

LES CONDITIONS DE VALIDITÉ
D'UN PROGRAMME D'ACCÈS À L'ÉGALITÉ
AU SENS DE L'ARTICLE 86.1 DE LA CHARTE:
RIGUEUR REQUISE DANS L'ÉVALUATION
DE LA SITUATION DE DISCRIMINATION
LIMITES AUX MESURES DE REDRESSEMENT POSSIBLES

Étude de la Direction de la recherche

Septembre 1986

Recherche et rédaction :

Me Pierre Bosset, conseiller juridique
Direction de la recherche

Traitement de texte :

Line Laberge (Direction de la recherche)

Note

Ce document a été publié par la Commission des droits de la personne. Le 29 novembre 1995, cette commission a été fusionnée avec la Commission de protection des droits de la jeunesse. Le nom du nouvel organisme est **Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse**.

INTRODUCTION

Le présent texte s'inscrit dans le cadre de la consultation menée par le Conseil du trésor auprès de la Commission relativement aux programmes d'accès à l'égalité que les ministères et organismes du gouvernement doivent implanter (1). Cette consultation semblant être une formalité essentielle à la validité des programmes gouvernementaux, la Commission doit se prononcer sur ce qui, à son avis, constitue un programme d'accès à l'égalité conforme aux prescriptions de la Charte.

Cela suppose que soient identifiées les conditions de validité des programmes du gouvernement. À la différence des programmes recommandés par la Commission ou imposés par un tribunal, ces programmes ne sont soumis ni aux articles 86.2 à 86.6 de la Charte ni au Règlement sur les programmes d'accès à l'égalité (2). Cette absence apparente de contraintes impose de rechercher à quelles conditions, s'il en est, ces programmes doivent satisfaire pour être conformes à la Charte.

Deux questions peuvent ici se poser :

1ø) Un "programme ne comprenant que des mesures préférentielles (i.e. sans être établi suite à des analyses d'effectifs, de disponibilité ou de systèmes d'emploi) serait-il conforme à la Charte?

2ø) y a-t-il des limites aux types de mesures de redressement possibles?

À plusieurs égards, ces questions débordent du cadre des programmes gouvernementaux. La première présente une grande pertinence pour l'application des programmes volontaires, qui ne seront, eux non plus, pas soumis au Règlement (3). La deuxième risque de se poser pour tous les programmes, qu'ils soient soumis au Règlement ou non. Au-delà des programmes gouvernementaux, donc, ces questions exigent une réflexion sur la nature même de ce qui constitue un "programme d'accès à l'égalité" au sens de l'article 86.1.

Dans cet esprit, ce texte présente, sous forme synthétique, nos conclusions quant aux deux questions posées plus haut. Les délais de consultation impartis à la Commission étant ce qu'ils sont, nous nous contenterons ici de cette analyse préliminaire, en renvoyant le

lecteur aux précisions que nous entendons éventuellement apporter en ce qui concerne les programmes volontaires.

I- UN PROGRAMME NE CONTENANT QUE DES MESURES PRÉFÉRENTIELLES SERAIT-IL CONFORME A LA CHARTE?

L'essence d'un programme d'accès à l'égalité, quel qu'il soit, est de prévoir des mesures de redressement privilégiant certains groupes de personnes. C'est ainsi que le Règlement sur les programmes d'accès à l'égalité prévoit qu'un programme contient, notamment, des mesures de redressement qui "visent à éliminer la discrimination subie par un groupe de personnes en accordant temporairement à ses membres certains avantages préférentiels" (4). Toutefois, dans le cadre du Règlement, ces mesures ne peuvent, à elles seules, constituer un programme. L'article 2 prévoit qu'un programme doit également contenir des objectifs établis en tenant compte d'une analyse d'effectifs, de disponibilité et du système d'emploi (5), un échéancier (6) et des mécanismes de contrôle (7). Un "programme" qui ne contiendrait pas tous ces éléments ne respecterait pas le Règlement et ne pourrait donc être considéré comme un véritable "programme".

Toutefois, deux catégories de programmes échappent à l'application du Règlement : ceux que le gouvernement est tenu d'implanter en vertu de la loi (8), et ceux qu'un employeur privé décide volontairement d'implanter dans son entreprise. Dans le cas de ces programmes, des mesures de redressement, à elles seules, seraient-elles conformes à la Charte?

Pour répondre à cette question, il faut d'abord rappeler le cadre fixé par la Charte.

1. Le cadre fixé par la Charte

Ce cadre est prévu à l'article 86.1:

"Un programme d'accès à l'égalité a pour objet de corriger la situation de personnes faisant partie de groupes victimes de discrimination dans l'emploi, ainsi que dans les secteurs de l'éducation ou de la santé et dans tout autre service ordinairement offert au public.

"Un tel programme est réputé non discriminatoire s'il est établi conformément à la Charte."

Un programme n'est réputé non discriminatoire que s'il est établi "conformément à la Charte". Ceci renvoie notamment aux

conditions de fond fixées par le premier alinéa (9), lequel ne distingue pas entre les divers "types" de programmes possibles. Que ceux-ci soient volontaires, gouvernementaux, recommandés par la Commission ou imposés par un tribunal, ils doivent donc, à peine de nullité, avoir "pour objet de corriger la situation de personnes faisant partie de groupes victimes de discrimination". Avant de songer à adopter des mesures de redressement, une autorité doit donc constater (avec un degré de rigueur qui sera discuté plus loin) l'existence d'une situation de discrimination.

Jusqu'à quel point le gouvernement ou un employeur privé doivent-ils donc s'assurer de l'existence d'une telle discrimination? Sur quels fondements peuvent-ils (ou doivent-ils) se baser pour conclure que les conditions d'application d'un P.A.E. sont présentes?

Une étude de la jurisprudence canadienne et américaine révèle que, même s'ils ne sont pas soumis au Règlement, les programmes volontaires et gouvernementaux devront respecter une certaine rigueur dans l'évaluation de la situation de discrimination.

2. Exigence de rigueur dans l'évaluation de la situation de discrimination

La jurisprudence n'hésite pas à invalider des mesures de redressement qui ne procèdent pas d'une évaluation d'une situation de discrimination.

C'est ainsi qu'à quelques reprises, des mesures de redressement ad hoc ne faisant pas partie d'un programme réfléchi d'accès à l'égalité ont été déclarées illégales aux États-Unis. L'un des facteurs qui amènent les tribunaux à adopter une telle attitude est que ces mesures ad hoc sont rarement précédées d'un constat de discrimination. Ainsi, dans *Lehman v. Yellow Freight System* (10), un contremaître avait volontairement embauché un Noir plutôt qu'un Blanc dans un esprit d'accès à l'égalité... mais sans avoir évalué la représentation de la main-d'oeuvre noire dans l'entreprise par rapport à celle ayant cours dans la main-d'oeuvre locale. La Cour d'appel du 7e Circuit souligna qu'en l'absence de tout constat de discrimination, une telle mesure ne pouvait être valide (11). La jurisprudence américaine semble ainsi considérer que, pour être valides, des mesures de redressement doivent s'inscrire dans le cadre d'un effort concerté et réfléchi (i.e. d'un véritable programme) de redressement (12), ce qui suppose, au départ, une évaluation sérieuse de la situation de discrimination (13). Les mesures de redressement imposées "dans le vide" seraient donc éminemment suspectes aux yeux de la jurisprudence américaine.

La jurisprudence canadienne n'en est pas encore au stade où une position aussi ferme peut être dégagée. Toutefois, certaines tendances nous portent à croire que les tribunaux canadiens adopteront une attitude semblable. Ainsi, dans *Re: Apsit and the Manitoba Human Rights Commission*, (14) un tribunal manitobain avait à juger si un programme d'accès à l'égalité pouvait bénéficier de l'exemption prévue, à l'article 15(2) de la Charte canadienne des droits et libertés (15), pour les "programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés". Le Tribunal convint que le programme en cause semblait destiné à améliorer la situation d'un groupe d'individus, mais estima qu'on ne lui avait pas prouvé que ceux-ci étaient "défavorisé" au sens de l'article 15 (16). Les mesures de redressement devaient donc, selon la Cour, être précédées d'un certain constat de "désavantage", dont la preuve incombait à la partie soutenant la validité du programme (17). Cette exigence était justifiée, selon la Cour, par le fait que le deuxième alinéa de l'article 15 constitue une exception au principe de non discrimination établi par le premier (18).

Cette exigence semble devoir s'imposer, pour des raisons identiques, à la Charte québécoise. En proclamant qu'à condition d'être établis "conformément à la Charte", (19) les P.A.E. sont réputés non-discriminatoires, l'article 86.1 constitue, lui aussi, une exception au principe de l'article 10. Dans de tels cas, la jurisprudence a établi que l'application de pareilles exceptions doit être démontrée par la partie qui l'invoque (20). Il y a donc lieu de croire que toute personne désirant établir des mesures de redressement au profit d'un groupe doit fonder son action sur l'existence d'un problème de discrimination. Ceci entraîne, par voie de conséquence, la nullité, au sens de la Charte, de mesures de redressement qu'aucune constatation de discrimination ne justifierait. Une première réponse s'impose donc : un programme d'accès à l'égalité ne contenant que des mesures de redressement (au sens strict) ne répondrait pas, aux exigences de la Charte (21).

Il est douteux, cependant, que cela dispose entièrement du problème. En effet, les programmes d'accès à l'égalité, dans la plupart des cas, se fonderont sur une certaine évaluation d'un problème de discrimination. La question qui se pose est alors de savoir quelle rigueur doit présider à cette évaluation.

3. Degré de rigueur requis dans l'évaluation de la situation de discrimination

Les mesures évoquées ci-haut constituaient une espèce "informelle" d'accès à l'égalité plutôt que de véritables

"programmes". Mais dans le cadre de programmes proprement dits, jusqu'où le gouvernement ou un employeur privé doivent-ils pousser la rigueur dans l'évaluation d'une situation de discrimination?

Il faut tenir compte ici, du régime juridique gouvernant les programmes volontaires et ceux de l'État.

1ø Le régime juridique applicable aux programmes volontaires et à ceux du gouvernement

Ces programmes échappent à l'application du Règlement, en vertu de l'article 1 de celui-ci. Des versions préliminaires du Projet de règlement prévoyant que celui-ci s'appliquerait à ces programmes ont en effet été abandonnées. Il ne nous appartient pas de nous prononcer sur la controverse entourant cette question (22), mais il est plausible de voir là la volonté du gouvernement de favoriser l'émergence de programmes hors du cadre relativement strict du Règlement. À moins d'enlever tout sens à l'article 1, il serait donc illogique de forcer l'État ou un employeur privé désirant mettre sur pied un P.A.E. à suivre les dispositions du Règlement à la lettre.

2ø Conditions de validité de l'évaluation d'une situation de discrimination

Ce point de départ posé, il importe de préciser que l'évaluation de la situation de discrimination doit néanmoins présenter une rigueur suffisante, dont les limites sont cependant encore mal définies.

En effet, la jurisprudence nord-américaine, bien qu'encore floue sur plusieurs aspects, semble attacher une grande importance à la rigueur avec laquelle se fait l'évaluation d'une situation de discrimination. Il faut ici, pour plus de clarté, distinguer selon que l'on a affaire à un programme établi volontairement par un employeur privé ou par l'État suite à une obligation législative.

a) Programmes volontaires privés

La Cour suprême des États-Unis, dans l'affaire *United Steel-Workers of America v. Weber* (23), a fixé quelques conditions de validité de programmes d'"affirmative action," établis volontairement par une entreprise, eu égard au Title VII du Civil Rights Act. Dans cette affaire, l'employeur et le syndicat avaient conclu une entente par laquelle 50% des places disponibles dans un programme de formation étaient réservées à des employés noirs, jusqu'à ce que leur nombre

dans certaines catégories d'emploi soit approximativement égal à leur proportion dans la main-d'oeuvre locale. L'employeur n'avait jamais fait l'objet de poursuites pour discrimination, ni n'avait été trouvé "coupable" d'actes discriminatoires. Toutefois, bien que les Noirs comptaient pour 39% de la main-d'oeuvre locale, ils n'occupaient que 1.83% des postes d'ouvriers spécialisés de l'entreprise, postes auxquels le programme de formation permettait d'accéder.

Une majorité de juges estima que le Title VII n'interdisait pas à un employeur de prendre des mesures préférentielles pour y remédier, à condition de respecter certains critères. L'un de ceux-ci était que les mesures devaient être "designed to break down old patterns of racial segregation and hierarchy" et viser à "(to) open employment opportunities for Negroes in occupations which have been traditionally closed to them" (24). En l'espèce, la Cour, sur la foi des chiffres mentionnés plus haut, conclut que ce critère, malgré l'absence d'une constatation judiciaire ou d'un aveu de discrimination, avait été respecté. L'un des juges alla jusqu'à préciser que de semblables mesures pouvaient être adoptées valablement par un employeur sur la base de tels chiffres même si, en eux-mêmes, ceux-ci ne suffiraient pas à convaincre un tribunal de la nécessité de telles mesures (25). (Les quatre autres juges de la majorité, toutefois, n'allèrent pas jusque là.) Quoi qu'il en soit, un déséquilibre manifeste" dans la composition raciale de certaines classes d'emploi (26) justifiait, selon la Cour, les mesures préférentielles prisés par l'employeur.

Ce critère apparemment simple se révèle toutefois complexe. Certains facteurs font en effet qu'au-delà du simple déséquilibre statistique, la rigueur s'impose dans l'évaluation de la situation de discrimination à laquelle on veut remédier.

Ainsi, la sous-représentation d'un groupe au sein d'une classe d'emploi signifie peu de choses à moins de pouvoir être reliée, d'une certaine façon, aux pratiques d'emploi de l'entreprise. Dans Weber notamment, bien que l'employeur refusait d'admettre l'existence d'une discrimination dans son entreprise, il reconnaissait que ses pratiques d'embauche étaient discutables (27). Le déséquilibre racial ou sexuel doit ainsi pouvoir être expliqué, jusqu'à un certain point qu'il reste à évaluer, par le système d'emploi de l'employeur. Cette exigence rejoint les dispositions de la Charte, qui prévoit que les programmes d'accès à l'égalité visent à corriger les situation de discrimination et non celles de "sous-représentation" proprement dites. Elle rejoint aussi l'esprit du projet de Règlement, qui impose l'analyse du système d'emploi de l'employeur afin d'identifier "les pratiques même apparemment neutres qui ont un effet discriminatoire

dans la gestion de l'entreprise" (article 6).

L'existence d'un déséquilibre doit aussi s'évaluer par catégorie d'emploi, et non *urbi et orbi*. La Cour suprême, dans *Weber*, avait bien précisé que l'adoption volontaire de mesures préférentielles était permise pour améliorer les chances d'emploi de certains groupes "in occupations which have been traditionally closed to them", en éliminant les déséquilibres existants "in traditionally segregated job categories" (27A). Par conséquent, l'évaluation du déséquilibre s'évalue pour chaque classe ou catégorie d'emploi concernée, ce qui exclut les comparaisons brutes avec l'ensemble de la main-d'oeuvre d'un employeur.

On peut légalement s'interroger sur l'ampleur du déséquilibre requis, de même que sur les termes de la comparaison à faire entre la composition effective d'une classe d'emploi donnée et celle qui, "idéalement", devrait être. Sur ce point, la jurisprudence américaine - et, à plus forte raison, celle des tribunaux canadiens qui en est encore au stade préembryonnaire - demeure incertaine (28). Il serait donc présomptueux de prétendre identifier de façon définitive les éléments qu'un employeur devra constater avant d'implanter un P.A.E. dans son entreprise. Une analyse de la jurisprudence américaine, malgré ses limites, s'avère toutefois utile.

Nous avons vu que *Weber* avait semblé permettre l'adoption volontaire de mesures préférentielles destinées à combattre les *patterns of racial segregation and hierarchy*" et à élargir les chances d'emploi des Noirs "in occupations which have been traditionally closed to them" (29). Malgré cette formulation assez large, les tribunaux ayant à juger les programmes volontaires paraissent examiner, à première vue, le déséquilibre statistique existant entre les effectifs de l'employeur et la situation "idéale". Mais les moyens de constater ce déséquilibre demeurent flous. Ainsi, dans *Setser v. Novack Investment*, (30) la Cour d'appel du 8e Circuit fit une liste non-exhaustive des moyens possibles de constater un déséquilibre, tout en précisant que la preuve requise n'avait pas à être aussi rigoureuse, selon elle, que celle requise pour faire condamner un employeur pour discrimination devant un tribunal :

"The first burden on the employer in a reverse discrimination suit is to produce some evidence that its affirmative action program was a response to a conspicuous racial imbalance in its work force and is remedial. Some indication that the employer has identified a racial imbalance in its work force is necessary to ensure that new forms of invidious discrimination are not approved in the

guise of remedial affirmative action. There is no fixed formula for the type or nature of the evidence sufficient to meet the employer's burden. A showing of a conspicuous racial imbalance by statistics is sufficient, even if the statistics employed would not be sufficient to show a prima facie violation of Title VII. Evidence that the employer implemented its plan in response to findings of a racially imbalanced work force by a federal or state agency or in adherence to a court order, whether entered by consent or after contested litigation would be sufficient to meet the employer's burden of producing some evidence of a remedial purpose. The employer's internal investigation and analysis of its work force which results in a conclusion of a racially imbalanced work force would satisfy the employer's burden. This list of ways to meet the employer's burden of producing some evidence of a remedial purpose is merely suggestive, not exhaustive of appropriate methods" (31).

Ainsi, dans Weber, une disproportion par rapport à la main-d'oeuvre locale fut considérée comme démontrant le "déséquilibre manifeste" requis, critère qui fut suivi dans d'autres décisions (32). Toutefois, il faut prendre garde, selon nous, de s'en tenir exclusivement à ce type d'analyse. Rappelons que dans Weber, il s'agissait de donner une formation à des ouvriers non spécialisés. Rien ne s'opposait donc à ce que l'on prenne pour base de comparaison la main-d'oeuvre locale dans son ensemble, puisque tout travailleur normalement constitué était alors "disponible" à acquérir cette formation. Mais pourrait-on utiliser la même base de comparaison dans le cas, par exemple, de postes spécialisés pour lesquels seule une faible proportion de la main-d'oeuvre locale serait qualifiée? Plus généralement, y a-t-il lieu de rechercher l'analyse la plus fine, la plus rigoureuse possible dans le cas des programmes volontaires?

Il est intéressant de noter que la jurisprudence tend à évoluer dans ce sens quand il s'agit de convaincre un tribunal qu'un employeur a commis un acte discriminatoire contraire à la loi. Dans l'affaire Hazelwood School District v. U.S. (33), la Cour suprême américaine a confirmé qu'une analyse statistique "fine" avait alors une plus grande force probante qu'une simple comparaison entre des données brutes (34). C'est ainsi, par exemple, qu'une comparaison avec la main-d'oeuvre locale dans son ensemble peut, à la rigueur, s'avérer suffisante dans le cas de postes non-qualifiés, mais se révèle douteuse quand il s'agit de postes qualifiés ; dans ces cas, une comparaison avec la proportion des personnes qualifiées se trouvant sur le marché du travail s'impose plutôt (35). Généralement, suite à Hazelwood, les tribunaux ont resserré leurs exigences quant aux termes

de la comparaison à faire, à la zone géographique ainsi qu'à la période de temps à considérer (36).

Faut-il s'inscrire dans cette tendance en ce qui concerne les programmes volontaires? Même si ceux-ci ne sont pas soumis, au Québec, aux formalités du Règlement, il faut constater que ces programmes nécessitent quand même une certaine évaluation, d'une part, des effectifs d'un employeur, et d'autre part, de la main-d'oeuvre disponible. C'est ainsi que l'affaire Weber, par exemple, a été l'occasion d'une comparaison entre ces deux données. L'esprit analytique présidant aux programmes couverts par le Règlement est donc, ici aussi, présent. On voit mal, en vérité, comment il pouvait en être autrement si l'on ne veut pas retomber dans les pièges des mesures "informelles" d'accès à l'égalité dont les dangers ont été soulignés plus haut. Toute la question est de savoir si le souci de rigueur requis pour les programmes volontaires, que le législateur a voulu libres des contraintes formelles du Règlement, doit néanmoins respecter l'esprit de celui-ci.

Nous tendons à répondre que oui, pour les raisons suivantes. D'une part, l'état actuel de la jurisprudence quant à l'ampleur du déséquilibre requis et aux moyens de le constater interdit, pour l'instant, de conclure à une trop grande marge d'appréciation pour l'employeur. La tendance au resserrement des exigences de preuve statistique, en cours en matière de preuve judiciaire de discrimination aux États-Unis, doit, au surplus, nous inciter à une certaine prudence. Finalement, le fait que les programmes d'accès à l'égalité constituent, techniquement, une exception au principe de non discrimination signifie qu'ils risquent d'être interprétés restrictivement, et que les personnes désirant en mettre volontairement sur pied devront faire la preuve positive de leur justification.

Cela dit, rappelons notre principe de base : les programmes volontaires n'étant pas assujettis au Règlement, il ne saurait être question de subordonner leur validité au respect intégral de celui-ci. Mais, comme nous venons de le voir, tout P.A.E. se fonde sur une forme d'analyse d'effectifs et de disponibilité. Pour les raisons énoncées plus haut, cette analyse aura donc avantage à être, sur le plan statistique, la plus "fine" possible. Elle devra ainsi se faire par catégories ou par classe d'emploi et non pour l'ensemble de la main-d'oeuvre d'un employeur. De plus, elle devra apporter une attention particulière aux termes de la comparaison statistique démontrant le déséquilibre. Des données trop brutes pour refléter vraiment la disponibilité de main-d'oeuvre pour une classe d'emploi seront ainsi suspectes. Il n'entre pas dans notre propos, dans le cadre de la

présente synthèse, de prédire quelles données seront nécessaires pour prouver un "déséquilibre manifeste" dans telle classe d'emploi. Cela est affaire d'évaluation propre à chaque cas. Mais sur le plan juridique, l'on peut poser que le choix des termes de la comparaison sera fonction, notamment, de la nature des emplois concernés et de celle des décisions de l'employeur. Un choix devra ainsi être fait entre les données suivantes: (37)

- 1ø composition générale de la population
- 2ø composition de la population active

(Ces données devraient être considérées comme présentant un risque pour l'employeur dès que l'on a affaire à des classes d'emploi spécialisées, du fait de leur manque d'aptitude à refléter la disponibilité de la main-d'oeuvre pour ce type d'emploi. L'employeur qui se fonderait alors sur de telles données pour adopter des mesures préférentielles augmenterait les risques de poursuites en "discrimination à rebours" contre lui. La pertinence de telles données est alors limitée aux emplois les moins qualifiés.)

- 3ø main-d'oeuvre qualifiée
- 4ø main-d'oeuvre qualifiée et intéressée
- 5ø candidats effectifs
- 6ø candidats effectifs et qualifiés

(Des données de cet ordre seraient indiquées dans le cas d'emploi plus spécialisés. Le choix à opérer entre elles variera selon les cas, mais le principe à retenir est que, en tout état de cause, des données fines sont préférables.)

- 7ø composition des effectifs de l'employeur
- 8ø composition des effectifs qualifiés
- 9ø composition des effectifs qualifiés et intéressés.

(Des données de cet ordre seraient plus particulièrement pertinentes, notamment dans les cas de promotions).

Le choix des termes de la comparaison statistique aura aussi avantage à tenir compte de la zone géographique appropriée.

Ainsi, en l'absence d'aveu ou de constatation judiciaire de

discrimination, un employeur désirant implanter un programme d'accès à l'égalité devra constater un déséquilibre manifeste entre la composition de ses effectifs dans une classe d'emploi donnée et celle qui, idéalement, devrait être. Ce constat appellera deux éléments:

- d'une part, une preuve qualitative, reliant le déséquilibre à ses pratiques d'emploi (dans une mesure qu'il reste encore à déterminer);
- d'autre part, une preuve quantitative, qui, bien que n'exigeant pas un degré de rigueur aussi élevé que celui requis par le Règlement, requerra quand même des analyses fines appropriées au type d'emploi concerné.

L'incertitude régnant - même aux États-Unis - quant au degré précis de rigueur requis empêche malheureusement de donner ici une quelconque "recette" à suivre. Paradoxalement, cela fait aussi ressortir l'intérêt de la rigoureuse démarche d'analyse proposée par le Règlement. Bien que la lettre de celui-ci ne s'applique pas aux employeurs implantant volontairement des P.A.E., cette incertitude fait que ceux-ci auront tout avantage, du moins, à en respecter l'esprit.

b) Les programmes gouvernementaux

Nous avons vu que le régime juridique des programmes de l'État est en partie similaire à celui des programmes volontaires, en ce sens que ni les uns ni les autres ne sont soumis au Règlement. Une différence existe toutefois entre eux : alors que les programmes volontaires sont permis (implicitement) par la Charte, ceux de l'État, eux, sont exigés par elle. Ils doivent cependant satisfaire à ses exigences, c'est-à-dire viser à "corriger la situation de personnes faisant partie de groupes victimes de discrimination". Lorsque le gouvernement implante des programmes, quelle rigueur doit-il respecter dans l'évaluation préalable de cette situation?

Il y a lieu, semble-t-il, de tenir compte que c'est le législateur lui-même qui manifeste sa volonté de voir des programmes d'accès à l'égalité mis sur pied. Dans des circonstances semblables, les tribunaux américains ont paru lui laisser une marge d'appréciation non négligeable.

Dans la célèbre affaire *Regents of the University of California v. Bakke* (40), le juge Powell avait exprimé l'avis que la Constitution américaine ne permettait pas l'usage de classifications fondées sur la race en l'absence d'un constat "judiciaire, législatif

ou administratif" d'une infraction à la loi ou la Constitution (41), manifestant ainsi un préjugé favorable à l'action législative ou administrative de l'État en cette matière. Ce préjugé fut repris par la Cour dans *Fullilove v. Klutznick* (42). Dans cette affaire, une loi adoptée par le Congrès américain obligeait les municipalités recevant des subventions fédérales à consacrer au moins 10% de celles-ci à des contrats conclus avec des entreprises appartenant à des membres de groupes minoritaires. La Cour posa d'abord que dans l'exercice de son jugement, le Congrès n'avait pas à rechercher une preuve "judiciaire" de discrimination : des données d'ordre historique, semble-t-il, suffisaient :

"Congress, of course, may legislate without compiling the kind of "record" appropriate with respect to judicial or administrative proceedings. Congress had before it, among other data, evidence of a long history of marked disparity in the percentage of public contracts awarded to minority business enterprises. This disparity was considered to result not from any lack of capable and qualified minority businesses, but from the existence and maintenance of barriers to competitive access which had their roots in racial and ethnic discrimination, and which continue today, even absent any intentional discrimination or other unlawful conduct. Although much of this history related to the experience of minority businesses in the area of federal procurement, there was direct evidence before the Congress that this pattern of disadvantage and discrimination existed with respect to state and local construction contracting as well. In relation to the MBE provision, Congress acted within its competence to determine that the problem was national in scope. Although the Act recites no preambulatory "findings" on the subject, we are satisfied that Congress had abundant historical basis from which it could conclude that traditional procurement practices, when applied to minority businesses, could perpetuate the effects of prior discrimination." (42a)

Ce jugement permet une certaine liberté d'appréciation tout en imposant une certaine rigueur. D'une part, il permet au législateur de se satisfaire de preuves d'ordre historique faisant ressortir la perpétuation des effets d'une discrimination passée (à laquelle l'État lui-même aurait vraisemblablement pris part) (43). D'autre part, il reconnaît qu'il faut aussi tenir compte, dans cette évaluation, de la disponibilité des membres des groupes-cibles ("This disparity was considered to result not from any lack of capable and qualified minority businesses, but from...") c'est-à-dire ne pas s'en tenir au

seul déséquilibre statistique. Appliquée à un programme d'accès à l'égalité dans l'emploi, cette exigence signifie que l'État doit également tenir compte de la disponibilité des travailleurs et travailleuses du groupe-cible. Or, celle-ci variant d'une classe d'emploi à l'autre, cette évaluation devra logiquement se faire pour chaque classe d'emploi.

Ceci, de même que la rigueur normalement attendue de données historiques, explique que Fullilove soit généralement interprété comme permettant l'adoption de mesures de redressement pour remédier à une situation de discrimination identifiée, et non simplement à des "impressions" de discrimination (44).

Une semblable exigence s'impose d'autant plus aux programmes gouvernementaux québécois que la Charte, contrairement à la loi en cause dans Fullilove, ne constate pas elle-même l'existence d'une discrimination : elle oblige simplement le gouvernement à établir des P.A.E. lorsqu'existe une situation de discrimination affectant un groupe. L'identification d'une telle situation, en vertu de la Loi sur la fonction publique (45), relève du Conseil du Trésor, et n'est donc pas faite par l'Assemblée nationale. On n'a donc pas affaire, à proprement parler, à un constat législatif de discrimination, mais bien à une évaluation faite par l'organisme habilité par la loi à établir des P.A.E. lorsque des groupes sont victimes de discrimination. L'origine législative de ces P.A.E., si elle permet une certaine marge d'appréciation à cet organisme, ne justifie donc pas un champ d'action illimité.

C'est pourquoi nous devons conclure, conformément au principe énoncé plus haut, que l'évaluation de la situation de discrimination faite par le gouvernement doit aussi tenir compte de la disponibilité de la main-d'oeuvre pour chaque classe d'emploi visée par un programme d'accès à l'égalité. Ici encore, bien que le Règlement ne trouve pas application et que le gouvernement puisse jouir d'une certaine marge dans le choix des moyens à prendre pour faire son évaluation, il nous semble que la démarche analytique proposée dans le Règlement (mettant l'accent sur les effectifs de l'employeur, son système d'emploi et la disponibilité de la main-d'oeuvre) constitue un modèle dont le gouvernement devrait suivre, à tout le moins, l'esprit.

2- Y A-T-IL DES LIMITES AUX MESURES DE REDRESSEMENT POSSIBLES?

La deuxième étape, après avoir constaté l'existence d'une situation de discrimination visée à l'article 86.1, consiste à choisir les moyens de la corriger. Parmi celles-ci, quelles mesures de redressement sont possibles sous la Charte? Plus précisément, celle-ci

impose-t-elle des limites aux mesures de redressement possibles? Des mesures de préférence absolue (c'est-à-dire excluant totalement les personnes qui n'appartiennent pas au groupe-cible), notamment, seraient-elles valides?

Une étude de la jurisprudence révèle que des limites de trois ordres s'imposent aux mesures de redressement :

1. elles doivent être proportionnelles au problème de discrimination identifié;
2. elles doivent être temporaires;
3. elles ne doivent pas porter atteinte de façon indue aux intérêts des personnes qui ne font pas partie du groupe-cible.

1. Rapport de proportionnalité au problème

Le principe est que les objectifs et échéanciers choisis doivent être raisonnables eu égard à l'ampleur du problème et à certains autres facteurs. Dans *Setser v. Novack investment* (46), le tribunal affirmait que le programme devait tenir compte de "such considerations as the racial imbalance of the work force, the availability of qualified applicants, and the number of employment opportunities available" (47). Dans *Fullilove*, la Cour suprême avait également stipulé que pour être valide, un programme devait être "limited and properly tailored" par rapport au problème identifié (48). Cette exigence de proportionnalité (ou de "raisonnabilité") a été réitérée à maintes reprises depuis (49).

Bien que ce qui constitue une mesure "proportionnelle" n'est pas encore tout à fait clair (50), les tribunaux ne semblent pas s'objecter à ce que des mesures accélérées, par exemple, soient implantées. C'est ainsi que dans *Weber*, la Cour suprême avait validé un programme qui réservait 50% des places disponibles aux Noirs, bien que ceux-ci ne comptaient que pour 39% de la main-d'oeuvre locale. De même, au Canada, le Tribunal des droits de la personne nommé dans l'affaire *Action Travail des femmes c. Canadien National* (51) avait ordonné un objectif temporaire d'embauche de 25% jusque ce que la proportion des femmes dans certains emplois atteigne 13%, mesure que la Cour fédérale d'appel, tout en l'annulant pour d'autres motifs, jugea raisonnable en soi. (51a)

2. Caractère temporaire

Mesures d'exception proportionnelles à un problème, les programmes d'accès à l'égalité doivent logiquement s'éteindre avec celui-ci. C'est pourquoi la jurisprudence insiste sur leur caractère temporaire (52). Certains tribunaux ont affirmé que ce caractère devait être explicite, le programme devant lui-même pourvoir à sa propre fin (53), mais d'autres semblent présumer que celle-ci, de toute façon, surviendrait lorsqu'un certain équilibre serait atteint (54). Notons d'ailleurs que l'article 2 du Projet de Règlement, qui prévoit qu'un P.A.E. doit contenir un échéancier, confirme la nature essentiellement temporaire des programmes.

3. Égard dû aux intérêts des personnes n'appartenant pas au groupe-cible

Le principe est que l'application d'un P.A.E. ne doit pas porter indûment atteinte aux intérêts des personnes qui ne font pas partie des groupes-cibles. Il a été énoncé, pour la première fois, dans l'affaire Weber. La Cour suprême avait justifié son acceptation du programme en cause par le fait que celui-ci ne nuisait pas inutilement aux intérêts des employés blancs, puisqu'il n'exigeait pas leur renvoi ni n'empêchait leur avancement:

"At the same time the plan does not unnecessarily trammel the interests of the white employees. The plan does not require the discharge of white workers and their replacement with new black hires. Nor does the plan create an absolute bar to the advancement of white employees; half of those trained in the program will be white. (55)"

Par le fait même, la Cour exprimait sa méfiance à l'endroit de mesures constituant des préférences absolues ("an absolute preference" - Blackmun, J.) pour certains groupes, ces mesures ayant pour effet d'exclure totalement ceux qui n'en font pas partie. Des mesures ayant pour effet de faire perdre leur emploi à des employés blancs pour les remplacer par des Noirs, ou de bloquer leur avancement, auraient ainsi été invalides.

Cette méfiance à l'endroit des préférences absolues fut étendue aux cas d'embauche. Dans la première affaire *Setser v. Novack Investment* (56), la Cour d'appel du 8e Circuit jugea que le refus de considérer la candidature d'un Blanc constituait précisément le type de préférence absolue condamné dans Weber:

"While we agree that the government as well as private employers have an interest in promoting the substantial societal goal of advancing the concept of affirmative action, we do not agree that an employer solely on the basis of race can refuse to even consider the application of a white individual. Such a practice, in our view, creates the type of absolute bar or preclusion forbidden by the Supreme Court." (57)

Cette contrainte semble également s'appliquer aux mesures préférentielles prévues par la loi elle-même. Dans *Fullilove*, la Cour suprême américaine, après avoir reconnu que l'utilisation de 10% des subventions fédérales pour des contrats avec des firmes "minoritaires" avait pour effet de priver certaines entreprises "majoritaires" de ces contrats, confirma néanmoins la validité du programme au motif qu'il n'était pas interdit de "faire partager le fardeau" de la lutte à la discrimination lorsque cela était requis par la situation (58). Le "partage" (ici, une proportion de 10% de sommes réservées pour 90% des sommes "ouvertes"). était donc légal, mais il y a lieu de croire qu'un report absolu du fardeau (v.g. 100% des sommes réservées aux entreprises minoritaires) ne l'eut pas été.

Bien que la jurisprudence canadienne n'ait pas encore eu à attaquer de front ce problème, il semble qu'elle verra avec une certaine méfiance des mesures nuisant indûment aux intérêts de membres de groupes "majoritaires". C'est du moins l'impression qui se dégage de l'affaire *Athabasca Tribal Council v. Amoco* (59), la seule à émaner de la Cour suprême sur la question de l'accès à l'égalité jusqu'à présent. Dans cette affaire jugée en 1981, un organisme administratif albertain songeait à imposer la mise sur pied d'un programme d'accès à l'égalité à un consortium désirant exploiter les ressources pétrolifères du nord de l'Alberta. La Cour disposa du litige en jugeant que la loi constitutive de l'organisme ne lui permettait pas ce type d'ordonnance. Toutefois, quatre juges se permirent, en obiter, des commentaires sur la validité intrinsèque du programme. En leur nom, le juge Ritchie estima que le programme n'était pas contraire au *Alberta Individual's Rights Protection Act* parce qu'il n'exerçait pas de discrimination à l'encontre ("discriminating against") des membres de groupes majoritaires:

"I can see no reason why the measures proposed by the "affirmative action" program for the betterment of the lot of the native peoples in the area in question should be construed as "discriminating against" other inhabitants. The purpose of the plan as I understand it is not to displace non-Indians from their employment, but rather to advance the

lot of the Indians so that they may be in a competitive position to obtain employment without regard to the handicaps which their race has inherited. (60)"

Ce passage indique une méfiance, analogue à celle de la Cour suprême des États-Unis, à l'endroit de mesures de préférence absolue ayant pour effet d'exclure les membres de la "majorité". Il est encore trop tôt pour conclure que la Cour suprême, dans son ensemble, adoptera cette attitude (61), mais le passage cité plus haut nous porte à croire que telle est sa tendance actuelle. Les mesures excluant les membres de groupes majoritaires seraient donc, a priori, suspectes, conclusion que le caractère exceptionnel des programmes d'accès à l'égalité dans le cadre de la Charte (62) vient renforcer. Nous exprimons donc notre réserve à l'endroit de pareilles mesures. Bien qu'il soit difficile de se prononcer sur cette question dans l'abstrait sans tenir compte du contexte d'un programme donné, ces mesures, pour les raisons qui précèdent, doivent être considérées avec circonspection. Qu'elles ne tiennent pas compte uniquement du sexe, de la race, etc. des candidats mais aussi de leur compétence n'empêche pas cette conclusion: elles n'en demeurent pas moins réservées à certains groupes et tendent à exclure de ce fait ceux et celles qui n'en font pas partie.

Précisons cependant que rien n'interdirait à un employeur de créer une "banque" de candidats réservée à certains groupes pour fins d'application d'un programme d'accès à l'égalité. Dans cette hypothèse, cependant, les membres du groupe majoritaire ne pourraient être totalement exclus de la compétition pour l'accès aux postes eux-mêmes (quitte, bien entendu, à ce qu'une préférence soit alors accordée aux membres du groupe-cible).

PB/II

NOTES

- (1) Charte des droits et libertés de la personne (L.R. c. C-12), a. 86.7.
- (2) G.O. (II), 13 août 1986, 118e année, no 34 p. 3416.
- (3) Ibid. Bien que la Charte ne prévoit nullement le cas des programmes volontaires, leur légalité semble assurée. Voir à ce sujet l'avis de Me Madeleine Caron, Qu'entend-on par un programme d'accès à l'égalité établi en conformité avec la Charte? (s.d.), p. 12 et 13.

- (4) Articles 2 et 7
- (5) Articles 2 à 6
- (6) Article 2
- (7) Ibid.
- (8) Cf. supra, note 1
- (9) Voir à ce sujet l'avis de Me Madeleine Caron, op. cit., note 3.
- (10) 26 FEP 75 (1981).
- (11) Ibid. p. 79. La Cour souligna aussi que cette absence d'évaluation de l'étendue du problème risquait d'entraîner des abus dans l'application des mesures préférentielles.
- (12) "A concerted, reasoned program of preferential employment": *Harmon v. San Diego*, 20 FEP 1427, 143 (S.D. Cal., 1979), 28 FEP 28.
- (13) Autrement, l'accès à l'égalité risquerait de devenir "a loosely formulated concept existing only in the minds of personnel managers": *Thomas v. Basic Magnesia*, 22 FEP 1284 (N.D. Fla, 1980).
- (14) Jugement no. 85-01-04704, rendu le 1er novembre 1985, Manitoba Queen's Bench Court (Jewers, J.).
- (15) Loi constitutionnelle de 1982 (annexe B de la Loi sur le Canada, chapitre 11 du recueil des lois du Parlement du Royaume-Uni pour l'année 1982).
- (16) Une enquête fut, pour ce motif, ordonnée pour tirer cette question au clair.
- (17) p. 16 du jugement.
- (18) p. 16 du jugement.
- (19) Voir sur ce sujet l'avis de Me Madeleine Caron, op. cit., note 3.
- (20) L'article 20, qui prévoit que certaines distinctions, exclusions ou préférences sont "réputées non discriminatoires", a été interprété ainsi par la jurisprudence *Association A.D.G.Q. c. Commission des écoles catholiques de Montréal*, (1980) C.S. 93.
- (21) Dans un tel cas, il semblerait même exagéré de parler de véritable programme, puisque l'on aurait affaire, en somme, à des mesures ad hoc plutôt que "un effort délibéré de changer une situation insatisfaisante, au moyen d'actions dont le choix et l'orchestration résultent d'une analyse systématique de la situation en cause" (C.D.P., *Fondements de la C.D.P. concernant les programmes d'accès à l'égalité, dans le domaine de l'emploi*, s.d., p. 9).
- (22) Pour la position de la Commission des droits de la personne, voir son Mémoire présenté à la Commission parlementaire des institutions (septembre 1985), p. 8.
- (23) 20 F.E.P. 1 (1979).
- (24) 20 F.E.P. 7.
- (25) "Because Congress intended to encourage private efforts to come into compliance with Title VII, (...) preferential treatment

along the lines of the Kaiser program is a reasonable response for the employer, whether or not a court, on these facts, could order the same step as a remedy" (Blackmun, J.).

- (26) "A conspicuous racial imbalance": 20 F.E.P. 8.
- (27) "Kaiser denies prior discrimination but concedes that its past hiring practices may be subject to question" (Blackmun, J.). Apparemment, certaines exigences d'emploi relatives à l'expérience n'étaient pas suffisamment liées à l'emploi pour justifier leur effet préjudiciable sur les candidats noirs (Ibid.).
- (27A) 20 F.E.P. 1, 8.
- (28) Sur ce point, voir SCHLEI et GROSSMAN, *Employment Discrimination Law* (2nd ed., 1982) pp. 854-60.
- (29) *Supra*, p. 9.
- (30) 26 F.E.P. 513 (8th Circuit, 1981), cert. denied 454 U.S. 1064.
- (31) Ibid. Au même effet, voir *Lehman v. Yellow Freight Systems*, op. cit. note 10: " Some type of statistical disparity between the local labor force and the minority composition of the employer's work force is the first step in assessing whether that employer decides properly to institute an affirmative action plan."
- (32) Cf. par exemple *Detroit Police Officers Association v. Young*, 20 F.E.P. 1728 (6th Circuit, 1979).
- (33) 15 F.E.P. 1 (U.S.S.C., 1977)..
- (34) Sur ce sujet, voir SCHLEI et GROSSMAN, op. cit., note 28, pp. 1334 ss.
- (35) Ibid, p. 1356, et les nombreuses causes qui y sont citées.
- (36) Sur toute cette question qu'il serait impossible de résumer dans le cadre de la présente synthèse, voir Ibid, chap. 36.
- (37) Nous empruntons cette classification, en partie, à SCHLEI et GROSSMAN, op. cit., note 28, p. 1347 ss.
- (40) 17 F.E.P. 1000 (1978).
- (41) "We have never approved a classification that aids persons perceived as members of relatively victimized groups at the expense of other innocent individuals in the absence of judicial, legislative or administrative findings of constitutional or statutory violations".
- (42) 448 U.S. 448 (1980).
- (42a) Cité dans SCHLEI et GROSSMAN, op. cit., note 28, p. 846.
- (43) Bien que le jugement majoritaire ne précise pas l'origine de la situation historique de discrimination à laquelle il fait allusion, le juge dissident Stewart fonde sa dissidence sur le fait qu'il n'y avait aucune preuve au dossier à l'effet que le Congrès s'était, dans le passé, rendu coupable de discrimination. Il est raisonnable d'en déduire que la majorité prenait pour acquis le contraire.
- (44) "A narrow reading of Fullilove - one that accords with Chief

- Justice Burger's warning regarding the "limited scope" of the matter before the Court - suggests that a congressional enactment establishing racial preferences will be upheld if it is designed to remedy identified discrimination... ": SCHLEI et GROSSMAN, op. cit., note 28, p. 853.
- (45) L.R. c. F-3.1.1, art. 80.
- (46) 26 F.E.P. 513.
- (47) Ibid.
- (48) Op. cit., note 42
- (49) U.S.v. Alexandria, 22 F.E.P. 872, (1980) U.S. v. Miami, 22 F.E.P. 846 (1980), Dennison v. Los Angeles 26 F.E.P. 1739.
- (50) Cf. SCHLEI et GROSSMAN, op. cit., note 28, p. 860.
- (51) (1984) 5 C.H.R.R. D2327.
- (51a) (1985) 6 C.H.R.R. D-2908 (J. Hugessen).
- (52) "A plan should be used no longer than reasonably necessary to eliminate a conspicuous racial imbalance": Setser, op. cit. note 46, suivant en cela Weber. op. cit., note 23.
- (53) Tel était le cas, par exemple, des programmes en cause dans Action Travail des femmes et Weber. Voir Detroit Police Officers Association' v. Young, 20 F.E.P. 1728 96th Circuit, 1979.
- (54) Mclaughlin v. Great Lakes Dredge and Dock, 23 F.E.P. 1295.
- (55) Supra, note 23.
- (56) 24 F.E.P. 1973 (1981). Cette cause ne doit pas être confondue avec celle citée à la note 46, qui fut rendue ultérieurement.
- (57) Ibid., p. 1798.
- (58) "Where effectuating a limited and properly tailored remedy to cure the effects of prior discrimination, such a "sharing of the burden" is not impermissible". Op. cit., note 42.
- (59) (1981) I R.C.S. 699.
- (60) Ibid., p. 711.
- (61) Il sera, à cet égard, intéressant de voir l'interprétation. qu'elle donnera au 2e paragraphe de l'article 15 de la Charte canadienne des droits et libertés.
- (62) Cf. supra, p. 6.