

Le rôle du syndicat dans la mise en oeuvre de l'obligation d'accommodement

Anne PINEAU*

I.	QUEL RÔLE POUR LE SYNDICAT ?	4
A.	FORMATION	5
B.	INFORMATION, SENSIBILISATION	5
C.	NÉGOCIATION	6
i.	CONVENTION COLLECTIVE.....	6
ii.	MESURE D'ACCOMMODEMENT.....	7
D.	CONTESTATION	11
II.	DEVOIR DE REPRÉSENTATION.....	11
III.	LA CONTRAINTE EXCESSIVE : VERSION SYNDICALE.....	13
A.	ATTEINTE À LA CONVENTION COLLECTIVE.....	16
B.	MORAL DU PERSONNEL	18
C.	ATTEINTE AUX DROITS DES AUTRES EMPLOYÉS	20
i.	LA SÉCURITÉ.....	20
ii.	L'ALOURDISSEMENT DE LA TÂCHE.....	21
iii.	L'ANCIENNETÉ.....	23

* Avocate au Service juridique de la Confédération des syndicaux nationaux. Le 26 septembre 2008. Les opinions et commentaires exprimés dans ce texte ne lient que son auteure.

IV. CONTENU PROCÉDURAL DE L'OBLIGATION D'ACCOMMODEMENT ...30

V. CONCLUSION.....34

Pour qu'il ne soit pas qu'un vœu pieux, le droit à l'égalité doit être assorti de certaines mesures de contraintes. Lorsqu'elle a créé l'obligation d'accommodement en 1985, la Cour suprême du Canada a souligné que :

« [...] 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 ». ¹

S'il est un lieu où le droit à l'égalité se doit d'être reconnu, c'est bien au travail, là où se passe une bonne partie des heures, des années de vie d'un individu.

« Pour que l'égalité ne soit pas un vain mot mais constitue un véritable contrat social, il faut que les citoyens la réalisent dans la vie quotidienne ». ²

En l'intégrant aux milieux de travail et donc au quotidien de la plupart des gens, on s'assure que le droit à l'égalité ne sera pas un droit « du dimanche », un droit qui ne sert que dans les grandes occasions.

Les arrêts *Meiorin*³ et *Grismer*⁴ rendus en 1999 furent, à cet égard, cruciaux. Ils ont généralisé et facilité l'application du concept d'accommodement. Mais on ne saurait sous-estimer l'importance, au

¹ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536 à la p. 554.

² Maurice DRAPEAU, « L'évolution de l'obligation d'accommodement à la lumière de l'arrêt Meiorin » (2001) 61 R. du B. 299 à la p. 301.

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

⁴ *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868 [*Grismer*].

Québec du moins, de l'arrêt *Ville de Montréal*⁵ qui, en définissant largement le handicap, a permis le développement phénoménal du concept d'accommodement en droit du travail québécois.

Jusque là surtout réservée aux demandeurs d'accommodements religieux et aux femmes, la Charte s'ouvrait tout à coup largement à tous et toutes les salarié-e-s qui ont ou auront un problème de santé ou de limitations fonctionnelles pouvant affecter leur capacité de travail. La Charte devenait dès lors susceptible d'une application beaucoup plus courante et c'est un fait que les syndicats, tout comme les employeurs du reste, sont aujourd'hui confrontés régulièrement à l'application de la *Charte des droits et libertés de la personne*.⁶

I. QUEL RÔLE POUR LE SYNDICAT ?

L'arrêt *Renaud*⁷ rendu en 1992 marque un moment important dans l'histoire de l'obligation d'accommodement. La Cour suprême vient alors indiquer au syndicat qu'il n'est pas un simple spectateur en matière d'accommodement.

« Si une entente raisonnable n'est possible qu'avec la collaboration du syndicat et que celui-ci bloque les efforts de l'employeur pour supprimer ou atténuer l'effet discriminatoire, le syndicat devient partie à la discrimination.

[...]

*Il ne peut se comporter comme s'il était un spectateur et affirmer que la situation de l'employé est une question qu'il appartient strictement à l'employeur de régler. [...] " La discrimination dans le milieu de travail est l'affaire de tout le monde" ».*⁸

Ceci étant établi, quel rôle le syndicat peut-il et devrait-il jouer en matière d'accommodement ?

⁵ *Québec (Commission des droits de la personne et de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665 [*Ville de Montréal*].

⁶ L.R.Q., c. C-12.

⁷ *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970 [*Renaud*].

⁸ *Ibid.* à la p. 991 [nos italiques].

A. FORMATION

À notre avis, le syndicat doit impérativement connaître les concepts d'accommodement, de contrainte excessive, d'égalité réelle vs égalité formelle, de même que le test de l'arrêt *Meiorin*. Il paraît essentiel que le syndicat s'approprie ces notions pour pouvoir jouer pleinement son rôle d'interlocuteur face à l'employeur, pour bien jauger si l'employeur a rempli son obligation d'accommodement et évaluer sa propre participation à l'exercice, de même que pour renseigner le salarié qui désire être accommodé de ses droits et obligations. En outre, le syndicat doit être conscient que les droits des salariés qu'il représente ne se limitent pas à ceux énoncés à la convention, mais qu'ils incluent ceux résultant de lois d'ordre public dont la Charte. Il doit donc faire l'apprentissage d'une certaine méfiance dans l'application de la convention collective et réaliser qu'une mise en œuvre aveugle et automatique de celle-ci n'est plus de mise si des droits fondamentaux sont en jeu.

B. INFORMATION, SENSIBILISATION

Comme la discrimination en milieu de travail est « l'affaire de tout le monde » et que les collègues de travail peuvent être appelés à collaborer, il importe qu'ils soient, eux aussi, bien informés des principes applicables. L'idée qu'un traitement égalitaire passe souvent par une différence de traitement doit être expliquée car elle ne s'impose pas d'emblée. Le syndicat doit sensibiliser ses membres, rappeler le caractère obligatoire et non facultatif de l'obligation d'accommodement, mettre en évidence le progrès important qu'amène le principe d'accommodement en milieu de travail.

En outre, lorsqu'une mesure particulière d'accommodement est négociée pour un individu, le syndicat devrait en défendre le bien-fondé et voir à ce que la mesure soit expliquée, comprise et acceptée par les compagnons de travail.

C. NÉGOCIATION

i. CONVENTION COLLECTIVE

Il peut être avantageux d'inscrire à la convention collective le processus applicable lors d'une demande d'accommodement, par exemple, les demandes de congés religieux ou la mécanique qui sera suivie lorsqu'un salarié ne peut plus occuper son poste en raison de limitations fonctionnelles. Cela rend la démarche prévisible et dépouille la mesure de son allure de traitement de faveur; il ne s'agit plus d'une exception à la convention collective, mais de l'application de celle-ci. En outre, cela permet éventuellement d'aller chercher plus que ce que commande la Charte (ex. : création de poste correspondant aux capacités, maintien indéfini du lien d'emploi) en plus de garantir l'avantage peu importe qu'il s'avère être pour l'employeur une contrainte excessive.

Ceci dit, les clauses de conventions collectives peuvent constituer une arme à deux tranchants. Elles peuvent d'abord faire perdre de vue le caractère individualisé de toute mesure d'accommodement; les parties ne peuvent donc jamais appliquer aveuglément une clause de convention collective, même celle négociée pour valoir accommodement. Le risque de retomber dans les travers de l'automatisme est donc réel.

Par ailleurs, la clause négociée pourrait être retenue contre le syndicat comme indicateur de ce que les parties à la convention collective jugent raisonnable comme accommodement. C'est là du moins ce qui ressort de l'arrêt *CUSM* :

« 27 Les clauses prévoyant la rupture du lien d'emploi à l'expiration d'une période donnée ne sont donc pas déterminantes, mais constituent plutôt une indication claire des parties sur la question de l'accommodement raisonnable. Il s'agit en conséquence d'un facteur important que l'arbitre doit prendre en considération en cas de dépôt d'un grief. Dans ces circonstances et selon la durée de l'absence autorisée, ces clauses peuvent être utilisées comme preuve de la période maximale au-delà de laquelle l'employeur subit une contrainte excessive. Cette preuve peut s'avérer très utile, surtout dans le cas d'une grande entreprise,

où la preuve de l'existence d'une contrainte excessive résultant de l'absence d'un employé pourrait s'avérer complexe ».⁹

Le syndicat doit donc évaluer si la clause négociée correspond bien à la conception qu'il se fait d'un accommodement raisonnable, autrement il pourrait être préférable de ne s'en remettre qu'à la Charte.

ii. MESURE D'ACCOMMODEMENT

Même lorsqu'il s'agit d'appliquer la Charte des droits et libertés, le syndicat demeure l'interlocuteur obligé de l'employeur. Dans l'arrêt *Bisaillon*, le juge LeBel souligne :

« 28 Il est bon de noter que le monopole de la représentation collective ne se limite pas au cadre de la convention collective, mais s'étend aussi à tous les aspects des relations salariés-employeur (*Isidore*, par. 41; *Noël*, par. 57). En effet, le monopole du syndicat sur la négociation collective prend source non seulement dans l'existence d'une convention collective, mais aussi dans l'accréditation de celui-ci (*Isidore*, par. 38; *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, 1989 CanLII 49 (C.S.C.), [1989] 2 R.C.S. 983, p. 1007–1008). Par conséquent, toute négociation touchant des conditions de travail non mentionnées dans la convention collective en vigueur devra nécessairement être menée par le syndicat accrédité ».¹⁰

C'est donc dire que la négociation d'une mesure d'accommodement interpelle le syndicat et que l'employeur doit associer non seulement le salarié demandeur mais aussi le syndicat à la démarche d'accommodement.

Évidemment, chaque cas demeure un cas d'espèce et les possibilités d'accommodement sont en théorie aussi nombreuses que les individus. Au Québec, les motifs les plus courants demeurent la religion, le sexe, la grossesse et le handicap, du moins si on se fie à la jurisprudence arbitrale.

⁹ *Centre universitaire de santé McGill c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, [2007] 1 R.C.S. 161 [CUSM].

¹⁰ *Bisaillon c. Université Concordia*, [2006] 1 R.C.S. 666 [Bisaillon].

RELIGION

Les demandes de congés ou de modification d'horaire de travail pour observance religieuse sont les demandes les plus courantes. Elles peuvent être mal acceptées par les autres salariés de l'unité surtout parce qu'elles sont perçues comme résultant d'un choix purement personnel que l'individu devrait assumer seul. Le syndicat doit rappeler que la religion est un motif interdit de discrimination au même titre que les autres et sensibiliser les salariés au fait que le calendrier « laïque » cache souvent le calendrier religieux de la majorité.

SEXE

Les employeurs du secteur public, particulièrement en matière de santé, ont souvent tendance à privilégier la sexualisation des postes en réponse aux demandes des usagers pour des soins intimes ou encore pour des motifs allégués de sécurité (établissements psychiatriques). Un certain quota de postes se trouve ainsi réservé à des salariés en fonction de leur sexe (généralement masculin), le tout au détriment de femmes ayant plus d'ancienneté.

À quelques reprises, le Tribunal des droits de la personne a-t-il invalidé de telles pratiques au motif qu'aucune preuve n'établissait l'existence d'une demande de la clientèle et qu'en outre, aucune autre avenue n'avait été explorée hormis la création de postes sexués.¹¹ Récemment, dans *CDPDJ c. Hôpital général Juif Sir Mortimer B. Davis*,¹² le syndicat qui avait souscrit à une entente de sexualisation de poste à la demande de l'employeur a été condamné conjointement avec celui-ci pour pratique discriminatoire. Le tribunal reproche au syndicat d'avoir signé, même de bonne foi, une telle entente, mais surtout de l'avoir reconduite malgré les récriminations des employées de sexe féminin :

« [263] Or, ce sont les termes mêmes de la règle énoncée dans l'Entente qui sont discriminatoires à leur face même. De plus,

¹¹ Voir *CDP c. Centre d'accueil Villa Plaisance*, [1996] R.J.Q. 511 (T.D.P.Q.); et *CDP c. C.H. St-Joseph la Malbaie*, D.T.E. 92T-331 (T.D.P.Q.), inf. pour d'autres motifs par D.T.E. 98T-1136 (C.A.Q.).

¹² *CDPDJ c. Hôpital général Juif Sir Mortimer B. Davis*, D.T.E. 2007T-947 (T.D.P.Q.), autorisation de pourvoi à la C.A.Q. accueillie, 2007 QCCA 1844.

même s'il en connaissait les effets préjudiciables pour les préposés de sexe féminin, le Syndicat a participé à la reconduction de l'Entente, telle que libellée. Les parties en ont même profité pour y ajouter un motif pour justifier la sexualisation des postes de préposés : "pour des motifs religieux" ».

Le syndicat devrait donc se garder de signer un accord qui, sous couvert d'accommoder la clientèle, s'avère discriminatoire pour les salariés de l'unité. Notons que la décision fait actuellement l'objet d'un appel.

GROSSESSE

Le syndicat devrait s'assurer que l'absence du travail associée à la grossesse, au congé de maternité et même au congé parental ne pénalise pas la salariée, notamment en regard du cumul d'ancienneté et de l'octroi de poste.

HANDICAP

Il semble désormais acquis que la personne salariée aux prises avec des limitations fonctionnelles affectant sa capacité de travail doit d'abord être accommodée sur son poste par dispense de tâches secondaires et/ou modifications des outils de travail. Si cela ne suffit pas, c'est l'octroi d'un autre poste disponible correspondant à ses capacités et à ses qualifications qui doit être envisagé, cet autre poste pouvant lui aussi devoir être modifié dans ses tâches secondaires ou aménagé pour faciliter le travail. Si aucun poste n'est disponible, d'aucuns estiment que le processus prend fin. Selon nous, le maintien du lien d'emploi pendant un certain temps, au cas où s'ouvrirait une opportunité d'emploi, ne cause pas de contrainte excessive à l'employeur et devrait être appliqué.

Le syndicat peut jouer un rôle fort important dans ce processus, particulièrement pour obtenir la collaboration des autres salariés, voir quelles tâches peuvent être redistribuées et l'impact que cela aura sur l'équipe de travail. Le syndicat devrait s'assurer d'avoir une bonne compréhension des limitations fonctionnelles qui affectent le salarié et un portrait exact de ses qualifications et expériences de travail. L'utilisation d'experts (médecin, ergonomiste, ingénieur) peut aussi s'avérer nécessaire. Ainsi que le souligne l'arbitre Bruno Leclerc, la capacité physique d'effectuer une tâche est d'abord une question médicale :

« [43] À partir de ces rapports ou du seul rapport de madame Fauteux [ergothérapeute], comme il l'écrit dans S-3[19], monsieur Picard, le directeur général adjoint, affirme dans la lettre de licenciement que le plaignant est dans l'impossibilité d'effectuer les tâches de policier. À l'audience, ce témoin ainsi que monsieur Bastien, ex-directeur du service, affirment, à partir de la description de poste de policier E-2, que le plaignant serait incapable de remplir six des neuf fonctions principales du policier.

[44] *Messieurs Picard et Bastien ne sont pas des experts médicaux. Ils ne peuvent pas, à partir des rapports de madame Fauteux et du Docteur Roy, tirer d'autres conclusions que celles contenues aux rapports. Ils ne peuvent pas, comme ils le font, conclure que le plaignant est dans l'impossibilité d'effectuer les tâches de policier* ». ¹³

De son côté, l'arbitre Jean-Denis Gagnon insiste sur la nécessité de procéder à une « fragmentation de tâches » pour bien établir les possibilités de remaniement d'emploi. ¹⁴

En matière de toxicomanie, le syndicat pourrait obtenir le paiement d'une cure par l'employeur, si la convention collective ne prévoit pas déjà cette forme d'aide. Une entente de dernière chance en vue d'éviter le congédiement du salarié peut constituer une autre avenue à considérer si le salarié y consent. L'entente devrait cependant prévoir la possibilité de rechute inhérente à ce type de maladie. ¹⁵

Le syndicat pourra en outre être appelé à intervenir en regard d'autres types de dépendance, qu'on pense au jeu pathologique ou même à la cyberdépendance. Ces pathologies peuvent expliquer certains comportements déviants au travail (vol, fraude, vol de temps) et constituer une défense en matière disciplinaire.

¹³ *Conseil de la Nation huronne-wendat c. SCFP, section locale 4613*, D.T.E. 2007T-829 (T.A.) [nos italiques].

¹⁴ *Association des pompiers de Montréal c. Montréal (Ville de)*, D.T.E. 2007T-830 au para. 84 (T.A.).

¹⁵ Sur cette question voir : Y. Morin, D. Notardonato et H. Oliveira, « L'entente de réintégration conditionnelle : une dernière chance chèrement acquise ? » dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail* (2005), vol. 224, Cowansville (Qc), Yvon Blais aux pp. 47-94.

D. CONTESTATION

Finalement, si l'employeur refuse de remplir son obligation d'accommodement ou la remplit mal, le syndicat a un rôle de contestation à jouer. Le dépôt d'un grief est sa prérogative et il doit s'assurer que les droits fondamentaux des salariés qu'il représente, droits désormais inclus à la convention collective, soient respectés.

Le devoir de juste représentation inscrit au *Code du travail* du Québec, L.R.Q., c. C-27, aménage un droit de recours lorsque le syndicat se montre négligent à faire valoir ces droits.

II. DEVOIR DE REPRÉSENTATION

L'arrêt *Parry Sound*¹⁶ a pour effet « d'inclure » les lois d'ordre public à la convention collective.¹⁷ Cela emporte pour le syndicat un devoir accru de vigilance. La Commission des relations du travail (CRT) a ainsi souligné :

« [46] Lorsque les dispositions d'une loi sur les droits de la personne ou d'une loi du travail sont concernées par un conflit opposant un salarié à son employeur, il incombe à l'association d'intervenir, d'être proactive, de déployer des efforts additionnels et d'offrir un supplément de sensibilité au cas soulevé par le salarié qu'il représente ».¹⁸

L'« effet Parry Sound » se fait particulièrement remarquer au chapitre de l'obligation d'accommodement. La CRT a développé une jurisprudence exigeante envers le syndicat; il doit s'être assuré que les droits du salarié qui lui résultent de la Charte ont été respectés, notamment qu'une démarche d'accommodement a été effectuée avec sérieux.

¹⁶ *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157 [*Parry Sound*].

¹⁷ Le juge Iacobacci indique au para. 28 : « En pratique cela signifie que les droits et obligations substantiels prévus par les lois sur l'emploi sont contenus implicitement dans chaque convention collective à l'égard de laquelle l'arbitre a compétence ».

¹⁸ *Chhuon c. Association des employés du Groupe Holiday Inc.*, 2005 QCCRT 0115.

Dans *Roy c. Syndicat de la fonction publique du Québec Inc.*, la CRT met en garde contre l'idée d'une application mécanique de la convention collective :

« [17] Il est maintenant bien établi que, dans un contexte de rapports collectifs de travail, la mise en œuvre des droits fondamentaux prévus à la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, incombe tant au syndicat qu'à l'employeur. Il ne fait pas plus de doute que la Charte des droits transcende la convention collective et, a fortiori, l'exercice des droits de la direction que la convention ne balise pas. Autrement dit, aucun employeur ou syndicat ne peut simplement se retrancher derrière une disposition claire de la convention collective, du plan de classification ou du contrat d'assurance pour prétendre qu'il n'a pas l'obligation d'envisager toute mesure d'accommodement n'entraînant pas une contrainte excessive qui soit susceptible de permettre à un salarié handicapé de continuer à exercer son emploi, par exemple ». ¹⁹

Ceci dit, l'absence de postes correspondant aux limitations fonctionnelles du salarié constituera une défense valable pour le syndicat. ²⁰

D'autre part, le plaignant a lui aussi l'obligation de collaborer à la recherche d'un compromis. Ainsi, le syndicat n'est pas tenu de contester un horaire de travail qui respecte les limitations fonctionnelles du salarié sous prétexte qu'il en préférerait un autre. ²¹ De même, le syndicat qui, multipliant les efforts, réussit à obtenir la création d'un poste sur mesure pour le plaignant (ce qui va au-delà de l'obligation d'accommodement) ne sera pas taxé de négligence au motif que le nouveau poste est moins bien rémunéré. ²² Enfin, le syndicat ne commet aucune faute en considérant

¹⁹ *Roy c. Syndicat de la fonction publique du Québec Inc.*, 2004 QCCRT 0359.

²⁰ *Marin c. Syndicat national des employés de l'aluminium de Baie-Comeau*, 2005 QCCRT 0219.

²¹ *Boutin c. Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal (SCFP, section locale 301)*, 2007 QCCRT 0078.

²² *Côté c. Syndicat des travailleuses et travailleurs du Centre de santé et des services sociaux de la région de Thetford (CSN)*, 2008 QCCRT 0163, requête en révision judiciaire rejetée, 2008 QCCS 6646.

qu'un salarié invalide peut, comme tous ses collègues, faire l'objet d'une mise à pied.²³

III. LA CONTRAINTE EXCESSIVE : VERSION SYNDICALE

Si l'arrêt *Renaud* consacre l'idée que le syndicat n'est pas qu'un simple spectateur en matière de droit à l'égalité, il reconnaît aussi le droit du syndicat à la défense de contrainte excessive :

« [...] Pour éviter une responsabilité absolue, le syndicat doit posséder le même droit qu'un employeur de justifier la discrimination. Pour ce faire, il doit s'acquitter de son obligation d'accommodement ».²⁴

La Cour souligne la nature particulière de la contrainte excessive du point de vue du syndicat et qui tient à son rôle de représentant de tous les salariés :

« [...] L'obligation d'accommodement ne devrait pas substituer la discrimination envers d'autres employés à la discrimination subie par le plaignant. Toute atteinte importante aux droits d'autrui justifiera normalement le refus du syndicat de consentir à une mesure qui aurait cet effet. Quoique le critère de la contrainte excessive s'applique au syndicat, on y satisfera souvent en démontrant que l'adoption des mesures d'accommodement proposées causera un préjudice à d'autres employés ».²⁵

Le syndicat se voit donc conférer le droit d'être en désaccord avec une mesure qui brimerait les droits des autres employés qu'il représente. Encore faut-il cependant, qu'il s'agisse d'une atteinte importante à ces droits.

« La crainte de l'effet sur d'autres employés [...] est un facteur à considérer pour déterminer si l'ingérence dans l'exploitation de l'entreprise de l'employeur serait excessive. Toutefois, *il faut établir l'existence de plus qu'un inconvénient négligeable* pour

²³ *Desgagnés c. Syndicat des travailleurs de Gamma Industries (CSN)*, 2007 QCCRT 0236.

²⁴ *Ibid.* à la p. 989.

²⁵ *Ibid.* aux pp. 991–92.

pouvoir contrecarrer le droit de l'employé à un accommodement. L'employeur doit démontrer que l'adoption de mesures d'accommodement entraînera une *atteinte réelle, non pas anodine mais importante, aux droits d'autres employés*. L'atteinte ou l'inconvénient minimes sont le prix à payer pour la liberté de religion dans une société multiculturelle ». ²⁶

La Cour mentionne aussi le fait qu'une mesure peu dispendieuse pour l'employeur, et donc raisonnable de son point de vue, pourra constituer une contrainte excessive pour le syndicat.

« [...] Si la mesure proposée est la moins dispendieuse ou la moins perturbatrice pour l'employeur, mais qu'elle vient perturber la convention collective ou affecter autrement les droits d'autres employés, on conclura généralement que l'employeur n'a pas pris de mesures raisonnables pour s'entendre et que le syndicat n'a pas agi déraisonnablement en refusant son consentement. Il va sans dire que cela présuppose qu'il était possible de prendre d'autres mesures d'accommodement raisonnables qui ne mettaient pas en cause la convention collective ou la perturbaient moins. En pareille circonstance, le syndicat ne peut être dégagé de son obligation s'il n'a pas proposé d'autres mesures possibles qui, d'après lui, sont moins onéreuses. [...] » ²⁷

Cette précision est importante. On peut craindre en effet que l'employeur recherche la mesure la moins contraignante pour lui et qui consistera souvent à faire supporter aux seuls salariés le poids de l'accommodement.

Par ailleurs, lorsque plusieurs alternatives existent, celles ne portant pas atteinte à la convention collective devraient d'abord être utilisées même s'il en coûte plus cher à l'employeur. C'est en dernier ressort que l'employeur peut interpeller le syndicat.

« Dans la deuxième situation où le syndicat ne contribue pas initialement à une discrimination, mais où, par son absence de collaboration, il empêche d'en arriver à un compromis raisonnable, *l'employeur doit étudier à fond d'autres mesures d'accommodement avant qu'on puisse s'attendre à ce que le*

²⁶ *Ibid.* aux pp. 984–95 [nos italiques].

²⁷ *Ibid.* à la p. 992.

*syndicat aide à trouver ou à mettre en preuve une solution. L'obligation du syndicat ne naît que lorsque sa participation est nécessaire pour rendre l'accommodement possible et qu'aucune autre solution raisonnable n'a été trouvée ou n'aurait pu raisonnablement être trouvée ».*²⁸

La légitimité d'un accommodement s'évalue donc par rapport à la gravité de l'atteinte aux droits des autres employés. Et on entend par là tous les droits, non seulement ceux issus des lois et de la Charte, mais aussi ceux qui découlent de la convention collective. Comme le souligne le professeur Christian Brunelle :

« [...] Bref, tout droit auquel une mesure d'accommodement risque de porter atteinte devrait être pris en considération pour juger de la raisonnablement du compromis projeté.

Parmi les nombreux droits qui peuvent être affectés négativement par l'implantation d'une mesure d'accommodement, on peut inclure l'alourdissement de la tâche des autres employés appelés, par exemple, à exécuter une partie des fonctions de la personne accommodée. L'exposition d'un salarié à un risque plus grand pour sa santé ou sa sécurité en raison de la nécessité, pour lui, de travailler avec le collègue qui sollicite un accommodement particulier en est une autre illustration. L'acceptation forcée d'un horaire de travail moins avantageux, la renonciation à une promotion attendue ou la mutation à un autre poste sont aussi du nombre des effets potentiels qu'un arrangement proposé pourrait avoir sur autrui ».²⁹

Rappelons par ailleurs que l'accommodement n'a pas pour objet de remplacer une discrimination par une autre. Autrement dit, le salarié qui nécessite un accommodement ne bénéficie pas de plus de droits que les autres salariés ou d'un droit préférentiel à l'emploi.

« 58. En définitive, il importe de revenir à la raison d'être de l'obligation d'accommodement. Celle-ci a essentiellement pour objet « de fournir un accès égal au travail aux personnes qui, autrement, seraient aux prises avec de sérieuses difficultés ». Cela

²⁸ *Ibid.* à la p. 993 [nos italiques].

²⁹ Christian Brunelle, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Cowansville (Qc), Yvon Blais 2001 aux pp. 261–62.

étant, elle n'a pas pour but de concéder aux personnes qui partagent un attribut personnel visé par les normes d'égalité un accès privilégié au travail ».³⁰

Nous traiterons maintenant des droits des autres employés sous trois angles : l'atteinte à la convention, le moral du personnel, l'atteinte aux droits.

A. ATTEINTE À LA CONVENTION COLLECTIVE

Une mesure d'accommodement devrait tendre le plus possible au respect de la convention collective. La Cour suprême reconnaît dans *Renaud* que :

« Bien que les dispositions d'une convention collective ne puissent dégager les parties de l'obligation d'accommodement, l'effet de la convention est pertinent pour évaluer le degré de contrainte résultant de l'ingérence dans ses conditions. Une dérogation importante à l'effet normal des conditions d'emploi dans la convention collective peut constituer une ingérence excessive dans l'exploitation de l'entreprise de l'employeur ».

Il va sans dire qu'une dérogation importante à l'effet normal de la convention collective peut aussi constituer une contrainte excessive du point de vue syndical.

Deux sentences rendues dernièrement respectent ce principe de « perturbation minimale ».

Dans *Hôtel Plaza*, une salariée bénéficiant d'un horaire particulier lui provenant d'une mesure d'accommodement réclamait le maintien de cet horaire malgré qu'on lui en ait offert un nouveau qui respectait à la fois ses limitations et la convention collective. L'arbitre Denis Provençal rejette le grief notant au passage qu'un accommodement respectueux de la convention collective doit, lorsqu'il existe, être préféré à celui qui s'en écarte :

« [24] [...] Il faut privilégier les mesures d'accommodement qui s'accordent avec les règles qu'ont négociées les parties d'autant

³⁰ *Regroupement des CHSLD des Trois-Rives c. Laberge*, R.E.J.B. 2001-24931, D.T.E. 2001T-580 (C.S.Q.).

plus qu'elles ont été sanctionnées par la majorité des salariées de l'unité de négociation par scrutin secret. C'est, à mon humble avis, la première démarche qui s'impose en matière d'accommodement en présence d'une convention collective ».³¹

Une sentence de l'arbitre Jean Gauvin dans *Aliments Parmalat* aborde un problème semblable. Un laveur d'équipement détenait, par suite d'un accommodement, un poste adapté à sa condition (poste isolé, horaire réduit). L'employeur ayant procédé à des mises à pied refusait à un salarié plus ancien le droit de supplanter le laveur accommodé. L'arbitre résume le problème :

« Dès lors, la question qui se pose et à laquelle je dois répondre est de savoir si je dois maintenir l'accommodement dont bénéficie l'intervenant depuis 2003 et, conséquemment, léser le plaignant en le privant de son droit de supplantation sur le poste détenu par l'intervenant, ou si je dois accueillir le grief du plaignant, lui permettre de supplanter l'intervenant et ordonner à l'employeur de muter l'intervenant sur le poste de laveur d'équipement à la réception du lait qu'il lui faudrait alors toutefois modifier en un poste de 24 heures par semaine, pour l'intervenant, et en un poste résiduel de 16 heures par semaine, pour un salarié remplaçant ».³²

L'arbitre accueille le grief, permet la supplantation du laveur ce qui entraînera son déplacement à un autre poste avec accommodements en conséquence. Notons que le déplacement engendrait une baisse de rémunération pour le laveur parce qu'il passait d'un horaire de fin de semaine à temps double à un horaire de semaine à temps régulier. L'arbitre note que cette perte salariale résulte non pas d'un défaut d'accommodement mais de l'application de la convention collective.

« Or, l'obligation d'accommodement raisonnable ne lui garantit pas un poste à taux majoré mais lui donne droit, dans la mesure du possible, à un poste rémunéré au taux régulier qui y est prévu. C'est donc ce à quoi le poste de laveur d'équipement à la réception du lait lui donnera droit, s'il accepte cet accommodement. Sinon, il devra néanmoins être mis à pied et

³¹ *Teamster c. 3089-3242 Québec inc. (Hôtel Plaza)*, D.T.E. 2005T-404 au para. 24 (T.A.) [*Hôtel Plaza*].

³² *Syndicat des salariés de la production de Lactantia (CSD) c. Aliments Parmalat*, D.T.E. 2007T-785 à la p. 13 du texte intégral (T.A.).

attendre qu'une autre possibilité d'accommodement raisonnable se présente avant de pouvoir s'en prévaloir ».³³

Ces deux sentences conjuguent donc le respect du devoir d'accommodement avec l'application normale de la convention collective.

B. MORAL DU PERSONNEL

En 1992, dans l'arrêt *Renaud*, la Cour suprême s'est empressée de substituer au critère « moral du personnel » qu'elle avait énoncé deux ans plus tôt dans *Central Alberta Dairy Pool*, celui du « droits des autres employés ». Apparemment, on a craint qu'une approche purement subjective de la question ne vienne miner le droit à l'égalité.

« La réaction des employés peut jouer au moment de déterminer si des mesures d'accommodement constitueraient une ingérence excessive dans l'exploitation de l'entreprise de l'employeur. Dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool*, le juge Wilson a mentionné le moral des employés comme l'un des facteurs à prendre en considération. Ce facteur doit être appliqué avec prudence. *Il faut tenir compte de l'opposition des employés qui résulte de craintes légitimes que leurs droits soient lésés. Par contre, les oppositions fondées sur des attitudes incompatibles avec les droits de la personne ne sont pas pertinentes* ».³⁴

Dans *Meiorin*, la Cour précisera encore :

« [...] Même s'il va sans dire qu'il faut examiner sérieusement « l'opposition des employés » qui résulte des craintes légitimes que leurs droits soient lésés, on ne peut justifier la discrimination fondée sur un motif prohibé par l'argument que cette pratique minerait le moral des employés. [...] »³⁵

Il convient donc de distinguer la grogne injustifiée, fruit des préjugés ou de l'ignorance, de la crainte légitime pour un salarié de voir ses droits lésés.

³³ *Id.* aux pp. 15–16 [nos italiques].

³⁴ *Ibid.* à la p. 988 [nos italiques].

³⁵ *Ibid.* au para. 80.

La thèse d'une discrimination à rebours est notamment écartée fermement dans *Commission Scolaire Régionale de Chambly*³⁶ où l'employeur soutenait que l'octroi d'un congé payé pour motif religieux (Yom Kippour) serait injuste car les enseignants de confession juive bénéficieraient alors d'un férié de plus que les autres employés. De même, dans l'arrêt *Meiorin*, la Cour rejette l'idée qu'une norme aérobique moindre pour les femmes soit discriminatoire envers les hommes.

Dans *Plastiques T.P.I.*, une salariée se trouvait incapable en raison de crise de panique d'accomplir une tâche saisonnière particulière. Plutôt que de l'en délester et de l'affecter ailleurs, l'employeur l'avait mise à pied invoquant qu'une dispense de tâches serait vue comme un traitement de faveur. L'arbitre François Hamelin conclura plutôt qu'un réaménagement de tâches n'aurait entraîné aucun préjudice aux autres salariés. La sentence est particulièrement intéressante en ce qu'elle met en lumière l'importance du facteur information dans la mise en place d'un accommodement :

« [174] Dans les circonstances, j'estime que *le mécontentement passé des collègues de travail de la réclamante s'explique par le manque d'informations pertinentes et je suis convaincu que lorsqu'ils seront correctement informés, ce mécontentement fera place à la compréhension. Si ce n'était pas le cas, il faudra conclure que la réaction des employés reproduit des préjugés et des stéréotypes qui doivent être écartés afin de favoriser les droits fondamentaux à l'égalité de la réclamante, garantis par la charte.*

[175] En l'espèce, l'obligation d'accommodement doit entraîner au profit de la réclamante, une modification à la règle de la rotation prévue dans la convention collective et *il me semble essentiel que la partie patronale et la partie syndicale expliquent conjointement la situation aux salariés* ».³⁷

La sensibilisation des collègues suppose, ceci dit, que le salarié accommodé accepte de révéler certaines informations personnelles le concernant. On pourrait y voir un élément de collaboration de sa part à la mesure d'accommodement réclamée.

³⁶ *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525.

³⁷ *Plastiques T.P.I. inc. c. Syndicat des travailleurs du plastique de Coaticook (CSD)*, D.T.E. 2005T-165, [2005] R.J.D.T. 504 (T.A.) [nos italiques].

Finalement, une question peut faciliter la tâche de départage entre la grogne injustifiée et la crainte réelle d'une atteinte aux droits : l'accommodement réclamé enlève-t-il quelque chose aux collègues de travail ? Dans *Les Estampages ISE*, la pause rémunérée dont bénéficiait depuis plusieurs années le salarié pour s'injecter de l'insuline avant le repas lui avait été retirée. L'employeur invoquait notamment l'équité envers les autres salariés. L'arbitre Diane Veilleux remarque :

« [29] En qui concerne le souci d'équité envers les autres salariés, la preuve ne révèle pas d'éléments factuels à l'effet que des salariés subiraient un traitement inéquitable du fait que l'accommodement prévalant avant le 4 février continuerait de s'appliquer après cette date. *L'accommodement qui était appliqué au plaignant n'empêche pas les autres salariés de bénéficier des conditions de travail prévues dans la convention collective et elle ne brime pas, selon toute vraisemblance, d'autres droits des salariés.* [...] »³⁸

C. ATTEINTE AUX DROITS DES AUTRES EMPLOYÉS

L'atteinte aux droits des autres employés doit, pour valoir contrainte excessive, être réelle et importante. Parmi les atteintes les plus souvent invoquées, on note la sécurité, l'alourdissement de la tâche et le non respect de l'ancienneté.

i. LA SÉCURITÉ

L'atteinte à la sécurité des collègues de travail est un point majeur à considérer. Une sentence rendue en août 2007 par l'arbitre Gilles Desnoyers aborde cette question. Un agent correctionnel dont l'emploi l'expose à des blessures lors d'interventions auprès des prisonniers a été retiré du travail. L'anticoagulant qu'il doit prendre depuis une thrombose le rend trop à risque pour lui-même, mais aussi pour ses collègues. C'est la conclusion à laquelle en vient l'arbitre.

« *Compte tenu du travail en équipe des agents, il faut nécessairement considérer l'impact que pourrait avoir le fait de*

³⁸ *Syndicat des travailleurs des Estampages ISE (CSN) c. Estampages ISE*, D.T.E. 2007T-445 au para. 29 (T.A.) [nos italiques].

*garder monsieur Arsenault en emploi. Par exemple, s'il s'abstenait d'intervenir par mesure de précautions, il pourrait placer son collègue dans une fâcheuse situation. Il en serait de même s'il subissait une blessure amenant une hémorragie. La sécurité du public pourrait également être mise en cause en pareilles circonstances ».*³⁹

L'arbitre ajoute qu'il ne serait pas acceptable que le plaignant ne soit jamais le premier intervenant en cas d'altercation. Notons que cette sentence fait l'objet actuellement d'une requête en révision judiciaire.

ii. L'ALOURDISSEMENT DE LA TÂCHE

C'est l'un des motifs les plus souvent invoqués. Le *Centre hospitalier des Vallées des Outaouais* s'illustre particulièrement sur cette question. En effet, par trois fois des arbitres ont estimé impossibles les accommodements réclamés chez cet employeur parce qu'ils auraient entraîné une surcharge de travail pour les collègues. Ainsi, l'arbitre Denis Nadeau, tenant compte de ce que des coupures de postes avaient déjà alourdi le travail des technologues en radiologie, conclut :

« S'il est vrai que les collègues de travail d'une personne handicapée ont eux aussi une obligation d'accommodement [...] la limite de la contrainte excessive s'applique également à eux.

[...]

Le retour de la plaignante dans cette équipe de travail, avec ses limitations fonctionnelles découlant de son handicap, aurait pour effet d'alourdir la tâche des autres technologues en les obligeant à exécuter, en plus forcément des leurs, les fonctions qu'elle ne peut faire. Or, dans le contexte précis de cette affaire et à la lumière de la nature même du travail exécuté, je suis d'avis que cet alourdissement des tâches constitue une contrainte excessive ».⁴⁰

³⁹ *Québec (Ministère de la sécurité publique) c. Syndicat des agents de la paix en services correctionnels du Québec*, D.T.E. 2007T-768 à la p. 28 du texte intégral (T.A.), requête en révision judiciaire rejetée, D.T.E. 2009T-135 (C.S.Q.) [nos italiques].

⁴⁰ *Syndicat des technologues en radiologie du Québec c. Centre Hospitalier des Vallées de l'Outaouais*, D.T.E. 99T-1044 aux pp. 53-54 du texte intégral (T.A.).

En 2001, l'arbitre Abramovitz décidait que la rotation des infirmières d'une unité à l'autre était essentielle pour répartir le stress équitablement entre elles et qu'en conséquence, l'accommodement consistant à affecter l'une d'elles en permanence à la pouponnière n'était pas acceptable. L'arbitre conclut de la sorte, malgré que des collègues de travail aient offert leur collaboration. Il indique :

« Additionnellement, la preuve est à l'effet que le travail dans l'obstétrique est plus stressant que celui en maternité ou à la pouponnière. Une répartition juste ou équitable des tâches est accomplie par une rotation régulière des infirmières entre ces unités. Le fait que certaines infirmières seraient prêtes à travailler exclusivement en obstétrique ainsi permettant (sic) madame Malette d'avoir un poste exclusivement en maternité ou à la pouponnière, n'est pas une solution acceptable. Par exemple : qu'est-ce qui arriverait si ces infirmières sont absentes à cause de maladie ou si elles décident de prendre leur retraite ou d'accepter un poste dans un autre hôpital ? L'administration du département de la périnatalité au C.H.V.O. serait, à mon avis, indûment compromise par la diminution du bassin des infirmières polyvalentes et interchangeables. De plus, ceci porterait atteinte à la convention collective et causerait un problème au moral du personnel ».⁴¹

Finalement, en janvier 2008, l'arbitre François Blais, toujours dans un dossier du C.H. des Vallées de l'Outaouais rejette le grief d'une infirmière souffrant d'un problème de sudation excessive. Son maintien au bloc opératoire aurait affecté de façon indue le travail de ses collègues.

« [220] [...] Elles verraient leur journée de travail prolongée indûment, ce qui aurait pour effet d'affecter sérieusement leur moral et la vigilance dont elles doivent faire preuve. [...] ».⁴²

On notera que l'alourdissement des tâches est un facteur qui concerne à la fois les droits des autres employés et l'efficacité du travail,

⁴¹ *FIIQ c. Centre hospitalier des Vallées de l'Outaouais*, D.T.E. 2000T-1145, p. 56 ; voir au même effet *Union internationale des travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 405P c. Aliments Lesters*, D.T.E. 2007T-823, arbitre Louise Viau (T.A.).

⁴² *Centre hospitalier Vallées de l'Outaouais c. Syndicat des infirmières du CHRO*, D.T.E. 2008T-129 (T.A.).

ce qui explique sans doute pourquoi il est invoqué plus souvent qu'autrement par l'employeur pour faire échec à une demande d'accommodement.

L'appauvrissement de la tâche par retrait des tâches intéressantes pourraient aussi être pris en considération dans l'évaluation d'une contrainte excessive.

iii. L'ANCIENNETÉ

S'il est un droit auquel les salariés se montrent sensibles, c'est bien l'ancienneté. En milieu de travail, l'ancienneté évacue l'arbitraire patronal et fait la preuve que la persévérance et la loyauté à l'entreprise peuvent payer. Elle assure au salarié qui prend de l'âge, une sécurité d'emploi dans l'entreprise à un moment où son employabilité sur le marché du travail souvent diminue en raison justement de cet âge. Elle porte en elle des espoirs d'avancement et de sort meilleur. Toute atteinte à ce droit apparaît donc généralement sérieuse et plus qu'anodine.

En 1993, la professeure Katherine Swinton de la Faculté de droit de Toronto notait à propos de l'ancienneté :

« [...] The message from the Supreme Court of Canada is clear, however: the duty to accommodate requires consideration of the impact of accommodation on the morale of other employees and the terms of a collective agreement. *Nothing can threaten that morale more than a frontal attack on the rights of other employees, whether in the interference with job posting provisions or the downgrading of the protection and benefits accorded by seniority.* At the same time, the adjudicator cannot ignore the claims for greater access to employment opportunities for women. A balancing of interests is required that must result in difficult value choices ».⁴³

De son côté, la Cour suprême, dans *Health Services*,⁴⁴ hisse l'ancienneté et les autres mesures de sécurité d'emploi au rang des droits

⁴³ Katherine Swinton, « Accommodating Women in the Workplace : Reproductive Hazards and Seniority Systems » (1993) 1 C.L.L.J. 125 à la p. 139 [nos italiques].

⁴⁴ *Health Services and Support – Facilities subsector bargaining Association c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391.

les plus importants que le mouvement syndical puisse obtenir pour ses membres.

« 130 Les dispositions concernant la sous-traitance (al. 6(2) et (4)), la mise en disponibilité (al. 9a), b) et c)) et la supplantation (al. 9d) portent sur des questions d'une importance capitale pour la liberté d'association. *Les restrictions aux conventions collectives qui limitent le pouvoir discrétionnaire de l'employeur de mettre en disponibilité affectent la capacité des employés de conserver un emploi stable, l'une des protections les plus essentielles qu'un syndicat obtient pour les employés. De même, les clauses de conventions collectives restreignant le droit de la direction de recourir à la sous-traitance permettent aux travailleurs de bénéficier de la sécurité d'emploi. Enfin, les droits de supplantation font partie intégrante du régime d'ancienneté normalement prévus dans les conventions collectives et, à ce titre, représentent une protection d'une importance considérable pour les syndicats. [TRADUCTION] « L'ancienneté constitue l'un des avantages les plus importants et de la plus vaste envergure que le mouvement syndical ait réussi à obtenir pour ses membres par la négociation collective »* (Re United Electrical Workers, Local 512, and Tung-Sol of Canada Ltd. (1964), 15 L.A.C. 161, p. 162 ; voir D.J.M. Brown et D. M. Beatty, *Canadian Labour Arbitration* (4^e éd. (à feuilles mobiles)), vol 2, par. 6 :0000, p.6-1). En évaluant dans une perspective globale à quel point la loi entrave **l'exercice de ces droits essentiels**, nous concluons que son ingérence dans la négociation collective au sujet de la sous-traitance ainsi que des conditions de mise en disponibilité et de la supplantation constitue une atteinte substantielle au droit à la liberté d'association garanti par l'al. 2d) [nos italiques] ».

La législation québécoise reflète elle aussi la place particulière qu'occupe l'ancienneté en relations de travail.

Ainsi, la *Loi sur les accidents de travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., c. A-3.001, précise que l'octroi d'un emploi convenable est subordonné au respect des règles d'ancienneté prévues à la convention collective.

« 239. Le travailleur qui demeure incapable d'exercer son emploi en raison de sa lésion professionnelle et qui devient capable d'exercer un emploi convenable a droit d'occuper le premier

emploi convenable qui devient disponible dans un établissement de son employeur.

Règles de l'ancienneté.

Le droit conféré par le premier alinéa s'exerce sous réserve des règles relatives à l'ancienneté prévues par la convention collective applicable au travailleur [notre italique] ».

De même, la *Loi sur l'accès à l'égalité en emploi dans des organismes publics*, L.R.Q., c. A-2.01, indique qu'un programme d'accès ne peut obliger un organisme à exclure l'ancienneté de ses critères d'embauche et de mouvement de la main-d'œuvre.

« 14. Un programme d'accès à l'égalité en emploi ne peut obliger un organisme:

1° à engager des personnes qui ne sont pas compétentes ou à leur donner une promotion ;

2° à engager des personnes ou à leur donner une promotion sans égard au mérite dans le cas où une convention collective ou les pratiques établies exigent que la sélection soit faite au mérite ;

3° à porter atteinte d'une manière indue aux intérêts de l'organisme ou des personnes qui n'appartiennent pas à un groupe visé ;

4° à créer de nouveaux postes ;

5° à exclure l'ancienneté comme critère d'embauche, de promotion, de licenciement, de mise à pied, de rappel au travail ou de redéploiement des effectifs. [nos italiques] »

La jurisprudence arbitrale québécoise reflète à ce jour le même souci. Ainsi, dans *Cité de la santé de Laval*, l'arbitre Abramowitz estime que le respect de l'ancienneté est un point crucial à considérer dans l'évaluation d'une contrainte excessive. Faisant droit au grief contestant l'octroi d'un poste de jour à une salariée enceinte afin de l'accommoder, l'arbitre note que l'employeur aurait pu trouver une autre solution, soit un retrait préventif :

« Tenant compte de la jurisprudence, du fait que plusieurs employées ont été lésées par l'accommodement de longue durée de madame Gagné et qu'il existait une autre avenue d'accommoder son handicap attribuable à sa grossesse, que le concept d'ancienneté est fondamental à une convention collective

et gouverne une multiplicité de droits des salariés (ordre de mise à pied et rappel, surtemps, octroi du poste, appel des salariés sur la liste de rappel, vacances, etc.), que la provision d'ancienneté n'est pas elle-même discriminatoire, mais au contraire, établit un ordre de droits d'une façon équitable entre les employés, et que sa violation constitue une dérogation importante des conditions d'emploi de la convention collective affectant le moral des salariées et, dans les circonstances du présent cas, ces facteurs constituent une contrainte excessive ».⁴⁵

Dans le même sens, l'arbitre Marcel Morin estime qu'une ancienneté insuffisante fait échec à l'octroi d'un poste. Il note :

« [32] [...] Il appert que la plaignante n'a pas pu obtenir l'un ou l'autre de ces postes en raison de sa faible ancienneté. En effet, l'obligation d'accommodement ne peut conférer à un employé des droits qu'il n'aurait pas n'eût été de son handicap. *C'est ainsi que la règle d'ancienneté, la colonne vertébrale de la convention collective, ne peut être mise de côté pour permettre à l'employeur de satisfaire à son obligation d'accommodement.* D'autre part, certains postes exigent une scolarité que la plaignante ne détient pas ce qui la disqualifie pour occuper de tels postes [notre italique]».⁴⁶

Dans *Société en commandite Tafisa*,⁴⁷ le salarié est débouté parce qu'il ne possède pas assez d'ancienneté pour obtenir un poste au magasin. Une conclusion similaire est tirée dans *Transport VA*.⁴⁸

Une décision récente de l'arbitre Claude H. Foisy semble s'écarter, en apparence du moins, de ce courant. Dans *Bombardier Aéronautique*,⁴⁹ le syndicat se plaignait d'une mesure d'accommodement

⁴⁵ *Syndicat des techniciens-nes de la Cité de la Santé de Laval c. Cité de la Santé de Laval*, [2003] R.J.D.T. 1931 aux pp. 1941–42 (T.A.).

⁴⁶ *S.N. Services hospitaliers / Thetford-Mines c. Centre Hospitalier de la région de l'amiante*, D.T.E. 2004T-128 au para. 12 (T.A.).

⁴⁷ *Société en commandite Tafisa c. Fraternité nationale des forestiers, section locale 299*, D.T.E. 2003T-677 (T.A.).

⁴⁸ *Transport VA inc. c. S.T. de transport VA (CSN)*, D.T.E. 2000T-1093, arbitre Claude Lauzon (T.A.).

⁴⁹ *Ass. int. des machinistes et des travailleurs de l'aérospatiale loc. 712 c. Bombardier Aéronautique*, D.T.E. 2006T-258 (T.A.).

ne respectant pas les droits d'ancienneté. Suite à un processus de mise à pied général pour 3 usines, on avait procédé à un redéploiement de main-d'œuvre en raison de déficit ou de surplus de main-d'œuvre par usine dans certains titres d'emplois. Au stade de ce redéploiement, il n'était plus question de mise à pied ; la procédure visait plutôt à permettre aux salariés de choisir par ancienneté l'usine où ils seraient affectés. Or, deux salariées plus anciennes qui désiraient travailler à l'usine 1 ont tout de même été affectées à l'usine 3 parce que 2 salariées moins anciennes ne pouvaient être affectées à l'usine 3 en raison d'un handicap.

L'arbitre rejette le grief en soulignant que le cas ne concernait pas un mouvement de main-d'oeuvre.

« [25] La perte d'emploi de mesdames Peng et De Sève, — ce qui est le fondement d'une distinction puisque les autres employés non handicapés peuvent travailler à l'usine 3 — n'est aucunement reliée à l'application de la règle d'ancienneté en cas de mouvement de main-d'œuvre. *Il ne faut pas oublier qu'il s'agit ici non pas d'un cas de mise à pied mais d'un cas de redéploiement une fois les mises à pied effectuées.* Mesdames Peng et De Sève, en application des règles d'ancienneté, n'ont pas à être mises à pied. Elles doivent cependant être redéployées par ancienneté et ce n'est que suite à ce redéploiement une fois rendues à l'usine 3 qu'elles auraient été mises à pied parce qu'incapables, à cause de leur handicap, d'effectuer le travail d'un code 354 à l'usine 3.

[26] À mon avis, ce n'est pas le mouvement de personnel par ancienneté qui mènerait à la perte d'emploi de mesdames Peng et De Sève mais plutôt le fait qu'à cause de leur handicap elles ne sont pas capables d'exercer les tâches d'opérateur de traitement de surface 354 à l'usine 3.

[27] *En somme, la norme de travail en question n'est pas l'application des droits d'ancienneté mais bien l'obligation faite aux opérateurs de traitement de surface 354 d'être capables dans toutes circonstances d'effectuer toutes les tâches de traitement de surface tel que requis dans les trois usines [nos italiques] ».*

L'arbitre semble donc reconnaître que le respect de l'ancienneté aurait dû prévaloir en situation de mouvement de main-d'œuvre. En ce sens, la sentence ne s'écarte pas de la jurisprudence antérieure.

Là où en revanche la sentence laisse perplexe, c'est dans le test qu'applique l'arbitre. Il affirme :

« [47] Il est clair que la protection accordée par la Charte appelle des changements dans la façon traditionnelle de voir les choses et qu'elle bouscule les attitudes. Encore une fois, *je ne dis pas que les inconvénients causés par l'accommodement ne peuvent avoir des conséquences importantes pour les employées touchées, mais ces inconvénients ne font pas le poids lorsque l'on considère les conséquences plus que majeures qui en résulteraient pour les deux personnes handicapées.*

[48] Je comprends également que les droits d'ancienneté constituent un des piliers fondamentaux d'une convention collective et sont un facteur des plus importants contribuant à la stabilité des relations de travail dans les différentes usines de l'Employeur. Ces droits cependant ne sont pas absolus et doivent céder le pas devant les dispositions prioritaires de la Charte [notre italique] ».

Avec égard, on confond selon nous ici le test de contrainte excessive avec un test de balance des inconvénients; pourtant il s'agit là de deux tests fort différents.

Le test de contrainte excessive vise à établir l'existence d'une atteinte, réelle, sérieuse, plus qu'anodine à un droit. Dès lors que cette démonstration est faite, il y a contrainte excessive. Il ne s'agit nullement de savoir alors qui souffre le plus s'il y a ou non accommodement.

Le glissement paraît inquiétant surtout dans la mesure où le test appliqué au syndicat et aux autres salariés serait plus lourd que celui qu'on impose à l'employeur; or, il ne saurait y avoir deux tests de contrainte excessive. Si on devait s'engager dans cette voie, il faudrait donc appliquer le même test à l'employeur et se demander dans chaque cas qui d'un salarié congédié ou de l'employeur souffre le plus, subit le plus grand préjudice. À ce jeu, il semble évident que toutes les demandes d'accommodement devraient être accordées peu importe les coûts, l'entrave aux activités de l'entreprise, le risque ou l'atteinte aux droits des autres salariés.

Bref, si le résultat auquel en arrive l'arbitre en l'espèce peut paraître juste, le test proposé devrait être écarté.

Ceci dit, reconnaître qu'une atteinte aux droits d'ancienneté n'est pas une atteinte anodine ne clôt pas nécessairement le débat. Cela force cependant l'employeur à tenter de trouver un autre accommodement ou à bonifier sa proposition pour compenser l'atteinte, bref à explorer d'autres solutions avec le syndicat.

Le jugement *Spreitzer*⁵⁰ de la Cour d'appel offre une illustration de cette dynamique. Dans cette affaire, la Cour supérieure avait condamné tant l'employeur que le syndicat pour défaut d'accommodement. Un adventiste du 7^e jour demandait une dispense de travail le samedi, son horaire l'obligeant à travailler un samedi sur trois. Les collègues de travail acceptaient de faire le remplacement mais en temps supplémentaire, ce que l'employeur refusait. La Cour d'appel casse la condamnation contre le syndicat. Elle indique :

« [87] En second lieu, je suis d'avis que le deuxième syndicat n'a pas commis de faute puisqu'il n'a pas « gêné l'employeur » dans ses tentatives de trouver une solution. L'employeur n'en acceptait qu'une seule : le remplacement de Spreitzer le samedi par ses deux compagnons de travail, sans compensation aucune. Or ces derniers refusaient de travailler un samedi sur deux plutôt qu'un samedi sur trois. Que pouvait faire le Syndicat ? »

S'il n'existe, en revanche, aucune solution qui ne crée de contrainte excessive tant pour l'employeur que pour le syndicat, alors le processus prend fin.

Comme l'arbitre François Hamelin le souligne dans *Plastiques T.P.I.* :⁵¹

« [102] [...] Il faut garder à l'esprit que l'accommodement d'un salarié affligé de limitations fonctionnelles importantes ne doit pas annuler les droits des autres employés ou de la direction, sinon ces derniers s'en trouveraient injustement pénalisés et deviendraient eux-mêmes, par ricochet, victime de discrimination.

[103] En définitive, dans l'application de toute norme en matière d'emploi, l'obligation d'accommodement de l'employeur en faveur d'une personne salariée victime d'un handicap introduit un

⁵⁰ *SCEP, section locale 2995 c. Spreitzer*, [2002] R.J.Q. 111, D.T.E. 2002T-138 (C.A.).

⁵¹ *Ibid.* aux para. 102-03.

principe d'équité, qui vient corriger la rigueur d'une justice légale et un principe d'équité qui tempère cette correction en tenant compte du droit des autres. »

Mais, avant de pouvoir conclure ainsi qu'aucune mesure d'accommodement sans contrainte excessive n'existe, encore faut-il avoir recherché honnêtement et sérieusement une solution, ce qui suppose qu'une discussion réelle s'est engagée, bref que le volet procédural de l'obligation d'accommodement a été respecté.

IV. CONTENU PROCÉDURAL DE L'OBLIGATION D'ACCOMMODEMENT

Dans un texte inspirant produit en 1993, David Lepofsky identifie un volet procédural à l'obligation d'accommodement :

« An assessment of an employer's efforts at accommodation must go beyond the employer's substantive reasons for not accommodating. It should also include an evaluation of the sufficiency of the process by which the employer reached its decision on accommodation. *The duty to accommodate has both substantive and procedural components. The duty is to take steps, short of undue hardship, to accommodate the individual's needs. One requisite step is for the employer or other parties under a duty to accommodate to undertake a thorough and adequate process of inquiry and deliberations on the request for accommodation.* If an employer simply rejects a request for accommodation out of hand, without giving the matter adequate thought and attention, including a thorough exploration of the possibilities, it can hardly be said to have taken adequate steps to accommodate ». ⁵²

Au Québec, la Cour d'appel a déjà indiqué que la recherche d'un accommodement ne peut se faire à l'insu de la personne concernée. ⁵³

« [37] Subsidiairement, l'appelante reproche au Tribunal d'avoir omis de considérer la mesure qu'elle a prise à l'égard de madame

⁵² David Lepofsky, « The duty to accommodate: a purposive approach » (1993) 1 C.L.L.J. 1 aux pp. 13-14 [nos italiques].

⁵³ *Québec (Société de l'assurance-automobile) c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, [2005] R.J.Q. 11 (C.A.).

Chamberland – la réservation d'un emploi lors d'une prochaine embauche – pour le motif que la preuve révèle que cette dernière n'en a jamais été informée. L'appelante s'en prend particulièrement à l'énoncé suivant du Tribunal :

[107] *D'abord, une mesure d'accommodement implique nécessairement que la personne à accommoder soit mise au courant de l'existence de cette mesure et associée à son élaboration, ce qui n'a pas été le cas ici.*

Selon l'appelante, l'ignorance par madame Chamberland de la mesure prise à son endroit ne serait pas déterminante.

[38] *À mon avis, elle a tort. Il paraît clair, suivant les enseignements de la Cour suprême, que l'obligation d'accommodement constitue en fait une obligation pour l'employeur de s'entendre avec le plaignant sur une mesure satisfaisante. Ainsi que l'indique le juge McIntyre, au nom de la Cour, dans Commission ontarienne des droits de la personne, O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd., (1985 CanLII 18 (C.S.C.), [1985] 2 R.C.S. 536, à la p. 555) (extrait repris par le juge Wilson dans Dairy Pool, précité, à la p. 515) :*

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. [nos italiques] »

On a peine à imaginer, en effet, comment un exercice d'accommodement tenu en vase clos, à l'insu ou à l'exclusion de la personne à accommoder, peut s'avérer probant et effectif.

Pourtant, de nombreuses sentences arbitrales révèlent un tel état de fait. Au terme de longs jours d'auditions, l'arbitre constate que l'employeur a bâclé son enquête et n'a pas mené de discussions avec le salarié et son syndicat. L'arbitre renvoie les parties négocier, faute pour lui de pouvoir établir si un accommodement est possible.

Dans *Université Concordia*,⁵⁴ l'arbitre Louise Doyon rapporte :

« [181] En somme, personne chez l'employeur ni le Dr Arcand n'a vérifié auprès du plaignant la nature exacte des implications concrètes de sa condition médicale sur sa capacité physique à exécuter ses tâches.

[182] Pour sa part, monsieur Thibault affirme s'être penché sur les possibilités d'accommodement. Il a procédé à une révision d'autres postes de technicien et a conclu que rien n'était approprié pour le plaignant. Selon la preuve, toutefois, ses démarches ne l'ont amené à rencontrer aucun titulaire de ces fonctions, ni leurs gestionnaires, ni le plaignant et ni le syndicat ».

Le grief est accueilli et l'employeur se voit ordonner, après 9 jours d'auditions, de « *faire le nécessaire en collaboration avec le syndicat et le plaignant en vue de rechercher en conformité avec la loi une solution d'accommodement sans contrainte excessive* ». ⁵⁵

Une conclusion similaire est retenue dans *Papiers Perkins* où, après 34 jours d'auditions, l'arbitre constate :

« [800] Par ailleurs, il est évident que la dernière partie de la recherche d'accommodement s'est effectuée uniquement entre les représentants patronaux, sans consultation avec le salarié et sans la connaissance de ce dernier.

[801] Au fil des dernières années, les tribunaux supérieurs ont balisé l'exercice d'accommodement. En cette matière, beaucoup de ce qui était flou en 2002 ne l'est plus aujourd'hui.

[802] Aujourd'hui, les tribunaux supérieurs exigent que soit tenu au moment du congédiement un ultime effort d'accommodement et ce, en consultation avec le salarié handicapé et, à la demande de ce dernier, en consultation avec le syndicat.

[803] Ce qui n'a pas été fait dans le cas sous étude ». ⁵⁶

⁵⁴ *Université Concordia c. S.E.E. de soutien de l'Université Concordia – secteur technique*, D.T.E. 2007T-359 (T.A.).

⁵⁵ *Id.* au para. 189.

⁵⁶ *Syndicat des travailleuses et travailleurs de Papiers Perkins (FTPF-CSN) c. Cascade Groupe Tissu*, D.T.E. 2006T-597 (T.A.).

Dans *Centre Jeunesse des Laurentides*,⁵⁷ après 7 jours d'auditions, l'arbitre constate qu'aucune démarche sérieuse n'a été effectuée par l'employeur, et ce, malgré les propositions d'accommodement soumises par le syndicat :

« [147] En somme, hormis l'affirmation de monsieur Dalphond selon lequel l'employeur aurait examiné toutes les possibilités avant de prendre sa décision, on n'a présenté aucune preuve de démarches concrètes ni d'évaluation sérieuse d'hypothèses de rechange que l'employeur aurait examinées avec la plaignante et le Syndicat, avant de conclure à l'impossibilité de tout accommodement.

[148] Il n'y a eu entre octobre 2003 et la fin mars 2004, aucune rencontre entre l'employeur, la plaignante et le Syndicat. En fait, au moment de l'informer de son congédiement le 31 mars, on a tout simplement dit à la plaignante que la décision était prise et qu'elle était finale et irrévocable.

[149] L'employeur n'a pas non plus prêté une attention sérieuse et diligente aux propositions reçues du Syndicat le 5 avril 2004 que ce dernier estimait susceptibles d'accommoder la plaignante sans par ailleurs imposer de contraintes excessives à l'employeur.

[150] Quand il les a reçues, l'employeur n'a rencontré ni le Syndicat ni la plaignante se contentant d'affirmer dès le lendemain que les propositions « impliquent des contraintes excessives, ne serait-ce qu'au point de vue des coûts qu'elles engendrent ou de la qualité des services qu'elles négligent. En ce sens, elles dépassent les obligations d'un employeur en matière d'accommodement. »

Dans *Conseil de la Nation huronne-wendat c. SCFP*,⁵⁸ après un nombre indéterminé de jours d'auditions, l'arbitre conclut :

« [48] De toute évidence, selon la preuve présentée, l'employeur n'a fait aucun effort pour rechercher avec le plaignant et avec le syndicat quelque accommodement. Cette question n'a fait l'objet d'aucune rencontre, ni discussion, ni proposition, hormis celle d'un travail de remplaçant dans une autre unité de négociation.

⁵⁷ *Centre Jeunesse des Laurentides c. Syndicat des employés de services sociaux des Laurentides (CSN)*, D.T.E. 2006T-988 (T.A.).

⁵⁸ *Conseil de la Nation huronne-wendat*, *supra* note 13 au para. 48.

Les contraintes que pourrait rencontrer l'employeur ne peuvent en aucune manière être qualifiées, puisqu'elles n'ont jamais été débattues. L'employeur s'est limité à rencontrer le plaignant seul sans l'avoir avisé de son droit d'être assisté d'un représentant syndical. Le 16 avril, suite à cette rencontre, il mettait fin à son emploi, rompait le lien d'emploi et lui offrait en même temps de poursuivre sa carrière comme remplaçant dans une autre unité de négociation ».

On pourrait multiplier les exemples de cas où aucun exercice ne fut mené avec le syndicat, de même que le salarié. Il va de soi que des ressources énormes se trouvent englouties dans de tels arbitrages où au final l'employeur se voit ordonner de faire ce qu'il aurait dû faire dès le départ : une démarche conjointe, sérieuse et honnête.

À notre avis, les arbitres devraient considérer la possibilité, sur requête de la partie syndicale et sur démonstration préliminaire qu'aucun exercice n'a été réalisé, de rendre une ordonnance immédiate enjoignant la tenue d'un exercice sans quoi l'employeur pourrait être tenu au paiement des frais d'arbitrage et des honoraires du syndicat si le grief est accueilli.

V. CONCLUSION

Le 17 juillet dernier, la Cour suprême, dans l'arrêt *Hydro-Québec*,⁵⁹ rejetait le critère d'« impossibilité » comme mesure de la contrainte excessive : « *Le critère n'est pas l'impossibilité pour un employeur de composer avec les caractéristiques d'un employé* ».

La Cour ajoutait que l'employeur n'a pas l'obligation de modifier de façon fondamentale les conditions de travail et que le fardeau imposé par la Cour d'appel était « *mal formulé* ».

Il serait malheureux de voir dans cet arrêt une condamnation des propos du juge Hilton de la Cour d'appel quant à l'ouverture d'esprit nécessaire à un exercice d'accommodement, à savoir être « *proactif et innovateur* ».⁶⁰

⁵⁹ *Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, [2008] 2 S.C.R. 561.

⁶⁰ [2006] R.J.Q. 426 au para. 102 (C.A.Q.).

L'obligation d'accommodement constitue une avancée formidable en droit du travail. Elle force au respect des individus, à la reconnaissance de leurs capacités et de leurs particularités. Elle fait d'un problème autrefois purement personnel, un problème collectif que tous doivent s'ingénier à solutionner.

La supposée lutte que se livreraient droits individuels et collectifs paraît factice. Depuis des années déjà, les syndicats négocient des accommodements de toutes sortes aux conventions collectives : clause de maintien du lien d'emploi pendant une invalidité, congé de maternité, postes réservés, politique contre le harcèlement, programme d'accès à l'égalité, extension de certains bénéfices aux conjoints de même sexe, mesure de conciliation travail-famille, congés pour motifs religieux, etc. La négociation de mesures d'accommodement particulières à un individu s'harmonise parfaitement avec ce rôle traditionnel de défense des droits prévus à la Charte. Le syndicat peut être d'une aide précieuse dans la recherche d'une solution. Mais pour pouvoir jouer pleinement ce rôle, l'employeur doit accepter le dialogue et mettre cartes sur table. Le manque de transparence et le simulacre de démarches ne peuvent que générer des litiges inutiles, stériles et coûteux.

Ceci dit, si le syndicat est le plus sûr garant de la mise en œuvre de la Charte en milieu de travail, on peut craindre que les milieux non syndiqués demeurent imperméables à son application. Cela pose un défi démocratique important que l'État doit résoudre, à notre avis, par des mesures qui facilitent la syndicalisation et d'autres de nature proactive qui assurent une vérification des pratiques en milieu de travail.