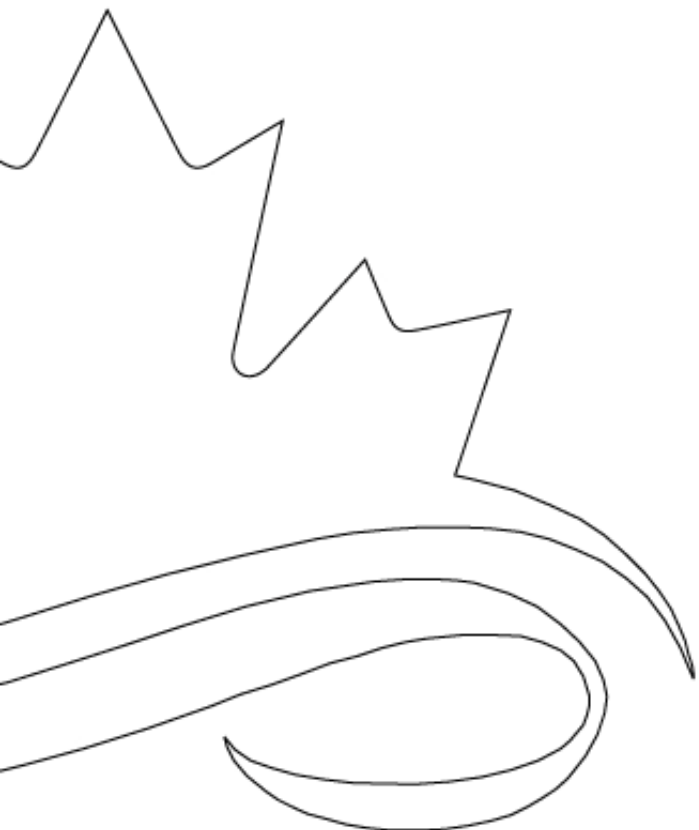




COMMISSION  
CANADIENNE DES  
DROITS DE LA PERSONNE

CANADIAN  
HUMAN RIGHTS  
COMMISSION



## ***Les accommodements au XXI<sup>e</sup> siècle***

**Gwen Brodsky  
Shelagh Day  
Yvonne Peters**

Mars 2012

*Les opinions exprimées dans ce rapport n'engagent que les auteurs et ne reflètent pas nécessairement les vues de la Commission canadienne des droits de la personne. Ce document peut être reproduit sans frais pourvu que la source soit dûment mentionnée.*

**Also available in English under the title :  
Accommodation in the 21st Century**



**Council of Canadians  
with Disabilities**

A VOICE OF OUR OWN

**Conseil des Canadiens  
avec déficiences**

CETTE VOIX QUI EST LA NOTRE

**the POVERTY and  
HUMAN RIGHTS  
CENTRE**

Nos remerciements vont à Maria Sokolova, pour son assistance à la recherche et sa disponibilité intellectuelle; à Nathan Irving, Debra Parkes et à Kim Stanton, pour les recherches qu'ils ont effectuées et les conseils qu'ils nous ont prodigués au début du projet; à l'équipe consultative nationale sur les programmes et aux autres examinateurs pour leurs commentaires; au Canadian Human Rights Reporter pour leur soutien considérable et notamment la création du recueil de jurisprudence consultable qui accompagne la présente publication.

Les auteurs aimeraient remercier le Conseil des Canadiens avec déficiences, le Poverty and Human Rights Centre et la Commission canadienne des droits de la personne, pour leur collaboration et leur soutien financier. Les auteurs tiennent également à exprimer leur reconnaissance au Programme d'Alliances de recherche universités-communautés du Conseil de recherches en sciences humaines et au Fonds pour le droit de demain de l'Association du Barreau canadien pour leur contribution financière.

### *Référence*

La présente publication est ainsi répertoriée : Gwen Brodsky, Shelagh Day et Yvonne Peters, *Les accommodements au XXI<sup>e</sup> siècle* (mars 2012), en ligne : Commission canadienne des droits de la personne [http://www.chrc-ccdp.gc.ca/proactive\\_initiatives/default-fra.aspx](http://www.chrc-ccdp.gc.ca/proactive_initiatives/default-fra.aspx)

<b>Introduction</b> .....	<b>1</b>
Pauvreté .....	2
Réussite scolaire .....	2
Emploi.....	2
<b>Partie I – La grande idée : les espoirs suscités par Meiorin et Grismer</b> .....	<b>4</b>
<i>Meiorin</i> a résolu des impasses doctrinales et établi une approche unifiée pour l’analyse relative à la discrimination .....	4
La discrimination par suite d’un effet indésirable ne doit pas se voir conférer une apparence de légitimité non méritée.....	5
La véritable question est de savoir si l’effet discriminatoire pouvait être évité .....	6
L’analyse relative aux droits de la personne ne doit pas légitimer la discrimination systémique .....	6
La législation sur les droits de la personne doit recevoir une interprétation libérale et téléologique .....	8
L’analyse relative à la discrimination doit surtout concerner les effets préjudiciables .....	8
Vers une approche unifiée .....	9
Il n’est pas nécessaire d’établir un stéréotypage pour faire la preuve d’une discrimination <i>prima facie</i> .....	12
<i>Meiorin</i> a été appliqué dans l’arrêt <i>Grismer</i> .....	14
Conclusion .....	17
<b>Partie II – Les espoirs menacés</b> .....	<b>19</b>
Une question qui divise : peut-il y avoir discrimination sans stéréotypes? .....	19
Les recours pour discrimination par suite d’un effet préjudiciable ne doivent pas devenir irrecevables .....	23
La distinction analytique entre la preuve <i>prima facie</i> et la défense d’EPJ doit être maintenue .....	25
La preuve du stéréotypage ou du caractère arbitraire n’est pas requise par la Charte.....	28
<b>Partie III – Deux autres impasses</b> .....	<b>36</b>
A. Analyse par groupes de comparaison .....	36
B. La définition d’un service .....	40
<b>Conclusion – La marche à suivre</b> .....	<b>46</b>

Il y a trente ans, les notions de discrimination et d'égalité, s'agissant des personnes handicapées vivant au Canada, étaient neuves, informes et relativement inexplorées. La reconnaissance des barrières liées aux déficiences comme d'un problème relevant des droits de la personne et méritant examen a représenté un changement qualitatif dans la compréhension de l'expérience des handicaps. Les droits de la personne ouvraient aux personnes atteintes de déficiences une nouvelle perspective : celle de se voir reconnaître comme des êtres humains égaux et d'obtenir réparation pour l'exclusion chronique et les préjudices économiques et sociaux qu'elles subissaient. Les droits de la personne, espérait-on, nourriraient cette vision et seraient le pouls du changement.

Les décisions comme *Canadian Odeon Theatres Ltd. c. Huck*<sup>1</sup>, qui précisait que les lieux publics, tels les cinémas, devaient être transformés pour accueillir les personnes handicapées, ont représenté des progrès graduels. Mais ce sont les arrêts *Meiorin* et *Grismer*, rendus par la Cour suprême du Canada, qui ont suscité une plus grande aspiration vers l'égalité dans les domaines de l'emploi et des services, et un véritable optimisme chez les personnes atteintes de déficiences.

La présente publication se propose d'examiner les espoirs soulevés par l'arrêt *Meiorin*, et de réfléchir à la façon dont certains jugements postérieurs importants ont menacé ces espoirs et créé d'inquiétantes impasses juridiques.

Comme nous croyons que les arrêts *Meiorin* et *Grismer* portent en eux la promesse d'un changement décisif, et que des efforts vigoureux sont déployés pour en restreindre la portée, nous avons, tout au long de notre travail dans le cadre de ce projet, gardé à l'esprit certains faits élémentaires dans la vie des personnes handicapées au Canada. Bien que cette publication s'intéresse avant tout à la jurisprudence – ce qui est advenu depuis *Meiorin* et *Grismer*, quelles nouvelles complications et restrictions ont surgi –, nous ne voulons pas perdre de vue la réalité des inégalités que la législation liée aux droits de la personne devrait contribuer à corriger.

La majeure partie des cas dont sont saisies de nombreuses commissions de droits de la personne sont des plaintes touchant des personnes atteintes de déficiences. Cependant, malgré une augmentation constante de ce type de plaintes et même si, dans une certaine mesure, ces personnes jouissent d'un plus grand accès et d'une compréhension plus importante, leurs conditions économiques et sociales sont restées résolument inchangées depuis que les droits de la personne sont invoqués plus souvent.

Nous ne prétendons pas que les mécanismes de protection des droits de la personne peuvent à eux seuls éliminer toutes les formes d'obstacles liés aux déficiences. Nous estimons néanmoins que si des engagements en ce sens étaient sérieusement mis en œuvre par tous les échelons de gouvernement, et que les cours de justice et les tribunaux administratifs statuaient sur la législation se rapportant aux droits de la personne de manière décisive et téléologique

en formulant des directives claires à l'intention des intervenants publics et privés, de grandes améliorations pourraient être apportées à la vie des personnes atteintes de déficiences.

Comme la réalité à laquelle sont confrontées les personnes handicapées constitue la toile de fond de nos préoccupations ayant trait à la jurisprudence, nous rappellerons simplement certains faits.

## Pauvreté

Les personnes atteintes de déficiences sont plus susceptibles d'être pauvres. Les experts estiment que chez les adultes en âge de travailler, les personnes atteintes de déficiences risquent deux fois plus de vivre dans la pauvreté que leurs homologues non handicapés<sup>2</sup>. Elles sont également plus susceptibles de vivre dans des familles pauvres : 14,2 %, comparativement à 10,1 % des adultes sans déficiences<sup>3</sup>.

## Réussite scolaire

De même, le taux de réussite scolaire des personnes handicapées est inférieur à celui des personnes sans déficiences. Par exemple, les premières sont moins susceptibles d'avoir terminé l'école secondaire que les deuxièmes : 27,4 % des cas *versus* 18,3 %, respectivement<sup>4</sup>. Elles ont également moins de chances d'obtenir un diplôme universitaire ou un certificat (13,2 % *vs* 20,7 %) <sup>5</sup>. Un niveau d'études supérieur permet aux personnes handicapées, comme à d'autres groupes, de réduire le risque de pauvreté. Cependant, même en cas de formation scolaire supérieure, le taux de pauvreté est deux fois plus élevé chez les personnes handicapées que chez celles qui ne le sont pas<sup>6</sup>.

## Emploi

D'après Statistique Canada, les personnes atteintes de déficiences sont toujours moins susceptibles de travailler que les personnes sans déficiences. Par exemple, en 2006, 51,3 % des personnes handicapées occupaient un emploi comparativement à 75 % des personnes qui ne l'étaient pas<sup>7</sup>.

D'ailleurs, le fait d'avoir un emploi n'a pas pour effet semble-t-il de réduire l'écart de revenu. Environ 11 % des personnes atteintes de déficiences qui travaillent ont encore de faibles revenus, contre 7,3 % des personnes sans déficiences<sup>8</sup>. Les personnes qui ne présentent pas de handicap et qui gagnent de faibles revenus sont deux fois moins susceptibles de travailler à temps partiel que leurs homologues handicapés : 14,9 % et 27 % respectivement<sup>9</sup>.

Parmi les personnes atteintes de déficiences qui travaillent, les taux de pauvreté sont les plus faibles pour les 32,4 % d'entre elles dont les employeurs ont plus d'un site de travail et plus de 500 employés<sup>10</sup>.

Il en va de même des 32,1 % qui sont syndiquées ou protégées par une convention collective. Malheureusement, seulement 18,1 % des personnes atteintes de déficiences bénéficient de ce type d'emploi<sup>11</sup>.

Les nombreuses personnes handicapées qui n'ont pas d'emploi dépendent généralement de programmes d'aide sociale précaires, alourdis de règles et dénigrés. Elles n'ont pas la satisfaction de gagner un revenu et de jouir de l'indépendance qui en découle, et ne peuvent revendiquer les avantages bien supérieurs et moins dévalorisés du travail, comme les prestations de maladie de l'assurance-emploi, les prestations d'invalidité du Régime de pensions du Canada, les indemnités des accidentés du travail ou les régimes privés d'assurance-invalidité.

Pour corriger ces inégalités fondamentales qui frappent les personnes handicapées au Canada, il faut être prêt à abandonner les normes fondées sur la capacité physique au profit d'autres critères universels qui tiennent compte d'emblée des besoins des personnes atteintes de déficiences au moment de concevoir nos normes, pratiques et institutions.

La ratification récente par le Canada de la *Convention relative aux droits des personnes handicapées*<sup>12</sup> (CRDPH) reflète un nouvel engagement intentionnel de la part de tous les échelons de gouvernement pour que soient prises des mesures dynamiques visant à éliminer les inégalités et à inclure pleinement les personnes atteintes de déficiences. Nous croyons que la *Convention* et que les arrêts *Meiorin* et *Grismer* de la Cour suprême du Canada expriment différemment la même grande idée – à savoir que les accommodements, s'ils sont bien compris, exigent une inclusion authentique. La question que nous posons dans le cadre de cette publication est la suivante : la jurisprudence des cours de justice et des tribunaux administratifs nous aide-t-elle à respecter cette promesse?

# La grande idée : les espoirs suscités par *Meiorin* et *Grismer*

L'arrêt *Meiorin* de la Cour suprême du Canada est un jalon de la jurisprudence canadienne en matière de droits de la personne. Dans cette décision, la Cour a cherché à définir un cadre interprétatif qui serait mis au service des importants objectifs d'égalité de la législation sur les droits de la personne. Cependant, pour prendre toute la mesure de cet arrêt, il convient de revenir sur ce qui l'a précédé et sur les motifs avancés par la Cour pour justifier la nécessité d'une nouvelle approche.

## *Meiorin* a résolu des impasses doctrinales et établi une approche unifiée pour l'analyse relative à la discrimination

L'arrêt *Meiorin* a surtout permis de résoudre des impasses doctrinales. La Cour a adopté une nouvelle approche unifiée à l'égard de la discrimination, rejetant l'idée d'une distinction préliminaire entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, tout en intégrant le concept d'accommodement à la défense fondée sur une *exigence professionnelle justifiée* (EPJ). Avant l'arrêt *Meiorin*, on établissait une distinction entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, chacune étant sanctionnée par des mesures de réparation différentes. Il était important de concevoir une nouvelle approche, car l'analyse conventionnelle s'était révélée contradictoire et incohérente, et nuisait même aux importants objectifs d'égalité de la législation sur les droits de la personne<sup>13</sup>. Celle-ci était [TRADUCTION] « apparemment lancée sur la voie de la complexité et de la contradiction grandissantes, mais plus important encore, elle excluait la possibilité de se consacrer sérieusement aux inégalités systémiques<sup>14</sup> ».

Suivant l'approche à deux volets, les tribunaux devaient décider d'entrée de jeu si l'affaire dont ils étaient saisis faisait intervenir une discrimination directe ou découlant d'un effet préjudiciable. En cas de discrimination directe, l'employeur pouvait établir qu'une norme contestée représentait une EPJ en montrant que 1) cette norme avait été imposée honnêtement et de bonne foi et qu'elle n'était pas destinée à miner les objectifs de la législation sur les droits de la personne (l'élément subjectif); et 2) que la norme était raisonnablement nécessaire à l'exécution sûre et efficace du travail, et qu'elle n'imposait aucune obligation déraisonnable à ceux auxquels elle s'appliquait (l'élément objectif). Si l'employeur ne parvenait pas à établir que cette norme relevait d'une EPJ, elle était jugée discriminatoire et annulée.

La discrimination par suite d'un effet préjudiciable appelait une analyse différente. La défense d'EPJ ne trouvait pas à s'appliquer. Si la preuve *prima facie* de discrimination était établie, il suffisait à l'employeur de démontrer 1) qu'il y avait un lien rationnel entre l'emploi et la norme particulière; et 2) qu'il ne pouvait pas composer davantage avec le demandeur sans subir une contrainte excessive. S'il ne pouvait pas s'acquitter de ce fardeau, l'employeur était considéré comme n'ayant pas réussi à opposer une défense à l'accusation de discrimination. En pareil cas, le demandeur avait gain de cause, un arbitre pouvait ordonner à l'employeur de composer avec lui, mais la norme elle-même restait intacte.

Dans l'arrêt *Meiorin*, la Cour a soutenu que l'approche à deux volets avait représenté un progrès important dans l'interprétation des premières lois sur les droits de la personne en cela qu'elle reconnaissait pour la première fois les torts causés par la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Cependant, la Cour a aussi admis que cette approche était devenue problématique et qu'elle servait mal les objectifs des lois sur les droits de la personne contemporaines. La Cour a étudié de nombreuses difficultés liées à l'approche conventionnelle des plaintes reposant sur la législation relative aux droits de la personne : elles lui ont semblé des raisons très convaincantes de repenser l'analyse. Voici les points saillants des motifs invoqués par la Cour pour dépasser l'approche conventionnelle.

## La discrimination par suite d'un effet indésirable ne doit pas se voir conférer une apparence de légitimité non méritée

Dans l'arrêt *Meiorin*, la Cour a reconnu que la distinction entre une norme apparemment discriminatoire et une norme neutre qui l'est dans ses effets est artificielle, élastique et irréaliste. Elle a expliqué que cette nuance n'était pas réaliste, car l'employeur moderne qui voudrait faire preuve de discrimination rédigerait rarement la règle en des termes directement discriminatoires si le même effet, voire un effet plus général, pouvait être aisément produit par une formulation neutre. La Cour a d'ailleurs noté que la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, cette « forme plus subtile de discrimination qui, somme toute, constitue de la discrimination systémique est désormais beaucoup plus courante que la forme plus rudimentaire que constitue la discrimination directe flagrante<sup>15</sup> ». L'analyse à deux volets conférait « une apparence de légitimité non méritée<sup>16</sup> » aux employeurs qui avaient des intentions discriminatoires et la prudence de formuler la règle en termes neutres.



## La véritable question est de savoir si l'effet discriminatoire pouvait être évité

Avant l'arrêt *Meiorin*, une distinction avait été établie entre l'obligation d'envisager d'autres solutions raisonnables en réponse à la discrimination directe, et celle de réfléchir à des accommodements individuels pour parer à la discrimination par suite d'un effet préjudiciable<sup>17</sup>. Dans *Meiorin*, la Cour a reconnu que les différences entre ces deux moyens de défense pouvaient en pratique être négligeables. Suivant l'approche à deux volets, les tribunaux administratifs et les cours de justice étaient tenus de formuler leurs arguments et leurs décisions en fonction de définitions elles-mêmes ambiguës. La Cour a expliqué que cela avait peut-être eu pour conséquence d'occulter l'objectif général des lois ayant trait aux droits de la personne. Elle a conclu que si la question pratique fondamentale, tant pour l'analyse de la discrimination directe que pour celle qui découle d'un effet préjudiciable, est de savoir si l'employeur a montré qu'il ne pouvait rien tenter d'autre de raisonnable ou de pratique pour éviter les incidences négatives sur la personne concernée, il y a peu de raisons de distinguer les deux analyses d'un côté et les réparations possibles de l'autre<sup>18</sup>.

## L'analyse relative aux droits de la personne ne doit pas légitimer la discrimination systémique

Si une norme était qualifiée de neutre à l'étape préliminaire de l'analyse à deux volets, sa légitimité n'était jamais mise en doute. Il s'agissait alors de savoir si on pouvait composer avec le demandeur, et la norme formelle proprement dite restait intacte. L'analyse conventionnelle ne s'intéressait donc plus aux principes sous-tendant la norme, mais à la manière dont des personnes « différentes » pouvaient trouver leur place dans le courant dominant que cette norme incarnait.

Dans l'arrêt *Meiorin*, la Cour a reconnu que même si l'analyse à deux volets pouvait aboutir concrètement à proposer des accommodements à certains demandeurs ou à atténuer possiblement les effets discriminatoires précis qu'ils subissaient, elle avait pour conséquence plus générale d'empêcher les cours de justice et les tribunaux administratifs d'évaluer la légitimité de la norme elle-même. Au sujet de la distinction que l'analyse conventionnelle établit entre la norme neutre admise et l'obligation de composer avec ceux qui sont lésés par elle, la juge McLachlin, s'exprimant pour l'ensemble de la Cour, faisait siennes les observations qui suivent :

[TRADUCTION] La difficulté que pose ce paradigme est qu'il ne met en question ni l'inégalité du rapport de force ni les discours de domination, comme le racisme, la prétention de la supériorité des personnes non handicapées, le sexisme, qui font qu'une société est bien conçue pour

certain, mais pas pour d'autres. Il permet à ceux qui se considèrent « normaux » de continuer à établir des institutions et des rapports à leur image, pourvu « qu'ils composent » avec ceux qui en contestent l'établissement.

Sous cet angle, l'accommodement paraît ancré dans le modèle de l'égalité formelle. En tant que formule, le traitement différent réservé à des personnes « différentes » ne constitue que l'inverse du traitement semblable réservé aux personnes semblables. L'accommodement ne touche pas le cœur de la question de l'égalité, le but de la transformation ni l'examen de la façon dont les institutions et les rapports doivent être modifiés pour les rendre disponibles, accessibles, significatifs et gratifiants pour la multitude de groupes qui composent notre société. L'accommodement semble signifier que nous ne modifions ni les procédures ni les services; nous nous contentons de « composer » avec ceux qui ne cadrent pas tout à fait. Nous faisons certaines concessions à ceux qui sont « différents », plutôt que d'abandonner l'idée de la « normalité » et d'œuvrer à la véritable inclusion.

De cette manière, l'accommodement semble permettre à l'égalité formelle d'être le paradigme dominant, pourvu que certaines adaptations puissent parfois être faites pour remédier à des effets inégaux. Sous cet angle, l'accommodement ne met pas en doute les croyances profondes relatives à la supériorité intrinsèque de caractéristiques comme la mobilité et la vue. Bref, l'accommodement favorise l'assimilation. Son objectif est de tenter de faire cadrer les personnes « différentes » dans les systèmes existants<sup>19</sup>.

La juge McLachlin a déclaré : « Je suis d'accord avec l'essentiel de ces observations. Interpréter les lois sur les droits de la personne principalement en fonction de l'égalité formelle mine la promesse d'égalité réelle qu'elle comporte et empêche l'examen des effets de la discrimination systémique, comme notre Cour l'a reconnu dans *Action Travail*, précité<sup>20</sup> ».

Par ailleurs, la juge McLachlin a expressément reconnu que dans l'affaire *Meiorin* même, l'analyse à double volet avait pour effet de soustraire la discrimination systémique à un examen approfondi parce qu'elle excluait l'évaluation rigoureuse d'une norme touchant les femmes en tant que groupe. Elle affirme :

Bien que le gouvernement puisse avoir l'obligation de composer avec un demandeur, l'analyse conventionnelle fait concrètement en sorte que l'ensemble complexe d'obstacles systémiques et apparemment neutres aux emplois traditionnellement à prédominance masculine échappe à la portée directe de la loi. Le droit de ne pas faire l'objet de discrimination est ramené

à la question de savoir si le « courant dominant » peut, dans le cadre de sa norme formelle existante, se permettre d'accorder un traitement approprié aux personnes lésées. Dans la négative, l'institution de la discrimination systémique reçoit l'approbation de la loi. Cela n'est pas acceptable<sup>21</sup>.

## La législation sur les droits de la personne doit recevoir une interprétation libérale et téléologique

Dans l'arrêt *Meiorin*, la Cour a redit l'importance de l'interprétation libérale et téléologique des lois sur les droits de la personne, du fait de leur statut juridique éminent comme textes relevant du droit fondamental. La Cour a fait observer qu'une interprétation en vertu de laquelle la règle elle-même ne peut être mise en doute que si la discrimination est qualifiée de directe empêche ces lois d'atteindre leurs objectifs aussi pleinement qu'elles le pourraient par ailleurs, et qu'il n'existe aucune présomption selon laquelle une règle apparemment neutre n'est pas en soi discriminatoire<sup>22</sup>.

Au fond, la Cour a reconnu qu'avec l'approche à deux volets, la discrimination directe, établie pour la première fois sous cette forme en droit canadien, était encore considérée comme la discrimination « authentique », alors que celle qui découlait d'un effet préjudiciable en était une forme moins importante, quoique problématique, n'appelant pas une réparation aussi percutante et définitive que l'annulation d'une règle ou d'une pratique.

## L'analyse relative à la discrimination doit surtout concerner les effets préjudiciables

La discrimination directe passe communément pour être manifeste et on la suppose intentionnelle la plupart du temps. La phrase « Ici, on n'embauche aucun catholique, aucune femme ni aucun Noir<sup>23</sup> » est un exemple souvent cité. Toutefois, dans l'arrêt *Meiorin*, la Cour a confirmé qu'en ce qui a trait aux mesures de réparation disponibles, le fait qu'un effet discriminatoire ne découle pas d'une généralisation flagrante se rapportant à un groupe et ne soit pas intentionnel ne doit pas être décisif<sup>24</sup>. Ce point de vue n'est pas nouveau; il reprend simplement une jurisprudence bien établie en matière de droits de la personne qui a reconnu maintes fois que les effets préjudiciables d'une règle apparemment neutre pouvaient impliquer une discrimination, et que l'analyse devait être axée sur ces effets. Cependant, la Cour a souligné qu'il fallait veiller à ce que l'objectif consistant à examiner la discrimination par suite d'un effet préjudiciable et à y remédier, ne soit pas compromis par une méthode d'analyse inadéquate des plaintes reposant sur la législation touchant les droits de la personne.

## Vers une approche unifiée

Dans l'arrêt *Meiorin*, la Cour a formulé un critère en trois étapes pour établir si une norme discriminatoire de prime abord est une EPJ. Pour la Cour, l'employeur peut justifier la norme contestée en prouvant, selon la prépondérance des probabilités :

- (1) qu'il a adopté la norme dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail en cause;
- (2) qu'il a adopté la norme particulière en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail;
- (3) que la norme est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail. Pour prouver que la norme est raisonnablement nécessaire, il faut démontrer qu'il est impossible de composer avec les employés qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que l'employeur subisse une contrainte excessive<sup>25</sup>.

L'élément le plus important de l'approche unifiée est la troisième étape : pour montrer qu'une norme est raisonnablement nécessaire, il faut établir que la discrimination ne peut être évitée sans imposer une contrainte excessive à l'employeur. Dans le passé, en cas de discrimination directe, les défendeurs n'étaient pas tenus de prouver qu'une exception ou une mesure d'adaptation individuelle à l'égard d'une norme d'application générale poserait des difficultés équivalant à une contrainte excessive pour établir l'existence d'une EPJ; si l'employeur réussissait à démontrer qu'une EPJ se rapportait à l'ensemble d'une profession, les exceptions ou les mesures d'adaptation individuelles n'étaient pas obligatoires. Par ailleurs, dans le cas de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, les défendeurs n'étaient pas tenus de justifier une norme d'application générale, mais seulement d'aménager des exceptions ou des accommodements individuels n'équivalant pas à une contrainte excessive.

Dans l'arrêt *Meiorin*, la Cour a défini différentes questions visant à établir si une norme est raisonnablement nécessaire : elles placent un lourd fardeau sur les employeurs qui doivent déployer de vastes efforts pour concevoir effectivement des lieux de travail sans normes discriminatoires<sup>26</sup>. La Cour déclarait :

Les employeurs qui conçoivent des normes pour le milieu de travail doivent être conscients des différences entre les personnes et des différences qui caractérisent des groupes de personnes. *Ils doivent intégrer des notions d'égalité dans les normes du milieu de travail.* En adoptant des lois sur les droits de la personne et en prévoyant leur application au milieu de travail, les législatures ont décidé que les normes régissant l'exécution du travail devraient tenir compte de tous les membres de la société, dans la mesure où il est raisonnablement possible de le faire. Les cours de justice et les tribunaux administratifs doivent avoir cela à l'esprit lorsqu'ils sont saisis

d'une demande dans laquelle l'existence de discrimination liée à l'emploi est alléguée. La norme qui fait inutilement abstraction des différences entre les personnes va à l'encontre des interdictions contenues dans les diverses lois sur les droits de la personne et doit être remplacée. La norme elle-même doit permettre de tenir compte de la situation de chacun, lorsqu'il est raisonnablement possible de le faire. Il se peut que la norme qui permet un tel accommodement ne soit que légèrement différente de la norme existante, mais il reste qu'elle constitue une norme différente<sup>27</sup> [non souligné dans l'original].

La troisième étape accordait donc une place centrale à l'obligation d'accommodement dans les analyses relatives aux droits de la personne. Plus important encore, le concept d'accommodement dépassait maintenant l'obligation de n'aménager que des mesures d'exception individuelles *a posteriori*, et imposait aux employeurs de concevoir les normes relatives au lieu de travail suivant une approche inclusive.

Dianne Pothier a décrit l'arrêt *Meiorin* comme un [TRADUCTION] « important tournant pour la législation canadienne en droits de la personne » car la Cour a reconnu que [TRADUCTION] « pour tous les types de discrimination, l'analyse doit commencer par un examen minutieux des règles ou normes générales dénoncées comme discriminatoires. La Cour a compris que cette affaire particulière concernait une définition d'emploi reposant sur de normes masculines traditionnelles, et que cela devait être directement remis en question dans l'intérêt de l'égalité des femmes<sup>28</sup>. » De même, Yvonne Peters a déclaré :

[TRADUCTION] L'analyse de la Cour dans l'arrêt *Meiorin* représente un pas en avant significatif en ceci qu'elle commence à redéfinir et à reformuler les objectifs de l'accommodement raisonnable [...] *Meiorin* met l'accent sur la norme plutôt que sur l'individu<sup>29</sup>.

Les déclarations suivantes donnent également la mesure des possibilités ouvertes par l'arrêt *Meiorin* :

Karen Schucher affirme :

[TRADUCTION] Cette approche plus générale élargit la portée du concept d'accommodement jusqu'à exiger que des changements systémiques soient apportés aux normes relatives au lieu de travail. Ils incluent aussi bien une reconnaissance des réalités distinctives entre groupes et individus, que l'adoption de mesures de réparation et d'exception axées sur les individus. Les accommodements systémiques requièrent une transformation effective des normes liées au lieu de travail [...] <sup>30</sup>.

Melina Buckley et Alison Brewin déclarent :

[TRADUCTION] L'arrêt *Meiorin* a profondément modifié la conception juridique des accommodements [...]. Avant cette décision, les employeurs n'étaient tenus d'envisager que des accommodements individuels en aidant ceux qui ne satisfaisaient pas à la norme existante. L'obligation comporte à présent deux volets. *Les employeurs doivent tout d'abord se demander si la norme elle-même peut être modifiée de façon à être plus inclusive et à favoriser une égalité réelle sur le lieu de travail. Si cela n'est pas possible ou si la norme se justifie pleinement en regard du nouveau critère juridique plus strict, les employeurs sont toujours tenus de déployer d'importants efforts en vue d'un accommodement individuel*<sup>31</sup> [non souligné dans l'original].

Fudge et Lessard se sont exprimés ainsi :

[TRADUCTION] En adoptant une approche plus rigoureuse et substantielle à l'égard des justifications de l'employeur en cas de violation des droits de la personne, l'arrêt *Meiorin* [a ouvert] la voie à une jurisprudence en cette matière qui reconnaît (au lieu de les ignorer) les grandes disparités de pouvoir, de ressources, de capital social et de légitimité normative qui biaisent/dénaturent les conflits de travail entre les plaignants employés et les employeurs mis en cause et maintiennent les inégalités fermement ancrées<sup>32</sup>.

Dans le cas particulier de Tawney Meiorin, l'employeur a été sommé, en vertu de la nouvelle approche unifiée, d'engager une nouvelle réflexion et de réexaminer une norme d'exclusion – courir 2,5 km en 11 minutes – dont il n'avait pas réussi à démontrer qu'elle ne pouvait pas être modifiée sans lui faire subir une contrainte excessive. Après quatre tentatives, M<sup>me</sup> Meiorin n'avait pas réussi à satisfaire à la norme aérobique, parcourant la distance voulue en 11 minutes et 49,4 secondes plutôt que les 11 minutes requises. Le fait que l'employeur n'a même pas envisagé d'adapter la norme pour la rendre plus inclusive à l'égard des femmes a eu raison de ses efforts visant à en établir la légitimité.

Les accommodements ne consistent pas seulement en des bricolages individuels; ils doivent être systémiques. Ils ne doivent pas seulement entrer en jeu après le fait, mais être anticipés. C'est là que résident l'idée originale des accommodements et les espoirs de transformation soulevés par l'arrêt *Meiorin*.

## Il n'est pas nécessaire d'établir un stéréotypage pour faire la preuve d'une discrimination *prima facie*

Il importe de noter que la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Meiorin*, a résisté aux efforts du défendeur pour faire transférer à la plaignante le fardeau de la preuve relatif aux critères de justification. La Cour a notamment rejeté l'affirmation selon laquelle la norme contestée ne devait même pas être considérée comme étant discriminatoire à première vue puisqu'il n'avait pas été établi qu'elle reposait sur un stéréotype.

Cette nuance est importante, car dans des affaires comme *Meiorin*, où la plainte se rapportait à une règle neutre à première vue, tous les arbitres ne sont pas aptes et résolus à percer la façade de la neutralité, et à conclure que la règle repose, malgré les apparences contraires, sur un stéréotype.

Si la norme contestée prévoyait : « hommes seulement : il n'est pas nécessaire que les femmes présentent leur candidature », un stéréotype fondé sur le sexe, à savoir que seuls les hommes peuvent être des pompiers compétents ou valeureux, aurait été manifeste. On peut soutenir que la norme de forme physique contestée dans l'arrêt *Meiorin* reposait sur un stéréotype puisqu'elle a été conçue en référence à des standards concernant les pompiers mâles et non les femmes qui avaient réussi à le devenir; celle-ci masquait donc simplement le stéréotype voulant que le pompier de forêt soit un homme<sup>33</sup>.

Cela dit, on peut aussi arguer que la norme contestée dans l'affaire *Meiorin* ne reposait pas sur un stéréotype. Il existe un rapport rationnel entre l'exigence d'une condition aérobique supérieure et les objectifs de sécurité liés à la lutte contre les incendies de forêt; la norme contestée est d'ailleurs une mesure largement adoptée de la capacité aérobique. Le test de condition physique était individuel. D'autre part, la norme n'excluait pas catégoriquement l'embauche de femmes comme pompiers : elle a eu pour effet d'écarter un nombre disproportionné de femmes, mais quelques-unes ont réussi à satisfaire à cette norme, contrairement à certains hommes.

C'est l'argument même qu'a fait valoir le gouvernement de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Meiorin*. Il a vigoureusement soutenu devant l'arbitre et la Cour d'appel qu'il n'y avait pas de discrimination *prima facie* puisque la norme était [TRADUCTION] « raisonnablement nécessaire compte tenu de la nature de l'emploi »; il n'avait pas été établi qu'elle reposait sur un stéréotype et elle était appliquée sous forme de tests individuels<sup>34</sup>. Une norme dont on n'avait pas montré qu'elle reposait sur un stéréotype et qui s'appliquait sous forme de tests individuels n'était, par définition, pas discriminatoire<sup>35</sup>. L'arbitre avait rejeté la position du gouvernement, mais la Cour d'appel y a souscrit<sup>36</sup>. Cette dernière avait convenu avec le défendeur qu'il ne peut y avoir de discrimination si des tests individuels sont administrés.

L'arrêt de la Cour d'appel semblait également reconnaître que les stéréotypes représentaient [TRADUCTION] « l'essence de la discrimination<sup>37</sup> », et les tests individuels, son antithèse.

En fait, ni la preuve, ni les conclusions de l'arbitre n'avaient confirmé que la norme s'avérait nécessaire à l'exécution sûre et efficace des tâches. L'arbitre a estimé que la preuve de l'employeur concernant le risque était faite [TRADUCTION] « d'anecdotes » ou « d'impressions » et qu'elle « n'était pas convaincante<sup>38</sup> ». La Cour suprême du Canada a estimé qu'« [i]l n'y avait aucune preuve crédible que la capacité aérobique prescrite était nécessaire pour que soit les hommes soit les femmes puissent exécuter le travail de pompier forestier de façon satisfaisante. Au contraire, M<sup>me</sup> Meiorin avait bien fait son travail dans le passé, sans présenter de risque apparent pour elle-même, ses collègues ou le public<sup>39</sup>. » La Cour suprême du Canada a conclu que la norme n'était pas nécessaire, car le gouvernement n'avait pas établi que l'utilisation d'un autre standard lui imposerait une contrainte excessive<sup>40</sup>.

Cependant, l'essentiel ici est que l'employeur avait tenté devant les instances décisionnelles citées plus loin de faire échouer la demande de la plaignante au stade de la preuve *prima facie* de discrimination en insistant sur le fait que le test d'évaluation ne reposait pas sur un stéréotype puisqu'il avait été scientifiquement démontré qu'il se rapportait à la condition physique et qu'il s'appliquait à tous de la même façon. Par ailleurs, cet argument avait été favorablement reçu par la Cour d'appel<sup>41</sup>.

Dans ce contexte, il est significatif que la Cour suprême du Canada a entériné la décision de l'arbitre quant à la preuve *prima facie*. La Cour suprême a expliqué :

Madame Meiorin s'est acquittée de l'obligation d'établir qu'à première vue la norme aérobique est discriminatoire envers elle en tant que femme. L'arbitre a conclu qu'en raison de leur capacité aérobique généralement moindre, la plupart des femmes sont lésées par la norme aérobique élevée. [...] L'arbitre a conclu que M<sup>me</sup> Meiorin avait établi une preuve *prima facie* de l'existence de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, en démontrant que la norme aérobique avait un effet négatif disproportionné sur les femmes en tant que groupe. [...] [J]e conviens avec l'arbitre qu'il y a une preuve *prima facie* de l'existence de discrimination par suite d'un effet préjudiciable [...]. Étant donné que M<sup>me</sup> Meiorin a établi une preuve *prima facie* de discrimination, il appartient au gouvernement de démontrer que la norme aérobique est une EPJ<sup>42</sup>.

Compte tenu des arguments que renferment les décisions ci-après mentionnées et qui ont été présentés à la Cour suprême du Canada, il est raisonnable de conclure que ce jugement confirme que les stéréotypes ne sont pas un élément indispensable d'une plainte liée à la discrimination. Les plaignants peuvent s'acquitter du fardeau d'établir une discrimination



*prima facie* en faisant la preuve d'effets préjudiciables, et en démontrant un lien entre ceux-ci et un motif de discrimination prévu. C'est ce qui s'est produit dans *Meiorin*, où la plaignante a montré que la plupart des femmes étaient lésées par la norme d'évaluation aérobique adoptée par le gouvernement du fait de leur capacité aérobique inférieure<sup>43</sup>. La Cour suprême du Canada a noté que la preuve acceptée par l'arbitre établissait que : en raison de différences physiologiques, la plupart des femmes avaient une capacité aérobique inférieure à celle des hommes et elles étaient incapables de l'élever au niveau requis par la norme en vigueur, même après un entraînement, alors que la plupart des hommes y parvenaient. La Cour a aussi relevé que l'arbitre avait entendu des témoignages selon lesquels 65 à 70 pour cent des candidats réussissaient le test du premier coup, contre seulement 35 pour cent des candidates; enfin, il n'y avait que 100 à 150 femmes parmi les 800 à 900 membres de l'équipe de choc employés par le gouvernement en 1995<sup>44</sup>.

Dans l'arrêt *Meiorin*, la preuve soumise à la Cour suprême du Canada allait bien au-delà des effets discriminatoires de cette norme particulière liée à la condition physique, établis par une analyse statistique et physiologique. On lui a aussi judicieusement présenté des sources secondaires décrivant le contexte historique de l'exclusion des femmes des métiers non traditionnels comme celui de pompier, et la manière dont les normes de condition physique convenant aux hommes avaient servi à les maintenir en position défavorable dans la population active. En d'autres mots, la Cour a bénéficié d'une analyse substantielle de la manière dont cette norme contestée de condition physique restreignait et renforçait à la fois les tendances historiques de l'exclusion. Il ne s'agissait pas d'un simple cas de traitement différentiel.

Cependant, la Cour n'a pas souscrit à l'avis de l'employeur selon lequel les stéréotypes représentaient [TRADUCTION] « l'essence de la discrimination », ou le seul tort que la législation sur les droits de la personne était appelée à corriger<sup>45</sup>.

L'arrêt *Meiorin* rappelait de manière retentissante que la législation sur les droits de la personne sert à lutter contre la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, laquelle ne repose pas nécessairement ou dont il n'est pas aisément démontrable qu'elle repose sur des stéréotypes ou des généralisations inexacts touchant un groupe.

Nous nous préoccupons d'une tendance plus récente du rétablissement des stéréotypes comme élément indispensable des plaintes liées à la discrimination. Nous allons l'expliquer plus bas.

## *Meiorin* a été appliqué dans l'arrêt *Grismer*

Dans l'arrêt *Grismer*<sup>46</sup>, la Cour suprême du Canada a appliqué au contexte des droits des personnes handicapées et des services l'approche unifiée de l'analyse relative à la

discrimination élaborée dans *Meiorin*. Elle a déclaré que la distinction entre la discrimination directe et celle qui résultait d'un effet préjudiciable avait été abolie, et que tous ceux qui étaient soumis à la législation liée aux droits de la personne devaient dorénavant, et « dans tous les cas », tenir compte dans leurs normes des caractéristiques des groupes touchés, au lieu de maintenir des normes discriminatoires et d'offrir des accommodements à ceux qui ne peuvent pas y satisfaire. La Cour a expliqué que les mesures d'accommodement désignent ce qui « est nécessaire pour éviter toute discrimination. Les normes doivent être aussi générales que possible<sup>47</sup>. »

Le litige dans l'affaire *Grismer* portait sur le refus général du Surintendant des véhicules automobiles d'accorder un permis de conduire aux personnes atteintes du trouble visuel connu sous le nom d'hémianopsie homonyme (H.H.).

Le plaignant, Terry Grismer, avait travaillé pendant de nombreuses années comme conducteur professionnel dans une mine. En 1984, à l'âge de 40 ans, il a subi un accident vasculaire cérébral à la suite duquel il a présenté une H.H. et perdu presque toute sa vision périphérique gauche dans les deux yeux. Les personnes atteintes de cette affection ayant toujours un champ visuel inférieur à 120 degrés, la Colombie-Britannique ne leur délivre aucun permis de conduire. La Direction des véhicules automobiles a donc annulé le permis de M. Grismer. Ce dernier faisait valoir qu'il pouvait compenser son handicap et conduire en toute sécurité en utilisant des lentilles à prisme, en plaçant des miroirs supplémentaires sur son camion et en effectuant régulièrement des mouvements de la tête.

Le British Columbia Human Rights Council a estimé que M. Grismer avait fait la preuve *prima facie* d'une discrimination directe, et que le Surintendant n'avait pas montré que l'application inflexible d'une norme relative au champ visuel, sans évaluations individualisées, était raisonnablement nécessaire. Ce dernier a été contraint d'évaluer individuellement M. Grismer, pas simplement en déterminant si son champ visuel était de 120 degrés, mais en testant sa capacité de conduire en toute sécurité à l'aide de lentilles à prisme.

Il faut noter que dans l'arrêt *Grismer*, la Cour a retenu une approche analogue à celle de *Meiorin* pour définir en quoi consiste une preuve *prima facie* de discrimination. M. Grismer a établi une preuve *prima facie* de discrimination en montrant qu'on lui refusait un permis auquel d'autres avaient droit, et que ce refus reposait sur un motif de discrimination contre lequel une protection était prévue : le handicap. Il revenait dès lors au Surintendant de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que la norme correspondait à une exigence de bonne foi. Pour respecter l'étape suivante de l'analyse, le Surintendant devait démontrer que la norme était raisonnablement nécessaire à la réalisation de l'objectif touchant la sécurité routière, en ce sens qu'il lui était impossible de composer avec le plaignant sans subir de contraintes excessives.

La Cour suprême du Canada a finalement entériné la mesure de réparation octroyée par le juge des faits, à savoir l'évaluation individuelle du plaignant. Cependant, l'arrêt *Grismer* ne représente pas seulement un cas d'accommodement individuel consenti après le fait et à l'issue duquel la norme est restée intacte. La mesure de réparation était individuelle, mais ses répercussions sont systémiques. Cet arrêt, comme *Meiorin*, contestait une discrimination dans les limites d'une norme. Il était discriminatoire d'appliquer simplement le test consistant à courir 2,5 kilomètres en onze minutes à des pompières comme à des pompiers. De même, il était discriminatoire d'appliquer simplement le test de vision périphérique à 120 degrés à chaque demandeur de permis de conduire. Dans les deux cas, la question ultime était de savoir si la norme était inutilement exclusive.

La Cour a déclaré au paragraphe 22 :

Par « mesure d'accommodement », on entend ce qui, dans les circonstances, est nécessaire pour éviter toute discrimination. Les normes doivent être aussi générales que possible.

Comme dans *Meiorin*, c'est au troisième stade de l'analyse que la défense du gouvernement s'est effondrée dans l'affaire *Grismer*. Pour s'acquitter de son fardeau, le Surintendant devait montrer que sa norme, qui n'autorisait aucun accommodement, était raisonnablement nécessaire à la mise en œuvre de la sécurité routière. La Cour a estimé que le Surintendant aurait pu y parvenir d'au moins deux manières : en tentant de montrer que le renoncement à la norme minimale dans le cas de la H.H. équivaudrait à une contrainte excessive, puisqu'aucune des personnes qui en souffrent ne peut conduire en toute sécurité; ou encore qu'il serait impossible d'évaluer autrement la sûreté de la conduite sans imposer une telle contrainte. La Cour a reconnu que ces deux options étaient des types d'accommodement<sup>48</sup>.

Pour la Cour, la preuve n'établissait pas qu'aucune personne atteinte de H.H. ne pouvait satisfaire à la norme de sécurité raisonnable. La preuve concernant d'autres provinces et leurs normes différentes était à l'effet contraire. La preuve ne montrait pas non plus qu'il était impossible d'évaluer autrement la capacité du plaignant à conduire en toute sécurité. À cet égard, il était établi qu'il existait d'autres moyens de procéder à une évaluation, en administrant par exemple un test autorisant le plaignant à utiliser ses lentilles à prisme. Le Surintendant n'a prouvé d'aucune façon qu'il avait envisagé les options qui auraient permis au plaignant d'être évalué de manière à pouvoir démontrer sa capacité à conduire en toute sécurité.

Pour apprécier l'importance de l'arrêt *Grismer*, il est essentiel de reconnaître que ses effets sont identiques à ceux de *Meiorin*. Le maintien d'une norme discriminatoire, dans ce cas l'exigence d'un champ visuel de 120 degrés appliquée catégoriquement et inflexiblement aux personnes atteintes de H.H., a été jugé injustifié. Même si, comme dans l'affaire *Meiorin*, la mesure de réparation ordonnée ne visait techniquement qu'un seul individu, la décision de la

Cour contestait dans sa logique le bien-fondé de la norme sous-jacente. La mesure de réparation consistant en une évaluation individualisée octroyée à M. Grismer n'est pas le « test individuel » (norme identique appliquée à une personne à la fois) que le gouvernement avait invoqué en guise de défense dans *Meiorin*. M. Grismer a obtenu le droit de démontrer ses habiletés de conduite par le biais d'un test différent.

Dans l'arrêt *Grismer*, la Cour a également confirmé qu'il n'incombait pas au plaignant de démontrer que le retrait de la discrimination n'entraînerait pas de contrainte excessive. Bien que le plaignant puisse contrer la preuve justificative du défendeur en prouvant lui-même que la norme a été fixée arbitrairement ou que le refus de consentir un accommodement était déraisonnable, la Cour a estimé que le fardeau d'établir que l'abandon d'une norme exclusive entraînerait une contrainte excessive revient au défendeur<sup>49</sup>.

## Conclusion

Les arrêts *Meiorin* et *Grismer* ont raisonnablement fait espérer à la collectivité des personnes handicapées que la législation sur les droits de la personne serait désormais interprétée de manière libérale et téléologique, pour réaliser ses importants objectifs en matière d'égalité, et en particulier pour :

- que la discrimination par suite d'un effet préjudiciable soit considérée comme aussi grave et aussi digne de réparation que la discrimination directe;
- éviter de réduire le devoir d'accommodement à un simple processus *a posteriori*, à des bricolages superficiels et ponctuels, au lieu de contester des normes discriminatoires;
- exiger que la discrimination sur la base du handicap enracinée dans des normes apparemment neutres concernant les services et l'emploi soit, dès que possible, renversée de manière systémique et proactive, au stade de la conception initiale;
- maintenir une distinction analytique claire entre la preuve de discrimination et celle qui est liée aux critères de justification;
- s'assurer que les tentatives visant à justifier le maintien de normes exclusives fondées sur la capacité des personnes physiquement aptes soient soumises à un examen rigoureux;
- résister aux méthodes formalistes d'interprétation qui ne servent pas les objectifs de la législation sur les droits de la personne;
- prévoir des mesures de réparation significatives en cas de discrimination, quelle qu'en soit la forme.

Comme l'a expliqué Dianne Pothier, une approche systémique en matière d'accommodement s'oppose aux normes fondées sur les personnes physiquement aptes en envisageant la diversité dès le départ. Les accommodements systémiques obéissent à une « conception globale ». Selon l'auteure, [TRADUCTION] « c'est dans le cadre de cette réflexion que le

devoir d'accommodement peut véritablement changer la donne en contestant les normes fondées sur les personnes physiquement aptes, plutôt que de se limiter à des modifications mineures ponctuelles<sup>50</sup>. » *Meiorin*, puis *Grisner*, ont été les premiers arrêts à postuler la question de savoir si la norme pouvait être complètement infirmée sans qu'il soit nécessaire d'envisager des exceptions; ils ouvraient la voie à une approche systémique du devoir d'accommodement.

## Les espoirs menacés

Les espoirs suscités par l'arrêt *Meiorin* de voir la législation sur les droits de la personne prendre au sérieux la discrimination par suite d'un effet préjudiciable et s'attaquer aux obstacles systémiques à l'égalité, sont menacés. Depuis les arrêts *Meiorin* et *Grismer* en effet, les efforts des défenseurs pour empêcher les plaignants d'aller au-delà du stade de la preuve *prima facie* de discrimination dans les litiges mettant en cause des droits de la personne se sont intensifiés. Des pressions accrues se sont exercées pour compliquer le critère relatif à la preuve *prima facie* de discrimination, peut-être parce que ces deux arrêts ont renforcé les obligations des défenseurs en matière de justification en intégrant le devoir d'accommodement jusqu'au seuil de la contrainte excessive dans la défense d'EPJ, et en rendant celle-ci applicable sans égard à la forme de discrimination (directe ou par suite d'un effet préjudiciable). Il n'est pas aisé pour un défendeur de démontrer qu'il est raisonnablement nécessaire de maintenir une pratique ou une politique discriminatoire. D'où une jurisprudence contradictoire et confuse, notamment en ce qui concerne le sens de la discrimination et la distinction analytique à établir entre la preuve *prima facie* de discrimination et la justification.

### Une question qui divise : peut-il y avoir discrimination sans stéréotypes?

La question la plus importante à avoir surgi est celle de savoir si le plaignant doit démontrer l'existence de stéréotypes pour établir la preuve *prima facie* de discrimination. Les défenseurs ont essayé plusieurs fois de ramener les décideurs à un ancien paradigme selon lequel il n'y a discrimination qu'en présence de stéréotypes. Même si cette approche implique de ramener le droit à la protection contre la discrimination par suite d'un effet préjudiciable – bien ancré dans la jurisprudence canadienne des droits de la personne depuis plus de vingt-cinq ans<sup>51</sup> – à l'ère pré-*Meiorin*, les décideurs ne s'entendent pas sur la manière de résoudre le problème.

On peut en voir une illustration dans l'arrêt *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal)*<sup>52</sup>. Le litige concernait ici une clause prévoyant la cessation automatique de l'emploi après une absence du travail de trois ans. La plaignante s'était absentée de son travail pour être hospitalisée en raison de problèmes de santé mentale. Pendant plus de deux ans, elle a tenté de reprendre le travail, conformément aux directives de son médecin, mais sans succès. À la fin de la période de réadaptation prévue par la convention collective et qu'a prorogée l'employeur, la plaignante était prête à reprendre le travail, mais a été victime d'un accident de voiture qui l'empêchait de réintégrer son poste pour une autre période

indéterminée. L'employeur l'a licenciée. Le syndicat a présenté un grief pour contester ce licenciement et demandé un accommodement raisonnable. L'arbitre a rejeté le grief, notant que l'employeur avait déjà aménagé des accommodements en octroyant des périodes de réadaptation plus généreuses que celles prévues par la convention collective, et que la plaignante était toujours inapte au travail après trois ans.

La Cour supérieure du Québec a rejeté la demande de révision judiciaire du syndicat<sup>53</sup>. La Cour d'appel a renvoyé le dossier à l'arbitre pour qu'il statue sur l'obligation d'accommodement sur une base individuelle<sup>54</sup>. L'hôpital intimé a obtenu l'autorisation de se pourvoir devant la Cour suprême du Canada<sup>55</sup>.

La majorité de la Cour suprême a estimé que l'enjeu concernait la question de la contrainte excessive. La juge Deschamps a expliqué que « [l']obligation d'accommodement en milieu de travail naît lorsqu'un employeur cherche à appliquer une norme qui cause préjudice à un employé en raison de caractéristiques particulières protégées par la législation sur les droits de la personne<sup>56</sup> ». La majorité expliquait donc ainsi sa conception de la preuve *prima facie* de discrimination. La juge Deschamps a ensuite appliqué les trois étapes énoncées dans l'arrêt *Meiorin* pour déterminer si le licenciement était « raisonnablement nécessaire », autrement dit si d'autres mesures d'accommodement entraînaient des contraintes excessives pour l'employeur. En fin de compte, la majorité a convenu avec l'arbitre que l'employeur s'était acquitté de son obligation d'accommodement raisonnable. Elle a tenu compte de divers facteurs pour soupeser la question de la contrainte excessive, notamment la durée de la période négociée par les parties. La Cour a estimé que cette période entrait aussi dans l'appréciation du devoir d'accommodement raisonnable : la majorité a expliqué que ce facteur ne devait pas être appliqué mécaniquement, mais pris en considération dans l'évaluation globale des accommodements accordés par l'employeur.

Cependant, la juge Abella (avis concordants de la juge en chef McLachlin et du juge Bastarache) aurait fait droit à l'appel au motif que la preuve *prima facie* de discrimination n'avait pas été établie. Une lecture de l'opinion minoritaire révèle que la juge Abella introduit dans la définition de preuve *prima facie* l'exigence que la plaignante démontre que la norme contestée reposait sur un stéréotype.

Après avoir passé en revue la description de la discrimination contenue dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*<sup>57</sup> et la norme de la preuve de discrimination au titre de la Charte québécoise établie dans l'arrêt *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*<sup>58</sup>, la juge Abella a déclaré dans l'arrêt *McGill* :

La prémisse voulant qu'une pratique, une norme ou une exigence du milieu de travail ne puisse pas désavantager un individu par l'attribution de caractéristiques *stéréotypées ou arbitraires* est au cœur de ces définitions. Le but de la prévention des obstacles discriminatoires est l'inclusion. Ce but est

atteint si on empêche que des individus soient soustraits à des possibilités et à des agréments fondés non pas sur leurs aptitudes réelles, mais sur des aptitudes qu'on leur attribue. La discrimination réside essentiellement dans le caractère arbitraire de son incidence négative, c'est-à-dire le caractère arbitraire des obstacles érigés intentionnellement ou inconsciemment.

Il en résulte une différence entre discrimination et distinction. Les distinctions ne sont pas toutes discriminatoires. Il ne suffit pas de contester le comportement d'un employeur pour le motif que ce qu'il a fait a eu une incidence négative sur un membre d'un groupe protégé. La seule appartenance à un tel groupe n'est pas suffisante pour garantir l'accès à une réparation fondée sur les droits de la personne. C'est le *lien* qui existe entre l'appartenance à ce groupe et le caractère arbitraire du critère ou comportement désavantageux — à première vue ou de par son effet — qui suscite la possibilité de réparation. Et ce fardeau de preuve préliminaire incombe au demandeur<sup>59</sup>. [Non souligné dans l'original.]

Pour la juge Abella, l'enjeu de l'appel *McGill* n'était pas de savoir si l'employeur s'était justifié en montrant qu'il avait suffisamment composé avec la plaignante, mais plutôt si cette dernière s'était acquittée du fardeau préliminaire d'établir une preuve *prima facie* de discrimination, à savoir qu'elle avait été désavantagée par la conduite de l'employeur *qui faisait intervenir des présomptions stéréotypées ou arbitraires sur les personnes handicapées*, ce qui transférait dès lors à celui-ci le fardeau de justifier ses agissements. Notez que les adjectifs « stéréotypées » et « arbitraires » sont apparemment interchangeables. Suivant l'approche préconisée par la juge Abella, l'employeur n'était pas tenu de justifier le licenciement même que la majorité avait jugé discriminatoire, car l'absence du travail était liée à un handicap. La juge Abella a déclaré :

Il n'est pas nécessaire de justifier ce qui, à première vue, n'est pas discriminatoire. Alors, contrairement à la juge Deschamps, j'estime que la question est non pas de savoir si l'employeur a établi, comme moyen de défense fondé sur la justification, qu'il a raisonnablement accommodé la demanderesse, mais plutôt de savoir si la demanderesse s'est acquittée de l'obligation préliminaire de démontrer qu'il y a discrimination à première vue, c'est-à-dire qu'elle a été désavantagée par le comportement que l'employeur a adopté *sur la foi de suppositions stéréotypées ou arbitraires concernant les personnes ayant une déficience*, de sorte qu'il appartient à l'employeur de justifier ce comportement<sup>60</sup>. [Non souligné dans l'original.]

Se portant à la défense des clauses de cessation d'emploi automatique en général, la juge Abella ajoute : « elles ne sont pas arbitraires au sens que nous donnons à ce terme dans le



contexte des droits de la personne; autrement dit, elles ne désavantagent pas injustement les employés ayant une déficience en raison de *stéréotypes attribués à leur capacité*<sup>61</sup> ».

L'approche adoptée par la majorité de la Cour dans l'arrêt *McGill* quant à ce qui constitue une preuve *prima facie* de discrimination est en accord avec les arrêts *Meiorin* et *Grismer* et avec ce qu'on désigne comme le cadre traditionnel ou le cadre *O'Malley*. Dans l'affaire *O'Malley*, le litige concernait les effets préjudiciables de l'horaire de travail obligatoire sur les croyances religieuses d'une employée en particulier, Theresa O'Malley.

Les éléments constitutifs d'une preuve *prima facie* dans une affaire ayant trait aux déficiences, d'après le cadre *O'Malley*, sont généralement définis ainsi :

1. l'employé présente (ou est perçu comme présentant) une déficience;
2. l'employé a reçu un traitement désavantageux (parfois qualifié de « traitement différentiel » ou d'« effet préjudiciable »);
3. la déficience dont est atteint l'employé était un facteur dans le traitement désavantageux ou les effets préjudiciables.

En revanche, l'approche retenue par les juges minoritaires dans l'arrêt *McGill* signale un écart important vis-à-vis du cadre *O'Malley*. Elle prétend ajouter un quatrième élément au fardeau de preuve des plaignants. Il ne suffirait plus de montrer que la déficience est entrée en jeu dans le traitement défavorable de la personne concernée : celle-ci doit établir en plus que ce traitement préjudiciable et la déficience dont elle est atteinte sont reliés par un stéréotype.

Certains décideurs ont refusé d'adopter l'avis des juges minoritaires dans l'arrêt *McGill*. Ainsi, dans l'arrêt *Coast Mountain Bus Company Ltd.*<sup>62</sup>, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a appliqué l'approche *O'Malley*. Après avoir expressément examiné l'avis minoritaire dans *McGill*, la Cour a estimé que la demande dont elle était saisie se distinguait du point de vue des faits, car le programme de gestion des présences au travail contesté avait été imposé de manière unilatérale par l'employeur, plutôt que négocié par les parties à une convention collective.

La question de savoir ce qui constitue une preuve *prima facie* de discrimination est importante car en concevant la discrimination de manière trop restreinte, ou en répartissant mal le fardeau de preuve, les défendeurs pourraient ne jamais s'acquitter de l'obligation de justifier rigoureusement les obstacles systémiques à une égalité tangible, à l'aune du critère des contraintes excessives. Plus précisément, si les plaignants ne réussissent pas à établir une preuve *prima facie*, les défendeurs pourraient ne pas avoir à répondre à cette question : l'effet préjudiciable pouvait-il être évité sans qu'ils subissent une contrainte excessive?

## Les recours pour discrimination par suite d'un effet préjudiciable ne doivent pas devenir irrecevables

Il serait mal indiqué, pour diverses raisons, de faire du stéréotypage un élément essentiel de ce que doit prouver un plaignant pour établir une discrimination *prima facie*. La principale objection à cela est que le stéréotypage repose sur une définition trop restrictive de la discrimination, où la discrimination par suite d'un effet préjudiciable n'a pas sa place. Ce serait une erreur pure et simple. Même si la discrimination à l'endroit des personnes handicapées découle parfois de généralisations inexactes concernant des groupes (stéréotype), elle prend le plus souvent la forme de normes apparemment neutres qui omettent tout simplement de les prendre en compte. C'est ce qu'expliquait le juge Sopinka dans l'arrêt *Eaton*<sup>63</sup> :

Certains des motifs illicites visent principalement à éliminer la discrimination par l'attribution de caractéristiques fausses fondées sur des attitudes stéréotypées se rapportant à des conditions immuables comme la race ou le sexe. *Dans le cas d'une déficience, c'est l'un des objectifs. L'autre objectif, tout aussi important, vise à tenir compte des véritables caractéristiques de ce groupe qui l'empêchent de jouir des avantages de la société, et à les accommoder en conséquence.* L'exclusion de l'ensemble de la société découle d'une interprétation de la société fondée seulement sur les attributs « de l'ensemble » auxquels les personnes handicapées ne pourront jamais avoir accès. Qu'il s'agisse de l'impossibilité pour une personne aveugle de réussir un examen écrit ou du besoin d'une rampe pour avoir accès à une bibliothèque, la discrimination ne consiste pas dans l'attribution de caractéristiques fausses à la personne handicapée. La personne aveugle ne peut pas voir et la personne en fauteuil roulant a besoin d'une rampe d'accès. C'est plutôt l'omission de fournir des moyens raisonnables et d'apporter à la société les modifications qui feront en sorte que ses structures et les actions prises n'entraînent pas la relégation et la non-participation des personnes handicapées qui engendre une discrimination à leur égard. *L'enquête sur la discrimination qui recourt au raisonnement fondé sur « l'attribution de caractéristiques stéréotypées », dans son acception courante, est tout simplement inappropriée dans le cas présent.* Elle peut être considérée plutôt comme un cas d'inversion d'un stéréotype qui, en ne tenant pas compte de la condition d'une personne handicapée, fait abstraction de sa déficience et la force à se tirer d'affaire toute seule dans l'environnement de l'ensemble de la société. C'est la reconnaissance des caractéristiques réelles, et l'adaptation raisonnable à celles-ci, qui constitue l'objectif principal du par. 15(1) en ce qui a trait à la déficience<sup>64</sup>. [Non souligné dans l'original.]

Arrêtons-nous un instant sur la définition du stéréotype. Qu'est-ce qu'un stéréotype, dans le contexte des droits de la personne? Bien que le terme ne soit pas véritablement défini dans la jurisprudence, il est possible de déduire qu'il désigne souvent dans l'esprit des décideurs une généralisation concernant un groupe, fondée sur des caractéristiques faisant intervenir les droits de la personne, comme les déficiences ou le sexe, qui peuvent s'avérer inexacts lorsqu'on les impute à un individu. Voici des exemples hypothétiques (et manifestement choquants) de stéréotypes : ceux qui ont été traités pour des troubles psychologiques ne peuvent être de bons avocats; les femmes ne font pas de bonnes pompières. Ces stéréotypes vont à l'encontre des droits de la personne parce qu'ils sont faux et qu'ils font obstacle à l'égalité des chances. On peut être un bon avocat, sans égard aux déficiences, et un(e) bon(ne) pompier(ère) sans égard au sexe.

La notion de discrimination par stéréotypage, ainsi définie, convient aux cas de discrimination directe où la généralisation concernant le groupe est formulée en termes explicites (par exemple : « Ici, on n'embauche aucun catholique, aucune femme ni aucun Noir »), mais non à l'analyse de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Dans ce cas-ci, la généralisation touchant le groupe est justement rendue invisible, ou à tout le moins plus difficile à distinguer, par la neutralité apparente de la norme en question. En insistant sur une preuve de stéréotypage, on risque de rendre impossible tout recours en justice dans les cas de discrimination par suite d'un effet préjudiciable.

La discrimination par stéréotypage n'ouvre pas droit à des mesures de réparation efficaces lorsqu'elle se rapporte à des déficiences. L'antidote généralement proposé dans ce cas de figure (la formulation de généralisations inexacts) consiste à ignorer les caractéristiques de groupe, soi-disant pour que les individus puissent plutôt être jugés selon leur mérite. Se libérer des stéréotypes et être traité de la même manière que les personnes valides est précisément ce dont les personnes handicapées ont souvent besoin. Cependant, une certaine forme d'accommodement, individuel ou systémique, s'avère nécessaire dans d'autres cas.

Plutôt que de les ignorer, les accommodements doivent mettre l'accent sur les déficiences et rechercher des moyens de parvenir à l'inclusion. Demander qu'un plaignant établisse qu'il y a stéréotypage, ou admettre que son absence puisse constituer une défense à part entière à l'égard d'une preuve de discrimination *prima facie*, équivaut à modifier la définition de discrimination et à faire reculer les droits de la personne à un état bien antérieur aux affaires comme *O'Malley* et *Meiorin*, alors que la discrimination par suite d'un effet préjudiciable n'avait pas encore été reconnue comme recevable en droit. Il est à noter que la jurisprudence en matière de droits de la personne ne considère pas l'absence de stéréotypage comme une défense valide à l'égard d'une preuve de discrimination *prima facie*. En ce sens, la question du stéréotypage ne consiste pas à vrai dire à établir la distinction entre la preuve *prima facie* et les justifications. Introduire la notion de stéréotypage dans la définition de discrimination aboutira vraisemblablement au rejet des plaintes pour discrimination par suite d'un effet

préjudiciable, peu importe à qui revient le fardeau de la preuve. Non seulement il n'est mentionné nulle part dans l'arrêt *Meiorin* que le plaignant doit faire la preuve du stéréotypage, mais les motifs de la juge McLachlin montrent bien que la Cour ne partait pas de la prémisse que cette affaire concernait la protection contre les stéréotypes.

Comme nous l'avons indiqué plus haut, l'arrêt *Meiorin* permet de comprendre autrement l'objectif de la législation sur les droits de la personne, à savoir l'élimination de la « discrimination systémique<sup>65</sup> » liée à l'application de *normes* d'exclusion qui ignorent les caractéristiques réelles d'un groupe. La Cour expliquait :

Les employeurs qui conçoivent des normes pour le milieu de travail doivent être conscients des différences entre les personnes et des différences qui caractérisent des groupes de personnes. Ils doivent intégrer les notions d'égalité dans les normes du milieu du travail [...] les normes régissant l'exécution du travail devraient *tenir compte de tous les membres de la société*, dans la mesure où il est raisonnablement possible de le faire<sup>66</sup>.

L'arrêt *Meiorin* autorise à conclure que la lutte contre la discrimination ne consiste pas seulement à éviter les traitements différentiels reposant sur des stéréotypes, et à aménager en plus, si possible, quelques accommodements faciles<sup>67</sup>, individuels et venant après le fait. La lutte contre la discrimination suppose également d'aborder les « effets de la discrimination systémique<sup>68</sup> », « d'évaluer rigoureusement » les normes qui ont des effets préjudiciables sur les groupes protégés par des dispositions sur les droits de la personne<sup>69</sup>, et de contester « les croyances profondes relatives à la supériorité intrinsèque de caractéristiques comme la mobilité et la vue », ainsi que la « légitimité » de normes qui privilégient systématiquement certaines caractéristiques par rapport à d'autres<sup>70</sup>. Il est essentiel, vis-à-vis des personnes handicapées, que ces manières de concevoir la discrimination ne soient pas congédiées par une définition trop strictement et exclusivement centrée sur les stéréotypes.

## La distinction analytique entre la preuve *prima facie* et la défense d'EPJ doit être maintenue

Comme nous l'avons noté, le fait de limiter la définition de la discrimination au stéréotypage dépasse le problème de la distinction à établir entre la discrimination *prima facie* et la justification. L'arrêt *McGill* soulève toutefois la question du renversement du fardeau de la preuve lorsqu'il s'agit de faire valoir une défense de justification. L'exigence d'une preuve de stéréotypage peut se transformer pour le plaignant en une obligation de montrer, pour les besoins de la preuve *prima facie*, que la conduite du défendeur n'était pas justifiée. C'est ce qui ressort du jugement minoritaire de la juge Abella dans l'arrêt *McGill*, où l'emploi des adjectifs « stéréotypé » et « arbitraire » est relativement interchangeable. L'arbitraire concerne le caractère raisonnable des intentions ou de l'objectif du défendeur, ainsi que

l'adéquation ou le lien rationnel entre la fin et les moyens. Il se rapporte à la justification et relève à ce titre du problème de l'EPJ (les deux premières étapes de l'analyse relative à ce moyen de défense<sup>71</sup>). Faire reposer le fardeau de la preuve sur la mauvaise personne peut s'avérer une autre manière d'écarter les demandes fondées.

Les juges majoritaires dans l'arrêt *McGill* ont respecté la distinction analytique entre la preuve de discrimination *prima facie* et la justification, en imposant au défendeur de rendre compte de sa décision de ne pas offrir d'autres accommodements. Cependant, la minorité a assimilé la preuve *prima facie* à la défense d'EPJ en faisant porter à la plaignante la responsabilité de prouver que la discrimination était arbitraire.

Toute érosion de la distinction analytique dont nous parlons risque de nuire à l'examen approfondi des arguments justificatifs des défendeurs, et de les exonérer de l'obligation de montrer qu'ils ont proposé des accommodements allant jusqu'au seuil des contraintes excessives.

L'arrêt *McGill* ne fait pas forcément apparaître la différence qu'il y aurait à attribuer le fardeau de preuve à l'un ou à l'autre, la Cour ayant été unanime dans ses conclusions, mais divisée dans ses motifs. Cependant, à examiner une affaire comme l'arrêt *Gooding*<sup>72</sup>, rendu en 2008 par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, nous voyons comment imposer au plaignant la charge de prouver le caractère arbitraire peut entraîner un tout autre résultat. *Gooding* illustre aussi par quel biais l'obligation de prouver le stéréotypage ou le caractère arbitraire peut, en pratique, aisément se transformer en une obligation de prouver l'intention d'introduire une discrimination.

Le plaignant, gérant d'un magasin d'alcool, souffrait d'alcoolisme. Il a été congédié parce qu'il volait de l'alcool au travail, ce qui, comme l'a révélé la preuve médicale et l'a conclu l'arbitre, résultait de sa dépendance. En se servant du cadre *O'Malley*<sup>73</sup>, l'arbitre a estimé qu'il y avait discrimination *prima facie*. Après avoir appliqué la troisième étape du critère relatif à l'EPJ de l'arrêt *Meiorin*, il a également conclu que l'employeur aurait pu composer avec M. Gooding sans avoir à le congédier, et qu'il n'avait pas cherché à savoir si d'autres postes étaient disponibles, ou dans quelles conditions le plaignant aurait pu revenir au travail à un autre poste.

Cependant, la majorité de la Cour, citant l'avis de la juge Abella dans l'arrêt *McGill* d'après lequel il fallait prouver des présomptions arbitraires ou reposant sur des stéréotypes pour démontrer une discrimination *prima facie*, a conclu que le plaignant n'y était pas parvenu. Le juge d'appel Huddart a déclaré :

[TRADUCTION] Je ne vois rien qui suggère que la dépendance de M. Gooding à l'alcool ait le moins influencé la décision de l'employeur de le congédier ou de refuser d'accéder à sa demande ultérieure

pour que lui soit imposée une sanction moins draconienne. Il a été congédié pour vol, comme l'aurait été tout autre employé pour les mêmes faits. Le fait que la « conduite éthique ou morale [des personnes alcooliques puisse] se relâcher » et qu'elles puissent être plus tentées de voler de l'alcool au travail parce que l'occasion est là, n'autorise pas à conclure que la décision de l'employeur de congédier l'employé reposait sur sa dépendance à l'alcool ou ait été influencée par elle<sup>74</sup>.

[...]

La preuve ne suggère en rien que le congédiement de M. Gooding ait été arbitraire ou fondé sur des idées préconçues quant à sa dépendance à l'alcool. Ce licenciement faisait suite à une inconduite ayant atteint un niveau criminel. La question de savoir si sa conduite a pu être influencée par son alcoolisme est dénuée de pertinence si cet alcoolisme avoué n'est aucunement entré en ligne de compte dans la décision de l'employeur de le renvoyer, et qu'il n'a pas plus pâti de son inconduite qu'un autre employé ne l'aurait fait dans des circonstances identiques<sup>75</sup>.

Bien qu'elle ait reconnu que l'alcoolisme a pu jouer un rôle dans le vol d'alcool, la majorité a estimé dans *Gooding* qu'il n'existait aucune preuve de discrimination *prima facie* puisque ce facteur n'avait pas affecté l'état d'esprit du défendeur. Même si l'arbitre avait conclu que l'employeur aurait pu composer avec M. Gooding sans avoir à le licencier, et sans subir pour cela de contraintes excessives, l'analyse de la Cour d'appel montre qu'elle n'a pas même envisagé l'obligation du défendeur de montrer qu'il avait composé avec le plaignant en allant jusqu'au seuil de la contrainte excessive.

Dans *Gooding*, le syndicat a demandé l'autorisation de porter l'affaire en appel devant la Cour suprême du Canada, mais sans succès, ce qui est très troublant car ainsi comprise, cette décision ne se contente pas de saper la distinction analytique entre la preuve *prima facie* et les arguments justificatifs, elle revient aussi sur la définition de la discrimination pour y introduire un élément intentionnel. Cela va à l'encontre de la jurisprudence établie sur les droits de la personne qui reconnaît que l'absence d'intention ne prouve pas l'absence de discrimination.

Si l'on considère ensemble la décision minoritaire dans l'arrêt *McGill* et la décision unanime de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Gooding*, il semble y avoir risque que la portée de la jurisprudence relative à la législation sur les droits de la personne ne soit réduite à une protection limitée aux cas d'intolérance flagrante<sup>76</sup>.

## La preuve du stéréotypage ou du caractère arbitraire n'est pas requise par la Charte

Certains défendeurs font valoir que la jurisprudence relative à l'article 15 de la Charte rend nécessaire la preuve du stéréotypage ou du caractère arbitraire, car il s'agit d'un élément essentiel de la définition de la discrimination. Ils s'appuient notamment sur l'arrêt *Law* pour soutenir que le stéréotypage doit être démontré pour établir une preuve *prima facie*<sup>77 78</sup>. Cet argument est ironique puisque les arrêts *Meiorin* et *Grismer*, qui lui sont tous deux postérieurs, ne font aucune mention du cadre *Law*. Comme nous l'avons déjà indiqué, ces arrêts se sont servis du cadre *O'Malley* pour définir la discrimination *prima facie*. Prétendre que l'arrêt *Law*, une affaire qui se rapportait à l'article 15 de la Charte, a modifié la jurisprudence touchant l'interprétation de la législation sur les droits de la personne, n'a donc aucun sens.

Par ailleurs, un examen plus attentif de la jurisprudence relative à l'article 15 de la Charte révèle que cet argument ne correspond pas même exactement à ce que requiert l'analyse liée à cette disposition. Cette jurisprudence n'impose pas de prouver un stéréotype sous-jacent. Retournons à l'arrêt *Law* pour faire le point sur cette question.

Dans *Law*, la Cour suprême du Canada a défini des facteurs contextuels qui à son avis pouvaient s'avérer utiles pour déterminer si une loi ayant des effets préjudiciables au regard d'un motif de protection prévu entraîne une discrimination réelle ou, pour le dire autrement, va à l'encontre de la dignité humaine. Dans cet arrêt, la Cour a employé les concepts de discrimination réelle et d'atteinte à la dignité humaine, de manière interchangeable.

Les facteurs contextuels concernent a) la préexistence d'un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou de vulnérabilité subis; b) la correspondance entre le ou les motifs sur lesquels l'allégation est fondée et les besoins, les capacités ou la situation propres au demandeur; c) l'objet ou l'effet d'amélioration de la loi contestée eu égard à une personne ou un groupe défavorisés dans la société; d) la nature et l'étendue du droit touché par la loi contestée.

Les défendeurs dans des affaires ayant trait aux droits de la personne protégés par la loi tentent d'imposer les facteurs contextuels énoncés dans l'arrêt *Law* comme s'il s'agissait d'un *critère juridique* à ajouter à la preuve *prima facie*<sup>79</sup>. Nous nous préoccupons de l'importance qu'ils cherchent à accorder au facteur de correspondance avancé dans *Law*, qui équivaut à peu près au concept de stéréotype. La distinction se rapportant au groupe est-elle fondée sur une généralisation inexacte quant aux besoins, aux capacités ou à la situation, ou les reflète-t-elle simplement?

Quoi qu'il en soit, l'arrêt *Law* ne fait pas du stéréotypage un élément essentiel de la définition de la discrimination. La Cour reconnaît qu'une discrimination réelle peut être manifeste sans égard aux facteurs contextuels qu'elle a énoncés<sup>80</sup>. Dans cet arrêt, l'application de caractéristiques stéréotypées et l'« effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion que

l'individu touché est moins capable ou est moins digne d'être reconnu » sont présentés comme d'*autres* motifs susceptibles d'établir la discrimination. Si l'on accepte ce que la Cour a dit dans l'arrêt *Law*, la présence d'un stéréotype n'est donc pas une condition nécessaire pour conclure à l'existence d'une discrimination. La jurisprudence sur le droit à l'égalité en vertu de l'article 15 de la Charte ne manque pas de confirmer cette proposition<sup>81</sup>.

Si l'on s'interroge sur le sens de l'arrêt *Law* aujourd'hui, il convient de rappeler que la jurisprudence relative à l'article 15 a passablement évolué depuis. Dans les arrêts ultérieurs *Kapp*<sup>82</sup> et *Withler*<sup>83</sup>, la Cour suprême du Canada a clairement indiqué que les facteurs de *Law* ne devaient pas être appliqués strictement comme un *critère juridique*. Ces arrêts ont également confirmé que la discrimination peut non seulement résulter de stéréotypes, mais aussi de la perpétuation d'inégalités préexistantes se rapportant à des groupes. La Cour a expliqué dans *Kapp* :

[...] [L]a dignité humaine est une notion abstraite et subjective qui non seulement peut être déroutante et difficile à appliquer même avec l'aide des quatre facteurs contextuels, mais encore s'est avérée un fardeau *additionnel* pour les parties qui revendiquent le droit à l'égalité, au lieu d'être l'éclaircissement philosophique qu'elle était censée constituer<sup>84</sup>. Les critiques se sont aussi accumulées à l'égard de la façon dont l'arrêt *Law* a permis au formalisme de certains arrêts de la Cour ultérieurs à l'arrêt *Andrews* de ressurgir sous la forme d'une analyse comparative artificielle axée sur l'égalité de traitement des individus égaux<sup>85</sup>.

Comme la Cour le reconnaît dans l'arrêt *Law* même, il est plus utile d'analyser, dans chaque cas, les facteurs qui permettent de reconnaître l'effet discriminatoire. *Les quatre facteurs énoncés dans l'arrêt Law sont fondés sur la qualification, dans l'arrêt Andrews, de la perpétuation d'un désavantage et de l'application de stéréotypes comme étant les principaux indices de discrimination, et se rapportent à cette qualification. La préexistence d'un désavantage et la nature du droit touché (les premier et quatrième facteurs énoncés dans l'arrêt Law) concernent la perpétuation d'un désavantage et d'un préjugé, alors que le deuxième facteur a trait à l'application de stéréotypes. L'objet ou l'effet améliorateur d'une loi ou d'un programme (le troisième facteur énuméré dans l'arrêt Law) concerne la question de savoir si la mesure en question a un objet réparateur au sens du par. 15(2). (Nous dirions, sans pour autant le décider ici, que le troisième facteur énuméré dans l'arrêt Law pourrait aussi être pertinent pour trancher la question qui, aux fins d'application du par. 15(1), est de savoir si la loi ou le programme en cause a pour effet de perpétuer un désavantage.) [Non souligné dans l'original.]*



Considéré sous cet angle, l'arrêt *Law* ne prescrit pas l'application d'un nouveau critère distinctif pour déterminer l'existence de discrimination, mais il confirme plutôt l'approche relative à l'égalité réelle visée par l'art. 15, qui a été énoncée dans l'arrêt *Andrews* et explicitée dans de nombreux arrêts subséquents. Les facteurs énoncés dans l'arrêt *Law* doivent être interprétés non pas littéralement comme s'il s'agissait de dispositions législatives, mais comme un moyen de mettre l'accent sur le principal enjeu de l'art. 15, qui a été décrit dans l'arrêt *Andrews* — la lutte contre la discrimination, au sens de la perpétuation d'un désavantage et de l'application de stéréotypes<sup>86</sup>. [Non souligné dans l'original.]

D'après l'arrêt *Law*, il y a donc discrimination réelle si la conduite du gouvernement perpétue la situation faite à un groupe historiquement défavorisé *ou* repose sur des stéréotypes.

Plus récemment, la Cour a confirmé dans l'arrêt *Withler* que la discrimination pouvait résulter d'une loi qui aggrave les désavantages d'un groupe historiquement défavorisé *ou* qui repose sur des stéréotypes. Elle a déclaré :

La première façon de faire la preuve de l'inégalité réelle — la discrimination — est de démontrer que la mesure contestée, dans son objet ou son effet, perpétue un préjugé et un désavantage à l'égard des membres d'un groupe en raison de caractéristiques personnelles visées par le par. 15(1). Règle générale, il y a perpétuation d'un désavantage lorsqu'une mesure législative applique, à un groupe historiquement défavorisé, un traitement qui a pour effet d'aggraver sa situation. Ainsi, les tribunaux ont souligné le lien fréquent entre un désavantage historique et la discrimination interdite par l'art. 15. Par exemple, dans *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, la juge Wilson a énoncé ainsi les objets de l'art. 15 : « remédi[er] à la discrimination dont sont victimes les groupes de personnes défavorisées sur les plans social, politique ou juridique dans notre société ou [...] les protège[r] contre toute forme de discrimination » (p. 1333). Voir également *Haig c. Canada (Directeur général des élections)*, [1993] 2 R.C.S. 995, p. 1043-1044; *Andrews*, p. 151-153, la juge Wilson; *Law*, par. 40-51.

La deuxième façon d'établir l'inégalité réelle est de démontrer que le désavantage imposé par une mesure législative repose sur un stéréotype qui ne reflète pas la situation et les caractéristiques véritables du demandeur ou du groupe. En général, un tel stéréotype entraîne la perpétuation d'un préjugé et d'un désavantage. Il se peut toutefois qu'un groupe n'ayant jamais souffert d'un désavantage se trouve un jour touché par une conduite qui, si on n'y met pas fin, aura un effet discriminatoire sur ses membres. Une mesure contestée pourra ainsi être jugée contraire à l'art. 15 s'il est établi

qu'elle impose un désavantage aux membres du groupe en leur appliquant un stéréotype, et ce, même s'il n'est pas prouvé qu'ils subissent un désavantage historique.

Qu'elle vise à déterminer si un désavantage est perpétué ou si un stéréotype est appliqué, l'analyse requise par l'art. 15 appelle l'examen de la situation des membres du groupe et de l'incidence négative de la mesure sur eux. Il s'agit d'une analyse contextuelle, non formaliste, basée sur la situation véritable du groupe et sur le risque que la mesure contestée aggrave sa situation<sup>87</sup>.

Il reste à espérer que les décisions de la Cour suprême du Canada postérieures à l'arrêt *Law* infirmeront l'argument des défendeurs selon lequel il ne peut y avoir de discrimination sans preuve de stéréotypage.

Récemment, et en particulier depuis les arrêts *Kapp* et *Withler*, les cours de justice et les tribunaux administratifs ont commencé à proclamer avec assurance, dans des affaires ayant trait aux droits de la personne, qu'il n'est ni nécessaire de faire du stéréotypage un élément indispensable de la preuve de discrimination *prima facie*, ni obligatoire d'appliquer les facteurs contextuels de l'arrêt *Law* comme un critère juridique strict. À cet égard, la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Tranchemontagne* est significative<sup>88</sup>. La plainte en matière de droits de la personne concernait en l'occurrence l'exclusion du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées<sup>89</sup> de ceux dont le seul handicap était de souffrir de toxicomanie ou d'alcoolisme. La question de savoir ce qui était nécessaire pour établir une preuve de discrimination *prima facie* a été vivement débattue. Bien qu'elle ait cité en l'approuvant la décision minoritaire de la juge Abella dans l'arrêt *McGill*, la Cour d'appel n'a pas en fait adopté l'approche que cette dernière y préconisait.

Plutôt que d'accorder exclusivement son attention au stéréotypage, la Cour d'appel de l'Ontario a reconnu que la discrimination procédait d'une distinction fondée sur certains motifs qui [TRADUCTION] « crée des inégalités par le stéréotypage, ou qui perpétue un désavantage ou un préjudice<sup>90</sup>. » En outre, plutôt que d'exiger du plaignant qu'il démontre de manière indépendante l'un ou l'autre de ces éléments pour établir la preuve *prima facie*, la Cour a estimé que dans la plupart des cas, on pourra [TRADUCTION] « conclure à un stéréotypage, ou à la perpétuation d'un désavantage ou d'un préjudice » si le plaignant a prouvé qu'une distinction fondée sur un motif prohibé crée un désavantage<sup>91</sup>.

Ayant examiné les faits de l'affaire *Tranchemontagne*, la Cour d'appel a estimé que la preuve que les demandeurs avaient présentée était suffisante pour conclure à l'existence d'une discrimination, simplement parce qu'ils avaient montré qu'ils étaient privés du même niveau d'aide au revenu que les autres demandeurs handicapés, en raison de la nature de leur handicap. Ayant rappelé qu'il est bien connu que les toxicomanes et les prestataires de l'aide

sociale ont été et continuent d'être l'objet de blâmes et de préjugés, la Cour a estimé qu'un examen de la législation ne faisait apparaître aucune justification évidente de l'exclusion de personnes dont la seule déficience était l'alcoolisme ou la toxicomanie. Pour la Cour, ces facteurs étaient suffisants pour conclure que la législation entraînait une discrimination, car elle [TRADUCTION] « privait les défendeurs des prestations offertes à d'autres en raison de leur handicap particulier, perpétuant ainsi un préjudice et un désavantage et recourant au stéréotypage<sup>92</sup> ».

La reconnaissance par la Cour d'appel de l'Ontario que la discrimination réelle peut découler de la perpétuation d'un désavantage relatif à un groupe (et pas seulement d'un stéréotypage) est une bonne nouvelle pour les droits des handicapés. Il en va de même du fait que, dans la plupart des affaires touchant les droits de la personne protégés par la loi, une discrimination réelle peut résulter d'un traitement préjudiciable fondé sur un motif prohibé de discrimination. Dans la majorité des cas de discrimination alléguée reposant sur le handicap, *il ira de soi* que ce traitement ou ces effets préjudiciables procèdent d'une discrimination réelle, puisqu'il est incontestable que les personnes atteintes de déficiences forment un groupe défavorisé, et qu'il n'y a pas lieu de le prouver à chaque fois. Les mesures ayant pour effet de désavantager les personnes handicapées à cause de leur déficience contreviendront en règle générale aux principes d'égalité réelle que la législation sur les droits de la personne et l'article 15 de la Charte visent à promouvoir.

Dans des décisions récentes touchant divers motifs de discrimination, les cours de justice et les tribunaux administratifs de la Colombie-Britannique ont jugé adéquat le cadre *O'Malley*. Par exemple, dans la décision *Armstrong*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a estimé que le plaignant n'était pas soumis à une exigence indépendante de prouver le stéréotypage<sup>93</sup>. De même, dans la décision *Moore*, cette cour d'appel, quoique divisée sur d'autres points, a unanimement convenu que c'est le cadre *O'Malley* qui servait à établir s'il y avait discrimination *prima facie*<sup>94</sup>. Nous croyons que l'avis de la juge Rowles, dissidente mais non sur ce point, est particulièrement éclairant et représente une avancée du discours judiciaire sur la question.

Dans l'arrêt *Moore*, la juge Rowles a relevé qu'un débat entoure l'applicabilité du « critère » *Law* aux plaintes liées à la discrimination s'appuyant sur les lois provinciales protégeant les droits de la personne. Elle a reconnu l'importante réciprocité d'influence entre les affaires ayant trait aux droits de la personne protégés par la loi et celles qui concernent l'égalité fondées sur la Charte, ajoutant que dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*<sup>95</sup>, la Cour suprême du Canada avait fait entrer des principes de droits de la personne dans la jurisprudence relative à l'article 15. La juge a aussi noté que certains des principes élaborés dans le contexte de la Charte sont justement pris en compte dans l'instruction de plaintes concernant les droits de la personne, attendu que la législation sur les droits de la personne et le paragraphe 15(1) de la Charte entendent réparer les mêmes grands torts et protéger des

valeurs analogues. Elle fait néanmoins remarquer que, même s'il fait entrer des principes de droits de la personne dans une analyse relative à la Charte, le juge McIntyre prend soin de souligner les différences entre ces deux régimes et la nécessité d'en tenir compte<sup>96</sup>.

La juge d'appel Rowles a conclu dans *Moore* que les plaintes liées à la discrimination présentées au titre du *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique devaient être examinées suivant le cadre traditionnel mis au point dans l'arrêt *O'Malley* et explicité par la jurisprudence sur les droits de la personne protégés par la loi. Pour elle, la jurisprudence relative à la Charte n'est pas totalement dépourvue de pertinence pour l'analyse de ces droits. Elle convient plutôt que [TRADUCTION] « les emprunts au contexte de la Charte sont appropriés pour autant que l'exercice enrichisse l'analyse relative à l'égalité réelle, respecte les limites de l'interprétation des lois et serve l'objectif et le statut quasi constitutionnel de la loi habilitante<sup>97</sup> ».

La juge d'appel Rowles observe aussi, justement à notre avis, que la différence entre le cadre *Law* et l'analyse élaborée depuis *O'Malley* s'estompe puisque l'exigence d'établir un préjudice à la dignité du plaignant comme élément indépendant de la preuve *prima facie* de discrimination se fait moins pressante. Elle note à cet égard, toujours à juste titre selon nous, que dans l'arrêt *Kapp* concernant l'article 15 de la Charte évoqué plus haut, la Cour suprême du Canada a mis de côté l'insistance de l'arrêt *Law* sur la dignité humaine comme critère indépendant, signalant ainsi un retour à l'approche de la discrimination adoptée par elle dans *Andrews*.

Dans l'arrêt *Andrews*, le juge McIntyre a examiné l'effet discriminatoire en fonction de deux concepts : 1) la perpétuation d'un préjugé ou d'un désavantage dont les membres d'un groupe sont victimes en raison de caractéristiques personnelles décrites dans les motifs énumérés et analogues, et 2) l'application de stéréotypes fondés sur ces motifs qui donne lieu à une décision ne correspondant pas à la situation et aux caractéristiques réelles d'un demandeur ou d'un groupe [...] <sup>98</sup> [Non souligné dans l'original.]

La majorité des juges dans l'arrêt *Moore* ont également entériné le cadre *O'Malley*<sup>99</sup>.

Nous estimons que le cadre *O'Malley* convient à l'analyse des affaires ayant trait aux droits de la personne protégés par la loi. Il faut garder à l'esprit que les différences entre la législation sur les droits de la personne et la Charte sont importantes. Il est vrai que cette législation vise à réparer les mêmes travers généraux que l'article 15 de la Charte. Cependant, les lois sur les droits de la personne ont leurs propres arsenaux de moyens de défense, d'exceptions et de dispositions interprétatives. Il existe même des différences entre les diverses lois sur les droits de la personne, et la Cour suprême du Canada rappelle qu'il faut en tenir compte au moment de les interpréter<sup>100</sup>.

Nous souscrivons à l'observation du tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique dans la décision *Kelly*, selon laquelle le cadre traditionnel *O'Malley* doit s'appliquer et laisse assez de place à une analyse téléologique<sup>101</sup>. Le tribunal expliquait aux paragraphes 277 et 278 qu'à son avis :

[TRADUCTION] [...] le critère en trois étapes qui sert à établir si l'existence d'une discrimination *prima facie* a été prouvée relève déjà d'une approche contextuelle et téléologique, et cherche à déterminer s'il y a réellement eu discrimination : *Doige*, paragraphe 43; *Hutchinson*, paragraphe 84. Le tribunal fait preuve d'assez de flexibilité en tenant compte de tous les facteurs pertinents, notamment du désavantage, du stéréotypage, du préjudice, de la vulnérabilité, de l'objet ou de l'effet d'une règle, de la politique ou du droit, et de tout rapport entre un motif prohibé de discrimination et le traitement préjudiciable ou différentiel.

Nous ne prétendons pas que les décideurs ne devraient jamais envisager le contexte social, juridique et historique d'une plainte ayant trait aux droits de la personne – ces éléments peuvent jeter un éclairage particulier sur les prétentions du plaignant, et s'avérer nécessaires pour comprendre véritablement la portée et la nature du préjudice subi dans un cas précis. La décision *Kelly* en est un bon exemple. M. Kelly était un détenu autochtone qui soutenait avoir été victime de discrimination parce qu'on ne lui avait pas permis de s'adresser à un conseiller spirituel autochtone alors qu'il était en isolement. M. Kelly faisait valoir que l'inégalité historique est un facteur qui doit justement être pris en compte pour évaluer le traitement sur la base d'un motif prohibé, et que la discrimination historique dont sont victimes les Autochtones au sein du système de justice criminelle était précisément un facteur susceptible de favoriser une analyse téléologique de la discrimination dans cette affaire. C'est dans ce contexte que le tribunal a accepté de prendre en considération le traitement et les expériences historiques des Autochtones au sein du système de justice criminelle canadien<sup>102</sup>. Cette preuve a permis au tribunal de comprendre la vulnérabilité de M. Kelly en tant que prisonnier autochtone et, ainsi qu'on peut le déduire, de conclure que le refus de le laisser consulter un conseiller spirituel autochtone était lié à sa religion et à ses origines et non pas exclusivement, comme le soutenait le défendeur, à sa cote de sécurité.

La discrimination à rebours ou les initiatives ciblées doivent-elles être présumées discriminatoires? Voilà une question récurrente dans la jurisprudence se rapportant aux droits de la personne protégés par la loi et à l'article 15 de la Charte. On peut en effet craindre qu'une approche hors contexte de l'analyse relative à la discrimination aboutisse au rejet de ces initiatives<sup>103</sup>. Depuis l'abrogation de l'article 67 de la *Loi sur les Indiens*, certains s'inquiètent de la possibilité que des plaignants non autochtones attaquent sur le fondement de la race des initiatives ciblant les Autochtones vivant dans les réserves. Bien que le paragraphe 15(2) de la Charte permette de parer à de telles contestations, la législation sur les

droits de la personne propose des solutions diverses, incohérentes et parfois incomplètes, selon la province concernée. Pour s'assurer que la discrimination à rebours et que les initiatives ciblées ne soient pas trop menacées d'être frappées de nullité, il paraît judicieux de considérer que la législation sur les droits de la personne prévoit implicitement l'équivalent du paragraphe 15(2) de la Charte. Bien que cette disposition puisse être utilisée en défense, lui assigner un rôle de clause interprétative s'accorde davantage avec l'objectif d'égalité réelle, et non seulement formelle, de la lutte contre la discrimination.

Nous convenons avec la juge Rowles que l'emprunt à la jurisprudence relative à la Charte peut se justifier, pour autant que l'exercice enrichisse l'analyse relative à l'égalité réelle, respecte les limites de l'interprétation des lois et serve l'objectif et le statut quasi constitutionnel de la législation sur les droits de la personne. Il faut également veiller à ce que des plaintes fondées ayant trait aux droits de la personne ne soient pas déraillées parce que les plaignants ont affaire à une définition restrictive de la discrimination et qu'ils doivent s'acquitter d'un fardeau de preuve incombant normalement au défendeur. La majorité des plaintes concernant les droits de la personne protégés par la loi ne font pas valoir que la discrimination à rebours et les initiatives ciblées sont discriminatoires, par définition. Dans la plupart des cas, il ira de soi que le traitement préjudiciable ou la discrimination par suite d'un effet préjudiciable basé sur un motif protégé équivaut à de la discrimination.

Si les avocats des plaignants se méfient lorsqu'il s'agit de faire entrer les principes liés à l'article 15 de la Charte dans la jurisprudence ayant trait aux droits de la personne protégés par la loi, c'est notamment parce que la Cour suprême du Canada a rendu de nombreuses décisions en rapport avec cette disposition, qui passent généralement pour ne pas avoir rempli la promesse de l'égalité réelle. Dans un grand nombre de ses analyses concernant des objections à des lois fondées sur l'article 15, la Cour a fait preuve d'une déférence extrême vis-à-vis du gouvernement et d'un grand formalisme, ce pour quoi elle a été justement critiquée. Il est donc important d'empêcher que l'influence négative de la jurisprudence ayant trait à l'article 15 de la Charte ne s'étende.

Cependant, les problèmes liés à la jurisprudence concernant l'article 15 de la Charte doivent inévitablement être pris de front. La jurisprudence se rapportant aux droits de la personne ne peut être complètement séparée de celle qui a trait à l'article 15 de la Charte. Ces deux domaines du droit – les droits de la personne protégés par la loi et le droit constitutionnel que fait intervenir l'article 15 – ont trop de choses en commun pour être totalement dissociés et compartimentés. Dans l'ensemble, la jurisprudence relative aux droits de la personne protégés par la loi a plus à offrir à celle qui a trait à l'article 15 de la Charte que l'inverse. À notre avis, il est temps de rappeler à la Cour suprême du Canada ses engagements d'éliminer la discrimination, dont témoignent plus de trois décennies de décisions en matière de droits de la personne protégés par la loi.

## Deux autres impasses

### A. Analyse par groupes de comparaison

On note une absence dans les arrêts *Meiorin* et *Grismer* : tous deux font en effet abstraction de l'analyse très formaliste par groupes de comparaison présente dans la jurisprudence des cours de justice relative à l'égalité fondée sur l'article 15 de la Charte<sup>104</sup>. Mais depuis ces deux décisions, ce type d'analyse a donné lieu à des développements problématiques, autant dans la jurisprudence relative à l'article 15 que dans celle qui a trait aux droits de la personne.

Dans les affaires où la discrimination alléguée se rapporte à la prestation d'un service, le choix du groupe de comparaison est intégralement lié à la manière dont le service est défini. Par exemple, dans la plainte déposée par Jeffrey Moore contre le district scolaire de Vancouver-Nord, si le service en question s'entend d'un « enseignement général », Jeffrey Moore, qui souffre de dyslexie grave, peut se comparer à des étudiants non handicapés et prétendre à un enseignement correctif intensif lui donnant véritablement accès à un enseignement général<sup>105</sup>.

Cependant, si le service en question s'entend d'un « enseignement spécialisé », Jeffrey Moore ne peut se comparer qu'à d'autres enfants atteints de déficiences, et ne peut tenter de recours que s'il est privé des services qui leur sont offerts. Malgré tout, Jeffrey Moore n'a pas cherché à comparer le traitement qu'il a obtenu à celui des étudiants non handicapés. Il réclamait un accommodement et, à ce titre, a voulu mettre en balance le résultat ou l'avantage lié au service pour lui et les étudiants non handicapés.

Dans certains cas, la comparaison des traitements réservés à des groupes dont les handicaps sont différents est utile, car elle révèle qu'un groupe atteint d'une déficience particulière est exclu par une politique ou un programme pour des motifs discriminatoires.

C'est ce qui s'est produit dans les affaires *Gibbs c. Battlefords and Dist. Co-operative Ltd., Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*; et *Ontario (Disability Support Program) c. Tranchemontagne*<sup>106</sup>. Dans ces affaires, les groupes exclus du programme ou interdits de prestations souffraient de déficiences mentales, de douleurs chroniques et de lésions des tissus mous, et d'alcoolisme. Chacun de ces sous-groupes de personnes handicapées a été traité historiquement avec crainte et suspicion. Ou encore, elles sont perçues comme n'étant pas du tout handicapées, mais malhonnêtes quant à leur état ou moralement coupables. Comparer ce traitement à celui d'autres groupes de handicapés clarifie la nature de l'exclusion dont elles sont victimes.

Cependant, comme le faisait valoir le Conseil des Canadiens avec déficiences devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Moore*<sup>107</sup>, dans les affaires d'accommodement comme celle qui concerne Jeffrey Moore, l'analyse par groupes de comparaison peut s'effectuer de manière butée et aboutir injustement à un résultat défavorable<sup>108</sup>. En pareil cas, il n'y a pas lieu de se livrer à une analyse détaillée par groupes de comparaison. Cela ne veut pas dire que l'accommodement n'appelle aucune comparaison entre des groupes. L'objectif sous-jacent des mesures de réparation, qui est d'avoir raison de l'exclusion historique et de rendre les structures et les services de la société également accessibles aux personnes handicapées, procède d'une comparaison inhérente entre les personnes handicapées et celles qui ne le sont pas, eu égard aux *effets relativement désavantageux des normes dominantes conçues par les secondes sur les premières*.

La comparaison est une constante, et c'est un élément crucial de la notion de devoir d'accommodement. Dès lors, il n'est pas nécessaire de définir systématiquement le groupe de comparaison, ni de procéder à une analyse comparative détaillée dans les affaires d'accommodement concernant les handicapés.

C'est ce qu'ont reconnu quelques cours de justice et tribunaux administratifs ayant interprété et mis en pratique le devoir d'accommodement. Ainsi, la Cour divisionnaire de l'Ontario a procédé au contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Tribunal des droits de la personne de l'Ontario, dans *Lane c. ADGA Group Consultants Inc.*<sup>109</sup>, avait conclu que l'employeur avait fait preuve de discrimination à l'égard d'un employé pris à l'essai, M. Lane, et qu'il n'avait pas pris de mesures raisonnables pour composer avec lui. Ce dernier souffrait d'un trouble bipolaire qu'il n'avait pas divulgué au moment de son embauche. Quelques jours après avoir été engagé, il a manifesté un comportement maniaque et a été congédié. Il a déposé une plainte concernant les droits de la personne. Le Tribunal lui a donné raison, et la Cour divisionnaire a rejeté la demande de contrôle judiciaire d'ADGA. Celle-ci faisait valoir que la décision du Tribunal devait être infirmée, car M. Lane et la Commission n'avaient pas défini de groupe de comparaison qui servirait à évaluer le traitement qui lui a été réservé.

La Cour a affirmé que le Tribunal n'était pas tenu d'établir si M. Lane avait démontré l'existence d'une discrimination *prima facie* en rapport avec un groupe de comparaison. Estimant que l'accommodement relève d'un processus dynamique et individualisé, la Cour a souscrit aux observations de la Commission selon lesquelles :

[TRADUCTION] [...] l'analyse par groupes de comparaison est inappropriée, car les personnes handicapées qui veulent que l'on compose avec leurs besoins ne demandent pas à être traitées de la même manière que les autres. Éviter la discrimination fondée sur le handicap exige des distinctions tenant compte des caractéristiques personnelles réelles des personnes atteintes de déficiences<sup>110</sup>.



La Cour a accepté la distinction établie par la Commission entre les personnes handicapées qui, d'une part, demandent un accommodement en raison d'effets préjudiciables découlant d'une règle apparemment neutre et, d'autre part, celles qui sollicitent un traitement identique et en particulier l'égalité d'accès à un régime d'avantages. [TRADUCTION] « Ces derniers cas, a déclaré la Cour, sont les plus susceptibles de se prêter à une analyse par groupes de comparaison puisque la personne handicapée réclame un accès égal aux prestations dont bénéficient des gens qui souffrent d'autres déficiences<sup>111</sup> ».

L'analyse par groupes de comparaison, telle qu'elle est comprise et appliquée dans l'arrêt *Hodge c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*<sup>112</sup> et dans les décisions précitées – *Gibbs, Nouvelle-Écosse c. Martin et Tranchemontagne* –, sert à déterminer si des personnes dont la situation est analogue sont traitées différemment aux termes d'un régime d'avantages. Ce traitement différentiel est considéré ici comme l'équivalent du stéréotypage.

L'application de ce modèle d'analyse par groupes de comparaison va à l'encontre du devoir d'accommodement. Elle aboutira certainement à l'échec du plaignant et videra le devoir d'accommodement de son sens.

Comme elle est centrée sur la recherche d'un traitement différentiel, l'analyse par groupes de comparaison entend servir un objectif très particulier de lutte contre la discrimination et d'obtention de garanties d'égalité, consistant à éviter qu'une différence ou des caractéristiques fallacieuses n'entrent en ligne de compte<sup>113</sup>. Cependant, comme nous l'évoquions plus haut, le juge Sopinka expliquait dans l'arrêt *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*<sup>114</sup> que d'empêcher que des différences ne soient prises en considération n'est qu'un des objectifs des mesures de protection contre la discrimination fondée sur le handicap :

Certains des motifs illicites visent principalement à éliminer la discrimination par l'attribution de caractéristiques fausses fondées sur des attitudes stéréotypées se rapportant à des conditions immuables comme la race ou le sexe. Dans le cas d'une déficience, c'est l'un des objectifs. L'autre objectif, tout aussi important, vise à tenir compte des véritables caractéristiques de ce groupe qui l'empêchent de jouir des avantages de la société, et à les accommoder en conséquence<sup>115</sup>.

Cet « autre objectif tout aussi important », composer avec la différence, n'est pas servi par un modèle d'analyse par groupes de comparaison qui, pour simplifier, peut être désigné comme un modèle d'analyse axé sur le traitement identique.

Rechercher un traitement différentiel dans un cas d'accommodement n'a aucun sens. Ce que font valoir Jeffrey Moore et la plupart des plaignants handicapés qui sollicitent un

accommodement font valoir, ce n'est pas qu'ils ont été traités différemment que les membres d'un autre groupe du fait de leur handicap, mais plutôt que ce handicap n'a pas été pris en compte, ce qui a compromis leur accès à un service. Le fait que certains groupes aient pu subir le même traitement est sans pertinence.

Exiger qu'une personne réclamant un accommodement se compare à d'autres handicapés, qui peuvent aussi, incidemment, souffrir d'une absence de mesures de ce type, risque de réduire le devoir d'accommodement à une « course au nivellement par le bas ». Cela perpétue l'exclusion par rapport aux normes dominantes, qui est au cœur même de la demande d'accommodement.

C'est une idée bornée et contre-productive que d'exiger d'une personne réclamant un accommodement en raison d'une déficience qu'elle démontre qu'elle a été traitée différemment des autres. Pour parler simplement, l'objectif de composer avec les besoins des handicapés n'est pas de s'attaquer aux différences de traitement. Il s'agit plutôt de leur rendre des services accessibles en tenant compte des différences liées aux déficiences et d'adapter les normes et les pratiques autant que possible, en deçà du seuil de la contrainte excessive. Comme l'expliquait la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *VIA Rail*<sup>116</sup>, la finalité du devoir d'accommodement est que les services soient également accessibles aux personnes avec ou sans déficience. Il est d'ailleurs significatif que dans cet arrêt, la Cour a redit son engagement à l'égard des arrêts *Meiorin* et *Grismer*, notamment pour que l'accommodement soit compris comme un devoir positif d'élimination des obstacles à l'égalité de l'accès aux services et d'adoption de normes inclusives au stade de leur conception<sup>117</sup>.

Le cadre analytique qu'il convient d'appliquer aux affaires d'accommodement apparaît clairement à travers une vaste jurisprudence bien établie sur les droits de la personne. En règle générale, les plaignants doivent montrer qu'une règle apparemment neutre a des effets préjudiciables sur eux eu égard à un motif de protection, comparativement à d'autres personnes sur lesquelles la règle n'a pas ce genre d'effets<sup>118</sup>. La Cour suprême du Canada n'a jamais appliqué l'analyse par groupes de comparaison à une affaire d'accommodement, mais à des cas bien distincts où la réparation demandée était toujours un traitement égal.

L'accommodement n'a pas pour visée le traitement égal, mais l'inclusion de personnes handicapées à qui la participation pleine et entière à la société a historiquement été refusée. Dans les affaires d'accommodement, la question n'est pas de savoir si le plaignant a bénéficié d'une égalité formelle, mais si l'on a composé avec ses caractéristiques réelles de manière à ce qu'il puisse obtenir un avantage autrement inaccessible<sup>119</sup>. Comme l'expliquait le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews*, « le respect des différences [...] est l'essence d'une véritable égalité<sup>120</sup> ».

## B. La définition d'un service

En plus des questions déjà soulevées touchant les éléments requis pour établir une preuve de discrimination *prima facie*, la définition d'un service est un enjeu important à émerger de la jurisprudence.

La législation sur les droits de la personne interdit dans toutes les provinces la discrimination durant la prestation de services habituellement offerts au public<sup>121</sup>. La première étape dans la plupart des affaires ayant trait à des services est de définir ce qu'est un [TRADUCTION] « service habituellement offert au public ». Cette définition est justement devenue un enjeu de première importance. À l'image des divergences entre les décisions rendues par la Cour suprême du Canada relativement à l'article 15 dans *Eldridge CSC*<sup>122</sup> et *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*<sup>123</sup>, celles qui concernent la législation sur les droits de la personne illustrent à présent un conflit entre les défendeurs (en règle générale des gouvernements) qui nient l'existence d'un service public ou en donnent une définition étroite, et les plaignants qui définissent le service de manière plus large et allèguent que la discrimination se rapporte à l'accès.

Dans l'affaire *Eldridge*, les plaignants prétendaient qu'en n'offrant pas de services d'interprétation aux bénéficiaires des soins de santé atteints de surdité, les hôpitaux de la Colombie-Britannique et la commission des services médicaux violaient leur droit à l'égalité protégé par l'article 15 de la Charte. Ayant reconnu que « des communications efficaces constituent un élément indispensable à la prestation des services médicaux », la Cour suprême du Canada a estimé que les plaignants sourds étaient désavantagés puisqu'en négligeant d'offrir des services d'interprétation, les hôpitaux de la Colombie-Britannique et la commission des services médicaux ne leur permettaient pas de tirer du système public de soins de santé les mêmes avantages que la population générale. La Cour a indiqué que « [I]l fait pour la commission des services médicaux et les hôpitaux de ne pas fournir de services d'interprétation gestuelle lorsque ces services sont nécessaires pour permettre des communications efficaces constitue une violation à première vue des droits garantis par le par. 15(1) aux personnes atteintes de surdité. Cette omission prive ces personnes de l'égalité de bénéfice de la loi et crée de la discrimination à leur endroit par comparaison avec les entendants ». La Cour a estimé que le service se rapportait au système public de soins de santé dont bénéficie la population générale, et que les personnes atteintes de surdité avaient droit à l'interprétation gestuelle nécessaire pour se prévaloir elles aussi de ce service.

Dans l'affaire *Auton*, les plaignants alléguaient que leur droit à l'égalité garanti par l'article 15 avait été enfreint parce que le système de soins de santé de la Colombie-Britannique n'offrait pas de thérapie comportementale aux jeunes enfants autistes. La Cour a estimé que le système de soins de santé ne garantissait pas le « financement de tous les services médicalement requis », mais qu'il prévoyait plutôt le financement des services essentiels délivrés par un médecin et le financement, total ou partiel, de certains services non

essentiels. La thérapie comportementale pour les enfants autistes n'était pas au nombre des traitements non essentiels dispensés par un professionnel de la santé. La Cour a conclu que l'exclusion d'un service non essentiel particulier ne peut être considérée comme une distinction préjudiciable reposant sur une déficience et équivalant à de la discrimination. En bref, la thérapie comportementale ne faisait pas partie du service et son absence n'entraînait aucune discrimination.

La réponse à la question de savoir si un cas donné relève davantage d'*Eldridge* ou d'*Auton* est désormais un facteur clé du succès d'une plainte pour discrimination à l'égard d'un service. En d'autres termes, la question est la suivante : y a-t-il une discrimination à l'égard d'un service déjà offert parce que les personnes handicapées ne peuvent y accéder ou en bénéficier pleinement (*Eldridge*)? Ou n'y a-t-il aucun service auquel les personnes handicapées puissent prétendre (*Auton*)?

La majorité de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a décidé que l'affaire *Moore* relevait de l'arrêt *Auton*. À son avis, le service que réclamait Jeffrey Moore, un garçon souffrant de graves difficultés d'apprentissage, n'était pas de l'ordre de l'enseignement général, notamment la possibilité d'apprendre à lire, mais faisait plus étroitement partie des services d'enseignement spécialisés offerts par le district scolaire. Cette majorité a donc estimé que Jeffrey Moore n'avait pas été victime de discrimination puisqu'il avait reçu des services d'éducation spécialisée disponibles à l'époque, même si ces services n'incluaient pas l'enseignement correctif dont il avait besoin pour devenir alphabète. Suivant cette analyse, le service n'est rien d'autre que ce qui est déjà proposé aux autres étudiants handicapés, et le devoir d'accommodement n'impose rien de plus que d'offrir les mêmes services d'enseignement spécialisé à Jeffrey Moore.

Le raisonnement de la Cour d'appel illustre comment la définition du service peut servir à restreindre artificiellement la portée de l'analyse relative à la discrimination et à en déterminer l'issue à l'avance. En assimilant le service à l'accommodement et en limitant le type d'enseignement auquel les enfants handicapés peuvent prétendre, les défenseurs de l'arrêt *Moore* ont réussi à éluder la question de savoir si leur système d'éducation permet la participation égale de tous les enfants.

Dans de nombreuses décisions ayant trait à des services postérieures à *Auton*, les juges et les arbitres, notamment la majorité dans l'arrêt *Moore*, ne se livrent pas à une analyse contextuelle et approfondie du service en question, fondée sur les objectifs de la législation sur les droits de la personne. Ils se contentent d'affirmer qu'en vertu de l'arrêt *Auton* la législature n'est pas tenue de fournir un avantage ou un service. Bon nombre d'entre eux soumettent ensuite que l'affaire dont ils sont saisis relève de l'arrêt *Auton* puisque les plaignants réclament un avantage ou un service qui n'est pas offert par le gouvernement. Les décisions qu'ont rendues la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Moore*<sup>124</sup>, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans *Nouveau-Brunswick (Développement social)*<sup>125</sup> et le

tribunal des droits de la personne de l'Île-du-Prince-Édouard dans *Wonnacott*<sup>126</sup>, illustrent cette tendance. Dans certains cas, comme la décision *Benson*<sup>127</sup>, les arbitres rejettent les plaintes au motif que le service n'était pas destiné à ceux qui s'en plaignent, sans fournir davantage d'explications.

Même si les décideurs prétendent justifier en quoi tel cas relève de l'arrêt *Auton* (le service ou la prestation n'existe pas) ou de l'arrêt *Eldridge* (le service ou la prestation existe), la question de savoir ce qui constitue une prestation ou un service existant est naturellement source de confusion. Par exemple, si un programme existant de financement de traitements généraux ne couvre pas un traitement spécifique, comme dans la décision *Cucek c. Cucek c. British Columbia (Ministry of Children and Family Development) (No. 3)*,<sup>128</sup>, rendue par le tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique, ou si les niveaux de financement des programmes ou des aides destinés aux personnes handicapées sont prétendument insuffisants, comme dans *Ehrler c. British Columbia (Ministry of Employment and Income Assistance) (N° 3)*<sup>129</sup>, *Benson*<sup>130</sup> et *Wonnacott*<sup>131</sup>, cela signifie-t-il qu'il n'existe ni prestation ni service, ou que le programme existant est potentiellement discriminatoire et qu'une analyse approfondie de la plainte pour discrimination est justifiée?

La question de l'insuffisance du financement des régimes d'avantages ciblés s'est posée dans diverses décisions concernant des personnes handicapées, mais la question de savoir si le financement constitue en soi un service a été débattue sans détour dans certaines affaires récentes sans rapport avec les déficiences, notamment *Société de Soutien à l'Enfance et à la Famille des Premières nations du Canada c. Canada (Procureur général (N° 3))*<sup>132</sup>. Comme nous l'avons indiqué plus tôt, la Société de Soutien à l'Enfance et à la Famille des Premières nations (SSEFPN) et l'Assemblée des Premières nations réclamaient des Affaires autochtones et Développement du Nord Canada (AADNC) un niveau de financement pour des services de protection et d'aide à l'enfance à l'intérieur des réserves équivalant à celui que fournissent les provinces et territoires pour ces services hors réserve.

L'AADNC a demandé au tribunal de rejeter la plainte au motif que ce financement n'était pas un service au sens de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Cette plainte visait à contester le financement de l'AADNC dans tout le Canada, dans toutes les provinces et un territoire, pour toutes les personnes qui en bénéficiaient et les collectivités des Premières nations. Le tribunal a estimé que [TRADUCTION] « la question au cœur du litige est de savoir si l'AADNC a le pouvoir de dire aux fournisseurs de services des Premières nations comment ils devraient dispenser les services d'aide à l'enfance, et si c'est ce que le ministère faisait par le biais des conditions générales dont ces programmes de financement sont assortis ». Malgré une preuve volumineuse, le tribunal a estimé qu'elle ne lui permettait pas, dans le cadre d'une requête préliminaire, de déterminer si le financement est un service. Ladite requête a donc échoué en ce qui a trait à la question du service<sup>133</sup>.

Notons que la décision du tribunal dans SSEFPN a fait l'objet d'un contrôle judiciaire par la Cour fédérale en février 2012. La question de savoir si le financement équivaut à un service en l'occurrence est donc susceptible de se poser à nouveau.

Le financement, sous la forme d'un soutien au revenu, était également en jeu dans l'affaire *British Columbia (Children and Family Development) c. McGrath*<sup>134</sup>. La Cour suprême de cette province a conclu que, comme dans l'arrêt *Auton*, les plaignants réclamaient quelque chose que la province n'offrait pas. Il s'agissait ici de grand-mères qui s'occupaient de leurs petits-enfants parce que les parents en étaient incapables. Elles en avaient la garde légale. Ces grand-mères ont déposé ultérieurement des plaintes relatives aux droits de la personne, en alléguant que leurs petits-enfants et elles étaient victimes de discrimination du fait de leur situation familiale, car la province refusait de leur verser les mêmes sommes qu'aux parents de famille d'accueil dont les enfants sont sous la garde de la province. En vertu du programme pour les enfants résidant avec un proche du ministère de l'Emploi et du Soutien du revenu, les grand-mères recevaient une somme mensuelle de 271 \$, soit environ 500 \$ de moins que les 800 \$ ou presque versés par le ministère du Développement des enfants et de la famille aux parents de famille d'accueil s'occupant d'enfants dont ils ont reçu la garde au titre de la *Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, c. 46 (« CFCSA »).

La Cour suprême de la Colombie-Britannique a cité la juge en chef McLachlin qui faisait remarquer dans l'arrêt *Auton* que la Cour suprême du Canada avait indiqué à plusieurs reprises que la législature n'était nullement tenue d'instaurer un avantage particulier<sup>135</sup>. La juge en chef McLachlin déclarait : « Il [le gouvernement] peut financer les programmes sociaux de son choix pour des raisons de politique générale, à condition que l'avantage offert ne soit pas lui-même conféré d'une manière discriminatoire (*Auton* CSC, par. 41). » Plus loin :

Un régime législatif peut être discriminatoire directement par l'adoption d'une politique ou d'un objectif discriminatoire, ou indirectement par son effet. La discrimination directe, celle qui découle de la loi elle-même ou de la politique qui la sous-tend, est aisément décelable et ne pose guère de difficulté. La discrimination qui résulte de l'effet est plus difficile à cerner [...] déterminer si une définition légale excluant un groupe est discriminatoire et ne constitue pas un exercice légitime du pouvoir législatif de définir un avantage suppose l'examen de l'objectif du régime législatif qui confère l'avantage ainsi que des besoins généraux auxquels il est censé répondre. Le régime d'avantages excluant un groupe en particulier d'une manière qui compromet son objectif global sera vraisemblablement discriminatoire, car il exclut arbitrairement un groupe donné. Par contre, l'exclusion qui est compatible avec l'objectif général et l'économie du régime législatif ne sera vraisemblablement pas discriminatoire. *La question*

*est donc de savoir si l'avantage exclu fait partie du régime général d'avantages établi par la loi et s'il correspond aux besoins auxquels celle-est censée répondre*<sup>136</sup> [non souligné dans l'original].

Le tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique qui a statué sur l'affaire *McGrath* a qualifié la prestation en question de [TRADUCTION] « services destinés aux enfants vulnérables », et conclu que les parents qui en avaient la garde avaient droit aux mêmes montants que les parents de famille d'accueil<sup>137</sup>. Cependant, la Cour suprême de cette province a rejeté cette définition du service qu'elle jugeait trop large. Le tribunal a commis une erreur [TRADUCTION] « en accordant une importance indue aux lignes directrices et aux énoncés généraux de politique plutôt qu'à la législation elle-même, aux avantages qu'elle confère et au public particulier auxquels les services sont destinés<sup>138</sup> ».

La Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu dans *McGrath* : [TRADUCTION] « Comme dans *Auton*, [les grand-mères] réclament une chose que le régime législatif n'a pas prévue : des droits de garde exclusive, plus le versement des mêmes montants aux parents de famille d'accueil – qui n'ont pas de droits de garde<sup>139</sup> ». La plupart des plaintes pour discrimination intentées par les grand-mères ont été rejetées.

Il est difficile de reprocher aux grand-mères de n'avoir pas compris pourquoi les parents de familles d'accueil recevaient 500 \$ par mois de plus qu'elles pour s'occuper d'enfants vulnérables. Malheureusement, la décision rendue par la Cour suprême de la Colombie-Britannique n'éclaircit pas la question. La réponse paraît être la suivante : le gouvernement avait l'intention de rétribuer davantage les parents de famille d'accueil, et le régime législatif est conçu en ce sens. Le respect du statu quo législatif dont procède cette analyse et l'absence de renvoi aux objectifs de la législation sur les droits de la personne, ou de toute analyse véritable, ont de quoi troubler.

La dichotomie *Eldridge/Auton* soulève actuellement de sérieuses difficultés dans la jurisprudence ayant trait aux droits de la personne. Il est important d'établir comment les raisonnements qui sous-tendent ces arrêts devraient s'appliquer aux affaires concernant des personnes handicapées. Les décisions antérieures touchant l'interprétation à donner aux « services habituellement offerts au public », comme *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*<sup>140</sup> et *Gould c. Yukon Order of Pioneers*<sup>141</sup>, ont été rendues avant *Auton* et *Eldridge*, et ce qu'elles préconisent n'a plus cours.

Pour les personnes atteintes de déficiences, l'analyse formulée dans l'arrêt *Auton* peut représenter un obstacle insurmontable. Si la discrimination ne peut être invoquée qu'à l'égard de services déjà offerts, les mesures de protection des droits de la personne ne peuvent servir à contraindre les gouvernements à concevoir ou à mettre en œuvre les services nouveaux ou supplémentaires dont les personnes handicapées peuvent avoir besoin. Comme l'écrivent Isabel Grant et Judith Mosoff :

[TRADUCTION] Une véritable compréhension de la participation et de l'accès à l'univers social exigera des accommodements individualisés et pourra permettre aux personnes handicapées de se rapprocher davantage des normes destinées aux personnes physiquement aptes, ou « d'être comme nous » [comme dans l'arrêt *Eldridge* où les plaignants ne réclamaient qu'un accommodement minimal pour pouvoir se prévaloir de services de santé au même titre que les consommateurs physiquement « aptes »]. Cependant, il est possible que d'autres accommodements requièrent une transformation plus profonde du monde physique et social dominant pour permettre la participation complète des personnes handicapées [...] <sup>142</sup>.

L'accueil enthousiaste que les défenseurs gouvernementaux comme les cours de justice ont réservé à l'analyse *Auton* menace de vider de son sens le devoir d'accommodement, car les gouvernements se trouvent ainsi libérés de l'obligation de modifier en substance les services qu'ils offrent déjà pour bâtir une société fonctionnelle et plus inclusive pour les personnes handicapées.

Au moment où nous rédigeons ce document, l'affaire *Moore* a été portée en appel devant la Cour suprême du Canada : il est maintenant loisible à celle-ci de se détourner de l'arrêt *Auton* et de préciser que le service doit être défini concrètement et contextuellement afin de s'assurer que les services publics sont adaptés à la création d'une société inclusive.



## La marche à suivre

Nous voyons se dessiner des tendances troublantes dans la jurisprudence. Les employeurs s'efforcent de restreindre leurs obligations au titre de la législation sur les droits de la personne en cherchant à imposer une définition de la discrimination qui ignore les effets préjudiciables au profit de l'ancien concept de stéréotype. Dans le même temps, les gouvernements et les organismes publics résistent farouchement aux contestations des personnes handicapées qui veulent rendre les services plus inclusifs et mieux adaptés aux réalités de leurs vies.

À l'heure où nous rédigeons ce document, nous apercevons d'importantes impasses et ambiguïtés dans la jurisprudence qu'il sera nécessaire de démêler et de clarifier si nous tenons à conserver et à accroître les avantages acquis avec *Meiorin* et *Grismer*. Pour nombre de personnes handicapées, le devoir d'accommodement, tel qu'il est appliqué aujourd'hui, ne va tout simplement pas assez loin pour garantir leur droit à l'égalité et leur inclusion dans le monde dans lequel elles vivent. La grande idée de l'accommodement ne se conçoit pas seulement à l'échelle individuelle, mais systémique, et non seulement après le fait, mais en anticipant.

Dans l'arrêt *Meiorin*, la Cour suprême du Canada a rejeté l'idée que l'accommodement ne consistait pas à modifier les procédures ou les services, mais simplement « à composer » avec ceux qui ne trouvaient pas vraiment leur place. La Cour a rejeté l'argument selon lequel il suffit de faire des concessions à l'endroit de ceux qui sont « différents », de composer avec eux marginalement, plutôt que de s'employer à une inclusion authentique.

Cependant, la jurisprudence postérieure à *Meiorin* et à *Grismer* atteste des efforts engagés pour nous ramener à une version minimaliste de l'accommodement – en restreignant la définition de la discrimination et en remettant l'accent sur les stéréotypes; en appliquant une variante formaliste de l'analyse par groupes de comparaison qui mène au rejet de plaintes légitimes et dénature l'analyse relative à l'accommodement; et en définissant les services de manière trop étroite.

Encore une fois, il est essentiel de trancher les nœuds. À notre avis, le stéréotype ne peut représenter qu'un aspect de la définition de la discrimination : il est parfois éclairant, mais jamais nécessaire. Les analyses par groupes de comparaison formalistes ont nui à l'interprétation du droit à l'égalité et du principe de non-discrimination pendant des décennies. Nous devons continuer à nous en éloigner, car ces analyses n'ont pas leur place dans les affaires d'accommodement où, comme nous l'avons vu, la comparaison est toujours sous-jacente entre les personnes handicapées et celles qui ne le sont pas en ce qui a trait à la question de l'accès et des résultats.

Le problème de savoir si une affaire relève davantage de l'arrêt *Auton* ou de l'arrêt *Eldridge* est à la fois trop limité et trop offert aux manipulations. L'accès à certains établissements et services – l'enseignement général, par exemple – est tout simplement fondamental pour l'égalité des personnes handicapées, quand bien même un avantage spécifique serait qualifié de non existant par le biais d'une manœuvre rhétorique.

Dans les affaires concernant les personnes handicapées et l'accès aux programmes gouvernementaux, l'arrêt *Auton* a créé un bouclier pratiquement impénétrable. Si les arbitres et les juges des cours inférieures « décrochent » dès que l'arrêt *Auton* est mentionné, il y a une raison à cela. Nous devons reconnaître honnêtement que les arrêts *Eldridge* et *Auton* ne sont pas différents, du moins pas d'une façon décisive. Le résultat dans l'affaire *Eldridge* aurait pu être le même que dans l'affaire *Auton*. Qu'il suffise de remarquer que les services d'interprétation réclamés dans *Eldridge* correspondaient à un avantage inexistant, et *Eldridge* devient *Auton*.

L'approche préconisée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Via Rail* est bien plus prometteuse : comme nous l'avons vu, la Cour suprême a confirmé une fois de plus que la législation sur les droits de la personne obligeait concrètement les fournisseurs de services à adopter des normes inclusives dès le stade de la conception des services<sup>143</sup>. Si l'accès à un établissement ou à un service est essentiel à l'égalité des personnes handicapées et que l'accommodement réclamé en fait partie intégrante, le rejet de la demande d'accommodement doit être considéré comme une discrimination *prima facie*. Si la question des contraintes excessives résultant de l'accommodement se pose, elle doit être débattue ouvertement et dans la transparence, plutôt que d'être escamotée en concluant que le service ou l'avantage n'existe pas.

L'affirmation contenue dans l'arrêt *Auton* selon laquelle le droit à l'égalité ne se rapporte qu'aux avantages déjà existants, combinée à la tendance à définir ces avantages de manière étroite, est nuisible aux droits des personnes handicapées. Il est temps que la Cour suprême du Canada s'éloigne d'*Auton* qui n'appuie pas les valeurs qui sous-tendent l'article 15 de la Charte ou la législation sur les droits de la personne.

Depuis les arrêts *Meiorin* et *Grismer*, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté un nouvel instrument international relatif au droit à l'égalité des personnes handicapées, soit la *Convention relative aux droits des personnes handicapées*<sup>144</sup> (« CRDPH »), que le Canada a ratifiée en 2010<sup>145</sup>. La Convention réitère et renforce la promesse de transformation et d'inclusion contenue dans les arrêts jalons *Meiorin* et *Grismer* de la Cour suprême du Canada<sup>146</sup>.

Les lois canadiennes ayant trait aux droits de la personne doivent désormais être interprétées à la lumière de la CRDPH, qui garantit l'accessibilité<sup>147</sup>, l'accès à la justice<sup>148</sup>, l'autonomie de

vie et l'inclusion dans la société<sup>149</sup>, l'éducation<sup>150</sup>, le travail et l'emploi<sup>151</sup>, ainsi qu'un niveau de vie adéquat et une protection sociale<sup>152</sup>.

La CRDPH énonce des concepts et des principes clés qui doivent éclairer l'interprétation des droits des personnes handicapées. Tout d'abord, elle envisage l'expérience et la définition du handicap comme le produit de structures sociétales telles que le milieu aménagé, les conventions professionnelles et les programmes sociaux, qui excluent les personnes handicapées parce qu'elles reposent sur des normes destinées aux personnes physiquement aptes. Pour surmonter les obstacles inhérents à une approche « uniquement fondée sur les personnes physiquement aptes », la CRDPH avance la notion de « conception universelle », qu'elle définit comme « la conception de produits, d'équipements, de programmes et de services qui puissent être utilisés par tous, dans toute la mesure possible, sans nécessiter ni adaptation ni conception spéciale<sup>153</sup>. »

La CRDPH propose une série de principes spécifiques au handicap, susceptibles de renforcer et de clarifier le droit canadien en matière de droits de la personne :

- a. le respect de la dignité intrinsèque, de l'autonomie individuelle, y compris la liberté de faire ses propres choix, et de l'indépendance des personnes;
- b. la non-discrimination;
- c. la participation et l'intégration pleines et effectives à la société;
- d. le respect de la différence et l'acceptation des personnes handicapées comme faisant partie de la diversité humaine et de l'humanité;
- e. l'égalité des chances;
- f. l'accessibilité;
- g. l'égalité entre les hommes et les femmes;
- h. le respect du développement des capacités de l'enfant handicapé et le respect du droit des enfants handicapés à préserver leur identité<sup>154</sup>.

S'inspirant de divers instruments internationaux sur les droits de la personne, le préambule de la CRDPH contient vingt-cinq clauses ayant trait aux multiples dimensions de l'égalité, dont la dignité, l'autonomie et l'inclusion. Pour Oddny Arnardóttir, la CRDPH illustre la [TRADUCTION] « profondeur et les complexités du principe d'égalité » et la nécessité d'appliquer cette vision plus complète de l'égalité à l'interprétation juridique des droits des personnes handicapées<sup>155</sup>.

Toutefois, il est extrêmement important de noter que la Convention, comme d'autres traités internationaux relatifs aux droits de la personne, ne se contente pas d'énoncer des droits : elle formule aussi les obligations dont les États Parties doivent s'acquitter pour les respecter. L'article 5.3, par exemple, prévoit : « Afin de promouvoir l'égalité et d'éliminer la discrimination, les États Parties prennent toutes les mesures appropriées pour faire en sorte que des aménagements raisonnables soient apportés. » En vertu de cette disposition, le

Canada est concrètement tenu de prendre des mesures dynamiques pour supprimer les obstacles et garantir l'égalité des personnes handicapées.

D'autres dispositions mettent également en évidence les initiatives requises par la CRDPH. Par exemple, contrairement à la plupart des autres instruments internationaux relatifs aux droits de la personne, l'article 33.2 de la Convention oblige les États Parties à créer un cadre national et un mécanisme dynamique de suivi pour la mise en œuvre.

De plus, à l'instar du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, la Convention prévoit une mise en œuvre progressive des droits économiques, sociaux et culturels, comme le droit au travail et le droit à l'éducation<sup>156</sup>. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels interprète ainsi l'application du principe de réalisation progressive aux personnes handicapées : [TRADUCTION] « les États Parties sont tenus de prendre les mesures appropriées, dans la mesure maximale des ressources dont ils disposent, pour permettre à ces personnes de surmonter tout désavantage [...] découlant de leur handicap<sup>157</sup> ».

La CRDPH promulgue le principe d'inclusion comme la clé de l'égalité pour les personnes handicapées, et impose aux gouvernements des obligations concrètes pour adopter des mesures à cette fin. La Cour suprême du Canada doit se conformer à ce principe. L'arrêt *Meiorin* a posé le devoir d'accommodement comme un élément essentiel de l'égalité effective des personnes handicapées. Mais la Cour doit à nouveau reconnaître que la matérialisation des droits des personnes handicapées exige une transformation radicale, délibérée et systémique des lieux de travail et des services. Les arbitres et les gouvernements du XXI<sup>e</sup> siècle devront s'efforcer de nous rapprocher à toute vapeur de l'objectif de l'inclusion complète.

# Notes de fin de texte

---

<sup>1</sup> *Canadian Odeon Theatres Ltd. c. Huck* (1985), 6 C.H.R.R. D/2682 (S.K.C.A.), autorisation de pourvoi à la CSC refusée (1985) 60 N.R. 240. Certains tribunaux, notamment en Ontario et en Colombie-Britannique, ont reconnu très tôt la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Les tribunaux de l'Ontario l'ont qualifiée de « discrimination déguisée » et les ordonnances de réparation rendues ont imposé un accommodement raisonnable dans certains cas.

<sup>2</sup> Cam Crawford, « Parlons franchement : la pauvreté et les personnes handicapées au Canada » (Conseil des Canadiens avec déficiences). En ligne : <http://www.ccdonline.ca/fr/socialpolicy/poverty-citizenship/demographic-profile/personally-speaking>. Cam Crawford est le conseiller principal à la recherche de l'Association canadienne pour l'intégration communautaire.

<sup>3</sup> *Rapport fédéral de 2010 sur les personnes handicapées : Rapport annuel du gouvernement du Canada sur la condition des personnes handicapées* (Ressources humaines et Développement des compétences Canada, 2010), ch. 1. En ligne : [http://www.rhdcc.gc.ca/fra/condition\\_personnes\\_handicapees/rapports/rhf/2010/page00.shtml](http://www.rhdcc.gc.ca/fra/condition_personnes_handicapees/rapports/rhf/2010/page00.shtml).

<sup>4</sup> Cam Crawford, « Essayer de passer la barre : L'éducation, la formation liée à l'emploi et le faible revenu des personnes handicapées » (Conseil des Canadiens avec déficiences). En ligne : <http://www.ccdonline.ca/fr/socialpolicy/poverty-citizenship/demographic-profile/trying-to-make-the-grade>.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> Cam Crawford, « Les personnes handicapées et les ménages à faible revenu : sources de revenus, emploi et discrimination dans l'emploi » (Conseil des Canadiens avec déficiences). En ligne : <http://www.ccdonline.ca/fr/socialpolicy/poverty-citizenship/demographic-profile/low-household-income-and-disability>.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> *Supra*, note 4.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, 13 décembre 2006, 2515 R.T.N.U. 3, Rés. A.G. 61/106 (entrée en vigueur le 3 mai 2008) [la CRDPH]. En ligne : <http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-f.pdf>.

<sup>13</sup> Pour une analyse des problèmes antérieurs à l'arrêt *Meiorin*, voir : Shelagh Day et Gwen Brodsky, « The Duty to Accommodate : Who Will Benefit? » (1996), 75 R. du B. can. 433.

<sup>14</sup> Judy Fudge et Hester Lessard, « Challenging Norms and Creating Precedents : The Tale of a Woman Firefighter in the Forests of British Columbia », dans Judy Fudge et Eric Tucker, éd., *Work on Trial : Canadian Labour Law Struggles* (Irwin Publisher et Osgoode Legal History Society, 2010), 315, p. 344.

<sup>15</sup> *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. British Columbia Government Service Employees' Union*, [1999] 3 R.C.S. 3, par. 29 [*Meiorin* CSC], citant le juge en chef Dickson dans *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892, p. 931.

<sup>16</sup> *Meiorin* CSC, par. 29.

---

<sup>17</sup> *Large c. Stratford (Ville)*, [1995] 3 R.C.S. 733, par. 30 à 34, plainte en matière de lois sur les droits de la personne, le juge Sopinka.

<sup>18</sup> *Meiorin CSC*, par. 38.

<sup>19</sup> Par. 41, citant Day et Brodsky, « The Duty to Accommodate : Who Will Benefit? », *supra*, note 13.

<sup>20</sup> *Meiorin CSC*, par. 41, citant *Action Travail des Femmes c. C.N.R.*, [1987] 1 R.C.S. 1114.

<sup>21</sup> *Meiorin CSC*, par. 42

<sup>22</sup> La Cour a évoqué les objectifs déclarés du *Human Right Code* de la Colombie-Britannique : *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, art. 3 :

[TRADUCTION]

a) favoriser l'avènement d'une société dans laquelle rien ne s'oppose à la participation libre et entière à la vie économique, sociale, politique et culturelle de la Colombie-Britannique;

b) favoriser un climat de compréhension et de respect mutuel où tous sont égaux en dignité et en droit;

c) prévenir la discrimination interdite par le Code;

d) reconnaître et éliminer les tendances persistantes d'inégalité liées à la discrimination interdite par le Code;

e) prévoir des mesures de réparation pour les personnes victimes de discrimination en contravention du Code.

<sup>23</sup> *Ontario (Commission des droits de la personne) c. Simpsons Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536, [*O'Malley CSC*].

<sup>24</sup> À l'appui de cette proposition, la Cour a cité ses arrêts majeurs en matière de législation sur les droits de la personne, tels que *O'Malley CSC* et *Bhinder c. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 R.C.S. 561, ainsi que ses décisions antérieures relatives à l'art. 15 de la Charte.

<sup>25</sup> *Meiorin CSC*, par. 54.

<sup>26</sup> La Cour affirme au par. 65 : Parmi les questions importantes qui peuvent être posées au cours de l'analyse, il y a les suivantes :

a) L'employeur a-t-il cherché à trouver des méthodes de rechange qui n'ont pas d'effet discriminatoire, comme les évaluations individuelles en fonction d'une norme qui tient davantage compte d'individus?

b) Si des normes différentes ont été étudiées et jugées susceptibles de réaliser l'objet visé par l'employeur, pourquoi n'ont-elles pas été appliquées?

c) Est-il nécessaire que tous les employés satisfassent à la norme unique pour que l'employeur puisse réaliser l'objet légitime qu'il vise, ou est-il possible d'établir des normes qui reflètent les différences et les capacités collectives ou individuelles?

d) Y a-t-il une manière moins discriminatoire d'effectuer le travail tout en réalisant l'objet légitime de l'employeur?

e) La norme est-elle bien conçue pour que le niveau de compétence requis soit atteint sans qu'un fardeau excessif ne soit imposé à ceux qui sont visés par la norme?

f) Les autres parties qui sont tenues d'aider à la recherche de mesures d'accommodement possibles ont-elles joué leur rôle? Comme le juge Sopinka l'a fait remarquer dans *Renaud (Central Okanagan School District N° 23 c. Renaud)*, [1992] 2 R.C.S. 970, *supra*, p. 992–996 [D/436–D/439], la tâche de déterminer la manière de composer avec des différences

- 
- individuelles peut aussi imposer un fardeau à l'employé et, dans les cas où il existe une convention collective, au syndicat.
- <sup>27</sup> *Meiorin* CSC, par. 68.
- <sup>28</sup> Bien qu'elle considère l'arrêt *Meiorin* comme un tournant important, M<sup>me</sup> Pothier croit aussi que cet arrêt envoie des messages contradictoires quant à la portée possible de la législation anti-discrimination dans la contestation des normes dominantes, puisqu'à son avis le jugement ne prend pas assez de front la différence entre les deux volets de l'ancienne approche, et confond l'idée d'accommodement par l'aménagement d'exceptions individuelles et la refonte des normes. Dianne Pothier, « BCGSEU : Turning a Page in Human Rights Law » (1999), 11 :1 Const. F. 19.
- <sup>29</sup> Yvonne Peters, « From Tinkering to Transformation : Meiorin Breathes New Hope into Reasonable Accommodation » (Communication présentée par F. Kelly, Y. Peters et S. O'Donnell sur « The Duty to Accommodate : the promise, the reality, the limitations », lors d'une conférence sur « Transforming Women's Equality : Equality Rights in the New Century », commanditée par la West Coast LEAF, à Vancouver, 4-7 novembre 1999), 4 cité par Pothier, *supra*, note 28, 25.
- <sup>30</sup> Karen Schucher, « Weaving Together the Threads : A New Framework for Achieving Equality in Workplace Standards » (2000), 8 *C.L.E.L.J.* 325, p. 338.
- <sup>31</sup> Melina Buckley et Alison Brewin, *Transforming Women's Future : A 2004 Guide to Equality Rights Theory and Law* (Vancouver : West Coast Legal Education and Action Fund, 2004), 22.
- <sup>32</sup> Fudge et Lessard, *supra*, note 14, p. 346; voir aussi : Colleen Sheppard, « Of Forest Fires and Systemic Discrimination : A Review of *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) c. B.C.G.S.E.U.* », Case Comment (2000-2001), 46 *R.D. McGill* 533. En p. 558, l'auteure note que : [TRADUCTION] « l'arrêt *Meiorin* [...] met l'accent sur la réparation systémique des inégalités qui entraînent une exclusion et des préjudices, *via* une transformation institutionnelle et non un simple traitement spécial individuel ».
- <sup>33</sup> Fudge et Lessard disent que *Meiorin* est en fait une affaire de discrimination directe puisque la norme liée à la condition physique a été instaurée sans tenir compte des standards physiologiques féminins. Voir Fudge et Lessard, *supra*, note 14, p. 345.
- <sup>34</sup> *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) c. British Columbia Government Service Employees' Union* (1996), 58 L.A.C. (4th) 159, p. 196 [*Meiorin* LAC].
- <sup>35</sup> *Meiorin* LAC, p. 191 et 196.
- <sup>36</sup> *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) c. British Columbia Government Service Employees' Union*, [1997] 30 C.H.R.R. D/83 (BCCA).
- <sup>37</sup> *Meiorin* CSC (mémoire du défendeur, par. 65).
- <sup>38</sup> *Meiorin* LAC, par. 180.
- <sup>39</sup> *Meiorin* CSC, par. 12.
- <sup>40</sup> *Meiorin* CSC, par. 72-79.
- <sup>41</sup> Bien qu'il n'ait pas fait valoir cet argument dans ses observations orales devant la Cour suprême du Canada, le gouvernement l'a repris dans le mémoire qui lui était adressé.
- <sup>42</sup> *Meiorin* CSC, par. 13, 23, 69, 70.
- <sup>43</sup> *Meiorin* CSC, par. 13, 69.
- <sup>44</sup> *Meiorin* CSC, par. 11.
- <sup>45</sup> *Meiorin* CSC (mémoire du défendeur, par. 65).
- <sup>46</sup> *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868 [*Grismer* CSC].

- 
- <sup>47</sup> *Grismer CSC*, par. 22.
- <sup>48</sup> *Grismer CSC*, par. 33.
- <sup>49</sup> *Grismer CSC*, par. 23.
- <sup>50</sup> Dianne Pothier, « Tackling Disability Discrimination at Work : A Systemic Approach » (2010), 4 :1 *M.J.L.H.* 17, p. 22, 27.
- <sup>51</sup> Si le stéréotypage est bien un élément essentiel de la discrimination, un grand nombre de cas ont discrètement été infirmés, notamment *O'Malley CSC*, *supra*, note 23, et *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624 (*Eldridge CSC*). C'est aller beaucoup trop loin que de prétendre que les circonstances factuelles de ces affaires attestent un stéréotypage. Dans l'arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, la Cour a déclaré explicitement au par. 72 que « la discrimination ne résulte pas *seulement* de "l'application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe" [...] ».
- <sup>52</sup> *McGill University Health Centre (Montreal General Hospital) c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, [2007] 1 R.C.S. 161 [*McGill CSC*].
- <sup>53</sup> *Syndicat des employés de l'Hôpital Général de Montréal c. Sexton*, [2004] J.Q. n° 7555 (QL).
- <sup>54</sup> *Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal c. Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal)*, 2005 CAQC 277.
- <sup>55</sup> *Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal c. Centre universitaire de santé McGill, Hôpital général de Montréal*, [2005] C.S.S.R. n° 233 (QL).
- <sup>56</sup> *McGill CSC*, par. 11.
- <sup>57</sup> *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143 [*Andrews CSC*].
- <sup>58</sup> *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525, p. 538.
- <sup>59</sup> *McGill CSC*, par. 48-49.
- <sup>60</sup> *McGill CSC*, par. 53.
- <sup>61</sup> *McGill CSC*, par. 56.
- <sup>62</sup> *Coast Mountain Bus Company Ltd. c. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers of Canada (CAW-Canada), Local 111*, 2010 BCCA 447, 71 C.H.R.R. D/134. Il faut noter que le décideur de première instance, le tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique (*National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers of Canada (CAW - Canada) Local 111 c. Coast Mountain Bus Company (No. 9)*, 2008 BCHRT 52, 62 C.H.R.R. D/201, en s'appuyant explicitement sur *Eaton CSC (infra, note 63)*, a estimé que la discrimination ne résultait pas seulement de stéréotypes mais aussi, dans certains cas, de l'omission de composer avec les caractéristiques réelles des personnes handicapées (par. 472-473). Le tribunal a ainsi conclu que le programme de surveillance des présences mis en place par l'employeur était un exemple de discrimination systémique à l'endroit des personnes handicapées parce qu'il ne composait guère avec leurs besoins. Lors du contrôle judiciaire de cette décision, la Cour suprême de Colombie-Britannique a estimé que le tribunal avait commis une erreur en concluant à l'existence d'une discrimination systémique, car son raisonnement était contraire à l'opinion de la juge Abella dans *McGill (supra, note 52)* et que le programme ne reposait pas sur des présomptions stéréotypées ou arbitraires. La Cour a néanmoins accueilli certaines des plaintes individuelles dont il était question dans cette affaire (*Coast Mountain Bus c. CAW Canada*, 2009 BCSC 396, par. 97-99, 66 C.H.R.R. D/428).
- <sup>63</sup> *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241 [*Eaton CSC*].
- <sup>64</sup> *Eaton CSC*, par. 67.
- <sup>65</sup> *Meiorin CSC*, par. 41.



- 
- <sup>66</sup> *Meiorin* CSC, par. 68.
- <sup>67</sup> *Meiorin* CSC, par. 41.
- <sup>68</sup> *Meiorin* CSC, par. 41-42.
- <sup>69</sup> *Meiorin* CSC, par. 42.
- <sup>70</sup> *Meiorin* CSC, par. 41.
- <sup>71</sup> *Meiorin* CSC, par. 54, *Grismer* CSC par. 20.
- <sup>72</sup> *British Columbia (Public Service Agency) c. BCGSEU*, 2008 BCCA 357, 63 C.H.R.R. D/1 autorisation de pourvoi devant la CSC refusée [2008] C.S.C.R.. n° 460 (QL) [*Gooding* BCCA].
- <sup>73</sup> *British Columbia c. British Columbia Government and Service Employees' Union (Grief Gooding)* (2007), 158 L.A.C. (4th) 402.
- <sup>74</sup> *Gooding* BCCA, par. 11.
- <sup>75</sup> *Gooding* BCCA, par. 15.
- <sup>76</sup> Ci-dessous, nous examinons plus attentivement quelques décisions récentes des Cours d'appel de l'Ontario et de la Colombie-Britannique dans des affaires touchant la législation sur les droits de la personne, qui contournent le jugement minoritaire dans *McGill* CSC. Les cours de justice et tribunaux administratifs s'y sont d'ailleurs reportés plusieurs fois, notamment dans : *Honda Canada Inc. c. Keays*, 2008 CSC 39, [2008] 2 R.C.S. 362, par. 71, le juge Bastarache; *International Forest Products Ltd c. Sandhu*, 2008 BCCA 204, CHRR Doc. 08-519 [*International Forest Products*]; *Mortillaro c. Ontario (Ministre des Transports)*, 2011 TDPO 310, CHRR Doc. 11-0810; *Dufferin-Peel Catholic District School Board c. OECTA* (2008), 177 L.A.C. (4th) 362; *Baum c. City of Calgary*, 2008 ABQB 791, 65 C.H.R.R. D/392; *Goode c. Interior Health Authority*, 2010 BCHRT 95, 70 C.H.R.R. D/71; *Boehringer Ingelheim (Canada) Ltd./Ltee. Kerr*, 2010 BCSC 427, 68 C.H.R.R. D/118, confirmé par 2011 BCCA 266; *Cassidy c. Emergency Health and Services Commission and others (No. 2)*, 2008 BCHRT 125, 62 C.H.R.R. D/459, contrôle judiciaire accueilli, 2011 BCSC 1003; *U.S.W., Local 1-423 c. Weyerhaeuser*, 2009 BCHRT 328, 68 C.H.R.R. D/145 [*Weyerhaeuser*]; *C.S.W.U. Local 1611 c. SELI Canada and others (No. 8)*, 2008 BCHRT 436, 65 C.H.R.R. D/277, contrôle judiciaire par la BCSC demandé, greffe de Vancouver, numéro de dossier S-090740. Comme les circonstances factuelles de ces affaires sont assez spécifiques, nous sortirions du champ de cette étude en analysant chacune d'entre elles. On peut toutefois affirmer que dans de nombreux cas, les défendeurs se sont largement appuyés sur la décision minoritaire dans *McGill*, et que les décideurs ont jugé nécessaire soit de l'appliquer soit de la distinguer de l'affaire dont ils étaient saisis. Heureusement, la décision *Gooding* de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est rarement citée par les décideurs, et elle a été écartée dans *Weyerhaeuser* parce qu'elle [TRADUCTION] « se rapportait à des faits uniques ». Il semble que les avocats des syndicats comme ceux des employeurs s'entendent sur le fait que *Gooding* n'est pas une bonne décision.
- <sup>77</sup> *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497 [*Law* CSC].
- <sup>78</sup> La jurisprudence trahit une incertitude et des avis divergents parmi les cours de justice et les tribunaux administratifs en ce qui a trait à l'éventuelle application des facteurs contextuels de l'arrêt *Law* au domaine des droits de la personne, et à ses conditions, surtout dans les affaires tranchées avant 2008, et la décision de la Cour suprême du Canada dans *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483 [*Kapp* CSC], dont nous discuterons plus loin. Les décisions de principe antérieures à l'arrêt *Kapp* sur l'application de *Law* CSC sont notamment : *Gwinner c. Alberta (Human Resources and Employment)*, 2002 ABQB 685, 44 C.H.R.R. D/52, confirmé par 2004 CAAB 210, autorisation de pourvoi à la CSC refusée [2004] C.S.C.R.. no 342 (QL); *B.C.G.E.U. c. British Columbia (Public Service Employee Relations Comm.)*, 2002 BCCA 476, CHRR Doc. 02-234 [*Reaney*]; *British Columbia Public School Employers' Assn. c. British Columbia Teachers' Federation*, 2003 BCCA 323, 15 B.C.L.R. (4th) 58, [*The Teachers' Case*]; *Vancouver Rape Relief*

---

*Society c. Nixon* (No. 2), 2005 BCCA 601, 55 C.H.H.R. D/67, autorisation de pourvoi à la CSC refusée [2006] C.S.C.R. no 365 (QL) [*Nixon*]; *Health Employers Assn. of British Columbia c. B.C.N.U.*, 2006 BCCA 57, CHRR Doc. 06-905, autorisation de pourvoi à la CSC refusée [2006] C.S.C.R. no 139 (QL); *Kemess Mines Ltd. c. I.U.O.E., Local 115*, 2006 BCCA 58, CHRR Doc. 06-906, autorisation de pourvoi à la CSC refusée [2006] C.S.C.R. no 140 (QL).

<sup>79</sup> Les universitaires s'inquiètent des répercussions défavorables pour les plaignants de l'intégration des facteurs contextuels de l'arrêt *Law* dans l'analyse sur la discrimination dans le contexte de la législation sur les droits de la personne : Leslie A. Reaume, « Postcards from O'Malley : Reinforcing Statutory Human Rights Jurisprudence in the Age of the Charter », dans F. Faraday, M. Denike, K. Stephenson, éd., *Making Equality Rights Real : Securing Substantive Equality under the Charter* (Toronto : Irwin Law, 2006), 373; Karen Schucher et Judith Keene, *Statutory Human Rights and Substantive Equality - Why and How to Avoid the Injury of the Law Approach* (Toronto : LEAF, 2007). Réaume, de même que Schucher et Keene conviennent que le « critère » des facteurs contextuels de l'arrêt *Law* ne devrait s'appliquer à une affaire de droits de la personne que si cela sert les besoins de l'égalité réelle – qui est l'objectif des lois sur les droits de la personne. Dans le même temps, tous trois conviennent qu'il est malavisé, pour plusieurs raisons, de laisser *Law* régir le règlement des plaintes. Les principales préoccupations soulevées par Réaume et par Schucher et Keene incluent : la dévalorisation de l'objectif du Code touchant la facilitation de l'accès à la justice par une application rigide de critères excessivement compliqués; l'alourdissement du fardeau de preuve du plaignant; le transfert du fardeau de preuve par l'obligation faite aux plaignants de réfuter la justification des défendeurs au stade de la preuve *prima facie* de la plainte. Denise Réaume s'est prononcée contre l'introduction des facteurs contextuels de l'arrêt *Law* dans le règlement des plaintes touchant la législation sur les droits de la personne dans « Defending the Human Rights Codes from the Charter », 9 *J.L. & E* [à paraître en 2012].

<sup>80</sup> *Law* CSC, par. 62.

<sup>81</sup> *Law* CSC, par. 51.

<sup>82</sup> *Kapp* CSC, *supra*, note 78.

<sup>83</sup> *Withler c. Canada (Procureur général)*, [2011] 1 R.C.S. 396 [*Withler* CSC].

<sup>84</sup> En note 1 de *Kapp* CSC, la Cour cite : Donna Greschner, « Does *Law* Advance the Cause of Equality? » (2001), 27 *Queen's L.J.* 299; Sheilah Martin, « Balancing Individual Rights to Equality and Social Goals » (2001), 80 *R. du B. can.* 299; Donna Greschner, « The Purpose of Canadian Equality Rights » (2002), 6 *R. études const.* 291; Debra M. McAllister, « Section 15 — The Unpredictability of the *Law* Test » (2003-2004), 15 *R.N.D.C.* 3; Christopher D. Brecht et Adam M. Dodek, « Breaking the *Law's* Grip on Equality : A New Paradigm for Section 15 » (2003), 20 *S.C.L.R.* (2d) 33; Daphne Gilbert, « Time to Regroup : Rethinking Section 15 of the Charter » (2003), 48 *R.D. McGill* 627; Daniel Proulx, « Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination : deux Chartes, deux modèles », [2003] *R. du B.* (numéro spécial) 485; Daphne Gilbert et Diana Majury, « Critical Comparisons : The Supreme Court of Canada Dooms Section 15 » (2006), 24 *Windsor Y.B. Access Just.* 111; Christian Brunelle, « La dignité dans la Charte des droits et libertés de la personne : de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale », dans *La Charte québécoise : origines, enjeux et perspectives*, [2006] *R. du B.* (numéro thématique) 143; R. James Fyfe, « Dignity as Theory : Competing Conceptions of Human Dignity at the Supreme Court of Canada » (2007), 70 *Sask. L. Rev.* 1; Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. suppl. 2007), vol. 2, p. 55-28 et 55-29; Alexandre Morin, *Le droit à l'égalité au Canada* (2008), p. 80-82.

<sup>85</sup> En note 2 de *Kapp* CSC, la Cour cite Sophia Reibetanz Moreau, « Equality Rights and the Relevance of Comparator Groups » (2006), 5 *J.L. & Equality* 81; Daphne Gilbert et Diana Majury, « Critical Comparisons : The Supreme Court of Canada Dooms Section 15 » (2006), 24 *Windsor Y.B. Access Just.* 111; Beverley Baines, « Equality, Comparison, Discrimination, Status », dans Fay Faraday, Margaret Denike et M. Kate Stephenson, dir., *Making Equality Rights Real :*

---

*Securing Substantive Equality under the Charter* (2006), 73; Dianne Pothier, « Equality as a Comparative Concept : Mirror, Mirror, on the Wall, What's the Fairest of Them All? », dans Sheila McIntyre et Sanda Rodgers, dir., *Diminishing Returns : Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2006), 135. Voir aussi Dianne Pothier, « Connecting Grounds of Discrimination to Real People's Real Experiences » (2001), 13 *R.F.D.* 37; Bruce Ryder, Cidalia C. Faria et Emily Lawrence, « What's Law Good For? An Empirical Overview of Charter Equality Rights Decisions » (2004), 24 *S.C.L.R.* (2d) 103; Mayo Moran, « Protesting Too Much : Rational Basis Review Under Canada's Equality Guarantee », dans Sheila McIntyre et Sanda Rodgers, dir., *Diminishing Returns : Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2006), 71; Sheila McIntyre, « Deference and Dominance : Equality Without Substance », dans Sheila McIntyre et Sanda Rodgers, dir., *Diminishing Returns : Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2006), 95.

<sup>86</sup> *Kapp* CSC, par. 22-24.

<sup>87</sup> *Withler* CSC, par. 35-37. Il est assez déroutant que la juge Abella emploie dans l'arrêt *Withler* des termes qui varient en différents passages. Au par. 30 du jugement, elle énonce un critère pour établir la discrimination, qui donne à penser que la preuve de préjudice ou de stéréotypage est essentielle. L'analyse contenue aux par. 35 et 37 ne va pas dans le même sens et reconnaît ouvertement qu'il suffit de démontrer la perpétuation du désavantage.

<sup>88</sup> *Ontario (Disability Support Program) c. Tranchemontagne*, 2010 ONCA 593, 71 C.H.R.R. D/1 [*Tranchemontagne* ONCA].

<sup>89</sup> *Loi sur le Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées, 1997*, L.O. 1997, c. 25, ann. B.

<sup>90</sup> *Tranchemontagne* ONCA, par. 90.

<sup>91</sup> *Ibid.*, par. 121.

<sup>92</sup> *Ibid.*

<sup>93</sup> *Armstrong c. British Columbia (Ministry of Health)*, 2010 BCCA 56, 67 C.H.R.R. D/332, autorisation de pourvoi à la CSC refusée [2010] C.S.C.R. no 128 (QL) [*Armstrong*].

<sup>94</sup> *British Columbia (Ministry of Education) c. Moore*, 2010 BCCA 478, 71 C.H.R.R. D/238, confirm. 2008 BCSC 264, autorisation de pourvoi à la CSC accordée, [2011] C.S.C.R. n° 9 (QL) [*Moore* BCCA]. Le litige dans l'affaire *Moore* concernait l'allégation suivant laquelle le ministère de l'Éducation de la Colombie-Britannique et le district scolaire n° 44 de Vancouver-Nord avaient fait preuve de discrimination à l'endroit de Jeffrey Patrick Moore et d'autres étudiants ayant de troubles d'apprentissage sévères, parce que le système d'écoles publiques ne composait pas avec leurs besoins. Même s'il n'était qu'à l'école élémentaire, Jeffrey Moore avait reçu un diagnostic de troubles d'apprentissage sévères prenant la forme de la dyslexie, et nuisant à sa faculté de lire, d'écrire et de comprendre les mots. Suite aux coupures décidées par la province dans le domaine de l'éducation, la commission scolaire a fermé l'établissement qui dispensait l'enseignement correctif dont Jeffrey et les autres étudiants dyslexiques avaient besoin. Sur le conseil des fonctionnaires de l'arrondissement, les parents de Jeffrey l'ont retiré du système d'écoles publiques et l'ont envoyé, à grands frais, dans des écoles privées offrant une assistance spéciale aux étudiants atteints de troubles d'apprentissage sévères. Les Moore alléguaient que le ministre et le district avaient fait preuve de discrimination à l'endroit de Jeffrey Moore, sur une base individuelle, et de discrimination systémique à l'endroit des étudiants aux prises avec de troubles d'apprentissage sévères. Le tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique a accueilli la plainte (2005 BCHRT 580, 54 C.H.R.R. D/245). Cette décision bien fondée a toutefois été infirmée lors du contrôle judiciaire, à cause de l'analyse par groupes de comparaison de la Cour suprême de la Colombie-Britannique et de l'approche dont elle s'est servie pour définir le service en question. L'affaire ayant été portée en appel, la majorité de cette cour a statué en défaveur des plaignants. La juge d'appel Rowles était dissidente.

---

<sup>95</sup> La juge d'appel Rowles fait d'ailleurs observer que la définition de la discrimination énoncée dans *Andrews* a été citée dans de nombreuses affaires ayant trait à la législation sur les droits de la personne, notamment dans : *Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs*, [1996] 3 R.C.S. 566, par. 20 [*Gibbs* CSC]; *McGill CSC* par. 47, motifs concordants de la juge Abella; *International Forest Products*, *supra*, note 76, par. 24–32.

<sup>96</sup> *Moore* BCCA, par. 46.

<sup>97</sup> *Moore* BCCA, par. 51. La juge d'appel Rowles convient avec Leslie Reaume, *supra*, note 79, p. 375, que les principes de la Charte et l'analyse de l'arrêt *Law* doivent judicieusement éclairer celle qui concerne les droits de la personne protégés par la loi, sans la régir totalement.

<sup>98</sup> *Moore* BCCA, par. 52.

<sup>99</sup> *Moore* BCCA, par. 164.

<sup>100</sup> *Andrews* CSC, par. 38

<sup>101</sup> *Kelly c. B.C. (Ministry of Public Safety and Solicitor General) (No. 3)*, 2011 BCHRT 183, CHRR Doc. 11-0183.

<sup>102</sup> Le tribunal reconnaît au paragraphe 7 que M. Kelly, un détenu autochtone, se trouvait dans une position particulièrement vulnérable.

<sup>103</sup> L'affaire *Tomen c. O.T.F. (No. 3)* (1989), 11 C.H.R.R. D/223, citée dans *Tomen c. O.T.F. (No. 4)* (1994), 20 C.H.R.R. D/257 (Com. enq. Ont.) a valeur d'exemple. Dans cette affaire, une plainte liée aux droits de la personne avait abouti à l'encontre de l'Ontario Women's Teachers Federation de l'Ontario (FWTAO), parce que les enseignantes semble-t-il étaient forcées de rejoindre les rangs du syndicat des enseignantes. L'affaire est compliquée en partie par le fait que les plaignantes étaient des femmes. En réalité, il s'agit d'un cas de stratégie de maraudage syndical ayant porté ses fruits : derrière les plaignantes visibles se cachait un autre syndicat invisible désireux d'augmenter le nombre de ses membres. Le tribunal a conclu que les plaignantes avaient établi une preuve *prima facie*, sur la foi d'un fardeau de preuve très léger et d'une analyse des effets préjudiciables sortie de son contexte. Ses représentants ont fait valoir que la FWTAO se voulait un programme de discrimination à rebours, et ont présenté une preuve élaborée pour étayer la nécessité d'initiatives axées sur les enseignants. Le tribunal a néanmoins conclu que la FWTAO n'avait pas le statut de programme de discrimination à rebours, car il s'agissait d'une organisation et non d'un programme. Il en a résulté que la FWTAO, une organisation très importante pour les enseignantes, qui ont toujours été défavorisées par rapport aux hommes, a été fusionnée avec un syndicat d'enseignants « neutre quant au sexe », mais dominé depuis toujours par des hommes. Par contre, dans la décision *Keyes c. Pandora Publishing Assn. (No. 2)* (1992), 16 C.H.R.R. D/148 (la plainte concernait la politique d'un journal produit par des femmes, pour des femmes, et à propos des femmes, qui n'imprimait que des lettres et des articles de femmes), le tribunal a décidé que la législation sur les droits de la personne de la Nouvelle-Écosse devait être considérée comme contenant une disposition analogue au par. 15(2) de la Charte. Pour des exemples d'autres contestations d'initiatives ciblées n'ayant finalement pas abouti et des diverses approches analytiques qui s'y rapportent, on pourra se référer aux décisions suivantes : *Stoppes c. Just Ladies Fitness (Metrotown) and D. (No. 3)*, 2006 BCHRT 557, 58 C.H.R.R. D/240 (la plainte concernait une salle de gymnastique et de mise en forme exclusivement réservée aux femmes); *Nixon*, *supra*, note 78 (la plainte concernait un service réservé aux femmes ayant fui la violence masculine et dispensé par elles); *Armstrong*, *supra*, note 93 (la plainte concernait le refus du gouvernement de financer un test particulier de dépistage du cancer chez les hommes, alors qu'il finançait un test de dépistage du cancer du sein pour les femmes).

<sup>104</sup> Durant la dernière décennie, les cours de justice ont été vivement critiquées par les milieux académiques à cause de leur manière d'appliquer une forme d'analyse par groupes de comparaison pour rejeter des plaintes fondées ayant trait à l'art. 15. Voir par exemple : Gilbert et Majury, *supra*, note 84, p. 138. dans *Withler* CSC, *supra*, note 83, la Cour suprême du Canada a débattu en détail des préoccupations soulevées à propos de l'usage des analyses par groupes de comparaison, en

---

précisant au par. 2 que « [i]l faut se garder de transformer l'appréciation de l'égalité réelle en recherche formaliste et arbitraire du groupe de comparaison "approprié" ».

<sup>105</sup> *Moore* BCCA, *supra*, note 94; *British Columbia (Ministry of Education) c. Moore*, 2008 BCSC 264, 62 C.H.R.R. D/289; *Moore c. B. C. (Ministry of Education, 2nd School District No. 44*, 2005 BCHRT 580, 54 C.H.R.R. D/245.

<sup>106</sup> *Gibbs* CSC, *supra*, note 95; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S.. 504; *Tranchemontagne c. Ontario (Dir., Disability Support Program)*, *supra*, note 88.

<sup>107</sup> Voir le mémoire du Conseil des Canadiens avec déficiences déposé dans l'arrêt *Moore* entendu par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, en ligne :

<http://www.ccdonline.ca/en/humanrights/litigation/moore-factum>.> Ce mémoire offre une analyse plus élaborée des problèmes liés à l'application de l'analyse par comparaison de groupes aux affaires d'accommodement.

<sup>108</sup> La décision du tribunal dans *Société de Soutien à l'Enfance et à la Famille des Premières nations du Canada (Société de Soutien à l'Enfance et à la Famille des Premières nations du Canada c. Canada (Procureur général) (n° 3)*, 2011 TCDP 4, CHRR Doc. 11-3017, demande de contrôle judiciaire présentée à la CF, greffe d'Ottawa, numéro de dossier T-630-11 [SSEFPN]) est un autre exemple de l'utilisation de l'analyse par groupes de comparaison pour faire échouer une plainte, à ceci près que le procédé est ici bien différent. Le tribunal a rejeté une plainte déposée par la Société de Soutien à l'Enfance et à la Famille des Premières nations du Canada (la SSEFPN) et l'Assemblée des Premières nations (l'APN) contre les Affaires indiennes et Développement du Nord Canada (l'AIDNC). Les plaignants réclamaient un niveau de financement pour des services de protection et d'aide à l'enfance dans les réserves équivalant à celui que fournissent les provinces et territoires pour ces services hors réserves. L'AIDNC a demandé le rejet de la plainte avant que l'affaire ne soit entendue au fond, demande qui a été accueillie.

L'AIDNC finance les fournisseurs de services d'environ 447 des 663 Premières nations. La SSEFPN alléguait qu'un enfant issu des Premières nations et qui vit dans une réserve recevait moins de services de protection et d'aide à l'enfance qu'un autre enfant canadien, susceptible de vivre de l'autre côté de l'autoroute, non dans une réserve. Cet organisme faisait valoir que le financement des services d'aide à l'enfance offerts par les provinces était beaucoup plus important que celui de l'AIDNC, dont le sous-financement de ces services avait un effet discriminatoire systémique sur les enfants autochtones résidant dans les réserves.

L'AIDNC a soutenu que la plainte devait être rejetée parce qu'elle reposait sur une comparaison entre deux groupes différents de fournisseurs de services : le gouvernement fédéral et le gouvernement provincial. Le tribunal a estimé devoir conclure à l'existence d'une « distinction préjudiciable » entre la victime alléguée et d'autres personnes qui recevaient les mêmes services du même fournisseur. Comme en l'occurrence, les bénéficiaires (les enfants vivant dans la réserve *versus* les enfants vivant hors réserve) et les fournisseurs de services sont différents, le tribunal a conclu que les conditions inhérentes aux groupes de comparaison n'étaient pas remplies.

Cette application de l'analyse par groupes de comparaison est problématique car il en résulte que la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6, ne peut rien contre la discrimination inhérente aux systèmes qui desservent des groupes particuliers, mais fournissent des services inférieurs, pour autant que ces services soient offerts par des entités différentes. Si l'on se fie à l'analyse préconisée dans *SSEFPN*, il aurait été impossible par exemple de se servir de la législation sur les droits de la personne pour démanteler le système des pensionnats s'ils existaient encore, étant donné qu'aucune comparaison n'aurait pu être établie entre les types d'enseignement offerts ou financés par le gouvernement fédéral dans les pensionnats pour les enfants autochtones et ceux qui l'étaient par les provinces principalement pour les enfants non autochtones. Si l'interprétation que fait le tribunal de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est correcte, cet instrument n'aurait pas grande utilité pour s'attaquer aux problèmes de qualité inégale dans des programmes ciblés.

---

Cette interprétation a aussi des conséquences pour les groupes protégés en regard d'autres motifs. La législation sur les droits de la personne peut venir en aide aux filles qui souhaitent jouer avec les garçons et entrer dans leurs équipes sportives. Cependant, elle ne pourra servir à améliorer le financement notoirement inférieur qu'elles reçoivent, ou le temps de glace pour les matchs de hockey entre filles seulement, si les équipes de hockey des filles et des garçons sont dirigées par associations différentes.

Les groupes qui souhaitent conserver les programmes ciblés (comme la SSEFPN qui veut un système d'aide à l'enfance administré par les Premières nations pour les enfants qui vivent dans la réserve), mais aussi éliminer la discrimination qui prend la forme d'un financement et d'aides inférieurs, n'ont apparemment aucun recours.

Les affaires concernant les personnes handicapées peuvent également déboucher sur une impasse. Par exemple, dans le domaine du transport, des services de transport séparés et spécialisés sont souvent proposés aux personnes handicapées par des organisations caritatives ou non gouvernementales. Le service est souvent médiocre, il faut réserver à l'avance et les listes d'attente sont longues. Si l'analyse de l'arrêt *SSEFPN* est retenue, il sera extrêmement difficile de contester la différence de traitement des usagers handicapés et non handicapés, puisqu'il est impossible de comparer les niveaux de service si le fournisseur est différent, même lorsque le bailleur de fonds est public.

Il semble donc que des questions fondamentales se posent au sujet de l'analyse par groupes de comparaison : quelle est son utilité? Elle devrait éclairer la manière dont une politique ou une pratique fonctionne. Mais si elle permet de conclure qu'il n'y a aucune discrimination dans un cas comme *SSEFPN*, où la logique et une connaissance historique attestent un véritable problème en matière de droits de la personne, cette analyse ne devrait pas servir à barrer la voie.

<sup>109</sup> La Cour divisionnaire de l'Ontario a procédé au contrôle judiciaire de la décision du Tribunal des droits de la personne de l'Ontario dans *Lane c. ADGA Group Consultants Inc.* (2008), 64 C.H.R.R. D/132 (C. Div. de l'Ontario), révision de 2007 TDPO 34, 61 C.H.R.R. D/307 [*Lane C. Div. de l'Ontario*].

<sup>110</sup> *Lane C. Div. de l'Ontario*, par. 88.

<sup>111</sup> *Lane C. Div. de l'Ontario*, par. 91.

<sup>112</sup> 2004 CSC 65, [2004] 3 R.C.S. 357.

<sup>113</sup> Dans « Formulaic Comparisons: Stopping the *Charter* at the Statutory Human Rights Gate », dans F. Faraday M. Denike et M. K. Stephenson, éd., *Making Equality Rights Real, supra*, note 79, 409, p. 410, Andrea Wright soutient que même si, dans certains cas, la preuve comparative peut aider à révéler le traitement préjudiciable, elle ne saurait fonder des conclusions.

<sup>114</sup> *Eaton CSC, supra*, note 63.

<sup>115</sup> *Eaton CSC*, par. 67.

<sup>116</sup> *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650 [*Via Rail CSC*], par. 162.

<sup>117</sup> *Via Rail CSC*, par. 118 à 129.

<sup>118</sup> Voir, par exemple, *O'Malley CSC* et *Meiorin CSC*.

<sup>119</sup> *Eaton CSC*, par. 66.

<sup>120</sup> *Andrews CSC*, par. 31.

<sup>121</sup> L'expression [TRADUCTION] « services habituellement offerts au public » se trouve au par. 8(1) du *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique. La législation sur les droits de la personne d'autres provinces contient une formulation analogue.

<sup>122</sup> *Supra*, note 51.

---

<sup>123</sup> 2004 CSC 78, [2004] 3 R.C.S. 657 [*Auton* CSC].

<sup>124</sup> *Moore* BCCA, *supra*, note 94.

<sup>125</sup> *Nouveau-Brunswick (Développement social) c. Nouveau-Brunswick (Commission des droits de la personne)*, 2010 NBCA 40, 71 C.H.R.R. D/6 autorisation de pourvoi à la CSC refusée [2010] C.S.C.R. no 313 (QL). Dans cette affaire, les parents d'un homme adulte ayant une déficience mentale (W.A.) prétendaient que son placement par la province dans une résidence au Maine, à des centaines de kilomètres, équivalait à de la discrimination car il aurait dû recevoir des soins dans sa propre collectivité. Comme le gouvernement du Nouveau-Brunswick s'opposait à ce que cette affaire aille de l'avant, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a statué sur la question préliminaire de savoir si la cause était défendable. La Cour a estimé que ce n'était pas le cas. Elle a suivi le raisonnement de la Cour suprême du Canada dans *Auton* et conclu que la province ne fournissait aucun service dont la prestation avait été refusée ou assurée de manière discriminatoire. Le seul service pertinent concernait le programme de soins de longue durée de niveau IV, et W.A. ne s'était pas vu refuser l'accès à un établissement résidentiel de ce niveau au Nouveau-Brunswick. Ces établissements n'étaient tout simplement pas en mesure de fournir des soins adéquats. Aucun établissement de la région de Fredericton, ou ailleurs dans la province, n'offrait le niveau de soins dont W.A. avait besoin. La Cour d'appel a estimé que l'argument selon lequel le plaignant s'était vu refuser l'accès à un service offert au public n'était pas défendable.

<sup>126</sup> *Wonnacott c. Prince Edward Island (Dept. of Social Services and Seniors)* (2007), 61 C.H.R.R. D/49 (P.E.I.H.R.P.). Dans cette affaire, des parents d'enfants handicapés ont déposé des plaintes alléguant que le Programme de soutien aux handicapés (PSH) de l'Île-du-Prince-Édouard, qui offre une aide et un soutien technique et financier aux enfants et aux jeunes handicapés ainsi qu'à leurs parents, était discriminatoire en trois aspects distincts. Le tribunal des droits de la personne de l'Île-du-Prince-Édouard a reconnu que l'outil d'évaluation servant à établir l'admissibilité était favorable aux personnes atteintes de déficiences physiques plutôt que mentales, et que le critère relatif au revenu établissait une discrimination à l'endroit des parents ayant des enfants de moins de 18 ans. Cependant, il a rejeté l'allégation selon laquelle le plafond mensuel global du montant des aides financières disponibles et le maximum à vie des modifications pouvant être apportées au domicile et au véhicule étaient discriminatoires. S'appuyant sur l'arrêt *Auton*, le tribunal a estimé que le PSH ne se propose pas de répondre à tous les besoins, et que [TRADUCTION] « bien que le tribunal ne se penche pas en l'espèce sur un régime législatif [comme dans *Auton*], nous appliquerons un raisonnement analogue à notre évaluation du plafonnement de services au titre de la politique du PSH. Nous ne pensons pas que la politique promette à première vue de couvrir tous les besoins des Prince-Édouardiens handicapés admissibles. Il n'est pas discriminatoire de ne pas satisfaire tous les besoins. Une certaine déférence est de mise à l'égard des législateurs, et dans ce cas-ci des fonctionnaires publics qui doivent leur répondre, et à qui il revient d'allouer des ressources limitées aux groupes vulnérables (voir *Auton*, *supra*, à § 14). » Le tribunal a estimé que la distinction établie à l'endroit des plaignants par l'application d'un plafond de soutien financier n'était pas discriminatoire et qu'ils n'avaient pas pu établir de traitement différentiel.

<sup>127</sup> Dans deux décisions troublantes, *Benson c. Saskatchewan (Dept. of Health)* (2005), CHRR Doc. 05-772 (S.K.H.R.T.) et *Benson c. Saskatoon School Div. No. 13* (2006), CHRR Doc. 06-212 (S.K.H.R.T.), le tribunal des droits de la personne de la Saskatchewan a confirmé le rejet par la Commission des droits de la personne de cette province des plaintes déposées par Tammy Lynn Benson au nom de son fils Adam. Celui-ci avait été diagnostiqué comme ayant une déficience auditive profonde à l'âge de 26 mois, et ne pouvait pas bénéficier des services disponibles : appareils auditifs, implants cochléaires ou programmes d'apprentissage oral/auriculaire. Il convient de noter que dans les deux cas, la Commission et le tribunal ont souscrit au raisonnement selon lequel il n'est pas discriminatoire de mettre en place des programmes qui n'offrent pas des avantages égaux pour les enfants ou les adultes atteints de déficiences particulières, pour la simple raison que ceux-ci n'étaient pas conçus pour eux.

- 
- <sup>128</sup> *Cucek c. British Columbia (Ministry of Children and Family Development) (No. 3)*, 2005 BCHRT 247, 53 C.H.R.R. D/123.
- <sup>129</sup> *Ehrler c. British Columbia (Ministry of Employment and Income Assistance) (No. 3)*, 2006 BCHRT 184, 55 C.H.R.R. D/418. Paula Ehrler a déposé une plainte alléguant que les prestations d'aide sociale destinées aux personnes handicapées étaient insuffisantes et que son époux et elle n'avaient pas été informés qu'ils pouvaient bénéficier d'allocations de crise, de suppléments nutritifs additionnels, d'une aide de retour au travail, d'un transport pour leurs rendez-vous médicaux ou encore d'une plus grande couverture pour leurs soins dentaires et optiques. Le tribunal a estimé que M<sup>me</sup> Ehrler n'avait aucune chance raisonnable de prouver que les avantages fournis, les renseignements réclamés aux bénéficiaires ou les conséquences des versements excédentaires établissaient une discrimination à leur endroit fondée sur une déficience physique ou mentale.
- <sup>130</sup> *Supra*, note 127.
- <sup>131</sup> *Supra*, note 126.
- <sup>132</sup> *Supra*, note 108.
- <sup>133</sup> Le tribunal a plutôt rejeté la plainte au motif qu'il n'existait pas de groupe de comparaison adéquat. Il a déclaré au par. 4 : [TRADUCTION] « [...] même si je concluais que l'AIDNC est un fournisseur de services, comme le font valoir les plaignants, la LCDP ne permet pas une comparaison à ce titre entre les provinces et ce ministère ».
- <sup>134</sup> 2009 BCSC 180, 66 C.H.R.R. D/376 [*McGrath BCSC*].
- <sup>135</sup> *McGrath BCSC*, par. 103.
- <sup>136</sup> *Auton CSC*, par. 42.
- <sup>137</sup> *McGrath c. British Columbia (Ministry of Children and Family Development)* 2006 BCHRT 484, CHRR Doc. 6-649.
- <sup>138</sup> *McGrath BCSC*, *supra*, note 134, par. 154.
- <sup>139</sup> *Ibid.*, par. 153.
- <sup>140</sup> *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353.
- <sup>141</sup> *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571.
- <sup>142</sup> Isabel Grant et Judith Mosoff, « Hearing Claims of Inequality : *Eldridge c. British Columbia (A.G.)* » (1998), 10:1 *C.J.W.L.* 229, p. 231.
- <sup>143</sup> *Supra*, note 116, par. 118 – 129.
- <sup>144</sup> CRDPH, *supra*, note 12.
- <sup>145</sup> Conseil des Canadiens avec déficiences, communiqué, « Le Canada ratifie la Convention relative aux droits des personnes handicapées » (11 mars 2010). En ligne : <<http://www.ccdonline.ca/fr/international/un/canada/crpd-pressrelease-11March2010>>.
- <sup>146</sup> S'exprimant au sujet du droit à l'éducation et de l'article 24 de la CRDPH, R. Malhotra et R. Hanson soutiennent qu'à un moment où la Cour suprême du Canada a pris un virage troublant vers plus de formalisme, la CRDPH peut servir de nouveau point d'ancrage à la justice sociale en faveur des personnes handicapées. R. Malhotra et R. Hansen, « The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Implication for the Equality Rights of Canadians with Disabilities: The Case of Education » (2011), 29:1 *Windsor YB Access Just.* 73.
- <sup>147</sup> *Supra*, note 12, article 9.
- <sup>148</sup> *Ibid.* article 13.
- <sup>149</sup> *Ibid.* article 19.



---

<sup>150</sup> *Ibid.* article 24.

<sup>151</sup> *Ibid.* article 27.

<sup>152</sup> *Ibid.* article 28.

<sup>153</sup> *Ibid.* article 2.

<sup>154</sup> *Ibid.* article 3.

<sup>155</sup> Oddný Mjöll Arnardóttir, « A Future of Multidimensional Disadvantage Equality? » dans Oddný Mjöll Arnardóttir et Gerrard Quinn, édts., *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities* (Martinus Nijhoff Publishers, 2009), 41, p. 46.

<sup>156</sup> 16 décembre 1966, 993 RTNU 3, 6 I.L.M. 368 (entrée en vigueur le 3 janvier 1976).

<sup>157</sup> Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale 5, Personnes souffrant d'un handicap*, UN Doc. E/1995/22 (9 décembre 1994), au par. 9. Ayant établi dans son analyse de 2006 sur le Canada qu'il [TRADUCTION] « n'existait ni facteurs ni difficultés empêchant la mise en œuvre efficace » des droits économiques, sociaux et culturels au Canada, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels estime manifestement que notre pays ne manque pas des ressources nécessaires à la mise en application complète de ces droits, et qu'aucune raison légale ou pratique ne peut justifier de retard. Voir *Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels – Canada*, E/C.12/CAN/CO/4, E/C.12/CAN/CO/5 (22 mai 2006), par. 10.

# Bibliographie choisie

## Lois

*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6.

*Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, c. 46.

*Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210.

*Loi sur le Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées*, 1997, L.O. 1997, c. 25, ann. B.

## Droit international des droits de la personne

*Convention relative aux droits des handicapés*, 13 décembre 2006, 2515 R.T.N.U. 3, Rés. A.G. 61/106 (entrée en vigueur le 3 mai 2008). En ligne : <http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-f.pdf>

Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels – Canada*, E/C.12/CAN/CO/4, E/C.12/CAN/CO/5, (22 mai 2006).

Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale 5, Personnes souffrant d'un handicap*, UN Doc. E/1995/22 (9 décembre 1994).

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 16 décembre 1966, 993 RTNU 3, 6 I.L.M. 368 (entrée en vigueur le 3 janvier 1976).

## Jurisprudence

*Action Travail des Femmes c. C.N.R.*, [1987] 1 R.C.S. 1114.

*Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

*Armstrong c. British Columbia (Ministry of Health)*, 2010 BCCA 56, 67 C.H.R.R. D/332, autorisation de pourvoi à la CSC refusée [2010] C.S.C.R. no 128 (QL).

*Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2004 CSC 78, [2004] 3 R.C.S. 657.

*Baum c. City of Calgary*, 2008 ABQB 791, 65 C.H.R.R. D/392.

*Benson c. Saskatchewan (Dept. of Health)* (2005), CHRR Doc. 05-772 (S.K.H.R.T.).

*Benson c. Saskatoon School Div. No. 13* (2006), CHRR Doc. 06-212 (S.K.H.R.T.).

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

*Boehringer Ingelheim (Canada) Ltd./Ltée. c. Kerr*, 2010 BCSC 427, 68 C.H.R.R. D/118, confirmé par 2011 BCCA 266, CHRR Doc. 11-3038.

*British Columbia (Children and Family Development) v. McGrath*, 2009 BCSC 180, 66 C.H.R.R. D/376, infirmant 2006 BCHRT 484.

*British Columbia Ministry and Service Employees Union c. H.M.T.Q.*, 2002 BCCA 476, CHRR Doc. 02-234 (« *Reaney* »).

*British Columbia (Ministry of Education) c. Moore*, 2010 BCCA 478, 71 C.H.R.R. D/238, confirm. 2008 BCSC 264, 62 C.H.H.R. D/289, autorisation de pourvoi à la CSC accordée, [2011] S.C.C.A. No. 9 (QL).

*British Columbia (Ministry of Education) c. Moore*, 2008 BCSC 264, 62 C.H.R.R. D/289, infirm. 2005 BCHRT 580, confirmé par 2010 BCCA 478.

*British Columbia (Public Service Agency) c. BCGSEU*, 2008 BCCA 357, 63 C.H.R.R. D/1, autorisation de pourvoi à la CSC refusée [2008] S.C.C.A. No. 460 (QL) (« *Gooding* »).

*British Columbia c. British Columbia Government and Service Employees' Union* (2007), 158 L.A.C. (4th) 402 (« *Grief Gooding* »).

*British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) c. British Columbia Government and Service Employees' Union* (1997), 30 C.H.R.R. D/83 (BCCA), infirm. (1996), 58 L.A.C. (4th) 159, infirmé par [1999] 3 R.C.S. 3 (CSC) (« *Grief Meiorin* »).

*British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) and British Columbia Government and Service Employees' Union* (1996), 58 L.A.C. (4th) 159, confirmé par [1999] 3 R.C.S. 3 (CSC) (« *Grief Meiorin* »).

*British Columbia Public School Employers' Association v. British Columbia Teachers' Federation*, 2003 BCCA 323, 15 B.C.L.R. (4th) 58.

*C.S.W.U. Local 1611 c. SELI Canada and others (No. 8)*, 2008 BCHRT 436, 65 C.H.R.R. D/277, contrôle judiciaire par la BCSC demandé, greffe de Vancouver, numéro de dossier S-090740.

*Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892.

*Canadian Odeon Theatres Ltd. c. Huck* (1985), 6 C.H.R.R. D/2682 (S.K.C.A.), autorisation de pourvoi à la CSC refusée (1985), 60 N.R. 240.

*Cassidy c. Emergency Health and Services Commission and others (No. 2)*, 2008 BCHRT 125, 62 C.H.R.R. D/459, contrôle judiciaire accueilli, 2011 BCSC 1003, CHRR Doc. 11-3053.

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

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

*Coast Mountain Bus Company Ltd. c. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers of Canada (CAW-Canada), Local 111*, 2010 BCCA 447, 71 C.H.R.R. D/134, modif. 2009 BCSC 396, 66 C.H.R.R. D/428.

*Colombie-Britannique (Children and Family Development) c. McGrath*, 2009 BCSC 180, 66 C.H.R.R. D/376, infirm. 2006 BCHRT 484.

*Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. British Columbia Government Service Employees' Union*, [1999] 3 R.C.S. 3 (« Meiorin »).

-

*Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868, infirm. (1997), 30 C.H.R.R. D/446 (BCCA) (« Grismer »).

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

*Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650.

*Cucek c. British Columbia (Ministry of Children and Family Development) (No. 3)*, 2005 BCHRT 247, 53 C.H.R.R. D/123.

*Dufferin-Peel Catholic District School Board c. OECTA* (2008), 177 L.A.C. (4th) 362.

*Eaton c. Brant County Board of Education*, [1997] 1 R.C.S. 241.

*Ehrler c. Colombie-Britannique (Ministry of Employment and Income Assistance) (No. 3)*, 2006 BCHRT 184, 55 C.H.R.R. D/418.

*Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624.

*Gibbs c. Battlefords and Dist. Co-operative Ltd.*, [1996] 3 R.C.S. 566.

*Goode c. Interior Health Authority*, 2010 BCHRT 95, 70 C.H.R.R. D/71.

*Gwinner c. Alberta (Human Resources and Employment)*, 2002 ABQB 685, 44 C.H.R.R. D/52, confirmé par 2004 CAAB 210, CHRR Doc. 04-151, autorisation de pourvoi à la CSC refusée [2004] S.C.C.A. No. 342 (QL).

*Health Employers Assn. of British Columbia c. B.C.N.U.*, 2006 BCCA 57, CHRR Doc. 06-905, autorisation de pourvoi à la CSC refusée [2006] C.S.C.R. no 139 (QL).

*Hodge c. Canada (Minister of Human Resources Development)*, 2004 CSC 65, [2004] 3 R.C.S. 357.

*Honda Canada Inc. c. Keays*, 2008 CSC 39, [2008] 2 R.C.S. 362.

*International Forest Products Ltd c. Sandhu*, 2008 BCCA 204, CHRR Doc. 08-519.

*Kelly c. Colombie-Britannique (Ministry of Public Safety and Solicitor General) (No. 3)*, 2011 BCHRT 183, CHRR Doc. 11-0183.

*Kemess Mines Ltd. c. I.U.O.E., Local 115*, 2006 BCCA 58, CHRR Doc. 06-906, autorisation de pourvoi à la CSC refusée [2006] C.S.C.R. no 140 (QL).

*Keyes c. Pandora Publishing Assn. (No. 2)* (1992), 16 C.H.R.R. D/148.

*Lane c. ADGA Group Consultants Inc. (2008)*, 295 DLR (4th) 425, 64 C.H.R.R. D/132 (C. Div. de l'Ontario), modif. en partie 2007 TDPO 34, 61 C.H.R.R. D/307.

*Large c. Stratford (Ville)*, [1995] 3 R.C.S. 733.

*Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497.

*Moore c. B.C. (Ministry of Education, 2nd School District No. 44)*, 2005 BCHRT 580, 54 C.H.R.R. D/245, infirmé par 2008 BCSC 264, 62 C.H.R.R. D/289.

*Mortillaro c. Ontario (Ministre des Transports)*, 2011 TDPO 310, CHRR Doc. 11-0810.

*National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers of Canada (CAW-Canada) Local 111 c. Coast Mountain Bus Company (No. 9)*, 2008 BCHRT 52, 62 C.H.R.R. D/201, infirmé en partie par 2009 BCSC 396, 66 C.H.R.R. D/428.

*Nouveau-Brunswick (Développement social) c. Nouveau-Brunswick (Commission des droits de la personne)*, 2010 NBCA 40, 71 C.H.R.R. D/63, autorisation de pourvoi à la CSC refusée [2010] C.S.C.R. no 313 (QL).

*Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504.

*Ontario (Disability Support Program) c. Tranchemontagne*, 2010 ONCA 593, 71 C.H.R.R. D/1.

*Ontario (Commission des droits de la personne) c. Simpsons Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536 (« O'Malley »).

*R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483.

*Société de Soutien à l'Enfance et à la Famille des Premières nations du Canada c. Canada (Procureur général) (No. 3)*, 2011 CHRT 4, CHRR Doc. 11-3017, demande de contrôle judiciaire présentée à la CF, greffe d'Ottawa, numéro de dossier T-630-11.

*Stoppis c. Just Ladies Fitness (Metrotown) Ltd.*, 2006 BCHRT 557, 58 C.H.R.R. D/240.

*Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal c. Centre universitaire de santé McGill, Hôpital général de Montréal*, [2005] C.S.S.R. n° 233 (QL).

*Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal c. Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal)*, 2005 QCCA 277, confirm. [2004] J.Q. no 7555 (QL), infirmé par [2007] 1 R.C.S. 161 (CSC).

*Tomen c. O.T.F. (No. 3)* (1989), 11 C.H.R.R. D/223.

*Tomen c. O.T.F. (No. 4)* (1994), 20 C.H.R.R. D/257 (Com. Enq. Ont.).

*Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513.

*U.S.W. Local 1-423 c. Weyerhaeuser*, 2009 BCHRT 328, 68 C.H.R.R. D/145.

*Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353, modifié par l'ajout de dépens [1994] 80 B.C.L.R. (2d) xxvi.

*Vancouver Rape Relief Society c. Nixon*, 2005 BCCA 601, 55 C.H.R.R. D/67, autorisation de pourvoi à la CSC refusée [2006] S.C.C.A. No. 365 (QL).

*Verkerk c. BC*, 2007 BCHRT 472, CHRR Doc. 07-716, infirmé par 2009 BCSC 180, 66 C.H.R.R. D/376.

*Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

*Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396.

*Wonnacott c. Prince Edward Island (Dept. of Social Services and Seniors)* (2007), 61 C.H.R.R. D/49 (P.E.I.H.R.P.).

## Sources secondaires

Arnardóttir, O. M., « A Future of Multidimensional Disadvantage Equality? » dans Oddný Mjöll Arnardóttir et Gerrard Quinn, éd., *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities* (Martinus Nijhoff Publishers, 2009), 41.

Baines, B., « Equality, Comparison, Discrimination, Status », dans Fay Faraday, Margaret Denike et M. Kate Stephenson, éd., *Making Equality Rights Real : Securing Substantive Equality under the Charter* (Toronto : Irwin Law, 2006), 73.

Bredt, C. D. et A. M. Dodek., « Breaking the Law's Grip on Equality : A New Paradigm for Section 15 » (2003), 20 *S.C.L.R.* (2d) 33.

Brunelle, C., « La dignité dans la *Charte des droits et libertés de la personne* : de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale », dans *La Charte québécoise : origines, enjeux et perspectives*, [2006] *R. du B.* (numéro thématique) 143.

Buckley, M. et A. Brewin., *Transforming Women's Future : A 2004 Guide to Equality Rights Theory and Law*, (Vancouver : West Coast Legal Education and Action Fund, 2004).

Conseil des Canadiens avec déficiences. Communiqué de presse, « Le Canada ratifie la Convention des Nations Unies sur les droits des personnes handicapées », (11 mars 2010). En ligne : < <http://www.ccdonline.ca/en/international/un/canada/crpd-pressrelease-11March2010>>.

Crawford, C., « Essayer de passer la barre : L'éducation, la formation liée à l'emploi et le faible revenu des personnes handicapées », (Conseil des Canadiens avec déficiences). En ligne : <http://www.ccdonline.ca/fr/socialpolicy/poverty-citizenship/demographic-profile/trying-to-make-the-grade>.

Crawford, C., « Les personnes handicapées et les ménages à faible revenu : sources de revenus, emploi et discrimination dans l'emploi », (Conseil des Canadiens avec déficiences). En ligne : <http://www.ccdonline.ca/fr/socialpolicy/poverty-citizenship/demographic-profile/low-household-income-and-disability>.

Crawford, C., « Parlons franchement : la pauvreté et les personnes handicapées au Canada », (Conseil des Canadiens avec déficiences). En ligne : <http://www.ccdonline.ca/fr/socialpolicy/poverty-citizenship/demographic-profile/personally-speaking>.

Day, S. et G. Brodsky., « The Duty to Accommodate : Who Will Benefit? » (1996), 75 *R. du B. can.* 433.

Faraday, F., « Access to Social Programs : Substantive Equality Under the Charter of Rights » (2006/2007), 21 *N.J.C.L.* 111.

Fudge, J. et H. Lessard., « Challenging Norms and Creating Precedents : The Tale of a Woman Firefighter in the Forests of British Columbia », dans Judy Fudge et Eric Tucker, éd.,

*Work on Trial : Canadian Labour Law Struggles* (Irwin Publisher and Osgoode Legal History Society, 2010), 315.

Fyfe, R. J., « Dignity as Theory : Competing Conceptions of Human Dignity at the Supreme Court of Canada » (2007), 70 *Sask. L. Rev.* 1.

Gilbert, D. et D. Majury., « Critical Comparisons : The Supreme Court of Canada Dooms Section 15 » (2006), 24 *Windsor Y.B. Access Just.* 111.

Gilbert, D., « Time to Regroup : Rethinking Section 15 of the *Charter* » (2003), 48 *R.D. McGill* 627.

Grant, I. et J. Mosoff., « Hearing Claims of Inequality : *Eldridge c. British Columbia (A.G.)* » (1998), 10 :1 *C.J.W.L.* 229.

Greschner, D., « Does *Law* Advance the Cause of Equality? » (2001), 27 *Queen's L.J.* 299.

Greschner, D., « The Purpose of Canadian Equality Rights » (2002), 6 *R. études const.* 291.

Hogg, P. W., *Constitutional Law of Canada* 5<sup>e</sup> éd., feuille mobile, (Carswell, 2007), Supp. 2007, vol. 2.

Jackman, M., « Health Care and Equality : Is There a Cure? » (2007), 15 *Health L. J.* 87.

Koshan, J. et J. Watson Hamilton., « Meaningless Mantra : Substantive Equality after *Withler* » (2011), 16 :1 *R. études const.* 31

Malhotra, R. et R. Hansen. « The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Implication for the Equality Rights of Canadians with Disabilities : The Case of Education » (2011), 29 :1 *Windsor YB Access Just.* 73.

Martin, S., « Balancing Individual Rights to Equality and Social Goals » (2001), 80 *R. du B. can.* 299.

McAllister, D. M., « Section 15 — The Unpredictability of the *Law* Test » (2003-2004), 15 *N.J.C.L.* 3.

McIntyre, S., « Deference and Dominance : Equality Without Substance », dans Sheila McIntyre et Sanda Rodgers, éd., *Diminishing Returns : Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Toronto : LexisNexis, 2006), 95.

Moran, M., « Protesting Too Much : Rational Basis Review Under Canada's Equality Guarantee », dans Sheila McIntyre et Sanda Rodgers, éd., *Diminishing Returns : Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Toronto : LexisNexis, 2006), 71.

Morin, A., *Le droit à l'égalité au Canada*, (LexisNexis, 2008).

Peters, Y., « From Tinkering to Transformation : Meiorin Breathes New Hope into Reasonable Accommodation », (Communication présentée par F. Kelly, Y. Peters et S. O'Donnell sur « The Duty to Accommodate : the promise, the reality, the limitations, » lors d'une conférence sur « Transforming Women's Equality : Equality Rights in the New Century, » commanditée par la West Coast LEAF, à Vancouver, 4-7 novembre 1999).

Pothier, D., « BCGSEU : Turning a Page in Canadian Human Rights Law » (1999-2001), 11 *Const. F.* 19.

Pothier, D., « Connecting Grounds of Discrimination to Real People's Real Experiences » (2001), 13 *C.J.W.L.* 37.

Pothier, D., « Equality as a Comparative Concept : Mirror, Mirror, on the Wall, What's the Fairest of Them All? » dans Sheila McIntyre et Sanda Rodgers, éd., *Diminishing Returns : Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Toronto : LexisNexis, 2006), 135.

Pothier, D., « Tackling Disability Discrimination at Work : A Systemic Approach » (2010), 4 :1 *M.J.L.H.* 17.

Proulx, D., « Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination : deux Chartes, deux modèles », [2003] *R. du B.* (numéro spécial) 485.

*Rapport fédéral de 2010 sur les personnes handicapées : Rapport annuel du gouvernement du Canada sur la condition des personnes handicapées*, (Ressources humaines et Développement des compétences Canada, 2010), ch. 1. En ligne : [http://www.rhdcc.gc.ca/fra/condition\\_personnes\\_handicapees/rapports/rhf/2010/page00.shtml](http://www.rhdcc.gc.ca/fra/condition_personnes_handicapees/rapports/rhf/2010/page00.shtml)

Réaume, D., « Defending the Human Rights Codes from the *Charter*, » 9 *J.L.&E* [à paraître en 2012].

Reaume, L. A., « Postcards from O'Malley : Reinvigorating Statutory Human Rights Jurisprudence in the Age of the Charter », dans F. Faraday, M. Denike et K. Stephenson éd., *Making Equality Rights Real : Securing Substantive Equality under the Charter* (Toronto : Irwin Law, 2006), 373.

Reibetanz Moreau, S., « Equality Rights and the Relevance of Comparator Groups » (2006), 5 *J.L. & Equality* 81.

Ryder, B., C. C. Faria et E. Lawrence., « What's Law Good For? An Empirical Overview of Charter Equality Rights Decisions » (2004), 24 *S.C.L.R.* (2d) 103.

Schucher, K. et J. Keene., *Statutory Human Rights and Substantive Equality - Why and How to Avoid the Injury of the Law Approach* (Toronto : LEAF, 2007).

Schucher, K., « Weaving Together the Threads : A New Framework for Achieving Equality in Workplace Standards » (2000), 8 *C.L.E.L.J.* 325

Sheppard, C., « Of Forest Fires and Systemic Discrimination : A Review of *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) c. B.C.G.S.E.U.* », Case Comment, (2000-2001), 46 *R.D. McGill* 533.

Tribunal des droits de la personne de l'Ontario. *Statistiques* (Janvier 2010).

Wright, A., « Formulaic Comparisons : Stopping the *Charter* at the Statutory Human Rights Gate », dans F. Faraday M. Denike et M. K. Stephenson, éd., *Making Equality Rights Real : Securing Substantive Equality Under the Charter* (Toronto : Irwin Law, 2006), 409.

Young, M., « Blissed Out : Section 15 at Twenty », dans Sheila McIntyre et Sanda Rodgers, éd., *Diminishing Returns : Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Markham, Ont. : LexisNexis, 2006), 45.