

**L'EXERCICE DES DROITS PROTÉGÉS PAR LA CHARTE  
DANS LES SITUATIONS OÙ LES BÉNÉFICIAIRES  
ONT BESOIN D'ASSISTANCE POUR LEURS SOINS INTIMES**

**AVIS ET LIGNES DIRECTRICES**

M<sup>e</sup> Michèle Turenne, conseillère juridique  
Direction de la recherche et de la planification

Document adopté à la 504<sup>e</sup> séance de la Commission,  
tenue le 13 mai 2005, par sa résolution COM-504-5.1.3

Normand Dauphin  
Secrétaire de la Commission

Ces lignes directrices remplacent celles adoptées par la Commission, le 18 avril 1986,  
sous le titre *La sexualisation de postes dans les centres hospitaliers et les centres d'accueil*.

Traitement de texte :

*Chantal Légaré* (Direction de la recherche et de la planification)

## TABLE DES MATIÈRES

---

|  |    |
|--|----|
| INTRODUCTION .....   | 1  |
| I LES DROITS FONDAMENTAUX DES BÉNÉFICIAIRES.....   | 5  |
| 1.1 Le droit à la sauvegarde de sa dignité.....  | 6  |
| 1.2 Le droit à l'intégrité de sa personne.....   | 8  |
| 1.3 Le droit au respect de sa vie privée .....   | 10 |
| 2 LA LIMITE DE L'EXERCICE DES DROITS FONDAMENTAUX .....  | 11 |
| 3 LE DROIT À L'ÉGALITÉ DES EMPLOYÉS.....   | 12 |
| 4 LA PRATIQUE DE LA SEXUALISATION DES POSTES .....   | 14 |
| 4.1 La « distinction, exclusion ou préférence fondée [uniquement] sur les aptitudes<br>ou qualités requises par un emploi » .....  | 16 |
| 4.2 La « distinction, exclusion ou préférence [...] justifiée par le caractère charitable,<br>philanthropique, religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif<br>ou qui est vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique »..... | 18 |
| CONCLUSION.....  | 23 |
| ANNEXE<br>L'EXERCICE DES DROITS PROTÉGÉS PAR LA CHARTE DANS LES SITUATIONS<br>OÙ LES BÉNÉFICIAIRES ONT BESOIN D'ASSISTANCE POUR LEURS SOINS INTIMES :<br>LIGNES DIRECTRICES .....  | 25 |



## INTRODUCTION

Le respect des droits des bénéficiaires ayant besoin d'assistance pour leurs soins intimes est l'objet de débats depuis des années. Le dernier document de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse<sup>1</sup> qui se penche sur cette problématique date de 1986<sup>2</sup>. Dans ce document, on analyse les principaux contextes qui peuvent amener une organisation à la sexualisation des postes, c'est-à-dire la pratique voulant qu'en vue de combler certains postes, l'employeur accorde une préférence à certains candidats du fait de leur appartenance sexuelle. Y sont évoqués les situations et les motifs reliés, soit à la force physique, soit aux bienfaits thérapeutiques (modèle ou image thérapeutique), soit aux préférences des bénéficiaires.

Évidemment, cette façon de procéder peut soulever des préoccupations majeures eu égard aux droits protégés par la *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>3</sup>. D'un côté on doit protéger les droits fondamentaux des usagers, de l'autre, on doit veiller à ne pas brimer le droit à l'égalité des employés.

Partant de la règle d'égalité en emploi et du principe que toute exception doit être justifiée à la lumière de la Charte, la Commission, concernant la pratique de la sexualisation des postes pour des motifs reliés à la force physique, notait<sup>4</sup> :

« La force physique, à divers degrés, peut être requise par un emploi donné. Dans ce cas, l'employeur doit :

- a) évaluer la force requise par les tâches rattachées à un poste donné en tenant compte des techniques et des équipements disponibles, et
- b) évaluer la force physique de chaque candidat et candidate par rapport aux exigences du poste. »

La jurisprudence ultérieure à ces lignes directrices est venue bonifier la position de la Commission en interdisant clairement toute pratique discriminatoire qui tient compte du sexe de la personne pour déterminer a priori ses capacités physiques ou sa capacité d'accomplir une tâche<sup>5</sup>.

Quant à la pertinence de recourir à cette pratique pour des raisons d'ordre thérapeutique, c'est-à-dire au motif que dans certaines situations<sup>6</sup>, la présence d'une personne intervenante ou soignante d'un sexe donné peut être bénéfique pour la personne à qui on prodigue les soins, la Commission proposait<sup>7</sup> :

---

<sup>1</sup> Ci-après nommée Commission.

<sup>2</sup> COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *La sexualisation de postes dans les centres hospitaliers et les centres d'accueil*, 1986, cat. 2.120-2.5.

<sup>3</sup> L.R.Q., c. C-12, ci-après nommée Charte.

<sup>4</sup> Document précité, note 2, p. 7.

<sup>5</sup> Voir entre autres : *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. B.C.G.S.E.U.*, (1999) 3 R.C.S. 3; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, (1999) 2 R.C.S. 1297.

<sup>6</sup> Le plus souvent en contexte de rééducation ou psychiatrique.

<sup>7</sup> Document précité, note 2, p. 8.

« Avant de sexualiser un poste pour mettre en application ce modèle ou image thérapeutique, l'employeur devrait être convaincu que :

- a) le modèle en question s'appuie sur des études ou des hypothèses sérieuses, démontrant ou tendant à démontrer un lien significatif entre la présence d'une personne d'un sexe donné et le bien-être de la clientèle bénéficiaire des soins, et,
- b) il n'y a pas, dans les circonstances, de moyen raisonnable d'assurer cette présence par des mesures souples, tels des déplacements ponctuels et temporaires de personnel. »

Les principes analogues à ceux dégagés par la Commission sont retenus généralement par les tribunaux au moment de statuer sur la nécessité de doter un poste en fonction du sexe des intervenants lorsqu'il s'agit du modèle thérapeutique<sup>8</sup>.

Concernant l'existence d'une telle pratique pour répondre aux préférences ou aux choix des bénéficiaires en matière de soins intimes, la Commission proposait en 1986<sup>9</sup> :

« [...] il apparaît clair que la préférence exprimée par le bénéficiaire en ce qui concerne les soins intimes doit être respectée. C'est une exigence qui découle du droit de toute personne au respect de sa vie privée et à la sauvegarde de sa dignité (articles 4 et 5 de la Charte des droits et libertés de la personne).

L'institution doit consulter individuellement chaque bénéficiaire sur ses préférences. Quant aux malades incapables de s'exprimer ou peu lucides, l'institution doit tenir compte de leurs réactions verbales et non verbales et consulter leurs proches.

La sexualisation d'un poste peut donc se faire si les conditions suivantes sont remplies :

- a) l'institution s'est renseignée sur les préférences de chaque bénéficiaire et en conclut que la présence d'une personne d'un sexe donné est requise, et
- b) il n'y a pas, dans les circonstances, de moyen raisonnable d'assurer cette présence par des mesures souples, tels des déplacements ponctuels et temporaires de personnel. »

De l'avis de plusieurs organisations citées dans le rapport de consultation et recommandations de la Commission, *L'exploitation des personnes âgées - Vers un filet de protection resserré*<sup>10</sup>, ces lignes directrices concernant les soins intimes devraient être révisées.

---

<sup>8</sup> Voir : *Syndicat des travailleuses et travailleurs de l'hôpital Louis-H. Lafontaine c. Lussier*, D.T.E. 92T-90 (C.S.); *Union des employées et employés de service, section locale 298 c. Centre hospitalier Douglas*, D.T.E. 93T-760 (T.A.); *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1535 c. Centre de jeunesse Mont St-Patrick Inc.*, D.T.E. 97T-297 (T.A.).

<sup>9</sup> Document précité, note 2, p. 7, 8.

<sup>10</sup> *Rapport de consultation et recommandations*, 2001, ci-après nommé : Rapport de consultation.

En effet, lors de cette Consultation, plusieurs faits rapportés indiquent des atteintes possibles à certains droits fondamentaux des usagers dans les établissements en regard de prodiguer des soins intimes. Il y est noté<sup>11</sup> :

« Ne pas respecter le souhait d'une personne âgée en perte d'autonomie de recevoir des soins intimes par une personne de même sexe qu'elle-même constitue une atteinte à la dignité et à l'intégrité psychologique de cette personne (Ordre régional des infirmières et infirmiers de la Montérégie). »

« La RRSSS de la Montérégie considère que de ne pas répondre à ce besoin d'une personne âgée constitue un abus, puisque la personne âgée est ici "captive" et ne peut se plaindre. »

« La Fédération de l'Âge d'Or du Québec avance pour sa part que "le droit de recevoir des soins intimes par une personne de son sexe" devrait figurer parmi les normes de vie décente imposées par l'État aux établissements. »

La Commission est d'avis que, contrairement au contexte qui prévalait en 1986, le cadre dans lequel se donnent les soins intimes pour les personnes âgées ou à mobilité réduite, ainsi que la clientèle touchée, notamment de par la plus grande diversité ethnoculturelle de la population, ont considérablement changé.

Avec le virage ambulatoire, le maintien à domicile a été favorisé. De plus en plus, les centres d'hébergement de longue durée deviennent une option de dernier recours. Les prestataires de services se sont ainsi diversifiés. Outre les traditionnels préposés aux bénéficiaires rattachés à un établissement public en particulier, qui prodiguent les soins sur place, il y a maintenant les préposés affectés par les CLSC, les travailleurs engagés de gré à gré via une allocation directe à la personne ainsi que les entreprises d'économie familiale<sup>12</sup> qui rendent les mêmes services dans les résidences privées spécialisées ou au domicile du prestataire. Le CLSC est responsable de l'organisation du soutien à domicile pour la population de son territoire. Il octroie les services et, le cas échéant, doit s'assurer que le soutien requis est offert par d'autres partenaires du milieu<sup>13</sup>.

Ainsi, on voit donc qu'avec un environnement de travail de moins en moins institutionnel, et des prestataires de services de moins en moins prévisibles, la personne seule qui reçoit les soins à domicile peut se sentir moins confiante dans un tel contexte. S'ajoutent à cela les préoccupations d'ordre culturel ou religieux.

Afin de répondre aux besoins de la clientèle, plusieurs mesures ont été mises de l'avant. C'est ainsi que depuis l'automne 2003, tous les CLSC doivent avoir recours à l'« outil d'évaluation multientèle ». Cet outil permet d'établir un « plan d'intervention » ou « plan de services individualisé » qui établit la configuration des services nécessaires pour chaque personne. Ce plan devrait tenir compte idéalement

---

<sup>11</sup> *Id.*, p. 55.

<sup>12</sup> Voir *Chez soi : le premier choix - La politique de soutien à domicile*, MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, Dépôt légal Bibliothèque nationale du Québec, 2003, p. 20-21.

<sup>13</sup> *Id.*, p. 31-32.

de tous les soins prodigués, y compris les soins intimes<sup>14</sup>. Toutefois, cette clientèle non « institutionnalisée » peut être plus fluctuante et changeante que celle hébergée dans les centres de longue durée. Plusieurs agents du milieu proposent qu'en l'absence ou dans l'impossibilité de connaître le choix ou la préférence des bénéficiaires, il faudrait leur attribuer une personne du même sexe qu'eux pour leur prodiguer les soins intimes et ainsi minimiser les possibilités d'atteintes à leurs droits fondamentaux.

Pour ce qui est des personnes hébergées dans les centres d'hébergement de longue durée, dans le document : *Un milieu de vie de qualité pour les personnes hébergées en CHSLD –Orientations ministérielles*<sup>15</sup>, il y est indiqué :

« La réalité souvent fort complexe de la personne admise en hébergement de longue durée [...] exige une évaluation globale des besoins qui tienne compte des problèmes de santé de la personne et des soins nécessaires, mais aussi des différents facteurs biopsychosociaux et culturels, incluant son degré d'adaptabilité et les caractéristiques de sa famille et de sa communauté [...]. Il doit en découler une offre de services personnalisés, un plan et une gamme de soins appropriés, [y compris les soins intimes] reliés aux problèmes et besoins décelés [...]. Cette évaluation doit suivre l'évolution de la personne, doit être continue et toujours s'effectuer en collaboration avec tous les intervenants concernés, qu'ils soient du réseau communautaire, social ou culturel. »

Donc, règle générale, contrairement au contexte qui prévaut pour les soins donnés à domicile, en milieu institutionnel, les besoins en personnel peuvent être assez prévisibles et planifiés à l'avance, d'autant plus que la clientèle est plus stable.

Bref, soucieuse des récents changements, tant d'ordre social que culturel, la Commission, dans la foulée des correctifs à apporter suite à la Consultation<sup>16</sup>, a pris l'engagement suivant :

***Compte tenu des faits nouveaux indiquant des atteintes possibles à la dignité des usagers dans les établissements, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse examinera sa position sur la sexualisation des postes dans les établissements de santé et de services sociaux.***<sup>17</sup>

Le présent document compte donc honorer cet engagement de la Commission.

Pour ce faire, à la lumière du contexte actuel qui prévaut en matière de soins de santé, nous traiterons des droits fondamentaux des usagers en cause, pour ensuite analyser en quoi l'exercice de tels droits pourrait limiter le droit à l'égalité en emploi.

---

<sup>14</sup> *Id.*, p. 19.

<sup>15</sup> MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, Dépôt légal Bibliothèque nationale du Québec, 2003, p. 14, point 5.2.

<sup>16</sup> Rapport de consultation, précité, note 10.

<sup>17</sup> *Id.*, Engagement 2, p. 171.

Finalement, nous proposerons des nouvelles lignes directrices susceptibles de guider les organisations faisant face à cette problématique.

## I LES DROITS FONDAMENTAUX DES BÉNÉFICIAIRES

Dans la décision *Villa Plaisance*<sup>18</sup>, les droits fondamentaux évoqués pour recourir à une politique de sexualisation des postes en vue de prodiguer les soins intimes sont, en particulier, le droit à la sauvegarde de la dignité (art. 4, Charte), le droit à l'intégrité de sa personne (art. 1, Charte) et le droit au respect de sa vie privée (art. 5, Charte). Bref, « les droits invoqués en l'espèce [...] relèvent de la protection contre une immixtion par rapport à leur personne. »<sup>19</sup>

Certaines dispositions de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*<sup>20</sup> qui doivent nécessairement s'interpréter en conformité avec la Charte<sup>21</sup> méritent d'être mentionnées. S'appliquent principalement les articles suivants :

Art. 2 : « Afin de permettre la réalisation de ces objectifs, la présente loi établit un mode d'organisation des ressources humaines, matérielles et financières destiné à :

[...]

5° tenir compte des particularités géographiques, linguistiques, socio-culturelles, ethno-culturelles et socio-économiques des régions;

8° favoriser la prestation efficace et efficiente de services de santé et de services sociaux, dans le respect des droits des usagers de ces services;

[...]. »

Art. 3 : « Pour l'application de la présente loi, les lignes directrices suivantes guident la gestion et la prestation des services de santé et des services sociaux :

1° la raison d'être des services est la personne qui les requiert;

2° le respect de l'utilisateur et la reconnaissance de ses droits et libertés doivent inspirer les gestes posés à son endroit;

3° l'utilisateur doit, dans toute intervention, être traité avec courtoisie, équité et compréhension, dans le respect de sa dignité, de son autonomie, de ses besoins et de sa sécurité;

---

<sup>18</sup> *Commission des droits de la personne c. Centre d'accueil Villa Plaisance*, T.D.P.Q., [1996] R.J.Q. 511.

<sup>19</sup> *Id.*, p. 10.

<sup>20</sup> L.R.Q., c. S-4.2.

<sup>21</sup> Art. 52 Charte : « 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. » V. aussi l'art. 53 de la Charte : « Si un doute surgit dans l'interprétation d'une disposition de la loi, il est tranché dans le sens indiqué par la Charte. »

4° l'usager doit, autant que possible, participer aux soins et aux services le concernant;

5° l'usager doit, par une information adéquate, être incité à utiliser les services de façon judicieuse.

Art. 4 : « Toute personne a le droit d'être informée de l'existence des services et des ressources disponibles dans son milieu en matière de santé et de services sociaux ainsi que des modalités d'accès à ces services et à ces ressources. »

Art. 5 : « Toute personne a le droit de recevoir des services de santé et des services sociaux adéquats sur les plans à la fois scientifique, humain et social, avec continuité et de façon personnalisée et sécuritaire. »

Art. 10 : « Tout usager a le droit de participer à toute décision affectant son état de santé ou de bien-être.

Il a notamment le droit de participer à l'élaboration de son plan d'intervention ou de son plan de services individualisé, lorsque de tels plans sont requis conformément aux articles 102 et 103.

Il en est de même pour toute modification apportée à ces plans. »

S'agissant des droits fondamentaux des usagers, le Tribunal des droits de la personne, dans *Villa Plaisance*<sup>22</sup> rappelle :

« Disons au point de départ que si tant est qu'il soit ici pertinent d'identifier les composantes de chacun de ces droits, il ne faut pas surestimer l'étanchéité de ces trois concepts, notamment dans le contexte des décisions à l'égard de son corps, comme en témoigne cette affirmation de la juge McLachlin dans l'affaire *Rodriguez* :

“La sécurité de la personne comporte un élément d'autonomie personnelle protégeant la dignité et la vie privée des individus à l'égard des décisions concernant leur propre corps. Le pouvoir de décider de façon autonome ce qui convient le mieux à son propre corps est un attribut de la personne et de la dignité de l'être humain (*Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, 618.)”.

## **I.1 Le droit à la sauvegarde de sa dignité**

Le droit à la dignité est un des droits souvent cités en parallèle au droit à l'égalité dans les instruments internationaux.

Dans le préambule de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*<sup>23</sup> on énonce :

« Considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde, [...] »

---

<sup>22</sup> Précité, note 18, p. 5.

<sup>23</sup> A.G. Rés. 217 A (III), Doc. N.U. A/810 (1948).

À l'article premier de la Déclaration, on affirme que :

« [t]ous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. [...] »

Dans le libellé du Préambule du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*<sup>24</sup>, on proclame que :

« Considérant que, conformément aux principes énoncés dans la Charte des Nations Unies, la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde,

Reconnaissant que ces droits découlent de la dignité inhérente à la personne humaine, [...] »

Au Canada, la Cour suprême a déjà exploré la notion de dignité humaine en fonction de la Charte canadienne, quoique ce droit n'y soit pas explicitement inscrit.

Madame la juge Wilson dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*<sup>25</sup>, qui traitait du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, droit garanti à l'article 7 de la Charte canadienne<sup>26</sup>, s'exprime en ces termes :

« La notion de dignité humaine trouve son expression dans presque tous les droits et libertés garantis par la *Charte*. Les individus se voient offrir le droit de choisir leur propre religion et leur propre philosophie de vie, de choisir qui ils fréquenteront et comment ils s'exprimeront, où ils vivront et à quelle occupation ils se livreront. Ce sont tous là des exemples de la théorie fondamentale qui sous-tend la *Charte*, savoir que l'État respectera les choix de chacun et, dans toute la mesure du possible, évitera de subordonner ces choix à toute conception particulière d'une vie de bien. »<sup>27</sup>

Quant à la Charte québécoise, on y proclame dès le préambule :

« Considérant que tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité et ont droit à une égale protection de la loi; »

L'article 4 de la Charte pour sa part, édicte :

« Toute personne a droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation. »

---

<sup>24</sup> (1976) 999 R.T.N.U. 171. Le Préambule du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, (1976) 993 R.T.N.U. 3, est rédigé en des termes identiques.

<sup>25</sup> *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, p. 166.

<sup>26</sup> *Charte canadienne des droits et libertés, Loi de 1982 sur le Canada, Annexe B, 1982, (R.-U.), c. 11*, ci-après nommée, *Charte canadienne*. Art. 7 : « Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. »

<sup>27</sup> Précité, note 25, p. 166.

De l'avis de la Cour suprême dans *Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*<sup>28</sup>, le Tribunal des droits de la personne du Québec a exprimé correctement, l'essence du droit à la sauvegarde de la dignité de la personne, dans *Commission des droits de la personne du Québec c. Lemay*<sup>29</sup> :

« En conséquence, chaque être humain possède une valeur intrinsèque qui le rend digne de respect. Pour la même raison, chaque être humain a droit à la reconnaissance et à l'exercice en pleine égalité des droits et libertés de la personne. »

Dans *Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, la Cour précise :

« À la lumière de la définition donnée à la notion de “dignité” de la personne et des principes d'interprétation large et libérale en matière de lois sur les droits et libertés de la personne, j'estime que l'art. 4 de la *Charte* vise les atteintes aux attributs fondamentaux de l'être humain qui contreviennent au respect auquel toute personne a droit du seul fait qu'elle est un être humain et au respect qu'elle se doit à elle-même.

Par ailleurs, contrairement au concept d'intégrité, à mon avis, le droit à la dignité de la personne, en raison de sa notion sous-jacente de respect, n'exige pas l'existence de conséquences définitives pour conclure qu'il y a eu violation. Ainsi, une atteinte même temporaire à une dimension fondamentale de l'être humain violerait l'art. 4 de la *Charte*. Cette interprétation s'appuie également sur la nature des autres droits protégés à l'art. 4, soit l'honneur et la réputation : *noscitur a sociis*. En effet, la violation de ces garanties ne requiert pas nécessairement qu'il existe des effets de nature permanente quoique ceux-ci puissent l'être. »<sup>30</sup>

## **I.2 Le droit à l'intégrité de sa personne**

Le droit à l'intégrité de sa personne est rarement indiqué expressément dans les textes internationaux. Toutefois, on peut aisément conclure que ce droit fait partie inhérente du droit à la vie, à la liberté, à la sûreté ou à la sécurité de sa personne qui sont protégés universellement.

La Déclaration universelle des droits de l'homme énonce à l'article 3 :

« Tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne. »

Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*<sup>31</sup> pour sa part indique que :

Art. 9 : « I. Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne [...] »

---

<sup>28</sup> Québec (*Curateur public*) c. *Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, par. 104.

<sup>29</sup> T.D.P.Q. Abitibi, 1995-06-12, j. Sheehan, p. 5.

<sup>30</sup> Précité, note 28, par. 105, 106.

<sup>31</sup> A/RES/2200 A (XXI), 16 décembre 1966.

L'une des rares exceptions où on retrouve le droit à l'intégrité de la personne expressément inscrit est la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*<sup>32</sup>, qui proclame à l'article 1 :

« [t]out être humain a droit à la vie, à la liberté, à la sécurité et à l'intégrité de sa personne. »

La *Convention américaine relative aux droits de l'homme*<sup>33</sup> précise à l'article 5 que :

« 1. Toute personne a droit au respect de son intégrité physique, psychique et morale. »  
[...].

Du côté européen, la Cour européenne a jugé<sup>34</sup> que la protection de « l'intégrité physique et morale de la personne » est couverte par le droit au respect de la vie privée protégé par la Convention européenne au premier alinéa de l'article 8 qui est à l'effet suivant :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. »<sup>35</sup> [...].

La Cour européenne rappelle que les obligations à prendre par l'État pour la vie privée et l'intégrité de la personne, « peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux. »<sup>36</sup>

Dans le cadre de la Charte canadienne, la Cour suprême a conclu à plusieurs reprises que le droit à la sécurité de la personne proclamé à l'article 7<sup>37</sup>, protège à la fois l'intégrité physique et psychologique de la personne.

Dans *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, la Cour déclare<sup>38</sup> :

« Il n'y a donc aucun doute que la notion de sécurité de la personne comprend l'autonomie personnelle, du moins en ce qui concerne le droit de faire des choix concernant sa propre personne, le contrôle sur sa propre intégrité physique et mentale, et la dignité humaine fondamentale [...]. »

---

<sup>32</sup> (1949) 43 A.J.I.L. Supp. 133. Doc. O.É.A. O.É.A. / Ser. LV/II. 23, doc. 21 rev. 6.

<sup>33</sup> (1979) 1144 R.T.N.U. 123.

<sup>34</sup> *Affaire X et Y c. Pays-Bas* du 26 mars 1985, Publications de la Cour européenne des droits de l'homme, série A : Arrêts et décisions, vol. 91, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1985.

<sup>35</sup> *Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, telle qu'amendée par le Protocole n° 11, (1955) 213 R.T.N.U. 221.

<sup>36</sup> *Affaire X et Y*, précitée, note 34, points 22 et 23.

<sup>37</sup> Précité, note 26.

<sup>38</sup> [1993] 3 R.C.S. 519, 588; Voir aussi : *R. c. Morgentaler*, précité, note 25, p. 173, (le juge Wilson); *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel*, [1990] 1 R.C.S. 1123, à la p. 1177; *Nouveau Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76.

S'agissant de la Charte québécoise qui édicte à l'article 1 que : « Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne... », le Tribunal des droits de la personne se référant à la décision *Morgentaler*<sup>39</sup> de la Cour suprême a expliqué dans la décision *Dufour*<sup>40</sup> que « le droit à l'intégrité concerne plus particulièrement le respect de l'autonomie décisionnelle d'une personne à l'endroit de questions ayant un lien étroit avec ses valeurs et convictions profondes. »

### **I.3 Le droit au respect de sa vie privée**

Le droit à la vie privée est consacré par plusieurs instruments internationaux.

La *Déclaration universelle des droits de l'homme* proclame :

Art. 12 : « Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur ou à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes. »<sup>41</sup>

La Charte canadienne n'affirme pas explicitement un droit à la vie privée. Par contre l'interprétation jurisprudentielle de l'article 8 de la Charte canadienne, (« Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives ») comprend le droit à la vie privée<sup>42</sup>.

Récemment, la Cour suprême dans *R. c. Mann*<sup>43</sup>, précise :

« De nombreux facteurs sont pris en compte dans ce volet de l'analyse, notamment [...] le caractère envahissant de la fouille, les attentes de l'intéressé en matière de respect de sa vie privée à l'égard de l'endroit fouillé [...]. »<sup>44</sup>

La Charte québécoise, quant à elle, édicte à l'article 5 que « Toute personne a droit au respect de sa vie privée. » À cet effet, le Tribunal des droits de la personne rappelle dans *Villa Plaisance*<sup>45</sup> :

---

<sup>39</sup> Précité, note 25.

<sup>40</sup> *Dufour c. Centre hospitalier St-Joseph-de-la-Malbaie*, T.D.P.Q. Charlevoix, 1992-01-29, j. Rivet.

<sup>41</sup> Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* à l'article 17 reprend ce principe, dans des termes similaires.

<sup>42</sup> Voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, 159-160 (j. Dickson); *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *R. c. Dyment*, 1988 2 R.C.S. 417; *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145; *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, J.E. 95-1848 (C.A.), p. 17.

<sup>43</sup> 2004 CSC 52 par. 53.

<sup>44</sup> Notons toutefois que contrairement à la Charte québécoise, la Charte canadienne ne couvre que les rapports entre l'État ou ses représentants et les particuliers et non les rapports privés.

<sup>45</sup> Précité, note 18, p. 9.

« Le droit à l'intimité est l'une des facettes du droit à la vie privée, un droit dont le caractère fondamental est affirmé à l'article 5 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. »

Le juge Baudouin précise dans l'arrêt *Godbout* de la Cour d'appel du Québec<sup>46</sup> :

« Le concept de vie privée me paraît beaucoup plus, comme le Tribunal des droits de la personne le mentionne dans *Dufour c. Centre hospitalier St-Joseph de la Malbaie*, [1992] R.J.Q. 825, destiné à protéger ce qui fait partie de la vie intime de la personne, bref ce qui constitue un cercle personnel irréductible, à l'abri des indiscretions. »

Dans l'arrêt *Bridgestone/Firestone* de la Cour d'appel du Québec, le juge Lebel, au sujet du droit au respect de la vie privée, affirme :

« Ce droit comporte des composantes telles que le droit à l'anonymat et à l'intimité, au secret et à la confidentialité, dont la fonction ultime est la préservation du droit de chaque personne à son autonomie. »<sup>47</sup>

## 2 LA LIMITE DE L'EXERCICE DES DROITS FONDAMENTAUX

À l'instar des conventions internationales<sup>48</sup>, la protection et le respect des droits fondamentaux peuvent être restreints par l'article 9.1 de la Charte québécoise, qui se lit ainsi :

« 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. »

Rappelons que la juge Wilson, dans l'arrêt *Edmonton Journal*<sup>49</sup>, expose la nécessité de recourir à une méthode contextuelle lorsqu'il y a conflit entre des droits protégés :

« Il me semble qu'une qualité de la méthode contextuelle est de reconnaître qu'une liberté ou un droit particuliers peuvent avoir une valeur différente selon le contexte [...]. Elle semble mieux saisir la réalité du litige soulevé par les faits particuliers et être donc

---

<sup>46</sup> *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, J.E. 95-1848 (C.A.), 17.

<sup>47</sup> *Syndicat des travailleurs(euses) de Bridgestone/Firestone de Joliette (CSN) c. M<sup>e</sup> Gilles Trudeau et Bridgestone/Firestone Canada inc.*, [1999] R.J.Q. 2229, 2241 (C.A.).

<sup>48</sup> Voir, par exemple, l'alinéa 3 de l'article 19 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, Rés. 2200 A (XX), qui édicte : « L'exercice des libertés prévues [...] comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales. Il peut en conséquence être soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires : a) au respect des droits ou de la réputation d'autrui; [...]. »

<sup>49</sup> *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, 1355-1356.

plus propice à la recherche d'un compromis juste et équitable entre les deux valeurs en conflit en vertu de l'article premier.

J'estime qu'un droit ou une liberté peuvent avoir des significations différentes dans des contextes différents [...] je crois que l'importance du droit ou de la liberté doit être évaluée en fonction du contexte plutôt que dans l'abstrait et que son objet doit être déterminé en fonction du contexte. [...]. »

À cet effet, le Tribunal des droits de la personne, dans *Villa Plaisance*<sup>50</sup>, tout en précisant que le souci du respect des droits fondamentaux des bénéficiaires doivent toujours être pris en compte, souligne les principes dégagés de l'arrêt *Dagenais* :

« Il faut se garder d'adopter une conception hiérarchique qui donne préséance à certains droits au détriment d'autres droits, [...] dans l'interprétation de la *Charte* [...]. Lorsque les droits de deux individus sont en conflit, [...] les principes de la *Charte* commandent un équilibre qui respecte pleinement l'importance des deux catégories de droits.

Partant, les droits fondamentaux des usagers et le droit à l'égalité des employés ne sont pas subordonnés les uns aux autres. »<sup>51</sup>

La Commission est d'avis que l'employeur doit prendre toutes les mesures nécessaires dans la planification et la gestion de ses ressources humaines, en vue de respecter les droits fondamentaux des bénéficiaires. Or, dans la poursuite de cet objectif, l'employeur pourrait porter entrave à l'exercice du droit d'être traité en toute égalité dans le cadre de l'emploi. Car, afin d'accommoder et de répondre aux besoins des bénéficiaires, l'employeur peut être tenté de sexualiser des postes, c'est-à-dire, réserver des postes à des employés d'un sexe donné. À moins d'être justifiée, cette exclusion ou préférence sera discriminatoire.

Ce qui nous amène à traiter de l'exercice du droit à l'égalité en emploi.

### **3 LE DROIT À L'ÉGALITÉ DES EMPLOYÉS**

Le droit à l'égalité est un des droits de la personne protégés universellement.

La Déclaration universelle, citée précédemment, proclame dès son préambule ainsi que dans son article premier, la nécessité de la reconnaissance du droit à l'égalité<sup>52</sup>.

Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* réaffirme ce principe en mentionnant explicitement l'égalité des sexes :

---

<sup>50</sup> Précité, note 18, p. 12.

<sup>51</sup> *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, 877 (j. Lamer).

<sup>52</sup> Note 23. Principes repris dans les articles 2 et 7 de la Déclaration.

Art. 3 : « Les États parties au présent Pacte s'engagent à assurer le droit égal des hommes et des femmes de jouir de tous les droits civils et politiques énoncés dans le présent Pacte. »

Ainsi en est-il du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*<sup>53</sup>. Y est inscrit à l'article 3 :

« Les États parties au présent Pacte s'engagent à assurer le droit égal qu'ont l'homme et la femme au bénéfice de tous les droits économiques, sociaux et culturels qui sont énumérés dans le présent Pacte. »

La Convention européenne édicte à son article 14 :

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

La Charte canadienne protège le droit à l'égalité à l'article 15 :

Art. 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.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités appelés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques. »

Quant à la Charte québécoise, il y est inscrit :

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

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit. »

Art. 16 : « Nul ne peut exercer de 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 classification d'emploi. »

---

<sup>53</sup> 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966.

S'agissant du droit à l'égalité, la Commission rappelle dans *Après 25 ans, la Charte québécoise des droits et libertés*, vol. 2 (Études)<sup>54</sup> :

« Le mouvement qui a été à l'origine de l'adoption de la *Charte des droits et libertés de la personne* était porteur d'une importante quête d'égalité. La place accordée à cette quête dans les 25 années qui ont suivi la mise en place de la Charte a été considérable. La mise en forme d'un tel projet n'allait toutefois pas de soi. Dans l'absolu, l'idée d'égalité est une utopie, un objectif toujours fuyant, pouvant prendre des voies nombreuses et diverses, satisfaire les attentes des uns, décevoir les autres. Aussi, cette utopie a-t-elle pris une grande variété de formes tant sur le plan théorique que sur le plan de la pratique. » (p. 61)

« [...] une multitude de questions se posaient : l'égalité doit-elle être absolue ou relative? L'égalité poursuivie est-elle celle d'individus ou de groupes d'individus? Quels individus et quels groupes sont visés? [...] » (p. 62)

L'acte discriminatoire entravant l'exercice du droit à l'égalité peut tout aussi bien être fondé sur une caractéristique reliée à un individu en particulier qu'à un groupe ou une catégorie identifiable de personnes.

Dans la décision *B. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*<sup>55</sup> la Cour suprême explique :

« En employant les mots “[t]oute personne”, le législateur a manifestement voulu protéger les individus – par opposition aux groupes – contre la discrimination. Bien qu'il soit également clair que, pour que le plaignant bénéficie de la protection [de la Charte], la discrimination doit être fondée sur l'un des motifs énumérés, il ne s'ensuit pas que l'acte discriminatoire doive être dirigé contre un groupe identifiable visé par le motif en question [...] »<sup>56</sup>

« [...] Bien qu'il soit souvent possible d'identifier une catégorie de personnes, vu l'existence de groupes historiquement défavorisés au sein de la société canadienne, il ne s'agit pas d'un préalable à toute conclusion de discrimination. »<sup>57</sup>

## 4 LA PRATIQUE DE LA SEXUALISATION DES POSTES

La pratique de la sexualisation des postes entraîne une distinction, exclusion ou préférence de certaines personnes pour occuper certains postes, fondée sur un motif prohibé par l'article 10 de la Charte, en l'occurrence, le sexe.

---

<sup>54</sup> Pierre BOSSET et Muriel GARON, 2003, p. 61, 62.

<sup>55</sup> [2002] 3 R.C.S. 403.

<sup>56</sup> *Id.*, par. 41.

<sup>57</sup> *Id.*, par. 47.

En appliquant les principes établis par les tribunaux<sup>58</sup>, il est clair qu'une telle pratique, *prima facie* est discriminatoire, car elle contrevient à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, du droit à la non-discrimination en emploi, prévu par les articles 10 et 16 de la Charte.

Dans l'arrêt *Brossard*, la Cour suprême explique<sup>59</sup> :

« Pareille exclusion ne constituera de la discrimination au sens de l'art. 10 que si, comme le prévoit le deuxième alinéa de cette disposition, l'exclusion a pour effet de détruire ou de compromettre le droit des intervenants à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne. Il est clair que [...] les [...] intervenants exclus en raison de la politique d'embauchage ne jouissent pas de la reconnaissance et de l'exercice, en pleine égalité, du droit à la non-discrimination dans l'embauchage, prévu par l'art. 16. Il s'ensuit que la pratique de l'intimée en matière d'embauchage est discriminatoire au sens de l'art. 10. »

Dans l'arrêt *Etobicoke* la Cour précise : « Lorsqu'un plaignant établit [...] qu'il est de prime abord, victime de discrimination [...] il a droit à un redressement en l'absence de justification de la part de l'employeur. »<sup>60</sup>

Or, le droit d'être traité sans discrimination en emploi a son propre régime d'exception, inscrit à l'article 20 de la Charte québécoise :

« Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi, ou justifiée par le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif ou qui est vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique est réputée non discriminatoire. »

Ces exceptions à la règle anti-discriminatoire de la Charte comportent deux volets, car comme le fait remarquer la majorité de la Cour suprême dans l'arrêt *Brossard*<sup>61</sup> :

« Les premier et second volets de l'art. 20 représentent des exceptions distinctes à la norme antidiscrimination fondées sur des objectifs législatifs différents. Selon moi, on a tort de les prétendre connexes, même aux fins de l'interprétation de leurs termes respectifs. Comme nous allons le voir, ces objectifs législatifs différents font que les deux exceptions méritent l'emploi de méthodes d'interprétation différentes. »

Ainsi, dans un premier temps, nous verrons les exceptions fondées sur les « aptitudes ou qualités requises par un emploi », et dans un deuxième temps, celles qui pourraient se justifier par « le caractère

---

<sup>58</sup> Voir entre autres, les arrêts *Ontario Human Rights Commission c. Etobicoke* [1982] 1 R.C.S. 202; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)* [1988] 2 R.C.S. 279.

<sup>59</sup> *Brossard*, précité, par. 43.

<sup>60</sup> *Etobicoke*, précité, p. 208.

<sup>61</sup> Précité, note 58, par. 49.

charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif ou qui est vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique. »

#### **4.1 La « distinction, exclusion ou préférence fondée [uniquement] sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi »**

Dans l'arrêt *Brossard*, la Cour précise que « les “aptitudes ou qualités” doivent nécessairement se rapporter à l'un des motifs énumérés à l'art. 10 pour être pertinentes aux fins du premier volet de l'art. 20. »<sup>62</sup>

Or, la pratique de la sexualisation des postes suppose que le sexe de la personne, un des motifs de discrimination prohibés à l'article 10 de la Charte, soit considéré comme une qualité requise pour l'emploi.

Comme le fait remarquer la Cour suprême dans l'arrêt *Etobicoke*<sup>63</sup>, « La seule justification que peut invoquer l'employeur en l'espèce est la preuve, dont le fardeau lui incombe, que [le recours à une telle pratique] est une exigence professionnelle réelle de l'emploi en question », ce moyen de défense étant une exception à la règle générale qui interdit la discrimination.

Dans l'arrêt *Zurich Insurance*<sup>64</sup>, la Cour suprême explique que les pratiques discriminatoires permises pour une aptitude ou qualité requise pour un emploi doivent avoir un « caractère raisonnable [qui] comporte deux aspects : premièrement, toute pratique ou règle discriminatoire doit posséder un lien important avec l'exploitation de l'entreprise de l'employeur et, deuxièmement, la discrimination en question ne doit pas être davantage que ce qui est nécessaire. »

Autrement dit, il faudra faire la preuve dans un premier temps de la rationalité de la pratique ou politique d'emploi et, dans un deuxième temps, de sa proportionnalité<sup>65</sup>.

Dans *Etobicoke*<sup>66</sup>, la Cour souligne qu'« [i]l serait imprudent de tenter de formuler une règle fixe concernant la nature et le caractère suffisant de la preuve requise [...]. »

Dans *Villa Plaisance*, le Tribunal des droits de la personne rappelle à la lumière des arrêts de la Cour suprême précités que, pour l'application de l'article 20, il « ne suffit pas pour l'employeur d'invoquer la reconnaissance des droits fondamentaux des usagers. »<sup>67</sup> C'est ainsi que le Tribunal, pour juger du lien rationnel, explique :

---

<sup>62</sup> *Id.*, par. 20.

<sup>63</sup> Précité, note 58.

<sup>64</sup> *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)* [1992] 2 R.C.S. 321, 341. Voir aussi : *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission)*, précité, note 5.

<sup>65</sup> *Brossard*, *Etobicoke*, précités, note 58; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission)*, précité, note 5.

<sup>66</sup> Précité, note 58, p. 212.

<sup>67</sup> Précité, note 18, p. 12.

« Afin d'établir la rationalité de la mesure [...] le défendeur doit démontrer qu'elle vise un objectif légitime et raisonnablement nécessaire pour répondre à la réalité pratique du milieu de travail. De plus, l'employeur doit prouver le lien rationnel entre l'objectif et le moyen choisi pour l'atteindre. À cet effet, il doit établir par la démonstration des faits réels, vérifiables et précis, la mise en pratique de la mesure dans sa réalité effective, soit la répartition véritable et régulière des tâches à accomplir par les préposés auprès des usagers selon le lien avec l'exigence de sexe posée par le respect des droits fondamentaux de chaque usager. »<sup>68</sup>

Pour ce qui est du critère de proportionnalité de l'atteinte, rappelons nous la règle mentionnée par la juge Wilson dans l'arrêt *Alberta Dairy Pool*<sup>69</sup> :

« [...] 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. [...] »

Dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission)*<sup>70</sup>, la Cour explique :

« [...] 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.

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

- a) L'employeur a-t-il cherché à trouver des méthodes de rechange qui n'ont pas d'effet discriminatoire [...]?
- b) Si des normes différentes ont été étudiées et jugées susceptibles de réaliser l'objet visé par l'employeur, pourquoi n'ont-elles pas été appliquées?
- c) Est-il nécessaire que tous les employés satisfassent à la norme unique pour que l'employeur puisse réaliser l'objet légitime qu'il vise [...]?
- d) Y a-t-il une manière moins discriminatoire d'effectuer le travail tout en réalisant l'objet légitime de l'employeur? [...]
- f) Les autres parties qui sont tenues d'aider à la recherche de mesures d'accommodement possibles ont-elles joué leur rôle?

Dans *Villa Plaisance*, le Tribunal précise au sujet de la sexualisation des postes<sup>71</sup> :

« [...] l'employeur doit établir que sa politique d'exclusion ne constitue pas [...] un moyen excessif [...]. Le critère applicable ici exclut la simple commodité administrative;

---

<sup>68</sup> *Id.*

<sup>69</sup> *Central Alberta Dairy Pool* [1990] 2 R.C.S. 489, 518.

<sup>70</sup> Précité, note 5, par. 64-65.

<sup>71</sup> Précité, note 18, p. 12.

il pose le principe de la nécessité d'examiner sérieusement les mesures alternatives qui permettraient à la fois de ne pas exclure [des employés du fait de leur sexe] et de respecter les droits [fondamentaux] des usagers [...]. »

De plus, le Tribunal suggère qu'un sondage effectué auprès des bénéficiaires pour justifier la sexualisation des postes devrait se faire au préalable et de manière objective<sup>72</sup>.

À la lumière de l'analyse qui précède, la Commission est d'avis que la décision de sexualiser des postes fondée sur le premier volet de l'article 20 de la Charte, soit les qualités ou aptitudes requises pour un emploi, doit être une mesure d'exception nécessaire et justifiable selon les critères de rationalité et de proportionnalité établis par la jurisprudence.

Citons quelques exemples.

Dans la décision arbitrale *Syndicat des employés d'hôpitaux d'Arthabaska c. Hôtel-Dieu d'Arthabaska*<sup>73</sup>, on a mis en preuve de nombreux témoignages rapportant les plaintes de femmes accouchées qui ne voulaient pas se faire donner les soins intimes par des hommes. L'arbitre, partant du constat que les bénéficiaires ont le droit d'exiger que les soins intimes leur soient prodigués par une personne du sexe de leur choix, et de l'impossibilité de l'employeur de répondre à cette exigence dans l'avenir par différentes mesures, telles que la mobilité du personnel, arrive à la conclusion qu'il était nécessaire de doter les postes en tenant compte du sexe des intervenants.

Dans une décision du Tribunal canadien des droits de la personne, *Stanley c. Royal Canadian Mounted Police (RCMP)*<sup>74</sup>, on a conclu, selon la preuve présentée par des experts<sup>75</sup>, qu'en l'absence d'alternatives possibles permettant de protéger l'intimité et la vie privée des hommes dans leurs cellules (tel que lors des rondes à l'improviste), l'instauration d'une politique de sexualisation des postes de gardiens de prison pour hommes était incontournable. Toutefois le Tribunal tient à souligner dans sa décision que chaque cas est un cas d'espèce :

"A decision supporting a same-sex guarding policy in one institution does not therefore mean that a same-sex guarding policy will be justified in another. Each institution must be examined in light of its own special circumstances."<sup>76</sup>

#### **4.2 La « distinction, exclusion ou préférence [...] justifiée par le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif ou qui est vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique »**

---

<sup>72</sup> *Id.*, p. 16.

<sup>73</sup> T.A. 93-02601, 1993-03-31, AZ-93145119, D.T.E. 93T-836, A.A.S. 93A-125, M<sup>e</sup> André Truchon, arbitre (37 p.).

<sup>74</sup> (1987) 8 C.H.R.R. D/3799, D/3830-3823 (T.C.D.P.).

<sup>75</sup> Témoignages qui ont démontré les effets néfastes reliés à l'atteinte de l'intimité des prisonniers.

<sup>76</sup> *RCMP*, précité, note 74, par. 30246.

Comme nous l'avons plus haut mentionné, la discrimination qui entraînerait l'exclusion des personnes d'un sexe donné pour un emploi pourrait être fondée non seulement en vertu des aptitudes ou qualités requises pour un emploi, mais aussi en vertu des autres motifs énumérés au deuxième volet de l'article 20 de la Charte<sup>77</sup>, soit une justification fondée sur « le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif ou qui est vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique. ».

Pour la Cour dans l'arrêt *Brossard* :

« Affirmer que le second volet de l'art. 20, de par sa nature même, se prête soit à une interprétation restrictive soit à une interprétation libérale, c'est simplifier à l'extrême la disposition [...] cela ne nous aide pas particulièrement à en découvrir le sens. »<sup>78</sup>

Toutefois elle précise que l'exception prévue au second volet de l'article 20 a un objet limité. Elle peut s'appliquer à deux catégories d'institutions :

« Tout d'abord, le groupe doit être une "institution sans but lucratif" »<sup>79</sup> ou une institution « qui est vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique. »<sup>80</sup>

Concernant les catégories ou groupes de personnes qui peuvent se prévaloir de l'application de ce volet de l'article 20, la Cour explique :

« Le point de vue qu'il convient de retenir est celui selon lequel le second volet de l'art. 20 [...] a un double objectif : dans les cas où il s'applique, il confère des droits à certaines personnes et impose du même coup des limites aux droits d'autres personnes. Il est évident qu'il apporte une restriction au droit d'un individu de ne pas être victime de discrimination. Toutefois, il est également conçu pour permettre à certaines institutions sans but lucratif de faire des distinctions ou des exclusions ou de manifester des préférences qui, par ailleurs, violeraient la *Charte*. Il faut toutefois que ces distinctions, ces exclusions ou ces préférences soient justifiées par le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif de l'institution dont il s'agit. Dans ce sens, l'art. 20 confère des droits à certains groupes. À mon avis, ce volet de l'art. 20 est destiné à promouvoir le droit fondamental des individus de s'associer librement afin d'exprimer des opinions particulières ou d'exercer des activités particulières. Il a pour effet d'établir la primauté des droits du groupe sur les droits de l'individu dans des circonstances précises. [...] »<sup>81</sup>

---

<sup>77</sup> Par ailleurs, notons l'article 349 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* qui édicte : « Une régie régionale doit, en concertation avec les organismes représentatifs des communautés culturelles et les établissements de sa région, favoriser l'accessibilité aux services de santé et aux services sociaux qui soit respectueuse des caractéristiques de ces communautés culturelles. »

<sup>78</sup> *Brossard*, précité, note 58, par. 97.

<sup>79</sup> *Id.*, par. 117.

<sup>80</sup> *Id.*, par. 125.

<sup>81</sup> *Id.*, par. 100.

« [...] Cet article a toutefois un objet limité, savoir la justification de “distinctions, exclusions ou préférences” qui seraient par ailleurs discriminatoires au sens de l’art. 10. Il est donc logique que les seuls à bénéficier de la protection accordée par l’art. 20 soient les groupes pour qui le simple fait de s’associer entraîne une discrimination fondée sur l’un des motifs énumérés à l’art. 10. L’institution doit avoir pour objectif premier la promotion des intérêts et du bien-être d’un groupe identifiable de personnes partageant une des caractéristiques énoncées à l’art. 10 : 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 ou un handicap, qui sont les motifs de discrimination énumérés dans la version modifiée de l’art. 10. L’institution elle-même peut relever de l’une ou l’autre des catégories prévues à l’art. 20, mais il doit toujours y avoir un lien entre l’un des objectifs premiers visés par le groupe et la discrimination fondée sur l’un des motifs énoncés à l’art. 10. »<sup>82</sup> (Nos soulignés)

À la lumière de l’arrêt *Brossard*, deux questions se posent ici relativement au second volet de cette disposition en regard des institutions qui voudraient appliquer une politique de sexualisation des postes.

Premièrement, il s’agit de savoir si l’employeur qui veut faire une distinction prohibée autrement par la Charte est soit une « institution sans but lucratif » ou une institution « vouée exclusivement au bien-être d’un groupe ethnique » dont on peut dire qu’elle revêt un caractère soit charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif<sup>83</sup>.

Deuxièmement, dans l’hypothèse où une institution peut invoquer cette application prévue au second volet, une politique de sexualisation des postes est-elle liée aux objectifs visés par l’institution?

La Cour expose ainsi l’applicabilité du second volet de l’article 20 :

« [...] une école catholique pourrait invoquer le second volet de l’art. 20 pour justifier une préférence accordée aux catholiques dans sa politique d’embauchage d’enseignants. L’école constitue une “institution sans but lucratif” de “caractère religieux” ou “éducatif”. La protection de l’art. 20 lui est accordée de manière que les catholiques puissent s’associer librement pour promouvoir les valeurs et les croyances de leur religion. Encore là, il serait nécessaire de démontrer que la préférence se justifiait par le caractère “religieux” ou “éducatif” de l’école. »<sup>84</sup>

Cependant, la Cour explique qu’« Il est possible d’exagérer le lien entre le type de discrimination visée par l’art. 10 que pratique un groupe (c.-à-d. la discrimination fondée sur les convictions politiques, la religion, l’orientation sexuelle, etc.) et le facteur qui lie les membres de ce groupe [...] », car [...] « Si c’était le cas, les mots “charitable”, “philanthropique” et “éducatif” seraient dénués de sens à cause de l’impossibilité d’établir un lien direct entre eux et un motif de discrimination interdit par l’art. 10. »<sup>85</sup>

---

<sup>82</sup> *Brossard*, précité, note 58, par. 130.

<sup>83</sup> *Id.*, par. 117.

<sup>84</sup> *Brossard*, précité, note 58, par. 118.

<sup>85</sup> *Id.*, par. 127.

La Cour estime qu'« il n'est pas nécessaire qu'il y ait un rapport direct entre le type de discrimination et le facteur qui lie les membres de l'institution [...] »<sup>86</sup>. Toutefois, « il doit toujours y avoir un lien entre le type de discrimination pratiqué et le caractère de l'institution. »<sup>87</sup>

La Cour illustre cette hypothèse par la *Décision C.D.P.-31*<sup>88</sup>. Dans cette décision de la Commission des droits de la personne, il s'agissait d'une institution féministe sans but lucratif qui avait refusé l'accès au plaignant parce qu'il était de sexe masculin, à une activité culturelle dans le cadre de la Journée internationale de la femme. La Commission y explique à la page 465 :

« L'institution sans but lucratif qui réclame l'application de l'article 20 doit être en mesure de justifier objectivement que cette distinction, exclusion ou préférence est faite dans la poursuite de ses objectifs tels que décrits dans sa charte. Il doit donc avoir un lien rationnel et logique entre cette différence de traitement et le caractère particulier de l'organisme et de l'évènement. Chaque cas doit être examiné au mérite. »

L'affaire *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers* est aussi intéressante à analyser<sup>89</sup>.

Dans cette décision, la Cour suprême a conclu que l'Université Trinity Western (« UTW »), un établissement privé à vocation chrétienne situé en Colombie-Britannique, avait le droit de refléter dans son programme sa vision chrétienne du monde qui considère l'homosexualité comme un péché. Les membres de la communauté de l'UTW étaient tenus de signer un document dans lequel ils acceptaient de s'abstenir de se livrer à des activités homosexuelles. Cette directive avait comme conséquence, selon les appelants, de dissuader les intervenants homosexuels. Pour la Cour, en l'absence de preuve tangible que la formation donnée favorise la discrimination par les enseignants formés à l'UTW dans les écoles publiques de la Colombie-Britannique, il y a lieu de respecter la liberté des individus d'avoir certaines croyances religieuses pendant qu'ils fréquentent l'UTW. Il faut noter que l'UTW est un établissement privé non assujéti totalement à la législation de la Colombie-Britannique relative aux droits de la personne et auquel la *Charte canadienne des droits et libertés* ne s'applique pas. Toutefois, la Cour s'est basée sur les principes établis par la Cour suprême sur la liberté de religion et les conflits de droits pour rendre sa décision.

En revanche, comme le souligne la Cour dans *Brossard*, « Une université, par exemple, qui serait normalement considérée comme une institution sans but lucratif ayant un caractère éducatif, ne saurait invoquer le second volet de l'art. 20 pour justifier des distinctions, exclusions ou préférences discriminatoires, à moins de compter parmi ses objectifs premiers l'un de ceux susmentionnés. »<sup>90</sup> (Nos soulignés)

---

<sup>86</sup> *Id.*, par. 129.

<sup>87</sup> *Id.*, par. 130.

<sup>88</sup> [1986] D.L.Q. 462 citée dans *Brossard*, par. 129.

<sup>89</sup> [2001] 1 R.C.S. 772.

<sup>90</sup> *Brossard*, précité, note 58, par. 134. cité dans *Commission des droits de la personne c. Collège Notre-Dame du Sacré-Cœur*, (C.A.), 5 décembre 2001, par. 27.

C'est ainsi qu'en application de l'arrêt *Brossard*, les critères du deuxième volet de l'article 20 ne furent pas rencontrés dans l'affaire *Collège Notre-Dame* :

« En l'espèce, j'hésiterais beaucoup à conclure que le programme particulier d'éducation physique du collège lui permet d'invoquer l'exception du second volet de l'art. 20. »<sup>91</sup>

[...]

« [L]e Collège demeure régi par le régime pédagogique du gouvernement et, contrairement à certaines écoles qui demandent une dérogation pour dispenser des cours intensifs en éducation physique, danse ou musique, il n'existe aucune dérogation de cette nature dans le cas du Collège. Sa vocation première demeure la formation académique de ses étudiants. Il n'offre pas un programme sport-études et n'est pas une école de sport dont l'objet principal est la formation d'élite sportive.

Le Collège ne posséderait donc pas une vocation particulière liée à un des motifs de discrimination de l'art. 10.

Quoi qu'il en soit, pour bénéficier de la protection du second volet de l'art. 20, le collège devait démontrer que sa politique discriminatoire en matière d'admission était justifiée dans les circonstances [...] »<sup>92</sup> (Nos soulignés)

Pour conclure sur l'application du deuxième volet de l'article 20, citons la majorité de la Cour dans *Brossard* : « [...] en règle générale lorsqu'une institution [...], à laquelle s'applique le second volet, fait une distinction ou une exclusion ou accorde une préférence, cette distinction, exclusion ou préférence doit être justifiée au sens objectif par le caractère particulier de cette institution. »<sup>93</sup>

Ainsi, une institution sans but lucratif qui a un caractère soit charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif et qui a pour objectif de promouvoir les intérêts ou le bien-être d'un groupe identifiable de personnes partageant une des caractéristiques énoncées à l'article 10 de la Charte<sup>94</sup>, pourrait se prévaloir du deuxième volet de l'article 20 de la Charte pour sexualiser des postes en vue de prodiguer les soins intimes à sa clientèle<sup>95</sup>. Il en serait de même d'une institution vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique en particulier et revêtant un des caractères plus haut mentionnés.

Le cas échéant, pareilles institutions pourraient justifier leur décision de sexualiser des postes sans avoir à faire la preuve qu'elles se sont enquis du choix des bénéficiaires correspondant à leur caractère particulier, pourvu qu'on puisse établir un lien entre les objectifs poursuivis et la mesure restreignant le droit à l'égalité des employés. Évidemment, tout comme l'a déjà indiqué la Commission, « [s]'agissant d'une exception au principe d'égalité en emploi, c'est à l'employeur d'évaluer la situation avant de

---

<sup>91</sup> *Collège Notre-Dame du Sacré-Cœur*, précité, par. 28.

<sup>92</sup> *Collège Notre-Dame du Sacré-Cœur*, précité, note 90, par. 32-33-34.

<sup>93</sup> *Brossard*, précité, note 58, par. 138.

<sup>94</sup> *Brossard*, précité, note 58, par. 130.

<sup>95</sup> Dans le cadre de la sexualisation pour les soins intimes, on pourrait invoquer, par exemple, des motifs d'ordre religieux ou ethniques.

conclure que la sexualisation s'impose [...] »<sup>96</sup> dans la poursuite du respect des droits des bénéficiaires. L'employeur qui veut recourir à cette mesure ultime devra toujours pouvoir faire la preuve d'avoir évalué et épuisé tous les moyens réalisables et toutes les alternatives possibles qui permettraient de respecter les droits de sa clientèle particulière sans enfreindre le droit à l'égalité en emploi.

## CONCLUSION

La Commission est d'avis, tout comme le soulignait le Tribunal des droits de la personne dans *Villa Plaisance*, qu'il faut veiller à respecter les droits fondamentaux des usagers que sont le droit à la sauvegarde de la dignité (art. 4, Charte), le droit à l'intégrité de sa personne (art. 1, Charte) et le droit au respect de sa vie privée (art. 5, Charte), mais ceci en tenant compte du droit à l'égalité des employés (art. 10 et 16, Charte).

Le contexte actuel amène des paramètres nouveaux qui n'avaient pas été examinés lors de l'avis de 1986<sup>97</sup> concernant cette problématique. Les nouvelles lignes directrices devraient refléter ces réalités contemporaines.

Par exemple, dans les anciennes lignes directrices, la Commission suggérait, parmi les conditions à remplir avant d'appliquer une politique de sexualisation des postes, mesure qui restreindrait le droit à l'égalité en emploi, que « l'institution [se soit] renseignée sur les préférences de chaque bénéficiaire et en conclut que la présence d'une personne d'un sexe donné est requise [...] ». (Nos soulignés)

La Commission est toujours d'avis que la décision de recourir à une telle mesure ne doit pas se faire dans l'abstrait. Toutefois, avec le virage ambulatoire et les soins ponctuels de soutien à domicile, il n'est pas toujours possible de connaître à l'avance le choix des bénéficiaires, et d'ainsi veiller au respect de leurs droits fondamentaux.

Par ailleurs, plusieurs agents du milieu proposent d'affecter une personne du même sexe que le ou la bénéficiaire pour prodiguer les soins intimes lorsqu'il s'avère impossible de s'enquérir de son choix eu égard aux circonstances.

Cela dit, la sexualisation des postes doit demeurer la solution ultime permettant de respecter les droits des bénéficiaires.

Le droit d'être traité sans discrimination en emploi a son propre régime d'exception, inscrit à l'article 20 de la Charte québécoise. Ces exceptions à la règle anti-discriminatoire de la Charte comportent deux volets.

Pour l'application du premier volet de l'article 20 de la Charte, soit « une distinction, exclusion ou préférence fondée [uniquement] sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi » plusieurs avenues sont possibles, en autant qu'elles respectent les critères de rationalité et de proportionnalité des moyens établis par la jurisprudence.

---

<sup>96</sup> Document précité, note 2, p. 7.

<sup>97</sup> Précité, voir note 2.

Ainsi, dans *Villa Plaisance*, le Tribunal suggère d'effectuer un sondage auprès de la clientèle avant de procéder à cette décision ultime. D'autres instances ont retenu comme moyen de défense de l'employeur, des preuves d'experts (*Stanley c. Royal Canadian Mounted Police*), ou des plaintes des anciens bénéficiaires lorsque la clientèle est changeante (*Syndicat des employés d'hôpitaux d'Arthabaska c. Hôtel-Dieu d'Arthabaska*).

Pour ce qui est d'une institution qui prévoit desservir une clientèle particulière répondant aux critères du deuxième volet de l'article 20 de la Charte, soit : « une distinction, exclusion ou préférence [...] justifiée par le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif ou qui est vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique », celle-ci devra démontrer que la sexualisation des postes est nécessaire pour « promouvoir le droit fondamental des individus de s'associer librement afin d'exprimer des opinions particulières ou d'exercer des activités particulières [...] ». »<sup>98</sup>

Ainsi, une institution sans but lucratif qui a un caractère soit charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif et qui a pour objectif de promouvoir les intérêts ou le bien-être d'un groupe identifiable de personnes partageant une des caractéristiques énoncées à l'article 10 de la Charte<sup>99</sup>, pourrait se prévaloir du deuxième volet de l'article 20 de la Charte pour sexualiser des postes en vue de prodiguer les soins intimes à sa clientèle<sup>100</sup>. Il en serait de même d'une institution vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique en particulier et revêtant un des caractères plus haut mentionnés.

Le cas échéant, pareilles institutions pourraient justifier leur décision de sexualiser des postes sans avoir à faire la preuve qu'elles se sont enquis du choix des bénéficiaires correspondant à leur caractère particulier, pourvu qu'on puisse établir un lien entre les objectifs poursuivis et la mesure restreignant le droit à l'égalité des employés. Évidemment, tout comme l'a déjà indiqué la Commission, « [s]'agissant d'une exception au principe d'égalité en emploi, c'est à l'employeur d'évaluer la situation avant de conclure que la sexualisation s'impose [...] »<sup>101</sup> dans la poursuite du respect des droits des bénéficiaires. L'employeur qui veut recourir à cette mesure ultime devra toujours pouvoir faire la preuve d'avoir évalué et épuisé tous les moyens réalisables et toutes les alternatives possibles qui permettraient de respecter les droits de sa clientèle particulière sans enfreindre le droit à l'égalité en emploi.

---

<sup>98</sup> *Brossard*, précité, note 58, par. 100.

<sup>99</sup> *Brossard*, précité, note 58, par. 130.

<sup>100</sup> Dans le cadre de la sexualisation pour les soins intimes, on pourrait invoquer, par exemple, des motifs d'ordre religieux ou ethniques.

<sup>101</sup> Document précité, note 2, p. 7.

## ANNEXE

### L'EXERCICE DES DROITS PROTÉGÉS PAR LA CHARTE DANS LES SITUATIONS OÙ LES BÉNÉFICIAIRES ONT BESOIN D'ASSISTANCE POUR LEURS SOINS INTIMES : LIGNES DIRECTRICES

La Commission est d'avis, tout comme elle l'indiquait dans ses lignes directrices de 1986, que : « Il ne faut pas sous-estimer la situation de dépendance et de faiblesse des bénéficiaires [...]. Il faut vraiment considérer l'aspect quotidien et intime des soins qui sont prodigués. »<sup>1</sup> Toutefois, concernant la sexualisation des postes en vue de prodiguer les soins intimes, la Commission précisait : « S'agissant d'une exception au principe d'égalité en emploi, c'est à l'employeur d'évaluer la situation avant de conclure que la sexualisation s'impose. »<sup>2</sup>

Tout en restant fidèle à ces prémisses et en soulignant que chaque cas est un cas d'espèce, la Commission, s'inspirant de la situation actuelle des personnes âgées ou à autonomie réduite et de l'état de la jurisprudence, propose les nouvelles lignes directrices suivantes :

1. L'employeur dans la gestion de ses ressources humaines (notamment lors de la dotation et l'affectation du personnel) doit prévoir de respecter les choix des bénéficiaires en ce qui a trait à leurs soins intimes afin de ne pas enfreindre leurs droits fondamentaux que sont le droit à la sauvegarde de la dignité (art. 4, Charte), le droit à l'intégrité de sa personne (art. 1, Charte) et le droit au respect de sa vie privée (art. 5, Charte).
2. Tout établissement devrait se conformer à l'article 233 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* qui est à l'effet suivant :  

« Tout établissement doit se doter d'un code d'éthique qui indique les droits des usagers et les pratiques et conduites attendues des employés, des stagiaires, y compris des résidents en médecine, et des personnes qui exercent leur profession dans un centre exploité par l'établissement à l'endroit des usagers.

L'établissement doit remettre un exemplaire de ce code d'éthique à tout usager qu'il héberge ou qui lui en fait la demande. »
3. Que l'on soit dans une situation où l'on a dû recourir à la sexualisation des postes ou non, il est recommandé dans le souci de limiter les atteintes possibles aux droits fondamentaux des bénéficiaires qui n'ont pas eu l'opportunité d'exprimer leur choix, d'affecter une personne du même sexe qu'eux pour leur prodiguer les soins intimes lorsque les disponibilités en personnel sur place le permettent.
4. La décision d'appliquer une politique de sexualisation des postes devrait répondre aux critères de l'un ou l'autre des deux volets de l'article 20 de la Charte.

---

<sup>1</sup> COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *La sexualisation de postes dans les centres hospitaliers et les centres d'accueil*, 1986, cat. 2.120-2.5, p. 5.

<sup>2</sup> *Id.*, p. 7.

- a) Pour répondre aux critères du premier volet de l'article 20, soit une sexualisation des postes fondée uniquement sur les « aptitudes ou qualités requises par un emploi », l'employeur doit s'appuyer sur des critères reliés aux choix ou préférences des bénéficiaires (par sondage, références aux plaintes reçues, preuve d'experts, etc.), à l'accomplissement de la tâche, à l'environnement de travail, à la mobilité ou à la flexibilité du personnel, etc.

Les critères de rationalité et de proportionnalité des moyens retenus par les tribunaux pour l'application du premier volet de l'article 20 doivent être respectés. Une telle restriction doit être la solution ultime pour sauvegarder les droits fondamentaux des bénéficiaires.

- b) Pour répondre aux critères du deuxième volet de l'article 20, soit une sexualisation des postes justifiée par « le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif ou qui est vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique », l'employeur doit pouvoir démontrer le « lien entre le type de discrimination pratiqué et le caractère de l'institution »<sup>3</sup>.

En d'autres termes :

la « distinction, exclusion ou préférence doit être justifiée au sens objectif par le caractère particulier de [l']institution. »<sup>4</sup>

Ainsi, une institution sans but lucratif qui a un caractère soit charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif et qui a pour objectif de promouvoir les intérêts ou le bien-être d'un groupe identifiable de personnes partageant une des caractéristiques énoncées à l'article 10 de la Charte<sup>5</sup>, pourrait se prévaloir du deuxième volet de l'article 20 de la Charte pour sexualiser des postes en vue de prodiguer les soins intimes à sa clientèle<sup>6</sup>. Il en serait de même d'une institution vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique en particulier et revêtant un des caractères plus haut mentionnés.

Le cas échéant, pareilles institutions pourraient justifier leur décision de sexualiser des postes sans avoir à faire la preuve qu'elles se sont enquis du choix des bénéficiaires correspondant à leur caractère particulier, pourvu qu'on puisse établir un lien entre les objectifs poursuivis et la mesure restreignant le droit à l'égalité des employés. Évidemment, tout comme l'a déjà indiqué la Commission, « [s]'agissant d'une exception au principe d'égalité en emploi, c'est à l'employeur d'évaluer la situation avant de conclure que la sexualisation s'impose [...] »<sup>7</sup> dans la poursuite du respect des droits des bénéficiaires. L'employeur qui veut recourir à cette mesure ultime devra toujours pouvoir faire la preuve d'avoir éva-

---

<sup>3</sup> *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)* [1988] 2 R.C.S. 279, par. 129.

<sup>4</sup> *Brossard*, précité, par. 138. *Commission des droits de la personne c. Collège Notre-Dame du Sacré-Cœur, (C.A.)*, 5 décembre 2001, par. 33.

<sup>5</sup> *Brossard*, précité, note 3, par. 130.

<sup>6</sup> Dans le cadre de la sexualisation pour les soins intimes, on pourrait invoquer, par exemple, des motifs d'ordre religieux ou ethniques.

<sup>7</sup> Document précité, note 1, p. 7.

lué et épuisé tous les moyens réalisables et toutes les alternatives possibles qui permettraient de respecter les droits de sa clientèle particulière sans enfreindre le droit à l'égalité en emploi.