

La réforme des dispositions sur le harcèlement psychologique dans la *Loi sur les normes du travail*: l'appel à une plus grande sensibilité au genre sera-t-il entendu?

Par Rachel Cox et Caroline Brodeur

EN 2018, DES amendements apportés à la *Loi sur les normes du travail* [ci-après «LNT»] du Québec modifient la définition du harcèlement psychologique pour y inclure explicitement le harcèlement à caractère sexuel. Ils importent certains aspects d'un paradigme juridique basé sur le droit à l'égalité au régime de la LNT qui, jusqu'alors, n'était basé que sur le paradigme du droit à la dignité. En quoi ces amendements sont-ils susceptibles de bonifier le recours à l'encontre du harcèlement psychologique pour les victimes de harcèlement sexuel? Cet article rapporte les résultats d'une étude empirique des décisions (2004-2018) portant sur les plaintes pour harcèlement psychologique alors que les faits traduisent une situation de harcèlement sexuel. Il révèle que les amendements pallient certains obstacles rencontrés par les personnes qui portent plainte pour harcèlement psychologique mais que d'autres risquent de persister, entraînant le rejet de plaintes même lorsque le harcèlement sexuel a été prouvé. Par ailleurs, l'étude souligne quelques avantages de ce recours en comparaison avec celui de la *Charte des droits et libertés de la personne*: des délais plus courts pour le traitement des plaintes, ainsi que la possibilité de déposer en même temps une plainte à l'encontre d'un congédiement injuste ou d'une pratique interdite en vertu de la LNT. Les amendements confirment la mission de la Commission des normes,

IN 2018, AMENDMENTS to Québec's *Act Respecting Labour Standards* modified the definition of psychological harassment to explicitly include sexual harassment. The amendments imported certain aspects of the right to equality under the *Charter of Human Rights and Freedoms* into a labour standards regime that previously had been solely based on the right to dignity at work. To what extent might these amendments improve recourse for victims of sexual harassment at work when they file a complaint for psychological harassment? This article reports on an empirical study of decisions (2004-2018) on psychological harassment where the facts amount to sexual harassment. It finds that certain obstacles encountered by psychological harassment claimants may be mitigated by the amendments. However, others are unaffected, and may continue to lead to rejection of complaints even when sexual harassment has been proven. The study nonetheless illustrates some advantages of a claim for psychological harassment: quicker complaint processing as well as the possibility of filing a complaint for unfair dismissal or prohibited practices under the *Act Respecting Labour Standards*. The amendments confirm the *Commission des normes, de l'équité salariale et de la santé et de la sécurité du travail* and the Administrative Labour Tribunal's mandate to enforce employees' rights to a work environment free from psycho-

de l'équité salariale et de la santé et de la sécurité du travail et du Tribunal administratif du travail dans la mise en œuvre des droits des personnes salariées à un milieu de travail exempt de harcèlement psychologique, y compris celui à caractère sexuel. Ils représentent également un appel du législateur à une plus grande sensibilité au genre dans la mise en œuvre de la *LNT* par ces institutions.

logical harassment including harassment of a sexual nature. They also represent a signal from the legislator that these institutions could show more sensitivity to gender issues in implementing the *Act Respecting Labour Standards'* provisions on psychological harassment.

TABLE DES MATIÈRES

La réforme des dispositions sur le harcèlement psychologique dans la *Loi sur les normes du travail*: l'appel à une plus grande sensibilité au genre sera-t-il entendu?

Par Rachel Cox et Caroline Brodeur

- I. Introduction 55
- II. Revue de la littérature 58
 - A. L'opportunité de placer le recours en cas de harcèlement sexuel au sein d'un régime qui élude la question du genre 58
 - B. L'opportunité de mettre sur pied un recours singularisé pour le harcèlement à caractère sexuel 62
 - C. L'opportunité de situer le recours en cas de harcèlement sexuel au travail dans le cadre global des droits de la personne 64
- III. Le portrait des décisions pour harcèlement psychologique impliquant le harcèlement à caractère sexuel ou sur la base du sexe/genre 66
 - A. La méthodologie 66
 - B. Le portrait sommaire des décisions répertoriées 69
 - 1. Qui commet le harcèlement? 70
 - 2. Les délais 70
 - 3. Les autres recours mobilisés 70
 - 4. La situation d'emploi lors de la plainte et au moment de l'audience 71
 - 5. La réparation 72
 - 6. À caractère sexuel ou en raison du sexe/genre 74
- IV. Les désavantages et les pièges associés au recours à l'encontre de harcèlement psychologique en cas de harcèlement sexuel 76
 - A. Les désavantages apparents: le danger de créer une catégorie de harcèlement sexuel sans conséquence 76
 - 1. L'atteinte à la dignité 77
 - 2. Le caractère répétitif 77
 - 3. Le milieu de travail néfaste ou l'effet nocif continu 78
 - 4. L'obligation de facto de dénoncer le harcèlement 79
 - 5. Une responsabilité moindre de l'employeur 81

- B. Les pièges occultes—éviter la banalisation des atteintes aux droits fondamentaux **84**
 - 1. Une insensibilité marquée à l'égard des rapports de pouvoir genrés **84**
 - 2. Les remèdes individuels et banalisants **86**
- V. La réforme de 2018 permet-elle de pallier les désavantages et d'éviter les pièges associés au recours à l'encontre du harcèlement psychologique? **87**
 - A. L'extension du délai pour déposer une réclamation de quatre-vingt-dix jours à deux ans **87**
 - B. La définition du harcèlement psychologique **88**
 - C. L'obligation de l'employeur de prévenir le harcèlement et de faire cesser le harcèlement psychologique **89**
 - D. Le pouvoir de réparation élargi du tribunal **92**
 - E. Une meilleure articulation des recours par la collaboration entre la CNESST et la CDPDJQ **93**
- VI. Conclusion **94**

La réforme des dispositions sur le harcèlement psychologique dans la *Loi sur les normes du travail* : l'appel à une plus grande sensibilité au genre sera-t-il entendu?

Par Rachel Cox* et Caroline Brodeur**

I. INTRODUCTION

En Amérique du Nord comme en Europe, l'opportunité d'adopter un cadre juridique indifférent à l'égard du genre—en opposition à une approche différenciée—pour encadrer les situations de harcèlement sexuel au travail a soulevé de vifs débats¹. Le Québec n'échappe pas à ceux-ci. Depuis une quinzaine d'années, le non-respect du droit des travailleuses québécoises à un milieu de travail exempt de harcèlement sexuel se conçoit de plus en plus comme la violation d'un droit découlant d'un cadre juridique qui élude la question du genre, et ce, nonobstant le fait que, depuis son adoption en 1977, la *Charte des droits et libertés de la personne* [ci-après «*Charte*»] associe le harcèlement sexuel à une violation du droit à l'égalité des femmes². Effectivement, la vaste majorité des victimes de harcèlement sexuel au travail mobilise aujourd'hui d'autres outils juridiques, *neutres*

* Me Rachel Cox est professeure agrégée au Département des sciences juridiques de la Faculté de science politique et de droit de l'UQAM.

** Me Caroline Brodeur, LLB, LL.M est avocate en droit du travail. Elle s'intéresse notamment au processus de médiation à la CNESST, et plus particulièrement à son impact sur la défense des droits des personnes salariées non-syndiquées.

1 Voir notamment Catharine A MacKinnon et Reva B Siegel, dir, *Directions in Sexual Harassment Law*, New Haven, Yale University Press, 2004; Kathrin S Zippel, *The Politics of Sexual Harassment: A Comparative Study of the United States, the European Union, and Germany*, Cambridge (R-U), Cambridge University Press, 2006; Gabrielle S Friedman et James Q Whitman, « The European Transformation of Harassment Law: Discrimination Versus Dignity » (2003) 9:2 Colum J Eur L 241.

2 RLRQ c C-12, arts 10–10.1 [*Charte*]. Adopté en 1982, l'article 10.1 de la *Charte* constitue un droit autonome par rapport au droit à l'égalité garanti par l'article 10 de la *Charte* depuis 1977. Toutefois, le rapport étroit entre celui-ci et le harcèlement pour un motif interdit

sur le plan du genre³, tels que les dispositions sur le harcèlement psychologique contenues dans la *Loi sur les normes du travail*⁴ [ci-après «LNT»] ou encore le droit à l'indemnisation en cas de lésion professionnelle prévue dans la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*⁵ [ci-après «LATMP»].

Présenté dans les suites des mouvements #AgressionsNonDénoncées et #MeToo de l'automne 2017 et adopté le 12 juin 2018, le Projet de loi 176 a intégré à la définition du harcèlement psychologique la conduite qui se manifeste par des paroles, des actes ou des gestes «à caractère sexuel»⁶. De plus, il stipule que toute politique sur le harcèlement psychologique doit comprendre un volet concernant des conduites vexatoires à caractère sexuel.

Par ailleurs, le fardeau de preuve est notoirement difficile à s'acquitter en matière de harcèlement psychologique; le taux de succès des plaintes est beaucoup plus bas que pour d'autres recours en vertu de la LNT⁷. De plus, l'articulation du recours à l'encontre du harcèlement psychologique et de celui en cas de lésion professionnelle liée au harcèlement sexuel a été une source importante de confusion pour les salariées et a provoqué une multitude de litiges juridictionnels et procéduraux⁸. Depuis 2016, la

n'a jamais été remis en question. Voir Maurice Drapeau, *Le harcèlement sexuel au travail: le régime juridique de protection*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 1991.

3 Le terme *neutre* à l'égard du genre est entendu comme un cadre qui ne distingue pas entre les genres ou qui est *aveugle* de genre (*gender-blind*).

4 RLRQ c N-1.1 [LNT].

5 RLRQ c A-3,001 [LATMP].

6 PL 176, *Loi modifiant la Loi sur les normes du travail et d'autres dispositions législatives afin principalement de faciliter la conciliation travail-famille*, 1^{re} sess, 41^e lég, Québec, 2018, art 33 (sanctionné le 12 juin 2018), LQ 2018, c 21.

7 Voir Rachel Cox, «The Right to a Work Environment Free from Psychological Harassment Under Quebec's Labour Standards Act» dans Loïc Lerouge, dir, *Psychosocial Risks in Labour and Social Security Law: A Comparative Legal Overview from Europe, North America, Australia and Japan*, Cham (Suisse), Springer, 2017, 215 [Cox, «Free from Psychological Harassment»]; France Giroux et Jean Paquette, «Le pouvoir de redressement des arbitres en matière de harcèlement psychologique: l'expérience de la Commission des relations du travail», Journée de formation annuelle des arbitres et procureurs de la Conférence des arbitres du Québec, présentée à Mont-Saint-Hilaire (QC), 16 avril 2011 [non publiée, archivée avec l'une des auteures].

8 Voir Anne-Marie Laflamme et Jennifer Nadeau, «Le harcèlement psychologique au travail: une atteinte à la santé ou à la dignité de la personne?» dans *Conférence des juristes de l'État 2011: le juriste de l'État au cœur d'un droit public en mouvement*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2011, 437; Isabelle Gagnon, «Harcèlement psychologique et lésion professionnelle psychologique: de la "chose jugée" à "l'abus de procédure" en passant par la préclusion... que de confusion!» dans *Les développements récents en droit de la santé et sécurité au*

possibilité pour les victimes non syndiquées de harcèlement sexuel de voir joindre l'audience de leur plainte pour harcèlement psychologique à l'audience de l'appel de la décision de la Commission des normes, de l'équité salariale et de la santé et de la sécurité du travail [ci-après « CNESST »] au sujet de l'admissibilité de leur réclamation pour lésion professionnelle⁹ dissipe une partie de la confusion procédurale, mais soulève d'autres questions¹⁰. D'aucuns pourraient prétendre que d'encourager les femmes victimes de harcèlement sexuel dans les milieux non syndiqués à déposer une plainte pour harcèlement psychologique — comme le fait la réforme de la *LNT* — n'augure rien de bon pour les chances de succès de leur recours.

En quoi les récents amendements à la *LNT* sont-ils susceptibles de contribuer à combler les lacunes constatées lors de la mobilisation d'outils juridiques insensibles à l'égard du genre pour traiter le harcèlement sexuel des femmes au travail? Plus particulièrement, quels impacts auront les amendements apportés à la *LNT* sur les désavantages associés au recours à ce régime pour les femmes (et les hommes¹¹) victimes de harcèlement sexuel au travail? Pour répondre à ces questions, à l'aide d'une revue de la littérature, nous ferons un bref survol des considérations philosophiques et pragmatiques associées au traitement du harcèlement sexuel dans un

travail. Conférences prononcées à Québec le 30 janvier 2015 et à Montréal le 6 février 2015 dans le cadre du colloque Les développements récents en droit de la santé et sécurité au travail, Montréal (QC), Yvon Blais, 2015, 213.

- 9 La division Santé et sécurité au travail [ci-après « SST »] de la CNESST reçoit les réclamations pour lésion professionnelle en vertu de la *LATMP* et rend une décision sur l'admissibilité des réclamations. Par la suite, une demande de révision peut être déposée auprès de la CNESST. Un appel de cette dernière décision peut être logé auprès du Tribunal administratif du travail [ci-après « TAT »].
- 10 Entre autres, la division SST de la CNESST peut se retrouver partie au litige concernant l'admissibilité de la réclamation pour lésion professionnelle alors que la division des Relations de travail de la CNESST représente la personne salariée qui a déposé une plainte pour harcèlement psychologique. Habituellement, le juge administratif nommé pour décider les deux litiges provient de la division SST. Voir Katherine Lippel, Rachel Cox et Isabelle Aubé, « Fascicule 23: Interdiction du harcèlement et protection de la vie privée et des droits fondamentaux », dans Guylaine Vallée et Katherine Lippel, dir, *JCQ Rapports individuels et collectifs du travail* (QL). Cela soulève la question de l'expertise de celui-ci en matière de harcèlement sexuel. Voir Rachel Cox, « Du harcèlement sexuel sans conséquence pour la victime? Analyse discursive de la jurisprudence du Tribunal administratif du travail du Québec » (2019) 34:2 *Dr et soc* [Cox, « Du harcèlement sexuel sans conséquence »].
- 11 Voir Debbie S Dougherty et Marlo Goldstein Hode, « Binary logics and the discursive interpretation of organizational policy: Making meaning of sexual harassment policy » (2016) 69:8 *Human Relations* 1729 (« sexual harassment feminizes targets of the behavior, regardless of gender..., making it particularly difficult for male victims to produce a coherent narrative of their experience » à la p 1733).

cadre juridique neutre à l'égard du genre comme celui de la *LNT* avant la réforme de 2018 (II). Ensuite, à la lumière d'une analyse empirique, nous identifierons les décisions en matière de harcèlement sexuel rendues par la division des Relations du travail du Tribunal administratif du travail [ci-après «TAT»] et sa prédécesseure, la Commission des relations du travail [ci-après «CRT»], entre 2004 et 2018. Nous dresserons un portrait sommaire des décisions répertoriées (III) et évaluerons les désavantages et les embûches associés à ce recours en cas de harcèlement sexuel au travail en les comparant, à l'occasion, au recours en vertu de la *Charte* (IV). Finalement, après avoir exposé le cadre juridique applicable—tant avant qu'après la réforme de 2018—nous analyserons la contribution potentielle de la réforme à pallier les désavantages et éviter les pièges précédemment identifiés (V).

II. REVUE DE LA LITTÉRATURE

L'examen de la littérature portant sur les recours à l'encontre du harcèlement sexuel révèle des débats autour de trois enjeux majeurs. Tout d'abord, il y a l'enjeu de situer le recours en cas de harcèlement sexuel dans le contexte d'un régime qui tient compte du genre ou, au contraire, qui l'élude, ce qui soulève à son tour la question de la conceptualisation du harcèlement sexuel comme étant une violation du droit à l'égalité des femmes ou encore une violation du droit à la dignité humaine (A). Ensuite, il y a la question de l'opportunité d'un régime particularisé pour le harcèlement à caractère sexuel, par opposition à un recours qui couvre la gamme de harcèlement que les femmes sont susceptibles de subir, notamment en raison de leur sexe/genre (B). Et puis, il y a la question de l'opportunité de concevoir le harcèlement sexuel des femmes au travail dans un cadre global des droits de la personne (C). Dans les deux derniers cas, le harcèlement sexuel est associé à une violation du droit à l'égalité des femmes plutôt qu'à une violation du droit à la dignité humaine. Nous explorerons chacun de ces trois enjeux, exposant les arguments qui en découlent pour le choix du recours le plus approprié en cas de harcèlement sexuel.

A. L'opportunité de placer le recours en cas de harcèlement sexuel au sein d'un régime qui élude la question du genre

Plusieurs arguments sont avancés en faveur du choix de placer le recours en cas de harcèlement sexuel au sein d'un régime qui élude la question du

genre. Entre autres, des études soulignent que: «[c]ognitive bias, structures of decision-making and patterns of interaction have replaced deliberate racism and sexism as the frontier of much continued inequality»¹². Plus particulièrement, la juriste américaine Martha Fineman remet en question un concept d'égalité fondé sur des motifs interdits de discrimination (*status-based*) et propose une approche plus holistique basée sur la vulnérabilité¹³. En effet, les lignes de démarcation entre le harcèlement sexuel, sexiste, hétérosexiste ou racial et le harcèlement psychologique sont souvent poreuses¹⁴.

Certaines juristes ont également évoqué des considérations pragmatiques voulant qu'un recours *neutre*, basé sur la violation du droit à la dignité humaine au travail plutôt que sur le droit à l'égalité, faciliterait l'accès à une juste réparation pour les victimes¹⁵. Selon celles-ci, les victimes de harcèlement sexuel ont plus de chances d'être entendues et par conséquent, d'être indemnisées en dehors de tout débat sur le sexisme ou le féminisme¹⁶.

Par ailleurs, un recours basé sur la violation du droit à la dignité au travail plutôt que sur le droit à l'égalité ne facilite pas automatiquement l'accès à une juste réparation pour les victimes, loin de là. À titre d'exemple, depuis 1998, en droit israélien, le harcèlement sexuel est considéré principalement comme une violation du droit à la dignité au travail. Une étude

12 C Elizabeth Hirsh, «Beyond Treatment and Impact: A Context-Oriented Approach to Employment Discrimination» (2014) 58:2 *American Behavioral Scientist* 256 à la p 257, citant Susan Sturm, «Second Generation Employment Discrimination: A Structural Approach» (2001) 101:3 *Colum L Rev* 458 à la p 460. Voir aussi Lilia M Cortina, «Unseen Injustice: Incivility as Modern Discrimination in Organizations» (2008) 33:1 *Academy Management Rev* 55; Ruth Simpson et Claire Cohen, «Dangerous Work: The Gendered Nature of Bullying in the Context of Higher Education» (2004) 11:2 *Gender, Work & Organization* 163.

13 Voir Martha Albertson Fineman, «The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition» (2008) 20:1 *Yale JL & Feminism* 1.

14 Marie-France Hirigoyen, *Malaise dans le travail, Harcèlement moral: démêler le vrai du faux*, Paris, La Découverte et Syros, 2001 à la p 83; Sandy Lim et Lilia M Cortina, «Interpersonal Mistreatment in the Workplace: The Interface and Impact of General Incivility and Sexual Harassment» (2005) 90:3 *J Applied Psychology* 483.

15 Voir Susann Baer, «Dignity or Equality? Responses to Workplace Harassment in European, German, and U.S. Law» dans MacKinnon et Siegel, dir, *supra* note 1, 582; Linda Clarke, «Sexual Harassment Law in the United States, the United Kingdom and the European Union: Discriminatory Wrongs and Dignitary Harms» (2007) 36:2 *Comm L World Rev* 79. Voir aussi Friedman et Whitman, *supra* note 1; Noya Rimalt, «Stereotyping Women, Individualizing Harassment: The Dignitary Paradigm of Sexual Harassment Law between the Limits of Law and the Limits of Feminism» (2008) 19:2 *Yale JL & Feminism* 391.

16 Voir Anita Bernstein, «Law, Culture, and Harassment» (1994) 142 *U Pa L Rev* 1227.

empirique a pourtant révélé que loin de contourner ou de déjouer les biais sexistes, la jurisprudence israélienne portant sur les causes de harcèlement sexuel était plus que jamais empreinte de stéréotypes à l'égard des femmes, remettant en question la capacité d'un cadre juridique basé uniquement sur la dignité humaine de transformer les rapports de sexe dans les milieux de travail¹⁷.

La juriste canadienne Judy Fudge a interrogé le recours accru à des cadres juridiques éludant la question du genre comme faisant partie du «backlash against substantive equality» des années 1990¹⁸. En même temps, elle s'est demandée si le recours à la notion de la dignité humaine pouvait néanmoins représenter une façon de revitaliser le féminisme «by emphasizing solidarity and transformation as well as equality» dans les milieux de travail¹⁹. Chose révélatrice, pour Fudge, l'une des contributions de la recherche féministe en droit du travail a été justement de diriger l'attention du mouvement des femmes vers «the centre of labour law—collective bargaining—and not the margin, which is anti-discrimination law»²⁰.

Les détracteurs du choix de placer le recours en cas de harcèlement sexuel au sein d'un régime qui élude la question du genre dénoncent le fait qu'un tel choix s'éloigne de la prise de conscience que le harcèlement sexuel au travail représente une manifestation de la discrimination envers les femmes et une forme de violence genrée²¹. De ce point de vue, occulter les liens entre le harcèlement sexuel au travail et la violence faite aux

17 Voir Rimalt, *supra* note 15.

18 Judy Fudge, «Women Workers: Is Equality Enough?» (2013) 2:2 *feminists@law* 1 à la p 9.

19 *Ibid* à la p 17.

20 Judy Fudge, «From Women and Labour Law to Putting Gender and Law to Work» dans Margaret Davies et Vanessa E Munro, dir, *The Ashgate Research Companion to Feminist Legal Theory*, Farnham (R-U), Ashgate, 2013, 321 à la p 327.

21 Katherine Lippel et Diane Demers, «Le harcèlement sexuel au travail: la rencontre du droit de la santé au travail et du droit de la personne» (2000) 12:1 *CJWL* 32; Catharine A MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination*, New Haven (Conn), Yale University Press, 1979 [MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women*]; Rachel Cox, «From Sexual to Psychological Harassment: One Step Forward, Twenty-Five Years Back for Women's Equality at Work?» dans Shelagh Day, Lucie Lamarche et Ken Norman, dir, *14 Arguments in Favour of Human Rights Institutions*, Toronto, Irwin Law, 2014, 237 [Cox, «From Sexual to Psychological Harassment»]; Colleen Sheppard, «Harcèlement en milieu de travail: vers une approche systémique» dans Jean-Louis Baudoin et Patrice Deslauriers, dir, *Droit à l'égalité et discrimination: aspects nouveaux. Communications livrées lors du colloque de la Journée Henri-Capitant tenu le 9 février 2001*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2002, 139; Louise Langevin, «Progrès ou recul: réflexions sur l'accessibilité à la justice pour les victimes de harcèlement sexuel au travail au Québec» (2005) 17:1 *CJWL* 197.

femmes n'est qu'une tentative—futile—de dépolitiser le harcèlement sexuel²².

Le concept même de la dignité a été l'objet de critiques importantes. Pour le juriste français Loïc Lerouge et la juriste américaine Camille Hébert, le concept de la dignité est vague et imprécis; un concept que la loi mobilise en ce qui a trait à ce qui est «indémontrable» et «inconnaisable»²³. En d'autres termes, le concept de la dignité humaine est socialement construit²⁴. Et en tant que concept éminemment malléable, la dignité est davantage susceptible de servir de moyen de reproduction des pratiques sociales existantes que de levier de transformation de celles-ci²⁵.

Finalement, indépendamment des avantages de placer la mise en œuvre du droit à l'égalité des femmes au travail au cœur de la mission des institutions dominantes du droit du travail²⁶, il reste la question de savoir si les décideurs spécialisés dans les relations de travail ont l'expertise et la sensibilité voulues pour décider un litige en matière de harcèlement sexuel²⁷.

Avant la réforme de 2018, le régime de la *LNT* en matière de harcèlement psychologique représentait un recours centré sur le droit à la dignité au travail. Un tel modèle se distingue de celui de la *Charte* qui exige la preuve d'un lien entre un motif illicite de discrimination—comme le sexe—et le harcèlement, ce qui est susceptible de faire achopper certaines plaintes pourtant liées à des phénomènes de discrimination systémique dans la société²⁸. C'est dans cette mouvance qu'au Québec, plusieurs ont

22 Voir Zippel, *supra* note 1; Catharine A MacKinnon, «A Sex Equality Approach to Sexual Assault» (2003) 989 *Annals NY Academy Sciences* 265.

23 Loïc Lerouge et L Camille Hébert, «The Law of Workplace Harassment of the United States, France, and the European Union: Comparative Analysis After the Adoption of France's New Sexual Harassment Law» (2013) 35:1 *Comp Lab L & Pol'y J* 93 à la p 117, n 97, citant Muriel Fabre-Magnan, «La dignité en Droit: un axiome» (2007) 58 *RIEJ* 1 à la p 2.

24 Clarke, *supra* note 15.

25 Voir *ibid.* Voir aussi Denise G Réaume, «Discrimination and Dignity» (2003) 63:3 *La L Rev* 645.

26 Voir généralement Fudge, *supra* note 20.

27 Cox, «Du harcèlement sexuel sans conséquence», *supra* note 10; Diane L Demers, «Les tribunaux des droits de la personne: quel rôle et quelle place “leur” réserve-t-on?» dans Tribunal des droits de la personne et Barreau du Québec, dir, *La Charte des droits et libertés de la personne: pour qui et jusqu'où? Colloque tenu à Montréal du 28 au 29 avril 2005*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2005, 175; Lucie Lamarche, «La mission contemporaine du Tribunal des droits de la personne: un enjeu complexe dans une société complexe» dans *Le Tribunal des droits de la personne: 25 ans d'expérience en matière d'égalité. Conférences prononcées le 23 octobre 2015 à Montréal*, Montréal, Yvon Blais, 2015, 307.

28 Voir Québec (*Commission des droits de la personne*) c O'Hashi, 31 CHRR D/474, 1996 CanLII 12039 (TDPO); Québec (*Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*) c Bombardier Inc (*Bombardier Aéronautique Centre de formation*), 2015 CSC 39 [*Bombardier*].

vu l'intérêt de mettre de l'avant le recours à l'encontre du harcèlement psychologique, représentant en apparence un fardeau de preuve moins exigeant que celui associé à un recours en vertu de la *Charte*²⁹.

B. L'opportunité de mettre sur pied un recours singularisé pour le harcèlement à caractère sexuel

En raison des liens puissants et profonds entre la discrimination à l'égard des femmes et le harcèlement sexuel des femmes au travail³⁰, la juriste américaine Catharine MacKinnon se positionne fermement en faveur de l'adoption d'un régime juridique comportant un recours spécifique à l'encontre du harcèlement sexuel. Elle est d'avis que tant que le harcèlement sexuel des femmes au travail n'est pas spécifiquement nommé, il ne saurait être éradiqué: «[y]ou cannot solve a problem you do not name[,]... [and] improvements... will intrinsically fall short unless the concepts are fundamentally recast in terms of inequality»³¹. En effet, d'un point de vue historique, la reconnaissance d'un recours juridique en cas de harcèlement sexuel a été intrinsèquement lié à la reconnaissance sociale du tort causé aux femmes par le harcèlement sexuel³².

Quant à elle, la juriste australienne Margaret Thornton prétend que «the disproportionate attention paid to the *sexual* in sexual harassment... has deflected attention away from the sex-based discrimination that informs it» [italiques dans l'original] [notes omises]³³. Elle est d'avis que l'accent sur le harcèlement sexuel au travail opère une *corporalisation* des femmes:

The construction of women workers as primarily sexed can have the effect of affirming the misogynistic subtext of the social script that the feminine is a dangerous and disorderly force within a sphere of rationality. It allows women to continue to be constituted as 'Others' to 'Benchmark Men'—that is, those who are Anglo-Celtic, heterosexual and able-bodied,

29 Cox, «From Sexual to Psychological Harassment», *supra* note 21.

30 Voir MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women*, *supra* note 21.

31 Catharine A MacKinnon, *Women's Lives, Men's Laws*, Cambridge (Mass), Belknap Press of Harvard University Press, 2005 à la p 246. Voir aussi MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women*, *supra* note 21.

32 Voir Anna-Maria Marshall, *Confronting Sexual Harassment: The Law and Politics of Everyday Life*, Aldershot, Ashgate, 2005 à la p 33 et s; Constance Backhouse, «Sexual Harassment: A Feminist Phrase That Transformed the Workplace» (2012) 24:2 CJWL 27.

33 Margaret Thornton, «Sexual Harassment Losing Sight of Sex Discrimination» (2002) 26:2 Melbourne UL Rev 422 aux pp 422-23.

and who are the normative inhabitants of the world of paid work [notes omises]³⁴.

À ce titre, sur les plans idéologique et politique, la singularisation du harcèlement sexuel contribue à perpétuer «the conventional gendering of [the workplace]»³⁵. Dans ce contexte,

the more the harassing conduct is like heterosexed activity (conceptualised in terms of an active male harasser and a passive female ‘victim’) the more likely it is to be accepted as sexual harassment. The less *sexualised*, albeit sexed, the harassing conduct is, the more likely it is to be normalised within the workplace and the more difficult it is for the complainant to obtain a remedy [italiques dans l’original]³⁶.

De plus, l’accent mis sur le harcèlement à caractère sexuel des femmes au travail occulte une multitude de formes de harcèlement. Souvent infligé aux femmes qui occupent un emploi dans un milieu de travail à prédominance masculine, le harcèlement des femmes en raison de leur sexe/genre constitue un type de harcèlement qui n’est pas nécessairement à caractère sexuel³⁷. Le harcèlement des femmes en raison de leur sexe/genre, en combinaison avec leur race, leur orientation sexuelle, leur handicap et ainsi de suite constitue probablement pour les femmes dans leur ensemble un problème tout aussi grave que le harcèlement à caractère sexuel³⁸. La hiérarchisation entre le harcèlement à caractère sexuel et les autres types de harcèlement vécus par les femmes au travail représente

34 *Ibid* à la p 423.

35 *Ibid* à la p 425.

36 *Ibid*.

37 Voir Sharon K Parker et Mark A Griffin, «What Is So Bad About a Little Name-Calling? Negative Consequences of Gender Harassment for Overperformance Demands and Distress» (2002) 7:3 *J Occupational Health Psychology* 195; Julie Konik et Lilia M Cortina, «Policing Gender at Work: Intersections of Harassment Based on Sex and Sexuality» (2008) 21:3 *Soc Justice Research* 313. La même chose est vraie pour les hommes occupant un emploi à prédominance féminine. Voir Denise Salin, «Workplace Bullying among Business Professionals: Prevalence, Gender Differences and the Role of Organizational Politics» (2005) 7:3 *Perspectives interdisciplinaires sur travail & santé*.

38 Voir Thornton, *supra* note 33 (Thornton qualifie même l’interdiction du harcèlement sexuel des femmes au travail de formulation moralisatrice et banalisante: «moralistic and trivialising formulation» à la p 429). Voir aussi Deborah Lee, «Gendered Workplace Bullying in the Restructured UK Civil Service» (2002) 31:1/2 *Personnel Review* 205; Konik et Cortina, *supra* note 37; Jennifer L Berdahl et Celia Moore, «Workplace Harassment: Double Jeopardy for Minority Women» (2006) 91:2 *J Applied Psychology* 426; Sandy Welsh et al, «‘I’m Not Thinking of It as Sexual Harassment’: Understanding Harassment across Race and Citizenship» (2006) 20:1 *Gender & Society* 87.

sans doute un désavantage important d'un régime particularisé pour le harcèlement à caractère sexuel.

Au Québec, depuis sa réforme de 2018, la *LNT* contient des dispositions spécifiques au harcèlement à caractère sexuel à la fois dans la définition du harcèlement psychologique et dans les dispositions portant sur l'obligation de l'employeur ou de l'employeuse [ci-après «l'employeur»] d'adopter—et de rendre disponible—une politique de prévention et de traitement des plaintes. Dans une certaine mesure, même s'il est imbriqué dans le régime général pour le harcèlement psychologique, on peut désormais prétendre que la *LNT* contient un régime particularisé pour le harcèlement à caractère sexuel³⁹.

C. L'opportunité de situer le recours en cas de harcèlement sexuel au travail dans le cadre global des droits de la personne

Dans le cadre des droits de la personne, au Québec, tel que déjà mentionné, le terme «harcèlement sexuel» réfère autant au harcèlement à caractère sexuel qu'au harcèlement en raison du sexe/genre⁴⁰. Les écrits scientifiques convergent vers le fait que ces deux types de harcèlement des femmes jouent un rôle clé dans le maintien de la ségrégation sexuelle du marché du travail, la perpétuation des stéréotypes de genre et la subordination des femmes dans la société en général⁴¹.

De plus, en principe, le cadre des droits de la personne permet une approche intersectionnelle⁴² susceptible de tenir compte des spécificités des manifestations du harcèlement sexuel, par exemple, à l'endroit des femmes racisées, appartenant à une minorité religieuse ou n'ayant

39 Pour un exemple paradigmatique d'un modèle particularisé pour la violence à caractère sexuel, voir PL 151, *Loi visant à prévenir et à combattre les violences à caractère sexuel dans les établissements d'enseignement supérieur*, 1^{re} sess, 41^e lég, Québec, 2017, art 3 (sanctionné le 8 décembre 2017), LQ 2017, c 32 qui stipule que la politique portant sur les violences à caractère sexuel que tout établissement d'enseignement a l'obligation d'adopter «doit être distincte de toute autre politique de l'établissement». Pour un autre exemple d'un régime particularisé pour le harcèlement sexuel, voir *Code canadien du travail*, LRC 1985, c L-2, arts 247.1–247.4 (avant l'entrée en vigueur des modifications apportées par la *Loi modifiant le Code canadien du travail (harcèlement et violence)*, LC 2018, c 22).

40 Voir Lippel, Cox et Aubé, *supra* note 10 au para 323.

41 Voir par ex Paula McDonald, «Workplace Sexual Harassment 30 Years on: A Review of the Literature» (2012) 14 *Intl J Management Rev* 1; Backhouse, *supra* note 32; Sheppard, *supra* note 21; Marshall, *supra* note 32.

42 Voir Jennifer C Nash, «Theorizing Race, Theorizing Racism: New Directions in Interdisciplinary Scholarship» dans Margaret Davies et Vanessa E Munro, dir, *supra* note 20, 125.

pas la citoyenneté canadienne⁴³. Cela constitue sans doute un avantage important de situer le recours en cas de harcèlement sexuel dans le cadre général des droits de la personne. Cependant, comme mentionné ci-haut, celui-ci exige la preuve d'un lien entre un motif illicite de discrimination et le harcèlement, ce qui peut constituer un obstacle dans les situations où l'*animus* précis de la conduite vexatoire est difficile à objectiver.

Sinon, les principaux inconvénients de situer le recours en cas de harcèlement sexuel au travail dans un régime des droits de la personne sont d'ordre pragmatique. Au Québec, en Allemagne et en Belgique, surtout jusqu'à la montée du mouvement #MoiAussi en 2017, le harcèlement psychologique et le harcèlement moral ont attiré plus d'intérêt et bien davantage de fonds publics que le harcèlement sexuel⁴⁴. En France, les victimes de harcèlement racial et de harcèlement sexuel semblent préférer le recours pour harcèlement moral à celui pour harcèlement discriminatoire⁴⁵. Une étude belge a également conclu que les femmes victimes de harcèlement sexuel au travail trouvaient moins stigmatisant de se déclarer victimes de harcèlement moral que de harcèlement sexuel⁴⁶. Finalement, une littérature féministe robuste dénonce le fait que paradoxalement, les procédures de plainte et les recours juridiques mis sur pied pour mettre en œuvre le droit des femmes à un milieu de travail exempt de harcèlement sexuel s'avèrent une autre manifestation des rapports de pouvoir inégaux, susceptibles de décourager la dénonciation du harcèlement sexuel plutôt que de le faire cesser⁴⁷.

Dans tous les cas, au Québec, depuis plusieurs années, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse [ci-après «CDPDJQ»]

43 Voir Berdahl et Moore, *supra* note 38; Welsh et al, *supra* note 38.

44 Voir Cox, «Free from Psychological Harassment», *supra* note 7; Zippel, *supra* note 1; Ada Garcia, Bernard Hacourt et Virginie Bara, «Harcèlement moral et sexuel. Stratégies d'adaptation et conséquences sur la santé des travailleurs et des travailleuses» (2005) 7:3 Perspectives interdisciplinaires sur travail & santé; Clarke, *supra* note 15.

45 Voir Loïc Lerouge et Camille Hébert, *supra* note 23. D'autres recherches sont nécessaires pour élucider jusqu'à quel point les caractéristiques procédurales et substantives des deux recours, plutôt que la crainte de la stigmatisation de la part des victimes, jouent dans la décision d'une victime d'opter pour un recours ou l'autre.

46 Voir Garcia, Hacourt et Bara, *supra* note 44.

47 Voir Susan M Hart, «Labour Arbitration of Co-Worker Sexual Harassment Cases in Canada» (2012) 29:3 R Can sciences administration 268; Fiona Wilson et Paul Thompson, «Sexual Harassment as an Exercise of Power» (2001) 8:1 Gender, Work & Organization 61; Jeanette N Cleveland et Melinda E Kerst, «Sexual Harassment and Perceptions of Power: An Under-Articulated Relationship» (1993) 42 J Vocational Behavior 49; Dougherty et Hode, *supra* note 11. Voir aussi Vincent J Roscigno, «Power, Revisited» (2011) 90:2 Soc Forces 349.

dirige les personnes qui veulent porter plainte pour harcèlement sexuel au travail en vertu de la *Charte* vers le recours en cas de harcèlement psychologique de la *LNT*. Donc, pratiquement, les femmes non-syndiquées victimes de harcèlement sexuel au travail n'ont pas accès à un recours situé dans un cadre global basé sur les droits de la personne.

C'est avec ces considérations à la fois pragmatiques et philosophiques à l'esprit, et dans le but d'explorer les conséquences concrètes du dépôt d'une plainte pour harcèlement psychologique pour les victimes de harcèlement sexuel, que nous avons procédé à l'analyse empirique des décisions portant sur des plaintes pour harcèlement psychologique alors que les faits traduisent des situations de harcèlement sexuel.

III. LE PORTRAIT DES DÉCISIONS POUR HARCÈLEMENT PSYCHOLOGIQUE IMPLIQUANT LE HARCÈLEMENT À CARACTÈRE SEXUEL OU SUR LA BASE DU SEXE/GENRE

Avant de dresser le portrait des décisions portant sur des plaintes pour harcèlement psychologique dont les faits traduisent des gestes de harcèlement sexuel (B), nous exposerons la méthodologie employée pour identifier les décisions pertinentes à notre étude (A).

A. La méthodologie

Pour identifier les décisions pertinentes, nous avons interrogé la base de données de la Société québécoise d'information juridique (SOQUIJ), nous intéressant aux décisions rendues par le TAT (ou par sa prédécesseure, la CRT) dans la période entre le 1^{er} juin 2004 (date d'entrée en vigueur des dispositions sur le harcèlement psychologique) et le 30 juin 2018.

Nous avons construit notre échantillon en retenant toute décision faisant état d'une forme de harcèlement sexuel ou en raison du sexe/genre. Pour ce faire, nous avons adopté la définition du harcèlement sexuel élaborée dans le domaine des droits de la personne, soit une définition large élaborée par les tribunaux saisis de plaintes pour harcèlement sexuel⁴⁸. Par conséquent, le terme harcèlement sexuel inclut autant le harcèlement sexuel «donnant-donnant» que le harcèlement résultant d'un milieu de travail hostile, parfois appelé le «harcèlement sexiste» ou harcèlement sur la base du genre. Par harcèlement sexuel «donnant-donnant», nous

48 Drapeau, *supra* note 2.

entendons «une conduite de nature sexuelle non sollicitée qui a un effet défavorable sur le milieu de travail ou qui a des conséquences préjudiciables en matière d'emploi pour les victimes du harcèlement»⁴⁹.

Alors que le harcèlement sexuel «donnant-donnant» réfère à du harcèlement à *caractère sexuel*, le harcèlement sexiste renvoie quant à lui au harcèlement fait aux femmes *en raison de leur sexe/genre*. Ce type de harcèlement représente

une manifestation plus subtile, plus insidieuse que le harcèlement à connotations sexuelles. Ce type de situation ne comporte habituellement pas d'éléments qui pourraient laisser croire à une démarche de séduction. Au contraire, les paroles, les gestes ou les actes convergent vers la démonstration de l'inadéquation de la personne face à son milieu de travail, généralement à prédominance masculine, mais pas exclusivement non plus, et ce, simplement parce qu'elle est caractérisée par l'un des motifs énumérés à l'article 10 de la [C]harte; en l'occurrence, parce qu'elle est une femme⁵⁰.

Compte tenu de notre prémisse voulant que ce soit l'hétéronormativité masculine qui se trouve à la base du harcèlement sexuel des femmes au travail, nous avons retenu les décisions impliquant tant les victimes hommes que les victimes femmes. En effet, les hommes *non-dominants*—racisés⁵¹, homosexuels ou considérés comme *féminins* par d'autres hommes pour différentes raisons (embonpoint⁵², refus de raconter leurs exploits sexuels⁵³, fragilité en raison de leur statut de victime d'agression sexuelle dans le passé⁵⁴)—sont susceptibles d'être la cible du harcèlement au travail lorsqu'ils ne se conforment pas à la culture masculiniste dominante⁵⁵.

Considérant ce qui précède, quarante-huit décisions portant sur des plaintes pour harcèlement psychologique ont été retenues comme traduisant des situations de harcèlement sexuel entendu dans le sens de la définition large adoptée par le Tribunal des droits de la personne du Québec

49 *Janzen c Platy Enterprises Ltd*, [1989] 1 RCS 1252 à la p 1284, 59 DLR (4^e) 352.

50 *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Québec (PG)*, [1998] RJQ 3397 au para 167, 36 CHRR D/227 (TDPQ).

51 *A c BMS Groupe Finance* (15 janvier 2014), en ligne: QCCRT <canlii.ca/t/g2t35> [*A c BMS*]; *Romano c Services d'entretien LX inc* (2 novembre 2012), en ligne: QCCRT <canlii.ca/t/ftsq6>.

52 Voir *Roberge c Montréal (Ville de)* (19 mars 2015), en ligne: QCCRT <canlii.ca/t/ggvjj>.

53 Voir *Lachapelle-Welman c 3233430 Canada inc (Portes et fenêtres ADG)* (14 juin 2016), en ligne: QCTAT <canlii.ca/t/g53t3> [*Lachapelle-Welman*].

54 Voir *Therrien c Calian Ltd—SED Systèmes (Div de Calian ltée)* (26 août 2016), en ligne: QCTAT <canlii.ca/t/gt6gk>.

55 Voir *Thornton*, *supra* note 33 à la p 423; *Konik et Cortina*, *supra* note 37.

[ci-après «TDPQ»], c'est-à-dire autant le harcèlement à caractère sexuel que le harcèlement en raison du sexe/genre.

Ensuite, nous avons examiné les décisions retenues à la lumière de considérations substantives (les règles applicables, le fardeau de preuve, la nature des remèdes octroyés), mais aussi processuelles et procédurales (le temps écoulé entre le dépôt de la plainte et la décision du TAT; la possibilité de déposer d'autres plaintes en vertu de la *LNT*⁵⁶ en même temps que celle pour harcèlement psychologique; le délai pour déposer une plainte) du régime de la *LNT*. Puis, nous avons scruté la doctrine pour identifier les lacunes associées au traitement des situations de harcèlement sexuel dans le cadre du régime des plaintes pour harcèlement psychologique pour ensuite vérifier les manifestations de ces lacunes dans les décisions étudiées empiriquement. Finalement, aux fins d'une analyse comparative, nous avons également procédé à une revue de la doctrine et de la jurisprudence portant sur les plaintes pour harcèlement sexuel en vertu de la *Charte*.

Pour situer les limites de notre étude, soulignons que la plupart des plaintes pour harcèlement psychologique ne font pas l'objet d'une décision; la très vaste majorité de celles-ci se règle dans le cadre du processus de traitement par la CNESST. Effectivement, seul un petit pourcentage de plaintes est référé au TAT pour audition⁵⁷. Pour ce qui est des plaintes référées au TAT, encore une fois, la majorité des plaintes sont réglées par la voie de la conciliation offerte par le Tribunal.

De plus, notre échantillon ne porte que sur les décisions en matière de harcèlement psychologique dans les milieux de travail non syndiqués, car en milieu syndiqué, le recours est le dépôt d'un grief⁵⁸.

56 Voir *LNT*, *supra* note 4, arts 81.20, 123.6 (la plainte pour harcèlement psychologique d'une personne salariée non syndiquée nommée en vertu de la *Loi sur la fonction publique* est adressée à la Commission de la fonction publique, tandis que la plainte pour harcèlement psychologique d'une personne salariée non syndiquée est déposée auprès de la CNESST).

57 Voir CNESST, *Statistiques sur la violence, le stress et le harcèlement en milieu de travail, 2014-2017*, Québec, 2018 aux pp 28-29, en ligne (pdf): <www.cnesst.gouv.qc.ca/Publications/300/Documents/DC300-331web.pdf>. Pour illustrer, pour les années 2014 à 2017, 13 656 plaintes pour harcèlement psychologique ont été déposées à la CNESST. De celles-ci, 751 plaintes (5 % des dossiers) ont été déférées au TAT, dont 652 dossiers avec représentation par les affaires juridiques de la CNESST. De ces derniers 652 dossiers, 492 ont fait l'objet d'un règlement hors cour, soit 75 % d'entre eux. Pendant ces mêmes quatre années, seulement trente-huit dossiers avec représentation par les affaires juridiques de la CNESST ont fait l'objet d'une décision par le TAT, dont quatorze ont été en faveur de la personne salariée et vingt-quatre ont été à la défaveur de celle-ci.

58 Voir *LNT*, *supra* note 4, art 81.20.

Finalement, en cas d'atteinte à la santé de la personne salariée harcelée au travail, pour la période au cours de laquelle la personne salariée est victime d'une lésion professionnelle, le recours exclusif visant à obtenir un dédommagement est celui de la *LATMP*⁵⁹. En dépit de la violence des gestes mis en preuve dans certaines décisions étudiées, nous nous attendons à ce que les cas de harcèlement sexuel les plus susceptibles de produire des atteintes à la santé fassent surtout l'objet d'un recours en vertu de la *LATMP*⁶⁰ et non en vertu de la *LNT*.

Cela étant, dans la section qui suit, nous verrons que les décisions retenues permettent tout de même de nous éclairer sur la mobilisation du recours en cas de harcèlement psychologique alors que les faits traduisent une situation de harcèlement sexuel.

B. Le portrait sommaire des décisions répertoriées

Parmi les quarante-huit décisions retenues comme traduisant des situations de harcèlement sexuel, huit des plaignants sont des hommes et quarante sont des femmes. Six décisions indiquent que la personne plaignante était racisée, dont quatre femmes et deux hommes.

Près de deux plaintes sur trois sont accueillies, soit trente et une sur quarante-huit. Ainsi, vingt-quatre femmes sur quarante ont vu leur plainte acceptée. Sept hommes sur huit ont vu leur plainte accueillie. Le taux de succès des plaintes pour harcèlement psychologique impliquant des situations de harcèlement sexuel semble donc plus élevé que pour les plaintes pour harcèlement psychologique en général. À titre indicatif, en 2011, le taux de succès des plaintes pour harcèlement psychologique se situait autour de 22 %⁶¹.

⁵⁹ Voir *supra* note 5.

⁶⁰ Voir Rachel Cox, «Equality Rights within Gender-Neutral Legal Frameworks: Empirical Analysis of Labour Relations, Workers' Compensation and Human Rights Tribunal Decisions on Sexual Harassment in Québec», 3^e conférence du Labour Law Research Network (LLRN), présentée à la Faculté de droit de l'Université de Toronto, 27 juin 2017 [non publiée] [Cox, «Equality Rights»]. Par exemple, dans une étude préliminaire de 13 décisions au sujet d'une plainte pour harcèlement psychologique en lien avec le harcèlement sexuel, 3 décisions faisaient état d'une agression sexuelle. Dans la même période, parmi 13 décisions en matière de lésion professionnelle en lien avec le harcèlement sexuel au travail, 9 d'entre elles impliquaient une agression sexuelle, soit trois fois plus de décisions.

⁶¹ Voir CNESSST, *supra* note 57 à la p 29. Pour illustrer, pour les années 2014 à 2017, parmi les trente-huit plaintes pour harcèlement psychologique déferées au TAT avec représentation de la personne par les affaires juridiques de la CNESSST, seulement quatorze plaintes ont

Taux de succès	Femme	Homme	Total
Plainte accueillie	24	7	31
Plainte rejetée	16	1	17
Total	40	8	48

1. *Qui commet le harcèlement?*

Ce sont les supérieurs et les représentants de l'employeur qui sont responsables de la grande majorité des plaintes pour harcèlement psychologique impliquant le harcèlement à caractère sexuel ou en raison du sexe/genre, soit trente-sept plaintes sur quarante-huit. Un ou des collègues sont mis en cause dans approximativement une plainte sur cinq, plus précisément dix plaintes sur quarante-huit. Dans seulement une plainte a-t-il été question de harcèlement de la part d'un tiers. Dans une écrasante majorité de cas, le harcèlement sexuel ou en raison du sexe/genre est perpétré par des hommes, soit quarante-cinq décisions sur quarante-huit.

2. *Les délais*

Le délai moyen écoulé entre le moment de dépôt d'une plainte et une décision du TAT est de vingt-deux mois. À titre de comparaison, entre 2004 et 2017, le délai moyen entre le dépôt d'une plainte pour harcèlement sexuel ou harcèlement racial au travail à la CDPDJQ et une décision du TDPQ était de plus de quatre ans⁶². Le recours en vertu de la *LNT* s'avère donc un recours beaucoup plus rapide que celui en vertu de la *Charte*.

3. *Les autres recours mobilisés*

Vingt décisions sur quarante-huit faisaient état d'un autre recours en lien avec les mêmes faits, le plus souvent pour congédiement injustifié⁶³ ou pour pratique interdite⁶⁴. Deux autres décisions faisaient référence à une réclamation pour lésion professionnelle en vertu de la *LATMP*.

fait l'objet d'une décision en faveur de la personne salariée, soit approximativement une plainte sur trois.

62 Voir Cox, «Equality Rights», *supra* note 60. Les sept décisions rendues par le TDPQ en matière de harcèlement sexuel entre 2005 et 2015 l'ont été dans un délai moyen de quarante-sept mois.

63 Voir *LNT*, *supra* note 4, art 124.

64 Voir *ibid.*, art 122.

Lorsque la plainte pour harcèlement psychologique est acceptée, les plaintes complémentaires en vertu de la LNT le sont habituellement aussi⁶⁵:

Plainte pour harcèlement psychologique	Plainte en vertu de l'art 122/124 de la LNT accueillie	Plainte en vertu de l'art 122/124 de la LNT rejetée	Réclamation pour lésion professionnelle accueillie	Réclamation pour lésion professionnelle rejetée	Décision pendante sur la réclamation pour lésion professionnelle	Total
Acceptée	10	2	0	0	0	12
Rejetée	3	3	0	1	1	8
Total	13	5	0	1	1	20

Dans la mesure où les femmes harcelées sexuellement au travail contestent en même temps leur congédiement injuste ou une autre pratique interdite par la LNT—des recours incluant une présomption permettant le renversement du fardeau de preuve—, ces résultats témoignent de l'intérêt de déposer au même moment une plainte pour harcèlement psychologique auprès de la CNESST.

4. La situation d'emploi lors de la plainte et au moment de l'audience

Dans trois décisions sur quatre, soit trente-six sur quarante-huit, au moment de déposer leur plainte, les salariées n'étaient plus à l'emploi, soit parce qu'elles avaient démissionné ou parce qu'elles avaient été congédiées. Au moment de déposer leur plainte, onze des quarante-huit salariées avaient encore un lien d'emploi avec l'entreprise. Toutefois, suite au dépôt de leur plainte, huit d'entre elles ont perdu leur emploi, que ce soit en démissionnant de celui-ci ou après avoir été congédiées.

Dans 3 cas sur 48, la plaignante était toujours à l'emploi lors de l'audience. Cependant, dans deux de ces cas, au moment de l'audience, la plaignante était en congé de maladie. Une seule décision porte sur une

65 Voir toutefois *Jean c Cabinet de la 2^e opposition de la Ville de Montréal* (22 avril 2016), en ligne: QCTAT <canlii.ca/t/gpno>; *Kourie c Produits Adonis inc* (9 décembre 2010), en ligne: QCCRT <canlii.ca/t/2dzvs>.

salariée qui était à l'emploi et au travail à l'endroit où le harcèlement a eu lieu au moment de l'audience⁶⁶.

Ces données illustrent de façon éloquente ce qui est soutenu par une vaste littérature scientifique: les femmes victimes de harcèlement sexuel au travail ne portent plainte que lorsqu'elles n'ont plus rien à perdre⁶⁷. En d'autres termes, en dépit de la possibilité d'intenter un recours à l'encontre du harcèlement sexuel au travail en déposant une plainte pour harcèlement psychologique, l'existence de ce recours ne suffit pas pour protéger le lien d'emploi des victimes. Un régime réactif basé sur des plaintes individuelles—déposées après que le harcèlement sexuel ne survienne—s'avère incapable de protéger le lien d'emploi d'une salariée non syndiquée. Ce triste constat met en relief la nécessité de mesures de prévention robustes pour mettre en œuvre le droit à un milieu de travail exempt de harcèlement pour les femmes. Or, ni le régime de la *Charte*, ni le régime des normes du travail ne sont préventifs ou proactifs. La réforme de 2018 a, par ailleurs, apporté quelques améliorations au régime de prévention de la *LNT*. Il en sera question plus loin.

5. La réparation

Sur les quarante-cinq décisions où le lien d'emploi de la personne plaignante était rompu au moment de l'audience, une seule comprenait une ordonnance de réintégration de la personne salariée, et ce, en vertu d'un recours complémentaire pour congédiement sans cause juste et suffisante⁶⁸.

Dans les trente et une décisions où la plainte a été acceptée, les plaignantes se sont fait accorder des dommages moraux dans près de 40 % des cas, soit douze sur trente et un, allant de 1000\$ à 15000\$. Des dommages punitifs ont été octroyés dans sept décisions, allant de 2000\$ à 10000\$.

Alors qu'une grande majorité de plaignantes ont perdu leur emploi pour cause de harcèlement, seulement trois d'entre elles se sont fait accorder une indemnité pour perte d'emploi d'un montant variant entre 640\$ et 4000\$⁶⁹. Dans une majorité de cas, le juge réserve simplement sa compé-

66 Voir *Murphy c 2993678 Canada inc (Chelsea Freshmart enr)* (10 décembre 2013), en ligne: QCCRT <canlii.ca/t/g2fco>.

67 Voir Amy Blackstone, Christopher Uggen et Heather McLaughlin, « Legal Consciousness and Responses to Sexual Harassment » (2009) 43:3 *Law & Soc'y Rev* 631; Marshall, *supra* note 32 à la p 33 et s; Backhouse, *supra* note 32; McDonald, *supra* note 41.

68 Voir *A c BMS*, *supra* note 51.

69 Voir *Roy c Laprise* (18 février 2008), en ligne: QCCRT <canlii.ca/t/1vw40>; *Couturier c Artis Factum Décor inc* (29 mai 2018), en ligne: QCTAT <canlii.ca/t/hs9zg> [*Couturier*]; *GS c HF*

tence pour ordonner des mesures de réparation qui ne sont pas spécifiées dans la décision.

En Ontario, il est chose commune en matière de harcèlement sexuel d'ordonner aux dirigeants et dirigeantes [ci-après «les dirigeants»] de l'entreprise mise en cause de suivre une formation ou d'offrir des sessions de sensibilisation sur le harcèlement sexuel et les façons de le contrer. Notre échantillon de décisions ne contient aucun exemple d'ordonnance similaire prononcée à l'endroit d'un employeur. Il ne fait pas non plus état de cas où le TAT ordonnerait à l'employeur d'afficher la décision accueillant la plainte dans le milieu de travail, une mesure visant à avertir les salariées du danger, et ce, dans des secteurs à haut risque comme la restauration où, souvent de façon répétée, une jeune salariée qui est à ses premières expériences sur le marché du travail subit du harcèlement sexuel aux mains d'un harceleur récidiviste⁷⁰.

Dans le même ordre d'idée, nous constatons que les montants octroyés—tant en dommages moraux qu'en dommages punitifs—ne sont pas très élevés, et ce, en comparaison avec ceux accordés par d'autres tribunaux au Québec et au Canada pour des faits similaires⁷¹. Par exemple, au TDPQ, en matière de harcèlement sexuel et racial au travail, entre 2004 et 2017, les dommages moraux accordés étaient de 1000\$ à 35000\$ par personne plaignante. En 2018, une décision du Tribunal des droits de la personne de l'Ontario a octroyé 200000\$ en dommages moraux à une femme qui a subi, des années durant, le harcèlement et les agressions sexuelles de son patron et locateur⁷².

Un constat semblable peut être dressé en comparant les dommages moraux et punitifs accordés par le TDPQ à ceux accordés par le TAT. Pour illustrer, dans la décision *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Centre maraîcher Eugène Guinois Jr inc*⁷³ impliquant quatre travailleurs et travailleuses agricoles racisés à qui un employeur a imposé de piètres conditions de travail, le TDPQ a accordé entre 15000\$ et 17500\$ en dommages moraux et punitifs à chaque personne plaignante.

(*Motel A*) (15 juin 2007), en ligne: QCCRT <canlii.ca/t/1rvhf> [*Motel A*].

70 Thornton, *supra* note 33; Catharine MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women*, *supra* note 21.

71 Même les montants accordés à titre de dommages en Ontario font l'objet de critiques. Voir Audra Ranalli et Bruce Ryder, «Undercompensating for Discrimination: An Empirical Study of General Damages Awards Issued by the Human Rights Tribunal of Ontario, 2000–15» (2017) 13 *JL & Equality* 91.

72 Voir *AB v Joe Singer Shoes Limited* (24 janvier 2018), en ligne: HRTO <canlii.ca/t/hq89q>.

73 [2005] RJQ 1315 aux para 220–21, 226, 2005 RRA 687 (TDPQ).

En comparaison, pour des faits similaires dans le même secteur d'emploi, en 2016, le TAT a octroyé à quatre travailleurs agricoles migrants un total par plaignant de 6000\$ en dommages moraux et punitifs⁷⁴. Bien qu'il ne s'agisse pas ici de harcèlement sexuel, cette comparaison met en relief la tension existant entre le régime des droits de la personne et celui du droit du travail lors de l'appréciation du préjudice moral occasionné par des conduites vexatoires à caractère discriminatoire, ainsi que lors de la fixation des dommages punitifs considérés susceptibles de remplir une fonction préventive ou dissuasive.

6. À caractère sexuel ou en raison du sexe/genre

Parmi les quarante-huit décisions, vingt et une d'entre elles portent sur le harcèlement *en raison du sexe ou du genre*, tandis que vingt-sept décisions portent sur le *harcèlement à caractère sexuel*. Rappelons que le harcèlement des femmes en raison de leur sexe/genre n'est pas visé par la notion de harcèlement *à caractère sexuel* adoptée lors de la réforme de la LNT en 2018, et ce, même si—selon notre étude—il y a presque autant de cas de harcèlement sexiste que de harcèlement à caractère sexuel.

À titre d'exemple du harcèlement en raison du sexe/genre, citons le cas d'un homme qui lance un marteau dans le dos d'une collègue après que celle-ci ait eu l'audace de suggérer de nouvelles pratiques et mesures de protection en santé et sécurité au travail dans un emploi à prédominance masculine⁷⁵. Autre exemple, l'histoire d'un employeur qui s'en prend physiquement à la chef cuisinière de son établissement lorsqu'elle refuse de servir des clients particuliers après la fermeture⁷⁶. Cette catégorie comprend également des remarques suggestives ayant pour but de sexualiser le milieu de travail ou de réduire les femmes à l'état d'objet, par exemple lorsque des collègues passent des remarques sur le physique ou l'habillement d'une plaignante qui est alors en charge de la direction d'une école⁷⁷.

Quant à eux, les gestes posés dans les décisions impliquant du harcèlement à caractère sexuel se situent sur un continuum allant des avances sexuelles non voulues, à des propositions sexuelles explicites et finalement à des attouchements et agressions sexuelles.

74 Voir *Orantes Silva c 9009-1729 Québec inc* (8 avril 2016), en ligne: QCTAT <canlii.ca/t/gpdfj>.

75 Voir *Landesman c EnCore Automotive* (13 avril 2017), en ligne: QCCRT <canlii.ca/t/1r6pb>.

76 Voir *Brochu c 6482518 Canada inc* (18 mai 2011), en ligne: QCCRT <canlii.ca/t/fl4v>.

77 Voir *Dupuis c Commission scolaire de la Rivéraine* (19 septembre 2008), en ligne: QCCRT <canlii.ca/t/2109r> [*Commission scolaire de la Rivéraine*].

La catégorie *avances sexuelles non voulues* comprend les invitations et les avances qui pourraient passer inaperçues derrière le paravent d'une séduction dite inoffensive: les clins d'œil, les regards concupiscentes et les invitations formelles au restaurant, par exemple.

La catégorie *propositions sexuelles non sollicitées* comprend tous les gestes posés ou les paroles prononcées par un harceleur, dépassant l'avance et visant à sexualiser les rapports avec une personne. À titre d'exemple, on y trouve des questions et des remarques suggestives («*[a]imes-tu ça par en avant ou par en arrière?*» [italiques dans l'original]⁷⁸ ou «*t'es petite, on prendrait pas de place dans un lit tous les deux*» [italiques dans l'original]⁷⁹) ou des menaces à peine voilées de passer à l'acte («*[w]e're alone and I could rape you if I wanted to*» [italiques dans l'original]⁸⁰ ou encore «*c'est le fun, je peux te prendre les fesses*» [italiques dans l'original]⁸¹).

À la fin du continuum se trouvent les faits concernant des attouchements ou des agressions sexuelles, par exemple quand le patron d'une employée qui sera, des années durant, attouchée sexuellement, lui montre son pénis ou lui demande si elle aime ça par en avant ou par en arrière avant de l'agresser⁸². Tous les cas d'attouchements ou d'agressions sexuelles ont été perpétrés par des hommes. Sur les seize cas où des attouchements ou des agressions sexuelles ont eu lieu, se trouvent trois hommes et treize femmes victimes.

Ayant brossé les grandes lignes du portrait des décisions retenues dans notre échantillon, dans la partie qui suit, nous examinerons les mêmes décisions pour déceler dans quelle mesure les obstacles potentiels à l'acceptation d'une plainte pour harcèlement psychologique se sont effectivement matérialisés, d'une part, et, d'autre part, si les décisions font état d'autres lacunes ou pièges associés à la mobilisation du recours à l'encontre du harcèlement psychologique lorsque les faits traduisent une situation de harcèlement sexuel.

78 *A c Compagnie A* (19 mars 2012) au para 13, en ligne: QCCRT <canlii.ca/t/fqtog> [*Compagnie A*].

79 *Motel A*, *supra* note 69 au para 9.

80 *RA c Bâcaro Pizza Bar urbain inc* (11 novembre 2016) au para 9, en ligne: QCTAT <canlii.ca/t/gvp2c>.

81 *Couturier*, *supra* note 69 au para 19.

82 Voir *Compagnie A*, *supra* note 78 au para 13.

IV. LES DÉSAVANTAGES ET LES PIÈGES ASSOCIÉS AU RECOURS À L'ENCONTRE DE HARCÈLEMENT PSYCHOLOGIQUE EN CAS DE HARCÈLEMENT SEXUEL

Aux termes de l'article 81.19 de la *LNT*, pour qu'une plainte soit accueillie, il faut faire la preuve de cinq éléments, soit une conduite vexatoire, le caractère répétitif et la nature hostile ou non désirée des comportements, une atteinte à la dignité ou à l'intégrité physique ou psychologique de la salariée, ainsi que la création d'un milieu de travail néfaste pour celle-ci⁸³. Dans le cas d'une seule conduite grave, la preuve du caractère répété des conduites n'est pas nécessaire, mais il faut prouver que ces conduites ont eu un effet nocif continu pour la personne salariée qui en était victime. Dans la section suivante, nous traiterons les éléments de preuve qui, selon la doctrine, sont les plus susceptibles de créer un obstacle à l'acceptation de la plainte pour harcèlement psychologique en cas de harcèlement sexuel. Rappelons que notre échantillon de plaintes *rejetées* est constitué de dix-sept décisions. Nous compléterons notre analyse en faisant référence aux décisions portant sur le harcèlement sexuel rendues en vertu de la *Charte*, et ce, pour mettre en perspective nos résultats.

A. Les désavantages apparents: le danger de créer une catégorie de harcèlement sexuel sans conséquence

Les désavantages associés au recours à l'encontre du harcèlement psychologique comprennent l'exigence de prouver une atteinte à la dignité (1), celle de démontrer le caractère répétitif des comportements (2), ainsi que l'exigence de prouver la création d'un milieu de travail néfaste ou d'un effet nocif continu (en cas d'une seule conduite grave) (3)⁸⁴. De plus, l'obligation *de facto* pour la victime de dénoncer le harcèlement (4) et celle de l'employeur de ne prendre que des moyens raisonnables pour prévenir et faire cesser le harcèlement (5) ont également été identifiées comme étant susceptibles de constituer des obstacles à l'acceptation d'une plainte en cas de harcèlement sexuel⁸⁵.

83 Lippel, Cox et Aubé, *supra* note 10, n° 167-75.

84 Voir notamment Rachel Cox, «Psychological Harassment Legislation in Québec: The First Five Years» (2010) 32:1 *Comp Lab L & Pol'y J* 55 à la p 72 [Cox, «Psychological Harassment Legislation in Québec»] et Cox, «From Sexual to Psychological Harassment», *supra* note 21.

85 Voir Rachel Cox, «Tribunal Scrutiny of Targets' Behaviour with Respect to Reporting of Psychological Harassment—A Québec Study», 11th International Conference on Bullying

1. L'atteinte à la dignité

L'interprétation du critère de la preuve d'une atteinte à la dignité a déjà été l'objet de critiques suite à la décision dans l'affaire *Dian c Pêcheries Norref Québec inc*⁸⁶. Cette décision porte sur le harcèlement à caractère racial à l'égard d'un homme, mais elle mérite tout de même que l'on s'y attarde. En effet, dans cette affaire, malgré une preuve accablante d'une conduite vexatoire à connotation raciste incluant des propos qualifiés par le tribunal d'«humiliants et abusifs, hostiles et répétés»⁸⁷ et menant à la démission forcée du salarié, la plainte est rejetée, faute de preuve d'une atteinte à la dignité. Le juge précise qu'

[i]l est clair que l'on a assisté à une répétition de tels propos [racistes]. Peut-on toutefois conclure qu'ils ont porté atteinte à la dignité ou à l'intégrité physique ou psychologique du plaignant? La preuve est plutôt muette à cet égard à moins de se livrer à une fiction intellectuelle voulant que toute personne cumulant les qualificatifs de «noire» et «immigrante» se sente atteinte dans sa dignité en pareille circonstance [italiques dans l'original]⁸⁸.

Par ailleurs, dans notre échantillon, parmi les décisions où la plainte est rejetée, aucune ne l'a été en raison de l'absence de preuve d'une atteinte à la dignité. Ceci laisse croire qu'aujourd'hui, la preuve d'une atteinte à la dignité n'est pas souvent un obstacle à l'acceptation d'une plainte pour harcèlement sexuel.

2. Le caractère répétitif

Dans le contexte d'une plainte pour harcèlement discriminatoire en vertu de la *Charte*, si la preuve n'est pas prépondérante au sujet du caractère répétitif des conduites reprochées, le TDPQ pourra tout de même conclure qu'il y a eu une conduite discriminatoire, et donc une violation de la *Charte*, et la plainte sera accueillie⁸⁹. En ce sens, une plainte en vertu de la *Charte* offre un *filet de sécurité* à la personne plaignante, alors que la même preuve pourrait mener au rejet d'une plainte pour harcèlement devant le TAT; l'exception étant dans le cas d'une seule conduite grave,

and Harassment in the Workplace, présentée à Bordeaux, 6-8 juin 2018 [non publiée]; Cox, «From Sexual to Psychological Harassment», *supra* note 21.

86 (6 novembre 2007), en ligne: QCCRT <canlii.ca/t/1tpls> [*Dian*]. Voir aussi Cox, «Psychological Harassment Legislation in Québec», *supra* note 84.

87 *Dian*, *supra* note 86 au para 53.

88 *Ibid* au para 51.

89 Voir Québec (*Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*) c *Mitrovic*, 2013 QCTDP 16 (CanLII), 2013 CarswellQue 8618.

auquel cas la *LNT* n'exige pas la répétition pourvu que la preuve soit faite d'un effet nocif continu sur la personne salariée. Cela étant, notre échantillon ne contient aucune décision où une plainte a été rejetée en raison de l'absence de répétition de la conduite vexatoire.

3. *Le milieu de travail néfaste ou l'effet nocif continu*

Dans deux décisions, une plainte pour harcèlement psychologique à caractère sexuel est rejetée en raison de l'absence de preuve que la conduite vexatoire a causé un milieu de travail néfaste ou un effet nocif continu. En 2008, dans l'affaire *Lizotte c Alimentation Coop La Pocatière*⁹⁰, le tribunal met l'accent sur un événement—le supérieur de la plaignante qui s'impose dans le lit de celle-ci pour la nuit—et écarte d'autres actions qu'aurait posées le harceleur envers elle ainsi qu'une collègue. Qualifiant cet événement d'agression sexuelle, mais le considérant comme une seule conduite vexatoire grave, le tribunal rejette la plainte, faute de preuve d'un effet nocif continu sur la salariée⁹¹.

Ensuite, en 2018, dans la décision *Bonneau c Reitmans Canada Ltée*⁹², le TAT constate qu'il y a eu conduites vexatoires à caractère sexuel répétées—mimique de rapports sexuels, les mains sur les hanches de la plaignante, etc.—dirigées vers la plaignante. La salariée affirme ne pas avoir dénoncé de peur de perdre son emploi; elle tente d'éviter son harceleur et finit par quitter son emploi. Il est donc étonnant de lire la conclusion du juge que cette conduite vexatoire à caractère sexuel n'a pas entraîné pour la plaignante un milieu de travail néfaste⁹³.

En cas de harcèlement pour un motif interdit par la *Charte*, incluant le harcèlement à caractère sexuel, l'atteinte à la dignité et l'effet néfaste sur le milieu de travail—ou, dans le contexte d'une seule conduite grave, l'effet nocif continu—vont de soi. En contraste, en cas de harcèlement interdit par la *Charte*, dont le harcèlement sexuel, l'ampleur du préjudice causée à la personne salariée par le harcèlement entre en ligne de compte seulement au moment de l'octroi de dommages. Deux décisions de notre échantillon démontrent que cela n'est pas nécessairement le cas

90 (2 juin 2008), en ligne: [QCCRT <canlii.ca/t/1xbc6>](http://qccrt.canlii.ca/t/1xbc6), demande de révision rejetée (5 décembre 2008), en ligne: [QCCRT <canlii.ca/t/22170>](http://qccrt.canlii.ca/t/22170).

91 Voir *ibid.*

92 (11 juin 2018), en ligne: [QCTAT <canlii.ca/t/hsh7b>](http://qctat.canlii.ca/t/hsh7b).

93 Voir aussi Catharine A MacKinnon, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1987 («[n]ot that the acts did not occur, but rather that it was unreasonable to experience them as harmful» à la p 108).

lorsqu'une plainte est déposée pour harcèlement psychologique alors que les faits traduisent une situation de harcèlement sexuel.

4. L'obligation de facto de dénoncer le harcèlement

Dans une décision de notre échantillon, *Beaulieu c 9015-6308 Québec inc. (Pizzeria Stratos Ste-Jeanne-d'Arc)*⁹⁴, la plainte est refusée, car l'employeur n'a pas été informé du harcèlement en temps utile. Dans le milieu de travail en question, le climat de travail est sexualisé (il est «particulier»⁹⁵, selon le TAT). Les collègues masculins de la plaignante font «des jokes de sexe» [italiques dans l'original]⁹⁶. La plaignante a une relation intime de courte durée avec l'un de ses collègues. Elle affirme qu'après sa rupture avec lui, elle devient l'objet de harcèlement psychologique et sexuel de sa part, ainsi que de la part d'un autre collègue. Dans cette affaire, le tribunal décrit la preuve des conduites vexatoires comme étant plutôt chancelante, n'accordant que peu de crédibilité à la plaignante :

Il ne fait pas de doute que certains comportements décrits par la plaignante sont des manifestations incontestables de harcèlement. Être bousculée physiquement, se voir sollicitée pour des contacts sexuels non désirés en sont des exemples évidents. Cependant, la plaignante s'en tient à des déclarations générales non précisées dont le récit doit être évalué à la lumière de l'ensemble de son témoignage. À cet égard, force nous est de constater que la preuve n'est pas convaincante⁹⁷.

Or, au final, le tribunal rejette la plainte puisque l'employeur n'a pas été informé du harcèlement, et dans ces circonstances, il «ne peut retenir que l'employeur a manqué à son obligation de faire cesser le harcèlement»⁹⁸.

Dans l'affaire *Lachapelle-Welman*, malgré une preuve accablante du caractère disgracieux de la conduite en cause, le tribunal conclut également qu'étant donné l'absence de dénonciation formelle en temps utile de la part du plaignant, aucun reproche ne peut être fait à l'employeur quant à son obligation de faire cesser le harcèlement⁹⁹. En dépit du fait que la conduite des harceleurs était connue de tous sur le quart de nuit,

94 (19 décembre 2017), en ligne: QCTAT <canlii.ca/t/hpjjk>.

95 *Ibid* au para 9.

96 *Ibid*.

97 *Ibid* au para 41.

98 *Ibid* au para 48.

99 Voir *Lachapelle-Welman*, *supra* note 53 aux para 127-30.

la plainte aurait été rejetée, n'eût été le fait que l'employeur n'avait pas adopté de politique formelle en matière de harcèlement psychologique¹⁰⁰.

En effet, en matière de harcèlement psychologique, «[l']obligation de l'employeur [...] repose sur une contrepartie—il faut que la conduite reprochée soit portée à sa connaissance en temps opportun»¹⁰¹. Le cadre juridique de la *LNT* semble se fonder sur la prémisse qu'il est facile pour la victime de dénoncer promptement la situation à son employeur. Or, en matière de harcèlement sexuel et d'agression sexuelle, la réalité est généralement beaucoup plus complexe¹⁰². Souvent, il faudra du temps pour que la victime dénonce la situation¹⁰³. Des sentiments de honte et de confusion peuvent hanter celle-ci, et une réaction initiale de négation est fréquente¹⁰⁴. Tant le régime des droits de la personne¹⁰⁵ que le droit criminel contemporain¹⁰⁶ admettent qu'il n'y a pas de bonne ni de mauvaise façon de réagir à l'agression sexuelle ou au harcèlement sexuel. Deux des décisions analysées suggèrent que le régime de la *LNT* ne tient pas compte de ce fait social pourtant bien connu en matière de harcèlement sexuel.

De plus, dans le cadre normatif des droits de la personne, la simple existence d'une politique contre le harcèlement ne peut servir à fonder des reproches ou des attaques à la crédibilité de la victime qui a tardé à dénoncer le harcèlement. Dans l'affaire *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Pavilus) c Québec (PG)*, lorsque l'employeur nie les allégations de harcèlement racial en argumentant que son salarié n'a pas eu recours à la politique de plainte interne, le TDPQ répond que

[c]et argument sous-estime complètement la situation dans laquelle se trouve la personne victime de harcèlement racial. Dans un contexte de relations de travail, [...] l'employé qui subit le harcèlement ne se trouve

100 *Ibid* aux para 120–21, 123–24.

101 *Ibid* au para 125.

102 Voir McDonald, *supra* note 41; Marshall, *supra* note 32; MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women*, *supra* note 21. Des arguments semblables pourraient être avancés tout autant pour les victimes de harcèlement psychologique.

103 Voir Blackstone, Uggen et McLaughlin, *supra* note 67.

104 Voir Shereen G Bingham, «Introduction: Framing Sexual Harassment—Defining a Discursive Focus of Study» dans Shereen G Bingham, dir, *Conceptualizing Sexual Harassment as Discursive Practice*, Westport (Conn), Praeger, 1994, 1 («women describe nonlinear, tangled, emotionally charged experiences involving feelings of violation, vulnerability, shame, confusion, entrapment, self-doubt, resentment, and rage» à la p 7).

105 Voir *Québec (Commission des droits de la personne) c Lemay*, [1995] RJQ 1967, 1995 CanLII 3240 (TDPQ) [*Lemay* avec renvois aux RJQ].

106 Voir Kimberly A Lonsway et Louise F Fitzgerald, «Rape Myths: In Review» (1994) 18:2 *Psychology Women Q* 133.

pas dans un rapport de pouvoir lui permettant facilement de porter plainte. Le harcèlement étant un abus de pouvoir, la victime doit à tout le moins sentir l'appui de l'employeur et la détermination de ce dernier d'éradiquer le climat de travail discriminatoire. [...] La simple existence d'une politique pour contrer le harcèlement ne suffit pas [...]¹⁰⁷.

En matière de harcèlement sexuel, dès les années 1990, le TDPQ a souligné qu'

[i]l est bien connu que les victimes de harcèlement acceptent d'encaisser et d'endurer du mieux qu'elles le peuvent une situation contraignante et dégradante. Cela se comprend facilement chez les employés qui, comme tout le monde, vivent un contexte économique difficile. Cela est d'autant plus vrai dans le cadre d'un rapport hiérarchique. Il n'y a pas de comportement « correct » ni « incorrect » ni même « incompatible » pour une victime de discrimination et de harcèlement sexuel¹⁰⁸.

Nos résultats suggèrent que le recours en vertu de la *LNT* comporte des désavantages importants pour la victime de harcèlement sexuel qui n'a pas dénoncé promptement le harcèlement à son employeur.

5. Une responsabilité moindre de l'employeur

Jusqu'en 2018, aux termes de l'article 81.19 de la *LNT*, les obligations de l'employeur en matière de harcèlement psychologique consistaient à prendre les moyens raisonnables pour prévenir le harcèlement psychologique et, lorsqu'une telle conduite était portée à sa connaissance, pour la faire cesser. L'employeur y était tenu, et ce, même lorsque le harcèlement provenait de tiers¹⁰⁹. Il s'agit d'obligations de moyens¹¹⁰ et une plainte pour harcèlement psychologique était rejetée si l'employeur démontrait qu'il avait satisfait aux obligations que lui imposait l'article 81.19 de la *LNT*¹¹¹.

Dans deux décisions de notre échantillon, en dépit d'une preuve prépondérante de conduite vexatoire à caractère sexuel, l'employeur réussit à faire rejeter la plainte en invoquant le fait qu'il a pris les moyens raisonnables pour faire cesser le harcèlement. Plus particulièrement, dans l'affaire *Maafi c Aro inc*, la plaignante se plaint à son superviseur « que son voisin de bureau ne cesse de l'importuner avec des commentaires

107 2008 QCTDP 8 (CanLII) au para 223, 2008 CarswellQue 3064.

108 *Lemay, supra* note 105 à la p 1973.

109 Voir *Lemay, supra* note 105.

110 Voir Lippel, Cox et Aubé, *supra* note 10, n° 185.

111 Voir *ibid.*

à caractère sexuel [...] [et] qu'à une occasion, il met sa main sur sa cuisse»¹¹². Par la suite, dans le contexte d'un concours pour une promotion à laquelle la plaignante aspire, le superviseur lui-même écrit un courriel à la plaignante «dans lequel il écrit qu'elle ne le laisse pas indifférent, mais qu'il comprend qu'elle lui a indiqué qu'il ne devait pas s'aventurer sur ce terrain»¹¹³. Quelques semaines plus tard, le superviseur envoie un poème—qualifié de «romantique»¹¹⁴ par le tribunal—à la plaignante. Il admet devant le tribunal qu'il avait, à l'époque, «un penchant»¹¹⁵ pour la plaignante. Même si la plaignante soutient qu'on ne l'a pas mise au courant de la chose, le tribunal conclut que l'employeur s'est acquitté de son obligation de faire cesser le harcèlement en effectuant une intervention auprès de son voisin de bureau. En ce qui concerne le courriel et ensuite le poème transmis à la plaignante par son superviseur, le tribunal les traite comme un seul incident:

Il s'agit d'une tentative par une personne pour en rencontrer une autre. Ceci concerne les relations privées entre deux personnes et ne peut être qualifié de harcèlement psychologique. D'ailleurs, [le superviseur] a cessé toute nouvelle approche dès qu'il a senti que ce n'était pas désiré par la plaignante. On ne peut certes pas lui en faire le reproche¹¹⁶.

Une appréciation globale des événements suggère néanmoins un milieu de travail compétitif et conflictuel dans lequel les rapports de la salariée avec ses collègues et ses supérieurs ont été sexualisés par ceux-ci, et ce, au détriment des conditions de travail de la salariée.

Dans l'affaire *Rodriguez Vergara c 9169-1022 Québec inc*¹¹⁷, l'employeur est une entreprise qui offre des services de nettoyage d'hôtels. La salariée est agressée sexuellement par un client de l'hôtel dans sa chambre d'hôtel. Le tribunal a jugé que son employeur—l'entreprise de nettoyage—avait pris les moyens raisonnables pour faire cesser le harcèlement, entre autres en l'affectant à un autre étage et en rapportant l'incident à l'hôtel-client. La plainte pour harcèlement psychologique a donc été rejetée.

En contraste, le régime de la *Charte* impose une *obligation de résultat* à l'employeur¹¹⁸. Il «vise à remédier à des conditions socialement peu

112 (23 novembre 2009) au para 7, en ligne: QCCRT <canlii.ca/t/26wvpd>.

113 *Ibid* au para 11.

114 *Ibid* au para 12.

115 *Ibid*.

116 *Ibid* au para 37.

117 (27 mai 2009), en ligne: QCCRT <canlii.ca/t/23svg>.

118 Voir *Robichaud c Canada (Conseil du trésor)*, [1987] 2 RCS 84 à la p 90, 40 DLR (4^e) 577.

souhaitables, et ce, sans égard aux raisons de leur existence»¹¹⁹ et les redressements doivent être «efficaces et compatibles avec la nature “quasi constitutionnelle” des droits protégés»¹²⁰.

Dans l'affaire *British Columbia Human Rights Tribunal c Schrenk*, la Cour suprême du Canada met en garde contre une approche au harcèlement qui s'intéresse uniquement à l'absence de faute dans le comportement de l'employeur:

Voyons le cas d'un employé qui subit pendant des années le harcèlement discriminatoire dont se rend coupable un collègue en secret, de telle sorte que l'employeur n'en connaît pas l'existence, même s'il supervise le lieu de travail avec diligence. Suivant l'approche étroite, il ne pourrait s'agir de discrimination «relativement à [l']emploi» puisque l'employeur ne serait pas conscient du problème de discrimination et il ne pourrait donc pas lui être reproché de ne pas intervenir. Il en découlerait une conséquence pernicieuse, soit que, dans la mesure où l'employeur aurait fait preuve d'une diligence raisonnable, le Tribunal pourrait conclure à l'absence de discrimination «relativement à [l']emploi» à l'endroit du plaignant pour la période précédant le moment où il a trouvé le courage de rapporter les années d'abus que lui a fait subir son collègue¹²¹.

Or, malheureusement, c'est précisément ce que permet le cadre juridique de la *LNT*. Ainsi, en droit québécois, en matière de harcèlement discriminatoire, la présomption de responsabilité de l'employeur est irréversible¹²², soit une distinction significative entre le régime de la *Charte* et le régime de la *LNT*. Nonobstant la réforme de la *LNT* de 2018, cette distinction demeure.

De plus, le régime de la *Charte* prévoit un recours contre le harceleur, alors que la plainte pour harcèlement psychologique en vertu de la *LNT* concerne uniquement l'employeur. Dans le cadre juridique de la *Charte*, même si l'employeur a agi avec diligence ou encore, si celui-ci n'a pas été mis au courant d'une situation de harcèlement en temps utile pour empêcher que la victime en subisse des dommages, la victime conserve son recours contre le harceleur¹²³.

119 *Ibid.*

120 *Ibid* à la p 92.

121 2017 CSC 62 au para 57 [*Schrenk*].

122 Voir *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Caisse populaire Desjardins d'Amqui*, [2004] RJQ 355 au para 96, 2003 CanLII 48209 (TDPQ), autorisation de pourvoi à la CA refusée, 200-09-004700-040 (23 janvier 2004).

123 Voir *Schrenk*, *supra* note 121.

B. Les pièges occultes — éviter la banalisation des atteintes aux droits fondamentaux

Les exemples précédents concernaient les plaintes rejetées. Cependant, ce n'est pas parce qu'une plainte est accueillie qu'il n'existe pas, à terme, un certain nombre de *pièges* associés au recours en vertu de la *LNT* en cas de harcèlement sexuel. À ce chapitre, à la lecture de l'ensemble des décisions retenues, nous en avons identifié deux, soit une absence notable de sensibilité à l'égard des rapports de pouvoir entre les femmes et les hommes au travail, d'une part (1), et d'autre part, des remèdes qui individualisent et banalisent les atteintes aux droits fondamentaux des femmes (2).

1. Une insensibilité marquée à l'égard des rapports de pouvoir genrés

Dans l'affaire *CC c Gestion A Bossé inc*¹²⁴, une salariée occupant un poste de barmaid est ciblée par du harcèlement à caractère sexuel de la part du propriétaire du bar. Celui-ci insiste pour danser avec elle à des musiques lentes alors qu'il est en état d'ébriété, la tire par le bras, ridiculise les performances sexuelles de son conjoint et la traite de «*putain*» [italiques dans l'original]¹²⁵. Devant des clients du bar, il s'interroge à voix haute: «*[q]u'est-ce que je devrais faire pour te prendre les boules?*» [italiques dans l'original]¹²⁶. À un moment donné, quand la salariée remet en question sa demande de baisser le volume de la musique qui joue au bar, il lui dit, en la pointant du doigt: «*[t]oi, ma christ de conne, je vais te tuer! Je vais te faire casser les deux jambes!*» [italiques dans l'original]¹²⁷. Suite à cet incident, le propriétaire du bar sera condamné à un emprisonnement de douze mois pour avoir proféré des menaces de mort. La plaignante subira les conséquences de sa plainte pour harcèlement psychologique, étant ostracisée et montrée du doigt pour avoir accusé un homme qui fournit le travail pour beaucoup de personnes de la municipalité. La décision rapporte «que, malgré plusieurs démarches auprès d'employeurs de la région, les rapports négatifs que [...] fait l'intimée [à la plaignante] lui nuisent dans ses recherches d'emploi»¹²⁸.

124 (15 septembre 2008), en ligne: QCCRT <canlii.ca/t/2ovjf> [*Gestion A Bossé inc*].

125 *Ibid* au para 31.

126 *Ibid* au para 38.

127 *Ibid* au para 41.

128 *Ibid* au para 53.

Considérant qu'elle «a été publiquement humiliée, insultée, et harcelée pendant plusieurs mois [...] [et] qu'elle a subi des menaces de mort»¹²⁹, le tribunal accorde 15000\$ de dommages moraux à la salariée. Notant l'absence de remords chez le propriétaire du bar, le tribunal ordonne à celui-ci à verser 10000\$ en dommages punitifs à la salariée. Toutefois, le tribunal refuse d'octroyer l'indemnité de perte d'emploi réclamée par la salariée. Notons qu'il s'agit des montants de dommages moraux et punitifs les plus élevés de notre échantillon¹³⁰.

Qualifiant les faits d'«absolument intolérable[s]», le tribunal affirme qu'«[e]n 2008, il est grand temps que tous comprennent que le temps où le maître était propriétaire de ceux qui le servent et qu'il pouvait en abuser à sa guise est révolu depuis très longtemps»¹³¹. Toutefois, il s'abstient de commenter le caractère incontestablement généré de la domination exercée sur la salariée. D'ailleurs, nulle part dans cette décision le terme harcèlement sexuel n'apparaît-il.

Autre exemple, dans l'affaire *Viau c Pain d'Alain Boulangerie artisanale inc*, une jeune salariée qui en est à son premier emploi à titre de pâtissière subit des attouchements de la part d'un collègue plus vieux «reconnu comme taquin»¹³². Le collègue lui met de la sauce à pizza sur l'avant-bras, la pince sur les bras et sur les côtes au point de lui faire des ecchymoses, lui flatte les joues, la chatouille et l'arrose avec un pulvérisateur. Quand la salariée lui dit d'arrêter parce qu'il «n'a pas le droit de la toucher» [italiques dans l'original]¹³³, il ricane. Elle est mal à l'aise et elle a peur. Peu de temps après, il «la pince à la cuisse [...], juste au bas de la fesse»¹³⁴. Elle quitte son emploi, car elle ne veut plus travailler seule avec lui. Le tribunal conclut que «[c]es manifestations ont entraîné un milieu de travail néfaste pour la plaignante, la forçant à être continuellement sur ses gardes»¹³⁵. Le tribunal accorde 1000\$ en dommages moraux à la salariée pour «compenser les problèmes d'ecchymoses, de sommeil et d'inquiétude qu'elle a subis»¹³⁶. Par ailleurs, tout porte à croire que le collègue harceleur reste à l'emploi. Aucune mesure de prévention n'est ordonnée au bénéfice d'autres jeunes

129 *Ibid* au para 100.

130 Voir aussi *A c BMS*, *supra* note 51 (le tribunal accorde les mêmes montants dans cette affaire).

131 *Gestion A Bossé inc*, *supra* note 124 aux para 112–13.

132 (18 décembre 2015) au para 8, en ligne: QCCRT <canlii.ca/t/gmrjm>.

133 *Ibid* au para 11.

134 *Ibid* au para 20.

135 *Ibid* au para 48.

136 *Ibid* au para 63.

femmes qui pourraient être embauchées à la boulangerie par la suite. La décision omet également de mentionner le caractère genré et infantilisant de la conduite vexatoire infligée à la jeune femme¹³⁷.

2. *Les remèdes individuels et banalisants*

Nous avons déjà souligné le fait que les montants octroyés à titre de dommages moraux et punitifs dans les décisions où les plaintes sont accueillies ne sont pas très importants. Contrairement à ce qu'il est possible d'observer dans plusieurs décisions portant sur le harcèlement sexuel rendues par le Tribunal des droits de la personne de l'Ontario, aucune décision de notre échantillon n'ordonne aux dirigeants de l'entreprise mise en cause de suivre une formation ou d'offrir des sessions de sensibilisation sur le harcèlement sexuel¹³⁸. Non plus, aucune décision n'ordonne à l'employeur d'afficher la décision accueillant la plainte dans le milieu de travail, soit une mesure visant à avertir les salariées présentes et futures du risque posé par le harceleur, et ce, même dans des secteurs à risque comme la restauration¹³⁹. Signalons, par ailleurs, que la lecture des décisions ne révèle pas non plus d'indices suggérant que de telles mesures ont été demandées par la partie plaignante qui, la plupart du temps, est représentée par le contentieux de la division des Normes du travail de la CNESST. À la longue, le constat de l'impossibilité de réintégration, l'octroi de montants de dommages peu élevés et des remèdes qui ne portent que sur l'indemnisation de la victime individuelle une fois son lien d'emploi rompu risquent de banaliser les conduites qui constituent des atteintes au droit à l'égalité des victimes en même temps qu'une atteinte à leur dignité.

Dans cette partie, nous avons exploré les désavantages et les pièges associés au recours à l'encontre du harcèlement psychologique en cas de harcèlement sexuel. Dans la partie suivante, nous examinerons la question de savoir dans quelle mesure les modifications apportées aux dispositions

137 Voir notamment Laura K Brunner et Maryanne Dever, « Work, Bodies and Boundaries: Talking Sexual Harassment in the New Economy » (2014) 21:5 *Gender, Work & Organisation* 459.

138 Voir par ex *Sheldon v St-Marys Ford Sales Ltd* (3 mai 2017), en ligne: *HRTO* <canlii.ca/t/h3n6j>; *Crete v Aqua-Drain Sewer Services Inc* (24 mars 2017), en ligne: *HRTO* <canlii.ca/t/h2x5w>.

139 Pourtant, en 2018, dans une cause de harcèlement psychologique n'impliquant pas des faits de harcèlement sexuel, le TAT ordonne à un employeur d'adopter, d'afficher et de communiquer au Tribunal une politique contre le harcèlement psychologique. Voir *McDuff c Concepts Gouin-Beauregard inc* (30 mai 2018) aux para 50, 80, en ligne: *QCTAT* <canlii.ca/t/hsbjb>.

de la LNT sur le harcèlement psychologique lors de la réforme de 2018 sont susceptibles de pallier les désavantages et de permettre d'éviter les pièges liés au recours à l'encontre du harcèlement psychologique en cas de harcèlement sexuel.

V. LA RÉFORME DE 2018 PERMET-ELLE DE PALLIER LES DÉSAVANTAGES ET D'ÉVITER LES PIÈGES ASSOCIÉS AU RECOURS À L'ENCONTRE DU HARCÈLEMENT PSYCHOLOGIQUE?

La réforme de 2018 prolonge le délai pour déposer une plainte à deux ans (A), modifie la définition du harcèlement psychologique (B), étend l'obligation de prévention de l'employeur (C) et élargit les pouvoirs de réparation du tribunal en matière de harcèlement discriminatoire (D). De plus, elle prévoit la conclusion d'une entente entre la CNESST et la CDPDJQ en matière de harcèlement psychologique à caractère discriminatoire (E).

A. L'extension du délai pour déposer une réclamation de quatre-vingt-dix jours à deux ans

Avant la réforme de 2018, une plainte pour harcèlement psychologique devait être déposée dans les quatre-vingt-dix jours de la dernière manifestation de la conduite harcelante. La réforme de 2018 prolonge ce délai à deux ans¹⁴⁰, ce qui l'harmonise avec le délai pour déposer une plainte en vertu de la *Charte*¹⁴¹.

Nous avons identifié deux décisions ne figurant pas dans notre échantillon, lequel ne contient que des décisions sur le fond, où le fait que la plainte ait été déposée hors délai a entraîné le rejet d'une plainte impliquant des gestes de harcèlement sexuel. Dans l'affaire *Boulila c Boujra (Divine Olive inc)*¹⁴², une aide familiale d'origine marocaine résidant au domicile de son employeur dénonce le harcèlement sexuel et psychologique dont elle était victime de la part de celui-ci. Malgré la gravité des conduites reprochées, sa plainte pour harcèlement psychologique a été rejetée, car celle-ci a été déposée plus de quatre-vingt-dix jours après la dernière manifestation de harcèlement. De façon semblable, dans l'affaire

¹⁴⁰ Voir PL 176, *supra* note 6, art 42.

¹⁴¹ Voir *Charte*, *supra* note 2, art 77.

¹⁴² (18 juillet 2017), en ligne: QCTAT <canlii.ca/t/h4x9m>.

*Commission scolaire de la Rivéraine*¹⁴³, des gestes de harcèlement sexuel ont été prouvés devant le tribunal qui se penchait sur la demande d'indemnisation de la plaignante en vertu de la *LATMP*. Le décideur a jugé que les gestes de harcèlement sexuel en question étaient «inacceptables» et les a qualifiés de «simplement condamnable[s]»¹⁴⁴. La plainte pour harcèlement psychologique de la salariée a néanmoins été refusée, car le tribunal a jugé que la dernière manifestation de la conduite harcelante au sens de la *LNT* s'était produite plus de quatre-vingt-dix jours avant le dépôt de la plainte¹⁴⁵.

En prolongeant le délai pour déposer une plainte pour harcèlement psychologique à deux ans et en imposant une collaboration entre la CNESST et la CDPDJQ «notamment afin de prévenir que le délai de transmission de la plainte ne porte préjudice au salarié»¹⁴⁶, la réforme de 2018 est susceptible de contribuer grandement à faire en sorte que le traitement du harcèlement sexuel en tant que harcèlement psychologique ne serve plus à l'extinction précoce des droits fondamentaux des femmes.

B. La définition du harcèlement psychologique

Comme le démontrent les décisions retenues aux fins de notre étude, la jurisprudence a toujours interprété la notion de harcèlement psychologique comme englobant le harcèlement discriminatoire prohibé par l'article 10.1 de la *Charte*¹⁴⁷. Lors de la réforme de 2018, l'ajout à l'article 81.18 de la *LNT* codifie cette interprétation jurisprudentielle: «[p]our plus de précision, le harcèlement psychologique comprend une telle conduite lorsqu'elle se manifeste par de telles paroles, de tels actes ou de tels gestes à caractère sexuel»¹⁴⁸.

Par cette précision, la réforme de 2018 crée un régime particularisé pour le harcèlement à caractère sexuel, mais ce, sans modifier le paradigme du droit à la dignité à la base du recours. En effet, sur le plan du droit substantif, la modification ne change pour l'instant rien à l'état du droit, sinon qu'il risque d'encourager les victimes de harcèlement à caractère sexuel à déposer une plainte pour harcèlement psychologique.

143 *Supra* note 77.

144 *Commission scolaire de la Rivéraine c Dupuis* (1^{er} mai 2009) au para 28, en ligne: *QCCLP* <canlii.ca/t/23hdm>, inf par 2010 QCCS 6516, conf par 2012 QCCA 626.

145 Voir *Commission scolaire de la Rivéraine*, *supra* note 77 au para 141.

146 PL 176, *supra* note 6, art 41.

147 Voir Lippel, Cox et Aubé, *supra* note 10, n° 321.

148 PL 176, *supra* note 6, art 33.

C. L'obligation de l'employeur de prévenir le harcèlement et de faire cesser le harcèlement psychologique

La jurisprudence a toujours reconnu à l'employeur l'obligation d'adopter une politique en matière de traitement des plaintes pour harcèlement psychologique. La réforme de 2018 codifie cette obligation. Par ailleurs, elle ajoute qu'en plus d'une procédure de traitement de plaintes, la politique doit contenir une politique de *prévention* du harcèlement psychologique, donc, des interventions visant la prévention primaire¹⁴⁹. Le régime actuel de prévention du harcèlement psychologique a été critiqué pour son inefficacité sur le plan de la prévention primaire. Une multitude d'acteurs a souligné son insensibilité aux principes bien établis de prévention en matière de santé et de sécurité au travail, soit la nécessité d'identifier, de contrôler et d'éliminer les risques pouvant affecter la santé des travailleuses et travailleurs, et ce, de façon systématique¹⁵⁰.

La modification apportée par la réforme de 2018 ne décrit pas davantage le contenu de la politique de prévention, ni les détails du mécanisme de traitement des plaintes, sinon que la politique doit contenir «un volet concernant les conduites qui se manifestent par des paroles, des actes ou des gestes à caractère sexuel»¹⁵¹:

L'employeur doit prendre les moyens raisonnables pour prévenir le harcèlement psychologique et, lorsqu'une telle conduite est portée à sa connaissance, pour la faire cesser. *Il doit notamment adopter et rendre disponible à ses salariés une politique de prévention du harcèlement psychologique et de*

149 Voir Organisation mondiale de la santé, *Glossaire de la promotion de la santé*, Genève, 1998, en ligne (pdf) : <apps.who.int/iris/handle/10665/67245> (« [l]a prévention primaire vise à empêcher l'apparition [du harcèlement] [alors que] [l]a prévention secondaire vise à stopper [...] [le harcèlement] et ses effets par le dépistage précoce et un traitement approprié » à la p 4). Empêcher l'apparition du harcèlement psychologique passe par la gestion des facteurs de risque psychosocial associés à celui-ci. Voir aussi Loïc Lerouge, « Making the Law a Key Instrument for Combating Psychosocial Risks in a Changing World of Work », dans Loïc Lerouge, dir, *supra* note 7, 385.

150 Voir Rachel Cox, « Le droit à un milieu de travail exempt de harcèlement psychologique au Québec : une définition du harcèlement psychologique interprétée de façon restrictive, une dimension de prévention toujours fuyante » dans Loïc Lerouge, dir, *Risques psychosociaux en droit social : approche juridique comparée France, Europe, Canada, Japon*, Paris, Dalloz, 2014, 184; Cox, « Free from Psychological Harassment », *supra* note 7; Annick Desjardins et Céline Giguère, « Santé mentale au travail : l'échec du droit à épouser une approche systématique » (2013) 54:2/3 C de D 359; Anne-Marie Laflamme, *Le droit à la protection de la santé mentale au travail*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2008.

151 PL 176, *supra* note 6, art 34.

*traitement des plaintes, incluant entre autres un volet concernant les conduites qui se manifestent par des paroles, des actes ou des gestes à caractère sexuel [nos italiques]*¹⁵².

Le mot « disponible » signifie « [d]ont on peut disposer, qu'on peut utiliser librement »¹⁵³. Or, selon les règles d'interprétation des lois, le « législateur est présumé ne pas utiliser de mots superflus ou dénués de sens, ne pas se répéter inutilement, ni s'exprimer en vain »¹⁵⁴. L'ajout d'une obligation explicite non seulement d'adopter, mais aussi de *rendre disponible* une politique de prévention du harcèlement psychologique et de traitement des plaintes reflète la volonté du législateur que l'obligation de l'employeur dépasse celle de se conformer à la lettre de la loi pour inclure dorénavant une démarche de prévention réelle, structurée par une politique¹⁵⁵. Ici, tout porte à croire qu'il s'agit d'une modification substantive à la LNT. Il revient à l'employeur une obligation accrue non seulement d'adopter une politique, mais de poser des gestes pour la rendre accessible aux personnes salariées, notamment celles qui sont victimes de harcèlement psychologique à caractère sexuel. De plus, dans le cadre d'une politique et donc d'une démarche structurée, l'employeur doit agir en amont afin de prévenir activement la survenance même des conduites vexatoires à caractère sexuel.

Au plan de la prévention, la réforme de 2018 crée un régime particularisé pour le harcèlement à caractère sexuel. L'obligation que la politique de prévention et de traitement des plaintes comprenne spécifiquement un volet concernant le harcèlement à caractère sexuel renvoie au fait que, conceptuellement, le harcèlement sexuel et le harcèlement psychologique représentent deux phénomènes distincts. En effet, ils ont des prévalences

152 LNT, *supra* note 4, art 81.19.

153 « Disponible » (dernière consultation le 11 octobre 2019), en ligne : *Larousse* <www.larousse.fr/dictionnaires/francais/disponible/25951>.

154 Schrenk, *supra* note 121 au para 45, citant Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6^e éd, Markham, LexisNexis Canada, 2014 à la p 211.

155 L'expertise de l'inspectorat de la division SST de la CNESST dans le domaine des risques psychosociaux pourrait sans doute être mise à contribution. La fusion de l'ancienne Commission de la santé et de la sécurité du travail (CSST) et de la Commission des normes du travail (CNT) au sein de la CNESST doit servir à offrir une mise en œuvre intégrée des droits reliés au travail pour les personnes salariées non syndiquées. Les modifications apportées à l'obligation de prévention de l'employeur en vertu de la LNT en 2018 constitueraient une occasion de choix d'en faire l'expérience.

différentes¹⁵⁶, sont associés à des facteurs de risque différents¹⁵⁷ et en conséquence, appellent à des stratégies de prévention distinctes¹⁵⁸. Plus précisément, le harcèlement psychologique est associé à la présence de facteurs de risque organisationnels¹⁵⁹, alors que le harcèlement sexuel survient indépendamment de ce type de risque organisationnel¹⁶⁰, étant surtout lié au pouvoir et à la masculinité hétéronormative¹⁶¹. Le fait d'être femme, d'être jeune, d'être séparée ou divorcée et d'être économiquement vulnérable sont des facteurs de risque pour le harcèlement sexuel¹⁶². Des milieux de travail féminisés ou mixtes sont associés à des prévalences moindres du harcèlement sexuel, alors que des milieux de travail à prédominance masculine sont des milieux à haut risque pour les femmes¹⁶³.

Nos résultats indiquent qu'à une exception près, les victimes de harcèlement sexuel qui portent plainte pour harcèlement psychologique ont perdu leur emploi. À ce titre, avec le renforcement de l'obligation de prévention de l'employeur et la prise en compte des spécificités du harcèlement à caractère sexuel tant dans la procédure de traitement des plaintes que dans la prévention primaire, la réforme de 2018 pourrait contribuer à une meilleure mise en oeuvre du droit à un milieu de travail exempt de harcèlement à caractère sexuel pour les femmes.

De plus, dans la section suivante, nous verrons que la prise en compte de tout harcèlement discriminatoire dans la disposition portant sur les pouvoirs de réparation du tribunal vient mitiger certaines critiques de la singularisation du harcèlement à caractère sexuel, par opposition au harcèlement en raison du sexe/genre.

156 Voir Katherine Lippel et al, « Chapitre 5: Violence au travail: harcèlement psychologique, harcèlement sexuel et violence physique » dans Michel Vézina et al, dir, *Enquête québécoise sur des conditions de travail, d'emploi, et de santé et de sécurité du travail (EQCOTESST)*, Montréal et Québec, Institut de recherche Robert-Sauvé en santé et en sécurité du travail, Institut national de santé publique du Québec et Institut de la statistique du Québec, 2011, 325 aux pp 334, 350, en ligne (pdf) : <www.irsst.qc.ca/media/documents/PubIRSST/R-691.pdf>.

157 Voir Vincent J Roscigno, Randy Hodson et Steven H Lopez, « Workplace incivilities: the role of interest conflicts, social closure and organizational chaos » (2009) 23:4 *Work, Employment & Society* 747 aux pp 759–60.

158 Steven H Lopez, Randy Hodson et Vincent J Roscigno, « Power, Status, and Abuse at Work: General and Sexual Harassment Compared » (2009) 50:1 *Sociological Q* 3.

159 Voir Cox, « From Sexual to Psychological Harassment », *supra* note 21.

160 Voir Lopez, Hodson et Roscigno, *supra* note 158.

161 Voir Christopher Uggen et Amy Blackstone, « Sexual Harassment as a Gendered Expression of Power » (2004) 69:1 *American Sociological Rev* 64.

162 Voir McDonald, *supra* note 41 à la p 7. Voir aussi *ibid*.

163 Voir Lopez, Hodson et Roscigno, *supra* note 158; Roscigno, Hodson et Lopez, *supra* note 157.

D. Le pouvoir de réparation élargi du tribunal

La réforme de 2018 modifie l'article 123.15 de la *LNT* pour que les pouvoirs de réparation du TAT comprennent explicitement la possibilité de prendre en compte le caractère discriminatoire du harcèlement. L'article 123.15 se lit :

Si le Tribunal administratif du travail juge que le salarié a été victime de harcèlement psychologique et que l'employeur a fait défaut de respecter ses obligations prévues à l'article 81.19, il peut rendre toute décision qui lui paraît juste et raisonnable, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire, *incluant le caractère discriminatoire de la conduite* [...] [nos italiques]¹⁶⁴.

Le harcèlement psychologique dans lequel la conduite vexatoire se manifeste par des paroles, des actes ou des gestes à caractère sexuel revêt clairement un *caractère discriminatoire* aux fins de l'article 123.15 tel que modifié. Par ailleurs, sans que ce soit à caractère sexuel, le harcèlement psychologique qui se manifeste par une conduite incluant un comportement, une parole, un acte ou un geste en lien avec un autre motif de discrimination interdit par la *Charte*—la race, le sexe, la grossesse, l'origine ethnique, l'orientation sexuelle, le handicap, la condition sociale et l'identité ou l'expression de genre—est également susceptible d'appeler à une réparation en conséquence. En effet, «le caractère discriminatoire de la conduite» fait partie de «toutes les circonstances de l'affaire» dont le tribunal tient compte dans l'exercice de sa discrétion lors de l'octroi d'un remède¹⁶⁵. Soulignons que selon la jurisprudence en matière de droits fondamentaux, il suffit qu'un motif de discrimination interdit ait été un facteur dans une conduite contestée pour conclure à son caractère discriminatoire¹⁶⁶.

Le fait de tenir compte du caractère discriminatoire pourrait notamment entraîner l'octroi d'un montant plus élevé de dommages moraux ou punitifs. Une telle considération pourrait obliger l'employeur de prendre des mesures d'accommodement raisonnables, par exemple pour permettre le maintien en emploi de la personne salariée victime de harcèlement se manifestant par des conduites à caractère discriminatoire¹⁶⁷.

164 *LNT*, *supra* note 4, art 123.15. Voir aussi PL 176, *supra* note 6, art 45.

165 *LNT*, *supra* note 4, art 123.15.

166 Voir *Bombardier*, *supra* note 28 au para 48.

167 Voir *Québec (Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail) c Caron*, 2018 CSC 3 (entre autres, le juge Rowe invoque le fait que la cessation de l'atteinte à des droits fondamentaux, comme mesure de réparation, peut aller au-delà du droit de la responsabilité civile au para 90).

Le tout pourrait mener à l'octroi—de manière plus *systématique*—de remèdes visant à sensibiliser l'employeur à la nécessité de prévenir et de faire cesser des atteintes à la dignité des personnes salariées en lien avec des motifs interdits de discrimination.

Avant la réforme de 2018, le pouvoir du TAT de «rendre toute décision qui lui paraît juste et raisonnable, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire»¹⁶⁸ aurait sans doute permis l'octroi de remèdes autres que des dommages moraux ou des dommages punitifs. Toutefois, en cas de harcèlement psychologique à caractère discriminatoire, cet ajout à l'article 123.15 reflète la volonté du législateur de diversifier les remèdes octroyés actuellement et de faire en sorte que ceux-ci soient mieux adaptés aux problèmes auxquels la LNT cherche à remédier, et ce, compte tenu entre autres du délaissement du traitement des plaintes pour harcèlement au travail par la CDPDJQ.

En mandatant une prise en considération du caractère discriminatoire de la conduite, la réforme de 2018 introduit un modèle basé en partie sur le droit à l'égalité qui se superpose au modèle basé sur le droit à la dignité du recours à l'encontre du harcèlement psychologique. La personne salariée victime de harcèlement psychologique comportant une dimension discriminatoire n'est plus obligée d'intenter un recours en vertu de la *Charte* pour que la violation de ses droits fondamentaux soit prise en compte lors de l'octroi de remèdes. L'évolution de la jurisprudence permettra de mieux préciser dans quelle mesure le potentiel de la modification de la LNT à cet égard se réalisera.

E. Une meilleure articulation des recours par la collaboration entre la CNESST et la CDPDJQ

La réforme de 2018 mandate et balise une collaboration entre la CNESST et la CDPDJQ en ce qui concerne les plaintes pour harcèlement psychologique se manifestant par une *conduite à caractère discriminatoire*, incluant donc, mais ne se limitant pas, aux plaintes pour harcèlement psychologique à caractère sexuel:

Avec le consentement du salarié, la [CNESST] transmet à la [CDPDJQ], aux termes d'une entente intervenue entre elles et approuvée par le ministre, toute plainte qui concerne une conduite à caractère discriminatoire déposée conformément à la présente section. Cette entente prévoit

168 LNT, *supra* note 4, art 123.15.

en outre les modalités de collaboration entre les deux organismes, notamment afin de prévenir que le délai de transmission de la plainte ne porte préjudice au salarié¹⁶⁹.

La transmission de la plainte et la collaboration entre les deux organismes se font selon les termes d'une entente qui, au moment de la rédaction de ce texte, n'a pas encore été approuvée par la ministre.

Il reste à voir si l'entente de collaboration entre la CDPDJQ et la CNESST inclura des dispositions visant à faire survivre le recours en vertu de la *Charte* dans des cas où l'employeur a démontré avoir pris tous les moyens raisonnables pour prévenir et pour faire cesser le harcèlement ou encore, si la victime a avantage à intenter un recours à l'encontre du harceleur en même temps qu'à l'encontre de son employeur.

Par ailleurs, la réforme de 2018 reconnaît implicitement que le recours à l'encontre du harcèlement psychologique, centré sur l'atteinte à la dignité, n'épuise pas les droits pouvant être reconnus ni les remèdes possibles dans le cadre du paradigme basé sur le droit à l'égalité de la *Charte*. La volonté du législateur est que le dépôt d'une plainte pour harcèlement psychologique ne soit pas l'occasion de perte de droits garantis par la *Charte* pour la personne salariée. La collaboration entre les deux organismes est de mise pour arriver à cette fin.

VI. CONCLUSION

Dans cette étude, nous avons analysé quarante-huit décisions portant sur des plaintes pour harcèlement psychologique alors que les faits traduisent une situation de harcèlement sexuel. Notre analyse indique que d'un point de vue pragmatique, ce recours représente le recours de choix à plusieurs égards. D'une part, le délai entre le dépôt d'une plainte et l'obtention d'une décision du tribunal est beaucoup plus court qu'en matière de plainte pour harcèlement au travail pour un motif interdit par la *Charte*. D'autre part, un nombre significatif de plaignantes déposent en même temps d'autres recours à l'encontre de pratique interdite ou de congédiement sans cause juste et suffisante en vertu de la *LNT*, soit des recours incluant une présomption permettant le renversement du fardeau de preuve. De plus, dans les faits, une plainte pour harcèlement psychologique peut traduire autant une situation qui représente—en tout ou en partie—du harcèlement à caractère sexuel que du harcèlement en raison

169 PL 176, *supra* note 6, art 41.

du sexe/genre de la personne plaignante. Finalement, en harmonisant le délai pour déposer une plainte pour harcèlement psychologique avec celui de deux ans de la *Charte*, la réforme de 2018 met fin à l'extinction prématurée des droits fondamentaux provoquée par le délai anciennement de quatre-vingt-dix jours de la *LNT*.

La preuve d'une atteinte à la dignité de la personne salariée exigée par la définition du harcèlement psychologique n'a pas constitué un obstacle à l'acceptation d'une plainte dans les décisions analysées. Toutefois, dans 2 des 17 décisions où la plainte a été rejetée, l'absence de preuve prépondérante d'un milieu de travail néfaste ou, dans le cas d'une seule conduite grave, d'un effet nocif continu, a fait échouer la réclamation. Dans ces cas, en rejetant la plainte, le TAT se trouve à légitimer le harcèlement sexuel au travail et à banaliser les conséquences de celui-ci pour les femmes. Or, il faudrait que la preuve du harcèlement sexuel emporte la preuve de la création d'un milieu de travail néfaste (ou d'un effet nocif continu, lorsqu'il est question d'une seule conduite grave).

L'un des inconvénients de faire trancher les litiges en matière de harcèlement à caractère sexuel par les décideurs des institutions dominantes du droit du travail, en l'espèce, les juges du TAT, est la possibilité que ceux-ci n'aient pas tous et toutes l'expertise et la sensibilité voulues pour trancher de tels litiges. En comparaison, dans le cadre du régime québécois des droits de la personne, les juges du TDPQ «ont une expérience, une expertise, une sensibilisation et un intérêt marqués en matière des droits»¹⁷⁰ et, de plus, ils siègent accompagnés de deux assessseurs proposés par ou associés à des organismes voués à la défense et à la promotion des droits et libertés de la personne¹⁷¹. Il est à espérer que tous les juges du TAT reçoivent de la formation sur le harcèlement à caractère sexuel, le harcèlement à caractère discriminatoire, ainsi que les remèdes permettant de réellement réparer les conséquences de ce type de harcèlement pour la victime immédiate et la *victime-groupe* afin d'assurer qu'ils acquièrent, s'ils ne la possèdent pas déjà, une expertise suffisante en la matière.

Dans deux décisions, malgré une preuve de harcèlement sexuel, la plainte a été rejetée parce que l'employeur s'est acquitté de son obligation de faire cesser le harcèlement lorsque celui-ci a été porté à son attention. Or, la réforme de 2018 ne corrige pas l'intensité moindre de l'obligation

¹⁷⁰ *Charte*, *supra* note 2, art 101.

¹⁷¹ Voir *ibid*, art 104. Voir aussi *Règlement sur la procédure de recrutement et de sélection des personnes aptes à être désignées à la fonction d'arbitre ou nommées à celle d'assesseur au Tribunal des droits de la personne*, RLRQ c C-12, r 2.

incombant à l'employeur de prévenir et de faire cesser le harcèlement psychologique, comparativement à l'obligation de résultat qui est imposée à celui-ci en vertu de la *Charte*. Il reste à voir si l'entente de collaboration entre la CNESST et la CDPDJQ prévoira des dispositions visant à faire en sorte que la personne salariée victime de harcèlement sexuel qui dépose une plainte pour harcèlement psychologique puisse néanmoins obtenir une juste réparation malgré les désavantages du régime de la *LNT* à cet égard.

Dans le même ordre d'idée—celui des inconvénients du recours en vertu de la *LNT*—, l'obligation *de facto* de dénoncer le harcèlement a mené au rejet de la plainte dans une décision et elle a été au cœur du litige dans une autre. Le fait, entre autres, que la politique de traitement des plaintes comporte un volet concernant le harcèlement à caractère sexuel ouvre la porte à la prise en compte de la jurisprudence en matière de droits de la personne mandatant une évaluation plus rigoureuse de la réelle possibilité pour la victime de harcèlement sexuel de porter plainte. Encore une fois, la formation des juges du TAT sur les enjeux et la complexité de la dénonciation du harcèlement sexuel permettrait à ces derniers de mieux apprécier si l'employeur s'est véritablement acquitté de son obligation de prévenir le harcèlement à caractère sexuel et de rendre disponible une politique de plaintes en la matière. Si jamais la CNESST ou le TAT refusent ou négligent de tenir compte des particularités de l'application de l'obligation *de facto* de dénoncer le harcèlement à caractère sexuel, l'entente de collaboration entre la CNESST et la CDPDJQ devra prévoir le transfert de ces dossiers vers le régime plus avantageux de la *Charte*. Il est à espérer que la CNESST et le TAT fassent preuve d'ouverture à cet égard.

Ultimement, la modification apportée à l'article 123.15 de la *LNT* prévoyant explicitement la possibilité pour le TAT de prendre en compte le caractère discriminatoire du harcèlement est susceptible de permettre à celui-ci de faire preuve d'une plus grande attention à la dimension de genre, entre autres, dans son appréciation de la preuve et dans l'exercice de ses pouvoirs de réparation. Elle signale au TAT que l'atteinte à un droit protégé par la *Charte* peut et doit être prise en compte dans la fixation du montant des dommages. Finalement, elle ouvre la porte à la considération de la *victime-groupe* dans les remèdes octroyés, et ce, pour mieux atteindre l'objectif du législateur; celui d'assainir les milieux de travail pour tous et toutes¹⁷².

172 Voir Cox, «Psychological Harassment Legislation in Québec», *supra* note 84.

Les modifications apportées aux dispositions de la *LNT* représentent l'importation de certains aspects d'un paradigme juridique basé sur le droit à l'égalité au régime de la *LNT* qui, jusqu'alors, n'était basé que sur le seul paradigme du droit à la dignité. À ce titre, elles représentent une étape de plus dans l'évolution d'un régime juridique hybride, ou intégré, dans lequel le recours à l'encontre du harcèlement psychologique en vertu de la *LNT* s'enrichit de certains aspects du cadre juridique de la *Charte*. Par le fait même, le recours de la *LNT* qui auparavant éludait complètement la question du genre commence dorénavant à en tenir compte. Certes, les modifications constituent une confirmation de la mission de la CNESST et du TAT à mettre en œuvre les droits des personnes salariées non syndiquées à un milieu de travail exempt de harcèlement psychologique, y compris le harcèlement à caractère sexuel. En même temps, dans leur ensemble, elles représentent un appel du législateur à une plus grande sensibilité au genre dans la mise en œuvre de la *LNT* par ces deux institutions.

Cet appel à une plus grande sensibilité au genre lancé par le législateur lors de la réforme de la *LNT* de 2018 sera-t-il entendu? La prochaine génération de décisions portant sur des plaintes pour harcèlement psychologique alors que les faits traduisent une situation de harcèlement sexuel nous le dira.

