

**MAIN-D'ŒUVRE VIEILLISSANTE :
UNE STRATÉGIE D'ACCOMMODEMENT EST-ELLE NÉCESSAIRE?**

par Carole Brosseau, conseillère juridique
Direction du contentieux
Commission des droits de la personne
et des droits de la jeunesse

Allocution présentée à la Conférence portant sur les obligations d'accommodement,
organisée par Infonex et tenue à Montréal le 13 juin 2002

INTRODUCTION

Lorsqu'on m'a proposé de présenter cette conférence, c'est avec beaucoup d'enthousiasme que j'ai accepté. Cependant, dans ma naïveté, j'avais mal mesuré l'ampleur de la tâche et ce texte tient plus d'un article qui tente d'explorer les avenues d'une main-d'œuvre vieillissante dans un début de siècle qui offre des perspectives de travail diversifiées, tant par la conjoncture économique dépendante de plus en plus des marchés mondiaux que par le facteur socio-démographique.

En effet, la diversification croissante de la main-d'œuvre, d'abord provoquée par l'arrivée massive des femmes et de diverses minorités¹, a certes bousculé inexorablement la composition de la main-d'œuvre. Outre les difficultés liées à la compétitivité des entreprises non seulement avec les marchés nationaux mais également avec les marchés internationaux, les travailleurs présentant des particularités distinctes telles une race, une couleur, un âge, une orientation sexuelle, une langue, une religion, un handicap sont plus présents que jamais dans les institutions gouvernementales comme dans les entreprises privées. Comme nous le verrons, le défi de la diversification ne pourra que s'amplifier notamment par la baisse de la natalité observée au Canada mais plus particulièrement au Québec².

Bien entendu, lorsqu'on dit différence, on ne peut faire abstraction des heurts et des tensions qui en découleront. Par ailleurs, il existe des moyens pour amortir ces difficultés et contrôler ces tensions sans croire qu'on pourra vraisemblablement les éviter complètement. Cela dit, le respect des différences s'inscrit inévitablement dans des mesures visant à accommoder l'ensemble des travailleurs. Si on peut y lire la reconnaissance des droits fondamentaux inscrits dans les Chartes, notamment la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec³, il faut surtout miser sur la capacité des entreprises à innover dans la gestion de leurs ressources humaines. Si les Chartes ont été déterminantes à cet égard⁴, les entreprises devront continuer d'ajuster leurs politiques afin de s'adapter aux réalités économiques, culturelles, socio-politiques et démographiques et ce, pour assurer leur survie.

Cela dit, les prévisions démographiques sont éloquentes sur les changements à venir de notre société, tant pour les habitudes de consommation que pour le profil de la main-d'œuvre. Pour les fins du présent texte, je ne m'attarderai qu'aux conséquences sur la main-d'œuvre.

I- Prévisions démographiques du Québec

Comme dans la plupart des pays industrialisés, le Québec connaît le phénomène de vieillissement de sa population et il se caractérise par la rapidité avec laquelle s'effectue ce changement.

¹ Warren E. Kalbach, "The Demographic Transformation of Canada's Work Force", dans Audrey WHIPPER (dir.), *The Sociology of work in Canada*, Carleton University Press, 1994, 493 et 500-501; H.W. ARTHURS, "Labour Law Whitout State," (1996) 46 U.T.L.J. 1, 26 et 27; et plus particulièrement pour le Québec, voir Gouvernement du Québec, Consultation 2001-2003, L'immigration au Québec: un choix de développement, Mai 2000, 23 pages.

² Marc TERMOTE, Les défis démographiques au Québec, *Possibles*, vol. 22, nos 3 et 4, été-automne 1998, p. 35.

³ *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., chap. C-12.

⁴ Ghislain DUFOUR, L'effet des chartes québécoise et canadienne sur la gestion des ressources humaines et les rapports collectifs de travail, tiré des *Actes du colloque Relation d'emploi et droits de la personne: évolution et tensions!*, Éditions Yvon Blais inc., pp. 227-237.

En comparaison avec les autres provinces canadiennes⁵, les États-Unis et les pays européens, on constate que la population québécoise est relativement jeune. Cependant, les tendances démographiques soit la fécondité, la mort et la migration, portent à croire que dans une quarantaine d'années, elle se classerait parmi les plus vieilles⁶.

Conséquence directe du passage d'une sur-fécondité à une sous-fécondité, d'un accroissement de l'espérance de vie⁷, le vieillissement n'est pas sans avoir des incidences socio-économiques certaines. Alors qu'en 1989, il y avait 7 personnes de 15 à 64 ans pour chaque personne âgée de 65 ans et plus, il n'y en aura que 2,2 en 2031⁸.

D'ailleurs, le profil démographique canadien est au même effet. Les aînés, c'est-à-dire les personnes de plus de 65 ans, constituent le groupe de la population qui croît le plus rapidement au Canada. On prévoit que la croissance de la population âgée représentera près de la moitié de la croissance de la population totale de Canada, dans les quatre prochaines décennies⁹.

Comme nous l'indiquions précédemment, cette situation sera encore plus criante au Québec compte tenu notamment de la réduction du poids démographique des jeunes. Avec un taux de fécondité qui se maintient à 1,5¹⁰ enfant par femme, le nombre de jeunes de 0-14 ans sera en constante diminution entre 1996 et 2051, passant de 1,4 à 0,9 million, ce qui représente une baisse de 32 % alors que la proportion des personnes de 65 ans et plus pourrait augmenter durant cette même période de 17,4 %¹¹.

Ces facteurs auront également des effets sur la population active. En 1996¹², 91 % de la population active provenait du groupe des 20-59 ans. L'évolution de ce groupe d'âge est donc déterminante sur les prévisions à venir du potentiel de la population active au Québec. Or, comme nous l'avons vu, la faiblesse de l'accroissement naturel de la population du Québec ainsi que le vieillissement de la population aura des conséquences sur le marché du travail qui ne pourront être compensées par des mouvements migratoires favorables. D'ailleurs, l'âge médian de la population atteignait en 1996 36,1 ans, alors qu'on prévoit qu'il sera de 49,0 ans en 2051.

⁵ Gouvernement du Canada, Vieillir au Canada, Santé Canada, division du vieillissement et des aînés, 2002, www.hc-sc.ca/seniors-aines/pubs/fpt.doc.

⁶ Gouvernement du Québec, La société québécoise. Portrait démographique, Portail du gouvernement du Québec, 2001, 6 pages.

⁷ Vieillir au Canada, *op. cit.* note 5, on attribue le vieillissement de la population canadienne aux mêmes facteurs.

⁸ Idem, p. 3, et voir également Statistiques Canada, Un coup d'œil sur le Canada, Gouvernement du Canada, 2002, www.statcanada.ca.

⁹ Vieillir au Canada, *op. cit.* note 5. Ce rapport nous indique que la proportion des aînés dans la population totale est passée de un sur vingt en 1921 à un sur huit en 2001. Avec le vieillissement des "baby-boomers" (nés entre 1946 et 1965), la population âgée atteindra le chiffre de 6,7 millions en 2021 et de 9,2 millions en 2041.

¹⁰ Le taux de fécondité ne fait que diminuer. Ainsi de 1991 à 2000, le taux de fécondité est passé respectivement de 1,654 à 1,440. Voir à cet effet, Institut de la statistique du Québec, Le Québec. chiffres en main, Édition 2002, Gouvernement du Québec, 46 pages, p. 10.

¹¹ Bureau de la statistique du Québec, Perspectives de la population du Québec au XXI^e siècle: changement dans le paysage de la croissance, Données démographiques en bref, Volume 3 - numéro 2, février 1999, 8 pages, à la page 5.

¹² *Id.*

La croissance démographique de plus en plus lente, un vieillissement marqué de la structure par âge, un déficit des naissances sur les décès à plus ou moins longue échéance sont donc les transformations prévisibles de la démographie du Québec¹³.

Aussi, des questions telles que le choc de la retraite, le processus de transition vers cette étape de la vie, la santé financière des retraités sont donc d'actualité. Mais aussi, plus profondément, c'est toute la question des politiques publiques (travail, éducation, santé particulièrement), largement inspirées de la dimension temporelle, qu'il faudra réviser. Si l'urgence ne se fera pas sentir avant au moins 5 à 8 ans, les institutions publiques ainsi les entreprises privées doivent à tout le moins être sensibles à ces phénomènes qui les rattraperont tôt ou tard. La planification des ressources, tant humaines que financières, est forcément un atout pour concurrencer des marchés en perpétuelle transformation, particulièrement dans des secteurs nécessitant de la haute technologie.

II- Conséquences d'une main-d'œuvre vieillissante

Comme nous l'avons démontré au chapitre précédent, le vieillissement accéléré de la main-d'œuvre demeure un fait incontournable en raison notamment du vieillissement de la population. Or, la notion même de vieillissement reste floue puisqu'elle peut correspondre, soit au vieillissement biologique ou encore au vieillissement social. Alors que l'on fixe à 45 ans l'âge d'un « travailleur vieillissant »¹⁴, c'est principalement la retraite qui marque le début du vieillissement social¹⁵. D'ailleurs, la retraite est essentiellement une institution bâtie par la société.

Même si les politiques à l'intention de la population vieillissante au Canada continuent de postuler que la vie professionnelle se termine généralement à 65 ans, la situation du marché du travail a également eu des effets considérables sur la perception du vieillissement social.

En effet, des chercheuses attribuent ce phénomène¹⁶ aux politiques de gestion de la fin de la vie professionnelle et des politiques de retraite des gouvernements, des entreprises et des syndicats qui ont favorisé les mesures d'éviction de la main-d'œuvre vieillissante plutôt que d'envisager des mesures de rétention¹⁷. Les statistiques à cet égard sont assez éloquentes et traduisent la tendance de la retraite anticipée. Ainsi, on y apprend qu'entre 1976 et 1996, l'âge moyen de la retraite a baissé de trois ans et demi pour les hommes (de 64,5 à 61 ans) et de cinq ans pour les femmes (de 65 à 60 ans). Les raisons invoquées sont le désir des retraités (23 %), des raisons médicales (24 %), des politiques de retraite obligatoire (14 %), à cause du chômage (10 %) et enfin en raison des avantages consentis en échange d'une retraite précoce (7 %)¹⁸.

¹³ Bureau de la statistique du Québec, Perspectives démographiques: Québec et régions 1991-2041 et MRC 1991-2016, Gouvernement du Québec, 1996, 446 pages.

¹⁴ Conseil du patronat du Québec, Barrières à l'emploi du travailleur vieillissant: perceptions des employeurs et réalités, Bulletin sur les relations du travail, vol. 24, no 258, décembre 1993, à la page 11. On y dit que l'expression "travailleur âgé" fait référence le plus souvent aux personnes de 60 ans et plus.

¹⁵ Diane BELLEMARE, Lise POULIN-SIMON et Diane-Gabrielle TREMBLAY, Vieillesse, emploi, pré-retraite: Les facteurs socio-économiques influant sur la gestion de la main-d'œuvre vieillissante, Relations industrielles, 1995, vol. 50, no.3, page 483, à la page 504.

¹⁶ *Id.*

¹⁷ Anne-Marie GUILLEMARD, Les transformations de la sortie définitive d'activité au niveau international: vers un examen du rôle de la retraite, Droit social, no.12, pp. 851-860.

¹⁸ Vieillir au Canada, *op. cit.*, note 5. Ces chiffres témoignent de la situation en 1994.

Comme on peut le constater, près de 75 % de cette main-d'œuvre aurait pu ou voulu participer plus longuement à la vie professionnelle. Néanmoins, cette situation est examinée par des chercheurs¹⁹ qui croient que dans le cadre d'une crise inévitable du vieillissement de la population, on devra reconnaître l'aptitude et l'intérêt des travailleurs vieillissants à maintenir un rôle économique au-delà de 65 ans. On avance même que les secteurs privé et public auront la responsabilité de promouvoir une attitude différente à l'égard du vieillissement, laquelle tiendrait compte de son potentiel économique ainsi qu'une interface mieux adaptée entre travail et la vie familiale. Monsieur Marshall et Madame Mueller prétendent qu'il faut plutôt soutenir une approche démographique en matière de politique publique qui laisserait de côté la dimension temporelle des gens qui vivent leur vie dans des conditions sociales et démographiques en évolution. Ils expliquent leur approche de la façon suivante :²⁰

« Depuis l'ère de l'industrialisation jusqu'à l'époque de l'État providence, les politiques publiques se sont appuyées sur des notions précises d'enfance, d'âge adulte et de vieillesse. Les politiques relatives à l'éducation, au mariage, au rôle parental et à l'emploi, fondées sur ces notions, ont eu pour effet d'institutionnaliser un tracé de vie normalisé.

Ce tracé de vie institutionnalisé au Canada répartit aujourd'hui la vie en trois volets : l'éducation pendant l'enfance, le travail pendant la vie et une période de loisir pendant la vieillesse. Cette vision néglige de tenir compte des complexités modernes des transitions préalables à la carrière et à la retraite, sans mentionner la notion d'acquisition continue du savoir. A cela s'ajoute l'évolution d'importantes transitions familiales et d'autres niveaux de complexité découlant de l'incidence des relations humaines. »

Le changement d'attitude sera donc complexe et ne se limitera pas uniquement à réviser les méthodes de gestion des entreprises, tant publiques que privées. La justification du choix de pratiques de réduction de la main-d'œuvre vieillissante ces dernières années résultent de plusieurs facteurs autres que la stratégie de développement de l'entreprise²¹. Outre l'environnement économique, la situation du marché du travail et les caractéristiques de la main-d'œuvre, mesdames Bellemare, Simon et Tremblay²² ajoutent quatre autres facteurs qui influencent, selon elles, de façon déterminante les stratégies et les orientations des entreprises en matière de gestion des travailleuses et travailleurs vieillissants soit les contextes et les politiques macro-économiques des dernières décennies, les surplus chroniques de la main-d'œuvre, les changements dans les systèmes d'emploi et l'organisation du travail dans les entreprises et enfin les anticipations des employés eux-mêmes à l'égard de la retraite et les traditions syndicales dans ce domaine²³.

¹⁹ Victor W. MARSHALL and Margaret M. MULLER, Rethinking social policy for an aging workforce and society: insights from the life course perspective, CPRN Discussion Paper No. W/18, may 2002, 50 pages.

²⁰ *Id.*, pp. 26 et suivantes.

²¹ Gilles GUÉRIN et Thierry WILS, L'harmonisation des pratiques de gestion des ressources humaines au contexte stratégique: une synthèse, tiré de *Vingt-cinq ans de pratique en relations industrielles au Québec*, R. Blouin, dir., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, pp. 669-775.

²² Vieillesse, emploi, pré-retraite: Les facteurs socio-économiques influant sur la gestion de la main-d'œuvre vieillissante, *op. cit.*, note 15, p. 496.

²³ Diane BELLEMARE, Lise POULIN-SIMON et Diane-Gabrielle TREMBLAY, L'environnement économique, les attitudes sociales et la gestion de la main-d'œuvre vieillissante dans les entreprises canadiennes, Rapport de recherche remis au Bureau de la main-d'œuvre féminine, 1993, Ottawa, Travail Canada.

Or, si l'adaptation des entreprises à la concurrence a justifié des mesures privilégiant la réduction des coûts de la main-d'œuvre dont la préretraite, la conjoncture à venir ne pourra pas s'appuyer sur les surplus des caisses de retraite qui ont favorisé en partie particulièrement ces dix dernières années, la mise à la retraite prématurée des travailleuses et travailleurs vieillissants. De plus, une redéfinition des rapports entre les générations s'avérera nécessaire²⁴ de même que la contribution et la responsabilisation de tous les intervenants à savoir les gouvernements, les employeurs, les employés et les syndicats. On ne peut plus parler maintenant de choix puisque le vieillissement est dorénavant un constat avec lequel on devra composer.

III- La notion d'accommodement raisonnable et limites jurisprudentielles relatives à l'âge

Le législateur québécois a introduit l'âge en tant que motif interdit de discrimination dans la *Charte des droits et libertés de la personne* et ce, depuis 1982²⁵. C'est d'ailleurs l'article 10 de la *Charte* qui définit le principe de non-discrimination et le droit à l'égalité.

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

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

Plus spécifiquement, en matière d'emploi, les articles 16 à 19 inclusivement illustrent les situations où des distinctions ou exclusions fondées sur l'âge sont de nature à détruire ou compromettre le droit à l'égalité.

L'article 16 interdit la discrimination dans les conditions de travail en général, et plus particulièrement 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 d'emploi.

L'article 17 a notamment pour effet d'interdire toute discrimination dans l'admission et la jouissance d'avantages au sein d'une association soit d'employeurs, de salariés ou d'un ordre professionnel.

L'article 18 vise la discrimination susceptible d'être exercée par un bureau de placement. L'article 18.1 interdit la discrimination dans les formulaires de demande d'emploi et les entrevues relatives à un emploi.

²⁴ Jacques GRAND-MAISON et LEFEBVRE Solange, La part des aînés, Cahiers d'études pastorales, 13, Éditions Fides, 1994.

²⁵ Il est à remarquer que les amendements entrèrent en vigueur en 1983, *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1982, c. 61.

L'article 19 fait obligation l'employeur d'accorder, sans discrimination, un traitement ou un salaire égal aux membres de son personnel qui accomplissent un travail équivalent au même endroit.

Enfin, l'article 20 offre à l'employeur la possibilité de faire une distinction, une exclusion ou préférence lorsque celle-ci est fondée sur les aptitudes ou qualités requises par l'emploi.

La discrimination est « *l'antithèse de l'égalité* »²⁶. L'interdiction de la discrimination a pour but « *d'empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaine 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 canadiennes, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect et la même considération* »²⁷. La Cour suprême du Canada opte donc pour une analyse souple et nuancée de la notion de discrimination afin de tenir compte des significations nouvelles et différentes que ce terme pourrait acquérir. On sent donc, dans cette interprétation, la volonté d'affirmer la liberté individuelle qui fait appel à la tolérance et à la valorisation de chacune et chacun.

Comme l'affirme Christian Brunelle²⁸, « *la protection de la discrimination dans l'emploi a d'abord et avant tout pour fin d'enrayer l'injustice 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* ». Si on y ajoute la dignité humaine²⁹, la portée de la protection de la discrimination est donc ouverte à la différence.

Cela dit, il est clair que les notions de discrimination et d'égalité ont évolué au même titre que le concept d'accommodement qui en découle. De simple interdiction de distinctions arbitraires, on est arrivé aux distinctions involontairement préjudiciables qui ont donné naissance à l'obligation d'accommodement pour arriver à une égalité non seulement formelle mais également réelle. Il importe de comprendre le parcours de l'obligation d'accommodement pour déterminer son impact dans le futur.

▪ **Discrimination directe et indirecte : champ d'application de l'obligation d'accommodement**

L'obligation d'accommodement a traditionnellement été perçue comme relevant de la responsabilité de l'employeur. La discrimination peut prendre deux formes soit la discrimination directe qui a un lien manifeste avec le motif de discrimination et la discrimination indirecte qui résulte de règles neutres mais qui ont un effet discriminatoire³⁰. C'est précisément pour contrer les effets de la discrimination que la Cour suprême a reconnu le concept d'obligation d'accommodement qui impose à l'employeur de prendre des mesures d'adaptation pour éliminer l'effet discriminatoire de la règle.

²⁶ *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 69.

²⁷ *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, p. 529, par. 51.

²⁸ Christian BRUNELLE, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 83.

²⁹ *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, précité, note 28, par. 53.

³⁰ Maurice DRAPEAU, *La considération de l'obligation d'accommodement même en cas de discrimination directe*, (1998) 39 Les Cahiers de droit, pp. 823-848.

Un premier exemple de discrimination par suite d'un effet préjudiciable se retrouve dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et Theresa O'Malley c. Simpsons-Sears Limited*³¹. Il s'agissait d'un cas de discrimination indirecte fondée sur la religion mettant en cause l'horaire de travail. La Cour, tout en invalidant l'effet de la mesure sur la plaignante, a reconnu la discrimination indirecte et a consacré l'existence d'une obligation générale de prendre des mesures pour protéger le droit à l'égalité en la qualifiant également d'obligation d'accommodement.

C'est dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*³² que la Cour suprême a énoncé les deux critères permettant de valider une exigence professionnelle directement discriminatoire. Il s'agissait d'une cause de discrimination directe portant sur la retraite obligatoire. Le premier critère qualifié de subjectif est celui de la bonne foi qui ne peut s'appliquer au Québec compte tenu du libellé de l'article 20 de la *Charte* et des changements législatifs de 1982 qui ont écarté la notion de bonne foi³³. Le critère objectif met l'accent sur la nécessité de la règle tout en faisant intervenir trois considérations soit la rationalité des objectifs de l'employeur, la proportionnalité de l'exigence de l'employeur et enfin l'appréciation du risque que cherche à contrer l'employeur.

Plus tard en 1994, la Cour suprême dans l'arrêt *Syndicat de l'enseignement de Champlain c. Commission scolaire régionale de Chambly*³⁴, qui était une autre cause de discrimination indirecte attribuable à l'horaire de travail, a rattaché l'obligation d'accommodement au droit à l'égalité de l'article 10.

En fait et ce jusqu'à tout récemment, la Cour suprême n'avait pas inclus l'obligation d'accommodement raisonnable dans la notion d'exigence professionnelle justifiée³⁵. L'obligation d'accommodement s'appliquait uniquement dans des situations de discrimination indirecte. Suivant les circonstances de chaque affaire, le devoir d'accommodement de l'employeur exigeait que ce dernier trouve une solution raisonnable avec l'employé pour contrer l'effet discriminatoire de la règle et sans qu'il en résulte une contrainte excessive pour l'employeur³⁶.

Cependant, depuis l'arrêt *Central Okanagan School District No.23 c. Renaud*³⁷, on préconise dorénavant une approche multipartite, où l'employeur mais aussi le syndicat et l'employé doivent collaborer afin de trouver un accommodement raisonnable. D'autres personnes pourraient

³¹ *Commission ontarienne des droits de la personne et Theresa O'Malley c. Simpsons-Sears Limited*, [1985] 2 R.C.S. 536.

³² *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202.

³³ Voir *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, *supra*, note 26; Jean-Yves BRIÈRE et Jean-Pierre VILLAGI, *L'obligation d'accommodement de l'employeur: un nouveau paradigme*, *Développements récents en droit du travail*, Éditions Yvon Blais, 2000, vol.134, pp. 222-249.

³⁴ *Syndicat de l'enseignement de Champlain c. Commission scolaire régionale de Chambly*, [1994] 2 R.C.S. 525.

³⁵ *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489.

³⁶ *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission, id., Commission ontarienne des droits de la personne et Theresa O'Malley c. Simpsons-Sears Limited*, précitée, note 32; Pierre E. MOREAU et Natalie BUISSIÈRES, *L'obligation d'accommodement: les limites jurisprudentielles*, *Développements récents en droit du travail* (1995), Éditions Yvon Blais inc., pp. 143-167, aux pages 149 à 152.

³⁷ [1992] 2 R.C.S. 970.

également être mises à contribution³⁸, forçant ainsi tous les auteurs de la mesure qui a un effet discriminatoire indirect de participer à l'effort d'accommodement.

▪ L'unicité du concept

M^e Drapeau³⁹ affirme que l'obligation de respecter le droit à l'égalité tel que prescrit à l'article 10 de la *Charte* favorise l'application de l'obligation d'accommodement dans tous les cas de discrimination, tant directe qu'indirecte. Soutenant que l'obligation d'accommodement est incontestablement un moyen indispensable au droit à l'égalité dans l'exercice des droits et libertés de la personne, il conclut que⁴⁰:

« Compte tenu du rôle important qui lui est assigné dans l'établissement de l'égalité, l'« accommodement » traverse le régime de responsabilité pour discrimination illicite; il en constitue carrément l'un des éléments intrinsèques puisqu'il y participe à la fois à titre d'obligation, de moyen de défense, et de mesure de redressement. De l'obligation à la sanction, l'accommodement raisonnable doit donc nécessairement être considéré comme un redressement approprié à toute discrimination précisément dans le cas où la défense n'a pas justifié l'inexécution de l'obligation de prendre des mesures d'égalité. »

Subséquentement et comme l'avait prédit Me Drapeau, la Cour suprême déclare obsolète les concepts de discrimination directe et indirecte qui permettaient de connaître les moyens de défense qui s'offraient à l'employeur⁴¹. En effet, dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*⁴², la Cour statue :

« La complexité et la facticité inutile de certains aspects de l'analyse conventionnelle témoignent du fait que le moment est venu de simplifier les lignes directrices qui régissent l'interprétation des lois sur les droits de la personne au Canada. »

En fait, plusieurs raisons ont été évoquées pour justifier ce changement d'orientation dont la facticité de la distinction, l'existence de réparations différentes, la fragilité du concept de groupe minoritaire, la dichotomie des moyens de défense de l'employeur, la légitimation de la discrimination systémique, la dissonance entre l'analyse conventionnelle et l'objet de la loi et enfin la dissonance fondée sur les législations fondées sur les législations provinciales et celle fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴³.

³⁸ *L'obligation d'accommodement: les limites jurisprudentielles*, supra, note 36, pp. 157-161.

³⁹ *La considération de l'obligation d'accommodement même en cas de discrimination directe*, supra, note 30.

⁴⁰ *Id.*, p. 845.

⁴¹ *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868. Madame la juge McLachlin y décrit l'état du droit avant l'arrêt *Meiorin* (*infra*); voir également Chantal 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*, tiré de *Les 25 ans de la Charte québécoise*, Éditions Yvon Blais inc., 2000, pp. 67-89.

⁴² *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3, par. 24.

⁴³ Pour une étude détaillée de ces motifs, voir *L'obligation d'accommodement de l'employeur: un nouveau paradigme*, supra, note 33, pp. 230-234.

Dorénavant, la « *méthode unifiée* » force l'employeur à franchir trois étapes qui consistent à démontrer que la règle a été adoptée dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail en l'analysant eu égard à la validité de son objet; la deuxième étape correspond à la norme subjective (bonne foi de l'employeur)⁴⁴; et la troisième étape, la contrainte excessive pour l'employeur. Dans ce dernier cas, on favorise davantage l'approche individuelle. D'ailleurs, la Cour indique :

« 68. Les employeurs que conçoivent des normes pour le milieu de travail doivent être conscients des différences entre les personnes et les différences qui caractérisent des groupes de personnes. Ils doivent intégrer des notions d'égalité dans les normes du milieu de travail. En adoptant des lois sur les droits de la personne et en prévoyant leur application au milieu de travail, les législatures ont décidé que les normes régissant l'exécution du travail devraient tenir compte de tous les membres de la société, dans la mesure où il est raisonnablement possible de le faire. Les cours de justice et les tribunaux administratifs doivent avoir cela à l'esprit lorsqu'ils sont saisis d'une demande dans laquelle l'existence de discrimination liée à l'emploi est alléguée. 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. Il se peut que la norme qui permet un tel accommodement ne soit que légèrement différente de la norme existante, mais il reste qu'elle constitue une norme différente. »

Peu de temps après avoir rendu cette décision, la Cour suprême⁴⁵ précisait la portée de la notion de mesure d'accommodement en forçant l'employeur à justifier qu'il lui était impossible d'incorporer dans la norme des aspects d'accommodement individuel sans qu'il en résulte une contrainte excessive.

▪ Situations visées par la notion de discrimination fondée sur l'âge

Comme on l'a vu, l'article 10 de la *Charte* interdit toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur l'âge, *sauf dans la mesure prévue dans la loi*. Contrairement aux autres motifs de discrimination, la définition de l'âge ne pose pas de difficultés particulières. L'âge réfère soit au temps écoulé dans la vie d'une personne, soit à la période de vie allant approximativement d'un âge à un autre⁴⁶. On peut donc dire que la discrimination fondée sur l'âge recevra plein effet du moment que la norme discriminatoire affectera un âge précis.

La réserve cependant n'atténuera le droit à l'égalité que dans la mesure ou la législation crée des distinctions. Or, dans le domaine du travail, on dénombre plusieurs lois qui autorisent ces

⁴⁴ 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, supra, note 41. Me Masse soutient que ce critère subjectif qui force l'employeur à démontrer « qu'il a adopté la norme discriminatoire en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire à la réalisation de son objet et sans qu'il ait eu l'intention de faire preuve de discrimination » ne s'appliquera pas au Québec compte tenu du libellé de l'article 20. Voir également *L'obligation d'accommodement de l'employeur: un nouveau paradigme*, supra, note 33.

⁴⁵ *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868.

⁴⁶ Michel COUTU, *La discrimination fondée sur l'âge dans l'emploi et la Charte des droits et libertés de la personne*, La revue du Barreau, septembre-octobre 1986, Tome 46, numéro 4, pp. 507-547.

distinctions, exclusions et préférences⁴⁷. Dans le cas d'un règlement, l'exclusion ne saurait être autorisée que dans la mesure ou une loi habilitante le permet⁴⁸.

En ce qui concerne les personnes vieillissantes, les situations les affectant le plus souvent sont la cessation d'emploi⁴⁹, la mise à la retraite, les conditions de travail et l'accès à l'emploi. Or, à l'instar des autres motifs de discrimination, l'employeur devra dorénavant intégrer, dans le libellé de ses normes, les accommodements raisonnables possibles lorsque ces normes sont susceptibles d'être discriminatoires, sous réserve d'un principe législatif prévoyant l'exclusion, la préférence ou la distinction⁵⁰.

Les tribunaux, et particulièrement la Cour suprême, ont mis l'emphase sur l'objectif général d'élimination de la discrimination qui se dégage des lois relatives aux droits de la personne. Bien que les Chartes ont permis de renforcer le droit à l'égalité, c'est par l'application au quotidien que ces lois trouvent leur utilité. Il faudra donc miser sur les politiques de gestion de personnel de l'entreprise qui sont déterminantes pour le respect de tous devant la loi⁵¹.

Au surplus, ces politiques devront préserver la « *dignité humaine* » par l'élimination de tout traitement discriminatoire et ce, tel que définit par la Cour suprême⁵² :

« 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 leur différence. »

IV- Les mesures d'accommodement envisageables

Dans la foulée des travaux des réseaux canadiens de recherche en politiques publiques (ci-après désigné RCRPP), l'analyse préparée par monsieur Michalski⁵³ révèle que les répondants du sondage désignent de façon majoritaire la responsabilité de l'employeur d'ajouter plus de souplesse dans les plans de retraite des employés qui préféreraient rester sur le marché du travail plus longtemps. De plus, la formation soutenue par l'employeur est également identifiée comme facteur de rétention de la main-d'œuvre vieillissante. On y révèle que des programmes

⁴⁷ *La discrimination fondée sur l'âge dans l'emploi et la Charte des droits et libertés de la personne*, *id.*, note 46, pp. 519-520.

⁴⁸ *Ville de Montréal c. Arcade Amusements inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368;

⁴⁹ En matière de cessation d'emploi, les chartes ont conduit les employeurs à modifier leurs politiques en matière de licenciement afin d'éviter toute discrimination. Dans le cas de la mise à la retraite, l'employé n'est pas tenu de quitter automatiquement son emploi à moins qu'il soit incapable de fournir une prestation suffisante;

⁵⁰ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, précité, note 42.

⁵¹ *L'effet des chartes québécoise et canadienne sur la gestion des ressources humaines et les rapports collectifs de travail*, *op. cit.*, note 4.

⁵² *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, précité, note 27, p. 530 (par. 53).

⁵³ Joseph H. MICHALSKI, *What Matters to Canadian NGOs on Aging: An Analysis of Five Public Dialogue Discussions*, Canadian Policy Research Networks, february 2002, 20 pages, p.12.

gouvernementaux pourraient également faciliter le maintien en emploi, en permettant aux travailleuses et travailleurs âgés de s'adapter aux nouvelles technologies et pratiques de travail. En terme de valeurs, cette même étude indique que les personnes vieillissantes favorisent leur indépendance et leur autonomie, la possibilité de choisir ainsi que la flexibilité et l'accès à des mesures adaptées à leurs besoins et capacités. Si on pense que les mesures de rajeunissement du personnel⁵⁴ soutenues par les gouvernements et les employeurs, particulièrement au cours de la dernière décennie, ont permis à plusieurs de prendre leur retraite plus rapidement⁵⁵, les études et statistiques nous laissent perplexes sur la réelle volonté des bénéficiaires d'y adhérer.

Les préjugés entretenus par les entreprises à l'égard des travailleuses et travailleurs de plus de 45 ans ajoutent aux pressions qu'ils peuvent subir dans leur choix de quitter ou rester dans l'entreprise. Le Conseil du patronat révélait les principales barrières qui font obstacle à l'engagement des travailleurs de plus de 45 ans⁵⁶. Les changements technologiques sont en tête du palmarès soit parce qu'ils dépassent les employés par leur réticence ou parce qu'ils n'ont pas su s'adapter. Les exigences salariales plus élevées de même que le faible rendement pressenti par les employeurs sur leurs investissements en formation. L'absentéisme et la culture d'entreprise sont aussi du nombre.

Cependant, ces préjugés devront céder le pas à la réalité et aux défis dus à la pénurie de main-d'œuvre à venir. En effet, les mesures de maintien en emploi pourraient être axées sur la gestion des carrières (planification et développement de carrière, mouvements de la main-d'œuvre) et celle relatives à l'adaptation des conditions de travail (aménagement du temps de travail, adaptation du poste de travail, rémunération et avantages sociaux).

Au chapitre du développement de carrière, on peut envisager des mesures facilitant la réorientation de carrière ainsi que la polyvalence des employés. Ces mesures devraient nécessairement être soutenues par des programmes de formation continue. La résistance des employés aux changements technologiques s'en trouverait donc réduite. Au surplus, l'espérance de vie de la technologie nouvellement implantée est telle que nombre d'employés vieillissants pourraient rentabiliser l'investissement des entreprises. La création d'équipes de travail moins homogènes permettrait d'apprivoiser celles et ceux, plus jeunes, qui sont plus inquiets par la présence de travailleurs plus âgés. Par cette méthode, la culture d'entreprise pourrait s'enrichir de nouvelles valeurs dues à la présence de travailleuses et travailleurs d'âges divers.

Quant à l'adaptation des conditions de travail, le travail à temps partiel pourrait être un moyen à envisager. Tout en réduisant possiblement le taux d'absentéisme, cette avenue pourrait s'intégrer facilement dans un processus de retraite progressive qui pourrait se terminer par une date butoir de mise à la retraite. Il est clair que dans cette perspective, la polyvalence des employés sera contributive à la réussite d'un tel programme. Les congés sans solde pour fins personnelles ou encore pour acquérir de nouvelles habilités seraient envisageables. Les horaires de travail pourraient être adaptés également soit pour offrir plus de flexibilité ou des conditions particulières.

⁵⁴ Vieillesse, emploi, préretraite: Les facteurs socio-économiques influant sur la gestion de la main-d'œuvre vieillissante, *supra*, note 15.

⁵⁵ *Id.* Dans cette recherche, les entreprises évaluées affichaient comme âge moyen de retraite 55, trois ans.

⁵⁶ Barrières à l'emploi du travailleur vieillissant: perceptions des employeurs et réalités, *supra*, note 14.

Certaines entreprises ont tenté quelques expériences de cette nature mais les résultats démontrent une certaine méfiance, voire opposition, des syndicats qui y voient la perte de certains avantages⁵⁷. Le mouvement syndical devra également réfléchir sur cette question afin de répondre adéquatement à une clientèle plus diversifiée. C'est autant une question de survie que d'un devoir de représentativité dont les normes sont de plus en plus balisées par des éléments extérieurs.

CONCLUSION

Le vieillissement de la population est un phénomène sans précédent dont on ne connaît pas l'équivalent dans l'histoire de l'humanité⁵⁸. Ce constat fait donc réfléchir nos sociétés industrialisées car il s'applique à toute la population mondiale⁵⁹. Afin de développer des stratégies et politiques à ce sujet, le gouvernement du Québec a créé, il y quatre ans, un Secrétariat des aînés.

Or, dans le domaine du travail, nous avons vu qu'à l'ère des droits de la personne, la diversification croissante de la main-d'œuvre contraint les intervenants à composer avec les différences individuelles autant qu'il est raisonnablement possible de le faire. La question de l'accommodement n'est plus un choix mais une réalité avec laquelle il faudra composer. Les sociétés modernes devront s'ajuster à l'évolution en affirmant concrètement la reconnaissance de la primauté des droits et de faire en sorte que l'obligation d'accommodement raisonnable créée par la jurisprudence occupe une place privilégiée.

« [...] 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 symbolique de la nation, la reconstruction de la mémoire, la recherche de nouveaux fondements de la cohésion collective⁶⁰. »

Les barrières au ré-emploi des travailleuses et travailleurs vieillissants tiennent tant aux réalités du marché du travail qu'à des perceptions faussées ou attitudes négatives⁶¹. Le fait de négliger

⁵⁷ *Id.*, pp. 492-495; *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, *supra*, note 29.

⁵⁸ C'est le constat noté par la Division de la population de l'ONU, tiré du journal MÉTRO, mardi 11 juin 2002, p. 8.

⁵⁹ Les Nations Unies, lors de la Deuxième assemblée mondiale sur le vieillissement, a révélé que vraisemblablement, d'ici cinquante ans, le nombre de personnes de plus de 60 ans aura presque quadruplé, passant d'environ 600 millions à près de deux milliards.

⁶⁰ *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, *supra*, note 28, p. 383.

⁶¹ Barrières à l'emploi du travailleur vieillissant: perceptions employeurs et réalités, *supra*, note 14, p. 12. « Les recherches démontrent que le pourcentage d'individus qui maintiennent le même niveau de fonctionnement tout au long de leur vie est assez élevé. Schaie (1990) démontre que selon le groupe d'âge, 60 à 85 % des travailleurs âgés auraient maintenu et même amélioré leurs compétences professionnelles. En fait, les sujets à l'étude ne démontraient aucune perte sérieuse d'habiletés avant l'âge de 60 ans, et, entre les âges de 60 et 74 ans, moins du tiers avaient subi certaines pertes. »

d'évaluer au mérite le potentiel de chaque employé est non seulement contraire à la *Charte des droits et libertés de la personne* mais prive les employeurs d'une ressource de grande valeur. Si légalement on ne peut plus faire abstraction de la diversité, c'est peut-être dans l'analyse du respect de la dignité humaine qu'on y puisera nos motivations.

CB/06/02