à la plus haute cour canadienne, a bien été tracée par la doctrine: PROULX, *id.*, 193-195

⁹³⁵ *Dufour c. Syndicat des employées et employés du centre d'accueil Pierre-Joseph Triest (C.S.N.)*, [1999] R.J.Q. 2674 (C.S.), 2693 (j. Richer)

salariés, l'entente par laquelle l'employeur consentait à troquer une garantie d'emploi pour tout typographe âgé de soixante-cinq ans et moins en retour d'une mise à la retraite obligatoire une fois franchi le mitan de sa septième décennie. On se rappellera que parmi les deux cent typographes intéressés, seul le demandeur et trois de ses compagnons de travail avaient refusé d'apposer leur signature au pied de l'entente patronale-syndicale.⁹³⁷

Épousant un raisonnement caractéristique au monde des rapports collectifs de travail, la Cour d'appel du Québec jugeait que le syndicat, à titre de détenteur du monopole de la représentation des membres de l'unité de négociation, pouvait valablement renoncer au droit du demandeur à la non-discrimination fondée sur l'âge, sans égard à son refus de signer l'entente favorable à la très grande majorité de ses collègues. Jugeant raisonnable le *but* du compromis proposé, la Cour n'y trouvait rien à redire malgré l'*effet* préjudiciable qu'il pouvait par ailleurs avoir sur la minorité de typographes plus âgés.

Pourtant, l'application des critères de l'arrêt *Dickason* montre qu'une analyse axée plutôt sur les droits de la personne n'aurait pas permis au syndicat de s'en tirer aussi aisément. À supposer que le pouvoir de négociation des deux parties ait été relativement égal, l'entente négociée avait néanmoins un effet discriminatoire plus considérable sur quelques-uns des salariés qu'elle liait. Au surplus, la mise à la retraite obligatoire de tout typographe âgé de plus de soixante-cinq ans ne pouvait assurément pas être qualifiée d'« exigence professionnelle justifiée » : toute tentative syndicale visant à faire cette démonstration aurait, croyons-nous, été vouée à l'échec.

D'aucuns soutiennent qu'une renonciation serait acceptable dans l'hypothèse où le syndicat parvenait à démontrer que les salariés susceptibles d'être lésés :

- ont été dûment informés de leurs droits ;

⁹³⁶ *Supra*, note 327

⁹³⁷ *Id.*, 628 (J. Rothman)

- avaient pleinement conscience des conséquences d'une renonciation à ces droits ;
- ont renoncé à ces mêmes droits dans l'intérêt de leurs collègues.⁹³⁸

Ce point de vue appelle quelques commentaires. Il est vrai que les tribunaux ont reconnu la possibilité de renoncer à certains droits et libertés fondamentaux dans la mesure où cette renonciation est non équivoque⁹³⁹, éclairée⁹⁴⁰, libre⁹⁴¹ et volontaire.⁹⁴² On a par exemple admis qu'une personne pouvait valablement renoncer au droit à la sauvegarde de sa vie privée et au respect du secret professionnel⁹⁴³ ou encore à ses droits procéduraux en matière criminelle.⁹⁴⁴

⁹³⁸ CHAPLIN, *supra*, note 812, 434

⁹³⁹ Une renonciation aux droits et libertés fondamentaux ne saurait se présumer : *D.(J.L.) c. l'allée*, [1996] R.J.Q. 2480 (C.A.), 2482 (*per curiam*); *Syndicat des travailleuses et travailleurs de Bridgestone/Firestone de Joliette (C.S.N.) c. Trudeau*, [1999] R.J.D.T. 1075 (C.A.), 1088 (j. LeBel); *St-Alban (Municipalité de) c. Récupération Portneuf Inc.*, [1999] R.J.Q. 2268 (C.A.), 2271 (j. LeBel); *Karas c. Commission scolaire Kativik*, *supra*, note 839, 721 et 724 (j. Rivet); Gaston NADEAU, « L'incidence des Chartes canadienne et québécoise sur les contrôles obligatoires en milieu de travail », dans Conférences Commémoratives MEREDITH 1988, *Le contrat de travail : problèmes et perspectives*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1989, 42

⁹⁴⁰ *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, 192 (j. Lamer)

⁹⁴¹ *Godbout c. Longueuil (Ville)*, *supra*, note 419, 896 : « Il est de la nature de la renonciation qu'elle soit exprimée librement pour être valable. » (j. LaForest, par. 72) ; *Atalla c. Québec (Procureur général)*, [1997] R.J.Q. 2376 (C.A.), 2381 (j. Nuss)

⁹⁴² *R. c. Richard*, [1996] 3 R.C.S. 525, 543-545 (j. LaForest, par. 28-30) ; MORIN et BRIÈRE, *supra*, note 48, 316 (par. II-130) et 422 (par. III-104)

⁹⁴³ *Frenette c. Métropolitaine(La), Compagnie d'assurance-vie*, *supra*, note 564, 673-674 (j. L'Heureux-Dubé)

⁹⁴⁴ LAJOIE, *supra*, note 117, 38. C'est le cas du droit d'être jugé dans un délai raisonnable : *Mills c. R.*, [1986] 1 R.C.S. 863 ; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588 ; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771 ; *Parant c. R.*, (1992) R.L. 194 (C.A.), du droit à l'assistance d'un avocat : *Clarkson c. R.*, [1986] 1 R.C.S. 383, 394-396 (j. Wilson) ; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, 1243-1244 (j. Lamer) ; *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869, 893 (j. McLachlin) ; *R. c. Bartle*, *supra*, note 940, du droit à un procès par jury : *R. c. Lee*, [1989] 2 R.C.S. 1384, et des droits à la présomption d'innocence et à un procès public et équitable instruit par un juge indépendant et impartial : *R. c. Richard*, *supra*, note 942, 540 et suivantes (j. LaForest)

Qu'en est-il du droit à l'égalité ? Infiniment complexe, la question appellera presque invariablement une réponse négative selon nous. On imagine en effet sans peine le coup fatal qui pourrait être porté à la protection contre la discrimination si le travailleur, noir ou handicapé par exemple, pouvait, à titre individuel, légalement renoncer à son droit d'obtenir des conditions de travail non discriminatoires dans l'espoir d'obtenir un emploi ou de la conserver. C'est tout le régime constitutionnel et législatif mis en place pour assurer l'égalité au travail qui risquerait de s'écrouler si pareille renonciation était jugée valable : la dignité humaine doit, sans contredit, demeurer inaliénable.⁹⁴⁵

Mais alors, rétorquera-t-on, puisque c'est justement cette même « dignité humaine » qui « sous-tend tous les droits garantis » par les chartes et lois sur les droits de la personne⁹⁴⁶, comment les tribunaux ont-ils bien pu conclure, en d'autres cas, à la légalité de la renonciation à certains de ces droits ? Légitime, l'interrogation trouve peut-être une réponse dans la nature des droits en cause⁹⁴⁷ :

[...] certains droits individuels particip[e]nt *directement* du principe de la dignité humaine en ce qu'ils se veulent affirmatifs du statut d'égalité *de tout être humain*, tandis que d'autres droits participent plutôt de l'autonomie morale et physique de la personne en ce qu'ils lui reconnaissent certains pouvoirs de choix, d'auto-détermination.

C'est ainsi que les dispositions protégeant le droit de toute personne à l'égalité, constitueraient des dispositions d'ordre public auxquelles on ne peut renoncer, *parce qu'adoptées dans l'intérêt général de la société*, alors que le droit au respect de la vie privée constituerait par ailleurs une disposition d'ordre public « social » de

⁹⁴⁵ LAJOIE, *id.*, 39; MARLEAU, *supra*, note 449, 160; MORIN et BRIÈRE, *supra*, note 48, 315 (par. II-130); PROULX, *supra*, note 461, 182 et 195

⁹⁴⁶ C'est bien ce qu'affirme la Cour suprême dans l'arrêt *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, *supra*, note 448, 1167 et 1179 (j. Cory, par. 86 et 120). Voir dans le même sens : Henri LAMOUREUX, *Le citoyen responsable : l'éthique de l'engagement social*, Montréal, vlb éditeur, 1996, 68

⁹⁴⁷ *R. c. Richard*, *supra*, note 942, 540-541 (j. LaForest, par. 22). Voir, par analogie, *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, *supra*, note 349, 540 (j. Iacobucci, par. 74)

*protection parce que sa portée est limitée à assurer la protection du seul intérêt des individus qui en bénéficient.*⁹⁴⁸

Soulignons cependant que dans une affaire récente, l'on semble avoir reconnu la possibilité de renoncer, en certaines circonstances du moins, au droit à la non-discrimination fondée sur l'âge.⁹⁴⁹ Rappelons brièvement les faits. Aux prises avec des difficultés sérieuses attribuables à une vive concurrence internationale, la *Compagnie minière Québec-Cartier* procède à une rationalisation importante de ses ressources humaines à la fin des années quatre-vingt. Dans le cadre de cette restructuration, elle regroupe les tâches exécutées jusque-là par trois salariés pour les confier à seulement deux d'entre eux, le troisième étant invité à quitter l'entreprise.

Bien « qu'il ne désire pas partir » et « qu'il veut continuer à travailler »⁹⁵⁰, le salarié évincé, qui incidemment est plus âgé que les deux collègues qui se partageront dorénavant ses fonctions, « n'a pas le choix de rester ou partir [...] mais il a le choix entre recevoir une indemnité de licenciement ou aller à la retraite et obtenir une rente anticipée spéciale ».⁹⁵¹ Il optera finalement pour l'allocation de retraite.

Cinq mois plus tard, il porte une plainte de discrimination fondée sur l'âge à la Commission des droits de la personne, laquelle accepte, après enquête, de prendre fait et cause pour lui devant le Tribunal des droits de la personne. Concluant au bien-fondé de la demande⁹⁵², le Tribunal est subséquemment rabroué par la Cour d'appel qui juge, à

⁹⁴⁸ MARLEAU, *supra*, note 449, 164-165 (nos italiques). Voir au même effet: LAJOIE, *supra*, note 117, 39-40. On conviendra que la distinction au cœur du premier paragraphe de l'extrait reproduit ici ne ressort pas clairement de la jurisprudence de la plus haute cour du pays, laquelle regroupe un peu confusément, sous le thème de la « dignité humaine », « la garantie d'égalité », « l'autonomie personnelle », « l'autodétermination » et « l'intégrité physique et psychologique »: *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, *id.*, 530 (j. Iacobucci, par. 53)

⁹⁴⁹ *Compagnie minière Québec-Cartier c. Commission des droits de la personne du Québec*, *supra*, note 628

⁹⁵⁰ *Id.*, 7 (j. Beaugrand)

⁹⁵¹ *Id.*, 10

l'unanimité, que la preuve présentée n'étaye pas les conclusions tirées en première instance.

Seul à s'exprimer explicitement sur la question de la renonciation aux droits et libertés, le juge Beauregard affirme, en *obiter*, que l'employeur aurait pu opposer au salarié une fin de non-recevoir fondée sur ce moyen :

Il est certain que la prohibition de la discrimination à cause de l'âge est une disposition d'ordre public à laquelle on ne peut renoncer à l'avance. Cependant, un employé qu'on invite à aller à la retraite avec les avantages que cela comporte renonce à sa réclamation s'il accepte ces avantages. [...]

Je suis d'avis que [le salarié] ne pouvait pas jouer sur les deux tableaux et qu'ayant accepté en toute connaissance de cause et après mûre réflexion la rente anticipée spéciale, il renonçait à faire valoir les droits qu'il aurait eus s'il avait refusé cette rente anticipée spéciale. [...] Il est vrai que le salarié n'a pas expressément donné une quittance à [l'employeur], mais l'acceptation de la rente anticipée spéciale niait par le fait même l'existence d'une réclamation pour cause de licenciement illégal.⁹⁵³

Ces propos laissent perplexes à bien des égards. Si l'on ne peut renoncer au droit à l'égalité « à l'avance » – entendant vraisemblablement par là « au stade de l'embauche » ou « avant que la résiliation du contrat de travail ne soit effective »⁹⁵⁴ –, pourquoi une telle renonciation serait-elle possible en cours d'emploi ou au moment d'y mettre fin ?

⁹⁵² *Commission des droits de la personne du Québec c. Compagnie minière Québec-Cartier*, [1994] R.J.Q. 2729 (T.D.P.Q.)

⁹⁵³ *Compagnie minière Québec-Cartier c. Commission des droits de la personne du Québec*, *supra*, note 628, 57-58 (J. Beauregard). NADEAU, *supra*, note 939, 42, semble du même avis en soutenant que la renonciation à un droit fondamental est possible si elle est « clairement attachée à l'obtention d'un bénéfice » et que l'employé se prévaut de ce bénéfice.

⁹⁵⁴ Marie-France BICH, « Contrat de travail et Code civil du Québec – Rétrospective, perspectives et attentes », dans BARREAU DU QUÉBEC, *supra*, note 892, 263

La *Charte québécoise* ne vise-t-elle pas chacune de ces étapes de la relation d'emploi⁹⁵⁵ ?

En outre, à partir du moment où le salarié quitte l'entreprise contre son gré, peut-on raisonnablement conclure à une renonciation « libre et volontaire » de sa part ? N'est-il pas plutôt dans une position où il n'a tout simplement pas de choix véritable et où son pouvoir de négociation est fortement diminué sinon inexistant⁹⁵⁶ ? S'il ne donne pas formellement quittance à l'employeur, peut-on présumer, sans plus, sa renonciation en l'absence de signes manifestes de sa part traduisant clairement, et de manière non équivoque⁹⁵⁷, son intention d'abandonner son droit à l'égalité ?

Au surplus, si l'indemnité maximale que l'employeur se montre disposé à offrir s'avère néanmoins insuffisante pour réparer intégralement le préjudice subi, doit-on pour autant nier le droit du salarié de s'adresser aux tribunaux pour réclamer la différence à laquelle il peut avoir droit⁹⁵⁸ ? Autant d'interrogations qui ne sauraient trouver de réponses satisfaisantes dans ce simple *obiter* émanant, par surcroît, d'une affaire où l'on juge qu'il n'y a pas la moindre trace d'acte discriminatoire.

Cela étant, considérant que la discrimination au travail se manifeste souvent de manière insidieuse et plutôt subtile, la prudence nous dicte de ne pas établir une règle absolue par laquelle toute renonciation au droit à l'égalité serait *ipso facto* frappée d'illégalité. Après tout, quand l'imagination montre ses limites, la réalité se charge fréquemment de

⁹⁵⁵ *Supra.* notes 624 à 627, et les développements qui y correspondent.

⁹⁵⁶ La Cour suprême du Canada souligne bien que « la possibilité de négocier » est une condition importante pour qu'une renonciation soit valable: *Godbout c. Longueuil (Ville)*, *supra.* note 419, 896 (j. LaForest, par. 72)

⁹⁵⁷ *Syndicat des travailleuses et travailleurs de Bridgestone Firestone de Joliette (C.S.N.) c. Trudeau*, *supra.* note 939, 1088 (j. LeBel)

⁹⁵⁸ D'ailleurs, l'article 2092 du *Code civil du Québec* prévoit que « [l]e salarié ne peut renoncer au droit qu'il a d'obtenir une indemnité en réparation du préjudice qu'il subit, lorsque le délai de congé est insuffisant ou que la résiliation est faite de manière abusive. » L'article 2632 ajoute même qu'« on ne peut transiger [...] sur les [...] questions qui intéressent l'ordre public. » L'on doit toutefois

les franchir. Néanmoins, nous sommes d'avis que la renonciation *individuelle* au droit à l'égalité ne devrait être autorisée qu'en de très rares circonstances.⁹⁵⁹ Les cas où le préjudice résultant de la renonciation excède, en fait, le bénéfice que le salarié en retire devraient être l'objet d'une attention toute particulière des tribunaux.

Du reste, en dehors du cadre très restreint délimité par l'arrêt *Dickason*, le droit à l'égalité, droit individuel avant tout, ne devrait pas pouvoir être l'objet d'une renonciation *collective* au nom du monopole de représentation syndicale attribué par les codes du travail.

B) Le contrôle syndical sur la procédure de grief

Au nombre des multiples avantages que la signature d'une convention collective procure aux employés, il en est un qui revêt une importance particulière pour eux, soit la possibilité, qui leur est dès lors offerte, de recourir à un arbitre de grief pour faire respecter leurs droits.

Selon l'usage courant, les conventions collectives comportent presque invariablement un chapitre destiné à établir la procédure applicable pour saisir valablement le tribunal d'arbitrage d'un grief. De façon générale, l'association accréditée se réserve en exclusivité le droit de porter ou non le grief d'un salarié devant l'arbitre.⁹⁶⁰ Tout en

admettre que l'effet concret de ces dispositions reste à préciser en jurisprudence : BICH, *supra*, note 954, 262-267

⁹⁵⁹ NADEAU, *supra*, note 939, 42: « Dans l'appréciation du caractère libre et volontaire d'une renonciation, les normes à appliquer doivent être beaucoup plus sévères que les règles usuelles du droit civil sur la validité du consentement. Il faut faire preuve d'une *extrême prudence* lorsque des droits fondamentaux sont en cause. » (nos italiques); José WOEHLING, « Les droits et libertés dans la construction de la citoyenneté, au Canada et au Québec », dans Michel COUTU et al. (dir.), *Droits fondamentaux et citoyenneté : une citoyenneté fragmentée, limitée, illusoire?*, Montréal, Thémis, 2000, 280 (note 14), soutient même que « l'impossibilité de la renonciation aux droits protégés » (nos italiques) participe du caractère quasi constitutionnel de la Charte québécoise. D'ailleurs, la section de première instance de la Cour fédérale a jugé que la Commission canadienne des droits de la personne ne pouvait fonder son refus d'examiner une plainte de discrimination sur « la simple existence d'une renonciation qui déclare que le plaignant était convaincu que l'employeur avait satisfait à toutes ses obligations en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* » : *Brine c. Canada (Procureur général)*, [1999] 3 C.F. F-73 (1^{ère} instance) (J. Lemieux, par. 72)

reconnaissant que cette discrétion syndicale n'est pas « sans limites »⁹⁶¹, les tribunaux, en application du devoir de juste représentation, ont traditionnellement laissé une grande autonomie aux associations accréditées dans la gestion des griefs :

[...] le syndicat doit, lors même qu'il agit à titre de défenseur des droits (bien fondés selon son évaluation) d'un salarié, *tenir compte des intérêts de l'ensemble de l'unité d'accréditation* dans l'exercice de sa discrétion de poursuivre ou non un grief. Le syndicat jouit d'une discrétion afin de soupeser ces intérêts divergents et apporter la solution qui lui apparaît juste.⁹⁶²

Ainsi, le salarié qui estime que la convention collective, ou une mesure patronale fondée sur celle-ci, est discriminatoire à son endroit n'aura le plus souvent pas accès, de plein droit, à la procédure de grief⁹⁶³ :

[...] les parties à une convention collective sont l'employeur et l'association des employés et les employés sont, en regard de la convention collective, en quelque sorte, *dépersonnalisés au profit de leur association*. Les parties à une convention collective sont libres de déroger à telle règle et de donner aux membres du syndicat le droit d'intervenir dans les relations de travail et ce dans la mesure et selon les modalités qu'elles arrêteront de façon consensuelle. En l'absence, par contre, de dispositions à la convention collective à cet effet, les parties à la convention ont [...], de part et d'autre, le *droit* de ne traiter qu'entre elles des griefs et des arbitrages qui les décident.⁹⁶⁴

⁹⁶⁰ CARTER, *supra*, note 265, 193 et 203; LASKIN, *supra*, note 118, 284; MURRAY et VERGE, *supra*, note 30, 45; NADEAU, *supra*, note 475, 604; RABIN, *supra*, note 320, 243-244; SWINTON et SWAN, *supra*, note 837, 123 et 132; ZWARTS, *supra*, note 238, 65

⁹⁶¹ *Centre hospitalier Régina Ltée c. Tribunal du travail*, *supra*, note 468, 1349 (J. L'Heureux-Dubé)

⁹⁶² *Ibid.* (nos italiques)

⁹⁶³ Clifford Turner, (1997) 103 di 96 (CCRT n° 1194), 102 : « [Le devoir de juste représentation] n'accorde pas à un particulier le droit absolu à l'arbitrage ni n'oblige les syndicats à transformer en griefs toutes les plaintes qu'ils reçoivent. Les syndicats conservent considérablement de pouvoir discrétionnaire à cet égard... » (Me Roza Aronovitch)

⁹⁶⁴ *l'enditelli c. Cité de Westmount*, [1980] C.A. 49, 52 (J. Lamer) (nos italiques). Dans l'arrêt *Rousseau c. Hamelin*, [1997] R.J.Q. 1853 (C.A.), la Cour d'appel du Québec rappelle, à la page 1859, qu'il

À la remorque de l'évaluation et des décisions de l'association, le salarié devra forcément passer par le crible syndical s'il entend saisir l'arbitre de grief de sa réclamation.

Dans l'évaluation qu'elle fait de l'opportunité de saisir ou non un tribunal d'arbitrage du grief formulé par un employé, l'association de salariés doit essentiellement éviter de fonder « sa décision sur des *motifs* contraires à la convention collective, sur des *motifs* étrangers au litige ou sur une appréciation *manifestement erronée* du mérite du grief »⁹⁶⁵. À cet égard, sans négliger complètement les *effets* d'un refus d'agir syndical, l'analyse des tribunaux nous semble reposer, là encore, bien davantage sur l'*objet* de ce refus :

Lorsque le syndicat décide de ne pas porter un grief à l'arbitrage et de conclure une entente avec l'employeur, la discrétion reconnue au syndicat doit être exercée *de bonne foi, de façon objective et honnête*, après une étude sérieuse du grief et en tenant compte des conséquences pour le salarié d'une part *et des intérêts légitimes du syndicat d'autre part*.⁹⁶⁶

Ainsi, à titre d'exemple, le syndicat qui justifie son refus d'agir sur le fondement d'un avis de son conseiller juridique est réputé s'être acquitté de son devoir de juste représentation.⁹⁶⁷ Que cet avis soit incomplet, d'une pauvreté sans nom ou fait par pure

« demeure rarissime », en pratique, qu'un salarié « ...puisse saisir directement un arbitre de son grief. »

⁹⁶⁵ Diane VEILLEUX, « Le devoir de juste représentation syndicale selon le Code du travail du Québec », dans Thomas KUTTNER (éd.), *Les systèmes de relations industrielles : développements et tendances*, tome I, Actes du XXIX^e Congrès de l'Association canadienne des conseillers en relations industrielles, Fredericton, Revue de droit de l'Université du Nouveau-Brunswick, 1993, 107 (nos italiques)

⁹⁶⁶ *Boivin-Wells c. Syndicat professionnel des infirmières et infirmiers de Chicoutimi*, [1992] R.J.Q. 331 (C.A.), 338-339 (j. Rousseau-Houle) (nos italiques)

⁹⁶⁷ *Guilde de la marine marchande du Canada c. Gagnon*, *supra*, note 468, 534 (j. Chouinard); *Charbonneau c. Syndicat des agents de conservation de la faune du Québec*, [1997] T.T. 538, 564-565 (j. Brière)

complaisance n'y changera vraisemblablement rien puisque les tribunaux se gardent d'en vérifier la qualité.⁹⁶⁸

Dans l'affaire *Poliquin c. Syndicat des agents de la paix en services correctionnels du Québec*⁹⁶⁹, un gardien de prison accusé de fraude avait été déclaré coupable à la suite d'un plaidoyer de culpabilité. Il fut subséquemment limogé par l'employeur pour cette seule raison. Un avis juridique préparé par le procureur syndical concluait que le grief serait vraisemblablement rejeté. Toutefois, cet avis ne faisait pas la moindre allusion à une disposition de la *Charte québécoise* dont l'effet sur l'issue du grief aurait pourtant pu être déterminant :

18.2 Nul ne peut congédier, refuser d'embaucher ou autrement pénaliser dans le cadre de son emploi une personne du seul fait qu'elle a été déclarée coupable d'une infraction pénale ou criminelle. si cette infraction n'a aucun lien avec l'emploi [...]

Jugeant l'avis juridique incomplet et contestable, le Tribunal du travail considérait néanmoins que le syndicat n'était pas en faute de l'avoir suivi. Sa faute, assimilée à une « négligence grave », résidait plutôt dans le fait de ne pas s'être suffisamment informé des circonstances de la fraude alléguée, de ne pas avoir soumis ces circonstances à l'appréciation du conseiller juridique et de ne pas avoir tenté de convaincre l'employeur de faire preuve de plus de clémence envers le salarié.

Saisie d'une requête en révision judiciaire, la Cour supérieure du Québec annulait la décision du Tribunal du travail à la demande du syndicat. Sans nier la gravité des conséquences du refus d'agir syndical pour le salarié, la Cour se montrait plutôt

⁹⁶⁸ *Guilde de la marine marchande du Canada c. Gagnon, ibid.* : « La Guilde s'est appuyée sur l'opinion de son conseiller juridique [...] Je ne vois pas que l'on puisse [...] reprocher à la Guilde de s'être appuyée sur cette opinion motivée, fut-elle mal fondée, ce sur quoi je ne me prononce pas. » (J. Chouinard) (nos italiques)

⁹⁶⁹ *Supra*, note 697

soucieuse de préserver la marge de manoeuvre de l'association accréditée dans la gestion des griefs :

Nul doute que les conséquences de la décision du syndicat de ne pas aller en arbitrage furent graves pour l'employé puisqu'il s'agissait d'un congédiement. Mais l'employé n'avait pas un droit absolu à l'arbitrage ; ce n'est pas ce que dit le *Code du travail*. Un syndicat a le droit, et même le devoir, d'évaluer les « chances » d'un grief porté en arbitrage mais il doit le faire réellement, équitablement et avec une *certaine* compétence, ce qui est le cas dans la présente affaire.⁹⁷⁰

Portant sa cause en appel, le salarié se voyait finalement reconnaître – sept ans plus tard! – le droit de saisir un arbitre de son grief au motif que le Tribunal du travail n'avait pas « commis une erreur manifestement déraisonnable soit en interprétant l'article 47.2, soit en l'appliquant aux faits de l'espèce ».⁹⁷¹

Les raisons suivantes sont avancées pour expliquer la grande latitude habituellement laissée aux syndicats pour déférer ou non un grief à l'arbitrage. On craint que le fait d'autoriser un salarié à recourir unilatéralement à l'arbitrage ne mine l'autorité du syndicat aux yeux de l'employeur ou des autres salariés, ce qui pourrait discréditer le régime de négociation collective à plus ou moins long terme.⁹⁷² De plus, l'accès direct du salarié à l'arbitrage pourrait, croit-on, entraîner une prolifération des griefs individuels, dont certains – ou plusieurs, selon que l'on est plus ou moins alarmiste – pourraient s'avérer frivoles, vexatoires ou marqués au coin de la mauvaise foi. Conséquemment, cela risquerait d'alourdir les rôles des tribunaux d'arbitrage.

⁹⁷⁰ *Syndicat des agents de la paix en services correctionnels du Québec c. Tribunal du travail*, [1993] R.J.Q. 2681 (C.S.), 2689 (j. Guthrie) (nos italiques)

⁹⁷¹ *Péloquin c. Syndicat des agents de la paix en services correctionnels du Québec*, D.T.E. 2000T-881 (C.A.), 8-9 (j. Robert, par. 55)

⁹⁷² *I'aca v. Sipes*, *supra*, note 436, 191 (j. White); MACNEIL, LYNK et ENGELMANN, *supra*, note 236, 7-75 (par. 7.1050): « ...allowing a grievor to go to arbitration over the head of the union may undermine the union's authority... »

d'allonger ainsi les délais d'attente pour obtenir une audition, d'entraîner une augmentation significative des coûts, de menacer le bon fonctionnement du processus d'arbitrage et, ce faisant, de compromettre la paix industrielle.

Partant, sous réserve peut-être des cas où le salarié est exposé à de graves conséquences, telle une sanction disciplinaire ou un renvoi⁹⁷³, les tribunaux accepteront difficilement de mettre un frein à la discrétion du syndicat qui juge préférable de ne pas poursuivre un grief, de le régler à l'amiable, de s'en désister purement et simplement ou de le traiter comme monnaie d'échange pour obtenir des conditions de travail plus favorables à l'ensemble des salariés.⁹⁷⁴

Cette discrétion que l'obligation syndicale de représentation diligente aménage au profit des associations accréditées devrait-elle demeurer la même dans l'hypothèse où le grief repose sur une allégation de discrimination au sens des chartes et lois sur les droits de la personne ou d'une clause anti-discrimination qui reprend, en substance, leurs termes ? Pour tout dire, le salarié qui s'estime victime d'une violation à ses droits à l'égalité, qu'ils soient constitutionnels ou quasi constitutionnels, devrait-il être privé de la possibilité d'être entendu par un arbitre de grief, si tel est son vœu, du seul fait que le syndicat refuse, même pour des motifs raisonnables, de porter son grief à l'arbitrage ? On cherche en vain, en jurisprudence, des réponses décisives à ces questions encore que, pour l'heure, le poids des précédents laisse peu d'espoir aux salariés qui souhaiteraient que l'on y apporte des réponses négatives.⁹⁷⁵ Pour notre part, nous croyons qu'il y a là matière pour une réflexion approfondie de la part des élus, des juges et des syndicalistes, en raison de la nature et de l'objet tout à fait particuliers des textes fondamentaux.

⁹⁷³ *Centre hospitalier Régina Ltée c. Tribunal du travail*, *supra*, note 468, 1351-1352 (J. L'Heureux-Dubé)

⁹⁷⁴ *Id.*, 1349-1350; JOACHIM, *supra*, note 482, 113

⁹⁷⁵ JOACHIM, *ibid.*

Notre position a deux principes pour assise. Le premier attribue aux chartes et lois sur les droits de la personne une préséance sur tout autre type de norme en raison de leur nature constitutionnelle, dans le cas de la *Charte canadienne*, et quasi constitutionnelle, pour ce qui concerne la *Charte québécoise* et la *Loi canadienne*. Le second veut qu'une personne n'ait de droit fondamental digne de ce nom que dans la seule mesure où elle peut obtenir un redressement prompt et efficace en cas de violation⁹⁷⁶:

[...] on ne comprendrait pas que le Parlement et les provinces décrivent d'une façon aussi détaillée les droits et libertés garantis par la *Charte* et qu'ils ne protègent pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité : l'accès au juge [...] À quoi bon des droits et libertés garantis si une personne se voit refuser l'accès à un tribunal compétent ou si cet accès est retardé ?⁹⁷⁷

Habituellement réservé aux seules « personnes physiques »⁹⁷⁸, les droits à l'égalité garantis par l'article 15 peuvent exceptionnellement être invoqués par les associations de salariés au nom des membres de l'unité syndicale.⁹⁷⁹ Cependant, si le syndicat se refuse à porter le grief à l'arbitrage, le salarié n'a souvent d'autre alternative que de s'adresser soit aux instances spécialisées pour faire constater un manquement au devoir

⁹⁷⁶ *Béliveau-St-Jacques c. Fédération des employés et employés des services publics Inc.*, *supra*, note 327, 374 (j. L'Heureux-Dubé, diss., par. 50); BICH, *supra*, note 495, 61

⁹⁷⁷ *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, 229 (j. Dickson) (nos italiques); *Proulx c. Québec (Procureur général)*, [1997] R.J.Q. 419 (C.A.), 431 (j. Rousseau-Houle). Voir dans le même sens : Ghislain OTIS, « Le spectre d'une marginalisation des voies de recours découlant de la Charte québécoise », (1991) 51 *R. du B.* 561, 570-571

⁹⁷⁸ *Edmonton Journal c. Procureur général de l'Alberta*, [1989] 2 R.C.S. 1326, 1382 (j. LaForest, diss.). Soulignons toutefois que dans l'arrêt *Rudolf Wolff & Co. c. Canada*, [1990] 1 R.C.S. 695, la Cour suprême du Canada s'est expressément abstenue de trancher la question (j. Cory, 703). Néanmoins, l'objet du droit à l'égalité, lequel vise notamment à préserver la dignité humaine, et la présence des termes « *every individual* » dans la version anglaise de l'article 15, militent en faveur de cette interprétation : *Procureur général du Canada c. Central Cartage Co.*, [1990] 2 C.F. 641 (C.A.), 657 (j. Iacobucci); PROULX, *supra*, note 200, 581

⁹⁷⁹ Tacitement : *Douglas/Kwantleen Faculty Association c. Douglas College*, *supra*, note 585. Voir aussi deux décisions de la Cour supérieure du Québec nettement plus explicites à ce propos : *Syndicat canadien de la fonction publique c. Procureur général du Québec*, *supra*, note 121, 3035 (j. Croteau); *Syndicat de la fonction publique du Québec inc. c. Québec (Procureur général)*, D.T.E. 2000T-214 (C.S.)

syndical de juste représentation⁹⁸⁰, soit de recourir aux tribunaux judiciaires par les voies usuelles de la requête ou de l'action en justice.

La première avenue l'amène à faire un bien long détour avant qu'un arbitre de grief ne statue sur le fond. Au Québec, le *Code du travail* prévoit aux articles 47.3 à 47.6 un processus de plainte qui peut éventuellement lui permettre d'obtenir, sur ordonnance du Tribunal du travail⁹⁸¹, une audition devant un arbitre de grief.⁹⁸² Limitant son analyse exclusivement à la légalité de la conduite syndicale, le juge saisi de la plainte se garde bien, en pareil cas, de porter un jugement sur le bien-fondé du grief.⁹⁸³ Le processus apparaît comparable au niveau fédéral. Ainsi, s'il conclut à un manquement au devoir de juste représentation, le Conseil canadien des relations de travail peut contraindre l'association à exercer, au nom de l'employé, les droits et recours que, selon lui, elle aurait dû faire valoir⁹⁸⁴, ce qui implique la tenue d'une audition devant un tribunal d'arbitrage.⁹⁸⁵ La Commission des relations de travail dans la fonction publique émettra le plus souvent une ordonnance au même effet.⁹⁸⁶

⁹⁸⁰ Il s'agit, au Québec, du Tribunal du travail, et, au fédéral, du Conseil canadien des relations de travail (CCRT). Dans le cas des fonctionnaires fédéraux, l'art. 23 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* attribue cette compétence à la Commission des relations de travail dans la fonction publique.

⁹⁸¹ Art. 47.5 *Code du travail*

⁹⁸² Pour en savoir davantage sur les modalités d'exercice de ce recours, voir notamment : Robert P. GAGNON, « La vie de l'accréditation », dans ÉCOLE DU BARREAU DU QUÉBEC, *supra*, note 268, 121, 125-128; MORIN et BRIÈRE, *supra*, note 48, 1228-1236

⁹⁸³ MORIN et BRIÈRE, *supra*, note 48, 788 (par. IV-40), 1228 (par. V-90) et 1230 (par. V-91)

⁹⁸⁴ Art. 99(1)b) *Code canadien du travail*

⁹⁸⁵ Comme l'article 99 du *Code canadien du travail* confère un pouvoir discrétionnaire, le CCRT pourrait vraisemblablement statuer lui-même sur le fond du grief mais, à moins de circonstances très exceptionnelles (*Brian L. Eamor*, (1996) 101 di 76 (CCRT n° 1162), 108-109 (Me Richard I. Hornung); requête en révision judiciaire rejetée : *Association canadienne des pilotes de ligne c. Eamor*, [1997] 3 C.F. F-33 (C.A.)), il s'est en pratique toujours refusé à le faire : *Cathy Miller*, (1991) 84 di 122 (CCRT n° 854), 128 (Me Thomas M. Eberlee)

⁹⁸⁶ Le par. 23(2) de sa loi constitutive l'autorise, de fait, à « [...] rendre une ordonnance enjoignant [au syndicat] de remédier à son manquement ou de prendre toute mesure nécessaire à cet effet dans le délai qu'elle juge approprié. »

Pour en arriver là toutefois, le salarié devra ni plus ni moins convaincre le juge québécois ou l'organisme fédéral de l'irrationalité ou de la *malveillance* du refus syndical, ce qui n'est pas une mince affaire dans bien des cas. Au surplus, au Québec, le salarié qui n'est pas victime d'« un renvoi » ou d'« une sanction disciplinaire » n'est tout simplement pas admis à porter plainte contre son syndicat aux termes des dispositions du *Code du travail* que nous venons d'évoquer.⁹⁸⁷ En revanche, s'il est l'objet de ces mesures draconiennes, c'est l'accès aux tribunaux de droit commun qui lui est nié.⁹⁸⁸

Si le syndiqué lésé emprunte plutôt l'avenue judiciaire, il n'est pas au bout de ses peines non plus. Certes, s'agissant du recours d'un syndiqué contre son association, la politique judiciaire voulant que les tribunaux de droit commun déclinent compétence pour trancher des litiges résultant directement ou indirectement d'une convention collective⁹⁸⁹ devrait être inapplicable.⁹⁹⁰ Néanmoins, c'est notoire, la démarche visant à obtenir le respect de ses droits constitutionnels par la voie judiciaire s'accompagne souvent de délais très longs et de coûts considérables.⁹⁹¹

⁹⁸⁷ Art. 47.3 *Code du travail*; *Larouche c. Boulangerie Racine Ltée*, *supra*, note 493, 332 (*per curiam*)

⁹⁸⁸ *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la fonction publique du Canada, section locale 50057*, *supra*, note 468, 1316 et suivantes (j. L'Heureux-Dubé); *Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec Inc. c. Bastien*, *supra*, note 267, 706 (j. Rousseau-Houle); *Syndicat des travailleuses et travailleurs de la CSN c. Verret*, [1992] R.J.Q. 979 (C.A.), 983-984 (j. Rousseau-Houle); *Lepage c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 50*, [1998] R.J.D.T. 1520 (C.A.); *Goulet c. Dearden*, D.T.E. 99T-612 (C.S.)

⁹⁸⁹ Voir la jurisprudence citée, *supra*, note 897

⁹⁹⁰ *Goupil c. Roberge*, [1996] R.J.Q. 439 (C.S.), 442 (j. Bellavance); *Hardy c. Syndicat des enseignantes et enseignants des Laurentides*, D.T.E. 96T-1514 (C.S.), 8 (j. Rochon); Manon SAVARD et Anouk VIOLETTE, « Les affaires *Weber*, *O'Leary*, et *Canadien Pacifique Ltée* : que reste-t-il pour les cours de justice? », dans BARREAU DU QUÉBEC, *supra*, note 918, 73-74; PICHER, *supra*, note 535, 244, lequel prend cependant soin de mentionner, à la 245 : « In light of *Weber*, unions [...] may have to consider more carefully the extent to which the union's duty of fair representation requires vindication of an employee's *Charter* rights... »; *CONTRA* : Ray BROWN et Brian ETHERINGTON, « *Weber v. Ontario*: A Denial of Access to Justice for the Organized Employee? », (1996) 4 *C.L.E.L.J.* 183, 199

⁹⁹¹ Il est vrai que « les frais d'avocats ou de justice peuvent, dans certains cas limités, lorsque la preuve du lien de causalité est effectivement rapportée, constituer un dommage direct » qui pourrait être réclamé du syndicat défendeur: *Association des professeurs de Lignery (A.P.L.), Syndicat affilié à la C.E.Q. c. Alvetta-Comeau*, [1990] R.J.Q. 130 (C.A.), 135 (j. Baudouin); *Mancone c. Productions*

À notre avis, le devoir de juste représentation et surtout la vaste latitude qu'il reconnaît aux associations accréditées dans l'administration de la convention collective nous apparaît insuffisant pour assurer la protection constante⁹⁹² des droits à l'égalité issus de la Constitution.

Il répugne en effet à l'esprit qu'un droit individuel aussi fondamental soit subordonné à la seule discrétion des autorités syndicales.⁹⁹³ D'une part, les intérêts du syndicat ne coïncident pas toujours, loin s'en faut, avec ceux des salariés qui, en raison d'une caractéristique visée par l'article 15, se retrouvent en minorité dans l'unité d'accréditation. Pour obvier aux effets regrettables que peut générer un pareil conflit d'intérêts⁹⁹⁴, un adjudicateur plus indépendant devrait pouvoir statuer, dans un délai raisonnable, sur le bien-fondé du grief.

D'autre part, dans nos sociétés modernes, la discrimination s'exprime rarement au grand jour de telle sorte que, parfois, seul un œil averti peut en découvrir toutes les subtilités. Or, si compétents soient-ils, les délégués ou permanents syndicaux ne disposent pas toujours de l'expertise, de la formation, des ressources ou du recul voulus pour détecter une situation discriminatoire ou statuer sur le bien-fondé d'un grief de discrimination.

Urgence Inc., [1999] R.J.Q. 1415 (C.S.), 1430 (j. Marcelin) (en appel : 500-09-008077-992); Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 5^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1998, 169-170 (par. 236). Toutefois, à défaut d'une telle preuve souvent difficile à établir, le principe général prévaudra : chaque partie devra assumer ses propres frais extrajudiciaires : *Temper Corp. c. Kansa General Insurance Co.*, [1998] R.J.Q. 405 (C.A.), 410-411 (j. Robert)

⁹⁹² N'est-ce pas là le but premier de la *Charte canadienne* : voir, parmi bien d'autres, *Hunter c. Southam Inc.*, *supra*, note 430, 155 (j. Dickson); *Andrews c. Law Society of British Columbia*, *supra*, note 344, 175 (j. McIntyre); *Turpin c. R.*, *supra*, note 324, 1326 (j. Wilson)

⁹⁹³ À cet égard, JOACHIM, *supra*, note 482, 113, a raison lorsqu'il écrit : « [...] it is arguable that a trade union that declines to challenge a discriminatory action by the employer is *acquiescing in or participating in* the employer's employment-related discrimination. » (nos italiques)

⁹⁹⁴ C'est bien ce dont il s'agit : SWINTON et SWAN, *supra*, note 837, 132; TABBAKH, *supra*, note 837, 273

Les faits à l'origine de l'affaire *Ménard c. Syndicat des pompiers du Québec, section locale de Vaudreuil-Dorion*⁹⁹⁵, peuvent nous servir à titre d'illustration. À la suite d'un accident de travail, le salarié a perdu l'usage d'un œil. L'employeur allait refuser de le maintenir à son poste au motif que la fonction de pompier nécessitait une vision binoculaire. Le salarié a voulu contester cette décision patronale mais le syndicat a refusé de déférer le grief à l'arbitrage, estimant ce recours voué à l'échec compte tenu de la politique de l'employeur et d'une décision de la *Commission de la santé et de la sécurité du travail* qui concluait également à l'impossibilité d'un retour au travail. Toutefois, dans l'exercice de sa discrétion, le syndicat n'a semble-t-il jamais considéré la possibilité que l'exigence professionnelle puisse être discriminatoire en vertu des chartes des droits, ce qui pourrait pourtant bien être le cas.⁹⁹⁶

Nous croyons qu'en pareilles situations, les parties devraient aménager, au profit du salarié, un accès individuel à la procédure d'arbitrage, question de lui permettre d'obtenir pour ainsi dire un « deuxième avis ». Priver un syndiqué d'un accès direct à la procédure d'arbitrage dans de telles circonstances, c'est le laisser souvent sans recours *effectif* pour faire sanctionner une atteinte à un droit qui loge pourtant tout en haut dans la hiérarchie des normes.

Envisagée dans l'optique de la *Charte québécoise*, la problématique apparaît un peu plus délicate. Bien que le principe de non-discrimination décrit à l'article 10 ne puisse pas servir non plus les intérêts d'une personne morale en raison des caractéristiques essentiellement individuelles qu'il énumère⁹⁹⁷, un syndicat peut néanmoins déposer une

⁹⁹⁵ D.T.E. 99T-506 (T.T.) (requête en révision judiciaire rejetée : *Ménard c. Tribunal du travail*, D.T.E. 99T-1127 (C.S.))

⁹⁹⁶ L'arrêt *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868, fournit à tout le moins un arsenal redoutable pour défendre la position du salarié.

⁹⁹⁷ *Garderie Blanche-Neige Inc. c. Office des services de garde à l'enfance*, [1993] R.J.Q. 729 (C.A.), 736 (j. Brossard); *Modes Cohoes Inc. c. Québec (Procureur général)*, *supra*. note 652. 2806 (*per curiam*); *Cheers Management Inc. c. Ville de Montréal*, [1991] R.J.Q. 794 (C.S.), 798 (j. Mercure)

plainte de discrimination au nom d'un salarié.⁹⁹⁸ Il va de soi que le salarié peut aussi porter plainte lui-même.⁹⁹⁹

Si la *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse* juge la plainte irrecevable avant, en cours ou après enquête, elle peut refuser ou cesser d'agir en faveur du salarié.¹⁰⁰⁰ Ce faisant, il se trouve alors dans l'impossibilité de saisir lui-même le Tribunal des droits de la personne de sa demande, le tribunal de droit commun constituant alors le seul forum ouvert à lui.¹⁰⁰¹

En revanche, si sa plainte de discrimination reçoit un accueil favorable, elle peut justifier une proposition de mesures de redressement de la part de la Commission.¹⁰⁰² Dans l'hypothèse où la personne à qui l'on impute l'acte discriminatoire fait fi de cette proposition, le Tribunal des droits de la personne du Québec peut être appelé à statuer sur le fond du litige.¹⁰⁰³ Ainsi, contrairement à ce qui prévaut en rapport avec la *Charte canadienne*, le salarié conserve la possibilité de faire valoir son droit, lui-même ou par l'entremise de son syndicat, et dispose ultimement d'un recours pour en faire assurer le respect.

⁹⁹⁸ Nous croyons que le libellé du troisième alinéa de l'article 74 de la *Charte québécoise* permet au syndicat de se porter plaignant au nom d'un membre de l'unité d'accréditation : « La plainte peut être portée, pour le compte de la victime ou d'un groupe de victimes, par un organisme voué [...] au bien-être d'un groupement. [...] »

⁹⁹⁹ Art. 74, al. 1 *Charte québécoise*

¹⁰⁰⁰ Art. 77 et 78 *Charte québécoise*

¹⁰⁰¹ C'est la conclusion à laquelle est parvenue la Cour d'appel du Québec à l'analyse des articles 84 et 111, al. 2, de la *Charte québécoise* : *Ménard c. Rivet*, [1997] R.J.Q. 2108 (C.A.) (autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée, avec dissidence : *Francoeur c. Ménard*, [1998] 1 R.C.S. ix), 2119 (j. LeBel) ; *Centre hospitalier St-Joseph-de-la-Malbaie c. Dufour*, D.T.E. 98T-1136 (C.A.) (autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée : [1999] 3 R.C.S. vii). Voir dans le même sens : *Québec (Procureur général) c. Tribunal des droits de la personne*, [1999] R.J.Q. 1123 (C.S.), 1125-1126 (j. Courteau) ; *Montréal (Ville) c. Tribunal des droits de la personne*, D.T.E. 99T-447 (C.S.)

¹⁰⁰² Art. 79, al. 2 *Charte québécoise*

¹⁰⁰³ Art 80 et 111, al. 1 *Charte québécoise*

Mais, nous l'avons vu, tout ce processus est d'une lenteur caractérisée lorsqu'on le compare à la procédure d'arbitrage de grief établie par la convention collective.¹⁰⁰⁴ Aussi ne faut-il pas s'étonner du fait que les travailleurs syndiqués qui se croient victimes de discrimination aient souvent pour réflexe premier, sinon unique, de s'adresser à leur représentants syndicaux plutôt qu'à la Commission.¹⁰⁰⁵ Or, la décision du syndicat de ne pas déposer de grief malgré la demande d'un salarié ou d'interrompre unilatéralement le cours de la procédure une fois qu'elle est amorcée peut avoir pour effet de retarder considérablement l'accès du salarié lésé à la justice, ce qui paraît *a priori* incompatible avec la nature quasi constitutionnelle – et donc l'importance – des droits qu'il cherche à protéger.

Plus important encore, si l'accusation d'avoir agi de façon discriminatoire est portée à la fois contre l'employeur et le syndicat parce que le salarié considère que la discrimination dont il est l'objet est le produit de leurs actions conjuguées, les risques que la discrétion syndicale dans la gestion des griefs se transforme en pure vengeance contre un « agent dérangeant » sont bien présents. Point besoin d'être devin pour mesurer avec quelle résistance l'association accréditée acceptera de défendre le grief d'un salarié qui attaque de front une disposition de la convention collective à laquelle elle a pu non seulement souscrire mais qu'elle a peut-être elle-même proposée¹⁰⁰⁶ !

¹⁰⁰⁴ *Supra*, notes 869 à 879, et les développements qui y correspondent.

¹⁰⁰⁵ CHALTON et BURKE, *supra*, note 644, 49; CONFÉDÉRATION DES SYNDICATS NATIONAUX, *supra*, note 845, 28; JOACHIM, *supra*, note 482, 115: « This may be due in part to widespread dissatisfaction with the process of filing a complaint with the [human rights commissions] and the lengthy delays involved in processing human rights complaints. »

¹⁰⁰⁶ Valerie CASSELTON, « Duty to Accommodate Here to Stay », *Labour Times*, vol. 5, n° 7, juillet 1995, 8 (citant l'arbitre Michel G. Picher); SWINTON et SWAN, *supra*, note 837, 117: « An individual might well be skeptical about the likelihood of union sympathy for a grievance attacking the validity of one of the provisions of a collective agreement which it has negotiated. »: WOLKINSON et NICHOL, *supra*, note 873, 29: « Arbitration may not be satisfactory where there is a risk that a union may not represent properly the grievant because it has played a role in supporting discriminatory employment practices or is sympathetic with their maintenance. »

Considérant les nombreuses similitudes observables entre la *Charte québécoise* et la *Loi canadienne*, ces considérations demeurent tout aussi valables, croyons-nous, même si la problématique est analysée sous l'angle de la loi fédérale.

Comment dès lors écarter la menace bien réelle que la discrétion syndicale fait peser sur les garanties constitutionnelle et législative contre la discrimination ? En autorisant un accès individuel à la procédure d'arbitrage, une fois que le refus de l'exécutif syndical de prendre fait et cause pour l'employé lésé est connu.

La proposition n'est pas nouvelle¹⁰⁰⁷ mais elle ne cesse de gagner en popularité depuis quelques années, aux États-Unis¹⁰⁰⁸ comme ici.¹⁰⁰⁹ Selon nous, la primauté des droits individuels reconnue par les chartes et lois sur les droits de la personne en justifie l'adoption d'autant que les arguments généralement avancés pour la rejeter nous semblent assez peu convaincants¹⁰¹⁰ dans la conjoncture actuelle. Il suffit d'y revenir pour s'en convaincre.

Ainsi, en quoi le fait d'autoriser un salarié à s'adresser seul à l'arbitre de grief peut-il venir miner davantage l'autorité du syndicat que le fait de permettre à ce même salarié de saisir une commission des droits de la personne d'une plainte de discrimination. Dans l'état actuel du droit, le syndicat n'a pas la moindre autorité pour empêcher un membre de l'unité d'accréditation de faire cavalier seul et de se prévaloir des avantages du régime législatif mis en œuvre pour assurer la protection de ses droits quasi

¹⁰⁰⁷ En 1963, du temps qu'il était professeur à la Faculté de droit de l'Université de Toronto, l'ex-juge en chef du Canada avait prononcé un vibrant plaidoyer en ce sens: LASKIN, *supra*, note 118, 283-287

¹⁰⁰⁸ BALES, *supra*, note 308, 758-759; Albert Y. KIM, « Arbitrating Statutory Rights in the Union Setting : Breaking the Collective Interest Problem Without Damaging Labor Relations », (1998) 65 *U. Chi. L. Rev.* 225 (*passim*); RABIN, *supra*, note 320, 249-251

¹⁰⁰⁹ ADELL, *supra*, note 801, 255; CHAPLIN, *supra*, note 812, 429; ZWARTS, *supra*, note 238, 101

¹⁰¹⁰ BALES, *supra*, note 308, 759: « ...when an employee asserts a claim arising from an individual right created by statute, such as the right to be free from racial discrimination, *the argument for union discretion is much weaker*. In this situation, there is a *public interest* in enforcing the statutory mandate and eradicating invidious discrimination that rises above the self-interest of the members of a particular union. » (nos italiques)

constitutionnels. S'il y a aujourd'hui une brèche dans l'autorité syndicale, elle est bien plus attribuable à la prolifération des lois garantissant des droits et recours individuels de toute sorte¹⁰¹¹ qu'elle ne le serait à une éventuelle ouverture de la procédure de grief au profit des salariés victimes de discrimination au travail.

Quant à la crainte que l'accès direct du salarié à l'arbitrage n'entraîne un accroissement inacceptable du nombre des griefs, elle nous paraît irrationnelle dans une bonne mesure. Elle repose d'abord sur le postulat que les salariés n'ont pas la sagesse requise pour exercer leurs droits de manière raisonnable, ce qui trahit un certain paternalisme de mauvais aloi. En outre, il importe de rappeler la portée plutôt modeste de la proposition avancée. Celle-ci n'a pas pour effet d'accorder au salarié un accès direct à l'arbitrage en toutes circonstances. En fait, le syndicat resterait toujours maître du jeu dans la grande majorité des cas où survient une mésentente relative à l'interprétation ou à l'application de la convention collective.¹⁰¹²

Du reste, advenant le cas hypothétique où une pluie de griefs pour cause de discrimination s'abattait sur l'employeur, ce que nous estimons hautement improbable, ne serait-ce pas là le signe manifeste d'un dérèglement majeur du climat de travail et de la nécessité d'une intervention urgente des parties pour assainir les conditions de travail des salariés, en conformité avec le principe d'égalité ? Quant à la possibilité que certains de ces griefs individuels puissent être déposés par pure mauvaise foi, frivolité ou vexation, elle demeure bien réelle mais nous aimons croire que les situations qui suscitent des appréhensions sous ce rapport demeureront exceptionnelles dans les faits. De plus, rien ne s'opposerait à ce que les parties confèrent à l'arbitre de griefs le pouvoir de sanctionner le salarié qui abuse de ses droits par l'utilisation irréfléchie de la procédure d'arbitrage ou son usage à des fins vindicatives.

¹⁰¹¹ *Supra*, notes 292 à 323, et les développements qui y correspondent.

¹⁰¹² KIM, *supra*, note 1008, 252 : « ...some disputes simply cannot be classified as statutory discrimination claims. Disagreements over job classifications, type of work performed, and an employer's decision to contract work out to non-union employees fall into this category. »

Reste l'argument, plus sérieux celui-là, des coûts d'arbitrage et de la saine gestion des finances syndicales. L'on sait qu'à moins d'une entente différente inscrite dans la convention collective, ces coûts sont, en règle générale, partagés également entre l'employeur et l'association accréditée.¹⁰¹³ Ne risque-t-on pas de grever considérablement les ressources financières du syndicat – ressources déjà amoindries en ces temps difficiles où les effectifs fondent – si celui-ci est contraint d'assumer intégralement les honoraires et déboursés du représentant du salarié et la moitié des frais inhérents au processus d'arbitrage ? Certains suggèrent que le salarié devrait acquitter une partie des frais d'arbitrage.¹⁰¹⁴ D'autres soutiennent plutôt que seul le salarié qui perd sa cause devant l'arbitre devrait rembourser les frais d'arbitrage¹⁰¹⁵, à plus forte raison si le grief est jugé farfelu.¹⁰¹⁶ D'aucuns assortissent cette obligation d'un facteur atténuant, soit la prise en compte de sa capacité de payer.¹⁰¹⁷

Nous serions pour notre part enclin à préconiser la solution suivante. L'association accréditée pourrait devoir assumer, dans un premier temps, le coût des honoraires et déboursés du représentant choisi par le salarié, sur présentation des pièces justificatives. De cette façon, le droit du salarié d'enclencher la procédure d'arbitrage en vue d'obtenir un traitement égalitaire ne serait pas compromis par le peu de moyens financiers dont il dispose. Par ailleurs, les parties pourraient pourvoir le tribunal d'arbitrage d'un pouvoir discrétionnaire de manière à ce qu'il puisse être statué sur le partage équitable des dépens entre l'employeur, d'une part, le syndicat et/ou le salarié, d'autre part, en soupesant les facteurs pertinents, lesquels pourraient comprendre notamment :

¹⁰¹³ *Règlement sur la rémunération des arbitres*, Décret 1486-96, (1996) 128 G.O. II, 6725, art. 8 ; art. 63 du *Code canadien du travail* ; art. 98 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*

¹⁰¹⁴ BALES, *supra*, note 308, 759

¹⁰¹⁵ MACNEIL, LYNK et ENGELMANN, *supra*, note 236, 7-75 (par. 7.1050)

¹⁰¹⁶ ZWARTS, *supra*, note 238, 101: « ...the worker could be granted an absolute right to arbitrate on the condition that he pay the costs of any claim that failed or was of little moment. The possibility of paying costs should serve to deter the litigiously-minded from pressing vexatious or unmeritorious claims. »

- la situation patrimoniale du salarié ;
- le montant de l'indemnité qui lui est accordé, le cas échéant ;
- la gravité, tant par sa nature que sa durée, de l'atteinte à son droit à l'égalité ;
- la responsabilité respectivement imputable à l'employeur ou au syndicat dans l'atteinte au droit à l'égalité...

En aucun cas le salarié ne devrait être tenu de payer le coût des honoraires professionnels ou autres frais encourus par l'employeur.¹⁰¹⁸ En effet, pareille ordonnance aurait, pensons-nous, un effet dissuasif tel sur le salarié que cela pourrait l'astreindre à ne pas faire sanctionner l'atteinte à ses droits et à tolérer plutôt l'injustice qui l'afflige.

Quant au syndicat, il pourrait, selon les circonstances, récupérer une partie voire la totalité de sa mise si le grief est accueilli ou rejeté en raison de son caractère futile ou malveillant.

Bien que nous soyons conscient que la solution proposée heurte de front des principes auxquels le monde syndical tient farouchement¹⁰¹⁹, nous croyons qu'elle présente plusieurs avantages :

- a) elle rétablit, dans un ordre approprié, la hiérarchie des normes en reconnaissant l'importance prééminente du principe d'égalité et de la protection contre la discrimination, de même que leur primauté sur le pouvoir discrétionnaire syndical et les considérations financières¹⁰²⁰ ;

¹⁰¹⁷ ADELL, *supra*, note 801, 256

¹⁰¹⁸ *Ibid.*

¹⁰¹⁹ SKRAINKA, *supra*, note 861, 989: « ...unions, in my experience, are reluctant to surrender their right to interpret and apply the contract, and to control the contract process. »

¹⁰²⁰ NADEAU, *supra*, note 475, 632 (note 131): « La capacité financière d'une association est souvent invoquée comme motif afin d'expliquer les limites que peut connaître la représentation d'un salarié

- b) elle préserve néanmoins une certaine marge discrétionnaire à l'association accréditée tout en la dépossédant, comme il se doit, de son « droit de veto » à l'encontre des revendications égalitaires des membres de l'unité d'accréditation ;
- c) elle dispense le syndicat de l'obligation d'investir temps et argent pour contrer une allégation de manquement à son devoir de juste représentation pour motif de discrimination au cours d'une audition devant les instances habilitées à cette fin¹⁰²¹ ;
- d) elle offre une véritable option au salarié en lui permettant de saisir, à sa discrétion, l'arbitre d'un grief, ou la commission des droits de la personne d'une plainte de discrimination, ce qui est susceptible de lui donner accès à deux voies distinctes pour obtenir réparation.

Cette dernière considération appelle certaines remarques additionnelles. L'on sait que les parties patronales et syndicales sont en règle générale plutôt réfractaires à la tenue de deux auditions, devant deux forums distincts, pour ce qu'elles considèrent être un seul et même litige. Ainsi, aux États-Unis, l'on voit poindre dans certaines conventions collectives des dispositions par lesquelles les parties tantôt nient l'accès à la procédure de grief au salarié qui se prétend victime de discrimination, tantôt le contraignent à opter soit pour la procédure d'arbitrage, soit pour la plainte de discrimination devant une commission des droits de la personne, tantôt l'obligent à recourir uniquement à l'arbitrage de grief à l'exclusion de tout autre recours.¹⁰²²

Dans l'éventualité où les parties acceptaient de donner libre accès à l'arbitrage au salarié, pourraient-elles, en contrepartie, le contraindre à exercer cette option de

par son association. Si nous reconnaissons que cette dernière doit effectivement gérer ses fonds d'une façon compatible à la protection des droits de tous les salariés couverts par son accréditation, nous estimons [...] que cet argument ne constitue pas une raison valide [pour justifier une représentation pauvre ou inexistante]. »

¹⁰²¹ KIM, *supra*, note 1008, 253; MACNEIL, LYNK et ENGELMANN, *supra*, note 236, 7-75 (par. 7.1040)

préférence à tout autre ? *A priori* compatible avec la politique des tribunaux judiciaires qui ne s'estiment pas compétents pour connaître des litiges dont l'essence relève de la convention collective¹⁰²³, l'effet d'une telle clause pourrait néanmoins être annihilé par les tribunaux sur les droits de la personne. De fait, il y a fort à parier que le caractère quasi constitutionnel de la *Charte québécoise* et de la *Loi canadienne* les rendrait infiniment hésitants à supprimer, par égard pour la convention collective, le droit d'option du salarié victime d'un acte discriminatoire au sens de ces lois.¹⁰²⁴ Jusqu'à ce que les élus se décident enfin à intervenir pour marquer nettement leur préférence pour l'un ou l'autre forum, un peu comme l'a fait le législateur fédéral dans le cas de ses fonctionnaires¹⁰²⁵, nous croyons que le salarié devrait seul pouvoir choisir le recours qui lui semble le plus approprié eu égard aux circonstances.

Certains ont écrit que dans un contexte où les droits des salariés ne résultent plus seulement de la convention collective mais d'un nombre sans cesse croissant de lois, le devoir de juste représentation devient de plus en plus exigeant pour les syndicats.¹⁰²⁶ Sans mésestimer les conséquences préoccupantes que la montée des exigences peut faire peser sur les organisations syndicales, il faut bien admettre « ...que des exigences trop faibles en matière de représentation sont susceptibles de brimer gravement les droits des salariés. »¹⁰²⁷ Notre proposition d'accorder à la victime de discrimination à qui le syndicat refuse son assistance, un accès individuel à la procédure de grief s'inscrit simplement dans cette logique.

¹⁰²² WOLKINSON et NICHOL, *supra*, note 873, 22-23

¹⁰²³ Même si aucune clause de la convention collective ne privait formellement un salarié du droit de s'adresser aux tribunaux judiciaires pour faire assurer le respect de ses droits constitutionnels garantis par la *Charte canadienne*, la Cour suprême a néanmoins jugé que, dans un tel contexte, l'arbitre de grief était seul compétent pour disposer du litige : *Weber c. Ontario Hydro*, *supra*, note 879

¹⁰²⁴ Voir la jurisprudence citée, *supra*, note 905

¹⁰²⁵ *Supra*, note 871

¹⁰²⁶ HARPER, *supra*, note 713, 196; OFFEN SIMON, *supra*, note 268, 971

¹⁰²⁷ NADEAU, *supra*, note 475, 631 (note 130)

Toutefois, l'on aurait tort d'y voir une panacée miracle au problème de la discrimination dans l'administration des conventions collectives. Pour le salarié lésé, il s'agit au mieux d'une mesure susceptible de lui permettre d'obtenir jugement à un prix et dans des délais un peu plus acceptables considérant la lenteur et les coûts de la justice civile, d'une part, et l'engorgement chronique qui caractérise les mécanismes de traitement des plaintes de discrimination par les commissions des droits de la personne, d'autre part. Ainsi, au système public de gestion des plaintes de discrimination, sous-financé en raison des coupures budgétaires des dernières années¹⁰²⁸, il y aurait possibilité de superposer un régime d'arbitrage à financement privé.¹⁰²⁹

Cependant, il ne faudrait pas oublier que le manque d'expertise ou de sensibilisation de certains arbitres de grief au regard du domaine des droits et libertés fondamentaux¹⁰³⁰, combiné à leurs pouvoirs réparateurs généralement plus restreints que ceux dont disposent les tribunaux des droits de la personne¹⁰³¹, pourraient aussi constituer des obstacles certains pour le salarié en quête d'une pleine égalité. Nous persistons néanmoins à croire que la décision de choisir « le moindre des deux maux » devrait lui appartenir en propre.

¹⁰²⁸ *Supra*, note 32

¹⁰²⁹ CARTER, *supra*, note 265, 192. Cela dit, on aurait tort de nier la dimension éminemment publique que la procédure d'arbitrage des griefs a prise dans la foulée des interventions étatiques des dernières décennies: LYNK, *supra*, note 673, 244; MAHONEY, *supra*, note 108, 29; ROBERT et VALLÉE, *supra*, note 566, 141; Jan W. STURNER, « The Benefits of Arbitrating ADA Claims and an Update on the Conflict Between the Duty to Accommodate and Seniority Rights », (1999) 50 *Lab. L.J.* 3, 4-5

¹⁰³⁰ ADELL, *supra*, note 861, 335; ADELL, *supra*, note 565, 12; CARTER, *id.*, 197 et 203-204; MULLAN, *supra*, note 873, 657-658; Frédérique POIRIER et Lucie LAMARCHE, « L'accès au Tribunal des droits de la personne du Québec : une fréquence modulée », (1997) 57 *R. du B.* 785, 837; TABBAKH, *supra*, note 837, 271 et 275-276; WOLKINSON et NICHOL, *supra*, note 873, 29; *CONTRA* : SWINTON et SWAN, *supra*, note 837, 123 et 139-140

¹⁰³¹ CARTER, *id.*, 193 ; CHALTON et BURKE, *supra*, note 644, 42 ; TABBAKH, *id.*, 271 et 274. Tacitement : *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *supra*, note 389, 45 (J. McLachlin, par. 83)

Section 3 - La jouissance des avantages syndicaux

Si la législation du travail a pour toute cible la discrimination dans l'exercice des fonctions syndicales dites traditionnelles, savoir la négociation et la mise en œuvre de la convention collective, les lois sur les droits de la personne ne sont pas aussi économes de leur protection.

C'est particulièrement vrai pour la *Charte québécoise* qui prévoit, à son article 17, une interdiction, pour quiconque, d'exercer de la « discrimination dans l'admission, la jouissance d'avantages, la suspension ou l'expulsion d'une personne d'une association [...] de salariés... ». Sans aller aussi loin, le paragraphe 9(1) de la *Loi canadienne* proscrit également la discrimination dans l'adhésion d'une personne à une organisation syndicale, sa suspension ou son expulsion. En outre, le législateur fédéral intime à l'association de salariés de ne pas établir, à l'égard d'un individu lié par la convention collective, « des restrictions, des différences ou des catégories ou de prendre toutes autres mesures susceptibles soit de le priver de ses chances d'emploi et d'avancement, soit de limiter ses chances d'emploi ou d'avancement, ou, d'une façon générale, de nuire à sa situation. »¹⁰³²

Alors que la loi fédérale entend essentiellement bannir la discrimination dans l'accès à l'organisation de salariés, l'exercice de la discipline syndicale et l'administration de la convention collective, la *Charte québécoise*, tout en visant clairement ces mêmes activités, recourt également à une expression plus vaste («...la jouissance d'avantages...») susceptible, croyons-nous, d'étendre sensiblement sa portée.

En fait, tout avantage que peut procurer une association de salariés, quel qu'il soit, ne pourrait différer en fonction d'une caractéristique personnelle visée par l'article 10 de la *Charte québécoise*.¹⁰³³ À notre avis, c'est donc à tort que l'on a pu soutenir que

¹⁰³² Art. 9(1)c) de la *Loi canadienne*

¹⁰³³ Dans une décision partagée, la Cour d'appel du Québec rappelle avec raison que le terme «discrimination» qui se retrouve à l'article 17 de la *Charte québécoise* vise seulement les distinctions

l'expression retenue par la loi quasi constitutionnelle du Québec désigne seulement « les avantages que procure le fait d'appartenir à une association » et non « les obligations que le Code [du travail] impose aux syndicats ». ¹⁰³⁴

En fait, les dispositions du *Code du travail* du Québec qui portent « sur la qualité des services que le syndicat accrédité doit, à ce titre, rendre aux salariés » ne sont qu'un «prolongement» ¹⁰³⁵ législatif ou, pour dire plus juste, « une application particulière de la règle générale énoncée à l'article 17 » ¹⁰³⁶ de la *Charte québécoise*.

On a déjà écrit que «le bénéfice du devoir de juste représentation constitue [...] le principal avantage dont l'article 17 de la Charte garantit la jouissance, sans discrimination». ¹⁰³⁷ Peut-être est-il aujourd'hui plus exact d'affirmer que, dans les faits, cette disposition de la Charte porte en elle un véritable devoir de juste représentation, autonome et distinct ¹⁰³⁸, devoir nettement plus exigeant, pour le syndicat, que celui qui se dégage de la seule législation du travail. Ce devoir, que nous serions enclin à qualifier de *devoir de représentation égalitaire* pour le distinguer de son lointain cousin, s'impose à toute association de salariés, qu'elle soit accréditée ou non ¹⁰³⁹, et a trait à tout type d'«avantages» qu'elle peut offrir.

énumérées, de façon limitative, par l'article 10 : *Union des employés de service, section locale 800 c. Farbec Inc.*, [1997] R.J.Q. 2073 (C.A.). 2078 (j. Biron, *ad hoc*). Confondant manifestement les notions de « discrimination » tirées respectivement de la *Charte québécoise*, d'une part, et du devoir de juste représentation consacré par le *Code du travail*, d'autre part, le juge Beaugregard, dissident, affirme plutôt, à la page 2080, que la définition de la discrimination prévue par l'article 10 «...n'est pas exhaustive : il y a discrimination lorsqu'un syndicat exclut de ses rangs un salarié qui ne partage pas l'avis des dirigeants du syndicat.»

¹⁰³⁴ BRUNET, *supra*, note 488, 9

¹⁰³⁵ MORIN et BRIÈRE, *supra*, note 48, 426 (par. III-106 iii)

¹⁰³⁶ Jean-Yves BRIÈRE, *Relations de travail*, Farnham, Publications CCH, 1997 (édition sur feuilles mobiles), 2,802 (par. 20-701) (nos italiques)

¹⁰³⁷ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *supra*, note 482, 53 et 58

¹⁰³⁸ Voir par analogie: OFFEN-SIMON, *supra*, note 268, 970-971

¹⁰³⁹ Par opposition à l'article 47.2 du *Code du travail*, le texte de l'article 17 de la *Charte québécoise*, en ne soufflant mot de la question de l'accréditation, ne laisse planer aucun doute à ce propos: COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *supra*, note 482, 51-52

Or, on sait que devant la baisse de leurs effectifs, les syndicats sont à développer une panoplie de services pour attirer de nouveaux membres dans leurs rangs.¹⁰⁴⁰ À titre d'exemples, ils peuvent agir comme agence de placement, offrir des services similaires à ceux d'une agence de voyage, implanter des régimes d'assurances, faciliter l'accès au crédit, dispenser des conseils juridiques¹⁰⁴¹, financiers, fiscaux¹⁰⁴² et de la formation d'appoint, publier des guides d'information...¹⁰⁴³

Conséquemment, l'établissement de distinctions fondées sur l'une ou l'autre des caractéristiques individuelles énumérées par la *Charte québécoise*, dans l'offre ou l'accomplissement de services de ce genre, pourrait justifier une contestation de la personne qui en est l'objet. Pour l'individu lésé, les possibilités de contestation peuvent donc être bien plus nombreuses qu'en vertu de la législation du travail et du modeste devoir de juste représentation qu'elle impose, par surcroît, aux seules associations syndicales accréditées.

Par exemple, le syndicat qui tient ses réunions dans un endroit non accessible aux personnes à mobilité réduite¹⁰⁴⁴ ou à des heures qui entrent en conflit avec les pratiques

¹⁰⁴⁰ GAGNON, *supra*, note 50, 8: « ...les syndicalismes [...] tentent de raviver l'allégeance de leurs membres ou adhérents par l'offre de nouveaux services, par une instrumentalité davantage dirigée vers l'individu comme citoyen, contribuable, consommateur, parent... »; KUMAR, MURRAY et SCHETAGNE, *supra*, note 79, 51 (tableau 9), font observer que plus de 80% des syndicats associent l'offre de nouveaux services aux membres à une priorité organisationnelle « importante » (41,7%) ou « assez importante » (39,6%).

¹⁰⁴¹ GAGNON, *supra*, note 8, 123

¹⁰⁴² JACQUES, *supra*, note 322, E-8 (citant Jacques Dubreuil, conseiller syndical à la CSN)

¹⁰⁴³ RABIN, *supra*, note 320, 206-207

¹⁰⁴⁴ WHITE, *supra*, note 673, 214-215: « ...union members with disabilities may be severely marginalized in the labour movement no less than in the workplace if they cannot obtain transportation to meetings, if they cannot get into the building or the room where the meetings are held, and if they cannot hear or see the reports. » Pour sa part, la CONFÉDÉRATION DES SYNDICATS NATIONAUX, *Le droit au travail des personnes handicapées*, Groupe de travail sur l'intégration et la réintégration en emploi des personnes handicapées (rédaction : Nadia Lagha), Montréal, CSN, 1994, se borne à affirmer, à la page 38, que « [l']accessibilité aux locaux et aux salles de réunions syndicales, l'adaptation de l'information syndicale, ainsi que toutes les mesures

religieuses ou les responsabilités parentales¹⁰⁴⁵ de certains membres, qui refuse de mettre ses locaux, généralement disponibles à tous, à la disposition d'un groupe de salariés gais ou lesbiennes ou encore qui ne consent pas à publier, dans son journal interne, une invitation à une assemblée de nature politique sous prétexte qu'il n'endosse pas l'option des salariés qui l'animent pourrait devoir répondre de sa conduite sur le fondement des articles 10 et 17 de la *Charte québécoise*.

Assez étrangement, cette dernière disposition du texte quasi constitutionnel a très peu retenu l'attention des tribunaux à ce jour. Il est pour le moins étonnant que les justiciables n'aient pas tenté de tirer davantage profit du large potentiel que présente la *Charte québécoise* sous ce rapport. Outre les coûts astronomiques, les délais sans fin et les représailles collectives que peut parfois entraîner l'exercice d'un recours individuel contre un syndicat, peut-être doit-on voir là un autre signe de l'inclination naturelle des salariés syndiqués à utiliser surtout les voies de recours aménagées par les lois du travail plutôt que par les chartes et lois sur les droits de la personne.

nécessaires à la participation des personnes handicapées aux divers paliers décisionnels sont autant d'éléments qui appartiennent à l'initiative de chacun des syndicats.» Le SYNDICAT DES COMMUNICATIONS, DE L'ÉNERGIE ET DU PAPIER, *Politique 106 : Équité en matière d'emploi*, 26 octobre 1995, s'est quant à lui engagé à « voir, dans toute la mesure du possible, à ce que les bureaux et installations de réunion soient accessibles aux personnes handicapées (notamment en prenant les dispositions nécessaires à l'accès des délégué-e-s aux congrès, aux conférences, etc., qui sont aveugles, sourds et se déplacent en fauteuil roulant)... »

¹⁰⁴⁵ MCUSIC et SELMI, *supra*, note 85, 1349 : « Even something seemingly as routine as an evening meeting might be burdensome for a woman with primary family responsibilities. »

TITRE II

L'ATTEINTE DE L'ÉQUILIBRE ENTRE LES DROITS RECONNUS PAR LA CONVENTION COLLECTIVE ET LES DROITS DE LA PERSONNE

À défendre à tous crins les droits de la majorité des salariés, on peut malencontreusement négliger les intérêts de quelques-uns. Souventes fois pris entre l'« arbre » collectif des travailleurs et l'« écorce » individuelle de chacun d'eux, le syndicat doit inlassablement chercher à atteindre l'équilibre entre les forces en présence.

Quand l'association syndicale, par sa conduite ou ses décisions *a priori* discriminatoires, est accusée de rompre cet équilibre toujours précaire, les tribunaux peuvent être appelés à le rétablir, tantôt sur le fondement du devoir de juste représentation, tantôt en application des chartes et lois sur les droits de la personne. Plus à l'aise dans le rôle de demandeur qui est traditionnellement le sien¹⁰⁴⁶, le syndicat doit, dans ce contexte, le délaissier pour agir plutôt en défense et démontrer que l'acte qu'on lui reproche est respectueux du principe d'égalité.

Selon que la revendication du salarié repose sur l'obligation de représentation équitable des codes du travail ou l'obligation de non-discrimination qui se dégage des textes fondamentaux, les moyens de défense à la disposition du syndicat pourront différer radicalement. À cet égard, la jurisprudence relative aux chartes et lois sur les droits de la personne a atteint un niveau de raffinement qui fait défaut aux précédents portant sur la législation du travail. Le chapitre premier du présent titre s'intéresse aux différentes méthodes d'analyse employées par les tribunaux pour définir, en fait, les limites de ces différentes obligations syndicales.

¹⁰⁴⁶ ROUILLARD (1993), *supra*, note 4, 299 : « ...la fonction du syndicalisme dans notre système de relations industrielles, qui est largement une réaction au pouvoir patronal, le place la plupart du temps dans le rôle de demandeur, pour ne pas dire de quémandeur de salaires et d'autres avantages. [...] En effet, ce sont la plupart du temps les syndicats qui passent à l'offensive... »

Notre second chapitre mettra davantage en lumière la méthode d'analyse adoptée en application des chartes et lois sur les droits de la personne. Le problème complexe du conflit entre les droits garantis par ces lois fondamentales et les droits d'ancienneté prévus par la convention collective nous servira alors d'illustration. L'examen de la jurisprudence pertinente montrera que les devoirs qui incombent aux syndicats en vertu des lois constitutionnelle et quasi constitutionnelles sont nettement plus considérables que ceux qu'ils doivent assumer aux termes des codes du travail.

Les associations de salariés étant généralement plus enclines à régler les mésententes qui naissent dans les milieux de travail par la voie de la négociation plutôt que de la judiciarisation, on peut comprendre qu'elles appréhendent, dans ce contexte, la multiplication des interventions judiciaires fondées sur les chartes et lois sur les droits de la personne. Sans être en mesure d'annihiler les pouvoirs dont les juges sont investis – ou s'investissent ! – en application de ces textes, les syndicats peuvent à tout le moins composer avec eux en établissant, au moyen de la convention collective, certains paramètres susceptibles de faciliter la détermination des limites qu'il convient d'imposer aux droits individuels quand ceux-ci s'entrechoquent trop durement avec les droits collectifs de l'ensemble des salariés. Notre troisième chapitre suggère certaines mesures aptes à assurer aux salariés une protection optimale de leurs droits individuels à l'égalité, dans le respect des droits et de l'identité de chacun.

Chapitre I – Les limites aux devoirs du syndicat

Qu'il s'agisse de la *Charte canadienne*, de la *Charte québécoise* ou de la *Loi canadienne*, toutes trois présentent une disposition justificative¹⁰⁴⁷ permettant de sauvegarder une norme ou une pratique de prime abord discriminatoire. Au fil des ans, les tribunaux sont parvenus à établir des grilles d'analyse assez complexes pour être en mesure de juger de la raisonnable des limites qui peuvent être apportées à la protection contre la discrimination.

¹⁰⁴⁷ Ces dispositions sont reproduites intégralement, *supra*, Titre I, chapitre I, section 3, B). 2., pp. 160-161

Savant amalgame des principes dégagés par la jurisprudence américaine en application du XIV^e Amendement¹⁰⁴⁸ – lequel garantit à tous la même protection de la loi (*equal protection of the laws*) – les critères de pondération découlant de l'article premier de la *Charte canadienne* s'intéressent à la fois aux *finalités* de l'action gouvernementale et aux *moyens* mis en œuvre pour les atteindre :

Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux critères fondamentaux. En premier lieu, l'*objectif* que visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou une liberté garantis par la *Charte*, doit être « suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution ».

[...]

En deuxième lieu, dès qu'il est reconnu qu'un objectif est suffisamment important, la partie qui invoque l'article premier doit alors démontrer que les *moyens* choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. Cela nécessite l'application d'« une sorte de critère de proportionnalité » [...] À mon avis, un critère de proportionnalité comporte trois éléments importants. Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un *lien rationnel* avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter « *le moins possible* » atteinte au droit ou à la liberté en question [...]. Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les *effets* des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par

¹⁰⁴⁸ PROULX, *supra*, note 366, 433-446; TARNOPOLSKY, *supra*, note 343, 253-255; TREMBLAY, *supra*, note 351, 348-349

la *Charte* et l'objectif reconnu comme « suffisamment important ».¹⁰⁴⁹

L'on sait aujourd'hui que ces critères trouvent application dès qu'un acte discriminatoire imputable en tout ou en partie au gouvernement est en cause, qu'il s'agisse d'une discrimination directe ou par effet préjudiciable.¹⁰⁵⁰

Sans être absolument identique¹⁰⁵¹, la méthode d'analyse appliquée pour déterminer si une règle ou une pratique d'emploi correspond à une exigence professionnelle justifiée (EPJ), aux termes des articles 20 de la *Charte québécoise* ou 15(1)a) de la *Loi canadienne*, présente une similarité certaine avec celle élaborée en vertu de la *Charte canadienne*. De fait, là encore, tant l'*objectif* visé par l'auteur d'une discrimination que les *moyens* pris pour le réaliser font l'objet d'une étude approfondie par les tribunaux¹⁰⁵²:

- (1) L'aptitude ou la qualité a-t-elle un *lien rationnel* avec l'emploi en question ? C'est là un moyen de déterminer si le *but* visé par l'employeur en établissant l'exigence convient objectivement au poste en question. [...]
- (2) La règle est-elle bien conçue de manière que l'exigence quant à l'aptitude ou à la qualité puisse être remplie sans que les personnes assujetties à la

¹⁰⁴⁹ R. c. *Oakes*, *supra*, note 448, 138-139 (j. Dickson) (nos italiques). Soulignons qu'à ce dernier volet relatif à la prise en compte des effets préjudiciables par rapport à l'objectif se greffe maintenant une étude de la proportionnalité entre ces mêmes effets préjudiciables et les effets bénéfiques qu'entraîne. par ailleurs, la règle de droit contestée : *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, 887-889 (j. Lamer) ; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, 967-970 (j. Bastarache, par. 123 à 125) ; *M. c. H.*, *supra*, note 460, 82 (jj. Cory et Iacobucci, par. 133)

¹⁰⁵⁰ *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, *supra*, note 382, 671-672 et 681-682 (j. LaForest, par. 62-63 et 79)

¹⁰⁵¹ Pour une revue des distinctions les plus notables, sous ce rapport, entre la *Charte canadienne* et les lois sur les droits de la personne, voir PROULX, *supra*, note 67, 58-60

¹⁰⁵² *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, *supra*, note 996, 881 (j. McLachlin, par. 21) ; PROULX, *id.*, 59: « ...la jurisprudence utilise de plus en plus des critères d'analyse semblables dans les deux cas : contrôle des objectifs et des moyens, exigences de rationalité et de proportionnalité. »

règle ne se voient imposer un fardeau excessif ? Cela nous permet d'examiner le caractère raisonnable des *moyens* choisis par l'employeur pour vérifier si l'on satisfait à cette exigence dans le cas de l'emploi en question.¹⁰⁵³

Pendant plusieurs années, l'application de ces directives fut réservée aux seuls cas de discrimination *directe*.¹⁰⁵⁴ Dans les cas où la discrimination résultait de règles neutres en apparence mais dont les effets s'avéraient néanmoins préjudiciables à certains groupes visés par la norme législative d'égalité, la défense d'EPJ était considérée comme non avenue.

L'on y substituait plutôt un autre moyen de défense de création jurisprudentielle. L'auteur de l'acte indirectement discriminatoire devait alors démontrer qu'il ne pouvait raisonnablement accommoder le salarié victime de discrimination parce que cela l'exposerait à une « contrainte excessive ».

Autrement dit, pour la Cour suprême du Canada, le devoir d'accommodement n'avait de sens qu'en présence d'une discrimination *indirecte* ou *par effet préjudiciable*. Ce n'est que dans l'hypothèse où l'on cherchait à appliquer une règle dite « neutre », mais discriminatoire dans ses effets, que l'employeur devait offrir à la personne lésée un accommodement individuel jusqu'à ce que soit atteinte la limite de la contrainte excessive.

Outre que cette dichotomie, vraisemblablement inspirée de la jurisprudence américaine¹⁰⁵⁵, n'avait pas la moindre assise dans les textes¹⁰⁵⁶ de la *Charte*

¹⁰⁵³ *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, *supra*, note 437, 311-312 (J. Beetz)

¹⁰⁵⁴ Cela ressortait clairement des arrêts *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; *Large c. Stratford (Ville)*, *supra*, note 873

¹⁰⁵⁵ COUTU, *supra*, note 626, 96

québécoise¹⁰⁵⁷ ou de la *Loi canadienne*, elle appelait à faire une distinction que la complexité des réalités pratiques occulte. C'est pourquoi de nombreux auteurs déploraient la nature artificielle et pour le moins ténue de cette distinction entre la discrimination *directe* et la discrimination *indirecte*.¹⁰⁵⁸ Ils notaient avec justesse que toute exigence professionnelle indirectement discriminatoire pouvait à la limite être reformulée de manière à se présenter comme une discrimination directe¹⁰⁵⁹, le contraire étant également possible.¹⁰⁶⁰ Aujourd'hui, la Cour affirme à son tour que « [l]a distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte est non seulement malléable, mais encore irréaliste »¹⁰⁶¹ et « factice ».¹⁰⁶²

Il faut dire que sa position antérieure était d'autant plus difficile à défendre que la grille d'analyse applicable pour juger de la raisonnable des justifications à la discrimination *directe* invitait à ne pas exposer le salarié objet de l'acte discriminatoire à « un fardeau

¹⁰⁵⁶ David BEATTY, « The Canadian Conception of Discrimination », (1996) 4 *C.L.E.L.J.* 263, 278; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *supra*, note 389, 28 (j. McLachlin, par. 45 et 46)

¹⁰⁵⁷ DRAPEAU, *supra*, note 384, 836 et suivantes; MOREL, *supra*, note 511, 86

¹⁰⁵⁸ Voir notamment: CARTER, *supra*, note 267, 189; D'ANDREA, CORRY et FORESTER, *supra*, note 428, 4-20 et 4-20.1 (par. 4:3350); DAY et BRODSKY, *supra*, note 362, 448, 461 et 472; DRAPEAU, *id.*, 837 (note 28); ETHERINGTON, *supra*, note 681, 325; Anne M. MOLLOY, « Disability and the Duty to Accommodate », (1992) 1 *C.L.L.J.* 23, 36; PROULX, *supra*, note 67, 110 et 127; WORKERS WITH DISABILITIES PROJECT, *Duty to Accommodate Workers with Disabilities : Union Issues*, Winnipeg, Manitoba Federation of Labour, mars 1995, 6. La lecture de la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Canada (Commission des droits de la personne) c. Banque Toronto-Dominion*, *supra*, note 628, 265, suffit pour se convaincre de l'ampleur des difficultés que posait, en pratique, cette distinction toute théorique, voire « chimérique ». (j. Robertson, par. 142)

¹⁰⁵⁹ PROULX, *id.*, 110

¹⁰⁶⁰ DAY et BRODSKY, *supra*, note 362, 449, lesquelles concluaient, à la page 457: « In short, the distinction between direct and adverse effect discrimination has significant drawbacks as an analytical tool because : 1) the distinction cannot always clearly made ; 2) when different outcomes are attached to the different forms of discrimination, *the analysis may be manipulated to ensure the desired result* [...] » (nos italiques)

¹⁰⁶¹ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *supra*, note 389, 19 (j. McLachlin, par. 29)

¹⁰⁶² *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, *supra*, note 996, 880 (j. McLachlin, par. 18)

excessif».¹⁰⁶³ On précisait même que « [s]'il existe une solution pratique autre que l'adoption d'une règle discriminatoire, on peut conclure que l'employeur a agi d'une manière déraisonnable en n'adoptant pas cette autre solution ».¹⁰⁶⁴ Ne devait-on pas comprendre de ce volet de l'analyse qu'il renfermait, implicitement, un devoir d'accommodement¹⁰⁶⁵?

Sensible aux critiques dont elle était l'objet¹⁰⁶⁶ et soucieuse de promouvoir les valeurs de justice et de dignité qui sont au cœur du droit à la non-discrimination¹⁰⁶⁷, la Cour suprême du Canada abandonnait donc, en septembre 1999, la dualité des moyens de défense qu'elle préconisait jusque-là, selon que la discrimination s'exprime de manière flagrante ou dissimulée. Dorénavant, le devoir d'accommodement se trouve intégré à la défense fondée sur l'exigence professionnelle justifiée¹⁰⁶⁸, laquelle peut être invoquée quelle que soit la forme de discrimination en cause :

¹⁰⁶³ *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, *supra*, note 437, 311-312 (j. Beetz)

¹⁰⁶⁴ *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, *supra*, note 437, 1313-1314 (j. Sopinka)

¹⁰⁶⁵ C'était du moins ce que dictaient les règles de la sémantique : DAY et BRODSKY, *supra*, note 362, 443 et 445; PROULX, *supra*, note 67, 115 et 125; PROULX, *supra*, note 33, 691 et suivantes. D'ailleurs, dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *supra*, note 389, 32, la Cour reconnaît maintenant que « la recherche de solution de rechange raisonnables et proportionnelles à une règle générale » est une « forme d'accommodement » (j. McLachlin, par. 53)

¹⁰⁶⁶ Bien que la Cour ne cite que des auteurs anglophones pour justifier sa nouvelle position dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *id.*, plusieurs auteurs québécois avaient contesté le bien-fondé de la distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte sur le plan des moyens de défense. Le professeur PROULX (1993), *id.*, 109-126, fait figure de ténor à cet égard. Voir également: COUTU, *supra*, note 626, 95-96; DRAPEAU, *supra*, note 384, 839-843; Pierre E. MOREAU et Natalie BUSSIÈRE, « L'obligation d'accommodement : les limites jurisprudentielles », dans BARREAU DU QUÉBEC, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit du travail (1995)*, vol. 65, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1995, 143, 147-149 et 152; Fernand MORIN, « La convention collective et l'obligation d'accommodement selon l'arrêt Okanagan », (1993) 48 *Relat. Ind.* 732, 738 et 740; PROULX (1996), *id.*, 690 et 699; VILLAGGI, *supra*, note 66, 295 (note 19) et 330; CONTRA : Jacques A. NADEAU, « Récents développements en matière de discrimination dans l'emploi », dans BARREAU DU QUÉBEC, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit du travail (1998)*, vol. 102, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1998, 187, 201-203 .

¹⁰⁶⁷ Voir nos développements, *supra*, Titre I, Chapitre I, section 1, B), pp. 88 et suivantes

[...] je propose d'adopter la méthode en trois étapes qui suit pour déterminer si une norme discriminatoire à première vue est une EPJ. L'employeur peut justifier la norme contestée en établissant, selon la norme de 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 subisse une contrainte excessive.*¹⁰⁶⁹

Ainsi, l'obligation d'accommodement est maintenant incontournable et s'applique tous azimuts. Il nous faut saluer ce revirement jurisprudentiel de la plus haute cour du pays.¹⁰⁷⁰ L'unification des moyens de défense et l'intégration du devoir d'accommodement individuel à la défense fondée sur l'« exigence professionnelle justifiée » étaient devenus nécessaires. De fait, dans une société qui valorise la justice, la dignité humaine et « la prise en main personnelle »¹⁰⁷¹, il demeure inacceptable que.

¹⁰⁶⁸ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *supra*, note 389, 17 et 33 (j. McLachlin, par. 24 et 55); *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, *supra*, note 996, 880-881 (j. McLachlin, par. 19)

¹⁰⁶⁹ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *id.*, 32-33 (j. McLachlin, par. 54) (nos italiques). Voir également : *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, *id.*, 881 (j. McLachlin, par. 20)

¹⁰⁷⁰ Notons que la Cour suprême se montrait déjà prête à amorcer le « virage » dans l'arrêt *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, *supra*, note 552. Voir, en ce sens, la démonstration convaincante que fait l'arbitre Denis Nadeau dans l'affaire *Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57 c. Caisse populaire Deux-Rivières*, [1999] R.J.D.T. 397 (T.A.), 412-418

par des règles d'une rigidité absolue, des personnes soient arbitrairement exclues du marché de l'emploi sans égard à leur mérite propre et à leurs capacités d'accomplir un travail donné.¹⁰⁷²

C'est incidemment pourquoi le législateur fédéral a ajouté deux nouveaux paragraphes à l'article 15 de la *Loi canadienne* en 1998. Après avoir indiqué, au premier alinéa de cet article, que « les refus, exclusions, expulsions, suspensions, restrictions, conditions ou préférences de l'employeur » ne constituent pas des actes discriminatoires s'« ils découlent d'exigences professionnelles justifiées », la loi précise:

15. [...]

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

[...]

(8) Le présent article s'applique à tout fait, qu'il ait pour résultat la discrimination directe ou la discrimination par suite d'un effet préjudiciable.

[...]

À la lumière des nouvelles règles établies par la jurisprudence, les principes que consacre cette disposition de la *Loi canadienne* sont désormais pleinement applicables à la *Charte québécoise*.

Cela dit, dans la perspective qui est la nôtre, soit celle de la discrimination exercée par les syndicats, l'unification des moyens de défense présente un autre avantage du fait

¹⁰⁷¹ *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, *supra*, note 349, 530 (j. Iacobucci, par. 53)

¹⁰⁷² PROULX, *supra*, note 33, 699

qu'elle vient combler, en quelque sorte, un vide juridique. En vertu des droits de direction que les principes généraux du droit du travail¹⁰⁷³ octroient à l'employeur¹⁰⁷⁴, celui-ci est seul habilité à déterminer, par exemple, le nombre d'employés requis pour atteindre le niveau de productivité qu'il fixe, de même que les aptitudes et qualités requises d'eux pour réaliser le travail nécessaire à cette fin.¹⁰⁷⁵ Sous ce rapport, l'association accréditée pour représenter les salariés joue généralement un rôle négligeable.¹⁰⁷⁶ Cela étant, dans l'état du droit antérieur, il était douteux qu'elle puisse bénéficier du moyen de défense fondée sur l'« exigence professionnelle justifiée », cette voie de repli aménagée par les législateurs semblant réservée exclusivement à « l'employeur ».¹⁰⁷⁷

Par ailleurs, si d'aventure l'association de salariés parvenait à arracher, par la voie de la négociation, un droit de regard sur les aptitudes ou qualités requises pour accomplir certaines tâches, cette ultime concession patronale ne pouvait qu'être circonscrite avec une infinie précision par la convention collective.¹⁰⁷⁸

¹⁰⁷³ Incidemment. « [l]a quasi-totalité des conventions [collectives] comprennent une clause de reconnaissance des droits de gérance... » : LAPERRIÈRE, *supra*, note 147, 197. Voir au même effet : ADAMS, *supra*, note 5, 339; *Syndicat des travailleuses et travailleurs de Bridgestone Firestone de Joliette (C.S.N.) c. Trudeau*, *supra*, note 939, 1088 (J. LeBel)

¹⁰⁷⁴ L'article 2085 du *Code civil du Québec* fait d'ailleurs de ce droit de direction un élément fondamental du contrat de travail.

¹⁰⁷⁵ DAVID, *supra*, note 299, 337; DÉOM, *supra*, note 328, 974; Michael LYNK et Richard ELLIS, « Unions and the Duty to Accommodate », (1992) 1 *C.L.L.J.* 238, 261 et 263; LUND et DECLERCQ, *supra*, note 829, 49 (citant *Milton v. Scrivner Inc.*, 53 F.3d 1118 (10th Cir., 1994))

¹⁰⁷⁶ GROLEAU, *supra*, note 64, 90, rappelle que « [...] les conventions collectives ne remettront pas en question le pouvoir de l'employeur de gérer son entreprise, d'organiser le travail comme il veut[...] », sous réserve « [...] des clauses relatives à la sous-traitance et au travail des personnes exclues de l'unité de négociation » et, ajouterions-nous, des clauses relatives aux « changements technologiques » : BERNIER et CÔTÉ, *supra*, note 109, 25-26

¹⁰⁷⁷ Sous ce rapport, le libellé de l'alinéa 15a) de la *Loi canadienne* est sans équivoque. Si l'article 20 de la *Charte québécoise* apparaît un peu plus ambigu à ce propos, l'interprétation restrictive qu'il commande (voir la jurisprudence citée, *supra*, notes 520 et 739) et les principes généraux du droit du travail militaient en faveur de son application exclusive à l'employeur. DÉOM, *supra*, note 328, 974, reconnaît incidemment que l'article 20 vise à préserver les « droits de gérance de l'employeur ».

¹⁰⁷⁸ Voir par exemple : *Alcan International Ltée c. Ménard*, D.T.E. 99T-1142 (C.A.)

Dans un cas comme dans l'autre, c'est surtout l'employeur qui devait dès lors répondre, en défense, au reproche soit d'avoir agi de façon discriminatoire dans l'exercice de ses droits de direction, soit d'avoir souscrit, conjointement avec le syndicat, une convention collective qui délimite ces mêmes droits d'une manière incompatible avec le principe d'égalité. Dans ce contexte, de deux choses l'une : ou bien le syndicat menait la charge contre l'employeur au nom du salarié lésé, auquel cas la problématique des moyens de défense ne se posait pas à son égard, ou bien il s'alliait à l'employeur pour l'appuyer dans son argumentation fondée sur l'« exigence professionnelle justifiée » sans toutefois pouvoir invoquer des moyens de défense proprement syndicaux.

Désormais, le syndicat susceptible d'être trouvé responsable de la discrimination pourra toujours se défendre en démontrant qu'il lui est impossible d'en supprimer les effets sans subir, du coup, une contrainte excessive. Ainsi, face à l'expansion du devoir d'accommodement à toute forme de discrimination, il n'est plus possible de prétendre que les textes fondamentaux imposent aux associations de salariés des devoirs auxquels ne correspond, pour elles, aucun droit.¹⁰⁷⁹

Section 1 – Le lien rationnel

Qu'un salarié invoque un manquement au devoir de juste représentation syndical au sens des codes du travail, ou qu'il se dise victime de discrimination aux termes des chartes et lois sur les droits de la personne, il invite chaque fois les tribunaux à s'interroger d'abord sur la raison d'être de la distinction opérée par le syndicat. Si celle-ci est jugée irrationnelle, elle ne peut plus être opposée au salarié lésé.

En revanche, si la distinction syndicale est jugée conforme à la raison, elle peut connaître un sort variable suivant la norme sur laquelle l'analyse judiciaire est axée. Si

¹⁰⁷⁹ Plusieurs juristes avaient exprimé cette préoccupation à la lumière du droit antérieur : Brian ETHERINGTON, « The Human Rights Responsibilities of Unions : *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud* », (1993) 2 C.L.L.J. 267, 279 (citant avec approbation l'opinion dissidente du juge Campbell dans l'affaire *Gohm c. Domtar Inc.*, (1992) 89 D.L.R. (4th) 305 (C. div. Ont.), 315);

cette analyse a la législation du travail pour fondement exclusif, la distinction sera généralement maintenue sans que l'on ne pousse plus loin l'examen. En revanche, si l'analyse repose sur les chartes et lois sur les droits de la personne, la distinction syndicale ne sera pas sauve pour autant : une autre étape nettement plus exigeante devra être franchie avec succès pour que le syndicat puisse valablement s'en prévaloir et modeler son action sur elle.

Ainsi, même si la distinction en cause s'avère rationnelle, encore faudra-t-il déterminer si le salarié qui en est l'objet se trouve exposé à un fardeau disproportionné, eu égard à l'objectif qui la sous-tend. Si tel est le cas, une mesure d'accommodement raisonnable pourrait devoir être aménagée en faveur du salarié à moins que sa mise en œuvre ne soumette le syndicat à une contrainte excessive.

A) Une étape ultime selon les codes du travail

Tandis que la méthode d'analyse applicable pour disposer d'une allégation d'atteinte aux normes égalitaires prévues par les chartes et lois sur les droits de la personne compte deux étapes bien distinctes, soient celles qui consistent pour le demandeur à établir une *violation* de ses droits et pour le défendeur à démontrer une *justification* raisonnable, la législation du travail ne différencie pas clairement ces deux étapes.

Pour le salarié qui revendique le respect intégral du devoir de juste représentation en vue d'échapper à la discrimination syndicale dont il s'estime l'objet, la synthèse de ces étapes en une seule n'est pas sans conséquence. La notion de « discrimination » des codes du travail renfermant, en soi, un élément de justification¹⁰⁸⁰, il revient donc au salarié de démontrer que la discrimination exercée contre lui par le syndicat n'est pas justifiée. En fait, il ne saurait même être question de « discrimination » s'il échoue dans cette tentative.

MACNEIL, LYNK et ENGELMANN, *supra*, note 236, 11-19 (par. 11.560): *Arsenault v. International Longshoremen's Association*, *supra*, note 651, 432 (Claude H. Foisy)

¹⁰⁸⁰ Voir nos développements, *supra*, Titre I, Chapitre I, section 3, B), 1., p. 157

Déjà non négligeable *a priori*, cet alourdissement du fardeau de la preuve s'avère encore plus important du fait que les exigences de justification qui doivent être satisfaites par le syndicat apparaissent minimales. Ainsi, à moins qu'il ne soit en mesure d'établir que la distinction qu'on lui oppose est « arbitraire », le salarié est condamné à la subir.

Concrètement, il semble que les tribunaux se limiteront à constater s'il y a ou non présence d'un lien rationnel entre l'*objectif* poursuivi par le syndicat – en clair, ses intentions – et la mesure que le salarié prétend discriminatoire à son endroit. Partant, si les actes syndicaux ne sont « ni arbitraires, ni inéquitable, ni fondées sur des considérations irrationnelles »¹⁰⁸¹, on confirmera généralement leur validité.

À titre d'exemple, la mise à la retraite obligatoire à l'âge de soixante-cinq ans de tous les membres d'une unité d'accréditation en contrepartie d'une garantie d'emploi pour tous ceux en deçà de cet âge est apparue pleinement rationnelle aux yeux de la Cour d'appel du Québec.¹⁰⁸² De même, la décision d'un syndicat de ne plus tenir compte de l'ancienneté d'une salariée contrainte à s'absenter pour cause de grossesse a été jugée rationnelle aux fins de valoriser l'assiduité au travail.¹⁰⁸³ Aussi pourra-t-on juger rationnel qu'au nom de la saine gestion des finances syndicales, une association s'appuie sur un avis juridique, fut-il douteux, pour refuser de porter à l'arbitrage le grief d'un employé congédié au seul motif qu'il a été trouvé coupable d'un acte criminel.¹⁰⁸⁴

¹⁰⁸¹ On aura reconnu ici l'expression employée dans un tout autre contexte par la Cour suprême du Canada pour décrire le tout premier volet du critère de proportionnalité qu'elle applique dans les cas où l'on tente d'apporter une justification à une violation de la *Charte canadienne* : *R. c. Oakes*, *supra*, note 448, 139 (J. Dickson)

¹⁰⁸² *The Gazette c. Parent*, *supra*, note 327

¹⁰⁸³ *Ouellet c. Syndicat des travailleurs et travailleuses du Deauville*, *supra*, note 700

¹⁰⁸⁴ *Syndicat des agents de la paix en services correctionnels du Québec c. Tribunal du Travail*, *supra*, note 970

En somme, dans la perspective d'une allégation de manquement au devoir syndical de juste représentation, la détermination du caractère « rationnel » ou « non arbitraire » – pour dire la même chose – de l'action syndicale constitue l'étape *ultime* de l'analyse judiciaire. Du moment qu'ils décèlent un lien logique entre l'acte syndical que l'on prétend discriminatoire et un objectif louable avancé par le syndicat pour l'expliquer, les tribunaux semblent alors disposés à ne pas intervenir au profit du salarié. Que l'association accréditée tente, ce faisant, de « tuer une mouche avec une masse »¹⁰⁸⁵ n'y ferait vraisemblablement rien pourvu, cela va de soi, que l'outil employé puisse effectivement permettre la suppression définitive de l'insecte !

Cette grande latitude laissée aux syndicats dans l'établissement de distinctions entre les salariés n'est pas sans rappeler, à titre d'analogie, celle que les juges des cours supérieures aménagent en faveur des tribunaux administratifs. Quand la décision rendue par ces derniers tribunaux se situe à l'intérieur de leur sphère juridictionnelle et de leur domaine d'expertise, seule une erreur « manifestement déraisonnable », c'est-à-dire « clairement irrationnelle » parce que « non conforme à la raison »¹⁰⁸⁶, pourra justifier une intervention judiciaire :

Sans décider du bien-fondé de cette interprétation [retenue par l'arbitre de grief], l'on doit constater qu'elle n'a pas ce caractère de déraisonnabilité qui, selon les enseignements de la Cour suprême, justifierait l'intervention du pouvoir de contrôle d'une Cour supérieure. L'interprétation de l'arbitre *n'est pas sans lien rationnel* avec les dispositions [de la convention collective].¹⁰⁸⁷

¹⁰⁸⁵ Nous reprenons ici l'expression savoureuse du regretté juge Beetz dans l'arrêt *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, *supra*, note 437, 315

¹⁰⁸⁶ *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941, 963-964 (J. Cory)

¹⁰⁸⁷ *Syndicat de l'enseignement du Lac Saint-Jean c. Commission scolaire du Lac St-Jean*, D.T.E. 98T-276 (C.A.), 5 (*per curiam*) (nos italiques)

De la même façon, l'acte syndical fondé sur une distinction qui « n'est pas sans lien rationnel » avec un objectif louable poursuivi par l'association accréditée a de fortes chances d'être validé, sans plus de formalité, aux termes de la législation du travail. Toutes proportions gardées, le salarié exposé à une distinction syndicale constitutive, selon lui, d'un manquement au devoir de juste représentation doit ainsi s'acquitter d'un fardeau similaire à celui qui échoit au justiciable débouté par un tribunal administratif et qui s'adresse à la Cour supérieure pour obtenir gain de cause : sa demande restera insatisfaite à moins qu'il ne puisse démontrer l'irrationalité du raisonnement qui l'a fait naître.¹⁰⁸⁸ C'est dire à quel point le versant de la pente qui se dresse devant lui en pareil cas est abrupt.

B) Une étape préliminaire selon les Chartes des droits de la personne

Alors que l'identification d'un lien rationnel entre les objectifs du syndicat et les distinctions établies par lui afin d'en favoriser la réalisation marque généralement la fin de l'analyse quand celle-ci procède des codes du travail, elle ne constitue qu'une étape préliminaire aux termes des chartes et lois sur les droits de la personne. En effet, la mesure syndicale *a priori* discriminatoire en vertu des textes fondamentaux ne sera pas sauvegardée du seul fait qu'elle présente un lien rationnel avec les fins pour lesquelles elle a été conçue.

C'est ainsi qu'en vertu de la *Charte canadienne*, la démonstration d'un lien rationnel ne forme que le premier volet d'un critère de proportionnalité qui en compte trois.¹⁰⁸⁹ Partant, le syndicat qui partage avec le gouvernement la responsabilité d'avoir enfreint, dans un cas donné, les droits constitutionnels à l'égalité d'un salarié pourrait devoir établir qu'il s'agit, au surplus, d'une atteinte minimale et que les effets bénéfiques que

¹⁰⁸⁸ Ainsi, dans l'arrêt *Air Line Pilots Association, International v. O'Neill*, *supra*, note 259, 78, la Cour suprême des États-Unis reconnaît, sous la plume du juge Stevens, que seuls les actes syndicaux « totalement irrationnels » (...*wholly irrational*...) pourraient constituer un manquement au devoir de juste représentation.

¹⁰⁸⁹ Voir par exemple: *Libman c. Québec (Procureur général)*, *supra*, note 729, 595 (*per curiam*, par. 38)

génère la règle de droit contestée contrebalancent avantageusement ses effets préjudiciables, compte tenu de l'objectif important qu'elle sert à promouvoir.¹⁰⁹⁰

L'exigence requérant de celui à qui l'on impute une violation du principe d'égalité, la preuve qu'il n'existait pas d'autres moyens moins attentatoires à la *Charte canadienne* pour atteindre l'objectif visé, peut se révéler particulièrement contraignante. Selon la rigueur avec laquelle l'on applique ce second volet du critère de proportionnalité, la partie fautive pourrait même devoir démontrer non pas tant la *raisonnabilité* des mesures prises que leur *nécessité*.¹⁰⁹¹

La jurisprudence élaborée en application de la *Charte québécoise* et de la *Loi canadienne* est sensiblement au même effet. Elle propose un modèle d'analyse tripartite qui appelle à considérer, successivement, le but de la règle *a priori* discriminatoire, les intentions de ceux qui l'ont conçue et sa « nécessité raisonnable » pour assurer l'exécution sûre et efficace du travail.¹⁰⁹²

¹⁰⁹⁰ Nous résumons ici à grands traits une jurisprudence abondante, complexe et tout en nuances, où l'on dénote généralement un souci d'appliquer la disposition justificative de l'article premier de la *Charte canadienne* « avec souplesse de manière à établir un juste équilibre entre les droits individuels et les besoins de la collectivité » : *Ross c. Conseil scolaire du district no 15 du Nouveau-Brunswick*, *supra*, note 893, 871 (j. LaForest, par. 78). Voir dans le même sens : *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, 270 (j. LaForest, par. 62) et 330 (j. McLachlin, par. 132); *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876, 900 (j. LaForest, par. 36); *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, 502 (j. LaForest, par. 36); *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, *supra*, note 382, 685 (j. LaForest, par. 85).

¹⁰⁹¹ Voir par exemple: *Ford c. Québec (Procureur général)*, *supra*, note 586, 778-780 (*per curiam*); *T.U.A.C., section locale 1518 c. Kmart Canada Ltd.*, *supra*, note 588, 1133 (j. Cory, par. 78); *G.(M.) c. The Gazette*, [1997] R.J.Q. 7 (C.A.), 14 (j. Rousseau-Houle).

¹⁰⁹² *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, *supra*, note 567, 208 (j. McIntyre); *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, *supra*, note 437, 310-311 (j. Beetz); *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, *supra*, note 437, 1313 (j. Sopinka); *Large c. Stratford (Ville)*, *supra*, note 873, 746 (j. Sopinka, par. 23); *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *supra*, note 389, 30-31, 32-33 et 35 (j. McLachlin, par. 50, 54 et 62).

Ainsi, l'établissement d'un lien rationnel entre le but général visé par l'exigence requise et les caractéristiques du poste pour lequel elle est posée ne constitue que la première étape à franchir pour établir une justification suffisante.¹⁰⁹³

À la seconde étape, où l'on « passe de l'objet général de la norme à la norme particulière elle-même », l'auteur de la discrimination doit établir qu'il a adopté la condition de travail *a priori* discriminatoire avec la conviction sincère qu'elle était nécessaire pour atteindre le but recherché.¹⁰⁹⁴ Autrement dit, il lui faut démontrer que son intention n'était pas discriminatoire, « qu'il était sincèrement convaincu que l'exigence était nécessaire pour assurer l'exécution sûre ou l'exécution efficace du travail, ou les deux ».¹⁰⁹⁵ C'est « parce que la loi prescrit que l'exigence professionnelle doit être établie de bonne foi »¹⁰⁹⁶ que l'analyse comporte ce volet qualifié de « subjectif ».¹⁰⁹⁷ Toutefois, comme l'article 20 de la *Charte québécoise* ne fait plus mention de la « bonne foi » depuis 1982, l'on peut supposer que les bonnes intentions ne pèseront pas très lourd dans l'analyse en droit québécois.¹⁰⁹⁸

S'ajoute une dernière étape au terme de laquelle l'auteur de la discrimination doit démontrer que la condition de travail litigieuse est raisonnablement nécessaire en ce qu'elle peut être respectée sans que les personnes qui y sont assujetties ne se voient

¹⁰⁹³ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *id.*, 33: « La première étape à franchir pour évaluer si l'employeur a réussi à établir une défense d'EPJ consiste à identifier l'objet général de la norme contestée et à décider s'il est rationnellement lié à l'exécution du travail en cause. » (j. McLachlin, par. 57) (nos italiques)

¹⁰⁹⁴ *Id.* (par. 60)

¹⁰⁹⁵ *Large c. Stratford (Ville)*, *supra*, note 873, 746 (j. Sopinka, par. 21)

¹⁰⁹⁶ *Id.*, 745 (par. 21)

¹⁰⁹⁷ *Id.*, 744-746 (par. 18 et 21); *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *supra*, note 389, 34-35 (j. McLachlin, par. 60)

¹⁰⁹⁸ *Syndicat des travailleurs et travailleuses de l'Hôpital Louis-H. LaFontaine c. Lussier*, (1995) 13 R.D.J. 337 (C.A.), 343 (j. Chamberland); Chantale MASSE, « Le critère unifié de l'affaire Meiorin dans le contexte de la défense prévue à l'article 20 de la *Charte québécoise* : la non-application du volet subjectif relatif à la bonne foi de l'employeur », Colloque *Les 25 ans de la Charte québécoise*, Montréal, Barreau du Québec, 27 octobre 2000, pp. 19 et suivantes; PROULX, *supra*, note 67, 34-35; VILLAGGI, *supra*, note 66, 300

imposer un fardeau excessif.¹⁰⁹⁹ L'on peut ainsi exclure ces exigences qui, dans les faits, s'avèrent d'une « sévérité disproportionnée »¹¹⁰⁰ eu égard à l'objectif légitime qu'on leur prête. C'est ici que s'intègre l'obligation d'accommodement raisonnable.¹¹⁰¹ La personne à qui l'on impute l'effet discriminatoire illicite doit ainsi démontrer qu'il lui est impossible de composer avec le salarié lésé par l'exigence requise sans subir, de ce fait, une contrainte excessive¹¹⁰².

Il peut être idéal, du point de vue de l'employeur [ou du syndicat], de choisir une norme d'une rigidité absolue. Encore est-il que, pour être justifiée en vertu de la législation sur les droits de la personne, cette norme doit tenir compte de facteurs concernant les capacités uniques ainsi que la valeur et la dignité inhérentes de chaque personne, dans la mesure où cela n'impose aucune contrainte excessive.¹¹⁰³

Ainsi, que la problématique des justifications aux conditions de travail *a priori* discriminatoires soit envisagée sous l'angle de la *Charte canadienne*, de la *Charte québécoise* ou de la *Loi canadienne*, l'exigence relative à l'établissement d'un *lien rationnel* entre l'objectif poursuivi et les moyens pris pour le réaliser n'est jamais qu'initiale. Si l'agent discriminant échoue à cette étape, sa règle discriminatoire ne

¹⁰⁹⁹ L'on ne peut interpréter autrement le renvoi de la Cour à l'arrêt *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, *supra*, note 437, 314-315 (j. Beetz), dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *supra*, note 389, 35 (j. McLachlin, par. 61). D'ailleurs, au par. 65 de sa décision, la Cour reprend la formule du juge Beetz en ces termes : « La norme est-elle bien conçue pour que le niveau de compétence requis soit atteint sans qu'un fardeau excessif ne soit imposé à ceux qui sont visés par la norme? »

¹¹⁰⁰ *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, *id.*, 312 et 315 (j. Beetz). Dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, *supra*, note 1054, 518, la Cour précise davantage sa pensée en affirmant : « S'il est possible de trouver une solution raisonnable qui évite d'imposer une règle donnée aux membres d'un groupe, cette règle ne sera pas considérée comme justifiée. » (j. Wilson)

¹¹⁰¹ *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, *supra*, note 996, 880-881 (j. McLachlin, par. 21)

¹¹⁰² *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, *supra*, note 382, 559 (j. McIntyre)

¹¹⁰³ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *supra*, note 389, 35 (j. McLachlin, par. 62)

survivra pas. À l'opposé, s'il convainc le tribunal de la rationalité de sa politique, il devra encore établir que ses effets préjudiciables ne sont pas disproportionnés ou d'une portée excessive.

On s'entend généralement pour dire que cette dernière étape de l'analyse est la plus difficile à franchir pour l'auteur d'une discrimination. De fait, il est de plus en plus rare aujourd'hui que la discrimination se manifeste de façon tout à fait gratuite, sans autre raison que la mauvaise foi apparente de la personne qui la pratique.¹¹⁰⁴ Le plus souvent maintenant, un objectif légitime fixé de bonne foi est sous-jacent aux conditions de travail discriminatoires. À moins que cet objectif et les moyens mis en oeuvre pour l'atteindre ne traduisent des préjugés ou des stéréotypes manifestement incompatibles avec l'essence même des normes d'égalité ou ne trahissent une « animosité discriminatoire »¹¹⁰⁵, l'on jugera généralement qu'il y a présence d'un lien rationnel suffisant.¹¹⁰⁶ Partant, l'exigence de ce lien logique entre la fin et les moyens apparaît, à bien des égards, assez modeste.¹¹⁰⁷ Il s'agit le plus souvent d'« une pure formalité sans grand intérêt. »¹¹⁰⁸

Selon nous, l'on pourrait formuler exactement le même reproche à l'endroit des précédents portant sur l'obligation syndicale de représentation juste et diligente consacrée par les codes du travail. Dans les faits, le syndicat qui doit répondre d'un prétendu manquement à son devoir de juste représentation n'a pas à s'acquitter d'un

¹¹⁰⁴ Voir la jurisprudence et la doctrine citées, *supra*, note 755

¹¹⁰⁵ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *supra*, note 389, 35 (J. McLachlin, par. 60)

¹¹⁰⁶ PROULX, *supra*, note 67, 38

¹¹⁰⁷ Yves DEMONTIGNY, « Droits fondamentaux et projets de société : une réconciliation pour le moins tumultueuse », (1995) 26 *R.G.D.* 99, 105. À preuve, si l'on en juge par les données colligées dans une étude portant sur les modalités d'application de l'article premier de la *Charte canadienne*. 86% des lois contestées passent avec succès cette étape du lien rationnel : Leon E. TRAKMAN, William COLE-HAMILTON et Sean GATIEN, « *R. v. Oakes* 1986-1997 Back to the Drawing Board », (1998) 36 *Osgoode Hall L.J.* 83, 98 et 140

fardeau très lourd. Une fois qu'il est parvenu à démontrer qu'un objectif légitime se profile derrière la distinction attaquée, celle-ci prend soudainement des allures « raisonnables » qui annoncent, du coup, la fin de l'examen fondé sur la législation du travail. Partant, toute question concernant l'existence d'une disproportion entre l'objectif visé et les moyens choisis, d'une part, ou relative à la possibilité d'un accommodement sans contrainte excessive, d'autre part, semble complètement évacuée de l'analyse.

En définitive, le niveau de subtilité graduellement atteint par les cours de justice et les tribunaux sur les droits de la personne dans leur étude des justifications possibles aux distinctions *a priori* contraires aux chartes et lois sur les droits de la personne ne s'observe pas dans le corpus jurisprudentiel élaboré en application du devoir syndical de juste représentation consacré par les codes du travail.

Cela étant, des pans entiers de l'action syndicale, si bien intentionnée soit-elle, peuvent désormais prêter flanc aux contestations fondées sur les droits fondamentaux. Dans sa quête pour être traité en égal, le salarié victime d'un acte discriminatoire attribuable en tout ou en partie à l'association accréditée dispose maintenant de droits nettement plus considérables que ceux qu'on a pu lui reconnaître en corollaire du modeste devoir syndical de juste représentation.

Parmi ces droits « renforcés » qui sont venus s'ajouter au paysage normatif des rapports collectifs de travail, il en est un qui tend à occuper une très large partie de l'espace aménagé par les normes d'égalité issues des chartes et lois sur les droits de la personne : l'on vise ici le droit à un accommodement raisonnable.¹¹⁰⁹ Le salarié est aujourd'hui admis à réclamer du syndicat qui le représente une mesure d'accommodement afin de contrer les effets préjudiciables d'une conduite syndicale ou d'une disposition de la

¹¹⁰⁸ PROULX, *supra*, note 67, 72; BOSSET, *supra*, note 549, 115, parle d'«...un seuil minimum de rationalité...». Voir dans le même sens : BEATTY, *supra*, note 1056, 276-277; CAMPBELL, *supra*, note 372, 15; COUTU, *supra*, note 626, 99; WOEHLING, *supra*, note 403, 343.

¹¹⁰⁹ CARTER, *supra*, note 265, 188; LYNK, *supra*, note 334, 963; MOREAU et BUSSIÈRE, *supra*, note 1066, 143.

convention collective qui heurte ses droits à l'égalité. Notre prochaine section s'intéresse à la nature et aux limites de ce devoir d'accommodement consacré par la jurisprudence.

Section 2 – L'obligation d'accommodement raisonnable

En 1985, la Cour suprême du Canada jugeait que la protection législative contre la discrimination impliquait, pour l'employeur, l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour accommoder l'employé qui subit les effets discriminatoires d'une politique patronale.¹¹¹⁰ Sept ans plus tard, la Cour affirmait que ce devoir d'accommodement pouvait aussi incomber, selon les circonstances, aux organisations syndicales.¹¹¹¹

Monsieur Larry S. Renaud travaillait pour le compte d'une commission scolaire de la Colombie-Britannique depuis 1981. Membre du syndicat, il faisait valoir ses droits d'ancienneté, en 1984, pour travailler du lundi au vendredi comme gardien dans une école de niveau élémentaire. Selon l'horaire de travail établi par l'employeur et inclus dans la convention collective, du travail de surveillance devait être effectué entre 15h00 et 23h00 le vendredi, du fait qu'un groupe communautaire louait le gymnase de l'établissement dans la soirée.

En raison de son appartenance à l'Église adventiste du septième jour, laquelle exige de ses fidèles qu'ils s'abstiennent de travailler du coucher du soleil le vendredi au coucher du soleil le samedi, le nouveau gardien n'était pas en mesure de compléter le quart de travail du vendredi. Il sollicitait donc de l'employeur un accommodement de manière à pouvoir observer les préceptes de sa foi.

¹¹¹⁰ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, *supra*, note 382

¹¹¹¹ *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, *supra*, note 521

Après des pourparlers entre le salarié et un représentant de l'employeur qui se montrait plutôt réceptif à l'idée de créer, pour lui, un quart de travail particulier s'étalant du dimanche au jeudi, il fut convenu d'obtenir le consentement du syndicat considérant qu'une telle mesure d'accommodement pouvait nécessiter une dérogation à la convention collective.

Au cours d'une réunion où la question fut discutée, le syndicat adoptait une résolution par laquelle non seulement il rejetait cette proposition patronale mais s'engageait aussi à déposer un grief pour en empêcher la mise en œuvre dans l'éventualité où l'employeur décidait néanmoins d'y donner suite. Tentant sans succès de trouver par la suite un compromis viable qui puisse satisfaire tous les intéressés, l'employeur procédait finalement au congédiement du gardien en raison de son refus de travailler le vendredi selon l'horaire prescrit.

La plainte de discrimination portée à la fois contre l'employeur et le syndicat allait être accueillie par la personne désignée pour en disposer conformément à la loi provinciale sur les droits de la personne. Toutefois, la Cour suprême de la Colombie-Britannique annulait cette décision et la Cour d'appel confirmait subséquemment ce jugement défavorable au salarié.

Saisie du litige en dernier ressort, la plus haute cour du pays allait juger que l'employeur et le syndicat avaient tous deux manqué à leur obligation d'accommodement. Pour elle, ni l'une ni l'autre des parties à la convention collective n'avait repoussé les frontières du compromis jusqu'à la limite du « raisonnable ».

Traçant, ce faisant, les contours du devoir d'accommodement quand celui-ci est opposé à une association de salariés, la Cour s'exprimait comme suit :

[...] l'obligation d'accommodement n'intervient que si un syndicat est partie à une discrimination. Il peut devenir partie de deux façons.

En premier lieu, il peut causer la discrimination ou y contribuer d'abord en participant à la formulation de la règle de travail qui a un effet discriminatoire sur le plaignant. Il en est généralement ainsi lorsque la règle est une disposition de la convention collective. [...]

En deuxième lieu, un syndicat peut être responsable pour ne pas avoir composé avec les [besoins] d'un employé, même s'il n'a pas participé à la formulation ou à l'application d'une règle ou pratique discriminatoire. Cela peut se produire lorsque le syndicat gêne les efforts raisonnables que l'employeur déploie pour s'entendre avec l'employé. [...] Si une entente raisonnable n'est possible qu'avec la collaboration du syndicat et que celui-ci bloque les efforts de l'employeur pour supprimer ou atténuer l'effet discriminatoire, le syndicat devient partie à la discrimination.¹¹¹²

L'association de salariés peut donc être tenue responsable des effets discriminatoires d'une condition de travail donnée, soit « à titre de coauteur, avec l'employeur, d'une discrimination »¹¹¹³, soit « par son absence de collaboration »¹¹¹⁴ pour y mettre fin.¹¹¹⁵ Dans la première situation, on s'attend à ce que « l'employeur, qui est en charge du lieu de travail », « amorce le processus » et formule « des compromis ».¹¹¹⁶ Dans la seconde situation où l'exécutif syndical demeure plutôt inflexible, « l'employeur doit étudier à fond d'autres mesures d'accommodement avant qu'on puisse s'attendre à ce que le syndicat aide à trouver ou à mettre en œuvre une solution ».¹¹¹⁷

¹¹¹² *Id.*, 990-991 (j. Sopinka)

¹¹¹³ *Id.*, 992

¹¹¹⁴ *Id.*, 993

¹¹¹⁵ *Id.*, 989 : « En conséquence, le syndicat qui est à l'origine de l'effet discriminatoire ou qui y contribue encourt une responsabilité. » (j. Sopinka) (nos italiques)

¹¹¹⁶ *Id.*, 992. D'ailleurs, en 1985, la Cour affirmait que l'employeur est celui « qui dispose de l'information nécessaire pour démontrer l'existence d'une contrainte excessive... » : *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, *supra*, note 382, 559 (j. McIntyre). De même a-t-on souligné, en doctrine, le fait que « [l']employeur est généralement mieux placé que quiconque pour évaluer les diverses possibilités d'accommodement qu'offrent la structure et l'organisation de son entreprise... » : BOSSET, *supra*, note 549, 106. Voir dans le même sens : KARLAN et RUTHERGLEN, *supra*, note 535, 13

En conséquence, le devoir d'accommodement syndical n'entrera en action qu'à compter du moment où l'employeur a lui-même déployé des efforts raisonnables pour tenter d'accommoder le salarié victime de discrimination. À cet égard, les tribunaux se montrent donc assez respectueux du rôle traditionnel des organisations syndicales, lesquelles sont plus souvent appelées à réagir aux initiatives patronales¹¹¹⁸ qu'à prendre elles-mêmes les devants.

Si le moment et la façon dont l'employeur et le syndicat doivent s'acquitter de leur obligation d'accommodement diffèrent, il n'en demeure pas moins qu'ils partagent une même responsabilité, soit celle d'accommoder raisonnablement les salariés victimes de discrimination jusqu'à ce que soit atteinte la limite de la « contrainte excessive ».¹¹¹⁹

Avant d'évoquer les principales mesures d'accommodement sollicitées par les salariés victime de discrimination et de relever les facteurs pris en compte par les tribunaux pour juger du caractère « excessif » ou non de ces mesures, il importe de définir, dans un premier temps, le concept même d'« accommodement ».

A) Un standard à l'imprécision nécessaire

Dans la toute première décision où elle a reconnu l'existence d'un devoir d'accommodement pour contrer les effets discriminatoires d'une règle en matière d'emploi, la Cour suprême du Canada enjoignait à l'employeur de prendre « des mesures d'accommodement *raisonnables* [...] à moins que cela ne cause une *contrainte excessive* ».¹¹²⁰

¹¹¹⁷ *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, *id.*, 993

¹¹¹⁸ GAGNON, *supra*, note 22, 142; LYNK et ELLIS, *supra*, note 1075, 269

¹¹¹⁹ *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, *supra*, note 521, 992: « ...le critère de la contrainte excessive s'applique au syndicat... » (J. Sopinka)

¹¹²⁰ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, *supra*, note 382, 555 (J. McIntyre) (nos italiques)

Tirées de la jurisprudence américaine, ces notions d'« accommodement raisonnable » et de « contrainte excessive » sont assimilées, en droit, à ce qu'il est convenu d'appeler des standards:

Les standards sont des notions à contenu variable, fondées sur un principe général de normalité, délibérément utilisées pour la formulation de règles de droit. Ces dernières présentent alors des caractères de souplesse et d'adaptabilité à des circonstances changeantes, mais aussi d'*imprévisibilité* et de *vulnérabilité aux rapports de pouvoirs*. La délimitation des contours de ces standards peut être un enjeu de taille.¹¹²¹

La doctrine a maintes fois déploré l'imprécision inhérente des concepts d'« accommodement raisonnable » et de « contrainte excessive ». D'aucuns soulignent que les expressions retenues « ne fournissent aucune balise permettant de prévoir avec certitude l'étendue réelle » de l'obligation d'accommodement.¹¹²² Certains voient dans ces termes une source d'incertitude coûteuse parce que propice à la judiciarisation croissante des relations de travail.¹¹²³ D'autres enfin perçoivent ces standards comme un moyen commode, pour les juges, d'imposer leurs propres valeurs aux milieux de

¹¹²¹ Danielle PINARD, « Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la *Charte canadienne des droits et libertés* », (1989) 30 *C. de D.* 137, 138-139 (nos italiques)

¹¹²² MORIN, *supra*, note 1066, 741. Voir dans le même sens : DULUDE, *supra*, note 214, 88; John HOLLWITZ, Deborah F. GOODMAN et Dean BOLTE, « Complying with the Americans With Disabilities Act: Assessing the Costs of reasonable Accommodation », *Public Personnel Management*, vol. 24, n° 2, été 1995, 149-150; KRENEK, *supra*, note 637, 1983; Steven F. STUHLBARG, « Reasonable Accommodation Under the Americans with Disabilities Act: How Much Must One Do Before Hardship Turns Undue », (1991) 59 *U. Cin. L. Rev.* 1311, 1315. associe même les mots « reasonable accommodation » à l'expression imagée « term of art ».

¹¹²³ Julie BRANDFIELD, « Undue Hardship: Title I of the Americans with Disabilities Act », (1990) 59 *Fordham L. Rev.* 113, 119; DOLATLY, *supra*, note 371, 524

travail¹¹²⁴, ce qui serait de nature à préjudicier les justiciables en raison du manque de cohérence et d'uniformité dont la jurisprudence pourrait être marquée.¹¹²⁵

Même si la réalité confirme trop souvent la justesse de ces appréhensions, il faut bien admettre que le recours aux standards est infiniment préférable aux excès de précision qui caractérisent, par exemple, les lois fiscales ou les contrats d'assurance. La diversité humaine et la multitude d'adaptations possibles pour en faciliter l'expression sur les lieux de travail s'accommodent bien mal des normes trop rigides.¹¹²⁶

Pour tout dire, « l'emploi de la notion floue pallie l'impossibilité de prévoir toutes les situations, tous les détails, toutes les circonstances, leurs évolutions et modifications éventuelles ».¹¹²⁷ De même que du choc des idées naît la lumière, du choc des interprétations devrait jaillir ultimement la raison :

À défaut de critères d'aiguillage donnés par le législateur, les tribunaux en trouvent et les imposent. Cette dernière voie est certes plus lente et évolue par à-coup puisque l'on procède dans le cadre d'une seule affaire à la fois. Elle offre néanmoins l'avantage, outre celui de trancher une affaire, de corriger le tir par vagues successives selon la compréhension que les juges retiennent des arrêts antérieurs ou de la portée pratique que ces derniers jugements peuvent produire.¹¹²⁸

¹¹²⁴ CRESPI, *supra*, note 637, 3; ETHERINGTON, *supra*, note 1079, 280

¹¹²⁵ DOLATLY, *supra*, note 371, 524

¹¹²⁶ Henri BRUN, « La Charte canadienne des droits et libertés comme instrument de développement social », dans Claire BECKTON et A. Wayne MACKAY (coord.), *Les tribunaux et la Charte*, Ottawa, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développements du Canada, Approvisionnements et services Canada, 1986, 1, 4

¹¹²⁷ PINARD, *supra*, note 1121, 140

¹¹²⁸ MORIN, *supra*, note 1066, 739. Voilà qui fait dire au professeur WOEHLING, *supra*, note 403, 399: « ...l'accommodement raisonnable, tel qu'on le connaît actuellement au Canada, est une construction essentiellement jurisprudentielle, progressive, casuistique et pragmatique. »

Ainsi, les juges conviennent d'emblée que « [c]e qui constitue des mesures raisonnables est une question de fait qui variera selon les circonstances de l'affaire ». ¹¹²⁹ Au mieux se limitent-ils à décrire la « mesures d'accommodement » comme « ce qui, dans les circonstances, est nécessaire pour éviter toute discrimination. » ¹¹³⁰ C'est pourquoi, en ce domaine, les certitudes sont rares. Néanmoins, des précisions utiles ont été apportées jusqu'ici par la jurisprudence.

À l'origine, l'analyse d'une norme neutre en apparence, mais dont les effets étaient discriminatoires, portait non pas tant « sur les principes qui sous-tendent la norme » que sur la façon dont des personnes « différentes » pouvaient « cadrer dans le « courant dominant » que représente la norme. » ¹¹³¹ L'on se refusait alors à annuler la norme ¹¹³²: celle-ci « demeurait en vigueur et continuait d'exclure ceux qui n'étaient pas disposés à la contester ou à exiger des mesures d'accommodement. » ¹¹³³

Attentive aux critiques suivant lesquelles cette méthode d'analyse favorisait « l'assimilation » plutôt que « d'œuvrer à la véritable inclusion » ¹¹³⁴, la Cour suprême l'abandonnait, en 1999, pour lui substituer, lorsque cela est indiqué, un examen

¹¹²⁹ *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, *supra*, note 521, 984 (j. Sopinka); *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, *supra*, note 431, 546 (j. Cory); *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *supra*, note 389, 36 (j. McLachlin, par. 63); WOEHLING, *id.*, 356. Notons que la même règle prévaut aux États-Unis : STUHLBARG, *supra*, note 1122, 1317 : « ...a determination of what constitutes reasonable accommodation requires a fact-specific, case-by-case approach. Congress's goal was to establish flexibility. »

¹¹³⁰ *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, *supra*, note 996, 882 (j. McLachlin, par. 22)

¹¹³¹ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *supra*, note 389, 25 (j. McLachlin, par. 40)

¹¹³² *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, *supra*, note 1054, 506-507 (j. Wilson);

¹¹³³ *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, *supra*, note 996, 880 (j. McLachlin, par. 18)

¹¹³⁴ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *supra*, note 389, 25-26 (j. McLachlin, par. 41, citant avec approbation DAY et BRODSKY *supra*, note 362, 462)

rigoureux de « la légitimité de la norme elle-même. »¹¹³⁵ Dorénavant, si une règle apparemment neutre se révèle discriminatoire en soi, elle ne pourra être maintenue :

Les employeurs qui conçoivent des normes pour le milieu de travail doivent être conscients des différences entre les personnes et des différences qui caractérisent des groupes de personnes. Ils doivent intégrer des notions d'égalité dans les normes du milieu de travail. [...] La norme qui fait inutilement abstraction des différences entre les personnes va à l'encontre des interdictions contenues dans les diverses lois sur les droits de la personne et doit être remplacée. *La norme elle-même doit permettre de tenir compte de la situation de chacun, lorsqu'il est raisonnablement possible de le faire.*¹¹³⁶

Autrement dit, les employeurs et les syndicats doivent maintenant tenir compte, dans leurs normes, des caractéristiques des salariés touchés « au lieu de maintenir des normes discriminatoires complétées par des mesures d'accommodement pour ceux qui ne peuvent pas y satisfaire. »¹¹³⁷ Lorsqu'il est possible de le faire, ils doivent « incorporer dans la norme des aspects d'accommodement individuel sans qu'il en résulte une contrainte excessive. »¹¹³⁸

Cela dit, le choix des termes employés par les tribunaux est signifiant et ne saurait être le fruit du hasard. En épousant le concept même d'« accommodement », il apparaît clair que les juges n'entendaient pas priver l'employeur du pouvoir d'établir, dans l'exercice de ses droits de direction, les aptitudes et qualités requises pour œuvrer dans l'entreprise ou l'institution¹¹³⁹; ils n'entendaient pas non plus déposséder le syndicat de

¹¹³⁵ *Id.* (par. 40 et 42)

¹¹³⁶ *Id.* (par. 68) (nos italiques)

¹¹³⁷ *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, *supra*, note 996, 880-881 (J. McLachlin, par. 19)

¹¹³⁸ *Id.* (par. 42)

¹¹³⁹ Cela ressort notamment de l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, *supra*, note 382, 552-553 (J. McIntyre), où la Cour reconnaît sans détour « ...le droit de l'employeur à la gestion licite de ses affaires. » Voir également : *Astraltech inc. c. Syndicat des*

son droit de participer à l'élaboration des conditions d'emploi, dans le cadre délimité par les codes du travail.¹¹⁴⁰ L'un et l'autre ne devraient pas être obligés d'« abaisser leurs normes »¹¹⁴¹ lorsque celles-ci constituent « un seuil minimal »¹¹⁴² pour atteindre les objectifs légitimes qu'ils sont parfaitement en droit de choisir et de définir.¹¹⁴³

Pour tout dire, les chartes et lois sur les droits de la personne n'ont pas concédé au salarié le droit d'établir lui-même les règles auxquelles il peut être assujéti sur les lieux de travail. En revanche, aux fins de lui assurer une « égalité réelle des chances »¹¹⁴⁴, elles lui reconnaissent le droit d'obtenir un assouplissement à ces règles lorsque leur application intégrale entraîne inutilement son exclusion en raison d'une caractéristique personnelle qui n'a rien à voir avec ses besoins, ses capacités et ses mérites propres.¹¹⁴⁵

En clair, qui dit *accommodement* dit généralement *adaptation* d'une règle ou d'une exigence, par opposition à son *abandon* pure et simple¹¹⁴⁶, « pour tenir compte des

travailleuses et travailleurs d'Astraltech, [1999] R.J.D.T. 1813 (T.A.), 1816 : « Comme règle générale, un employeur a le droit d'établir les qualités essentielles qu'il faut avoir pour occuper un poste qu'il choisit d'offrir ou de maintenir et d'établir les exigences de ce dernier... » (arb. Harvey Frumkin); *Leisen v. City of Shelbyville*, 153 F.3d 805 (7th Cir. 1998), 808 : « Employers are entitled to define the core qualifications for a position. » (j. Wood)

¹¹⁴⁰ Cela ressort de l'arrêt *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, *supra*, note 521 (*passim*)

¹¹⁴¹ *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, *supra*, note 996, 892 et 894 (j. McLachlin, par. 42 et 44)

¹¹⁴² *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *supra*, note 389, 41 et 44 (j. McLachlin, par. 76 et 81)

¹¹⁴³ *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, *supra*, note 996, 881 (j. McLachlin, par. 21)

¹¹⁴⁴ L'expression est celle de NOBLET, *supra*, note 279, notamment aux pages 132-133

¹¹⁴⁵ *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, *supra*, note 349, 530 (j. Iacobucci, par. 53); *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *supra*, note 389, 44 (j. McLachlin, par. 81)

¹¹⁴⁶ *Rogers v. Newfoundland (Department of Culture, Recreation and Youth)*, (1995) 120 D.L.R. (4th) 326 (C.A.T.-N.) (autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée : [1995] 2 R.C.S. viii), notamment à la page 343 : « That concept [of accommodation] suggests processes of *adapting, adjusting, reconciling, conforming or harmonizing*. None of these notions engage the more radical acts of *changing or altering* the basic purpose or thrust of a rule or practice. [...] It follows that the duty to accommodate inherently comprehends the adjusting of a rule or practice to a person's

besoins *particuliers* de certaines minorités ». ¹¹⁴⁷ Par sa nature même, la notion d'accommodement relève donc davantage du domaine de l'ajustement ou de l'assouplissement ¹¹⁴⁸ que du démantèlement. ¹¹⁴⁹ Pour reprendre la formule éclairante de Beaumarchais, elle est essentiellement « une moyenne entre les extrêmes ». ¹¹⁵⁰

Par ailleurs, il est manifeste aujourd'hui que les expressions « raisonnables » et « sans s'imposer de contrainte excessive », qui viennent limiter cette obligation d'accommodement ¹¹⁵¹, ne forment pas des « critères indépendants » mais bien « différentes façons d'exprimer le même concept ». ¹¹⁵²

disability ; but it does not extend to actually changing the basic purpose of that rule or practice. » (j. Marshall) (nos italiques)

¹¹⁴⁷ WOEHLING, *supra*, note 403, 328 (nos italiques). Voir dans le même sens : DAY et BRODSKY, *supra*, note 362, 435 : « Accommodation is the *adjustment* of a rule, practice, condition or requirement to take into account the *specific needs* of an individual or group. » (nos italiques); David LEPOFSKY, « The Duty to Accommodate : A Purposive Approach », (1992) 1 *C.L.L.J.* 1, 3 : « At the core of any accommodation is the *tailoring* of a work rule, practice, condition or requirement to the *specific needs* of an individual or group. » (nos italiques); LYNK, *supra*, note 673, 184; Claude TARDIF et Michel DAVIS, « Le handicap et l'obligation d'accommodement : revue des concepts et de la jurisprudence récente », dans BARREAU DU QUÉBEC, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit de l'éducation* (1998), vol. 99, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1998, 213

¹¹⁴⁸ Alain REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1992, 11, précise qu'« accommoder » « ...signifie d'abord « arranger, régler » [...] puis (1530) « rendre conforme à, mettre en harmonie avec ». »

¹¹⁴⁹ Beverley MCLACHLIN, « Reasonable Accommodation In A Multicultural Society », Conférence prononcée à l'Association du Barreau canadien, section du droit constitutionnel et des droits de la personne, Calgary (Alb.), 7 avril 1995, 1 (citée par DAY et BRODSKY, *supra*, note 362, 434) : « [Reasonable accommodation] starts from the premise of each individual's worth and dignity and entitlement to equal treatment and benefit. It operates by requiring that *the powerful and the majority adapt their own rules and practices, within the limits of reason and short of undue hardship*, to permit realization of these ends. » (nos italiques)

¹¹⁵⁰ Pierre- Augustin Caron de BEAUMARCHAIS, *Mémoires* (« Réponse ingénue à la consultation injurieuse répandue dans Aix »), dans *Oeuvres complètes*, Genève. Éd. Famot, 1974, 514

¹¹⁵¹ BOSSET, *supra*, note 549, 104 : « L'obligation d'adaptation consiste à prendre des mesures *raisonnables*. Ce qualificatif souligne le caractère relatif de l'obligation. »; WOEHLING, *supra*, note 403, 342, voit dans l'expression « contrainte excessive » une limite « intrinsèque » à l'obligation d'accommodement.

¹¹⁵² *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, *supra*, note 521, 984 (j. Sopinka); Barbara A. LEE, « Reasonable Accommodation Under the Americans with Disabilities Act : The Limitations of Rehabilitation Act Precedent », (1993) 14 *Berkeley J. Emp. & Lab. L.* 201, 209 : « The terms are intertwined and cannot be defined individually: an accommodation is reasonable only if it does not pose an undue hardship». C'est pourquoi l'on parlera parfois de « concepts jumeaux » (*twins*

L'on sait que le fardeau de démontrer qu'une discrimination est justifiée repose sur la personne à qui l'acte discriminatoire est imputable.¹¹⁵³ En assimilant les deux standards à un seul et même concept, toute ambiguïté possible quand à la répartition du fardeau de la preuve entre les parties au litige se trouve dissipée.¹¹⁵⁴ Le demandeur n'aura pas à prouver que sa demande d'accommodement est « raisonnable ». Il reviendra plutôt au défendeur – tantôt l'employeur, tantôt le syndicat, tantôt les deux, selon le cas – d'établir, par une preuve factuelle étoffée et non des hypothèses fondées sur des stéréotypes ou des impressions¹¹⁵⁵, que la mesure d'accommodement sollicitée est déraisonnable du fait que sa mise en œuvre l'exposerait à une contrainte excessive.¹¹⁵⁶ En ce sens, l'obligation d'accommodement raisonnable est un moyen de défense ou encore un moyen de limiter sa responsabilité.¹¹⁵⁷

concept): STUHLBARG, *supra*, note 1122, 1316; *CONTRA*: ADELL, *supra*, note 295, 171 et LEPOFSKY, *supra*, note 1147, 18-19, semblent plutôt d'avis que les termes « sans contrainte excessive » constituent une norme plus rigoureuse pour l'employeur que le terme « raisonnable ».

¹¹⁵³ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, *supra*, note 382, 559 (j. McIntyre); *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *supra*, note 389, 33, 42-43 et 44-45 (j. McLachlin, par. 54, 79 et 83); *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, *supra*, note 996, 883 (j. McLachlin, par. 23)

¹¹⁵⁴ Le droit américain ne semble pas aussi tranché à ce propos : Gerald T. HOLTZMAN, Kyle L. JENNINGS et David J. SCHENCK, « Reasonable Accommodation of the Disabled Worker – A Job for the Man or a Man for the Job ? », (1992) 44 *Baylor L. Rev.* 279, 299-301 : « The characterization of the defense changes from jurisdiction to jurisdiction with some treating undue hardship as an affirmative defense and others incorporating it within the reasonable accommodation question. [...] The defense of undue hardship is sometimes merged with and treated as a part of the question of reasonable accommodation. [...] The burden sharing of the undue hardship defense [...] remains an open question. »

¹¹⁵⁵ *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, *supra*, note 996, 872 et 886 (j. McLachlin, par. 1 et 31); PROULX, *supra*, note 67, 105

¹¹⁵⁶ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, *supra*, note 382, 560 (j. McIntyre); *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, *supra*, note 431, 552 (j. Cory); PROULX, *id.*, 75-76; *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, *id.*, 887 et 892-893 (j. McLachlin, par. 32, 42 et 43)

¹¹⁵⁷ *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, *supra*, note 521, 989 (j. Sopinka); ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN (Groupe de travail sous la direction de Sheilah

Ce partage du fardeau de preuve en matière d'accommodement ressort de la jurisprudence portant sur le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne* :

L'obligation de prendre des mesures d'accommodement raisonnables en faveur des personnes subissant les effets préjudiciables d'une politique ou d'une règle apparemment neutre cesse lorsqu'elle va entraîner des « contraintes excessives »... À mon avis, dans les affaires concernant le par. 15(1), il est préférable d'appliquer ce principe dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier. Dans ce contexte, le principe des accommodements raisonnables équivaut généralement au concept des « limites raisonnables ». Il ne devrait pas être utilisé pour restreindre la portée du par. 15(1).¹¹⁵⁸

À notre avis, ces propos s'appliquent, *a fortiori*, à l'égard de la *Charte québécoise* ou de la *Loi canadienne*¹¹⁵⁹ puisque les concepts d'«accommodement raisonnable» et de «contrainte excessive» ont précisément été développés en application de lois quasi constitutionnelles¹¹⁶⁰, lesquelles visent « le même mal général que le par. 15(1) de la *Charte* ». ¹¹⁶¹

MARTIN, présidente), *L'obligation légale d'accommodement*. Rapport au Conseil à propos des recommandations 5.18 et 5.19 du Groupe de travail sur l'égalité des sexes, février 1995, 20

¹¹⁵⁸ *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, *supra*, note 382, 681-682 (j. LaForest, par. 79)

¹¹⁵⁹ WOEHRLING, *supra*, note 403, 360: « En fait, le critère de l'atteinte minimale, qui est au cœur du test de l'article 1, correspond en grande partie, pour ce qui est des concepts, à la défense de la contrainte excessive qui permet de s'opposer à l'obligation d'accommodement raisonnable dans le cadre des lois sur les droits de la personne. »

¹¹⁶⁰ C'est d'ailleurs en s'inspirant de ses précédents portant sur les lois sur les droits de la personne quasi constitutionnelles que la Cour suprême est parvenue à définir le concept de discrimination au sens du par. 15(1) de la *Charte canadienne*: *Andrews c. Law Society of British Columbia*, *supra*, note 344, 173-175 (j. McIntyre, diss., non contredit sur ce point)

¹¹⁶¹ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *supra*, note 389, 29 (j. McLachlin, par. 48)

Cela dit, le fardeau qui incombe au défendeur apparaît considérable.¹¹⁶² Toute tentative de sa part en vue d'échapper à la responsabilité qui lui échoit *a priori* sera vouée à l'échec à moins qu'il n'établisse avoir déployé, en vain, « des efforts significatifs, sérieux et sincères »¹¹⁶³ pour tenter d'accommoder le plaignant :

Il faut plus que de simples efforts négligeables pour remplir l'obligation d'accommodement. L'utilisation de l'adjectif « excessive » suppose qu'une certaine contrainte est acceptable ; seule la contrainte « excessive » répond à ce critère.¹¹⁶⁴

B) Les critères de détermination du caractère « excessif » de la contrainte

Une fois conçus par les juges, les standards doivent inexorablement se frotter aux écueils de la réalité. Certes, le recours à la notion floue accorde aux tribunaux une latitude propre à assurer une certaine souplesse dans l'application de la norme.¹¹⁶⁵ Toutefois, ce que la norme gagne en flexibilité par le truchement des standards, elle le perd aussi en prévisibilité. Aussi les juges doivent-ils pousser plus loin leur œuvre

¹¹⁶² CARTER, *supra*, note 315, 7: « ...the onus falls upon employers and unions to establish undue hardship and this onus is not easy to meet. » (nos italiques); MARCEAU, *supra*, note 549, 1024

¹¹⁶³ *Commission des droits de la personne du Québec c. Lingerie Roxana Ltée*, [1995] R.J.Q. 1289 (T.D.P.Q.), 1296 (j. Rivet). Voir dans le même sens: *LYNK, supra*, note 673, 191; *Commission des droits de la personne du Québec c. Autobus Legault Inc.*, [1994] R.J.Q. 3027 (T.D.P.Q.). Bien que cette dernière décision ait été infirmée par la Cour d'appel pour des raisons factuelles, celle-ci reconnaît néanmoins que « [l]e jugement entrepris fait une analyse détaillée des règles de droit applicables » et souligne que « [c]ette analyse est d'ailleurs parfaitement fondée » : *Autobus Legault Inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, [1998] R.J.Q. 3022 (C.A.) (autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée: [1999] 3 R.C.S. vii), 3023 (*per curiam*)

¹¹⁶⁴ *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud, supra*, note 521, 984 (j. Sopinka); *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU, supra*, note 389, 35 (j. McLachlin, par. 62); MARCEAU, *supra*, note 549, 1024: « Par définition, l'accommodement est contraignant. »

¹¹⁶⁵ KRENEK, *supra*, note 637, 1992, souligne cependant qu'une fois l'accommodement qualifié de « raisonnable » ou d'« excessif », la souplesse est, pour ainsi dire, reléguée aux oubliettes: « At that point, if the accommodation is reasonable, the employer bears all the associated costs; if it is unreasonable, the employer has no duty toward the disabled employee or applicant. »

créatrice¹¹⁶⁶ lorsqu'ils sont appelés à trancher les litiges en fonction des standards qu'ils ont développés :

Inévitablement, le recours aux notions floues a pour effet d'accroître le pouvoir de l'interprète. En effet, l'utilisation de la technique de la norme floue exprime en fait la reconnaissance, par l'autorité qui l'édicte, de l'existence de nombreux critères pertinents et souvent conflictuels. L'interprète devra les identifier, leur attribuer une importance relative, puis les pondérer.¹¹⁶⁷

C'est donc sans surprise qu'aux concepts d'« accommodement raisonnable » et de « contrainte excessive » sont venus se greffer, au fil des ans, un ensemble de critères susceptibles de faciliter la détermination du caractère « excessif » ou non d'une contrainte donnée.

À la toute première occasion où la question des limites au droit à l'accommodement a été soulevée devant elle, la Cour suprême du Canada a reconnu que l'employeur pouvait valablement invoquer, en défense, une entrave *indue* à l'exploitation de son entreprise ou des frais *excessifs*.¹¹⁶⁸

Puis, dans une affaire subséquente, la Cour se faisait un peu plus explicite et affirmait que le coût financier, l'atteinte à la convention collective, le moral du personnel, l'interchangeabilité relative des effectifs et des installations, la taille de l'entreprise et les risques pour la sécurité d'autrui comptaient parmi les critères à considérer pour évaluer ce qui représente une contrainte excessive.¹¹⁶⁹

¹¹⁶⁶ BICH (1994), *supra*, note 112, 82. Sur le pouvoir créateur des juges aux termes des chartes et lois sur les droits de la personne, voir: BRUNELLE, *supra*, note 344, 363-368

¹¹⁶⁷ PINARD, *supra*, note 1121, 140

¹¹⁶⁸ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, *supra*, note 382, 555 (J. McIntyre)

¹¹⁶⁹ *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, *supra*, note 1054, 520-521 (J. Wilson)

Deux ans plus tard, la Cour reformulait le critère relatif au « moral du personnel » de manière à exiger plutôt une étude de l'importance de l'atteinte aux « droits d'autres employés »¹¹⁷⁰ ou, pour dire vraisemblablement la même chose, « un examen de l'effet de la mesure d'accommodement raisonnable sur les autres employés ».¹¹⁷¹

Bien que les critères d'évaluation du degré de contrainte subi par celui à qui l'on réclame une mesure d'accommodement ne soient « pas coulés dans le béton »¹¹⁷², ils peuvent être regroupés en trois grandes catégories. La première concerne les limites aux ressources financières ou matérielles de l'entreprise ou de l'institution. La seconde a trait au respect des droits de la victime de discrimination, des collègues de travail et du public en général. La troisième s'intéresse au bon fonctionnement de l'entreprise ou de l'institution de qui l'on requiert l'accommodement.

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

1) *Les limites aux ressources financières et matérielles*

- le coût réel de l'accommodement demandé :
- les sources extérieures de financement¹¹⁷³ (prêts, subventions¹¹⁷⁴, crédits d'impôts et déductions fiscales¹¹⁷⁵, régime gouvernemental d'aide ou

¹¹⁷⁰ *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, *supra*, note 521, 984-985, 988 et 991-992 (j. Sopinka)

¹¹⁷¹ *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, *supra*, note 431, 546 (j. Cory)

¹¹⁷² *Ibid.*; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *supra*, note 389, 36: « Les divers facteurs ne sont pas consacrés, sauf dans la mesure où ils sont inclus ou écartés expressément par la loi. » (j. McLachlin, par. 63)

¹¹⁷³ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU MANITOBA, *Mesures d'adaptation pour favoriser l'égalité : Directives pour répondre de façon raisonnable aux besoins spéciaux*. Winnipeg. Avril 1996, 10. Incidemment, le paragraphe 11(2) du *Code ontarien des droits de la personne*. L.R.O. 1990, c. H-19, prévoit expressément ce critère. Il en est de même pour la réglementation

d'indemnisation¹¹⁷⁶, contribution personnelle de la victime de discrimination¹¹⁷⁷ ...);

- la nature de l'entreprise ou de l'institution (taille, composition de la main-d'œuvre¹¹⁷⁸, structure organisationnelle, structure de production, nature privée ou publique¹¹⁷⁹ ...);
- le budget d'opération total de l'entreprise (maison-mère et filiales réunies¹¹⁸⁰) ou de l'institution¹¹⁸¹;
- la santé financière de l'entreprise ou de l'institution¹¹⁸²;

américaine édictée en application de l'*Americans with Disabilities Act* : Lisa A. LAVELLE, « The Duty to Accommodate : Will Title I of the Americans with Disabilities Act Emancipate Individuals with Disabilities Only to Disable Small Businesses ? », (1991) 66 *Notre Dame L. Rev.* 1135, 1187-1188

¹¹⁷⁴ *Syndicat des employés de la Commission scolaire du Fleuve et des Lacs c. Commission scolaire du Fleuve et des Lacs*, (1999) 46 R.S.É. 1487 (sentence 6900), 1508 (arb. Denis Gagnon) (requête en révision judiciaire rejetée : *Syndicat des employés de la Commission scolaire du Fleuve et des Lacs c. Gagnon*, C.S. Québec, 200-05-011801-995, 9 décembre 1999 (j. Boisvert) (en appel : 200-09-011801-995)

¹¹⁷⁵ LEPOFSKY, *supra*, note 1147, 13; PROULX, *supra*, note 67, 86 (note 280); WOEHRLING, *supra*, note 403, 347

¹¹⁷⁶ PROULX, *supra*, note 436, 380 (note 242); VILLAGGI, *supra*, note 66, 332

¹¹⁷⁷ Steven B. EPSTEIN, « In Search of a Bright Line : Determining When an Employer's Financial Hardship Becomes "Undue" Under the Americans with Disabilities Act », (1995) 48 *Vand. L. Rev.* 391, 403-404 ; Edward J. MCGRAW, « Compliance Costs of the Americans with Disabilities Act », (1993) 18 *Del. J. Corp. L.* 521, 534

¹¹⁷⁸ BRUYERE, GOMEZ et THAYER-HANDLEMANN, *supra*, note 572, 633; DOLATLY, *supra*, note 371, 537

¹¹⁷⁹ Michel LEFRANÇOIS, « The Scope of the Duty to Accommodate in the Large Employment Setting », (1996) 5 *C.L.E.L.J.* 1 (*passim*); KARLAN et RUTHERGLEN, *supra*, note 535, 28-29

¹¹⁸⁰ LAVELLE, *supra*, note 1173, 1187; LEE, *supra*, note 1152, 215; CONTRA : HOLTZMAN, JENNINGS et SCHENCK, *supra*, note 1154, 306. Le cas des franchisés pourrait commander certaines nuances toutefois dans la mesure où ils n'ont pas accès aux revenus des franchiseurs : BALES, *supra*, note 274, 175. Il en va de même des institutions publiques, selon qu'on les analyse dans une perspective locale, régionale ou nationale : *Syndicat des employés de la Commission scolaire du Fleuve et des Lacs c. Commission scolaire du Fleuve et des Lacs*, *supra*, note 1174, 1509 (arb. Denis Gagnon)

¹¹⁸¹ MCGRAW, *supra*, note 1177, 534; WOEHRLING, *supra*, note 403, 348. Précisons que dans l'affaire *Spreitzer c. Industries James MacLaren Inc. (Division forestière)*, *supra*, note 820, 3041 (j. Major), c'est plutôt « la masse salariale annuelle » de l'entreprise qui a servi à établir si l'employeur se trouvait exposé à une contrainte financière excessive.

- la conjoncture économique¹¹⁸³...

2) *L'atteinte aux droits*

- les risques pour la santé ou la sécurité du salarié, de ses collègues ou du public en général¹¹⁸⁴;
- la convention collective ;
- l'effet préjudiciable de l'accommodement sur les autres employés ;
- les conflits de droits...

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

- l'interchangeabilité relative des employés¹¹⁸⁵;
- l'adaptabilité des lieux, installations et équipements de travail ;
- l'effet sur la productivité de l'entreprise¹¹⁸⁶ ;

¹¹⁸² Soulignons que le point de vue, selon lequel une contrainte financière ne serait « excessive » que si les fondations mêmes de l'entreprise s'en trouvent ébranlées, est jugé trop sévère pour être acceptable: PROULX, *supra*, note 67, 44 et 95. Le Congrès américain n'a d'ailleurs pas retenu ce critère dans l'*Americans with Disabilities Act*: EPSTEIN, *supra*, note 1177, 423; STUHLBARG, *supra*, note 1122, 1323-1324 (note 54)

¹¹⁸³ *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, *supra*, note 431, 546: « Ce qui peut être parfaitement raisonnable en période de prospérité est susceptible d'imposer à un employeur un fardeau financier déraisonnable en période de restrictions budgétaires ou de récession. » (j. Cory); *Compagnie minière Québec-Cartier c. Commission des droits de la personne du Québec*, *supra*, note 628, 9 (j. Letarte, *ad hoc*); *Syndicat des technologues en radiologie du Québec c. Centre hospitalier des Vallées de l'Outaouais (Pavillon de Hull)*, D.T.E. 99T-1044 (T.A.), 54-56 (arb. Denis Nadeau)

¹¹⁸⁴ WORKERS WITH DISABILITIES PROJECT, *supra*, note 1058, 9-10

¹¹⁸⁵ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *supra*, note 389, 36 (j. McLachlin, par. 63)

¹¹⁸⁶ BERLIN, *supra*, note 535, 156; LEFRANÇOIS, *supra*, note 1179, 39 et 43; Warren K. WINKLER et Peter J. THORUP, « The Duty of Accommodation and its Implications for the Employer », (1992) 1 C.L.L.J. 209, 226

- le nombre d'employés affectés par la mesure d'accommodement envisagée¹¹⁸⁷ ;
- l'effet bénéfique de l'accommodement sur les autres employés¹¹⁸⁸ ;
- la durée¹¹⁸⁹ et l'étendue de l'accommodement¹¹⁹⁰ ...

Si ces critères sont d'une pertinence indéniable pour déterminer la raisonnable d'une demande d'accommodement, d'autres facteurs ont été carrément exclus de l'analyse en raison de leur nature peu probante. Ainsi en est-il des arguments fondés sur la simple commodité administrative¹¹⁹¹, les préférences de la clientèle¹¹⁹², la crainte de créer un précédent¹¹⁹³ ou encore la menace d'être exposé à un recours civil¹¹⁹⁴, tel un grief¹¹⁹⁵.

¹¹⁸⁷ Robert A. DUBAULT, « The ADA and the NLRA : Balancing Individual and Collective Rights », (1995) 70 *Ind. L.J.* 1271, 1299

¹¹⁸⁸ BRUYERE, GOMEZ et THAYER-HANDLEMANN, *supra*, note 572, 646; CRESPI, *supra*, note 637, 34; DOLATLY, *supra*, note 371, 546; HOLTZMAN, JENNINGS et SCHENCK, *supra*, note 1154, 307; LEE, *supra*, note 1152, 217; Barbara A. LEE et Karen A. NEWMAN, « Employer Responses to Disability : Preliminary Evidence and a Research Agenda », (1995) 8 *Employee Responsibilities & Rights J.* 209, 223; LEPOFSKY, *supra*, note 1147, 19; Elliot H. SHALLER, « "Reasonable Accommodation" under the Americans with Disabilities Act – What Does It Mean ? », (1991) 16 *Employee Rel. L.J.* 431, 444. Pour un aperçu des avantages qu'une mesure d'accommodement peut avoir sur l'ensemble des salariés, voir : FÉDÉRATION DES TRAVAILLEURS ET TRAVAILLEUSES DU QUÉBEC, *Personnes handicapées : les mythes*, (rédaction et recherche : André Desjardins et Denise Gagnon), Montréal, FTQ, septembre 1993, 14

¹¹⁸⁹ MCINTYRE, *supra*, note 472, 285; MILLSAP, *supra*, note 508, 1441; PROULX, *supra*, note 33, 705

¹¹⁹⁰ ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *supra*, note 1157, 4

¹¹⁹¹ PROULX, *supra*, note 67, 91; WOEHLING, *supra*, note 403, 350

¹¹⁹² D'ANDREA, CORRY et FORESTER, *supra*, note 428, 4-56 (par. 4:4600); MCINTYRE, *supra*, note 472, 282; PROULX, *supra*, note 436, 380; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 2632-1661 Québec Inc.*, *supra*, note 873, D/485 (j. Sheehan, par. 29 et 34) ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Beaublanc Inc.*, [1999] R.J.Q. 1875 (T.D.P.Q.), 1878 (j. Rivet, par. 20) ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Sécurité Serca*, [1999] R.J.Q. 3089 (T.D.P.Q.), 3096-3097 (j. Rivet, par. 43 à 46)

¹¹⁹³ BOSSET, *supra*, note 549, 112; WORKERS WITH DISABILITIES PROJECT, *supra*, note 1058, 17. EPSTEIN, *supra*, note 1177, 424-425 (note 170) va même plus loin. Selon lui, un employeur ne devrait pas être admis à prétendre que les mesures d'accommodement déjà consenties à certains de ses employés constituent une «contrainte excessive» qui l'autorise à refuser toute autre demande d'accommodement que pourrait subséquemment formuler un autre employé. Ainsi, tout salarié handicapé aurait droit à un accommodement raisonnable, sans égard au nombre d'employés qui jouissent déjà d'un accommodement. *CONTRA* : Ivan F. IVANKOVICH, « The "Religious" Employee and Reasonable Accommodation Requirements », (1987-1988) 13 *Can. Bus. L. J.* 313, 349-350, WINKLER et THORUP, *supra*, note 1186, 226 et WOEHLING, *supra*, note 403, 348 et

intenté pour contrer une éventuelle mesure d'accommodement. De même juge-t-on que le salaire de l'employé qui réclame un accommodement ne revêt pas le moindre intérêt aux fins de déterminer l'ampleur des frais que l'employeur peut raisonnablement encourir pour l'accommoder.¹¹⁹⁶

Dans notre société capitaliste où l'argent semble être la mesure de toute chose¹¹⁹⁷, le découpage tripartite des critères de contrainte excessive que nous proposons ici peut paraître artificiel. Mais quoi que l'on en pense, l'égalité dans l'emploi ne saurait être réduite à une simple affaire de dollars. On aura beau rivaliser d'imagination pour développer des méthodes de calcul toutes plus savantes les unes que les autres afin d'établir, avec cette certitude si chère aux milieux financiers, ce qui représente un coût excessif¹¹⁹⁸, les considérations monétaires ne formeront jamais qu'un seul volet de l'analyse.

355, lesquels citent le nombre potentiel de demandes d'accommodement parmi les facteurs pertinents pour juger de l'importance d'une contrainte. Comme WOEHRLING, *id.*, 357, le souligne. « ...un employeur [...] doit être conscient du fait qu'en accordant un accommodement, il crée un précédent qui pourra ensuite être invoqué contre lui. » Voir dans le même sens : MCGRAW, *supra*, note 1177, 536; MOREAU et BUSSIÈRE, *supra*, note 1066, 151; SHALLER, *supra*, note 1188, 447

¹¹⁹⁴ Voir par analogie : *Automobile Workers v. Johnson Controls, Inc.*, 499 U.S. 187 (1991), 208-211 (j. Blackmun). Pour sa part, VILLAGGI, *supra*, note 66, 334, semble prêt à assimiler à « ...une contrainte excessive le fait d'être l'objet potentiel d'une poursuite pénale. »

¹¹⁹⁵ *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, *supra*, note 521, 985-987 (j. Sopinka). Pour une critique de cette prise de position, voir : MORIN, *supra*, note 1066, 743. Voir au même effet : STUHLBARG, *supra*, note 1122, 1325-1326

¹¹⁹⁶ Cette surprenante proposition, d'origine américaine, dont l'effet net – et absurde! – serait de faciliter l'accommodement des salariés les mieux rémunérés, a fort heureusement été rejetée au cours des débats menant à l'adoption de l'*Americans with Disabilities Act* : BRANDFIELD, *supra*, note 1123, 132; EPSTEIN, *supra*, note 1177, 403 (note 43) et 426-427; KARLAN et RUTHERGLEN, *supra*, note 535, 12 (note 46); Matthew B. SCHIFF et David L. MILLER, « Reasonable Accommodation Under The Americans With Disabilities Act », (1992/93) 28 *Gonz. L. Rev.* 219, 220; SHALLER, *supra*, note 1188, 435 et 443; STUHLBARG, *id.*, 1339-1340

¹¹⁹⁷ CRESPI, *supra*, note 637, 24

¹¹⁹⁸ Plusieurs études américaines préconisent une telle approche comptable: BRANDFIELD, *supra*, note 1123, 131; DOLATLY, *supra*, note 371, 548-549; EPSTEIN, *supra*, note 1177, 455 et suivantes; HOLLWITZ, GOODMAN et BOLTE, *supra*, note 1122, 153-154; STUHLBARG, *supra*, note 1122, 1346

D'ailleurs, quand la discrimination est attribuable en tout ou en partie au syndicat, ce sont surtout les considérations relatives à l'opposition entre les droits des uns et les droits des autres qui risquent de monopoliser toute l'attention. La chose apparaît d'autant plus évidente que le bien-être des salariés, but ultime des organisations syndicales, s'oppose parfois radicalement à l'incessante quête des chefs d'entreprise pour la maximisation des profits¹¹⁹⁹ et la performance optimale.

Cela étant, lorsqu'un acte discriminatoire est imputable à une association de salariés, l'évaluation du niveau de contrainte auquel elle peut être assujettie appelle à soupeser principalement trois facteurs : l'atteinte à la convention collective que la mesure d'accommodement envisagée peut engendrer, l'effet préjudiciable que cette mesure peut avoir sur les autres salariés et l'incompatibilité potentielle de cette même mesure avec les droits garantis par d'autres lois. Il importe de consacrer de plus amples développements à chacun de ces facteurs.

1. *L'atteinte à la convention collective*

Le droit à la négociation collective des conditions de travail a, pour nombre de travailleurs, une valeur mythique dont la puissance évocatrice apparaît incomparable tant les efforts pour l'acquérir ont été considérables. Pas étonnant dès lors que le produit de cette négociation, la convention collective, soit traditionnellement qualifié de « loi des parties »¹²⁰⁰ pour traduire, en un sens, l'intangibilité qu'elles tendent à lui reconnaître. En clair, le contrat collectif de travail, une fois conclu, tombe en principe dans le domaine du « non-négociable » pendant toute sa durée. Capable de souplesse si l'intérêt de la majorité des salariés le commande, le mouvement syndical n'en

¹¹⁹⁹ HOLCMAN, *supra*, note 11, 140; EPSTEIN, *id.*, 438 (note 215), affirme que 95% des dirigeants d'entreprises aux États-Unis accordent aux profits la plus grande importance. On peut raisonnablement croire qu'il en va de même pour une majorité des entreprises d'ici.

¹²⁰⁰ Voir la doctrine et la jurisprudence citées, *supra*, note 264 ; KOHLER, *supra*, note 6, 301, parle d'un « private-law making system ». Dans la même logique, WEILER, *supra*, note 121, 63, dit de la négociation collective qu'« elle permet aux travailleurs d'exercer leur capacité *de se gouverner eux-mêmes*. » (nos italiques)

demeurera pas moins réfractaire, en règle générale, à toute dérogation aux conditions de travail établies par la convention collective.¹²⁰¹

Or, le syndicat pointé du doigt pour les effets discriminatoires subis par quelques salariés peut être confronté à des demandes d'accommodement qui entrent manifestement en conflit avec les dispositions de la convention collective. Faut-il conclure qu'il se trouve, de ce fait, forcément exposé à une « contrainte excessive »? On aurait pu croire que la prépondérance reconnue aux chartes et lois sur les droits de la personne appelait une réponse négative, sans plus. Toutefois, les tribunaux d'ici ont exprimé une opinion nettement plus nuancée.

Analysant d'abord la problématique dans la perspective des deux parties signataires de la convention collective, la Cour suprême du Canada juge, dans un premier temps, « que les dispositions d'une convention collective ne [peuvent] dégager les parties de l'obligation d'accommodement ».¹²⁰² Ce faisant, « le point de vue selon lequel une convention collective doit demeurer intacte » est répudié parce qu'on l'estime fondé « sur des attitudes incompatibles avec les droits de la personne ».¹²⁰³

Épousant l'angle de l'employeur dans un deuxième temps, la Cour signale qu'il doit être prêt à déroger à la convention collective pour accommoder un salarié sauf s'il en

¹²⁰¹ À titre d'exemple, des questionnaires complétés par quatre cent (400) syndicats affiliés à la *Centrale des syndicats nationaux (CSN)* révèlent qu'à la question « Le syndicat favorise-t-il l'embauche de personnes handicapées? », la réponse « Oui, en respectant les règles habituelles de la convention » est celle qui a recueilli le plus haut pourcentage d'adhésion (58%) parmi les huit réponses suggérées. Par comparaison, la réponse « Oui, l'intégration de ces personnes est importante », également suggérée, ne recueillait que 44% d'appui : Maurice LÉVESQUE, *L'intégration et la réintégration en emploi des personnes handicapées : enquête sur la perception des syndicats affiliés à la CSN*, Montréal, Centre de recherche et d'évaluation sociales et appliquées (CRESA), mai 1993, 36 (tableau 10) et 38. La FÉDÉRATION DES TRAVAILLEUSES ET TRAVAILLEURS DU QUÉBEC, *Déclaration de politique sur l'intégration au travail des personnes handicapées*, XX^e Congrès, Montréal, 30 novembre au 4 décembre 1987, 2 et 5-7, insiste aussi pour que l'intégration des personnes handicapées au travail se fasse « dans le respect des droits acquis ».

¹²⁰² *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, *supra*, note 521, 987 (J. Sopinka); *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, *supra*, note 431, 551 (J. Cory)

¹²⁰³ *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, *id.*, 988

résulte « une atteinte réelle, non pas anodine mais importante, aux droits d'autres employés ». ¹²⁰⁴ Puis, la Cour précise sa pensée en ces termes :

[...] l'effet de la convention collective est *pertinent* pour évaluer le degré de contrainte résultant de l'ingérence dans ses conditions. Une dérogation *importante* à l'effet normal des conditions d'emploi dans la convention collective peut constituer une ingérence excessive dans l'exploitation de l'entreprise de l'employeur. ¹²⁰⁵

Abordant la question à travers le prisme syndical dans un troisième temps, la Cour reconnaît qu'une proposition d'accommodement, qui s'avère « la moins dispendieuse ou la moins perturbatrice pour l'employeur », peut néanmoins être rejetée par l'association de salariés dans la mesure où « elle vient perturber la convention collective ». ¹²⁰⁶ Toutefois, pour que ce refus du syndicat soit jugé légitime, encore faut-il que d'autres mesures d'accommodement raisonnables moins attentatoires à la convention collective aient été possibles et proposées à l'employeur. ¹²⁰⁷ Au surplus, la Cour admet la possibilité « qu'une mesure proposée soit la plus sensée même si, contrairement à d'autres, elle requiert une modification de la convention ». ¹²⁰⁸

En somme, pour déterminer les limites de l'obligation d'accommodement, les dispositions de la convention collective ne sont « qu'un facteur à prendre en considération » ¹²⁰⁹, lequel ne saurait être déterminant en soi. ¹²¹⁰ Partant, l'association

¹²⁰⁴ *Id.*, 984-985

¹²⁰⁵ *Id.*, 987 (nos italiques) ; *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, *supra*, note 431, 551 (j. Cory)

¹²⁰⁶ *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, *id.*, 992

¹²⁰⁷ *Ibid.*

¹²⁰⁸ *Id.*, 992-993

¹²⁰⁹ *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, *supra*, note 431, 549 (j. Cory)

de salariés ne peut se retrancher purement et simplement derrière les termes du contrat collectif de travail¹²¹¹ aux fins d'être dégagée de sa responsabilité « de prendre des mesures raisonnables pour supprimer ou restreindre la source de l'effet discriminatoire ». ¹²¹²

Il faut, croyons-nous, saluer cette interprétation de la plus haute cour du pays. La convention collective, on le sait, tend à régir un nombre de plus en plus considérable d'aspects de la relation d'emploi.¹²¹³ Qu'il suffise d'évoquer ces dispositions liées à la rémunération, la sécurité syndicale, les définitions de tâches, les horaires de travail, le surtemps, les congés et les vacances annuelles, les avantages sociaux (régimes d'assurance et de retraite), la santé et la sécurité au travail, l'exercice de la discipline patronale (avis, réprimande, suspension, rétrogradation, renvoi), le règlement des griefs ou la protection des droits d'ancienneté¹²¹⁴ que l'on retrouve souvent dans les ententes patronale-syndicale. Ainsi, l'on ne peut nier que plusieurs dispositions communes à bien des conventions collectives peuvent être incompatibles avec les droits et libertés fondamentaux des salariés.¹²¹⁵

¹²¹⁰ CHALTON et BURKE, *supra*, note 644, 44-45; MARCEAU, *supra*, note 549, 1024; PROULX, *supra*, note 67, 92 : « ...l'atteinte à la convention collective n'est jamais, en soi, un moyen de défense pour le syndicat. Elle ne le devient que si elle entraîne au surplus, pour d'autres employés, une violation importante des droits qui leur ont été consentis dans la convention, violation qui, en définitive, leur impose des exigences déraisonnables. »

¹²¹¹ CARTER, *supra*, note 265, 191; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Centre hospitalier Robert-Giffard*, *supra*, note 839, 656 : « ...en se contentant d'exiger « le respect intégral de la convention collective », le syndicat ne rencontrait pas son obligation d'accommodement. » (j. Sheehan, par. 28)

¹²¹² *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, *supra*, note 521, 993 (j. Sopinka); LYNK, *supra*, note 673, 244 : « The infusion of equality values into the arbitral process has meant that the collective agreement must now be read as a multi-layered document, with many enforceable employment rights to be found beyond its express terms. »

¹²¹³ Voir la doctrine citée, *supra*, note 263

¹²¹⁴ MORIN et BRIÈRE, *supra*, note 48, 901 (par. IV-99); THOMPSON, *supra*, note 259, 93. Voir également : Rose DALY-ROONEY, « Reconciling Conflicts Between the Americans with Disabilities Act and the National Labour Relations Act to Accommodate People with Disabilities », (1994) 6 *DePaul Bus. L. J.* 387, 391

¹²¹⁵ CARTER, *supra*, note 265, 188; CARTER, *supra*, note 315, 8

Considérant l'ampleur du domaine des conditions de travail que la convention collective est susceptible d'envahir, toute interprétation prônant son respect intégral, sans dérogation possible, aurait pu miner irrémédiablement le droit à un accommodement raisonnable garanti par les chartes et lois sur les droits de la personne.

Soulignons enfin qu'une partie à la convention collective ne devrait pas pouvoir se soustraire à son obligation d'accommodement en tentant d'attribuer à l'autre la paternité de la clause à effet discriminatoire :

Il faut présumer que toutes les dispositions sont formulées conjointement par les parties qui assument une responsabilité égale quant à leur effet sur les employés. Je n'estime pas convaincant l'argument selon lequel il faut réexaminer les négociations pour déterminer la partie qui a insisté sur une disposition qui a fini par entraîner un résultat discriminatoire.¹²¹⁶

Bien que certains aient décrié cette « compréhension civiliste » des rapports collectifs de travail¹²¹⁷ et aient remis en doute le principe de l'égalité juridique des parties qui lui

¹²¹⁶ *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, *supra*, note 521, 990 (j. Sopinka). Voir dans le même sens: *CHAPLIN*, *supra*, note 812, 424-425. Il va de soi que si ce résultat discriminatoire est par ailleurs le produit d'une « exigence professionnelle justifiée », le syndicat échappera à toute responsabilité: *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, *supra*, note 437, 1316-1316 (j. Sopinka); *Hope v. St. Catherines (City)*, *supra*, note 805, D/4657 (commissaire John D. McCamus, par. 36100)

¹²¹⁷ *TARDIF*, *supra*, note 918, 217 : « Le syndicat a un rôle d'agent exclusif des membres et a plus souvent qu'autrement à faire des choix entre différents droits afin de balancer les droits de tous et chacun. Le tout se fait selon les règles de la démocratie et la règle de la majorité se doit d'être respectée. Nous sommes d'avis que la responsabilité du syndicat, par le simple fait qu'il signe la convention collective et qu'il devient responsable des conséquences comme s'il s'agissait de n'importe quel autre contrat, est totalement inacceptable en matière de relations de travail. » Est-ce à dire que le syndicat qui adopte démocratiquement (parce que majoritairement) le principe d'exclure, par exemple, les noirs, les juifs ou les femmes de l'entreprise, avec la complicité de l'employeur, devrait échapper à toute responsabilité sous prétexte que la convention collective n'est pas « n'importe quel contrat » ? Si c'est ce qu'il faut comprendre de ces propos, c'est plutôt la conception archaïque de la démocratie qui s'en dégage qui nous apparaît « totalement inacceptable ». De fait, « l'idée de démocratie transcende la règle de la majorité »: *Vriend c. Alberta*, *supra*, note 382, 566 et 577 (j. Iacobucci, par. 140 et 176); *Corbiere c. Canada (Ministre des affaires indiennes et du Nord canadien)*, *supra*, note 429, 284 (j. L'Heureux-Dubé, par. 116); *BENYEKHELEF*, *supra*, note 221 (*passim*)

sert de fondement¹²¹⁸, la position prise nous apparaît considérablement plus sage que celle qui invite à une véritable entreprise de prospection dans les propositions déposées à la table des négociations.¹²¹⁹ Faut-il rappeler qu'aucune des parties à la convention collective n'a le contrôle absolu sur son contenu éventuel, qu'une proposition appelle souvent une contre-proposition et qu'une clause donnée peut être, en quelque sorte, le résultat d'une « symbiose contractuelle »¹²²⁰ ?

Certes, il pourra y avoir des cas clairs qui feront figure d'exception.¹²²¹ Cependant, hormis ces situations plutôt rares, la règle de la responsabilité conjointe devrait prévaloir.¹²²² En effet, on imagine sans peine les difficultés pratiques que pourrait parfois soulever la recherche de l'instigateur de la clause qui fait problème.¹²²³ À titre

¹²¹⁸ LYNK et ELLIS, *supra*, note 1075, 261 et suivantes; MARCEAU, *supra*, note 549, 1023

¹²¹⁹ Dans les motifs qu'elle rend en son nom et au nom d'une seule de ses collègues dans l'arrêt *Large c. Stratford (Ville)*, *supra*, note 873, Madame le juge L'Heureux-Dubé semble malheureusement avoir succombé à cette dernière tentation quand elle écrit, au paragraphe 46 de la page 757 : « Lorsque des politiques sont adoptées dans le cadre du processus de négociation collective en réponse à des revendications des employés, il semble injuste d'exiger que l'employeur établisse sa « conviction sincère » que la disposition était nécessaire. Dans de telles circonstances, il arrive fréquemment que l'employeur n'ait pas la « conviction sincère » que la politique est nécessaire, si ce n'est une conviction qu'elle est nécessaire pour satisfaire le syndicat. Par conséquent, lorsqu'une restriction est imposée à la demande des employés, c'est la « conviction sincère » de ces derniers qui est davantage pertinente... ». La majorité a cependant rejeté cette façon de voir, jugeant « improductif » l'exercice auquel elle convie : *Large c. Stratford (Ville)*, *id.*, 746-747 (J. Sopinka, par. 23 et 24)

¹²²⁰ *Supra*, notes 783 à 788, et les développements qui y correspondent. Voir également : Farrell E. BLOCH, « Discrimination in Nonreferral Unions », dans Leonard J. HAUSMAN et al. (dir.), *Equal Rights and Industrial Relations*, Industrial Relations Research Association Series, Madison (Wisconsin), 1977, 109 : « ...it is difficult to extricate discrimination initiated by employers from that initiated by unions. »

¹²²¹ *Thomson v. Fleetwood Ambulance Service*, *supra*, note 920, 145,069 : « Although in *Renaud*, the Court held that it would not be appropriate to examine collective bargaining negotiations to determine which party pressed for the offending provision, the facts in our case are distinguishable. There is undisputed evidence to demonstrate that the union actively sought the deletion of [the discriminatory clause] from the employment contract over a series of years, and on more than one front. On this basis, I find that the union took appropriate steps to remove the provision, and accordingly, cannot be found liable... » (commissaire K. Laird) (nos italiques); LYNK, *supra*, note 673, 233-235

¹²²² *CONTRA* : LYNK et ELLIS, *supra*, note 1075, 276-277; PROULX, *supra*, note 67, 77-78

¹²²³ Se poserait ici la question de la recevabilité de preuves extrinsèques aux fins d'établir l'historique des négociations. Rappelons que de manière générale, les arbitres de griefs ont traditionnellement refusé la preuve du contenu des négociations, des offres, contre-offres et pourparlers qui précèdent la convention collective : Rodrigue BLOUIN et Fernand MORIN, *Droit de l'arbitrage de grief*, 4^e éd..

d'exemple, devrait-on se résigner à admettre en preuve la serviette de table ou le napperon de papier qu'une partie, soucieuse de relancer la négociation au retour du dîner, a utilisé pour ébaucher la clause problématique ? Étranger à ces tractations, le salarié victime de discrimination n'en serait pas moins contraint d'assister, impassiblement, à un débat stérile dont il devrait, au surplus, assumer une partie des frais s'il est lui-même représenté par un procureur. En outre, l'abondance, la teneur et la durée parfois considérable des séances de négociation ont de quoi altérer la mémoire du négociateur le moins enclin entre tous à l'oubli. Du reste, le mode de fonctionnement même d'une association de salariés se prête difficilement au jeu « à qui la faute ? » :

Tous les salariés ne votent pas en faveur d'une convention collective pour les mêmes raisons. Le comité de négociation ou l'exécutif a pu avoir des desseins discriminatoires qui n'étaient absolument pas partagés par les syndiqués en général. Ce peut être l'inverse. Il peut y avoir eu débat sur cette question en assemblée, ce qui en facilitera la preuve, mais ce débat peut aussi avoir eu lieu de manière informelle et s'être réglé avant la tenue de l'assemblée visant à ratifier les termes de la convention.¹²²⁴

Tout bien considéré, l'interprétation voulant qu'à moins de circonstances exceptionnelles, une partie soit tenue d'accommoder le plaignant du seul fait qu'elle est

Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1994, 321-323 (par. VII.30 à VII.31.1); Sylvain BOUCHARD, *La preuve extrinsèque en arbitrage des griefs*, coll. Relations Industrielles, vol. 28, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1995, 29-32; Louise VERSCHOLDEN, *La preuve et la procédure en arbitrage de griefs*, Montréal, Wilson & Lafleur Inc., 1994, 172-175; *Syndicat des travailleuses et travailleurs de A. Lassonde (C.S.N.) c. A. Lassonde Inc.*, [1998] R.J.D.T. 1468 (T.A.), 1480-1481 (arb. Jean-Louis Dubé); *Union des routiers, brasseries, liqueurs douces et ouvriers de diverses industries, section locale 1999 c. Bristol-Myers Squibb Canada Inc.*, D.T.E. 99T-794 (T.A.). Toutefois, l'article 1426 du *Code civil du Québec*, lequel invite à tenir compte, « dans l'interprétation du contrat, [...] des circonstances dans lesquelles il a été conclu », pourrait inciter les arbitres de grief à une plus grande ouverture sous ce rapport: *Elkem métal Canada Inc. c. Métallurgistes unis d'Amérique, local 7287*, [1998] R.J.D.T. 349 (T.A.); *2985420 Canada Inc. c. Syndicat des travailleuses et travailleurs de l'hôtel Holiday Inn Centre-Ville*, [1998] R.J.D.T. 1971 (T.A.)

¹²²⁴ PROULX, *supra*, note 33, 681

signataire de la convention collective à l'origine de la discrimination apparaît à la fois plus juste pour lui et plus pragmatique dans les circonstances.¹²²⁵

2. *L'effet préjudiciable sur les autres salariés*

Malgré les efforts déployés par les associations de salariés pour restreindre les droits de direction au moyen de dispositions contractuelles librement négociées avec l'employeur, la souveraineté patronale demeure présente à bien des égards. En effet, même dans les milieux de travail où les rapports employeur-employés sont régis par une convention collective, celle-ci n'occupe pas forcément tout l'espace normatif :

[...] une convention collective n'est qu'une codification de certains rapports sociaux, de certains éléments des relations du travail. Elle peut même induire en erreur, car des pratiques peuvent exister sans être codifiées, et inversement des pratiques peuvent être codifiées sans exister.¹²²⁶

Pour tout dire, en marge des règles contractuelles convenues entre les parties, des coutumes, des usages, des comportements et des relations de pouvoir s'établissent au travail¹²²⁷ et des attentes individuelles se créent, au gré des interprétations et des perceptions de chacun.

Sans doute au fait de cette situation qui traduit bien, au demeurant, la complexité des rapports humains, les juges ont tôt fait de reconnaître l'importance de ne pas porter

¹²²⁵ SWINTON, *supra*, note 214, 724. Soulignons que la situation pourrait être différente si la discrimination résultait non pas d'une clause explicite de la convention collective mais plutôt de l'absence d'une disposition contractuelle apte à enrayer les effets discriminatoires qu'un salarié subit: voir *supra*, notes 918 à 920, et les développements qui y correspondent.

¹²²⁶ GAGNON, *supra*, note 8, 114

¹²²⁷ ARTHURS, *supra*, note 35, 2: «The «web of rules» governing the complex and dynamic relationship we call employment includes strands of state law, to be sure, but also explicit contracts and implicit understandings, custom and usage, patterned behaviour, cultural assumptions, power relations, and technological imperatives.»

indûment atteinte aux droits des autres employés¹²²⁸ dans l'implantation d'une mesure d'accommodement favorable à l'un ou quelques uns seulement de leurs collègues.

L'on a maintes fois référer au « moral du personnel » pour désigner ce critère d'évaluation du degré de contrainte. L'expérience révèle cependant que l'effet « démoralisant » qu'une mesure d'accommodement entraîne sur les collègues de travail peut souvent être un pur produit des stéréotypes ou des préjugés qu'ils entretiennent ou du ressentiment qui les anime. À bon droit, les tribunaux ont donc reformulé ce critère d'analyse pour décourager, sans équivoque, « les oppositions fondées sur des attitudes incompatibles avec les droits de la personne ».¹²²⁹ À cet égard, l'on ne devrait plus confondre l'atteinte au « moral des employés » et l'atteinte à leurs « droits ».¹²³⁰

Tant l'employeur que le syndicat peuvent tenter de tirer avantage du critère de l'effet préjudiciable sur autrui pour s'opposer à l'accommodement souhaité par la victime d'une discrimination dans l'emploi. Pour l'employeur, l'insatisfaction des employés fondée sur des « craintes légitimes que leurs droits soient lésés »¹²³¹ peut se traduire par des baisses de la motivation au travail¹²³² et de la productivité, baisses généralement nuisibles à l'exploitation économique et efficace de l'entreprise ou de l'institution.¹²³³ Pour le syndicat, la préoccupation première a trait plutôt à la préservation de sa nature

¹²²⁸ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *supra*, note 389, 43 (j. McLachlin, par. 80)

¹²²⁹ *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, *supra*, note 521, 988 (j. Sopinka). Voir dans le même sens: BLACK, *supra*, note 533, 174 (note 63); MARCEAU, *supra*, note 549, 1025; PROULX, *supra*, note 67, 89-90 et 92

¹²³⁰ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *supra*, note 389, 43 (j. McLachlin, par. 80)

¹²³¹ *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, *supra*, note 521, 988 (j. Sopinka)

¹²³² BRANDFIELD, *supra*, note 1123, 131

¹²³³ Toutefois, PROULX, *supra*, note 67, souligne à la page 90: « En pratique, l'employeur ne pourra invoquer ce facteur de contrainte qu'en milieu de travail non syndiqué. On voit mal, en effet, dans quels cas un employeur pourrait soulever cet élément sérieusement lorsqu'un syndicat est présent pour défendre les intérêts des employés. » Pourtant, il semble que rien n'empêcherait l'employeur de s'allier au syndicat pour invoquer ce facteur de contrainte de concert avec lui.

représentative ou, plus exactement, à l'exercice équitable de son monopole de représentation :

La principale crainte que soulèvent les conséquences de mesures d'accommodement concerne non pas, comme dans le cas de l'employeur, les coûts ou l'interruption qui peuvent en résulter pour l'entreprise du syndicat, mais plutôt l'effet sur d'autres employés. L'obligation d'accommodement ne devrait pas substituer la discrimination envers d'autres employés à la discrimination subie par le plaignant. Toute atteinte importante aux droits d'autrui justifiera normalement le refus du syndicat de consentir à une mesure qui aurait cet effet. Quoique le critère de la contrainte excessive s'applique au syndicat, on y satisfera souvent en démontrant que l'adoption des mesures d'accommodement proposées causera un préjudice à d'autres employés.¹²³⁴

Cet extrait appelle quelques commentaires. Traitant à la première phrase des conséquences d'une mesure d'accommodement « sur d'autres employés », la Cour confirme, dans la phrase qui suit, sa réticence à « substituer la discrimination envers d'autres employés à la discrimination subie par le plaignant ». Cette notion de « discrimination » étant manifestement liée au concept d'égalité¹²³⁵, faut-il en déduire que seule une atteinte aux droits à l'égalité des autres employés peut constituer une « contrainte excessive » pour le syndicat ? Autrement dit, doit-on présumer que la mesure d'accommodement qui heurte d'autres droits qui n'ont rien à voir avec le principe égalitaire est « raisonnable » ?

Il est vrai qu'isolée de son contexte, la seconde phrase pourrait prêter flanc à une interprétation semblable. Toutefois, les énoncés qui complètent l'extrait viennent dissiper toute ambiguïté possible. D'une part, l'allusion à une « atteinte importante aux droits d'autrui » est suffisamment large pour viser tout type de « droits ». D'autre part,

¹²³⁴ *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, *supra*, note 521, 992 (J. Sopinka)

¹²³⁵ Voir la doctrine et la jurisprudence citées, *supra*, note 414

l'insistance subséquente sur le « *préjudice* à d'autres employés » montre que les propos de la Cour vont bien au-delà des seules atteintes aux droits à l'égalité d'autrui.¹²³⁶ C'est là une évidence, il n'y a pas que la transgression des normes anti-discrimination qui peut être « *préjudiciable* » aux tiers.

Du reste, le droit à l'égalité ne jouissant pas d'une quelconque préséance sur les autres droits et libertés également garantis par les chartes et lois sur les droits de la personne¹²³⁷, on voit mal en vertu de quelle logique la Cour en ferait le seul droit susceptible de limiter l'obligation d'accommodement syndicale. Bref, tout droit auquel une mesure d'accommodement risque de porter atteinte devrait être pris en considération pour juger de la raisonnableté du compromis projeté.

Parmi les nombreux droits qui peuvent être affectés négativement par l'implantation d'une mesure d'accommodement, on peut inclure l'alourdissement de la tâche des autres employés appelés, par exemple, à exécuter une partie des fonctions de la personne accommodée.¹²³⁸ L'exposition d'un salarié à un risque plus grand pour sa santé ou sa sécurité en raison de la nécessité, pour lui, de travailler avec le collègue qui sollicite un accommodement particulier en est une autre illustration.¹²³⁹ L'acceptation forcée d'un horaire de travail moins avantageux, la renonciation à une promotion attendue ou la mutation à un autre poste sont aussi du nombre des effets potentiels

¹²³⁶ CARTER, *supra*, note 315, 12-13

¹²³⁷ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, *supra*, note 1049, 877 : « Il faut se garder d'adopter une conception hiérarchique qui donne préséance à certains droits au détriment d'autres droits... » (J. Lamer); PROULX, *supra*, note 436, 397 : « ... le droit à l'égalité n'est ni supérieur ni inférieur aux autres droits garantis par la Charte. »

¹²³⁸ BRANDFIELD, *supra*, note 1123, 129; LUND et DECLERCQ, *supra*, note 829, 50; *Syndicat des technologues en radiologie du Québec c. Centre hospitalier des Allées de l'Outaouais (Pavillon de Hull)*, *supra*, note 1183, 52 (arb. Denis Nadeau)

¹²³⁹ Par exemple, Daphne G. TARAS, « Shiftwork and the Duty to Accommodate Disabled Employees », dans Donald CARTER (dir.), *Les relations industrielles et les femmes*, Rapport du 28^e congrès de l'Association canadienne des relations industrielles, Kingston, 1992, 317, souligne, à la page 319, que le plus grand obstacle rencontré par les personnes diabétiques découle de la perception qu'elles créent un risque pour la sécurité – la leur ou celle de leurs collègues de travail – en raison de la possibilité d'épisodes hypoglycémiques, lesquels altèrent leur capacité de réaction et leur jugement et peuvent causer des pertes de conscience.

qu'un arrangement proposé pourrait avoir sur autrui.¹²⁴⁰ On aura compris de ces exemples que, sous réserve des dispositions contractuelles négociées par les parties, l'effet de l'accommodement sur les autres employés est une question qui peut être bien distincte de celle de l'atteinte à la convention collective proprement dite.¹²⁴¹

3. *Les conflits législatifs*

Ce critère d'évaluation du degré de contrainte auquel l'employeur ou le syndicat peut être exposé à la suite d'une demande d'accommodement est rarement évoqué de manière explicite dans la jurisprudence québécoise ou canadienne.¹²⁴² La doctrine américaine y attache toutefois une attention particulière dans le cadre d'études portant sur l'*Americans with Disabilities Act (ADA)*, loi similaire dans sa facture à nos chartes et lois sur les droits de la personne, si ce n'est qu'elle vise seulement la discrimination fondée sur le handicap.¹²⁴³

Ce sont les instances américaines respectivement spécialisées dans le traitement des plaintes de discrimination et des plaintes pour pratiques illégales en matière de travail, l'*Equal Employment Opportunity Commission (EEOC)* et la *National Labour Relations Board (NLRB)*, qui semblent la source d'inspiration des auteurs sous ce rapport. Dans une directive émise en 1992, le conseiller général de la *NLRB* traite des conflits potentiels qui peuvent résulter de l'interaction entre l'*ADA* et la loi sur les relations de

¹²⁴⁰ Richard BROWN, « Human Rights in Employment : Of Participation and Compensation », (1996) 4 *C.L.E.L.J.* 283, 294

¹²⁴¹ MCINTYRE, *supra*, note 472, 281; TARAS, *supra*, note 1239, 320

¹²⁴² Toutefois, la Commission manitobaine des droits de la personne évoque sommairement cette problématique dans son document de réflexion sur l'obligation d'accommodement : COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU MANITOBA, *supra*, note 1173, 26. Par ailleurs, dans l'arrêt *Richmond c. Canada (Procureur général)*, *supra*, note 882, l'on affirme, aux pages 964 et 967, qu'une mesure d'accommodement ne saurait être raisonnable si elle s'avère incompatible avec une disposition du *Code canadien du travail* (j. Desjardins, par. 17 et 25).

¹²⁴³ Pour une brève revue, en langue française, des caractéristiques dominantes de cette loi fédérale américaine, voir: PROULX, *supra*, note 436, 335-337

travail nationale.¹²⁴⁴ Les deux organismes gouvernementaux ont d'ailleurs conclu une entente de réciprocité par laquelle chacun s'engage à respecter le domaine de compétence de l'autre dans l'hypothèse où une même situation factuelle est à l'origine d'une plainte portée devant chacun d'eux.¹²⁴⁵

Cela étant, les similarités que l'on observe entre le régime des rapports collectifs de travail des États-Unis et nos codes du travail, d'une part, puis entre l'*ADA*, adoptée en 1990, et les chartes et lois sur les droits de la personne en vigueur chez nous¹²⁴⁶, d'autre part, nous autorisent à tracer certaines analogies.

Essentiellement, le critère de contrainte relié aux conflits législatifs tend à régir les situations où une partie est appelée à obéir à des commandements en apparence contradictoires du législateur. Bien sûr, l'on ne devra jamais négliger la nature constitutionnelle de la *Charte canadienne* ou la nature quasi constitutionnelle des lois sur les droits de la personne, laquelle leur confère une préséance sur les autres règles de droit¹²⁴⁷, incluant celles d'ordre public.¹²⁴⁸ Toutefois, les droits garantis par ces lois fondamentales n'étant pas absolus, il est vraisemblable que dans certains cas où la mise

¹²⁴⁴ Jerry H. HUNTER, *NLRB General Counsel's Memorandum to Field Personnel on Potential Conflicts Raised by Americans With Disabilities Act*, Office of the General Counsel, memorandum GC-92-09, 7 août 1992, *Daily Lab. Rep.* (BNA), n° 158 (14 août 1992), E-1

¹²⁴⁵ Jerry H. HUNTER et Tony E. GALLEGOS, *NLRB, EEOC Memo of Understanding on Procedure for Coordinating ADA, NLRA*, *Daily Lab. Rep.* (BNA), n° 220 (17 novembre 1993), F-1

¹²⁴⁶ Pour un point de vue contraire – mais peu étayé – selon lequel les chartes et lois sur les droits de la personne d'ici ne supporteraient pas vraiment la comparaison avec cette loi américaine, voir : FÉDÉRATION DES TRAVAILLEURS ET TRAVAILLEUSES DU QUÉBEC, *Personnes handicapées : les lois*, (rédaction et recherche : André Desjardins et Denise Gagnon), Montréal, FTQ, septembre 1993, 29; LYNK, *supra*, note 673, 189

¹²⁴⁷ *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, *supra*, note 1054, 573-575 (J. Dickson, diss.). Voir nos développements, *supra*, Titre I, Chapitre I, Section 2, B), 2., p. 120

¹²⁴⁸ L'on a d'ailleurs bien pris en compte la hiérarchie des normes dans l'affaire *Syndicat des cols bleus de la Ville de Salaberry-de-Valleyfield c. Salaberry-de-Valleyfield (Ville)*, [1997] T.A. 1108, 1151 : « ...le motif de non-réintégration fondé sur l'obligation de protéger la santé du plaignant en vertu de la L.S.S.T. est écarté en raison essentiellement du fait que le devoir d'accommodement devait être prioritairement et préalablement envisagé, ce qui n'a pas été fait. Ce n'est que dans le cadre de l'examen des accommodements possibles que la protection de la santé du salarié aurait dû être considérée » (arb. Carol Jobin) (nos italiques). Voir dans le même sens : *Air Canada v. International*

en œuvre d'une mesure d'accommodement entraînerait par ailleurs la violation d'une loi, ce fait puisse être constitutif d'une « contrainte excessive » selon les circonstances.¹²⁴⁹

Par exemple, l'employé handicapé qui, en raison de sa condition, constituerait un risque grave¹²⁵⁰ pour la sécurité de ses collègues ne devrait pas pouvoir bénéficier d'un accommodement incompatible avec l'obligation qu'a l'employeur d'assurer la sécurité au travail des salariés¹²⁵¹ aux termes de la *Charte québécoise*¹²⁵², du *Code civil du Québec*¹²⁵³, de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*¹²⁵⁴ ou encore du *Code canadien du travail*¹²⁵⁵.

Association of Machinists and Aerospace Workers, (1998) 74 L.A.C. (4th) 233, 243 (arb. N.V. Dissanayake)

¹²⁴⁹ Il importe cependant de préciser que les organismes gouvernementaux et les fonctionnaires chargés d'appliquer une loi donnée doivent eux aussi observer le devoir d'accommodement envers les salariés touchés par les décisions qu'ils rendent: LYNK, *supra*, note 673, 194-195; MOREAU et BUSSIÈRE, *supra*, note 1066, 160-161 (citant *Guèvremont c. MIL Tracy*, [1994] C.A.L.P. 1142, 1145)

¹²⁵⁰ Après avoir mentionné, à juste titre, que « [l]es employeurs qui cherchent à assurer la sécurité peuvent pêcher par excès de prudence et établir des normes plus élevées que ce qui est *nécessaire* à l'exécution sûre du travail » (nos italiques), la Cour suprême opte pour le critère du « risque grave » ou « excessif »: *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *supra*, note 389, 9, 15 et 42-43 (j. McLachlin, par. 2, 18 et 79); *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, *supra*, note 996, 886, 887 et 893 (j. McLachlin, par. 30, 32 et 43). Soulignons que la jurisprudence dominante antérieure à ces arrêts référerait plutôt à un « risque suffisant », l'évaluation de la « suffisance » du risque demeurant une question très controversée en jurisprudence. Voir la revue qu'en font PROULX, *supra*, note 67, 44-50 et VILLAGGI, *supra*, note 66, 306-328. On convenait à tout le moins que le risque ne devait être « ni négligeable ni improbable » : *Commission des droits de la personne du Québec c. Communauté urbaine de Montréal*, (1996) 26 C.H.R.R. D/466 (T.D.P.Q.), D/475 (j. Rivet, par. 66); *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Abitibi-Price Inc.*, [1997] R.J.Q. 2039 (T.D.P.Q.), 2045 (j. Rivet); *Syndicat des cols bleus de la Ville de Salaberry-de-l'Écluse c. Salaberry-de-l'Écluse (Ville)*, *supra*, note 1248, 1150 (arb. Carol Jobin)

¹²⁵¹ Voir à ce propos : VILLAGGI, *id.*, notamment aux pages 374 et 392-393

¹²⁵² Art. 46

¹²⁵³ Art. 2087

¹²⁵⁴ *Supra*, note 304, art. 51

¹²⁵⁵ Art. 124

Plusieurs autres types de conflit d'ordre législatif peuvent possiblement survenir en pratique.¹²⁵⁶ Parmi ceux-là, il en est qui découlent essentiellement de la nature représentative du syndicat. L'on sait qu'une fois accréditée, l'association de salariés acquiert un monopole de représentation qui en fait l'interlocuteur exclusif de l'employeur aux fins de négocier les conditions de travail qui seront applicables à tous les employés de l'entreprise ou de l'institution.¹²⁵⁷

Or, il peut néanmoins arriver que le salarié qui sollicite un accommodement s'adresse directement au patron plutôt qu'au syndicat. L'employeur est alors placé dans la position embarrassante où il doit, d'une part, s'acquitter de son obligation d'accommodement envers le salarié tout en s'abstenant, d'autre part, de discuter directement avec lui, en l'absence du syndicat¹²⁵⁸, des adaptations qu'il convient d'apporter, selon les circonstances, aux conditions ou lieux de travail. En effet, si l'employeur, pour satisfaire à son devoir d'accommodement, prend l'initiative de modifier unilatéralement les conditions de travail d'un employé, sans le consentement de l'association de salariés, il risque d'être poursuivi pour avoir fait fi de l'autorité syndicale. En clair, l'employeur qui discute des modalités d'accommodement directement avec le salarié et qui prend unilatéralement les mesures jugées appropriées pour donner suite à cette discussion manque, de prime abord, à ses devoirs aux termes des lois du travail.¹²⁵⁹

¹²⁵⁶ Il faut toutefois admettre que le phénomène pourrait être assez marginal si l'on en juge par l'expérience américaine : John G. DOLAN, « Arbitration of Health-Related Issues, With Special Reference to the ADA », dans Gladys W. GRUENBERG (dir.), *Arbitration 1994 : Controversy and Continuity*, Proceedings of the 47th annual meeting, National Academy of Arbitrators, Washington D.C., Bureau of National Affairs Inc., 1994, 50 : « Although there is much discussion among arbitrators and advocates about the possibilities of NLRA conflicts, Board experience to date does not indicate a major problem. »

¹²⁵⁷ *Supra*, notes 212 et 213, et les développements qui y correspondent.

¹²⁵⁸ BRETON, *supra*, note 4, 20 : « Le monopole de représentation exclut que l'employeur puisse discuter directement avec ses salariés. »

¹²⁵⁹ *Bozeman Deaconess Foundation v. Montana Nurses Association*, 322 N.L.R.B. 1107, 1119 (1997). Aux États-Unis, ils sont nombreux à avoir relevé ce conflit législatif : DALY-ROONEY, *supra*, note 1214, 391 et suivantes ; HODGES, *supra*, note 299, 603 ; William J. MCDEVITT, « Seniority Systems and the Americans with Disabilities Act : The Fate of "Reasonable Accommodation" After *Eckles* », (1997) 9 *St. Thomas L. Rev.* 359, 366-367 ; Karen ROBERTS et Catherine LUNDY, « The ADA and

Le Congrès américain a proposé une solution toute simple pour soustraire l'employeur à ce dilemme normatif ; il invite simplement les parties à la convention collective à négocier une clause par laquelle elles reconnaîtraient à l'employeur la faculté de prendre toutes les mesures nécessaires pour se conformer à l'*Americans with Disabilities Act*.¹²⁶⁰ Tout bien pesé, cette proposition apparaît bien plus simpliste que simple : elle témoigne en fait d'un manque de réalisme évident chez les élus américains et relève, pour être franc, du plus pur angélisme.¹²⁶¹

En effet, elle convie ni plus ni moins le syndicat à renoncer à son monopole de représentation pour donner plutôt carte blanche à l'employeur en matière d'accommodement.¹²⁶² On a peine à croire que l'association accréditée consente, sans plus de résistance, à abdiquer ses responsabilités¹²⁶³ envers tous les salariés pour confier à l'employeur le soin de garantir seul le respect de leurs droits, que ceux-ci émanent de la convention collective ou des textes fondamentaux. À moins que l'employeur ne soit prêt à faire une concession majeure au syndicat, il pourrait bien devoir faire son deuil d'une clause qui l'autoriserait à faire cavalier seul.¹²⁶⁴

the NLRA : Resolving Accommodation Disputes in Unionized Workplaces », (1995) 11 *Negotiation J.* 29, 31

¹²⁶⁰ DALY-ROONEY, *id.*, 405. Dans cette veine, MARQUES, *supra*, note 844, 151, suggère la clause-type suivante : « The employer and the union mutually agree that they must comply with the *Americans with Disabilities Act* and that the employer may take all actions necessary for such compliance, even when such actions conflict with the terms of this agreement. Similarly, the parties agree that such action by the employer will not be deemed to be a violation of the *National Labor Relations Act* and that the union has waived the right to bargain over the subject of such actions. »

¹²⁶¹ DUBAULT, *supra*, note 1187, 1279-1280; PRITCHARD, *supra*, note 293, 404-405; Erika F. ROTTENBERG, « The Americans with Disabilities Act : Erosion of Collective Rights? », (1993) 14 *Berkeley J. of Emp. & Lab. L.* 179, 184

¹²⁶² HODGES, *supra*, note 299, 609

¹²⁶³ SKRAINKA, *supra*, note 861, 989

¹²⁶⁴ Eric H.J. STAHLHUT, « Playing the Trump Card : May an Employer Refuse to Reasonably Accommodate under the ADA by Claiming a Collective Bargaining Obligation ? », (1993) 9 *Lab. Law.* 71, 92

Mais il y a plus. À supposer que le syndicat souscrive une telle clause à l'avantage exclusif de l'employeur, il faudrait encore s'interroger sur sa légalité. L'association de salariés peut-elle valablement se soustraire, par contrat, aux devoirs qui lui incombent envers le salarié lésé en vertu des chartes et lois sur les droits de la personne ? Le syndicat peut-il abandonner les droits des autres salariés envers qui il a un devoir de représentation juste et équitable ? Autant d'interrogations qui appellent, à notre avis, des réponses négatives compte tenu des impératifs d'ordre public¹²⁶⁵ sous-jacents à la protection contre la discrimination.¹²⁶⁶

À supposer, du reste, qu'un tribunal reconnaisse néanmoins la validité d'une clause pareille, ce qui nous semble improbable, on voit poindre instantanément les difficultés considérables que son interprétation pourrait soulever. Qu'assimilera-t-on à une mesure patronale « nécessaire » pour se conformer aux textes fondamentaux ? L'employeur s'autorisera-t-il à opter toujours pour la mesure d'accommodement la moins coûteuse pour lui, sans égard aux droits des autres employés¹²⁶⁷ ?

Pour tout dire, le syndicat à qui l'employeur proposerait d'inclure une disposition de ce type dans la convention collective serait bien fondé de s'y opposer parce qu'elle l'expose à une « contrainte excessive » en l'astreignant à faillir aux devoirs que la loi lui impose, en toutes lettres, dans l'intérêt de l'ensemble des salariés.

¹²⁶⁵ Voir notamment la jurisprudence citée, *supra*, note 839

¹²⁶⁶ Voir par analogie : BRUYERE, GOMEZ et THAYER-HANDLEMANN, *supra*, note 572, 636-637 : « ...a union cannot by contractual agreement absolve itself of the duties imposed upon it by the ADA. At the same time, unions cannot be expected to agree to a wholesale relinquishment of employees' statutory rights under the NLRA and so broadly expand an employer's rights that the interests of other bargaining unit members could be ignored in determining how to reasonably accommodate a member with a disability. And a union that agrees to vest such unbridled authority in the employer will be less able to protect and assert the rights of a worker with a disability. »

¹²⁶⁷ C'est là une possibilité bien réelle : HODGES, *supra*, note 299, 609 : « Cessation of the right to bargain over accommodations would permit the employer to choose the accommodation that violated the agreement, rather than another accommodation that might be equally effective. Such freedom could be an effective tool for the employer desirous of undermining the union and destroying bargaining unit solidarity. »

À la réflexion, les parties devraient plutôt convenir de traiter ensemble les demandes d'accommodement, en véritables « partenaires sociaux ». On ne fera jamais trop l'apologie du dialogue patronal-syndical et de ses bienfaits en pareille matière. D'aucuns soutiennent que l'association accréditée ne devrait prendre part qu'aux discussions portant sur une mesure d'accommodement susceptible d'entraîner une modification substantielle ou significative des conditions de travail.¹²⁶⁸ D'autres jugent au contraire que le syndicat devrait être partie aux discussions quelle que soit la nature de l'accommodement envisagé.¹²⁶⁹ Cette dernière solution, qui propose le dialogue tous azimuts, nous apparaît idéale¹²⁷⁰ mais pourrait se heurter à certains obstacles en pratique.

En effet, on ne peut nier le fait que tous les salariés n'ont pas le même sentiment d'appartenance au syndicat, que certains y sont parfois carrément hostiles pour des raisons qui leur sont propres et que d'autres craignent d'indisposer l'employeur s'ils tentent de le sensibiliser à leur problème d'abord par l'entremise d'un représentant syndical.¹²⁷¹

¹²⁶⁸ C'est l'interprétation préconisée par la *NLRB* américaine: HUNTER, *supra*, note 1244; Stephen M. CROW et Sandra J. HARTMAN, « ADA Versus NLRA : Is a Showdown Imminent Over Reasonable Accommodation ? », (1993) 44 *Lab. L. J.* 375, 377

¹²⁶⁹ Elaine BERNARD, « Legislation, Discrimination and Benefits : Labor Perspective », dans GRUENBERG (dir.), *supra*, note 344, 147; BRUYERE, GOMEZ et THAYER-HANDLEMANN, *supra*, note 572, 641; HARPER, *supra*, note 713, 192; O'MELVENY, *supra*, note 840, 229; SPRINGER, *supra*, note 909, 194; SWINTON, *supra*, note 681, 123

¹²⁷⁰ LEPOFSKY, *supra*, note 1147, 14 : « The wider the range of discussions and inquiry, the greater the chance that a workable accommodation will be discovered. »; LYNK, *supra*, note 673, 245 : « An imposed accommodation, without a meaningful consultation with the other significant players in the workplace, is likely to be untenable in law, and unworkable in practice. »

¹²⁷¹ À l'ère de la diversification de la main-d'œuvre, il n'est pas sans intérêt de rappeler que bon nombre de travailleurs immigrants ont peur des syndicats, souvent en raison d'expériences politiques traumatisantes vécues dans leur pays d'origine où les syndicalistes sont tantôt persécutés, tantôt les alliés d'un gouvernement totalitaire : FÉDÉRATION DES TRAVAILLEURS ET TRAVAILLEUSES DU QUÉBEC, *supra*, note 88, 31; LABELLE et LÉVY, *supra*, note 255, 123 et suivantes

Cela étant, un salarié peut être plus enclin à présenter sa revendication d'accommodement directement à l'employeur plutôt qu'au syndicat.¹²⁷² Dans la mesure où la demande formulée peut trouver une solution simple et surtout non préjudiciable à autrui sans que l'intervention du syndicat ne soit requise, faudrait-il décourager l'employeur d'y donner suite unilatéralement ? Nous ne le croyons pas.

On voit mal, par exemple, en quoi un employeur contreviendrait aux codes du travail en procédant, sans l'accord du syndicat, à l'installation d'une rampe d'accès, à l'élargissement de l'embrasement des portes ou encore à l'élévation d'un bureau de travail afin de permettre au salarié qui se déplace en fauteuil roulant d'accomplir plus efficacement son travail.¹²⁷³ La règle de droit que traduit la maxime latine *de minimis non curat praetor*¹²⁷⁴ trouverait certainement application en pareilles circonstances.

En revanche, toute modification des conditions de travail qui s'avère « substantielle »¹²⁷⁵ en ce qu'elle peut avoir un effet préjudiciable sur autrui ne devrait pas pouvoir être opérée de manière unilatérale par l'employeur.¹²⁷⁶ En pareil cas, le syndicat devrait obligatoirement être partie au processus d'accommodement parce qu'il est le mieux à même d'assurer la protection des intérêts des autres salariés.¹²⁷⁷

¹²⁷² Voir à titre d'exemple : *Drager v. I.A.M. & A.W.*, (1994) 20 C.H.R.R. D/119 (B.C.H.R.C.), D/135 (commissaire Judith Williamson, par. 138)

¹²⁷³ Ce type de modifications ne peut préjudicier quiconque oeuvre sur les lieux de travail : CROW et HARTMAN, *supra*, note 1268, 377 ; Richard S. MCATEE, « The Americans With Disabilities Act and The National Labor Relations Act : A Unionized Employer's Road Map to Reasonable Accommodations », (1994) 33 *Duq. L. Rev.* 105, 109-110; PRITCHARD, *supra*, note 293, 389

¹²⁷⁴ Jean HÉTU, « *De minimis non curat praetor* : une maxime qui a toute son importance ! », (1990) 50 *R. du B.* 1065 ; *Cusson-Lafleur c. Commission scolaire de Chavigny*, (1986) R.L. 48 (C.A. Qué.), 50 (J. Vallerand)

¹²⁷⁵ Bien qu'elle soit avant tout d'origine américaine, cette notion de modification « substantielle » des conditions de travail trouve un écho certain dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada : *Farber c. Cie Royal Trust*, [1997] 1 R.C.S. 846 (*passim*)

¹²⁷⁶ CROW et HARTMAN, *supra*, note 1268, 377 ; MCATEE, *supra*, note 1273, 109-110 ; MCDEVITT, *supra*, note 1259, 374-375; PRITCHARD, *supra*, note 293, 389

¹²⁷⁷ O'MELVENY, *supra*, note 840, 229; Jules L. SMITH, « Accommodating the Americans with Disabilities Act to Collective Bargaining Obligations under the NLRA », (1992) 18 *Employee Rel.*

Cela dit, rien n'empêche l'association accréditée de négocier avec l'employeur une clause de la convention collective par laquelle celui-ci inviterait les demandeurs d'accommodement à adresser d'abord leur requête aux autorités syndicales.¹²⁷⁸ De même, l'engagement écrit de l'employeur à ne tenir les discussions qu'en présence d'un représentant syndical pourrait aussi permettre au syndicat de jouer pleinement son rôle de protecteur des droits des salariés.

La négociation de dispositions de cette nature par le syndicat lui donnerait la possibilité d'exercer une influence salutaire sur le processus d'accommodement en l'assurant que la mesure éventuellement retenue soit juste – et donc acceptable¹²⁷⁹ – à la fois pour le salarié et pour ses compagnons de travail, d'une part, et qu'elle soit compatible avec l'histoire des relations de travail au sein de l'entreprise ou de l'institution, d'autre part.¹²⁸⁰

Cela étant, l'employeur y gagnerait aussi. Il pourrait d'abord tirer profit des solutions simples et pragmatiques que le syndicat, parfaitement au fait de l'organisation du travail, pourrait lui apporter.¹²⁸¹ Ensuite, les risques que l'accommodement négocié

L.J. 273, 283 : « Given union experience in negotiating with management to protect the rights of bargaining unit members, protection for disabled persons will best be achieved if they involve their unions in the process. It is the union that is most likely to fight for the interests of bargaining unit members and who will strive to balance the rights and obligations of those involved. »

¹²⁷⁸ BRUYERE, GOMEZ et THAYER-HANDLEMANN, *supra*, note 572, 642 et HARPER, *supra*, note 713, 193, suggèrent la clause suivante : « An employee with a claim of discrimination (including but not limited to issues of harassment or failure to provide requested reasonable accommodation to a disability) is expected to bring the claim to the attention of the Union, which will then take up the issue with the Company, with the objective of a resolution satisfactory to the Company, the Union and the employee. »

¹²⁷⁹ HODGES, *supra*, note 299, 610 : « Where the union participates in the process of finding the appropriate accommodation, it has a greater chance of convincing any disgruntled members of the bargaining unit of the need for the accommodation. »; O'MELVENY, *supra*, note 840, 231

¹²⁸⁰ O'MELVENY, *id.*, 230-231 (note 53) : « An individual employee negotiating on her own may not possess the familiarity with the bargaining unit or the knowledge of past grievances or settlements which might apply to the accommodation being requested. »

¹²⁸¹ *MacMillan Bloedel (Powell River) v. C.E.P., Loc. 76 (97-71)*, (1998) 75 L.A.C. (4th) 34, 56 (arb. J.M. MacIntyre). Dans l'affaire *Syndicat des cols bleus de la Ville de Salaberry-de-l'Écluse c.*

entraîne un conflit, puis un grief ou une poursuite contre lui s'en trouveraient considérablement réduits.¹²⁸²

Un fait demeure, le conflit législatif allégué en tant que « contrainte excessive » devra être bien réel pour qu'une partie puisse être dégagée de son obligation d'accommodement envers un salarié victime de discrimination.¹²⁸³ S'il est raisonnablement possible de se conformer à la fois à l'une et l'autre des normes dont on allègue l'incompatibilité, les tribunaux jugeront que les parties ne se sont pas acquittées de leur devoir d'accommodement. À cet égard, ils tenteront de concilier, dans toute la mesure du possible, les règles émanant du législateur pour assurer le respect des objectifs législatifs.¹²⁸⁴

En définitive, on aura compris que les différents critères retenus par les tribunaux aux fins de déterminer la présence ou non d'une « contrainte excessive » dans un cas donné ont contribué à clarifier la portée de ce standard. Toutefois, leur application « recèle inévitablement une certaine part de subjectivité » de telle sorte que le résultat « varie nécessairement suivant les circonstances ».¹²⁸⁵

Salaberry-de-l'alleyfield (Ville), *supra*, note 1248, 1152 (arb. Carol Jobin), l'on reconnaît que le syndicat dispose, au même titre que l'employeur, d'une bonne connaissance du milieu de travail et qu'il peut, de ce fait, jouer un rôle utile dans la recherche d'un accommodement raisonnable.

¹²⁸² *MacMillan Bloedel (Powell River) v. C.E.P.*, *Loc. 76 (97-71)*, *ibid.*; MCATEE, *supra*, note 1273, 117; O'MELVENY, *supra*, note 840, 230-231 et 237; Edwina Allison WILSON, « Practical Considerations for Compliance Under The Americans With Disabilities Act », (1992/93) 28 *Gonz. L. Rev.* 265, 283; WINKLER et THORUP, *supra*, note 1186, 237

¹²⁸³ *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux*, *supra*, note 1054, tel que revu et corrigé par la Cour suprême elle-même dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, *supra*, note 1054, 512-513 (J. Wilson)

¹²⁸⁴ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *supra*, note 482, 69

C) L'offre d'une mesure d'accommodement raisonnable

Un salarié victime de discrimination peut être accommodé de multiples façons.¹²⁸⁶ De manière générale, les mesures d'accommodement en milieu de travail peuvent être de deux ordres. Les premières invitent à adapter ou modifier certaines des conditions de travail applicables à l'ensemble des employés. Les secondes peuvent s'attaquer plus directement au travail lui-même parce qu'elles impliquent d'en modifier la nature pour répondre aux besoins particuliers d'un salarié.

1. La modification des conditions de travail

On conviendra sans peine de la richesse de contenu de l'expression « conditions de travail ».¹²⁸⁷ De fait, selon l'entendement que le droit du travail moderne a de cette notion, « tout ce qui n'est pas contraire à l'ordre public et à la loi peut devenir conditions de travail »¹²⁸⁸ :

Il suffit de lire quelques conventions collectives pour constater l'ampleur, d'ailleurs toujours extensible, du sens donné à l'expression « condition de travail ». Parmi les points qui font l'objet d'une façon générale de la négociation collective et qui sont ainsi implicitement qualifiés de conditions de travail, nous comprenons notamment les définitions de tâches, les droits de gestion de l'employeur, l'adhésion plus ou moins obligatoire au syndicat, la présence et les interventions

¹²⁸⁵ BOSSET, *supra*, note 549, 109

¹²⁸⁶ BOSSET, *id.*, 105; BROWN, *supra*, note 1240, 290; DAY et BRODSKY, *supra*, note 362, 435; PROULX, *supra*, note 67, 75

¹²⁸⁷ Dès la fin des années cinquante, la Cour suprême du Canada prenait position contre l'interprétation restrictive de l'expression : *Syndicat catholique des employés des magasins de Québec Inc. c. Compagnie Paquet Ltée*, *supra*, note 224, 211 et suivantes (J. Judson)

¹²⁸⁸ DION, *supra*, note 119, 104 (« conditions de travail »); art. 62 du *Code du travail* : « La convention collective peut contenir toute disposition relative aux conditions de travail qui n'est pas contraire à l'ordre public ni prohibée par la loi. ». Voilà qui fait dire au professeur BRETON, *supra*, note 4, 35: « ...la notion de « conditions de travail » est aussi large que ce qu'en font les deux parties à la négociation de la convention collective... »

des représentants du syndicat dans l'établissement, les salaires, les vacances, les congés, la durée quotidienne et hebdomadaire du travail, l'ancienneté, les différents régimes supplémentaires d'avantages sociaux et de retraite, le règlement des griefs, la sécurité d'emploi et les mécanismes de prévention de santé et de sécurité au travail, les programmes de formation professionnelle, la réouverture de la négociation, les effets de l'implantation d'une nouvelle technologie, les programmes d'investissements de l'employeur ou des salariés, etc.¹²⁸⁹

Considérant la panoplie de sujets réglementés par les parties, il n'est donc pas rare qu'un salarié victime de discrimination revendique, à titre d'accommodement, une modification aux conditions de travail établies par la convention collective.

Certaines de ces modifications, il est vrai, n'ont pas la moindre incidence sur les droits des autres salariés. L'installation d'un dispositif d'ouverture automatique des portes menant aux lieux de travail ou l'aménagement des aires de travail et de repos pour les rendre plus accessibles aux salariés handicapés¹²⁹⁰ ou âgés en sont des cas clairs. La permission accordée à une travailleuse enceinte de ne plus porter l'uniforme de travail le temps que dure sa grossesse ou d'accomplir son travail en position assise et d'utiliser, à cette fin, une chaise ergonomique en sont d'autres exemples. Il en va de même de l'aménagement d'une salle de prière sur les lieux de travail aux fins de composer avec les croyances religieuses de certains employés.¹²⁹¹

¹²⁸⁹ MORIN et BRIÈRE (1998), *supra*, note 48, 901. Pour des exemples additionnels, voir Daniel MOCKLE, « Ordre normatif interne et organisations », (1992) 33 *C. de D.* 965, 987-988

¹²⁹⁰ Selon un sondage réalisé auprès de dirigeants des cinq cent plus importantes sociétés américaines, 80% des mesures d'accommodement offertes aux salariés handicapés consisteraient à modifier les lieux de travail : Dean B. MCFARLIN, James SONG et Michelle SONNTAG, « Integrating the Disabled into the Work Force : A Survey of Fortune 500 Company Attitudes and Practices », (1991) 4 *Employee Resp. & Rights J.* 107, 117

¹²⁹¹ CONSEIL DES COMMUNAUTÉS CULTURELLES ET DE L'IMMIGRATION. *Gérer la diversité dans un Québec francophone, démocratique et pluraliste : principes de fond et de procédure pour guider la recherche d'accommodements raisonnables*, Étude complémentaire présentée à la ministre des Communautés culturelles et de l'Immigration (rédaction : Vincent Ross), décembre 1993. Montréal, Conseil des communautés culturelles et de l'immigration, 1994, 69

En revanche, d'autres mesures d'accommodement sont de nature à soulever des résistances chez les collègues de travail et l'association qui les représente. Il n'est bien sûr pas possible de rendre compte, en ces pages, de toutes les conditions de travail qui peuvent potentiellement être affectées par une demande d'accommodement. Aussi nous limiterons-nous à la demande de modification qui semble la plus courante en jurisprudence, soit celle qui consiste à remanier les heures de travail d'un salarié.¹²⁹²

Il est fréquent que les conventions collectives réservent aux employés les plus anciens une priorité dans le choix des horaires de travail. Or, en raison des préceptes de leur religion ou encore des caractéristiques propres à leur handicap, certains salariés peuvent convoiter une plage horaire normalement attribuée aux employés qui comptent plus d'années d'ancienneté qu'eux.¹²⁹³ Ainsi, un adepte de l'Église adventiste du septième jour ou un membre de l'Église universelle de Dieu qui observe le Sabbat ne pourra travailler à partir du coucher du soleil, le vendredi, jusqu'à la tombée du jour suivant. De même, les salariés diabétiques ou épileptiques pourront devoir être affectés à des quarts de travail réguliers, l'instabilité des horaires de travail étant souvent propice à l'aggravation de leur condition.¹²⁹⁴ Une salariée enceinte pourra, elle, vouloir éviter le travail de nuit pendant le temps que dure sa grossesse.

¹²⁹² La Cour suprême du Canada s'est penchée à au moins deux occasions sur la question : *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, *supra*, note 382; *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, *supra*, note 521. Toutefois, seul ce dernier arrêt repose sur une situation factuelle née dans un contexte de rapports collectifs de travail.

¹²⁹³ Selon un sondage tenu auprès d'une cinquantaine d'entreprises de l'État du New-Jersey, 10% des mesures implantées pour accommoder des travailleurs handicapés se traduiraient par une modification de leur horaire de travail : LEE et NEWMAN, *supra*, note 1138, 218. Cette proportion monterait à 49% dans le cas des cinq cent plus importantes sociétés américaines : McFARLIN, SONG et SONNTAG, *supra*, note 1290, 117.

¹²⁹⁴ TARAS, *supra*, note 1239, 318-319. Voir à titre d'exemple : *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Emballage Graham du Canada Ltée*, [1999] R.J.Q. 897 (T.D.P.Q.) (autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée : C.S.C. n° 27336), 899 (j. Sheehan, par. 8). Sur la modification de l'horaire de travail comme mesure appropriée pour accommoder un salarié handicapé, voir également : Rosemary LYSAGHT, Elizabeth TOWNSEND et Carrie LYNN ORSER, « The Use of Work Schedule Modification to Enhance Employment Outcomes for Persons with Severe Disability », *Journal of Rehabilitation*, vol. 60, n° 4, octobre/novembre/décembre 1994, 26.

En pareilles circonstances, le syndicat se trouve alors tiraillé entre la défense des intérêts individuels du salarié en quête d'un accommodement et la sauvegarde des droits d'ancienneté des salariés plus anciens.¹²⁹⁵ Une chose est sûre, le syndicat ne pourra simplement se réfugier derrière la convention collective pour en réclamer le respect intégral, sans plus de compromis.¹²⁹⁶ De fait, le remaniement de l'horaire d'autres employés en vue d'accommoder un salarié victime de discrimination ne saurait être exclu d'emblée par l'association accréditée ; encore lui faudrait-il démontrer que cette mesure entraîne, pour ces autres employés, une « atteinte importante » à leurs droits, « un préjudice »¹²⁹⁷ significatif :

Le dossier soumis à la Cour ne révèle aucune preuve que les droits d'autres employés auraient vraisemblablement été lésés si on avait composé avec l'appelant. Son affectation à un quart particulier aurait peut-être entraîné un remaniement de l'horaire d'autres employés, *mais il aurait pu être fait avec le consentement de l'employé ou des employés en question*. Apparemment, les intimés n'ont pas étudié à fond cette possibilité. Le syndicat s'est opposé à la mesure d'accommodement proposée pour le motif que l'intégrité de la convention collective serait compromise et non pas en raison de l'opposition d'un employé fondée sur une atteinte à son droit.

[...]

[...] la seule conséquence possible était le remaniement de l'horaire d'un autre employé de manière à ce qu'il remplace l'appelant pendant le quart du vendredi après-

¹²⁹⁵ Soulignons cependant que certaines modifications de l'horaire de travail d'un salarié peuvent être sans effet sur les droits d'ancienneté d'autrui : HODGES, *supra*, note 299, 615-616. Ainsi, reprenant à notre compte des exemples d'accommodement évoqués par RABAUT, *supra*, note 631, 737, une plus grande flexibilité dans les heures de début ou de fin du quart de travail afin de permettre à un salarié handicapé d'utiliser les services de transport adapté ou de suivre les traitements que requiert son état pourrait ne pas avoir d'incidence sur ces droits. Il pourrait en être de même de la permission qui lui est accordée par l'employeur pour que le temps de travail perdu puisse être repris le dimanche.

¹²⁹⁶ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Centre hospitalier Robert-Giffard*, *supra*, note 839, 656 (j. Sheehan, par. 28)

¹²⁹⁷ *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, *supra*, note 521, 991-992 (j. Sopinka)

midi. Le syndicat intimé a admis, dans sa plaidoirie, qu'il n'y a aucune preuve que des employés ont été sollicités afin de vérifier si l'un d'eux serait disposé à changer d'horaire avec l'appelant. Si cela avait été fait, aucun droit des employés n'aurait été lésé. Le fardeau de la preuve à cet égard incombait au syndicat intimé. [...] [II] ne s'est pas acquitté de ce fardeau.¹²⁹⁸

Ainsi, lorsqu'un employé réclame un horaire de travail adapté au nom de son droit à l'égalité, le syndicat devra minimalement s'enquérir de la disposition des collègues à pourvoir à son remplacement avant d'opposer une fin de non-recevoir à sa demande.¹²⁹⁹

Toutefois, qu'advient-il si la démarche syndicale se bute à un refus catégorique de tous les collègues sensibilisés à la demande d'accommodement ? Doit-on, dès lors, conclure *ipso facto* à la présence d'une « contrainte excessive » ? Nous serions enclin à croire que non.¹³⁰⁰ Après tout, les collègues de travail ont eux aussi une obligation d'accommodement aux termes des lois sur les droits de la personne.¹³⁰¹ Pas plus que le syndicat ne devraient-ils pouvoir se retrancher derrière les droits que leur reconnaît la

¹²⁹⁸ *Id.*, 988-989 et 993 (nos italiques)

¹²⁹⁹ D'ailleurs, le guide d'intervention syndicale conçu par le CONGRÈS DU TRAVAIL DU CANADA, *supra*, note 409, 13, invite les syndicats à « [d]emander à d'autres membres s'ils accepteraient de changer d'horaire avec le plaignant » (par. 2.7.2) et à « [s]olliciter des membres qui abandonneraient volontairement certains droits prévus par la convention collective. » Le CTC précise que « [l]e syndicat peut être obligé de le faire afin de prouver qu'il a fait tout en son pouvoir pour accommoder le plaignant. » (par. 2.7.3). Abordant la question sous l'angle de l'employeur, Patricia DIGH, « Religion in the Workplace : Make a Good-Faith Effort to Accommodate », *HRMagazine*, vol. 43, n° 13, décembre 1998, 85, affirme, à la page 91 : « Accommodating for religious holidays may involve as little as posting a bulletin board notice asking for an employee to volunteer to switch shifts. » À notre avis, il s'agit là d'un effort d'accommodement tout à fait minimal et qui, en cela, ne rencontre vraisemblablement pas les exigences de la jurisprudence. Selon nous, la quête de volontaires par le syndicat devrait se faire par des voies de communication plus directes et efficaces que celle du tableau d'affichage, à moins que l'ampleur de l'entreprise ou de l'institution ne s'y oppose.

¹³⁰⁰ *CONTRA* : HODGES, *supra*, note 299, 616-617 : « ...an accommodation that would [...] force an able employee to change shifts [...] significantly impacts the able employee's contractual rights. [...] [T]he conflict with the able employee's rights under the agreement would constitute undue hardship excusing the accommodation. »

¹³⁰¹ WINKLER et THORUP, *supra*, note 1186, 232; *MacEachern v. St. Francis Xavier University*, (1993) C.H.R.R. D/226 (N.S.B.I.), D/243 (commissaire Anne S. Derrick, par. 140) ; *Syndicat des technologues en radiologie du Québec c. Centre hospitalier des Vallées de l'Outaouais (Pavillon de Hull)*, *supra*, note 1183, 53 : « [...] les collègues de travail d'une personne handicapée ont eux aussi une obligation d'accommodement [...] » (arb. Denis Nadeau)

convention collective pour refuser de collaborer à la mise en œuvre d'un compromis par ailleurs raisonnable. En revanche, si l'atteinte à leurs droits d'ancienneté s'avère importante¹³⁰², leur refus pourrait être pleinement justifié.

Un exemple peut servir à mieux illustrer notre point de vue. Imaginons le cas d'une entreprise où seize travailleurs accomplissent le même type de tâches au sein d'un même service. De ce nombre, douze travaillent du lundi au vendredi midi, les quatre autres, moins anciens, devant travailler le week-end. En raison de sa conversion religieuse, l'un des salariés appelés à travailler du vendredi après-midi au dimanche ne peut dorénavant plus accomplir la partie de son quart de travail qui couvre la période du sabbat. Saisie d'une demande d'accommodement de sa part, le syndicat s'enquiert de la disposition des douze salariés affectés à des quarts de travail de semaine à remplacer leur collègue une semaine sur douze. Dans l'hypothèse où tous refusaient, il serait difficile, croyons-nous, de conclure pour autant à l'existence d'une contrainte excessive. L'obligation de travailler à peine quatre week-ends par année est une exigence qui, *a priori*, n'apparaît pas disproportionnée au point de tomber dans le domaine de l'«excessif».¹³⁰³ À l'inverse, si la proportion de travailleurs qualifiés pour accomplir le travail n'était pas de douze pour quatre mais plutôt de trois pour un, le refus des collègues ayant plus d'ancienneté pourrait être raisonnable.¹³⁰⁴

¹³⁰² C'est là le standard applicable : *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, *supra*, note 521, 991-992 (J. Sopinka); JOACHIM, *supra*, note 438, 163, 179 et 187.

¹³⁰³ D'ailleurs, l'on a déjà noté la nature fondamentalement différente du « droit » des employés à un repos le week-end par opposition au droit d'un salarié de pratiquer la religion de son choix : *MacEachern v. St. Francis Xavier University*, *supra*, note 1301, D/234 : « ...it is my opinion that rights to weekend time off do not have the same express significance in law as religious rights, notwithstanding the significance that such social rights clearly have in the individual lives of Canadians who are not adherents of any particular religion » (commissaire Anne S. Derrick, par. 77). Cela dit, il nous faut quand même rappeler que la Cour suprême du Canada a reconnu que l'objectif de maintenir « un jour commun de repos », aux fins de permettre aux travailleurs et à leurs familles de s'adonner à des activités sociales, d'éprouver la satisfaction que ces activités procurent et de préserver ainsi « l'individu contre l'aliénation de ses liens sociaux les plus intimes », peut parfois l'emporter sur la liberté de religion : *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, 770 (J. Dickson).

¹³⁰⁴ Les effectifs réduits de l'équipe de travailleurs qualifiés aptes à remplacer le salarié qui sollicite un accommodement pourront être un élément décisif pour justifier le rejet de sa demande : *MacEachern v. St. Francis Xavier University*, *id.*, D/234 (par. 75-76), D/241 (par. 120 et 124) et D/243 (par. 139).

On aura compris de notre exemple que la taille d'une entreprise ou d'une institution pourra influencer considérablement sur l'analyse du caractère « raisonnable » ou « excessif » d'une demande de modification de l'horaire de travail à titre d'accommodement¹³⁰⁵ :

Les situations changeront sans cesse. Par exemple, dans une grande entreprise, il peut être relativement facile de remplacer un employé par un autre. Cependant, dans une petite entreprise, le remplacement d'un employé peut imposer un fardeau déraisonnable ou inacceptable...¹³⁰⁶

Toutefois, si l'on en juge par l'affaire *Roosma v. Ford Motor Co. of Canada (No.4)*¹³⁰⁷, il semble qu'une très grande entreprise et le syndicat qui y oeuvre peuvent parvenir assez aisément à démontrer que la modification de l'horaire de travail d'un employé est source d'une contrainte excessive.

Michael Roosma et son collègue Robert Weller, tous deux membres de la section locale 707 des *Travailleurs canadiens de l'automobile*, travaillaient sur une chaîne d'assemblage à l'usine *Ford* d'Oakville, en Ontario. Ils étaient reconnus tous les deux pour la qualité de leur travail. Ils sont devenus adeptes de l'Église universelle de Dieu, religion qui exige de ses membres l'observance du Sabbat. Selon l'horaire de travail

¹³⁰⁵ Voir, à titre d'illustration, l'affaire *Community Unemployed Help Centre v. C.U.P.E., Local 1348 (Nerbas)*, (1997) 67 L.A.C. (4th) 33 (arb. M.H. Freedman), où le nombre très réduit d'employés s'est avéré déterminant pour conclure au bien-fondé d'une décision de l'employeur visant à cesser d'accommoder une secrétaire-réceptionniste qui, en raison d'ennuis de santé, avait dû être remplacée par sept personnes différentes en seize mois de travail, ce qui avait eu pour effet d'alourdir considérablement la tâche des autres salariés du Centre.

¹³⁰⁶ *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, *supra*, note 431, 546 (j. Cory). Voir dans le même sens: CARTER, *supra*, note 315, 8; PROULX, *supra*, note 67, 88; SCHIFF et MILLER, *supra*, note 1196, 220: « Larger, profitable employers should be prepared to provide virtually any reasonable accommodation »; SHALLER, *supra*, note 1188, 444. Comme le souligne MORIN, *supra*, note 1066, 739, le devoir d'accommodement serait ainsi de nature à imposer « de lourdes contraintes aux employeurs et aux syndicats de grandes entreprises situées en milieux urbains et cosmopolites alors qu'il en serait tout autrement pour les entreprises de plus petites tailles, situées en banlieue et pouvant comprendre des groupes de salariés assez homogènes. »

¹³⁰⁷ (1996) 24 C.H.R.R. D/89 (Ont. B.I.) (commissaire Peter P. Mercer)

établi par la convention collective, les employés devaient assurer le quart de nuit du vendredi soir, deux semaines sur quatre.¹³⁰⁸ Roosma et Weller ont requis d'être dispensés de travailler le vendredi à compter du coucher du soleil, ce qui fut refusé et par l'employeur et par le syndicat.

Soulignons que les deux salariés se montraient conciliants, se disant notamment prêts à défrayer eux-mêmes une partie du salaire de leurs remplaçants éventuels.¹³⁰⁹ En outre, Monsieur Roosma se disait disposé à :

- i) être affecté à une fonction non visée par l'unité d'accréditation;
- ii) être affecté au quart de jour pendant les mois d'hiver, et au quart de nuit pendant les mois d'été, invitant l'employeur à embaucher des étudiants pour faire le travail durant les vendredis soirs hivernaux ;
- iii) être affecté à l'équipe de relève ;
- iv) défrayer le coût supplémentaire pour payer le remplaçant en droit d'obtenir une majoration du taux horaire de 50%, aux termes de la convention collective ;
- v) à reprendre le temps de travail manqué le dimanche, au taux horaire régulier malgré la majoration prévue par la convention collective pour le travail dominical...¹³¹⁰

Pour sa part, Monsieur Weller était même prêt à céder son rang sur la liste d'ancienneté pour être relégué au dernier rang ou encore à accepter un travail moins bien rémunéré afin d'être en mesure de satisfaire les exigences de sa religion.¹³¹¹

Après certaines mesures disciplinaires prises contre eux pour absences non autorisées, les deux salariés étaient finalement congédiés. Saisie de leur plainte de discrimination

¹³⁰⁸ *Id.*, D/99 (par. 47)

¹³⁰⁹ *Id.*, D/101 (par. 66) et D/108 (par. 120)

¹³¹⁰ *Id.*, D/103 (par. 80)

¹³¹¹ *Id.*, D/111 (par. 137 et 138)

fondée sur la religion, la commission d'enquête constituée en vertu du Code ontarien des droits de la personne la rejetait.

D'entrée de jeu, la commission d'enquête rappelle qu'il faut attacher une très grande importance à la convention collective quand celle-ci encadre les droits de milliers d'employés.¹³¹² Paradoxalement, la commission n'accordera pour ainsi dire aucun poids à la clause anti-discrimination qui y était insérée, vraisemblablement influencée en cela par le témoignage d'un des représentants syndicaux selon qui cette clause anti-discrimination ne pouvait être interprétée de manière à primer les droits d'ancienneté reconnus dans d'autres dispositions de la convention collective.¹³¹³

Incidemment, au cours de l'audition – qui dura 80 jours ! – les représentants de l'employeur et du syndicat insisteront, tour à tour, sur la nature sacro-sainte des règles d'ancienneté¹³¹⁴ et le danger que ferait peser, sur les parties, un précédent autorisant une dérogation à la convention collective.¹³¹⁵

Le syndicat fera en outre état de sa crainte que la modification de l'horaire de travail des plaignants, sans égard aux règles d'ancienneté, ne l'expose soit à une plainte de discrimination provenant de travailleurs handicapés qui ne pourraient, eux, être accommodés de la manière requise par les plaignants, soit à une plainte pour manquement au devoir syndical de juste représentation.¹³¹⁶

¹³¹² *Id.*, D/95 (par. 25)

¹³¹³ *Id.*, D/128 (par. 274)

¹³¹⁴ Ainsi, un des représentants de l'employeur a témoigné pour dire que, selon lui, « ...seniority is the cornerstone of the collective agreement "or the gospel, so to speak" » (*Id.*, D/121 (par. 223)). Un représentant du syndicat dira de l'ancienneté qu'elle était « ... "a cornerstone of the Union. It is the most important thing that a Union has..." » (*Id.*, D/125 (par. 254)). Appelé à s'exprimer sur l'exagération qui pourrait marquer ces propos, il les maintenait sans hésitation : « ...from the Union's standpoint [it] is fundamental and it is very, very important to us. It is the cornerstone of the labour movement. We spend more time on seniority than [w]e have on money, and that is a fact. » (*Id.*, D/128 (par. 273))

¹³¹⁵ *Id.*, D/103 (par. 82), D/121 (par. 222) et D/125 (par. 253)

¹³¹⁶ *Id.*, D/127 (par. 265)

La commission d'enquête conclura que tant l'employeur que le syndicat seraient exposés à une « contrainte excessive » si une suite favorable était donnée à la requête des salariés Roosma et Weller.

En ce qui a trait à l'employeur, la commission d'enquête justifiera sa décision par la forte concurrence présente dans l'industrie automobile nord-américaine et à laquelle est confrontée la société *Ford* en général, et l'usine d'Oakville en particulier, ce qui, juge-t-elle, exige :

- i) le maintien de la qualité, laquelle peut être altérée par l'affectation de remplaçants à des tâches pour lesquelles ils ne sont pas suffisamment formés ;
- ii) la réduction des coûts ;
- iii) la diminution du taux d'absentéisme les vendredis soirs, lequel est particulièrement élevé dans l'usine d'Oakville.¹³¹⁷

À ces considérations s'ajoutent, selon la commission d'enquête, celle de préserver le moral des employés et celle d'assurer le respect d'une valeur fondamentale pour eux, c'est-à-dire l'ancienneté.¹³¹⁸

En ce qui a trait au syndicat, l'on jugera que les mesures d'accommodement proposées l'assujettissent aussi à une « contrainte excessive » du fait que :

- i) la convention collective comporte des droits chèrement acquis au profit des salariés ;
- ii) les salariés n'aiment pas, en général, travailler le vendredi soir en raison de la fatigue accumulée pendant la semaine ;
- iii) les salariés de l'usine d'Oakville sont plutôt âgés, comptent plusieurs années d'ancienneté et éprouvent, pour plusieurs, des problèmes de santé de telle

¹³¹⁷ *Id.*, D/139-D/140 (par. 343 à 347)

¹³¹⁸ *Id.*, D/141 (par. 356 et 357)

sorte que le respect de la convention collective devient une exigence non négociable pour la majorité d'entre eux.¹³¹⁹

Ce faisant, la commission d'enquête soulignera que les ententes avec des collègues de travail ne sont pas des mesures d'accommodement raisonnables essentiellement pour trois raisons. Premièrement, elles sont fondées sur le volontariat, lequel peut prendre fin au seul gré du salarié volontaire. Deuxièmement, elles sont dangereuses pour la sécurité des salariés volontaires en ce qu'elles exigent d'eux qu'ils travaillent seize heures d'affilée, ce qui provoque une fatigue propice aux accidents de travail.¹³²⁰ Troisièmement, elles seraient improductives parce que les salariés volontaires peuvent ne pas avoir la formation ou l'expertise requises pour accomplir efficacement les tâches.¹³²¹

De même, trois considérations amèneront la commission d'enquête à exclure des mesures d'accommodement dites « raisonnables », le remplacement par des étudiants. En premier lieu, elle présuppose que la qualité de leur travail est inférieure à celle des travailleurs réguliers. En deuxième lieu, le syndicat s'oppose traditionnellement au remplacement d'employés permanents par des travailleurs temporaires ou à temps partiel. Enfin, les salariés victimes d'accidents de travail pourraient réclamer eux aussi le même genre de traitement.¹³²² Quant au remplacement par des membres de l'équipe de relève, c'est un compromis que la commission d'enquête jugera impraticable à long terme, cette équipe étant, par nature, appelée à faire du travail sur une base temporaire.¹³²³

¹³¹⁹ *Id.*, D/143 (par. 368)

¹³²⁰ *Id.*, D/140 (par. 351)

¹³²¹ *Id.*, D/141 (par. 355)

¹³²² *Id.*, D/141 (par. 358)

¹³²³ *Id.*, D/141 (par. 355)

À la lumière des nombreuses considérations auxquelles la commission d'enquête accorde de l'importance, on a peine à imaginer dans quels cas un employé aurait droit de voir modifier son horaire de travail à titre de mesure d'accommodement. À l'ère de la mondialisation des marchés, toute entreprise est exposée à une vive concurrence et tend à réduire ses coûts. Faut-il en conclure que tout accommodement un tant soit peu susceptible d'avoir un effet négatif, fut-il minimal, sur la qualité du produit est, du coup, « excessif » ? Assurément non.¹³²⁴ À preuve, tout employeur, quel qu'il soit, assume une même responsabilité aux termes des chartes et lois sur les droits de la personne, ce qui tempère considérablement la rigueur des effets qu'une mesure d'accommodement pourrait avoir, selon certains, sur la compétitivité de l'entreprise.

Par ailleurs, il va de soi que l'employeur ne saurait être contraint à embaucher des remplaçants qui n'ont pas la compétence requise pour accomplir le travail ou qui ne peuvent l'accomplir de manière sécuritaire. Toutefois, pour être admis à soulever valablement ce moyen de défense, l'employeur se doit d'apporter une preuve autre qu'impressionniste. Par exemple, ne devait-il pas établir aussi qu'il serait prohibitif, pour lui, d'offrir une formation d'appoint aux collègues prêts à accomplir le travail ?

Au sujet du taux élevé d'absentéisme le vendredi, n'existe-t-il pas des moyens de contrôle à la disposition de l'employeur qui permettraient de remédier à la situation progressivement¹³²⁵ ? Pensons à l'obligation, faite au salarié qui s'absente, d'offrir une raison valable¹³²⁶ de même qu'aux sanctions disciplinaires qui pourraient être prises contre lui en l'absence d'une telle justification raisonnable. Le laxisme de l'employeur

¹³²⁴ Incidemment, dans l'affaire *Spreitzer c. Industries James MacLaren Inc. (Division forestière)*, *supra*, note 820, le « préjudice face à la concurrence » invoqué par l'employeur (j. Major, 3038) ne lui a pas permis de se soustraire à ses obligations aux termes de la *Charte québécoise*.

¹³²⁵ Par exemple, le taux d'absentéisme le vendredi avait connu une hausse suite à la décision de l'employeur d'agréer à la demande du syndicat de distribuer les chèques de paie le jeudi plutôt que le vendredi : *supra*, note 1307, D/115 (par. 175). Un premier moyen de contrôle n'aurait-il pas été de revenir à l'ancienne pratique ?

¹³²⁶ *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 143 c. Goodyear Canada Inc., usine de Valleyfield*, D.T.E. 99T-664 (T.A.)

sous ce rapport ne devrait pas constituer un motif suffisant pour refuser d'accommoder des salariés victimes de discrimination.

De même, la crainte d'être hypothétiquement tenu d'offrir un accommodement raisonnable aux salariés qui, en raison de leur âge ou d'une invalidité, ne sont plus en mesure d'accomplir intégralement les heures de travail prévues par la convention collective ne constitue pas non plus une cause valable pour se soustraire à une pareille obligation envers les salariés membres de minorités religieuses. D'une part, tous ces groupes bénéficient d'une protection aux termes des chartes et lois sur les droits de la personne de telle sorte que les parties à la convention collective ne peuvent, de toute façon, se soustraire aux obligations qu'elles ont à leur égard. D'autre part, il faut plus que de simples appréhensions non étayées par la preuve pour échapper à ses obligations envers les salariés, fussent-ils âgés, handicapés ou de foi minoritaire.

Quant à la peur que les salariés volontaires ne retirent éventuellement leur accord pour travailler le vendredi soir, elle devrait là encore, nous semble-t-il, reposer sur plus que de pures hypothèses. Du reste, rien n'empêche les parties à la convention collective de convenir d'un arrangement par lequel le salarié volontaire s'engagerait pour une certaine durée. À propos des risques d'accidents que l'exécution de deux quarts de travail successifs pouvaient poser, l'employeur n'a pas davantage fait la démonstration qu'il s'agissait là de risques bien réels ou qu'une quelconque politique patronale visait à proscrire pareille pratique. En l'absence de toute indication à ce propos, on peut même se demander si ce n'était pas là une pratique de remplacement relativement fréquente dans l'entreprise.¹³²⁷

Reste la question du remplacement par des étudiants ou par l'équipe de relève. Au sujet des étudiants, l'on peut certes convenir que le syndicat ne favorise pas leur embauchage

¹³²⁷ Il semble en effet qu'une telle pratique ne soit pas exceptionnelle dans le secteur privé. Par exemple, dans l'affaire *Syndicat des Métallos, section locale 4796 c. Minerais Lac (Complexe Bousquet)*, *supra*, note 853, 339, un représentant patronal évoquait clairement la possibilité de « demander au salarié sortant de faire seize (16) heures » comme mesure d'accommodement possible pour pallier l'absence d'un employé de foi minoritaire.

au détriment de salariés à temps plein. Toutefois, la preuve révèle que le syndicat ne s'opposait pas toujours et en toutes circonstances à leur présence dans l'entreprise.¹³²⁸ Au demeurant, rien n'empêcherait les parties d'annexer à la convention collective une lettre d'entente par laquelle elles conviendraient des modalités applicables pour recourir à leurs services face à des situations de nature exceptionnelle. Pour ce qui est de l'équipe de relève, même si ses membres ne sont appelés à faire des remplacements que sur une base temporaire, rien ne s'opposerait à ce qu'un accord intervienne entre l'employeur et le syndicat pour que cette équipe puisse prendre le relais des salariés volontaires au besoin. En outre, rien n'empêcherait que l'équipe de relève assume systématiquement le remplacement des salariés qui doivent s'absenter pour fins religieuses.¹³²⁹

Enfin, nous le verrons, les droits d'ancienneté, si vénérables soient-ils, doivent être l'objet d'une atteinte importante pour constituer un obstacle dirimant à une demande d'accommodement.¹³³⁰ Or, faut-il rappeler que l'usine ontarienne de *Ford* comptait des milliers de salariés de telle sorte qu'on peut difficilement prétendre que les droits d'ancienneté étaient sérieusement menacés par une demande de modification d'horaire de travail provenant de deux salariés aux croyances religieuses distinctes de celles de la majorité.

¹³²⁸ *Supra*, note 1307, D/116 (par. 179) : « During the holiday period, there is a higher than average level of absenteeism and students replacements are brought in to perform the jobs of vacationing employees on the line. » (nos italiques)

¹³²⁹ Dans deux affaires très similaires à celle qui retient ici notre attention, cette solution fut jugée raisonnable : *Syndicat des Métallos, section locale 4796 c. Minerais Lac (Complexe Bousquet)*, *supra*, note 853, 339-340 (arb. Gilles Lavoie) ; *Chrysler Canada Ltd v. United Automobile Workers, Local 444*, (1986) 23 L.A.C. (3d) 366, 377 : « The company has available a pool of TPT [temporary part-time employees] who are, on an ongoing basis, used to cover for absenteeism within the plant. The company has never in the past used a TPT employee to cover for a regular and recurring situation of absenteeism, but there would appear to be nothing to prevent the use of a TPT employee on that basis. [...] The quality control aspects could be significantly alleviated by the training and consistent use of the same TPT employee to cover absences. » (arb. R.L. Kennedy) (nos italiques)

¹³³⁰ Voir nos développements, *infra*, Titre II, Chapitre II, pp. 357 et suivantes; JOACHIM. *supra*, note 438, 163 : « It is not the interference with seniority rules that should bar a requested accommodation, but the actual impact on other workers. »

Notons pour conclure qu'au plan du préjudice, il n'y a aucune commune mesure entre le congédiement dont sont invariablement victimes les salariés adeptes de religions minoritaires qui s'absentent du travail, et les inconvénients que peuvent sporadiquement subir l'employeur, le syndicat ou les salariés appelés à accomplir la prestation de travail de leurs collègues absents.¹³³¹

2. La modification du travail

En raison des besoins particuliers qu'éprouvent certains salariés visés par les normes anti-discrimination, certaines demandes d'accommodement traduisent non pas tant une volonté d'obtenir une modification des conditions de travail qu'une modification du travail lui-même. Le cas typique est celui de cette personne qui, en raison de son âge, d'un handicap ou d'une grossesse par exemple, réclame d'être affectée à des tâches plus légères mieux adaptées à sa condition. En certaines occasions, le remaniement de fonctions sollicité à titre d'accommodement est même à ce point important qu'il s'apparente, ni plus ni moins, à une demande de création d'un poste permanent entièrement nouveau, forgé d'un amalgame de tâches légères accomplies jusque-là par différents salariés.

C'est sans doute un truisme de le dire mais si exigeant soit-il, le devoir qui incombe aux parties à la convention collective ne requiert pas qu'elles aillent au-delà de l'accommodement raisonnable des salariés victimes de discrimination. Conséquemment, si l'employeur et le syndicat partagent l'obligation d'adapter, d'ajuster ou d'assouplir les règles et pratiques d'emploi rationnelles et neutres qui ont néanmoins des effets discriminatoires, ils ne devraient pas pour autant être contraints de les abolir, de les supprimer ou d'y renoncer : le concept même d'« accommodement »,

¹³³¹ JOACHIM, *id.*, 169. Ce critère de la prépondérance des inconvénients trouve écho dans la jurisprudence arbitrale : *Mount Sinai Hospital v. Ontario Nurses' Association*, (1996) 54 L.A.C. (4th) 261, 273 (arb. R.M. Brown)

et l'idée de « compromis » qui y est sous-jacente¹³³², nous apparaissent incompatibles avec des mesures aussi tranchantes.

Ainsi compris, il nous semble que le concept d'accommodement raisonnable appelle à distinguer les exigences *essentielles* de celles qui sont plutôt *secondaires*. De fait, on voit mal comment un employeur ou un syndicat pourrait être tenu d'assouplir une règle dont le respect intégral s'avère *essentiel* pour atteindre un objectif louable et important. Dans la perspective d'une demande de modification du travail à titre d'accommodement, il faudra d'abord départager les fonctions essentielles des fonctions secondaires.

a) La distinction entre les fonctions essentielles et les fonctions secondaires

Pour l'employeur, l'embauchage d'un salarié, quel qu'il soit, sert invariablement le même objectif : permettre l'accomplissement d'un travail nécessaire pour assurer la bonne marche de l'entreprise ou de l'institution dont il assume la direction. À cette fin, l'employeur est en principe libre de déterminer les tâches qui relèvent d'un employé dont il retient les services.¹³³³ Ainsi, dans le cadre de sa prestation de travail, un même salarié peut être appelé à accomplir une seule besogne ou, au contraire, à exécuter une multitude de tâches toutes reliées au poste qui lui est dévolu.¹³³⁴ Dans ce dernier cas, certaines tâches auront une importance plus considérable que d'autres ou occuperont une proportion plus grande du temps de travail du salarié.

Or, en raison d'une caractéristique personnelle qui le fait entrer dans l'une des catégories de personnes désignées par les normes constitutionnelle ou quasi

¹³³² PROULX, *supra*, note 67, 75

¹³³³ Voir la doctrine citée, *supra*, note 1075; *Ministère du Revenu c. Syndicat des professionnels du Gouvernement du Québec*, [1993] T.A. 798 (requête en révision judiciaire rejetée : *Syndicat de professionnelles et de professionnels du Gouvernement du Québec c. Lussier*, *supra*, note 891), 810 : « ...c'est à l'employeur de décider, selon son appréciation des employés, à quelles tâches ceux-ci peuvent être le plus utile à l'entreprise. » (arb. Jean-Pierre Lussier)

¹³³⁴ *Martin v. Kansas*, 190 F.3d 1120 (10th Cir. 1999), 1130-1131 (j. Ebel)

constitutionnelle d'égalité, un salarié peut devenir incapable d'effectuer, en tout ou en partie, les tâches qui lui sont confiées par l'employeur. C'est alors qu'il peut solliciter un accommodement qui consiste à remanier ses fonctions afin d'être en mesure d'assumer une pleine prestation de travail.

Pour juger de la recevabilité d'une demande pareille, d'aucuns proposent d'établir une dichotomie entre les fonctions essentielles et les fonctions dites secondaires du salarié.¹³³⁵ Incidemment, le Congrès américain recourt à cette distinction dans l'*Americans with Disabilities Act*.¹³³⁶ C'est aussi la solution qu'a retenue le législateur ontarien dans le *Code des droits de la personne*¹³³⁷ :

17. (1) Ne constitue pas une atteinte à un droit d'une personne reconnu dans la présente loi le fait que cette personne est incapable, à cause d'un handicap, de s'acquitter des obligations ou de satisfaire aux exigences *essentiels* inhérentes à l'exercice de ce droit.

(2) La Commission, la commission d'enquête ou un tribunal ne doit pas conclure qu'une personne est incapable, à moins d'être convaincu que la personne à laquelle il incombe de tenir compte des besoins de cette personne ne peut le faire sans subir elle-même un préjudice injustifié, compte tenu du coût, des sources extérieures de financement, s'il en est, et des exigences en matière de santé et de sécurité, le cas échéant. [...] (nos italiques)

L'on sait que les tribunaux ont parfaitement intégré l'opposition entre l'entreprise privée qui tend à maximiser ses profits ou l'institution publique qui cherche à optimiser

¹³³⁵ ADELL, *supra*, note 295, 177; PROULX, *supra*, note 33, 703-705; SWINTON, *supra*, note 681, 100; *Astraltech inc. c. Syndicat des travailleuses et travailleurs d'Astraltech*, *supra*, note 1139 (*passim*)

¹³³⁶ Cette loi américaine définit la « personne handicapée qualifiée » de la façon suivante : « An individual with a disability who, with or without reasonable accommodation, can perform the *essential functions* of the employment position that such an individual holds or desires » : 42 U.S.C. § 12111(8) (Supp. II 1990)

¹³³⁷ L.R.O., c. H-19, par. 17(1) et (2)

ses services à la population, d'une part, et l'« entreprise de charité », d'autre part. Aussi reconnaît-on sans détour « le droit de l'employeur à la gestion licite de ses affaires »¹³³⁸, jugeant même « louables » ses objectifs d'« augmentation du profit ou du rendement ».¹³³⁹ Suivant cette logique selon laquelle un employeur ne peut raisonnablement être contraint de garder à son service un employé improductif¹³⁴⁰, la dichotomie fonctions essentielles/fonctions secondaires apparaît, pour ainsi dire, naturelle.

Il est vrai que ni le Constituant, ni les législateurs fédéral et québécois ne font expressément mention de cette distinction dans les textes fondamentaux qu'ils consacrent à la protection contre la discrimination. Toutefois, aucune de leurs dispositions ne la condamne. De plus, le défaut d'un soutien législatif n'est pas forcément déterminant en pareille matière.¹³⁴¹ Ainsi, le salarié qui, avec ou sans mesure d'accommodement, se révèle incapable d'accomplir les fonctions essentielles du travail ne devrait pas pouvoir être maintenu en poste.

Cependant, toute naturelle qu'elle puisse paraître *a priori*, la distinction entre les fonctions essentielles et les fonctions secondaires n'est pas pour autant aisée à établir

¹³³⁸ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, *supra*, note 382, 552-553 (J. McIntyre)

¹³³⁹ *Dickason c. Université de l'Alberta*, *supra*, note 210, 1123 (J. Cory)

¹³⁴⁰ PROULX, *supra*, note 33, 702 et 703 : « Le concept d'accommodement raisonnable n'a jamais signifié qu'un employeur est forcé de garder à leur poste des employés *devenus inaptes* au travail. Ça n'a jamais comporté pour l'employeur l'obligation de garder dans l'entreprise des employés *devenus incapables d'exercer leurs fonctions*... [...] En effet, lorsqu'un employé est *incompétent ou inapte à exercer les fonctions essentielles d'un emploi*, l'employeur est en droit de ne pas l'embaucher ou de le congédier. » (nos italiques). Voir dans le même sens : Gary HOPKINSON, « Disability and the Duty to Accommodate : A Union Viewpoint », (1998) *Lab. Arb. Y.B.* 143, 145 : « ...an employer is not required [...] to maintain a disabled employee in an essentially non-productive position. » : LYNK, *supra*, note 673, 196; Leonard MARVY, « Disability and the Duty to Accommodate : A Management Viewpoint », (1998) *Lab. Arb. Y.B.* 125, 129 et 133-134; SCOTT, *supra*, note 565, 24 : « ...accommodation does not require an employer to accept sub-standard work. »

¹³⁴¹ Faut-il rappeler que l'obligation d'accommodement est née sans aucun appui législatif explicite : *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, *supra*, note 382, 553 (J. McIntyre). Du reste, la Cour suprême semble évoquer à tout le moins implicitement la distinction lorsqu'elle affirme que la capacité d'un individu à exécuter son travail de manière « sûre et efficace »

dans les faits parce qu'elle est empreinte d'une forte dose de subjectivité.¹³⁴² Faisant œuvre utile, l'*Equal Employment Opportunity Commission (EEOC)* américaine propose de soupeser les facteurs suivants pour déterminer les tâches essentielles qui se rattachent à un poste donné :

- i) le point de vue de l'employeur sur les tâches qu'il estime « essentielles »¹³⁴³;
- ii) les descriptions de tâches préparées pour l'affichage du poste et la tenue d'entrevues de sélection;
- iii) le temps consacré à l'exercice de chacune des tâches qui composent le poste en cause;
- iv) les effets potentiels d'une décision visant à soustraire le salarié victime de discrimination à l'obligation d'accomplir certaines tâches particulières;
- v) les dispositions de la convention collective;
- vi) l'expérience vécue par les anciens titulaires du poste;
- vii) l'expérience vécue par les titulaires de postes comparables dans l'entreprise.¹³⁴⁴

Certes, la description de tâches que comporte une offre écrite d'emploi peut être d'une utilité indéniable pour déterminer si une fonction donnée est essentielle. Il en va de même des descriptions de tâches détaillées auxquelles renvoient souvent les

est « un élément essentiel de tout métier » : *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *supra*, note 389, 34 (j. McLachlin, par. 58) (nos italiques)

¹³⁴² Margaret FOEGEN-KARSTEN, Mabelle K. SCHROEDER et Michael A. SURETTE, « Impact of the Americans with Disabilities Act on Job Evaluation », (1995) 46 *Lab. L.J.* 436, 437

¹³⁴³ Dans l'arrêt *Prewitt v. United States Postal Service*, 662 F.2d 292 (5th Cir., 1981), le juge Tate signale, à la page 308 : « The employer has greater knowledge of the essentials of the job than does the handicapped applicant. The employer can look to its own experience, or, if that is not helpful, to that of other employers who have provided jobs to individuals with handicaps similar to those of the applicant in question. » Voir dans le même sens : *Borkowski v. Valley Central School District*, 63 F.3d 131 (2d Cir., 1995), 137 (j. Calabresi)

¹³⁴⁴ 29 C.F.R. § 1630.2(n)(3)(i)-(vii) (1992). Voir également : Marilyn GINSBURG et Catherine BICKLEY, « Accommodating the Disabled : Emerging Issues Under Human Rights Legislation », (1992) 1 *C.L.L.J.* 73, 88-89 : « Relevant factors include : how often each duty is undertaken, the proportion of time spent at each specific duty, and the contents of any current and relevant job description. »

conventions collectives.¹³⁴⁵ Ces descriptions de tâches peuvent contenir des informations précieuses sur l'objectif de la fonction, la formation requise pour s'en acquitter, les responsabilités et devoirs qu'elle implique, les conditions de travail qui y sont rattachées (exigences physiques, manipulations et vitesse d'exécution requises, outils ou machines utilisés...) ou la fréquence à laquelle une tâche donnée peut devoir être accomplie.¹³⁴⁶ Du fait qu'ils sont préparés avant même qu'une demande d'accommodement puisse être formulée par un salarié victime de discrimination, ces documents acquièrent en un sens une plus grande valeur probante.¹³⁴⁷

Toutefois, l'on ne saurait voir dans ces descriptions de tâches autre chose que des indices, lesquels demeurent impuissants à changer la réalité du milieu de travail. En clair, sans une évaluation objective axée sur les faits¹³⁴⁸, l'opinion de l'employeur ou du syndicat sur ce qui constitue une « fonction essentielle » du salarié ne saurait être déterminante.¹³⁴⁹ Le témoignage d'experts en ergonomie¹³⁵⁰ ou des salariés qui

¹³⁴⁵ STRAUSS, *supra*, note 13, 335 ; Andrew L. SYMONS, « A Three-Step Test for Determining When Compliance with The Americans With Disabilities Act is Required », (1992/93) 28 *Gonz. L. Rev.* 235, 252. Toutefois, LEFRANÇOIS, *supra*, note 1179, 14, rappelle avec à-propos que les fonctions essentielles d'un poste peuvent bien être moins nombreuses que la description de tâches ne le laisse entendre.

¹³⁴⁶ FÖGEN-KARSTEN, SCHROEDER et SURETTE, *supra*, note 1342, 437. Voir dans le même sens : BRUYERE, GOMEZ et THAYER-HANDLEMANN, *supra*, note 572, 645; Michael D. ESPOSITO, « There's More to Writing Job Descriptions Than Complying With the ADA », *Employment Relations Today*, vol. 19, n° 3, automne 1992, 273, 276

¹³⁴⁷ L'antériorité de ces documents par rapport à la demande d'accommodement est vraisemblablement garante d'une certaine objectivité quant aux aptitudes et qualités vraiment essentielles pour l'emploi : LEE, *supra*, note 1152, 235-236; SYMONS, *supra*, note 1345, 252. Voilà pourquoi certains prédisent que l'évolution que connaît la doctrine de l'accommodement raisonnable s'accompagnera d'une « explosion de descriptions de tâches » (*job description explosion*) aux fins de mieux contrer les plaintes de discrimination des salariés : Floyd D. WEATHERSPOON, « The Americans with Disabilities Act of 1990 : Title I and Its Impact on Employment Decisions », (1991) 16 *U. L. Rev.* 263, 298

¹³⁴⁸ *Borkowski v. Valley Central School District*, *supra*, note 1343, 140 : « [...] the identification of the essential functions of a job requires a *fact-specific inquiry* into both the employer's description of a job and how the job is actually performed in practice. » (j. Calabresi) (nos italiques)

¹³⁴⁹ ERVIN, *supra*, note 631, 941; WILSON, *supra*, note 1282, 282

¹³⁵⁰ FÉDÉRATION DES TRAVAILLEURS ET TRAVAILLEUSES DU QUÉBEC, *Personnes handicapées : accès à l'égalité et conventions collectives*, (rédaction et recherche : André Desjardins et Denise Gagnon), Montréal, FTQ, septembre 1993, 18-19

exécutent la même fonction que le revendicateur d'accommodement ou une fonction très similaire pourrait d'ailleurs se révéler nettement plus éclairant sous ce rapport.¹³⁵¹

Pour déterminer si une tâche donnée est « essentielle », il pourra être utile de se demander si le fait de la confier à un autre employé altère radicalement la nature du poste.¹³⁵² En d'autres termes, si cette tâche peut être répartie entre plusieurs employés sans que le poste ne perde sa *raison d'être*, elle sera vraisemblablement considérée comme « secondaire ». À l'inverse, si aucun autre salarié n'est en mesure de s'en acquitter convenablement parce qu'elle requiert, par exemple, une formation ou une expertise spécifique, on la jugera fort probablement « essentielle ».¹³⁵³ Plus la possibilité qu'un salarié soit tenu d'effectuer une tâche donnée sera faible, plus les tribunaux seront hésitants à la qualifier d'essentielle.¹³⁵⁴ Du reste, tout doute quant à la nature essentielle ou secondaire d'une fonction devrait justifier qu'on la qualifie de secondaire de manière à favoriser le salarié victime de discrimination.

Exceptionnellement, un salarié pourra même être dispensé de l'obligation d'accomplir une fonction essentielle reliée à son occupation si l'incapacité qui justifie sa demande de dispense est d'une durée limitée dans le temps.¹³⁵⁵ Ainsi, l'employée enceinte¹³⁵⁶ ou

¹³⁵¹ G. Jonathan MENG, « Definitive Job Descriptions Are Key to ADA Compliance », *Employment Relations Today*, vol. 18, n° 3, automne 1991, 285, 288 : « ...people performing job are in the best position to describe what the job entails. »

¹³⁵² ESPOSITO, *supra*, note 1346, 279 ; SYMONS, *supra*, note 1345, 255

¹³⁵³ FOEGEN-KARSTEN, SCHROEDER et SURETTE, *supra*, note 1342, 437

¹³⁵⁴ HOLTZMAN, JENNINGS et SCHENCK, *supra*, note 1154, 290 ; MENG, *supra*, note 1351, 286 ; P.J. MURRAY III et Terrence M. LEWIS, « The Americans With Disabilities Act and Reasonable Accommodation : Are Employers Required To Reassign Disabled Individuals Who Can No Longer Perform Their Jobs? », (1999) 15 *Lab. Law.* 1, 3

¹³⁵⁵ MCINTYRE, *supra*, note 472, 285

¹³⁵⁶ MILLSAP, *supra*, note 508, 1441 ; Laura SCHLICHTMANN, « Accommodation of Pregnancy Related Disabilities on the Job », (1994) 15 *Berkeley J. Emp. & Lab. L.* 335, 339 et 360 ; Katherine SWINTON, « The Duty of Reasonable Accommodation and Gender Equality », dans DRUCE (dir.), *supra*, note 227, 264-266

le salarié momentanément handicapé¹³⁵⁷ qui, en raison de sa condition, ne peut plus effectuer certaines tâches, fussent-elles essentielles, devrait néanmoins avoir droit à un accommodement raisonnable :

Si une [...] demande [de remaniement de fonctions] est *causée par une situation temporaire* comme la grossesse ou un handicap *de courte durée* ou encore si elle porte sur des *fonctions accessoires ou secondaires d'un emploi*, le congédiement fondé directement ou indirectement sur ces motifs discriminatoires apparaît à sa face même [...] « d'une sévérité disproportionnée » par rapport aux objectifs de rendement de l'employeur.¹³⁵⁸

Jusqu'à tout récemment, l'état du droit a donc trouvé sa juste expression dans ces deux propositions: dans la mesure où une fonction est *essentielle* à l'exécution sûre et efficace de *son emploi*, un salarié victime de discrimination ne pouvait y être soustrait, à moins qu'une telle dispense ne soit temporaire. En revanche, si la fonction en cause était plutôt *secondaire*, l'employeur pouvait devoir l'attribuer à un autre employé en guise d'accommodement¹³⁵⁹, à moins que ce remaniement de fonctions ne l'expose à une contrainte excessive.

Cela dit, l'on voit récemment poindre, en jurisprudence arbitrale surtout, une nouvelle tendance qui semble réduire sensiblement l'utilité de la dichotomie évoquée ici entre les fonctions essentielles et les fonctions secondaires d'un emploi. En effet, certains arbitres semblent axer leur analyse non plus tant sur *les fonctions de l'emploi occupé*

¹³⁵⁷ GINSBURG et BICKLEY, *supra*, note 1344, 97. Notons que la durée limitée d'un « handicap » ou d'une « déficience » n'altère pas pour autant la protection offerte par les Chartes aux personnes qui en sont atteintes : *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, *supra*, note 669, 732 : « [...] même si, par définition, la déficience *temporaire* n'est pas immuable au sens de ne pas pouvoir changer, elle constitue manifestement une caractéristique dont la durée ne peut pas être changée et qui est totalement indépendante de la volonté de la personne qui en souffre. » (J. Binnie, par. 53)

¹³⁵⁸ PROULX, *supra*, note 33, 705 (nos italiques)

¹³⁵⁹ SCHIFF et MILLER, *supra*, note 1196, 225; SHALLER, *supra*, note 1188, 440

par le salarié victime de discrimination que sur *les fonctions des autres emplois* – existants dans l'entreprise ou l'institution – qu'il pourrait accomplir efficacement.

Selon le point de vue avancé, un employeur pourrait devoir accommoder un salarié devenu incapable d'assumer plusieurs ou la totalité de ses fonctions en regroupant un ensemble de tâches, effectuées jusque-là par d'autres employés, pour en faire un nouveau poste permanent adapté à l'avantage du demandeur d'accommodement. La section suivante, qui s'intéresse plus à fond à la modification des fonctions comme mesure d'accommodement raisonnable, fait plus amplement état de ce courant jurisprudentiel naissant.

b) La modification des fonctions et la limite de l'accommodement raisonnable

La demande de modification des fonctions à titre d'accommodement peut émaner de salariés dont l'occupation et les caractéristiques individuelles varient presque à l'infini, ce qui rend l'analyse de sa raisonnablement particulièrement complexe. Cela étant, trois scénarios doivent retenir ici notre attention : les cas où la demande vise des fonctions secondaires, les cas où la demande concerne des fonctions essentielles et les cas où le salarié sollicite plutôt un autre poste.

i) le remaniement des tâches secondaires

En premier lieu, un employé apte à effectuer les tâches essentielles de son emploi peut se trouver dans l'impossibilité d'en accomplir les tâches secondaires. En pareil cas, l'employeur peut remplir son obligation d'accommodement en attribuant à d'autres employés les responsabilités qui ne peuvent pas être assumées par le titulaire du poste.¹³⁶⁰ Cette forme d'accommodement qui consiste à maintenir le salarié dans son emploi original apparaît à la fois la plus souhaitable¹³⁶¹ et la plus simple¹³⁶² à mettre en œuvre.¹³⁶³

¹³⁶⁰ SCHIFF et MILLER, *id.*, 225-226

Même s'ils n'ont pas pris racine dans un contexte de rapports collectifs de travail, les faits à l'origine de l'affaire *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Emballage Polystar Inc.*¹³⁶⁴ peuvent servir à illustrer notre propos. Une employée, atteinte de paralysie cérébrale, devait se déplacer au moyen de béquilles en raison des difficultés motrices qu'elle éprouvait avec ses membres inférieurs. Préposée aux commandes au sein du service à la clientèle d'une entreprise d'emballages en matière plastique, la salariée était parfois appelée à vérifier certaines données de fabrication qui se trouvaient dans des classeurs situés sur le même étage que son poste de travail. Selon la preuve, cette tâche représentait à peine 5% à 10% de l'ensemble des responsabilités rattachées à son poste.

¹³⁶¹ GINSBURG et BICKLEY, *supra*, note 1344, 97; JOACHIM, *supra*, note 438, 180; LYNK, *supra*, note 673, 191; STAHLHUT, *supra*, note 1264, 92; SWINTON, *supra*, note 681, 98: « ...the ideal form of accommodation is within the employee's existing position and environment, and many accommodations are of this type, whether through *adjustment of job duties to remove non-essential tasks* or changing equipment or processes to accommodate disability. » (nos italiques). Il semble que les organisations syndicales préconisent aussi cette forme d'accommodement du fait qu'elle est susceptible d'avoir très peu d'impact sur les droits d'ancienneté d'autrui : TCA-CANADA, *supra*, note 911, 83.

¹³⁶² Loin de nous l'idée de vouloir nier, par l'emploi de ce qualificatif, les difficultés bien réelles relatées par le GROUPE DBSF, *La vie syndicale des personnes handicapées au Québec*. Étude sur l'identification des moyens que le milieu syndical peut prendre pour favoriser la participation des personnes handicapées à la vie syndicale et leur intégration et réintégration au travail. Office des personnes handicapées du Québec, Direction de la coordination et de la recherche, Drummondville, mars 1990, 46 : « En ce qui concerne la réintégration de personnes handicapées exigeant des postes adaptés, la réalité est difficilement vécue. En général, les postes adaptés sont ardu à créer. Les principaux obstacles sont le manque d'ouverture des employeurs, l'attitude négative des collègues de travail qui voient là des privilèges non-justifiés par l'ancienneté et de plus craignent la surcharge. Par ailleurs, la création de ces postes exigent souvent des ententes inter-syndicales locales, ce qui ne va pas de soi non plus. »

¹³⁶³ On a déjà laissé entendre que l'obligation d'accommodement envers un employé handicapé ne commandait pas « une réorganisation importante des opérations de l'employeur » ou « une modification significative de certaines des caractéristiques qui sont propres à la classification » de ce salarié : *Union internationale des travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 1991 c. Viandes P.P. Hallé Ltée*, [1996] T.A. 678, 699 (arb. Jean-Guy Ménard). Avec égard, cette interprétation nous apparaît un peu trop restrictive. Elle a d'ailleurs fait l'objet de critiques bien fondées : TARDIF et DAVIS, *supra*, note 1147, 207 : « Nous croyons qu'en concluant que l'accommodement s'avère impossible étant donné que cela impliquerait une « réorganisation importante » et une « modification significative », l'arbitre évite de trancher la question de la contrainte excessive. [...] Au strict plan du vocabulaire, le terme « excessif » va beaucoup plus loin... Un changement peut être important ou significatif, par exemple, parce qu'il est nouveau ou qu'il change les habitudes de travail sans pour autant constituer une contrainte excessive. »

¹³⁶⁴ (1997) 28 C.H.R.R. D/76 (T.D.P.Q.)

Un réaménagement subséquent des espaces de bureau, par suite d'une rationalisation des opérations de production, fit en sorte que ces dossiers n'étaient dorénavant plus accessibles sans devoir emprunter un escalier. La salariée étant incapable d'y monter, l'employeur décidait de la congédier. Appelé à statuer sur la légalité de cette mesure patronale, le Tribunal des droits de la personne du Québec jugeait qu'elle contrevenait à la *Charte québécoise*.

Le Tribunal qualifiait la cueillette des dossiers de « tâche essentielle même si elle ne représentait qu'une petite partie de la tâche de travail ».¹³⁶⁵ Pour notre part, nous serions enclin à penser qu'il s'agissait plutôt d'une tâche secondaire considérant la faible proportion du temps de l'employée qui y était consacrée et le fait que la suppression de cette tâche n'aurait pas radicalement changé la raison d'être de son travail au sein de l'entreprise. On conviendra cependant que le fait qu'une tâche donnée représente un faible pourcentage de l'ensemble des fonctions d'un salarié ne sera pas forcément révélateur de sa nature « secondaire ».¹³⁶⁶

Quoi qu'il en soit, le Tribunal concluait que l'employeur avait manqué à son obligation d'accommodement envers la plaignante. Notant que deux autres employées oeuvraient au sein du service à la clientèle, le Tribunal faisait observer que « rien n'empêchait, si on le leur avait demandé, les deux autres compagnes de travail d'aller chercher les dossiers dont la plaignante avait besoin », soulignant du même souffle que « l'augmentation de la charge de travail de ces personnes n'aurait pas été excessive ».¹³⁶⁷ D'ailleurs, l'on ne manquera pas d'évoquer, au passage, le fait que la plaignante aurait

¹³⁶⁵ *Id.*, D/78 (j. Brossard, par. 21)

¹³⁶⁶ Par exemple, même si un policier peut ne jamais avoir à se servir de son arme à feu tout au cours de sa carrière, il n'en demeure pas moins que la capacité de manipuler prudemment une arme peut fort bien être une exigence *essentielle* rattachée à la fonction d'agent de la paix.

¹³⁶⁷ *Supra*, note 1364, D/78-D/79 (j. Brossard, par. 22)

pu effectuer, sans « inconvénient majeur », d'autres tâches à la place de ses collègues, soit à l'ordinateur, soit au téléphone.¹³⁶⁸

Quant à la prétention de l'employeur voulant que l'ancienneté supérieure des compagnes de travail soit une cause suffisante pour ne pas solliciter leur collaboration aux fins d'accommoder la plaignante, le Tribunal en niait le bien-fondé en ces termes :

Le fait que les deux autres compagnes de travail, non syndiquées, aient plus d'ancienneté que la plaignante ne suffit pas à justifier l'employeur de ne pas leur demander d'aller chercher les dossiers dont la plaignante aurait eu besoin.

[...]

Dans le présent dossier, il ne s'agissait même pas d'un enrichissement de tâche qui aurait pu contrecarrer la convention collective puisque les compagnes de la plaignante n'étaient pas syndiquées. D'autre part, l'inconvénient qui aurait pu être perçu comme tel par les autres préposées est minime compte tenu qu'il s'agit d'une petite portion des tâches que doivent effectuer les préposées aux commandes.¹³⁶⁹

Nous estimons que même si les employées en cause avaient été syndiquées, cela n'aurait vraisemblablement rien changé au résultat. En effet, on voit mal en quoi un syndicat pourrait valablement s'opposer à un accommodement semblable. Imaginons un instant que les tâches de ces salariées aient fait l'objet d'une description détaillée dans la convention collective. Certes, la décision de l'employeur de remanier les fonctions de la salariée handicapée en répartissant entre ses deux collègues les tâches secondaires qu'elle n'est plus à même d'effectuer pourrait porter atteinte à la convention collective.¹³⁷⁰ Toutefois, nous doutons qu'il s'agisse là d'une atteinte

¹³⁶⁸ *Id.*, D/77 (par. 10) et D/79 (par. 29)

¹³⁶⁹ *Id.*, D/79 (par. 24 et 26)

¹³⁷⁰ DALY-ROONEY, *supra*, note 1214, 392-393

suffisamment importante¹³⁷¹ pour constituer, en soi et sans plus, une contrainte excessive.¹³⁷² Une même conclusion s'imposerait dans l'hypothèse où, face au manque de collaboration des collègues de travail, l'exécution des tâches secondaires est plutôt confiée à un membre du personnel cadre, en violation d'une clause de la convention collective qui réserve ce type de travail aux seuls salariés de l'unité d'accréditation.¹³⁷³

Quant à la question de l'alourdissement de la tâche des collègues de travail, même en milieu de travail syndiqué, cette problématique n'aurait pas soulevé ici de difficulté réelle tant l'effet sur les autres employés apparaît négligeable au regard des tâches nouvelles qui leur auraient été attribuées, lesquelles ne sont après tout ni rebutantes ni trop abondantes.¹³⁷⁴ En outre, il y avait une possibilité bien réelle que la salariée accommodée prête en contrepartie assistance à ses collègues pour l'exécution de certaines de leurs tâches.

Généralement, l'employeur s'acquittera pleinement de son devoir d'accommodement s'il dispense un salarié de l'obligation d'effectuer certaines de ses tâches secondaires sans pour autant l'assujettir à une quelconque coupure de traitement. Toutefois, ce constat, qui ressort de l'affaire *Syndicat des employés des messageries Dynamiques (CSN) c. Messageries Dynamiques Inc.*¹³⁷⁵, appelle à notre avis plus de nuances.

¹³⁷¹ *Central Okanagan School District no. 23 c. Renaud*, *supra*, note 521, 984, 987 et 991-992 (j. Sopinka)

¹³⁷² La refection des descriptions de tâches contenues dans une convention collective est une mesure d'accommodement parfaitement envisageable : HOPKINSON, *supra*, note 1340, 149 et 152 ; *Maple Leaf Foods Inc. v. U.F.C.W., Local 175/633*, (1997) 60 L.A.C. (4th) 146, 152 (arb. B.A. Kirkwood)

¹³⁷³ Pour un exemple de clause à cet effet, voir la disposition reproduite par le juge Bernier dans l'arrêt *Syndicat des employés de l'Université de Montréal, section locale 1244 (S.C.F.P.) c. Université de Montréal*, [1981] C.A. 160, 161. Notons que le découpage détaillé entre les fonctions accréditées et celles qui relèvent du personnel cadre est une caractéristique du wagnérisme : STRAUSS, *supra*, note 13, 335

¹³⁷⁴ MURPHY, *supra*, note 388, 1632, souligne à juste titre : « ...the proper question for courts to consider is *not simply whether accommodation imposes additional or more unpleasant tasks to other workers – which it may well do – but rather whether this burden, when considered in light of the other factors defining undue hardship, is significant.* » (nos italiques)

¹³⁷⁵ [1998] R.J.D.T. 925 (T.A.)

L'entreprise spécialisée dans la distribution de journaux et de revues embauche des répartiteurs pour assurer la livraison des imprimés. L'un de ces répartiteurs avait pour principal lieu de travail une imprimerie située à 25 kilomètres du siège social de l'entreprise. Le soir, vers 22h30, l'employé devait se rendre au siège social de la société pour prendre possession du matériel (bons de livraison, cartes-clients, avis d'annulation d'abonnements, étiquettes, enveloppes...) qu'il devait ensuite rapporter à l'imprimerie pour en faire la distribution. Trente minutes avant la fin de son quart de travail, soit vers 5h00 le lendemain matin, il devait reprendre la route pour déposer au siège social différents documents laissés par les distributeurs, pendant la nuit, à l'intention de l'employeur. Le trajet à parcourir en automobile exigeait du salarié qu'il emprunte un pont et des voies de circulation relativement élevées. Souffrant d'agoraphobie, il ne pouvait s'acquitter de cette tâche sans éprouver certains malaises et des tremblements.

À titre d'accommodement, l'employeur et le syndicat signaient une lettre d'entente par laquelle il était convenu qu'un livreur, désigné par le salarié, allait dorénavant assurer le transport des documents à sa place. Ce livreur était dédommagé par le salarié à même l'indemnité de vingt dollars par jour que l'employeur lui allouait déjà pour couvrir ses frais de transport. Après quelque temps, le livreur sollicitait une hausse de salaire. Communiquant la demande à l'employeur, le salarié essuyait un refus. Le livreur continua néanmoins d'offrir sa prestation de travail pendant quelques mois avant de revendiquer que son indemnité de déplacement passe à trente dollars par jour. Devant un nouveau refus de l'employeur, le livreur interrompait le service. Le salarié ne s'étant pas fait remplacer par une autre personne dans les jours qui suivirent, l'employeur lui servait un avertissement écrit, puis deux suspensions, l'une d'une journée, l'autre de cinq jours, pour avoir refusé ou négligé de remplir ses obligations ou de prendre les mesures nécessaires pour que quelqu'un effectue le travail à sa place.

Le grief déposé à l'encontre de ces mesures disciplinaires n'allait être accueilli qu'en partie, la seconde suspension étant réduite de cinq à trois jours. Du reste, après avoir

rappelé les options qui s'offraient au salarié, savoir « rétablir la situation, trouver un autre livreur, faire lui-même ce travail ou cesser le transport des documents » – cette dernière option étant celle effectivement retenue par le salarié – l'arbitre rejetait catégoriquement la proposition, formulée à l'audience par le syndicat, voulant « que l'employeur assume l'obligation du transport de documents » :

Notons immédiatement que cette dernière avenue doit être écartée puisque, en effet, c'est consensuellement que les parties ont établi l'accommodement dont a bénéficié [le salarié] ; c'est aussi consensuellement qu'elles pouvaient le modifier.

Le même raisonnement doit prévaloir en ce qui a trait à l'option qu'a retenue [le plaignant]. Pendant environ deux (2) ans en effet, cet accommodement a prévalu. Devant le refus de l'employeur de hausser de 20\$ à 30\$ l'indemnité quotidienne de transport versée [au plaignant], qui la versait lui-même au livreur effectuant le transport pour lui, le plaignant a décidé unilatéralement de ne plus faire effectuer ce transport de documents. Or, cette responsabilité faisait partie cependant de sa tâche normale de répartiteur et n'avait jamais cessé de l'être. Le plaignant ne pouvait donc s'y soustraire unilatéralement.¹³⁷⁶

Pourtant, la *Charte québécoise* garantit au salarié handicapé le droit d'être accommodé par l'employeur jusqu'à la limite de la « contrainte excessive ». Faut-il rappeler qu'il n'est pas possible de déroger, par contrat, à ce droit fondamental ?¹³⁷⁷ De même, est-il besoin de souligner que le syndicat ne saurait être admis à renoncer implicitement à ce droit au nom d'un salarié ?¹³⁷⁸

Rien n'indique qu'il aurait été excessif, pour l'employeur, d'augmenter la gratification du livreur¹³⁷⁹ ou de confier au salarié de son choix les tâches accessoires qui ne

¹³⁷⁶ *Id.*, 930 (arb. Jean-Pierre Tremblay)

¹³⁷⁷ Voir la jurisprudence citée, *supra*, note 839

¹³⁷⁸ *Supra*, notes 934 et 935, et les développements qui y correspondent.

pouvaient être accomplies par le répartiteur agoraphobe. À l'inverse, exiger de ce dernier qu'il agisse en quelque sorte comme employeur à l'égard du tiers qui assume la portion de son travail frôle l'excessif.¹³⁸⁰ Si élégante soit-elle, cette façon de l'employeur de se soustraire partiellement à son obligation d'accommodement en confiant au salarié handicapé l'entière responsabilité de dénicher un remplaçant, alors que l'employeur se réserve par ailleurs le pouvoir absolu d'établir sa rémunération, nous apparaît d'une légalité douteuse.

ii) le remaniement des tâches essentielles

Le second scénario que l'on peut envisager vise le cas infiniment plus complexe où un salarié, en raison de sa condition ou de sa religion, devient définitivement incapable d'accomplir les fonctions essentielles pour lesquelles on l'a embauché. Alors que certains voient dans cette incapacité un vice fatal justifiant l'employeur de rompre le contrat de travail qui le lie au salarié, d'autres tendent à pousser encore plus loin l'analyse : ils exigent de l'employeur qu'il crée, pour cet employé, un poste permanent entièrement nouveau, à moins qu'un tel accommodement ne lui impose un fardeau déraisonnable.

En d'autres termes, si tous conviennent qu'un employeur ne saurait être tenu de garder à son service un salarié improductif en créant pour lui une fonction superflue¹³⁸¹, quelques-uns n'écartent pas la possibilité que ce même employeur doive néanmoins regrouper différentes tâches, réparties entre divers employés, pour en faire un nouveau

¹³⁷⁹ Le montant additionnel que l'employeur aurait pu être tenu de verser s'il avait acquiescé, sans plus de négociation, à la demande du livreur aurait oscillé autour de \$2600 par année, ce qui n'apparaît pas, *a priori* du moins, une dépense excessive pour la filiale d'un empire (Québecor Inc.) dont le chiffre d'affaires total s'élevait à \$ 7 013 346 000 en 1997 : QUÉBÉCOR INC., *Rapport annuel 1997*, Montréal, 1998, p. 34

¹³⁸⁰ Qu'il suffise d'évoquer la possibilité que le livreur subisse un accident de travail, commette un acte préjudiciable à autrui dans l'exercice de ses fonctions ou revendique le respect des droits que certaines lois d'ordre public confèrent à tout salarié. Le répartiteur handicapé serait-il tenu d'en répondre à titre d'«employeur» ?

¹³⁸¹ Voir la doctrine citée, *supra*, note 1338

poste permanent adapté aux caractéristiques du demandeur d'accommodement¹³⁸² de manière à tirer de lui une prestation de travail utile.

- ***La création d'un nouveau poste***

Cette nouvelle tendance ressort de quelques sentences arbitrales¹³⁸³ dont l'affaire *Maple Leaf Foods Inc. v. United Foods & Commercial Workers, Local 175/633*.¹³⁸⁴ L'employeur exploitait une entreprise spécialisée dans l'abattage, la coupe et la transformation de la volaille. Affecté à la division sanitaire de l'usine, le salarié représenté par le syndicat avait pour tâche d'éviscérer les volailles, ce qui commandait la prise répétée des dépouilles et l'utilisation régulière d'un boyau d'arrosage à haute pression. À la suite d'une blessure sérieuse subie au poignet droit, il était déclaré inapte à exécuter un travail requérant des gestes répétitifs avec l'avant-bras. Selon les recommandations du médecin traitant, le fait de travailler dans un endroit où la température ambiante est fraîche était aussi contre-indiqué.¹³⁸⁵

Le salarié sollicitait donc de l'employeur un nouveau poste à titre d'accommodement. Deux autres postes existants dans l'usine étaient surtout convoités par lui : celui de concierge de nuit et celui de commis à l'entretien des uniformes. Le premier consistait à faire l'entretien ménager des bureaux, de la cafétéria, des salles de toilette et des laboratoires. Le second visait notamment à assurer le nettoyage des uniformes et

¹³⁸² *Mount Sinai Hospital v. Ontario Nurses' Association, supra*, note 1331, 271 : « ...we interpret the duties or requirements attending the right to equal treatment so as to include not only the duties and requirements associated with current jobs but also the duties and requirements associated with a bundle of existing tasks within the ability of a disabled employee. If a number of such tasks can be consolidated into a new job without undue hardship, the employer is obliged to do so. » (arb. R.M. Brown) (nos italiques)

¹³⁸³ On trouvera une revue des principales décisions arbitrales canadiennes sur la question chez les auteurs suivants: Nancy A. EBER, « Disability and the Duty to Accommodate: A Management Viewpoint », (1998) *Lab. Arb. Y.B.* 105, 109-113; HOPKINSON, *supra*, note 1340 (*passim*); LYNK, *supra*, note 334, 966-970; MARVY, *supra*, note 1340, 129-134; SWINTON, *supra*, note 681, 98-100

¹³⁸⁴ *Supra*, note 1372

¹³⁸⁵ *Id.*, 148 (arb. B.A. Kirkwood)

vêtements de travail souillés ; s'y greffait la tâche de laver les planchers, les corridors et les salles de toilette.

Selon les descriptions de tâches fournies par l'employeur, la fonction de concierge exigeait l'utilisation des deux mains pour assurer le lavage et le polissage des planchers, deux tâches que le salarié lui-même doutait pouvoir exécuter. Toujours selon ces descriptions, le poste de commis comportait des tâches qui requéraient de son titulaire la capacité de tirer, de pousser, d'étendre les bras, de s'agripper, de lever des sacs de vêtements et d'accomplir certaines rotations avec les poignets. Jugeant le salarié inapte à combler ces deux types de postes, l'employeur s'opposait à le réintégrer au travail dans l'une ou l'autre de ces fonctions.

L'arbitre désigné pour disposer du grief allait voir dans ce refus patronal un manquement au devoir d'accommodement raisonnable même si le salarié lui-même convenait que les tâches qu'il ne pouvait effectuer étaient importantes.¹³⁸⁶ Selon l'arbitre, la preuve apportée par l'employeur ne permettait pas de conclure qu'un remaniement des fonctions propres aux postes convoités par le salarié handicapé aurait entraîné des problèmes sérieux sur le plan de l'administration de la convention collective, de l'interchangeabilité des effectifs ou des droits des autres employés.

Estimant qu'il y a plusieurs façons de répartir le travail entre les employés afin d'obtenir d'eux une productivité équivalente, l'arbitre concluait que l'employeur ne pouvait se retrancher derrière les descriptions de tâches existantes pour être dégagé, du coup, de son obligation d'accommodement : encore devait-il démontrer qu'il ne lui était pas possible de modifier les tâches inhérentes à chaque poste sans subir, de ce fait, une contrainte excessive.¹³⁸⁷ En somme, selon l'arbitre, l'employeur devrait non seulement

¹³⁸⁶ *Id.*, 150

¹³⁸⁷ *Id.*, 162 : « There may be instances where jobs can be modified in a non-substantive way by assigning the work that cannot be done by the Grievor to another employee, and that such work can be done by another employee without causing material disruption to the workforce. In essence, there are many ways to accomplish the same tasks in an equally productive way for the Employer. It is not sufficient for the Employer to say that the Grievor cannot perform any of the job descriptions, *but the*

maintenir à son service un salarié qui n'est plus apte à accomplir les tâches essentielles pour lesquelles on l'a embauché mais il devrait, en plus, regrouper d'autres tâches que ce salarié est en mesure d'effectuer pour en faire un poste adapté spécialement pour lui.¹³⁸⁸ Autrement dit, ce n'est pas tant le salarié qui devrait être accommodé pour accomplir le travail que le travail qui devrait être réorganisé pour convenir au salarié.

Toutefois, cette façon de voir ne recueille pas l'assentiment général, loin s'en faut. Pour plusieurs, le devoir d'accommodement n'emporte pas l'obligation de créer, pour la victime de discrimination, un nouveau poste permanent constitué de tâches étrangères, dans une large mesure, à celles pour lesquelles ses services avaient été retenus à l'origine.¹³⁸⁹ Ainsi, son incapacité permanente¹³⁹⁰ à assumer les fonctions *essentiels* de l'emploi¹³⁹¹ qu'elle occupait antérieurement¹³⁹² ou d'un emploi similaire existant justifierait son renvoi :

Employer must also be able to show that the job descriptions cannot be changed without imposing undue hardship on the Employer. » (nos italiques)

¹³⁸⁸ Voir dans le même sens : *York County Hospital v. Ontario Nurses' Association*, (1992) 26 L.A.C. (4th) 384, 404-406 (arb. M.V. Watters); *Calgary District Hospital Group v. U.N.A., Local 121-R*, (1994) 41 L.A.C. (4th) 319, 326 (arb. Ponak); *Mount Sinai Hospital v. Ontario Nurses' Association*, *supra*, note 1331, 271 (arb. R.M. Brown); *Mount Sinai Hospital v. Ontario Nurses' Association (Natividad)*, (1998) 66 L.A.C. (4th) 221, 253 et suivantes (arb. J.E. Emrich)

¹³⁸⁹ D'ANDREA, CORRY et FORESTER, *supra*, note 428, 3-36, 12f (par. 3:3350); KORT, *supra*, note 680, 274; LEFRANÇOIS, *supra*, note 1179, 42; MOREAU et BUSSIÈRE, *supra*, note 1066, 157; PROULX, *supra*, note 33, 702; RABAUT, *supra*, note 631, 734; *Industries Caron (meubles) Inc. c. Fraternité nationale des charpentiers-menuisiers, forestiers et travailleurs d'usine, section locale 292 (FTQ-CTC)*, D.T.E. 96T-1117 (T.A.), 19-20 (arb. Gilles Desnoyers); *Canada Post Corp. v. Canadian Union of Postal Workers (Godbout)*, (1993) 32 L.A.C. (4th) 289, 322-323 (arb. T.A.B. Joliffe); *Better Beef Ltd v. United Food & Commercial Workers International Union, Region 18*, (1995) 42 L.A.C. (4th) 244, 256-257 (arb. B. Welling); *Community Nursing Home v. United Food & Commercial Workers International Union, local 175 & 633*, (1997) 60 L.A.C. (4th) 35, 50-53 (arb. M.R. Gorsky); *Ontario English Catholic Teachers' Association v. O.P.E.I.U. (Beharry)*, (1997) 61 L.A.C. (4th) 109, 119-122 (arb. K.M. Burkett); *Edgell v. Board of School Trustees, District N° 11*, *supra*, note 645, 145,094 (commissaire H. Mahil)

¹³⁹⁰ SWINTON, *supra*, note 1356, 264-266, insiste avec raison sur les distinctions qu'il convient de faire selon que l'accommodement sollicité est d'une durée temporaire ou permanente.

¹³⁹¹ GINSBURG et BICKLEY, *supra*, note 1344, 99 ; LEPOFSKY, *supra*, note 1147, 4

¹³⁹² *Chiari v. City of League City*, 920 F.2d 311 (5th Cir. 1991), 318 (j. Thornberry)

[...] je suis d'avis que la norme de la « contrainte excessive » n'exige pas qu'un employeur agisse comme agent de placement ou crée un nouveau poste expressément adapté à l'employé handicapé, et comprenant de nouvelles fonctions auparavant inexistantes et ne convenant pas à ses besoins. [...] L'employeur est tenu de faire un effort véritable pour s'entendre avec un employé, *un effort qui cadre avec le type de travail pour lequel le travailleur a été engagé*.¹³⁹³

• ***Les obstacles juridiques à la création d'un nouveau poste***

Selon les principes du droit du travail, l'employeur acceptera de conclure un contrat avec un employé uniquement s'il peut obtenir de lui une prestation de travail déterminée en fonction des besoins qu'il a identifiés dans l'exercice de ses pouvoirs de direction.¹³⁹⁴ L'incapacité de cet employé à offrir la prestation de travail convenue, sans égard aux causes de cette incapacité, pourra justifier l'employeur de rompre le contrat, dans la mesure où cette rupture ne résulte pas d'un exercice abusif de ses droits de direction.

Si les fonctions que l'employé est incapable d'exercer s'avèrent *essentielles*, cette rupture unilatérale ne saurait en principe être qualifiée d'« abusive », ce qui pourrait toutefois être le cas, pensons-nous, si ces tâches s'avèrent plutôt *secondaires* ou encore si l'incapacité à exécuter les fonctions essentielles est de nature temporaire.

Avec égard, la jurisprudence voulant qu'un salarié soit en mesure d'accomplir *toutes et chacune* des tâches du poste sous peine d'être congédié¹³⁹⁵ nous apparaît trop stricte.¹³⁹⁶

¹³⁹³ *Holmes v. Canada (Attorney General)*, (1997) 97 C.L.L.C. 145,193 [¶230-022] (C.F., 1^{ère} instance), 145,200-145,201 (j. Tremblay-Lamer) (nos italiques); confirmé pour d'autres motifs : *Holmes v. Canada (Attorney General)*, Cour d'appel fédérale, dossier A-430-97, 29 avril 1999 (j. Decary)

¹³⁹⁴ Art. 2085, 2087 et 2088 du *Code civil du Québec*

¹³⁹⁵ Voir notamment : *Syndicat des employés de l'aluminium du Canada Ltée c. Société d'électrolyse et de chimie Alcan Ltée*, D.T.E. 87T-130 (T.A.); *Syndicat national des employés de Cargill Ltée c.*

L'employeur n'a-t-il pas la double obligation de ne pas abuser de ses droits de direction¹³⁹⁷, d'une part, et de préserver la dignité du salarié¹³⁹⁸, d'autre part ? En outre, tout doute quant à l'étendue de ces devoirs patronaux ne doit-il pas être dissipé au moyen d'une interprétation compatible avec les chartes et lois sur les droits de la personne¹³⁹⁹?

Sur le plan des droits fondamentaux, rappelons que les normes constitutionnelle et quasi constitutionnelles d'égalité « visent à assurer l'égalité des chances en fonction du mérite individuel plutôt qu'en fonction de stéréotypes. »¹⁴⁰⁰ Toutefois, si les chartes et lois sur les droits de la personne ont pour objet de lever les obstacles à l'égalité réelle des chances¹⁴⁰¹, elles ne garantissent pas pour autant un droit au travail¹⁴⁰², contrairement à

Cargill Ltée, D.T.E. 87T-506 (T.A.) ; *Bombardier Inc., division des produits ferroviaires et diesel c. Métallurgistes unis d'Amérique, unité locale 4589*, D.T.E. 88T-897 (T.A.)

¹³⁹⁶ *Air Canada v. International Association of Machinists and Aerospace Workers*, *supra*, note 1248, 244 (arb. N.V. Dissanayake)

¹³⁹⁷ L'article 7 du *Code civil du Québec* sert de fondement à notre interprétation : « 7. Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi » (nos italiques). Rappelons que nous avons évoqué, dans notre titre I (*supra*, notes 524 à 529, et les développements qui y correspondent), le rapprochement qu'il convient de faire entre la théorie de l'abus de droit consacrée maintenant par le Code civil et le devoir d'accommodement.

¹³⁹⁸ Art. 2087 *Code civil du Québec*; Art. 4 *Charte québécoise* ; Marie-France BICH, « Le contrat de travail », dans *La réforme du Code civil*, vol. 2 (Obligations, contrats nommés), Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, 741, 760-761 (par. 49 à 51); MORIN et BRIÈRE, *supra*, note 48, 285 (par. II-107) : « L'objet de cette règle [...] occupe la personne même du salarié entendue au sens large et notamment, sur le plan juridique, à l'aide de la portée des articles 1 à 20 de la *Charte des droits et libertés de la personne*... »

¹³⁹⁹ *Code civil du Québec*, préambule; Art. 53 *Charte québécoise* ; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, 752 (j. Iacobucci); MORIN et BRIÈRE, *id.*, 41 (par. I-41)

¹⁴⁰⁰ *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571, 617 (j. LaForest, par. 79) ; MORIN et BRIÈRE, *id.*, 136 (par. II-7) et 423 (par. III-105)

¹⁴⁰¹ *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, *supra*, note 462, 1291 (j. Dickson); *Ross c. Conseil scolaire du district no 15 du Nouveau-Brunswick*, *supra*, note 893, 879-880 (j. LaForest, par. 97 et 98); *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, *supra*, note 996, 873 (j. McLachlin, par. 2)

¹⁴⁰² CARON, *supra*, note 436, 57; GINSBURG et BICKLEY, *supra*, note 1344, 89; PROULX, *supra*, note 366, 481; *Dubé c. Québec (Procureur général)*, D.T.E. 99T-642 (C.S.). Incidemment, le législateur n'a jamais donné suite à la proposition de la Fédération des travailleurs du Québec (FTQ) visant à faire inclure un « droit au travail » dans la *Charte québécoise* : ASSEMBLÉE NATIONALE.

certain documents internationaux.¹⁴⁰³ Elles n'assurent, au mieux, qu'un droit égal d'accès au marché du travail et à des conditions d'emploi exemptes de discrimination¹⁴⁰⁴:

En matière d'emploi, l'objet de l'interdiction de la discrimination consiste donc à forcer les entreprises à évaluer leurs employés et les candidats à l'embauche en fonction de leurs mérites propres, c'est-à-dire *uniquement à partir de leurs capacités à effectuer les tâches requises, abstraction faite de leurs caractéristiques personnelles non pertinentes énumérées* [dans les chartes et lois sur les droits de la personne].¹⁴⁰⁵

Partant, dans l'état actuel des choses, la sécurité d'emploi tient davantage de la négociation patronale-syndicale que des textes fondamentaux.¹⁴⁰⁶ Les organisations syndicales l'ont incidemment bien compris puisqu'elles tendent à négocier, depuis déjà longtemps¹⁴⁰⁷ et sous diverses formes, des dispositions particulières pour assurer, dans toute la mesure du possible, le maintien au travail des salariés handicapés.¹⁴⁰⁸

Journal des débats, commissions parlementaires, 3^e session, 30^e Législature, n° 4, 21 janvier 1975, B-201 (M. Fernand Daoust)

¹⁴⁰³ Art. 23(1) *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, *supra*, note 346; art. 6(1) *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, (1976) 993 R.T.N.U. 13

¹⁴⁰⁴ Voir, par analogie, ROTTENBERG, *supra*, note 1261, 182

¹⁴⁰⁵ PROULX, *supra*, note 436, 415

¹⁴⁰⁶ SWINTON, *supra*, note 681, 100: « ...reassignment on a permanent basis is more difficult to justify under the language of human rights codes, which speak of the duty to accommodate in relation to the essential duties of a position. The thrust of the codes is to make the work accessible to the disabled worker by adjusting the duties or the method of performance, *rather than to guarantee ongoing employment*. » (nos italiques); *Saran c. Delta Cedar Products Ltd.*, [1995] B.C.C.H.R.D. No 3 (QL) (commissaire K.A. Attafuah, par. 99)

¹⁴⁰⁷ Ainsi, au 31 décembre 1992, plus de 45% des salariés québécois visés par une convention collective bénéficiaient de dispositions conventionnelles favorables aux salariés handicapés : GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, Ministère de l'Emploi, *Conditions de travail contenues dans les conventions collectives, Québec 1992*, Centre de recherche et de statistiques sur le marché du travail, coll. Études et recherche, Québec, Les publications du Québec, 1994, 88

¹⁴⁰⁸ JOACHIM, *supra*, note 438, 179 (note 80); HODGES, *supra*, note 299, 618 (note 279)

Ainsi, dans l'hypothèse où l'employeur s'engage, aux termes de la convention collective, à revoir l'organisation du travail pour créer, à partir des emplois existants, un nouveau poste spécialement conçu pour les salariés atteints d'une incapacité permanente, il va de soi qu'il ne pourra se soustraire à cette obligation contractuelle.¹⁴⁰⁹ En revanche, s'il n'a pas souscrit à un tel engagement lors de la négociation, ou encore s'il ne s'est pas engagé à adopter ce genre de mesure correctrice en vertu d'un programme d'accès à l'égalité conforme à la loi¹⁴¹⁰, nous croyons que les textes fondamentaux ne peuvent pas, compte tenu de leur libellé actuel, suppléer à la convention collective pour atteindre cette fin, si désirable soit-elle.¹⁴¹¹

Nous n'entendons évidemment pas remettre en cause, par cette affirmation, le principe de la préséance des chartes et lois sur les droits de la personne sur les conventions

¹⁴⁰⁹ FÉDÉRATION DES TRAVAILLEUSES ET TRAVAILLEURS DU QUÉBEC, *supra*, note 1201, 1; Tacitement : *Québec (Ville) c. Commission des droits de la personne du Québec*, *supra*, note 512, 835-836 (J. Nichols). C'est d'ailleurs pourquoi dans l'affaire *Industries Caron (meubles) Inc. c. Fraternité nationale des charpentiers-menuisiers, forestiers et travailleurs d'usine, section locale 292 (FTQ-CTC)*, *supra*, note 1389, 20, l'arbitre ajoutait cette précision à la fin de sa décision : « Il importe de souligner que la convention collective ne prévoit pas de mécanisme donnant des privilèges particuliers à un salarié victime d'un accident du travail et qui voit ses capacités physiques diminuées ». Pour des exemples de cas où des dispositions de la convention collective ont servi à apprécier la raisonnable de l'accommodement sollicité par un salarié, voir : *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Montréal (Ville)*, (1998) 32 C.H.R.R. D/341 (T.D.P.Q.), D/347 (J. Sheehan, par. 46) ; *Syndicat des employés d'exécution de Québec-Téléphone, section locale 5044 c. Tribunal d'arbitrage, D.T.E. 96T-229 (C.S.)*

¹⁴¹⁰ *Municipality of Metropolitan Toronto v. C.U.P.E., Local 79*, (1994) 46 L.A.C. (4th) 110, 118 (arb. B. Fisher). Ces « contre-mesures de traitement préférentiel (ou d'« action positive ») » (PROULX, *supra*, note 200, 576), que l'on dit d'ailleurs en « rupture profonde avec la conception traditionnelle de l'égalité des chances » (NOBLET, *supra*, note 279, 133; SABBAGH, *supra*, note 385, 7), sont expressément prévues par les articles 86 et suivants de la *Charte québécoise* et 16 et suivants de la *Loi canadienne*. Notons que ces programmes sont autorisés par le par. 15(2) de la *Charte canadienne*. Voir à ce sujet: Daniel PROULX, « Fondements et mise en œuvre des programmes d'accès à l'égalité au Québec et au Canada », dans *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, Montréal, Éd. AUPELF-UREF, 1994, 75

¹⁴¹¹ À cet égard, on ne peut que rester perplexe devant le « double langage » apparent de la COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *L'obligation d'adaptation : notes interprétatives*, 17 juin 1997, qui, après avoir souligné, en page 3, que l'employeur peut échapper à toute responsabilité s'il démontre « [...] que les fonctions *essentiels* exigées sont véritablement rattachées à l'emploi » (nos italiques), affirme du même souffle, en page 4, qu'« [...] il peut s'avérer nécessaire dans certains cas de trouver un autre travail à l'employé qui n'est pas en mesure de satisfaire aux exigences de l'emploi antérieur. » Peut-être faut-il déduire que l'expression « dans certains cas » vise justement ces situations où l'employeur s'est en quelque sorte compromis dans la convention collective ?

collectives.¹⁴¹² Toutefois, il va de soi que la convention collective peut garantir des droits que les lois constitutionnelle et quasi constitutionnelles ne protègent pas.¹⁴¹³

D'ailleurs, les dispositions limitatives que l'on retrouve dans ces lois aux fins de justifier une discrimination, en certaines circonstances, apportent un éclairage significatif sur les intentions qui animent les législateurs.¹⁴¹⁴ Ainsi, l'obligation imposée à l'employeur d'établir que la règle *a priori* discriminatoire qu'il oppose à un salarié est, en fait, une « exigence professionnelle justifiée » appelle, selon la jurisprudence, une analyse en fonction du poste précis pour lequel il est exclu.¹⁴¹⁵ Résumant le critère à deux volets qu'elle a développé en application de l'article 20 de la *Charte québécoise*¹⁴¹⁶, la Cour suprême du Canada écrivait ceci en 1990 :

¹⁴¹² Voir nos développements, *supra*, Titre I, Chapitre I, section 2, B), 2., pp. 120-121

¹⁴¹³ *Concettini c. Société de l'assurance automobile du Québec*, T.D.P.Q. Abitibi, 615-53-000002-968, 5 novembre 1996, 9 : « ...la Charte n'a pas pour objet de remplacer la convention collective dans les relations de travail » (J. Brossard). À preuve, un employeur pourra s'engager, en vertu de la convention collective, à verser au salarié incapable de reprendre sa fonction originale en raison d'une incapacité permanente résultant d'un accident de travail, « son plein salaire et tous les bénéfices auxquels il a droit en vertu de la convention, tant et aussi longtemps qu'il n'a pas d'emploi » : voir la clause 16-1.02 reproduite dans l'affaire *Syndicat des cols bleus de la ville de Salaberry-de-l'Alleyfield c. Salaberry-de-l'Alleyfield (Ville)*, *supra*, note 1248, 1147

¹⁴¹⁴ Bien que l'interprétation d'une Charte ou loi sur les droits de la personne doit être « équitable, large et libérale » de manière à favoriser la réalisation de son objet, « il est aussi bien établi que le texte de la loi joue un rôle important » et doit être pris en considération « afin de discerner l'intention du législateur et d'en favoriser la réalisation » : *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, *supra*, note 1400, 585-586 (J. Iacobucci, par. 5 et 7) et 601-602 (J. LaForest, par. 50). Voir dans le même sens : *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *supra*, note 389, 27 (J. McLachlin, par. 43)

¹⁴¹⁵ Voir notamment : *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, *supra*, note 567, 209-210 (J. McIntyre); *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, *supra*, note 437; *Lachine (Ville) c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1989] R.J.Q. 17 (C.A.), 21 (J. Jacques). Dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, *supra*, note 1054, 511, la juge Wilson affirmait « ...qu'une exigence professionnelle est par définition liée à l'emploi et non à l'employé. » Diane L. DEMERS, « Le handicap et l'emploi entre le droit à l'égalité et les « exigences requises par l'emploi » », dans BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit de la santé et sécurité au travail* (1999), vol. 116, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1999, 1, 20 : « ...l'exigence doit être reliée à l'emploi et plus précisément à l'exécution des tâches de cet emploi. »

¹⁴¹⁶ *Supra*, note 1053

La première question se rapporte à *la capacité d'exercer les fonctions du poste en général*. Elle traite de l'objectif visant à embaucher des personnes qualifiées pour remplir ces fonctions. La seconde question met l'accent sur la règle particulière établie par l'employeur pour s'assurer que les qualités requises sont présentes. Elle vise les moyens qu'utilise l'employeur pour atteindre son objectif d'embaucher du personnel qualifié.¹⁴¹⁷

Pour tout dire, même dans le contexte d'un droit à l'égalité des chances, lequel oblige l'employeur à évaluer et juger les salariés sur la base de leurs capacités réelles et à faire disparaître les obstacles qui empêchent les candidats compétents d'accéder à l'emploi¹⁴¹⁸, l'on reconnaît explicitement le droit de l'employeur de définir lui-même ses besoins de main-d'œuvre¹⁴¹⁹, « d'embaucher du personnel qualifié » et de vérifier, à cette fin, la capacité d'une personne à « exercer les fonctions du poste en général ». Du même coup, il doit « tenir compte de la situation de chacun, lorsqu'il est raisonnablement possible de le faire ».¹⁴²⁰

Partant, l'incapacité d'un salarié à accomplir les fonctions *essentiels* du « poste en question »¹⁴²¹, du « travail en cause »¹⁴²² ou, au mieux, d'un poste existant dépourvu de titulaire¹⁴²³ et pour lequel il est qualifié¹⁴²⁴, peut être le fondement d'un refus

¹⁴¹⁷ *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, *supra*, note 1054, 518 (j. Wilson) (nos italiques)

¹⁴¹⁸ LEPOFSKY, *supra*, note 1147, 7

¹⁴¹⁹ La détermination de la composition du personnel revient à l'employeur : *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, 735 (j. Iacobucci, par. 76)

¹⁴²⁰ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *supra*, note 389, 38 (j. McLachlin, par. 68)

¹⁴²¹ *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, *supra*, note 437, 311 (j. Beetz)

¹⁴²² *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *supra*, note 389, 32, 33 et 38 (j. McLachlin, par. 54, 57 et 67). Dans l'arrêt *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, *supra*, note 669, 727, la Cour souligne que l'on doit s'adonner à « une analyse d'emploi équitable » (j. Binnie, par. 40)

¹⁴²³ *Saran c. Delta Cedar Products Ltd.*, *supra*, note 1406 (commissaire K.A. Attafuah, par. 79 et 80)

d'embauche ou d'un renvoi, lequel est alors réputé « non discriminatoire » aux termes de l'article 20.¹⁴²⁵

Ainsi, à défaut d'une disposition de la convention collective à l'effet opposé, l'incapacité d'un employé à exécuter les fonctions essentielles de l'emploi n'exige pas de l'employeur qu'il regroupe, plus ou moins artificiellement, un ensemble de tâches légères, réparties entre divers salariés et sans lien entre elles, pour créer un poste qui ne répond pas à ses impératifs d'efficacité.¹⁴²⁶ Soutenir le contraire équivaut à saper, par ricochet dirions-nous, le fondement même du moyen de défense fondé sur l'« exigence professionnelle justifiée » aménagé par les législateurs.¹⁴²⁷ Cela va certainement au-delà

¹⁴²⁴ Voir nos développements, *infra*, Titre 2, Chapitre I, section 2, C), 2., iii), pp. 349 et suivantes

¹⁴²⁵ Dans l'affaire *Dominion textile Inc. c. Union des ouvriers du textile-coton de Drummondville Inc.*, [1998] R.J.D.T. 1417 (T.A.), 1425, l'on semble laisser entendre que « l'exigence pour tout employé de pouvoir accomplir chacun des éléments de sa tâche » est sauvegardée par l'article 20 de la *Charte québécoise* (arb. Guy Dulude). Voir dans le même sens : *Corporation Stone-Consolidated, Division Wayagamak c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 216*, *supra*, note 727, 328 (arb. Richard Marcheterre); *Syndicat des employé(e)s du Centre hospitalier régional de Rimouski c. Centre hospitalier régional de Rimouski*, [1999] R.J.D.T. 1802 (T.A.), 1810-1811 (arb. Jean-Denis Gagnon). Avec égard, dans la mesure où cette interprétation vise à la fois les fonctions *essentielle*s et *secondaire*s du salarié, elle nous apparaît erronée. Selon nous, le renvoi d'un salarié au motif qu'il s'avère incapable d'accomplir les fonctions *secondaire*s de sa tâche en raison d'un handicap pourrait très bien être d'une « sévérité disproportionnée », pour reprendre l'expression consacrée par la jurisprudence portant sur l'article 20: *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, *supra*, note 437, 312 (j. Beetz); *Syndicat des cols bleus de la Ville de Salaberry-de-Valleyfield c. Salaberry-de-Valleyfield (Ville)*, *supra*, note 1248, 1149 (arb. Carol Jobin)

¹⁴²⁶ Cette forme d'accommodement a d'ailleurs été décrite comme « extrême » et « exagérément ambitieuse » : Garrett A. EISENBRAUN, « Employer Response to Ill, Injured, or Intoxicated Employees: Duty to Accommodate », *Law Now*, vol. 23, n° 2, octobre-novembre 1998, 14, 16; SHALLER, *supra*, note 1188, 433 : « ...an employer is not required under the duty of reasonable accommodation to hire a "shadow" employee; that is, an individual who will perform the majority of the essential functions of the disabled employee's position. » Voir dans le même sens : *Syndicat des employés de la Commission scolaire du Fleuve et des Lacs c. Commission scolaire du Fleuve et des Lacs*, *supra*, note 1174, 1508 (arb. Denis Gagnon); *Mascouche (Ville) c. Fraternité des policiers de Mascouche Inc.*, [1999] R.J.D.T. 1305 (T.A.), 1313-1314 (arb. Jean-Pierre Lussier) (requête en révision judiciaire rejetée : *Fraternité des policiers de Mascouche Inc. c. Mascouche (Ville)*, C.S. Joliette 705-05-004106-996, 16 décembre 1999 (j. Décarie) (en appel : 500-09-009156-001))

¹⁴²⁷ Voir dans le même sens : *Hydro-Québec c. Syndicat des employés et employés de métiers d'Hydro-Québec, section locale 1500 (S.C.F.P.-F.T.Q.)*, [1998] R.J.D.T. 1013 (T.A.), 1037 (arb. Gilles Corbeil) (requête en révision judiciaire accueillie : 500-05-043114-980) (en appel : C.A.M. 500-09-007880-990). Incidemment, notons que le régime québécois de santé et de sécurité du travail n'exige pas non plus que l'employeur crée un emploi convenable pour le travailleur accidenté : Bernard CLICHE, Martine GRAVEL et Louis STE-MARIE, *Les accidents du travail et les maladies*

de l'objet du droit à la non-discrimination qui, rappelons-le, est de s'assurer qu'un individu n'est pas désavantagé au travail en raison d'une caractéristique personnelle non pertinente mais plutôt traité comme les autres, sur la seule base de ses aptitudes et qualités à accomplir une fonction.¹⁴²⁸

L'obligation d'accommodement, qui découle tout naturellement du droit à l'égalité réelle des chances¹⁴²⁹, doit s'entendre de la même façon. Elle n'impose pas à l'employeur d'abandonner ses exigences dans la mesure où celles-ci sont neutres et rationnelles; elle le contraint simplement à les assouplir pour répondre aux besoins particuliers d'un salarié, sans pour cela devoir subir une contrainte excessive. Nier le fossé qui sépare l'*adaptation* d'une règle de son *abolition*, c'est dénaturer le concept même d'« accommodement ».¹⁴³⁰

D'ailleurs, l'obligation d'accommodement exige de prendre en compte les besoins particuliers des membres de groupes minoritaires.¹⁴³¹ Or, le besoin d'occuper un emploi rémunéré, si important soit-il, n'est pas *particulier* aux minorités. En fait, c'est un besoin qu'éprouve la très vaste majorité des citoyens, sans égard à leurs caractéristiques personnelles.¹⁴³²

professionnelles : indemnisation et financement, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1997, 481-482

¹⁴²⁸ *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, *supra*, note 996, 886: « ...la preuve qu'un groupe est traité *plus durement que les autres sans justification apparente* est susceptible d'indiquer que la norme appliquée à ce groupe n'est pas raisonnablement nécessaire. » (j. McLachlin, par. 31) (nos italiques)

¹⁴²⁹ LEPOFSKY, *supra*, note 1147, 5; PROULX, *supra*, note 200, 575

¹⁴³⁰ Dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, *supra*, note 996, 892 et 894 (j. McLachlin, par. 42 et 44), la Cour indique par deux fois que le débiteur du droit à l'accommodement n'a pas à sacrifier ses objectifs légitimes ni à abaisser les normes raisonnablement nécessaires pour les atteindre.

¹⁴³¹ *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, *supra*, note 382, 679 et 681 (j. McLachlin, par. 84, 88 et 89); COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU MANITOBA, *supra*, note 1173, 7 et 8

¹⁴³² Comme le souligne la Cour dans l'arrêt *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, *supra*, note 431, 544: « Pour la vaste majorité des Canadiens, leur travail et leur lieu de travail sont des questions d'importance fondamentale. » (j. Cory) Dans l'affaire *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd (Re)*,

Partant, un employeur peut très bien être tenu d'accommoder un salarié qui n'est plus à même d'accomplir certaines de ses tâches *secondaires* en confiant ces responsabilités à autrui, il s'agira toujours d'une simple adaptation. C'est d'ailleurs pourquoi les organisations syndicales estiment si « important de s'assurer que les exigences d'un emploi reflètent réellement les tâches *essentielles* qu'il comporte »¹⁴³³:

Selon le principe légal de l'accommodement raisonnable dont il est maintenant question lorsqu'il s'agit d'adaptation de poste, si seules quelques tâches *secondaires* reliées à un emploi sont trop exigeantes pour une personne handicapée *capable par ailleurs d'en accomplir les tâches essentielles*, alors ces tâches secondaires peuvent très bien être réaménagées ou redistribuées.¹⁴³⁴

À notre avis, un même constat s'imposerait en présence d'une incapacité *temporaire* à exécuter des fonctions essentielles.¹⁴³⁵ Toutefois, si les fonctions que le salarié ne peut plus accomplir sont *essentielles* pour combler efficacement l'emploi qui lui a été confié – ou, à la limite, un poste existant dépourvu de titulaire – et que son incapacité s'avère

[1998] 1 R.C.S. 27, 41, la Cour évoque une fois de plus « l'importance que notre société accorde à l'emploi et le rôle fondamental qu'il joue dans la vie de chaque individu. » (j. Iacobucci, par. 24). Voir dans le même sens: *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, *supra*, note 111, 368 (j. Dickson, diss.); *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986, 1002 (j. Iacobucci); *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, *supra*, note 1419, 741-742 (j. Iacobucci, par. 93-94); *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, *supra*, note 111 (jj. Cory et Iacobucci, par. 66); *T.U.A.C. section locale 1518 c. Kmart Canada Ltd.*, *supra*, note 588, 1101 (j. Cory, par. 25)

¹⁴³³ FÉDÉRATION DES TRAVAILLEURS ET TRAVAILLEUSES DU QUÉBEC, *supra*, note 1350, 19

¹⁴³⁴ *Ibid.* (nos italiques)

¹⁴³⁵ SWINTON, *supra*, note 681, 100; *Canada Post Corp. v. Canadian Union of Postal Workers (Godbout)*, *supra*, note 1389, 323 (arb. T.A.B. Joliffe); *Mascouche (Ville) c. Fraternité des policiers de Mascouche Inc.*, *supra*, note 1426, 1313 (arb. Jean-Pierre Lussier), et, par analogie, *Gratton c. Conseil canadien de la magistrature*, [1994] 2 C.F. 769 (1^{ère} instance), 792 et 794-795 (j. Strayer). D'ailleurs, selon la COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU MANITOBA, *supra*, note 1173, 19, le fait d'« affecter temporairement un employé à un poste de substitution » (nos italiques) est un exemple de mesure d'accommodement raisonnable pour répondre « aux besoins spéciaux fondés sur une incapacité physique ou mentale. » Incidemment, si l'employeur s'engage dans la convention collective à trouver un travail de remplacement aux salariés atteints d'une incapacité *permanente*, il pourrait bien être contraint de faire de même pour les salariés dont l'incapacité n'est que *temporaire*: *Bridgestone/Firestone Canada Inc. c. Dubé*, D.T.E. 96T-1548 (C.S.), 8-10 (j. Rayle) (en appel : 500-09-003476-967)

irréversible, forcer l'employeur à attribuer ces fonctions à autrui s'apparente bien davantage à un abandon des exigences du poste, ce à quoi l'employeur ne devrait pas être astreint en vertu des chartes et lois sur les droits de la personne.¹⁴³⁶

Envisagée sous l'angle de la « contrainte excessive », la question appellerait incidemment la même réponse.¹⁴³⁷ Ne s'agirait-il pas, en effet, d'une dérogation si importante « à l'effet normal des conditions d'emploi »¹⁴³⁸ qu'elle constituerait, en soi, une ingérence excessive dans l'exploitation de l'entreprise ou de l'institution?

En définitive, il importe de revenir sans cesse à la raison d'être de l'obligation d'accommodement. Celle-ci a essentiellement pour objet « de fournir un accès *égal* au travail aux personnes qui, autrement, seraient aux prises avec de sérieuses difficultés. »¹⁴³⁹ Cela étant, elle n'a pas pour but de concéder aux personnes qui partagent un attribut personnel visé par les normes d'égalité un accès *privilegié* au travail.¹⁴⁴⁰ Dans le cas des personnes handicapées, par exemple, une interprétation en ce sens n'annoncerait rien d'autre que le retour aux « attitudes paternalistes inspirées par la pitié et la charité » que ces normes tendent justement à juguler.¹⁴⁴¹ Ainsi, remanier les fonctions d'un salarié pour l'exempter à jamais de l'obligation d'accomplir

¹⁴³⁶ Voir par analogie: *Ontario Nurses' Association v. Orillia Soldiers Memorial Hospital*, (1999) 169 D.L.R. (4th) 489 (C.A. Ont.), 514: « The employer is not required to abandon the standard [...]. Obviously, it may do so voluntarily, but this is not what the [Human Rights] Code requires. » (j. Rosenberg, par. 56) (autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée : [1999] 3 R.C.S. xi)

¹⁴³⁷ Voir, à titre d'exemple, *Astraltech inc. c. Syndicat des travailleuses et travailleurs d'Astraltech*, *supra*, note 1139, 1822-1824 (arb. Harvey Frumkin)

¹⁴³⁸ *Central Okanagan School District no. 23 c. Renaud*, *supra*, note 521, 987 (j. Sopinka)

¹⁴³⁹ *Id.*, 983 (nos italiques)

¹⁴⁴⁰ *Ministère du Revenu c. Syndicat des professionnels du Gouvernement du Québec*, *supra*, note 1333, 809 et 812 (arb. Jean-Pierre Lussier); *Syndicat des employés de la Commission scolaire du Fleuve et des Lacs c. Commission scolaire du Fleuve et des Lacs*, *supra*, note 1174, 1506 (arb. Denis Gagnon)

¹⁴⁴¹ *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, *supra*, note 382, 668 (j. LaForest, par. 56); KARLAN et RUTHERGLEN, *supra*, note 535, 25: « The prohibition against discrimination and the requirements of accommodation [...] do not require unlimited generosity. »

les tâches essentielles de son occupation ou d'un poste vacant, c'est le gratifier d'un avantage qui n'est manifestement pas offert « à d'autres membres de la société »¹⁴⁴² :

[...] cela place les catégories de personnes protégées contre la discrimination non pas sur un pied d'égalité avec les autres employés, mais sur un piédestal, en leur accordant un traitement de faveur auquel n'ont pas droit les autres employés. Il s'agit d'une autre forme de discrimination, par préférence ou privilège indu, tout aussi condamnable que celle qui est pratiquée par exclusion. En effet, lorsqu'un employé est incompetent ou inapte à exercer les fonctions essentielles d'un emploi, l'employeur est en droit de ne pas l'embaucher ou de le congédier.¹⁴⁴³

D'aucuns pourront prétendre que des considérations humanitaires devraient justifier que l'on crée, pour le salarié devenu inapte à exécuter ses tâches essentielles ou les tâches essentielles d'un poste existant qui est vacant, un emploi spécialement conçu pour lui, dans la mesure où cela n'entraîne pas pour l'employeur une « contrainte excessive ». Avec égard, cette forme d'humanisme, quoique louable, ne prend pas en considération deux réalités inéluctables.

Premièrement, dans le contexte économique actuel, la demande pour obtenir un emploi excède très largement l'offre sur le marché du travail. Les emplois occupés par les uns sont aussi, forcément, des emplois qui ne sont pas disponibles pour les autres. Partant, le maintien au travail d'un employé devenu inapte peut priver d'autres personnes qualifiées et également « méritantes » (par exemple des femmes, des jeunes, des handicapés aptes...) de la possibilité d'être embauchées.

Deuxièmement, à trop exiger des employeurs au chapitre de l'accommodement, c'est-à-dire en les astreignant à répondre à des normes qui vont au-delà du droit à l'égalité réelle des chances pour les obliger à garder à leur service des employés inaptes ou

¹⁴⁴² *Andrews c. Law Society of British Columbia*, *supra*, note 344, 174 (J. McIntyre)

incompétents, l'on risque d'exacerber davantage la quête incessante de certains d'entre eux pour le candidat « parfait »¹⁴⁴⁴ à leurs yeux, soit celui exempt, dans toute la mesure du possible, de caractéristiques personnelles susceptibles de commander une adaptation de ses conditions de travail. Cela étant, les femmes en âge de procréer, les personnes âgées ou handicapées ou les membres de minorités religieuses, pour ne citer que ces exemples, n'en seraient qu'encore plus exposés à l'exclusion. On le voit, la solution « humaniste » peut donc produire des effets pervers.

Enfin, rappelons-le, le pouvoir du syndicat de négocier une protection contre la discrimination encore plus généreuse que celle offerte par les chartes et lois sur les droits de la personne demeure entier, dans l'état actuel de la jurisprudence.¹⁴⁴⁵ Ainsi, le maintien au travail d'un salarié qui ne peut plus accomplir ses fonctions essentielles en raison d'une caractéristique personnelle énumérée par les textes fondamentaux devrait figurer tout en haut de la liste des revendications syndicales. Pour atteindre cette fin, le syndicat pourrait d'ailleurs très bien délaisser le terrain de la convention collective pour négocier plutôt l'implantation d'un véritable programme d'accès à l'égalité aux visées plus ambitieuses.

Cela dit, tout convaincu que nous soyons du bien-fondé de ces arguments à la lumière des textes et des principes applicables, le silence des cours d'appel sur la question invite, pour l'heure, à la prudence.¹⁴⁴⁶ D'une part, l'on ne peut passer sous silence l'acceptation non équivoque, par la plus haute cour du pays, du critère de

¹⁴⁴³ PROULX, *supra*, note 33, 703

¹⁴⁴⁴ Comme le mentionne avec à-propos PROULX, *supra*, note 436, 435: « Dans le contexte de la mondialisation des marchés qui, on le constate tous les jours, conduit à des opérations de «rationalisation» des effectifs dans les entreprises et à des taux de chômage élevés, la recherche de l'employé «parfait», physiquement et mentalement, est à l'ordre du jour. »

¹⁴⁴⁵ *Newfoundland Association of Public Employees c. Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre)*, *supra*, note 327, 16 (J. Major, par. 26)

¹⁴⁴⁶ L'arrêt *MacNeill c. Canada (Procureur général)*, [1994] 3 C.F. 261 (C.A.) (autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée : [1995] 1 R.C.S. viii), qui portait en partie sur la question, n'apporte malheureusement pas d'éclairage significatif puisqu'aucune majorité ne se dégage sur ce sujet précis.

« l'interchangeabilité des effectifs » ou « de la main-d'œuvre »¹⁴⁴⁷ au nombre des facteurs pertinents pour juger du caractère excessif ou non d'une contrainte. La portée de cette expression étant des plus imprécises, elle reste encore à définir en haut lieu.

D'autre part, la Cour suprême du Canada se montre particulièrement sensible au « désavantage social et économique persistant dont souffrent les personnes handicapées »¹⁴⁴⁸ et à la nécessité de leur « fournir des moyens raisonnables et d'apporter à la société les modifications qui feront en sorte que ses structures et les actions prises n'entraînent pas la relégation et la non-participation des personnes handicapées qui engendre une discrimination à leur égard ».¹⁴⁴⁹ Partant, l'obligation d'accommodement, qui en est encore à ses premiers pas, aurait-elle un sens distinct dans leur cas¹⁴⁵⁰? Autant d'incertitudes auxquelles la jurisprudence devra éventuellement mettre fin.

iii) *L'attribution d'un poste vacant*

Si l'incapacité d'un salarié à exécuter ses fonctions essentielles en raison de sa condition ou de ses convictions religieuses l'habilite à invoquer la protection des chartes et lois sur les droits de la personne, celles-ci ne lui accordent pas pour autant une

¹⁴⁴⁷ *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, *supra*, note 1054, 521 (J. Wilson)

¹⁴⁴⁸ *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, *supra*, note 382, 668 (J. LaForest, par. 56)

¹⁴⁴⁹ *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, *supra*, note 552, 272-273 (J. Sopinka, par. 67)

¹⁴⁵⁰ D'ailleurs, on a bien fait ressortir, en jurisprudence arbitrale, l'importance que la plus haute cour du pays semble accorder à l'obligation d'accommodement quand la discrimination repose sur le handicap d'une personne : *Syndicat des employés et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57 c. Caisse populaire Deux-Rivières*, *supra*, note 1070, 412-418 (arb. Denis Nadeau). MILLER, *supra*, note 106, 520-521, explique cette ouverture pour l'accommodement individuel des personnes handicapées en ces termes : « ...in contrast to the traditional civil rights paradigm, the nature of disability discrimination is more intensely personal as opposed to group-directed. [...] While there may be some employers who have a specific animus towards disabled people [as a group], such malevolence is more visible against people of color in the form of racism or against women in the form of sexism. [...] Employers see little similarity among people with different types of disabilities. By contrast, race, gender, and religion all have cultural component which identifies and unifies the group. » (nos italiques)

priorité sur ses collègues de travail. Ainsi, il ne peut réclamer, en guise d'accommodement, un poste qui est déjà pourvu par un autre salarié.¹⁴⁵¹ Si généreux soient-ils, les textes fondamentaux n'emportent pas un droit de supplantation en faveur des victimes de discrimination.¹⁴⁵²

Toutefois, en milieu de travail syndiqué, il n'est pas rare que certains postes demeurent sans titulaire pendant quelque temps. Aux États-Unis, l'on considère que l'attribution d'un poste vacant à un salarié handicapé peut, en certaines circonstances, constituer une mesure d'accommodement parfaitement raisonnable.¹⁴⁵³ Rien ne s'oppose à ce qu'un compromis semblable puisse être retenu aux termes des lois en vigueur ici.

D'une part, le fait qu'un employeur accepte de créer, puis de maintenir, un poste dont il a lui-même défini les tâches fait naître, en quelque sorte, une présomption que ce poste est utile pour lui et s'inscrit dans les objectifs de productivité et d'efficacité qu'il s'est fixé.¹⁴⁵⁴ En ce sens, le poste vacant se distingue nettement d'un poste créé sur mesure pour accommoder une personne devenue incapable d'accomplir ses fonctions essentielles : alors que le premier est conçu en fonction des intérêts de l'entreprise ou de l'institution, le second est d'abord créé en fonction des intérêts d'un seul salarié.¹⁴⁵⁵

¹⁴⁵¹ *Saran c. Delta Cedar Products Ltd.*, *supra*, note 1406 (commissaire K.A. Attafuah, par. 49, 51 et 90); *DALY-ROONEY*, *supra*, note 1214, 409; *LYNK*, *supra*, note 673, 205-207; *MURRAY* et *LEWIS*, *supra*, note 1354, 15-16; *SHALLER*, *supra*, note 1188, 439; *STAHLHUT*, *supra*, note 1264, 94. Pour une opinion plus nuancée, voir : *MCDEVITT*, *supra*, note 1259, 369 (note 40)

¹⁴⁵² La convention collective pourrait cependant créer un tel droit en faveur du salarié handicapé. Voir, à titre d'exemple, la clause 18.07 reproduite dans l'affaire *Syndicat des employés de Firestone Joliette (CSN) c. Firestone Canada Inc.*, [1996] T.A. 455, 456

¹⁴⁵³ 42 U.S.C. § 12111(9)(B); 29 C.F.R. § 1630.2(o)(2)(ii)

¹⁴⁵⁴ Rappelons que les chartes et lois sur les droits de la personne ne privent pas par ailleurs l'employeur de son droit d'abolir un poste « pour des raisons de saine gestion » : *Canplast Inc. c. Syndicat des travailleurs de Canplast (C.S.N.)*, [1999] R.J.D.T. 947 (T.A.), 955 (arb. Gilles Trudeau)

¹⁴⁵⁵ *LEFRANÇOIS*, *supra*, note 1179, 29 : « ...the duty to accommodate should not extend to the creation of a position, in the absence of the most exceptional circumstances. Positions are created with a view to the production of goods and services of an enterprise, be it public or private. Their reason for being is not primarily to provide accommodation employees who are the subject of discrimination. To force an employer to create a position in order to accommodate a disabled employee is tantamount to saying that the workplace exists primarily to achieve accommodation. It is

D'autre part, notre régime juridique tend à favoriser les relations durables dans le domaine de l'emploi. La préférence du législateur pour les contrats de travail à durée indéterminée¹⁴⁵⁶ en témoigne. Le lien d'emploi entre l'employeur et le salarié doit ainsi être maintenu, dans toute la mesure du possible.¹⁴⁵⁷ Pour ce faire, l'employeur doit tenir compte des « capacités uniques », de la « valeur et la dignité inhérentes »¹⁴⁵⁸, « des différences » et de « la situation de chacun » des salariés, « lorsqu'il est raisonnablement possible de le faire »¹⁴⁵⁹ :

Les cours de justice et les tribunaux administratifs devraient tenir compte des diverses manières dont il est possible de composer avec les capacités d'un individu. Outre les évaluations individuelles visant à déterminer si la personne a les aptitudes ou les compétences requises pour exécuter le travail, il y a lieu de prendre en considération, lorsque cela est indiqué, la possibilité d'exécuter le travail de différentes manières tout en réalisant l'objet légitime lié à l'emploi que vise l'employeur. Les aptitudes, les capacités et l'apport potentiel du demandeur et de ceux qui sont dans la même situation que lui doivent être respectées autant qu'il est possible de le faire. Les employeurs, les cours de justice et les tribunaux administratifs devraient être innovateurs tout en étant pratiques lorsqu'ils étudient la meilleure façon de le faire dans les circonstances en cause.¹⁴⁶⁰

not disputed that accommodation is a noble and important goal, but the *raison d'être* of positions in the workplace is the production of goods and services. »

¹⁴⁵⁶ Art. 2090 du *Code civil du Québec*

¹⁴⁵⁷ *Centre hospitalier de l'Université de Montréal (Pavillon Hôtel-Dieu) c. Syndicat des infirmières et infirmiers de l'Hôtel-Dieu (F.I.I.Q.)*, [1999] R.J.D.T. 1494 (T.A.), 1505 : « ...un employeur doit faire tous les efforts raisonnables pour trouver un arrangement, un accommodement qui permettra à la personne salariée de conserver son emploi malgré son handicap. » (arb. Gilles Trudeau)

¹⁴⁵⁸ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *supra*, note 389, 35 (J. McLachlin, par. 62)

¹⁴⁵⁹ *Id.* (par. 68)

¹⁴⁶⁰ *Id.* (par. 64)

Tout bien considéré, il nous semble que l'attribution d'un poste vacant, dont les fonctions peuvent être radicalement différentes de celles du poste jusque-là occupé par le salarié devenu incapable d'accomplir les fonctions essentielles de son emploi original¹⁴⁶¹, est une manière à la fois raisonnable, innovatrice et pratique de composer avec ses capacités tout en réalisant les objectifs de productivité et d'efficacité de l'employeur.¹⁴⁶²

Les parties ne devraient pas pouvoir se soustraire à leur obligation d'accommodement en affirmant, sans plus de démonstration, qu'il n'y a pas de poste vacant susceptible d'assurer le maintien au travail du salarié victime de discrimination. Des éléments de preuve devront étayer une telle affirmation.

Cela dit, il va de soi que le salarié victime de discrimination devra être en mesure de satisfaire le niveau de compétence exigé pour effectuer les fonctions *essentiels*¹⁴⁶³ rattachées au poste vacant auquel il aspire.¹⁴⁶⁴ À cette fin, il n'est pas exclu que

¹⁴⁶¹ *Saran c. Delta Cedar Products Ltd.*, *supra*, note 1406 : « The requirement to take reasonable steps to accommodate an employee's disability is not satisfied by half-hearted gestures of accommodation such as transferring an employee to a position substantially similar to the one which the employee previously held » (commissaire K.A. Attafuaah, par. 91). Ainsi compris, le devoir d'accommodement pourrait même impliquer une promotion c'est-à-dire une réaffectation à un poste hiérarchiquement supérieur à celui qu'occupait la victime de discrimination, ce que le droit américain se refuse toutefois à admettre : MURRAY et LEWIS, *supra*, note 1354, 16; Matthew G. ZAGRODZKY, « When Employees Become Disabled: Does the Americans with Disabilities Act Require Consideration of a Transfer as a Reasonable Accommodation? », (1997) 38 *South Texas L. Rev.* 939, 958-959.

¹⁴⁶² LEFRANÇOIS, *supra*, note 1179, 28. À preuve, certaines conventions collectives comportent des dispositions expresses en ce sens. Voir par exemple la clause reproduite dans l'affaire *Union internationale des travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 301W c. Brasserie Molson-O'Keefe Ltée (Centre Québec-La Malbaie)*, [1996] T.A. 637, 642 : « 14.01 Lorsqu'un employé, par suite d'un accident ou d'une maladie grave est incapable d'accomplir ses fonctions, la Compagnie considérera la possibilité de transférer cet employé dans un autre poste pourvu qu'il existe un tel poste vacant. »

¹⁴⁶³ LYNK, *supra*, note 673, 196 : « In any permanent accommodation, an employee has to be able to perform the *essential* job duties of the existing, re-structured or newly assigned position. »

¹⁴⁶⁴ L'employeur n'est jamais tenu de renoncer au « niveau de compétence requis » ou à « la qualification minimale requise » : *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *supra*, note 389, 36-37 et 44 (J. McLachlin, par. 65 et 82). Voir dans le même sens : *Dalton v. Subaru-Isuzu Automotive Inc.*, 141 F.3d 667 (7th Cir. 1998), 678 : « [T]he duty to reassign does not extend [...] to virtually every other job in a company, from the president to the janitors. Nothing in the ADA requires an employer to abandon its legitimate, nondiscriminatory company policies

l'employeur puisse devoir lui dispenser une formation adéquate, à moins que cela ne l'assujettisse à un fardeau déraisonnable.¹⁴⁶⁵ En outre, même si le salarié dispose de toutes les aptitudes et qualités requises, l'employeur pourra toujours tenter de lui opposer le moyen de défense fondé sur l'existence d'une « contrainte excessive ».

Enfin, l'on sait que les conventions collectives comportent souvent des règles relatives à l'affichage des postes qui ont pour effet de reconnaître une certaine priorité aux salariés qui comptent le plus d'ancienneté. D'aucuns soutiennent qu'en milieu de travail syndiqué, un poste ne serait véritablement « vacant » que dans la seule mesure où le salarié qui le revendique, à titre d'accommodement, est aussi le plus ancien parmi tous les salariés intéressés à combler la vacance.¹⁴⁶⁶ Selon l'argument avancé, de la même façon qu'un employeur ne peut déposséder un employé de sa fonction pour en confier la responsabilité au salarié victime de discrimination, il ne pourrait pas davantage écarter les salariés plus anciens admis à postuler pour le poste vacant afin de l'attribuer en priorité au syndiqué en quête d'un accommodement.¹⁴⁶⁷

Avec égard, cette façon de définir le concept de « poste vacant » tient de la fiction bien plus que de la réalité. De deux choses l'une, où bien un poste est vacant, où bien il est pourvu d'un titulaire. En fait, l'allusion aux « titulaires virtuels » ne peut poursuivre qu'une seule fin : assurer le respect intégral de la convention collective et des droits d'ancienneté qui s'y rattachent. Or, si importants soient ces droits, ils ne peuvent prétendre à une quelconque prépondérance immanente sur les droits et libertés

defining job qualifications, prerequisites, and entitlements to intra-company transfers. » (j. Wood); GINSBURG et BICKLEY, *supra*, note 1344, 92

¹⁴⁶⁵ LYNK, *supra*, note 673, 194

¹⁴⁶⁶ BRUYERE, GOMEZ et THAYER-HANDLEMANN, *supra*, note 572, 635; SMITH, *supra*, note 1277, 282; Belinda SPAETH, « *Aka v. Washington Hospital Center and Kralik v. Durbin* : Is It "Reasonable" to Require an Employer to Accommodate an ADA Plaintiff When Doing So Violates the Collectively Bargained Seniority Rights of Other Employees? », (1998) 42 *St. Louis U.L.J.* 989, 1024-1025

¹⁴⁶⁷ *Eckles v. Consolidated Rail Corporation*, 94 F.3d 1041 (7th Cir. 1996), 1047 (j. Flaum); ROTTENBERG, *supra*, note 1261, 186

fondamentaux.¹⁴⁶⁸ Notre prochain chapitre sera tout entier consacré à cette démonstration.

Avant de s'y rendre toutefois, il apparaît opportun de conclure en dégageant les grandes lignes de la démarche analytique que nous préconisons dans les cas où un salarié demande, à titre d'accommodement, une modification du travail. Ainsi, l'employeur et le syndicat confrontés à une telle demande devraient, croyons-nous, appliquer une méthode d'analyse en cinq étapes :

- 1) Déterminer si les fonctions que le salarié est incapable d'accomplir sont *essentielles* ou *secondaires*;
- 2) Si ces fonctions sont *secondaires*, déterminer s'il est possible de les attribuer sans contrainte excessive à d'autres salariés de façon à ce que le salarié puisse continuer à occuper efficacement son poste;
- 3) Si ces fonctions sont *essentielles*, déterminer s'il existe dans l'entreprise ou l'institution un poste vacant;
- 4) Si un poste vacant existe mais que le salarié est incapable d'en accomplir les fonctions *secondaires*, déterminer s'il est possible de les attribuer à d'autres salariés de façon à ce que le salarié puisse occuper efficacement le poste vacant, sans que cela n'entraîne une contrainte excessive;
- 5) Si aucun poste vacant n'existe ou si le salarié est incapable d'en accomplir les fonctions *essentielles*, mettre un terme au processus d'accommodement à moins que la convention collective ne prévoit le contraire ou que les parties n'en conviennent autrement.

¹⁴⁶⁸ Voir à titre d'exemple : *MacMillan Bloedel (Powell River) v. C.E.P., Loc. 76 (97-71)*, *supra*, note 1281

Chapitre II – Un cas d'application : l'accommodement qui heurte les droits d'ancienneté

Au fil des ans, les nombreuses lois adoptées en vue de pourvoir les travailleurs de conditions de travail plus justes et raisonnables leur ont offert des garanties indiscutables, notamment sur le plan de la rémunération, de la durée, de la santé et de la sécurité du travail.¹⁴⁶⁹ Minimales, ces garanties gagnent généralement en puissance par l'effet de la syndicalisation.

Toutefois, il est un avantage que la négociation collective assure plus généreusement que tout autre loi: c'est celui qui consiste à reconnaître aux salariés des droits particuliers rattachés à leur ancienneté¹⁴⁷⁰ dans l'entreprise ou l'institution.¹⁴⁷¹ Or, l'implantation d'une mesure d'accommodement en milieu de travail syndiqué peut avoir, dans certaines circonstances, des répercussions sur ces droits d'ancienneté. Considérant l'importance que les salariés accordent à ces droits consignés dans la convention collective, le syndicat peut réagir vivement à toute tentative d'y déroger en vue d'accommoder un salarié en particulier.

La tâche de dresser un tableau complet des mesures d'accommodement susceptibles d'entrer en conflit avec les droits d'ancienneté garantis par les conventions collectives apparaît rigoureusement impossible. D'une part, les possibilités qui s'offrent aux négociateurs patronaux et syndicaux dans l'élaboration des règles d'ancienneté sont

¹⁴⁶⁹ *Supra*, notes 298 à 308 et les développements qui y correspondent.

¹⁴⁷⁰ Pour un aperçu des lois « qui font une large place à l'ancienneté comme critère d'attribution de droits », voir : Guylaine VALLÉE, « La nature juridique de l'ancienneté en droit du travail : une comparaison des droits québécois et français », (1995) 50 *Relat. Ind.* 259, 284 et suivantes

¹⁴⁷¹ Noël MALLETTTE, « L'ancienneté », dans Noël MALLETTTE (dir.), *La gestion des relations du travail au Québec : Le cadre juridique et institutionnel*. Coll. Administration. Montréal. Éd. McGraw-Hill, 1980, 305, 306 : « [...] seule la convention collective peut faire naître des droits au profit d'un salarié à cet égard, les dispositions législatives du contrat de louage d'ouvrage (ou du contrat individuel de travail) étant silencieuses sur cette question ». Voir dans le même sens : Benjamin AARON, « Reflections on the Legal Nature and Enforceability of Seniority Rights », (1962) 75 *Harv. L. Rev.* 1532, 1534 : « Neither by law nor by custom has seniority become an essential ingredient of the employment relationship. [...] It is thus the product of collective bargaining ; it owes its very existence to the collective agreement. »

multiples. D'autre part, les mesures d'accommodement aptes à enrayer les effets discriminatoires d'une règle ou d'une pratique donnée en emploi sont elles aussi innombrables¹⁴⁷²; elles pourront en outre varier considérablement selon le motif de discrimination en cause. Pour tout dire, en deçà de la limite ultime de la « contrainte excessive », l'imagination semble constituer le seul obstacle véritable à la mise en œuvre d'un accommodement efficace.¹⁴⁷³

Cela dit, le cas de la demande d'accommodement sous forme de modification des fonctions mérite une attention particulière. En effet, le syndicat pourra refuser d'y agréer parce qu'elle entre en conflit avec les droits d'ancienneté d'autrui du fait que la convention collective réserve aux employés les plus anciens certaines tâches physiquement moins exigeantes. Parfois, c'est l'exercice même de ces droits d'ancienneté qui compromettra l'efficacité d'une mesure d'accommodement semblable dont un salarié bénéficie déjà. Le présent chapitre explore plus à fond cette problématique délicate. Toutefois, avant d'en arriver là, il importe de rappeler pourquoi l'ancienneté est une valeur si précieuse aux yeux des salariés et de leurs associations.

Section 1 – L'ancienneté : une valeur syndicale sacro-sainte

On peut dire sans crainte de se tromper que la très grande majorité des conventions collectives contiennent des dispositions visant à protéger les droits d'ancienneté des salariés.¹⁴⁷⁴ Réduite à sa plus simple expression, « [l']ancienneté se définit

¹⁴⁷² BROWN, *supra*, note 1240, 290

¹⁴⁷³ BOSSET, *supra*, note 549, 105; HOLTZMAN, JENNINGS et SCHENCK, *supra*, note 1154, 292

¹⁴⁷⁴ AARON, *supra*, note 1471, 1534; JOACHIM, *supra*, note 438, 140-141; LYNK et ELLIS, *supra*, note 1075, 271; THOMPSON, *supra*, note 259, 93; VALLÉE, *supra*, note 1470, 265; William A. WINES, « Seniority, Recession, and Affirmative Action : The Challenge for Collective Bargaining », (1982) 20 *Am. Bus. L. J.* 41, 43 et 44. Au Canada, plus de 80% des conventions collectives comporteraient des dispositions à cet effet (DULUDE, *supra*, note 214, 5), cette proportion excédant même les 85% au Québec: MURRAY et VERGE, *supra*, note 30, 47 (notes 51 et 52). Aux États-Unis, la proportion atteindrait les 92%: KAMENIR-FRANKEL, *supra*, note 142, 268; Arthur F. SILBERGELD, « Title VII and the Collective Bargaining Agreement : Seniority Provisions Under Fire », (1975) 49 *Temp. L. Q.* 288, 290

juridiquement comme étant la durée de service d'un travailleur attributive d'un statut auquel certains droits sont associés ». ¹⁴⁷⁵

Derrière cette définition se profile un principe « universel » ¹⁴⁷⁶, dit-on, « intuitivement juste » ¹⁴⁷⁷ et aussi ancien que les relations employeur-employés, selon lequel les privilèges liés au travail doivent d'abord être accordés aux employés les plus persévérants dans le labeur. ¹⁴⁷⁸ Aussi n'est-il pas surprenant de voir l'ancienneté assimilée à l'« âme » de la convention ¹⁴⁷⁹, à « l'épine dorsale de l'aménagement du régime de travail établi par la convention collective » ¹⁴⁸⁰, à « la pierre angulaire des rapports collectifs de travail » ¹⁴⁸¹, au « droit le plus fondamental des travailleurs syndiqués » ¹⁴⁸² et au « fondement de la justice industrielle dans les entreprises ». ¹⁴⁸³

En fait, pour les organisations syndicales, il s'agit là d'une valeur sacro-sainte. ¹⁴⁸⁴ Leur insistance traditionnelle à négocier des clauses visant à garantir les droits

¹⁴⁷⁵ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *supra*, note 626, 12; DULUDE, *id.*, 4 : « ... seniority is most simply defined as an employee's length of service with a company ... »

¹⁴⁷⁶ Carl GERSUNY, « Origins of Seniority Provisions in Collective Bargaining », (1982) 33 *Lab. L.J.* 518, 523 : « ...seniority is an industrial adaptation of a hierarchic principle *inherent in the human condition* – precedence of elders. » (nos italiques)

¹⁴⁷⁷ SWINTON, *supra*, note 1356, 268

¹⁴⁷⁸ DULUDE, *supra*, note 214, 20; JOACHIM, *supra*, note 438, 146-147. Comme l'observe la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd (Re)*, *supra*, note 1432, 43, « [p]lus un employé a de l'ancienneté, plus il a investi dans l'entreprise de l'employeur et plus son droit à une indemnité de licenciement et à une indemnité de cessation d'emploi est fondé. » (j. Iacobucci, par. 28). Les articles 2091, al. 2 du *Code civil du Québec* et 1(12), 82, al. 2 et 124 de la *Loi sur les normes du travail*, *supra*, note 303, montrent bien que ce point de vue est partagé par le législateur québécois.

¹⁴⁷⁹ DULUDE, *id.*, 22

¹⁴⁸⁰ Robert P. GAGNON, « La convention collective », dans ÉCOLE DU BARREAU DU QUÉBEC, *supra*, note 268, 167, 169

¹⁴⁸¹ LYNK et ELLIS, *supra*, note 1075, 271; MOREAU et BUSSIÈRE, *supra*, note 1066, 166; NASH et GOTTHEIL, *supra*, note 831, 55; PRITCHARD, *supra*, note 293, 390

¹⁴⁸² NASH et GOTTHEIL, *id.*, 54. Voir dans le même sens: ZWARTS, *supra*, note 238, 65

¹⁴⁸³ VALLÉE, *supra*, note 1470, 265

d'ancienneté¹⁴⁸⁵ des salariés s'explique, en bonne partie, par la nature fondamentale des objectifs qu'elles tendent à servir.

A) La raison d'être de la protection des droits d'ancienneté

L'histoire des relations de travail et du syndicalisme en Amérique du Nord nous enseigne que les employeurs d'antan, forts de leurs droits de propriété et de leur puissance économique, n'ont pas toujours fait de l'équité et du respect envers les employés la motivation première de leurs décisions. À une époque pas si lointaine, bien des travailleurs qui avaient consacré les meilleures années de leur vie à l'essor d'une entreprise étaient renvoyés avec, pour toute consolation, ces mots du patron : « ...si t'as besoin d'argent, envoie-nous donc ton garçon ! »¹⁴⁸⁶

Le droit des travailleurs d'obtenir une certaine reconnaissance pour leurs années de loyaux services a été obtenu au prix d'âpres luttes.¹⁴⁸⁷ C'est surtout pour mettre fin à l'arbitraire patronal que les organisations syndicales ont accentué les pressions aux tables de négociation pour que soient incluses dans les conventions collectives des dispositions visant à protéger les employés les plus anciens.¹⁴⁸⁸

¹⁴⁸⁴ Loren K. ALLISON et Eric H.J. STAHLHUT, « A Reasoned Approach to Harmonizing the ADA and the NLRA », (1994) 45 *Lab. L.J.* 292, 293; BURSTEIN, *supra*, note 299, 167; MCDEVITT, *supra*, note 1259, 368 et 378; SILBERGELD, *supra*, note 1474, 290

¹⁴⁸⁵ VALLÉE, *supra*, note 1470, 265 : « [...] les clauses d'ancienneté ont rapidement constitué, plus que les salaires, la principale revendication des syndicats. »

¹⁴⁸⁶ On aura reconnu les mots de la chanson interprétée par Paul PICHÉ, *J'étais ben étonné*, paroles de Pierre Huet et de Paul Piché, Éd. La Minerve - Éd. Bouche à Bouche. Audiogram, ADCD 10051, 1980

¹⁴⁸⁷ CHAREST, TRUDEAU et VEILLEUX, *supra*, note 235, 30; DUCHARME, *supra*, note 264, 65; Jackie LARKIN, « Out of the Ghettos : Affirmative Action and Unions », dans Linda BRISKIN et Lynda YANZ (dir.), *Union Sisters : Women in the Labour Movement*, Toronto, Women's Educational Press, 1983, 67, 79

¹⁴⁸⁸ BICH, *supra*, note 495, 49; DAVID, *supra*, note 299, 381; GROLEAU, *supra*, note 64, 90; LARKIN, *id.*, 78; O'MELVENY, *supra*, note 840, 233; Colleen SHEPPARD, « Affirmative Action in Times of Recession : The Dilemma of Seniority-Based Layoffs », (1984) 42 *U. of T. Fac. L. Rev.* 1, 7; SWINTON, *supra*, note 1356, 268; SWINTON, *supra*, note 214, 732 et 738-739; VALLÉE, *supra*, note 1470, 260. BRETON, *supra*, note 4, 28 et 39, apporte une autre explication qui présente une certaine plausibilité dans le cas d'entreprises où le travail à accomplir se caractérise par sa nature

En exigeant de l'employeur qu'il respecte l'ancienneté des employés, le syndicat écarte dans une bonne mesure la possibilité que les décisions patronales soient motivées par le favoritisme¹⁴⁸⁹ envers les salariés plus complaisants ou, en d'autres mots, moins revendicateurs.

Ce faisant, l'on fournit à l'employeur un critère facile d'application¹⁴⁹⁰, relativement neutre¹⁴⁹¹ et objectif¹⁴⁹² pour l'exercice de ses droits de direction dans un contexte où les intérêts de certains employés sont opposés. Les règles d'ancienneté contribuent ainsi « à cimenter le pouvoir syndical en réduisant la compétition des salariés entre eux. »¹⁴⁹³

De fait, assurés de voir leur fidélité envers l'entreprise ou l'institution reconnue et prise en compte, les salariés peuvent être moins réticents à partager leur expertise et à transmettre leurs connaissances aux plus jeunes¹⁴⁹⁴; ils peuvent aussi être plus hésitants

répétitive et routinière : « Avec l'ancienneté imposée à l'employeur comme mode de gestion du personnel, les syndicats redonnaient aux ouvriers sur les chaînes de montage une partie du contrôle perdue sur le travail. [...] Puisque le travail à faire ne permet pas de se distinguer, de signifier quelque chose, puisque l'insignifiance de ce travail rend les salariés interchangeables tellement il est facile d'apprendre à le faire, puisque la compétence ne signifie plus rien, alors ce sera le temps passé à faire ce travail dévalorisant qui vaudra désormais : c'est précisément le rôle dévolu à l'ancienneté. »

¹⁴⁸⁹ DALY-ROONEY, *supra*, note 1214, 407; DAVID, *ibid.*; LARKIN, *ibid.*; NASH et GOTTHEIL, *supra*, note 831, 54; O'MELVENY, *ibid.*; SCHOEN, *supra*, note 259, 1400; SILBERGELD, *supra*, note 1474, 291; SWINTON, *id.*, 732

¹⁴⁹⁰ DALY-ROONEY, *ibid.*

¹⁴⁹¹ NASH et GOTTHEIL, *supra*, note 831, 54 : « Seniority is a *neutral* system that is colour-blind, gender-blind, and age-blind » (nos italiques). Voir également : Mark S. BRODIN, « The Role of Fault and Motive in Defining Discrimination : The Seniority Question Under Title VII », (1984) 62 *N. C. L. Rev.* 943, 953; O'MELVENY, *supra*, note 840, 233; SILBERGELD, *supra*, note 1474, 291

¹⁴⁹² DULUDE, *supra*, note 214, 22; GERSUNY, *supra*, note 1476, 524; JOACHIM, *supra*, note 438, 144 et 187; SHEPPARD, *supra*, note 1488, 7; SWINTON, *supra*, note 1356, 268; SWINTON, *supra*, note 214, 732; WINES, *supra*, note 1474, 43

¹⁴⁹³ VALLÉE, *supra*, note 1470, 265

¹⁴⁹⁴ JOACHIM, *supra*, note 438, 145-146; RIDDELL, *supra*, note 118, 90

à quitter leur emploi, ce qui garantit à l'employeur une main-d'œuvre plus stable¹⁴⁹⁵ et au syndicat un nombre d'adhérents moins fluctuant.¹⁴⁹⁶ Cela étant, le critère de l'ancienneté offre aux salariés la possibilité de mesurer avec plus de certitude leurs chances d'avancement au travail.¹⁴⁹⁷

Enfin, tout salarié suffisamment patient ou persévérant peut bénéficier un jour ou l'autre des avantages inhérents à la protection de ses droits d'ancienneté dans la convention collective.¹⁴⁹⁸

Somme toute, le respect de l'ancienneté des salariés est perçu « comme une règle fondamentale d'équité dans les milieux de travail, en ce qu'il vise à écarter, autant que possible, l'arbitraire ou l'injustice dans l'octroi des avantages rattachés à l'emploi ».¹⁴⁹⁹

Considérant la noblesse de cet objectif, on comprend dès lors mieux pourquoi le mouvement syndical et la majorité des salariés sont si réfractaires à déroger aux dispositions de la convention collective garantissant des droits d'ancienneté.¹⁵⁰⁰ Étonnamment, cette réticence s'observe même chez certains employeurs¹⁵⁰¹ qui voient

¹⁴⁹⁵ Ben FISCHER, « Seniority is Healthy », (1976) 27 *Lab. L.J.* 497, 499; SWINTON, *supra*, note 214, 732-733. Comme l'affirme LEFRANÇOIS, *supra*, note 1179, 28 : « An employee's loyalty and familiarity with the work and the culture of the enterprise are in and of themselves assets to the employer. »

¹⁴⁹⁶ SILBERGELD, *supra*, note 1474, 291

¹⁴⁹⁷ BRODIN, *supra*, note 1491, 953; FISCHER, *supra*, note 1495, 498; JOACHIM, *supra*, note 438, 148; SHEPPARD, *supra*, note 1488, 7

¹⁴⁹⁸ DULUDE, *supra*, note 214, 22; SWINTON, *supra*, note 214, 732; SWINTON, *supra*, note 1356, 268

¹⁴⁹⁹ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *supra*, note 626, 12; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *Discrimination indirecte et règles d'ancienneté* (rédaction : Michel COUTU), Montréal, Commission des droits de la personne du Québec, Direction de la recherche, résolution COM-339-9.3.1, 9 mars 1990, 1. D'ailleurs, on établit parfois un lien direct entre le respect de l'ancienneté et l'équité (*due process*): GERSUNY, *supra*, note 1476, 519; NASH et GOTTHEIL, *supra*, note 831, 54

¹⁵⁰⁰ SCHOEN, *supra*, note 259, 1416: « Because seniority rights are an important part of collective bargaining agreements [...], the abridgment of a worker's seniority rights is a concern. »

dans le principe de l'ancienneté un outil d'une rare efficacité pour gérer le mécontentement qu'engendrent parfois certaines décisions patronales.¹⁵⁰²

Du reste, le fait que l'application rigide des règles d'ancienneté ait parfois¹⁵⁰³ un effet discriminatoire préjudiciable aux femmes, aux jeunes¹⁵⁰⁴ et aux minorités¹⁵⁰⁵ en perpétuant leur exclusion du marché du travail¹⁵⁰⁶ ne semble pas avoir réduit significativement l'ardeur des syndicats à en réclamer l'observance stricte.¹⁵⁰⁷

¹⁵⁰¹ BRODIN, *supra*, note 1491, 953 : « Seniority is perceived as serving the interests of the main actors in the workplace. »; SILBERGELD, *supra*, note 1474, 291 : « Use of seniority is advantageous to employer and union alike. » Ce fait semble avoir échappé à OFFEN SIMON, *supra*, note 268, 984-985 et 986, qui soutient que l'association de salariés devrait être tenue automatiquement responsable de la discrimination qui découle des clauses d'ancienneté parce qu'elle en serait l'unique promotrice. Si cela est indubitablement vrai dans bien des cas, ne devrait-on pas reconnaître que la règle pourrait comporter sa part d'exceptions ?

¹⁵⁰² CORRADA, *supra*, note 308, 195; DULUDE, *supra*, note 214, 22; SHEPPARD, *supra*, note 1488, 22 : « From the employer's perspective, seniority facilitates harmonious labour relations and promotes productivity in so far as the more experienced workers remain on the job. »

¹⁵⁰³ CHAREST, TRUDEAU et VEILLEUX, *supra*, note 235, 30 : « ...ce critère distinctif dans la détermination des conditions de travail n'est pas en soi discriminatoire. »

¹⁵⁰⁴ Le président de la *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse* du Québec a timidement tenté de sensibiliser les syndicats au problème : FILION, *supra*, note 97, 95 : « Une réflexion peut-elle être entreprise au sein des associations de travailleurs et de travailleuses à propos d'un possible aménagement temporaire de l'application de la clause d'ancienneté lors de mises à pied ou de rappels, et ce afin de favoriser l'emploi chez les jeunes ? »

¹⁵⁰⁵ ADELL, *supra*, note 295, 183-184; LESTER, *supra*, note 84, 1197; SILBERGELD, *supra*, note 1474, 291 et suivantes

¹⁵⁰⁶ Le traitement de cette question délicate déborde le cadre de notre analyse. À ce propos, on pourra lire DULUDE, *supra*, note 214; LARKIN, *supra*, note 1487, 78 ; Gangaram SINGH et Frank REID, « Are Seniority-Based Layoffs Discriminatory ? The Adverse Impact of Layoffs on Designated Groups », (1998) 53 *Relat. Ind.* 730; SWINTON, *supra*, note 1356, 267-271; SWINTON, *supra*, note 214, 736-739, de même que les nombreuses études citées par VALLÉE, *supra*, note 1470, 267 (note 29)

B) La nature et la portée des droits d'ancienneté

Aux yeux de nombreux travailleurs syndiqués, l'ancienneté revêt une telle importance qu'ils n'hésitent pas à assimiler les droits qui s'y rattachent à des droits de propriété.¹⁵⁰⁸ Tenant pour acquis que « [l]a propriété est le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un bien »¹⁵⁰⁹, force est d'admettre que pareille association apparaît dépourvue de tout fondement juridique. De fait, le salarié ne peut vendre, céder ou autrement aliéner ses droits d'ancienneté à la personne de son choix, ni même négocier librement avec l'employeur des changements susceptibles de bonifier les avantages que ces droits lui concèdent.¹⁵¹⁰

Les droits qui sont fonction de l'ancienneté accumulée par les salariés ne peuvent davantage être qualifiés de « droits acquis »¹⁵¹¹ dans la mesure où l'on entend cette expression comme un synonyme d'« intangibilité »¹⁵¹² :

Sur le plan juridique, l'ancienneté ne revêt pas, contrairement à ce qui a parfois été soutenu, le caractère d'un « droit acquis » ; elle n'est pas autre chose qu'un *droit contractuel* établissant une condition de travail qui, à ce titre, demeure sujette à négociation et à modification.¹⁵¹³

¹⁵⁰⁷ LAMARCHE, *supra*, note 768, 105 : « C'est en vain que nous avons cherché des engagements syndicaux fermes au Québec en regard de l'examen des effets discriminatoires des systèmes d'ancienneté. »

¹⁵⁰⁸ Incidemment, la Cour d'appel fédérale s'est déjà dit prête à reconnaître, pour les fins d'un appel dont elle était saisie, que « les droits d'ancienneté » étaient « des droits de propriété » : *Commission canadienne des droits de la personne c. Dalton*, [1986] 2 C.F. 141 (C.A.), 152 (J. Mahoney)

¹⁵⁰⁹ Art. 947 du *Code civil du Québec*

¹⁵¹⁰ AARON, *supra*, note 1471, 1540

¹⁵¹¹ *Hémond c. Coopérative fédérée du Québec*, *supra*, note 224, 975 : « Les droits d'ancienneté, *au même titre que n'importe quel autre droit des employés*, sont assujettis au processus de la négociation collective. Dans le contexte des relations ouvrières, il serait, pour dire le moins, inédit d'élever ces droits, absolument et irrémédiablement, au rang de droits acquis. » (J. Gonthier) (nos italiques)

¹⁵¹² LEGAULT, *supra*, note 782, 119-120, évoque la résistance des syndicats à revoir, au nom du droit à l'égalité, les clauses relatives à l'ancienneté, lesquelles, conclut-elle, sont assimilées à des « droits acquis » qui « devront être questionnés ».

De nature essentiellement consensuelle, les règles d'ancienneté varient donc selon la teneur des contrats collectifs de travail.¹⁵¹⁴ Si la grande diversité qui les caractérise¹⁵¹⁵ ne permet pas d'en rendre compte dans leurs moindres détails, il demeure néanmoins souhaitable d'en relever les traits saillants.

L'on distingue généralement deux types de clauses d'ancienneté. Le premier vise à mettre fin à la concurrence à laquelle les salariés pourraient se livrer en vue d'obtenir un avantage, qui ne peut être offert à tous, ou afin d'échapper à une mesure patronale préjudiciable. Le second a plutôt pour but de gratifier les salariés pour leur fidélité envers l'entreprise ou l'institution qui les emploie. En d'autres termes, l'ancienneté s'entend « soit comme seuil permettant l'acquisition de droits ou d'avantages, soit comme critère créant une hiérarchie entre les salariés »¹⁵¹⁶:

L'ancienneté est soit concurrentielle (*competitive seniority*), soit non-concurrentielle (*benefit seniority*). L'ancienneté concurrentielle détermine les droits des salariés dans les cas où leurs intérêts sont conflictuels (ainsi quant aux promotions et licenciements). L'ancienneté non-concurrentielle a seulement pour objet d'accorder un bénéfice lié à l'emploi, par exemple quant à la durée des vacances, sans que l'octroi de ce bénéfice se réalise au détriment d'un autre salarié.¹⁵¹⁷

¹⁵¹³ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *supra*, note 626, 13-14. Voir au même effet : AARON, *supra*, note 1471, 1541 : « ...seniority rights [...] are always subject to the union's power to change them. »; JOACHIM, *supra*, note 438, 149; SHEPPARD, *supra*, note 1488, 7-8

¹⁵¹⁴ WINES, *supra*, note 1474, 44 : « The extent of the influence of seniority varies from contract to contract. » À titre d'exemple, la définition même du concept d'« ancienneté » pourra différer d'une convention collective à l'autre : Ronald SIRARD et Alain GAZAILLE, *Comprendre et appliquer une convention collective*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1989, 34

¹⁵¹⁵ AARON, *supra*, note 1471, 1534; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *supra*, note 626, 12; DAVID, *supra*, note 299, 381; FISCHER, *supra*, note 1495, 498; WINES, *supra*, note 1474, 44

¹⁵¹⁶ VALLÉE, *supra*, note 1470, 262

¹⁵¹⁷ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *supra*, note 626, 12. Voir dans le même sens : DAVID, *supra*, note 299, 382. Sur cette distinction entre *competitive seniority* et

Ainsi, la décision de l'employeur d'accorder une promotion, d'attribuer un poste laissé vacant¹⁵¹⁸ ou d'autres types d'avantages (ex. : place de stationnement à proximité de l'usine), ou encore de procéder à un déplacement, une mutation, une rétrogradation, un licenciement, une mise à pied, un rappel au travail, une modification des tâches ou de l'horaire de travail¹⁵¹⁹ devra souvent être prise en conformité avec les règles d'ancienneté stipulées dans la convention collective.¹⁵²⁰

Ces mêmes règles pourront aussi régir, par exemple, la progression salariale et la durée des vacances et congés annuels des employés en plus d'établir, entre eux, l'ordre de priorité notamment pour l'exécution du surtemps, l'accès à la formation professionnelle ou le choix des horaires de travail, des jours de congés et de la période de vacances annuelles.¹⁵²¹

Les clauses d'ancienneté peuvent s'appliquer de différentes manières, selon les modalités convenues par les parties. D'abord, l'ancienneté peut constituer le seul critère pertinent dans un cas donné. On parle alors d'« ancienneté pure et simple »¹⁵²² ou, plus justement, d'une clause à portée absolue.¹⁵²³

benefit seniority, voir également : BROWN, *supra*, note 1240, 302; DULUDE, *supra*, note 214, 8; JOACHIM, *supra*, note 438, 140; SWINTON, *supra*, note 214, 731; VALLÉE, *ibid.*

¹⁵¹⁸ TRUDEAU, *supra*, note 60, 128

¹⁵¹⁹ DAVID, *supra*, note 299, 381; DULUDE, *supra*, note 214, 8; MALLETTE, *supra*, note 1471, 8

¹⁵²⁰ BERNIER et CÔTÉ, *supra*, note 109, 24-25: « L'ancienneté joue un rôle généralement prépondérant à l'égard de tous les mouvements de personnel ... [et] ... dans les cas de réduction des effectifs et de licenciements pour motifs économiques. »; VALLÉE, *supra*, note 1470, 266

¹⁵²¹ DAVID, *supra*, note 299, 381; DULUDE, *supra*, note 214, 8; GROLEAU, *supra*, note 64, 90; MALLETTE, *supra*, note 1471, 8; SWINTON, *supra*, note 214, 731; VALLÉE, *ibid.*

¹⁵²² MALLETTE, *supra*, note 1471, 308

¹⁵²³ DULUDE, *supra*, note 214, 9. Qualifiée d'« indéfendable » par certains (MALLETTE, *id.*, 306, citant avec approbation le sociologue Jacques GRAND'MAISON), cette pratique est très peu fréquente de nos jours : DAVID, *supra*, note 299, 381 (note 46) ; JOACHIM, *supra*, note 438, 140

À cette « ancienneté absolue »¹⁵²⁴, les parties pourront préférer « l'ancienneté modulée »¹⁵²⁵ ou « mitigée »¹⁵²⁶, « laquelle autorise la prise en considération d'autres facteurs, tels la compétence, les aptitudes, etc. ».¹⁵²⁷ Les parties pourront donner un poids variable à ces derniers facteurs. Tantôt l'ancienneté s'appliquera de concert avec une exigence de qualifications minimales de telle sorte que l'employé le plus ancien qui les détient obtiendra priorité sur ses collègues.¹⁵²⁸ Tantôt, l'ancienneté ne s'appliquera que pour départager les salariés qui sont d'une égale compétence, en sorte qu'un salarié moins ancien mais plus compétent jouira d'une préséance.¹⁵²⁹ Tantôt, enfin, la dilution du critère de l'ancienneté sera encore plus marquée du fait qu'on laissera à l'employeur la faculté d'y greffer plusieurs autres facteurs pertinents comme les aptitudes, les qualités, les compétences ou la condition physique du salarié.¹⁵³⁰

Somme toute, selon les choix arrêtés par les parties, l'ancienneté pourra être le seul facteur, un facteur déterminant, un facteur équivalent ou un facteur secondaire dans l'exercice des droits de direction de l'employeur.¹⁵³¹

Enfin, l'aire d'application des règles d'ancienneté pourra, selon les cas, couvrir l'ensemble de l'entreprise ou de l'institution, ou au contraire être confinée à un type de fonction, un département¹⁵³² ou un établissement donnés.¹⁵³³ Parfois, une même

¹⁵²⁴ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *supra*, note 626, 13

¹⁵²⁵ MALLETTE, *supra*, note 1471, 308

¹⁵²⁶ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *supra*, note 626, 13

¹⁵²⁷ *Ibid.*

¹⁵²⁸ JOACHIM, *supra*, note 438, 140

¹⁵²⁹ *Ibid.*

¹⁵³⁰ DULUDE, *supra*, note 214, 9; MALLETTE, *supra*, note 1471, 308-312

¹⁵³¹ BERNIER et CÔTÉ, *supra*, note 109, 24; DALY-ROONEY, *supra*, note 1214, 392; JOACHIM, *supra*, note 438, 141 (note 15)

¹⁵³² Notons au passage que ces régimes d'ancienneté départementale peuvent être à l'origine d'une discrimination systémique envers certains groupes de salariés, notamment les femmes : DULUDE, *supra*, note 214, 43; *Goyette c. Voyageur Colonial Ltée*, D.T.E. 97T-1469 (T.C.D.P.) : requête en

convention collective comportera un savant amalgame de clauses dont l'aire d'application variera selon l'enjeu en cause :

Ainsi, l'ancienneté d'établissement ou d'entreprise servira-t-elle à établir la durée des vacances annuelles ou le moment de la retraite, l'ancienneté départementale servira-t-elle de critère au moment de licenciements, tandis que l'ancienneté occupationnelle sera déterminante au moment des promotions.

Ces diverses aires d'ancienneté peuvent aussi coexister et être complémentaires ou plutôt être mutuellement exclusives.¹⁵³⁴

« Produit maison » par excellence, les clauses d'ancienneté varient donc considérablement d'une convention collective à l'autre. Un fait demeure cependant, elles confèrent aux salariés des droits d'une très grande importance pour eux. En effet, la dérogation à ces clauses est susceptible d'affecter leurs intérêts économiques plus que tout autre manquement aux dispositions de la convention collective.¹⁵³⁵

C) Les droits et libertés de la personne : une limite nécessaire aux droits d'ancienneté

Les salariés et leurs associations attachent une très grande valeur aux droits d'ancienneté.¹⁵³⁶ Pour tout dire, l'accent mis sur ces droits¹⁵³⁷ est une caractéristique unique du régime des rapports collectifs de travail nord-américain.¹⁵³⁸

révision judiciaire rejetée : *Syndicat des employés de terminus l'oyageur Colonial Ltée c. Goyette*, (2000) 185 D.L.R. (4th) 366 (C.F., 1^{ère} instance)

¹⁵³³ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *supra*, note 626, 13: « Au regard du domaine d'application, l'ancienneté vaudra à l'échelle de l'entreprise pour tous les salariés (l'ancienneté d'entreprise), ou, à l'inverse, n'aura qu'un effet limité à une unité de travail déterminée, ou à une fonction spécifique (l'ancienneté départementale). » ; SIRARD et GAZAILLE, *supra*, note 1514, 35

¹⁵³⁴ MALLETTE, *supra*, note 1471, 307; SIRARD et GAZAILLE, *id.*, 36 ; WINES, *supra*, note 1474, 44-45

¹⁵³⁵ BENTHAM, *supra*, note 118, 33; JOACHIM, *supra*, note 438, 147-148 et 187

¹⁵³⁶ SWINTON, *supra*, note 214, 733

La chose apparaît d'une singulière évidence aux États-Unis¹⁵³⁹ où la *Civil Rights Act*, loi destinée à combattre la discrimination notamment dans l'emploi, prévoit une exception visant à sauvegarder les règles d'ancienneté dont les effets s'avèrent discriminatoires en pratique :

[TRADUCTION LIBRE] [...] un employeur peut accorder aux employés des conditions de travail différentes en vertu d'un système d'ancienneté établi de bonne foi ou d'un système fondé sur le mérite [...], dans la mesure où ces différences ne découlent pas d'une intention discriminatoire fondée sur la race, la couleur, la religion, le sexe ou l'origine nationale [...]¹⁵⁴⁰

La présence de cette disposition dans la loi anti-discrimination américaine a donné lieu à une jurisprudence empreinte d'une très grande déférence envers les règles d'ancienneté convenues par les parties à la convention collective.¹⁵⁴¹ La Cour suprême des États-Unis s'en est directement inspirée pour conclure que l'obligation d'accommoder raisonnablement les minorités religieuses au travail devait forcément céder le pas devant les clauses d'ancienneté adoptées de bonne foi par les parties signataires.¹⁵⁴² Selon la Cour, il faut donner pleinement effet à l'intention du Congrès d'accorder à l'ancienneté un « traitement spécial » en pareil cas.¹⁵⁴³

¹⁵³⁷ STRAUSS, *supra*, note 13, 335. fait même allusion à une « ...heavy emphasis on seniority... »

¹⁵³⁸ DULUDE, *supra*, note 214, 20

¹⁵³⁹ Kymerly D. HANKINSON, « Navigating Between A Rock and A Hard Place : An Employer's Obligation to Reasonably Accommodate The Disabled in the Unionized Workplace », (1998) 15 *J. Contemp. Health L. & Pol'y* 245, 266

¹⁵⁴⁰ *Civil Rights Act of 1964*, *supra*, note 507, art. 2000^c-2 h) : « ...it shall not be an unlawful employment practice for an employer to apply different [...] terms, conditions, or privileges of employment pursuant to a *bona fide* seniority or merit system [...] provided that such differences are not the result of an intention to discriminate because of race, color, religion, sex or national origin ... »

¹⁵⁴¹ Voir à ce propos : BRODIN, *supra*, note 1491

¹⁵⁴² *Trans World Airlines, Inc. v. Hardison*, 432 U.S. 63 (1977), 79-83 (j. White). Voir aussi la jurisprudence citée dans l'arrêt *Lorence v. AT&T Technologies, Inc.*, 490 U.S. 900 (1989). 905 (j. Scalia)

Adoptée en 1973 pour combler une lacune évidente de la *Civil Rights Act*, laquelle ne protège pas les personnes handicapées contre la discrimination, la *Rehabilitation Act* ne comporte pas, quant à elle, de disposition destinée à préserver l'intégrité des clauses d'ancienneté dont les effets peuvent s'avérer discriminatoires. Néanmoins, les cours de justice américaines pallieront cette « insuffisance »¹⁵⁴⁴ en jugeant déraisonnable toute mesure d'accommodement en opposition avec les droits d'ancienneté consacrés par une convention collective.¹⁵⁴⁵

Cette élévation de l'ancienneté au rang de valeur prépondérante est à ce point naturelle à l'esprit des juges américains que l'*Americans with Disabilities Act* – qui ne contient pas non plus de disposition visant à protéger cette valeur¹⁵⁴⁶ – apparaît, à ce jour, tout aussi impuissante face aux clauses d'ancienneté qui forment obstacle devant les demandes d'accommodement des salariés handicapés.¹⁵⁴⁷

¹⁵⁴³ *Trans World Airlines, Inc. v. Hardison, id.*, 81 : « Our conclusion is supported by the fact that seniority systems are afforded *special treatment* under the Title VII itself. » Dans l'arrêt *International Brotherhood of Teamsters v. United States*, 431 U.S. 324 (1977), le juge Stewart va plus loin en affirmant, à la page 350, que le Congrès entendait conférer une véritable immunité (...a *measure of immunity*...) aux règles d'ancienneté.

¹⁵⁴⁴ STAHLHUT, *supra*, note 1264, 87

¹⁵⁴⁵ HODGES, *supra*, note 299, 591-594, cite les principaux précédents à ce propos après avoir affirmé à la page 591 : « Federal courts faced with *Rehabilitation Act* claims for accommodation of a disabled employee that conflict with the requirements of a collective bargaining agreement have *uniformly* held that such accommodation is not required » (nos italiques). Voir également : DALY-ROONEY, *supra*, note 1214, 395; DUBAULT, *supra*, note 1187, 1285; KAMENIR FRANKEL, *supra*, note 142, 275; LAVELLE, *supra*, note 1173, 1192; MCATEE, *supra*, note 1273, 113-114; MCDEVITT, *supra*, note 1259, 371-372; PRITCHARD, *supra*, note 293, 391-393; SCHOEN, *supra*, note 259, 1404; STAHLHUT, *id.*, 77-81

¹⁵⁴⁶ BALES, *supra*, note 274, 196; John W. BOYLE, « The Error of *Eckles* : Why Seniority Rights Present an Undue Hardship for Employees with Disabilities », (1997) 35 *Duq. L. Rev.* 1023, 1032; DALY-ROONEY, *id.*, 401; MCATEE, *id.*, 116-117; MCDEVITT, *id.*, 369-370; SCHOEN, *id.*, 1418; STAHLHUT, *id.*, 87 et 96; STURNER, *supra*, note 1029, 32 (note 155)

¹⁵⁴⁷ De fait, à ce jour, les cours de justice américaines ont très majoritairement conclu que la convention collective devait avoir préséance sur la loi en cas de conflit entre les droits d'ancienneté de la majorité et le droit des travailleurs handicapés à un accommodement raisonnable. Pour une revue de certains de ces précédents, voir : BRUYERE, GOMEZ et THAYER-HANDLEMANN, *supra*, note 572, 630-631; PRITCHARD, *supra*, note 293, 397-401; STURNER, *id.*, 22

L'arrêt *Eckles v. Consolidated Rail Corporation*¹⁵⁴⁸ illustre à la perfection, semble-t-il, notre propos. En 1992, Terry J. Eckles était embauché comme chef de triage dans un dépôt de gare de la ville d'Avon, dans l'État de l'Indiana. À ce titre, il pouvait être appelé à travailler de jour, de soir ou même pendant le quart de nuit, selon un horaire qui changeait périodiquement. Pour accéder à son lieu de travail situé aux deuxième et troisième étages d'un bâtiment assez imposant, il devait emprunter un escalier de métal extérieur à l'immeuble. En règle générale, le chef de triage était seul pour accomplir son travail.

En mai 1992, Monsieur Eckles fut brusquement victime de violentes convulsions. Un diagnostic subséquent allait conclure à un trouble d'épilepsie. En juillet, un médecin le déclarait à nouveau apte au travail mais lui recommandait d'éviter toute activité dans les hauteurs en raison des risques que présenterait, pour lui, une crise inopinée dans ces conditions. De même, recommandation lui était faite de ne plus travailler de nuit afin d'être en mesure de dormir à des heures régulières.

La convention collective en vigueur dans l'entreprise ferroviaire comportait une clause d'accommodement qui permettait à un employé handicapé de supplanter un collègue, même plus ancien, dans la mesure où l'employeur et le syndicat consentaient, par écrit, à cette supplantation. En revanche, si l'employé handicapé postulait subséquemment pour un autre poste assujéti aux règles ordinaires d'ancienneté, il perdait la protection que lui offrait cette clause d'accommodement et s'exposait ainsi à être supplanté à son tour par un autre employé plus ancien. En clair, une fois bénéficiaire du régime conventionnel spécial aménagé pour l'accommoder, l'employé handicapé ne pouvait plus postuler d'autres emplois dans l'entreprise sous peine de perdre le bénéfice du « placement spécial » et d'être assujéti, dorénavant, aux mêmes règles que tous les autres salariés.

¹⁵⁴⁸ *Supra*, note 1467

À la fin de juillet, les parties à la convention collective acceptaient que Monsieur Eckles supplante un salarié plus ancien qui oeuvrait au dépôt d'Indianapolis, de 15h00 à 23h00, là où les bureaux du chef de triage étaient situés au rez-de-chaussée. Soulignons que plus d'une trentaine de noms séparaient le salarié supplanté de Monsieur Eckles sur la liste d'ancienneté.

Toutefois, en octobre, le syndicat répudiait cet accord de telle sorte qu'à la mi-novembre, Monsieur Eckles était supplanté par un salarié qui comptait plus d'années de service que lui. Il bénéficia donc du régime d'assurance-invalidité jusqu'en avril 1993, moment où il fit valoir ses droits d'ancienneté pour combler un nouveau poste au dépôt d'Indianapolis, poste qui lui était finalement attribué.

En juin 1993, il était victime d'une autre crise d'épilepsie au travail. Il fut de nouveau mis en congé de maladie. En septembre, alors qu'il était prêt à retourner au travail, le syndicat refusa encore de lui reconnaître le bénéfice de la clause d'accommodement prévue par la convention collective. En octobre, une fois levée l'interdiction médicale de travailler de nuit, Monsieur Eckles invoqua ses droits d'ancienneté pour redevenir chef de triage au dépôt d'Indianapolis. Cet emploi lui étant finalement attribué en raison de son ancienneté et non en application de la clause conventionnelle d'accommodement, il ne pouvait en conséquence jouir d'aucune protection contre une éventuelle supplantation par un collègue plus ancien.

Estimant ses droits lésés dans tout ce processus, Monsieur Eckles intentait une poursuite civile contre l'employeur et le syndicat, leur reprochant d'avoir tous deux manqué à leur devoir d'accommodement aux termes de l'*Americans With Disabilities Act*. Le juge de première instance allait rejeter sa demande, estimant que la loi n'autorisait pas les parties à la convention collective à faire fi des droits d'ancienneté des autres salariés pour accommoder un employé handicapé.

Saisie de l'appel interjeté contre cette décision, la Cour d'appel du septième circuit des États-Unis la confirmait. Concédant que les clauses d'une convention collective sont

pertinentes, sans être déterminantes, pour juger du caractère « raisonnable » ou non d'un accommodement¹⁵⁴⁹, la Cour créait toutefois une exception de toutes pièces quand ces clauses renferment des règles d'ancienneté.

Soulignant que selon les termes mêmes de la convention collective, les parties avaient pleine discrétion pour consentir ou non à une mesure d'accommodement préjudiciable aux salariés ayant plus d'ancienneté que Monsieur Eckles¹⁵⁵⁰, la Cour concluait que la loi n'exige pas de l'employeur et du syndicat qu'ils sacrifient les droits d'ancienneté des autres employés aux fins d'accommoder un salarié handicapé.¹⁵⁵¹ Pour elle, le statut privilégié traditionnellement reconnu à ces droits doit être intégralement préservé.¹⁵⁵²

Il est vrai que certaines cours d'appel américaines ont montré moins de réticence à faire primer l'*Americans with Disabilities Act* sur les droits d'ancienneté garantis par une convention collective mais ce courant demeure largement minoritaire.¹⁵⁵³

¹⁵⁴⁹ *Id.*, 1050 (j. Flaum)

¹⁵⁵⁰ *Id.*, 1051 : « Because their initial agreement to place Eckles under this rule, i.e., to bump a more senior employee to accommodate Eckles, was *purely discretionary*, both Conrail and the Union remained free to rescind their consent to Eckles placement : and the Union did so. » (nos italiques)

¹⁵⁵¹ *Ibid.*

¹⁵⁵² *Id.*, 1051-1052 : « ...we conclude that the ADA does not require disabled individuals to be accommodated by sacrificing the collectively bargained, *bona fide* seniority rights of other employees. The other circuit courts that have addressed this question have reached this result as well. [...] We emphasize that our conclusion is limited to individual seniority rights and should not be interpreted as a general finding that all provisions found in collective bargaining agreements are immune from limitation by the ADA duty of reasonably accommodate. [...] We recognize that many of the 'reasonable accommodations' specifically proposed within the ADA also have effects on other workers, but find that collectively bargained seniority rights have pre-existing special status in the law and that Congress to date has shown no intent to alter this status by the duties created under the ADA. » Voir dans le même sens : *Chochrum v. Old Ben Coal Co.*, 102 F.3d 908 (7th Cir., 1996), 912-913 (j. Manion) ; *Foreman v. Barbock & Wilcox Co.*, 117 F.3d 800 (5th Cir., 1997), 810 (j. DeMoss) ; *Martin v. Kansas*, *supra*, note 1334, 1133 (j. Ebel), et les nombreuses autres décisions des cours d'appel américaines citées par SCHOEN, *supra*, note 259, 1402 (note 73) et STURNER, *supra*, note 1029, 22

¹⁵⁵³ *Aka v. Washington Hospital Center*, 116 F.3d 876 (D.C. Cir. 1997) ; *Kralik v. Durbin*, 130 F.3d 76 (1997), 84-88 (j. Mansmann, diss.)

Au Canada, les droits d'ancienneté ne jouissent généralement pas d'un statut spécial analogue à celui que lui attribuent nos voisins du Sud.¹⁵⁵⁴ Alors que la *Charte canadienne* est silencieuse sur la question, la *Charte québécoise* et la *Loi canadienne* se bornent à reconnaître que l'ancienneté peut justifier certaines disparités sur le plan de la rémunération.¹⁵⁵⁵

Ainsi, le second alinéa de l'article 19 de la *Charte québécoise* prévoit qu'« [i]l n'y a pas de discrimination si une différence de traitement ou de salaire est fondée sur [...] l'ancienneté, la durée du service [...], si ces critères sont communs à tous les membres du personnel », le paragraphe 56(2) précisant, par ailleurs, que « ...les mots « traitement » et « salaire » incluent les compensations ou avantages à valeur pécuniaire se rapportant à l'emploi ».

En vertu du paragraphe 27(2) de la *Loi canadienne*, la Commission canadienne des droits de la personne peut, « [d]ans une catégorie de cas donnés », « préciser, par ordonnance, les limites et modalités de l'application » de la loi fédérale. L'un de ces cas est visé par le paragraphe 11(4) de la *Loi canadienne*, lequel proclame non discriminatoire « la disparité salariale entre hommes et femmes fondée sur un facteur reconnu comme raisonnable » par une telle ordonnance. Or, l'alinéa 16b) de l'*Ordonnance de 1986 sur la parité salariale*¹⁵⁵⁶ prise par la Commission reconnaît comme un facteur raisonnable de justification à la disparité salariale entre les hommes et les femmes :

b) l'ancienneté, dans les cas où les employés sont soumis à un régime salarial qui prévoit des

¹⁵⁵⁴ Au mieux reconnaît-on que les litiges découlant de décisions patronales aux « conséquences importantes [...] sur l'ancienneté » doivent être abordés « avec beaucoup de soin et d'équité et non comme une affaire courante » : *Alberta Union of Provincial Employees c. University Hospitals Board*, *supra*, note 881, 202 (J. Lamer)

¹⁵⁵⁵ Soulignons qu'en Colombie-Britannique et en Saskatchewan, les lois sur les droits de la personne applicables prévoient que la protection contre la discrimination fondée sur « l'âge » est sans effet à l'encontre des règles d'ancienneté adoptées de bonne foi : COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC (1990), *supra*, note 1499, 13

¹⁵⁵⁶ DORS/86-1082, (1986) 120 *Gaz. Can.* II, 4794

augmentations périodiques fondées sur les états de service auprès de l'employeur ; [...]

Somme toute, en marge du domaine de la rémunération¹⁵⁵⁷, les chartes et lois sur les droits de la personne en vigueur chez nous font relativement peu de cas de l'ancienneté et rien n'y indique, du reste, que cette valeur devrait recevoir une considération particulière.¹⁵⁵⁸

C'est dire à quel point il faut se méfier des enseignements qui se dégagent de la jurisprudence américaine pour disposer des cas où une mesure d'accommodement apparaît incompatible avec les droits d'ancienneté d'autrui.¹⁵⁵⁹ Rien n'autorise nos tribunaux à emboîter le pas des juges américains pour résoudre, sans plus de nuances, l'épineux conflit qui peut surgir en pareilles circonstances. À notre avis, le fait que les droits d'ancienneté puissent parfois être écartés au nom du droit à un accommodement raisonnable ne saurait provoquer, dans les rapports collectifs de travail, le chaos appréhendé par certains.¹⁵⁶⁰

¹⁵⁵⁷ DULUDE, *supra*, note 214, 75: « ...Canada's antidiscrimination laws only shield seniority-based pay and benefits... ». Vraisemblablement consentis de ce fait, NASH et GOTTHEIL, *supra*, note 831, 56, tentent, paradoxalement, d'en inférer un principe plus général de respect des législateurs envers les clauses d'ancienneté. Les lois sur les droits de la personne en vigueur au pays ne permettent pas, à notre avis, pareille induction.

¹⁵⁵⁸ BOSSET, *supra*, note 549, 113-114; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC (1990), *supra*, note 1499, 18; COUTU, *supra*, note 626, 100; DULUDE, *id.*, 3 et 68; PROULX, *supra*, note 67, 84. Comme la Cour d'appel de l'Ontario l'affirme, à juste titre, dans l'arrêt *Ontario Nurses' Association v. Orillia Soldiers Memorial Hospital*, *supra*, note 1436, 516-517 : « So far as possible, seniority systems should be developed through the collective bargaining process. However, where collective bargaining produces an agreement that contravenes the [human rights] statutory protections, the arbitrator or the court, as the case may be, has an obligation to intervene and the employer has a duty to accommodate within the statutory limits. » (J. Rosenberg, par. 65)

¹⁵⁵⁹ COUTU, *ibid.*; PROULX, *ibid.*

¹⁵⁶⁰ Parmi ces prophètes de malheur, SMITH, *supra*, note 1277, 277, fait figure de ténor : « Such a result is inequitable and would create chaos in the administration of collective bargaining agreements because unions and employers could no longer rely upon the terms of these agreements to govern their relationship. »

Section 2 – La modification des fonctions et les droits d'ancienneté des autres salariés

Une convention collective réserve parfois certains postes, généralement constitués de tâches dites légères, aux salariés qui comptent un nombre d'années d'ancienneté prédéterminé.¹⁵⁶¹ De même, elle peut accorder aux employés plus anciens un droit de supplantation dont l'exercice peut compromettre la mise en œuvre d'un accommodement en faveur d'un salarié donné. Partant, même si le remaniement des fonctions d'un salarié semble s'imposer comme mesure d'accommodement souhaitable, les droits d'ancienneté d'autrui peuvent s'interposer dans l'implantation d'un tel arrangement.¹⁵⁶²

Dans l'évaluation du caractère raisonnable d'un compromis visant à supprimer les effets discriminatoires d'une règle donnée, « [i]l faut tenir compte de l'opposition des employés qui résulte de craintes légitimes que leurs droits soient lésés ».¹⁵⁶³ La modification des fonctions à titre de mesure d'accommodement peut affecter les autres salariés, tantôt en alourdissant leur charge de travail, tantôt en les contraignant à renoncer à certains avantages découlant de leurs droits d'ancienneté.

¹⁵⁶¹ FÉDÉRATION DES TRAVAILLEURS ET TRAVAILLEUSES DU QUÉBEC, *supra*, note 1350, 15 : « [...] les emplois où se retrouvent les employés moins anciens sont généralement ceux qui comportent les tâches les plus dures. »; GROUPE DBSF, *supra*, note 1362, 46 : « Le principe syndical de l'ancienneté refoule les postes [...] les plus exigeants physiquement [...] aux derniers embauchés. »

¹⁵⁶² Ce type de conflit demeure indéniablement possible en pratique, même s'il faut convenir qu'à l'heure actuelle, le phénomène ne s'observe pas fréquemment : Gary ANNABLE, « Le monde syndical joue un rôle actif », dans CONSEIL CANADIEN DE LA RÉADAPTATION ET DU TRAVAIL, *Façonner l'avenir : réalisations et défis dans l'emploi des personnes ayant une déficience*, Winnipeg, 1994, 33, 37 (citant M^{me} May Polsky de l'Association internationale des machinistes et des travailleurs de l'aéronautique). Comme en conviennent BERNARD, *supra*, note 1269, 149, et BOYLE, *supra*, note 1546, 1036-1037, les multiples possibilités d'accommodement qui s'offrent aux parties réduisent d'autant les risques de conflits.

A) L'alourdissement de la charge de travail

Même si elle n'est pas toujours le produit d'une atteinte formelle à ses droits d'ancienneté, l'augmentation de la charge de travail d'un employé peut lui être préjudiciable à bien des égards. En plus de le contraindre à déployer plus d'efforts, elle peut miner sa motivation – et donc son moral – surtout dans les cas où on lui retire des fonctions qu'il jugeait agréables ou stimulantes pour lui confier, en retour, des tâches plus fastidieuses. Obnubilé par les conséquences fâcheuses que le remaniement des fonctions de son collègue victime de discrimination peut avoir sur lui, cet employé pourra éprouver bien du mal à voir quelque bienfait dans cette mesure d'accommodement.¹⁵⁶⁴

Or, si l'entraide et la solidarité entre employés sont des valeurs chères au mouvement syndical¹⁵⁶⁵, l'équité et la justice le sont aussi.¹⁵⁶⁶ Partant, la proposition d'accommodement qui accroît indûment la charge de travail des collègues du salarié victime de discrimination pourra soulever leur désaccord¹⁵⁶⁷ ou se heurter à l'opposition du syndicat si ce dernier la juge inéquitable pour certains de ses membres.¹⁵⁶⁸

¹⁵⁶³ *Central Okanagan School District no. 23 c. Renaud*, *supra*, note 521, 988 (J. Sopinka)

¹⁵⁶⁴ CROW et HARTMAN, *supra*, note 1268, 380

¹⁵⁶⁵ O'MELVENY, *supra*, note 840, 247: «The reality of most labor settings is that workers try to help each other on the job. Therefore, it is unlikely that unions will oppose the providing of full opportunities for qualified disabled workers. Instead, they will most likely cooperate fully in the effort to help such workers function effectively in the job.»

¹⁵⁶⁶ CONFÉDÉRATION DES SYNDICATS NATIONAUX, *supra*, note 845, 22

¹⁵⁶⁷ Voir à titre d'exemple : *Syndicat des technologues en radiologie du Québec c. Centre hospitalier des Vallées de l'Outaouais (Pavillon de Hull)*, *supra*, note 1183, 52-54 (arb. Denis Nadeau)

¹⁵⁶⁸ ROBERTS et LUNDY, *supra*, note 1259, 32-33, rappellent à juste titre : «In general, most people are sympathetic with the idea of protecting the civil rights of individuals with disabilities... However, this sympathy wanes if the protection of the individual with a disability involves some cost to themselves or other employees... [...] Employees in comparable jobs are often quite suspicious of their co-workers who develop a disabling condition if it leads to an accommodation that appears to give the worker with the disability some sort of [unfair] advantage.» (nos italiques)

Dans la mesure où cette résistance repose sur une menace sérieuse aux droits d'autrui¹⁵⁶⁹ et non sur des vétilles, l'employeur devra améliorer sa proposition initiale ou envisager d'autres possibilités d'accommodement afin d'emporter cette fois l'adhésion du syndicat.¹⁵⁷⁰ Il pourrait y parvenir, par exemple, en revoyant à la hausse la rémunération des collègues qui voient augmenter leur charge de travail ou encore en faisant exécuter, par le salarié accommodé, des tâches qu'il peut raisonnablement accomplir et qui sont normalement exécutés par ces mêmes collègues.¹⁵⁷¹ Des mesures semblables pourraient enrayer, en bonne partie, les effets préjudiciables appréhendés par les autres salariés et dissiper, du coup, leur sentiment d'injustice.¹⁵⁷²

Toutefois, si à la lumière des caractéristiques propres de l'entreprise ou de l'institution, de la nature du travail à effectuer ou des ressources disponibles, par exemple, ces solutions s'avèrent impraticables, un constat de « contrainte excessive » pourrait bien s'imposer.¹⁵⁷³

B) La réaffectation à l'intérieur de l'unité d'accréditation

Les résistances des autres salariés et du syndicat pourraient être encore plus fortes si le remaniement des fonctions de leur collègue entre plus directement en conflit avec leurs droits d'ancienneté. Ce scénario est au cœur de l'affaire *Bayer Rubber Inc. v. Communications, Energy and Paperworks Union, Local 914*.¹⁵⁷⁴

¹⁵⁶⁹ *Edgell v. Board of School Trustees, District N° 11*, *supra*, note 645, 145,094 (commissaire H. Mahil); JOACHIM, *supra*, note 438, 185: « ...it would be too onerous to expect another worker to [...] endure substantially worse working conditions in order to allow a disabled employee to remain in the workforce. » (nos italiques)

¹⁵⁷⁰ *Central Okanagan School District no. 23 c. Renaud*, *supra*, note 521, 993 (j. Sopinka). L'employeur ne devrait pas pouvoir imposer unilatéralement sa proposition initiale en pareil cas: *Edgell v. Board of School Trustees, District N° 11*, *ibid.*

¹⁵⁷¹ FOEGEN-KARSTEN, SCHROEDER et SURETTE, *supra*, note 1342, 438

¹⁵⁷² *Ibid.*

¹⁵⁷³ *Syndicat des technologues en radiologie du Québec c. Centre hospitalier des allées de l'Outaouais (Pavillon de Hull)*, *supra*, note 1183, 52-56 (arb. Denis Nadeau)

¹⁵⁷⁴ (1997) 65 L.A.C. (4th) 261 (arb. M.V. Watters)

L'entreprise spécialisée dans le traitement de matières caoutchoutées disposait d'une équipe de quinze machinistes. En 1994, elle amorçait un processus de rationalisation de ses opérations susceptible d'entraîner la suppression de cinquante à quatre-vingts postes. Après discussion, les parties à la convention collective convenaient d'une entente par laquelle l'employeur s'engageait à ne licencier aucun employé durant une période de vingt-quatre mois. En contrepartie, le syndicat acceptait qu'un groupe de salariés soit affecté à des projets spéciaux en vue de réaliser certains travaux d'entretien, de démolition et de nettoyage autrefois confiés en sous-traitance. Sept machinistes furent ainsi recrutés pour faire partie du groupe d'intervention spécial. Le recrutement se fit par ordre d'ancienneté inversé. Toutefois, en raison des limitations fonctionnelles qu'il présentait à un genou, le salarié qui figurait au quatorzième rang sur la liste d'ancienneté fut maintenu dans l'équipe des machinistes par l'employeur. En conséquence, le salarié qui occupait le huitième rang et qui comptait cinquante-deux mois d'ancienneté de plus que son collègue handicapé était contraint de s'intégrer au groupe d'intervention spécial.

Le syndicat déposait subséquemment un grief au nom du salarié évincé de l'équipe des machinistes. Pour le syndicat, la décision unilatérale de l'employeur de faire fi de l'ancienneté pour accommoder un salarié était injustifiée puisque d'autres fonctions auraient pu être confiées à ce salarié sans qu'il en résulte pour autant une atteinte aux droits d'ancienneté d'autrui. En défense, l'employeur soutenait qu'il ne lui appartenait pas de créer un poste nouveau, ou constitué d'un agrégat de fonctions jusque-là accomplies par divers employés, dans le seul but d'accommoder un salarié handicapé.

Rejetant l'argumentation patronale, l'arbitre de grief concluait que le syndicat était justifié de ne pas consentir à la mesure d'accommodement imposée unilatéralement par l'employeur.¹⁵⁷⁵ Jugeant que l'atteinte à la convention collective était sérieuse, l'arbitre

¹⁵⁷⁵ Il semble que l'employeur qui fait cavalier seul en pareille matière risque d'éprouver bien du mal à convaincre le tribunal de la raisonnable d'un accommodement qui heurte la convention collective : *Canada Post Corp. v. C.U.P.W. (Lascelles)*, (1993) 33 L.A.C. (4th) 279, 283 (arb. B. Adell)

faisait en outre observer que l'accommodement retenu par l'employeur avait pour effet de priver le plaignant de son emploi de machiniste pour une durée appréciable.¹⁵⁷⁶

Enfin, l'arbitre reprochait à l'employeur d'avoir négligé de passer en revue les différents postes existants dans l'ensemble de l'entreprise¹⁵⁷⁷ afin de dénicher un travail compatible avec les limitations du salarié handicapé.¹⁵⁷⁸ Soulignons qu'une disposition de la convention collective exigeait expressément des parties qu'elles déploient tous les efforts possibles pour assurer aux travailleurs handicapés un emploi convenable dans l'entreprise, eu égard à leurs capacités.¹⁵⁷⁹ Cela dit, la sentence rendue montre néanmoins que l'employeur doit, dans toute la mesure du possible, respecter l'ancienneté des salariés quand celle-ci leur permet d'échapper à une mesure patronale préjudiciable.¹⁵⁸⁰

En d'autres circonstances toutefois, l'ancienneté accumulée par un salarié lui permettra plutôt d'avoir accès à un avantage. Par exemple, la convention collective peut prévoir qu'un salarié doit posséder un nombre minimum d'années d'ancienneté pour occuper un poste donné ou être admis à poser sa candidature pour le combler une fois qu'il est devenu vacant. Qu'advient-il dans l'hypothèse où un salarié, qui n'est plus en mesure

¹⁵⁷⁶ *Supra*, note 1574, 284 (arb. Watters)

¹⁵⁷⁷ LYNK, *supra*, note 334, 966, résume ainsi la position prise par l'arbitre: « The duty [to accommodate] requires more from the employer than simply investigating whether any existing job might be suitable for a disabled employee. Rather, the employer is expected to determine whether other positions in the workplace are suitable for the employee or if existing positions can be adjusted, adapted or modified for the employee. This responsibility requires the employer to look at *all* other possible positions. »; LYNK, *supra*, note 673, 191

¹⁵⁷⁸ *Supra*, note 1574, 285 : « ...the Employer was obliged to "scan the workplace" for positions or work which might satisfy the disabled employee's need for accommodation. » (arb. Watters)

¹⁵⁷⁹ La clause pertinente de la convention collective se lisait comme suit : « 16.03 (i) If an employee incurs a disability which prevents the employee from performing the employee's regular work but which does not render the employee incapable of carrying out of other duties in the Bargaining unit, the Company and the Union *shall make every effort to arrange for the establishment of such an employee in a position suitable to the employee's capabilities.* [...] » (nos italiques)

¹⁵⁸⁰ Voir au même effet : *Boise Cascade Canada Ltd. v. United Paperworkers International Union, Local 1330*, (1995) 41 L.A.C. (4th) 291, 298-299 (arb. E.E. Palmer)

de s'acquitter complètement de sa fonction suite à un accident qui l'a rendu handicapé, sollicite comme accommodement des tâches « réservées » alors qu'il n'a pas atteint le nombre minimal d'années d'ancienneté requis par la convention collective ?

Pour certains, la norme « plancher » ainsi fixée constitue, en soi, une qualité requise par l'emploi de telle sorte que le salarié qui n'est pas en mesure de la satisfaire ne peut obtenir le poste qu'il convoite à titre d'accommodement.¹⁵⁸¹ Selon eux, le fait d'octroyer un tel poste au salarié victime de discrimination plutôt qu'à l'employé plus ancien qui y a droit en vertu de la convention collective serait forcément une contrainte excessive.¹⁵⁸²

D'autres se font plus nuancés et dénoncent la rigidité de cette solution.¹⁵⁸³ De fait, si l'ancienneté c'est-à-dire l'expérience passée d'un salarié peut être un outil de mesure relativement efficace de ses connaissances, de son habileté et de son savoir-faire pour satisfaire les exigences de certaines fonctions¹⁵⁸⁴, tel n'est pas toujours le cas. Selon les fonctions à accomplir, il pourra arriver que l'expérience passée soit sans pertinence.¹⁵⁸⁵ Par exemple, ces tâches légères que l'on réserve aux employés les plus anciens, en guise de reconnaissance pour la longévité de leur engagement envers l'entreprise ou l'institution, peuvent fort bien relever de cette dernière catégorie.

Ainsi, lorsqu'une demande d'accommodement visant un remaniement de fonctions ou l'obtention d'un poste vacant entre véritablement en conflit avec les droits d'ancienneté

¹⁵⁸¹ *Daubert v. United States Postal Services*, 733 F.2d 1367 (10th Cir. 1984), 1370 (*per curiam*) ; *Jasany v. United States Postal Services*, 755 F.2d 1244 (6th Cir. 1985), 1251-1252 (j. Kennedy) ; *Carter v. Tisch*, 822 F.2d 465 (4th Cir. 1987), 467-468 (j. Murnaghan) ; ERVIN, *supra*, note 631, 948-949 ; HODGES, *supra*, note 299, 598, 602 (note 208) et 617 ; O'MELVENY, *supra*, note 840, 241

¹⁵⁸² HODGES, *id.*, 616-617 ; O'MELVENY, *id.*, 239 ; ROTTENBERG, *supra*, note 1261, 186

¹⁵⁸³ LYNK, *supra*, note 673, 207

¹⁵⁸⁴ O'MELVENY, *supra*, note 840, 241

¹⁵⁸⁵ DUBAULT, *supra*, note 1187, 1298 ; ERVIN, *supra*, note 631, 964 ; Glenn GEORGE, « Americans with Disabilities Act and Civil Rights : Effects on Arbitration », dans GRUENBERG (dir.), *supra*, note 344, 141 : « A seniority requirement does not affect an employee's qualifications for the position because it is unrelated to the "essential functions" of the job... »

d'autrui garantis par la convention collective, d'aucuns suggèrent plutôt l'application d'une méthode d'analyse multi-factorielle. Les facteurs suivants sont jugés pertinents aux fins de l'examen :

- i) le nombre de salariés qui forment l'unité d'accréditation;
- ii) la fréquence de vacance du poste sollicité à titre d'accommodement;
- iii) la fréquence des demandes d'accommodement au sein de l'unité d'accréditation;
- iv) l'importance accordée à l'ancienneté selon la convention collective;
- v) le nombre de salariés dont les droits d'ancienneté seraient lésés par l'attribution du poste au demandeur;
- vi) la différence d'années d'ancienneté entre ceux qui auraient droit de combler le poste aux termes de la convention collective et le demandeur;
- vii) la différence entre le nombre d'années d'ancienneté requises pour combler le poste et le nombre d'années d'ancienneté accumulées par le demandeur;
- viii) les possibilités d'ouverture de postes, à court et à long terme, au sein de l'entreprise ou l'institution;
- ix) le nombre de fois où les droits d'ancienneté ont été brimés par le passé;
- x) la présence ou l'absence de salariés plus anciens prêts à renoncer à leurs droits d'ancienneté au profit du demandeur;
- xi) les perspectives d'emploi du demandeur dans l'entreprise ou l'institution et sur le marché du travail en général...¹⁵⁸⁶

À l'exception de ce dernier facteur relatif aux perspectives d'emploi du demandeur, lequel ne permet pas vraiment d'apprécier le degré de contrainte auquel le syndicat se trouve exposé, les facteurs proposés nous semblent aptes à faciliter l'analyse. Tout bien pesé, la méthode d'analyse multi-factorielle est de loin préférable à celle qui postule.

¹⁵⁸⁶ Les divers facteurs regroupés ici ont été glanés chez les auteurs suivants : DALY-ROONEY, *supra*, note 1214, 413 et 415; DUBAULT, *id.*, 1299; ERVIN, *supra*, note 631, 969-970; HANKINSON, *supra*, note 1339, 270-271; MCDEVITT, *supra*, note 1259, 385-386 et 387 (note 144); PRITCHARD, *supra*, note 293, 411; STAHLHUT, *supra*, note 1264, 93-95

sans plus de nuance, que l'atteinte aux droits d'ancienneté d'autrui est en soi constitutive d'une contrainte excessive pour le syndicat. Elle apparaît, en outre, parfaitement compatible avec le principe selon lequel l'appréciation du caractère raisonnable ou non d'un accommodement est fonction des circonstances propres à chaque affaire.¹⁵⁸⁷

Cette méthode d'analyse devrait aussi servir, croyons-nous, dans les cas où c'est plutôt l'exercice des droits d'ancienneté qui compromet l'efficacité d'une mesure d'accommodement. Les faits à l'origine de l'arrêt *Corner Brook (City) v. Canadian Union of Public Employees, Local 768*¹⁵⁸⁸ illustrent le genre de situations qui peuvent survenir en pratique.

À la suite d'une restructuration administrative, un salarié au service de la ville voyait sa fonction supprimée. Exerçant le droit de supplantation¹⁵⁸⁹ que lui concédait la convention collective, il sollicitait alors une fonction occupée jusque-là par un collègue moins ancien, ce à quoi l'employeur consentait. Cependant, une fois informé que le salarié ainsi supplanté présentait de sérieux problèmes d'ordre visuel et auditif, lesquels rendaient impraticable sa réaffectation à une autre fonction, l'employeur se ravisa. Pour expliquer sa volte-face, il invoquait une disposition de la convention collective qui accordait à tout employé, devenu incapable d'accomplir ses tâches en raison de son âge ou d'un handicap, une préférence pour tout autre fonction disponible mieux adaptée à sa condition.¹⁵⁹⁰

¹⁵⁸⁷ Voir la jurisprudence et la doctrine citées, *supra*, note 1129; *CONTRA* : HODGES, *supra*, note 299, 616-617.

¹⁵⁸⁸ (1996) 431 A.P.R. 271 (C.A.T.-N.)

¹⁵⁸⁹ Voir à ce sujet: JOACHIM, *supra*, note 438, 141.

¹⁵⁹⁰ Intitulée « Handicapped and/or Older Workers Provision », la clause de la convention collective prévoyait ce qui suit : « 10.08 - An employee covered by this agreement who has given good and faithful service to the City, and who, through advancing years or disablement is unable to perform his/her regular duties, shall be given preference of any light or other suitable work available which

Le syndicat déposait subséquemment un grief pour contester le refus de l'employeur d'agréer à la demande de supplantation. Le tribunal d'arbitrage accueillait le grief et ordonnait à l'employeur d'agir en conformité avec les droits d'ancienneté reconnus par la convention collective. Ce faisant, le tribunal d'arbitrage se gardait d'exprimer son opinion quant à savoir si le salarié supplanté était, du fait de la convention collective, victime de discrimination par effet préjudiciable aux termes du code des droits de la personne terre-neuvien.

La requête pour obtenir la révision judiciaire de cette sentence arbitrale allait plus tard être rejetée par la Cour suprême de la province. Saisie de l'appel à l'encontre de cette dernière décision, la Cour d'appel annulait la sentence arbitrale et renvoyait l'affaire devant le tribunal d'arbitrage afin que celui-ci détermine s'il y avait discrimination indirecte en l'espèce et, le cas échéant, si le droit à un accommodement raisonnable inféré du code des droits de la personne devait, dans les circonstances, l'emporter sur les droits d'ancienneté. Ce faisant, la Cour prenait bien soin d'indiquer que sa décision n'était en rien fondée sur une quelconque prémisse voulant que la supplantation d'un salarié, en vertu d'une convention collective, soit en soi interdite par le code des droits de la personne dans les cas où le salarié ainsi supplanté est atteint d'un handicap.¹⁵⁹¹ Malheureusement – pour l'avancement du droit à tout le moins – , les parties allaient régler le grief avant que le tribunal d'arbitrage ne soit appelé à donner suite à l'ordonnance de la Cour d'appel.

Quoi qu'il en soit, la décision rendue confirme une fois de plus que les droits d'ancienneté garantis par une convention collective ne constituent pas forcément un obstacle dirimant à l'implantation d'une mesure d'accommodement qui s'y heurte. Cela dit, il apparaît douteux que la situation factuelle que nous venons de décrire donne prise à un constat de discrimination par effet préjudiciable. En effet, rien dans le code des droits de la personne applicable ne permettait de conclure qu'un salarié handicapé

he/she is capable of performing at the rate of wages payable at the time for the position to which he/she is assigned. »

¹⁵⁹¹ *Supra*, note 1588, 277-278 (j. Gushue)

devrait bénéficier d'une plus grande protection que ses collègues contre l'exercice des droits d'ancienneté.¹⁵⁹²

Du reste, à supposer que le tribunal d'arbitrage soit néanmoins parvenu à la conclusion que les règles de supplantation étaient, de fait, source d'une discrimination indirecte¹⁵⁹³, nous sommes d'avis que l'application de la méthode d'analyse multi-factorielle aurait permis d'apprécier plus aisément la nature de la contrainte qu'aurait eu à subir l'association de salariés. Cette voie de solution nous apparaît infiniment plus prometteuse que celle qui mise sur une renonciation du syndicat à faire assurer le respect des droits d'ancienneté quand l'accommodement approprié consiste à octroyer, au salarié victime de discrimination, un poste pour lequel il ne compte pas suffisamment d'années de service.¹⁵⁹⁴

C) La réaffectation à l'extérieur de l'unité d'accréditation

Par ailleurs, une problématique tout à fait particulière peut naître dans l'hypothèse où un salarié syndiqué, qui se dit victime de discrimination, réclame à titre d'accommodement d'être réaffecté à une fonction visée par un autre certificat d'accréditation. Le cas classique est celui de l'employé de production qui, en raison de sa condition, sollicite un emploi de bureau aux tâches physiquement moins exigeantes.

¹⁵⁹² JOACHIM, *supra*, note 438, 184: « ...if a disabled worker who has been bumped from her job does not have the seniority and the skills to bump into a more junior position, treating her equally would not require protecting her position. The Code guarantees disabled workers the same level of job security as other workers, not greater job security. Thus, in this case, the senior worker's displacement of the disabled worker is not discriminatory, since she is the most junior worker and would have been laid off even if she had no disability. Protecting the disabled worker in this circumstance would give her greater job security than what would be justified by her seniority level. » (nos italiques)

¹⁵⁹³ C'est incidemment la conclusion à laquelle un tribunal d'arbitrage ontarien est parvenue dans un contexte factuel similaire : *Union Carbide Canada Ltd. v. Energy & Chemical Workers' Union, Local 53*, (1991) 21 L.A.C. (4th) 261 (arb. K.A. Hinnegan)

¹⁵⁹⁴ Cette dernière proposition est celle de LEE, *supra*, note 1152, 222

Il va de soi que l'employeur pourra s'opposer à la demande de modification des tâches si le salarié ne dispose pas de la compétence ou de la formation requise pour accomplir celles qu'il sollicite.¹⁵⁹⁵ Ainsi, à moins que la convention collective ne prévoit le contraire, on voit mal comment une municipalité devrait être tenue de confier, par exemple, un emploi d'opérateur de machinerie lourde à un policier devenu inapte à manipuler une arme à feu en raison d'une dépression situationnelle.

Cela dit, tant sur le plan procédural que sur le fond, la problématique soulevée ici n'est pas simple, on en conviendra. Imaginons un instant que dans une entreprise donnée, les salariés de la production et ceux du bureau ne soient pas représentés par une même association de salariés.¹⁵⁹⁶ En principe, l'audition d'un grief à l'initiative du syndicat qui représente les employés de la production se ferait en présence de l'employeur, du syndicat et de tout salarié intéressé.¹⁵⁹⁷ Dans l'hypothèse où l'arbitre, après audition des parties, jugeait qu'il y a discrimination et ordonnait que le plaignant soit réaffecté à un emploi de bureau « avec tous ses droits et privilèges », selon l'expression consacrée, on imagine sans mal la froideur de l'accueil que le syndicat des employés de bureau – qui n'a pas même été entendu alors que les droits de certains de ses membres sont directement en cause! – réserverait à cette sentence arbitrale.

Pour éviter qu'une telle injustice soit commise, l'arbitre devrait donc reconnaître le statut de « partie » au syndicat des employés de bureau. Il est vrai que, contrairement au Tribunal des droits de la personne par exemple, il ne dispose pas d'un pouvoir explicite à cet effet.¹⁵⁹⁸ Toutefois, il est manifeste que l'arbitre de grief ne peut se soustraire aux règles de la justice naturelle.¹⁵⁹⁹ Par conséquent, dans la mesure où une

¹⁵⁹⁵ Voir la doctrine et la jurisprudence citée, *supra*, notes 1463 et 1464

¹⁵⁹⁶ On conviendra que si un même syndicat était accrédité pour représenter ces deux groupes de travailleurs, l'atteinte d'un compromis raisonnable pourrait en être grandement facilitée : LEFRANÇOIS, *supra*, note 1179, 32

¹⁵⁹⁷ Art. 100.5 *Code du travail*

¹⁵⁹⁸ L'article 116, al. 2, de la *Charte québécoise* accorde au Tribunal la faculté de reconnaître le statut de « partie » à toute personne, groupe ou organisme qui démontre « un intérêt suffisant pour intervenir ».

sentence arbitrale peut affecter directement les droits d'une autre association de salariés¹⁶⁰⁰, celle-ci devrait avoir l'occasion d'être entendue et de faire valoir son point de vue.¹⁶⁰¹ D'ailleurs, la latitude considérable dont dispose l'arbitre de grief eu égard à la procédure et au mode de preuve qu'il juge appropriés¹⁶⁰², à l'assignation des témoins¹⁶⁰³ et à la sauvegarde des droits des parties¹⁶⁰⁴ ne milite certainement pas contre l'intervention d'un tiers dans le débat arbitral.

Sur le fond, les avis sont partagés quant à savoir si l'attribution d'un poste non compris dans l'unité syndicale auquel appartient le demandeur d'accommodement est une mesure raisonnable pour lui assurer l'égalité réelle des chances. Si certains doutent de la raisonnable d'un tel compromis¹⁶⁰⁵, d'autres n'excluent résolument pas cette possibilité.¹⁶⁰⁶

¹⁵⁹⁹ *Université du Québec à Trois-Rivières c. Larocque*, [1993] 1 R.C.S. 471 (*passim*)

¹⁶⁰⁰ À notre avis, la réaffectation d'un syndiqué dans une fonction qui ne relève pas de son unité d'accréditation, avec tous ses droits et privilèges incluant l'ancienneté accumulée dans une autre unité syndicale, confère au « syndicat d'accueil » un « intérêt pertinent à faire valoir » devant l'arbitre de grief, intérêt qui n'est assurément pas « purement indirect » : *Telecommunications Workers Union c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications)*, [1995] 2 R.C.S. 781, 797 (j. L'Heureux-Dubé, par. 32, *a contrario*)

¹⁶⁰¹ *Syndicat canadien de la fonction publique c. Société Radio-Canada*, [1992] 2 R.C.S. 7, 9 : « ...ceux qui peuvent être fortement touchés [*significantly affected*] par l'arbitrage devraient recevoir un avis du recours à cette procédure. L'équité et la justice naturelle n'en exigent pas moins. » (*per curiam*): *Syndicat des employés du Centre hospitalier Robert-Giffard et annexes (CSN) c. Syndicat professionnel des infirmières et infirmiers du Québec (S.P.I.I.Q.)*, [1979] C.A. 323, 324 (j. Roberge, *ad hoc*) et 325-326 (j. Mayrand)

¹⁶⁰² Art. 100.2, al. 1 *Code du travail*

¹⁶⁰³ Art. 100.6 *Code du travail*; art. 60(1)a) *Code canadien du travail*

¹⁶⁰⁴ Art. 100.12g) *Code du travail*

¹⁶⁰⁵ *Better Beef Ltd v. United Food & Commercial Workers International Union, Region 18*, *supra*, note 1389, 255 (arb. B. Welling); *Interlink Freight Services v. Transportation Communications Union*, (1996) 55 L.A.C. (4th) 289, 299-300 (arb. M.G. Picher); JOACHIM, *supra*, note 438, 185-186; KORT, *supra*, note 680, 274

¹⁶⁰⁶ *Municipality of Metropolitan Toronto v. C.U.P.E., Local 79*, (1994) 35 L.A.C. (4th) 357, 363 (arb. B. Fisher); *West Park Hospital Toronto v. Ontario Nurses' Association*, (1996) 55 L.A.C. (4th) 78, 114-116 (arb. J.E. Emrich); *Mount Sinai Hospital v. Ontario Nurses' Association (Natividad)*, *supra*, note

En fait, la question appelle d'abord à déterminer si le « syndicat d'accueil » a une quelconque obligation d'accommodement envers un salarié qui ne fait pas partie de l'unité d'accréditation. À notre avis, cela ne devrait pas faire de doute. Décrite comme « un moyen de limiter la responsabilité »¹⁶⁰⁷, « l'obligation d'accommodement n'intervient que si un syndicat est partie à une discrimination », soit parce qu'il « est à l'origine de l'effet discriminatoire », soit parce qu'il « y contribue ».¹⁶⁰⁸ Or, le syndicat d'accueil qui oppose à l'employeur – et au syndicat qui représente le salarié victime de discrimination – un refus catégorique d'intégrer ce dernier dans une fonction comprise dans son aire juridictionnelle « contribue », justement, à ce que les effets discriminatoires auxquels on entend remédier se perpétuent. Partant, le syndicat d'accueil « ne peut se comporter comme s'il était un simple spectateur ».¹⁶⁰⁹

Cela étant, il lui est loisible de refuser l'accommodement proposé s'il estime que sa mise en oeuvre « causera un préjudice à d'autres employés ».¹⁶¹⁰ Or, l'intégration d'un salarié avec tous ses droits et privilèges dans l'unité syndicale d'accueil ne peut raisonnablement se faire sans que les droits d'autrui ne soient affectés d'aucune manière. Selon les années de service accumulées par le salarié accommodé, le rang de certains travailleurs dans la liste d'ancienneté du syndicat d'accueil pourra assurément changer. Ainsi, dans l'hypothèse où l'employeur procède à une rationalisation de ses opérations qui se matérialise par des coupures de postes, le dernier salarié sur la liste pourrait perdre son emploi alors que, dans les faits, il compte plus d'ancienneté à l'intérieur de l'unité syndicale que le nouvel arrivé. Suivant la même logique, si un

1388, 258-259 (arb. J.E. Emrich); LEFRANÇOIS, *supra*, note 1179, 30-32; LYNK, *supra*, note 673, 238-241; WORKERS WITH DISABILITIES PROJECT, *supra*, note 1058, 19

¹⁶⁰⁷ *Central Okanagan School District no. 23 c. Renaud*, *supra*, note 521, 989 (j. Sopinka)

¹⁶⁰⁸ *Id.*, 989-990

¹⁶⁰⁹ *Id.*, 991. Sur la responsabilité des « tiers » en matière de discrimination, voir : *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Sécurité Serca*, *supra*, note 1192, 3095-3096 (j. Rivet, par. 35 à 42)

¹⁶¹⁰ *Central Okanagan School District no. 23 c. Renaud*, *id.*, 992

poste qui doit être doté par ordre d'ancienneté devient vacant, le salarié accommodé jouirait là encore d'une préséance.

En pareil cas, on a jugé que l'ancienneté accumulée par le salarié victime de discrimination ne devrait pas être opposable aux autres salariés de l'unité syndicale d'accueil.¹⁶¹¹ Un tel arrangement serait intrinsèquement raisonnable, allègue-t-on, en ce qu'il ne compromettrait ni le droit du premier de conserver un emploi¹⁶¹², ni les droits des seconds de voir leur ancienneté intégralement respectée.¹⁶¹³ Si cette façon de concilier les droits individuels et les droits collectifs peut apparaître raisonnable en certaines circonstances, on aurait tort de l'ériger en règle absolue.

En effet, l'employeur qui, pour améliorer la productivité, la compétitivité et les rendements de son entreprise, se porte acquéreur d'une autre entreprise – où un syndicat est déjà présent – expose ses salariés au risque bien réel que les listes d'ancienneté des deux entreprises soient éventuellement fusionnées en une seule.¹⁶¹⁴ Pourtant, ce genre de procédé et la dégringolade qu'il entraîne pour certains salariés peut porter sérieusement atteinte à leurs droits d'ancienneté. Si un effet aussi draconien s'avère néanmoins acceptable afin de répondre aux aspirations de profits de l'entreprise, nous voyons mal en quoi l'intégration d'un seul salarié dans la liste d'ancienneté du syndicat d'accueil, aux fins de respecter son droit à l'égalité, serait en soi déraisonnable.

Cela dit, le syndicat d'accueil devrait conserver la possibilité de s'opposer à la proposition d'accommodement avancée s'il peut établir que sa mise en œuvre lui ferait subir une contrainte excessive, à la lumière des facteurs qui sont au cœur de l'analyse

¹⁶¹¹ *Greater Niagara General Hospital v. Service Employees International Union, Local 204*, (1995) 47 L.A.C. (4th) 366 (arb. G. Brent)

¹⁶¹² C'est certes là une considération éminemment pertinente: SWINTON, *supra*. note 681, 103

¹⁶¹³ JOACHIM, *supra*, note 438, 186

¹⁶¹⁴ *Distribution Réal Chagnon Inc. c. Prud'homme*, D.T.E. 90T-838 (C.A.), 4-5 (*per curiam*); *Syndicat des travailleurs de S.O.S. (CSN) c. Syndicat des travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, local 502*, [1992] T.T. 109, 111-113 (J. Burns)

multi-factorielle évoquée précédemment.¹⁶¹⁵ Notons que l'imminence de coupures dans les postes relevant de l'unité syndicale d'accueil pourrait avoir une grande incidence sur le résultat.¹⁶¹⁶

Enfin, si l'employeur décidait plutôt d'affecter le salarié à une fonction qui n'est visée par aucun certificat d'accréditation, de nouvelles difficultés pourraient se poser. En effet, la perte du statut de syndiqué et des avantages indéniables qu'il procure¹⁶¹⁷ susciterait vraisemblablement l'opposition du salarié et de son syndicat à un compromis semblable.¹⁶¹⁸ Toutefois, pour éviter pareille impasse, l'employeur pourrait très bien convenir de respecter néanmoins les droits reconnus au salarié par la convention collective.¹⁶¹⁹ De cette façon, les droits et obligations de l'employeur, du syndicat et du salarié demeurerait inchangés, ce qui constituerait à notre avis un arrangement raisonnable.¹⁶²⁰

Chapitre III – Un « nouveau » champ d'action syndicale

S'il fallait dégager le trait dominant de la jurisprudence portant sur les effets de la discrimination dans les rapports collectifs de travail, il résiderait probablement dans

¹⁶¹⁵ *Supra*, note 1586, et les développements qui y correspondent.

¹⁶¹⁶ *Greater Niagara General Hospital v. Service Employees International Union, Local 204*, *supra*, note 1611, 371 et 378-380 (arb. G. Brent)

¹⁶¹⁷ *LYNK*, *supra*, note 334, 977

¹⁶¹⁸ *BERNARD*, *supra*, note 1269, 148 : « ...a transfer could entail moving a classified employee out of the bargaining unit, which the union and/or the employee is likely to reject as unacceptable. While such a transfer could be an acceptable accommodation in a nonunion setting, in an organised setting it would end rights under the collective agreement and thus would clearly not be acceptable. »

¹⁶¹⁹ La signature d'une lettre d'entente à cet effet ne serait pas si inusitée. Par exemple, « les périodes de service exécutées dans une fonction non visée par le certificat d'accréditation » pourront parfois être comptées « aux fins du calcul de l'ancienneté », « même lorsque l'ancienneté ainsi obtenue a des incidences sur le rang d'ancienneté des autres salariés » : *VALLÉE*, *supra*, note 1470, 290-291

¹⁶²⁰ L'on éviterait, ce faisant, les conséquences fâcheuses vécues par le plaignant dans l'affaire *Interlink Freight Services v. Transportation Communications Union*, *supra*, note 1605, 296-300 (arb. M.G. Picher)

« l'obligation mutuelle de négociation qui s'impose aux protagonistes »¹⁶²¹ pour en arriver à un compromis raisonnable.¹⁶²²

Certes, le salarié qui allègue être victime de discrimination et revendique, à ce titre, un accommodement « ne peut s'attendre à une solution parfaite ».¹⁶²³ S'il n'est pas forcément tenu de proposer lui-même une solution viable, il doit à tout le moins « en faciliter la mise en œuvre ».¹⁶²⁴ À cette fin, il lui incombe minimalement de faire connaître ses besoins à l'employeur¹⁶²⁵ et de lui allouer un délai raisonnable pour en tenir compte.¹⁶²⁶ Cela fait cependant, la responsabilité de proposer une mesure d'accommodement raisonnable et de voir ensuite à sa réalisation harmonieuse incombera aux parties à la convention collective.

¹⁶²¹ WOEHLING, *supra*, note 403, 358

¹⁶²² Les chartes et lois sur les droits de la personne sont en cela nettement plus exigeantes que les codes du travail. Alors que l'obligation de négocier de bonne foi prévue par les articles 53, al. 2, du *Code du travail* québécois et 50, al. a), du *Code canadien du travail* « n'impose aux parties aucune obligation de conclure une entente » (*Travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, local 501 (T.U.A.C.) c. Steinberg Inc.*, [1989] R.J.Q. 603 (C.S.), 607 (j. Martin); MORIN et BRIÈRE, *supra*, note 48, 904-905 (par. IV-101) et 908 (par. IV-102); VILLAGGI, *supra*, note 66, 349-350), le défaut des parties d'en arriver à un compromis raisonnable pour faire cesser la discrimination dont un salarié est l'objet peut clairement engager leur responsabilité.

¹⁶²³ *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, *supra*, note 521, 994 (j. Sopinka)

¹⁶²⁴ *Id.*, 995; *Autobus Legault Inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, *supra*, note 1163, 3024 (*per curiam*); *Guibord c. Canada*, [1997] 2 C.F. 17 (1^{ère} instance), 33-34 (j. Noël, par. 39 à 42)

¹⁶²⁵ Sur ce devoir d'information qui revient au salarié, voir : ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *supra*, note 1157, 23; BERNIER, GRANOSIK et PEDNEAULT, *supra*, note 656, 6-238 (par. 6.531); BOSSET, *supra*, note 549, 106; CORNISH et SIMAND, *supra*, note 677, 168 et 181; D'ANDREA, CORRY et FORESTER, *supra*, note 428, 4-74.3 (par. 4:5700); Anthony GRIFFIN, « The Duty to Accommodate at Arbitration : A Human Rights Perspective », (1996-1997) *Lab. Arb. Y.B.* 291, 296-297; HOLTZMAN, JENNINGS et SCHENCK, *supra*, note 1154, 291; KARLAN et RUTHERGLEN, *supra*, note 535, 32-33; KORT, *supra*, note 680, 264; LEE, *supra*, note 1152, 210-211; LEFRANÇOIS, *supra*, note 1179, 16; PROULX, *supra*, note 67, 81

¹⁶²⁶ *Autobus Legault Inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, *supra*, note 1163, 3024 (*per curiam*); COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU MANITOBA, *supra*, note 1173, 14

Jusqu'à ce jour, il faut admettre que la pratique généralement adoptée par elles face au fléau de la discrimination dans l'emploi a surtout été marquée par l'attentisme.¹⁶²⁷ Il est vrai qu'au fil des ans, des clauses anti-discrimination ont fait leur apparition dans maintes conventions collectives. Toutefois, l'action des parties pour garantir l'égalité aux salariés s'est trop souvent résumée à cette seule initiative.

En cela, employeurs et syndicats ont peut-être négligé le potentiel considérable que peut offrir la convention collective – et les mécanismes qu'elle peut comporter – soit pour *prévenir* la discrimination, soit pour y *remédier* efficacement quand elle prend néanmoins racine dans le milieu de travail.

Bien sûr, la complexité inhérente au concept d'égalité, et l'infinité de situations où les salariés pourront l'appeler en renfort dans l'espoir d'échapper à un préjudice quelconque, ne permettront jamais de convertir la convention collective en une sorte de loi immanente qui aurait réponse à tout. Néanmoins, il nous semble que l'enrichissement du texte des conventions collectives sous ce rapport pourrait avoir un effet bénéfique pour la gouverne des parties. Le présent chapitre renferme certaines propositions en ce sens.

Section 1 – L'insertion de dispositions pro-égalité dans la convention collective

À tort bien plus qu'à raison, le patronat prend rarement l'initiative sur le thème de la discrimination, estimant qu'il revient au syndicat de se l'approprier pour le traduire en revendications. Dans ces conditions, il n'est pas étonnant que le mouvement syndical tende à se donner comme objectif de « négocier des contrats en langage puissant et clair relativement aux questions touchant les droits de la personne ».¹⁶²⁸

¹⁶²⁷ Traitant du problème de la discrimination raciale, la CONFÉDÉRATION DES SYNDICATS NATIONAUX, *supra*, note 845, 23, l'admettait sans détour au début des années quatre-vingt-dix: « Dans nos syndicats, peu d'actions syndicales, que ce soit au niveau des recours habituels, de l'éducation ou de la sensibilisation, ont été entreprises pour contrer les problèmes du racisme. Ils font rarement l'objet d'interventions dans les réunions syndicales et n'ont à peu près pas d'autres tribunes où ils peuvent être débattus. »

Mais plus qu'un vague objectif, nous estimons que ce devrait être là une véritable priorité¹⁶²⁹ dont le déploiement, dans la convention collective, devrait d'abord se traduire par trois engagements formels : l'intégration d'une clause anti-discrimination de vaste portée, la reconnaissance explicite de l'obligation d'accommodement et l'aménagement d'un recours individuel à la procédure de grief pour la victime de discrimination.

A) Les clauses anti-discrimination

Si l'on observe des clauses anti-discrimination dans un nombre important de conventions collectives, les aléas de la négociation font en sorte que la teneur de ces dispositions varie presque à l'infini. Conséquemment, il demeure impossible de traiter de la question de manière exhaustive en tentant d'épuiser toutes les possibilités qui s'offrent aux parties. Cela dit, il importe de faire ressortir les principales considérations qui devraient les guider dans la négociation d'une clause à cet effet.

De manière générale, la rédaction législative commande « qu'une disposition générale soit placée devant ses dispositions d'application particulière ».¹⁶³⁰ Cette méthode de rédaction, « propre aux exercices de codification »¹⁶³¹, devrait également s'appliquer à la « loi des parties » que forme la convention collective. Chacune des dispositions de celle-ci étant subordonnée au principe d'égalité, lequel a valeur constitutionnelle, nous

¹⁶²⁸ CONGRÈS DU TRAVAIL DU CANADA, *supra*, note 80, par. 32, al. xi.

¹⁶²⁹ Sans négliger les efforts de certains syndicats sous ce rapport (WHITE, *supra*, note 673, 232), force est d'admettre que la question de la discrimination au travail n'occupe pas les premiers échelons dans l'ordre des priorités syndicales. À preuve, les sujets qui sont d'un intérêt certain pour les femmes et certaines minorités (politique contre le harcèlement, politique sur l'équité en matière d'emploi, congés pour obligations familiales, horaire variable et garderies) sont ceux qui figuraient aux derniers rangs dans l'ordre des priorités syndicales lors des plus récentes rondes de négociation : KUMAR, MURRAY et SCHETAGNE, *supra*, note 79, 53 (tableau 10). Un constat similaire a été fait aux États-Unis: JONES (1993), *supra*, note 103, 46 : « ...cultural diversity is not yet an overriding issue for unions. »

¹⁶³⁰ *B.(R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, 343 (J. Lamer, par. 27)

croyons qu'il conviendrait d'ouvrir la convention collective avec la clause anti-discrimination. Au lieu de noyer cette disposition fondamentale dans l'ensemble des normes négociées, les parties marqueraient ainsi encore plus clairement leur attachement aux valeurs de justice et de dignité qu'elle sous-tend.

La clause anti-discrimination étant généralement intégrée dans la convention collective à la demande du syndicat, il arrive qu'elle impose des obligations seulement à l'employeur. Un tel procédé nous apparaît discutable. De fait, si « la discrimination dans le milieu de travail est l'affaire de tout le monde »¹⁶³², il est indéniable qu'elle peut aussi émaner de tout le monde. Dès lors, rien ne justifie que la clause anti-discrimination ne comporte pas également des obligations pour le syndicat et les salariés.

Sur le plan du contenu de la clause anti-discrimination, nous identifions au moins trois types de clauses.¹⁶³³ La première peut être qualifiée de *clause à portée générale*. Les parties se limitent alors à prohiber la « discrimination » en général¹⁶³⁴ ou encore les distinctions injustes, illégales ou non pertinentes.¹⁶³⁵ À cette interdiction pourra

¹⁶³¹ OTIS et BRUNELLE, *supra*, note 480, 617

¹⁶³² *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, *supra*, note 521, 991 (J. Sopinka); CONGRÈS DU TRAVAIL DU CANADA, *supra*, note 409, 13

¹⁶³³ GENGE, *supra*, note 105, 166, souligne avec raison : « No-discrimination clauses can take several forms. » Par exemple, les clauses qui tendent à préserver les salariés contre les renvois sans « cause juste et suffisante » ont pu être interprétées de manière à interdire les congédiements fondés sur un motif illicite de discrimination: PICHER, *supra*, note 535, 213, 219-220 et 230; Benjamin WOLKINSON et Victor NICHOL, « Religious Discrimination : Arbitrating the Grievances », *Dispute Resolution Journal*, vol. 48, n° 4, 1993, 54, 60. En outre, si nous distinguons trois types de clauses aux fins de la présente étude, il faut bien admettre qu'une clause donnée peut être de type « mixte » en ce qu'elle combine des éléments propres à plus d'un des trois types décrits ici. Pour des exemples de clauses dites « mixtes », voir : Barb THOMAS et Charles NOVOGRODSKY, *Combating Racism in the Workplace : A Course for Workers*, Toronto, Cross Cultural Communication Centre, 1983, 108

¹⁶³⁴ Une convention collective intervenue entre le *Syndicat canadien de la fonction publique* et le *Conseil de gestion représenté par les conseils d'administration des hôpitaux du Nouveau-Brunswick (Groupe : commis, sténographes et mécanographes, services de l'établissement, services aux malades)* offre un exemple particulièrement saisissant du caractère général, voire absolu, que les parties peuvent donner au concept de discrimination. La clause 8.01 prévoit en effet « qu'aucune discrimination [...] ne doit être exercée [...] pour quelque raison que ce soit. » (nos italiques)

souvent se greffer d'autres types de conduite que l'on désire réprimer aussi, tel la coercition, la contrainte, le favoritisme, le harcèlement, l'ingérence, l'intimidation, les menaces, l'obstruction, l'oppression, les représailles ou les restrictions.

En pareil cas, l'imprécision inhérente au concept de discrimination laisse à l'arbitre de grief une grande latitude pour en définir la portée, ce qui peut lui permettre d'appliquer la clause à des situations que les parties n'avaient pas même envisagées. En revanche, rien ne garantit que l'interprétation éventuellement retenue par l'arbitre sera la plus généreuse qui soit. Imaginons le cas où les parties s'engagent à « n'exercer aucune discrimination, intimidation ou menace contre les salariés ». L'intimidation et la menace étant, par nature, le produit d'une volonté bien arrêtée, conclurait-on que seule la discrimination *intentionnelle* est interdite en application de la règle d'interprétation *noscitur a sociis*¹⁶³⁶ ? On le voit, l'imprécision du texte présente des risques certains.

La second type de clause anti-discrimination comporte un renvoi exprès à une charte ou à une loi sur les droits de la personne déterminée. On parle alors de *clause à renvoi par incorporation*. À titre d'exemple, les parties peuvent convenir qu'il n'y aura « aucune discrimination contre aucun salarié, en conformité avec la *Charte des droits et libertés de la personne* et la *Charte canadienne des droits et libertés*. »¹⁶³⁷ Ce faisant, les parties se trouvent à intégrer dans la convention collective les normes quasi constitutionnelle et constitutionnelle d'égalité. Dans les cas où l'employeur n'est pas un acteur gouvernemental, la mention de la *Charte canadienne* a pour effet de l'assujettir à l'article 15 du texte constitutionnel, disposition qui n'aurait pu lui être opposable à défaut d'une mention à cet effet. C'est là un avantage indéniable. Cependant, ce genre de renvoi n'offre pas au salarié, généralement néophyte en droit, la

¹⁶³⁵ Pour un exemple de clause semblable, voir : GENGE, *supra*, note 105, 167. Notons que le fait d'accoler l'un ou l'autre de ces qualificatifs à la notion de « discrimination » peut avoir pour effet de limiter la portée de la protection offerte : *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees' Association*, *supra*, note 847, 186-187 (arb. R.O. MacDowell)

¹⁶³⁶ Sur cette règle d'interprétation, voir : 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919, 1018-1020 (J. L'Heureux-Dubé, par. 195 à 199)

¹⁶³⁷ Voir par exemple la convention collective de travail entre *QIT-Fer et Titane Inc.* et le *Syndicat des ouvriers du fer et du titane (C.S.N.)*, 1995-2001, clause 22.01

possibilité de mesurer l'étendue de ses droits et obligations par la seule lecture du texte de la convention collective.¹⁶³⁸

Nous qualifierions de *clause à motifs énumérés* le troisième type de disposition conventionnelle visant à promouvoir l'égalité au travail. Cette clause comporte une énumération plus ou moins riche de motifs illicites de discrimination. Tantôt l'on reprendra, en tout ou en partie, les termes et expressions employés dans les chartes et lois sur les droits de la personne pour désigner les distinctions condamnables, tantôt l'on ajoutera une touche plus personnelle dans l'intention de circonscrire avec encore plus de précision un motif donné. Ainsi, selon les choix que font les parties, elles proscrireont les distinctions fondées sur l'une, quelques-unes ou l'ensemble des caractéristiques personnelles suivantes :

- la race (incluant la couleur, l'origine ethnique et nationale, la citoyenneté)
- le sexe (incluant la grossesse)
- l'orientation sexuelle
- l'état civil (incluant l'état conjugal, l'état matrimonial, les liens de parenté, la situation de famille, le statut familial ou la situation parentale)
- l'âge
- la religion et la croyance
- les convictions politiques (incluant l'adhésion, l'affiliation, l'allégeance ou l'appartenance syndicale et la participation aux activités syndicales)
- la langue
- la condition sociale (incluant le statut social, l'origine sociale ou les relations sociales)
- le handicap physique ou mental (incluant l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap, la dépendance à l'alcool ou aux drogues, les troubles affectifs)
- les antécédents judiciaires (incluant le statut de personne soupçonnée, accusée, acquittée, condamnée ou graciée)

Parfois, les parties donneront aux motifs qu'elles retiennent une définition restrictive : par exemple, l'on visera seulement les handicaps physiques ou encore les convictions

¹⁶³⁸ Pour des fins à tout le moins éducatives, nous croyons qu'il serait préférable d'offrir cette possibilité aux salariés en reprenant, dans la convention collective, les termes des dispositions législatives auxquelles les parties entendent s'en remettre: GENGE, *supra*, note 105, 167; HUNT, *supra*, note 835, 804

politiques partagées par un parti dûment reconnu. Or, toute tentative visant à limiter ainsi la protection contre la discrimination risque de se buter à la protection plus généreuse que les chartes et lois sur les droits de la personne dispensent.¹⁶³⁹ Puisque ces documents fondamentaux ont préséance sur la convention collective, la clause anti-discrimination devrait en épouser fidèlement les contours sous peine d'être déclarée inopérante à leur contact. En effet, de la même manière qu'une loi peut contrevenir aux normes d'égalité supralégislatives en raison de sa portée trop limitative¹⁶⁴⁰, une clause anti-discrimination qui omet d'inclure des groupes protégés par les chartes et lois sur les droits de la personne peut devoir être enrichie afin d'éviter qu'elle ne soit source d'un déni d'égalité pour certains salariés.

L'on dit qu'« à partir du moment où l'État accorde effectivement un avantage, il est obligé de le faire sans discrimination ».¹⁶⁴¹ À notre avis, la même logique devrait s'opposer aux parties à la convention collective.¹⁶⁴² Ainsi, bien qu'elles n'aient pas l'obligation formelle d'intégrer une clause anti-discrimination dans la convention collective¹⁶⁴³, elles ne devraient pas pouvoir adopter une disposition à cet effet tout en limitant son bénéfice à quelques-uns seulement des groupes protégés par les législateurs.¹⁶⁴⁴

¹⁶³⁹ Voir par analogie : *Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs*, *supra*, note 423 (*passim*)

¹⁶⁴⁰ *Schachter c. Canada*, *supra*, note 665, 699 : « ...l'incompatibilité peut s'entendre tant de ce qui a été omis du libellé de la loi que de ce qui y a été inclus à tort. » (j. Lamer); *Vriend c. Manitoba*, *supra*, note 382, 529-534 (j. Cory, par. 50 à 64); *M. c. H.*, *supra*, note 460, 84 (jj. Cory et Iacobucci, par. 137)

¹⁶⁴¹ *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, *supra*, note 382, 678 (j. LaForest, par. 73); *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, *supra*, note 669, 740 (j. Binnie, par. 69)

¹⁶⁴² Tacitement : *Commission des écoles catholiques de Québec c. Gobeil*, *supra*, note 631, 1893 (j. Robert)

¹⁶⁴³ Voir nos développements, *supra*, Titre I, Chapitre II, section 1, B), pp. 188 et suivantes

¹⁶⁴⁴ À notre avis, les propos que la Cour suprême du Canada tenait dans l'arrêt *Vriend c. Alberta*, *supra*, note 382, 533, s'appliqueraient, par analogie, aux clauses anti-discrimination qui n'englobent qu'une partie seulement des motifs de discrimination prohibés par les chartes et lois sur les droits de la personne : « Si l'omission n'était pas assujettie à la *Charte*, la loi trop limitative, rédigée de façon à simplement omettre une catégorie plutôt qu'à l'exclure expressément, serait à l'abri de la *Charte*. Si

En revanche, rien n'empêche les parties d'offrir aux salariés une protection contre la discrimination encore plus généreuse que celle que pourvoient les chartes et lois sur les droits de la personne.¹⁶⁴⁵ On pourrait très bien concevoir une clause anti-discrimination qui interdit, par exemple, les distinctions fondées sur le « lieu de résidence » des salariés¹⁶⁴⁶, leur « statut professionnel », leur « statut d'emploi » (salarié à temps complet, à temps partiel, sur appel, pigiste...) ¹⁶⁴⁷ ou leur « date d'embauchage ». ¹⁶⁴⁸ Ainsi, selon la réalité propre à un milieu de travail donné, d'autres caractéristiques personnelles pourraient venir s'ajouter à la liste des motifs de discrimination illicites.

ce point de vue était jugé valable, la forme et non le fond déterminerait si la loi peut être contestée, ce qui serait illogique, mais surtout injuste. » (j. Cory)

¹⁶⁴⁵ *Newfoundland Association of Public Employees c. Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre)*, *supra*, note 327, 16 (j. Major, par. 26); MAHONEY, *supra*, note 108, 22; MORIN et BRIÈRE, *supra*, note 48, 997 (par. IV-166); SWINTON et SWAN, *supra*, note 837, 116 (note 11)

¹⁶⁴⁶ Si les distinctions de cette nature peuvent se heurter aux droits à la liberté et à la sauvegarde de la vie privée, elles ne sont pas pour autant discriminatoires eu égard au libellé des Chartes canadienne et québécoise : *Godbout c. Longueuil (Ville)*, *supra*, note 419; *Gilbert c. Tribunal du travail*, [1998] R.J.D.T. 611 (C.S.)

¹⁶⁴⁷ Dans l'état actuel du droit, il semble assez peu probable que les chartes et lois sur les droits de la personne soient d'un très grand secours pour contrer ce type de distinction : *Gingras c. Canada*, [1990] 2 C.F. 68 (1^{re} instance), 100 (j. Dubé); *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, *supra*, note 111 (j. Bastarache, par. 44 et 45); Luc MARTINEAU, « Le statut d'emploi peut-il constituer un motif de distinction illicite en vertu du paragraphe 15(1) de la Charte canadienne et de l'article 10 de la Charte québécoise ? » dans BARREAU DU QUÉBEC, *Service de la formation permanente. Développements récents en droit administratif (1994)*, vol. 57, Cowansville, Yvon Blais, 1994, 127; MORIN et BRIÈRE, *supra*, note 48, 1316 (par. VI-11). Voir cependant : *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Sinatra*, J.E. 99-2197 (T.D.P.Q.), 9-11 (j. Rivet, par. 47 à 59). BICH, *supra*, note 495, 60, prétend pour sa part que ce type de distinctions, fréquentes en pratique (VALLÉE, *supra*, note 51, 300-302), pourrait être assimilé à une « discrimination » illicite au sens de l'article 47.2 du *Code du travail*.

¹⁶⁴⁸ Tel est le motif de distinction au cœur des clauses dites « orphelin » ou « grand-père » dont la formulation « ne met pas directement en cause l'un des critères de l'article 10 de la Charte [québécoise] », sous réserve d'une preuve – souvent très difficile à établir – « des effets indirectement discriminatoires » que ces clauses peuvent engendrer, « en particulier quant aux personnes qui intègrent le marché du travail, notamment les jeunes, les femmes et les immigrants » : COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, « La rémunération à double palier et les autres clauses dites « orphelins » dans les conventions collectives : conformité au principe de discrimination » (rédaction : Michel COUTU), Montréal, Direction de la recherche, résolution COM-428-5.1.4, 24 avril 1998, 1; Michel COUTU, « Les clauses dites « orphelins » et la notion de discrimination dans la Charte des droits et libertés de la personne », (2000) 55 *Relat. ind.* 308, 313-314; VALLÉE, *id.*, 302-303. Soulignons toutefois l'intervention récente du législateur québécois pour enrayer les distinctions fondées sur ce motif : *Loi modifiant la Loi sur les normes du travail en matière de disparités de traitement*, L.Q. 1999, c. 85

Par ailleurs, il arrive que par le truchement de la clause anti-discrimination, les parties s'assujettissent à une obligation mutuelle de « s'opposer activement à toute [...] discrimination lorsqu'elle devient évidente. »¹⁶⁴⁹ Or, à compter du moment où les chartes et lois sur les droits de la personne condamnent à la fois, et avec la même rigueur, la discrimination directe – laquelle est par nature « évidente » – et la discrimination indirecte – laquelle est par nature plus subtile –, l'engagement des parties à ne s'opposer activement qu'à la première apparaît bien modeste. Pour tout dire, la responsabilité de l'employeur et du syndicat de maintenir un milieu de travail empreint d'égalité n'est pas moins grande du seul fait que la discrimination s'y fait insidieuse. À notre avis, l'engagement formel des parties à lutter activement contre toute forme de discrimination serait bien plus porteur : il refléterait cette fois fidèlement la nature réelle des responsabilités communes qui leur sont dévolues par la jurisprudence.

Sans prétendre d'aucune façon à la perfection, qu'il nous soit permis de proposer ici une clause type apte, pensons-nous, à assurer aux syndiqués québécois une protection efficace contre la discrimination:

L'employeur, le syndicat et les salariés reconnaissent à toute personne le droit d'être traitée en pleine égalité, avec justice et dignité.

En conformité avec la *Charte des droits et libertés de la personne* (L.R.Q., c. C-12), ils s'engagent à n'exercer aucune discrimination, directe ou indirecte, fondée notamment sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap, l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap ou les antécédents judiciaires.

¹⁶⁴⁹ Voir, par exemple, la convention collective de travail entre la *Société d'électrolyse et de chimie Alcan Ltée*, complexe Jonquière et le *Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida, Inc.* (section des employés de bureau), 21 octobre 1995, clause 3.7

En outre, ils prennent tous les moyens raisonnables pour supprimer la discrimination dans leurs rapports de travail.

On aura compris que dans l'hypothèse où l'employeur est lié par la *Loi canadienne* du fait qu'il œuvre dans un domaine de compétence fédérale, le second paragraphe de la clause devrait plutôt renvoyer à cette dernière loi et aux motifs de discrimination illicites qu'elle énumère. En outre, si l'employeur peut aussi être qualifié d'« acteur gouvernemental » au sens de l'article 32 de la *Charte canadienne*, un renvoi à ce document constitutionnel s'imposerait également.

Si nous reconnaissons d'emblée l'importance de pourvoir les salariés d'une protection généreuse contre la discrimination, cette garantie ne saurait être absolue. Tout fondamental qu'il soit, le droit à l'égalité doit parfois connaître des limites.

Puisque la Cour suprême du Canada semble néanmoins d'avis qu'il est loisible aux parties de répudier cette logique¹⁶⁵⁰, aussi bien les inciter à inclure dans la convention collective une disposition qui tend à la rétablir. Les normes justificatives que l'on retrouve ça et là dans les chartes et lois sur les droits de la personne et la jurisprudence qui les a interprétées peuvent servir d'inspiration. Toutefois, les moyens de défense au cœur de ces normes étant ordinairement réservés aux employeurs¹⁶⁵¹, il nous apparaît souhaitable d'y ajouter un nouveau moyen de défense qui vise plus précisément les syndicats :

Toutefois, une distinction, exclusion ou préférence directement ou indirectement discriminatoire est réputée licite si elle est objectivement fondée sur les aptitudes ou qualités essentielles requises par un emploi ou si elle est raisonnablement nécessaire pour éviter une atteinte importante aux droits d'autrui.

¹⁶⁵⁰ Voir nos développements, *supra*, Titre I, chapitre II, section I, B), I.. pp. 191 et suivantes

¹⁶⁵¹ *Supra*, note 1077

Quant à l'employeur assimilable à un acteur gouvernemental, il n'est pas impossible que la gamme de ses moyens de défense puisse être plus vaste. En effet, contrairement aux dispositions justificatives de la *Charte québécoise* et de la *Loi canadienne*, l'article premier de la *Charte canadienne* permet aux parties de restreindre les droits à l'égalité « dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société démocratique », pourvu qu'elles le fassent, toutefois, au moyen d'une « règle de droit » ou en s'appuyant sur une telle règle.¹⁶⁵² On aura compris que si, ultimement, les tribunaux en venaient à exclure les dispositions d'une convention collective de la notion de « règle de droit », les moyens de défense de l'employeur gouvernemental s'en trouveraient en retour considérablement plus restreints.¹⁶⁵³

B) Les clauses d'accommodement

Tenant pour acquis que l'obligation d'accommodement est « une partie intégrante du droit à l'égalité en milieu de travail »¹⁶⁵⁴, il est raisonnable de prétendre que la présence d'une clause anti-discrimination dans la convention collective permet implicitement « la mise en place d'un accommodement efficace ».¹⁶⁵⁵ D'ailleurs, les cas où les arbitres de griefs s'inspirent de ces clauses pour s'aventurer sur le domaine de l'accommodement

¹⁶⁵² Voir, par analogie, *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, 531 (j. Dickson); *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, *supra*, note 729, 981 (jj. Dickson, Lamer et Wilson); *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, 1079-1081 (j. Lamer, diss.); *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595, 616 (j. Iacobucci); *Bahlsen c. Canada (Ministre des transports)*, [1997] 1 C.F. 800 (C.A.), 819 (j. Isaac, par. 54) (autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée : [1997] 2 R.C.S. v)

¹⁶⁵³ Sans être absolument concluantes sur la question, les autorités citées, *supra*, note 585, ne permettent pas de croire que les tribunaux en arriveront à cette dernière conclusion, même s'il faut bien admettre que les conventions collectives s'apparentent davantage à des normes juridiques « individualisées » qu'à des normes « générales et impersonnelles » comme le sont, par exemple, les lois ou les règlements. Toutefois, la jurisprudence montre que l'application de l'article premier de la *Charte canadienne* n'a justement pas été confinée à ces dernières normes. Voir à ce propos : BRUN et TREMBLAY, *supra*, note 504, 929; Danielle PINARD, « Les seules règles de droit qui peuvent poser des limites aux droits et libertés protégés et l'arrêt *Slaight Communications* », (1991) 1 *N.J.C.L.* 1

¹⁶⁵⁴ *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, *supra*, note 431, 544-545 (j. Cory)

¹⁶⁵⁵ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Centre hospitalier Robert-Giffard*, *supra*, note 839, 655 (j. Sheehan, par. 24)

sont devenus de plus en plus fréquents.¹⁶⁵⁶ Toutefois, l'expérience montre que rien ne vaut un texte au libellé clair et explicite pour donner force à un engagement contractuel. C'est d'ailleurs pourquoi d'aucuns proposent la négociation de clauses visant à baliser le devoir d'accommodement.¹⁶⁵⁷

À ce jour, la pratique consistant à préciser dans la convention collective la portée et les limites de l'obligation d'accommodement semble fort peu répandue.¹⁶⁵⁸ Le désir des syndicats d'être consultés par l'employeur chaque fois que celui-ci est saisi d'une demande d'accommodement expliquerait en partie cette situation.¹⁶⁵⁹

Pourtant, la nécessité d'établir avec une certaine précision la teneur de l'obligation d'accommodement apparaît indéniable. De fait, si délicat soit-il, cet exercice comporte des avantages non négligeables. D'une part, il contribue à détruire le mythe voulant qu'une demande d'accommodement constitue, en fait, une demande de traitement de faveur ou de privilège indu.¹⁶⁶⁰ D'autre part, il témoigne de manière éloquente du souci des parties de combattre la discrimination en offrant aux salariés un traitement équitable qui tient dûment compte de leurs besoins particuliers.¹⁶⁶¹

¹⁶⁵⁶ CARTER, *supra*, note 265 (*passim*); JOHNSTON, *supra*, note 542, 735

¹⁶⁵⁷ ERVIN, *supra*, note 631, 966; PRITCHARD, *supra*, note 293, 409; WORKERS WITH DISABILITIES PROJECT, *supra*, note 1058, 12

¹⁶⁵⁸ Ainsi, CORNISH et SIMAND, *supra*, note 677, 168, observent que les conventions collectives comportent rarement des clauses précisant les types de pratiques religieuses qui peuvent être acceptées au travail ni du reste la nature de l'accommodement qui peut être offert. Ce vide normatif doit dès lors être comblé tantôt par les arbitres de griefs, tantôt par les tribunaux sur les droits de la personne. Selon elles, les employeurs et les syndicats devraient préférablement négocier des clauses d'accommodement de manière à ce que les mesures d'accommodement éventuellement retenues répondent le mieux possible aux attentes des parties signataires, du milieu de travail et de l'employé visé.

¹⁶⁵⁹ LUND et DECLERCQ, *supra*, note 829, 51

¹⁶⁶⁰ ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *supra*, note 1157, 25; CONFÉDÉRATION DES SYNDICATS NATIONAUX, *supra*, note 1044, 23; PROULX, *supra*, note 33, 704

¹⁶⁶¹ ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *ibid.*

Le défaut, presque généralisé, de reconnaître explicitement l'obligation d'accommodement et ses limites dans les conventions collectives nous prive de l'éclairage des parties en pareille matière. Cela dit, nous croyons que la clause d'accommodement qu'il conviendrait d'intégrer à la suite de la clause anti-discrimination pourrait s'apparenter à celle-ci :

L'employeur, le syndicat et les salariés reconnaissent qu'ils ont une obligation d'accommodement raisonnable envers tout salarié qui, par leur fait ou omission, est victime de discrimination directe ou indirecte.

Ils ne peuvent être dégagés de cette obligation que si les mesures nécessaires pour répondre aux besoins spécifiques de ce salarié constituent une contrainte excessive eu égard aux coûts qu'elles impliquent, à l'importance des droits auxquels elles peuvent porter atteinte ou à l'ampleur des perturbations qu'elles peuvent entraîner dans le milieu de travail.¹⁶⁶²

À cet égard, la nécessité de déroger à la convention collective afin d'exécuter une obligation d'accommodement raisonnable ne constitue pas, en soi, une contrainte excessive.¹⁶⁶³

Puisque nous estimons qu'une mesure d'accommodement requise pour assurer le respect des droits à l'égalité d'un salarié n'est pas forcément déraisonnable du seul fait qu'elle est incompatible avec les dispositions d'une convention collective, les parties seraient bien avisées d'établir certaines règles destinées à régir ce genre de situations.

L'on pourrait d'abord consacrer le principe voulant qu'en présence de plusieurs possibilités d'accommodement raisonnable, l'on privilégie celles qui n'emportent pas

¹⁶⁶² La formulation retenue pour ce paragraphe évoque implicitement notre division tripartite des critères de détermination de la contrainte excessive, *supra*, Titre II, Chapitre I, Section 2, B), pp. 279-281

¹⁶⁶³ Ce dernier paragraphe nous apparaît d'une grande importance du fait que certains syndicats tendent à inclure dans les clauses antidiscrimination qu'ils négocient la mention « Le tout en conformité avec la convention collective en vigueur » : voir la clause de non-discrimination « modèle » que propose la CONFÉDÉRATION DES SYNDICATS NATIONAUX, *supra*, note 845, 29. À notre avis, une

une dérogation à la convention collective.¹⁶⁶⁴ Ensuite, dans les cas où le choc avec les droits conventionnels demeure manifestement inévitable, l'on devrait prévoir l'implication du syndicat dans le processus d'accommodement. À cette fin, les parties pourraient négocier une clause similaire à celle qui suit :

Le salarié victime de discrimination directe ou indirecte a droit à un accommodement raisonnable pour y mettre fin.

Il doit faire connaître la nature de ses besoins ou porter sa demande d'accommodement à l'attention du syndicat, lequel en informe l'employeur dans les meilleurs délais. Si le salarié fait plutôt connaître la nature de ses besoins ou porte sa demande d'accommodement directement à l'employeur, celui-ci en informe le syndicat dans les meilleurs délais.

Une fois informées des besoins ou de la demande d'accommodement du salarié, les parties doivent immédiatement négocier en vue de convenir d'une mesure d'accommodement raisonnable et d'assurer efficacement sa mise en œuvre, dans le respect des droits du salarié, de ses collègues, du syndicat et de l'employeur.

Bien sûr, les possibilités qui s'offrent aux parties surabondent.¹⁶⁶⁵ Ainsi, aux fins d'accommoder un salarié victime de discrimination, l'on pourrait envisager tout un ensemble de dispositions prévoyant, par exemple, une dérogation possible aux règles d'ancienneté¹⁶⁶⁶, de classification, d'affichage de poste¹⁶⁶⁷ ou établissant « le processus

mention de ce genre est à proscrire parce que l'atteinte de l'égalité réelle des chances commande parfois une dérogation à la convention collective.

¹⁶⁶⁴ *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, *supra*, note 521, 991 (J. Sopinka); *MacMillan Bloedel (Powell River) v. C.E.P., Loc. 76 (97-71)*, *supra*, note 1281, 54 (arb. J.M. MacIntyre); ROTTENBERG, *supra*, note 1261, 187

¹⁶⁶⁵ GEORGE, *supra*, note 1585, 141 : « The possibilities, of course, are as varied as the imaginations of the negotiators. » On trouvera des exemples additionnels de clauses possibles en lisant : BRUYERE, GOMEZ et THAYER-HANDLEMANN, *supra*, note 572, 642-643

¹⁶⁶⁶ DUBAULT, *supra*, note 1187, 1293; PICHER, *supra*, note 535, 216, souligne que plusieurs conventions collectives comporteraient des dispositions visant à faire primer l'obligation

à suivre pour tenter conjointement d'accommoder le plaignant ». ¹⁶⁶⁸ C'est dire l'ampleur du chantier qui s'ouvre devant les parties à la convention collective.

C) Le recours individuel à la procédure de grief

On aura beau barder les salariés des droits les plus nobles qui soient par le truchement de la convention collective, celle-ci ne s'élèvera jamais au-delà des vœux pieux si le syndicat refuse de s'en faire le défenseur. S'il n'est pas usuel que le mouvement syndical abdique sa responsabilité à cet égard, cela demeure néanmoins une possibilité bien réelle. Fort de son monopole de représentation et du droit – qu'il se réserve généralement en exclusivité – de saisir ou non le tribunal d'arbitrage d'un grief ¹⁶⁶⁹, le syndicat peut, par un simple refus, faire obstacle à la revendication d'égalité d'un salarié.

Nous avons pleinement évoqué les raisons pour lesquelles cette situation nous paraît inacceptable. ¹⁶⁷⁰ Considérant le problème névralgique, dirions-nous, des coûts inhérents à la tenue des séances d'arbitrage, les parties voudront convenir d'un mode de partage équitable, eu égard à leurs ressources. Cela étant, elles devront résister à la tentation de vouloir accabler le salarié en lui refilant une portion trop considérable de la facture, ce qui aurait manifestement pour effet de le dissuader d'exercer personnellement ses droits. ¹⁶⁷¹

d'accommodement sur les droits d'ancienneté. Soulignons que les parties pourraient tout aussi bien intégrer dans la convention collective les nombreux facteurs que la méthode multi-factorielle, évoquée au chapitre précédent (*supra*, note 1586, et les développements qui y correspondent), appelle à soupeser pour disposer des cas de conflits entre les droits à l'égalité et les droits d'ancienneté.

¹⁶⁶⁷ MCINTYRE, *supra*, note 472, 287. Pour un exemple de cas où les règles d'affichage ont été écartées pour faciliter la mise en œuvre d'une mesure d'accommodement en faveur d'un salarié handicapé, voir : *MacMillan Bloedel (Powell River) v. C.E.P., Loc. 76 (97-71)*, *supra*, note 1281

¹⁶⁶⁸ MORIN, *supra*, note 1066, 741

¹⁶⁶⁹ Voir la doctrine citée, *supra*, note 960

¹⁶⁷⁰ Voir nos développements, *supra*, Titre I, Chapitre II, Section 2, B), pp. 222 et suivantes

Le projet de clause que nous proposons bien humblement ici tente donc de concilier les intérêts de chacun :

Tout salarié qui s'estime victime de discrimination au sens de la présente convention peut déférer son grief à l'arbitrage dans les cas où le syndicat refuse de le faire.

Sur présentation des pièces justificatives pertinentes, le syndicat paie les honoraires et débours raisonnables dus au représentant du salarié pour la préparation et la tenue de l'enquête et l'audition devant l'arbitre de grief.

Le syndicat est de plein droit partie à l'audience devant l'arbitre de grief.

Si l'arbitre rejette le grief au motif qu'il est frivole, vexatoire ou empreint de mauvaise foi, il ordonne au salarié de rembourser le syndicat pour toute somme avancée en application de la présente clause.

Si l'arbitre accueille le grief ou le rejette pour tout autre motif, il peut condamner le salarié à payer personnellement, en tout ou en partie, les honoraires et débours dus à son représentant et la part des honoraires, frais et allocations d'arbitrage ordinairement assumée par le syndicat. À cette fin, l'arbitre considère notamment les facteurs suivants :

- a) la situation patrimoniale du salarié ;
- b) le montant de l'indemnité accordé au salarié, le cas échéant ;
- c) la gravité, tant par sa nature que sa durée, de la discrimination subie par le salarié ;
- d) la responsabilité respectivement imputable à l'employeur ou au syndicat dans l'atteinte au droit du salarié.

Comme toute proposition, nous sommes conscient que celle que nous avançons ici peut être améliorée par les intervenants du monde du travail. Néanmoins, nous aimons croire qu'elle pourrait servir de base à une réflexion devenue nécessaire eu égard à la

¹⁶⁷¹ ADELL, *supra*, note 801, 256

nature fondamentale du droit à l'égalité et à la nécessité d'aménager une voie de recours efficace pour en assurer le respect, en toute diligence.

Section 2 – La création d'un comité d'égalité conjoint

L'on a dit des années quatre-vingt-dix qu'elles pouvaient être qualifiées « sans équivoque de décennie consensuelle dans les relations industrielles au Québec », évoquant notamment par là « les nombreux exercices ponctuels ou permanents de concertation » et de « partenariat dans l'entreprise ».¹⁶⁷² Or, en matière de discrimination peut-être plus qu'en tout autre matière, employeurs et syndicats devraient justement se percevoir d'abord comme des « partenaires sociaux » plutôt que des parties antagonistes.

Certes, ils ne peuvent négliger l'importance d'insérer, dans la convention collective, des dispositions de droit substantiel pour assurer la protection constante des droits à l'égalité en milieu de travail. Toutefois, à ce mode d'intervention principalement curatif devrait s'ajouter un mécanisme préventif destiné à sensibiliser, d'une part, les salariés à l'indifférence, aux préjugés et aux stéréotypes qui donnent prise à la discrimination et à assurer, d'autre part, la défense des normes conventionnelles d'égalité par des méthodes non conflictuelles.

Le maintien d'un milieu de travail exempt de discrimination étant une responsabilité conjointe de l'employeur et du syndicat, ne devraient-ils pas conjuguer leurs efforts pour réaliser cet objectif fondamental ? À notre avis, le moyen tout désigné pour atteindre cette fin éminemment souhaitable passe par la création d'un comité paritaire pour l'égalité au travail.¹⁶⁷³

¹⁶⁷² CHAREST, TRUDEAU et VEILLEUX, *supra*, note 235, 31; CHAREST, *supra*, note 71, 150, évoque la « grande mouvance de la participation/concertation/partenariat des années 1990. »

¹⁶⁷³ Bien que de façon générale, l'on tarde toujours à y donner suite, une suggestion similaire a déjà été faite: CONFÉDÉRATION DES SYNDICATS NATIONAUX, *supra*, note 845, 26; CONGRÈS DU TRAVAIL DU CANADA, *supra*, note 80, par. 32, al. xii; FÉDÉRATION DES TRAVAILLEURS ET TRAVAILLEUSES DU QUÉBEC, *supra*, note 1350, 12 : « Il est [...] très important que des

A) La formation du comité

À partir des années soixante, un certain nombre d'organisations syndicales en sont venues à établir des comités internes sur la condition féminine¹⁶⁷⁴ ou sur le sujet plus vaste des droits de la personne¹⁶⁷⁵ afin de faire avancer la cause des femmes et des minorités visibles.¹⁶⁷⁶ Sans aller jusqu'à prétendre que cette préoccupation était exclusive au mouvement syndical, force est d'admettre que les associations patronales y ont été traditionnellement indifférentes. On peut donc prédire que les principales résistances contre une éventuelle proposition d'établir un comité d'égalité paritaire viendront surtout du front patronal.¹⁶⁷⁷

Pourtant, les arguments de nature à vaincre ces résistances ne manquent pas. D'abord, tant pour l'employeur que le syndicat, le défaut d'intervenir fermement contre la discrimination qui se manifeste sur les lieux de travail peut avoir des conséquences fâcheuses : qu'il suffise d'évoquer, au nombre de celles-ci, les recours administratifs et judiciaires qui peuvent être exercés contre eux par les victimes, la diffusion d'une

recours soient prévus afin de défendre [...] toutes les personnes susceptibles d'être victimes de discrimination et de harcèlement [...]. On peut penser, par exemple, à la mise sur pied d'un comité paritaire patronal-syndical de plaintes concernant la discrimination et le harcèlement pour quelque motif que ce soit, le handicap y inclus. » ; LESTER, *supra*, note 84, 1213-1215; MCUSIC et SELMI, *supra*, note 85, 1372 ; ROBERTS et LUNDY, *supra*, note 1259, 35-36

¹⁶⁷⁴ NASH et GOTTHEIL, *supra*, note 831, 51-52

¹⁶⁷⁵ WHITE, *supra*, note 673, 219 et suivantes

¹⁶⁷⁶ TCA-CANADA, *Énoncé des TCA sur l'accès à l'égalité*, North York (On), Service de la condition féminine et des communications des TCA, 1992, 2

¹⁶⁷⁷ Sans la tenir pour acquise, disons que l'adhésion du syndicat à ce genre de proposition nous apparaît probable du fait qu'elle s'assortit généralement de conditions plutôt modestes: RIOUX, *supra*, note 48, 58 : « Mis à part la participation en matière de santé et de sécurité au travail, la législation ne prévoit pas de mécanismes de participation tels que les comités d'entreprise que nous retrouvons en Europe. Les mécanismes conjointement définis par la convention collective sont généralement limités aux questions relevant de l'application de la convention. C'est donc dire que la participation aux autres aspects est faite sur une base *ad hoc*. Dans certaines entreprises, nous avons constaté l'implantation de programmes relevant de la qualité de la vie au travail. *Notre position est que ces programmes doivent faire l'objet de négociation, que le caractère représentatif du syndicat à l'échelle locale soit assuré, et que le programme doit poursuivre un objectif de démocratie dans l'entreprise...* » (nos italiques)

mauvaise image dans les médias d'information ou la détérioration des relations interpersonnelles dans le milieu de travail.¹⁶⁷⁸

Ensuite, sur un plan purement économique, une main-d'œuvre diversifiée constitue un atout certain¹⁶⁷⁹, surtout à l'ère de la mondialisation des marchés.¹⁶⁸⁰ D'une part, puisque fort peu de femmes sont tentées de poursuivre une carrière chez un employeur qui prône ou tolère la misogynie, l'entreprise qui souhaite demeurer concurrentielle ne peut tout simplement plus se priver de la possibilité d'attirer et de maintenir à son service du personnel féminin qualifié.¹⁶⁸¹ La même logique vaut bien sûr pour les salariés autochtones, juifs, noirs, handicapés ou homosexuels, pour ne citer que ces exemples.¹⁶⁸² La constitution d'un comité visant à mieux protéger les droits de ces salariés est donc tout à fait conciliable avec les intérêts économiques de l'employeur.

¹⁶⁷⁸ CONFÉDÉRATION DES SYNDICATS NATIONAUX, *supra*, note 845, 22; Canada (Procureur général) c. Boutilier, *supra*, note 871, 44 (J. Linden, par. 27)

¹⁶⁷⁹ HENDERSON, *supra*, note 98, 9 : « Diversity benefits organizations in the following ways : (1) CEOs who value diversity promote a harmonious workforce and better serve customers and clients who are culturally diverse ; (2) managers and supervisors skilled in managing culturally diverse subordinates run productive departments ; (3) managers and supervisors who are comfortable with culturally diverse employees facilitate less worker turnover and greater work efficiency ; and (4) employees who value diversity interact more effectively with each other, thereby enhancing productivity and job satisfaction. » Voir dans le même sens : GOUVERNEMENT DE L'ONTARIO, *Des résultats par la diversité : un guide pour les entreprises*, Toronto, Publications Ontario, 1997, 11 ; Peter HERRIOT et Carole PEMBERTON, *Competitive Advantage Through Diversity*, Thousand Oaks (Cal.), SAGE Publications, 1995 ; Phebe-Jane POOLE, *Diversity : A Business Advantage*, Ajax (On), Poole Publishing Co, 1997, 27-41. Incidemment, selon un sondage tenu auprès de certaines entreprises, plus de 40% d'entre elles estiment que la diversité de la main-d'œuvre est « importante » (20%), voire « très importante » (21%) pour l'organisation : Sabine KIM, « Fortune 500 companies diversify », *Workplace News*, vol. 4, n° 10, octobre 1998, 16

¹⁶⁸⁰ Constantine PASSARIS, « Human Rights Commissions in Canada : A New Vision for a New Century », (1995) 8 *C.J.A.L.P.* 295, 307

¹⁶⁸¹ Palaniappan ANDIAPPAN, Martha REAVLEY et S. SILVER, « Discrimination Against Pregnant Employees : An Analysis of Arbitration and Human Rights Tribunal Decisions in Canada », (1990) *J. Bus. Ethics* (n° 9) 143, 149

¹⁶⁸² BURSTEIN, *supra*, note 299, 173; Martin M. CHEMERS, Mark A. COSTANZO et Stuart OSKAMP, « An Introduction to Diversity Organizations », dans Martin M. CHEMERS, Mark A. COSTANZO et Stuart OSKAMP (dir.), *Diversity in Organizations : New Perspectives for a Changing Workplace*, Thousand Oaks, SAGE Publications, 1995, 1, 1-2 : « In terms of selection and placement, a broader talent pool means more high-quality employees from which to choose. In terms of creativity, innovation, and performance, demographic diversity can also mean diversity of

D'ailleurs, la diversité ethnoculturelle des salariés permet aux entreprises de se familiariser avec les besoins, la culture et les valeurs propres aux citoyens de ces communautés ou pays étrangers avec lesquels elles désirent souvent établir des relations d'affaires.¹⁶⁸³ La connaissance que ces salariés ont de la langue et des pratiques commerciales qui ont cours dans leur pays d'origine peuvent ainsi permettre aux entreprises d'accéder plus facilement à ces nouveaux marchés.¹⁶⁸⁴ Mais pour pouvoir tirer profit de ces avantages, les entreprises doivent être en mesure d'offrir à ces salariés de toutes origines un milieu de travail valorisant dans lequel ils voudront s'investir et où leur différence ne sera pas perçue comme un obstacle. Or, un comité pour l'égalité pourrait avoir un apport très significatif sous ce rapport.¹⁶⁸⁵

D'autre part, l'employeur ne peut davantage fonder ses appréhensions sur la peur de l'inconnu. En effet, le recours aux comités paritaires est une pratique de plus en plus répandue dans les milieux de travail syndiqués.¹⁶⁸⁶ Dès le début des années quarante, le premier ministre canadien Mackenzie King préconisait déjà la création d'un comité patronal-syndical dans toutes les entreprises du pays, proposition qui allait être suivie par bon nombre d'entre elles.¹⁶⁸⁷ Plus près de nous, la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* prévoit la création de comités paritaires de santé et sécurité aux fins de favoriser

perspectives and ideas. » : HARVEY et BLAKELY, *supra*, note 75, 12 (par. 1025); KRENEK, *supra*, note 637, 1994

¹⁶⁸³ DONNELLON et KOLB, *supra*, note 102, 149 ; WEINER, *supra*, note 87, 8

¹⁶⁸⁴ Christine L. TAYLOR, *Dimensions of Diversity in Canadian Business : Building a Business Case for Valuing Ethnocultural Diversity*, Ottawa, Conference Board of Canada, 1995, 1-2

¹⁶⁸⁵ Cette initiative n'est évidemment pas la seule qui peut être prise. Par exemple, un programme d'aide au personnel pourrait aussi « s'avérer un moyen d'intervention efficace face aux effets du multiculturalisme dans l'entreprise d'aujourd'hui » : Michelle ALAIN, « L'organisation d'aujourd'hui face au multiculturalisme », *Info ressources humaines*, vol. 17, n° 14, juin/juillet 1995, 10, 11

¹⁶⁸⁶ Céline LAPORTE, « Pratiques innovatrices en milieu de travail », *Gazette du travail*, vol. 2, n° 3, automne 1999, 64

¹⁶⁸⁷ Peter S. MCINNIS, « Teamwork for Harmony : Labour-Management Production Committees and the Postwar Settlement in Canada », *Canadian Historical Review*, vol. 77, n° 3, septembre 1996, 317 ; Daphne G. TARAS, « Why Nonunion Representation is Legal in Canada », (1997) 52 *Relat. Ind.* 763, 773-774

la réalisation de son objet.¹⁶⁸⁸ Cette initiative du législateur québécois donne justement des résultats encourageants.¹⁶⁸⁹

Si le droit des salariés à « la santé, la sécurité et l'intégrité physique »¹⁶⁹⁰ est indiscutablement important¹⁶⁹¹, le droit à l'égalité n'est pas moins fondamental. Partant, l'on pourrait très certainement s'inspirer de la structure mise en place en matière de santé et sécurité du travail pour établir, en faisant les adaptations nécessaires, un comité patronal-syndical contre la discrimination.¹⁶⁹²

Les parties devraient s'entendre sur le nombre de personnes qui composeront le comité, sans pour autant déroger à la règle du paritarisme.¹⁶⁹³ Quant aux représentants respectifs du syndicat et de l'employeur, rien n'exige qu'ils soient tous employés ou dirigeants de l'entreprise ou de l'institution. Par exemple, les parties pourraient fort bien opter pour un mélange de gens de l'interne et de personnes de l'extérieur de l'entreprise ou de l'institution « qui ont une expérience, une expertise, une sensibilisation et un intérêt marqués en matière de droits et libertés de la personne. »¹⁶⁹⁴ En outre, tous les efforts devraient être déployés pour assurer la présence de femmes et

¹⁶⁸⁸ L.R.Q., c. S-2.1, art. 68 et suivants

¹⁶⁸⁹ Marcel SIMARD, « Le paritarisme et les lésions professionnelles : l'impact des comités conjoints de santé-sécurité sur les accidents du travail », dans Reynald BOURQUE et Gilles TRUDEAU (dir.), *Le travail et son milieu : cinquante ans de recherche à l'École des relations industrielles*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1995, 293, 303

¹⁶⁹⁰ *Id.*, art. 2, al. 1

¹⁶⁹¹ C'est même le tout premier droit garanti par la *Charte québécoise* : « 1. Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne. [...] »

¹⁶⁹² Incidemment, on trouve un pareil comité à la Commission de transport régionale d'Ottawa-Carleton (*OC Transpo*) mais celui-ci ne vise que les salariés handicapés : GOUVERNEMENT DU CANADA, *Études de cas de pratiques exemplaires dans l'emploi de personnes handicapées*, Groupe de consultation sur l'équité en emploi pour les personnes handicapées, Ottawa, mai 1994, 151-152. Notons qu'aux États-Unis, l'adoption de l'*Americans with Disabilities Act* en 1990 a entraîné la création de comités semblables : James B. PARKS, « Unions Helping to Make Disabilities Work », *AFL-CIO News*, vol. 40, n° 16, 31 juillet 1995

¹⁶⁹³ CONFÉDÉRATION DES SYNDICATS NATIONAUX, *supra*, note 845, 28

de membres des minorités au sein du comité.¹⁶⁹⁵ Idéalement, les personnes directement impliquées dans la négociation de la convention collective ne devraient pas en faire partie pour des raisons évidentes¹⁶⁹⁶.

Deux aspects opérationnels et une dimension psychologique devraient [...] caractériser les comités et faire en sorte qu'ils soient des tables de concertation. Le premier aspect opérationnel a trait à la composition du comité : ne devraient pas y siéger des travailleurs ou des représentants patronaux qui s'occupent d'autres questions du champ des relations patronales-ouvrières. Le second aspect opérationnel a trait au mode d'étude des questions : les problèmes soumis à l'attention des membres du comité doivent être étudiés à leur mérite et non comme une monnaie d'échange face à un autre enjeu. Enfin, dernière caractéristique, les membres du comité sont amenés, dans ces conditions, à travailler dans un climat de confiance i.e. sans se préoccuper de créer un précédent, sans cacher de renseignements, sans être obligés de prévoir une stratégie de repli. »¹⁶⁹⁷

De plus, le fait de départager les membres du comité pour l'égalité des membres du comité de négociation offrirait aux premiers un recul propice aux propositions de changement dans le sens d'une plus grande égalité, propositions dont les seconds pourraient évidemment bénéficier pour améliorer la convention collective.

¹⁶⁹⁴ Nous empruntons ici la formule retenue par le législateur québécois pour la composition du Tribunal des droits de la personne : art. 101, al. 1, *Charte québécoise*

¹⁶⁹⁵ Comme l'écrit, dans une autre perspective, Andrew SHARPE, « La coopération syndicale-patronale au Canada : vue d'ensemble », dans Diane-Gabrielle TREMBLAY (dir.), *Concertation et performance économique : vers de nouveaux modèles ?*, Sainte-Foy, presses de l'Université du Québec, 1995, 169, 182 : « Un autre défi important auquel fait face la coopération entre le patronat et les syndicats consiste à veiller à ce que les vues et intérêts d'autres regroupements, comme les groupes de promotion de l'équité (les minorités visibles, les personnes handicapées, les femmes et les Autochtones), soient intégrés dans la direction et le fonctionnement des nouveaux organismes. »

¹⁶⁹⁶ Roy J. ADAMS, « Deux approches de la décision ouvrière-patronale à l'échelon de l'entreprise », dans RIDDELL (coor.), *supra*, note 61, 110 : « De par leur nature, les comités d'entreprise sont prévus pour fonctionner par la coopération, tandis qu'en négociation collective, les parties se comportent en adversaires. »

¹⁶⁹⁷ Kenneth GEORGE, « Les comités de santé et de sécurité au travail : tables de concertation ou de négociation ? », (1985) 40 *Relat. Ind.* 512, 516

Enfin, le mandat des membres du comité pour l'égalité devrait être d'une durée limitée de manière à favoriser le renouvellement de sa direction et des idées qu'elle véhicule.

B) Les fonctions du comité

Faute de directives législatives, il appartiendra aux parties à la convention collective de déterminer, en dernière analyse, les fonctions qu'elles entendent confier au comité paritaire. Est-il besoin de préciser que l'efficacité du comité pour l'égalité dépendra de l'ampleur des responsabilités qu'elles daigneront bien lui attribuer ?

Cela étant, la première mission qui devrait être confiée au comité l'appelle à sensibiliser les salariés au fléau de la discrimination de manière à les mobiliser contre toutes ses manifestations sur les lieux de travail, les plus évidentes comme les plus insidieuses. À l'ignorance, qui n'est jamais bien loin derrière toute forme d'intolérance, il faut opposer l'éducation¹⁶⁹⁸ et « diffuser l'information nécessaire à l'élimination des préjugés ».¹⁶⁹⁹

La dispense de cours, de séances ou de séminaires d'information¹⁷⁰⁰ ainsi que la tenue de campagnes de sensibilisation¹⁷⁰¹ (guides d'information et d'intervention¹⁷⁰², journal, tracts, affiches, documents audio-visuels, macarons...)¹⁷⁰³ figurent au nombre des modes

¹⁶⁹⁸ ANNABLE, *supra*, note 1562, 35-36 ; GENGE, *supra*, note 105, 168 ; HODGES, *supra*, note 299, 619 ; HUNT, *supra*, note 835, 804 ; JONES, *supra*, note 103 (*passim*) ; THOMAS et NOVOGRODSKY, *supra*, note 1633 (*passim*) ; WORKERS WITH DISABILITIES PROJECT, *supra*, note 1058, 9 ; WRENCH, *supra*, note 94, 171-173. D'ailleurs, comme le soutient OTIS, *supra*, note 977, 581, « [...] l'application directe des Chartes au domaine de l'emploi représente un préalable à l'efficacité de leur mission éducative générale. » Voir dans le même sens : BICH (1994), *supra*, note 112, 76, laquelle assimile la *Charte québécoise* à « ...un instrument éducatif à vocation structurante... »

¹⁶⁹⁹ CONFÉDÉRATION DES SYNDICATS NATIONAUX, *supra*, note 845, 24

¹⁷⁰⁰ WINKLER et THORUP, *supra*, note 1186, 234-235. Comme l'affirme DIGH, *supra*, note 1299, 91 : « Having basic information on employees' religious beliefs can help you better understand requests for accommodation. »

¹⁷⁰¹ CONFÉDÉRATION DES SYNDICATS NATIONAUX, *supra*, note 845, 23

¹⁷⁰² Voir, à titre d'exemple, le *Guide d'intervention syndical* que renferme le document du CONGRÈS DU TRAVAIL DU CANADA, *supra*, note 409, 12-14

d'intervention efficaces. À cet égard, un effort particulier devrait être fait pour déboulonner certains mythes qui nuisent à l'intégration harmonieuse de certains groupes au travail.¹⁷⁰⁴ Cette tâche délicate pourrait être facilitée en faisant ressortir, par exemple, les effets bénéfiques que la présence de ces groupes sur les lieux de travail peut avoir sur l'ensemble des effectifs.¹⁷⁰⁵ Sans aller jusqu'à contraindre les salariés à prendre part à ces activités éducatives, il va de soi que le fait de les rémunérer pour le temps qu'ils y consacrent serait un puissant incitatif.¹⁷⁰⁶

Par ailleurs, le comité paritaire pour l'égalité devrait se voir reconnaître un rôle-clé dans l'identification des situations discriminatoires et l'élaboration des mesures d'accommodement de nature à y mettre fin. L'on pourrait dans un premier temps lui confier la tâche de réviser la convention collective pour tenter d'identifier les dispositions susceptibles d'avoir un effet discriminatoire sur l'un ou l'autre des groupes protégés contre la discrimination.¹⁷⁰⁷ Ensuite, le comité pourrait établir une politique ou des lignes directrices sur les accommodements raisonnables.¹⁷⁰⁸

¹⁷⁰³ BRUYERE, GOMEZ et THAYER-HANDLEMANN, *supra*, note 572, 646; CORNISH et SIMAND, *supra*, note 677, 185; MCINTYRE, *supra*, note 472, 283

¹⁷⁰⁴ Il faut saluer, sous ce rapport, les efforts de la FÉDÉRATION DES TRAVAILLEURS ET TRAVAILLEUSES DU QUÉBEC, *supra*, note 1188. Pour un relevé des principaux mythes et préjugés entretenus envers les femmes, les Noirs, les Asiatiques, les Latino-Américains, les homosexuels, les personnes handicapées, les personnes âgées et les personnes obèses, voir : Norma CARR-RUFFINO, *Managing Diversity : People Skills for a Multicultural Workplace*, San Francisco, Thomson Executive Press, 1995 (*passim*); George E. STEVENS, « Exploding the Myths About Hiring the Handicapped », *Personnel*, vol. 63, n° 12, décembre 1986, 57

¹⁷⁰⁵ À titre d'illustration, les mesures d'accommodement mises en œuvre en faveur des personnes handicapées bénéficient souvent aux autres salariés : voir la doctrine citée, *supra*, note 1088

¹⁷⁰⁶ Un tel engagement de la part de l'employeur ne serait pas un précédent : TCA-CANADA, *supra*, note 1676, 3 : « Nous avons adopté des mesures proactives, comme la négociation d'une formation en droits de la personne pour nos membres, dirigée par le syndicat, mais après avoir négocié des heures libres payées par les employeurs. »; NASH et GOTTHEIL, *supra*, note 831, 52

¹⁷⁰⁷ BRUYERE, GOMEZ et THAYER-HANDLEMANN, *supra*, note 572, 643. PRITCHARD, *supra*, note 293, 412, va même jusqu'à proposer que les parties négocient pour s'entendre à l'avance sur les clauses auxquelles il n'est pas possible de déroger sans que cela ne constitue, en soi, une « contrainte excessive ».

¹⁷⁰⁸ GOUVERNEMENT DU CANADA, *supra*, note 1692, 257

De plus, toute demande d'accommodement formulée à l'employeur ou au syndicat par un salarié devrait lui être déférée pour étude et médiation. Considérant que les relations de travail entre la victime de discrimination, l'employeur, le syndicat et les salariés doivent pouvoir survivre aux litiges qui ponctuent parfois leur existence¹⁷⁰⁹, cette voie de la médiation apparaît tout indiquée.¹⁷¹⁰ À cette fin, les fonctions suivantes pourraient notamment être confiées au comité:

- i) entendre le salarié demandeur et bien cerner la nature de sa demande d'accommodement ;
- ii) recueillir toute l'information pertinente ;
- iii) identifier et entendre les personnes susceptibles d'être affectées par la demande d'accommodement ;
- iv) analyser les fonctions accréditées pertinentes et distinguer les tâches essentielles des tâches secondaires ;
- v) solliciter des suggestions d'accommodement de tous les intéressés et identifier toutes les mesures d'accommodement possibles (opération remue-ménages) ;
- vi) recommander aux parties une mesure d'accommodement juste et raisonnable ;
- vii) mettre en œuvre la mesure d'accommodement retenue ;

¹⁷⁰⁹ MORIN ET BRIÈRE, *supra*, note 48, 1011 (par. IV-175) : « On ne pourrait oublier que les mésententes sont des accidents de parcours qui demeurent intégrés au continuum des rapports collectifs des parties. Contrairement à la situation générale devant les instances civiles et pénales où ces rencontres sont fortuites et sans suite, il s'agit de parties qui entretiennent, bon gré mal gré, des rapports quasi ininterrompus... ». Voir au même effet : NORMAN, *supra*, note 871, 293-294; WEILER, *supra*, note 121, 28-29

¹⁷¹⁰ DONNELLON et KOLB, *supra*, note 102, 143; MCDEVITT, *supra*, note 1259, 364 (note 20); MCINTYRE, *supra*, note 472, 287-290; STURNER, *supra*, note 1029, 8 et suivantes; WOLKINSON et NICHOL, *supra*, note 1633, 62 : « ...employers, unions and workers, before sending a grievance to arbitration, should collectively and exhaustively examine employment conditions in the search for a satisfactory means of accommodation. *Rather than approach the duty of accommodation from a contentious posture, it would facilitate significant financial and time savings and the preservation of goodwill to collaborate on discrimination questions before engaging in adversarial disposition mechanisms.* » (nos italiques)

viii) revoir périodiquement l'efficacité de la mesure d'accommodement, si nécessaire.¹⁷¹¹

L'exercice régulier de ces diverses responsabilités devrait permettre au comité de développer une expertise certaine dans le traitement des demandes d'accommodement.¹⁷¹² À cet égard, l'expérience acquise par des organismes spécialisés en pareilles matières pourrait également servir.¹⁷¹³ Ainsi, le comité gagnerait assurément à établir des ponts avec ces organismes familiarisés avec la problématique de l'accommodement.¹⁷¹⁴

La teneur des discussions, propositions et décisions du comité pour l'égalité devrait être notée par écrit ou consignée dans des procès-verbaux.¹⁷¹⁵ D'une part, cela permettrait de constituer des archives sur les mesures d'accommodement qui réussissent et celles

¹⁷¹¹ Ce processus nous est inspiré des écrits de BRUYERE, GOMEZ et THAYER-HANDLEMANN, *supra*, note 572, 645-646, de la COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU MANITOBA, *supra*, note 1173, 27, du CONGRÈS DU TRAVAIL DU CANADA, *supra*, note 409, 12-14, de Laurie JOHNSTON, « The ADA and Collective Bargaining Issues », New-York, School of industrial and Labor Relations, Cornell University, juillet 1994, 3, de LEPOFSKY, *supra*, note 1147, 14-15 et de ROBERTS et LUNDY, *supra*, note 1259, 36-39

¹⁷¹² O'MELVENY, *supra*, note 840, 231-232

¹⁷¹³ On pense bien sûr aux différentes commissions des droits de la personne du pays. Toutefois, d'autres organismes disposent de ressources considérables, surtout sur le sujet de l'accommodement des personnes handicapées. Pensons à l'*Office des personnes handicapées du Québec* (www.ophq.gouv.qc.ca), au *National Institute of Disability Management Research* (www.nidmar.ca/rehadat.htm), au *Conseil canadien de la réadaptation et du travail* (www.ccrw.org), au *Comité d'adaptation de la main-d'œuvre (CAMO) pour personnes handicapées* (www.differenceemploi.com/home.htm) ou au *Job Accommodation Network* de l'université américaine West Virginia (www.jan.wvu.edu). Le comité de santé et de sécurité du travail de l'établissement pourrait aussi être consulté dans les cas où cela s'avère pertinent : WORKERS WITH DISABILITIES PROJECT, *supra*, note 1058, 11

¹⁷¹⁴ BRUYERE, GOMEZ et THAYER-HANDLEMANN, *supra*, note 572, 645

¹⁷¹⁵ SHALLER, *supra*, note 1188, 447 : « Document the analysis and the reasons for any decision not to accommodate an employee. » Notons au passage que les comités de négociation patronal et syndical auraient intérêt à faire de même en vue de pouvoir expliquer les insuffisances de la convention collective face à une éventuelle allégation de discrimination fondée sur l'inaction des parties: MACNEIL, LYNK et ENGELMANN, *supra*, note 236, 11-27 (par. 11.810); WINKLER et THORUP, *supra*, note 1186, 236. En outre, dans les cas où une clause de la convention collective apparaît *a priori* contraire à la *Charte canadienne*, les notes sur le déroulement des pourparlers et la copie des diverses propositions faites à la table de négociation pourraient servir l'arbitre de grief appelé à statuer sur la raisonnable de cette clause aux termes de l'article premier: CHAPLIN, *supra*, note 812, 423

qui échouent.¹⁷¹⁶ D'autre part, dans l'éventualité où le litige devait néanmoins être porté devant un tribunal, celui-ci serait en mesure de porter un jugement plus éclairé sur le sérieux des efforts déployés par tous les intéressés pour accommoder le demandeur et la nature des contraintes alléguées par chacun d'eux, le cas échéant.¹⁷¹⁷

Il va de soi que les parties pourraient attribuer des fonctions additionnelles au comité pour l'égalité. On pourrait fort bien lui confier la responsabilité de surveiller l'application des chartes et lois sur les droits de la personne dans l'établissement.¹⁷¹⁸ De même, pourrait-on l'inciter à exercer des pressions politiques pour que ces lois fondamentales soient revues et corrigées à la lumière des développements jurisprudentiels et des réalités modernes du travail.¹⁷¹⁹

On le voit, les parties à la convention collective ne sont pas dépourvues de moyens pour tenter d'assurer une plus grande égalité au travail à ces groupes de salariés traditionnellement exposés à la discrimination. La création d'un comité paritaire contre la discrimination s'inscrit d'emblée parmi les multiples possibilités qui s'offrent à elles.

On souhaiterait bien sûr que l'initiative de voir aux modalités de formation de ce comité et à son encadrement juridique vienne du législateur. Mais pour l'heure, seuls les syndicats apparaissent dotés de la force d'impulsion requise pour vaincre l'inertie des élus. Cela étant, comme les pouvoirs politiques carburent essentiellement aux

¹⁷¹⁶ ROBERTS et LUNDY, *supra*, note 1259, 40

¹⁷¹⁷ MARVY, *supra*, note 1340, 138 : « Accommodation documentation is necessary to show what accommodation is required, the alternatives which have been examined and the extent to which the relevant factors in *Renaud* have been assessed... »

¹⁷¹⁸ ADAMS, *supra*, note 1696, 105 et 115-116. Incidemment, par sa présence sur les lieux de travail, le syndicat est plus à même de favoriser la mise en place et le respect continu de la loi. Voir, par analogie, VILLAGGI, *supra*, note 66, 341-342

¹⁷¹⁹ À titre d'exemple, des auteurs ont suggéré qu'un fonds d'égalité soit créé, à même les fonds publics, pour faciliter l'implantation de mesures d'accommodement en faveur des personnes handicapées : David LEITCH, « Occupational Health and Safety and Human Rights in the Workplace : Not Always a Comfortable Fit », (1994) 2 *C.L.L.J.* 231, 244; MOSS et MALIN, *supra*, note 673. Ainsi, un comité pour l'égalité pourrait recevoir le mandat de sensibiliser les élus à cette problématique. Pour

consensus lorsque vient le moment d'entreprendre une réforme dont les effets se répercutent sur les rapports collectifs de travail¹⁷²⁰, nous croyons que les associations de salariés devraient d'abord livrer bataille sur le terrain de la négociation dans les entreprises et institutions où elles sont accréditées.¹⁷²¹

Si le mouvement syndical arrive à convaincre le patronat de l'utilité de ces comités et que leur action s'avère par ailleurs efficace, peut-être verrons-nous poindre dans la législation un cadre juridique de nature à favoriser leur prolifération. Cela permettrait de s'approcher de l'idéal de l'égalité réelle dans les rapports collectifs de travail et de repousser, ce faisant, la menace de fragmentation que l'émergence possible des comités identitaires fait peser, à long terme, sur les syndicats.¹⁷²²

des sujets de *lobbying* additionnels, voir CONGRÈS DU TRAVAIL DU CANADA, *supra*, note 80, par. 32, al. xvii et xix

¹⁷²⁰ Incidemment, si louable soit-elle, cette philosophie du « pas de changement sans consensus » explique en grande partie pourquoi la réforme – devenue nécessaire – du *Code du travail* québécois tarde tant à venir : CHAREST, TRUDEAU et VEILLEUX, *supra*, note 235 (*passim*); MORIN et BRIÈRE, *supra*, note 48, 723 (par. IV-4) et 1324-1325 (par. VI-16). Pourtant, comme le note avec lucidité Michel GRANT, « Pour une approche moins judiciaire des relations de travail », Montréal, *La Presse*, 13 avril 1999, B-3 : « On ne doit pas s'attendre à des consensus des groupes d'intérêt sur toutes les questions. Le gouvernement devra donc trancher et assumer ses responsabilités d'arbitre ultime. »

¹⁷²¹ L'histoire des relations de travail montre bien que c'est là une démarche classique pour inciter les législateurs à intervenir en faveur des travailleurs: BERNIER et CÔTÉ, *supra*, note 109, 17-18

¹⁷²² *Supra*, note 104, et les développements qui y correspondent

CONCLUSION

Si les employeurs et les syndicats n'appréhendent toujours pas le monde du travail avec une vision commune, il est un point sur lequel ils ne sauraient diverger : leurs rapports s'inscrivent dans une dynamique radicalement différente de celle qui prévalait au milieu des années quarante¹⁷²³, moment de la mise en place des régimes législatifs de négociation collective que nous connaissons aujourd'hui.

Alors que cette réforme, d'inspiration américaine, portait en elle deux grands objectifs, soient le maintien de la « paix industrielle » pour favoriser la croissance de l'économie, d'une part, et l'enracinement progressif de la démocratie au travail afin notamment de réduire les inégalités observables entre patrons et travailleurs, d'autre part, elle ne remettait pas en cause les fondements même de la logique capitaliste qui légitime la quête du profit et de la performance, coûte que coûte.

Néanmoins, la période bénie, dite des « trente glorieuses » (1950-1980), qui suivit aura permis au mouvement syndical de tirer avantage des structures législatives nouvellement établies. Dans le contexte de création soutenue d'emplois qui assurait alors la progression de leurs effectifs, les syndicats étaient conviés à gérer la croissance et le « progrès », en faisant surtout porter les négociations sur les taux d'augmentation de salaire.¹⁷²⁴ Durant cette période où la main-d'œuvre était très homogène, les gains démocratiques ou égalitaires des salariés se traduisaient d'abord en argent.

En fait, pour les syndicalistes d'hier, les constats d'inégalité étaient principalement le produit d'une comparaison entre la situation économique des employeurs et celle des salariés. Cela étant, un pan important du concept d'égalité, tel qu'on l'entendait déjà au XVIII^e siècle, était relégué au second plan :

¹⁷²³ KUMAR, MURRAY et SCHETAGNE, *supra*, note 79, 34 : « ...le changement constitue invariablement la caractéristique dominante des rapports syndicaux-patronaux actuels... »

¹⁷²⁴ MORIN et BRIÈRE, *supra*, note 48, 69 (par. 1-68)

Je conçois, dans l'espèce humaine, deux sortes d'inégalités : l'une que j'appelle naturelle ou physique, parce qu'elle est établie par la nature, et qui consiste dans la différence des âges, de la santé, des forces du corps et des qualités de l'esprit ou de l'âme ; l'autre, qu'on peut appeler inégalité morale ou politique, parce qu'elle dépend d'une sorte de convention, et qu'elle est établie ou, du moins, autorisée par le consentement des hommes. Celle-ci consiste dans les différents privilèges dont quelques-uns jouissent au préjudice des autres, comme d'être plus riches, plus honorés, plus puissants qu'eux, ou même de s'en faire obéir.¹⁷²⁵

Tout absorbés à combattre cette seconde forme d'inégalité, qui persiste toujours au demeurant, les syndicats d'ici ne se sont jamais vraiment résolus à placer la lutte contre la première forme d'inégalité au premier rang de leurs priorités. Les récessions économiques qui marqueront le début des années quatre-vingt et quatre-vingt-dix, combinées à l'accentuation et l'internationalisation de la concurrence commerciale, aux rationalisations, aux coupures de postes, aux compressions budgétaires et à l'obsession du déficit zéro qui s'ensuivront, ne contribueront pas à changer cet état de chose, bien au contraire.¹⁷²⁶

De nos jours, victimes du mythe de la croissance illimitée qui tient lieu de pensée unique à bien des employeurs, les associations de salariés doivent souvent se résigner « à négocier les mises à pied, à cogérer l'exclusion par divers moyens: licenciement des précaires, retraites bonifiées pour les plus vieux dont on sollicite le départ, liste de rappel pour ceux qui, moins anciens, ont été renvoyés... »¹⁷²⁷ On peut comprendre que ces mesures, aux répercussions immédiates sur les effectifs syndicaux, soient perçues, par le mouvement syndical, comme autant de menaces à sa survie.

¹⁷²⁵ ROUSSEAU, *supra*, note 394, 35

¹⁷²⁶ Encore aujourd'hui, le désir de « protéger les salaires et les avantages sociaux actuels des membres » apparaît au premier rang des grandes priorités syndicales : KUMAR, MURRAY et SCHETAGNE, *supra*, note 79, 51 (tableau 9)

¹⁷²⁷ PIOTTE, *supra*, note 143, 212

Ce que l'on s'explique moins, cependant, c'est de voir à quel point ces facteurs de changement dans les rapports collectifs de travail modernes monopolisent son attention. Si importantes soient-elles, ces considérations de nature essentiellement économique ne sont pourtant pas les seules qui interpellent le mouvement syndical et l'exhortent aujourd'hui à se remettre en question : la diversification progressive de la main-d'œuvre rivalise d'importance avec elles.

Or, il faut bien admettre que, de manière générale, les organisations syndicales n'accordent à cette nouvelle dimension du monde du travail qu'une importance négligeable.¹⁷²⁸ Cela témoigne sinon d'un manque de vision, du moins d'une vision à courte vue. D'abord, cela tient de l'évidence, la présence des femmes sur le marché du travail n'ira pas en diminuant. Ensuite, face aux phénomènes de la baisse des taux de natalité et du vieillissement croissant de la population, c'est vraisemblablement par l'immigration que le Québec et le Canada de demain pourront maintenir leur poids démographique.¹⁷²⁹ À plus ou moins brève échéance, cela aura un impact retentissant sur la configuration du marché du travail. Déjà des pressions s'exercent pour que cesse la sous-représentation des membres des minorités ethnoculturelles et des minorités visibles sur le marché de l'emploi.¹⁷³⁰ Enfin, devant les exigences de la compétition internationale, on peut espérer que de plus en plus d'employeurs tenteront de recruter les personnes les plus qualifiées qui soient, sans égard à leur race, leur sexe, leur religion, leur handicap ou leur orientation sexuelle, pour ne citer que ces exemples.

¹⁷²⁸ Alors que plus de 60% des syndicats canadiens jugent que « les budgets gouvernementaux et les compressions budgétaires » (74,2%), « les attitudes et le comportement des employeurs » (62,5%) et « l'incertitude liée à l'économie » (61,9%) sont des facteurs « très importants » dans leur environnement de travail, à peine 10,5% voient dans « le pourcentage croissant de femmes et de membres des minorités » un facteur de changement « très important » ! : KUMAR, MURRAY et SCHETAGNE, *supra*, note 79, 45 (tableau 4)

¹⁷²⁹ Jennifer CHARD et Viviane RENAUD, « Les minorités visibles à Toronto, Vancouver et Montréal », *Tendances sociales canadiennes*, automne 1999, n° 54, 22, 27 : « On prévoit ainsi que les minorités visibles représenteront le cinquième de la population du Canada en 2016. »

¹⁷³⁰ CONSEIL DES RELATIONS INTERCULTURELLES, *L'équité en emploi : de l'égalité de droit à l'égalité de fait* (rédaction : Régent Chamard et Lyse Frenette), Avis présenté au ministre des Relations avec les citoyens et de l'Immigration, octobre 1999 (www.corelint.org)

Les syndicats devant impérieusement recueillir l'appui d'une majorité de salariés pour aspirer à l'accréditation, ils devront sans cesse composer avec les différences de ceux-là même qu'ils souhaitent représenter. Une fois accrédités, ils ne pourront faire fi des revendications égalitaires qui, forcément, leur seront acheminées.

D'ailleurs, l'état actuel du droit donne des indications très claires de ce qui attend les associations de salariés sous ce rapport. De fait, sous l'impulsion des chartes et lois sur les droits de la personne, le devoir du syndicat de respecter les droits à l'égalité des salariés ne cesse de gagner en rigueur depuis les années quatre-vingt.

Jusqu'à ce que ces lois constitutionnelle et quasi constitutionnelles ne surplombent le paysage normatif des rapports collectifs de travail, il faut dire que le droit des salariés de ne pas être l'objet de discrimination syndicale était plutôt anémique. Principe jurisprudentiel d'origine américaine codifié sur le tard par les législateurs québécois et fédéral, le *devoir de juste représentation* syndical est le produit d'une conception où l'égalité, entendue dans son sens purement formel, est surtout synonyme de traitement identique. Si ce devoir a la prétention de s'en prendre à la discrimination en général, il semble avoir relativement peu d'impact au stade de la négociation et s'intéresse, en fait, essentiellement aux motivations syndicales. Ce sont les distinctions « arbitraires » ou, autrement dit, dépourvues de « lien rationnel » qui sont surtout mises en échec par les tribunaux.

Non seulement les chartes et lois sur les droits de la personne ont surclassé ce devoir de juste représentation mais elles sont susceptibles de l'entraîner, par la noblesse de leur objet et leur nature supralégislative, dans des sentiers que la jurisprudence développée en application des codes du travail s'est traditionnellement refusée à emprunter. Alors qu'en vertu du devoir de juste représentation, les salariés lésés par une distinction syndicale par ailleurs louable et non arbitraire devaient se rallier à la majorité, voilà que suivant les droits fondamentaux à l'égalité, cette majorité se voit en plus tenue d'accommoder ces mêmes salariés, à moins qu'un tel accommodement ne l'assujettisse à une contrainte excessive.

Pour tout dire, de collectif qu'il est en vertu de la législation du travail, l'angle d'analyse s'individualise sous l'influence des lois fondamentales:

[...] au cours des vingt dernières années, [...] l'approche individualiste prit de plus en plus d'importance. On analyse, on juge, on revendique davantage en faveur des intérêts immédiats et égocentriques de l'individu. Cette approche atomiste, ce « chacun pour soi », ce « quant-à-moi » contrastent certes avec l'ère fort plus collectiviste des décennies précédentes (1950-1980). Au cours de ces 20 ans, du moins au Québec, ce fut par la voie collective que nous avons cru pouvoir régler nos problèmes, notamment en milieu de travail. [...] Certes, n'a-t-on pas connu un changement radical ni total depuis 1980, mais la manière d'aborder les questions s'est progressivement modifiée. On pourrait dire que l'on traite maintenant fort plus directement de l'individu-salarié que du groupe de salariés et des organes représentatifs de ces collectivités de travail.¹⁷³¹

Ainsi, conçu à notre époque où les chartes et lois sur les droits de la personne garantissent l'égalité réelle des chances, laquelle est de plus en plus synonyme de traitement distinct et adapté, le *devoir d'accommodement* vise la discrimination fondée sur une énumération – tantôt limitative, tantôt indicative – de caractéristiques personnelles mais s'intéresse à la fois à l'objet et aux effets de l'action syndicale. Dans cette perspective, ce sont toutes les distinctions « préjudiciables » qui peuvent alors être entachées d'illégalité, sans égard aux objectifs légitimes qu'elles poursuivent.

Le temps où l'on présumait qu'une norme était neutre du seul fait qu'elle n'était pas ouvertement discriminatoire est aujourd'hui révolu. Les parties à la convention collective doivent dorénavant intégrer aux normes qu'elles conçoivent des notions d'égalité et d'accommodement à défaut de quoi ces normes devront être annulées ou remplacées. Cela dit, à ce jour, les tribunaux ont essentiellement défini la notion d'«accommodement raisonnable» par les limites qu'elle comporte. Pourtant, il nous

semble que l'analyse des questions complexes que ce concept pose, en pratique, pourrait être facilitée si sa teneur intrinsèque était mieux précisée. En fait, ce que le titulaire du droit à un accommodement raisonnable devrait pouvoir obtenir, c'est un assouplissement aux conditions de travail – dont la neutralité est par ailleurs démontrée – lorsque leur application intégrale entraîne, à son égard, une discrimination fondée sur une caractéristique personnelle qui n'a rien à voir avec ses besoins, ses capacités et ses mérites propres. Ainsi, qui dit accommodement dit adaptation d'une règle ou d'une exigence, par opposition à son abandon pure et simple. Le concept d'accommodement relève donc davantage du domaine de l'ajustement que du démantèlement.

Quant à la limite raisonnable que le standard de « contrainte excessive » sert à établir, elle sera franchie si l'accommodement sollicité par un syndiqué entraîne, par exemple, une atteinte importante aux droits que la loi, la convention collective ou les pratiques applicables dans l'entreprise ou l'institution confèrent à autrui. Le constat d'une telle contrainte ne pourra être fait que sur la foi d'éléments de preuve convaincants qui transcendent largement les préjugés, les stéréotypes ou les intentions bienveillantes. L'on ne présumera pas non plus la renonciation d'un salarié à ses droits à l'égalité du seul fait que le syndicat a consenti à les mettre en veilleuse dans l'intérêt de la majorité de ses membres.

Puisque les textes destinés à garantir les droits fondamentaux de la personne sont là pour rester et que la diversification croissante de la main-d'œuvre fera en sorte qu'on les invoquera de plus en plus, dans l'avenir, pour baliser l'exercice du monopole de représentation des syndicats, le mouvement syndical doit se repenser, « se resituer en fonction d'horizons transformés ».¹⁷³¹ Lui qui jadis associait la convention collective à la « loi des parties », et les droits d'ancienneté qu'elle confère à des « droits acquis », doit désormais admettre leur subordination aux droits individuels garantis par les chartes et lois sur les droits de la personne et s'appliquer à modeler sa conduite sur elles pour en faire bénéficier tous les salariés.

¹⁷³¹ MORIN, *supra*, note 290, 19

¹⁷³² LAPLANTE, *supra*, note 39, 139

Comment y parvenir ? En faisant de l'égalité et de la lutte contre la discrimination au travail une véritable priorité qui se reflète non seulement dans le discours, mais aussi dans la convention collective elle-même et dans les rapports avec les salariés.

Sur le plan du discours, le mouvement syndical se doit d'exercer les pressions politiques qui s'imposent en vue d'obtenir des améliorations aux chartes et lois sur les droits de la personne et aux structures mises en place pour en assurer l'application. Même si elle est notoire, la lenteur caractérisée du processus d'enquête des commissions des droits de la personne n'en est pas moins inacceptable. Pour la personne exclue d'un emploi par discrimination, les délais administratifs s'apparentent le plus souvent à un déni de justice. Mais il y a plus. Une fois sa plainte jugée recevable, le salarié pour qui la commission prend fait et cause doit fréquemment répondre aux moyens préliminaires exercés par l'employeur afin que l'affaire soit renvoyée devant l'arbitre de grief. Qui du Tribunal des droits de la personne ou du tribunal d'arbitrage a compétence pour disposer des cas de discrimination dans les rapports collectifs de travail ? La réponse demeure incertaine à la lumière de la jurisprudence. N'y a-t-il pas lieu d'inciter le législateur à intervenir pour que cessent les attermolements, la multiplication des procédures et la dilapidation de ressources qui en résulte ?

Alors que le législateur fédéral a su, ces dernières années, moderniser la *Loi canadienne* et qu'il s'apprête incidemment à la réviser de nouveau¹⁷³³, la *Charte québécoise*, dont on a longtemps vanté le « caractère unique » au Canada¹⁷³⁴, aurait bien besoin d'une réforme, et pas que de façade. Qu'il suffise d'évoquer la nécessité de mieux circonscrire ou d'élargir la portée de certains motifs de discrimination illicite, de

¹⁷³³ À la demande du gouvernement fédéral, un comité de révision présidé par Monsieur Gérard LaForest, ex-juge de la Cour suprême du Canada, a rédigé un volumineux rapport à cette fin : COMITÉ DE RÉVISION DE LA LOI CANADIENNE SUR LES DROITS DE LA PERSONNE, *La promotion de l'égalité : une nouvelle vision*, Ottawa, juin 2000. Le rapport peut être consulté sur le site internet du comité : www.chrareview.org/frp/frp-tocf.html

¹⁷³⁴ MOREL, *supra*, note 512 (*passim*)

clarifier les moyens de défense admissibles à l'encontre d'un acte discriminatoire ou d'affermir les droits que la Charte renferme en accordant aussi une prépondérance aux voies de recours¹⁷³⁵ aménagées pour en assurer intégralement le respect.¹⁷³⁶ On souhaiterait que les grandes centrales syndicales réclament que l'on remédie à ces lacunes avec la même énergie qu'elles mettent à revendiquer la modernisation du *Code du travail*.¹⁷³⁷ Toutefois, pour l'heure, rien n'indique que les initiatives en ce sens viendront du front syndical. Comme l'on ne peut réalistement miser sur le patronat pour mousser une telle réforme et que les élus ne montrent pas la moindre inclination à la provoquer, le *statu quo* apparaît immuable sans un nécessaire réveil syndical. On dit des droits fondamentaux qu'ils sont « la plus grande conquête de l'espèce humaine »¹⁷³⁸, « un important acquis de civilisation ».¹⁷³⁹ Mais tout sacré que soit cet édifice à « piliers éthiques »¹⁷⁴⁰, l'on aurait tort d'assimiler sa nécessaire réfection à un acte de profanation.

Sur le plan de la convention collective, diverses mesures peuvent être envisagées. La négociation d'une clause anti-discrimination à vaste portée doit être encouragée parce qu'elle témoigne d'un engagement ferme des parties à respecter le principe d'égalité. En plus de servir de guide pour l'interprétation de l'ensemble des dispositions contractuelles applicables au travail, une telle clause offre au salarié victime de discrimination un accès rapide et peu coûteux à la justice arbitrale. À cet égard.

¹⁷³⁵ Cette prépondérance a malencontreusement été niée en jurisprudence : *Béliveau-St-Jacques c. Fédération des employées et employés des services publics Inc.*, *supra*, note 327, 411 (j. Gonthier, par. 132)

¹⁷³⁶ Christian BRUNELLE, « La Charte québécoise, un enjeu oublié », *Le Devoir*, Montréal, 4 décembre 1998, A-8

¹⁷³⁷ FÉDÉRATION DES TRAVAILLEURS ET TRAVAILLEUSES DU QUÉBEC, *Urgent! Un nouveau Code du travail pour l'an 2000*, Revendications et plan d'action de la FTQ pour la réforme du Code du travail, septembre 1999; François NORMAND, « Un Code du travail à réformer », *Le Devoir*, Montréal, 11 avril 1998, C-1; Roger VALOIS, « La réforme du *Code du travail* : une nécessité ! », Québec, *Le Soleil*, 2 avril 1999, B-7

¹⁷³⁸ LAMOUREUX, *supra*, note 946, 69

¹⁷³⁹ BRUNELLE, *supra*, note 30, 48-49

¹⁷⁴⁰ ROCHER, *supra*, note 127, 10

l'intégration d'une disposition par laquelle le syndicat qui refuse d'agir en faveur du salarié lésé autorise celui-ci à saisir directement l'arbitre de son grief serait éminemment souhaitable. Si elle rompt avec la pratique admise, une telle mesure constituerait un rempart additionnel contre la discrimination que peuvent parfois exercer, même inconsciemment, les autorités syndicales. Il s'agirait là d'une reconnaissance concrète de la primauté des droits à l'égalité et d'une initiative de nature à pallier, en bonne partie, les lacunes observées dans l'application du devoir de juste représentation syndical par les instances spécialisées du travail.

Les moyens de défense recevables à l'encontre d'une accusation de discrimination gagneraient aussi à être précisés. L'obligation d'accommodement raisonnable créée par la jurisprudence devrait occuper une place de choix dans le texte négocié de manière à sensibiliser les salariés à son existence, aux droits qu'elle leur accorde mais aussi aux obligations qu'elle leur impose. Une attention toute particulière devrait être apportée à la question des conflits potentiels entre les droits à l'égalité et les droits prévus par la convention collective.

Si des divergences demeurent toujours observables lorsqu'on s'adonne à une étude comparative des décisions rendues par les cours de justice, les tribunaux des droits de la personne ou les arbitres de griefs en matière d'égalité, il est à tout le moins une question à l'égard de laquelle leurs avis concordent : le syndicat ne peut plus, en réponse à une accusation de discrimination, se retrancher derrière la convention collective pour en réclamer le respect intégral, sans plus de compromis. Si la convention collective est un facteur important pour mesurer la raisonnable d'un accommodement, elle n'est pas pour autant déterminante. À cet égard, le droit d'ici est empreint d'une sagesse qui fait défaut à la jurisprudence américaine dominante. Cela étant, ne conviendrait-il pas d'informer désormais les salariés de la nature toute relative de leurs droits – notamment leurs droits d'ancienneté – au moyen de dispositions nuancées aptes à déboulonner le mythe selon lequel la prépondérance de leurs droits contractuels est exclusivement tributaire de leur nombre d'années de service chez l'employeur ?

Par ailleurs, le syndicat ne devrait jamais renoncer à la possibilité qui lui est reconnue d'accroître la protection des droits et libertés des salariés au moyen de la convention collective.¹⁷⁴¹ On a beau vanter leurs vertus, les chartes et lois sur les droits de la personne ne renferment pas en elles toutes les mesures progressistes susceptibles de corriger les inégalités et d'améliorer la condition des travailleurs face à l'employeur.¹⁷⁴² Les droits de direction de la partie patronale sont d'ailleurs préservés, dans une certaine mesure, par des dispositions limitatives intégrées dans ces lois fondamentales.

Cela dit, rien n'empêche le mouvement syndical de négocier des clauses qui, à titre d'illustrations, élargiraient la gamme des motifs de discrimination illicite, prôneraient l'embauche de membres de minorités visibles ou favoriseraient l'intégration au travail des personnes handicapées en contraignant l'employeur à revoir l'organisation du travail de manière à créer, pour elles, des postes adaptés à leurs capacités. De la même manière que les gains syndicaux d'hier ont servi d'inspiration aux législateurs dans la mise en œuvre de plusieurs lois sociales, les compromis arrachés à la table de négociation pourraient, à plus ou moins long terme, venir enrichir le concept d'«accommodement raisonnable» en milieu de travail syndiqué.

De plus, les associations syndicales devraient résolument « intégrer des notions d'égalité »¹⁷⁴³ dans leurs rapports avec les salariés. D'une part, des mesures concrètes devraient être prises pour favoriser la participation des groupes visés par les normes anti-discrimination aux activités syndicales et leur assurer la jouissance, en pleine égalité, des avantages que dispensent l'association. D'autre part, il faudrait envisager la création d'un comité d'égalité patronal-syndical appelé à lutter contre toute forme de discrimination dans l'entreprise ou l'institution. Ce comité pourrait œuvrer notamment

¹⁷⁴¹ *Newfoundland Association of Public Employees c. Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre)*, *supra*, note 327, 16 (j. Major, par. 26)

¹⁷⁴² Voir par analogie BRUN, *supra*, note 1126, 3-4, 7-8 et 26

¹⁷⁴³ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, *supra*, note 389, 38 (j. McLachlin, par. 68)

à la sensibilisation et à l'éducation des salariés, à l'identification des situations discriminatoires et à l'élaboration des mesures d'accommodement susceptibles d'en supprimer les effets préjudiciables. Une telle initiative permettrait au mouvement syndical de faire œuvre utile tout en redorant son image aux yeux de ceux et celles qui le décrivent, souvent à tort, parfois à raison, comme un monopoleur au seul service de la majorité de ses membres :

Faire du syndicalisme un champion de la défense des droits de la personne augmentera sa popularité dans la population, particulièrement auprès des travailleuses et travailleurs immigrants, et démontrera que le syndicalisme n'est pas une institution fermée sur elle-même, ne se préoccupant que de la défense « corporatiste » de ses membres.¹⁷⁴⁴

Enfin, les syndicats ne devraient pas hésiter à revoir leurs pratiques dans la gestion et l'instruction des griefs pour que les allégations de discrimination soient traitées avec tout le sérieux qu'elle commande.¹⁷⁴⁵

Somme toute, à l'ère des droits de la personne, la diversification croissante de la main-d'œuvre contraint le mouvement syndical à délaisser la logique toute collective qui a traditionnellement guidé son action pour l'astreindre plutôt à composer avec les différences individuelles autant qu'il est raisonnablement possible de le faire.¹⁷⁴⁶

¹⁷⁴⁴ CENTRALE DES SYNDICATS NATIONAUX (des syndicats de toutes les couleurs), *supra*, note 845, 29

¹⁷⁴⁵ ROBERT et VALLÉE, *supra*, note 566, 145, ont bien relevé la nécessité, pour les syndicats, de modifier leur perception « relativement à la mission de l'arbitre et à leur propre rôle », d'une part, et « de modifier leurs pratiques quant à la formulation des plaintes, à la preuve présentée et aux remèdes demandés », d'autre part.

¹⁷⁴⁶ MOREAU et BUSSIÈRE, *supra*, note 1066, 167 : « ...le mode de fonctionnement traditionnel du syndicat se marie mal avec les nouvelles obligations qui lui ont été dévolues par les tribunaux dans les cas de discrimination. Il nous apparaît que la mécanique syndicale qui répond généralement bien aux besoins de l'ensemble des travailleurs n'est pas adaptée aux nouvelles obligations que lui impose la jurisprudence. »

Partagés entre deux cultures juridiques¹⁷⁴⁷, celle propre au droit du travail et celle, tout aussi singulière, des droits de la personne, les syndicats n'ont d'autres choix que de tisser des liens entre elles et de revoir, en conséquence, leur conception de la démocratie pour y intégrer à la fois les intérêts de la majorité et ceux de la minorité. S'ils échouent dans cette tâche, il est à craindre que l'on assiste à leur marginalisation progressive à la faveur de groupes de pression plus individualisés. En revanche, s'ils parviennent à relever ce défi considérable, ils trouveront dans la diversité des salariés l'appui et la créativité nécessaires pour continuer encore longtemps à assurer leur défense.

À l'heure actuelle, il n'est cependant pas sûr que les acteurs syndicaux mesurent avec exactitude toute l'ampleur des changements qu'ils doivent opérer devant la montée inexorable des droits individuels en milieu de travail. Or, c'est bien connu, qui pose un mauvais diagnostic apporte rarement un bon remède au mal qu'il croit pouvoir combattre. Sous ce rapport, la réflexion qui doit être entreprise et les moyens qui doivent être mis en œuvre par les organisations syndicales ne diffèrent pas radicalement de ceux qui s'imposent, à plus grande échelle, à nos sociétés modernes :

Le phénomène véritablement neuf, tout à fait caractéristique des dernières décennies, c'est bien plutôt l'irruption généralisée de la diversité, non plus comme une anomalie ou comme une donnée récalcitrante que l'État-nation doit réduire ou occulter d'une façon ou d'une autre, mais comme un caractère permanent avec lequel il doit désormais apprendre à composer. La nation moderne est engagée dans une difficile transition entre le vieux paradigme de l'homogénéité, ordinairement synonyme d'assimilation forcée, de discrimination et d'exclusion, et le paradigme de la différence ou de la diversité, marqué par le respect des particularismes culturels et l'universalité des droits civiques. C'est là le grand bouleversement qui commande tous les autres, à savoir : la révision des mentalités et des idéologies sociopolitiques, le réaménagement du droit et des rapports État-citoyen, la refonte des politiques sociales, la redéfinition du cadre

¹⁷⁴⁷ LYNK et ELLIS, *supra*, note 1075, 240

symbolique de la nation, la reconstruction de la mémoire,
la recherche de nouveaux fondements de la cohésion
collective.¹⁷⁴⁸

Réviser les mentalités et les idéologies, réaménager le droit et les rapports collectifs de travail, rechercher de nouveaux fondements de cohésion collective, voilà le vaste chantier qui s'ouvre aux associations de salariés. Et quoi que l'on en dise, il n'est pas moins prioritaire que le chantier économique ou se déploient, dans l'immédiat, la majorité des forces syndicales.

De fait, aux tenants de la mondialisation de l'économie néo-libérale qui condamnent les salariés à élaborer des stratégies de survie, il faut justement opposer, en contrepoids, un mouvement syndical fort qui puisse plutôt œuvrer à l'élaboration de projets de vie pour « mondialiser la dignité ». Et la force de ce mouvement ne résidera jamais que dans sa capacité à regrouper, dans ses rangs, le plus grand nombre de salariés possible, ce qu'il ne parviendra à faire que s'il respecte et promeut le droit de chacun à l'égalité réelle des chances.

¹⁷⁴⁸ Gérard BOUCHARD, *La Nation québécoise au futur et au passé*, Montréal, vlb éditeur, 1999, 31-32. Voir dans le même sens : Danielle JUTEAU, « Une collectivité québécoise multinationale et multiethnique », *Le Devoir*, Montréal, 28 août 1999, A-9

BIBLIOGRAPHIE

Dictionnaires

Gérard DION, *Dictionnaire des relations du travail*, 2^e éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 1986

Albert MAYRAND, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, 3^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1994

Alain REY (dir.), *Le Grand Robert de la langue française : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, vol. V (Grim-Lil), Paris, Le Robert, 1986

Alain REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1992

Jean VERNETTE (avec la collaboration de Claire MONCELON), *Dictionnaire des groupes religieux aujourd'hui*, Paris, Presses universitaires de France, 1995

Traité et monographies

ARISTOTE, *Éthique de Nicomaque* (traduit par Jean VOILQUIN), Paris, Garnier-Flammarion, 1965

Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 5^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1998

André-J. BÉLANGER et Vincent LEMIEUX, *Introduction à l'analyse politique*, coll. Politique et Économie, Série Corpus, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1996

Daniel BELL, *La fin de l'idéologie*, coll. Sociologies, Paris, Presses universitaires de France, 1997

Diane BELLEMARE, Lise POULIN-SIMON et Diane-Gabrielle TREMBLAY, *Le paradoxe de l'âgeisme dans une société vieillissante : enjeux politiques et défis de gestion*, Montréal, Éd. Saint-Martin, 1998

Karen J. BENTHAM, *The Duty of Fair Representation in the Negotiation of Collective Agreements*, School of Industrial Relations Research Essay Series, no 38, Kingston, Industrial Relations Centre, Queen's University, 1991

Linda BERNIER, Lukask GRANOSIK et Jean-François PEDNEAULT, *Les droits de la personne et les relations du travail*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., édition sur feuilles mobiles

Xavier BLANC-JOUVAN, *Les rapports collectifs du travail aux États-Unis*, Paris, Librairie Dalloz, 1957

Rodrigue BLOUIN et Fernand MORIN, *Droit de l'arbitrage de grief*, 4^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1994

Rodrigue BLOUIN, *La juridiciarisation de l'arbitrage de grief*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1996

Jean BOIVIN et Jacques GUILBAULT, *Les relations patronales-syndicales au Québec*, Boucherville, Gaëtan Morin éditeur, 1982

Jean BOIVIN et Jacques GUILBAULT, *Les relations patronales-syndicales*, 2^e éd., Boucherville, Gaëtan Morin éditeur, 1989

Pierre BOSSET, *La discrimination indirecte dans le domaine de l'emploi ; aspects juridiques*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1989

Marc BOSSUYT, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1976

Sylvain BOUCHARD, *La preuve extrinsèque en arbitrage des griefs*, coll. Relations Industrielles, vol. 28, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1995

Philippe BRAUD, *Science politique : La démocratie*, coll. « Points Essais », Paris, Seuil, 1997

Réjean BRETON, *Les Monopoles syndicaux dans nos écoles et dans nos villes*, coll. histoire et société, Montréal, Varia, 1999

Jean-Yves BRIÈRE, *Relations de travail*, Farnham, Publications CCH (édition sur feuilles mobiles)

Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 3^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1997

Christian BRUNELLE, *L'application de la Charte canadienne des droits et libertés aux institutions gouvernementales*, Scarborough (Ont.), Carswell, 1993

Georges BURDEAU, *La démocratie*, 2^e édition, coll. Politique, Paris, Éd. Du Seuil, 1966

Paul BURSTEIN, *Discrimination, Jobs, and the Politics*, Chicago, University of Chicago Press, 1985

Elizabeth CAMPBELL, *Freedom of Religion in the Workplace : Legislative Protection*, coll. Current Issues Series, Kingston (Ont.), Industrial Relations Centre, Queen's University, 1993

Norma CARR-RUFFINO, *Managing Diversity : People Skills for a Multicultural Workplace*, San Francisco, Thomson Executive Press, 1995

Donald D. CARTER, *Canadian Labour Law in the 1990s : The Growing Influence of Human Rights Requirements*, Current Issues Series, Kingston, Industrial Relations Centre, Queen's University, 1997

Tim CHRISTIAN, « The Charter of Rights and Labour Law », dans *Labour Law in the 1990s*, Don Mills (Ont.), CCH Canadian Ltd., 1988

CICÉRON, *Les devoirs (De officiis)*, texte établi et traduit par Maurice TESTARD, Coll. des universités de France, Paris, Les Belles Lettres, 1965

Bernard CLICHE, Martine GRAVEL et Louis STE-MARIE, *Les accidents du travail et les maladies professionnelles : indemnisation et financement*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1997

Jean-Claude COLLI, *Libérez l'égalité*, Paris, Éd. de la Table Ronde, 1982

Charles B. CREVER, *Can Unions Survive? ; The Rejuvenation of the American Labor Movement*, New York, New York University Press, 1993

Lucie France DAGENAIS, *Travail éclaté : protection sociale et égalité*, coll. Études et documents de recherche sur les droits et libertés, vol. 7, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1998

James A. D'ANDREA, David J. CORRY et Heather I. FORESTER, *Illness and Disability in the Workplace : How to Navigate Through the Legal Minefield*, Aurora (Ont.), Canada Law Book Inc., (édition sur feuilles mobiles)

Tania DAS GUPTA, *Racism and Paid Work*, Toronto, Garamond Press, 1996

Hélène DAVID, *Femmes et emploi : le défi de l'égalité*, Sillery, Presses de l'Université du Québec, 1986

Serge DENIS, *Un syndicalisme pur et simple : Mouvements ouvriers et pouvoir politique aux États-Unis, 1919-1939*, Montréal, Boréal, 1986

Albert V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10^e éd., Londres, Macmillan, 1960

Jean-Louis DUBÉ, *Décrets et comités paritaires*, Sherbrooke, Les Éditions Revue de droit Université de Sherbrooke, 1990

Louise DULUDE, *Seniority and Employment Equity for Women*, Kingston, IRC Press, 1995

Louis DUMONT, *Essais sur l'individualisme : Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Paris, Le Seuil, 1983

Richard EDWARDS, *Rights at Work : Employment Relations in Post-Union Era*, New-York, Twentieth Century Fund Book, 1993

Claude FOHLEN, *L'Amérique de Roosevelt*, coll. Notre siècle, Paris, Imprimerie nationale, 1982

Marlene G. FINE, *Building Successful Multicultural Organizations : Challenges and Opportunities*, Westport (CT), Quorum Books, 1995

Richard B. FREEMAN et James L. MEDOFF, *Pourquoi les syndicats ? Une réponse américaine*, Paris, Economica, 1987

Mona-Josée GAGNON, *Le syndicalisme : état des lieux et enjeux*, coll. Diagnostic (vol. 17), Québec, Institut québécois de recherche sur la culture, 1994

Mona-Josée GAGNON, *Le travail : une mutation en forme de paradoxes*, coll. Diagnostic (vol. 23), Québec, Institut québécois de recherche sur la culture, 1996

Robert P. GAGNON, Louis LEBEL et Pierre VERGE, *Droit du travail*, 2^e éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 1991

Robert P. GAGNON, *Le droit du travail du Québec : pratiques et théories*, 3^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1996

Jean-Guy GENEST, *Godbout*, Sillery, éd. du Septentrion, 1996

Jean GÉRIN-LAJOIE, *Les relations du travail au Québec*, Boucherville, Gaëtan Morin éditeur, 1992

Edward B. HARVEY et John H. BLAKELY, *Information Systems for Managing Workplace Diversity*, North York (Ont.), CCH Canadian Ltd, 1996

George HENDERSON, *Cultural Diversity in the Workplace : Issues and Strategies*, Westport (CT), Praeger, 1994

Jacques HENRIPIN et Yves MARTIN (dir.), *La population du Québec d'hier à demain*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1991

Peter HERRIOT et Carole PEMBERTON, *Competitive Advantage Through Diversity*, Thousand Oaks (Cal.), SAGE Publications, 1995

Robert HOLCMAN, *Le chômage : Mécanismes économiques, conséquences sociales et humaines*, Notes et études documentaires, no 5045, 1996-20

Everett C. HUGHES, *Le regard sociologique : essais choisis*, textes rassemblés et présentés par Jean-Michel CHAPOULIE, Paris, Éd. de l'École des hautes études en sciences sociales, 1996

Jean KELLERHALLS, Marianne MODAK et David PERRENOUD, *Le sentiment de justice dans les relations sociales*, coll. Que sais-je ?, vol. 3301, Paris, Presses universitaires de France, 1997

John G. KELLY, *Human Resource Management and the Charter*, Don Mills (Ont.), CCH Canadian Ltd, 1990

John G. KELLY, *Human Resource Management and the Human Rights Process*, 2^e éd., vol. 1, Don Mills (Ont.), CCH Canadian Ltd, 1991

Liliane KERJAN, *L'égalité aux États-Unis : mythes et réalités*, coll. Histoire thématique des États-Unis, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 1991

Pradeep KUMAR, *From Uniformity to Divergence : Industrial Relations in Canada and the United States*, Kingston, IRC Press, 1993

Micheline LABELLE et Joseph J. LÉVY, *Ethnicité et enjeux sociaux*, Montréal, Éd. Liber, 1995

Denis LACORNE, *La crise de l'identité américaine : du melting-pot au multiculturalisme*, Paris, Fayard, 1997

Andrée LAJOIE, *Pouvoir disciplinaire et tests de dépistage de drogues en milieu de travail : illégalité ou pluralisme*, coll. Relations Industrielles (vol. 27), Cowansville, Yvon Blais, 1995

Sanford A. LAKOFF, *Equality in Political Philosophy*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1964

Lucie LAMARCHE, *Les programmes d'accès à l'égalité en emploi*, Montréal, Louise Courteau éditrice, 1990

Lucie LAMARCHE, *Le régime québécois de protection et de promotion des droits de la personne*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1996

Henri LAMOUREUX, *Le citoyen responsable : l'éthique de l'engagement social*, Montréal, vlb éditeur, 1996

Paul LANSING et Maureen FELDMAN, « The Ethics of Accommodating Employee's Religious Needs in the Workplace », (1997) *Lab. L.J.* 371

Alain LAURENT, *Histoire de l'individualisme*, coll. Que sais-je?, vol. 2712, Paris, Presses universitaires de France, 1993

Ginette LEGAULT, *Repenser le travail : quand les femmes accèdent à l'égalité*, Montréal, Éd. Liber, 1991

Lucie LEMONDE, *Discrimination et Commission des droits de la personne*, Montréal, Éd. Saint-Martin, 1988

Gilles LEPOVETSKY, *Le crépuscule du devoir : l'éthique indolore des nouveaux temps démocratiques*, coll. NRF essais, Paris, Gallimard, 1992

Barbara LINDEMANN-SCHLEI et Paul GROSSMAN, *Employment Discrimination Law*, 2^e éd., Washington D.C., BNA Books, 1983

Michael MACNEIL, Michael LYNK et Peter ENGELMANN, *Trade Union Law In Canada*, Aurora (Ont.), Canada Law Book, 1996 (édition sur feuilles mobiles)

Denis J. MAHONEY, *Adjudication of Human Rights Disputes Under the Collective Agreement*, Current Issues Series, Kingston, Industrial Relations Centre, Queen's University, 1993

Martin H. MALIN et Lorraine A. SCHMALL, *Individual Rights Within the Union*, Washington D.C., BNA Books, 1988

Michael MANDEL, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, Montréal, Boréal, 1996

Dominique MÉDA, *Le travail : une valeur en voie de disparition*, Paris, Aubier, 1995

Alain MICHEL, *Rhétorique et philosophie chez Cicéron ; Essai sur les fondements philosophiques de l'art de persuader*, Paris, Presses universitaires de France, 1960

Andrée MICHEL, *Le féminisme*, coll. Que sais-je?, vol. 1782, Paris, Presses universitaires de France, 1979

Dennis E. MITHAUG, *Equal opportunity theory*, Thousand Oaks (É.-U.), SAGE Publications Inc., 1996

Fernand MORIN, *Un véritable Code du travail : un projet réalisable*, Québec, Commission consultative sur le travail et la révision du Code du travail, Les publications du Québec, 1986

Fernand MORIN, *Rapports collectifs du travail*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 1991

Fernand MORIN et Jean-Yves BRIÈRE, *Le droit de l'emploi au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1998

Gregor MURRAY et Pierre VERGE, *La représentation syndicale : visage juridique actuel et futur*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1999

Philippe NEMO, *Histoire des idées politiques dans l'Antiquité et au Moyen Âge*, Paris, Presses universitaires de France, 1998

Lise NOËL, *L'intolérance : une problématique générale*, Montréal, Boréal/compact (vol. 30), 1991

Mancur OLSON, *Logique de l'action collective*, Paris, Presses universitaires de France, 1978

Louis-Henri PARIAS (dir.), *Histoire générale du travail : l'ère des révolutions (1765-1914)*, vol. 3, Paris, Nouvelle Librairie de France, 1969

Gopal C. PATI, John I. ADKINS Jr. et Glenn MORRISON, *Managing and Employing the Handicapped : The Untapped Potential*, Lake Forest (Illinois), Brace-Park Press, 1981

Greg A. PATMORE, *An Inquiry into the Norm of Non-Discrimination in Canada*, Research and Current Issues Series, n° 63, Kingston (Ont.), Industrial Relations Centre, Queen's University, 1990

Bernard PERRET, *L'avenir du travail : Les démocraties face au chômage*, coll. L'Histoire immédiate, Paris, Seuil, 1995

Jean-Marc PIOTTE, *Du combat au partenariat : interventions critiques sur le syndicalisme québécois*, coll. Essais critiques, Québec, Ed. Nota bene, 1998

Polyvios G. POLYVIOU, *The Equal Protection of the Laws*, Londres, Duckworth, 1980

Phebe-Jane POOLE, *Diversity : A Business Advantage*, Ajax (On), Poole Publishing Co, 1997

Daniel PROULX, *La discrimination dans l'emploi : les moyens de défense selon la Charte québécoise et la Loi canadienne sur les droits de la personne*, Cowansville, Yvon Blais, 1993

Joseph G. RAYBACK, *A History of American Labor*, New-York, Free Press, 1966

Jeremy RIFKIN, *La fin du travail*, Montréal, Boréal, 1996

Jean RIVERO, *Les libertés publiques*, Tome 1 (Les droits de l'homme), coll. Thémis/droit public, Paris, Presses universitaires de France, 1995

Jean RIVERO, *Les libertés publiques*, tome 2 (Le régime des principales libertés), coll. Thémis (droit public), Paris, Presses universitaires de France, 1996

Pierre ROSANVALLON, *La question syndicale*, Coll. Pluriel, Paris, Hachette, 1988

William E. ROSENBACH et Robert L. TAYLOR (dir.), *Contemporary Issues in Leadership*, 3^e éd., Boulder (Colorado), Westview Press, 1993

Jacques ROUILLARD, *Histoire du syndicalisme au Québec*, Montréal, Boréal, 1989

Jacques ROUILLARD et Henri GOULET, *Solidarité et détermination : histoire de la Fraternité des policiers et policières de la Communauté urbaine de Montréal*, Montréal, Boréal, 1999

Félicien ROUSSEAU, *La croissance solidaire des droits de l'homme : un retour aux sources de l'éthique*, coll. Recherches philosophie (vol. 29), Montréal, Bellarmin, 1982

Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris, Garnier-Flammarion, 1966

Jean-Jacques ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et le fondement de l'inégalité*, coll. classiques Larousse, Paris, Librairie Larousse, 1972

SACK, GOLDBLATT, MITCHELL, *DFR : Duty of Fair Representation : A Guide for Trade Unionists*, Toronto, Lancaster House, 1992

Arthur M. SCHLESINGER Jr., *The Coming of the New Deal*, Boston, Riverside Press Cambridge, 1959

Dominique SCHNAPPER, *La relation à l'Autre : au cœur de la pensée sociologique*, coll. nrf essais, Paris, Gallimard, 1998

Tamra L. SCOTT, *Human Rights Issues and the Collective Agreement*, Current Issues Series, Kingston, Industrial Relations Centre, Queen's University, IRC Press, 1996

Lucien SFEZ, *L'égalité*, coll. Que sais-je?, vol. 2460, Paris, Presses universitaires de France, 1989

Ronald SIRARD et Alain GAZAILLE, *Comprendre et appliquer une convention collective*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1989

Alain SUPLOT, *Critique du droit du travail*, coll. « Les voies du droit », Paris, Presses universitaires de France, 1994

Walter TARNOPOLSKY, *Discrimination and the Law*, Toronto, Richard De Boo Ltd, 1982

Charles TAYLOR, *Multiculturalisme, différence et démocratie*, coll. champs, Paris, Flammarion, 1994

Christine L. TAYLOR, *Dimensions of Diversity in Canadian Business : Building a Business Case for Valuing Ethnocultural Diversity*, Ottawa, Conference Board of Canada, 1995

Barb THOMAS et Charles NOVOGRODSKY, *Combating Racism in the Workplace : A Course for Workers*, Toronto, Cross Cultural Communication Centre, 1983

Jean-François THUOT, *La fin de la représentation et les formes contemporaines de la démocratie*, Montréal, Éd. Nota Bene, 1998

Alexis de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, tome I, coll. Folio/Histoire, Paris, Gallimard, 1986

Suzanne UTTARO SAMUELS, *Fetal Rights, Women's Rights : Gender Equality in the Workplace*, Madison, The University of Wisconsin Press, 1995

André VACHET, *L'idéologie libérale : l'individu et sa propriété*, coll. Sciences sociales, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1988

Pierre VENNAT, *Une révolution non tranquille : Le syndicalisme au Québec de 1960 à l'an 2000*, Montréal, Éd. du Méridien, 1992

Pierre VERGE et Gregor MURRAY, *Le droit et les syndicats*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1991

Pierre VERGE et Guylaine VALLÉE, *Un droit du travail ? Essai sur la spécificité du droit du travail*, coll. Le droit aussi..., Cowansville, Yvon Blais, 1997

Louise VERSCHOLDEN, *La preuve et la procédure en arbitrage de griefs*, Montréal, Wilson & Lafleur Inc., 1994

Jean-Pierre VILLAGGI, *La protection des travailleurs: l'obligation générale de l'employeur*, Cowansville, Yvon Blais, 1996

Michael WALTON (dir.), *Rapport sur le développement dans le monde 1995 : Le monde du travail dans une économie sans frontières*, Washington, Banque mondiale, 1995

Nan WEINER, *Making Cultural Diversity Work*, coll. HR Practitioners'Series, Scarborough (Ont.), Carswell, 1997

Julie WHITE, *Sisters and Solidarity : Women and Unions in Canada*, Toronto, Thompson Educational Publishing Inc., 1993

Articles de périodiques

Benjamin AARON, « Reflections on the Legal Nature and Enforceability of Seniority Rights », (1962) 75 *Harv. L. Rev.* 1532

David ABRAHAM, « Individual Economy and Collective Empowerment in Labor Law : Union Membership Resignations and Strikebreaking in the New Economy », (1988) 63 *N.Y.U. L. Rev.* 1268

Steven E. ABRAHAM, « The Impact of the Taft-Hartley Act on the Balance of Power in Industrial Relations », (1996) 33 *Am. Bus. L.J.* 341

Roy J. ADAMS, « A Pernicious Euphoria : 50 Years of Wagnerism in Canada », (1995) 3 *C.L.E.L.J.* 321

Bernard ADELL, « Collective Agreements and Individual Rights : A Note on the Duty of Fair Representation », (1986) 11 *Queen's L.J.* 251

Bernard ADDELL, « The Rights of Disabled Workers at Arbitration and under Human Rights Legislation », (1991) 1 *Lab. Arb. Y.B.* 167

Ernest B. AKYEAMPONG, « Aperçu statistique du mouvement syndical ouvrier », *L'emploi et le revenu en perspective*, vol. 9, n° 4, hiver 1997, 50

Ernest B. AKYEAMPONG, « Augmentation du taux de syndicalisation chez les femmes », *L'emploi et le revenu en perspective*, vol. 10, n° 4, hiver 1998, 33

Ernest B. AKYEAMPONG, « Le point sur la syndicalisation », *L'emploi et le revenu en perspective*, parution spéciale, fête du travail 2000

Michelle ALAIN, « L'organisation d'aujourd'hui face au multiculturalisme », *Info ressources humaines*, vol. 17, n° 14, juin/juillet 1995, 10

Loren K. ALLISON et Eric H. J. STAHLHUT, « Arbitration and the ADA : A Budding Partnership », (1993) 48 *Arb. J.* (no 3) 53

Loren K. ALLISON et Eric H.J. STAHLHUT, « A Reasoned Approach to Harmonizing the ADA and the NLRA », (1994) 45 *Lab. L.J.* 292

Jon P. ALSTON, Theresa M. MORRIS et Arnold VEDLITZ, « Comparing Canadian and American Values : New Evidence from National Surveys », (1996) 26 *ARCS/CRevAS* 301

Palaniappan ANDIAPPAN, Martha REAVLEY et S. SILVER, « Discrimination Against Pregnant Employees : An Analysis of Arbitration and Human Rights Tribunal Decisions in Canada », (1990) *J. Bus. Ethics* (n° 9) 143

Harry W. ARTHURS, « Developing Industrial Citizenship : A Challenge For Canada's Second Century », (1967) 45 *R. du B. Can.* 786

Harry W. ARTHURS et Robert KREKLEWICH, « Law, Legal Institutions, and the Legal Profession in the New Economy », (1996) 34 *Osgoode Hall L.J.* 1

Harry W. ARTHURS, « Labour Law Without the State », (1996) 46 *U.T.L.J.* 1

ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, « Secte ou religion : casse-tête sémantique ? », *National*, Janvier-Février 1996, vol. 5, no. 1, 36

François AUBRY, « Le plein emploi, mythe ou réalité ? », *L'Action nationale*, vol. 88, no 1, janvier 1998

Richard BALES, « Title I of the Americans With Disabilities Act : Conflicts Between Reasonable Accommodation and Collective Bargaining », (1992) 2 *Cornell J. L. & Pub. Pol'y* 161

Richard BALES, « The Discord Between Collective Bargaining and Individual Employment Rights : Theoretical Origins and a Proposed Solution », (1997) 77 *B.U. L. Rev.* 687

Elizabeth BARTHOLET, « Proof of Discriminatory Intent Under Title VII : *United States Postal Bd. of Governors v. Aikens* », (1982) 70 *Cal. L. Rev.* 1201

Thomas M. J. BATEMAN, « Rights Application Doctrine and the Clash of Constitutionalisms in Canada », (1998) 31 *Rev. Can. Sc. Pol.* 3

David BEATTY, « Labour Law in a Nutshell : The Influence of a National Casebook », (1996) 75 *R. du B. Can.* 35

David BEATTY, « The Canadian Conception of Discrimination », (1996) 4 *C.L.E.L.J.* 263

Karim BENYEKHLEF, « Démocratie et libertés : quelques propos sur le contrôle de constitutionnalité et l'hétéronomie du droit », (1993) 38 *R.D. McGill* 91

Jean-Guy BERGERON et Diane VEILLEUX, « The Québec *Collective Agreement Decrees Act* : A Unique Model of Collective Bargaining », (1996) 22 *Queen's L.J.* 135

Mark L. BERLIN, « Reasonable Accommodation : A Positive Duty to Ensure Equal Opportunity », (1984-85) 1 *A.C.D.P.* 137

Gordon BETCHERMAN, « Human Ressources in Canada : The Impact of NAFTA on Human Resources », (1996) 22 *Can.-U.S. L.J.* 17

Marie-France BICH, « Petit manuel de guerilla patronale-syndicale : effets de la Charte canadienne des droits et libertés sur le Code du travail », (1987) 47 *R. du B.* 1097

Marie-France BICH, « Défense et illustration du droit québécois », *Sociologies et sociétés*, vol. 26, n° 2, automne 1994, 57

Alain-François BISSON, « Aristote, rue Wellington, ou des philosophes et des juges », (1989) 20 *R.G.D.* 391

Pierre BLACHE, « Les méandres du concept d'égalité et la Charte québécoise des droits et libertés de la personne », (1986) 17 *R.D.U.S.* 85

Albert A. BLUM et Jeffrey E. TEICH, « Bargaining With Technology », *Business Quarterly*, printemps 1997, vol. 61, no 3, 40

Alfred W. BLUMROSEN, « The Worker and Three Phases of Unionism : Administrative and Judicial Control of the Worker-Union Relationship », (1963) 61 *Mich. L. Rev.* 1435

Reynald BOURQUE, « Les conventions collectives de longue durée au Québec : bilan de la période 1994-1998 », *Effectif*, vol. 2, n° 4, septembre/octobre 1999, 52

John W. BOYLE, « The Error of *Eckles* : Why Seniority Rights Present an Undue Hardship for Employees with Disabilities », (1997) 35 *Duq. L. Rev.* 1023

Julie BRANDFIELD, « Undue Hardship : Title I of the Americans with Disabilities Act », (1990) 59 *Fordham L. Rev.* 113

Andreas BREITENFELLNER, « Le syndicalisme mondial : un partenaire potentiel », (1997) 136 *Revue internationale du travail* 579

Mark S. BRODIN, « The Role of Fault and Motive in Defining Discrimination : The Seniority Question Under Title VII », (1984) 62 *N. C. L. Rev.* 943

Ray BROWN et Brian ETHERINGTON, « *Weber v. Ontario*: A Denial of Access to Justice for the Organized Employee ? », (1996) 4 *C.L.E.L.J.* 183

Richard BROWN, « Human Rights in Employment : Of Participation and Compensation », (1996) 4 *C.L.E.L.J.* 283

James J. BRUDNEY, « A Famous Victory : Collective Bargaining Protections and the Statutory Aging Process », (1996) 74 *N.C. L. Rev.* 939

Christian BRUNELLE, « L'interprétation des droits constitutionnels par le recours aux philosophes », (1990) 50 *R. du B.* 353

Anne-Marie BRUNET, « Les obligations du syndicat accrédité envers les salariés qu'il représente », *Marché du travail*, vol. 12, no 4, avril 1991, 9

Susanne M. BRUYÈRE, Susana GOMEZ et Gwen THAYER-HANDLEMANN, « The Reasonable Accommodation Process in Unionized Environments », (1996) 47 *Lab. L.J.* 629

Emily CALHOUN, « Workplace Discrimination : Truthfulness and the Moral Imagination », (1991) 16 *Vt. L. Rev.* 137

Pierre CARIGNAN, « De la notion de droit collectif et de son application en matière scolaire au Québec », (1984) 18 *R.J.T.* 1

Pierre CARIGNAN, « L'égalité dans le droit : une méthode d'approche appliquée à l'article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne », (1987) 21 *R.J.T.* 491

Madeleine CARON, « Le droit à l'égalité dans le Code civil et dans la Charte québécoise des droits et libertés », (1985) 45 *R. du B.* 345

Madeleine CARON, « L'égalité sous le Code civil : l'incidence des Chartes », (1990) 24 *R.J.T.* 433

Donald D. CARTER, « Canadian Labour Relations under the Charter », (1988) 43 *Relat. Ind.* 305

Donald D. CARTER, « The Duty to Accommodate : Its Growing Impact on the Grievance Arbitration Process », (1997) 52 *Relat. Ind.* 185

Kenneth CASEBEER, « Drafting Wagner's Act : Leon Keyserling and the Precommittee Drafts of the Labor Disputes Act and the National Labor Relations Act », (1989) 11 *I.R.L.J.* 73

Steven R. CHAPLIN, « The Charter and Public Sector Employment Law in Canada : Collective Bargaining and Arbitration », (1993) 18 *Queen's L.J.* 406

Jennifer CHARD et Viviane RENAUD, « Les minorités visibles à Toronto, Vancouver et Montréal », *Tendances sociales canadiennes*, automne 1999, n° 54, 22

Jean CHAREST, Gilles TRUDEAU et Diane VEILLEUX, « La modernisation du Code du travail du Québec : perspectives et enjeux », *Effectif*, vol. 2, n° 2, avril/mai 1999, 24

Frédéric CHARETTE, « Des usages intempestifs de l'expression « droits collectifs » », (1997) 38 *C. de D.* 691

François CHEVRETTE, « La disposition limitative de la *Charte des droits et libertés de la personne* : le dit et le non-dit », (1987) 21 *R.J.T.* 461

Timothy J. CHRISTIAN, « The Developing Duty of Fair Representation », (1991) 11 *Lab. Arb. Y.B.* 3

Laurence J. COHEN, « New Bargaining Approaches to New Economic Conditions : Pursuing a Mutuality of Interests », (1989) 5 *Lab. Law.* 263

COMMENT, « The Inevitable Interplay of Title VII and the National Labor Relations Act : A New Role for the NLRB », (1974) 123 *U. Pa. L. Rev.* 158

Lennie COPELAND, « Learning to Manage a Multicultural Workforce », *Training*, vol. 25, no 5, mai 1988, 48

Mary CORNISH et Harriet SIMAND, « Religious Accommodation in the Workplace », (1992) 1 *C.L.L.J.* 166

Roberto L. CORRADA, « Religious Accommodation and the National Labor Relations Act », (1996) 17 *Berkeley J. Emp. & Lab. L.* 185

Pierre-André CÔTÉ, « L'interprétation de la loi, une création sujette à des contraintes », (1990) 50 *R. du B.* 329

Monique COURNOYER, « Le travail : quelle crise? », *Possibles*, vol. 21, no 2 et 3, printemps-été 1997, 29

Michel COUTU, « Les clauses dites « orphelins » et la notion de discrimination dans la *Charte des droits et libertés de la personne* », (2000) 55 *Relat. ind.* 308

Marion CRAIN, « Feminizing Unions : Challenging the Gendered Structure of Wage Labor », (1991) 89 *Mich. L. Rev.* 1155

Gillian CREESE, « Gendering Collective Bargaining : From Men's Rights to Women's Issues », (1996) 33 *CRSA/RCSA* 437

Gregory S. CRESPI, « Efficiency Rejected : Evaluating "Undue Hardship" Claims Under the Americans with Disabilities Act », (1990) 26 *Tulsa L.J.* 1

Charles B. CREVER, « The Vitality of the American Labor Movement in the Twenty-first Century », (1983) *U. Ill. L. Rev.* 633

Charles B. CREVER, « Why Labour Unions Must [and Can] Survive », (1998) 1 *U. Pa. J. Lab. & Emp. Law* 15

Jeff B. CROMWELL, « Cultural Discrimination : The Reasonable Accommodation of Religion in the Workplace », (1997) 10 *Employee Responsibilities & Rights J.* 155

Stephen M. CROW et Sandra J. HARTMAN, « ADA Versus NLRA : Is a Showdown Imminent Over Reasonable Accommodation ? », (1993) 44 *Labor L. J.* 375

Rose DALY-ROONEY, « Reconciling Conflicts Between the Americans with Disabilities Act and the National Labour Relations Act to Accommodate People with Disabilities », (1994) 6 *DePaul Bus. L. J.* 387

Carol D'AMICO, « Back to the Future : A Current View of Workforce 2000 and Projections for 2020 », *Employment Relations Today*, Automne 1997, vol. 24, no 3, 1

Shelagh DAY et Gwen BRODSKY, « The Duty to Accommodate : Who Will Benefit? », (1996) 75 *R. du B. Can.* 433

Yves DEMONTIGNY, « Droits fondamentaux et projets de société : une réconciliation pour le moins tumultueuse », (1995) 26 *R.G.D.* 99

Patricia DIGH, « Religion in the Workplace : Make a Good-Faith Effort to Accommodate », *HRMagazine*, vol. 43, n° 13, décembre 1998, 85

George C. DOLATLY, « The Future of the Reasonable Accommodation Duty in Employment Practices », (1993) 26 *Colum. J. L. & Soc. Probs.* 523

John J. DONOHUE III, « Employment Discrimination Law in Perspective : Three Concepts of Equality », (1994) 92 *Mich. L. Rev.* 2583

James M. DONOVAN, « God is as God Does : Law, Anthropology, and the Definition of "Religion" », (1995) 6 *Const. L.J.* 23

Anne DONNELLON et Deborah M. KOLB, « Constructive for Whom ? The Fate of Diversity Disputes in Organizations », (1994) 50 *J. of Social Issues* 139

Maurice DRAPEAU, « La considération de l'obligation d'accommodement même en cas de discrimination indirecte », (1998) 39 *C. de D.* 823

Robert A. DUBAULT, « The ADA and the NLRA : Balancing Individual and Collective Rights », (1995) 70 *Ind. L.J.* 1271

Jean-Pierre DURAND, « Vers la société du post-travail? », *L'Homme et la Société*, n° 109, juillet-septembre 1993, 117

Nancy A. EBER, « Disability and the Duty to Accommodate : A Management Viewpoint », (1998) *Lab. Arb. Y.B.* 105

Garett A. EISENBRAUN, « Employer Response to Ill, Injured, or Intoxicated Employees : Duty to Accommodate », *Law Now*, vol. 23, n° 2, octobre-novembre 1998, 14

Steven B. EPSTEIN, « In Search of a Bright Line : Determining When an Employer's Financial Hardship Becomes "Undue" Under the Americans with Disabilities Act », (1995) 48 *Vand. L. Rev.* 391

Joanne Jocha ERVIN, « Reasonable Accommodation and the Collective Bargaining Agreement Under the Americans With Disabilities Act of 1990 », (1991) *Det. C. L. Rev.* 925

Michael D. ESPOSITO, « There's More to Writing Job Descriptions Than Complying With the ADA », *Employment Relations Today*, vol. 19, n° 3, automne 1992, 273

Samuel ESTREICHER, « Labor Law Reform in a World of Competitive Product Markets », (1993) 69 *Chi.-Kent. L. Rev.* 3

Brian ETHERINGTON, « *Central Alberta Dairy Pool* : The Supreme Court of Canada's Latest Word on the Duty to Accommodate », (1992) 1 *C.L.L.J.* 311

Brian ETHERINGTON, « The Human Rights Responsibilities of Unions : *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud* », (1993) 2 *C.L.L.J.* 267

Brian ETHERINGTON, « Employment Law : The 1995-1996 Term », (1998) 9 *S.C.L.R.* (2d) 497

Francis FARRUGIA, « Exclusion : mode d'emploi », *Cahiers internationaux de sociologie*, vol. 102, janvier-juillet 1997, 37

Ben FISCHER, « Seniority is Healthy », (1976) 27 *Lab. L.J.* 497

Margaret FOEGEN-KARSTEN, Machel K. SCHROEDER et Michael A. SURETTE, « Impact of the Americans with Disabilities Act on Job Evaluation », (1995) 46 *Lab. L.J.* 436

Laurent FONTAINE, « Les temps sont durs, camarade! », *Revue Commerce*, vol. 96, no 10, octobre 1994, 20

Anne FORREST, « Securing the Male Breadwinner : A Feminist Interpretation of PC 1003 », (1997) 52 *Relat. Ind.* 91

Kenneth G. FRANTZ, « Religious Discrimination in Employment : An Examination of the Employer's Duty to Accommodate », (1979) *Det. C.L. Rev.* 205

Jo FREEMAN, « How 'Sex' Got into Title VII : Persistent Opportunism as a Maker of Public Policy », (1991) 9 *Law & Ineq. J.* 163

Charles FRIED, « Individual and Collective Rights in Work Relations : Reflections on the Current State of Labor Law and Its Prospects », (1984) 51 *U. Chi. L. Rev.* 1012

Judy FUDGE et Harry GLASBEEK, « The Legacy of PC 1003 », (1995) 3 *C.L.E.L.J.* 357

Judy FUDGE, « Rights on the Labour Law Ladder : Using Gender to Challenge Hierarchy », (1996) 60 *Sask. L. Rev.* 237

Howard N. FULLERTON, « The 2005 labor force : growing, but slowly », *Monthly Labor Review*, vol. 118, no 11, novembre 1995, 29

Edward FUNKHOUSER, « Do Immigrants Have Lower Unionization Propensities than Natives ? », (1993) 32 *Ind. Rel.* 248

Jean-Denis GAGNON, « La compétence de l'arbitre de griefs en droit du travail : accroissement d'un domaine réservé », (1997) 57 *R. du B.* 173

Mona-Josée GAGNON, « Le syndicalisme peut évoluer sans nier son passé », *Revue Options CEQ*, Automne 1996, no 15, 135

Mona-Josée GAGNON, « Présentation », *Sociologie et sociétés*, vol. 30, n° 2, automne 1998, 1

Walter GALENSON, « Syndicats et tripartisme en quête d'un nouveau souffle », *Travail : Le magazine de l'OIT*, no 8, juin 1994, 30

Lowell GALLAWAY et Richard VEDDER, « Labour Laws : Then and Now », (1996) 17 *J. Lab. Res.* 253

Rachel GEMAN, « Safeguarding Employee Rights in a Post-Union World : A New Conception of Employee Communities », (1997) 30 *Colum. J.L. & Soc. Probs.* 369

Louise GENDRON, « Pourquoi le Québec n'a plus d'enfants? », *L'Actualité*, 15 juin 1998, vol. 23, no 10, 58

Kenneth GEORGE, « Les comités de santé et de sécurité au travail : tables de concertation ou de négociation ? », (1985) 40 *Relat. Ind.* 512

Carl GERSUNY, « Origins of Seniority Provisions in Collective Bargaining », (1982) 33 *Lab. L.J.* 518

Julius G. GETMAN et Thomas C. KOHLER, « The Common Law, Labour Law, and Reality : A Response to Professor Epstein », (1983) 92 *Yale L.J.* 1415

Marilyn GINSBURG et Catherine BICKLEY, « Accommodating the Disabled : Emerging Issues Under Human Rights Legislation », (1992) 1 *C.L.L.J.* 73

Marc GOLD, « La rhétorique des droits constitutionnels », (1988) 22 *R.J.T.* 1

Marc GOLD, « Comment : *Andrews v. Law Society of British Columbia* », (1989) 34 *R.D. McGill* 1063

Anthony GRIFFIN, « The Duty to Accommodate at Arbitration : A Human Rights Perspective », (1996-1997) *Lab. Arb. Y.B.* 291

Kymberly D. HANKINSON, « Navigating Between A Rock and A Hard Place : An Employer's Obligation to Reasonably Accommodate The Disabled in the Unionized Workplace », (1998) 15 *J. Contemp. Health L. & Pol'y* 245

Connie Y. HARPER, « Origin and Nature of the Duty of Fair Representation », (1996) 12 *Lab. Law.* 183

Michael HARTNEY, « Some Confusions Concerning Collective Rights », (1991) 4 *Can. J. of L. & Jur.* 293

Gérard HÉBERT, « La législation sur les relations du travail au Canada et le C.P. 1003 », (1995) 50 *Relat. Ind.* 85

Kathleen D. HENRY, « Civil Rights and the Disabled : A Comparison of the Rehabilitation Act of 1973 and the American with Disabilities Act of 1990 in the Employment Setting », (1989) 54 *Alb. L. Rev.* 123

Jean HÉTU, « *De minimis non curat praetor* : une maxime qui a toute son importance ! », (1990) 50 *R. du B.* 1065

Ann C. HODGES, « The Americans with Disabilities Act in the Unionized Workplace », (1994) 48 *U. Miami L. Rev.* 567

Peter HOGG, « Judicial Amendment of Statutes to Conform to the Charter of Rights », (1994) 28 *R.J.T.* 533

John HOLLWITZ, Deborah F. GOODMAN et Dean BOLTE, « Complying with the Americans With Disabilities Act : Assessing the Costs of reasonable Accommodation », *Public Personnel Management*, vol. 24, n° 2, été 1995, 149

Gerald T. HOLTZMAN, Kyle L. JENNINGS et David J. SCHENCK, « Reasonable Accommodation of the Disabled Worker – A Job for the Man or a Man for the Job ? », (1992) 44 *Baylor L. Rev.* 279

Gary HOPKINSON, « Disability and the Duty to Accommodate : A Union Viewpoint », (1998) *Lab. Arb. Y.B.* 143

Paul HORWITZ, « The Sources and Limits of Freedom of Religion in a Liberal Democracy : Section 2(a) and Beyond », (1996) 54 *U.T. Fac. L. Rev.* 1

R.Brian HOWE, « Human Rights in Hard Times : the Post-War Canadian Experience », (1992) 35 *Adm. Pub. Can.* 464

R.Brian HOWE et Malcolm J. ANDRADE, « The Reputation of Human Rights Commissions in Canada », (1994) 9 *CJLS/RCDS* 1

Gerald HUNT, « Sexual Orientation and the Canadian Labour Movement », (1997) 52 *Relat. ind.* 787

Ian HUNTER, « Individual and Collective Rights in Canadian Labour Law », (1993) 22 *Man. L.J.* 145

Jerry H. HUNTER, *NLRB General Counsel's Memorandum to Field Personnel on Potential Conflicts Raised by Americans With Disabilities Act*, Office of the General Counsel, mémorandum GC-92-09, 7 août 1992, *Daily Lab. Rep.* (BNA), n° 158 (14 août 1992), E-1

Jerry H. HUNTER et Tony E. GALLEGOS, *NLRB, EEOC Memo of Understanding on Procedure for Coordinating ADA, NLRA*, *Daily Lab. Rep.* (BNA), n° 220 (17 novembre 1993), F-1

Luc HUPPÉ, « La dignité humaine comme fondement des droits et libertés garantis par la charte », (1988) 48 *R. du B.* 724

Alan HYDE, « Employee Caucus : A Key Institution in the Emerging System of Employment Law », (1993) 69 *Chi.-Kent L. Rev.* 149

Alan HYDE, « Employee Indentity Caucuses in Silicon Valley : Can They Transcend the Boundaries of the Firm? », (1997) 48 *Lab. L.J.* 491

Elizabeth M. IGLESIAS, « Structures of Subordination : Women of Color at the Intersection of Title VII and the NLRA. Not ! », (1993) 28 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 395

Ivan F. IVANKOVICH, « The "Religious" Employee and Reasonable Accommodation Requirements », (1987-1988) 13 *Can. Bus. L. J.* 313

Steven D. JAMAR, « Accommodating Religion at Work : A Principled Approach to Title VII and Religious Freedom », (1996) 40 *N.Y.L. Sch. L. Rev.* 719

Kaye JOACHIM, « Seniority Rights and the Duty to Accommodate », (1998) 24 *Queen's L.J.* 131

Kaye JOACHIM, « The Meaning of "Discrimination" in the Duty of Fair Representation », (1999) 7 *C.L.E.L.J.* 91

David JOHNSON et R.Brian HOWE, « Human Rights Commissions in Canada : Reform or Reinvention in a Time of Restraint ? », (1997) 12 *CJLS/RCDS* 1

Laurie JOHNSTON, « The ADA and Collective Bargaining Issues », New-York, School of industrial and Labor Relations, Cornell University, juillet 1994

Kim W. JONES, « Cultural Diversity Education : What Is Being Done ? », (1993) 18 *Lab. Stud. J.* (n° 2) 39

Barbara KAMENIR-FRANKEL, « The Impact of the Americans with Disabilities Act of 1990 on Collective Bargaining Agreements », (1992) 22 *Sw.U. L. Rev.* 257

Pamela S. KARLAN et George RUTHERGLEN, « Disabilities, Discrimination, and Reasonable Accommodation », (1996) 46 *Duke L.J.* 1

Albert Y. KIM, « Arbitrating Statutory Rights in the Union Setting : Breaking the Collective Interest Problem Without Damaging Labor Relations », (1998) 65 *U. Chi. L. Rev.* 225

Thomas C. KOHLER, « Civic Virtue at Work : Unions as Seedbeds of the Civic Virtues », (1995) 36 *B. C.L. Rev.* 279

Kees W. KORT, « The Duty to Accommodate at Arbitration : A Management Viewpoint », (1996-97) *Lab. Arb. Y.B.* 257

Sue A. KRENEK, « Beyond Reasonable Accommodation », (1994) 72 *Tex. L. Rev.* 1969

Pradeep KUMAR, Gregor MURRAY et Sylvain SCHETAGNE, « Les changements dans les milieux de travail : impacts, politiques et systèmes de soutien mis en place par les syndicats », *Gazette du travail*, vol. 1, n° 3, hiver 1998, 82

Marc LACROIX et al., « Dispositions particulières des principales conventions collectives : conventions collectives de longue durée et clauses de réouverture des négociations », *Gazette du travail*, vol. 2, n° 3, automne 1999, 42

Louise LANGEVIN, « Réflexion sur le lien de causalité en matière de discrimination : une difficile intégration », (1996) 22 *Queen's L.J.* 51

Céline LAPORTE, « Pratiques innovatrices en milieu de travail », *Gazette du travail*, vol. 2, n° 3, automne 1999, 64

Bora LASKIN, « Collective Bargaining and Individual Rights », (1962) 6 *Can. Bar J.* 278

Louise LAURIN et Henri LABERGE, « Quelle devrait être la place de la religion à l'école », *L'action nationale*, vol. 88, n° 6, juin 1998, 79

Lisa A. LAVELLE, « The Duty to Accommodate : Will Title I of the Americans with Disabilities Act Emancipate Individuals with Disabilities Only to Disable Small Businesses ? », (1991) 66 *Notre Dame L. Rev.* 1135

Barbara A. LEE, « Reasonable Accommodation Under the Americans with Disabilities Act : The Limitations of Rehabilitation Act Precedent », (1993) 14 *Berkeley J. Emp. & Lab. L.* 201

Barbara A. LEE et Karen A. NEWMAN, « Employer Responses to Disability : Preliminary Evidence and a Research Agenda », (1995) 8 *Employee Responsibilities & Rights J.* 209

Eddy LEE, « La mondialisation et l'emploi : des craintes justifiées? », (1996) 135 *Revue Internationale du travail* 532

Solange LEFEBVRE, « Le bouleversement des valeurs dans la société québécoise », *Revue Options CEQ*, automne 1996, n° 15, 45

Fredric C. LEFFLER, « Piercing the Duty of Fair Representation : The Dichotomy Between Negotiations and Grievance Handling », (1979) *U. Ill. L. Forum* 35

Michel LEFRANÇOIS, « The Scope of the Duty to Accommodate in the Large Employment Setting », (1996) 5 *C.L.E.L.J.* 1

David LEITCH, « Occupational Health and Safety and Human Rights in the Workplace : Not Always a Comfortable Fit », (1994) 2 *C.L.L.J.* 231

Sylvain LEPAGE, « Les pratiques défavorables au nouveau salarié dans la convention collective : le cas de la double échelle », (1989) 30 *C. de D.* 525

David LEPOFSKY, « The Duty to Accommodate : A Purposive Approach », (1992) 1 *C.L.L.J.* 1

Douglas L. LESLIE, « Labour Bargaining Units », (1984) 70 *Va. L. Rev.* 353

Gillian LESTER, « Toward the Feminisation of Collective Bargaining Law », (1991) 36 *R.D. McGill* 1181

Christian LÉVESQUE, Gregor MURRAY et Stéphane LE QUEUX, « Transformations sociales et identités syndicales : l'institution syndicale à l'épreuve de la différenciation sociale contemporaine », *Sociologie et sociétés*, vol. 30, n° 2, automne 1998, 131

Harold LEVY, « Civil Rights in Employment and the Multinational Corporations », (1976-77) 10 *Cornell Int'l L.J.* 87

Claire L'HEUREUX-DUBÉ, « Droit de la famille à l'aube du 20^e siècle : la marche vers l'égalité », (1997-98) 28 *R.D.U.S.* 3

Carla LIPSIG-MUMME, « Unions Struggle with New Work Order », *Options politiques*, vol. 16, no 8, octobre 1995, 3

Dominique LIZOTTE et Patrick FOUGEYROLLAS, « Du droit comme facteur déterminant de la participation sociale des personnes ayant des incapacités », (1997) 38 *C. de D.* 371

Danièle LOCHAK, « Réflexions sur la notion de discrimination », (1987) *Dr. Soc.* (no 11) 778

Graham S. LOWE, « The Future of Work », (1998) 53 *Relat. Ind.* 235

Ira C. LUPU, « The Trouble with Accommodation », (1992) 60 *Geo. Wash. L. Rev.* 743

Michael LYNK, « A Hardy Transplant : The Duty to Accommodate and Disability Rights in Canadian Labour Law », (1998) 49 *Lab. L.J.* 962

Michael LYNK, « Accommodating Disabilities in the Canadian Workplace », (1999) 7 *C.L.E.L.J.* 183

John LUND et Neill DeCLERCQ, « Production Standards and the Americans with Disabilities Act : A Preliminary Review and Analysis », (1996) 21 *Lab. Stud. J.* (no 3) 40

Antoine LYON-CAEN, « L'égalité et la loi en droit du travail », (1990) *Dr. Soc.* (no 1) 1990, 68

Rosemary LYSAGHT, Elizabeth TOWNSEND et Carrie LYNN ORSER, « The Use of Work Schedule Modification to Enhance Employment Outcomes for Persons with Severe Disability », *Journal of Rehabilitation*, vol. 60, n° 4, octobre/novembre/décembre 1994

Diane MAINVILLE et Carey OLINECK, *Rétrospective du mouvement syndical au Canada*, Statistique Canada, Supplément, Été 1999, n° 75-001-SPF

Martin H. MALIN, « The Supreme Court and the Duty of Fair Representation », (1992) 27 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 127

John G. MACINTOSH, « Employment Discrimination : An Economic Perspective », (1986) 19 *Ott. L. Rev.* 275

Martin H. MALIN et Lamont E. STALLWORTH, « Grievance Arbitration : Accommodating an Increasingly Diversified Workforce », (1991) 42 *Lab. L.J.* 551

Louise MARCIL-LACOSTE, « Les problèmes contemporains de l'égalité », (1989-1990) 6 *A.C.D.P.* 47

Leonard MARVY, « Disability and the Duty to Accommodate : A Management Viewpoint », (1998) *Lab. Arb. Y.B.* 125

Denis MATTE, Domenico BALDINO et Réjean COURCHESNE, « L'évolution de l'emploi atypique au Québec », *Marché du travail* (encart), vol. 19, no 5, mai 1998

Richard S. MCATEE, « The Americans With Disabilities Act and The National Labor Relations Act : A Unionized Employer's Road Map to Reasonable Accommodations », (1994) 33 *Duq. L. Rev.* 105

Margaret E. MCCALLUM, « Labour and the Liberal State : Regulating the Employment Relationship, 1867-1920 », (1996) 23 *Man.L.J.* 574

William J. MCDEVITT, « Seniority Systems and the Americans with Disabilities Act : The Fate of "Reasonable Accommodation" After *Eckles* », (1997) 9 *St. Thomas L. Rev.* 359

Dean B. MCFARLIN, James SONG et Michelle SONNTAG, « Integrating the Disabled into the Work Force : A Survey of Fortune 500 Company Attitudes and Practices », (1991) 4 *Employee Resp. & Rights J.* 107

Edward J. MCGRAW, « Compliance Costs of the Americans with Disabilities Act », (1993) 18 *Del. J. Corp. L.* 521

Peter S. MCINNIS, « Teamwork for Harmony : Labour-Management Production Committees and the Postwar Settlement in Canada », *Canadian Historical Review*, vol. 77, n° 3, septembre 1996, 317

Elizabeth MCINTYRE, « The Duty to Accommodate at Arbitration : A Union Viewpoint », (1996-97) *Lab. Arb. Y.B.* 277

Beverley MCLACHLIN, « The Evolution of Equality », (1996) 54 *The Advocate* 559

Molly S. MCUSIC et Michael SELMI, « Postmodern Unions : Identity Politics in the Workplace », (1997) 82 *Iowa L. Rev.* 1339

Dominique MÉDA, « Une mise en perspective de la valeur travail », (1996) 135 *Revue Internationale du Travail* 693

G. Jonathan MENG, « Definitive Job Descriptions Are Key to ADA Compliance », *Employment Relations Today*, vol. 18, n° 3, automne 1991, 285

Paul Steven MILLER, « Disability Civil Rights and a New Paradigm for the Twenty-First Century : The Expansion of Civil Rights Beyond Race, Gender, and Age », (1998) 1 *U. Pa. J. Lab. & Emp. Law* 511

D'Andra MILLSAP, « Reasonable Accommodation of Pregnancy in the Workplace : A Proposal to Amend the Pregnancy Discrimination Act », (1996) 32 *Hous. L. Rev.* 1411

Daniel MOCKLE, « Ordre normatif interne et organisations », (1992) 33 *C. de D.* 965

Anne M. MOLLOY, « Disability and the Duty to Accommodate », (1992) 1 *C.L.L.J.* 23

Patrick J. MONAHAN et Andrew PETTER, « Developments in Constitutional Law : The 1985-86 Term », (1987) 9 *S.C.L.R.* 69

Serge MONGEAU, « Pour sortir de l'économie néolibérale », *Possibles*, vol. 21, no 2-3, printemps-été 1997, 250

Marie-Ange MOREAU et Gilles TRUDEAU, « Les modes de réglementation sociale à l'heure de l'ouverture des frontières: quelques réflexions autour des modèles européen et nord-américain », (1992) 33 *C. de D.* 345

André MOREL, « La coexistence des chartes canadienne et québécoise : problème d'interaction », (1986) 17 *R.D.U.S.* 49

André MOREL, « La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne », (1987) 21 *R.J.T.* 1

Fernand MORIN, « La convention collective et l'obligation d'accommodement selon l'arrêt Okanagan », (1993) 48 *Relat. Ind.* 732

Scott A. MOSS et Daniel A. MALIN, « Public Funding for Disability Accommodations : A Rational Solution to Rational Discrimination and the Disabilities of the ADA », (1998) 33 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 197

David MULLAN, « Tribunals and Courts – The Contemporary Terrain : Lessons from Human Rights Regimes », (1999) 24 *Queen's L.J.* 643

Rosalie K. MURPHY, « Reasonable Accommodation and Employment Discrimination Under Title I of the Americans with Disabilities Act », (1991) 64 *S. Cal. L. Rev.* 1607

Gregor MURRAY et Pierre VERGE, « La représentation syndicale au-delà de l'entreprise », (1994) 35 *C. de D.* 419

P.J. MURRAY III et Terrence M. LEWIS, « The Americans With Disabilities Act And Reasonable Accommodation : Are Employers Required to Reassign Disabled Individuals Who Can No Longer Perform Their Jobs? », (1998) 69 *Pa. B.A.Q.* (oct. 1998, n° 4) 139

Denis NADEAU, « L'obligation de représentation en droit québécois : pour une « renaissance » du recours en dommages des salariés lésés ! », (1988) 48 *R. du B.* 595

Denis NADEAU, « Arbitres de griefs, tribunaux des droits de la personne et normes de contrôle judiciaire : une critique des arrêts *Ross* et *Green Bay* », (1997) 28 *R.G.D.* 149

Peter NASH, « The NLRA at Age Fifty », (1985) 36 *Lab. L.J.* 600

Peggy NASH et Lewis GOTTHEIL, « Employment Equity : A Union Perspective », (1994) 2 *C.L.L.J.* 49

Pascal NOBLET, « Égalité et discrimination positive : le cas de la France et des États-Unis », *Revue française des affaires sociales*, vol. 52, n° 4, Octobre-Décembre 1998, 131

Alain NOËL, « La droite et la gauche, le libéralisme et la social-démocratie », *Revue Options CEQ*, no 15, Automne 1996, 71

Ken NORMAN, « Through A Glass Darkly : Concurrent Jurisdictions in Workplace Human Rights Justice Systems », (1999) 7 *C.L.E.L.J.* 273

NOTE, « Union Liability for Employer Discrimination », (1980) 93 *Harv. L. Rev.* 702

David OFFEN SIMON, « Union Liability under Title VII for Employer Discrimination », (1980) 68 *Geo. L.J.* 959

Nicole OLLIVIER, « Individualisme et mouvements sociaux », (1990) 3 *Nouvelles pratiques sociales* (no 3) 53

John O'MANIQUE, « Universal and Inalienable Rights : A Search for Foundations », (1990) 12 *Hum. Rts Q.* 465

Mary K. O'MELVENY, «The Americans with Disabilities Act and Collective Bargaining Agreements : Reasonable Accommodations or Irreconcilable Conflicts?», (1993-94) 82 *Ky. L. J.* 219

David Benjamin OPPENHEIMER, « Negligent Discrimination », (1993) 141 *U. Pa. L. Rev.* 899

Ghislain OTIS, « Le spectre d'une marginalisation des voies de recours découlant de la Charte québécoise », (1991) 51 *R. du B.* 561

Ghislain OTIS et Christian BRUNELLE, « La Charte des droits et libertés de la personne et la tenue vestimentaire à l'école publique », (1995) 36 *C. de D.* 599

Louise OTIS, « L'ordre public dans les relations de travail », (1999) 40 *C. de D.* 381

Pierre PAQUET, « Déclin et mutation des relations de travail fordien », *Possibles*, vol. 17, no 1, hiver 1993, 85

Constantine PASSARIS, « Human Rights Commissions in Canada : A New Vision for a New Century », (1995) 8 *C.J.A.L.P.* 295

Karen L. PECK, « Union Liability Under the Age Discrimination in Employment Act », (1989) 56 *U. Chi. L. Rev.* 1087

Michel G. PICHER, « The Duty to Accommodate at Arbitration : An Arbitrator's Perspective », (1996-97) *Lab. Arb. Y.B.* 211

Danielle PINARD, « Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la Charte canadienne des droits et libertés », (1989) 30 *C. de D.* 137

Danielle PINARD, « Les seules règles de droit qui peuvent poser des limites aux droits et libertés protégés et l'arrêt *Slaight Communications* », (1991) 1 *N.J.C.L.* 1

Frédérique POIRIER et Lucie LAMARCHE, « L'accès au Tribunal des droits de la personne du Québec : une fréquence modulée », (1997) 57 *R. du B.* 785

Robert W. PRITCHARD, « Avoiding the Inevitable: Resolving the Conflicts Between the ADA and the NLRA », (1995) 11 *Lab. Law.* 375

Daniel PROULX, « Égalité et discrimination dans la Charte des droits et libertés de la personne : étude comparative », (1979-80) 10 *R.D.U.S.* 381

Daniel PROULX, « L'objet des droits constitutionnels à l'égalité », (1988) 29 *C. de D.* 567

Daniel PROULX, « Le défi de l'égalité et la Charte canadienne des droits », (1988) 48 *R. du B.* 633

Daniel PROULX, « La norme québécoise d'égalité dérape en Cour suprême : commentaire des arrêts *Forget*, *Devine* et *Ford* », (1990) 24 *R.J.T.* 375

Daniel PROULX, « Question de droit », *Revue Impressions*, n° 20, avril 1995, 6

Daniel PROULX, « L'accommodement raisonnable, cet incompris : Commentaire de l'arrêt *Large c. Stratford* », (1996) 41 *R.D. McGill* 669

Daniel PROULX, « La discrimination fondée sur le handicap : étude comparée de la Charte québécoise », (1996) 56 *R. du B.* 317

Daniel PROULX, « La *Modification constitutionnelle de 1997* relative aux structures scolaires au Québec : une mesure opportune et juridiquement solide », (1998) 58 *R. du B.* 41

Joan E. PYNES, « The Two Faces of Unions », (1996) 25 *J. Collective Negotiations* 31

Robert J. RABIN, « The Role of Unions in the Rights-Based Workplace », (1991) 25 *U.S.F. L. Rev.* 169

Louis C. RABAUT, « The American With Disabilities Act and the Duty of Reasonable Accommodation », (1993) 70 *U. Det. Mercy L. Rev.* 721

Chantal ROBERT et Guylaine VALLÉE, « Le traitement des plaintes concernant la discrimination en matière d'emploi par l'arbitre de griefs et par le Tribunal des droits de la personne du Québec : une étude comparative exploratoire », (2000) 41 *C. de D.* 95

Karen ROBERTS et Catherine LUNDY, «The ADA and the NLRA : Resolving Accommodation Disputes in Unionized Workplaces », (1995) 11 *Negotiation J.* 29

Dani RODRIK, « Has Globalization Gone Too Far ? », *California Management Review*, vol. 39, n° 3, Printemps 1997, 29

Joel ROGERS, « A Strategy for Labor », (1995) 34 *Ind. Rel.* 367

Elizabeth ROTH, « Sex Discrimination : The Civil Rights History of Sex : A Sexist, Racist, Congressional Joke », *A.B.A. L. Prac. Mgmt.*, Sept. 1993, 26

Erika F. ROTTENBERG, « The Americans with Disabilities Act : Erosion of Collective Rights? », (1993) 14 *Berkeley J. Emp. & Lab. L.* 179

Jacques ROUILLARD, « Le syndicalisme dans l'opinion publique au Canada », (1991) 46 *Relat. Ind.* 277

Jacques ROUILLARD, « L'image du pouvoir syndical au Québec (1950-1991) », (1993) 34 *Recherches sociographiques* 279

Renato di RUZZA, « L'internationalisation de l'économie et la crise du syndicalisme », *L'Homme et la Société*, n° 121-122, juillet-décembre 1996, 117

Daniel SABBAGH, « Les origines de l'*affirmative action* dans l'emploi (1964-1969) », *Revue française d'études américaines*, n° 81, juin 1999, 6

Louise SADOWSKY BROCK, « Overcoming Collective Action Problems : Enforcement of Worker Rights », (1997) 30 *U. Mich. J. L. Reform* 781

Matthew B. SCHIFF et David L. MILLER, « Reasonable Accommodation Under The Americans With Disabilities Act », (1992/93) 28 *Gonz. L. Rev.* 219

Laura SCHLICHTMANN, « Accommodation of Pregnancy Related Disabilities on the Job », (1994) 15 *Berkeley J. Emp. & Lab. L.* 335

Estella J. SCHOEN, « Does the ADA Make Exceptions in a Unionized Workplace ? The Conflict Between the Reassignment Provision of the ADA and Collectively Bargained Seniority Systems », (1998) 82 *Minn. L. Rev.* 1391

Michael SELMI, « Proving Intentional Discrimination : The Reality of Supreme Court Rhetoric », (1997) 86 *Geo. L.J.* 279

Jean-Michel SERVAIS, « Égalité dans l'emploi ou droit à la différence? Un point de vue international », (1992) 33 *C. de D.* 515

Elliot H. SHALLER, « "Reasonable Accommodation" under the Americans with Disabilities Act – What Does It Mean ? », (1991) 16 *Employee Rel. L.J.* 431

Roger SHAWL, « La présence syndicale au Québec en 1997 », *Marché du travail*, vol. 19, n° 9, septembre 1997

Colleen SHEPPARD, « Affirmative Action in Times of Recession : The Dilemma of Seniority-Based Layoffs », (1984) 42 *U. of T. Fac. L. Rev.* 1

Colleen SHEPPARD, « Caring in Human Relations and Legal Approaches to Equality », (1993) 2 *N.J.C.L.* 305

Arthur F. SILBERGELD, « Title VII and the Collective Bargaining Agreement : Seniority Provisions Under Fire », (1975) 49 *Temp. L. Q.* 288

Rosalie SILBERMAN-ABELLA, « Diversity in Rights Theory : Untangling the Difference between Civil and Human Rights », (1996) 7 *N.J.C.L.* 255

Gangaram SINGH et Frank REID, « Are Seniority-Based Layoffs Discriminatory ? The Adverse Impact of Layoffs on Designated Groups », (1998) 53 *Relat. Ind.* 730

Stephen W. SKRAINKA, « The Utility of Arbitration Agreements in Employment Manuals and Collective Bargaining Agreements for Resolving Civil Rights, Age and ADA Claims », (1993) 37 *St.Louis U.L.J.* 985

George C. B. SMITH, « Change to Remain Relevant », *Options politiques*, vol. 16, n° 8, octobre 1995, 28

Jules L. SMITH, « Accommodating the Americans with Disabilities Act to Collective Bargaining Obligations under the NLRA », (1992) 18 *Employee Rel. L.J.* 273

Louis SORMANY, « La portée constitutionnelle du préambule de l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique », (1977) 18 *C. de D.* 91

Belinda SPAETH, « *Aka v. Washington Hospital Center* and *Kralik v. Durbin* : Is It "Reasonable" to Require an Employer to Accommodate an ADA Plaintiff When Doing So Violates the Collectively Bargained Seniority Rights of Other Employees? », (1998) 42 *St.Louis U.L.J.* 989

George E. STEVENS, « Exploding the Myths About Hiring the Handicapped », *Personnel*, vol. 63, n° 12, décembre 1986, 57

George STRAUSS, « Is the New Deal System Collapsing? With What Might It Be Replaced? », (1995) 34 *Ind. Rel.* 329

Steven F. STUHLBARG, « Reasonable Accommodation Under the Americans with Disabilities Act : How Much Must One Do Before Hardship Turns Undue », (1991) 59 *U. Cin. L. Rev.* 1311

Jan W. STURNER, « The Benefits of Arbitrating ADA Claims and an Update on the Conflict Between the Duty to Accommodate and Seniority Rights », (1999) 50 *Lab. L.J.* 3

Clyde W. SUMMERS, « Labour Law as the Century Turns : A Changing of the Guard », (1988) 67 *Neb. L. Rev.* 7

Katherine SWINTON, « Accommodating Equality in the Unionized Workplace », (1996) 33 *Osgoode Hall L.J.* 703

Katherine SWINTON, « Disability and the Duty to Accommodate : An Academic Perspective », (1998) *Lab. Arb. Y.B.* 93

Andrew L. SYMONS, « A Three-Step Test for Determining When Compliance with The Americans With Disabilities Act is Required », (1992/93) 28 *Gonz. L. Rev.* 235

Karl TABBAKH, « The Standard of Review of Grievance Arbitrators When Deciding on Human Rights Issues : The "Magnificent Goal" vs. Industrial Peace », (1998) 43 *R.D. McGill* 261

Daphne G. TARAS, « Why Nonunion Representation is Legal in Canada », (1997) 52 *Relat. ind.* 763

Walter S. TARNOPOLSKY, « The Equality Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms », (1983) 61 *R. du B. Can.* 242

Joseph-Yvon THÉRIAULT, « Ombre et lumière de l'individualisme », *Revue Options CEQ*, Automne 1996, no 15, 57

Terry THOMASON et Silvana POZZEBON, « Managerial Opposition to Union Certification in Québec and Ontario », (1998) 53 *Relat. ind.* 750

Leon E. TRAKMAN, William COLE-HAMILTON et Sean GATIEN, « *R. v. Oakes* 1986-1997 Back to the Drawing Board », (1998) 36 *Osgoode Hall L.J.* 83

André TREMBLAY, « Le principe d'égalité et les clauses anti-discrimination », (1984) 18 *R.J.T.* 329

Luc TREMBLAY, « L'interprétation téléologique des droits constitutionnels », (1995) 29 *R.J.T.* 459

Leo TROY, « Convergence in International Unionism, etc. The Case of Canada and the USA », (1992) 30 *Brit. J. Ind. Rel.* 1

Gilles TRUDEAU, « La mondialisation et les syndicats », *Options politiques*, vol. 16, no 8, octobre 1995, 7

Gilles TRUDEAU et Diane VEILLEUX, « Le monopole nord-américain de représentation syndicale à la croisée des chemins », (1995) 50 *Relat. Ind.* 9

Francis J. VAAS, « Title VII : Legislative History », (1965-66) 7 *B.C. Int'l & Comp. L. Rev.* 431

Guylaine VALLÉE, « La nature juridique de l'ancienneté en droit du travail : une comparaison des droits québécois et français », (1995) 50 *Relat. ind.* 259

Guylaine VALLÉE, « Pluralité des statuts de travail et protection des droits de la personne : quel rôle pour le droit du travail ? », (1999) 54 *Relat. ind.* 277

Robert VANDYCKE, « La *Charte* constitutionnelle et les droits économiques, sociaux et culturels », (1989-1990) 6 *A.C.D.P.* 167

Robert VANDYCKE, « L'activisme judiciaire et les droits de la personne : émergence d'un nouveau savoir-pouvoir ? », (1989) 30 *C. de D.* 927

Katherine VAN WEZEL STONE, « The Legacy of Industrial Pluralism : The Tension Between Individual Employment Rights and the New Deal Collective Bargaining System », (1992) 59 *U. Chi. L. Rev.* 575

Diane VEILLEUX, « Proposition d'une conception organiciste de la représentation syndicale », (1993) 34 *C. de D.* 899

Pierre VERGE, « Bref historique de l'adoption du monopole de la représentation syndicale au Québec », (1971) 12 *C. de D.* 303

Pierre VERGE, « Évolution de la protection juridictionnelle de l'accès au syndicat », (1984) 39 *Relat. Ind.* 710

Pierre VERGE, « Mondialisation et fonctions du droit du travail national », (1999) 40 *C. de D.* 437

Michael WALZER, « Individus et communautés : les deux pluralismes », *Esprit*, n° 212, juin 1995, 103

Rosemary WARSKETT, « The Politics of Difference and Inclusiveness within the Canadian Labour Movement », (1996) 17 *Economic and Industrial Democracy* 587

Floyd D. WEATHERSPOON, « The Americans with Disabilities Act of 1990 : Title I and Its Impact on Employment Decisions », (1991) 16 *Vt L. Rev.* 263

Edwina Allison WILSON, « Practical Considerations for Compliance Under The Americans With Disabilities Act », (1992/93) 28 *Gonz. L. Rev.* 265

William A. WINES, « Seniority, Recession, and Affirmative Action : The Challenge for Collective Bargaining », (1982) 20 *Am. Bus. L. J.* 41

Warren K. WINKLER et Peter J. THORUP, « The Duty of Accommodation and its Implications for the Employer », (1992) 1 *C.L.L.J.* 209

José WOEHLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », (1998) 43 *R.D. McGill* 325

Benjamin W. WOLKINSON et Victor NICHOL, « The Arbitration of Discrimination Claims In Employment Cases », (1992) 47 *Arb. J.* 20

Benjamin WOLKINSON et Victor NICHOL, « Religious Discrimination : Arbitrating the Grievances », *Dispute Resolution Journal*, vol. 48, n° 4, 1993, 54

David WRIGHT, « Unions and Political Action : Labour Law, Union Purposes and Democracy », (1998) 24 *Queen's L.J.* 1

Matthew G. ZAGRODZKY, « When Employees Become Disabled : Does the Americans with Disabilities Act Require Consideration of a Transfer as a Reasonable Accommodation? », (1997) 38 *S. Tex. L. Rev.* 939

Margriet ZWARTS, « The Duty of Fair Representation : Individual Rights in the Collective Bargaining Process, or Squaring the Circle », (1982) 28 *R.D. McGill* 59

Articles tirés d'ouvrages collectifs

Roy J. ADAMS, « Deux approches de la décision ouvrière-patronale à l'échelon de l'entreprise », dans W. Craig RIDDELL (coor.), *La coopération ouvrière-patronale au Canada*, vol. 15, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986, 95

Bernard ADELL, « Employment Law and Employment Tribunals: Where Should we be Heading ? », dans Brian D. BRUCE (dir.), *Le travail, le chômage et la justice*, Institut canadien d'administration de la justice, Montréal, Thémis, 1994, 319

Bernard ADELL, « Overlapping Forums in Collective Agreement Administration », dans Gilles TRUDEAU, Guylaine VALLÉE et Diane VEILLEUX (dir.), *Études en droit du travail*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1995, 1

Bernard ADELL, « Le droit et la régulation des relations du travail : l'équilibre difficile entre les droits collectifs et les droits individuels », dans Gregor MURRAY, Marie-Laure MORIN et Isabel da COSTA (dir.), *L'état des relations professionnelles : traditions et perspectives de recherche*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1996, 460

Joëlle AFFICHARD, « Inégalités et principe de justice », dans Joëlle AFFICHARD et Jean-Baptiste de FOUCAULD (dir.), *Justice sociale et inégalités*, Série Société, Paris, Esprit, 1992, 1

Gary ANNABLE, « Le monde syndical joue un rôle actif », dans CONSEIL CANADIEN DE LA RÉADAPTATION ET DU TRAVAIL, *Façonner l'avenir : réalisations et défis dans l'emploi des personnes ayant une déficience*, Winnipeg, 1994, 33

Herbert APPLEBAUM, « The Concept of Work in Western Thought », dans Frederick C. GAMST (éd.), *Meanings of Work : Considerations for the Twenty-First Century*, Albany, State University of New York Press, 1995, 46

Alain BARRÉ, « Le régime des rapports collectifs et les Chartes », dans Rodrigue BLOUIN et al. (dir.), *Les Chartes des droits et les relations industrielles*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1988, 131

R. BEN-ISRAEL, « Equality and Prohibition of Discrimination in Employment », dans Roger BLANPAIN (Éd.), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, vol. 1, Deventer (Netherlands), Kluwer Law & Taxation Publishers, 1990, 87

Elaine BERNARD, « L'administration Clinton et la réforme du droit du travail », dans Michel AUDET et al. (dir.), *La représentation : Miroir ou mirage de la démocratie au travail?*, Ste-Foy, Presses de l'Université Laval, 1994, 151

Elaine BERNARD, « Legislation, Discrimination and Benefits : Labor Perspective », dans Gladys W. GRUENBERG (dir.), *Arbitration 1993 : Arbitration and the Changing World of Work*, Proceedings of the 46th annual meeting, National Academy of Arbitrators, Washington D.C., Bureau of National Affairs Inc., 1994, 144

Jean BERNIER et André C. CÔTÉ, « Les accords d'entreprise au Canada », dans Irena BORUTA et Henryk LEWANDOWSKI (dir.), *Les accords d'entreprise*, Acta Universitatis Lodzensis, Folia Iuridica 46, Chaire de droit du travail et de la sécurité sociale de l'Université de Lodz, Pologne, 1991, 15

Marie-France BICH, « Le contrat de travail », dans *La réforme du Code civil*, vol. 2 (Obligations, contrats nommés), Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, 741

Marie-France BICH, « Contrat de travail et Code civil du Québec – Rétrospective, perspectives et expectatives », dans BARREAU DU QUÉBEC, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit du travail (1996)*, vol. 78, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1996, 189

Marie-France BICH, « Clauses orphelins et devoir de juste représentation : quelques réflexions en forme de réquisitoire », dans COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES

DROITS DE LA JEUNESSE, *L'équité entre générations et les clauses « orphelins » : des droits à défendre*, Actes du Forum droits et libertés, Montréal, 1999, 47

Richard B. BIRD, « A New Diversity in the Workplace – A Canadian Viewpoint », dans Gladys W. GRUENBERG (éd.), *Arbitration 1991 : The Changing Face of Arbitration in Theory and Practice*, Proceedings of the 44th annual meeting, National Academy of Arbitrators, Washington D.C., Bureau of National Affairs Inc., 1992, 160

William W. BLACK, « Accommodation of Religious Beliefs and Practices », dans Frank E. MCARDLE (dir.), *The Cambridge Lectures 1991*, Institut canadien d'études juridiques supérieures, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1992, 159

William BLACK et Lynn SMITH, « The Equality Rights », dans Gérald A. BEAUDOIN et Errol P. MENDES (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1996, 825

Farrell E. BLOCH, « Discrimination in Nonreferral Unions », dans Leonard J. HAUSMAN et al. (dir.), *Equal Rights and Industrial Relations*, Industrial Relations Research Association Series, Madison (Wisconsin), 1977

Walter BLOCK et Michael A. WALKER, « Introduction », dans W.E. BLOCK et M.A. WALKER (dir.), *Discrimination, Affirmative Action, and Equal Opportunity : An Economic and Social Perspective*, Vancouver, The Fraser Institute, 1982, 1

Jean BOIVIN, « La fin du Wagnérisme ? », dans Anthony GILES, Anthony E. SMITH et Kurt WETZEL (éd.), *Actes du XXXI^e Congrès de l'Association canadienne des relations industrielles*, ACRI/CIRA, 1995, 41

Jacques BOUCHER et Louis FAVREAU, « Les identités à la CSN : d'une vision d'avant-garde à une position de solidarités plurielles », dans Jacques HAMEL et J. Yvon THÉRIAULT (dir.), *Les identités*, Actes du colloque de l'ACSALF 1992, Laval, Éd. du Méridien, 1994, 357

Guy BOURASSA, « Les groupes d'intérêt aux Etats-Unis », dans Edmond ORBAN et Michel FORTMANN (dir.), *Le système politique américain : mécanismes et décisions*, 2^e éd., Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1994, 113

Jean-Yves BRIÈRE, « L'abus de droit et la rupture du contrat de travail » dans BARREAU DU QUÉBEC, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit du travail (1992)*, vol. 34, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1992, 165

Henri BRUN, « La Charte canadienne des droits et libertés comme instrument de développement social », dans Claire BECKTON et A. Wayne MACKAY (coord.), *Les tribunaux et la Charte*, vol. 58, Ottawa, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développements du Canada, Approvisionnements et services Canada, 1986, 1

Christian BRUNELLE, « La réglementation municipale discriminatoire », dans BARREAU DU QUÉBEC, *Congrès annuel du Barreau du Québec (1992)*, Montréal, Barreau du Québec, Service de la formation permanente, 1992, 505

Christian BRUNELLE, « Les droits et libertés dans le contexte civil », dans ÉCOLE DU BARREAU DU QUÉBEC, *Droit public et administratif*, Collection de droit 1999-2000, vol. 7, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1999, 189

Dorval BRUNELLE, « Les Chartes, le droit civil et les clivages sociaux », dans Rodrigue BÉLANGER et al. (dir.), *Vers de nouveaux rapports entre l'éthique et le droit*, Cahiers de recherche éthique, no 16, Montréal, Fides, 1991, 47

Sandra BURT, « Les questions féminines et le mouvement féministe au Canada depuis 1970 », dans Alan CAIRNS et Cynthia WILLIAMS (coor.), *Les dimensions politiques du sexe, de l'ethnie et de la langue au Canada*, vol. 34, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développements du Canada, Approvisionnement et services Canada, 1986, 125

René CADIEUX, « Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., c. C-12, articles 9.1, 49 et 52 : développements récents », dans BARREAU DU QUÉBEC, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit administratif (1993)*, vol. 45, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1993, 1

Madeleine CARON, « La Charte québécoise, complément indispensable de la Charte constitutionnelle », dans Gérald A. BEAUDOIN (dir.), *Vos clients et la Charte – liberté et égalité*, Actes de la Conférence de l'Association du Barreau canadien tenue à Montréal en octobre 1987, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1988, 301

Madeleine CARON, « L'effet des chartes sur le contrat de travail », dans Michel BROSSARD (dir.), *Le point sur l'arbitrage de griefs*, Montréal, École des relations industrielles, Université de Montréal, 1991, 54

Madeleine CARON, « Les concepts d'égalité et de discrimination dans la Charte québécoise des droits et libertés de la personne », dans BARREAU DU QUÉBEC, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit administratif (1993)*, vol. 45, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1993, 39

Madeleine CARON, « Rôle des commissions des droits de la personne : bilan et perspectives », Walter S. TARNOPOLSKY, Joyce WHITMAN et Monique OUELLETTE (dir.), *La discrimination dans le droit et l'administration de la justice*, Montréal, Thémis, 1993, 61

Susan CHALTON et Lesley BURKE, « Human Rights – A Union Perspective », dans INSIGHT CONFERENCES, *Human Rights and Disabilities in the Workplace*, Toronto, Insight Press, 1994, 37

Luc CHAMBERLAND, « Quel est le type de contrôle judiciaire qui doit s'exercer à l'endroit des tribunaux administratifs qui appliquent les chartes ? », dans BARREAU DU QUÉBEC, *Congrès annuel du Barreau du Québec (1997)*, Montréal, Barreau du Québec, Service de la formation permanente, 1997, 1

Jean CHAREST, « Le mouvement syndical », dans Robert BOILY (dir.), *L'Année politique au Québec 1997-1998*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1999, 143

Martin M. CHEMERS, Mark A. COSTANZO et Stuart OSKAMP, « An Introduction to Diversity Organizations », dans Martin M. CHEMERS, Mark A. COSTANZO et Stuart

OSKAMP (dir.), *Diversity in Organizations : New Perspectives for a Changing Workplace*, Thousand Oaks, SAGE Publications, 1995, 1

Tim CHRISTIAN, « The Charter of Rights and Labour Law », dans *Labour Law in the 1990s*, Don Mills (Ont.), CCH Canadian Ltd., 1988, 185

André C. CÔTÉ, « L'impact des normes sur les rapports collectifs du travail », dans Michel BROSSARD (dir.), *Normes du travail : Impacts sur la gestion des ressources humaines et les rapports collectifs du travail*, no 15, Montréal, École de relations industrielles de l'Université de Montréal, 1985, 259

Michel COULANGES, « L'obligation d'accommodement raisonnable au-delà des relations employeurs-employés », dans BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit administratif* (1994), vol. 57, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1994, 181

Diane L. DEMERS, « Le handicap et l'emploi entre le droit à l'égalité et les « exigences requises par l'emploi », dans BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit de la santé et sécurité au travail* (1999), vol. 116, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1999, 1

Serge DENIS, « Le cas du syndicalisme », dans Edmond ORBAN et Michel FORTMANN (dir.), *Le système politique américain : mécanismes et décisions*, 2^e éd., Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1994, 141

Esther DÉOM, « La lutte à la discrimination dans le cadre de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec », dans Rodrigue BLOUIN (dir.), *Vingt-cinq ans de pratique en relations industrielles au Québec*, Cowansville, Yvon Blais, 1990, 965

John G. DOLAN, « Arbitration of Health-Related Issues, With Special Reference to the ADA », dans Gladys W. GRUENBERG (dir.), *Arbitration 1994 : Controversy and Continuity*, Proceedings of the 47th annual meeting, National Academy of Arbitrators, Washington D.C., Bureau of National Affairs Inc., 1994, 42

Claude DUCHARME, « Commentaires », dans Rodrigue BLOUIN et al. (dir.), *Les Chartes des droits et les relations industrielles*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1988, 63

Nicole DUPLÉ, « Les droits à l'égalité dans la Charte canadienne », dans Gérard-A. BEAUDOIN (dir.), *Vues canadiennes et européennes des droits et libertés*, Actes des journées strasbourgeoises 1988, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1989, 91

Richard EDWARDS, « Unions in Crisis and Beyond : Introduction », dans Richard EDWARDS, Paolo GARONNA et Franz TÖDTLING (Éd.), *Unions in Crisis and Beyond : Perspectives from Six Countries*, Dover (Mass.), Auburn House Publishing Company, 1986, 1

Claude FILION, « La CSN et la promotion des droits de la personne », dans Yves BÉLANGER et Robert COMEAU (dir.), *La CSN : 75 ans d'action syndicale et sociale*, Ste-Foy, Presses de l'Université du Québec, 1998, 91

Claude H. FOISY, « Juridiction de l'arbitre de griefs à interpréter et appliquer les lois », dans BARREAU DU QUÉBEC, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit du travail* (1992), vol. 34, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 1992, 69

Bruce FRASER, « A New Diversity in the Workplace – the Challenge to Arbitration », dans Gladys W. GRUENBERG (éd.), *Arbitration 1991 : The Changing Face of Arbitration in Theory and Practice*, Proceedings of the 44th annual meeting, National Academy of Arbitrators, Washington D.C., Bureau of National Affairs Inc., 1991, 143

Steve FRASER, « The 'Labour Question' », dans Steve FRASER et Gary GERSTLE (éd.), *The Rise and Fall of the New Deal Order, 1930-1980*, Princeton N.J., Princeton University Press, 1989, 55

Judy A. FUDGE, « Voluntarism, Compulsion and the Transformation of Canadian Labour Law during World War II », dans Gregory S. KEALEY et Greg PATMORE, *Canadian and Australian Labour History : Towards a Comparative Perspective*, St-John, Committee on Canadian Labour History, 1990, 81

Amira GALIN, « Myth and Reality : Trade Unions and Industrial Relations in the Transition to Democracy », dans John R. NILAND, Russell D. LANSBURY et Chrissie VEREVIS (dir.), *The Future of Industrial Relations : Global Change and Challenges*, Thousand Oaks, SAGE Publications Inc., 1994, 295

Mona-Josée GAGNON, « Commentaires », dans Rodrigue BLOUIN et al. (dir.), *Les Chartes des droits et les relations industrielles*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1988, 222

Robert P. GAGNON, « La procédure d'accréditation », dans ÉCOLE DU BARREAU DU QUÉBEC, *Droit du travail*, Collection de droit 1999-2000, vol. 8, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1999, 96

Robert P. GAGNON, « La vie de l'accréditation », dans ÉCOLE DU BARREAU DU QUÉBEC, *Droit du travail*, Collection de droit 1999-2000, vol. 8, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1999, 121

Robert P. GAGNON, « La convention collective », dans ÉCOLE DU BARREAU DU QUÉBEC, *Droit du travail*, Collection de droit 1999-2000, vol. 8, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1999, 167

Amira GALIN, « Myth and Reality : Trade Unions and Industrial Relations in the Transition to Democracy », dans John R. NILAND, Russell D. LANSBURY et Chrissie VEREVIS (dir.), *The Future of Industrial Relations : Global Change and Challenges*, Thousand Oaks, SAGE Publications Inc., 1994

Susan GENGE, « Lesbians and Gays in the Union Movement », dans Linda BRISKIN et Lynda YANZ (éd.), *Union Sisters : Women in the Labour Movement*, Toronto, Women's Educational Press, 1983, 161

Glenn GEORGE, « Americans with Disabilities Act and Civil Rights : Effects on Arbitration », Gladys W. GRUENBERG (éd.), *Arbitration 1993 : Arbitration and the Changing World of Work*, Proceedings of the 46th annual meeting, National Academy of Arbitrators, Washington D.C., Bureau of National Affairs Inc., 1994, 130

Pierre GIROUARD, « L'évolution législative du régime d'accréditation à caractère majoritaire », dans Rodrigue BLOUIN (dir.), *Vingt-cinq ans de pratique en relations industrielles au Québec*, Cowansville, Yvon Blais, 1990,

Simone GOYARD-FABRE, « La dérive des droits fondamentaux », dans Guy LAFRANCE (dir.), *Éthique et droits fondamentaux*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1989, 61

Clément GROLEAU, « Rapports collectifs de travail : l'évolution de la convention collective », dans BARREAU DU QUÉBEC, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit du travail (1992)*, vol. 34, Cowansville, Yvon Blais, 1992, 85

Burton HALL, « Collective Bargaining and Workers' Liberty », dans Gertrude EZORSKY (éd.), *Moral Rights in the Workplace*, New-York, State University of New York Press, 1987, 161

Jacques HENRIPIN, « Questions démographiques et politiques », dans Alain-Gustave GAGNON (dir.), *Québec : État et Société*, Montréal, Éd. Québec/Amérique, 1994, 281-304; Marc TERMOTE, « Les défis démographiques du Québec », *Possibles*, vol. 22, no 3 et 4, été/automne 1998, 35

Jean-Paul JACQUÉ, « Le principe d'égalité », dans Gérald-A. BEAUDOIN (dir.), *Vues canadiennes et européennes des droits et libertés*, Actes des journées strasbourgeoises 1988, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1989, 77

Brian JOHNSTON, « Accommodating the Duty to Accommodate in Collective Agreements », dans Thomas KUTTNER (dir.), *Le système de relations industrielles : développements et tendances*, vol. II, Actes du 29^e congrès de l'Association canadienne des relations industrielles, Frédéricion, Éd. Revue de droit de l'Université du Nouveau-Brunswick, 1993, 735

James E. JONES Jr., « The Origins of the Concept of the Duty of Fair Representation », dans Jean T. MCKELVEY (dir.), *The Duty of Fair Representation*, New-York, New York State School of Industrial & Labour Relations, Cornell University, 1977, 25

Warren E. KALBACH, « The Demographic Transformation of Canada's Work Force », dans Audrey WIPPER (éd.), *Work : The Sociology of Work in Canada*, Ottawa, Carleton University Press, 1994, 487

Noel A. KINSELLA, « Tomorrow's Rights in the Mirror of History », dans Gerard L. GALL (dir.), *Civil Liberties in Canada : Entering the 1980s*, Toronto, Butterwoths, 1982

Michael KRAUSS, « L'action positive : réflexions historiques et philosophiques », dans Michael KRAUSS (dir.), *Action positive : théorie et conséquences*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1989, 1

Pradeep KUMAR, Gregor MURRAY et Sylvain SCHETAGNE, « L'adaptation au changement : les priorités des syndicats dans les années 1990 », dans DÉVELOPPEMENT DES RESSOURCES HUMAINES CANADA, *Répertoire des organisations de travailleurs et travailleuses au Canada*, Direction de l'information sur les milieux de travail, Ottawa, Les Éditions du gouvernement du Canada, 1998, 25

Louis LABERGE, « Table ronde – Les Chartes impliquent-elles un réalignement des politiques syndicales et patronales ? », dans Rodrigue BLOUIN et al. (dir.), *Les Chartes des droits et les relations industrielles*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1988, 267

Gilles LAFLAMME et al. (dir.), *La crise de l'emploi : de nouveaux partages s'imposent*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1997

Gérard V. LA FOREST, « Droit du travail et Charte à la Cour suprême du Canada », dans Brian D. DRUCE (dir.), *Le travail, le chômage et la justice*, Montréal, Thémis, 1994, 245

René LAPERRIÈRE, « Canada et Québec », dans Antoine LYON-CAEN et Antoine JEAMMAUD (dir.), *Droit du travail, démocratie et crise en Europe occidentale et en Amérique*, Paris, Actes Sud, 1986, 169

René LAPERRIÈRE, « États-Unis d'Amérique », dans Antoine LYON-CAEN et Antoine JEAMMAUD (dir.), *Droit du travail, démocratie et crise en Europe occidentale et en Amérique*, Paris, Actes Sud, 1986, 189

René LAPERRIÈRE, « Éthique du travail et droits des travailleurs », dans Rodrigue BÉLANGER (dir.), *Vers de nouveaux rapports entre l'éthique et le droit*, Cahiers de recherche éthique, no 16, Montréal, Fides, 1991, 81

Jackie LARKIN, « Out of the Ghettos : Affirmative Action and Unions », dans Linda BRISKIN et Lynda YANZ (dir.), *Union Sisters : Women in the Labour Movement*, Toronto, Women's Educational Press, 1983, 67

Georges A. LEBEL, « La part du judiciaire dans l'intégration sociale continentale », dans Dorval BRUNELLE et Christian DEBLOCK (dir.), *L'Amérique du Nord et l'Europe communautaire : intégration économique, intégration sociale?*, coll. Études d'économie politique, Ste-Foy, Presses de l'Université du Québec, 1994, 265

Roger LEVASSEUR (avec la collaboration de Raymond BOULANGER), « La dynamique des associations au Québec : démographie et morphologie, 1942-1981 », dans Marie-Marthe T. BRAULT et Lise SAINT-JEAN (dir.), *Entraide et associations*, coll. Questions de culture (no 16), Québec, Institut québécois de recherche sur la culture, 1990, chap. 7, 153

Nelson LICHTENSTEIN, « From Corporatism to Collective Bargaining : Organized Labour and the Eclipse of Social Democracy in the Postwar Era », dans Steve FRASER et Gary GERSTLE (éd.), *The Rise and Fall of the New Deal Order, 1930-1980*, Princeton N.J., Princeton University Press, 1989, 122

Claire-Émmanuelle LONGUET, « Les lobbies : instruments de la démocratie au Congrès? », dans Marie-France TOINET (dir.), *Et la Constitution créa l'Amérique*, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 1988, 239

Lente-Louise LOUW, « No Potential Lost », dans Lewis Brown GRIGGS et Lente-Louise LOUW (dir.), *Valuing Diversity : New Tools for a New Reality*, New York, McGraw-Hill Inc., 1995, 15

Laurel S. MACDOWELL, « The Formation of the Canadian Industrial Relations System During World War Two », dans Laurel S. MACDOWELL et Ian RADFORTH (éd.), *Canadian Working Class History : Selected Readings*, Toronto, Canadian Scholars'Press, 1992, 575

Noël MALLETTE, « L'ancienneté », dans Noël MALLETTE (dir.), *La gestion des relations du travail au Québec : Le cadre juridique et institutionnel*, Coll. Administration, Montréal, Éd. McGraw-Hill, 1980, 305

Georges MARCEAU, « L'obligation d'accommodement en vertu de la Charte des droits et libertés de la personne : une obligation pour les employeurs et les syndicats », dans BARREAU DU QUÉBEC, *Congrès annuel du Barreau du Québec (1994)*, Montréal, Barreau du Québec, Service de la formation permanente, 1994, 1019

Louise MARCIL-LACOSTE, « Les avatars de l'égalité dans la réflexion contemporaine », dans Rodrigue BÉLANGER et al. (dir.), *L'égalitarisme en question*, Cahiers de recherche éthique, no 18, Montréal, Fides, 1994, 17

Louise MARCIL-LACOSTE, « Le général et le spécifique : logique de l'égalité », dans Guy LAFRANCE (dir.), *Éthique et droits fondamentaux*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1989, 100

Véronique L. MARLEAU, « Les droits et libertés dans l'entreprise : le dépistage et l'utilisation de renseignements personnels dans le domaine de l'emploi », dans BARREAU DU QUÉBEC, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit administratif (1993)*, vol. 45, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1993, 107

Lawrence W. MARQUES, « Legislation, Discrimination and Benefits : Management Perspective », dans Gladys W. GRUENBERG (dir.), *Arbitration 1993 : Arbitration and the Changing World of Work*, Proceedings of the 46th annual meeting, National Academy of Arbitrators, Washington D.C., Bureau of National Affairs Inc., 1994, 149

Luc MARTINEAU, « Le statut d'emploi peut-il constituer un motif de distinction illicite en vertu du paragraphe 15(1) de la Charte canadienne et de l'article 10 de la Charte québécoise ? » dans BARREAU DU QUÉBEC, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit administratif (1994)*, vol. 57, Cowansville, Yvon Blais, 1994, 127

Danilo MARTUCELLI, « Les contradictions politiques du multiculturalisme », dans Michel WIEVIORKA (dir.), *Une société fragmentée ? Le multiculturalisme en débat*, Paris, Éd. La Découverte/Poche, 1997, 61

David MONTGOMERY, « Labor Rights and Human Rights : A Historical Perspective », dans Lance A. COMPA et Stephen F. DIAMOND (dir.), *Human Rights, Labor Rights, and International Trade*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1996, 13

Pierre E. MOREAU et Natalie BUSSIÈRE, « L'obligation d'accommodement : les limites jurisprudentielles », dans BARREAU DU QUÉBEC, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit du travail (1995)*, vol. 65, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1995, 143

André MOREL, « L'originalité de la Charte québécoise en péril », dans BARREAU DU QUÉBEC, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit administratif* (1993), vol. 45, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1993, 65

Fernand MORIN, « La négociation collective selon le modèle de 1944 est-elle périmée ? », dans Colette BERNIER et al. (dir.), *La négociation collective du travail : adaptation ou disparition ?*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, 13

Gregor MURRAY, « La représentation en relations industrielles: Perspectives et prospective », dans Michel AUDET et al. (dir.), *La représentation : Miroir ou mirage de la démocratie au travail?*, Ste-Foy, Presses de l'Université Laval, 1994, 7

Gaston NADEAU, « L'incidence des Chartes canadienne et québécoise sur les contrôles obligatoires en milieu de travail », dans Conférences Commémoratives MEREDITH 1988, *Le Contrat de travail : problèmes et perspectives*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1989, 35

Jacques A. NADEAU, « Récents développements en matière de discrimination dans l'emploi », dans BARREAU DU QUÉBEC, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit du travail* (1998), vol. 102, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1998, 187

András NOVEMBER, « Emploi contre travail », dans Christian COMELIAU (dir.), *L'économie à la recherche du développement : crise d'une théorie, violence d'une pratique*, Coll. Les nouveaux cahiers de l'Institut universitaire d'études du développement de Genève, Paris, Presses universitaires de France, 1996, 97

Louise OTIS, « Éthique et travail : un défi vers l'égalité », dans *L'éthique au quotidien*, Montréal, Éd. Québec/Amérique, 1990, 52

Jean PAQUETTE, « La compétence de l'arbitre de griefs pour interpréter et appliquer une loi : synthèse et récents développements », dans BARREAU DU QUÉBEC, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit du travail* (1996), vol. 78, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1996, 89

Michel PRADERIE, « Les inégalités dans l'entreprise », dans Joëlle AFFICHARD et Jean-Baptiste de FOUCAULD (dir.), *Justice sociale et inégalités*, Série Société, Paris, Esprit, 1992

Daniel PROULX, « L'égalité en droit comparé et en droit canadien depuis l'arrêt *Andrews* », dans Gérald-A. BEAUDOIN (dir.), *Vues canadiennes et européennes des droits et libertés*, Actes des journées strasbourgeoises 1988, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1989, 145

Daniel PROULX, « Fondements et mise en œuvre des programmes d'accès à l'égalité au Québec et au Canada », dans *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, Montréal, Éd. AUPELF-UREF, 1994, 75

Daniel PROULX, « Les arrêts *Dickason* et *Renaud* ou la redéfinition des rapports hiérarchiques entre les lois sur les droits de la personne et les conventions collectives de travail », dans Denis NADEAU et Benoît PELLETIER (dir.), *Actes du colloque Relation d'emploi et droits de la personne : évolution et tensions !*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1994, 181

Norene PUPO, « Women, Unions, and the State : Challenges Ahead », dans Patricia M. EVANS et Gerda R. WERKELE (dir.), *Women and the Canadian Welfare State : Challenges and Change*, Toronto, University of Toronto Press, 1997, 291

Thilo RAMM, « Introduction », dans Folke SCHMIDT (dir.), *Discrimination in Employment : a Study of Six Countries by the Comparative Labour Law Group*, Stockholm, Almqvist & Wiksell International, 1978, 15

W. Craig RIDDELL, « La coopération ouvrière-patronale au Canada : introduction », dans W. Craig RIDDELL (coord.), *La coopération ouvrière-patronale au Canada*, vol. 15, Ottawa, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développements du Canada, Approvisionnements et services Canada, 1986, 1

W. Craig RIDDELL, « Les relations de travail au Canada : un aperçu général », dans W. Craig RIDDELL (coord.), *Les relations de travail au Canada*, vol. 16, Ottawa, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Approvisionnements et services Canada, 1986, 1

Claude RIOUX, « Libre-échange et pratiques du syndicalisme au Canada et aux États-Unis : rétrospective et perspective », dans Pierre J. HAMEL (dir.), *Un marché, deux sociétés ? Libre-échange : aspects socio-économiques*, 2^e partie, Les Cahiers scientifiques, no 51. Montréal, A.C.F.A.S., 1987, 158

Claude RIOUX, « La négociation collective au Québec: tendances et problèmes récents », dans *Problèmes actuels de la négociation collective*, Colloque de l'OIT sur la négociation collective dans les pays industrialisés à économie de marché (Genève, 2-6 novembre 1987), Série Relations professionnelles, no 72, Genève, Bureau international du Travail, 1989, 53

Jean RIVERO, « Les droits de l'Homme : droits individuels ou droits collectifs ? », dans Annales de la Faculté de droit et des sciences politiques et de l'Institut de recherches juridiques, politiques et sociales de Strasbourg, *Les droits de l'Homme: droits collectifs ou droits individuels*, tome XXXII, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980, 17

Denise ROBILLARD, « Amérique du Nord » dans Michel CLÉVENOT (dir.), *L'état des religions dans le monde*, Montréal, Boréal Express, 1987, 295

Guy ROCHER, « Les fondements de la société libérale, les relations industrielles et les Chartes », dans Rodrigue BLOUIN et al. (dir.), *Les Chartes des droits et les relations industrielles*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1988, 1

Guy ROCHER, « Tension et complémentarité entre droits individuels et droits collectifs », dans Rodrigue BÉLANGER et al. (dir.), *Vers de nouveaux rapports entre l'éthique et le droit*, Cahiers de recherche éthique, no 16, Montréal, Fides, 1991, 209

Jean SAGNES, « Introduction générale », dans Jean SAGNES (dir.), *Histoire du syndicalisme dans le monde, des origines à nos jours*, Toulouse, Éd. Privat, 1994, 11

Yves SAINT-ANDRÉ, « Les décrets de convention collective : récents développements, bilans et perspectives », dans BARREAU DU QUÉBEC, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit du travail (1995)*, vol. 65, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1995, 73

Manon SAVARD et Anouk VIOLETTE, « Les affaires Weber, O'Leary, et Canadien Pacifique Ltée : que reste-t-il pour les cours de justice? », dans BARREAU DU QUÉBEC, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit du travail* (1997), vol. 88, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1997, 49

Stephen SCHECTER, « De la limite et de la richesse dans la société québécoise contemporaine », dans Bogumil JEWSIEWICKI et Jocelyn LÉTOURNEAU (dir.), *Identités en mutation, socialités en germination*, Sillery, Éd. Septentrion, 1998, 187

Andrew SHARPE, « La coopération syndicale-patronale au Canada : vue d'ensemble », dans Diane-Gabrielle TREMBLAY (dir.), *Concertation et performance économique : vers de nouveaux modèles ?*, Sainte-Foy, presses de l'Université du Québec, 1995, 169

Colleen SHEPPARD, « The Promise and Practice of Protecting Human Rights : Reflections on the Charter of Human Rights and Freedoms », dans *Mélanges Paul-André Crépeau*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1997, 641

Marcel SIMARD, « Le paritarisme et les lésions professionnelles : l'impact des comités conjoints de santé-sécurité sur les accidents du travail », dans Reynald BOURQUE et Gilles TRUDEAU (dir.), *Le travail et son milieu : cinquante ans de recherche à l'École des relations industrielles*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1995, 293

Monique SIMARD, « Commentaires », dans Rodrigue BLOUIN et al. (dir.), *Les Chartes des droits et les relations industrielles*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1988, 114

Andrew C.L. SIMS, « Le Wagnérisme au Canada : Bilan de santé de ses 50 ans d'existence », dans Anthony GILES, Anthony E. SMITH et Kurt WETZEL (éd.), *Actes du XXXF Congrès de l'Association canadienne des relations industrielles*, ACRI/CIRA, 1995, 15

Sari L. SPRINGER, « Accommodation in the Context of Collective Agreements », dans INSIGHT CONFERENCES, *Human Rights and Disabilities in the Workplace*, Toronto, Insight Press, 1994, 183

Thomas SOWELL, « Weber and Bakke, and the Presuppositions of "Affirmative Action" », dans W.E. BLOCK et M.A. WALKER (dir.), *Discrimination, Affirmative Action, and Equal Opportunity : An Economic and Social Perspective*, Vancouver, The Fraser Institute, 1982, 37

Jennifer STODDART et Renée LESCOP, « Le traitement des plaintes à la Commission des droits de la personne du Québec », dans BARREAU DU QUÉBEC, *Congrès annuel du Barreau du Québec* (1995), Montréal, Barreau du Québec, Service de la formation permanente, 1995, 61

Clyde W. SUMMERS, « The Individual Employee's Rights under the Collective Agreement : What Constitutes Fair Representation ? », dans Jean T. MCKELVEY (dir.), *The Duty of Fair Representation*, New-York, New York State School of Industrial & Labour Relations, Cornell University, 1977, 60

Katherine E. SWINTON et Kenneth P. SWAN, « The Interaction Between Human Rights Legislation and Labour Law », dans Kenneth P. SWAN et Katherine E. SWINTON (dir.), *Studies in Labour Law*, Toronto, Butterworths, 1983, 111

Katherine SWINTON, « The Duty of Reasonable Accommodation and Gender Equality », dans Brian D. DRUCE (dir.), *Le travail, le chômage et la justice*, Montréal, Thémis, 1994, 255

Katherine SWINTON, « The Charter of Rights and Public Sector Labour Relations », dans Gene SWIMMER et Mark THOMPSON (éd.), *Public Sector Collective Bargaining in Canada*, Kingston, IRC Press, 1995, 53

Daphne G. TARAS, « Shiftwork and the Duty to Accommodate Disabled Employees », dans Donald CARTER (dir.), *Les relations industrielles et les femmes*, Rapport du 28^e congrès de l'Association canadienne des relations industrielles, Kingston, 1992, 317

Claude TARDIF, « Les conséquences en droit québécois de l'arrêt *Gibbs c. Battlefords and District Co-operative Ltd.* de la Cour suprême du Canada pour les parties à une convention collective de travail », dans BARREAU DU QUÉBEC, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit du travail (1997)*, vol. 88, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1997, 183

Claude TARDIF et Michel DAVIS, « Le handicap et l'obligation d'accommodement : revue des concepts et de la jurisprudence récente », dans BARREAU DU QUÉBEC, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit de l'éducation (1998)*, vol. 99, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1998, 155

Walter S. TARNOPOLSKY, « Discrimination in Canada : Our History and Our Legacy », dans Walter S. TARNOPOLSKY, Joyce WHITMAN et Monique OUELLETTE (dir.), *La discrimination dans le droit et l'administration de la justice*, Montréal, Thémis, 1993, 1

Mark THOMPSON, « Industrial Relations in Canada », dans Greg J. BAMBER et Russell D. LANSBURY (éd.), *International and Comparative Industrial Relations : A Study of Industrialised Market Economies*, 2^e éd., New York, Routledge, 1993, 83

Diane-Gabrielle TREMBLAY, « L'évolution du marché du travail dans le contexte de la mondialisation : perspectives générales et résultats d'une enquête », dans Lucie MERCIER et Renée BOURBONNAIS (dir.), *Le travail et l'emploi en mutation*, Montréal, A.C.F.A.S., 1996, 11

Gilles TRUDEAU, « L'impact de l'Accord de libre-échange sur les relations du travail au Québec et leur encadrement légal », dans Michel BROSSARD (dir.), *La libéralisation des échanges Canada-États-Unis et les relations industrielles au Québec : négocier l'avenir*, no 20, Montréal, École des relations industrielles de l'Université de Montréal, 1989, 98

Guylaine VALLÉE et Emmanuelle NAUFAL-MARTINEZ, « La théorie de l'abus de droit dans le domaine du travail », dans Gilles TRUDEAU, Guylaine VALLÉE et Diane VEILLEUX (dir.), *Études en droit du travail*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1995, 303

Diane VEILLEUX, « Le devoir de juste représentation syndicale selon le Code du travail du Québec », dans Thomas KUTTNER (éd.), *Les systèmes de relations industrielles : développements et tendances*, tome I, Actes du XXIX^e Congrès de l'Association canadienne des conseillers en relations industrielles, Fredericton, Revue de droit de l'Université du Nouveau-Brunswick, 1993, 105

Pierre VERGE, Éric TREMBLAY et Gregor MURRAY, « Les modes privés de règlements des conflits intrasyndicaux », dans Claude SAMSON et Jeremy McBRIDE (dir.), *Solutions de rechange au règlement des conflits*, Ste-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, 539

Joseph M. WEILER, «Le rôle du droit dans les relations du travail», dans Ivan BERNIER et Andrée LAJOIE (coor.), *Le droit du travail et le droit urbain au Canada*, vol. 51, Ottawa, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développements du Canada, Approvisionnement et services Canada, 1986, 1

Paul C. WEILER, « The National Labor Relations Act : 1935-1985 », dans Walter J. GERSHENFELD (Éd.), *Arbitration 1985 : Law and Practice*, Proceedings of the 38th Annual Meeting, National Academy of Arbitrators, Washington D.C., Bureau of National Affairs Inc., 1986, 37

Linda WILCOTT, « Women, Unions, and Worksite Health », dans Virginia CARVER et Charles PONÉE (Éd.), *Women, Work, and Wellness*, Toronto, Addiction Research Foundation of Ontario, 1989, 91

José WOEHLING, « Les droits et libertés dans la construction de la citoyenneté, au Canada et au Québec », dans Michel COUTU et al. (dir.), *Droits fondamentaux et citoyenneté : une citoyenneté fragmentée, limitée, illusoire?*, Montréal, Thémis, 2000, 269

John WRENCH, « Unequal Comrades: Trade Unions, Equal Opportunity and Racism », dans Richard JENKINS et John SOLOMOS (dir.), *Racism and Equal Opportunity Policy in the 1980s*, 2^e éd., Cambridge (G.-B.), Cambridge University Press, 1989, 160

Études et documents gouvernementaux

COMITÉ DE RÉVISION DE LA LOI CANADIENNE SUR LES DROITS DE LA PERSONNE, *La promotion de l'égalité : une nouvelle vision*, Ottawa, juin 2000

CONSEIL CONSULTATIF CANADIEN SUR LE STATUT DE LA FEMME, *Participation et intégration : les femmes, le travail et l'argent*, Ottawa, Conseil consultatif canadien sur le statut de la femme, 1987

COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *Rapport annuel 1996*, Ottawa, Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux, mars 1997

COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *L'obligation d'adaptation : notes interprétatives*, 17 juin 1997

COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *La condition sociale comme critère de discrimination* (rédaction : Alberte Ledoyen), Montréal, 28 janvier 1994

COMMISSION CONSULTATIVE SUR LE TRAVAIL ET LA RÉVISION DU CODE DU TRAVAIL (René Beaudry, président), *Le travail : Une responsabilité collective*, Québec, Les publications du Québec, 1985

COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU MANITOBA, *Mesures d'adaptation pour favoriser l'égalité : Directives pour répondre de façon raisonnable aux besoins spéciaux*, Winnipeg, Avril 1996

COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *Les organisations syndicales face à la discrimination* (rédaction : Michel COUTU), Cahier 7, Montréal, Commission des droits de la personne du Québec, 1984

COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *Discrimination indirecte et règles d'ancienneté* (rédaction : Michel COUTU), Montréal, Commission des droits de la personne du Québec, Direction de la recherche, résolution COM-339-9.3.1, 9 mars 1990

COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *Accès à l'égalité, ancienneté et discrimination* (rédaction : Pierre BOSSET, Michel COUTU et Maurice DRAPEAU), Montréal, Commission des droits de la personne du Québec, Direction de la recherche, résolution COM-377-6.1.3, 29 juin 1993

COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, « La rémunération à double palier et les autres clauses dites « orphelins » dans les conventions collectives : conformité au principe de discrimination » (rédaction : Michel COUTU), Montréal, Direction de la recherche, résolution COM-428-5.1.4, 24 avril 1998

COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC, *Différenciation des statuts d'emploi : incidences sur la Charte*, Direction de la recherche (étude réalisée par Lucie France Dagenais), Cat. 2.126.4, décembre 1993

CONSEIL DES COMMUNAUTÉS CULTURELLES ET DE L'IMMIGRATION, *Gérer la diversité dans un Québec francophone, démocratique et pluraliste : principes de fond et de procédure pour guider la recherche d'accommodements raisonnables*, Étude complémentaire présentée à la ministre des Communautés culturelles et de l'Immigration (rédaction : Vincent Ross), décembre 1993, Montréal, Conseil des communautés culturelles et de l'immigration, 1994

CONSEIL NATIONAL DU BIEN-ÊTRE SOCIAL, *Profil de la pauvreté*, 1996, Ottawa, mai 1998

CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Diversité culturelle et religieuse: Recherche sur les enjeux pour les femmes*, Québec, Novembre 1997

Déclaration pour l'emploi, signée par les représentants du gouvernement, du patronat et des syndicats à l'issue du Sommet sur l'économie et l'emploi tenu à Montréal à la fin d'octobre 1996 (publiée dans *Le Devoir*, Montréal, 2 novembre 1996, A-9)

GOVERNEMENT DE L'ONTARIO, *Des résultats par la diversité : un guide pour les entreprises*, Toronto, Publications Ontario, 1997

GOVERNEMENT DU CANADA, *Études de cas de pratiques exemplaires dans l'emploi de personnes handicapées*, Groupe de consultation sur l'équité en emploi pour les personnes handicapées, Ottawa, mai 1994

GOUVERNEMENT DU CANADA, Ministère du développement des ressources humaines, Direction de l'information sur les milieux de travail, *Répertoire des organisations de travailleurs et travailleuses au Canada 1998*, Ottawa, Les Éditions du gouvernement du Canada, 1998

GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, Commission consultative sur le travail et la révision du code du travail (René Beaudry, président), *Le travail : une responsabilité collective*, Québec, Les publications du Québec, 1985

GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, Ministère des Affaires Internationales, de l'Immigration et des Communautés culturelles, *Profil des principaux groupes religieux du Québec*, Québec, Les Publications du Québec, 1995

GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, Ministère de l'Emploi, *Conditions de travail contenues dans les conventions collectives*, Québec 1992, Centre de recherche et de statistiques sur le marché du travail, coll. Études et recherche, Québec, Les publications du Québec, 1994

GROUPE DBSF, *La vie syndicale des personnes handicapées au Québec*, Étude sur l'identification des moyens que le milieu syndical peut prendre pour favoriser la participation des personnes handicapées à la vie syndicale et leur intégration et réintégration au travail, Office des personnes handicapées du Québec, Direction de la coordination et de la recherche, Drummondville, mars 1990

RAPPORT DU VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL DU CANADA, *Commission canadienne des droits de la personne : Comité du tribunal des droits de la personne* (chapitre 10), Ottawa, Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, septembre 1998

Rosalie SILBERMAN-ABELLA, *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1984

STATISTIQUE CANADA et DÉVELOPPEMENT DES RESSOURCES HUMAINES DU CANADA, *Un milieu de travail en évolution : Résultats de l'enquête pilote sur le lieu de travail et les employés*, Ottawa, Ministre de l'Industrie, mai 1998

Études et documents syndicaux

CONFÉDÉRATION DES SYNDICATS NATIONAUX, *Des syndicats de toutes les couleurs : guide syndical d'intervention contre le racisme* (rédaction : Jacques Gauthier), Montréal, CSN, Mars 1991

CONFÉDÉRATION DES SYNDICATS NATIONAUX, *Le droit au travail des personnes handicapées*, Groupe de travail sur l'intégration et la réintégration en emploi des personnes handicapées (rédaction : Nadia Lagha), Montréal, CSN, 1994

CONGRÈS DU TRAVAIL DU CANADA, *Nous pouvons le faire: accorder une place prioritaire aux droits de la personne*, Énoncé de politique sur les droits de la personne, 19^e Assemblée statutaire, 8 au 12 juin 1992

CONGRÈS DU TRAVAIL DU CANADA, *Lignes directrices sur l'obligation d'accommodement et contraintes excessives*, Ottawa, 10 juin 1993

FÉDÉRATION DES TRAVAILLEURS ET TRAVAILLEUSES DU QUÉBEC, *Les relations interculturelles et l'action syndicale* (rédaction : Louise Miller et Dominique Savoie), Montréal, FTQ, 1993

FÉDÉRATION DES TRAVAILLEURS ET TRAVAILLEUSES DU QUÉBEC, *Personnes handicapées : accès à l'égalité et conventions collectives*, (rédaction et recherche : André Desjardins et Denise Gagnon), Montréal, FTQ, septembre 1993

FÉDÉRATION DES TRAVAILLEURS ET TRAVAILLEUSES DU QUÉBEC, *Personnes handicapées : les lois*, (rédaction et recherche : André Desjardins et Denise Gagnon), Montréal, FTQ, septembre 1993

FÉDÉRATION DES TRAVAILLEURS ET TRAVAILLEUSES DU QUÉBEC, *Personnes handicapées : les mythes*, (rédaction et recherche : André Desjardins et Denise Gagnon), Montréal, FTQ, septembre 1993

FÉDÉRATION DES TRAVAILLEURS ET TRAVAILLEUSES DU QUÉBEC, *Urgent! Un nouveau Code du travail pour l'an 2000*, Revendications et plan d'action de la FTQ pour la réforme du Code du travail, septembre 1999

Maurice LÉVESQUE, *L'intégration et la réintégration en emploi des personnes handicapées : enquête sur la perception des syndicats affiliés à la CSN*, Montréal, Centre de recherche et d'évaluation sociales et appliquées (CRESA), Mai 1993

SYNDICAT DES COMMUNICATIONS, DE L'ÉNERGIE ET DU PAPIER, *Politique 106 : Équité en matière d'emploi*, 26 octobre 1995

TCA-CANADA, *Énoncé des TCA sur l'accès à l'égalité*, North York (On), Service de la condition féminine et des communications des TCA, 1992

TCA CANADA, *False Solutions, Growing Protests : Recapturing the Agenda*, Report to the 1996 National Collective Bargaining and Political Action Convention, Toronto, 4 au 7 juin 1996

TCA CANADA, *Déclaration de principes : Les droits de la personne - les droits des travailleurs : le même combat*, 11 novembre 1996

WORKERS WITH DISABILITIES PROJECT, *Duty to Accommodate Workers with Disabilities : Union Issues*, Winnipeg, Manitoba Federation of Labour, mars 1995

Études inédites

ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN (Groupe de travail sous la direction de Sheilah MARTIN, présidente), *L'obligation légale d'accommodement*, Rapport au Conseil à propos des recommandations 5.18 et 5.19 du Groupe de travail sur l'égalité des sexes, février 1995

William W. BLACK, *Employment Equality : A Systemic Approach*, Ottawa, Centre de recherche et d'enseignement sur les droits de la personne, Université d'Ottawa, novembre 1985

Chantale MASSE, « Le critère unifié de l'affaire *Meiorin* dans le contexte de la défense prévue à l'article 20 de la *Charte québécoise* : la non-application du volet subjectif relatif à la bonne foi de l'employeur », Colloque *Les 25 ans de la Charte québécoise*, Montréal, Barreau du Québec, 27 octobre 2000

Elmustapha NAJEM, *Croissance du mouvement syndical et caractéristiques du régime des relations de travail au Canada*, Document de recherche 96-5, Hull, Université du Québec à Hull, Département des relations industrielles, 1996

Articles de journaux

François BERGER, « La défense des droits individuels est-elle menacée? », *La Presse*, Montréal, 25 mars 1995, A-4

François BERGER, « Le couperet tombe lourdement sur la Commission des droits », *La Presse*, Montréal, 6 avril 1995, A-10

Gérard BÉRUBÉ, « PME », *Le Devoir*, Montréal, 19 octobre 1997, F-1

Réjean BRETON, « Les villes et le pouvoir syndical », *La Presse*, Montréal, 18 septembre 1997, B-3

Valerie CASSELTON, « Duty to Accommodate Here to Stay », *Labour Times*, vol. 5, n° 7, juillet 1995, 8

Louis CORNELIER, « Pour un renouveau syndical », *Le Devoir*, Montréal, 27 juin 1997, A-9

Déclaration pour l'emploi, *Le Devoir*, Montréal, 2 novembre 1996, A-9

Jean-Paul GAGNÉ, « La moitié des gens font confiance aux gens d'affaires, le quart aux syndicalistes », *Journal Les Affaires*, Montréal, vol. 65, no 44, 4 décembre 1993, 10

Michel GRANT, « Pour une approche moins judiciaire des relations de travail », Montréal, *La Presse*, 13 avril 1999, B-3

Louise JACQUES, « Réinventer le syndicalisme », *Le Devoir*, Montréal, 29 avril 1995, E-8

Danielle JUTEAU, « Une collectivité québécoise multinationale et multiethnique », *Le Devoir*, Montréal, 28 août 1999, A-9

Sabine KIM, « Fortune 500 companies diversify », *Workplace News*, vol. 4, n° 10, octobre 1998

Mike KING, « Look Who has a Union Card », *The Gazette*, Montréal, 7 février 1997, A-5

« La Chambre adopte la loi régissant les relations ouvrières », *La Presse*, Montréal, 27 janvier 1944, 6

Gilbert LEDUC, « Les jeunes profs sévères pour la CEQ », *Le Soleil*, Québec, 11 juin 1998, A-12

François NORMAND, « La CSN veut combattre l'exclusion », *Le Devoir*, Montréal, 28-29 mars 1998, C-1

François NORMAND, « Un Code du travail à réformer », *Le Devoir*, Montréal, 11 avril 1998, C-1

James B. PARKS, « Unions Helping to Make Disabilities Work », *AFL-CIO News*, vol. 40, n° 16, 31 juillet 1995

Jean-Marc PIOTTE, « Les syndicats : un partenaire à genoux », *La Presse*, Montréal, 22 mars 1997, B-6

« Projet de loi déjà voté en 2^e lecture », *La Presse*, Montréal, 26 janvier 1944

Louis ROBILLARD, « Les bills 2 et 3 sont maintenant devant le Conseil législatif », *Le Devoir*, Montréal, 2 février 1944, 10

Sondage de l'Institut canadien de l'opinion publique (Gallup), *La Presse*, Montréal, 26 janvier 1944, 6

Marie TISON, « Les patrons : aussi rassurants que les chefs religieux », Montréal, *Journal de Montréal*, 5 mars 1999, 29

JURISPRUDENCE CITÉE

Tribunaux judiciaires

- Adam c. Daniel Roy Ltée*, [1983] 1 R.C.S. 683
Adam c. Produits forestiers Canadien Pacifique Ltée, D.T.E. 94T-330 (C.A.)
AFPC c. Canada, [1987] 1 R.C.S. 424
Alberta Union of Provincial Employees c. University Hospitals Board, [1991] 2 R.C.S. 201
Andrews c. Law Society of British-Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143
Association canadienne des pilotes de ligne c. Eamor, [1997] 3 C.F. F-33 (C.A.)
Association des professeurs de Lignery c. Commission scolaire des Grandes-Seigneuries, D.T.E. 2000T-949 (C.S.)
Association des professeurs de Lignery (A.P.L.), Syndicat affilié à la C.E.Q. c. Alvetta-Comeau, [1990] R.J.Q. 130 (C.A.)
Association internationale des débardeurs c. Association des employeurs maritimes, [1979] 1 R.C.S. 120
Ateliers d'ingénierie Dominion Ltée c. Commission des droits de la personne du Québec, (1980) R.P. 209 (C.A. Qué.)
Atalla c. Québec (Procureur général), [1997] R.J.Q. 2376 (C.A.)
Autobus Legault Inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, [1998] R.J.Q. 3022 (C.A.)
- Baldwin c. B.C.G.E.U.*, (1986) 28 D.L.R. (4th) 301 (C.S.C.-B.)
Bahlsen c. Canada (Ministre des transports), [1997] 1 C.F. 800 (C.A.)
Barry c. Canada (Conseil du trésor), [1998] 1 C.F. F-40 (C.A.)
Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs, [1996] 3 R.C.S. 566
B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général), [1988] 2 R.C.S. 214
Béliveau-St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics Inc., [1996] 2 R.C.S. 345
Bell Canada c. Syndicat des travailleurs et travailleuses en communications et en électricité du Canada, [1990] R.J.Q. 2808 (C.A.)
Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, [1985] 2 R.C.S. 561
Bhindi c. British Columbia Projectionists, (1986) 29 D.L.R. (4th) 47 (C.A.C.-B.)
Bliss c. Procureur général du Canada, [1979] 1 R.C.S. 183
Boivin-Wells c. Syndicat professionnel des infirmières et infirmiers de Chicoutimi, [1992] R.J.Q. 331 (C.A.)
B.(R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, [1995] 1 R.C.S. 315
Bridgestone/Firestone Canada Inc. c. Dubé, D.T.E. 96T-1548 (C.S.)
Brine c. Canada (Procureur général), [1999] 3 C.F. F-73 (1^{ère} instance)
- Cadillac Fairview Corp. v. Saskatchewan (Human Rights Code Board of Inquiry)*, (1999) 173 D.L.R. (4th) 609 (C.A. Sask.)
Canada (Commission des droits de la personne) c. Banque Toronto-Dominion, [1998] 4 C.F. 205 (C.A.)
Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada, [1993] 1 R.C.S. 941

- Canada (Procureur général) c. Boutilier*, [2000] 3 C.F. 27 (C.A.)
- Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554
- Carvery c. Canada (Labour Relations Board)*, [1990] 2 C.F. D-26 (C.A.)
- Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489
- Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970
- Centre d'hébergement et de soins de longue durée Champlain – Manoir de Verdun c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, D.T.E. 99T-53 (C.S.)
- Centre hospitalier de l'Université de Montréal c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, [2000] R.J.Q. 1168 (C.S.)
- Centre hospitalier Régina Ltée c. Tribunal du travail*, [1990] 1 R.C.S. 1330
- Centre hospitalier St-Joseph-de-la-Malbaie c. Dufour*, D.T.E. 98T-1136 (C.A.)
- Champagne c. CEGEP de Jonquière*, [1997] R.J.Q. 2395 (C.A.)
- Cheers Management Inc. c. Ville de Montréal*, [1991] R.J.Q. 794 (C.S.)
- Christian Picotin et associés c. Gareau*, [1990] R.J.Q. 2373 (C.A.)
- Clarkson c. R.*, [1986] 1 R.C.S. 383
- Collège Dawson c. Muzaula*, [1999] R.J.D.T. 1041 (C.A.)
- Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114
- Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3
- Colombie Britannique (Superintendent of Motor Vehicules) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868
- Commission canadienne des droits de la personne c. Dalton*, [1986] 2 C.F. 141 (C.A.)
- Commission des droits de la personne du Québec c. L'Homme*, [1981] D.R.L. 124 (C.A. Qué.)
- Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Commission des affaires sociales*, [1999] R.J.Q. 180 (C.S.)
- Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Montréal (Ville)*, [1998] R.J.Q. 688 (C.A.)
- Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Société de portefeuille du Groupe Desjardins-Assurances générales des caisses Desjardins Inc.*, [1997] R.J.Q. 2049 (T.D.P.Q.)
- Commission des écoles catholiques de Québec c. Gobeil*, [1999] R.J.Q. 1883 (C.A.)
- Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202
- Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536
- Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, (1993) R.L. 157 (C.A. Qué.)
- Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525
- Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1994] R.J.Q. 1227 (C.A.)
- Compagnie des chemins de fer nationaux (CN) c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114
- Compagnie minière Québec-Cartier c. Commission des droits de la personne du Québec*, D.T.E. 99T-52 (C.A.)
- Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854
- Corbière c. Canada (Ministre des affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203
- Corner Brook (City) v. Canadian Union of Public Employees, Local 768*, (1996) 431 A.P.R. 271 (C.A.T.-N.)
- Corporation municipale de la Ville de Gaspé c. Côté*, (1996) 14 R.D.J. 142 (C.A.)
- Côté c. Dakin*, [1991] R.J.Q. 2751 (C.A.)
- Côté c. Saiano*, [1998] R.J.Q. 1965 (C.A.)
- Côté c. Métallurgistes unis d'Amérique, section locale 9311*, C.S. Québec, 200-05-004728-965, 4 août 1997

Cusson-Lafleur c. Commission scolaire de Chavigny, (1986) R.L. 48 (C.A. Qué.)

Dayco (Canada) Ltd c. TCA-Canada, [1993] 2 R.C.S. 230

Dagenais c. Société Radio-Canada, [1994] 3 R.C.S. 835

Delisle c. Canada (Sous-procureur général), [1999] 2 R.C.S. 989

Desfossés c. Association des pompiers de Montréal, D.T.E. 83T-619 (C.S.)

Desroches c. Commission des droits de la personne du Québec, [1997] R.J.Q. 1540 (C.A.)

Devine c. Québec (Procureur général), [1988] 2 R.C.S. 790

Dickason c. Université de l'Alberta, [1992] 2 R.C.S. 1103

Distribution Réal Chagnon Inc. c. Prud'homme, D.T.E. 90T-838 (C.A.)

Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles), [1993] 2 R.C.S. 756

Donat Flamand Inc. c. Bélanger, D.T.E. 99T-936 (C.A.)

Douglas/Kwantleen Faculty Association c. Douglas College, [1990] 3 R.C.S. 570

Dubé c. Québec (Procureur général), D.T.E. 99T-642 (C.S.)

Dufour c. Syndicat des employées et employés du centre d'accueil Pierre-Joseph Triest (C.S.N.), [1999] R.J.Q. 2674 (C.S.)

Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant, [1997] 1 R.C.S. 241

Edmonton Journal c. Procureur général de l'Alberta, [1989] 2 R.C.S. 1326

Egan c. Canada, [1995] 2 R.C.S. 513

Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général), [1997] 3 R.C.S. 624

Farber c. Cie Royal Trust, [1997] 1 R.C.S. 846

Ford c. Québec (Procureur général), [1988] 2 R.C.S. 712

Forget c. Québec (Procureur général), [1988] 2 R.C.S. 90

Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd, [1993] 2 R.C.S. 316

Frenette c. La Métropolitaine, compagnie d'assurance-vie, [1992] 1 R.C.S. 647

Garderie Blanche-Neige Inc. c. Office des services de garde à l'enfance, [1993] R.J.Q. 729 (C.A.)

Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la fonction publique du Canada, section locale 50057, [1990] 1 R.C.S. 1298

Gilbert c. Tribunal du travail, [1998] R.J.D.T. 611 (C.S.)

G.(M.) c. The Gazette, [1997] R.J.Q. 7 (C.A.)

Gingras c. Canada, [1990] 2 C.F. 68 (1^{ère} instance)

Godbout c. Longueuil (Ville), [1997] 3 R.C.S. 844

Gohm c. Domtar Inc., (1992) 89 D.L.R. (4th) 305 (C. div. Ont.)

Gould c. Yukon Order of Pioneers, [1996] 1 R.C.S. 571

Goulet c. Dearden, D.T.E. 99T-612 (C.S.)

Goupil c. Roberge, [1996] R.J.Q. 439 (C.S.)

Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [2000] 1 R.C.S. 703

Gratton c. Conseil canadien de la magistrature, [1994] 2 C.F. 769 (1^{ère} instance)

Guibord c. Canada, [1997] 2 C.F. 17 (1^{ère} instance)

Gilde de la marine marchande du Canada c. Gagnon, [1984] 1 R.C.S. 509

Hardy c. Syndicat des enseignantes et enseignants des Laurentides, D.T.E. 96T-1514 (C.S.)
Harrison c. Université de la Colombie-Britannique, [1990] 3 R.C.S. 451
Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général), [1996] 2 R.C.S. 876
Haig c. Canada, (1992) 94 D.L.R. (4th) 1 (C.A. Ont.)
Hémond c. Coopérative fédérée du Québec, [1989] 2 R.C.S. 962
Hill c. Église de scientologie de Toronto, [1995] 2 R.C.S. 1130
Holmes v. Canada (Attorney General), (1997) 97 C.L.L.C. 145,193 [¶230-022] (C.F., 1^{ère} instance)
Holmes v. Canada (Attorney General), Cour d'appel fédérale, dossier A-430-97, 29 avril 1999
Hunter c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145

Industries James Maclaren Inc. c. Spreitzer, (1995) 13 R.D.J. 497 (C.A.)
Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire), [1990] 2 R.C.S. 367
Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink, [1982] 2 R.C.S. 145
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 927

Janzen c. Platy Enterprises Ltd., [1989] 1 R.C.S. 1252

Kirkland (Ville de) c. Syndicat des employés municipaux de la Ville de Kirkland, [1997] R.J.Q. 534 (C.S.)

Lachine General Hospital Corporation c. Québec (Procureur général), [1996] R.J.Q. 2804 (C.A.)
Lachine (Ville) c. Commission des droits de la personne du Québec, [1989] R.J.Q. 17 (C.A.)
Larouche c. Boulangerie Racine Ltée, (1987) R.L. 330 (C.A. Qué.)
Large c. Stratford (Ville), [1995] 3 R.C.S. 733
Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario, [1991] 2 R.C.S. 211
Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1999] 1 R.C.S. 497
Lepage c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 50, [1998] R.J.D.T. 1520 (C.A.)
Leroux c. Centre hospitalier Ste-Jeanne-d'Arc, [1998] R.J.D.T. 554 (C.A.)
Libman c. Québec (Procureur général), [1997] 3 R.C.S. 569
Logistik Unicorp Inc. c. Tribunal du travail, [1998] R.J.D.T. 1562 (C.S.)
Lovelace c. Ontario, 2000 CSC 37
Lusignan c. Confédération des syndicats nationaux (CSN), [1992] R.J.Q. 684 (C.S.)

M. c. H., [1999] 2 R.C.S. 3
MacNeill c. Canada (Procureur général), [1994] 3 C.F. 261 (C.A.)
Mancone c. Productions Urgence Inc., [1999] R.J.Q. 1415 (C.S.)
McGavin Toastmaster Ltd c. Ainscough, [1976] 1 R.C.S. 718
McKinney c. Université de Guelph, [1990] 3 R.C.S. 229
McLeod c. Egan, [1975] 1 R.C.S. 517
Ménard c. River, [1997] R.J.Q. 2108 (C.A.)
Mills c. R., [1986] 1 R.C.S. 863

- Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418
Modes Cohoes Inc. c. Québec (Procureur général), [1993] R.J.Q. 2801 (C.A.)
Mohammed c. Canada (Conseil du trésor), (1999) 33 C.H.R.R. D/493 (C.F., 1^{re} instance)
Montréal (Ville) c. Salois, [1993] R.J.Q. 2747 (C.A.)
Montréal (Ville) c. Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301, [1997] R.J.Q. 1534 (C.A.)
Montréal (Ville) c. Tribunal des droits de la personne, D.T.E. 99T-447 (C.S.)
- Nadeau c. Carrefour des Jeunes de Montréal*, [1998] R.J.D.T. 1513 (C.A.)
National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des Importations), [1990] 2 R.C.S. 1324
New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative), [1993] 1 R.C.S. 319
Nouveau-Brunswick c. O'Leary, [1995] 2 R.C.S. 967
Newfoundland Association of Public Employees c. Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre), [1996] 2 R.C.S. 3
Ndungidi c. Centre hospitalier Douglas, [1993] R.J.Q. 536 (C.S.)
Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada, [1983] 1 R.C.S. 733
- Ontario Nurses' Association v. Orillia Soldiers Memorial Hospital*, (1999) 169 D.L.R. (4th) 489 (C.A. Ont.)
Operation Dismantle c. R., [1985] 1 R.C.S. 441
O.S.S.T.F., District 34 c. Essex County Board of Education, (1998) 164 D.L.R. (4th) 455 (C.A. Ont.)
- Parant c. R.*, (1992) R.L. 194 (C.A.)
Péloquin c. Syndicat des agents de la paix en services correctionnels du Québec, D.T.E. 2000T-881 (C.A.)
Procureur général du Canada c. Central Cartage Co., [1990] 2 C.F. 641 (C.A.)
Procureur général du Canada c. Lavell, [1974] R.C.S. 1349
Proulx c. Québec (Procureur général), [1997] R.J.Q. 419 (C.A.)
Provençal c. Marcheterre, D.T.E. 96T-409 (C.S.)
- Québec (Commission des droits de la personne) c. Brossard (Ville)*, [1988] 2 R.C.S. 279
Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville), [2000] 1 R.C.S. 665
Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand, [1996] 3 R.C.S. 211
Québec Poultry Ltée c. Commission des droits de la personne du Québec, [1979] C.A. 148
Québec (Procureur général) c. Tribunal des droits de la personne, [1999] R.J.Q. 1123 (C.S.)
Québec (Ville de) c. Commission des droits de la personne du Québec, [1989] R.J.Q. 831 (C.A.)
- R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173
R. c. Beaulac, [1999] 1 R.C.S. 768
R. c. Big M Drug Mart Ltd, [1985] 1 R.C.S. 295

- R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595
R. c. Brydges, [1990] 1 R.C.S. 190
R. c. Cornell, [1988] 1 R.C.S. 461
R. c. Crawford, [1995] 1 R.C.S. 858
R. c. Edwards Books and Art Ltd., [1986] 2 R.C.S. 713
R. c. Evans, [1991] 1 R.C.S. 869
R. c. Fitzpatrick, [1995] 4 R.C.S. 154
R. c. Godoy, [1999] 1 R.C.S. 311
R. c. Lee, [1989] 2 R.C.S. 1384
R. c. Manninen, [1987] 1 R.C.S. 1233
R. c. Mercure, [1988] 1 R.C.S. 234
R. c. Morin, [1992] 1 R.C.S. 771
R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103
R. c. O'Connor, [1995] 4 R.C.S. 411
R. c. Rahey, [1987] 1 R.C.S. 588
R. c. Richard, [1996] 3 R.C.S. 525
R. c. Simmons, [1988] 2 R.C.S. 495
R. c. Swain, [1991] 1 R.C.S. 933
R. c. Turpin, [1989] 1 R.C.S. 1296
Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners, [2000] 1 R.C.S. 360
Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.), [1987] 1 R.C.S. 313
Résidences Laurendeau, Légaré, Louvain c. Tribunal des droits de la personne, [2000] R.J.Q. 888 (C.S.)
Richmond c. Canada (Procureur général), [1997] 2 C.F. 946 (C.A.)
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd (Re), [1998] 1 R.C.S. 27
RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général), [1995] 3 R.C.S. 199
Roberge c. Québec (Procureur général), (1987) 5 R.D.J. 461 (C.A.)
Roberge c. Tribunal du travail, D.T.E. 98T-185 (C.S.)
Robichaud c. Canada (Conseil du trésor), [1987] 2 R.C.S. 84
Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général), [1993] 3 R.C.S. 519
Rogers v. Newfoundland (Department of Culture, Recreation and Youth), (1995) 120 D.L.R. (4th) 326 (C.A.T.-N.)
Ross c. Conseil scolaire du district no 15 du Nouveau-Brunswick, [1996] 1 R.C.S. 825
Rousseau c. Hamelin, [1997] R.J.Q. 1853 (C.A.)
Roy c. R., [1998] R.J.Q. 1043 (C.A.)
Rudolf Wolff & Co. c. Canada, [1990] 1 R.C.S. 695
- Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297
Schachter c. Canada, [1992] 2 R.C.S. 679
Scowby c. Glendinning, [1986] 2 R.C.S. 226
SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd., [1986] 2 R.C.S. 573
SDGMR c. Saskatchewan, [1987] 1 R.C.S. 460
Slaight Communications Inc. c. Davidson, [1989] 1 R.C.S. 1038
Société canadienne des postes c. Syndicat des postiers du Canada, [1989] 1 C.F. 98 (1^{ère} instance)
Société Radio-Canada c. Canada (Conseil canadien des relations de travail), [1995] 1 R.C.S. 157
Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général), [1996] 3 R.C.S. 480
Société Radio-Canada c. Paul, [1999] 2 C.F. 3 (1^{ère} instance)
Spreitzer c. Industries James MacLaren Inc. (Division forestière), [1998] R.J.Q. 3027 (C.S.)

- St-Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 219*, [1986] 1 R.C.S. 704
- Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483
- Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695
- Syndicat canadien de la fonction publique c. Procureur général du Québec*, [1986] R.J.Q. 2983 (C.S.)
- Syndicat canadien de la fonction publique c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227
- Syndicat canadien de la fonction publique c. Société Radio-Canada*, [1992] 2 R.C.S. 7
- Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. c. Compagnie Paquet Ltée*, [1959] R.C.S. 206
- Syndicat de la fonction publique du Québec inc. c. Québec (Procureur général)*, D.T.E. 2000T-214 (C.S.)
- Syndicat de l'enseignement du Lac Saint-Jean c. Commission scolaire du Lac St-Jean*, D.T.E. 98T-276 (C.A.)
- Syndicat de professionnelles et de professionnels du Gouvernement du Québec c. Lussier*, C.S. Montréal, 500-05-001924-932, 9 mai 1994
- Syndicat des agents de la paix en services correctionnels du Québec c. Tribunal du Travail*, [1993] R.J.Q. 2681 (C.S.)
- Syndicat des employés et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57 (SIEPB), CTC-FTQ c. Tremblay*, [2000] R.J.Q. 1098 (C.A.)
- Syndicat des employés de l'aluminium du Canada Ltée c. Société d'électrolyse et de chimie Alcan Ltée*, D.T.E. 87T-130 (T.A.)
- Syndicat des employés de l'Université de Montréal, section locale 1244 (S.C.F.P.) c. Université de Montréal*, [1981] C.A. 160
- Syndicat des employés d'exécution de Québec-Téléphone, section locale 5044 c. Tribunal d'arbitrage*, D.T.E. 96T-229 (C.S.)
- Syndicat des employé(e)s de terminus l'oyageur Colonial Ltée c. Goyette*, (2000) 185 D.L.R. (4th) 366 (C.F., 1^{ère} instance)
- Syndicat des employés du Centre hospitalier Robert-Giffard et annexes (CSN) c. Syndicat professionnel des infirmières et infirmiers du Québec (S.P.I.I.Q.)*, [1979] C.A. 323
- Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec Inc. c. Bastien*, [1993] R.J.Q. 702 (C.A.)
- Syndicat des travailleuses et travailleurs de Bridgestone/Firestone de Joliette (C.S.N.) c. Trudeau*, [1999] R.J.D.T. 1075 (C.A.)
- Syndicat des travailleuses et travailleurs de la CSN c. Verret*, [1992] R.J.Q. 979 (C.A.)
- Syndicat des travailleuses et travailleurs de Hilton Québec (C.S.N.) c. U.M.R.C.Q. Inc.*, [1992] R.J.Q. 1190 (C.A.)
- Syndicat des travailleurs et travailleuses de l'Hôpital Louis-H. LaFontaine c. Lussier*, (1995) 13 R.D.J. 337 (C.A.)
- Syndicat international des communications graphiques, section locale 41M c. Journal de Montréal, division du Groupe Québecor Inc.*, (1994) 12 R.D.J. 456 (C.A. Qué.)
- Syndicat national des employés de Cargill Ltée c. Cargill Ltée*, D.T.E. 87T-506 (T.A.)
- Teeluck c. Canada (Conseil du trésor)*, [2000] 1 C.F. F-29 (1^{ère} instance)
- Telecommunications Workers Union c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications)*, [1995] 2 R.C.S. 781
- Temper Corp. c. Kansa General Insurance Co.*, [1998] R.J.Q. 405 (C.A.)
- The Gazette c. Parent*, (1991) R.L. 625 (C.A. Qué.)
- Thibault c. Corporation professionnelle des médecins du Québec*, [1992] R.J.Q. 2029 (C.A.)
- Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877

Tomen c. F.W.T.A.O., (1989) 61 D.L.R. (4th) 565 (C.A. Ont.)
T.U.A.C., section locale 1518 c. Kmart Canada Ltd., [1999] 2 R.C.S. 1083
Travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, local 501 (T.U.A.C.) c. Steinberg Inc.,
 [1989] R.J.Q. 603 (C.S.)
Turpin c. R., [1989] 1 R.C.S. 1296

Union des employés de commerce, local 503 (C.T.C., F.T.Q.) c. W.E. Bégin Inc., J.E. 84-65
 (C.A. Qué.)
Union des employés de service, local 298 c. Bibeault, [1988] 2 R.C.S. 1048
Union des employés de service, section locale 800 c. Farbec Inc., [1997] R.J.Q. 2073 (C.A.)
Université de la Colombie-Britannique c. Berg, [1993] 2 R.C.S. 353
Université du Québec à Trois-Rivières c. Larocque, [1993] 1 R.C.S. 471
Université McGill c. St-Georges, [1999] R.J.D.T. 9 (C.A.)

Venditelli c. Cité de Westmount, [1980] C.A. 49
Ville de Montréal c. Arcade Amusements Inc., [1985] 1 R.C.S. 368
Vriend c. Manitoba, [1998] 1 R.C.S. 493

Weatherall c. Canada, [1993] 2 R.C.S. 872
Weber c. Ontario Hydro, [1995] 2 R.C.S. 929
Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute), [1999] 2 R.C.S. 625
Winnipeg School Division No. 1 c. Craton, [1985] 2 R.C.S. 150

Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne), [1992] 2 R.C.S. 321

2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919

Tribunaux administratifs

Air Canada v. International Association of Machinists and Aerospace Workers, (1998) 74
 L.A.C. (4th) 233
Andreas Angellakis, (1996) 103 di 76 (CCRT n° 1192)
Arsenault v. International Longshoremen's Association, [1982] 3 Can. L.R.B.R. 425 (Qué.)
Astraltech inc. c. Syndicat des travailleuses et travailleurs d'Astraltech, [1999] R.J.D.T. 1813
 (T.A.)

Bayer Rubber Inc. v. Communications, Energy and Paperworks Union, Local 914, (1997) 65
 L.A.C. (4th) 261
Bélisle c. Syndicat des travailleuses et travailleurs de l'hôtel Méridien de Montréal (C.S.N.),
 [1992] T.T. 205
Bell Canada v. Canadian Telephone Employees' Association, (1995) 43 L.A.C. (4th) 172

- Bernard LeBrun*, (1994) 94 di 67 (CCRT n° 1066)
- Better Beef Ltd v. United Food & Commercial Workers International Union, Region 18*, (1995) 42 L.A.C. (4th) 244
- Boise Cascade Canada Ltd. v. United Paperworkers International Union, Local 1330*, (1995) 41 L.A.C. (4th) 291
- Bombardier Inc., division des produits ferroviaires et diesel c. Métallurgistes unis d'Amérique, unité locale 4589*, D.T.E. 88T-897 (T.A.)
- Bouchard c. Syndicat des employés du Centre hospitalier Saint-Augustin*, [1996] T.T. 491
- Brian L. Eamor*, (1996) 101 di 76 (CCRT n° 1162)
- Bugay v. CAW-Canada*, (2000) 57 Can. L.R.B.R. (2d) 182 (CCRI)
- Calgary District Hospital Group v. U.N.A., Local 121-R*, (1994) 41 L.A.C. (4th) 319
- Cameron v. Teamsters Local Union 213*, [1982] 2 Can. L.R.B.R. 215 (C.-B.)
- Canada Post Corp. v. Canadian Union of Postal Workers (Godbout)*, (1993) 32 L.A.C. (4th) 289
- Canada Post Corp. v. C.U.P.W. (Lascelles)*, (1993) 33 L.A.C. (4th) 279
- Canplast Inc. c. Syndicat des travailleurs de Canplast (C.S.N.)*, [1999] R.J.D.T. 947 (T.A.)
- Cathy Miller*, (1991) 84 di 122 (CCRT n° 854)
- Centre hospitalier de l'Université de Montréal (Pavillon Hôtel-Dieu) c. Syndicat des infirmières et infirmiers de l'Hôtel-Dieu (F.I.I.Q.)*, [1999] R.J.D.T. 1494 (T.A.)
- Charbonneau c. Syndicat des agents de conservation de la faune du Québec*, [1997] T.T. 538
- Chrysler Canada Ltd v. United Automobile Workers, Local 444*, (1986) 23 L.A.C. (3d) 366
- Clarence Hynes et autres*, (1988) 75 di 39 (CCRT n° 708)
- Clifford Turner*, (1997) 103 di 96 (CCRT n° 1194)
- Commission des droits de la personne du Québec c. Autobus Legault Inc.*, [1994] R.J.Q. 3027 (T.D.P.Q.)
- Commission des droits de la personne du Québec c. Bizouarn*, J.E. 96-144 (T.D.P.Q.)
- Commission des droits de la personne du Québec c. Brasserie Labatt Ltée*, (1995) 22 C.H.R.R. D/149 (T.D.P.Q.)
- Commission des droits de la personne du Québec c. Communauté urbaine de Montréal*, (1996) 26 C.H.R.R. D/466 (T.D.P.Q.)
- Commission des droits de la personne du Québec c. Compagnie minière Québec-Cartier*, [1994] R.J.Q. 2729 (T.D.P.Q.)
- Commission des droits de la personne du Québec c. Lingerie Roxana Ltée*, [1995] R.J.Q. 1289 (T.D.P.Q.)
- Commission des droits de la personne du Québec c. Ville d'Aylmer*, [1993] R.J.Q. 333 (T.D.P.Q.)
- Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Abitibi-Price Inc.*, [1997] R.J.Q. 2039 (T.D.P.Q.)
- Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Beaublanc Inc.*, D.T.E. 99T-640 (T.D.P.Q.)
- Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Centre hospitalier Hôtel-Dieu de Sorel*, D.T.E. 2000T-782 (T.D.P.Q.)
- Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Centre hospitalier régional de Lanaudière*, [1999] R.J.Q. 903 (T.D.P.Q.)
- Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Centre hospitalier Robert-Giffard*, [1998] R.J.Q. 651 (T.D.P.Q.)
- Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Emballage Graham du Canada Ltée*, [1999] R.J.Q. 897 (T.D.P.Q.)

- Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Emballage Polystar Inc.*, (1997) 28 C.H.R.R. D/76 (T.D.P.Q.)
- Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. La Personnelle vie, corporation d'assurance*, D.T.E. 2000T-241 (T.D.P.Q.)
- Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Montréal (Ville)*, (1998) 32 C.H.R.R. D/341 (T.D.P.Q.)
- Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Québec (Procureur générale)*, T.D.P.Q. Montréal, 500-53-000130-003, 13 septembre 2000 (j. Rivet)
- Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Résidences Laurendeau, Légaré, Louvain*, [1999] R.J.Q. 2141 (T.D.P.Q.)
- Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Sécurité Serca*, [1999] R.J.Q. 3089 (T.D.P.Q.)
- Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Sinatra, J.E.* 99-2197 (T.D.P.Q.)
- Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 2632-1661 Québec Inc.*, (1998) 31 C.H.R.R. D/481 (T.D.P.Q.)
- Community Nursing Home v. United Food & Commercial Workers International Union, local 175 & 633*, (1997) 60 L.A.C. (4th) 35
- Community Unemployed Help Centre v. C.U.P.E., Local 1348 (Nerbas)*, (1997) 67 L.A.C. (4th) 33
- Concettini c. Société de l'assurance automobile du Québec*, T.D.P.Q. Abitibi, 615-53-000002-968, 5 novembre 1996
- Corporation Stone-Consolidated, Division Wayagamak c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 216*, [1999] R.J.D.T. 310 (T.A.)
- Daniel Joseph McCarthy*, [1978] 2 Can. L.R.B.R. 105
- D.(J.L.) c. Vallée*, [1996] R.J.Q. 2480 (C.A.)
- Dominion textile Inc. c. Union des ouvriers du textile-coton de Drummondville Inc.*, [1998] R.J.D.T. 1417 (T.A.)
- Donald H. Mole et autre*, (1992) 88 di 14 (CCRT n° 933)
- Drager v. I.A.M. & A.W.*, (1994) 20 C.H.R.R. D/119 (B.C.H.R.C.)
- Edgell v. Board of School Trustees, District n° 11*, (1997) 97 C.L.L.C. 145,079 [¶230-009] (B.C.C.H.R.)
- Elkem métal Canada Inc. c. Métallurgistes unis d'Amérique, local 7287*, [1998] R.J.D.T. 349 (T.A.)
- Fraternité nationale des charpentiers-menuisiers forestiers, travailleurs d'usine, section locale 99 c. Industries James MacLaren Inc.*, [1989] T.A. 76
- George Harris et autres*, (1986) 68 di 1 (CCRT n° 597)
- Gérard Racine et autres*, (1993) 92 di 118 (CCRT n° 1026)
- Goyette c. Voyageur Colonial Ltée*, D.T.E. 97T-1469 (T.C.D.P.)
- Greater Niagara General Hospital v. Service Employees International Union, Local 204*, (1995) 47 L.A.C. (4th) 366

Guénette c. Union des chauffeurs de camions, hommes d'entrepôts et autres ouvriers, local 106, [1979] T.T. 409
Guèvremont c. MIL Tracy, [1994] C.A.L.P. 1142

Hydro-Québec c. Syndicat des employées et employés de métiers d'Hydro-Québec, section locale 1500 (S.C.F.P.-F.T.Q.), [1998] R.J.D.T. 1013 (T.A.)
Hope v. St.Catharines (City), (1986) 9 C.H.R.R. D/4635 (Ont. B.I.)

Industries Caron (meubles) Inc. c. Fraternité nationale des charpentiers-menuisiers, forestiers et travailleurs d'usine, section locale 292 (FTQ-CTC), D.T.E. 96T-1117 (T.A.)
Interlink Freight Services v. Transportation Communications Union, (1996) 55 L.A.C. (4th) 289
International Brotherhood of Electrical Workers Local Union No. 1739 v. Gilmar Electric Inc., [1990] OLRB Rep. January 20

James H. Rousseau, (1996) 102 di 17 (CCRT n° 1173)
Judah (Joe) Zegman, (1996) 100 di 25 (CCRT n° 1151)

Karas c. Commission scolaire Kativik, [1997] R.J.Q. 715 (T.D.P.Q.)
K.H. v. Communications, Energy and Paperworkers Union, Local 1-S, (1997) 98 C.L.L.C. 143,157 [¶220-020] (Sask. Lab. Rel. Bd)

Landry c. Syndicat des travailleuses et travailleurs de l'Hôtel-Dieu du Sacré-Cœur de Jésus de Québec, [1993] T.T. 528
Larochelle c. Fédération des infirmiers et infirmières du Québec, D.T.E. 97T-542 (T.T.)
Lawrence c. International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union No. 120, (1987) 14 C.L.R.B.R. (n.s.) 77 (Ont. L.R.B.)
Lefort c. Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 3247, [1993] T.T. 346
Lessard c. Union des chauffeurs et ouvriers de diverses industries, local 69, D.T.E. 84T-768 (T.T.)
Lithonia Lighting Canada c. Syndicat des travailleurs et travailleuses de Lithonia, [1994] T.A. 480

MacEachern v. St. Francis Xavier University, (1993) C.H.R.R. D/226 (N.S.B.I.)
MacMillan Bloedel (Powell River) v. C.E.P., Loc. 76 (97-71), (1998) 75 L.A.C. (4th) 34
Maple Leaf Foods Inc. v. U.F.C.W., Local 175/633, (1997) 60 L.A.C. (4th) 146
Mascouche (Ville) c. Fraternité des policiers de Mascouche Inc., [1999] R.J.D.T. 1305 (T.A.)
Mercier c. Union internationale des travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 502, [1996] T.T. 465
Michel Tailleur, (1996) 102 di 1 (CCRT n° 1172)
Ministère du Revenu c. Syndicat des professionnels du Gouvernement du Québec, [1993] T.A. 798
Morin c. Canadian Auto Workers National Union, local 222 Oshawa, [1988] OLRB Rep. May 506
Mount Sinai Hospital v. Ontario Nurses' Association, (1996) 54 L.A.C. (4th) 261

Mount Sinai Hospital v. Ontario Nurses' Association (Natividad), (1998) 66 L.A.C. (4th) 221
Municipality of Metropolitan Toronto v. C.U.P.E., Local 79, (1994) 35 L.A.C. (4th) 357
Municipality of Metropolitan Toronto v. C.U.P.E., Local 79, (1994) 46 L.A.C. (4th) 110

Ontario English Catholic Teachers' Association v. O.P.E.I.U. (Beharry), (1997) 61 L.A.C. (4th) 109

Ouellet c. Syndicat des travailleurs et travailleuses du Deauville, (1983) 83 C.L.L.C. 12,281 [¶14,054] (T.T. Qué.)

Péloquin c. Syndicat des agents de la paix en services correctionnels du Québec, [1993] T.T. 296

Pépin c. Fraternité inter-provinciale des ouvriers en électricité, D.T.E. 88T-568 (T.T.)

Peter G. Reynolds et autres, (1987) 68 di 116 (CCRT n° 607)

Pilette c. Syndicat des postiers du Canada, [1991] R.J.Q. 1015 (C.S.)

Poliquin c. Collège de Victoriaville, [1993] R.J.Q. 350 (T.D.P.Q.)

Rayonier of Canada (B.C.) Ltd., [1975] 2 Can. L.R.B.R. 196 (C.-B.)

Richard Connolly et autres, (1998) 107 di 120 (CCRT n° 1235)

Roberge c. Hôtel-Dieu de Sorel, [1997] T.T. 398

Roosma v. Ford Motor Co. of Canada (No. 4), (1996) 24 C.H.R.R. D/89 (Ont. B.I.)

Saran c. Delta Cedar Products Ltd., [1995] B.C.C.H.R.D. No 3 (QL)

Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 143 c. Goodyear Canada Inc., usine de Valleyfield, D.T.E. 99T-664 (T.A.)

Syndicat des cols bleus de la Ville de Salaberry-de-Valleyfield c. Salaberry-de-Valleyfield (Ville), [1997] T.A. 1108

Syndicat des employés de Firestone Joliette (CSN) c. Firestone Canada Inc., [1996] T.A. 455

Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57 c. Caisse populaire Deux-Rivières, [1999] R.J.D.T. 397 (T.A.)

Syndicat des employés de la Commission scolaire du Fleuve et des Lacs c. Commission scolaire du Fleuve et des Lacs, (1999) 46 R.S.É. 1487 (sentence 6900)

Syndicat des employé(e)s du Centre hospitalier régional de Rimouski c. Centre hospitalier régional de Rimouski, [1999] R.J.D.T. 1802 (T.A.)

Syndicat des employés municipaux de la Ville de Kirkland c. Kirkland (Ville de), [1996] T.A. 727

Syndicat des Métallos, section locale 4796 c. Minerais Lac (Complexe Bousquet), [1993] T.A. 329

Syndicat des technologues en radiologie du Québec c. Centre hospitalier des Vallées de l'Outaouais (Pavillon de Hull), D.T.E. 99T-1044 (T.A.)

Syndicat des travailleurs de S.O.S. (CSN) c. Syndicat des travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, local 502, [1992] T.T. 109

Syndicat des travailleuses et travailleurs de A. Lassonde (C.S.N.) c. A. Lassonde Inc., [1998] R.J.D.T. 1468 (T.A.)

Thomson v. Fleetwood Ambulance Service, (1995) 96 C.L.L.C. 145,054 [¶230-007] (O.H.R.B.I.)

Union Carbide Canada Ltd. v. Energy & Chemical Workers' Union, Local 53, (1991) 21 L.A.C. (4th) 261
Union internationale des travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 301W c. Brasserie Molson-O'Keefe Ltée (Centre Québec/La Malbaie), [1996] T.A. 637
Union internationale des travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 1991 c. Viandes P.P. Hallé Ltée, [1996] T.A. 678
Union des routiers, brasseries, liqueurs douces et ouvriers de diverses industries, section locale 1999 c. Bristol-Myers Squibb Canada Inc., D.T.E. 99T-794 (T.A.)

Voltaire c. Commission scolaire Chomedey-de-Laval, [1993] R.J.Q. 340 (T.D.P.Q.)

West Park Hospital Toronto v. Ontario Nurses' Association, (1996) 55 L.A.C. (4th) 78

York County Hospital v. Ontario Nurses' Association, (1992) 26 L.A.C. (4th) 384

2985420 Canada Inc. c. Syndicat des travailleuses et travailleurs de l'hôtel Holiday Inn Centre-Ville, [1998] R.J.D.T. 1971 (T.A.)

États-Unis

Air Line Pilots Association, International v. O'Neill, 499 U.S. 65 (1991)
Aka v. Washington Hospital Center, 116 F.3d 876 (D.C. Cir. 1997)
Automobile Workers v. Johnson Controls, Inc., 499 U.S. 187 (1991)
Bonilla v. Oakland Scavenger Co., 697 F.2d 1297 (9th Cir. 1982)
Borkowski v. Valley Central School District, 63 F.3d 131 (2d Cir. 1995)
Bozeman Deaconess Foundation v. Montana Nurses Association, 322 N.L.R.B. 1107 (1997)
Carter v. Tisch, 822 F.2d 465 (4th Cir. 1987)
Chiari v. City of League City, 920 F.2d 311 (5th Cir. 1991)
Chochrum v. Old Ben Coal Co., 102 F.3d 908 (7th Cir., 1996)
Conley v. Gibson, 355 U.S. 41 (1957)
Dalton v. Subaru-Isuzu Automotive Inc., 141 F.3d 667 (7th Cir. 1998)
Daubert v. United States Postal Services, 733 F.2d 1367 (10th Cir. 1984)
Dewey v. Reynolds Metal Co., 429 F.2d 324 (6th Cir., 1970)
Eckles v. Consolidated Rail Corporation, 94 F.3d 1041 (7th Cir. 1996)
Ford Motor Co. v. Huffman, 345 U.S. 330 (1953)
Foreman v. Barbock & Wilcox Co., 117 F.3d 800 (5th Cir., 1997)
Goodman v. Lukens Steel Co., 482 U.S. 656 (1987)
Humphrey v. Moore, 375 U.S. 335 (1964)
International Brotherhood of Teamsters v. United States, 431 U.S. 324 (1977)
Jasany v. United States Postal Services, 755 F.2d 1244 (6th Cir. 1985)
Kralik v. Durbin, 130 F.3d 76 (1997)
Leisen v. City of Shelbyville, 153 F.3d 805 (7th Cir. 1998)
Lorence v. AT&T Technologies, Inc., 490 U.S. 900 (1989)
Macklin v. Spector Freight Systems, 478 F.2d 979 (D.C. Cir. 1973)
Martin v. Kansas, 190 F.3d 1120 (10th Cir. 1999)

Motor Coach Employees v. Lockridge, 403 U.S. 274 (1971)
Prewitt v. United States Postal Service, 662 F.2d 292 (5th Cir., 1981)
Reid v. Memphis Publishing Co., 468 F.2d 346 (6th Cir., 1972)
Riley v. Bendix Corp., 464 F.2d 1113 (5th Cir., 1972)
Steele v. Louisville & Nashville Railroad, 323 U.S. 192 (1944)
Trans World Airlines, Inc. v. Hardison, 432 U.S. 63 (1977)
United Steelworkers of America, AFL-CIO-CLC v. Rawson, 495 U.S. 362 (1990)
Vaca v. Sipes, 386 U.S. 171 (1967)
Woods v. Graphic Communications, 925 F.2d 1195 (9th Cir. 1991)