

Comments Commentaires

Action Travail des Femmes c. Canadien National: le premier modèle canadien d'implantation d'un programme d'action positive par voie judiciaire¹

© 1985 par Lucie Lamarche

On August 22, 1984, a tribunal was assembled in accordance with the Canadian Human Rights Act to examine the complaint of systemic discrimination against women in Canadian National's hiring for nontraditional jobs. Following its analysis of C.N.'s hiring system and the marginalized position of female candidates, the tribunal agreed with the allegation of systemic discrimination. Consequently, the tribunal ordered C.N. to implement an affirmative action program which placed C.N. under a 25% hiring quota to bring the number of women it employed in nontraditional positions into line with the national average of 13%. On July 16, 1985, the Federal Court of Appeal modified that order in relation to the hiring quota on the basis that the tribunal only had jurisdiction to make "preventative" orders, and the hiring quota was, in the opinion of the court, a "remedial" order.

En juillet 1981 était constitué un tribunal en vertu de l'article 39 de la Loi canadienne sur les droits de la personne,² dans le but d'étudier la plainte logée par Action

1. Action Travail des Femmes c. Canadien National et la Commission canadienne des droits de la personne. Décision du Tribunal en vertu de la Loi canadienne sur les droits de la personne, rendue le 22 août 1984, D.T. 10/84 — ci-après nommée comme la décision.
2. Loi canadienne sur les droits de la personne, S.R.C. 1977, c.33.

Travail des Femmes à l'endroit du Canadien National. Cette plainte était libellée comme suit: "A.T.F. has reasonable grounds to believe that C.N... has established or pursued a policy or practice that deprives or tends to deprive a class of individuals of employment opportunities because they are females."³ Il s'agissait d'une plainte de discrimination systémique en vertu de l'article 10 de la Loi (i.e.: l'analyse des pratiques *d'embauche* susceptibles d'annihiler les chances d'emploi d'une catégorie d'individus).

Dès 1974, le C.N. avait initié une enquête sur la question générale de la représentation féminine en son sein (Rapport Boyle-Kirkman). À cette époque, 4% de l'ensemble de la main-d'oeuvre du C.N. étaient des femmes, alors qu'elles représentaient 33% de l'ensemble de la main-d'oeuvre canadienne. Ultérieurement, l'enquête a démontré que 7% seulement de la main d'oeuvre "col bleu" du C.N. pour le Québec sont des femmes alors que la moyenne nationale est de 13%. Ces seules statistiques tendent à démontrer que malgré les recommandations du Rapport Boyle-Kirkman (création au stade du recrutement de pratiques numériques d'embauche par palier, publicité orientée vers la clientèle-cible, nouvelle gestion des entrevues pour les candidates féminines); les pratiques d'embauche avaient, sur la clientèle féminine, un indéniable "chilling effect."⁴

En 1977, le groupe montréalais Action Travail des Femmes (A.T.F.) ayant pour objectif la recherche d'emplois et le placement des femmes au sein de métiers non-traditionnels, entreprenait des contacts avec le C.N., important employeur. Un inventaire des postes d'embauche pouvant mener, via une formation à l'interne, à des promotions plus spécialisées pour les femmes avait été dressé. En 1977, 20 à 25 femmes sans expérience préalable avaient été embauchées.

En 1978, cependant, A.T.F. était à même de constater l'existence de plusieurs obstacles à l'embauche des femmes dans des emplois non-traditionnels: tests d'aptitude mécanique auxquels elles échouaient, nécessité de réussir ces tests dans le but de promotions éventuelles bien que cette compétence ne soit pas objectivement requise pour le poste d'entrée, caractère aléatoire des exigences des divers contremaîtres (tel, lever un sabot de frein avec une seule main alors qu'on n'exigeait pas cette force des employés masculins), et ce, sans compter les problèmes de harcèlement sexuel dans l'exercice de l'emploi à divers niveaux.

Toutes ces difficultés donnèrent lieu en 1979 seulement, à trois plaintes individuelles de discrimination dans l'embauche et, en novembre 1979, à une plainte de discrimination systémique de la part d'A.T.F. Les plaintes individuelles furent réglées par la conciliation et, jusqu'en 1981, le C.N. accepta des femmes aux postes d'entrée, leur refusant cependant l'accès aux programmes d'apprentissage offerts par l'entreprise. La preuve révèle que de 1979 à 1981, pour la région du Québec, les femmes ont accru leur représentation à l'embauche de 0% à 2,6% dans les postes de serre-freins, de 0% à 29% dans les postes d'ingénierie, de 0% à 13% (10 femmes dont huit ayant porté plainte) dans les postes d'apprenti, de 0% à 18,5% (5 femmes, embauchées après la constitution du Tribunal) dans les postes de manoeuvre. Ceci constitue l'expression de ce que la jurisprudence américaine a baptisé "the inexorable zero." Suite au dépôt de ces statistiques, le Tribunal ne manque pas de rappeler à l'employeur-intimé que sa diligence avait donné des

3. Action Travail des Femmes c. Canadien National, 2.

4. Ibid., 76.

résultats plus probants dans le cadre des programmes d'intégration des francophones, ce qui rend la sclérose statistique d'autant plus inquiétante dans le cas de l'embauche des femmes à des postes non-traditionnels et qui pose, à un autre niveau, toute l'importance de la preuve statistique dans les cas de plaintes de discrimination systémique.

Il est important, à ce stade, de rappeler que le Tribunal s'est reconnu compétent pour analyser les pratiques d'embauche dans la région du St-Laurent (Québec) seulement, puisque tel était son mandat. De plus, la plainte d'A.T.F. exceptait d'elle-même les postes d'entrée pour lesquels des cartes de compétence étaient requises, pour s'en tenir aux postes de journaliers et d'apprentis, encore que l'employeur exigeât des cartes de compétence pour ces postes d'entrée. De façon pratique, il s'agit d'emplois de serre-freins (menant éventuellement au poste de conducteur ou de conductrice), de nettoyeurs(ses) de wagons (menant aux postes d'aide-wagonnier(re) et de wagonnier ou de wagonnière), de peinteurs(ses) de wagons, de concierges et de pelletiers(ses) de neige. Cependant, la preuve a révélé que les femmes sont essentiellement confinées aux postes de nettoyeuses de wagons, d'autant plus que depuis 1981, ce poste avait fait l'objet d'un détachement de la ligne de promotion antérieurement prévue.

La légalité des pratiques d'embauche au C.N.

Le Tribunal rappelle que l'article 10 de la loi requiert de la plaignante⁵ qu'elle fasse la preuve *prima facie* que les pratiques d'embauche attaquées sont susceptibles d'empêcher une catégorie protégée d'avoir les mêmes chances d'emploi que l'ensemble des candidats. Ainsi, pour se déclarer satisfait de la preuve statistique, le Tribunal souligne que cette dernière a été largement utilisée aux États-Unis.⁶ Là où l'écart est manifeste avec la jurisprudence américaine, c'est à l'égard de la preuve du caractère intentionnel de la discrimination exercée dans l'embauche par l'employeur.⁷

I do not, however agree with Mr. Justice Le Dain's view that section 10 of the Canadian Human Rights Act is sufficiently comprehensive to include the effect of indirect discrimination. The decision of the Supreme Court of the United States in the case of *Griggs v. Duke Power Co.* (1971) 401 U.S. 424 to which he refers, has been the subject of much comment. Section 10 of the Act uses the words "deprives or tends to deprive" but the words "otherwise adversely affect" are not present in the Canadian section. With respect, I do not agree that section 10, absent those words, and when considered in the context of the Act as a whole, is capable of the same construction as subsection 703(a)(2) of Title VII of the Civil Rights Act of 1964.⁸

5. Loi canadienne sur les droits de la personne, S.R.C. 1977, c.33, art. 32, 33: un organisme peut porter plainte sans qu'un intérêt propre ne soit requis.

6. Voir *Commonwealth c. Flaherty*, 11 F.E.P. Cases 993 (1975); *Floyd W. Williams Jr. et al v. Owens-Illinois Inc.*, no. 79-4410 (janvier 1982)(CCA 9).

7. Cette question a été soumise à la Cour suprême du Canada qui n'a pas encore rendu jugement suite à la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *C.N.R. c. K.S.*

8. *C.N. c. Binder*, (1983) C.H.R.R., D/1405

Cependant le Tribunal, tout en manifestant son désaccord avec les propos de M. le juge Heald sur cette question, estime ici que le C.N. avait une connaissance aiguë de l'effet discriminatoire de ses pratiques d'embauche: le Canadien National "meant what he did."⁹

Il conclut que le caractère intentionnel de la discrimination de l'employeur, de même que les efforts de ce dernier depuis le dépôt de la plainte, doivent éclairer le Tribunal sur l'opportunité d'imposer un programme d'action positive. De plus, le Tribunal rappelle¹⁰ que la seule preuve statistique concernant l'effet négatif d'un processus d'embauche ne suffit pas pour conclure à l'illégalité du processus puisque l'article 14(a) de la Loi prévoit que les exigences professionnelles normales peuvent justifier l'écart statistique, auquel cas, les pratiques d'embauche ne constitueront pas un acte discriminatoire. Une abondante jurisprudence américaine s'est penchée sur le "business necessity test."

Qu'en est-il de la preuve sur cette question dans le cas qui nous occupe: l'information est mitigée, mal orientée et les pratiques légales en soi du "walk-in and word of mouth" ont ici créé un "adverse impact."¹¹ Il en va de même de l'antipathie et des attitudes décourageantes du bureau d'embauche.¹² Quant aux critères d'embauche, aucune étude ne révèle ce que sont les qualifications réellement nécessaires quant aux postes d'entrée visés par la plainte (test du "bona fide occupational qualification").¹³ Le C.N. a suggéré qu'un employeur doit s'assurer que les travailleurs(ses) puissent progresser au sein de l'entreprise. C'est l'argument de la promotion forcée. Ceci s'appliquerait surtout aux postes de serre-freins et de nettoyeurs(ses) de wagons. Cependant, la preuve n'a pas révélé qu'il est impossible pour le C.N. d'assurer une formation à l'interne dans le but de promotions éventuelles. Or, la jurisprudence américaine considère pour sa part que l'argument de la promotion forcée n'est pas acceptable, si, en pratique, cette volonté d'évaluer des candidats pour des postes plus élevés, perpétue une discrimination passée.¹⁴ La pratique n'est légale que si la promotion ne peut être obtenue autrement.¹⁵

Il a été mis en preuve que les pré-requis dans le domaine de la soudure avaient refoulé nombre de femmes. Cependant le tribunal retient que ces derniers sont des exigences valables quant au poste d'entrée d'apprentis seulement, lequel s'apparente un peu plus à un poste dit "de métier." Toute autre exigence relative à l'expérience préalable en soudure maintiendrait une embauche discriminatoire et aurait un impact négatif ("adverse impact") sur l'embauche des femmes.

Enfin, le Tribunal a dû s'interroger sur la valeur des tests d'aptitude mécanique (Bennett et Revised Minnesota). Après avoir constaté que le pourcentage

9. *Action Travail des Femmes c. Canadien National*, 89, *Robinson c. Lorillard Corp.*, 444 F. (2d), 791 (1971).

10. *Ibid.*

11. *E.E.O.C. c. New York Broadcasting Service*, 13 F.E.P. Cases 813 (1976).

12. *Kohne c. Imco Containers Cie*, 21 F.E.P. Cases 535 (1979).

13. *Ontario Human Rights Commission c. Etobicoke*, 132 D.L.R. p. 16: "[T]he McKay test provides that to be a bona fide qualification and requirement, the limitation complained of must be imposed honestly, that is in good faith, and not based on any extraneous or ulterior motive, and it must bear a reasonable relationship to the circumstances of the employment."

14. *Robinson c. Lorillard Corporation*, 444 F. (2d), 791 (1971).

15. *Griggs c. Duke Power*, 401 U.S. 424 (1971).

d'échec aux tests est de 48% chez les femmes et de 27% chez les hommes, le Tribunal conclut que le test n'est pas neutre, vu la faible exposition des femmes aux données mécaniques, et que le Bennett n'a pu...être validé, vu l'absence de définition objective des tâches elles-mêmes et des qualifications requises. Cependant, tout comme pour les compétences préalables en soudure, le Bennett est un test valide pour les postes d'apprentis.

Les programmes d'action positive

Dorénavant convaincu que les pratiques d'embauche au C.N. sont discriminatoires, il s'agissait pour le Tribunal d'évaluer la nécessité de contraindre judiciairement le C.N. à un programme d'action positive. En droit américain, ces programmes peuvent originer de trois sources : la voie législative, le décret présidentiel et le décret volontaire. Quant à ce dernier modèle, nous référons la lectrice(teur) à l'ouvrage de Mme Hélène David, qui fait état des programmes volontaires américains de la Cie A.T. & T. et du décret volontaire de l'acier, négocié entre les travailleurs(es) et le syndicat.¹⁶ Contentons-nous de rappeler que ces ententes qui sont le résultat des pressions exercées par l'E.O.C. (Equal Employment Opportunities Commission) visaient, surtout dans le cas de l'acier, l'intégration des travailleurs(es) de diverses ethnies dans cette industrie. Mme David analyse entre autre, l'évolution des positions syndicales sur cette question. Pour sa part, le décret présidentiel (décret # 11246 du Président L.B. Johnson de 1965), appelé aussi "Contract Compliance Program," vise l'utilisation du pouvoir de contracter du gouvernement pour persuader des entreprises privées de ne pas discriminer dans l'embauche et la sous-contractance.¹⁷ Enfin, la voie législative origine de l'article 706(g) du Titre VII du Civil Rights Act de 1964, qui prévoit l'imposition judiciaire d'un programme d'action positive, sans toutefois définir le contenu du programme non plus que les limites de la discrétion du tribunal ("reinstatement, back pay or any other equitable relief").

Nous ne nous attarderons pas ici sur la question de savoir ce que peuvent être pour certains les effets discriminants d'un programme qui se veut anti-discriminatoire. La Loi canadienne quant à elle parle de programmes spéciaux mais n'est guère plus spécifique quant au contenu desdits programmes et aux pouvoirs des tribunaux.¹⁸ Ici, le Tribunal précise que ces programmes seront temporaires et définiront des objectifs numériques d'emploi ainsi que des moyens de mise en oeuvre. Le Tribunal insiste pour parler d'objectifs numériques plutôt que de quotas.¹⁹ On connaît en effet les réticences des employeurs à se voir imposer des quotas qui les contraindraient, nous disent-ils, à embaucher un personnel non qualifié pour pouvoir les respecter. Il s'agit là d'une mauvaise interprétation des objectifs numériques d'emploi. Par ailleurs, ces programmes viseront à corriger la sous-utilisation et la sur-concentration des catégories de

16. Hélène David, *L'égalité en emploi pour les femmes en usine* (Québec: Institut de recherche appliqué sur le travail, 1983), 266 et ss.

17. Voir *Fullilove c. Klutznick*, 448 U.S. 448 (U.S.S.C., 1980), validité d'un plan de subventions de 10% des contrats si embauche de certaines minorités.

18. Loi canadienne sur les droits de la personne, S.R.C. 1977, c.33., art. 15(1) et 41(2) quant aux pouvoirs du tribunal.

19. Pour les nuances, consulter *Ass'n Against Discrimination c. City of Bridgeport*, 20 F.E.P. Cases 985 (1979) et *Regents of the University of California c. Bakke*, 438 U.S. 265 (U.S.S.C., 1978).

travailleurs(es) dans l'emploi, et tiendront compte de la capacité de l'organisme de s'adapter et des droits acquis des travailleurs de l'entreprise. L'affaire *E.E.O.C. c. Cook Paint and Varnish Co.*,²⁰ nous fournit un exemple de programme d'action positive à objectifs numériques où le tribunal a jugé opportun le "monitoring" du programme par une révision judiciaire éventuelle et le dépôt de rapports périodiques par l'employeur. Le Tribunal s'en est largement inspiré dans la présente affaire.

L'ordonnance

Étant convaincu que l'imposition d'un programme spécial est ici requise, le Tribunal imposera des mesures permanentes et des mesures temporaires. S'inspirant de la moyenne nationale de 13% quant au taux de pénétration des femmes dans les emplois non-traditionnels, le Tribunal fixe à 13% le taux effectif de présence des femmes au C.N. dans les emplois non-traditionnels. Un poste sur quatre devra être attribué à une femme. Le Tribunal assujettit cependant cette obligation pour l'employeur à l'épuisement de la liste de rappels ou tout en lui donnant un délai d'un an pour se conformer à l'ordonnance. Il n'est pas non plus sans intérêt de noter qu'idéalement, selon le Tribunal, un poste sur trois devrait être réservé à une femme.

Ce dernier nous dit vouloir faire preuve de flexibilité. On se rappellera à ce stade la résistance de l'employeur aux quotas. Pour des fins de contrôle, le Tribunal exige de l'employeur des rapports trimestriels et la nomination d'un(e) gestionnaire responsable de ce seul programme.

Quant aux mesures permanentes, elles visent essentiellement l'interdiction de l'utilisation des tests Bennett dans les postes d'entrée autres qu'apprenti, une publicité orientée, de nouvelles pratiques d'accueil, un soutien politique à l'élimination du harcèlement sexuel et l'encadrement des contremaîtres.

Conclusion

Cette décision est présentement en appel, ce qui n'a rien d'étonnant. Chaque partie y a vécu sa part de déception et de succès. En effet, l'employeur ne saurait s'afficher ici comme une victime de la nouvelle organisation du monde du travail. Le C.N. se savait déficient dans ses pratiques. Il faut par ailleurs féliciter l'effort soutenu d'A.T.F. et de ses procureurs. La tâche, tant par le financement que par la mise en place de la preuve, était d'envergure. Voici une belle occasion de mettre en lumière le caractère ardu des pratiques juridiques progressistes.

Il faut par ailleurs s'interroger sur l'absence totale d'input syndical. En 1985, nul ne peut nier que le syndicalisme doit s'intégrer au débat sur l'implantation des programmes d'action positive et investir dans la résolution des contradictions que cela suppose.

On ne peut par ailleurs passer sous silence que le syndicalisme américain semble se situer plus aisément par rapport aux catégories ethniques de travailleurs(es) défavorisés(sées) que par rapport aux femmes comme travailleuses représentant un groupe défavorisé. Quant à la décision elle-même, nous la qualifierons d'effort juridique remarquable quoique timide. La demande initiale

20. E.P.D., 31935 (W.D.Mo., 1981).

des plaignantes était à l'effet que 40% de femmes devaient être embauchées (une femme sur 2,5 embauchée) jusqu'à concurrence de 13%, soit la moyenne nationale.

L'imposition d'un objectif numérique de 25% réduit la course à l'égalité. Mais comme le dit si bien la devise: "dernière engagée-première congédiée." Le spectre de la réorganisation du travail ne veille pas moins sur la "faisabilité" des programmes d'action positive que sur la situation d'emploi des femmes en général. Ainsi, il nous apparaît que le respect prioritaire de la liste de rappel démontre bien l'absence de mode de résolution des contradictions inhérentes au respect des droits acquis et à l'intégration des femmes comme groupe protégé par la Loi aux métiers non-traditionnels.

Il faut garder à l'esprit que les programmes spéciaux imposés par un tribunal ne donneront toujours lieu qu'à des programmes partiels. D'où la nécessité que cette décision inspire aux intervenants(tes) du monde du travail une approche volontaire de la question. L'entrepreneurship sait que l'approche volontaire est souvent beaucoup moins onéreuse que la contrainte judiciaire. Et au Canada, la Fonction publique a déjà donné l'exemple.²¹

21. *C.E.I.C. Action positive, Manuel de formation technique* (Ottawa: Ministère des Approvisionnement et Services, Canada, 1982). Le 16 juillet 1985, la Cour d'appel fédérale renversa la décision du tribunal, au motif que sa juridiction se limitait à rendre des ordonnances de nature préventive et qu'en fixant des quotas d'embauche comme il l'avait fait, il avait outrepassé sa juridiction. Elle a par ailleurs maintenu l'ordonnance quant à l'obligation pour le C.N. d'entreprendre une campagne de publicité, ce qui, dans un certain sens, peut apparaître comme une mesure de nature curative. *Canadien National c. Action Travail des Femmes*, jugement non rapporté, 16 juillet 1985 (C.A.F.), par juges Hugessen, Pratte, et MacGuigan, dissident.

Copyright of Canadian Journal of Women & the Law is the property of UTP/Canadian Journal of Women and the Law and its content may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserv without the copyright holder's express written permission. However, users may print, download, or email articles for individual use.