

**LA DISCRIMINATION EN EMPLOI FONDÉE SUR LA GROSSESSE
ET LE CONTRAT DE TRAVAIL À DURÉE DÉTERMINÉE**

Document de travail

Janvier 1994

Note

Ce document a été publié par la Commission des droits de la personne. Le 29 novembre 1995, cette commission a été fusionnée avec la Commission de protection des droits de la jeunesse. Le nom du nouvel organisme est **Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse**.

Recherche et rédaction :

M^e Michel Coutu et M^e Maurice Drapeau, conseillers juridiques
Direction de la recherche

INTRODUCTION

1. L'une des barrières à l'égalité en emploi des femmes est sans conteste la discrimination fondée sur la grossesse. Celle-ci prend racine dans tous les préjugés sur le rôle des femmes dans la société, entre autres celui voulant que la perspective de la maternité les rend peu disponibles à l'emploi.

Les effets de cette forme de discrimination sont particulièrement manifestes par rapport aux très nombreuses femmes qui n'occupent que des emplois qualifiés de précaires. Sans sécurité d'emploi et menacées de discrimination fondée sur la grossesse, ces femmes sont dans la plus complète insécurité relativement à la planification d'une maternité.

2. C'est dire que la discrimination fondée sur la grossesse doit être analysée en tenant compte du phénomène de l'augmentation des contrats à durée déterminée, c'est-à-dire les contrats accordés pour des périodes de temps limité, bien qu'ils soient souvent renouvelables pour plusieurs périodes successives.

Dans ce contexte, l'inquiétude réelle des femmes est de se voir refuser un contrat ou un renouvellement de contrat à cause de leur grossesse, ce qui peut avoir l'effet social de forcer plusieurs femmes à renoncer à la maternité.

3. En réponse aux problèmes particuliers posés par les contrats à durée déterminée, en droit du travail et en matière de droits et libertés, on adopte de plus en plus une interprétation non formaliste du contrat de travail. Selon cette interprétation, malgré sa durée limitée, le contrat de travail à durée déterminée peut créer un lien d'entreprise, auquel sont associés certains avantages, dans la mesure où il est susceptible d'ouvrir la porte à des contrats successifs (I).

4. La discrimination fondée sur la grossesse doit donc être examinée à la lumière de cette notion de lien d'entreprise. En effet, l'exigence de disponibilité à l'emploi doit être appréciée en tenant compte des avantages qui découlent du lien d'entreprise. Dans ce contexte, l'obligation d'adaptation raisonnable, sans contrainte excessive, a une portée d'autant plus grande que l'effet discriminatoire

entraîne la perte d'avantages importants (II).

I. LA NOTION DE LIEN D'ENTREPRISE OU L'INTERPRÉTATION NON FORMALISTE DU CONTRAT DE TRAVAIL

1. Le droit des contrats est susceptible d'être envisagé dans une perspective formaliste, centrée sur l'accord formel des volontés comme manifestation explicite et exclusive de l'objet du contrat, ou, à l'opposé, dans une perspective instrumentale ou « réaliste », centrée sur la finalité du contrat lorsque replacé dans son contexte social et économique¹. Le contrat de travail n'échappe pas au conflit des interprétations formalistes et réalistes; en droit québécois, ce clivage s'est développé d'une manière particulièrement nette, à l'occasion de la controverse relative aux effets du contrat de travail à durée déterminée, au regard des normes d'ordre public édictées par l'État.

2. Le problème s'est surtout posé par rapport aux règles relatives à la protection de l'activité syndicale formulées par le *Code du travail*², et par rapport au recours à l'encontre d'un congédiement illégal ou sans cause juste et suffisante prévu par la *Loi sur les normes du travail*³. Il s'agissait d'apprécier ici, d'une part, si une plainte de congédiement lié à l'activité syndicale demeure recevable, lorsque la mesure incriminée consiste simplement dans le non renouvellement du contrat de travail arrivé à terme; et, d'autre part, si une telle absence de reconduction du contrat peut être considérée comme un moyen d'éluder l'application de la *Loi sur les normes du travail*, par rapport notamment à l'interdiction du congédiement sans cause juste et suffisante, lorsque le salarié est ainsi empêché de justifier du minimum de service continu requis pour bénéficier du recours offert par l'article 124 de la loi.

¹ Voir Jean-Guy BELLEY, « L'entreprise, l'approvisionnement et le droit. Vers une théorie pluraliste du contrat », (1991) *C. de D.* 253, p. 287 et s.

² L.R.Q., c. C-27, art. 14 et s.

³ L.R.Q., c. N-1.1 (v. en particulier l'article 124).

1. Le contrat de travail au regard du formalisme juridique

3. La Cour d'appel a pris parti, initialement, pour un traitement formaliste de ce problème, en donnant plein effet au terme formel stipulé au contrat de travail. Dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Tribunal du travail*⁴ la Cour, en effet, écarte sommairement toute prise en considération du contexte spécifique de la relation établie entre l'employeur et le salarié, lequel avait bénéficié de plusieurs contrats successifs mais se vit soudain refuser un nouvel engagement, apparemment pour activités syndicales. Pour la Cour d'appel il ne pouvait être question d'examiner cette dernière allégation, le contrat se terminant automatiquement par l'arrivée du terme : la pratique habituelle de l'employeur de reconduire le contrat d'emploi ne modifiait aucunement la situation juridique des parties⁵.

4. Le Tribunal du travail s'est divisé sur les suites à donner à cet arrêt de la Cour d'appel. L'approche formaliste a été retenue, en particulier, par le juge Jean Girouard, notamment dans la décision *Blouin c. Institut québécois de recherche sur la culture*⁶. Le plaignant, engagé par l'Institut pour un an, avait vu son contrat reconduit, l'employeur négligeant de transmettre en temps utile l'avis de non renouvellement. Au terme de cette prorogation l'Institut devait toutefois mettre fin à la relation contractuelle. S'appuyant sur l'arrêt *P.G. du Québec c. Tribunal du travail*, le juge Girouard estime que l'arrivée du terme d'un contrat de travail à durée déterminée ne peut donner ouverture à une plainte de congédiement pour activités syndicales. Il appartient au législateur, s'il le juge à propos, de limiter dans ses effets la portée du contrat à durée déterminée. En l'absence d'un tel encadrement législatif, les tribunaux doivent s'en remettre aux règles générales des contrats, et donner plein effet à la volonté des parties, telle qu'exprimée contractuellement⁷. Dans une décision subséquente *Lessard c. Ville de Ste-*

4 [1978] C.A. 103.

5 "...this was the contract between these parties and the relationship thus set up cannot be affected by the employer's alleged habit of usually renewing the contract of those so employed or by his reasons for not renewing this particular contract" (j. Casey).

6 [1983] T.T. 329.

7 Voir au même effet : *Réfrigération Kelko Ltée c. Émond*, T.A. SA 124 85 137 1985-06-28, Décision n° 85T-839. *Bégin c. Société d'aménagement de l'Outaouais* [1982] C.T. 29. *Sewell c. Centre d'accueil Horizons de la jeunesse* [1982] T.A. 1234. *Université M^cGill c. Shantz* [1983] T.A. 825.

*Thérèse*⁸, le juge Girouard, en dépit des critiques ayant accueilli la décision Blouin⁹, maintient cette perspective formaliste, soulignant en particulier la pertinence de la position adoptée par la Cour d'appel dans l'arrêt *Tinker-Labrecque c. La Corporation de l'hôpital d'Youville de Sherbrooke*¹⁰.

2. Interprétations non formelles fondées sur la notion de lien d'entreprise

5. Plusieurs décisions du Tribunal du travail devaient toutefois défendre une interprétation davantage "réaliste" ou instrumentale du contrat à durée déterminée. Ainsi, le juge Robert Auclair, dans *Charland c. Université du Québec à Trois-Rivières*¹¹, était saisi de l'appel de la décision d'un commissaire du travail rejetant les plaintes déposées par les appelants, chargés de cours à l'emploi de l'Université, sur la base de contrats successifs distincts, depuis plusieurs années. Le juge Auclair favorisa explicitement une position contraire à celle adoptée par la Cour d'appel¹². L'argumentation du tribunal est développée de la manière suivante : en premier lieu le juge affirme la spécificité du droit du travail par rapport au droit civil, et rappelle la définition statutaire de la notion de salarié prévue par le *Code du travail*, qui demeure indépendante de l'existence d'un contrat individuel de travail. En second lieu, soulignant la difficulté que pose une succession de contrats à durée déterminée pour le salarié, incertain de la date exacte de la fin de son engagement, le tribunal se réfère à la notion de **lien**

8 [1986] T.T. 242.

9 Voir, entre autres, Michel COUTU : « Le non renouvellement du contrat de travail à durée déterminée : évolution comparée du droit français et de la jurisprudence québécoise récente », (1986) R. du B. 57. Dans la décision Lessard le juge Girouard prend acte des critiques formulées dans cette étude, mais estime qu'un point de vue favorable à la requalification du contrat à durée déterminée – même pour les fins limitées de l'application des lois d'ordre public -, pour être recevable, impliquerait un encadrement juridique explicite.

10 [1986] R.J.Q. 1283 (C.A.).

11 [1983] T.T. 153.

12 « *Le Tribunal constate que la Cour d'Appel a transposé la règle ci-dessus du droit civil en droit du travail pour conclure à l'inapplication du Code du travail. En toute déférence pour cette Cour, le Tribunal voit la situation d'une façon différente. Il croit qu'il faut plutôt voir si l'arrivée à terme d'un contrat à durée déterminée peut empêcher l'application du Code du travail. Le criminel ne tient pas le civil en état, dit l'adage. On devrait pouvoir dire de la même façon : le civil ne tient pas le travail en état, et pouvoir en arriver à une conclusion particulière en droit du travail, même si on arrive à une autre conclusion en droit civil* » (p. 163).

d'entreprise en droit français du travail, en citant notamment Brun et Galland sur ce sujet¹³. Le juge Auclair invoque subsidiairement l'application de la notion d'abus de droit, présente en droit français en cas de refus abusif de renouveler un contrat à durée déterminée¹⁴. Enfin le tribunal souligne qu'un élément nouveau est survenu depuis le jugement *P.G. du Québec c. Tribunal du travail*, soit l'adoption de l'article 124 de la *Loi sur les normes du travail*, qui assure une certaine sécurité d'emploi au salarié justifiant d'un minimum d'années de service continu¹⁵.

6. Par rapport précisément à la *Loi sur les normes du travail*, le juge Claude St-Arnaud, dans *Moore c. Compagnie Montréal Trust*¹⁶, devait également mettre de l'avant une interprétation non purement formelle du contrat à durée déterminée. L'employeur avait mis fin au contrat du plaignant, embauché sur une base annuelle avec clause de renouvellement automatique, sauf avis contraire; le commissaire du travail, en conséquence, déclina juridiction, estimant que le simple non renouvellement du contrat à durée déterminée ne peut être considéré comme un congédiement. Se disant en désaccord avec cette décision, le juge St-Arnaud croit devoir faire une distinction entre le contrat à durée déterminée ne comportant pas de clause de renouvellement et se terminant par la seule arrivée du terme – ce qui était le cas dans la décision *P.G. du Québec c. Tribunal du travail* –, et celui comportant une telle clause, « si en plus le dossier fait voir qu'il y a eu reconduction à quelques reprises »¹⁷. Au-delà de cet aspect – qui présentait l'avantage de restreindre la portée de la décision de la Cour d'appel, sans en mettre la justesse directement en question –, le juge St-Arnaud indique clairement l'importance qu'il

13 André BRUN, Henri GALLAND, *Droit du travail*, 2e édition, Paris, Sirey, 1978, tome 1, p. 803. Cette notion est explicitée *infra* (paragr. 10).

14 La notion d'abus de droit, reconnue par la jurisprudence québécoise, est maintenant consacrée par l'article 7 du *Code civil du Québec*: « *Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi.* »

15 Favorisent également une interprétation non formaliste du contrat de travail : *Colangelo c. Régie des installations olympiques* C.T. M-18160-05; MP-087-11-80, 1982/06/29, Décision n° T82-499. *Huot c. Le Manoir Richelieu* [1984] T.A. 696. *Messier c. Club de Golf La Vallée du Richelieu* [1985] C.T. 241. *Corporation Municipale de St-Nicéphore c. Côté* [1984] T.A. 161. *Collège d'affaires Ellis inc. c. Lafleur* C.S. Montréal 500-05-015964-826, 1983/02/15, Décision n° 83T-535.

16 [1985] T.T. 277.

17 « *En un tel cas, la faculté de terminaison, stipulée de bonne foi, et participant à caractériser le genre d'engagement sans en être l'essence, est un élément plus factuel que juridique* » (p. 281).

convient d'attacher à un examen de la relation concrète existant entre les parties, qui ne devrait pas se limiter uniquement à la prise en considération des formes juridiques que revêt le contrat individuel de travail¹⁸. À cet égard, le tribunal se réfère en particulier à la théorie du lien d'entreprise, telle qu'élaborée par Brun et Galland.

3. Décisions récentes de la Cour d'appel du Québec

7. Cette décision du juge St-Arnaud fut toutefois mise à l'écart par la Cour supérieure¹⁹, au motif notamment que l'interprétation donnée à la décision *P.G. du Québec c. Tribunal du travail* était beaucoup trop restrictive. Ceci devait éventuellement donner l'occasion à la Cour d'appel de réviser sa position, et d'opter en définitive, en rejetant la solution dégagée par la Cour supérieure, pour un traitement beaucoup moins formel des effets du contrat à durée déterminée²⁰. Se référant au passage à l'étude de Michel Coutu²¹, madame la juge Mailhot, au nom de la Cour d'appel, estime que le droit de ne pas renouveler un contrat d'emploi à durée déterminée, ne doit pas être utilisé comme prétexte pour éluder l'application de la *Loi sur les normes du travail*²². Il importe au contraire d'examiner « les circonstances de l'espèce et d'examiner si, hormis l'existence de conditions économiques négatives ou d'une cause juste et suffisante de ne pas renouveler, l'employé pouvait ici s'attendre normalement à ce

18 « C'est un faux débat que d'opposer le non-renouvellement du contrat au congédiement de l'appelant. Ce qu'il importe de cerner c'est si, dans les faits, le comportement de l'intimée est normal, si elle aurait posé le geste nonobstant l'exercice du privilège pour le salarié, autrement dit si elle fait valoir une cause réelle et sérieuse pour terminer l'engagement. Tout dépend alors des circonstances de l'espèce, des rapports que les parties ont établis entre elles en fonction de leurs droits et devoirs réciproques. »

19 *Cie Montréal Trust c. Moore*, C.S. Montréal, 500-05-00296-852, 1985-06-26, J.E. n° 85-734.

20 *Moore c. Cie Montréal Trust*, C.A. Montréal, 500-09-001001-858, 1988-09-22, J.E. n° 88-1182.

21 Michel COUTU, « Le non-renouvellement du contrat de travail... », loc. cit., note 9.

22 Écartant en l'occurrence la pertinence d'un renvoi à la décision de la Cour suprême dans *Stewart c. Hanover Fire Insurance* [1936] R.C.S. 177, Madame la juge Mailhot écrit que « l'effet de cet arrêt n'était sûrement pas de signifier qu'un employeur qui utilise une clause de non renouvellement de contrat est à l'abri de tout examen judiciaire si le but visé par l'employeur est d'éluder une disposition d'une loi d'ordre public tels par exemple, les articles du Code du travail relatifs au congédiement suite à l'exercice légitime de droits prévus au Code du travail ou encore les articles 122 et ss. de la Loi sur les normes du travail ou de punir un employé qui a exercé de tels droits » (*Opinion de madame la juge Mailhot*, p. 10).

que son contrat d'emploi soit renouvelé »²³. Madame la juge Mailhot souligne également qu'il ne peut être fait reproche au juge St-Arnaud d'avoir appuyé son raisonnement sur la théorie du lien d'entreprise élaborée par la doctrine française, l'interprétation juridique proposée n'étant pas déraisonnable dans les circonstances.

8. Cette décision de la Cour d'appel était en accord avec la solution adoptée la même année dans l'arrêt *La Commission scolaire Berthier Nord-Joli c. Beauséjour*²⁴ et annonçait la position prise par cette même Cour, quant au *Code du travail*, dans le récent jugement *École Weston inc. c. Le Tribunal du travail*²⁵. Dans l'arrêt Beauséjour une enseignante, à l'emploi de la commission scolaire depuis cinq ans en vertu de contrats annuels à durée déterminée, invoquait être victime, du fait du non renouvellement de son contrat de travail, d'un congédiement sans cause juste et suffisante au sens de l'article 124 de la *Loi sur les normes du travail*. L'employeur s'objectait toutefois à la recevabilité de cette plainte, en faisant valoir, notamment, que la plaignante, ayant bénéficié de cinq contrats de travail interrompus à chaque fois par l'arrivée du terme, ne pouvait prétendre avoir cinq ans de service continu. La Cour d'appel rejette de la manière la plus nette cet argument, observant que cette manière d'envisager la question « relève d'un raisonnement de droit privé strictement », et que « le facteur important est la durée ininterrompue de la relation de travail (employeur-employé) dans les faits même si l'exécution du travail lui-même est interrompue »²⁶.

9. L'arrêt récent *École Weston* traite pour sa part de la recevabilité d'une plainte de congédiement pour activités syndicales, en cas de non renouvellement de contrats à durée déterminée. Les plaignants avaient vu leur contrat annuel de travail renouvelés, dans un cas, une fois, et dans l'autre, à deux reprises; l'employeur s'était ensuite prévalu de son droit de ne pas renouveler les contrats. Madame la juge Deschamps, rendant le jugement de la Cour, remarque certes qu'il « répugne aux civilistes d'imposer à des contractants des obligations qu'ils n'ont pas prévues au contrat... En droit

23 Id., p. 6.

24 [1988] R.J.Q. 639 (C.A.).

25 [1993] R.J.Q. 708 (C.A.).

26 Cf. p. 641 (j. Lévesque).

civil pur, la seule arrivée [du] terme suffit à justifier la terminaison du lien d'emploi »²⁷. Pour la Cour d'appel toutefois, l'approche civiliste (ou formaliste), illustrée en particulier par l'arrêt *P.G.* du Québec c. Tribunal du travail, doit être nuancée, pour tenir compte de l'introduction, dans la *Loi sur les normes du travail* ou dans le *Code du travail*, de règles légales prééminentes qui limitent la liberté contractuelle traditionnelle. Dans cette perspective, la possibilité d'un non renouvellement du contrat ne doit pas être utilisée par l'employeur pour sanctionner l'exercice par le salarié de la liberté d'action syndicale²⁸. Bien entendu, l'employeur n'est pas pour autant privé du droit de ne pas reconduire le contrat pour une cause étrangère à l'activité syndicale, par exemple parce que « *la fonction a été abolie ou parce que des compressions budgétaires ont entraîné une diminution du nombre de postes ou pour quelque autre raison* »²⁹. L'employeur a cependant le fardeau de prouver le caractère justifié du non renouvellement, ceci "afin d'assurer que l'objectif fondamental recherché par les articles 15 et 16 C.tr. ne soit pas contourné"³⁰.

10. Au regard des normes d'ordre public, la Cour d'appel a donc modifié son appréciation des effets du contrat à durée déterminée dans le sens d'une perspective non formelle. Même si la Cour d'appel n'adopte pas spécifiquement cette terminologie, la notion de lien d'entreprise peut être ici utilisée pour donner une assise théorique adéquate à cette évolution jurisprudentielle. Rappelons la formulation doctrinale - souvent reprise en droit québécois³¹ – qu'en donnent les auteurs Brun et Galland³² :

27 V. p. 715.

28 « *Les dispositions du Code du travail, et plus spécifiquement les articles 15 à 17, s'appliquent à tous les salariés, qu'ils soient engagés pour une période fixe ou indéterminée. Ce serait nier leur application que de permettre à un employeur de prendre la décision de ne pas renouveler un contrat parce que le salarié a exercé des activités syndicales. Permettre à un employeur de patienter jusqu'à l'arrivée du terme pour éviter le renouvellement ou pour rendre moins évidente sa décision de congédier serait refuser à ces salariés la protection offerte par le Code du travail à tous les autres employés* » (p. 716).

29 *Ibid.*

30 *Ibid.*

31 En outre des décisions du Tribunal du travail, précitées, dans *Charland c. Université du Québec et Moore c. Montréal Trust*. Voir aussi : *Association des perfusionnistes du Québec inc. c. Syndicat national des employés de l'Hôpital Hôtel-Dieu de Montréal* [1983] T.T. 215, *Fournier c. Télé-Université* [1992] C.T. 269. Au même effet (quoique ne se référant pas explicitement à la notion de lien d'entreprise) : *Girard c. Le Club de Golf Vallée du Richelieu* [1986] C.T. 406.

32 *Op. cit.*, p. 803.

« Si une série de contrats à durée déterminée se succèdent, ils s'enchaînent les uns aux autres en raison de la continuité de l'activité du salarié dans l'entreprise et ils forment alors, suivant l'expression même d'un arrêt de la Cour de cassation, « un ensemble d'une durée indéterminée » entraînant l'attribution au salarié des indemnités de rupture. Cette solution ne manque pas de hardiesse car chacun des contrats - et le dernier comme les autres – appartient à la famille des contrats à durée déterminée. Mais dans l'optique de l'entreprise, il en va différemment. Le lien d'entreprise coordonne les rapports de travail du salarié depuis son entrée jusqu'à son départ : il les enveloppe dans une même chrysalide, si bien qu'une métamorphose se produit: les contrats successifs à durée déterminée se transforment en un seul contrat à durée indéterminée. »

La transposition en droit québécois de la notion de lien d'entreprise ne peut se faire sans nuance: elle demeure inapplicable aux rapports relevant strictement du droit privé, où une interprétation formaliste du contrat demeure de mise, comme l'a souligné la Cour d'appel dans l'arrêt *Tinker-Labrecque c. La Corporation de l'Hôpital D'Youville de Sherbrooke*³³. Par rapport à la sphère de droit public, elle signifie toutefois qu'une attention particulière doit être portée à la relation concrète établie entre les parties, au-delà des caractéristiques formelles du contrat. Si l'on songe en particulier à l'application des normes quasi constitutionnelles telles les garanties du droit à l'égalité contenues dans la *Charte des droits et libertés de la personne*, il nous paraît que la notion de lien d'entreprise doit être par ailleurs élargie, de manière à ne pas reposer uniquement sur l'exigence d'une succession de contrats à durée déterminée³⁴. D'une part, l'article 16 de la Charte vise non seulement le renvoi et la mise à pied, mais

33 Précité. Voir, quant à la portée de cet arrêt, la remarque du juge Lebel (dans *Moore c. Cie Montréal Trust*, précité):

« Dans l'arrêt Thinker-Labrecque., que l'intimée a fortement invoqué, il s'agissait d'une clause d'arbitrage purement contractuelle. Le problème de l'application et de l'interférence d'une loi à caractère d'ordre public, comme la Loi sur les normes du travail, ne se posait pas. L'arrêt Thinker-Labrecque ne me paraît pas avoir posé un principe d'interprétation générale applicable à tous les cas de non renouvellement de contrat, sans égard à leur contexte juridique. »

34 V. à cet égard la remarque de Madame Suzanne Moro, commissaire du travail, dans *Rosemary R. Larin c. École Weston inc.* [1987] C.T. 174, p. 178 : « ..il ne m'apparaît pas nécessaire, dans le cas d'un non-renouvellement de contrat à durée déterminée, de démontrer une succession de contrats à durée déterminée, qui constitueraient un seul contrat à durée indéterminée. »

Au contraire: *Clermont c. Association sectorielle paritaire pour la santé et la sécurité du travail, secteur des services automobiles* [1986] C.T. 85.

également l'accès à l'emploi, si bien que l'on doit disposer d'un critère suffisamment large pour englober l'ensemble de ces situations – tout en admettant ici que la disponibilité du salarié, en particulier au regard d'un premier contrat à durée déterminée, pourrait représenter dans certains cas une qualité requise par l'emploi, au sens de l'article 20 de la Charte. D'autre part, le lien d'entreprise ne devrait pas s'apprécier strictement, à notre avis, par rapport à la situation subjective du salarié, c'est-à-dire par rapport à l'historique de ses relations contractuelles avec l'employeur; il conviendrait plutôt, lorsque la chose est possible, d'évaluer la présence d'un tel lien d'une manière objective, en mesurant le degré de continuité ou de permanence réelle que revêt la fonction au sein de l'entreprise – qu'il s'agisse d'un travail occasionnel, saisonnier, ou sujet à des renouvellements successifs.

11. Si l'on applique ces propositions aux distinctions, exclusions ou préférences fondées sur la grossesse, en cas de contrats à durée déterminée, nous devons retenir que la notion de lien d'entreprise oblige à une interprétation non formaliste du rapport juridique existant entre l'employeur et ses salariées. La règle juridique prééminente, qui pose l'interdiction de la discrimination fondée sur la grossesse, ne saurait être mise en échec, du seul fait de la qualification formelle attribuée par l'entreprise à la relation contractuelle. Certes, par ailleurs l'existence ou non d'un lien d'entreprise, actuel ou virtuel, entre l'employeur et la salariée – c'est-à-dire l'existence dans les faits d'un certain degré de continuité de la **fonction** assumée – ne saurait être considéré en toutes circonstances comme le facteur déterminant de recevabilité d'une plainte³⁵, lorsque l'employeur invoque la durée déterminée du contrat pour refuser l'engagement ou la prorogation de l'emploi d'une personne en état de grossesse. Toutefois, nous sommes d'avis que dans la plupart des cas, il sera fort important de vérifier s'il y a présence ou absence d'un tel lien d'entreprise.

12. Si, en effet, l'existence d'un lien d'entreprise quant à la fonction assumée peut être démontrée, l'employeur, à notre avis, aura un lourd fardeau à rencontrer pour établir la présence, en de telles

35 L'on ne saurait exclure, en effet, qu'une plainte de discrimination puisse être fondée, même lorsque la tâche ne revêt qu'un caractère purement temporaire et ne donne pas naissance, par conséquent, à un véritable lien d'entreprise. L'employeur aura cependant davantage de latitude ici pour invoquer la présence d'une contrainte excessive, liée à la courte durée de l'emploi, aux difficultés de recrutement ou de remplacement, aux délais requis pour la formation, etc.

circonstances, d'une contrainte excessive au sens de l'arrêt *Dairy Pool*³⁶. La situation de la salariée à contrat d'une durée déterminée correspond en ce cas, au regard de la *Charte des droits et libertés de la personne* et du droit public en général, à celle d'une salariée s'inscrivant dans une relation d'emploi à durée indéterminée. Pour vérifier l'existence d'un tel lien d'entreprise, il conviendra de prendre en compte à la fois des indices formels et des indices matériels. Par indices formels, nous entendons ici les clauses que comporte le contrat d'emploi : en particulier, la clause de renouvellement automatique sauf avis contraire, lorsqu'interprétée dans une perspective « réaliste », constitue un bon indice de la volonté de l'entreprise de conférer, au-delà du terme stipulé, un caractère de continuité à la fonction. Les indices matériels découlent pour leur part de la situation concrète, indépendamment des clauses du contrat, qui sous-tend la relation existant entre la salariée et l'employeur : l'on attachera ici de l'importance, le cas échéant, non seulement à l'historique des relations liant la salariée à l'entreprise, mais également à l'historique de la fonction ou du poste même, à l'attitude de l'entreprise après le renvoi ou le refus d'embauche, à la comparaison de la situation de la salariée avec celle de collègues de travail remplissant une tâche similaire, etc.

Il importe toutefois de vérifier, avant d'élaborer davantage, si ces propositions, construites en fonction de normes jurisprudentielles issues du droit québécois du travail, peuvent également trouver une assise juridique adéquate, par rapport à la jurisprudence et à la doctrine portant spécifiquement sur les droits et libertés de la personne.

II. L'OBLIGATION D'ADAPTATION

13. La question de savoir si les exigences de disponibilité au travail imposées par les employeurs sont soumises à l'obligation d'adaptation en cas de grossesse, doit être examinée dans le contexte précis des avantages qui découlent non seulement de l'emploi, mais aussi, le cas échéant, d'un lien d'entreprise. Avant de procéder à cet examen, il convient de poser le principe de base : l'obligation d'accommodement raisonnable, sans préjudice excessif, s'applique en matière de discrimination fondée sur la grossesse, tel que l'a décidé la Cour d'appel fédérale, dans l'arrêt *Mongrain*³⁷, qui se situe dans le sillage de l'arrêt *Brooks*³⁸, rendu par la Cour suprême.

1. Les précédents : l'arrêt *Brooks* suivi dans l'arrêt *Mongrain*

14. L'arrêt *Brooks* est venu affirmer que, même par rapport aux Codes des droits de la personne qui ne prévoient pas expressément que la grossesse constitue un motif de discrimination, la privation d'avantages sociaux liés à l'emploi à cause de la grossesse crée une discrimination fondée sur le sexe.

Les faits de l'arrêt *Brooks* sont connus. Les femmes enceintes étaient privées de prestations d'invalidité pendant dix-sept semaines en vertu du régime collectif d'assurance maladie de l'employeur. La double question en litige était donc : y a-t-il discrimination envers les employées enceintes? Si oui, la discrimination fondée sur la grossesse est-elle de la discrimination fondée sur le sexe?

Répondant par l'affirmative, la décision de la Cour suprême est éclairante au niveau des principes.

15. On y retrouve d'abord une définition de la discrimination liée à la privation d'avantages sociaux. En effet, la Cour suprême identifie sans difficulté une situation de traitement défavorable dans le fait de priver les femmes enceintes d'avantages sociaux autrement offerts aux autres employés. Au plan

37 *Canada (Ministre de la Défense nationale) c. Mongrain* (1992) 1 F.C. 472 confirme (1991) 13 C.H.R.R. 146.

38 *Brooks c. Canada Safeway Ltd*, [1989] R.C.S. 1219.

juridico-social, le fondement sur lequel la Cour suprême se base mérite d'être cité :

« Il est incontestable que tous les membres de la société profitent de la procréation. Le régime de Safeway fait cependant porter un des principaux coûts de la procréation à un seul groupe dans la société: les femmes enceintes. Donc, en faisant une distinction entre la grossesse et toutes les autres raisons de santé pour ne pas travailler, le régime impose un désavantage injuste aux femmes enceintes. Dans la deuxième partie des présents motifs, je dis qu'il est possible de considérer ce désavantage comme un désavantage imposé à l'ensemble des femmes. Il ressort en outre de cet argument qu'en ne concluant pas que le régime de Safeway est discriminatoire, on saperait un des objectifs des lois anti-discrimination. On le ferait en avalisant une des façons les plus marquées de désavantager les femmes dans notre société. Ce serait avaliser l'imposition aux femmes d'une part disproportionnée des coûts de la grossesse. La suppression des fardeaux injustes imposés aux femmes et aux autres groupes dans la société constitue un objet clef des lois anti discrimination. Conclure que le régime de Safeway est discriminatoire sert cet objet »³⁹

16. La Cour suprême invoquera également le rôle social de la procréation au niveau de la reconnaissance de la grossesse comme critère inclus dans la discrimination fondée sur le sexe. Ici aussi, la rationalité de la décision repose sur la contribution sociale des femmes liée à une spécificité qu'elles possèdent en propre. Pour le haut tribunal, la discrimination fondée sur la grossesse constitue une forme de discrimination fondée sur le sexe à cause de la réalité biologique que seules les femmes peuvent devenir enceintes. Or, dans cette situation où elles seules peuvent se trouver, mais qui bénéficie à l'ensemble de la société, les femmes enceintes ne doivent pas être soumises à un traitement désavantageux ni en subir un désavantage économique ou social :

Allier travail salarié et maternité et tenir compte des besoins des femmes enceintes au travail sont des impératifs de plus en plus pressants. Il semble aller de soi que celles qui donnent naissance à des enfants et favorisent ainsi l'ensemble de la société ne devraient pas en subir un désavantage économique ou social. Seules les femmes portent des enfants; aucun homme n'en a la possibilité. Comme je l'ai affirmé, il est injuste d'imposer tous les coûts de la grossesse à une seule moitié de la population. Il est difficile de concevoir qu'une distinction fondée sur la grossesse puisse être tenue pour autre chose que de la discrimination fondée sur le sexe ou que des restrictions applicables légalement aux seules femmes enceintes ne

39 *Id.*, p. 1238.

*comportent pas de discrimination contre elles en tant que femmes.*⁴⁰

17. Finalement, on peut voir dans l'arrêt *Brooks* le souci de la Cour suprême de fonder son analyse non seulement sur le contrat de travail, mais également sur le contexte de tous les avantages liés à l'emploi, ce qui permet au tribunal de conclure que les femmes ont droit aux régimes d'avantages sociaux sans exclusion discriminatoire. Cette analyse pourra être transposée dans le contexte des avantages qui découle d'un lien d'entreprise:

*« Les avantages sociaux sont de plus en plus souvent intégrés dans les conditions de travail. Dès qu'un employeur décide de fournir un régime d'avantages sociaux, il ne peut pas faire d'exclusions de façon discriminatoire. Une indemnisation sélective de cette nature reviendrait clairement à la discrimination fondée sur le sexe. Les avantages fournis dans le cadre de l'emploi doivent être fournis sans discrimination. »*⁴¹

Et, de façon encore plus spécifique, l'arrêt *Brooks* montre bien que le droit de s'absenter du travail pour des raisons liées à la grossesse (surtout qu'en l'espèce il s'agissait d'absences qui auraient dû être indemnisées par le régime d'assurance invalidité) constituent un avantage social découlant de l'emploi, comme ils pourraient découler d'un lien d'entreprise, de sorte que les femmes ne peuvent en être privées sans que cette privation ne crée de discrimination.

« Il semble incontestable que dans notre société la grossesse est un motif de santé valable de s'absenter du travail. Il va sans dire que la grossesse a une importance primordiale dans notre société. De fait, son importance en rend la description difficile. Il est fallacieux d'établir un parallèle entre la grossesse et, par exemple, la décision de subir une opération de chirurgie esthétique, comparaison que l'intimée fait pourtant implicitement dans son argumentation. Si l'état de santé lié à la procréation ne constitue pas un motif légitime de s'absenter du travail, il est difficile d'en imaginer un autre. Considérée dans son contexte social, la grossesse constitue un motif de santé parfaitement légitime de ne pas se présenter au travail et, à ce titre, elle devrait donner droit aux prestations prévues par le régime de Safeway. Pour l'employée, les conséquences économiques de l'incapacité d'exécuter les tâches que son travail comporte sont les mêmes que cette incapacité résulte d'une grossesse ou d'un autre motif de santé entraînant l'absence du

40 *Id.*, 1243 et 1244.

41 *Id.*, p. 1240.

travail. »⁴²

(Nous soulignons).

Ces affirmations de principe font d'autant plus autorité que le motif de la grossesse est maintenant un motif illicite expressément prévu dans l'article 10 de la Charte québécoise.

18. L'arrêt *Mongrain* de la Cour d'appel fédérale est devenu le précédent auquel il faut se référer en matière d'adaptation en cas de grossesse. Sans parler explicitement du concept de lien d'entreprise, le tribunal favorise nettement une interprétation non formaliste du contrat de travail, en procédant à une application pratique de cette notion dans le contexte de la protection des droits et libertés de la personne. Les faits de l'affaire établissent ce lien d'entreprise, puisque l'on est en présence de contrats successifs donnant droit à certains avantages, dont l'inscription sur une liste de disponibilité. En effet, depuis plusieurs années, la plaignante était embauchée comme enseignante pour des périodes successives sur la base de contrats à durée déterminée. En congé de maladie pour des raisons liées à sa grossesse, elle a accepté deux offres de contrats de soixante jours et a ensuite voulu se prévaloir de son droit à un congé de maternité non payé, tel que prévu à la convention collective. L'employeur a retiré l'offre à cause de sa non disponibilité pour toute la durée du contrat, de sorte qu'elle a perdu son statut d'employée et que son nom a été rayé de la liste de disponibilité.

19. Dans la lignée de l'arrêt *Brooks*, la Cour d'appel a réaffirmé qu'une distinction fondée sur la grossesse est réputée être une distinction fondée sur le sexe. Quant au fond, la Cour d'appel a décidé que la politique de disponibilité qui avait eu pour effet de lui faire perdre son emploi, créait une discrimination fondée sur la grossesse. La clause de disponibilité avait pour effet de priver l'employé du congé de maternité auquel elle avait droit en vertu de la convention collective. Or, la plaignante avait un intérêt manifeste à demander un congé même non payé, puisque les occasionnels qui complétaient cinq années de travail continu acquéraient la permanence.

20. Lorsque l'exclusion des femmes enceintes est le résultat de l'application d'une règle de disponibilité,

42 *Id.*, p. 1237 et 1238.

il s'agit d'un cas de discrimination indirecte due à l'effet de la règle. Or, en matière de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, il appartient à l'employeur de démontrer que la règle neutre constitue une exigence professionnelle rationnelle qui ne pourrait être adaptée sans contrainte excessive :

« Dans le présent cas, il est clair qu'il ne s'agit pas d'une discrimination directe. La clause de disponibilité et la règle voulant que les employés soient prêts à rendre une prestation de travail sont non seulement parfaitement neutres en apparence mais sont également des conditions implicites de toute offre d'emploi et de tout contrat de travail.

Le problème dans le présent cas provient du fait que l'application de la règle à des employés à terme qui sont enceintes et qui veulent se prévaloir de leur droit de prendre un congé de maternité sans solde produit un effet discriminatoire. Il appartenait alors à l'employeur de démontrer qu'il avait respecté son obligation d'accommodement. »⁴³

En l'espèce, la Cour d'appel fédérale en arrive à la conclusion qu'il "est impossible d'imaginer quelle sorte de contrainte, même minimale, cela pourrait causer à l'employeur et la preuve n'en révèle aucune."

21. De la même façon qu'un employeur ne peut refuser d'employer une femme à cause de sa grossesse à moins de démontrer que l'exécution personnelle et sans interruption d'une partie (ou exceptionnellement de l'ensemble) du contrat est une exigence rationnelle qui ne peut faire l'objet d'une adaptation sans contrainte excessive, un bureau de placement ne peut, suivant l'article 18 de la Charte,

43 *Id.*, p. 485. Quant à l'obligation d'accommodement raisonnable, la décision est une application à la discrimination fondée sur la grossesse des principes élaborés par la Cour suprême en matière de discrimination religieuse : *O'Malley c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Commission des droits de la personne de l'Alberta c. Central Alberta Dairy Pool*, [1990] 2 R.C.S. 489; *Renaud c. Central Okanagan School District*, [1992] 2 R.C.S. 970. Au Québec, voir *Smart c. T. Eaton Ltée*, J.E. n° 93-446.

En regardant la question sous l'angle de la discrimination directe, par exemple, s'il y a des différences de traitement par rapport à d'autres motifs d'absence du travail, ce serait d'abord l'annulation de la règle qui serait recherchée. Dans ce cas, même si la défense relative aux qualités requises était retenue, nous croyons que l'obligation d'accommodement devrait également s'appliquer, même s'il s'agit de discrimination directe plutôt que de discrimination indirecte. Comme la Cour suprême l'a décidé dans *Ville de Brossard c. C.D.P.*, (1988) 2 R.C.S. 279, pour être justifiée selon l'article 20 de la Charte québécoise, l'exigence d'emploi ne doit pas imposer un « fardeau excessif » aux personnes assujetties (ce qui correspond à la position de la minorité dans l'arrêt *Dairy Pool* sur l'exigence professionnelle au sens de la Loi de l'Alberta).

refuser de référer une femme disponible à l'emploi pour le motif qu'elle est enceinte⁴⁴.

2. Le droit à certains avantages connexes

22. Certaines dispositions des conventions collectives de travail peuvent créer une discrimination fondée sur la grossesse. Par exemple, contrairement à l'opinion de l'arbitre de grief dans *Syndicat des employées du Centre hospitalier St-François d'Assise de La Sarre (C.S.N.) et Centre hospitalier St-François d'Assise*⁴⁵, même si la convention collective ne protège que le droit de la salariée en congé de maternité de postuler un emploi, il est discriminatoire de refuser un tel droit à celle qui est en congé sans traitement prolongé, dans la mesure où il s'agit d'une prolongation de son congé de maternité. À défaut d'être un cas de discrimination fondée sur la grossesse (ce motif a été écarté par l'arbitre puisque la grossesse n'est plus le motif du congé), on peut y voir un cas de discrimination fondée sur le sexe et l'état civil de la mère.

23. Dans le cas de refus d'embauche fondé sur la grossesse, l'effet préjudiciable ne se limite pas à la privation du contrat de travail, mais il comprend également la perte des avantages qui auraient pu en découler, telle la perte d'ancienneté (ou de durée de service) que la salariée aurait cumulée si le contrat ne lui avait pas été refusé de façon discriminatoire. La réparation du préjudice inclut en conséquence l'octroi des avantages perdus.

24. Par ailleurs, il ne faut pas oublier de faire le lien avec d'autres lois de protection, telle la *Loi sur la santé et sécurité au travail* qui confère aux femmes enceintes le droit à un retrait préventif ou à une réaffectation en cas de danger pour la santé. À la lumière de cette protection, il sera encore plus difficile pour l'employeur de justifier que le congédiement ou le refus d'embauche d'une femme enceinte est fondée sur une exigence rationnelle liée à des motifs de sécurité⁴⁶. C'est ainsi que le refus d'accorder

44 Morissette et Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada, *D.T.E. 87T-729*.

45 A.A.S. 91A-164.

46 Cf. *Phung Thi Nguyen v. Pacific Building Maintenance Ltd.*, (1992) 15 C.H.R.R. 472 (B. of Inq. Sask.); *Sherry Middleton v. Cannonball Restaurant*, (1992) 15 C.H.R.R. 317 (B. of Inq. Ont.). Ces décisions donnent des exemples où les motifs de sécurité n'ont pas été démontrés (sans faire de lien toutefois avec les lois de protection de la santé et sécurité au travail).

une réaffectation temporaire pourrait être vu comme une discrimination fondée sur la grossesse, en plus d'être une contravention à la L.S.S.T.⁴⁷ De la même façon, un employeur ne pourrait prendre de sanction disciplinaire sous prétexte qu'une femme a cumulé tous les avantages que la convention collective offre en rapport avec la maternité (congés de maternité successifs, des absences maladies reliées à la grossesse, des prolongations de congés de maternité, dont plusieurs avec indemnités de l'employeur, de l'assurance-chômage et de la Compagnie d'assurance)⁴⁸.

3. Sanction

25. Dans l'état actuel de la jurisprudence, on doit faire la distinction suivante.

- 1) Si la preuve établit qu'il s'agit d'un cas de discrimination directe, telle une politique refusant l'embauche de toute femme enceinte, il revient à l'employeur de faire la preuve qu'il s'agit d'un contexte exceptionnel où le fait de ne pas être enceinte constitue une qualité requise par un emploi au sens de l'article 20 de la Charte⁴⁹. Sinon, la politique de l'employeur doit être abolie.
- 2) S'il s'agit d'un cas de discrimination indirecte attribuable à une règle d'emploi neutre, à compter du moment où il y a une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur la grossesse dans le refus d'embauche, le refus d'octroi d'un congé de maternité, le non renouvellement d'un contrat ou le congédiement, il revient à l'employeur de démontrer que l'exigence de disponibilité constitue une exigence rationnelle qui ne peut faire l'objet d'adaptation sans contrainte excessive.

47 Cf. *Emrick Plastic Division of Windsor Mold Inc. v. Heincke*, (1992) 16 C.H.R.R. 300 (Ont. Div. Ct.).

48 *Centre hospitalier St-Vincent de Paul et Syndicat professionnel des infirmières et infirmiers de l'Estrie* A.A.S. 87A-205.

49 La décision la plus instructive à ce sujet est celle du professeur Peter A. Cumming dans *Wiens v. Inco Metals Co.*, (1988) 9 C.H.R.R. 4795 (Ont., Bd. of Inq.) : la politique de refuser des femmes pouvant devenir enceintes sous prétexte de danger pour la santé n'est pas justifiée lorsque le risque est minimum et qu'une femme qui devient effectivement enceinte pourrait être transférée à un poste sans risque. Voir également *Mc Alpine et Forces canadiennes*, D.T.E. n° 88T889, (T.D.P. Can.) infirmé par la Cour d'appel fédérale pour d'autres motifs à (1990) 3 C.F. 530: l'offre de contrat de travail a été retirée lorsque l'employeur sut que la plaignante était enceinte, la politique des Forces canadiennes étant à l'époque de ne pas engager de femmes enceintes.

4. Les critères d'évaluation de la contrainte

26. Évidemment le principal critère de justification étant l'exigence de disponibilité et la possibilité d'adapter la règle, c'est l'évaluation de celle-ci qui est la plus pertinente. Dans la pratique, lorsqu'il s'agit d'un emploi régulier à durée indéterminée, l'adaptation de la règle de disponibilité ne devrait généralement pas poser de problème.

La situation est plus complexe en regard des contrats à durée déterminée. En effet, dans ce cas, il importe d'examiner si les circonstances démontrent l'existence ou la perspective de création d'un lien d'entreprise contrats successifs comportant des avantages tels que le cumul de la durée de service pour les fins de la liste de rappel, possibilité d'acquisition de la permanence, etc. Dans ces cas, la privation des avantages liés à l'emploi serait discriminatoire et des adaptations raisonnables sont généralement possibles pour accommoder les femmes enceintes qui ne pourront être disponibles pour la durée complète du contrat. À moins de circonstances exceptionnelles, l'employeur ne peut prétendre que l'exigence de disponibilité pour toute la durée du contrat ne peut être adaptée. Sur ce point, la conclusion de l'arbitre de griefs dans *Hôpital Maisonneuve-Rosemont et Syndicat professionnel des diététistes du Québec*⁵⁰ est critiquable, lorsqu'il affirme que l'employeur possède le droit de ne pas embaucher une salariée temporaire qui ne pourrait effectuer tout le contrat (en l'espèce, le remplacement d'une autre salariée en congé de maternité).

Même lorsque l'emploi n'est pas susceptible de créer éventuellement un lien d'entreprise, l'employeur ne peut invoquer ce seul fait pour justifier son refus d'embaucher une femme enceinte qui ne sera pas disponible pour toute la durée du contrat. L'ensemble du contexte doit être apprécié : durée du contrat, spécialisation du travail, facilité de remplacement, nécessité de continuité dans l'exécution, etc.

50 A.A.S. 87A-218.

CONCLUSION

27. La *Charte des droits et libertés de la personne* interdit expressément la discrimination fondée sur la grossesse (article 10). Toute exclusion, distinction ou préférence liée à l'état de grossesse, y compris à la grossesse menée à terme ou à la grossesse éventuelle, crée une discrimination illicite. Dans le domaine du travail, par exemple, un employeur ne peut exercer une telle discrimination en raison de la grossesse dans l'embauche, les promotions, la suspension, le renvoi, etc. (article 16).

28. Lorsque l'exclusion est directement liée à la grossesse (par exemple, le refus d'embauche en raison de la grossesse), c'est à l'employeur qu'il revient de démontrer que cette discrimination est justifiée en tant que qualité requise par l'emploi (article 20). Cette disposition d'exception est interprétée restrictivement et l'employeur doit démontrer un lien objectif et réel entre le fait de ne pas être enceinte et les exigences liées à la nature de l'emploi. L'exception étant stricte, il est difficile d'imaginer une justification autre que des raisons de sécurité liées à un contexte de travail tout à fait particulier.

29. Lorsque l'exclusion est indirectement liée à la grossesse (le refus d'octroyer un contrat ou de renouveler le contrat du fait de l'exigence de disponibilité), il revient à l'employeur de démontrer que l'exigence de disponibilité ne peut faire l'objet d'une adaptation raisonnable. En matière de contrat à durée déterminée, il faut alors privilégier une interprétation non formaliste du contrat de travail, en examinant si le contexte d'ensemble permet de considérer qu'il s'agit d'un emploi créant ou pouvant créer un lien d'entreprise conférant des avantages liés à l'emploi. Même lorsque l'emploi à durée déterminée est de nature essentiellement ponctuelle, l'employeur assume le fardeau de démontrer que l'exigence de disponibilité pour toute la durée du contrat ne peut faire l'objet d'adaptation.