

**L'EMBAUCHE À DES FINS DE REMPLACEMENT
D'ÉDUCATRICES DE GARDERIE ENCEINTES**

Novembre 1996

**Document adopté à la 406^e séance de la Commission,
tenue le 18 novembre 1996, par sa résolution, COM-406-3.3.2**

M^e André Labonté
Secrétaire de la Commission

Recherche et rédaction

M^e Claire Bernard, conseillère juridique
Direction de la recherche et de la planification

Traitement de texte

Chantal Légaré

L'Alliance des garderies, un regroupement de garderies à but non lucratif, gère un Service de placement qui réfère à ses membres des éducatrices disponibles pour effectuer des remplacements de courte ou de longue durée. L'Alliance sollicite un avis de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse pour savoir d'une part, si le Service de placement a le droit d'aviser la garderie que l'éducatrice qu'elle lui réfère est enceinte et d'autre part, si la garderie a le droit de refuser d'embaucher une remplaçante qui est enceinte.

La demande d'avis précise que la banque du Service comprend 120 noms d'éducatrices ou de responsables en alimentation aptes à travailler en garderies. En outre, comme le milieu des garderies comporte des risques accrus d'infection virale dont les séquelles peuvent être graves pour le fœtus, le retrait préventif de l'éducatrice enceinte aurait généralement lieu dès le premier trimestre de la grossesse. Les risques d'infection sont associés principalement au cytomégalovirus, mais aussi à d'autres maladies d'origine virale telles que la rubéole, la varicelle et le parvovirus. La Commission ne dispose d'aucune autre indication qui lui permettrait d'évaluer avec plus de précision les contraintes qu'exerce sur les garderies l'embauche à des fins de remplacement d'éducatrices enceintes. Mais elle n'est pas sans savoir que la main-d'œuvre des garderies est composée d'une majorité de femmes.

La situation des travailleuses en garderie soulève des questions particulières que nous analyserons à la lumière de deux documents préparés par la Commission, soit les Lignes directrices relatives à la discrimination fondée sur la grossesse¹ et dans une moindre mesure, le Document de travail concernant la discrimination en emploi fondée sur la grossesse et le contrat de travail à durée déterminée².

1. LA GROSSESSE, UN CRITÈRE DE DISCRIMINATION ILLICITE

Comme le soulignait le juge Dickson dans l'affaire *Brooks*, si la grossesse joue un rôle primordial dans la société, elle peut entraîner des désavantages que, pour des raisons biologiques, seules les femmes ont à assumer:

«[L]’objet [des lois anti-discrimination] est la suppression des désavantages injustes imposés à des personnes ou à des groupes dans la société. Il peut y avoir un désavantage injuste lorsqu'on laisse porter à un seul groupe de personnes les coûts d'activités qui profitent à l'ensemble de la société. [...] 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.

1 Michel COUTU et Maurice DRAPEAU, *La discrimination fondée sur la grossesse, Lignes directrices*, Commission des droits de la personne, 28 janvier 1994, résolution COM-383-6.1.4.

2 Michel COUTU et Maurice DRAPEAU, *La discrimination en emploi fondée sur la grossesse et le contrat de travail à durée déterminée*, Document de travail, Commission des droits de la personne, 19 janvier 1994.

[...]

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.»³

Pour enrayer ces désavantages socio-économiques, il apparaît indispensable que la discrimination fondée sur la grossesse soit déclarée illicite. On sait que suite à l'arrêt *Bliss*⁴ dans lequel la Cour suprême avait rejeté la prétention que la discrimination fondée sur la grossesse constituait de la discrimination fondée sur le sexe, plusieurs provinces ont ajouté la grossesse à la liste de critères de discrimination illégale. Au Québec, c'est depuis 1982⁵ que l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁶ reconnaît le droit à l'égalité dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la grossesse. La travailleuse enceinte a le droit d'être traitée de manière non discriminatoire tant par un employeur que par un bureau de placement:

«Art. 16 Nul ne peut exercer de discrimination dans l'embauche, l'apprentissage, la durée de la période de probation, la formation professionnelle, la promotion, la mutation, le déplacement, la mise à pied, la suspension, le renvoi ou les conditions de travail d'une personne ainsi que dans l'établissement de catégories ou de classifications d'emploi.

Art. 18 Un bureau de placement ne peut exercer de discrimination dans la réception, la classification ou le traitement d'une demande d'emploi ou dans un acte visant à soumettre une demande à un employeur éventuel.»

Afin d'assurer la protection de ces droits, la collecte de renseignements portant sur des critères de discrimination illicites est, sauf exception, interdite par l'article 18.1 de la Charte:

«Nul ne peut, dans un formulaire de demande d'emploi ou lors d'une entrevue relative à un emploi, requérir d'une personne des renseignements sur les motifs visés dans l'article 10 sauf si ces renseignements sont utiles à l'application de l'article 20 ou

3 *Brooks c. Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, 1238 et 1243 (j. Dickson).

4 *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183. Les tribunaux québécois avaient aussi adopté une interprétation restrictive excluant du critère de sexe le motif de grossesse; voir *Breton c. Société canadienne des métaux Reynolds Ltée*, (1981) 2 C.H.R.R. D/532 (C.P.); *Nye c. Burke*, (1981) 2 C.H.R.R. D/538 (C.P.).

5 L.Q. 1982, c. 61, art. 3.

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

à l'application d'un programme d'accès à l'égalité existant au moment de la demande.»

La travailleuse enceinte a également le droit d'exercer en toute égalité le droit à des conditions de travail qui respectent sa santé, sa sécurité et son intégrité physique, que lui confère l'article 46 de la Charte.

Le droit à l'égalité n'est cependant pas absolu et peut être limité dans certaines circonstances qu'il revient à l'employeur de prouver. Nous allons examiner les moyens de défense dont pourrait se prévaloir l'Alliance des garderies ou un de ses membres, pour répondre à une accusation de discrimination fondée sur le motif de grossesse.

2. L'ÉTABLISSEMENT D'UNE DÉFENSE À UNE MESURE DISCRIMINATOIRE

L'article 20 de la Charte prévoit deux régimes d'exception permettant de justifier une mesure discriminatoire:

«Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi, ou justifiée par le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif ou qui est vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique est réputée non discriminatoire.»

Étant donné que les membres de l'Alliance des garderies sont des organismes sans but lucratif, le Service de placement ou les garderies pourraient se soustraire à la Charte en recourant au deuxième volet de la défense permise par l'article 20. Les garderies ayant pour mission de «fournir aux enfants des services de garde et un programme d'activités favorisant leur développement physique, intellectuel, affectif, social et moral»⁷, il leur serait possible d'invoquer le caractère éducatif de leur organisme, à moins d'adopter une définition restrictive de l'éducation. Elles devraient démontrer qu'il existe un lien entre l'exclusion des remplaçantes en situation de grossesse et la vocation éducative des garderies⁸. Par exemple, elles pourraient tenter de démontrer que le roulement que provoquerait l'embauche d'une remplaçante qui repartirait au bout de quelques jours ou semaines, nuirait au développement des enfants dont elle a la charge.

Quoi qu'il en soit, ce n'est pas sur ce plan que l'Alliance des garderies situe sa demande. L'organisme invoque plutôt les coûts engendrés par le retrait préventif des travailleuses enceintes et que doivent partiellement assumer les garderies, en tant qu'employeurs, ce qui renvoie au premier volet de l'article 20. Le droit d'invoquer en défense les coûts qu'impose aux garderies le retrait préventif des

7 *Loi sur les services de garde à l'enfance*, L.R.Q., c. S-4.1, art. 4, al. 2.

8 *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] R.C.S. 279, 335-336 (j. Beetz).

travailleuses en remplacement dépend de la manière dont on caractérise la discrimination dont celles-ci seraient victimes.

S'il s'agit de discrimination directe, l'employeur doit démontrer que l'exclusion se justifie en raison d'une aptitude ou qualité requise par l'emploi. À première vue, les motifs d'ordre économique ne font pas partie des « aptitudes ou qualités requises par un emploi ». Le Tribunal des droits de la personne a d'ailleurs résolument écarté le facteur des coûts financiers comme moyen de défense⁹, s'appuyant sur des affirmations formulées en ce sens par la Cour suprême¹⁰. Compte tenu de cette interprétation, les coûts économiques ne peuvent pas constituer une défense valable à une discrimination directe fondée sur la grossesse.

Cependant, les garderies pourraient invoquer l'article 2 de la *Loi sur les services de garde*, qui garantit à l'enfant le droit de recevoir des services de garde avec continuité, à condition qu'elles fassent la preuve que dans une situation spécifique, le départ en retrait préventif de la remplaçante nuit à la continuité.

L'exclusion qui frappe les travailleuses enceintes peut aussi être qualifiée de discrimination indirecte si elle se fonde sur la disponibilité et non sur la grossesse. Dans ce cas, l'employeur doit prouver que l'exigence de disponibilité comporte un lien rationnel avec l'emploi. Ensuite, l'employeur doit démontrer qu'il s'est efforcé d'accommoder l'employée enceinte¹¹. Comme l'ont pleinement reconnu les tribunaux¹² et notamment le Tribunal des droits de la personne¹³, l'exercice effectif du droit à l'égalité des travailleuses enceintes passe par l'instauration de mesures d'accommodement raisonnables, telles que l'affectation à des fonctions plus sécuritaires. D'ailleurs, avant même d'introduire dans la Charte le

9 Voir notamment *Commission des droits de la personne c. Entreprises L.D. Skelling*, D.T.E. 94T-566, (1994) R.D.L.P. 139 (T.D.P.Q.).

10 *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, 209 (j. McIntyre); *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, 516 (j. Wilson); *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321, 349 (j. Sopinka). Le P^f Daniel Proulx nuance cette interprétation absolue. «[L]'élément coûts est devenu crucial en matière de discrimination directe, contrairement à ce qu'affirme la juge Wilson. En effet, depuis que la Cour suprême force les employeurs à faire la preuve qu'il n'existe pas d'autre solution raisonnable que l'exclusion ouverte d'un groupe, l'examen du caractère raisonnable de la solution de rechange porte forcément sur les coûts que générerait cette dernière.» Daniel PROULX, *La discrimination dans l'emploi: les moyens de défense*, Cowansville, Yvon Blais, 1993, p. 119.

11 Ce principe que le Tribunal des droits de la personne a appliqué à la Charte québécoise avait été énoncé par la Cour suprême dans l'affaire *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, 554 (j. McIntyre) et repris notamment dans l'arrêt *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525, 544-545 (j. Cory).

12 *Canada (Ministre de la Défense nationale) c. Mongrain*, [1992] 1 C.F. 472 (C.A.F.).

13 *Commission des droits de la personne c. Lingerie Roxana Ltée*, [1995] R.J.Q. 1289, 1293-1295 (T.D.P.Q.); *Commission des droits de la personne c. Commission scolaire de Jean-Rivard*, [1995] R.J.Q. 2245, 2256 (T.D.P.Q.), en appel.

critère de grossesse, le Législateur avait conféré aux travailleuses enceintes le droit au retrait préventif¹⁴.

L'employeur peut tenter d'établir que l'obligation d'accommodement n'est pas raisonnable si elle lui impose une contrainte excessive, en invoquant des facteurs tels que la taille de l'entreprise et les coûts financiers¹⁵. De façon générale, il serait difficile de soutenir que l'embauche de remplaçantes enceintes entraîne des coûts déraisonnables au point de les qualifier de contrainte excessive. En effet, les coûts assumés par l'employeur comprennent, outre les avantages sociaux dont continuerait à bénéficier le cas échéant l'éducatrice, le versement du salaire normal couvrant les cinq premiers jours ouvrables de cessation de travail¹⁶. Après cette période initiale, c'est à la Commission de santé et sécurité du travail qu'il appartient de verser l'indemnité de remplacement du revenu¹⁷.

Du reste, la contribution de l'employeur à l'indemnisation de la travailleuse bénéficiant du retrait préventif participe d'un régime mis en place par le Législateur dans le but de protéger, outre la santé de l'enfant à naître, le droit de la travailleuse à des conditions de travail qui respectent sa santé, sa sécurité et son intégrité physique. Ce faisant, les dispositions particulières s'appliquant aux femmes enceintes dont le milieu de travail comporte des dangers physiques ont pour effet de leur garantir le droit de ne pas subir de discrimination dans l'emploi en raison leur grossesse¹⁸, conformément à l'engagement pris par le Québec en vertu de la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*¹⁹. Par conséquent, admettre qu'un employeur puisse invoquer une composante de ce mécanisme pour exclure une candidate à l'embauche annihilerait toute

14 *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.R.Q., c. S-2.1, art. 40 et suiv.

15 *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, précité, note 10, 520-521 (j. Wilson). Voir dans le même sens *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970, 984 (j. Sopinka).

16 *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, précitée, note 14, art. 36, al. 1, 39 et art. 42.

17 *Centre d'accueil Laval et Jacques et C.S.S.T.*, [1994] C.A.L.P. 1485; *Roy et Société des alcools du Québec et C.S.S.T.*, [1995] C.A.L.P. 579. Pour une analyse détaillée de l'obligation de l'employeur pour les quatorze jours qui suivent les cinq premiers jours de retrait, voir Katherine LIPPEL, Stéphanie BERNSTEIN et Marie-Claude BERGERON, *Le retrait préventif de la travailleuse enceinte ou qui allaite: réflexions sur le droit et la médecine*, Cowansville, Yvon Blais, 1996, pp. 158-163. En admettant que l'interprétation de la Commission d'appel en matière de lésions professionnelles soit remise en question, il n'en demeure pas moins que l'employeur ne subit pas d'autres coûts directement reliés au retrait préventif puisque l'indemnité de remplacement qu'il aurait à verser pendant cette période de quatorze jours lui serait ensuite remboursée par la C.S.S.T, en vertu de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., c. A-3.001, art. 60.

18 Il faut se rappeler que dans l'affaire *Brooks*, précitée, note 3, la Cour suprême a jugé qu'un régime d'assurance maladie et d'accidents qui excluait pendant une période de dix-sept semaines les femmes enceintes créait de la discrimination fondée à la fois sur la grossesse et sur le sexe.

19 (1981) 1249 R.T.N.U. 13, art. 11. La Convention a été ratifiée par le Québec en octobre 1981: R.E.I.Q. (1984-89), n° (1981) (12), p. 850.

reconnaissance concrète du droit à l'égalité des travailleuses effectuant des remplacements lorsqu'elles se retrouvent en situation de grossesse.

Mais les coûts qu'entraîne l'embauche d'une remplaçante au poste d'éducatrice ne se limitent pas à l'indemnité de remplacement de revenu. Le remplacement peut aussi impliquer des coûts reliés au processus même de l'embauche ou à la réorganisation de travail.

D'autre part, des facteurs tels que la durée du remplacement pourraient être invoqués. Cependant, il n'est pas suffisant de démontrer que la situation entraîne des inconvénients pour les garderies qui devraient engager une remplaçante pour pourvoir le poste de la remplaçante enceinte pendant le retrait préventif. La preuve doit établir que cet accommodement représente un fardeau excessif pour l'employeur.

CONCLUSION

La Charte garantit à toute femme enceinte le droit d'être traitée en pleine égalité dans l'embauche. Néanmoins, l'exclusion des éducatrices effectuant des remplacements en garderies pour motif de grossesse peut être justifiée. Qu'elle soit de source directe ou indirecte, c'est à la lumière des données particulières de chaque situation qu'une exclusion peut être qualifiée de discriminatoire. Ce seront donc les circonstances de chaque cas qui permettront de conclure que le Service de placement ou une garderie qui procède à l'embauche a le droit ou non de demander des renseignements concernant l'état de grossesse d'une remplaçante, ou qu'une garderie a le droit de refuser d'embaucher une remplaçante enceinte.