

Identité sexuelle et expression de l'identité sexuelle: Ce que les employeurs doivent savoir

2 juin 2022

DANS CET ARTICLE

IDENTITÉ SEXUELLE ET
EXPRESSION DE L'IDENTITÉ
SEXUELLE

ADAPTATION

OBLIGATIONS DE BASE

ADAPTATION ET
OBLIGATIONS DE BASE

POINTS À RETENIR POUR LES
EMPLOYEURS

CONTACT

CHARLOTTETOWN

Maggie Hughes

902-629-3908

maggie.hughes@coxandpalmer.com

Le 26 avril 2022, des membres du service régional Emploi et travail de Cox & Palmer ont présenté le webinaire *Hot Topics in Human Resources: Spring 2022* (Questions de l'heure dans le domaine des ressources humaines : printemps 2022) (en anglais seulement), qui traitait notamment des questions d'identité sexuelle et d'expression de l'identité sexuelle.

Le Mois de la fierté approchant à grands pas, nous voulions poursuivre le dialogue et aider les employeurs à épauler les employés dont l'identité sexuelle ou son expression ne correspond pas aux attentes conventionnelles concernant leur sexe déclaré à la naissance.

Identité sexuelle et expression de l'identité sexuelle

L'identité sexuelle et son expression sont des motifs de distinction illicites en emploi dans les lois fédérales et provinciales en matière de droits de la personne, c'est-à-dire que les employeurs ne peuvent pas faire de discrimination à l'encontre d'employés ou de candidats fondée sur ces motifs. Bien que les lois ne donnent de définition ni de l'identité sexuelle ni de l'expression de l'identité sexuelle, les arbitres, ainsi que les publications des tribunaux des droits de la personne du Canada, ont cité les définitions suivantes de la *Politique sur la prévention de la discrimination fondée sur l'identité sexuelle et l'expression de l'identité sexuelle* de la Commission ontarienne des droits de la personne^[1] :

Identité sexuelle

Expérience intime et personnelle de son sexe, telle que vécue par chacun. Elle a trait au fait de se sentir femme, homme, les deux, aucun ou autrement, selon où l'on se positionne sur le continuum de l'identité sexuelle. L'identité sexuelle d'une personne peut correspondre ou non au sexe qui lui a été assigné à la naissance.

Expression de l'identité sexuelle

Manière dont une personne exprime ouvertement son sexe. Cela peut inclure ses comportements et son apparence, comme ses choix vestimentaires, sa coiffure, le port de maquillage, son langage corporel et sa voix. De plus, l'expression de l'identité sexuelle inclut couramment le choix d'un nom et d'un pronom pour se définir. C'est par ces attributs qu'on perçoit l'identité sexuelle d'une personne.

Adaptation

En contexte d'emploi, si un employé demande des mesures d'adaptation fondées sur son identité sexuelle ou sur l'expression de son identité sexuelle, l'employeur est tenu de prendre les mesures requises, sauf si elles causent un préjudice injustifié ou qu'elles contreviennent à une « exigence professionnelle justifiée^[2] ».

Il se peut qu'il faille prendre plusieurs mesures d'adaptation liées à l'identité sexuelle d'un employé ou à son expression; cela dit, toutes les demandes ne se traduisent pas nécessairement par de telles mesures.

Obligations de base

Certaines demandes constituent des obligations de base. Par exemple, selon l'arrêt [Nelson v Goodberry Restaurant et al.](#), le Tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique :

[traduction] Tous les employés ont droit à un milieu de travail libre de toute discrimination. Les employés trans ont droit à la reconnaissance et au respect de leur identité sexuelle et de son expression. Le premier pas consiste à utiliser les noms et pronoms correctement. Il ne s'agit pas d'une mesure d'adaptation, c'est une obligation de base de tout le monde envers tout le monde.

[Soulignement ajouté.]

Une autre obligation de base est de traiter les demandes de congé pour raison médicale liées à leur transition exactement de la même façon que tout autre congé pour raison médicale. De plus, il est interdit de refuser l'adhésion au régime d'assurance médicale ou collective en raison de l'identité sexuelle d'un employé ou de son expression. Dans ces cas, il n'y a pas lieu de procéder à l'analyse de la contrainte excessive.

Même si l'accès aux toilettes ou vestiaires selon l'identité sexuelle vécue d'employés entraîne certaines mesures d'adaptation, ce droit est universel. Les mesures d'adaptation doivent être *raisonnables*, par opposition à *parfaites*. Selon le lieu de travail, la rénovation ou la création d'installations individuelles ou sexoneutres pourraient être les seules solutions viables. La jurisprudence sur les contraintes excessives dans le contexte de l'identité sexuelle et de son expression est plutôt maigre, mais pas celle sur les contraintes excessives découlant de mesures d'adaptation où l'employeur doit rénover ses installations. Dans ces affaires, les tribunaux ont défini des circonstances où des coûts excessifs peuvent justifier un refus d'adaptation; cela dit, en général, le seuil applicable pour un tel refus est assez élevé^[3].

Adaptation et obligations de base

Exemples de mesures d'adaptation raisonnables	Exemples d'obligations de base
Toilettes	Congé pour raison médicale
Vestiaires	Assurance médicale et prestations connexes
Code vestimentaire et uniformes ⁴	Noms et pronoms

Points à retenir pour les employeurs

En général, même si c'est à l'employé qu'il revient de signaler les mesures d'adaptation requises à l'employeur, celui-ci doit prendre, de sa propre initiative, les mesures nécessaires pour reconnaître et faire tomber les barrières sur le lieu de travail. Les employeurs peuvent contribuer à rendre un milieu de travail inclusif en prenant les mesures suivantes :

- Assurer la confidentialité dans la collecte et l'utilisation des renseignements personnels des personnes transgenres;
- Répondre aux objections des collègues qui sont peu renseignés sur le sujet ou dont les convictions peuvent être source de conflit;
- Collaborer avec les employés pour connaître leurs besoins et y répondre adéquatement;
- Appliquer une politique relative aux personnes LGBTQ pour encadrer la modification des formulaires de ressources humaines et les communications avec les collègues pendant la transition de l'employé;
- Appuyer les initiatives LGBTQ;
- Assurer l'inclusion de l'identité sexuelle et de son expression dans les politiques sur le harcèlement en milieu de travail;
- Assurer la neutralité sexuelle dans les politiques et formulaires et veiller à ce que ces documents n'aient pas d'effets préjudiciables;
- Suivre de la formation pour se renseigner davantage sur l'expérience vécue des employés.

^[1] Commission ontarienne des droits de la personne, [Politique sur la prévention de la discrimination fondée sur l'identité sexuelle et l'expression de l'identité sexuelle](#) (2014).

^[2] Les employeurs peuvent avoir des exigences ou qualifications professionnelles justifiées pouvant donner lieu à une norme discriminatoire sans adaptation possible. Il n'en reste pas moins que ces exigences doivent être examinées soigneusement. L'employeur doit justifier la norme conformément à l'arrêt [Meiorin](#) en établissant la prépondérance des probabilités :

- il a adopté la norme dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail en cause;

- il a adopté la norme particulière en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail;
- la norme est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail. Pour prouver que la norme est raisonnablement nécessaire, il faut démontrer qu'il est impossible de composer avec les employés qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que l'employeur subisse une contrainte excessive.

[3] *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] SCJ No 73 au paragraphe 41

[4] Les employés devraient avoir le droit de s'habiller conformément à leur identité sexuelle vécue.

La présente publication de Cox & Palmer a pour unique but de fournir des renseignements de nature générale et ne constitue pas un avis juridique. Les renseignements présentés sont actuels à la date de leur publication et peuvent être sujets à modifications après la publication.