

LA DISCRIMINATION DANS LA VIE AU TRAVAIL : LE DROIT À L'ÉGALITÉ À L'HEURE DE LA MONDIALISATION

Michèle Rivet

Volume 34, Number 1-2, 2003–2004

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1107585ar>

DOI: <https://doi.org/10.17118/11143/12286>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Rivet, M. (2003). LA DISCRIMINATION DANS LA VIE AU TRAVAIL : LE DROIT À L'ÉGALITÉ À L'HEURE DE LA MONDIALISATION. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 34(1-2), 275–305. <https://doi.org/10.17118/11143/12286>

Article abstract

Discrimination has always been omnipresent in society. First recognized in International law, the principle of non-discrimination as a basis of the right to equality has then been adhered to by individual countries, both on a national and regional level. Although positive law has greatly evolved in this regard, much has to be accomplished before the right to equality or the right to non-discrimination is fully accepted in the field of labour relations.

The rule of non-discrimination, generally found in constitutional law, sets the parameters of the public domain. However, in matters related to labour law, the nondiscrimination principle applies to many legal regimes. For instance, this rule of law may figure in civil law, in labour law and in penal law or in all three concurrently. This type of situation, while generating much litigation, does not necessarily provide better protection.

In this general report, the writer examines eleven national reports of certain North American, South American, European, Middle Eastern and Asian countries.

LA DISCRIMINATION DANS LA VIE AU TRAVAIL : LE DROIT À L'ÉGALITÉ À L'HEURE DE LA MONDIALISATION

par Michèle RIVET*

Les discriminations sont, depuis toujours, omniprésentes dans la société. Le principe de non-discrimination comme fondement du droit à l'égalité a tout d'abord été reconnu en droit international, puis les pays ont emboîté le pas et ce, tant sur le plan régional que national. Bien que le droit positif ait grandement évolué en cette matière, il reste encore beaucoup de chemin à parcourir pour que le droit à l'égalité, ou à la non-discrimination, pénètre en profondeur le monde du travail.

Le norme anti-discriminatoire se retrouve généralement insérée dans le droit constitutionnel, balisant ainsi le domaine public. Mais dans le domaine du travail, le principe de non-discrimination se pose en termes de pluralité de régimes. La règle de droit s'inscrit dans le droit civil, dans le droit du travail, ou encore en droit pénal, quand ce n'est pas dans les trois champs parallèlement. Une telle situation engendre une pluralité de contentieux, sans pour autant se traduire par une grande protection.

Dans ce rapport général, l'auteure examine quelque onze rapports nationaux provenant de pays d'Amérique du Nord, d'Amérique du Sud, d'Europe, du Moyen-Orient, et d'Asie.

Discrimination has always been omnipresent in society. First recognized in International law, the principle of non-discrimination as a basis of the right to equality has then been adhered to by individual countries, both on a national and regional level. Although positive law has greatly evolved in this regard, much has to be accomplished before the right to equality or the right to non-discrimination is fully accepted in the field of labour relations.

The rule of non-discrimination, generally found in constitutional law, sets the parameters of the public domain. However, in matters related to labour law, the non-discrimination principle applies to many legal regimes. For instance, this rule of law may figure in civil law, in labour law and in penal law or in all three concurrently. This type of situation, while generating much litigation, does not necessarily provide better protection.

In this general report, the writer examines eleven national reports of certain North American, South American, European, Middle Eastern and Asian countries.

*, Présidente du Tribunal des droits de la personne du Québec.

SOMMAIRE

Introduction	277
1 - La notion de discrimination	277
A - Les sources du droit de ne pas subir de discrimination	277
a) Le droit international	278
b) Le droit régional	280
c) Le droit interne	282
B - Certains points de convergence	283
a) Les distinctions entre les diverses formes de discrimination	283
b) Le régime de preuve	286
2 - La discrimination dans l'organisation du travail	288
A - Les protections générales à l'égard des travailleurs	288
a) L'interdiction d'exercer de la discrimination fondée sur le sexe	289
b) Le principe de l'égalité salariale	291
c) La portée du motif «race»	295
B - Les mécanismes de protection et les recours	297
C - Les réparations en matière de droits de la personne	301
Conclusion	304

Introduction

Les Journées Capitant de Paris et Bruges, tenues en mai 2001, nous ont conviés à examiner les diverses composantes de la discrimination. Dans le cadre de ces journées, le thème qui fut le nôtre pose la question des discriminations dans la vie au travail, question qui nous renvoie nécessairement aux principes mêmes de la non-discrimination et du droit à l'égalité qualifiés, à juste titre, de droits fondamentaux.

Thème fascinant, s'il en est un, puisque l'ensemble des rapports nationaux nous montre combien le droit positif a évolué et, dans un même souffle, combien de chemin il reste encore à faire pour que le droit à la non-discrimination, certains diront le droit à l'égalité, pénètre en profondeur le monde du travail.

Dans notre rapport général¹, suivant le questionnaire auquel les collègues des différents pays ont répondu, nous aborderons dans un premier temps les sources du droit de ne pas subir de discrimination et ce, au niveau international, régional et en droit interne. Par la suite, nous examinerons les points de convergence qui ressortent des rapports sur les formes de discrimination ainsi que le régime de preuve. Nous nous pencherons ensuite sur la vie au travail, plus spécifiquement sur deux motifs importants d'interdit de discrimination, soit le sexe et la race, pour enfin regarder les mécanismes de protection et les recours, puis nous terminerons avec les réparations.

1 - La notion de discrimination

A - Les sources du droit de ne pas subir de discrimination

Dans la vie au travail, les discriminations sont omniprésentes. De l'embauche à la fin du contrat de travail, l'employeur est confronté à différents choix qui impliquent, sous une forme ou une autre, des discriminations. Alors que certaines formes de discrimination sont légitimes et participent d'une saine

1. Nous avons reçu, suite au questionnaire envoyé, des rapports nationaux provenant de Belgique, du Brésil, d'Espagne, de France, du Japon, de Louisiane, du Luxembourg, des Pays-Bas, du Québec, de la Syrie et du Tchad.

administration de l'entreprise, certaines discriminations fondées sur des caractéristiques individuelles sont contraires à la dignité inhérente à l'être humain et, partant, feront l'objet d'interdit; qu'il se soit agi, au cours des années passées, de l'esclavage², de la ségrégation raciale, ou qu'il s'agisse aujourd'hui du traitement différent des femmes sur le marché du travail, des exclusions en raison de la religion, de la couleur, de l'origine ethnique pour ne nommer que ces exemples. Le contrat individuel ou collectif de travail devra désormais répondre à des impératifs supérieurs pour être légal.

a) Le droit international

Au lendemain de la découverte des actes de barbarie auxquels a donné lieu la seconde guerre mondiale, la communauté internationale s'est engagée dans l'élaboration d'un corpus normatif ayant comme objectif ultime la reconnaissance de la dignité humaine comme valeur fondamentale. La *Déclaration universelle des droits de l'Homme*³ de 1948, qui se présente comme un idéal commun à atteindre par tous les peuples visant à garantir les droits et libertés, constitue la première pierre de cet édifice en devenir.

Mais les premières références à la notion d'interdit de discrimination en raison du sexe ou d'autres motifs se rattachant aux caractéristiques individuelles se font dans le champ du droit international du travail, par l'Organisation internationale du travail (OIT). Créée en 1919 dans le but d'adopter des normes internationales pour remédier aux «conditions de travail impliquant l'injustice, la misère et les privations», l'OIT étend son mandat normatif à des questions liées à la politique sociale, aux droits de l'homme et aux droits civils. Fidèle à

2. En 1789, la Constitution américaine (1789) ne contient aucune disposition relative à l'esclavage, phénomène constituant pourtant la forme la plus flagrante de discrimination à cette époque. Malgré les amendements constitutionnels de 1865 (le 13^e amendement met fin à l'esclavage), de 1868 (le 14^e amendement pose le principe de l'égalité des droits de tous les citoyens des États-Unis) et de 1870 (le 15^e amendement garantit à tous le droit de vote sans distinction de race, couleur ou condition antérieure de servitude), il faudra attendre plus de cent cinquante années pour que la Cour suprême des États-Unis se prononce sur le caractère discriminatoire de la ségrégation raciale (Voir *Brown c. Board of Education of Topeka*, Cour suprême des États-Unis, 1954).

3. *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Rés. AG217(III), Doc. Off. AG NU, 3^e sess., supp. n° 13, Doc. NU A/810 (1948) 71.

sa Constitution, la Conférence générale de l'OIT adopte en 1951 la *Convention (n° 100) sur l'égalité de rémunération*⁴ et, en 1958, la *Convention (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession)*⁵, conventions qui édictent la norme de l'interdit de discriminer. La discrimination y est définie comme «toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur [l'un des motifs énumérés] qui a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession»⁶. L'élimination de la discrimination dans la vie au travail demeure toujours une préoccupation centrale de l'OIT. Elle constitue d'ailleurs l'un des pôles de la *Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*⁷ adoptée par l'Organisation internationale du travail en 1998⁸. Cet instrument engage les 175 États membres de l'OIT à respecter, promouvoir et réaliser les principes énoncés dans les huit conventions identifiées comme fondamentales⁹ et ce, même en l'absence de ratification.

-
4. *Convention (n° 100) sur l'égalité de rémunération*, 29 juin 1951, adoptée par la Conférence générale de l'OIT, 34^e session, entrée en vigueur le 23 mai 1953.
 5. *Convention (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession)*, 25 juin 1958, adoptée par la Conférence générale de l'OIT, 42^e session, Rapport III, Partie 4B.
 6. *Ibid.*, art. 1 a).
 7. *Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*, 19 juin 1998, adoptée par la Conférence internationale du travail, 86^e session.
 8. La Déclaration repose sur quatre pôles : la liberté syndicale, l'abolition du travail forcé, l'élimination de la discrimination et l'élimination du travail des enfants.
 9. *Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical*, 9 juillet 1948, adoptée par la Conférence générale de l'OIT, 31^e session, entrée en vigueur le 4 juillet 1950; *Convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective*, 1^{er} juillet 1949, adoptée par la Conférence générale de l'OIT, 32^e session, entrée en vigueur le 18 juillet 1951; *Convention (n° 29) sur le travail forcé*, 28 juin 1930, adoptée par la Conférence générale de l'OIT, 14^e session, entrée en vigueur le 1^{er} mai 1932; *Convention (n° 105) sur l'abolition du travail forcé*, 25 juin 1957, adoptée par la Conférence générale de l'OIT, 40^e session, entrée en vigueur le 17 janvier 1957; *Convention (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession)*, *supra* note 5; *Convention (n° 100) sur l'égalité de rémunération*, *supra* note 4; *Convention (n° 138) sur l'âge minimum*, 26 juin 1973, adoptée par la Conférence générale de l'OIT, 58^e session, entrée en vigueur le 19 juin 1976; *Convention (n° 182) sur les pires formes de travail des enfants*, 17 juin 1999, adoptée par la Conférence générale de l'OIT, 87^e session, entrée en vigueur le 19 novembre 2000.

b) Le droit régional

Le principe de non-discrimination comme fondement du droit à l'égalité a tout d'abord été reconnu en droit international. Par la suite, les pays emboîteront le pas et ce, tant sur le plan national que régional. L'exemple de l'Europe est à cet égard fort éloquent. Qu'il s'agisse de la *Convention européenne des droits de l'Homme*, qui constitue la première expression contraignante des principes énoncés dans la *Déclaration*¹⁰, de la Charte ou du droit communautaire européen, on y retrouve l'empreinte des acquis internationaux de protection des droits de l'homme qui agissent comme moteur de changement du droit interne.

La toute récente *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*¹¹ «réaffirme [...] les droits qui résultent notamment [...] des obligations internationales communes aux États membres, [dont] les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité»¹². La Charte communautaire élargit le champ de protection des droits de l'homme aux droits économiques et sociaux et, dans un même temps, renforce la dimension politique de la construction communautaire : des avenues que les deux Pactes internationaux des droits de l'homme¹³ avaient pavées. La Charte, à son chapitre 3 intitulé «Égalité», traite de la non-discrimination comme droit fondamental. Cette reconnaissance s'inscrit dans la foulée du corpus législatif élaboré par la Communauté européenne depuis plus de trente ans.

10. P. Leuprecht et O. Delas, «Cinquante ans de *Convention européenne des droits de l'Homme* – la Convention européenne : un chef d'œuvre en péril?» 13.1 (2000) *Revue québécoise de droit international* VII.

11. 2000/C 364/01.

12. *Ibid.*, préambule.

13. *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, (1976) 943 R.T.N.U 13; *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976) 999 R.T.N.U. 171.

Comme le notent, entre autres, les rapports français¹⁴, néerlandais,¹⁵ belge¹⁶ et espagnol¹⁷, le droit communautaire européen joue un rôle de tout premier plan dans la reconnaissance de l'égalité sans discrimination comme norme ayant un caractère fondamental, notamment dans le champ des relations de travail¹⁸.

À une époque où peu d'États membres de l'Union européenne s'étaient dotés de législations sur l'interdit de discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, l'adoption de Directives par la Communauté européenne telles la *Directive concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins*¹⁹ en 1975 ou encore la *Directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail*²⁰ en 1976 a jeté les bases de changements profonds en matière d'interdit de discrimination fondée sur le sexe.

La Cour de justice des communautés européennes a grandement alimenté cette ouverture aux droits de l'homme, entre autres en privilégiant une lecture téléologique de la notion de discrimination. Bien que les directives et les décisions ne s'inscrivent pas expressément dans le droit interne des pays membres de l'Union européenne, elles n'en demeurent pas moins une source de droit qui s'impose aux États membres et prévalent sur les règles nationales

14. Rapport français aux pp. 6 et 7.

15. Rapport néerlandais à la p. 7.

16. Rapport belge aux pp. 4, 5, 12 et 14.

17. Rapport espagnol à la p. 6.

18. Rapport français à la p. 7 : Le traité d'Amsterdam fait de la lutte contre les discriminations une des priorités en matière sociale (art. 13).

19. *Directive concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins*, 75/117/CEE.

20. *Directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail*, 76/207/CEE.

contraires²¹. Un droit à géométrie variable qui n'en joue pas moins un rôle moteur dans la lutte contre les discriminations.

c) **Le droit interne**

L'émergence des droits de l'homme dans la sphère du droit interne s'exprime tout d'abord dans le champ du droit constitutionnel. Que ce soit de manière expresse ou par construit jurisprudentiel, les principes fondamentaux s'inscrivent au faite de la hiérarchie des lois, comme en font foi les rapports nationaux²². L'exemple du Canada est particulièrement éloquent à cet égard. L'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés*²³ en 1982 a insufflé une nouvelle dimension aux garanties en matière de droits de l'homme et ce tant au plan fédéral que provincial. En marge du droit constitutionnel formel, la jurisprudence de la Cour suprême du Canada a reconnu un caractère fondamental et quasi-constitutionnel aux législations sur les droits de la personne de juridiction provinciale et qui couvrent les rapports de droit privé comme les relations employeurs/employés. Cette reconnaissance confère à ces législations une suprématie par rapport aux lois ordinaires. Le législateur québécois a d'ailleurs rappelé la primauté de la *Charte des droits et libertés de la personne*²⁴ dans le préambule du *Code civil du Québec* adopté en 1992.

Protection ayant un caractère contemporain, le principe de non-discrimination dans la vie au travail est en devenir. Les rapports nationaux font tous état de dispositions qui se retrouvent parfois en droit civil, parfois en droit du travail, parfois en droit pénal. Le véhicule législatif dans lequel s'insère l'interdit de discriminer n'est toutefois pas sans intérêt en ce qui concerne la preuve et les réparations disponibles pour la personne victime de discrimination illicite. Il arrivera que le principe de non-discrimination se retrouve énoncé en droit social et en droit pénal. S'élaboreront alors côte à côte deux modèles de

-
21. J. Pélissier, A. Supiot et A. Jeammaud, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, XX^e édition, 2000, à la p. 77.
22. Voir entre autres les rapports belge à la p. 4, brésilien à la p. 1, colombien à la p. 1, espagnol à la p. 2, louisianais aux pp. 2 et s., français à la p. 4 et néerlandais à la p. 1.
23. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.
24. L.R.Q. c. C-12.

lutte contre la discrimination difficilement conciliables²⁵, comme le souligne le rapport français.

L'insertion des principes internationaux ayant un caractère universel pourra aussi faire oublier que certaines législations demeurent restreintes à un groupe de travailleurs. Ainsi, le Code du travail, qui constitue en France le texte clé de la protection contre les discriminations, ne vise pas les agents de la fonction publique ni les fonctionnaires²⁶.

B - Certains points de convergence

Nous voudrions nous arrêter sur deux points de convergence qui se dégagent des rapports nationaux et qui sont tous deux de création jurisprudentielle, particulièrement développés à partir de la vie au travail, soit les distinctions entre diverses formes de discrimination ainsi que le régime de preuve applicable aux litiges en matière de droits de l'homme.

a) Les distinctions entre les diverses formes de discrimination

Généralement²⁷, la norme établissant l'interdit de discriminer s'arrime de manière plus ou moins exhaustive à une série de motifs illicites de discrimination qui rappelle ceux énumérés dans la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*. Les motifs se présentent comme des guides à l'aide desquels on peut conclure à la discrimination. Leur énumération a surtout pour but d'aider à reconnaître le préjugé lorsqu'il existe. Il pourra arriver que, par création jurisprudentielle, la protection s'étende à des motifs analogues réunissant des caractéristiques jugées communes aux motifs expressément énumérés par l'autorité législative. C'est ainsi qu'au Canada, bien que l'orientation sexuelle n'ait pas fait l'objet d'une protection explicite contre la discrimination, la Cour suprême a étendu la protection constitutionnelle contre la discrimination à l'orientation sexuelle par l'entremise de la théorie des motifs analogues²⁸. Le

25. Rapport français à la p. 19.

26. *Ibid.*

27. Comme le rappelle le rapport néerlandais, la norme anti-discriminatoire édictée à l'article premier de la Constitution prohibe la discrimination «pour quelque motif que ce soit».

28. *Egan c. La Reine*, [1995] 2 R.C.S. 513.

rapport néerlandais souligne aussi le recours aux méthodes d'interprétation des lois pour élargir le champ des motifs prohibés de discrimination. Ainsi, le motif de la race comprend la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique et ce, même en l'absence de mention expresse²⁹. L'élaboration, au fil des ans, des différents modèles de discrimination s'est faite dans l'idée de mieux atteindre un idéal d'égalité au sens d'une libération du poids des stéréotypes et des préjugés dans leurs formes les plus subtiles.

Aussi, la définition du concept de discrimination a grandement évolué depuis le début des années cinquante, passant d'une reconnaissance de la discrimination fondée sur une égalité formelle à la reconnaissance de la discrimination visant une égalité de fait.

La protection contre la discrimination a d'abord été considérée sous l'angle de la **discrimination directe**. Ainsi, il y a discrimination directe lorsqu'un employeur adopte une pratique ou une règle qui établit une distinction en raison d'un motif prohibé. La discrimination directe fut à une certaine époque associée à une preuve d'intention incombant à la personne qui alléguait être victime d'un traitement différent. Sauf de rares exceptions³⁰, comme le Japon, pareille exigence est maintenant écartée, du moins dans la sphère civile des litiges³¹. Dès lors qu'une distinction est faite en raison d'un motif prohibé, il y a discrimination.

Au Canada, une telle distinction peut être déclarée non discriminatoire si l'employeur démontre que la norme a été imposée honnêtement, qu'elle est justifiée par l'exécution de la tâche et qu'elle est nécessaire pour l'exécution sûre et efficace du travail. En droit communautaire européen, la discrimination directe demeure fermée à une quelconque justification sur la base du principe

29. Rapport néerlandais à la p. 1.

30. Le rapport japonais, à la page 3, précise qu'en matière de discrimination directe, l'intention de discriminer constitue un élément essentiel. Le régime juridique de la discrimination pénale en France exige aussi une preuve d'intention. Il en va également ainsi de la protection contre la discrimination directe en droit brésilien (Rapport brésilien à la p. 2).

31. GROUPE D'ÉTUDE ET DE LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, Paris, Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations, 2000 à la p. 15.

de l'égalité formelle³². Les rapports français, belge et néerlandais signalent la transposition de ce principe en droit interne de telle sorte qu'une fois la preuve de discrimination directe faite, la distinction ne peut être justifiée.

La reconnaissance de la **discrimination indirecte** ne présente pas la même unanimité dans les différents pays. Le concept est en émergence pour certains³³. Pour d'autres, son acception ne s'entendra pas nécessairement de la même manière. Une certaine convergence se dégage toutefois en droit européen, canadien et américain. La **discrimination indirecte** se produit lorsqu'un employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s'applique à tous les employés, mais qui est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour un employé ou pour un groupe d'employés.

Ainsi, dans l'affaire *Bilka*³⁴, une société de grands magasins avait institué un régime de pensions d'entreprise qui excluait les travailleurs à temps partiel, tant de sexe féminin que masculin. Dans cet arrêt, la Cour de justice des communautés européennes a conclu que ce régime, adopté honnêtement par l'employeur, engendrait de la discrimination indirecte fondée sur le sexe puisque les travailleurs à temps partiel étaient essentiellement des femmes.

Le constat de discrimination indirecte n'appelle pas automatiquement l'annulation de la mesure. Une fois la preuve faite qu'il y a discrimination indirecte, il revient aux employeurs européens³⁵ et américains³⁶ de justifier la mesure ou politique neutre en apparence en démontrant la légitimité de leur objectif et la proportionnalité des moyens utilisés, moyens qui doivent être appropriés et nécessaires (E.P.J.). Cette justification rappelle celle applicable au Canada en matière de discrimination directe.

32. *Ibid.* à la p. 16; Rapport belge à la p. 5.

33. Rapport japonais à la p. 3.

34. CJCE, 13 mai 1986, *Bilka-Kaufhaus GmbH, c. Kain Weber von Hartz*, aff. 170/84, Rec. 1607.

35. GROUPE D'ÉTUDE ET DE LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS, *supra* note 31 à la p. 18.

36. Rapport louisianais à la p. 28.

Au Canada, la discrimination indirecte appelle une analyse différente. Une fois la preuve d'une discrimination indirecte faite, l'employeur devra démontrer qu'il existe un lien rationnel entre l'emploi et la norme et qu'il ne peut pas composer avec le demandeur sans subir une contrainte excessive. En fait, il incombe à l'employeur de chercher un accommodement raisonnable pour l'employé, sous réserve d'une contrainte excessive.

Le principe de non-discrimination a donné lieu à une troisième catégorie de discrimination, soit la **discrimination systémique**. Signalons que plusieurs rapports nationaux identifient cette forme d'exclusion comme de la discrimination indirecte. Essentiellement, il s'agit d'une discrimination qui résulte de l'application des méthodes établies de recrutement, d'embauche et de promotion, dont ni l'une ni l'autre n'a été nécessairement conçue pour promouvoir la discrimination, mais qui ont ensemble un effet d'exclusion d'un groupe du fait que la norme favorise la conviction, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du groupe, qu'elle résulte de forces «naturelles», par exemple que les femmes «ne peuvent tout simplement pas faire le travail»³⁷. Cette forme de discrimination est particulièrement insidieuse³⁸. Au-delà des termes de référence, la prohibition de discrimination semble généralement englober une protection contre la systématisation de la discrimination³⁹.

b) Le régime de preuve

Il ressort aussi de plusieurs rapports nationaux, comme point de convergence, le fait que le principe de non-discrimination a engendré, au fil des ans, une réelle mutation du processus probatoire. En effet, la difficulté de démontrer l'effet discriminatoire d'une pratique ou d'une politique a amené juges et législateurs à revoir les règles de preuve applicables. Le principe traditionnel - il revient à celui qui allègue la discrimination d'en faire la preuve - a été modulé. En effet, selon la nouvelle approche, la personne qui allègue être

37. GROUPE D'ÉTUDE ET DE LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS, *supra* note 31 à la p. 20.

38. Rapport louisianais à la p. 22; Rapport néerlandais à la p. 2; Rapport français à la p. 8 et GROUPE D'ÉTUDE ET DE LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS, *supra* note 31 à la p. 20.

39. Sauf au Brésil : Rapport brésilien à la p. 3.

victime de discrimination se doit d'établir les faits qui permettent de présumer l'existence d'une distinction, préférence ou exclusion illicite. Cette preuve peut être testimoniale, documentaire ou statistique, tout particulièrement en matière de discrimination par effet préjudiciable ou systémique. Il appartient par la suite à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu de violation du droit du demandeur. Certains parleront d'indices, d'autres de présomptions, mais tous les rapports nationaux soulignent l'allègement du fardeau de preuve du demandeur. Cette transformation du processus probatoire a été instiguée généralement par les tribunaux⁴⁰ mais peut aussi être le fruit d'une modification législative⁴¹. La pénalisation de la discrimination reste toutefois en marge de ce mouvement et demeure fidèle aux règles traditionnelles de preuve⁴² en matière pénale, comme le note le rapport français.

Le régime juridique de la discrimination pénale en droit français offre un bon exemple des difficultés de coexistence de deux régimes distincts visant des pratiques discriminatoires. Dans le champ du droit pénal, seules les discriminations intentionnelles peuvent être sanctionnées. Outre le fait que les comportements discriminatoires sont limitativement énumérés dans le Code pénal, les victimes doivent être en mesure de faire la preuve d'une intention de discriminer de la part de la personne poursuivie. Cette preuve est particulièrement lourde puisqu'il revient à la victime d'identifier l'auteur de la

40. En France, la Cour de cassation reconnaît le déplacement du fardeau de preuve avant même que ne soit effectuée la transposition en droit interne de la directive communautaire relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination (Rapport français à la p. 21). En Espagne, le Tribunal constitutionnel reconnaît dès 1981 l'allègement du fardeau de preuve du demandeur en matière de procédure sociale, un processus qui sera intégré au droit cinq ans plus tard (Rapport espagnol aux pp. 8 et 9). Les Pays Bas ont aussi inclus le déplacement du fardeau de preuve pour le demandeur dans leur droit interne en janvier dernier (Rapport néerlandais à la p. 11). Voir aussi le rapport américain aux pp. 8 et 12. Au Canada, la Cour suprême a indiqué que les normes anti-discriminatoires exigent du demandeur une preuve «*prima facie*» qui consiste à faire la preuve des éléments du préjudice et de l'existence d'un lien avec le motif de discrimination prohibé.

41. Le Rapport français, à la p. 22, précise que le projet de loi (en première lecture le 12 octobre 2000) s'inspire de la jurisprudence (arrêt du 23 novembre 1999) et stipule que le salarié qui s'estime victime d'une discrimination prohibée doit présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

42. Rapport français aux pp. 9, 10 et 16.

discrimination et d'établir que la décision à l'origine de l'acte reproché est fondée sur des motifs discriminatoires et ce de manière intentionnelle⁴³. La transposition en droit interne de la Directive communautaire du 15 décembre 1997 relative à la charge de preuve dans les cas de discrimination en raison du sexe offre toutefois l'assise à une interaction, du moins en ce qui concerne les discriminations fondées sur le sexe. On pense ici à l'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation française du 14 juin 2000⁴⁴.

Le principe de non-discrimination doit être pris en considération au moment de l'établissement des politiques et pratiques de l'entreprise, dans l'espace contractuel individuel et collectif ainsi que dans les relations de travail qui se tissent au jour le jour : ce sera l'objet de notre deuxième partie.

2 - La discrimination dans l'organisation du travail

A - Les protections générales à l'égard des travailleurs

La protection contre les exclusions dans les relations de travail s'est d'abord traduite par l'adoption de législations visant à garantir aux travailleurs le respect des droits syndicaux. Comme le note le rapport français, ce statut protecteur s'inscrit dans la sphère de l'intérêt collectif des travailleurs⁴⁵. Puis, dans la vie au travail s'est posée la question du respect des droits fondamentaux qui se traduit essentiellement par une interdiction faite à l'employeur de prendre en considération certains traits distinctifs du travailleur. De manière générale, la garantie d'égalité sans discrimination s'arrime notamment aux motifs de sexe, de race, de handicap, d'âge, d'origine ethnique, de couleur, d'orientation sexuelle, de même qu'à la situation de famille et à la condition sociale dans certains pays. Nous ne nous attarderons ici qu'à deux des motifs qui sont plus largement analysés dans les rapports nationaux, soit les motifs de sexe et de race. Nous verrons par la suite les mécanismes de protection et les recours.

43. GROUPE D'ÉTUDE ET DE LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS, *supra* note 31 à la p. 25.

44. *Ibid.* à la p. 23.

45. Rapport français à la p. 4.

a) L'interdiction d'exercer de la discrimination fondée sur le sexe

La présence accrue des femmes sur la marché du travail a grandement contribué à l'élaboration d'un corpus normatif visant à assurer le respect de leurs droits fondamentaux dans les différentes facettes de la vie au travail. Les rapports nationaux font tous état d'une protection explicite dans le droit positif.

La portée du motif «sexe»

L'interdiction d'exercer de la discrimination fondée sur le sexe sera d'abord considérée comme se rapportant uniquement au genre masculin ou féminin d'une personne. Aujourd'hui, l'égalité sans discrimination fondée sur le sexe dans la vie au travail couvre une multitude d'autres aspects liés à la maternité.

L'exemple des États-Unis est fort révélateur à cet égard. En 1971, la Cour suprême jugeait que le refus de recruter une femme parce qu'elle avait la charge d'enfants mineurs enfreignait le droit à l'égalité sans discrimination fondée sur le sexe, droit garanti dans le *Civil Rights Act*⁴⁶. Les craintes de l'employeur que la travailleuse ne soit absente trop souvent de son travail en raison de sa situation familiale ne furent pas retenues comme une justification valable par la Cour. Les tribunaux américains ont aussi considéré que l'interdit de discrimination à l'encontre des femmes englobe le fait de donner naissance à un enfant et le fait d'avoir eu un avortement⁴⁷.

En Europe, c'est dès février 1976 que la Communauté économique européenne associe la grossesse et la maternité à la protection accordée aux femmes⁴⁸. La transposition de cette Directive au droit interne des États membres de la CEE apparaît bien avancée à la lecture des rapports nationaux⁴⁹, du moins en ce qui a trait à la portée de la protection accordée aux travailleuses.

46. Rapport louisianais à la p. 13.

47. *Ibid.*

48. *Directive relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail*, supra note 20.

49. Rapports belge à la p. 6, français à la p. 15, espagnol à la p. 6 et néerlandais à la p. 3.

Précédant la Directive communautaire, la France incluait en 1975 la protection de la maternité au chapitre V du Code du travail. L'égalité sans discrimination fondée sur la grossesse vise non seulement l'embauche et la résiliation du contrat de travail mais aussi la période d'essai ainsi que les mutations et le droit d'une candidate à un emploi de ne pas révéler son état de grossesse à un employeur éventuel.

La garantie d'égalité sans discrimination fondée sur le sexe peut malgré tout s'avérer indirectement compromise par des politiques étatiques. L'affaire *Dekker*⁵⁰ de 1990 aux Pays Bas offre un exemple intéressant à cet égard. Le litige portait sur un refus d'embauche d'une travailleuse en raison de son état de grossesse. L'employeur soutenait avoir refusé d'engager madame Dekker non pas à cause de sa grossesse mais plutôt, disait-il, parce que la législation néerlandaise autorisait son assureur à refuser de lui rembourser le salaire qu'il aurait dû lui verser au cours de son congé de maternité. L'employeur étant une petite entreprise, il lui était difficile d'embaucher une remplaçante sans risquer de connaître des difficultés financières. La Cour de justice des communautés européennes a attribué la responsabilité pour la discrimination à l'employeur et elle a même refusé d'examiner toute question de justification, telle que celle portant sur les difficultés engendrées par la loi néerlandaise, au motif qu'il s'agissait d'une discrimination directe.

Au Canada, pareille reconnaissance que le motif «sexe» doit aussi comprendre «grossesse» ne se fera qu'en 1989⁵¹. Tout d'abord, la Cour suprême du Canada refusera de reconnaître une première fois en 1979 que le motif «sexe» puisse comprendre l'état de grossesse. L'avènement de la Charte canadienne apporte un nouveau souffle aux droits reconnus entre autres aux femmes et, en 1989, la Cour retiendra une interprétation téléologique des motifs illicites de discrimination.

50. C-177/88, *Dekker/VJV- Centrum Plus*, arrêt du 8 novembre 1990, Recueil 1990, p. I-3941.
51. *Brooks c. Canada Safeway Ltd*, [1989] 1 R.C.S 1219.

Le principe du salaire égal pour un travail équivalent

Le droit à l'égalité sans discrimination dans la vie au travail suppose que la protection est présente aux diverses phases de la relation de travail. Il ne peut y avoir de réelle égalité dans ce secteur si les procédures de recrutement excluent directement ou indirectement une catégorie de personnes ou si les emplois traditionnellement occupés par des hommes demeurent fermés aux femmes.

Les tribunaux sont ici moins enclins à considérer l'élargissement aux autres sphères de l'emploi que celles qui sont expressément énumérées à titre de repères. Le droit à l'égalité sans discrimination dans la vie au travail touche aux conditions de travail, aux offres de formation et d'éducation, à la promotion, à la période de probation, au déplacement, au renvoi et au licenciement. La protection pourra aussi inclure l'établissement de catégories ou la classification des emplois⁵².

b) Le principe de l'égalité salariale

Historiquement, le travail effectué par les femmes est demeuré en marge des emplois occupés par les hommes et a été considéré de moindre valeur. Toutefois, le besoin de main d'œuvre durant les deux conflits mondiaux a contribué à la révision temporaire de certaines perceptions relatives à la capacité des femmes à effectuer des tâches dont elles étaient exclues. Les besoins de main d'œuvre ont fait taire certains préjugés sur la capacité des femmes à occuper des emplois jusqu'alors considérés comme exigeant des qualités masculines. La nécessité n'a toutefois pas dissipé l'ensemble des croyances préjudiciables à l'égard des femmes; ainsi, malgré la présence accrue des femmes sur le marché du travail pendant la dernière guerre mondiale, les salaires payés aux travailleuses durant les deux guerres demeureront moindres que ceux payés aux hommes avant les guerres. En fait, la sous-valorisation du travail des femmes constitue une des formes particulièrement insidieuses de la discrimination fondée sur le sexe dans la vie au travail.

52. Voir entre autres le rapport néerlandais à la p. 7 et la *Charte des droits et libertés de la personne*, *supra* note 24, art. 16.

Le principe d'égalité salariale sans discrimination entre les hommes et les femmes s'est d'abord traduit par l'expression «à salaire égal pour un travail égal», formule qui repose sur une égalité formelle et qui ne permet pas nécessairement de régler la question de la sous-valorisation du travail des femmes. Le principe de «salaire égal pour un travail de valeur équivalente» prendra la relève, permettant de prendre en considération la réalité sexuée du marché du travail et de garantir l'égalité effective.

Comme l'expose le rapport de Louisiane, l'égalité des salaires entre les sexes a fait l'objet d'une protection particulière en droit américain dès 1963⁵³. La protection contre la discrimination fondée sur le sexe en matière de rémunération s'y articule essentiellement autour du concept de salaire égal pour un travail équivalent. L'équivalence du travail se mesure par différents indices, dont le niveau de responsabilité, l'habileté et l'expertise requises, etc. La Cour suprême des États-Unis, en 1974, a considéré le principe de salaire égal pour un travail similaire en substance (*substantially equal*) dans une affaire où des inspecteurs de sexe féminin travaillant de jour contestaient les écarts salariaux entre leur salaire et celui accordé à leurs confrères masculins travaillant de nuit. Les plaignantes ont obtenu gain de cause⁵⁴. Le travail effectué par les travailleuses, de même que les conditions de travail, étaient sensiblement les mêmes pour les deux groupes de travailleurs et seul le fait de travailler de jour ou de nuit distinguait les deux emplois. En 1981⁵⁵, la Cour suprême jugea que dans la mesure où les tâches et responsabilités des gardiennes comportaient certaines différences avec celles des hommes, leur action ne pouvait pas être admise dans le cadre de l'*Equal Pay Act*. Elles obtinrent toutefois gain de cause en vertu de la protection générale contre la discrimination fondée sur le sexe du *Civil Rights Act*.

Au Québec, la *Charte des droits et libertés de la personne*⁵⁶ accorde formellement une garantie aux femmes d'obtenir un salaire égal pour un travail de valeur équivalente. Dans une décision récente⁵⁷, le Tribunal des droits de la

53. Rapport louisianais aux pp. 30 à 33.

54. *Coring Glass Works c. Brennan* (1974), 417 U.S. 188.

55. *County of Washington c. Gunter* (1981), 452 U.S. 161.

56. *Supra* note 24, art. 24.

57. *CDPDJQ (Rhéaume et autres) c. Université Laval*, [2000] R.J.Q. 2156 (en appel).

personne a conclu que pareille protection impliquait qu'au terme d'une évaluation de catégories d'emplois en fonction de la prédominance sexuelle, un employeur était responsable de discrimination fondée sur le sexe s'il continuait d'appliquer aux emplois différents jugés équivalents des modes de rémunération différents. La coexistence d'un mode de rémunération à échelle pour les femmes et d'un mode de rémunération à taux fixe pour les hommes, taux équivalant au maximum de l'échelle salariale des femmes, fut considérée comme une entrave au principe d'égalité salariale.

Le droit à l'égalité salariale n'est pas un droit absolu. Certaines différences sont expressément reconnues comme étant non discriminatoires. Ainsi, l'ancienneté, l'expérience, l'évaluation au mérite, de même que la quantité de production pourront justifier des écarts salariaux si ces critères sont communs à tous les salariés. Le système japonais se distingue à cet égard. La détermination du salaire au Japon repose sur l'ancienneté qui tient largement compte d'éléments tels que l'âge et la composition familiale du travailleur. Ce dernier point n'est pas sans susciter de craintes sur l'inégalité qu'il peut entraîner sur le plan individuel⁵⁸.

Le modèle traditionnel de revendication des droits fondamentaux se prête mal au principe de l'égalité salariale entre hommes et femmes en raison du caractère systémique du phénomène. Aussi, de nouvelles formules sont mises en place, telles l'adoption de lois proactives en vertu desquelles il incombe aux employeurs de mettre en place les moyens pour s'assurer que les femmes reçoivent un salaire qui n'est pas empreint de discrimination. Ce type de législation prévoit un calendrier de réalisation au terme duquel les ajustements salariaux doivent être versés. Le succès de telle législation demeure intrinsèquement lié au contrôle qui est exercé sur les employeurs par les autorités compétentes. Ces lois se retrouvent notamment au Québec et en Ontario. L'adoption de la *Loi sur l'équité salariale*⁵⁹ au Québec en 1996 a suscité beaucoup d'espoir. Ces espoirs s'estompent au fur et à mesure que l'échéance du 21 novembre 2001 approche et que la mise en œuvre de la loi semble caractérisée par la négociation plutôt que par les principes propres aux droits

58. Rapport japonais à la p.7.

59. L.R.Q. c. E-12.001.

fondamentaux dans les milieux syndiqués et ce, en plus d'une absence de mesures conformes à la Loi dans les milieux non syndiqués.

La présence des femmes sur le marché du travail ne fait plus l'objet de remise en question. Les fondements de l'égalité ne font toutefois pas l'unanimité.

Le rapport national japonais est particulièrement éclairant à cet égard. Il constate que la législation relative à la discrimination fondée sur le sexe se base encore sur une approche paternaliste de protection des femmes, qui sont considérées comme plus fragiles tant physiquement que socialement, et par là plus exposées aux risques d'exploitation liés à l'emploi. Cette optique reste profondément enracinée même dans les milieux syndicaux et au sein des mouvements féministes. La dernière réforme de la *Loi sur l'égalité des chances et de traitement entre les hommes et les femmes dans l'emploi*, intervenue en 1997 et entrée en vigueur en 1999, malgré qu'elle ait supprimé les restrictions relatives aux heures de travail des femmes, n'a cependant pas fait perdre ce caractère à la loi, ce qui fait dire au rapporteur national que le Japon est encore loin de la mise sur pied d'une égalité réelle entre les hommes et les femmes⁶⁰. Comme le rappelle le rapport national français, l'interdiction du travail de nuit des femmes toujours présente dans le Code du travail français⁶¹ s'inscrit aussi à pareille enseigne.

La discrimination des femmes sur le marché du travail coexiste avec plusieurs autres formes d'atteintes aux droits fondamentaux. La discrimination fondée sur la race dans la vie au travail est particulièrement interpellante à un moment où la mondialisation est sur toutes les lèvres et que la mobilité des travailleurs ne peut qu'être appelée à s'intensifier. Les objectifs économiques et financiers que sous-tend le libre marché ne peuvent se réaliser en vase clos, en marge d'une prise de position non ambiguë pour le respect des droits fondamentaux des minorités raciales.

60. Rapport japonais à la p. 4.

61. *Code du travail*, Paris, Dalloz, 1999, art. 213-1.

c) La portée du motif «race»

La garantie d'égalité sans discrimination fondée sur la race est généralement reconnue dans le droit interne, comme en témoignent les rapports nationaux. Cette protection des personnes appartenant à une minorité se pose en terme de race, mais aussi de couleur, d'origine ethnique ou nationale, ou encore en fonction de la notion d'étranger ou d'appartenance à une caste⁶². Ainsi, la lutte contre la discrimination envers les groupes raciaux s'adresse tant au caractère biologique que culturel. L'expression du droit pourra toutefois avoir une portée restreinte à certaines sphères de la vie au travail. À titre d'exemple, la Loi japonaise sur les normes du travail qui interdit la discrimination raciale restreint cette protection aux relations de travail déjà existantes et laisse entier le problème des discriminations à l'embauche et au recrutement⁶³. Par ailleurs, en Belgique, il n'existe pas de garanties légales expresses garantissant une protection contre le harcèlement racial sur les lieux de travail, sauf application éventuelle des lois pénales de 1981 et 1994 sur le racisme, la discrimination et la xénophobie⁶⁴. Le rapport espagnol constate aussi l'absence de protection expresse contre toute autre forme de harcèlement que celui fondé sur le sexe. Tel que l'indique le rapporteur espagnol, cette situation pourrait être appelée à changer par la transposition des directives adoptées l'an dernier par le Conseil des Ministres de l'Union européenne sur la base de l'article 13 du Traité de la Communauté européenne.

L'adoption par le Conseil des communautés européennes, le 29 juin 2000, de la *Directive relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique* met en relief le besoin de renforcer la protection des droits fondamentaux des personnes appartenant à un groupe racial ou qui sont d'une origine ethnique différente de la majorité et qui composent la force de travail des États membres de la Communauté économique européenne. Elle couvre un champ d'application relativement large qui comprend les conditions d'accès à un emploi salarié ou à une activité indépendante, à une formation ou à une orientation

62. Le rapport tchadien note les exclusions dont sont victimes les personnes en raison de leur appartenance à une caste : Rapport tchadien à la p. 3.

63. Rapport japonais à la p. 1.

64. Rapport belge à la p. 11.

professionnelles ainsi que les conditions d'emploi et de travail. En outre, elle pose le principe de non-discrimination en matière d'affiliation et d'engagement dans une organisation de travailleurs ou d'employeurs ou dans toute autre organisation professionnelle. Cette Directive, qualifiée de «verticale», s'étend à la protection sociale, aux avantages sociaux, à l'éducation et à l'accès aux biens et services ainsi qu'à leur fourniture, y compris le logement. La transposition de cette Directive dans le droit interne doit se faire au plus tard en 2003.

La jurisprudence des tribunaux canadiens en matière de discrimination fondée sur la race, l'origine ethnique, la couleur ou l'origine nationale, critères expressément mentionnés dans la Charte québécoise, demeure particulièrement silencieuse.

Le caractère systémique de la discrimination raciale, bien que faisant l'objet de multiples études, fait rarement l'objet de contestation devant les tribunaux. Toutefois, en 1997, le Tribunal canadien des droits de la personne⁶⁵ fut appelé à se pencher sur une plainte de discrimination systémique envers les membres de minorités visibles au service de Santé et Bien-être social Canada. À la lumière de la preuve statistique déposée devant lui, le Tribunal canadien a conclu que les diverses pratiques de dotation du personnel avaient des répercussions néfastes disproportionnées sur les minorités visibles oeuvrant à ce ministère et étaient discriminatoires. Pour remédier à cette situation, le Tribunal a ordonné la mise en place de trois types de mesures, dont des mesures temporaires prenant la forme d'objectifs quantitatifs en matière d'embauche et de promotion. Une réparation qui, bien que disponible, a rarement fait l'objet d'ordonnances dans la jurisprudence canadienne.

Le rapport de Louisiane fait état d'exemples intéressants de décisions judiciaires rendues en matière de discrimination raciale. La décision *Brown c. Board of Education of Topeka*, rendue en 1954, fait figure d'emblème. Il s'agissait pour la Cour suprême des États-Unis de déterminer si la ségrégation des enfants dans les écoles publiques américaines, sur le seul fondement de la

65. *Alliance de la capitale nationale et Commission canadienne des droits de la personne et Commission de la fonction publique et le Conseil du trésor*, Tribunal canadien des droits de la personne, 19 mars 1997, prés. Grant Sinclair.

race, entravait l'égalité des chances de ces enfants. La Cour a répondu par l'affirmative. Elle a rejeté la doctrine du «séparés mais égaux», affirmant que la ségrégation des enfants blancs et des enfants de couleur dans les écoles publiques nuisait à ces derniers, les privant de l'égale protection des lois⁶⁶.

Par ailleurs, en 1974 dans l'affaire *Griggs c. Duke Powers Co.*, la démonstration a été faite devant la Cour suprême des États-Unis de l'effet discriminatoire d'une politique d'embauche reposant sur la scolarité en Caroline du Nord, où le pourcentage de noirs (12%) qui détenaient un diplôme était très inférieur au pourcentage de blancs (34%) détenteurs de diplôme.

L'élaboration de corpus législatifs visant à lutter contre la discrimination dans la vie au travail n'est toutefois pas garante de son effectivité, comme en témoigne notamment le rapport tchadien. Les mécanismes de protection ainsi que les recours qui sont ouverts aux victimes de discrimination peuvent avoir un effet incitatif ou, au contraire, dissuasif sur l'exigence du respect de l'interdit de discrimination. Mécanismes de protection et recours seront les derniers points que nous aborderons.

B - Les mécanismes de protection et les recours

La norme anti-discriminatoire se retrouve généralement insérée dans le droit constitutionnel, balisant ainsi le domaine du droit public. Le principe de non-discrimination dans la vie au travail se pose en termes de pluralité de régimes. La règle de droit s'inscrira ou dans le droit civil, ou dans le droit du travail, ou encore en droit pénal quand ce n'est dans les trois champs parallèlement, comme c'est le cas en France. Une telle situation engendre par le fait même une pluralité des contentieux sans pour autant se traduire par une plus grande protection : dans une étude récente, le Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations⁶⁷ constate qu'en France, du point de vue quantitatif, le contentieux de la discrimination, tant pénal que civil, continue d'être extrêmement faible.

66. Rapport louisianais à la p. 5.

67. GROUPE D'ÉTUDE ET DE LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS, *supra* note 31 à la p. 22.

Les rapports nationaux français, japonais, belge, espagnol et syrien font état du traitement pénal de la discrimination dans la vie au travail. La répression pénale de la discrimination constitue un indice du degré de réprobation que la société manifeste à l'égard de certains comportements discriminatoires. Le traitement pénal de la discrimination s'avère toutefois mal adapté à la norme anti-discriminatoire, tout particulièrement au chapitre de la preuve d'intention qui s'y rattache, de telle sorte que les discriminations indirectes ne peuvent pas être appréhendées. L'étude réalisée par le GELD note la faible mobilisation des «parquets» et de la police judiciaire face aux crimes qui portent atteinte à la dignité de la personne en France. Dans les rares cas de saisine, la faible intensité des sanctions demandées et ordonnées perpétue la dévalorisation du délit de discrimination⁶⁸.

Le traitement civil de la discrimination n'est pas non plus exempt d'irritants. Sans support, la victime de discrimination pourra avoir de la difficulté à franchir l'étape qui consiste à rassembler un ensemble d'éléments de faits susceptibles de faire présumer la discrimination et de convaincre le juge qu'il convient de solliciter une justification de l'employeur⁶⁹ et ce, tant en matière civile que devant les juridictions «prud'homales». Comme l'indiquent plusieurs rapports nationaux⁷⁰, les syndicats pourront apporter leur soutien aux victimes de discrimination et dans certains cas, le syndicat pourra même se substituer au salarié et exercer l'action individuelle pour lui. Cette alternative, qui s'appuie sur la dynamique des rapports collectifs de travail, comporte ses propres limites. En premier lieu, le mandat du syndicat qui repose d'abord sur la défense des intérêts collectifs de ses membres, en majorité des hommes blancs⁷¹. En outre, le faible taux de syndicalisation, dans certains pays, constitue en soi une barrière à une généralisation de la mission des syndicats dans le traitement des discriminations.

68. *Ibid.* aux pp. 27 et 28.

69. *Ibid.* à la p. 28.

70. Voir entre autres les rapports français, belge, japonais et québécois.

71. Le GROUPE D'ÉTUDE ET DE LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS, *supra* note 31 à la p. 30, indique que certaines discriminations sont sans doute plus aisément prises en charge que d'autres, si l'on en juge par la faiblesse du contentieux relatif à la discrimination hommes/femmes par exemple.

Pour pallier aux difficultés que rencontrent les victimes de discrimination, certains pays ont mis en place des agences ou des commissions des droits de l'homme dont le rôle est d'assurer la promotion et le respect des droits énoncés dans les lois qui interdisent la discrimination, notamment dans le domaine de l'emploi. Les modèles américain et canadien offrent de nombreuses similitudes et ce, même dans les irritants qu'ils engendrent.

Aux États Unis, l'application des lois anti-discriminatoires est confiée tant à des agences fédérales et étatiques qu'aux tribunaux. Ces agences procèdent à une enquête aux termes de laquelle elles peuvent intenter une action en justice au nom des employés qui ont déposé la plainte. Le mandat des agences ne doit pas être confondu avec celui des tribunaux; elles ne peuvent exonérer un employeur d'avoir violé la loi. Dans le cours de l'enquête, les agences peuvent proposer une transaction entre les parties. En cas d'impossibilité d'en arriver à une entente, l'agence pourra saisir un tribunal du litige qui subsiste⁷².

Pour le plaignant, pareille démarche offre de nombreux avantages dont le fait de ne plus être seul dans la recherche des éléments de preuve, d'autant plus que dans certains cas les agences ou commissions peuvent contraindre les employeurs à déposer certaines preuves. L'assistance légale qu'elles fournissent aux plaignants lorsqu'elles décident de s'adresser aux tribunaux constitue une facette particulièrement importante car pour plusieurs victimes de discrimination, coûts et dédales judiciaires participeront à l'abandon de toute procédure.

Le rôle de «filtre» que jouent ces agences n'est pas sans créer certains problèmes, tout particulièrement en matière de délais. La Cour suprême du Canada a récemment indiqué que les longs délais au niveau des commissions des droits de la personne posent de sérieux problèmes, tant pour les plaignants que pour les individus mis en cause par une plainte de discrimination ou de harcèlement sexuel. Les délais d'enquête en matière de discrimination systémique posent le même problème. Ainsi, en matière de disparités salariales, une plainte déposée auprès d'une agence fédérale du Canada a requis plus de dix années d'enquête. Une situation qui suscite de nombreuses critiques.

72. Rapport louisianais aux pp. 35 à 38.

Il n'en demeure pas moins que la création de telles instances apparaît être une solution à l'isolement et aux difficultés que rencontrent les victimes de discrimination. En France, la mise en place d'une instance ayant pour mandat d'élaborer et de proposer aux acteurs sociaux des stratégies juridiques ou judiciaires est actuellement envisagée⁷³ comme solution à la faiblesse du contentieux en matière de discrimination.

Au Québec, un tribunal judiciaire spécialisé en matière de droits de la personne est venu s'ajouter à la Commission des droits de la personne au début des années 1990. Bien que ce tribunal n'ait pas une compétence exclusive en matière de droits de la personne, il est vite devenu le forum privilégié pour trancher ce type de litige. Comme l'indique le rapport québécois, jusqu'en 1997, les individus seuls pouvaient, à certaines conditions, saisir le Tribunal des droits de la personne. Un arrêt de la Cour d'appel du Québec a donné une portée plus limitée au droit de saisine individuelle, fermant ainsi la porte aux plaintes d'individus non soutenues par la Commission des droits de la personne.

La création d'organismes et de tribunaux spécialisés en matière de droits de la personne constitue une réponse à l'inadéquation entre les contraventions aux lois anti-discriminatoires et la faiblesse des contentieux civil et pénal sur de telles questions. Le recours à la médiation, à la négociation⁷⁴ ou à l'arbitrage est identifié dans plusieurs rapports nationaux comme la voie privilégiée, quand ce n'est pas imposé par les clauses d'arbitrage obligatoire⁷⁵ qui donnent une compétence exclusive aux tribunaux d'arbitrage⁷⁶. Comme le démontre le rapport québécois, le débat demeure vif sur cette question.

Arbitrage, conciliation, négociation et modes alternatifs de résolution des conflits⁷⁷ sont autant de formules qui ont l'avantage de favoriser un

73. GROUPE D'ÉTUDE ET DE LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS, *supra* note 31 à la p. 33.

74. Voir le Rapport japonais à la p. 9.

75. Rapport louisianais aux pp. 40 et 41. De telles clauses sont aussi incluses dans le droit des provinces canadiennes.

76. Sur le débat entourant l'exclusivité de la compétence des tribunaux d'arbitrage, voir le rapport québécois.

77. Rapport colombien à la p. 8.

règlement rapide des conflits. De tels règlements demeurent toutefois souvent en marge de la règle de droit et ne contribuent pas nécessairement à la modification des pratiques sociales, objectif majeur de la lutte contre les discriminations.

C - Les réparations en matière de droits de la personne

Le principe de réparation des dommages causés à autrui, en raison d'une atteinte à son droit à l'égalité sans discrimination dans la vie au travail, est la remise dans l'état antérieur. La réparation pourra ainsi prendre la forme d'une réintégration, d'une indemnisation des dommages matériels de même que l'indemnisation des dommages moraux causés par l'acte discriminatoire. L'octroi de dommages punitifs ou exemplaires est pour sa part destiné à mettre en évidence la réprobation de la société envers une conduite qui démontre l'intention de nuire de l'auteur de l'acte discriminatoire. Les rapports nationaux font état de quelques autres réparations qui peuvent être imposées par les tribunaux, dont l'ordonnance de programmes d'accès à l'emploi destinés à contrer la sous-représentation de certains groupes défavorisés. Les réparations qui pourront être réclamées dépendent essentiellement de deux éléments : le traitement pénal ou civil de la plainte et le moment où l'atteinte aux droits fondamentaux a eu lieu.

En matière pénale, les auteurs d'une violation à un droit fondamental - recruteur, employeur ou employé - sont passibles d'amendes ou d'emprisonnement. L'exemple français est particulièrement éloquent sur l'inadéquation de ce type de sanction. Le GELD note que les délinquants reçoivent presque systématiquement des peines avec sursis ou de faibles amendes, ce qui porte la gravité du délit en dérision⁷⁸. Quant à la poursuite de personnes morales dans ce champ juridictionnel, elle est très peu utilisée⁷⁹.

Dans la vie au travail, l'atteinte au droit à l'égalité sans discrimination se pose plus souvent qu'autrement en termes de refus d'embauche, de licenciement ou de démission, tout particulièrement dans les cas de harcèlement.

78. GROUPE D'ÉTUDE ET DE LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS, *supra* note 31 à la p. 27.

79. *Ibid.* à la p. 78.

En matière civile, la réintégration d'un travailleur dans un emploi dont il fut exclu apparaît la réparation la mieux à même de remettre les parties en état. De façon générale, les rapporteurs nationaux indiquent qu'une telle réparation est possible, du moins lorsque la discrimination intervient en cours d'emploi. Pareille réparation demeure toutefois d'application restreinte. Les rapporteurs japonais et belge soulignent d'ailleurs le caractère exceptionnel de la réintégration. Le caractère *intuiti personae* des contrats d'embauche n'est pas étranger à la réticence des tribunaux à ordonner une telle réparation.

En matière d'accès à l'emploi, les ordonnances d'intégration dans le processus d'embauche ou en emploi semblent être l'exception à la règle⁸⁰. L'analyse de la jurisprudence canadienne démontre que ce remède est rarement recherché par les victimes.

Certains rapports nationaux font d'ailleurs état de l'absence de volonté d'obtenir une ordonnance de réintégration de la part des victimes de discrimination⁸¹.

L'indemnisation des dommages résultant de la discrimination illicite dans la vie au travail peut prendre diverses formes. L'indemnisation des dommages matériels constitue la forme la plus usitée d'indemnisation accordée aux victimes de discrimination en emploi, et plus spécifiquement la compensation de la perte de salaire occasionnée par l'acte discriminatoire. L'appréciation de la perte salariale pourra reposer non seulement sur le salaire de base consenti aux travailleurs, en contrepartie de leur prestation de travail, mais englobera tous les avantages payés par l'employeur au travailleur en raison de son emploi. Il revient généralement au juge d'apprécier l'indemnité. Certaines lois prévoient toutefois l'octroi d'un montant forfaitaire équivalant à quelques mois de rémunération. Le rapport de Louisiane précise que le *Civil Rights Act* limite l'indemnisation en matière de discrimination directe, autre que raciale, en fonction du nombre d'employés de l'entreprise. Ainsi, des indemnités de 50,000 \$ à 300,000 \$ pourront être octroyées selon que l'entreprise responsable

80. Voir le rapport japonais, à la p. 2, qui indique qu'une telle ordonnance pourra être imposée par un tribunal uniquement en matière de discrimination fondée sur le sexe.

81. Rapport japonais à la p. 2.

de l'acte discriminatoire compte 50 ou plus de 500 employés. En pareille circonstance, l'indemnité couvre aussi les dommages moraux.

Plusieurs lois anti-discriminatoires prévoient des plafonds en matière d'indemnisation. Tel n'est pas le cas au Québec. Ainsi, le Tribunal des droits de la personne a octroyé récemment une compensation de près d'un million de dollars à quelques centaines de plaignantes dans une affaire d'inégalité salariale⁸². Au niveau fédéral, des employées de la fonction publique du Canada ont obtenu une compensation de plus d'un million de dollars à titre d'indemnité matérielle pour la discrimination salariale dont elles ont été victimes entre 1983 et aujourd'hui⁸³. En matière de harcèlement moral, des dommages matériels de l'ordre de près de 150,000 \$⁸⁴ ont été octroyés à une victime par le Tribunal des droits de la personne du Québec.

La possibilité d'imposer des dommages punitifs ou exemplaires demeure exceptionnelle si l'on s'en réfère aux rapports nationaux. En effet, elle est permise au Canada et aux États-Unis dans le traitement civil d'une plainte de discrimination, mais il semble qu'ailleurs, le législateur laisse à la juridiction pénale le soin de punir une conduite jugée répréhensible. Au Canada, la Cour suprême a balisé l'octroi des dommages exemplaires que permet la Charte québécoise des droits et libertés. Ce n'est que lorsque la preuve révèle un comportement fautif, une volonté de causer les conséquences de la conduite discriminatoire que de telles indemnités seront accordées, de telle sorte que ce chef de dommages demeure restreint à la discrimination directe. La détermination du montant des dommages est laissée à la discrétion du tribunal qui, par l'entremise de cette forme d'indemnisation, envoie un message à l'auteur de l'acte discriminatoire et à la société que pareille action ne peut être tolérée.

Soulignons en terminant quelques autres formes de réparations énoncées dans les rapports nationaux. Au Japon, la violation de certaines obligations

82. *CDPDJQ (Rhéaume et autres) c. Université Laval*, *supra* note 57.

83. *Alliance de la Fonction publique du Canada et autre c. Procureur général du Canada et autre*, [1998] 32 C.H.R.R. D/349 (TCDP), confirmé en appel *PG Canada c. Alliance de la Fonction publique du Canada et autre*, [1999] 35 C.H.R.R. D/387 (CF).

84. *CDPDJ (Lippé) c. Procureur général du Québec*, [1998] R.J.Q. 3397; (2000) 36 C.H.R.R. D/227.

énoncées dans *Loi sur l'égalité des chances et de traitement entre les hommes et les femmes* (1997) peut donner lieu à la publication du nom de l'entreprise contrevenante. Aux États-Unis, la victime de discrimination pourra réclamer les honoraires d'avocats. En France comme au Canada, et probablement aussi ailleurs, un travailleur pourra demander la nullité de la clause discriminatoire. En Espagne, au Canada et aux États-Unis, l'établissement d'un programme d'accès à l'égalité, mesure proactive, pourra faire partie des ordonnances d'un tribunal.

Conclusion

L'emploi est au cœur de la vie active de la majorité des hommes et des femmes de toutes races, de toutes religions, de toutes origines et de toutes conditions sociales. Pour le travailleur, l'emploi conditionne de multiples aspects de sa vie. Pour l'employeur, le choix du collaborateur est déterminant pour la bonne marche de son entreprise. Le marché du travail a été l'objet de nombreuses révolutions : la présence accrue des femmes, le multiculturalisme des sociétés, l'avènement de nouvelles technologies favorisant l'insertion de groupes traditionnellement exclus, dont les personnes handicapées. L'opportunité pour chacun d'accéder au marché du travail et de pouvoir y progresser en fonction de ses compétences, à l'abri des préjugés, fait désormais partie des défis que se sont fixés les sociétés. Comme en font foi les rapports nationaux, la lutte contre les discriminations est bien ancrée dans le droit interne. Toutefois, son effectivité réside dans son appropriation par l'ensemble des acteurs. Le droit constitue un outil de transformation sociale, mais c'est sur le terrain que prennent vie les changements. Comme nous l'ont signalé des participants à cette journée, le droit à l'égalité passe par la mobilisation des masses.

Aujourd'hui, le défi dépasse le territoire des États et s'inscrit dans une nouvelle dimension financière, commerciale et économique que constitue la mondialisation des marchés. La tentation risque fort d'être grande pour les employeurs désireux d'être compétitifs de s'installer là où les normes juridiques sont les moins développées.

Une dernière réflexion : le décloisonnement des marchés pose en terme d'urgence le besoin de réaffirmer les principes et droits fondamentaux universellement reconnus notamment dans la vie au travail. *La Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*⁸⁵ (1998) constitue un bel exemple de mobilisation.

Les nouvelles formes de structures économiques doivent obéir aux principes et droits fondamentaux si patiemment élaborés sur la scène internationale. En ce sens, l'Union européenne offre un exemple inspirant de mise en œuvre d'un libre marché économique érigé dans le souci du respect d'un code commun de valeurs fondamentales.

85. *Supra* note 7.