

Le rôle des syndicats québécois en matière d'accommodement des personnes handicapées

Me Annick Desjardins

ADesjardins@scfp.qc.ca

Syndicat canadien de la fonction publique
565 Crémazie est, bureau 7100
Montréal, Québec H2M 2V9

L'obligation d'accommodement, en lien avec le maintien en emploi des salariés aux prises avec des problèmes de santé^[1], a connu une ampleur importante depuis environ une dizaine d'années. Cette dimension du droit à l'égalité a pris son envol à la faveur d'une évolution jurisprudentielle qui a marqué le droit du travail au Québec et au Canada dans un courant qu'on qualifie de « constitutionnalisation du droit du travail » (Brunelle, Coutu et Trudeau, 2007). En effet, l'obligation d'accommodement, à titre de mesure de redressement ponctuelle face à une situation de discrimination, relève du droit à l'égalité consacré dans les instruments législatifs de nature constitutionnelle ou quasi constitutionnelle. L'obligation ayant un caractère prédominant sur toute autre norme législative ou contractuelle, elle s'est imposée au fil des ans aux acteurs syndicaux et patronaux des milieux de travail.

Un arrêt de la Cour suprême du Canada a marqué cette évolution en ce qui concerne les incapacités au travail : en effet, la décision *Ville de Montréal et Ville de Boisbriand*^[2], rendue en l'an 2000, a offert une définition de la notion de « handicap », un motif de discrimination illicite, qui englobe une large panoplie d'affections, symptomatiques ou non, de sorte que l'absence du travail pour invalidité doit dorénavant être envisagée sous l'angle du droit à l'égalité (Brunelle, Coutu et Trudeau, 2007 : 26). Jusque-là, la prise en charge des salariés incapables d'assumer leurs fonctions habituelles pour des raisons de santé était perçue comme un avantage ou un privilège. Cet avantage pouvait être accordé par l'État ou négocié par le syndicat et assumé par l'employeur. Par contre, vue sous l'angle du droit à l'égalité, la prise en charge des salariés en état d'invalidité partielle ou totale, temporaire ou permanente, devient un élément de réparation face à une atteinte à un droit fondamental. Cette façon de caractériser la situation du salarié emporte le nécessaire réexamen des obligations corollaires des acteurs et de leur rôle en pratique.

Nous proposons dans ce texte de présenter le rôle de l'acteur syndical québécois à la lumière de cette évolution du droit, et d'en aborder les limites. Pour situer ce rôle, nous présentons d'abord les caractéristiques du régime québécois des rapports collectifs du travail. Nous abordons ensuite

deux dimensions de l'encadrement juridique du rôle des organisations syndicales : le devoir de représentation et la responsabilité syndicale en matière de discrimination. À la lumière de cet encadrement, nous présentons les pratiques syndicales en ce qui concerne l'accommodement des personnes handicapées, d'abord en regard de l'administration de la convention collective, ensuite dans le cadre de la négociation collective, tout en plaidant en faveur d'une approche systémique. Enfin, nous présentons ce que nous avons défini comme étant les principaux obstacles à l'action syndicale favorisant l'accommodement des personnes handicapées.

I. Caractéristiques du régime québécois des rapports collectifs du travail

D'abord, voyons les principales caractéristiques du régime syndical québécois afin de situer le rôle des syndicats dans le contexte nord-américain de la réglementation des relations de travail.

Le régime encadrant la majeure partie de la syndicalisation au Québec est basé sur le modèle américain : la liberté d'association des salariés se manifeste par le choix d'une organisation qui agira comme représentante de la collectivité des salariés d'une entreprise dans leurs relations avec l'employeur. Ce choix sera reconnu par un organisme public qui accordera le statut de représentant exclusif des salariés à l'organisation qui regroupe la majorité d'entre eux dans une unité donnée. Ce statut est conféré par l'accréditation, qui investit le syndicat, majoritaire au sein de l'unité de négociation, d'un monopole de représentation. L'unité de négociation est composée d'un ensemble de fonctions chez un même employeur. On peut retrouver plusieurs unités de négociation dans une entreprise, regroupant des fonctions qui ont une certaine communauté d'intérêt, ou encore une seule unité regroupant tous les salariés de l'employeur.

L'octroi de l'accréditation impose à l'employeur de négocier de bonne foi avec l'association accréditée, dans le but de conclure une convention collective. Une fois conclue, la convention collective lie aussi bien les salariés que l'employeur et l'association. La convention doit être approuvée par la majorité des membres de l'unité de négociation, mais les salariés minoritaires seront liés peu importe leur dissidence.

Le régime de reconnaissance des droits syndicaux prive l'employeur du droit de négocier directement avec ses employés^[3]. En raison de sa fonction de représentation exclusive, le syndicat est le seul interlocuteur en matière de relations de travail, et l'employeur ne peut négocier de conditions de travail différentes avec les salariés individuels sans son consentement. Un cadre collectif se substitue donc au droit contractuel traditionnel, fondé sur des rapports individuels entre l'employeur et ses salariés.

Pendant la durée d'une convention collective, la grève et le lock-out sont prohibés. L'administration et l'application de la convention collective sont surveillées par le syndicat qui agit comme « gardien » des droits qu'elle confère aux salariés. Une procédure de règlement des griefs par un tribunal d'arbitrage est obligatoire pour trancher les litiges qui surviennent en cours de convention. Dans l'application de cette convention collective, l'association accréditée exerce tous les recours des salariés qu'elle représente et jouit de larges prérogatives à cet égard. Ce pouvoir emporte celui de régler ou de mener les dossiers à une conclusion au cours d'un arbitrage ou de définir une solution avec l'employeur, à condition de respecter les paramètres de l'obligation légale de représentation.

II. Rôle de l'acteur syndical en matière d'accommodement des personnes handicapées

1. Encadrement juridique

a) Devoir de représentation

Le monopole de représentation syndical s'accompagne évidemment de l'obligation corollaire de s'acquitter de cette représentation de façon juste. Le *Code du travail*^[4] du Québec a codifié le devoir de représentation. L'article 47.2 C.t. le définit en ces termes :

« 47.2. Une association accréditée ne doit pas agir de mauvaise foi ou de manière arbitraire ou discriminatoire, ni faire preuve de négligence grave à l'endroit des salariés compris dans une unité de négociation qu'elle représente, peu importe qu'ils soient ses membres ou non. »

Traditionnellement, cette disposition sanctionne des comportements ou des conduites répréhensibles de la part de l'association : d'abord, elle interdit une conduite empreinte de mauvaise foi qui suppose une intention de nuire, un comportement malicieux, frauduleux, malveillant ou hostile.

Ensuite, les concepts d'arbitraire et de négligence grave définissent la qualité de la représentation syndicale : le syndicat ne saurait traiter la plainte d'un salarié de façon superficielle ou inattentive. Il doit faire enquête au sujet de celle-ci, examiner les faits pertinents ou obtenir un avis juridique, le cas échéant. Une faute grossière dans le traitement d'un grief peut être assimilée à de la négligence grave malgré l'absence d'une intention de nuire. Cependant, la simple incompétence dans le traitement du dossier d'un salarié ne violera pas l'obligation de représentation. On tient généralement compte des ressources de l'association ainsi que des intérêts de l'ensemble de ses membres pour juger de sa responsabilité. L'association jouit donc d'une discrétion importante quant à la forme et à l'intensité des démarches qu'elle entreprendra dans un cas particulier, étant entendu que l'importance du grief pour le salarié impose une intensité plus grande au devoir de représentation.

L'article 47.2 du Code du travail interdit aussi les comportements discriminatoires de la part du syndicat. Cependant, la jurisprudence portant sur cette disposition du Code a été interprétée non pas dans le sens du droit à l'égalité, mais plutôt comme visant les tentatives de défavoriser un individu ou un groupe sans que le contexte des relations de travail dans l'entreprise ne le justifie (Brunelle, 2008 : 95). Mauvaise foi et discrimination impliquent donc toutes deux un comportement vexatoire ou hostile de la part du syndicat. L'analyse se concentre alors sur les motifs de l'action syndicale plutôt que sur leurs effets discriminatoires ou sur l'atteinte au droit à l'égalité. D'ailleurs, l'interprétation du mot « discrimination » employé dans le Code du travail confond l'égalité de traitement avec le traitement identique ou uniforme, lequel est incompatible avec une mesure comme l'accommodement. Pourtant, en matière de discrimination au sens d'atteinte au droit à l'égalité, on ne devrait pas tenir compte de l'intention de l'auteur de cette discrimination, mais bien des effets préjudiciables d'une norme ou d'une mesure (Brunelle, 2008 : 97; Bosset, 2007 : 8; Legault et Bergeron, 2007 : 273-274).

Toutefois, la jurisprudence a reconnu une intensité plus grande à l'obligation de juste représentation lorsque le grief soulève une question de discrimination et la nécessité d'accommoder le salarié (Brunelle, 2008 : 104; Veilleux, 2008 : 117, 126).

Par ailleurs, les intérêts concurrents des autres salariés dans l'unité de négociation constituent un facteur pertinent dans l'évaluation de la conduite de l'association accréditée, dans une perspective qui reflète la nature collective des relations de travail.

b) Responsabilité syndicale en matière d'atteinte au droit à l'égalité

La responsabilité du syndicat en matière d'atteinte au droit à l'égalité a connu des développements de façon parallèle à la jurisprudence portant sur le devoir de représentation. Au

début des années quatre-vingt-dix, un arrêt de la Cour suprême du Canada^[5] a confirmé que l'obligation d'accommodement s'imposait également aux syndicats, et ce, de deux façons :

« En premier lieu, il peut causer la discrimination ou y contribuer d'abord en participant à la formulation de la règle de travail qui a un effet discriminatoire sur le plaignant. Il est généralement ainsi lorsque la règle est une disposition de la convention collective. Il faut présumer que toutes les dispositions sont formulées conjointement par les parties qui assument une responsabilité égale quant à leur effet sur les employés. Je n'estime pas convaincant l'argument selon lequel il faut réexaminer les négociations pour déterminer la partie qui a insisté sur une disposition qui a fini par entraîner un résultat discriminatoire. Cela est particulièrement vrai lorsqu'une partie a insisté pour que la disposition soit appliquée. [...]

« En deuxième lieu, un syndicat peut être responsable pour ne pas avoir composé avec les croyances religieuses d'un employé, même s'il n'a pas participé à la formulation ou à l'application d'une règle ou pratique discriminatoire. Cela peut se produire lorsque le syndicat gêne les efforts raisonnables que l'employeur déploie pour s'entendre avec l'employé. Dans ce cas, on sait qu'une certaine condition de travail a pour effet d'établir une discrimination fondée sur la religion contre un employé et que l'employeur cherche à en supprimer ou à en atténuer l'effet discriminatoire. Si une entente raisonnable n'est possible qu'avec la collaboration du syndicat et que celui-ci bloque les efforts de l'employeur pour supprimer ou atténuer l'effet discriminatoire, le syndicat devient partie à la discrimination. Dans ces circonstances, le syndicat, qui n'est pas initialement partie à la conduite discriminatoire et qui n'a, au départ, aucune obligation d'accommodement, est toutefois tenu de ne pas contribuer à la continuation de la discrimination. Il ne peut se comporter comme s'il était un spectateur et affirmer que la situation de l'employé est une question qu'il appartient strictement à l'employeur de régler. Je partage l'opinion de la majorité, dans la décision Office and Professional Employees International Union, Local 267, à la p. 13, selon laquelle [traduction] "La discrimination dans le milieu de travail est l'affaire de tout le monde". »

Cette affaire portait sur une situation de discrimination liée à des pratiques religieuses. Le salarié, un adventiste du septième jour, travaillait du lundi au vendredi comme gardien dans une école. L'horaire de travail, qui faisait partie de la convention collective, comportait un quart de soirée le vendredi. Toutefois, la religion du salarié lui interdisait de travailler pendant le sabbat de l'Église, soit du coucher du soleil le vendredi au coucher du soleil le samedi. Le seul accommodement possible selon l'employeur était de créer un quart s'étalant du dimanche au jeudi, mais cette mesure nécessitait le consentement du syndicat puisque ce quart de travail n'était pas prévu dans la convention collective. Ce dernier a refusé la solution d'exception et a menacé de déposer un grief. L'employeur a finalement congédié le salarié en raison de son refus de compléter son quart de nuit normal du vendredi.

La Cour suprême a par ailleurs fait les commentaires suivants en regard du rôle de représentation du syndicat dans sa dimension collective:

« [...]Je suis d'accord avec les prétentions du syndicat intimé et du C.T.C. que l'essence de l'obligation du syndicat diffère de celle de l'obligation de l'employeur du fait qu'il faut tenir compte de la nature représentative d'un syndicat. La principale crainte que soulèvent les conséquences de mesures d'accommodement concerne non pas, comme dans le cas de l'employeur, les coûts ou l'interruption qui peuvent en résulter pour

l'entreprise du syndicat, mais plutôt l'effet sur d'autres employés. L'obligation d'accommodement ne devrait pas substituer la discrimination envers d'autres employés à la discrimination subie par le plaignant. Toute atteinte importante aux droits d'autrui justifiera normalement le refus du syndicat de consentir à une mesure qui aurait cet effet. Quoique le critère de la contrainte excessive s'applique au syndicat, on y satisfera souvent en démontrant que l'adoption des mesures d'accommodement proposées causera un préjudice à d'autres employés. Comme je l'ai mentionné précédemment, ce critère est fondé sur le caractère raisonnable des mesures prises ou proposées pour éliminer la discrimination. Étant donné l'importance de promouvoir la liberté de religion dans le milieu de travail, on ne saurait défendre une norme moins stricte. »

Nous avons résumé l'encadrement juridique du rôle des syndicats en matière de discrimination et d'accommodement. En pratique, ce rôle est assumé de différentes façons, dans le cadre de la négociation et de la promotion de meilleures conditions de vie et de travail pour les salariés, ou dans l'administration de la convention collective et de la défense des droits des salariés.

2. Pratiques syndicales en matière d'accommodement des personnes handicapées

a) Administration de la convention collective et défense des droits des salariés

Au départ, l'obligation d'accommodement a été mise en oeuvre à titre de mesure de redressement proprement individuelle face à une situation de discrimination à l'endroit d'un salarié. L'obligation s'est imposée à ce titre aux acteurs des relations de travail, ce qui a eu pour effet de bouleverser des pratiques établies et la conception du rôle syndical comme étant guidé par une logique collective. On peut parler d'une phase de « conscientisation » (Nadeau, 2007 : 165) pendant laquelle les employeurs et les acteurs du monde syndical ont dû apprivoiser leurs nouvelles obligations. Également, les adjudicateurs ont dû s'adapter à la nouvelle réalité : le « panier » des droits et obligations régissant les rapports de travail en milieu syndiqué était considérablement élargi; la convention collective perdait son caractère purement privé pour dorénavant assumer une fonction publique englobant obligatoirement l'arbitrage des griefs portant sur les normes d'ordre public et les droits fondamentaux de la personne^[6].

Dans les milieux de travail syndiqués, en pratique, avant les développements entourant le droit à l'égalité, il était habituel que l'employeur et le syndicat discutent d'accommodements de toutes sortes, puisque le syndicat pouvait être appelé à intervenir dans des situations de retour au travail après une absence pour invalidité, ou encore à traiter des dossiers d'accidents de travail. Cependant, tant et aussi longtemps que le droit fondamental à un accommodement n'avait pas été confirmé, la marge de manoeuvre pour revendiquer des mesures d'adaptation pour un salarié était bien mince. Par ailleurs, la pratique voulait généralement qu'on s'en tienne à des solutions qui ne modifiaient en rien les règles prévues à la convention collective. Jusque-là donc, la prise en charge des incapacités au travail n'entraînait pas en conflit avec les intérêts des autres salariés aptes au travail.

Avec l'évolution de la protection du droit à l'égalité réelle, la dynamique a évidemment changé. Le syndicat a entre les mains un puissant outil de revendication pour ses membres aux prises avec des problèmes de santé mais, du coup, il a aussi une lourde obligation envers ces salariés. Le syndicat est alors aux prises avec des conflits de droits, ceux du salarié inapte vis-à-vis les droits prévus à la convention collective qu'il a lui-même négociés pour encadrer le droit de gérance de l'employeur : horaires de travail, règles d'affectations, statuts d'emploi, ancienneté, priorités d'embauche, descriptions de tâches, etc.

On peut penser que l'adaptation à ce changement de paradigme est chose faite, du point de vue de la prise de conscience. Toutefois, il reste encore beaucoup à faire pour promouvoir le développement d'une approche plus proactive face aux problèmes vécus au quotidien : on se trouve encore en mode réactif, en ce sens qu'on réagit aux demandes individuelles plutôt que de travailler à la mise en place de normes, de pratiques et de mécanismes de gestion adaptés au droit à l'égalité.

b) Négociation de la convention collective : une approche systémique ou individualisée de l'accommodement?

Il aurait été intéressant que les syndicats prennent les devants après la « phase de conscientisation » et entreprennent un virage pour passer du mode de défense des droits vers le mode de revendication d'une approche systémique d'intégration et de maintien en emploi pour les salariés ayant des limitations fonctionnelles. Jusqu'à maintenant, leur rôle en regard de la négociation et de la revendication en cette matière a été concentré sur les questions de santé et sécurité au travail, donc sur la prévention des accidents de travail et maladies professionnelles. Quant aux autres sources de limitations fonctionnelles (les « conditions personnelles »), les syndicats se sont limités, bien souvent, à négocier des protections comme l'assurance invalidité, laissant la gestion des dossiers à l'assureur et à l'employeur.

Dans le cadre de son monopole de représentation, le syndicat est en mesure de négocier des mesures d'accommodement de nature collective qui peuvent être intégrées dans la convention collective (Veilleux, 2008 : 129). Également, le syndicat et l'employeur sont les mieux placés, au moment de la négociation de la convention, pour revoir ses dispositions qui constituent des obstacles à l'égalité des salariés ayant des limitations fonctionnelles.

À cet égard, la Cour suprême du Canada envoie des messages contradictoires aux acteurs des relations de travail. À la fin de la décennie quatre-vingt-dix, celle-ci tendait vers une approche plus avant-gardiste, indiquant aux employeurs qu'il fallait cesser, en quelque sorte, de réagir aux demandes d'accommodement et qu'il fallait plutôt concevoir ou revoir les normes pour le milieu de travail en évitant de faire inutilement abstraction des différences entre les personnes : les normes elles-mêmes devaient permettre de tenir compte de la situation de chacun lorsqu'il est raisonnablement possible de le faire (Desjardins, 2008). En effet, dans un arrêt qui a marqué le droit du travail canadien^[7], la Cour a développé une méthode d'analyse pour évaluer si une norme qui porte atteinte au droit à l'égalité peut être justifiée. Elle écrit à ce sujet :

Cette méthode est fondée sur la nécessité d'établir des normes qui composent avec l'apport potentiel de tous les employés dans la mesure où cela peut être fait sans que l'employeur subisse une contrainte excessive. Il est évident que des normes peuvent léser les membres d'un groupe particulier. Mais, comme le juge Wilson l'a fait remarquer dans Central Alberta Dairy Pool, précité, à la p. 518, « [s'il est possible de trouver une solution raisonnable qui évite d'imposer une règle donnée aux membres d'un groupe, cette règle ne sera pas considérée comme [une EPJ [exigence professionnelle justifiée]] ». Il s'ensuit que la règle ou la norme jugée raisonnablement nécessaire doit composer avec les différences individuelles dans la mesure où cela ne cause aucune contrainte excessive. À moins qu'aucun accommodement ne soit possible sans imposer une contrainte excessive, la norme telle qu'elle existe n'est pas une EPJ, et la preuve prima facie de l'existence de discrimination n'est pas réfutée. »

À notre avis, cet arrêt aurait dû permettre de promouvoir des solutions plus proactives pour faciliter le maintien en emploi où la réintégration en emploi des personnes ayant des limitations fonctionnelles. La Cour invitait les acteurs à repenser les normes et exigences d'emploi, à la limite

même, les modes d'organisation du travail, en exigeant une forme de prévention des atteintes ou des réparations collectives plutôt qu'individuelles. Cependant, cet appel à tous n'a pas trouvé grand écho. Les employeurs, comme les syndicats, ont continué de gérer les situations individuelles au cas par cas, plutôt que de négocier des mesures plus structurantes et moins conflictuelles, se privant de ce fait d'outils intéressants pour faciliter la gestion de l'invalidité au travail.

Récemment, la Cour suprême du Canada ne leur a pas rendu la tâche facile, et a plutôt jeté une douche froide aux promoteurs de l'accommodement « collectif » en insistant sur le fait que l'accommodement constituait une mesure individualisée à évaluer au cas par cas^[8]. Paradoxalement, la Cour a tenu ce raisonnement dans un contexte particulier où l'employeur prétendait qu'une clause de la convention collective était un « accommodement » négocié par les parties, ce que ce dernier contestait. Il s'agissait d'une clause permettant à l'employeur de mettre fin à l'emploi d'une personne si celle-ci avait connu trente-six mois d'absence pour invalidité. La Cour écrit :

19. L'existence d'une telle période, négociée et inscrite dans la convention collective, signale que l'employeur et le syndicat se sont penchés sur les caractéristiques de l'entreprise et ont convenu que, au-delà de cette période, l'employeur était en droit de mettre fin à l'emploi de la personne malade. Le consensus établi est important, parce qu'il émane des personnes qui connaissent le plus les conditions particulières de l'entreprise et, de surcroît, parce que ces personnes représentent des intérêts différents. [...]

20. La période négociée par les parties est donc un élément pertinent dans l'appréciation de l'obligation d'accommodement raisonnable. De telles clauses ne déterminent pas de façon définitive la mesure d'accommodement particulière à laquelle un employé a droit, car chaque cas doit être évalué selon les circonstances qui lui sont propres. Dans Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin, le juge Cory a fait les observations suivantes :

Les dispositions d'une convention collective ne peuvent dégager ni l'employeur ni le syndicat de l'obligation d'accommodement. Cependant, les modalités de la convention sont pertinentes pour évaluer le degré de contrainte qui peut résulter de l'ingérence dans ses conditions. Ainsi, comme on le souligne à la p. 987 de l'arrêt Renaud, précité, une dérogation importante à l'application normale des conditions d'emploi prévues dans la convention collective peut constituer une ingérence excessive dans l'exploitation de l'entreprise de l'employeur. [p. 551]

Ni l'employeur, ni le syndicat ne peuvent imposer une période plus courte que celle à laquelle une personne malade a droit en vertu de la législation sur les droits de la personne et en fonction des faits et des critères qui s'appliquent à son cas particulier. Une telle clause serait inopposable à l'employé qui a droit à une période plus longue. En effet, comme le droit à l'égalité est un droit fondamental, les parties à une convention collective ne peuvent convenir d'une protection moindre que celle reconnue par la législation sur les droits de la personne et elles ne peuvent fixer cette période à l'avance de façon définitive, étant donné que les circonstances particulières de chaque cas ne sont connues qu'au moment où elles se produisent, c'est-à-dire après la signature de la convention collective.

[...]

22. *Le caractère individualisé du processus d'accommodement ne saurait être minimisé. En effet, l'obligation d'accommodement varie selon les caractéristiques de chaque entreprise, les besoins particuliers de chaque employé et les circonstances spécifiques dans lesquelles la décision doit être prise. Tout au long de la relation d'emploi, l'employeur doit s'efforcer d'accommoder l'employé. Cela ne signifie pas pour autant que les contraintes afférentes à l'accommodement doivent nécessairement être à sens unique. Dans O'Malley (p. 555) et dans Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud, [1992] 2 R.C.S. 970, la Cour a reconnu que, lorsque l'employeur fait une proposition qui est raisonnable, il incombe à l'employé d'en faciliter la mise en œuvre. Si l'absence de coopération de l'employé est à l'origine de l'échec du processus d'accommodement, sa plainte pourra être rejetée. Comme le dit le juge Sopinka dans Central Okanagan, « [l]e plaignant ne peut s'attendre à une solution parfaite » (p. 995). L'obligation de l'employeur, du syndicat et de l'employé est d'arriver à un compromis raisonnable. L'accommodement raisonnable est donc incompatible avec l'application mécanique d'une norme d'application générale. En ce sens, le syndicat a raison de dire que la détermination de la mesure de l'accommodement ne peut reposer sur l'application aveugle d'une clause conventionnelle. L'arbitre peut examiner la norme prévue par la convention collective pour s'assurer que son application satisfait à l'obligation d'accommodement qui incombe à l'employeur.*

Dans cette affaire, la clause dont il était question n'avait pas été négociée à titre d'accommodement. Mais si tel avait été le cas, la Cour venait de compromettre la capacité des acteurs de reformuler les normes de façon proactive dans une logique collective. Cette décision de la Cour suprême est assez troublante du fait que la Cour ait considéré que dans le cas sous étude, le délai de trois ans était suffisant et qu'il était loisible à l'employeur de congédier la salariée. Or, il s'agissait d'un cas patent de circonstances exceptionnelles qui rendait manifestement injuste l'application automatique et sans nuance de la règle du trente-six mois. En effet, la salariée avait eu un accident d'automobile pendant une période d'invalidité pour une toute autre raison, quasiment à la veille de son retour au travail. Elle attendait une date d'opération dans le système de santé public au moment où elle a été congédiée. Comble de l'absurde, l'employeur dans cette affaire est un centre hospitalier public.

La Cour replace donc ici les parties dans une logique de gestion au cas par cas, tout en donnant des balises incompréhensibles aux acteurs, de sorte qu'ils continueront de se gouverner en s'affrontant sur la définition des limites de leurs droits et obligations dans des cas particuliers.

III. Limites de l'action syndicale

Outre les difficultés inhérentes à une définition floue des contours de l'obligation d'accommodement et à l'obligation de gérer les situations au cas par cas, l'action syndicale visant à promouvoir l'intégration et le maintien en emploi des salariés ayant des incapacités est limitée par un bon nombre de problèmes.

Il faut comprendre ici que lorsqu'on parle d'action syndicale, on parle de syndicats qui peuvent prendre une multitude de formes : il peut s'agir d'une association regroupant quelques dizaines de salariés, dont les représentants sont des bénévoles qui font leur travail syndical en sus des heures de travail, l'association pouvant par ailleurs être affiliée à une organisation plus grande qui fournit des services conseils spécialisés et une capacité de mobilisation de ressources pour les fins de la négociation et de la revendication. On peut aussi parler d'un syndicat de grande taille, regroupant des centaines de salariés, dont certains représentants sont libérés et rémunérés à temps plein pour leurs fonctions syndicales. Ces personnes ont généralement accès à de la

formation spécialisée. Les ressources, les modes de dispensation des services, les structures et le militantisme syndical varient énormément d'une organisation à l'autre, en fonction de sa taille, des occupations des membres qu'elle représente, des secteurs d'activité où elle oeuvre, de ses affiliations, etc. Dans tous les cas, les moyens financiers à sa disposition, via les cotisations syndicales ou les modes de répartition propres à son affiliation, détermineront sa capacité d'agir, que ce soit en aval ou en amont des problèmes.

1. Judiciarisation accrue

Tout d'abord, étant donné le paradigme du cas par cas imposé par la jurisprudence, beaucoup de situations d'accommodement opposent les parties et ne sont pas facilement réglées par les discussions en relations de travail. Beaucoup trop de dossiers sont donc judiciarisés (Lamoureux, 2008 : 175). Or, cela entraîne des coûts importants pour les syndicats. En raison de leur complexité, ces dossiers demandent souvent d'être pris en charge par des juristes ou des conseillers spécialisés. Malgré la formation et l'information offertes par les organisations syndicales aux délégués et dirigeants syndicaux à tous les niveaux, il est difficile de faire en sorte que chacun connaisse les derniers développements jurisprudentiels en matière de droits de la personne et d'accommodement. Cela est d'autant plus vrai que ces questions impliquent des débats de droit administratif très complexes, liés à une panoplie de conflits juridictionnels et d'interactions entre différents régimes législatifs.

À titre d'exemple, lorsque l'incapacité au travail résulte d'une lésion professionnelle (un accident de travail ou une maladie professionnelle), le régime d'indemnisation prévu à la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* (L.R.Q., c. A-3.001; ci-après « LATMP ») encadre les droits et obligations du salarié et de l'employeur. Il s'ensuit un conflit de normes, ainsi qu'un conflit de compétence entre l'arbitre de griefs et les instances mises en place dans cette loi (Laflamme, 2007 : 215). La jurisprudence n'est toujours pas fixée à cet égard. La difficulté devient quasi insurmontable lorsque l'existence même d'une lésion professionnelle est contestée, entraînant du coup des raisonnements circulaires qui empêchent de voir clair dans ce conflit juridictionnel.

D'autres questions d'ordre juridictionnel peuvent être soulevées en regard de la compétence du tribunal sur des atteintes à la vie privée, l'obligation de divulguer le dossier médical, le secret professionnel, le possible conflit d'intérêt du syndicat dans le cas d'une atteinte au droit à l'égalité (Rivet, 2008 : 197), questions qui peuvent être adressées à d'autres tribunaux statutaires comme la Commission d'accès à l'information ou le Tribunal des droits de la personne.

Même dans un cas relativement « simple » qui ne déclenche pas de tels conflits, si les parties ne s'entendent pas sur la portée des droits du salarié et des obligations de l'employeur, l'arbitrage du grief sera nécessaire. Or, l'arbitrage est un système coûteux pour régler de tels litiges qui ne concernent pas uniquement l'interprétation d'un texte de convention collective. Les dossiers d'accommodement demandent habituellement une preuve de la capacité et des limitations fonctionnelles du salarié, ainsi qu'une preuve du pronostic, une preuve des accommodements envisagés, ainsi que des accommodements possibles qui n'ont pas été envisagés ou retenus par l'employeur. De plus, la plaidoirie en droit sera fondée sur des précédents jurisprudentiels, lesquels peuvent être nombreux. Ces dossiers demandent plusieurs journées d'audition devant l'arbitre de griefs, un tribunal dont les frais sont, de façon générale, assumés à parts égales par le syndicat et l'employeur. Au surplus, la preuve demande la plupart du temps le témoignage d'experts médicaux dont les frais sont assumés par la partie qui les assigne.

Aux coûts qu'on peut parfois qualifier d'exorbitants, s'ajoute le fait que les arbitres, les experts et les procureurs ont des horaires à concilier, de sorte que ces dossiers sont entendus plusieurs

mois après le début de la mésentente, et une décision intervient souvent après plusieurs années. Quant à l'efficacité ou l'efficience de ce mode de gestion des dossiers d'invalidité, inutile de dire qu'elle laisse à désirer. Pour le côté humain de la chose, on se passe de commentaires.

En outre, si le salarié n'est pas satisfait de l'issue de son dossier, il peut porter plainte à la Commission des relations du travail pour manquement au devoir de représentation.

2. Arbitrage des droits par le syndicat

Ceci nous amène à traiter du rôle du syndicat lorsque l'accommodement recherché risque de porter atteinte aux droits (ou aux privilèges) des autres salariés. Le syndicat se trouve alors à agir comme arbitre des droits de ses membres, envers lesquels il a un devoir de juste représentation (Rivet, 2008 : 196). Dans quelles circonstances les privilèges liés à l'ancienneté doivent-ils céder le pas pour faire place à l'accommodement d'une personne handicapée (Brunelle, 2004; Joachim, 1998)? Dans le cas où un poste est convoité par plus d'une personne ayant des limitations fonctionnelles, qui doit-on privilégier : la personne la plus limitée? Comment déterminer la solution optimale dans un tel cas? Jusqu'où le syndicat peut-il exiger du salarié un compromis par rapport à son droit à l'égalité réelle afin de ne pas empiéter sur les droits d'autrui? La réponse, ou l'absence de réponse, à une multitude de questions délicates qui se posent au quotidien dans des situations données dépendra essentiellement des connaissances, de l'expérience, de la formation reçue et des valeurs des représentants syndicaux. Ceux-ci subissent inévitablement la pression des membres aptes au travail, avec en sus les préjugés et stéréotypes sur la capacité des personnes et la résistance aux mesures d'accommodement qui sont souvent perçues comme des privilèges indus (Nadeau, 2008 : 167-168).

Ces préjugés et ces résistances sont particulièrement présents lorsque l'atteinte au droit à l'égalité n'est pas perçue comme telle, par exemple lorsque l'incapacité au travail semble exagérée aux yeux des collègues de travail (Desjardins, 2006). L'installation d'une rampe d'accès pour accommoder une personne qui se déplace en fauteuil roulant ne sera pas perçue comme un privilège indu. Par contre, il en sera tout autrement pour l'achat d'un magnifique fauteuil ergonomique pour la personne qui souffre de douleurs lombaires chroniques.

3. Santé mentale et harcèlement psychologique

Les préjugés et stéréotypes dominent lorsque l'invalidité résulte d'un problème de santé mentale. Très peu de collègues de travail accepteront de voir une personne qui a de difficiles relations interpersonnelles jouir de « privilèges » par rapport à leur propre situation. Cela complique évidemment le travail des représentants syndicaux et un certain recul de leur part est essentiel dans ces situations de relations tendues. Cependant, ce recul est parfois, même souvent, impossible.

Ceci nous amène à soulever une autre difficulté majeure pour l'action syndicale : l'interrelation entre les problèmes de santé mentale et les situations de harcèlement psychologique, lesquelles sont envisagées par des dispositions législatives^[9] qui à leur tour entraînent leur lot de conflits de normes et de juridiction. Cette problématique en elle-même mériterait tout un symposium, mais on ne saurait passer sous silence à quel point les représentants syndicaux ne sont pas outillés pour gérer ces situations difficiles. Ces représentants peuvent être eux-mêmes impliqués, directement ou indirectement, dans des dynamiques de groupe conflictuelles, ce qui peut être un obstacle sérieux à une saine gestion de l'accommodement pour la personne qui souffre d'un problème de santé mentale dans un tel contexte.

4. Situation économique, précarisation de l'emploi et approche systémique

Dans un contexte économique où les entreprises demandent aux salariés une flexibilité accrue, des gains de productivité et un rendement supérieur en espérant des réductions de coûts de main-d'oeuvre, pour faire face à la concurrence ou pour se sortir d'une crise financière, il est assez difficile pour les syndicats de revendiquer le droit à l'égalité des personnes handicapées dans une perspective systémique. En effet, les employeurs demandent de la flexibilité, mais ont tendance à ne pas en donner : accommoder l'absence pour invalidité semble une contrainte excessive, malgré l'absence de démonstration de cette contrainte au-delà des idées préconçues (Brunelle, 2008b : 129).

À cet égard, la notion de « prestation de travail » est laissée à l'entière discrétion de l'employeur qui pourra la définir comme étant intermittente et précaire lorsque cela convient à son mode d'organisation du travail. Par contre, aux fins d'accommoder une personne qui ne peut fournir une prestation régulière à plein temps, la souplesse qu'on demande à certains salariés ne sera pas offerte à la personne handicapée. Une illustration éloquente de ce constat est l'affaire *Hydro-Québec*^[10] dans laquelle la Cour suprême a avalisé la position de l'employeur voulant qu'il s'agisse d'une contrainte excessive que d'accommoder une prestation de travail intermittente, même pour une très grande entreprise.

S'agit-il là de manifestations de la discrimination systémique, caractérisée par des préjugés et stéréotypes sur la capacité des personnes et liée à une organisation du travail fondée sur le modèle de la personne pleinement apte? Sans doute que c'est à ce phénomène que les syndicats seront appelés à s'attaquer dans un proche avenir.

Conclusion

Pour pouvoir agir de façon à favoriser l'intégration et le maintien en emploi des personnes aux prises avec des problèmes de santé, les organisations syndicales devront entreprendre un dialogue constructif avec les employeurs afin de dégager des pistes de solution proactives, de nature systémique. À notre avis, il faudra aussi une sensibilité accrue des instances judiciaires face à la discrimination systémique et aux difficultés pratiques d'une gestion individualisée des accommodements.

La démarche élaborée par la Cour suprême dans l'affaire *Meiorin* (précitée, note vii) nous semblait porteuse d'avenir puisque la Cour invitait les acteurs des relations de travail à tenir compte de l'obligation d'accommodement dans la formulation ou l'élaboration des normes en milieu de travail.

Cependant, avec les affaires *CUSM* et *Hydro-Québec* (précitées, notes viii et x), on constate une certaine tiédeur de la Cour à l'égard de l'obligation d'accommodement liée aux problèmes de santé, du moins dans le domaine de l'emploi. Pourtant, pour ce qui est de la fourniture de services aux personnes handicapées, la Cour suprême demeure très exigeante quant à la démonstration d'une contrainte excessive^[11]. Cela nous apparaît paradoxal compte tenu de l'importance que comporte le travail pour la dignité de la personne, selon l'opinion même de la Cour suprême :

« Le travail est l'un des aspects les plus fondamentaux de la vie d'une personne, un moyen de subvenir à ses besoins financiers et, ce qui est tout aussi important, de jouer un rôle utile dans la société. L'emploi est une composante essentielle du sens de l'identité d'une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel. C'est pourquoi, les conditions dans lesquelles une personne travaille sont très importantes pour ce qui est de façonner l'ensemble des aspects psychologiques, émotionnels et physiques de sa dignité et du respect qu'elle a

d'elle-même. »^[12]

Malgré que l'obligation d'accommodement ne soit pas l'équivalent d'une véritable démarche systémique visant l'intégration et le maintien en emploi des personnes handicapées, il serait souhaitable que les enseignements contenus dans l'arrêt *Meiorin* (précité, note vii) continuent de guider les acteurs des relations de travail afin que les normes, pratiques de gestion et clauses de conventions collectives tiennent compte des besoins particuliers liés aux problèmes de santé des salariés dans une perspective plus proactive.

Bibliographie

BOSSET, Pierre (2007), « Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable », dans Myriam Jézéquel (dir.), *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où? Des outils pour tous*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 3.

BRUNELLE, Christian (2001), *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Cowansville, Éditions Yvon Blais.

BRUNELLE, Christian (2004), « Droits d'ancienneté et droits à l'égalité : l'impossible accommodement? », dans *Développements récents en droit du travail*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Yvon Blais, 101.

BRUNELLE, Christian (2008), « Le devoir syndical de juste représentation et l'obligation d'accommodement raisonnable : de l'importance de négocier... un virage », dans Roch Laflamme (coord.), *Quels accommodements raisonnables en milieu de travail?*, Québec, Presses de l'Université Laval, 93.

BRUNELLE, Christian (2008b), « Les droits fondamentaux et la convention collective : l'arrêt *Centre universitaire de santé McGill*, un cas d'absentéisme judiciaire? » dans Dominic Roux et Anne-Marie Laflamme (dir.), *Rapports hiérarchiques ou anarchiques des règles en droit du travail*, Montréal, Wilson Lafleur, 124.

BRUNELLE, Christian, Michel Coutu et Gilles Trudeau (2007), « La constitutionnalisation du droit du travail : un nouveau paradigme », *Cahiers de droit*, vol. 48, n^o 1-2, 5.

DESJARDINS, Annick (2006), « Pourquoi la discrimination en emploi subsiste-t-elle? Le point de vue d'une syndicaliste militante », dans Esther Déom, Jacques Mercier et Sylvie Morel (dir.), *La discrimination en emploi : quels moyens faut-il prendre?*, Québec, Presses de l'Université Laval, 67.

DESJARDINS, Annick (2008), « Le droit à l'égalité et le mythe de la normalité », dans Roch Laflamme (coord.), *Quels accommodements raisonnables en milieu de travail?*, Québec, Presses de l'Université Laval, 35.

JOACHIM, Kaye (1998), « Seniority Rights and the Duty to Accommodate », 24 *Queen's L.J.* 131.

LAFLAMME, Anne-Marie (2007), « Le droit de retour au travail et l'obligation d'accommodement : le régime de réparation des lésions professionnelles peut-il résister à l'envahisseur? », *Cahiers de droit*, vol. 48, n^o 1-2, 215.

LAFLAMME, Anne-Marie (2008), « La mise en oeuvre de l'obligation d'accommodement

raisonnable en cas d'incapacités : un vecteur d'intégration et de maintien en emploi des salariés handicapés », dans Roch Laflamme (coord.), *Quels accommodements raisonnables en milieu de travail?*, Québec, Presses de l'Université Laval, 5.

LAFLAMME, Anne-Marie et Dominic Roux (2007), « Le droit de congédier un employé physiquement ou psychologiquement inapte : revu et corrigé par le droit à l'égalité et le droit au travail », *Cahiers de droit*, vol. 48, n^o 1-2, 189.

LAMOUREUX, François (2008), « Les acteurs des milieux de travail et la convention collective », dans Dominic Roux et Anne-Marie Laflamme (dir.), *Rapports hiérarchiques ou anarchiques des règles en droit du travail*, Montréal, Wilson Lafleur, 174.

LEGAULT, Marie-Josée (2005), « Droits de la personne, relations du travail et défis pour les syndicats contemporains », *Relations industrielles/Industrial Relations*, vol. 60, n^o 4, 683.

LEGAULT, Marie-Josée et Philippe Bergeron (2007), « La promotion des droits de la personne influe-t-elle sur l'évolution des plaintes portant sur le devoir syndical de juste représentation au Québec (1978-2005)? », *Cahiers de droit*, vol. 48, n^o 1-2, 249.

NADEAU, Denis (2008), « Les acteurs des milieux de travail et la convention collective », dans Dominic Roux et Anne-Marie Laflamme (dir.), *Rapports hiérarchiques ou anarchiques des règles en droit du travail*, Montréal, Wilson Lafleur, 162.

POULIN, Lise (2008), « Commentaires - Le rôle des syndicats en regard de l'obligation d'accommodement en milieu de travail », dans Roch Laflamme (coord.), *Quels accommodements raisonnables en milieu de travail?*, Québec, Presses de l'Université Laval, 130.

RIVET, Michèle (2008), « Un droit du travail en mutation », dans Roch Laflamme (coord.), *Quels accommodements raisonnables en milieu de travail?*, Québec, Presses de l'Université Laval, 188.

VEILLEUX, Diane (2008), « À quelles conditions la décision syndicale s'impose-t-elle aux salariés syndiqués en matière de droit à l'égalité? », dans Roch Laflamme (coord.), *Quels accommodements raisonnables en milieu de travail?*, Québec, Presses de l'Université Laval, 109.

[1] Pour les fins de ce texte, nous employons les mots « invalidité », « incapacité », « limitations fonctionnelles », « handicap » ou « déficience » sans nous attarder aux nuances terminologiques entre ces différents concepts. Pour nos fins, il s'agit dans tous les cas d'une notion visant à cerner l'état de santé d'un individu qui entraîne pour lui un désavantage en cours d'emploi, ce qui déclenche une protection constitutionnelle de son droit à l'égalité.

[2] *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville); Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, 2000 CSC 27, [2000] 1 R.C.S. 665.

[3] *Noël c. Société d'énergie de la Baie James*, 2001 CSC 39, [2001] 2 R.C.S. 207.

[4] L.R.Q. c. C-27.

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

[6] *ParrySound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157.

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

[8] *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, 2007 CSC 4, [2007] 1 R.C.S. 161 (arrêt *CUSM*).

[9] Articles 81.18 et s. et 123.6 et s. de la *Loi sur les normes du travail* (L.R.Q., c. N-1.1).

[10] *Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)* (arrêt *Hydro-Québec*), 2008 CSC 43. Voir la décision de la Cour d'appel pour un récit détaillé des faits : *Syndicat des employées et employés de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ) c. Hydro-Québec*, 2006 QCCA 150 (CanLII).

[11] Voir à cet égard l'affaire *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650.

[12] *Renvoi relatif au Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, p. 368. La citation a été reprise maintes fois par la suite (nous l'avons répertoriée dans seize autres arrêts).

