

La discrimination systémique sous la Charte québécoise. En marge des arrêts O'Malley et Bhinder

Guy Lavergne

Volume 27, numéro 4, 1986

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042775ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/042775ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cette note

Lavergne, G. (1986). La discrimination systémique sous la Charte québécoise. En marge des arrêts O'Malley et Bhinder. *Les Cahiers de droit*, 27(4), 901–938. <https://doi.org/10.7202/042775ar>

Résumé de l'article

This note is a discussion of the various aspects of systemic discrimination in a comparative law perspective. The most important decisions and doctrinal opinions in American and Canadian law are considered and discussed. The issues considered are systemic discrimination, the BFOQ and business necessity defences, and the duty to accommodate. Recent developments in Canadian and American law are used as a framework to reevaluate the scope and meaning of the Quebec Charter with respect to issues of systemic discrimination.

**La discrimination systémique
sous la Charte québécoise.
En marge des arrêts O'Malley et Bhinder**

Guy LAVERGNE*

This note is a discussion of the various aspects of systemic discrimination in a comparative law perspective. The most important decisions and doctrinal opinions in American and Canadian law are considered and discussed. The issues considered are systemic discrimination, the BFOQ and business necessity defences, and the duty to accommodate. Recent developments in Canadian and American law are used as a framework to reevaluate the scope and meaning of the Quebec Charter with respect to issues of systemic discrimination.

	<i>Pages</i>
Introduction	902
1. La discrimination en droit américain	904
1.1. La discrimination systémique en droit américain.....	904
1.2. L'exception relative aux impératifs de gestion [<i>business necessity</i>].....	905
1.3. L'exception relative aux exigences professionnelles justifiées [<i>BFOQ</i>]	906
1.4. L'obligation d'accommoder	908
2. La discrimination en droit canadien	911
2.1. La discrimination systémique en droit canadien.....	911
2.2. L'exception relative aux exigences professionnelles justifiées [<i>BFOQ</i>].....	912
2.3. L'obligation d'accommoder	916
2.4. Les arrêts <i>O'Malley</i> et <i>Bhinder</i>	917
2.4.1. L'arrêt <i>O'Malley</i>	917
2.4.2. L'arrêt <i>Bhinder</i>	921
3. La discrimination en droit québécois	924
3.1. La discrimination systémique dans la jurisprudence québécoise	924

* Étudiant, Faculté de droit, Université Laval. Cette note résulte d'une recherche dirigée par le professeur Henri Brun.

	<i>Pages</i>
3.1.1. La discrimination involontaire.....	924
3.1.2. La discrimination par suite d'un effet préjudiciable.....	925
3.2. L'obligation d'accommoder.....	928
3.3. L'exception relative aux « aptitudes ou qualités requises par un emploi ».....	929
3.4. L'exception relative aux institutions à caractère particulier.....	932
Conclusion	933

Introduction

En droit canadien, la notion de discrimination systémique est relativement nouvelle et il n'existe pas à son sujet de consensus juridique véritable. Selon M^e Madeleine Caron, il s'agit d'une forme de discrimination « qui prend sa source dans l'ensemble des pratiques d'une entreprise ou d'une institution, pratiques souvent neutres en apparence, mais qui produisent des effets discriminatoires à l'égard des membres de certains groupes minoritaires »¹. Elle en distingue deux formes². La première forme consiste en une pratique qui est à sa face même discriminatoire, mais non intentionnelle. La seconde forme consiste en un ensemble de pratiques non discriminatoires à leur face même, mais qui produisent un effet d'exclusion à l'égard des minorités. La jurisprudence canadienne récente a adopté les expressions « discrimination involontaire » et « discrimination par suite d'un effet préjudiciable » pour désigner respectivement ces deux formes de discrimination systémique.

L'état du droit canadien en matière de discrimination systémique varie considérablement d'une juridiction à l'autre. On conçoit facilement la complexité de la situation si l'on songe que chacune des 13 juridictions possède sa propre législation en matière de discrimination. Cette absence de consensus s'explique notamment par le fait que, s'agissant d'un droit relativement nouveau, il est en constante évolution. Au Canada anglais, cette évolution eut lieu de façon plus ou moins parallèle d'une juridiction à l'autre, les tribunaux canadiens ayant fortement tendance à transposer en droit canadien des concepts d'abord développés en droit américain. De nouvelles

1. M. CARON, « Le droit à l'égalité dans la nouvelle Charte québécoise, telle que modifiée par le projet de loi 86 », Barreau du Québec, Formation permanente 83, 1983-84, p. 144.

2. *Id.*, p. 144-145.

formes de discrimination, telle la discrimination par suite d'un effet préjudiciable [*adverse effect discrimination*] en vinrent peu à peu à être reconnues, d'abord en droit américain³ puis en droit canadien⁴.

Tel ne fut pas le cas au Québec; le droit y évolua, pour ainsi dire, à l'abri de l'influence américaine. Les tribunaux québécois, dans leur approche des dispositions de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁵ [ci-après appelée la Charte] relatives à la discrimination, firent preuve d'une certaine retenue et d'une grande modération. Au soutien de cette attitude, les tribunaux invoquèrent la séparation des pouvoirs; leur rôle n'étant pas de se substituer au législateur, ils se devaient de respecter les limites inhérentes à notre système constitutionnel. Les propos du juge Desjardins, dans l'affaire *C.D.P.Q. c. Ville de Beauport*, résumant bien les motifs qui sous-tendent cette approche :

On sait que les Tribunaux américains, contrairement aux Tribunaux britanniques et canadiens qui se bornent à interpréter l'intention du législateur telle qu'exprimée dans les textes de Lois, se donnent un rôle législatif notamment sous le couvert d'interpréter la constitution américaine et en ce faisant dépassent fréquemment le cadre des règles d'interprétation tel que nous les connaissons. Dans leur contexte, ces décisions sont peut-être bien fondées, mais il appert à la Cour qu'elle ne saurait s'en prévaloir pour étendre la portée du texte d'une de nos lois, compte tenu que dans notre tradition il appartient, non pas aux tribunaux, mais au législateur de le faire.⁶

Cette approche positiviste pouvait sembler justifiée dans la mesure où la règle du *stare decisis* ne s'applique pas de façon rigoureuse entre juridictions parallèles; d'autant plus que jusqu'à tout récemment, la quasi-totalité des décisions canadiennes relatives à ces nouvelles formes de discrimination provenaient de tribunaux administratifs. Tel n'est cependant plus le cas. En effet, dans deux arrêts récents, la Cour suprême du Canada a reconnu le concept de discrimination par suite d'un effet préjudiciable⁷. Même si techniquement ces décisions concernent des législations « étrangères », il ne fait aucun doute qu'elles auront un impact considérable, sinon déterminant, sur l'évolution du droit québécois. Dans cette perspective, il y a lieu de procéder à une réévaluation de la portée des dispositions de la Charte relatives à la discrimination, à la lumière des développements récents survenus dans les autres juridictions canadiennes et aux États-Unis.

3. *Griggs v. Duke Power Company*, 401 U.S. 424, 91 S.Ct. 849 (1971).

4. *Ishar Singh v. Security and Investigation Services*, Trib. d'enq. Ont., 31 mai 1977.

5. L.R.Q., c. C-12.

6. [1981] C.P. 292, p. 298.

7. *O'Malley c. Simpsons Sears*, [1985] 1 R.C.S. 536; *Bhinder c. Canadian National Railway*, [1985] 2 R.C.S. 561.

C'est dans le domaine de l'emploi que les problèmes relatifs à la discrimination systémique se posent le plus fréquemment. C'est également à partir de problèmes relatifs à la discrimination dans l'emploi qu'ont été élaborés la plupart des concepts discutés ci-après. La discrimination systémique n'en est pas pour autant un phénomène exclusif au domaine de l'emploi; elle peut exister dans tous les domaines d'activité où la discrimination est susceptible d'être rencontrée. La discussion qui suit et les conclusions qui s'en dégagent, bien que fortement axées sur le domaine de l'emploi, s'appliquent *mutatis mutandis* aux autres domaines d'activité et à la discrimination en général dans les relations de droit privé.

1. La discrimination en droit américain

1.1. La discrimination systémique en droit américain

La plupart des concepts relatifs à la discrimination systémique furent d'abord élaborés en droit américain et par la suite reçus en droit canadien; de là l'importance, dans le cadre de cette étude, d'effectuer un survol des principales décisions américaines sur la question.

Le professeur Blumrosen identifie trois étapes, ou plutôt trois concepts d'émergence successive, dans le développement du droit américain relatif à la discrimination dans le domaine de l'emploi⁸. Selon le premier [et le plus ancien] de ces concepts, il y a discrimination lorsqu'une distinction, exclusion ou préférence, motivée par l'antipathie ou l'animosité vouée au groupe auquel une personne appartient, cause un préjudice économique à cette personne. L'intention de nuire, semblable à la *mens rea* du droit criminel, constitue alors un élément essentiel de la discrimination, qui doit être prouvé. Ce concept restrictif de la discrimination prévalut en droit américain jusque vers la fin des années 1940. Selon le second concept, qui prévalut pendant les années 1950 et jusqu'au milieu des années 1960, il y a discrimination lorsqu'une personne appartenant à un groupe particulier est victime d'un traitement défavorable, donc différent de celui réservé aux membres d'un autre groupe. La preuve du traitement préjudiciable [*adverse treatment*] remplace alors celle de l'intention de nuire. L'élément intentionnel de la discrimination, selon ce second concept, consiste à effectuer une distinction consciente. Selon ce second concept, il ne peut y avoir discrimination lorsque deux groupes sont traités de façon identique. Enfin, selon le troisième [et plus récent] concept, la preuve d'un effet préjudiciable [*adverse*

8. Alfred W. BLUMROSEN, « Strangers in Paradise: *Griggs v. Duke Power Co.* and the Concept of Employment Discrimination », (1972) 71 *Michigan Law Review* 59.

effect], i.e. de conséquences discriminatoires, suffit pour qu'un tribunal puisse conclure à discrimination. Ainsi, une mesure, une règle ou une pratique ayant un effet préjudiciable sur un groupe protégé est réputée discriminatoire. Ce dernier concept fut ultimement consacré par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Griggs v. Duke Power Co.*⁹. La compagnie défenderesse [Duke Power] avait comme politique d'exiger de ses employés qu'ils détiennent un diplôme d'études secondaires pour avoir accès aux postes les mieux rémunérés. Cette exigence était exorbitante dans la mesure où elle était sans connexité avec la nature des tâches rattachées à ces emplois. Cette politique avait pour effet d'écarter systématiquement les personnes de race noire de ces postes, celles-ci ne possédant pas, sauf exception, un tel diplôme. Le juge en chef Burger conclut que cette pratique constituait de la discrimination fondée sur la race, en contravention du Titre VII du *Civil Rights Act*¹⁰.

On peut résumer l'essence de cette décision comme suit :

- La discrimination se définit en termes de conséquences ou d'effet préjudiciable, et non en termes d'intention de nuire ou de traitement préjudiciable. C'est ce qu'on appelle la théorie de l'effet discriminatoire.
- Le *Civil Rights Act* vise toutes les formes de discrimination ; les pratiques en apparence neutres, mais qui entraînent des effets discriminatoires sont illicites.
- Il y a exception à ce dernier principe en cas de *business necessity*, c'est-à-dire lorsqu'une pratique ayant un effet discriminatoire est rendue nécessaire par des impératifs reliés au fonctionnement même de l'entreprise ou au rendement des employés.
- Dès qu'on a fait la preuve d'un effet préjudiciable, il appartient à l'auteur [l'employeur] de justifier une mesure discriminatoire¹¹.

1.2. L'exception relative aux impératifs de gestion [*business necessity*]

C'est dans le cadre de l'application des dispositions du *Civil Rights Act* aux situations de discrimination fondée sur la race, que les tribunaux américains élaborèrent cette exception au principe de la non-discrimination. Le *Civil Rights Act* prévoit à l'article 703(e) une exception au principe de la non-discrimination énoncé à l'article 703(a). En vertu de cette exception, la

9. 401 U.S. 424 ; 91 S.Ct. 849 (1971).

10. 78 U.S. Stat. 103, Title VII, a. 703(e) et (h).

11. *Supra*, note 3, p. 853-854.

discrimination est permise « in those certain instances where religion, sex or national origin is a *bona fide occupational qualification* reasonably necessary to the normal operation of that particular business or enterprise ». Cette exception est d'application très restreinte, puisqu'elle ne vise que trois motifs de discrimination, soit : la religion, le sexe et l'origine nationale. Elle n'est d'aucune utilité lorsqu'on allègue un motif autre que ceux énumérés dans l'exception.

Parallèlement à cette exception statutaire, les tribunaux américains ont créé une autre exception, plus sévère, applicable aux cas non spécifiquement énumérés à l'article 703(e). En vertu de cette exception, une mesure, une règle ou une pratique entraînant un effet discriminatoire n'est justifiable que si elle est rendue nécessaire par des impératifs de gestion [*business necessity*] et qu'il n'existe aucune alternative non discriminatoire :

Such a business necessity « connotes an irresistible demand. The system in question must not only foster safety and efficiency, but must be essential to that goal » [...] In *U.S. v. N.L. Ind.*, supra, 479 F. 2d at 365, we stated :

[T]he business purpose must be sufficiently compelling to override any racial impact ; the challenged practice must effectively carry out the business purpose it is alleged to serve ; and there must be available no acceptable alternative policies or practices which would better accomplish the business purpose advanced, or accomplish it equally well with a lesser differential impact.¹²

La preuve qu'une mesure est raisonnablement nécessaire au fonctionnement normal d'une entreprise est insuffisante pour satisfaire aux critères très sévères de cette exception¹³ ; ce qui en fait une exception beaucoup plus étroite que celle relative aux exigences professionnelles justifiées [*BFOQ*].

1.3. L'exception relative aux exigences professionnelles justifiées [*BFOQ*]

Il existe, en droit américain, certaines dispositions législatives permettant une discrimination limitée, lorsqu'un motif de discrimination donné constitue « a *bona fide occupational qualification* reasonably necessary to the normal operation of that particular business or enterprise »¹⁴. Ces exceptions sont d'application limitée ; seuls certains motifs de discrimination spécifiquement énumérés peuvent constituer des exigences professionnelles justifiées.

La portée de ces exceptions fut précisée par la Cour d'appel des États-Unis dans l'arrêt *Diaz v. Pan-Am World Airways Inc.*¹⁵. Pan-Am refusait

12. *Rogers v. International Paper Co.*, 510 F. 2d 1340, p. 1347, (1975), (C.A. É.-U., 8^e circ.).

13. *Supra*, note 8, p. 83.

14. Voir : *Civil Rights Act of 1964*, 42 U.S.C.A., s. 2000e (2)(e) ; *Age Discrimination in Employment Act of 1967*, 29 U.S.C.A., s. 623(f)(1).

15. 442 F. 2d 385, (1971), (C.A. É.-U., 5^e circ.).

d'engager des agents de bord de sexe masculin sous prétexte que sa clientèle préférerait voir à ce poste des personnes de sexe féminin. La Cour conclut que dans ces circonstances, le sexe ne constituait pas une exigence professionnelle justifiée, raisonnablement nécessaire au fonctionnement normal de l'entreprise. La Cour fut d'avis que cette exception devait recevoir une application restrictive :

[...] the use of the word « necessary » in s. 703(e) requires that we apply a business necessity test, not a business convenience test. That is to say, discrimination based on sex is valid only when the essence of the business operation would be undermined by not hiring members of one sex exclusively.

[...] Pan Am cannot exclude all males simply because most males may not perform adequately.

[...] Before sex discrimination can be practiced, it must not only be shown that it is impracticable to find the men that possess the abilities that most women possess but that the abilities are necessary to the business, not merely tangential.

[...] we do not feel that the fact that Pan-Am passengers prefer female stewardesses should alter our judgment.¹⁶

La question du fardeau de preuve incombant à l'employeur fut discutée dans l'arrêt *Weeks v. Southern Bell Telephone and Telegraph Co.*¹⁷. Mme Weeks se fit refuser un emploi de *switchman* parce qu'elle était une femme. L'employeur souleva l'exception relative aux exigences professionnelles justifiées, la nature de l'emploi requérant occasionnellement d'être en mesure de soulever des charges de plus de 30 livres. La Cour rejeta cette défense :

[...] the principle of non-discrimination requires that we hold that in order to rely on the *bona fide* occupational qualification exception an employer has the burden of proving that he had reasonable cause to believe, that is, a factual basis for believing, that all or substantially women would be unable to perform safely and efficiently the duties of the job involved.¹⁸

Par la suite, dans l'affaire *Hogdson v. Greyhound Lines Inc.*¹⁹, on « distingua » l'arrêt *Weeks*, afin d'alléger le fardeau de preuve incombant à l'employeur, lorsque la sécurité du public était en jeu. Greyhound avait comme politique de ne pas embaucher de chauffeurs âgés de plus de 35 ans, sous prétexte que seuls les chauffeurs plus jeunes étaient en mesure de subir adéquatement le stress inhérent à l'emploi de chauffeur débutant. Cette

16. *Id.*, p. 387-388.

17. 408 F. 2d 228, (1969), (C.A. É.-U., 5^e circ.).

18. *Id.*, p. 235.

19. 499 F. 2d 859, (1974), (C.A. É.-U., 5^e circ.).

mesure visait à assurer la sécurité du public à bord des autobus. La Cour accepta cette justification :

Due to such compelling concerns for safety, it is not necessary that Greyhound show that all or substantially all bus drivers applicants over forty could not perform safely. Rather, to the extent that the elimination of Greyhound's hiring policy may impede the attainment of its goal of safety, it must be said that such action undermines the essence of Greyhound's operations. Stated differently, Greyhound must demonstrate that it has a rational basis in fact to believe that elimination of its maximum hiring age policy will increase the likelihood of risk of harm to its passengers.²⁰

Parallèlement, un autre courant jurisprudentiel, fidèle à l'arrêt *Weeks*, se développa²¹. On en vint à développer un test en deux volets :

[...] the burden is on the employer to show (1) that the BFOQ [*bona fide* occupational qualification] which it invokes is reasonably necessary to the essence of its business [...] and (2) that the employer has reasonable, *i.e.*, a factual basis for believing that all or substantially all persons within the class [...] would be unable to perform safely and efficiently the duties of the job involved, or that it is impossible or impractical to deal with persons over the age limit on an individualized basis.²²

Bien que ce second courant semble dominant à l'heure actuelle, l'arrêt *Greyhound* a tout de même été suivi dans une affaire récente²³.

1.4. L'obligation d'accommoder

Dans plusieurs situations de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, l'effet discriminatoire résulte du défaut d'accommoder, *i.e.* du défaut de prendre les mesures nécessaires pour permettre l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne. Cette problématique se rencontre principalement, mais non uniquement, dans le domaine de l'emploi, lorsque les convictions religieuses d'un employé entrent en conflit avec ses conditions de travail. En droit américain, on résolut le problème en imposant à l'employeur une obligation d'accommoder les pratiques religieuses d'un employé ou d'un employé potentiel, à moins qu'il n'en résulte une contrainte excessive pour l'entreprise. Un survol historique du droit américain pertinent est nécessaire pour comprendre la source de cette obligation.

20. *Id.*, p. 863.

21. *Usery v. Tamiami Trail Tours Inc.*, 531 F. 2d 224, (1976), (C.A. É.-U., 5^e circ.); *Arritt v. Grisell*, 567 F. 2d 1267, (1977), C.A. É.-U., 4^e circ.); *Smallwood v. United Airlines Inc.* 661 F. 2d 303, (1981), (C.A. É.-U., 4^e circ.).

22. *Arritt v. Grisell*, *id.*, p. 1271.

23. *Murnane v. American Airlines Inc.*, 667 F. 2d 98, (1981), (C.A. É.-U., Dist. Columbia).

En 1967, l'*Equal Employment Opportunities Commission* [l'agence gouvernementale chargée de la mise en œuvre du *Civil Rights Act*, ci-après appelée *EEOC*] émit la directive suivante :

- (b) The Commission believes that the duty not to discriminate on religious grounds, required by s. 703(a)(1) of the *Civil Rights Act* of 1964, includes an obligation on the part of an employer to make reasonable accommodations to the religious needs of employees and prospective employees where such accommodations can be made without undue hardship on the conduct of the employer's business. Such undue hardship, for example, may exist where the employees needed work cannot be performed by another employee of substantial similar qualifications during the period of absence of the sabbath observer.
- (c) [...] the employer has the burden of proving that an undue hardship renders the required accommodations to the religious needs of the employee unreasonable.²⁴

Les tribunaux réservèrent à cette directive un accueil mitigé. Dans l'affaire *Dewey v. Reynolds Metals Co.*²⁵, un employé avait été congédié suite à son refus de travailler le dimanche, cette journée correspondant au sabbat de sa religion. La Cour d'appel fut majoritairement d'avis que la directive était exorbitante des pouvoirs confiés à l'*EEOC*. Puisqu'en l'espèce il n'y avait pas de traitement préjudiciable, le défaut d'accommoder ne pouvait équivaloir à de la discrimination. Il est important de noter que cette décision fut rendue antérieurement à l'arrêt *Griggs*²⁶, alors que le concept de discrimination en vigueur exigeait la preuve d'un traitement préjudiciable.

Subséquemment à l'arrêt *Griggs*, l'affaire *Riley v. Bendix Corp.*²⁷ parvint devant la Cour d'appel des États-Unis. Les faits sont similaires à ceux de l'arrêt *Dewey*. Un employé membre de l'Église adventiste du septième jour fut remercié de ses services lorsqu'il refusa de travailler le vendredi soir, afin d'observer le sabbat de sa religion. Cette fois, la Cour fut unanime à reconnaître la validité de la directive de l'*EEOC* et à conclure qu'il y avait eu discrimination. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour s'inspira de l'arrêt *Griggs* et aussi du fait que, entretemps [en 1972], le *Civil Rights Act* avait été amendé pour donner suite à la directive de l'*EEOC*²⁸.

Cette approche fut confirmée dans l'arrêt *Reid v. Memphis Publishing Co.*²⁹. L'étendue de l'obligation d'accommoder et le sens à donner au

24. *EEOC guideline*, 29 C.F.R., s. 1605.1.

25. 429 F. 2d 324, (1970), (C.A. É.-U., 6^e circ.); confirmé à 91 S.Ct. 2186, (1971), la Cour suprême s'étant divisée également (4 contre 4).

26. *Supra*, note 3.

27. 464 F. 2d 1113, (1972), (C.A. É.-U., 5^e circ.).

28. 42 U.S.C.A., s. 2000e(j).

29. 468 F. 2d 346, (1972), (C.A. É.-U., 6^e circ.).

concept de contrainte excessive [*undue hardship*] furent précisés par la Cour suprême dans l'arrêt *Trans World Airlines v. Hardison*³⁰. Hardison était un membre de l'Église universelle de Dieu. Après avoir été muté à un nouveau poste, son horaire de travail ne lui permettait plus de respecter le sabbat. Sa présence au travail le samedi était rendue nécessaire par le fait qu'il était le seul employé disponible pour effectuer certaines tâches pendant son quart de travail. En raison de l'existence d'un système d'ancienneté dans la convention collective de travail, il était impossible de remplacer Hardison sans violer les droits d'un autre employé. La majorité de la Cour conclut que :

It would be anomalous to conclude that by «reasonable accommodation» Congress meant that an employer must deny the shift and job preference of some employees, as well as deprive them of their contractual rights, in order to accommodate or prefer the religious needs of others, and we conclude that Title VII does not require an employer to go that far.³¹

Quant à ce qu'il fallait entendre par contrainte excessive, elle affirma :

To require TWA to bear more than a *de minimis* cost in order to give Hardison Saturdays off is an undue hardship.³²

Le juge Marshall et le juge Brennan enregistrèrent quant à eux une forte dissidence³³. Pour notre part, le fait que la majorité ait conclu que l'imposition à l'employeur d'un coût plus que minime constituait une contrainte excessive demeure discutable.

L'obligation d'accommoder survécut tout de même à l'arrêt *Hardison*. L'arrêt *Chrysler Corp. v. Mann*³⁴ vint davantage préciser le caractère relatif de l'obligation d'accommoder. Une telle obligation n'existerait que dans la mesure où l'employé informe son employeur de ses pratiques religieuses et collabore à la recherche d'une solution³⁵. Cet arrêt ne doit toutefois pas être interprété comme obligeant l'employé à faire quelque compromis que ce soit quant à ses pratiques religieuses³⁶. L'obligation de l'employé se limite à informer son employeur de ses pratiques religieuses et à collaborer à la recherche d'une solution mutuellement acceptable.

Quant à la portée à donner aux mots « religion », « croyance » et « pratiques religieuses », la Cour d'appel des États-Unis fut appelée à se prononcer sur la question dans l'arrêt *Lewis v. Califano*³⁷. Madame Lewis

30. 97 S.Ct. 2264, (1977).

31. *Id.*, p. 2275.

32. *Id.*, p. 2277.

33. *Id.*, p. 2277-2283.

34. 561 F. 2d 1282, (1977), (C.A. É.-U., 8^e circ.).

35. *Id.*, p. 1285-1286.

36. *Redmond c. Gaf Corp.*, 574 F. 2d 897, (1978), (C.A. É.-U., 7^e circ.).

37. 616 F. 2d 73, (1980), (C.A. É.-U., 3^e circ.).

souffrait d'une tumeur utérine de forte taille qui la rendait inapte au travail. On lui refusa le bénéfice d'une rente d'invalidité en raison de son refus de subir l'ablation chirurgicale de la tumeur en question. Elle adhérait à l'Église de Dieu et croyait être en mesure de guérir par la prière. Sa religion, toutefois, ne lui défendait pas de subir une intervention chirurgicale. La Cour conclut que :

[...] an individual's sincere religious belief which is not a tenet of her sect is a belief protected by the First Amendment.³⁸

Madame Lewis eut droit à sa rente d'invalidité.

2. La discrimination en droit canadien

2.1. La discrimination systémique en droit canadien

En droit canadien, le concept de discrimination connut une évolution similaire à celle du droit américain³⁹, à quelques années de retard près. Jusqu'à une époque relativement récente, les tribunaux exigeaient la preuve d'une intention de nuire ; la seule négation d'un droit ne constituait pas de la discrimination en l'absence d'une telle intention⁴⁰.

Peu à peu, une nouvelle tendance vint à prévaloir. Selon cette tendance, toute distinction, exclusion ou préférence pratiquée de façon consciente, qu'elle soit motivée par la haine, par le paternalisme, par des considérations de mise en marché ou même par un objectif altruiste constitue de la discrimination⁴¹. Puis, on en vint à abandonner complètement le critère de l'intention. À cet égard, la décision de la Cour suprême de l'Alberta dans l'affaire *Re Attorney General for Alberta and Gares*⁴² constitue une balise importante en droit canadien. Un hôpital albertain avait négocié des conditions de travail différentes avec deux unités de négociation distinctes, l'une composée d'hommes, l'autre composée de femmes. Les hommes obtinrent un salaire supérieur à celui des femmes pour un travail d'égale valeur. La Cour refusa d'accréditer l'argument selon lequel le traitement inégal résultait du jeu de la négociation plutôt que de l'intention de discriminer :

38. *Id.*, p. 81.

39. W. BLACK, « From Intent to Effect: New Trends in Human Rights Cases », (1980) 1 C.H.R.R. C/1 ; R. JURANSZ, « Survey of anti-discrimination law », (1984) 16 *Ottawa Law Review* 117.

40. *Britnell v. Michael Brent Personal Placement Services*, Trib. d'enq. Ont., 7 juin 1968, p. 2-3.

41. W. BLACK, *supra*, note 39.

42. (1976) 67 D.L.R. (3d) 635.

[...] relief in the form of compensation for lost wages should ordinarily be granted to a complainant whose complaint as to unequal pay has been found to be justified, even in the absence of present or past intent to discriminate on the ground of sex. It is the discriminatory result which is prohibited and not a discriminatory intent.⁴³

L'étape suivante fut franchie dans l'affaire *Ishar Singh v. Security and Investigation Services Ltd.*⁴⁴; pour la première fois en droit canadien, on reconnaissait la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. M. Singh, un Sikh pratiquant, avait vu sa demande d'emploi être rejetée par une agence de sécurité. Celle-ci exigeait de tous ses employés qu'ils soient rasés, aient les cheveux courts et portent en tout temps un uniforme comprenant une casquette. Or, la religion de M. Singh lui interdisait de couper les poils de son corps et de porter sur la tête autre chose qu'un turban; c'est pourquoi on avait rejeté sa demande d'emploi. Le tribunal estima qu'il y avait eu discrimination :

[...] Thus, even though Security bears no ill will towards the Sikh religion, its refusal to offer employment to Mr. Singh because of Sikh dress and grooming practices has the effect of denying Mr. Singh his right to practice the religion of his choice. Discrimination in fact exists even though Security did not intend to discriminate.⁴⁵

Le professeur Cumming, qui rendit cette décision, s'inspira largement de l'arrêt *Griggs* et du droit américain. Il considéra également le principe de l'exception relative aux impératifs de gestion mais il considéra, qu'en l'espèce, l'existence de tels motifs n'avait pas été démontrée. Cette décision fut, par la suite, suivie à maintes reprises par les tribunaux administratifs canadiens⁴⁶. Cependant, jusqu'à tout récemment, on ne trouvait que très peu de décisions des tribunaux supérieurs ayant entériné ces principes⁴⁷.

2.2. L'exception relative aux exigences professionnelles justifiées [*BFOQ*]

En droit canadien, la principale décision relative aux exigences professionnelles justifiées est l'arrêt *Ontario Human Rights Commission v. Borough*

43. *Id.*, p. 695.

44. Décision inédite, 31 mai 1977, Trib. d'enq. Ont.

45. *Id.*, p. 19.

46. *Coffer v. Ottawa Board of Commissioners of Police*, Trib. d'enq. Ont., 12 janvier 1979; (Trib. d'enq. Ont.); *Pritam Singh v. Workmen's Compensation Board Hospital*, (1981) 2 C.H.R.R. D/459 (Trib. d'enq. Ont.); *Rand et al. v. Sealy Eastern Ltd.*, (1982) 3 C.H.R.R. D/938 (Trib. d'enq. Ont.); *Action Travail des Femmes c. Canadien National*, (1984) 5 C.H.R.R. D/2327 (Trib. d'enq. féd.); *Christie v. Central Alberta Dairay Pool*, (1985) 6 C.H.R.R. D/2488 (Trib. d'enq. Alta).

47. *Osborne v. Inco Ltd.*, (1984) 5 C.H.R.R. D/2219 (B.R. Man.).

of *Etobicoke*, une décision de la Cour suprême du Canada⁴⁸. Il s'agissait de déterminer si une clause d'une convention collective de travail, prévoyant que les pompiers municipaux seraient obligatoirement mis à la retraite à l'âge de 60 ans, contrevenait à *The Ontario Human Rights Code*⁴⁹. La municipalité plaidait essentiellement que le fait d'être âgé de moins de 60 ans constituait une exigence professionnelle justifiée pour l'emploi de pompier et qu'en conséquence il ne s'agissait pas d'une règle discriminatoire, puisqu'une telle règle était expressément permise par l'article 4(6) du Code⁵⁰. S'exprimant au nom de la Cour, le juge McIntyre attribua comme suit les fardeaux de preuve :

Lorsqu'un plaignant établit devant une commission d'enquête qu'il est, de prime abord, victime de discrimination, en l'espèce que la retraite obligatoire à 60 ans est une condition de travail, il a droit à un redressement en l'absence de justification de la part de son employeur. La seule justification que peut invoquer l'employeur en l'espèce est la preuve, *dont le fardeau lui incombe*, que la retraite obligatoire est une exigence professionnelle réelle de l'emploi en question. La preuve, à mon avis, doit être faite conformément à la règle normale de la preuve en matière civile, c'est-à-dire selon la prépondérance des probabilités.⁵¹ (C'est moi qui souligne)

Quant à la nature de la preuve requise, il énonça un test en deux volets. Le premier volet est subjectif :

Pour constituer une exigence professionnelle réelle, une restriction comme la retraite obligatoire à un âge déterminé, doit être imposée honnêtement, de bonne foi et avec la conviction sincère que cette restriction est imposée en vue d'assurer la bonne exécution du travail en question d'une manière raisonnablement diligente, sûre et économique, et non pour des motifs inavoués ou étrangers qui visent des objectifs susceptibles d'aller à l'encontre de ceux du Code.⁵²

Le second volet du test est objectif :

Elle [l'exigence] doit en outre se rapporter objectivement à l'exercice de l'emploi en question, en étant raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail sans mettre en danger l'employé, ses compagnons de travail et le public en général.⁵³

Et finalement, quant au type de preuve requis :

Je ne dis absolument pas qu'une « preuve scientifique » sera nécessaire dans tous les cas. Il me semble cependant que, dans des cas comme celui en l'espèce,

48. [1982] 1 R.C.S. 202.

49. R.S.O. 1980, c. 340.

50. *Ibid.*

51. *Supra*, note 48, p. 208.

52. *Ibid.*

53. *Ibid.*

une preuve de nature statistique et médicale, [...] sera certainement plus convaincante que le témoignage de personnes même très expérimentées [...].⁵⁴

Une défense fondée sur cette exception doit satisfaire aux deux volets de ce test. Le test est applicable non seulement aux exigences fondées sur l'âge, mais également à celles fondées sur tout motif de discrimination illicite⁵⁵, ou à tout autre critère ou exigence⁵⁶. Dans l'arrêt *Caldwell v. Stuart*⁵⁷, on a appliqué le test de l'arrêt *Etobicoke* à une exclusion fondée sur l'état matrimonial et la religion. Madame Caldwell, une enseignante de religion catholique dans une école catholique de Colombie Britannique, s'était vue refuser le renouvellement de son contrat de travail, suite à son mariage civil avec un homme divorcé, ce mariage contrevenant aux préceptes de l'Église catholique romaine. L'école soulevait l'exception relative aux exigences professionnelles justifiées. La Cour suprême appliqua le test comme suit :

Le critère utilisé dans l'arrêt *Etobicoke* a deux volets. Le premier est subjectif : l'exigence contestée est-elle imposée honnêtement, de bonne foi et avec la conviction sincère qu'elle est imposée en vue d'assurer la bonne exécution du travail en question et non pour des motifs inavoués ou étrangers qui visent des objectifs susceptibles d'aller à l'encontre de ceux du Code ? Il est tout à fait manifeste que cette condition est remplie, car on n'a jamais soutenu dans les présentes procédures que les motifs des autorités scolaires n'étaient pas honnêtes ou de bonne foi ou que l'exigence d'observance religieuse n'a pas été imposée uniquement pour promouvoir les objectifs de l'école. On n'a pas démontré ni même évoqué l'existence d'un motif inavoué.⁵⁸

Il ressort de ces propos du juge McIntyre qu'il y aurait lieu d'appliquer la présomption de bonne foi et que le fardeau de prouver la mauvaise foi incomberait à la partie contre laquelle l'exception est soulevée⁵⁹.

Quant à la partie objective du test :

[...] le critère demeure essentiellement applicable et peut se formuler ainsi : « Considérée objectivement, l'exigence que les professeurs catholiques se conforment à la religion est-elle raisonnablement nécessaire pour assurer la réalisation des objectifs que poursuit l'Église en maintenant une école catholique de caractère distinct dans le but de fournir une éducation catholique à ses élèves ? ».

[...]

À mon avis, considérant les choses objectivement et compte tenu de la nature et des objectifs spéciaux de l'école, l'exigence d'observance religieuse, y compris

54. *Id.*, p. 212.

55. W. PENTNEY, « The BFOQ Defence Since *Etobicoke* », (1986) 7 C.H.R.R. C/86-1.

56. *Bhinder c. Canadian National Railway*, [1985] 2 R.C.S. 561.

57. [1984] 2 R.C.S. 603.

58. *Id.*, p. 622-623.

59. *Contra*: D. PROULX, « Égalité et discrimination dans la Charte québécoise des droits et libertés : étude comparative », (1980) 10 R.D.U.S. 381, p. 623.

l'acceptation et l'observation des règles de l'Église relatives au mariage, est raisonnablement nécessaire pour assurer la réalisation des objectifs de l'école. J'estime que l'on satisfait ainsi au critère de l'arrêt *Etobicoke*, que l'exigence d'observance religieuse constitue une exigence professionnelle réelle [BFOQ] pour une enseignante catholique employée dans une école catholique et que le non-respect de cette exigence a pour effet de la priver de la protection de l'article 8 du *Human Rights Code*.⁶⁰

Dans l'affaire *Air Canada c. Carson*⁶¹, une affaire concernant la sécurité aérienne, la Cour d'appel fédérale adopta le test en deux volets énoncé dans l'arrêt *Arritt v. Grisell*⁶². Ce faisant, la Cour rejeta le principe de l'arrêt *Greyhound*⁶³ à l'effet que le fardeau de preuve incombant à l'employeur soit moins lourd lorsque la sécurité du public est en jeu⁶⁴. L'arrêt *Greyhound* avait pourtant été suivi par un tribunal fédéral dans l'affaire *C.H.R.C. c. Voyageur Colonial Ltd.*⁶⁵.

Les tribunaux canadiens semblent admettre que, dans certaines circonstances, des considérations d'ordre économique puissent servir de fondement à une exigence professionnelle justifiée⁶⁶. On a même admis que les goûts de la clientèle puissent servir de fondement à l'établissement d'une exigence professionnelle raisonnable, même si ces goûts reflètent une attitude discriminatoire :

It is not whether the public perception is reasonable, just, or fair that the exception is about; it is whether in the circumstances of an admitted discriminatory policy the occupational qualification is reasonable. I find nothing in the phraseology of sec. 6(1) and 6(6) to suggest that market factors are not to be considered. If the evidence from that source reveals discriminatory thinking by the public, I find no prohibition to the presentation of such evidence, or its utilization for the purpose of interpreting « reasonable occupational qualification ».⁶⁷

Dans une affaire similaire, un tribunal ontarien a décidé que les préférences discriminatoires de la clientèle d'un salon de coiffure ne pouvaient servir de fondement à une exigence professionnelle justifiée⁶⁸.

60. *Supra*, note 57, p. 623-625.

61. (1985) 57 N.R. 221.

62. 567 F. 2d 1267, p. 1271, (1977), (C.A. É.-U., 4^e circ.).

63. *Hogdson v. Greyhound Lines Inc.*, 499 F. 2d 859, (1974), (C.A. É.-U., 7^e circ.).

64. *Supra*, note 61, p. 223-224.

65. (1980) 1 C.H.R.R. D/239 (Trib. d'enq. féd.).

66. *Carson v. Air Canada*, (1984) 5 C.H.R.R. D/1857 (Trib. d'ap. féd.).

67. *Canada Safeway Ltd. v. Manitoba Food and Commercial Workers Union et al.*, (1984) 5 C.H.R.R. D/2133, p. 2144 (B.R. Man.).

68. *Imberto v. Vic and Tony Coiffure et al.*, (1981) 2 C.H.R.R. D/392 (Trib. d'enq. Ont.).

2.3. L'obligation d'accommoder

En droit canadien, il n'existe pas de disposition statutaire énonçant expressément une obligation d'accommoder les pratiques religieuses d'un employé ou d'un futur employé. Ce sont les tribunaux des droits de la personne qui ont introduit et développé cette notion en droit canadien, malgré l'absence d'une base statutaire. La première mention d'une telle obligation survint dans l'affaire *Singh v. Security and Investigation Services Ltd.*⁶⁹.

Selon un tribunal manitobain, l'obligation d'accommoder découlerait de façon naturelle de l'obligation de ne pas discriminer :

Implicit in the employer's obligation not to discriminate in respect of any term or condition of employment against an employee because of his religion, is the obligation on an employer to have some regard for an employee's religious requirements.⁷⁰

Quant à l'étendue de cette obligation, après quelques tergiversations, les tribunaux canadiens optèrent pour une norme de raisonnabilité⁷¹. L'employé a, de son côté, une obligation corrélative : il doit informer son employeur des contraintes que lui imposent ses pratiques religieuses. Il doit de plus s'agir de pratiques sincères et exercées en toute bonne foi, et non dans le but de s'approprier un avantage particulier⁷². Dans ces circonstances, l'employeur ne se voit pas pour autant imposer une responsabilité stricte ; le défaut de prendre des mesures d'accommodement raisonnables dans les circonstances ne constitue de la discrimination que si de telles mesures peuvent être prises sans qu'il en résulte une contrainte excessive pour l'employeur⁷³.

Il est intéressant de noter que le concept de l'obligation d'accommoder a également été appliqué en dehors du domaine de l'emploi. Dans l'affaire *Pritam Singh v. Workmen's Compensation Board Hospital*⁷⁴, un patient de religion sikh s'était vu refuser un traitement dans un hôpital, parce qu'il refusait de se départir de son kirpan pendant le traitement. [Un kirpan est un poignard qu'un sikh pratiquant doit garder sur sa personne en tout temps]. Le tribunal fut d'avis qu'il s'agissait là d'une pratique religieuse protégée par

69. *Supra*, note 44.

70. *Re Frank Froese v. Pine Creek School division no. 30*, Trib. d'adj. Man., 1978.

71. *Pritam Singh v. Workmen's Compensation Board Hospital*, (1981) 2 C.H.R.R. D/459 (Trib. d'enq. Ont.); *Christie v. Central Alberta Dairy Pool*, (1985) 6 C.H.R.R. D/2488 (Trib. d'enq. Alta).

72. *Osborne v. Inco Ltd.*, (1984) 5 C.H.R.R. D/2219 (B.R. Man.), infirmé pour d'autres motifs à (1985) 2 W.W.R. 557.

73. *Ibid.*

74. *Supra*, note 71.

le Code ontarien. En conséquence, l'hôpital se devait de prendre des mesures raisonnables pour accommoder M. Singh, en informant son personnel ainsi que les autres patients de la nature de la pratique religieuse de M. Singh, afin de dissiper leurs craintes, ce que l'hôpital avait omis de faire.

2.4. Les arrêts *O'Malley* et *Bhinder*

Jusqu'à tout récemment, la quasi-totalité des décisions canadiennes portant sur la discrimination systémique provenaient de tribunaux inférieurs, d'où l'incertitude relative du droit à ce sujet. Ce n'est maintenant plus le cas.

Le 17 décembre 1985, la Cour suprême du Canada rendit deux décisions majeures concernant la discrimination systémique, soit les arrêts *O'Malley* et *Bhinder*⁷⁵. Ces deux décisions ont pour ainsi dire consacré la théorie de l'effet discriminatoire en droit canadien. Elles auront sans nul doute un impact considérable sur l'évolution du droit québécois en matière de discrimination systémique. Il convient donc d'en bien saisir le sens et la portée.

2.4.1. L'arrêt *O'Malley*

L'arrêt *O'Malley* fut rendu en vertu de *The Ontario Human Rights Code*⁷⁶ [ci-après appelé le Code] par le juge McIntyre au nom d'une Cour unanime.

L'appelante [Madame O'Malley] était une vendeuse à l'emploi de Simpsons Sears depuis 1971. En 1978, elle adhéra à l'Église adventiste du septième jour, dont un des préceptes consiste à respecter le sabbat, *i.e.* à s'abstenir de travailler pour une période de 24 heures débutant le vendredi soir de chaque semaine au coucher du soleil. Cette pratique entrainait en conflit avec l'horaire de travail normal de Madame O'Malley. Son employeur ne tenta aucunement de modifier son horaire de travail afin d'accommoder ses pratiques religieuses ; elle fut mise devant l'alternative d'accepter un emploi à temps partiel ou de démissionner. Elle accepta un emploi à temps partiel et subit en conséquence une perte de revenus considérable.

Madame O'Malley alléguait avoir été victime de discrimination fondée sur ses croyances religieuses, en contravention de l'article 4(1)(g) du Code ; l'obligation de travailler le samedi, tout en étant en soi une condition d'emploi imposée pour des raisons d'affaires à tous les employés, avait pour effet d'établir une distinction injuste en l'obligeant à agir contrairement à ses

75. *O'Malley c. Simpsons Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536 ; *Bhinder c. Canadian National Railway*, [1985] 2 R.C.S. 561.

76. R.S.O. 1980, c. 340.

croyances religieuses alors qu'elle n'avait aucun effet semblable sur les autres employés.

On peut poser comme suit les questions auxquelles la Cour était confrontée :

A. Est-il nécessaire de prouver l'intention d'établir une distinction pour un motif illicite, pour qu'il y ait discrimination au sens du paragraphe 4(1) du Code ?

L'article 4(1)(g) du Code dispose que :

4(1) No person shall

[...]

(g) discriminate against any employee with regard to any term or condition of employment,
because of race, creed, colour, age, sex, marital status, nationality ancestry,
or place of origin of such person or employee.

La Cour fut d'avis qu'il fallait donner à cette disposition une interprétation large et libérale, susceptible de promouvoir les objets et finalités du Code :

Le Code vise la suppression de la discrimination. C'est là l'évidence. Toutefois, sa façon principale de procéder consiste non pas à punir l'auteur de la discrimination, mais plutôt à offrir une voie de recours aux victimes de la discrimination. *C'est le résultat ou l'effet de la mesure dont on se plaint qui importe.* Si elle crée effectivement de la discrimination, si elle a pour effet d'imposer à une personne ou à un groupe de personnes des obligations, des peines, ou des conditions restrictives non imposées aux autres membres de la société, elle est discriminatoire.⁷⁷ (C'est moi qui souligne)

Citant avec approbation la jurisprudence canadienne et américaine pertinente, la Cour conclut :

En d'autres termes, nous sommes saisis essentiellement de voies de recours civiles. La preuve de l'intention, une exigence nécessaire dans notre façon d'aborder une loi criminelle et punitive, ne devrait pas être un facteur déterminant dans l'interprétation d'une loi sur les droits de la personne qui vise à éliminer la discrimination.⁷⁸

La réponse à la première question est donc négative. La preuve de l'intention n'est pas un élément essentiel de la discrimination au sens du Code.

B. Le Code vise-t-il également la discrimination par suite d'un effet préjudiciable ?

Après considération de l'arrêt *Griggs* et des décisions canadiennes ayant entériné le concept de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, la Cour en définit ainsi les paramètres :

77. *O'Malley c. Simpsons Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536, p. 547.

78. *Id.*, p. 549-550.

Ce genre de discrimination 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 également à tous les employés, mais qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou un groupe d'employés en ce qu'elle leur impose en raison d'une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d'employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés.⁷⁹

Bien que cette définition de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable soit formulée en termes de relations employeur-employé, les termes employés par le juge McIntyre sont, à mon avis, suffisamment larges pour s'appliquer à d'autres domaines que l'emploi. La *ratio decidendi* de l'arrêt ne devrait pas selon moi être restreinte au seul domaine de l'emploi ou de la discrimination fondée sur la religion.

La Cour conclut comme suit :

Essentiellement pour les mêmes raisons qui sous-tendent la conclusion que l'intention d'établir une distinction n'est pas un élément nécessaire de la discrimination proscrire par le Code, je suis d'avis que cette Cour peut considérer que la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, décrite dans les présents motifs, contrevient au Code.⁸⁰

La réponse à la seconde question est donc affirmative. Le Code vise la discrimination par suite d'un effet préjudiciable.

C. Doit-on imposer à l'employeur une obligation d'accommoder les croyances religieuses d'un employé ?

La Cour fit d'abord une mise en garde à l'effet qu'elle n'entendait pas imposer à l'employeur une responsabilité stricte :

[...] je n'accepte pas d'autre part la thèse selon laquelle, dès qu'on démontre l'existence de discrimination religieuse par suite d'un effet préjudiciable, le droit à un redressement est automatique.⁸¹

La Cour ajouta :

[...] si l'on veut mettre en application l'objet du Code ontarien des droits de la personne un accommodement quelconque s'impose de la part de l'employeur au profit du plaignant. Le Code doit être interprété et appliqué avec souplesse afin de protéger le droit de l'employé victime de discrimination ainsi que le droit de l'employeur à la gestion licite de ses affaires. Le Code n'a pas pour objet de conférer des droits à l'un en excluant les droits de l'autre. Les tribunaux américains ont remédié à ce problème avec ce qu'on a décrit comme une « obligation d'accommodement » en l'absence de contrainte excessive de la part de l'employeur.⁸²

79. *Id.*, p. 551.

80. *Ibid.*

81. *Id.*, p. 552.

82. *Id.*, p. 552-553.

L'obligation d'accommodement découle donc directement de la protection que confère le Code au droit à l'égalité; elle est la contrepartie nécessaire pour assurer la reconnaissance complète et l'exercice de ce droit :

Même si aucun droit ne saurait être considéré comme absolu, une conséquence naturelle de la reconnaissance d'un droit doit être l'acceptation sociale de l'obligation générale de le respecter et de prendre des mesures raisonnables afin de le protéger.⁸³

Conséquemment :

Dans le présent cas, conformément aux dispositions et à l'objet du Code ontarien des droits de la personne, *le droit de l'employé exige que l'employeur prenne des mesures d'accommodement raisonnables.*⁸⁴ (C'est moi qui souligne)

D. Quelle doit être l'étendue de cette obligation ?

En tant que conséquence naturelle et nécessaire de la reconnaissance complète du droit à l'égalité, l'obligation d'accommodement doit être suffisamment étendue pour assurer une reconnaissance réelle de ce droit; sans toutefois compromettre le droit à l'exercice licite de la liberté de commerce, ou les autres droits de l'employeur. La solution retenue par la Cour suprême tient compte de ces impératifs :

L'obligation dans le cas de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, fondée sur la religion ou la croyance, consiste à prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec le plaignant, à moins que cela ne cause une contrainte excessive : en d'autres mots, il s'agit de prendre les mesures qui peuvent être raisonnables pour s'entendre sans que cela n'entrave indûment l'exploitation de l'entreprise de l'employeur et ne lui impose des frais excessifs.⁸⁵

Il est important de noter qu'il est ici question de frais excessifs et non de coûts plus que minimes comme dans l'arrêt *Hardison*⁸⁶. Cette approche assure une meilleure protection du droit à l'égalité et est plus conforme à la doctrine des impératifs de gestion [*business necessity*] appliquée en droit américain dans les affaires de discrimination fondée sur la race. La Cour n'aborde d'ailleurs pas expressément cette question de la justification en raison des impératifs de gestion, les faits de la cause ne l'exigeant pas. C'est probablement là le sens qu'il faut donner au passage suivant :

Dans un tel cas, le problème de la justification ne se pose pas, car la condition raisonnablement liée à l'emploi n'a besoin d'aucune justification; ce qui est requis est une certaine mesure d'accommodement.⁸⁷

83. *Id.*, p. 554.

84. *Id.*, p. 555.

85. *Ibid.*

86. *Trans World Airlines v. Hardison*, 97 S.Ct. 2264, (1977).

87. *Supra*, note 77, p. 555.

Et la Cour poursuit :

L'employeur doit, à cette fin, prendre des mesures raisonnables qui seront susceptibles ou non de réaliser le plein accommodement. Cependant, lorsque ces mesures ne permettent pas d'atteindre complètement le but souhaité, le plaignant, en l'absence de concessions de sa propre part, comme l'acceptation en l'espèce d'un emploi à temps partiel, doit sacrifier soit ses principes religieux, soit son emploi.⁸⁸

Dans les cas où le plein accommodement est irréalisable, la reconnaissance du droit à l'égalité est donc assujettie à une obligation, de la part de l'employé, de faire certaines concessions. Cette obligation ne va toutefois pas jusqu'à l'obliger à compromettre ses pratiques ni ses croyances religieuses.

E. À qui incombe le ou les fardeaux de preuve ?

La partie demanderesse a le fardeau d'établir une preuve *prima facie* de discrimination. Une fois faite une telle preuve, la partie défenderesse a le fardeau de justifier la mesure discriminatoire, ou de prouver que des mesures d'accommodement raisonnables ont été prises, ou enfin de démontrer qu'il en résulterait une contrainte excessive si elle était appelée à prendre des mesures d'accommodement supplémentaires⁸⁹. Cette attribution des fardeaux de preuve est conforme aux principes de l'arrêt *Etobicoke*⁹⁰. La preuve n'ayant révélé aucune tentative, de la part de l'employeur, d'accommoder les pratiques religieuses de Madame O'Malley, la Cour conclut qu'il y avait eu discrimination. L'appel fut accueilli.

2.4.2. L'arrêt *Bhinder*

L'arrêt *Bhinder*⁹¹ fut rendu en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*⁹² [ci-après appelée la Loi] ; il traite de l'application de l'exception relative aux exigences professionnelles normales aux affaires de discrimination par suite d'un effet préjudiciable⁹³.

L'appelant [Bhinder] entra au service du CN en 1974 comme électricien. À compter du 1^{er} décembre 1978, le CN exigea de tous ses employés du centre de triage de Toronto, dont Bhinder, qu'ils portent un casque de sécurité au travail. Bhinder était un Sikh et ne pouvait, en raison de sa

88. *Ibid.*

89. *Id.*, p. 558-559.

90. *Supra*, note 48.

91. *Bhinder v. Canadian National Railway*, [1985] 2 R.C.S. 561.

92. S.C. 1976-77, c. 33.

93. La Cour suprême se partagea à 5 contre 2 sur la question ; le juge McIntyre rendit les motifs de décision de la majorité ; le juge Wilson ajouta des motifs concordants ; le juge Dickson, auquel se joignit le juge Lamer, fut dissident.

religion, porter sur la tête autre chose qu'un turban. Il refusa de porter le casque et perdit son emploi le 5 décembre 1978.

Bhinder alléguait avoir été victime de discrimination fondée sur la religion, en contravention des articles 3, 7 et 10 de la Loi :

3. Pour l'application de la présente loi, les motifs de distinction illicite sont ceux qui sont fondés sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée et, en matière d'emploi, sur un handicap physique.
7. Constitue un acte discriminatoire le fait
 - a) de refuser d'employer ou de continuer d'employer un individu, ou
 - b) de défavoriser un employé,
 - directement ou indirectement, pour un motif de distinction illicite.
10. Constitue un acte discriminatoire le fait pour l'employeur ou l'association d'employés
 - a) de fixer ou d'appliquer des lignes de conduite, ou
 - b) de conclure des ententes, touchant le recrutement, les mises en rapport, l'engagement, les promotions, la formation, l'apprentissage, les mutations ou tout autre aspect d'un emploi présent ou éventuel
 - pour un motif de distinction illicite, d'une manière susceptible d'annihiler les chances d'emploi ou d'avancement d'un individu ou d'une catégorie d'individus.

L'employeur soulevait l'exception relative aux exigences professionnelles normales, énoncée à l'article 14(a) :

14. Ne constituent pas des actes discriminatoires
 - a) les refus, exclusions, expulsions, suspensions, restrictions, conditions ou préférences de l'employeur qui démontre qu'ils sont fondés sur des exigences professionnelles normales ;

La Cour devait donc trancher les questions suivantes⁹⁴ :

A. La Loi canadienne sur les droits de la personne vise-t-elle la discrimination involontaire et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable?

Sans plus élaborer, le juge McIntyre conclut que :

Vu la similarité des objets et des fins du *Code ontarien des droits de la personne* et de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, je m'appuie sur le raisonnement de l'arrêt *O'Malley* pour conclure que les définitions d'actes discriminatoires des articles 7 et 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* visent à la fois la discrimination involontaire et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable.⁹⁵

94. *Supra*, note 91, p. 586.

95. *Ibid.*

Il faut noter qu'il existe une différence importante entre les deux lois ; la Loi permet de soulever l'exception relative aux exigences professionnelles justifiées dans tous les cas, alors que le Code limite cette exception à la discrimination fondée sur l'âge, le sexe ou l'état matrimonial. C'est autour de cette différence que s'articule toute la problématique de l'arrêt *Bhinder*.

B. La règle du port du casque de sécurité constitue-t-elle une exigence professionnelle justifiée ?

Faisant référence aux motifs du tribunal de première instance, le juge McIntyre fut d'avis que la preuve satisfaisait aux deux volets du test de l'arrêt *Etoibicoke*⁹⁶ :

Il a été reconnu que le CN avait adopté la règle pour des raisons d'affaires véritables, sans intention de porter atteinte aux principes de la Loi. Le tribunal a jugé que la règle était utile, qu'elle était raisonnable en ce qu'elle permettait d'accroître la sécurité en réduisant le risque de blessures et, plus particulièrement, que le risque que courait Bhinder en portant un turban plutôt qu'un casque de sécurité était accru, quoique très légèrement. La seule conclusion que l'on peut tirer des motifs de la décision, est que, sauf en ce qui concerne son application particulière à Bhinder, la règle du casque de sécurité est une exigence professionnelle normale.⁹⁷

Se pose alors la question du mode de détermination de ce qui constitue une exigence professionnelle justifiée. La majorité fut d'avis que cette détermination devait être faite de façon objective et non sur une base individuelle :

La Loi parle d'« exigence professionnelle ». Cela doit s'entendre d'une exigence de la profession, non d'une exigence limitée à un individu. Elle doit s'appliquer à tous les membres du groupe d'employés concerné, car c'est une exigence d'application générale concernant la sécurité des employés. Les employés doivent se conformer à cette exigence pour occuper leur poste. [Par nature, une telle exigence n'est pas susceptible d'être appliquée sur une base individuelles].⁹⁸

Comme le souligne dans ses motifs le juge Wilson :

[...] la discrimination est en soi liée à la victime, mais [...] l'exigence professionnelle est, quant à elle, liée à l'emploi.⁹⁹

C. Quel effet faut-il donner à l'article 14(a) de la Loi ?

Le juge McIntyre fut d'avis que :

Une condition de travail ne perd pas son caractère d'exigence professionnelle normale parce qu'elle peut être discriminatoire. Au contraire, si on démontre

96. *Supra*, note 48.

97. *Supra*, note 91, p. 588.

98. *Ibid.* Note : Dans la version française des motifs du juge McIntyre, la traduction de la phrase « It is, by its nature, not susceptible to individual application. » a été omise.

99. *Id.*, p. 580.

qu'une condition de travail est une exigence professionnelle normale, la discrimination qui peut s'ensuivre est permise ou, sans doute plus précisément, n'est pas considérée en vertu de l'alinéa 14(a) comme un acte discriminatoire.¹⁰⁰

Le juge en chef Dickson prôna la thèse contraire. Sa dissidence s'articule essentiellement autour de la proposition à l'effet qu'il faille considérer les possibilités d'accommodement raisonnables dans la détermination de ce qui constitue une exigence professionnelle justifiée¹⁰¹, une telle détermination devant nécessairement se faire sur une base individuelle.

Il fut donc décidé que Bhinder n'avait pas été victime de discrimination puisque l'exigence du port du casque de sécurité constituait une exigence professionnelle justifiée. L'employeur n'avait pas l'obligation d'accommoder les pratiques religieuses de Bhinder, une telle obligation survenant uniquement lorsqu'il y a discrimination. L'appel fut rejeté.

3. La discrimination en droit québécois

3.1. La discrimination systémique dans la jurisprudence québécoise

Dans l'état actuel du droit québécois, la discrimination systémique ne constitue pas de la discrimination illicite. Lorsqu'ils furent appelés à se prononcer sur des affaires impliquant de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, les tribunaux québécois ont, à ce jour, toujours refusé de reconnaître que cette forme de discrimination contrevenait à l'article 10 de la Charte.

3.1.1. La discrimination involontaire

À un certain nombre de reprises, les tribunaux québécois se sont prononcés sur la nécessité de prouver l'élément intentionnel de la discrimination. À ce sujet, la jurisprudence est unanime¹⁰² : l'intention n'est pas un élément essentiel de la discrimination au sens de la Charte :

Il y a discrimination lorsqu'il existe une distinction, exclusion ou préférence qui a pour effet de détruire ou de compromettre la pleine égalité que préconise la Charte. Il n'est donc pas nécessaire de prouver l'intention de poser un acte discriminatoire. *L'intention en effet n'est pas exigée. C'est l'effet de l'acte posé qui doit être examiné, c'est-à-dire l'effet discriminatoire* de l'acte posé. C'est ce

100. *Id.*, p. 588-589.

101. *Id.*, p. 567 s.

102. *C.D.P.Q. c. L'homme*, [1982] 3 C.H.R.R. D/849 (C.A.); *C.D.P.Q. c. CEGEP St-Jean sur Richelieu*, [1984] R.D.J. 76 (C.A.); *C.D.P.Q. c. La cité de Magog*, (1983) 4 C.H.R.R. D/1369 (C.S.); *C.D.P.Q. c. Ekco Canada Inc.*, [1983] C.S. 968; *C.D.P.Q. c. Lambert*, (1986) 7 C.H.R.R. D/3125 (C.S.).

que les auteurs appellent la théorie de l'effet discriminatoire. Pour mieux s'en convaincre, il s'agit d'étudier l'article 49 de la Charte qui édicte ce qui suit :

49. Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral et matériel qui en résulte.
En cas d'atteinte illicite et *intentionnelle*, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages exemplaires.

[...] L'on voit donc qu'au premier paragraphe, *l'intention n'est pas requise* et au second, lorsque l'intention est prouvée, l'auteur s'expose à des dommages exemplaires en plus des dommages prévus au premier paragraphe.¹⁰³ (C'est moi qui souligne)

De ces propos, on pourrait être porté à conclure que les tribunaux québécois admettent sans réserve la théorie de l'effet discriminatoire ; tel n'est pas le cas, comme nous le verrons plus loin.

Il existe néanmoins certaines situations où la preuve d'une intention discriminatoire sera utile, sinon nécessaire. Tel est le cas lorsqu'une seule personne est affectée et qu'un prétexte crédible est fourni pour justifier une mesure qui est en apparence discriminatoire¹⁰⁴. Il est alors souvent impossible de faire la preuve de l'effet discriminatoire. La preuve de l'intention, c'est-à-dire le motif réel qui animait l'auteur de l'acte discriminatoire, devient alors la seule avenue possible.

De ce qui précède, il y a toute raison de croire que, le cas échéant, et vu l'état actuel du droit québécois, les tribunaux du Québec sanctionneraient la discrimination involontaire.

3.1.2. La discrimination par suite d'un effet préjudiciable

La forme de discrimination par suite d'un effet préjudiciable qui s'est présentée le plus fréquemment en droit québécois est celle où une distinction, exclusion ou préférence fondée directement sur un motif non prohibé par l'article 10 de la Charte avait pour effet d'affecter de façon disproportionnée un groupe de personnes visé à l'article 10, à cause d'une caractéristique partagée par la majorité ou la totalité des membres de ce groupe. À chaque occasion, les tribunaux québécois refusèrent de conclure à discrimination illicite. Ces affaires peuvent être regroupées en deux ensembles distincts : (1) celles où il y avait eu une distinction fondée directement sur la grossesse et où on alléguait discrimination fondée sur le sexe, et (2) celles où il y avait eu une distinction fondée sur l'existence d'un casier judiciaire et où on alléguait discrimination fondée sur la condition sociale.

103. C.D.P.Q. c. *L'homme*, *supra*, note 102, p. 850.

104. C.D.P.Q. c. *CEGEP St-Jean sur Richelieu*, *supra*, note 102.

Il est important de noter que la Charte a été amendée en 1982 pour y inclure ces deux motifs de discrimination [grossesse et existence d'un casier judiciaire], en réponse, probablement, à la jurisprudence conservatrice des tribunaux québécois¹⁰⁵. Ces amendements sont entrés en vigueur le 1^{er} octobre 1983. Avant cette date, la Charte ne faisait pas mention de ces deux motifs et les tribunaux jugèrent à propos de ne pas conclure à discrimination en vertu des motifs alors en existence.

La C.D.P.Q. a argumenté à maintes reprises devant les tribunaux qu'une distinction, exclusion ou préférence fondée sur la grossesse d'une personne constituait de la discrimination fondée sur le sexe, puisque seules les personnes du sexe féminin s'en trouvaient affectées. Chaque fois, les tribunaux rejetèrent l'argument. Ces affaires seront considérées en ordre chronologique dans l'exposé qui suit.

Dans l'affaire *C.D.P.Q. c. Aristocrat Apartment Hotel*, on tentait d'obtenir une injonction interlocutoire ordonnant la réintégration d'une employée après qu'elle se soit absentée de son travail pour cause de maternité. La Cour supérieure refusa l'injonction :

Comme la prétention de la Commission des droits de la personne implique que, dans l'état actuel de notre droit, le contrat individuel de travail n'est que suspendu, pour une certaine période, dans le cas de grossesse (y mettre fin dans les circonstances constituant de la discrimination), il faudrait conclure que l'article 16 de la Charte a créé un régime de congé-maternité applicable à tout contrat individuel de louage de services. Le moins que l'on puisse penser, c'est que l'utilisation du seul mot « sexe » ne paraît pas suffisante en une matière aussi complexe.¹⁰⁶

Dans l'affaire *Breton c. La Société Canadienne des Métaux Reynolds Ltée*, on avait refusé d'embaucher une jeune femme parce qu'elle était enceinte :

L'avocat de la Commission plaide que ce refus par la défenderesse constitue une discrimination fondée sur le sexe puisque, entre autres raisons, il est bien connu que seule une femme peut être enceinte et qu'en refusant d'embaucher une femme enceinte, on fait de la discrimination à l'égard du sexe féminin, car pareil motif ne saurait s'appliquer à un homme.

[...]

C'est une argumentation subtile et *a priori* séduisante, mais qui ne résiste pas à l'analyse. En étudiant soigneusement l'article 10 et les différentes formes de discrimination qu'il interdit, il faut se rendre compte que chaque élément s'applique à des groupes de personnes opposés [...] Mais cet article n'a pas pour but ni pour effet d'interdire de choisir entre des gens de même « couleur », de même « religion » ou affectés d'un handicap; ce qui est vrai pour les autres catégories de l'article 10 est également vrai pour la catégorie « sexe ». Faire de

105. *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1982, c. 61, a. 3 et 5.

106. *C.D.P.Q. c. Aristocrat Apartment Hotel*, [1978] C.S. 1073, p. 1075.

la discrimination fondée sur le sexe, c'est favoriser un sexe au détriment de l'autre, et ceci dans les deux sens. *Le législateur a voulu interdire la discrimination entre le sexe masculin et le sexe féminin, il n'a pas aboli le droit de choisir entre personnes d'un même sexe* (sauf dans le cas de discrimination fondée sur « l'orientation sexuelle »).¹⁰⁷ (C'est moi qui souligne)

Dans l'affaire *Nye c. Burke*, on retrouve un raisonnement similaire :

L'exclusion ou la préférence fondée sur le sexe que défend cet article 10 l'est par rapport au sexe masculin vis-à-vis le sexe féminin et vice versa.¹⁰⁸

Ce raisonnement, qui consiste à exiger qu'une distinction profite au groupe opposé pour qu'il y ait discrimination, est d'une ressemblance frappante avec celui de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Bliss c. Procureur général du Canada*¹⁰⁹, une décision rendue en vertu de l'article 2(b) de la *Déclaration canadienne des droits*¹¹⁰. L'arrêt *Bliss* n'est cependant pas mentionné dans les deux décisions québécoises précitées.

Enfin, dans l'affaire *C.D.P.Q. c. L'équipe du formulaire L.T. Inc.*¹¹¹, la Cour provinciale refusa d'assimiler l'état de grossesse à la condition sociale d'une personne. Cette fois, la Cour justifia son attitude restrictive par le refus de se substituer au législateur¹¹². Ce dernier arrêt s'inscrit dans un courant d'interprétation restrictive des motifs de discrimination énumérés à l'article 10¹¹³. Dans un cas, on a justifié cette attitude restrictive par un souci de certitude et par le désir de protéger la liberté de commerce et la liberté contractuelle¹¹⁴. Autrement dit, on a interprété la prohibition de la discrimination à l'article 10 comme s'il s'agissait d'une disposition pénale.

Les efforts de la C.D.P.Q., afin de faire reconnaître par les tribunaux que la discrimination fondée sur l'existence d'un casier judiciaire constituait de la discrimination fondée sur la condition sociale, s'avèrent tout aussi vains. L'argumentation de la Commission était la suivante : de nombreuses études ont démontré qu'en majorité, les détenteurs d'un casier judiciaire sont issus des classes modestes, sont peu scolarisés et ne détiennent ni métier, ni

107. (1981) 2 C.H.R.R. D/532, p. 533 (C.P.).

108. (1981) 2 C.H.R.R. D/538, p. 539 (C.P.).

109. [1979] 1 R.C.S. 183.

110. S.C. 1970-71-72, c. 48, (1971).

111. (1982) 3 C.H.R.R. D/1141 (C.P.).

112. *Id.*, p. 1147.

113. Ce courant s'est manifesté tout particulièrement à propos de l'interprétation des mots « personne handicapée » avant que n'y soit substitué le mot « handicap ». Voir : *C.D.P.Q. c. La Cité de Côte St-Luc et al.*, [1982] C.S. 795 ; *C.D.P.Q. c. Ville de Laval*, [1983] C.S. 961 ; *C.D.P.Q. c. Ville de Montréal-Nord*, [1984] C.S. 53 et *C.D.P.Q. c. Paquet et al.*, [1981] C.P. 78.

114. *C.D.P.Q. c. Paquet et al.*, [1981] C.P. 78, p. 81-82.

emploi et qu'en conséquence, une distinction, exclusion ou préférence fondée sur l'existence d'un tel casier judiciaire touche principalement les membres des classes défavorisées, et constitue de ce fait de la discrimination fondée sur la condition sociale¹¹⁵. Ce à quoi on répondit :

On ne peut conclure que parce qu'une distinction, exclusion ou préférence affectera principalement ou même la majorité d'un groupe d'individus, cette distinction, exclusion ou préférence est fondée sur ce qui caractérise ce groupe.¹¹⁶

On peut, à la rigueur, interpréter ce dernier passage comme un refus global de reconnaître toute discrimination par suite d'un effet préjudiciable.

Ce refus d'assimiler l'existence d'un casier judiciaire à la condition sociale fut confirmé par la Cour supérieure dans l'affaire *C.D.P.Q. c. Ville de Montréal*¹¹⁷. Enfin, dans l'affaire *Vermette c. Union des employés de commerce, Local 298 et Corporation Sanibec Inc.*, le Tribunal du travail assimila le casier judiciaire à l'état civil d'une personne¹¹⁸. Il s'agit toutefois là d'un rare cas d'interprétation large d'un motif de discrimination, plutôt que d'une reconnaissance judiciaire de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Dans l'état actuel du droit, cette décision demeure marginale.

J'ajouterai en terminant, qu'après ces multiples refus des tribunaux de se substituer au législateur, ce dernier décida de se substituer aux tribunaux ; la Charte fut amendée afin d'y ajouter la grossesse et l'existence d'un casier judiciaire comme motifs de discrimination illicites¹¹⁹.

3.2. L'obligation d'accommoder

L'affaire *C.D.P.Q. c. Ekco Canada Inc.* représente la seule occasion où un tribunal québécois fut appelé à se prononcer sur une affaire de discrimination par suite d'un effet préjudiciable fondée sur les croyances religieuses d'une personne¹²⁰. Il s'agit d'un cas classique dont les faits sont similaires à ceux de l'arrêt *O'Malley*¹²¹. Quatre employés furent congédiés par Ekco parce qu'ils s'absentaient du travail le vendredi après-midi pendant les mois d'automne et d'hiver, afin de se conformer aux préceptes de leur religion. Ces quatre employés adhéraient à l'Église universelle de Dieu, dont un des

115. *C.D.P.Q. c. Ville de Beauport*, [1981] C.P. 292.

116. *Id.*, p. 297.

117. (1983) 4, C.H.R.R. D/1444 (C.S.).

118. (1983) 4, C.H.R.R. D/1291 (T.T.).

119. *Supra*, note 105.

120. *Supra*, note 102. Cette affaire a été portée en appel devant la Cour d'appel du Québec.

121. *Supra*, note 77.

préceptes consiste à s'abstenir de tout travail pendant le sabbat, soit une période de 24 heures débutant le vendredi de chaque semaine au coucher du soleil. Après un examen presque exhaustif de la jurisprudence canadienne et américaine sur la question, l'honorable juge Benoit de la Cour supérieure refusa de conclure qu'il y avait eu contravention aux articles 10 et 16 de la Charte :

Je suis d'avis que les articles 10, 16 et 20 n'imposent pas l'obligation d'accommoder l'horaire de travail aux besoins particuliers des employés d'après leurs croyances religieuses respectives.

[...] Puisque le législateur n'a pas jugé à propos d'édicter une telle obligation, force est de conclure qu'il n'entendait pas étendre la liberté de religion jusqu'à ce point et *a fortiori* n'entendait pas déclarer discriminatoire le défaut d'accommoder.¹²²

C'est donc essentiellement à cause de l'absence d'une disposition législative édictant expressément une obligation d'accommoder raisonnablement que la Cour refusa de conclure qu'il y avait eu discrimination illicite.

3.3. L'exception relative aux « aptitudes ou qualités requises par un emploi »

Il est important de noter que, dans sa formulation actuelle, l'exception relative aux « aptitudes ou qualités requises par un emploi », énoncée au premier volet du présent article 20 de la Charte, est de droit nouveau. En 1982, il fut apporté un amendement à l'article 20, afin de substituer les mots « requises par » aux mots « exigées de bonne foi pour »¹²³. Les tribunaux québécois n'ont pas eu, à ce jour, à se prononcer sur la portée exacte de cet amendement¹²⁴. C'est donc la jurisprudence portant sur l'ancien article 20 que nous considérerons ici ; celle-ci conserve sa pertinence, malgré l'amendement.

Avant sa modification, le premier volet de l'article 20 disposait que :

20. Une distinction, exclusion, ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités exigées de bonne foi pour un emploi [...] est réputée non discriminatoire.

Ce type d'exception est connu en droit canadien et américain sous le nom de *bona fide occupational qualification or requirement clause*, ou plus simplement *BFOQ* ou *BFOR clause*.

122. *Supra*, note 102, p. 995.

123. L.Q. 1982, c. 61, a. 6. Le premier alinéa de l'article 20, tel qu'amendé, est entré en vigueur le 1^{er} octobre 1983.

124. À ce jour, le seul arrêt portant sur le nouvel article 20 est *C.D.P.Q. c. Ville de Québec*, [1986] R.J.Q. 243, (C.S.). La question de la portée de l'amendement n'y fut point abordée.

La principale décision canadienne sur la question des exigences professionnelles justifiées [BFOQ ou BFOR] — l'arrêt *Ontario Human Rights Commission c. Borough of Etobicoke*¹²⁵ — a été suivie en droit québécois¹²⁶. Il est toutefois important de noter, qu'à la différence de *The Ontario Human Rights Code* dont il était question dans l'arrêt *Etobicoke* et qui prévoyait que seuls l'âge, le sexe et l'état civil pouvaient constituer des exigences professionnelles justifiées¹²⁷, la Charte ne mentionne aucune restriction ou énumération de ce genre. Il faut en conclure *a priori* que tout critère ou motif de distinction peut constituer une « aptitude ou qualité exigée de bonne foi pour un emploi », en autant bien entendu qu'elle satisfasse aux deux volets du test de l'arrêt *Etobicoke*. Le fardeau de la preuve incombe toujours à la partie qui soulève l'exception pour justifier une distinction¹²⁸. L'article 20 en étant un d'exception, il doit s'interpréter restrictivement¹²⁹.

L'affaire *Thibeault c. Collège de Sherbrooke*¹³⁰ est un excellent exemple de l'application du volet objectif du test. Le Collège soulevait l'exception du premier volet de l'article 20, pour justifier son refus d'embaucher un professeur de sexe féminin, afin de dispenser un cours d'histoire à un groupe de femmes. Le Collège voulait, par cette mesure, éviter la formation d'un « ghetto de femmes ». La Cour estima que cette justification ne satisfaisait pas aux critères de l'article 20 :

C'est l'évidence que le sexe n'est pas une aptitude pour enseigner l'histoire. S'agit-il d'une qualité et cette qualité est-elle exigée pour l'emploi? À ces deux questions il faut répondre par la négative. L'expression « qualité » utilisée à l'article 20 de la Charte signifie une qualité qui est directement et objectivement reliée à l'accomplissement d'un emploi donné.¹³¹ (C'est moi qui souligne)

Le simple fait qu'une aptitude ou une qualité soit exigée de bonne foi est donc insuffisant en l'absence d'un lien direct et objectif entre l'aptitude ou la qualité, d'une part, et l'emploi concerné, d'autre part.

Quant au sens à donner aux mots « aptitudes » et « qualités », on en trouve une excellente discussion dans les motifs de jugement rendus par le juge Jacques [dissident, mais non contredit sur ce point par la majorité] dans l'affaire *Ville de Brossard c. C.D.P.Q.*¹³². La ville de Brossard avait comme

125. [1982] 1 R.C.S. 202.

126. *C.D.P.Q. c. Ville de Lachine*, (1986) 7 C.H.R.R. D/3141 (C.S.).

127. *Supra*, note 76, a. 4(6).

128. *C.D.P.Q. c. Courtier provincial en alimentation (1971) Inc. et al.*, (1982) 3 C.H.R.R. D/1134, p. 1136, (C.S.); *C.D.P.Q. c. Ville de Québec*, *supra*, note 124.

129. *Association A.D.G.Q. c. C.E.C.M.*, [1980] C.S. 93, p. 94.

130. [1981] C.S. 1083; (1981) 2 C.H.R.R. D/530.

131. *Id.*, p. 1085 (C.S.), p. 531 (C.H.R.R.).

132. [1983] C.A. 363, (Décision portée en appel devant la Cour suprême du Canada).

politique de ne pas embaucher les parents immédiats de ses employés et conseillers municipaux afin, prétendait-elle, d'éviter le népotisme et le favoritisme. Il s'agissait de décider si cette pratique était discriminatoire, s'agissant d'une exclusion fondée sur l'état civil des personnes. La ville soulevait l'exception relative aux « aptitudes ou qualités exigées de bonne foi pour un emploi » :

Dans le contexte d'un emploi, les « aptitudes » signifient en premier lieu les dispositions naturelles ou acquises à accomplir la tâche, le talent, l'habileté, la compétence technique.

Le mot « qualités » tel que placé dans la phrase donne une extension plus grande au mot « aptitudes » ; il n'est pas une alternative ; il explique le mot « aptitudes » en désignant la même réalité mais sous un autre aspect.

Les « qualités » sont constituées des attributs mentaux et moraux requis pour l'emploi. Ces attributs possédés naturellement ou acquis englobent les aptitudes pour comprendre tout ce qui constitue le caractère d'une personne, sa manière d'être, e.g. son talent pour les mathématiques aussi bien que son honnêteté, son entregent, etc.

Par ailleurs, ces deux mots signifient aussi la capacité ou la condition juridique d'une personne. [...]

[...]

En conséquence, l'état civil, qui définit une personne et qui qualifie sa capacité de s'obliger, entre donc dans « les aptitudes ou qualités » d'une personne surtout lorsqu'il est question d'emploi.¹³³

Il ressort des propos du juge Jacques que les mots « aptitudes ou qualités » peuvent viser des critères ou des motifs de distinction autres que les 13 motifs de discrimination illicites énumérés à l'article 10. On peut y voir la reconnaissance implicite du fait que la Charte vise également la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. En effet, c'est souvent par l'imposition « de bonne foi » de certaines exigences professionnelles que se pratique la discrimination par suite d'un effet préjudiciable.

Quant au sens à donner aux mots « exigées de bonne foi pour » :

Une qualité est « exigée de bonne foi » lorsque la raison d'être de l'exigence n'est pas un motif fallacieux destiné à cacher un motif ultérieur qui serait, par exemple, l'intention de mettre en échec une disposition de la Charte par simple préjugé contre un individu ou une classe d'individus en raison d'une caractéristique visée à l'article 10.

De plus s'il apparaît que le motif ostensible est déraisonnable, extravagant ou exorbitant, la qualité n'est pas alors « exigée de bonne foi », mais plutôt par simple caprice, et le motif dans ce cas est fallacieux. [...] ¹³⁴

133. *Id.*, p. 367.

134. *Id.*, p. 368.

Les motifs du juge Jacques expriment des critères similaires à ceux de l'arrêt *Etobicoke*, c'est-à-dire à la fois subjectifs [la bonne foi, l'absence de motifs fallacieux, etc.] et objectifs [l'interaction, le caractère raisonnable, l'existence d'un lien direct et objectif avec l'emploi].

Le tribunal doit faire abstraction des éléments subjectifs tels que les fins et buts poursuivis, dans la mesure où ceux-ci sont utilisés pour justifier une mesure discriminatoire¹³⁵. Des considérations monétaires ou économiques, reliées aux préférences du public ou de la clientèle, ne peuvent non plus servir à justifier un acte discriminatoire¹³⁶. Quant au volet objectif du test, il semble que les tribunaux se montrent moins exigeants au niveau de la preuve, lorsque la sécurité du public est en jeu¹³⁷.

La portée et le sens du premier volet de l'article 20, tel qu'amendé, seront discutés plus loin.

3.4. L'exception relative aux institutions à caractère particulier

Le second volet de l'article 20 énonce une exception de portée générale ; elle s'applique à tous les domaines d'activités protégés, ainsi qu'à la norme de portée générale de l'article 10, et non seulement à l'emploi. Ce second volet dispose que :

20. Une distinction, exclusion ou préférence [...] justifiée par le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif ou qui est vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique est réputée non discriminatoire.

Cette exception n'a pas pour effet d'exempter certaines institutions de l'application des dispositions de la Charte. Il a pour seul effet de leur permettre de pratiquer certaines distinctions, exclusions ou préférences, lorsque celles-ci sont *justifiées* par le caractère particulier de l'institution. Confrontés à une preuve de connexité logique et rationnelle, les tribunaux ne substitueront pas leur propre discrétion à celle des administrateurs de l'institution, quant au bien-fondé d'une telle pratique¹³⁸.

135. *C.D.P.Q. c. École de conduite St-Amour Inc. et al.*, (1983) 4 C.H.R.R. D/1451 (C.P.).

136. *P.G. du Québec c. Service de taxis Nord-Est (1978) Inc.*, J.E. 85-407 (C.A.). L'article 20 n'est pas mentionné dans la décision, bien que les motifs soient applicables à un argument fondé sur l'article 20.

137. *C.D.P.Q. c. Cité de Côte St-Luc*, [1982] C.S. 795, p. 799; *C.D.P.Q. c. Ville de Beauport*, [1981] C.P. 292, p. 301.

138. *Association A.D.G.Q. c. C.E.C.M.*, *supra*, note 129.

Conclusion

De la discussion qui précède, il ressort que l'état du droit en matière de discrimination est désormais substantiellement le même au Canada qu'aux États-Unis. L'exception relative aux impératifs de gestion n'a toutefois pas encore fait l'objet d'une adoption formelle en droit canadien. Il convient maintenant de procéder à un réexamen des dispositions anti-discriminatoires de la Charte.

Il est déjà reconnu en droit québécois que l'élément intentionnel, *i.e.* celui qui consiste à exiger de la victime d'un acte discriminatoire qu'elle fasse la preuve qu'on l'a traitée différemment des autres tout en étant pleinement conscient que le fondement de la distinction est bel et bien un motif de discrimination illicite, n'est pas nécessaire pour qu'il y ait discrimination illicite au sens de la Charte¹³⁹. C'est par une interprétation *a contrario* du second alinéa de l'article 49 qu'on est parvenu à cette conclusion¹⁴⁰. Toutefois, à ce jour, les tribunaux québécois ont toujours refusé de faire un pas supplémentaire en reconnaissant la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. On a tantôt invoqué l'absence, dans la Charte, d'une disposition énonçant explicitement une obligation d'accommoder raisonnablement¹⁴¹, tantôt le caractère limitatif de l'énumération des motifs de discrimination à l'article 10¹⁴². Ces arguments sont-ils encore soutenables? Je ne le crois pas.

Comme on l'a vu précédemment, l'existence d'une obligation statutaire d'accommoder n'est pas un préalable à la reconnaissance de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. La proposition contraire est davantage vraie; lorsque la discrimination par suite d'un effet préjudiciable est visée par un texte de loi, cela donne naissance à une obligation d'accommoder raisonnablement de la part de l'auteur de la discrimination. On peut donc disposer assez facilement de l'argument relatif à l'absence d'une disposition statutaire à cet effet. Il nous faut donc, en premier lieu, déterminer si la Charte vise la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Pour ce faire, il sera nécessaire d'examiner l'argument relatif au caractère limitatif de l'énumération de l'article 10.

Conclure que la Charte vise la discrimination par suite d'un effet préjudiciable n'équivaut pas à ajouter de nouveaux motifs de discrimination

139. *C.D.P.Q. c. L'homme*, [1982] 3 C.H.R.R. D/849 (C.A.); *C.D.P.Q. c. CEGEP St-Jean sur Richelieu*, [1984] R.D.J. 76 (C.A.); *C.D.P.Q. c. La cité de Magog*, (1983) 4 C.H.R.R. D/1369 (C.S.); *C.D.P.Q. c. Ekco Canada Inc.*, [1983] C.S. 968; *C.D.P.Q. c. Lambert*, (1986) 7 C.H.R.R. D/3125 (C.S.).

140. *C.D.P.Q. c. L'homme*, (1982) 3 C.H.R.R. D/849, p. 850 (C.A.).

141. *C.D.P.Q. c. Ekco Canada Inc.*, [1983] C.S. 968.

142. Voir : *supra*, section 3.1.2.

à ceux déjà énumérés à l'article 10; ce n'est pas non plus élargir le sens des motifs déjà prévus. Les motifs énumérés demeurent les seuls à être illicites; ce qui change, c'est le mode de détermination du motif, ou plus précisément de ce qui constitue une contravention à la Charte.

Il existe deux modes de détermination du motif de discrimination¹⁴³. Le premier mode est subjectif; il considère l'intention de l'auteur de la discrimination. Un tel mode pose de sérieux problèmes d'application, en raison de la difficulté inhérente à la preuve de l'intention. Comment en effet peut-on découvrir l'intention véritable de l'auteur d'une distinction, d'autant plus que le motif apparent peut n'être qu'un subterfuge dissimulant l'intention véritable de son auteur. Le mode subjectif n'est applicable que si l'intention de l'auteur est exprimée ouvertement; soit qu'il s'agisse de discrimination directe, soit que l'auteur ait mis au jour ses véritables intentions. Selon toute évidence, ce mode est celui qui accorde la moins bonne protection au droit à l'égalité, tout en accordant une protection maximale à l'auteur de la discrimination. Appliquer ce mode, c'est éviter quasi systématiquement de sanctionner la discrimination érigée en système.

Le second mode est objectif; il considère l'effet concret d'une mesure ou les conséquences réelles d'un acte donné. Ce mode est davantage en mesure d'assurer la protection du droit à l'égalité. La preuve qu'une distinction donnée a un effet discriminatoire à l'égard d'un groupe identifiable protégé par la Charte suffit pour conclure à discrimination, sans qu'il soit nécessaire de prouver la nature de l'intention subjective de son auteur. Ce mode permet donc de conclure à discrimination par la preuve de l'effet concret de mesures de discrimination indirecte ou inconsciente.

L'article 10 de la Charte nous suggère-t-il de préférer un mode plutôt que l'autre? On y parle de « distinction, exclusion ou préférence *fondée sur* la race, etc. » Quel sens faut-il donner au mot « fondée »?

Selon *Le Grand Larousse* de la langue française, « fonder » c'est: « Fonder une chose sur, la faire reposer sur une base, la faire dépendre de [...] ». Selon *Le Petit Robert*, « fonder » c'est: « établir (sur une base déterminée) ». La version anglaise de la Charte emploie les mots « based on », ce qui réfère au mot « basis », lequel est ainsi défini par le *Oxford English Dictionary*:

That on which anything is reared, constructed, or established and by which its constitution or operation is determined.

143. D. PROULX, « Égalité et discrimination dans la Charte québécoise des droits et libertés: étude comparative », (1980) 10 *R.D.U.S.* 381, p. 452.

Rien dans ces définitions ne suggère l'idée de distinction intentionnelle ou consciente. Rien non plus ne suggère qu'une distinction illicite doive nécessairement être établie directement sur la base d'un motif illicite. Au contraire, l'utilisation du mot « effet » au second alinéa de l'article 10 nous suggère de déterminer le fondement d'une distinction de façon objective¹⁴⁴.

La *Loi d'interprétation* nous enseigne qu'une « loi reçoit une interprétation [...] qui assure l'accomplissement de son objet et l'exécution de ses prescriptions suivant leurs véritables sens, esprit et fin »¹⁴⁵. Le choix du mode de détermination approprié dépend donc ultimement des objets et des finalités que poursuit la Charte.

Quels sont ces objets et ces finalités? Le préambule de la Charte nous renseigne à ce sujet¹⁴⁶.

On y parle de reconnaissance des droits et libertés de la personne, d'affirmation solennelle et de garantie accordée à ces droits et libertés, ainsi que de leur protection. Il ressort du préambule de la Charte, que ses objets et finalités sont la reconnaissance, la promotion et la protection des droits et libertés de la personne.

Le droit à l'égalité est l'un de ces droits, un droit qui revêt une importance toute particulière puisque le législateur l'a rattaché à la reconnaissance et à l'exercice des autres droits et libertés de la personne. Il ressort d'ailleurs de l'économie générale de la Charte que le législateur entendait accorder à ce droit une protection toute particulière, notamment en confiant sa mise en œuvre à la Commission des droits de la personne. On peut également noter que l'article 86.1 permet l'instauration de programmes d'accès à l'égalité qui visent, entre autres choses, la suppression de la discrimination érigée en système¹⁴⁷.

La Charte vise la suppression de la discrimination; c'est là l'évidence. Cette finalité de la Charte ne peut être accomplie que par l'utilisation d'un mode de détermination objectif du motif ou fondement d'une distinction, exclusion ou préférence. En conséquence, il y a lieu d'affirmer que la Charte vise la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, et d'adopter en droit québécois les principes dégagés à ce sujet dans l'arrêt *O'Malley*.

On a vu précédemment que la reconnaissance du droit à la protection contre la discrimination par suite d'un effet préjudiciable donne naissance à

144. *Id.*, p. 462.

145. L.R.Q., c. I-16, a. 41.

146. *Id.*, a. 40, al. 1.

147. M. CARON, « Le droit à l'égalité dans la nouvelle Charte québécoise, telle que modifiée par le projet de loi 86 », Barreau du Québec, Formation permanente 83, 1983-84.

une obligation d'accommoder raisonnablement de la part de l'auteur de la discrimination. Dans l'arrêt *O'Malley*, il fut décidé que cette obligation consistait à :

[...] prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec le plaignant, à moins que cela ne cause une contrainte excessive : en d'autres mots, il s'agit de prendre les mesures qui peuvent être raisonnables pour s'entendre sans que cela n'entrave indûment l'exploitation de l'entreprise de l'employeur et ne lui impose des frais excessifs.¹⁴⁸

Cette façon de délimiter l'obligation d'accommoder, qui vient en quelque sorte relativiser le droit à l'égalité, a été atteinte en tenant compte de l'équilibre nécessaire qui doit être maintenu entre les droits des parties. Ces droits sont d'une part, le droit à l'égalité, et d'autre part le droit à la libre disposition de ses biens et le droit à l'exercice licite de la liberté de commerce. Il semble être à propos d'appliquer les mêmes paramètres en droit québécois, d'autant plus que le quatrième alinéa du préambule de la Charte énonce que :

[...] les droits et libertés de la personne humaine sont inséparables des droits et libertés d'autrui et du bien-être général.

La solution retenue dans l'arrêt *O'Malley* quant à l'existence et à l'étendue de l'obligation d'accommoder devrait donc être adoptée en droit québécois. Cette solution permet une mise en œuvre équitable et une protection adéquate du droit à l'égalité.

Qu'en est-il maintenant de l'exception relative aux « qualités ou aptitudes requises par un emploi » énoncée à l'article 20 de la Charte ?

Cet article a fait récemment l'objet d'un amendement¹⁴⁹ et la jurisprudence, dans son état actuel¹⁵⁰, ne nous est pas d'un grand secours pour en saisir la portée. Les mots « requises par » ont été substitués aux mots « exigées de bonne foi pour » qui figuraient dans la version antérieure. Dans le texte anglais, on a simplement éliminé les mots « *in good faith* » précédemment utilisés dans l'expression « *aptitudes or qualifications required in good faith for an employment* ». Cette dernière formulation était alors très proche de celle utilisée couramment dans les autres lois du même genre, soit : *bona fide occupational qualification or requirement*. La seule considération du texte anglais nous porterait à croire qu'on a tout simplement supprimé l'exigence de la bonne foi. Il s'agirait là d'un résultat absurde : le législateur ne peut pas avoir voulu permettre par cet amendement qu'une aptitude ou une qualité

148. *O'Malley c. Simpsons Sears*, (1985) 2 R.C.S. 536, p. 555.

149. *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1982, c. 61, a. 6.

150. À ce jour, le seul arrêt portant sur le nouvel article 20 est *C.D.P.Q. c. Ville de Québec*, [1986] R.J.Q. 243 (C.S.). La question de la portée de l'amendement n'y fut point abordée.

puisse être requise par mauvaise foi. Heureusement, le texte français dissipe tout doute à ce sujet ; les mots « requises par » traduisent un degré d'objectivité plus grand que les mots « exigées de bonne foi pour ». Les propos tenus par le ministre de la justice, M. Marc-André Bédard, lors de l'étude en commission parlementaire du projet de loi 86 vont en ce sens :

Les modifications prévues à cet article ont pour objet, premièrement, de faire en sorte que les qualités exigées pour un emploi soient réellement requises pour cet emploi, et de rendre l'application de l'article 20 plus objective.¹⁵¹

Cette plus grande objectivité est telle à notre avis que le second volet du test de l'arrêt *Etoibicoke* ne peut plus s'appliquer intégralement à l'article 20 de la Charte. Le libellé de l'article 20 suggère en effet la nécessité d'un lien plus objectif et plus étroit, entre l'emploi et l'aptitude ou la qualité, que ne le fait l'arrêt *Etoibicoke*¹⁵². À mon avis, l'article 20 suggère un critère plus strict que celui de la nécessité raisonnable, soit un critère similaire à celui de l'exception relative aux impératifs de gestion [*business necessity*] du droit américain¹⁵³. Pour satisfaire aux critères du nouvel article 20, il ne suffirait pas qu'une aptitude ou une qualité soit raisonnablement nécessaire ; elle devrait plutôt être essentielle à l'accomplissement sûr et efficace des tâches reliées à l'emploi. Quant au droit antérieur concernant le sens à donner aux mots « qualités ou aptitudes » et le fardeau de la preuve, il conserve, malgré l'amendement, tout son intérêt. Quant au mode de détermination de ce qui constitue une « qualité ou aptitude requise par un emploi », il doit, à mon avis, être totalement objectif comme le suggère l'emploi du mot « par ».

Quel est maintenant l'effet de cette exception sur les conclusions que doit tirer un tribunal quant à la discrimination illicite et à l'obligation d'accommoder raisonnablement ?

L'article 20 énonce une présomption irréfragable :

20. Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi [...] est réputée non discriminatoire.

Lorsqu'une distinction, exclusion ou préférence satisfait aux critères de l'article 20, il n'y a pas de discrimination et conséquemment, pas d'obligation d'accommoder. Il y a donc lieu, à mon avis, d'adopter *mutatis mutandis* en droit québécois les principes dégagés dans l'arrêt *Bhinder*. Il faut toutefois garder à l'esprit qu'il existe deux importantes différences entre l'article 20 de la Charte et l'article 14(a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* :

151. *Journal des débats*, Commission permanente de la justice 232, 17 décembre 1982, B11-769.

152. *Ontario Human Rights Commission c. Borough of Etoibicoke*, (1982) 1 R.C.S. 202, p. 208.

153. *Rogers v. International Paper Co.*, 510 F. 2d 1340, p. 1347, (1975), (C.A. É.-U., 8^e circ.).

1. L'article 20 suggère un critère objectif plus étroit que celui de l'article 14(a).
2. Les seuls motifs de distinction couverts par l'exception de l'article 20 sont les aptitudes ou qualités, tandis que l'article 14(a) utilise le mot exigences qui a une connotation plus large.

Ces deux différences ont un impact réel; un exemple suffira à le démontrer. Ainsi, on peut supposer que le dispositif de l'arrêt *Bhinder* eut été différent, s'il s'était agi d'appliquer l'article 20 de la Charte aux faits de la cause, plutôt que l'article 14(a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Dans une telle éventualité, la preuve présentée par l'employeur eut été insuffisante pour satisfaire aux critères de l'article 20. D'une part, le port du casque n'est ni une aptitude ni une qualité, et d'autre part, il était en preuve que le port du casque n'était pas essentiel à l'accomplissement sécuritaire des tâches reliées à l'emploi, puisque Bhinder avait accompli ces tâches de façon satisfaisante sans porter de casque. Il aurait alors fallu conclure que l'exigence du port du casque était discriminatoire par rapport à Bhinder et que son employeur avait une obligation de l'accommoder raisonnablement, en le dispensant du port du casque. Une telle dispense n'aurait vraisemblablement pas entraîné de contrainte excessive pour l'employeur.