

**AVIS CONCERNANT LA DISCRIMINATION INDIRECTE EN EMPLOI
ET L'OBLIGATION DE PRENDRE DES MESURES D'ADAPTATION
EN FAVEUR DES PERSONNES AFFECTÉES**

Juin 1991

Document adopté à la 359^e séance de la Commission,
tenue le 19 juin 1991, par sa résolution COM-359-8.2.2

M^e André Labonté
Secrétaire de la Commission

Recherche et rédaction :

M^e Pierre Bosset, conseiller juridique
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.

1. INTRODUCTION

Les articles 10 à 19 de la *Charte des droits et libertés de la personne* (L.R.Q., c. C-12) interdisent la discrimination dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés de la personne. Lorsque la discrimination découle d'un traitement différent fait sur la base d'un critère prohibé par la Charte (exemple : un employeur refuse d'embaucher les Autochtones), elle peut être qualifiée de directe. Lorsqu'en revanche, elle découle d'une règle ou d'une pratique apparemment neutre, appliquée de la même façon à tous, mais excluant ou désavantageant de façon significative certaines catégories de personnes, elle peut être qualifiée d'indirecte. Cette dernière forme de discrimination peut aussi constituer, selon la Commission des droits de la personne du Québec, une atteinte au droit à l'égalité.

Le présent avis vise à circonscrire les éléments de base de la discrimination indirecte, de même que le fondement juridique, la nature et la portée de l'obligation d'adapter une règle ou une pratique d'emploi à la situation particulière des personnes touchées.

2. LES ÉLÉMENTS DE BASE DE LA DISCRIMINATION INDIRECTE

2.1 Sources

La Commission considère que peut être source de discrimination indirecte tout ce qui détermine la conduite d'un employeur dans la gestion et l'exploitation de ses ressources humaines et matérielles.

Sont visés à ce titre, notamment :

- les règles ou directives en vigueur dans l'organisation (exemple : les critères servant à la sélection du personnel). Une règle peut être implicite ou explicite, structurée ou non, détaillée ou non. Elle peut se retrouver, par exemple, dans un manuel de politiques, de procédures ou de directives, sur un babillard à l'intention des employés, dans une convention collective ou, au contraire, n'être consignée dans aucun autre écrit;
- les pratiques d'emploi suivies, c'est-à-dire la manière selon laquelle s'exerce, dans les faits, une activité. Une pratique peut ne pas être conforme aux règles en vigueur. Elle peut varier d'un secteur à l'autre d'une organisation;
- l'aménagement des lieux, équipements et horaires de travail;
- et, généralement, tout ce qui détermine la conduite de l'employeur en matière d'embauche, d'apprentissage, de durée de la période de probation, de formation professionnelle, de promotion, de mise à pied, de suspension, de renvoi ou de conditions de travail, dans l'établissement de catégories ou classifications d'emploi (article 16) ainsi qu'en matière de rémunération (article 19).

2.2 Effet discriminatoire

Pour évaluer le potentiel discriminatoire d'une règle ou pratique d'emploi, la Commission tiendra compte :

- de la situation du groupe qu'on dit désavantagé;
- celle du groupe témoin; et
- de la différence entre les deux situations.

Sera considérée comme produisant un effet discriminatoire une règle ou pratique d'emploi qui exclut ou désavantage de façon significative, par rapport à un groupe témoin, les personnes appartenant à un groupe visé à l'article 10. Exemples :

- ❑ Un horaire de travail obligeant à travailler le samedi peut avoir un impact discriminatoire sur les Juifs pratiquants, puisqu'il leur impose de choisir entre leur travail et leur religion;
- ❑ Un critère d'embauche voulant que les employés mesurent au moins 5' 10" peut désavantager les femmes de même que les membres de certaines minorités ethniques;¹
- ❑ Un test d'aptitudes mécaniques, auquel échouent 48% des femmes et seulement 20% des hommes, peut avoir un impact discriminatoire sur les candidatures féminines.²

Une règle ou pratique d'emploi peut évidemment n'affecter qu'un seul individu. Exemple : l'employeur interdit à ses employés de porter la barbe, ce qui défavorise l'unique employé sikh de l'entreprise.

3. LES MESURES D'ADAPTATION

Pour rester en vigueur et s'appliquer à un plaignant ou une plaignante, la règle ou pratique d'emploi contestée doit :

- i) présenter un lien rationnel avec l'exercice de l'emploi;
- ii) être telle qu'une mesure d'adaptation prise en faveur du plaignant représenterait, pour l'employeur, une contrainte excessive.

3.1 Le lien rationnel avec l'emploi

La règle ou pratique d'emploi doit avoir été adaptée de bonne foi, et pour des raisons réellement reliées à l'exercice de l'emploi dans l'entreprise concernée. Exemple :

- ❑ Dans le cas d'un magasin à rayons faisant un important chiffre d'affaires, le samedi, un horaire de travail prévoyant normalement la présence au travail ce jour-là.

¹ *Colfer c. Ottawa Board of Commissioners of Police* (Ontario, 1979), où à peine 5% des femmes satisfaisaient à ce critère.

² *Action Travail des Femmes c. Canadien National*, (1984) 5 C.H.R.R. D/2327 conf. à [1987] I R.C.S. 1114.

Les instruments (v.g. tests) utilisés par l'employeur pour mesurer les aptitudes et qualités des candidats doivent, dans ce contexte, être validés. La validation consiste à vérifier si l'instrument mesure bien ce qu'il vise à mesurer et ce, selon les normes reconnues de la discipline concernée.

- ❑ Une évaluation psychologique, par exemple, doit être faite soigneusement. Une évaluation comprenant des questions peut-être non pertinentes ou simplistes. (Exemple : « le candidat a-t-il le regard droit? » peut désavantager les candidats appartenant à certaines cultures, sans pour autant refléter réellement leurs aptitudes psychologiques.
- ❑ À plus forte raison, un test mesurant des aptitudes et qualités non requises par l'emploi ne peut être justifié. (Exemple : administrer un test d'aptitudes mécaniques à des personnes voulant devenir commis de bureau).

3.2 Les mesures d'adaptation et la contrainte excessive

La Commission considère qu'en vertu du principe d'égalité consacré par la Charte, l'employeur a l'obligation de prendre des mesures d'adaptation de façon à éliminer l'impact discriminatoire que peut avoir une règle ou pratique ayant un lien rationnel avec l'emploi. L'adaptation consiste à prendre des mesures pour permettre aux personnes touchées de travailler, à moins que cela ne cause à l'employeur une contrainte excessive. Exemple :

- ❑ Un horaire de travail a un impact discriminatoire sur les employés de certaines religions. L'adaptation peut consister à remplacer ceux-ci, occasionnellement, par d'autres employés qualifiés et qui acceptent d'exercer les tâches, à mettre sur pied un régime d'horaires variables ou de congés ou pauses-café « mobiles », à leur permettre de reprendre leurs heures de travail à un moment opportun, etc.

Il y a contrainte excessive si l'adaptation requise entrave indûment l'exploitation de l'entreprise de l'employeur ou lui impose des coûts excessifs. La preuve d'une telle contrainte incombe à l'employeur. Pour déterminer s'il y a contrainte excessive, la Commission tiendra compte, notamment :

- de la taille de l'entreprise;
- de l'interchangeabilité des effectifs et des installations;

- du coût financier;
- de considérations de sécurité, notamment l’ampleur du risque et l’identité de ceux qui y sont exposés.³

L’adaptation constitue pour l’employeur une obligation de moyens, et non de résultat. Elle s’arrête là où commencent les responsabilités de l’employé. Lorsque les mesures d’adaptation proposées par l’employeur ne suffisent pas à accommoder intégralement l’employé, il appartient à celui-ci de faire à son tour des concessions :

- a) en acceptant les mesures que l’employeur peut lui offrir;
- ou
- b) en renonçant à occuper son poste.

Dans des cas exceptionnels, l’application de la règle d’emploi contestée pourra être absolument requise par l’emploi. Exemple : dans un marché aux puces n’opérant que le samedi, l’obligation de travailler ce jour-là. Dans ces cas exceptionnels, dont la preuve incombe à l’employeur, l’obligation d’adaptation ne trouvera pas application.

/ms

³ Selon la Cour Suprême du Canada, il serait également possible de tenir compte de l’impact de l’adaptation requise sur le moral du personnel et sur les règles de la convention collective (*Commission des droits de la personne de l’Alberta c. Central Alberta Dairy Pool*, [1990] 2 R.C.S. 489).