

LA DISCRIMINATION FONDÉE SUR LES ANTÉCÉDENTS JUDICIAIRES : LE PRINCIPE DE L'INTERPRÉTATION LARGE SOUS LES VERROUS ?

Christian Brunelle

Volume 42, Number 1-2, 2012

20 ans du Tribunal des droits de la personne

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1106027ar>

DOI: <https://doi.org/10.17118/11143/10262>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Brunelle, C. (2012). LA DISCRIMINATION FONDÉE SUR LES ANTÉCÉDENTS JUDICIAIRES : LE PRINCIPE DE L'INTERPRÉTATION LARGE SOUS LES VERROUS ? *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 42(1-2), 13-48.
<https://doi.org/10.17118/11143/10262>

Article abstract

Over the last decade, the Supreme Court of Canada has rendered judgment in three cases dealing with protection against discrimination in matters of employment due to having a criminal record. The writer points out that on each occasion, the Court proposed an interpretation of the Quebec Charter which is generally more restrictive than that favored by members of the Human Rights Tribunal, whose members are deemed to possess "...notable experience and expertise in, sensitivity to and interest for matters of human rights and freedoms." Perhaps the time has come for Quebec lawmakers to reexamine the actual wording of the Charter so that it may reflect a more generous approach to issues of discrimination?

LA DISCRIMINATION FONDÉE SUR LES ANTÉCÉDENTS JUDICIAIRES : LE PRINCIPE DE L'INTERPRÉTATION LARGE SOUS LES VERROUS?

par Christian BRUNELLE*

Depuis le début des années 2000, la Cour suprême du Canada a consacré trois arrêts à la protection contre la discrimination dans l'emploi fondée sur les antécédents judiciaires. L'auteur démontre que, chaque fois, la Cour a retenu une interprétation de la Charte québécoise plus restrictive que celle privilégiée par des membres du Tribunal des droits de la personne, auxquels le législateur reconnaît pourtant « une expérience, une expertise, une sensibilisation et un intérêt marqués en matière de droits et libertés de la personne ». Cela étant, le moment serait-il venu, pour le législateur québécois, de revoir le libellé de la Charte de manière à lui (re)donner une portée plus généreuse à cet égard?

Over the last decade, the Supreme Court of Canada has rendered judgment in three cases dealing with protection against discrimination in matters of employment due to having a criminal record. The writer points out that on each occasion, the Court proposed an interpretation of the Quebec Charter which is generally more restrictive than that favored by members of the Human Rights Tribunal, whose members are deemed to possess «...notable experience and expertise in, sensitivity to and interest for matters of human rights and freedoms.» Perhaps the time has come for Quebec lawmakers to reexamine the actual wording of the Charter so that it may reflect a more generous approach to issues of discrimination?

* . Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université Laval, Québec, et chercheur au Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT). L'auteur désire exprimer ses remerciements au Conseil de recherche en sciences humaines (CRSH) du Canada, pour son soutien financier, à M. Bernard Mailloux, étudiant à la maîtrise en droit de l'Université Laval, pour son assistance dans le repérage des sources jurisprudentielles, et au professeur Dominic Roux, qui a aimablement commenté une version préliminaire de ce texte.

14 *La discrimination fondée sur les antécédents judiciaires :*
le principe de l'interprétation large (2012) 42 R.D.U.S.
sous les verrous?

SOMMAIRE

I)	L'objet de l'article 18.2	17
II)	Un droit à portée limitée	22
	A) Les titulaires du droit	25
	B) La cause véritable de la mesure préjudiciable.....	31
III)	Des moyens de défense distincts	37
	Conclusion	46

pénale ou déclarées coupables d'une telle infraction à la suite d'un plaidoyer de culpabilité ou d'un procès.

Tout bien considéré, la Charte québécoise ne souffrait peut-être pas d'une tare congénitale à cet égard, puisque dès son adoption, elle condamnait déjà la discrimination fondée sur la « condition sociale ». Toutefois, le refus caractérisé des tribunaux d'assimiler la condition des personnes qui présentent des antécédents judiciaires à une « condition sociale » protégée allait susciter une intervention de l'assemblée législative⁶. Plutôt que de concevoir une protection ambitieuse qui puisse contrer la discrimination fondée sur les antécédents judiciaires dans tous les domaines d'activités visés par la Charte québécoise⁷, le législateur la cantonnait au seul domaine de l'emploi, en couchant sa disposition dans des termes verbeux plus proches d'un texte de nature fiscale que fondamentale⁸, où droit et moyens de défense s'amalgament au mépris de la structure d'ensemble de la Charte qui favorise plutôt leur dissociation⁹ :

-
6. Nous avons déjà eu l'occasion de décrire plus amplement ce contexte historique dans une étude antérieure : Christian BRUNELLE, « La Charte québécoise et les sanctions de l'employeur contre les auteurs d'actes criminels œuvrant en milieu éducatif », (1995) 29 *R.J.T.* 313, p. 319-322. Voir également : Marc-André DOWD et Julie LEFEBVRE, « La protection contre la discrimination fondée sur les antécédents judiciaires en vertu de la *Charte des droits et libertés de la personne* : « il faut qu'une porte soit ouverte ou fermée » », dans S.F.P.B.Q., vol. 153, *Développements récents en droit du travail (2001)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 4-6.
 7. Ces domaines d'activités ressortent principalement du chapitre I.1 de la Charte québécoise, lequel vise le harcèlement (art. 10.1), la publicité ou l'information au public (art. 11), les actes juridiques (art. 12 et 13), incluant ceux touchant le logement (art. 14, *a contrario*), l'accès aux moyens de transport, aux lieux publics et aux biens et services qui y sont offerts (art. 15) de même que l'emploi et les conditions de travail (art. 16 à 19).
 8. Mélanie SAMSON, « L'interprétation constitutionnelle et l'interprétation fiscale, encore aux antipodes? », *Lex Electronica*, vol. 15, n° 2, Automne 2010, p. 8 et 9.
 9. De fait, la structure d'ensemble de la Charte québécoise invite à dissocier les droits et libertés proprement dits, des moyens de défense qui peuvent leur être opposés en application des articles 9.1, 20 ou 20.1 : Christian

fertile dont le texte québécois a largement subi l'influence par la suite, notamment en matière d'interprétation. Ainsi, placée devant le défi de définir les droits et libertés constitutionnels, la Cour suprême du Canada a tôt fait d'épouser une méthode d'interprétation finaliste ou téléologique¹², selon laquelle « [l]e sens d'un droit ou d'une liberté garanti par la *Charte* doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'*objet* d'une telle garantie »¹³. Cet objet peut être dégagé « de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte* », sans pour autant négliger le contexte dans lequel s'insère la revendication fondée sur la *Charte*¹⁴. Il est résolument admis que cette « méthode d'interprétation large et libérale fondée sur l'objet visé par la loi et l'approche contextuelle » s'imposent aussi au contact de la *Charte* québécoise¹⁵.

Cela étant, quel est donc l'objet de l'article 18.2? C'est dans l'arrêt *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec inc.*¹⁶ que la Cour se montre la plus explicite à ce propos.

L'affaire met en cause un mécanicien d'entretien, embauché le 6 mars 1989, alors qu'il ne connaît pas encore la sentence qui lui sera imposée à la suite de son récent plaidoyer de culpabilité pour des délits de fraude et d'abus de confiance qu'il aurait commis, en 1985, en qualité de directeur de l'entretien d'une société portuaire. Le mercredi 26 juin 1991, la sentence est

12. Mélanie SAMSON, « Interprétation large et libérale et interprétation contextuelle : convergence ou divergence? », (2008) 49 *C. de D.* 297, p. 302-303.

13. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344 (j. Dickson) (nos italiques).

14. *Id.*

15. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, préc., note 4, p. 697 (j. L'Heureux-Dubé, par. 71).

16. [2003] 3 R.C.S. 228.

par la Cour suprême du Canada, quinze mois plus tôt²⁰. Cela étant, la Cour d'appel conviendra néanmoins que l'article 18.2 vise « ... le maintien de l'égalité [...] en prohibant la discrimination contre les personnes « déclarées coupables » et qu'il favorise aussi l'intégration de ces personnes au marché du travail »²¹.

La Cour suprême du Canada va elle aussi conclure en faveur de l'employeur. Dans l'opinion qu'elle signe au nom de six des sept juges qui ont entendu le pourvoi, M^{me} la juge Deschamps définit en ces termes l'objet de l'article 18.2 de la Charte québécoise :

L'article 18.2 protège donc l'employé contre les stigmates sociaux injustifiés découlant d'une condamnation antérieure.

[...]

Tel que mentionné, l'art. 18.2 se veut une protection contre les stigmates sociaux injustifiés qui ont pour effet d'exclure la personne condamnée du marché du travail. Tel est l'objet de la disposition.

[...]

Les stigmates injustifiés sont le fruit de préjugés ou de stéréotypes²².

Cette façon de décrire l'objet de la protection contre la discrimination fondée sur les antécédents judiciaires tranche avec celle du Tribunal des droits de la personne en ce qu'elle paraît nettement plus étroite. Tandis que le Tribunal insistait sur l'importance de la « réhabilitation » et de l'« intégration sociale la plus large possible » – intégration que l'observance stricte de

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

21. *Maksteel inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, préc., note 19, p. 34 (j. Dussault, par. 46).

22. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec inc.*, préc., note 16, p. 243-244 (j. Deschamps, par. 27, 29 et 32) (La Cour souligne).

matière de discrimination³⁰, présente toute la souplesse voulue pour disposer de tels cas extrêmes³¹. Mais en jugeant que « le volet accommodement raisonnable [...] n'a pas sa place » et qu'il « est difficilement intégrable dans le cadre de l'art. 18.2 »³² sous prétexte que cette disposition « contient son propre régime de justification »³³ entendu comme un « mécanisme de justification autonome »³⁴, la Cour pavait sciemment la voie vers l'objet plus étroit qu'elle attribuera finalement à cet article.

II) UN DROIT À PORTÉE LIMITÉE

Alors que le juge est celui qui, dans l'exercice de ses fonctions adjudicatives en matière criminelle, prononce les condamnations constitutives d'antécédents judiciaires pour la personne ainsi déclarée coupable, c'est ironiquement la situation d'un juge, nommé sans que le gouvernement ne soit mis au fait de ses antécédents judiciaires, qui fournira à la Cour suprême du Canada l'occasion de préciser la portée de l'article 18.2 de la Charte québécoise.

Prononcé en 2001, l'arrêt³⁵ – ou peut-être plus justement « l'affaire »³⁶ – mettra fin à un long processus disciplinaire initié

30. Christian BRUNELLE, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 236 et suivantes.

31. La Cour suprême n'a-t-elle pas elle-même soutenu qu'il fallait appliquer les facteurs de contrainte excessive « d'une manière souple et conforme au bon sens, en fonction des faits de chaque cas » : *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, préc., note 3, p. 546 (j. Cory). Voir dans le même sens : *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, préc., note 20, p. 36 (j. McLachlin, par. 63); *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, [2007] 1 R.C.S. 161, p. 170 (j. Deschamps, par. 15).

32. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec inc.*, préc., note 16, p. 242-243 (j. Deschamps, par. 26) et 259 (j. Bastarache, par. 74).

33. *Id.*, p. 242 (j. Deschamps, par. 22).

34. *Id.*, p. 242 (par. 26).

35. *Re Therrien*, [2001] 2 R.C.S. 3.

concours, jugeait la situation absolument « disqualificatoire » (sic) pour le candidat³⁹.

C'est donc dans l'espoir d'être traité en toute justice, sans discrimination et en fonction de ses seuls mérites, que l'avocat, pleinement réhabilité, s'abstiendra de divulguer ses antécédents judiciaires⁴⁰ lors d'un concours subséquent, dont il franchira, cette fois, toutes les étapes avec succès.

Du comité d'enquête du Conseil de la magistrature du Québec à la Cour suprême du Canada, pas moins de dix-huit juges auront été appelés à se prononcer sur l'affaire. De ce nombre, seule M^{me} la juge Michèle Rivet, alors présidente du Tribunal des droits de la personne du Québec, exprimera, en sa qualité de membre du comité d'enquête du Conseil de la magistrature du Québec, une dissidence favorable au juge Therrien⁴¹.

La Cour suprême du Canada repoussera pour sa part l'allégation de discrimination fondée sur les antécédents judiciaires en jugeant, péremptoirement, que l'article 18.2 de la Charte québécoise « ne saurait être applicable aux juges »⁴² parce que les membres de la magistrature n'occupent pas un « emploi » au sens – « restrictif »⁴³ – où l'entend la Cour.

39. Cour suprême du Canada, dossier N° 27004, recueil condensé de l'appelant, vol. 1, partie II (La preuve), p. 8 (extraits du témoignage du juge Jean-Pierre Bonin le 6 février 1997) et 11 (extrait du témoignage de M^e Nicole Gibeau le 12 février 1997).

40. La doctrine évoque, en des circonstances similaires, un « acte d'autoprotection », un « geste d'autodéfense [...] parfaitement légitime » : Fernand MORIN, « Légitimité du mensonge « non violent » du salarié ou du postulant! », (1995) 26 R.G.D. 313, p. 323-324.

41. *Québec (Ministre de la Justice) c. Therrien*, 1997 CanLII 4665 (QC C.M.); n° AZ-00181051.

42. *Re Therrien*, préc., note 35, p. 92 (j. Gonthier, par. 140).

43. *Id.*, p. 93 (par. 142).

ou d'entreprise⁴⁸, pour ne citer que ces exemples), une telle lecture nous paraît indûment restrictive.

D'une part, le législateur québécois s'est bien gardé de référer au concept de « salarié » pour définir la portée de la protection quasi constitutionnelle, rompant ainsi avec la pratique qu'il observe généralement en droit du travail⁴⁹. Ce choix n'est pas anodin, puisqu'en retenant plutôt la notion d'« emploi », il permet de recouper la réalité – plus vaste, diversifiée et complexe – de ces personnes qui s'activent sur le marché du travail (ou cherchent à l'intégrer), sans qu'elles puissent pour autant pouvoir être qualifiées de « salarié »⁵⁰. Ainsi, nous estimons que l'article 18.2 devrait pouvoir trouver application dans toute « situation où une personne répond ou entend se placer en condition de répondre à ses besoins propres à l'aide de son activité professionnelle et sans égard à l'existence formelle d'une totale sujétion juridique au bénéficiaire de sa prestation »⁵¹.

D'autre part, il nous paraît douteux que la Cour, en rendant une décision qui témoigne surtout de son souci de préserver l'image d'intégrité de la magistrature⁵², ait voulu, ce faisant, déposséder tout un groupe de personnes de la protection offerte par le législateur québécois alors que leurs fonctions ne

48. *Id.*, art. 2098 et suivants.

49. La protection des lois québécoises du travail est généralement réservée à la personne qui se qualifie comme « salarié », selon le sens que le législateur attribue à ce terme dans une loi donnée. Voir à titre d'exemples : *Code du travail*, art. 10; *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1, art. 1(10); *Loi sur l'équité salariale*, L.R.Q., c. E-12.001, art. 8 et 9.

50. Sur la difficulté que peut poser, en pratique, l'identification du statut de « salarié », voir notamment Pierre VERGE, Gilles TRUDEAU et Guylaine VALLÉE, *Le droit du travail par ses sources*, Montréal, Thémis, 2006, p. 67 et suivantes.

51. Fernand MORIN, Jean-Yves BRIÈRE, Dominic ROUX et Jean-Pierre VILLAGGI, *Le droit de l'emploi au Québec*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 2010, p. 17 (par. I-12).

52. *Re Therrien*, préc., note 35, p. 95 (j. Gonthier, par. 145).

Ainsi, on a jugé que l'article 18.2 de la Charte québécoise s'appliquait au refus d'une école de formation professionnelle d'admettre un étudiant qui présentait des antécédents judiciaires parce que l'obtention d'un diplôme émis par cette même école constituait un prérequis afin de pouvoir être admis à exercer le métier de policier :

Il ne s'agit pas ici de contourner l'article 18.2 de la *Charte* conçu pour s'appliquer dans le cadre de l'emploi, mais de reconnaître que la loi a créé pour les policiers un régime si intégré qu'il faille considérer l'admission à l'École comme une forme de préembauche⁵⁹.

De même, la décision de la ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport de refuser une autorisation d'enseigner à une bachelière en adaptation scolaire pour le motif qu'elle avait été trouvée coupable de conduite avec les facultés affaiblies ayant causé la mort a pu être revue, à la lumière de l'article 18.2, du fait que « [r]efuser à madame l'autorisation d'enseigner la priverait non seulement d'obtenir un emploi, mais surtout d'exercer la profession pour laquelle elle vient de terminer ses études »⁶⁰.

* * *

Par ailleurs, selon le libellé de l'article 18.2, c'est la personne « déclarée coupable d'une infraction pénale ou criminelle » qui retient l'attention du législateur. Cette formulation a amené le Tribunal des droits de la personne à conclure, en 1994, que la protection offerte « exclut l'employé accusé, l'employé accusé mais pas encore condamné, l'employé qui plaide non coupable, qui est en attente de son procès, ou d'une décision finale du juge, qui risque d'être « déclaré coupable », mais qui ne

59. *École nationale de police du Québec c. Robert*, [2009] R.J.Q. 2167 (C.A.), p. 2172 (j. Gendreau, par. 24).

60. *GG c. Québec (Éducation, loisir et sport)*, 2011 QCTAQ 04466 (par. 74).

éviter le résultat injuste auquel l'interprétation contraire est susceptible de mener⁶⁷.

Tout convaincu que nous soyons du bien-fondé de cette lecture, il faut bien convenir que les ondes interprétatives émises du sommet de la hiérarchie judiciaire nous relaient un message brouillé par l'interférence.

Ainsi, dans une affaire mettant en cause un employé suspendu sans solde en raison d'une accusation criminelle portée contre lui, la Cour suprême du Canada ne souffle pas même mot de l'article 18.2 de la Charte québécoise et de son incidence potentielle sur le sort de l'affaire⁶⁸. Puis, dans une autre affaire où cette disposition quasi constitutionnelle se trouve cette fois au cœur du pourvoi, la Cour s'évertue à désigner le titulaire de la protection contre la discrimination fondée sur les antécédents judiciaires en référant à des expressions qui postulent toutes l'antériorité de la condamnation : « personnes *ayant eu des démêlés avec la justice* »⁶⁹, « personne *condamnée* »⁷⁰, « personnes qui *ont acquitté leur dette envers la société* »⁷¹, « en raison d'une

effet que l'employé ait ultérieurement été déclaré coupable ou non de l'infraction reprochée. » (j. Grenier).

66. DOWD et LEFEBVRE, préc., note 6, p. 12; JEAN, *id.*, p. 232; *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 3892 et Société des casinos du Québec inc.*, [1999] R.J.D.T. 1789 (T.A.) : requête en révision judiciaire rejetée : *Société des casinos du Québec inc. c. Nadeau*, D.T.E. 2001T-555 (C.S.).

67. Soulignons au passage que dans l'affaire *Pierre c. Couche-Tard*, 2009 QCCQ 1112, Madame la juge Pausé (aujourd'hui présidente du Tribunal des droits de la personne) conclut que l'article 18.2 est opposable à un employeur qui a mis fin à l'emploi d'un salarié sur le fondement d'une simple *perception* – erronée, révélera la preuve – voulant que ce salarié possédait un casier judiciaire, ce qui n'était pas le cas.

68. *Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d'Assurance sur la Vie*, préc., note 57.

69. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec inc.*, préc., note 16, p. 241 (j. Deschamps, par. 20).

70. *Id.*, p. 244 (par. 29).

71. *Id.*, p. 246 et 254 (par. 36, 37 et 63).

ses motifs, elle avance cette fois « qu'un demandeur n'a pas à prouver que sa déclaration de culpabilité constitue *la cause unique* du traitement préjudiciable subi », jugeant qu'une telle « approche serait trop restrictive »⁷⁸. Il paraît bien difficile de ne pas voir une contradiction entre ces deux énoncés. Toutefois, la lecture de l'ensemble des motifs de la Cour montre clairement que c'est le deuxième énoncé qui reflète le plus fidèlement sa pensée. C'est ainsi que le demandeur doit pouvoir convaincre le tribunal que ses antécédents judiciaires sont « le motif réel »⁷⁹ (et non « le seul motif »), la « cause véritable »⁸⁰ ou « effective »⁸¹ (et non « l'unique cause »⁸²) du préjudice qu'il allègue avoir subi.

Le vocabulaire employé semble directement inspiré de la jurisprudence développée en application de l'article 15 du *Code du travail*, lequel protège les salariés qui exercent des activités syndicales contre les mesures préjudiciables qu'un employeur pourrait, de ce fait, chercher à leur imposer. Par le jeu de la présomption établie par l'article 17 du *Code du travail*, la Commission des relations de travail, qui a compétence exclusive en cette matière⁸³, est généralement appelée à déterminer si la cause invoquée par l'employeur au soutien de la mesure contestée est « véritable » ou si elle n'est pas, au contraire, un « prétexte » destiné à dissimuler des convictions antisyndicales⁸⁴. En pareil cas, « le moindre antisyndicalisme qui entache une décision procédant de « motifs multiples » contrera la défense de l'employeur, même en présence d'autres raisons valables d'imposer la sanction »⁸⁵. En d'autres termes, la décision de

78. *Id.*, p. 250 (par. 49) (nos italiques).

79. *Id.*, p. 250 (par. 48).

80. *Id.*, p. 250-251, 252 et 254 (par. 48 à 51, 57 et 61).

81. *Id.*, p. 255, 257 et 259 à 262 (j. Bastarache, par. 66, 70, 74, 76, 79 et 80).

82. *Id.*, p. 250 (j. Deschamps, par. 49).

83. *Code du travail*, préc., note 49, art. 114, al. 2.

84. *Lafrance c. Commercial Photo Service Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 536, p. 544 (j. Chouinard); *Hilton Québec Ltée c. Tribunal du travail*, [1980] 1 R.C.S. 548, p. 550 (j. Chouinard).

85. *Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada Inc.*, [2009] 3 R.C.S. 465, p. 496-497 (j. Binnie, par. 48).

En éliminant d'abord toute notion d'accommodement raisonnable en matière de discrimination fondée sur les antécédents judiciaires, puis en dissociant ensuite, par une sorte de restriction mentale, la déclaration de culpabilité et les conséquences qu'elle entraîne pour le salarié – dont, parfois, son indisponibilité à travailler pour une période déterminée ou raisonnablement prévisible – la Cour privilégie une solution qui appelle une analyse superficielle, à gros traits dirions-nous, plutôt qu'une analyse en profondeur, en fonction de la situation réelle de l'individu. Le fardeau de preuve de l'employeur s'en trouve alors forcément allégé, puisqu'il n'a pas à établir – comme ce serait le cas s'il était assujéti à une obligation d'accommodement de la nature de celle applicable quand l'absence d'une personne au travail est liée, par exemple, à une grossesse⁹⁰ ou à une maladie⁹¹ – qu'il subirait une « contrainte excessive » s'il devait maintenir le lien d'emploi avec le salarié incarcéré.

D'ailleurs, si l'on en juge par la jurisprudence postérieure à l'arrêt *Maksteel*, il semble bien que les employeurs éprouvent généralement très peu de difficulté à convaincre le tribunal que c'est l'indisponibilité du salarié incarcéré – et non ses antécédents judiciaires – qui constitue la « cause véritable » de la rupture du lien d'emploi⁹².

bilité », c'est donc dire que l'indisponibilité invoquée est seulement un prétexte... et qu'il y a donc atteinte à l'article 18.2!

90. *Commission des écoles catholiques de Québec c. Gobeil*, préc., note 2; DOWD et LEFEBVRE, préc., note 6, p. 22.
91. *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, préc., note 31; *Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, [2008] 2 R.C.S. 561.
92. *Alcan inc. c. Côté*, 2005 QCCA 343; *Travailleuses et travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 500 et Provigo Distribution inc. (Maxi Joliette)*, D.T.E. 2005T-189 (T.A.); *Fraternité interprovinciale des ouvriers en électricité et Manac (Division de Le Groupe Manac inc.)*, D.T.E. 2006T-113 (T.A.); *Métallurgistes unis d'Amérique, section locale 215 et Briques Hanson ltée*, D.T.E. 2006T-705 (T.A.); *Syndicat des employés de Montel inc. et Montel inc.*, D.T.E. 2007T-110 (T.A.); *Compagnie Meloche inc., division Les Bétons centrifugés et Teamsters Québec, section locale*

Dans l'affaire *Therrien*, la Cour n'a pas eu de mal à se convaincre que c'est l'omission du juge de révéler au comité de sélection des informations importantes concernant ses démêlés passés avec la justice qui constituait la cause véritable de la recommandation de sa destitution et non l'existence de sa déclaration de culpabilité⁹³. Ce faisant, la Cour n'accorde pas le moindre poids à des éléments de preuve qui démontreraient pourtant que la divulgation, par le candidat, de ses antécédents judiciaires lors de concours de sélection antérieurs avait manifestement entraîné une discrimination à son endroit, et ce, même s'il bénéficiait d'un pardon⁹⁴.

Dans deux affaires distinctes où des salariés avaient omis de révéler leurs antécédents judiciaires au moment de compléter un questionnaire d'embauche comportant pourtant des questions précises en ce sens, l'employeur a, chaque fois, échoué dans sa tentative de démontrer que le renvoi subséquent de ces salariés avait pour cause véritable leur fausse déclaration et non leurs antécédents judiciaires.

973, [2007] R.J.D.T. 1902 (T.A.); *Transformation BFL et Syndicat des salariés de l'Abattoir BFL (CSD)*, D.T.E. 2007T-999 (T.A.); *Syndicat des métallos, section locale 5778/6869 et Compagnie minière Québec Cartier*, D.T.E. 2008T-228 (T.A.); *Syndicat des travailleuses et travailleurs d'abattoir de volaille de St-Jean-Baptiste (CSN) et Unidindon inc.*, D.T.E. 2008T-655 (T.A.); *Syndicat des travailleuses et travailleurs des Épiceries unis Métro-Richelieu inc. (CSN) et Métro-Richelieu inc.*, D.T.E. 2009T-612 (T.A.); *Association des employées et employés de Polar et Polar Plastique ltée*, AZ-50657606 (T.A.); *Aliments Cargill et Travailleuses et travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 500*, D.T.E. 2010T-30 (T.A.); *Syndicat des salariées et salariés de l'agro-alimentaire de Ste-Claire (CSD) et Kerry Québec inc.*, D.T.E. 2010T-767 (T.A.); *Sobeys Québec inc. et Travailleuses et travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501*, D.T.E. 2010T-806 (T.A.); *Brasserie Labatt et Syndicat des travailleuses et travailleurs de la Brasserie Labatt (usine/livraison) (CSN)*, D.T.E. 2011T-14 (T.A.).

93. *Re Therrien*, préc., note 35, p. 93-94 (j. Gonthier, par. 143).

94. Pour toute explication, la Cour dira « que la présente affaire ne constitue pas un procès d'intentions des membres du comité de sélection et que, le cas échéant, [elle] n'est pas le forum approprié pour se prononcer sur cette question » : *id.*, p. 86 (j. Gonthier, par. 129).

Dans le premier cas, un employé d'entrepôt trouvé successivement coupable de méfait contre une automobile, de bris de probation et de violence conjugale avait répondu « non » à la question suivante, inscrite sur le formulaire d'embauche : « Avez-vous déjà été condamné pour un délit criminel pour lequel vous n'avez pas été gracié? ». Mis au fait de cette fausse déclaration, l'employeur avait laissé filer plusieurs mois avant de congédier l'employé. L'écoulement de ce long délai allait amener le Tribunal des droits de la personne à conclure que la déclaration mensongère ne pouvait logiquement constituer la cause véritable du congédiement de l'employé, mais bien plutôt un prétexte⁹⁵. Du reste, le défaut de l'employeur d'établir, par prépondérance de preuve, un « autre motif de congédiement » allait permettre au Tribunal d'inférer que « l'existence des déclarations de culpabilité » de l'employé constituait « l'unique cause » de son congédiement⁹⁶.

Dans le deuxième cas, un enseignant en électricité avait répondu par la négative à une question du formulaire de demande d'emploi qui cherchait notamment à vérifier si le postulant avait « déjà été condamné pour une offense criminelle liée à la violence » (sic). Il avait ainsi dissimulé à l'employeur le fait qu'il avait tué son épouse, quelques années auparavant, en lui assénant un coup de poing à la tête alors qu'il était sous l'effet d'un bref épisode psychotique (*black out*). C'est au hasard d'une expertise médicale de l'enseignant, en lien avec une réclamation à la *Commission de la santé et de la sécurité du travail* (CSST), que la commission scolaire fut informée de l'existence de ses antécédents judiciaires pour homicide involontaire. Aussitôt informé, l'employeur donna ordre à la direction de l'école des métiers de la construction de ne plus engager l'enseignant, vu la gravité

95. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Magasins Wal-Mart Canada inc.*, [2003] R.J.Q. 1345 (T.D.P.Q.), p. 1377 (j. Rivet, par. 223).

96. *Id.*, p. 1377 (par. 226). Soulignons que la Cour d'appel du Québec, après avoir accordé à l'employeur la permission d'interjeter appel, ne remettra pas en cause cette appréciation de la preuve faite par le Tribunal, n'y voyant aucune « erreur manifeste ou dominante » : *Magasins Wal-Mart Canada inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2005 QCCA 93 (par. 4).

C'est ainsi qu'en matière d'emploi, l'analyse d'une allégation de discrimination présente deux composantes : le salarié doit d'abord démontrer qu'il a subi une atteinte discriminatoire dans sa tentative de se voir reconnaître ou d'exercer l'un des droits protégés par la Charte. Cela fait, il y a inversion de la charge de la preuve. Il revient alors à l'employeur d'établir que la distinction opposée au salarié présente « un lien rationnel avec l'emploi »⁹⁸ (c'est la première étape de l'analyse du moyen de défense de l'article 20) et qu'elle est raisonnablement nécessaire du fait qu'aucune mesure d'accommodement favorable au salarié n'est envisageable sans astreindre, du coup, l'employeur à une « contrainte excessive »⁹⁹ (c'est la deuxième étape de l'analyse du moyen de défense de l'article 20).

De par son libellé, l'article 18.2 de la Charte québécoise est en rupture avec la structure initiale du texte quasi constitutionnel. De fait, contrairement aux autres dispositions qui l'entourent, le libellé de l'article 18.2 réfère explicitement au « lien

98. *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279, p. 311 (j. Beetz).

99. *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, préc., note 20, p. 32-33 (j. McLachlin, par. 54 et 55); *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, préc., note 31, p. 169-170 (j. Deschamps, par. 13 et 14); *Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, préc., note 91, p. 567 et suivantes (j. Deschamps, par. 11 et suivants). Il est vrai que dans ces arrêts, la Cour suprême fait allusion à un examen en trois étapes (et non deux), mais il apparaît manifeste que l'étape par laquelle elle cherche à sonder les intentions de l'employeur (le critère dit « subjectif ») ne trouve pas application au Québec : *Hôpital général juif Sir Mortimer B. Davis c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, préc., note 2 (j. Robert, par. 22); *Gaz métropolitain inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, préc., note 2 (j. Dufresne, par. 40 à 42); Chantal MASSE, « Le critère unifié de l'affaire *Meiorin* dans le contexte de la défense prévue à l'article 20 de la Charte québécoise : la non-application du volet subjectif relatif à la bonne foi de l'employeur », dans BARREAU DU QUÉBEC, Service de la formation permanente, *Les 25 ans de la Charte québécoise*, vol. 142, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 65.

lien avec son emploi si l'employé n'a pas obtenu un pardon. En revanche, c'est le seul motif qu'il peut invoquer. Outre le fait que l'autonomie de la disposition ne prête pas à l'intégration de la notion d'accommodement, il faut noter que, d'un point de vue conceptuel, l'accommodement est difficilement intégrable dans le cadre de l'art. 18.2. En effet, s'il y a atteinte au droit à l'égalité d'un employé et que l'employeur ne peut se prévaloir de la justification prévue à la *Charte québécoise*, l'employé a droit à la réparation appropriée. Il n'est pas question alors d'accommodement à proprement parler puisqu'il s'agit d'une prohibition absolue. Ou l'employé a droit à l'emploi tel qu'il existe dans l'entreprise, et ce, sans mesure de représailles, ou il n'y a pas droit¹⁰³.

Avec égard, il nous semble que le concept d'accommodement raisonnable n'est pas conceptuellement incompatible avec les termes de l'article 18.2 de la *Charte québécoise*. On peut imaginer sans peine des situations où l'employeur pourrait raisonnablement composer avec l'absence d'une personne incarcérée – comme il est incidemment tenu de le faire pour des personnes enceintes ou handicapées par la maladie – sans pour autant subir une contrainte excessive. C'est d'ailleurs ce que le Tribunal des droits de la personne avait conclu à la lumière des faits de l'affaire *Maksteel*.

Dans une affaire postérieure où le directeur des ventes d'une succursale d'une compagnie d'assurance avait été suspendu sans solde parce qu'il faisait face à des accusations de tentative d'extorsion, la Cour, en application des règles du contrat individuel de travail du *Code civil du Québec*¹⁰⁴, a laissé entendre que l'employeur soucieux de contrer, « de façon pratique », les « inconvénients immédiats et importants » résultant d'une telle situation pourrait, par exemple, « devoir affecter l'employé à un autre poste »¹⁰⁵. On sait que « procéder à autoriser des

103. *Id.*, p. 218 (j. Deschamps, par. 26).

104. L.Q. 1991, c. 64, art. 2085 et 2087.

105. *Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d'Assurance sur la Vie*, préc., note 57, p. 218 (j. LeBel et Fish, par. 65).

De manière générale, l'appréciation de ce « lien avec l'emploi » est « essentiellement contextuelle »¹⁰⁹ et appelle à considérer la gravité de l'infraction, le moment et les circonstances de sa perpétration et la nature des tâches et responsabilités attribuées à la personne qui cherche à obtenir le poste ou qui en est déjà titulaire¹¹⁰. Dans le cas des policiers, par exemple, ce « lien avec l'emploi » a même pu être présumé¹¹¹.

Si la jurisprudence insiste sur le caractère « objectif »¹¹² que doit présenter le lien entre l'infraction et l'emploi, il faut bien admettre que l'analyse n'est pas pour autant exempte de subjectivité¹¹³. De fait, les tribunaux se soucient assez peu de la question de savoir si un postulant ou un salarié dispose, *objectivement*, de la compétence ou du savoir-faire requis pour accomplir efficacement le travail, malgré ses démêlés avec la justice¹¹⁴. Ainsi, selon l'emploi en cause, il arrive que des

-
109. Émilie GAGNÉ et Anne-Marie LAFLAMME, « Recrutement et sélection du personnel », dans Guylaine VALLÉE et Katherine LIPPEL (dir.), *Rapports individuels et collectifs du travail*, JurisClasseur Québec, coll. Droit du travail, Montréal, LexisNexis, fascicule 5, p. 5/116 (par. 108).
110. *Péloquin c. Syndicat des agents de la paix en services correctionnels du Québec*, [2000] R.J.Q. 2215 (C.A.), 2225 (j. Robert, par. 82); *Commission scolaire Crie c. Rondeau*, [2009] R.J.D.T. 75 (C.S.) (requête pour permission d'appeler refusée : *Commission scolaire Crie c. Association de l'enseignement du Nouveau-Québec (CSQ)*, 2009 QCCA 466); *Commission scolaire Crie c. Flynn*, [2009] R.J.D.T. 1141 (C.S.); BRUNELLE, préc., note 6.
111. *Association des policiers provinciaux du Québec c. Sûreté du Québec*, [2007] R.J.Q. 1773 (C.A.), p. 1782 et 1785 (j. Nuss, par. 19 et 23) et p. 1791-1792 (j. Brossard, par. 70, 76 et 78).
112. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec inc.*, préc., note 16, p. 244 (j. Deschamps, par. 30); *Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 591, p. 616 (j. Bastarache, par. 41).
113. DOWD et LEFEBVRE, préc., note 6, p. 15; JEAN, préc., note 63, p. 231.
114. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec inc.*, préc., note 16, p. 242 : « Les aptitudes de l'employé ou son apport potentiel à l'entreprise ne sont pas pertinents » (j. Deschamps, par. 30). Dans l'opinion dissidente qu'elle signe dans l'arrêt *Montréal (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, préc., note 54, p. 729, Madame la juge Charron donne l'exemple suivant pour illustrer le fait que la

Si la personne a obtenu un pardon pour l'infraction commise, qu'il y ait ou non un lien entre celle-ci et l'emploi, la protection est absolue¹²¹.

L'arrêt *Montréal (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*¹²², prononcé en 2008, viendra cependant ébranler ce que l'on croyait pourtant être une certitude jurisprudentielle¹²³. En l'espèce, le service de police montréalais avait refusé la candidature d'une personne qui, cinq ans plus tôt, avait plaidé coupable à une accusation de vol à l'étalage de vêtements et d'accessoires d'une valeur approximative de 200 \$, ce pour quoi elle avait reçu une absolution conditionnelle. Par l'effet de la *Loi sur le casier judiciaire*¹²⁴, l'écoulement d'une période de trois ans sans que cette personne ne commette une autre infraction lui avait permis de bénéficier désormais d'une réhabilitation administrative. Malgré ce fait, le service de police avait estimé que la candidate devait être refusée au motif qu'elle n'était pas « de bonnes mœurs » au sens de la législation provinciale applicable en matière d'embauche au sein des corps policiers.

Tant le Tribunal des droits de la personne que la Cour d'appel du Québec allaient conclure que l'employeur avait porté atteinte à l'article 18.2 de la Charte québécoise dans les

emporte vraisemblablement une conclusion de discrimination à l'endroit de son bénéficiaire ». D'ailleurs, dans l'arrêt *Barreau du Québec c. Tribunal des professions*, [2001] R.J.Q. 875 (C.A.) (autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée : C.S.C., n° 28479), la Cour d'appel souligne, à la page 892, « que l'obtention d'un pardon constitue une preuve importante de réhabilitation sociale » (j. Dussault, par. 81).

121. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec inc.*, préc., note 16, p. 241-242 (j. Deschamps, par. 21).
122. Préc., note 54.
123. Manon MONTPETIT et Stéphane BERNATCHEZ, « La valse-hésitation du droit à l'égalité pour le bal des dix ans de la Cour McLachlin », (2010) 26 *N.J.C.L.* 231, p. 262 et 265, ont décrit, à juste titre, l'arrêt comme une « volte-face ».
124. L.R.C. 1985, c. C-47.

l'employeur pourrait donc « prouver qu'il est sorti du cadre de l'art. 18.2 qui prohibe la discrimination du seul fait de la déclaration de culpabilité et qu'il est justifié de se reposer sur l'art. 20 »¹³⁰.

Cette interprétation inusitée, dont l'effet net est de conférer une portée autonome à l'article 20 de la *Charte québécoise*, sans égard à une quelconque preuve de discrimination fondée sur un motif illicite visé par l'article 10, contribue à affaiblir encore davantage la protection offerte aux personnes qui ont des antécédents judiciaires. Il ne reste donc plus qu'à espérer que cette lecture exaltée de la disposition justificative de l'article 20 puisse être confinée aux seuls cas qui mettent en cause un emploi de policier. Ce serait là, nous semble-t-il, la façon la moins dommageable de composer avec ce précédent dont le potentiel effet limitatif, sur la protection des droits et libertés de la personne au travail, demeure considérable.

CONCLUSION

En 1982, au moment d'intégrer dans la Charte québécoise une protection contre la discrimination fondée sur les antécédents judiciaires, le législateur a cherché à neutraliser une jurisprudence qui avait révélé son impuissance à protéger efficacement ces personnes dont le passé judiciaire constituait un obstacle souvent infranchissable à leur accès au marché du travail¹³¹.

Trente ans plus tard, le bilan jurisprudentiel apparaît si déficitaire que l'heure est aux mesures de redressement... et celles-ci devront manifestement être le fait de l'assemblée législative. En effet, dans les trois décisions qu'elle aura prononcées sur l'interprétation de l'article 18.2 de la Charte québécoise dans la dernière décennie, la plus haute cour du pays

130. *Id.*, p. 718 (par. 33).

131. Thomas J. SINGLETON, « La discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires et les instruments anti-discriminatoires canadiens », (1993) 74 *R. du B. Can.* 456, p. 472-473; BRUNELLE, préc., note 6, p. 319-322.

Elle s'imposerait d'autant plus, croyons-nous, face aux modifications apportées récemment à la législation fédérale¹³⁵ et destinées, entre autres, à multiplier les peines minimales obligatoires¹³⁶ et à rendre la réhabilitation – mesure désormais abrogée à la faveur d'une « suspension du casier judiciaire »¹³⁷ – encore plus difficile à obtenir. Tout bien considéré, face à un tel durcissement des lois, le renforcement de la protection contre la discrimination fondée sur les antécédents judiciaires pourrait bien servir de contrepoids dans cette balance qui penche dangereusement vers la droite.

135. *Loi sur la sécurité des rues et des communautés*, L.C. 2012, c. 1.

136. Ce procédé, qui a pour effet de supprimer le pouvoir discrétionnaire du juge dans l'attribution d'une sentence appropriée eu égard aux circonstances, n'est d'ailleurs pas exempt de critique : Julie DESROSIERS, « L'emprisonnement systématique des délinquants sexuels », (2008) 12 *Can. Crim. L. R.* 353.

137. *Loi sur le casier judiciaire*, préc., note 124.