

#metoo 5 ans plus tard

Michelle Flaherty, Arbitre (Ontario)

Maryse Séguin, Avocate et enquêtrice

Southern Butler Price LLP (Vancouver/Calgary)

Plan de route

C'est quoi #metoo?

Observations de Michelle

Observations de Maryse

Nouveautés jurisprudentielles

Survol de la législation

Autres développements

Défis qui demeurent

Scénarios

LE MOUVEMENT SOCIAL (2006)

- Tarana Burke



LE MOUVEMENT SOCIAL (2017)

- #metoo a pris de la popularité en 2017, plusieurs éléments déclencheurs:
- Actrice américaine utilise le #metoo, encourage les femmes à partager leurs expériences de harcèlement et de voies de fait sexuels, notamment au travail.
- Devenu «viral»
 - Ampleur du harcèlement sexuel au travail
 - La force du nombre et les dénonciations
 - Pour certains, une reddition de comptes (Weinstein, Epstein, etc.)

Impact au Canada anglophone

PRISE DE CONSCIENCE

Forte augmentation dans le nombre de plaintes → on ne tolère plus certains comportements.

Employeurs revisent politiques et procédures, mesures proactives, programmes de formation, meilleurs mécanismes pour signaler les allégations.

Modifications législatives, les employeurs doivent prendre certaines mesures pour prévenir le harcèlement et réagir rapidement en cas d'allégations.

Changements sur une période de 20 ans

- Plus grand nombre de plaintes, harcèlement sexuel, mais aussi plaintes de harcèlement
- Employé.es sont plus à l'aise de dénoncer les comportements inappropriés
- Allégations sont prises avec plus de sérieux

20 ans...

- Par le passé, on acceptait un certain niveau d'inconduite comme étant inévitable: "locker room talk" → Ça ne passe plus!
- Plus de plaintes = plus de parties intimées
- Certains concepts dans la jurisprudence ont évolué →
À suivre

20 ans...

- Décalage entre la jurisprudence arbitrale et celle des tribunaux des droits de la personne/cours judiciaires
- Décalage entre la perspective de certaines parties et celle des arbitres?
- Distinction entre les ententes de confidentialité et les accords de non-divulgence : Nouvelles sensibilités
- Enquêtes en milieu de travail se propagent

Changements sur une période de 5 ans

- Enquêtes en milieu de travail se propagent
 - Accessibilité
 - Durée
 - Frais
 - Visibilité
 - Action judiciaire
- « C'est juste Bob qui agit comme Bob »

5 ans...

- « Le » plaignant
- Le bon samaritain
- Crédibilité
 - Analyse tenant compte des traumatismes (« trauma-informed »)
- Étendue de l'enquête
- « Grooming »

Les temps changent : un appel pour le contexte social dans les décisions d'arbitrage en droit du travail

The Times Are A-Changin': A Call for Social Context in Labour Arbitration

By: Reut Amit

With special thanks to Lisa Southern, Jessica Bowering, Nicole Price, and Tonie Beharrell for their editing and guidance, and to Maryse Seguin for her research

Introduction

As the way we understand sexual harassment, sexual assault and normative respectful behavior evolves, so too should the awareness of decision-makers on these issues. It is now accepted that there should be some assurance to the public that decision-makers, particularly those who are afforded significant deference, have the awareness, skills and knowledge of sexual assault law necessary to deal with cases in a manner that is respectful to sexual assault survivors, without the influence of myths and stereotypes, and with dignity and compassion for survivors.¹ Moreover, it is accepted that failure to

Vieille mentalité

1. International Minerals and Chemical Corp. (Canada) Co. and E.C.W.U., Local 892, Re, 1992 CarswellSask 671, 29 C.L.A.S. 229
2. Western Grocers and U.F.C.W., Loc. 1400, Re, [1993] S.L.A.A. No. 2



Vieille mentalité

International Minerals (1992)

Faits:

- Grief de congédiement
- Contact physique sexuel entre les jambes
- Victime est marginalisée et harcelée au travail suite à sa plainte

Conclusion:

- Congédiement substitué pour une suspension de 6 mois



Vieille mentalité

International Minerals (1992)

Analyse erronée:

- Prise de conscience pour les répercussions mentale et émotionnelles de la victime
- Incident est caractérisé comme « impliquant du harcèlement sexuel »
- Distinction entre « coercion sexuelle » et « agacement sexuel »
- Contact physique caractérisé comment « action stupide »
- Liste de facteurs atténuants et pitié pour le plaignant
- Critique générale du comportement (vs adapté au cas en question)
- Considère qu'un acte unique et isolé de méconduite sexuelle ne devrait pas automatiquement mener au congédiement



Vieille mentalité

Western Grocers (1993)

Faits:

- Grief de congédiement
- Série de commentaires sexuels et un incident de contact physique sexuel

Conclusion:

- Congédiement substitué pour une suspension de 3 mois



Vieille mentalité

Western Grocers (1993)

Analyse erronée:

- Déclare que les commentaires ne sont « pas un problème sérieux » mais plutôt une réflexion du style de gestion agressif du plaignant
- Référence à la liste de facteurs atténuants dans *International Minerals*
- Considération inadéquate sur l'effet de la décision potentielle sur la victime : « n'importe quelle décision aurait un impact sur elle »



Bouffée d'air fraîche

Calgary (City) v Canadian Union
of Public Employees Local 37,
2019 ABCA 388

(“CUPE Local 37”)



Bouffée d'air fraîche

CUPE Local 37 (2019)

Faits:

- Grief de congédiement
- Contact physique sexuel
- Arbitrage: application de l'analyse dans *International Minerals* et *Western Grocers*
- Révision judiciaire à la Cour du banc de la reine: confirme la décision d'arbitrage

Conclusion de la Cour d'appel:

- Renverse la décision



Bouffée d'air fraîche

CUPE Local 37 (2019)

Nouvelle analyse:

- Un contact physique de nature sexuelle est toujours une agression/violence sexuelle
- Conséquences de l'emploi d'un langage descriptif inadéquat
- Critique des analyses fondées sur des décisions historiques qui ne s'alignent plus avec les valeurs morales de la société moderne ni les nouvelles études sur le comportement des victimes souffrant de traumatisme
- Les considérations sur la sécurité en milieu de travail doivent tenir compte de tous les employés



Zut alors...

British Columbia Hydro and Power Authority v. International Brotherhood of Electrical Workers, 258 (Termination Grievance), [2020] B.C.C.A.A.A. No. 78

(“BC Hydro”)



Zut alors...

BC Hydro (2020)

Faits:

- Grief de congédiement
- Plaignant: superviseur et représentant syndical
- Victime: stagiaire
- Relation sexuelle sur les lieux du travail
- Après la dissolution de la relation, la victime abandonne son emploi

Conclusion:

- Grief est rejeté
- Congédiement raisonnable parce que le plaignant n'a pas divulgué la relation à son employeur (**PAS** à cause de sa relation inappropriée avec une employée subordonnée)



Zut alors...

BC Hydro (2020)

Analyse erronée:

- Caractérise le comportement comme étant au pire du harcèlement sexuel
- Ne reconnaît pas qu'une relation où il y a un déséquilibre de pouvoir est un élément critique: « *deux adultes apte à consentir* »
- Ne considère pas d'autres éléments liés à la vulnérabilité de la victime
- Détermine que la relation n'avait pas un lien direct avec des avantages d'emploi et/ou des répercussions négatives suite à sa dissolution
- Considère qu'il n'y avait aucune méconduite sexuelle puisque le début de la relation n'est pas né en raison de la position de pouvoir du plaignant ou en raison d'un avantage d'emploi



Zut alors...

BC Hydro (2020)

Analyse erronée (continuation):

- Indique qu'un abus de pouvoir se produit uniquement lorsqu'il y a une menace explicite
- Mauvaise application du test sur le « grooming » et du fardeau de la preuve
 - Établit que le « grooming » s'applique uniquement entre un adulte et un enfant
 - Détermine que le développement de regrets après les faits n'est pas pertinent
 - Estime que la victime a bénéficié de la relation parce qu'il a eu un échange équitable de services sexuels pour de l'appui émotionnel



Zut alors...

BC Hydro (2020)

Prise de conscience:

Une relation qui comprend un déséquilibre de pouvoir ne constitue PAS toujours du harcèlement ou une violence sexuelle!



Depuis 2021...

- ✓ Alberta (Re), [2023] A.L.R.B.D. No. 26 (16 février 2023)
- ✓ Northern Alberta Institute of Technology v. Nait Academic Staff Assn. (Rurka Termination Grievance), [2022] A.G.A.A. No. 6 (19 janvier 2022)
- X Alberta Health Services v. Alberta Union of Provincial Employees (J.J. Grievance), [2022] A.G.A.A. No. 49 (31 octobre 2022)
- X Cho v. Café La Foret Ltd., 2022 BCSC 1560 (2 septembre 2022)
- X International Brotherhood of Electrical Workers, Local 636 v. Hydro Ottawa (Boyd Grievance), [2021] O.L.A.A. No. 323 (19 octobre 2021)



Autres développements

1. Une «nouvelle» conception du test juridique : le comportement importun (“unwelcome”)
2. Les dommages-intérêts

Autres développements : «Nouvelle» conception du test juridique

Test existe depuis plus de 30 ans. Bref,

- (1) un comportement de nature sexuelle
- (2) qui est ou devrait raisonnablement être considéré comme importun
- (3) qui entraîne des conséquences négatives pour la plaignante.

Point d'entrée pour les mythes et stéréotypes, surtout au volet #2

- La plaignante a le fardeau de la preuve : elle doit démontrer que le comportement était importun.
- Comment?
 - Point de départ pour l'analyse : le comportement de nature sexuelle est-il présumé acceptable au travail?
 - Étudie le comportement de la plaignante, ecq elle a démontré que les avances n'étaient pas voulues?
 - Doit-elle exprimer son mécontentement? Et dans l'absence de protestation?

Une prise de conscience avec #metoo

- Devoir d'appliquer la loi telle que rédigée, y compris le 2e critère
- Avec #metoo:
 - Importance d'éviter les mythes et stéréotypes
 - Reconnaît déséquilibre de pouvoir, silence/l'absence de protestation n'est pas une acceptation, le comportement de la plaignante demeure pertinente, mais on accepte que certains gestes ne constituent pas une acceptation.
 - La plaignante a toujours le fardeau, mais seuil est plus bas?

Décalage: dommages-intérêts et mesures disciplinaires

- Étude en Ontario en 2018, écart entre les dommages accordés par des arbitres et les tribunaux.
- Flaherty, Michelle, Trends in Human Rights Damages: Courts, Statutory Tribunals and Labour Arbitration (April 2, 2018). Canadian Labour & Employment Law Journal Vol. 20, No. 2, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3160006>
- Dans des situations semblables, les sentences arbitrales accordent dommages inférieurs et les analyses comparatives sont moins étoffées.

Changements législatifs

Fédéral	Alberta	Ontario
Code canadien du travail	Loi sur la santé et sécurité au travail	Loi sur la santé et sécurité au travail
Projet de loi C-65 (2021)	Projet de loi c-47 (2020)	Projet de loi c-132 (2016)
<p>harcèlement et violence Tout acte, comportement ou propos, notamment de nature sexuelle, qui pourrait vraisemblablement offenser ou humilier un employé ou lui causer toute autre blessure ou maladie, physique ou psychologique, y compris tout acte, comportement ou propos réglementaire.</p>	<p><i>“harassment” means any single incident or repeated incidents of objectionable or unwelcome conduct, comment, bullying or action by a person that the person knows or ought reasonably to know will or would cause offence or humiliation to a worker, or adversely affects the worker’s health and safety, and includes</i> <i>[...]</i></p> <p><i>and (ii) a sexual solicitation or advance</i></p>	<p>«harcèlement sexuel au travail» S’entend :</p> <p>a) du fait pour une personne d’adopter, pour des raisons fondées sur le sexe, l’orientation sexuelle, l’identité sexuelle ou l’expression de l’identité sexuelle, une ligne de conduite caractérisée par des remarques ou des gestes vexatoires...</p> <p>b) du fait pour une personne de faire des sollicitations ou des avances sexuelles ...</p>

Défis qui demeurent

- Application du test législatif sans se fonder (consciemment ou inconsciemment) sur les mythes et stéréotypes
- Discipline progressive et éducation des travailleurs dans un climat où les valeurs ont évolué rapidement
- Gestion des enquêtes en milieu de travail?
- Retard au niveau de l'éducation / développement professionnel des arbitres et juristes sur le sujet
- Gestion des ententes de confidentialités (NDA) dans une ère de dénonciation publique



Scénarios

Scénario 1

Une travailleuse touche une co-travailleuse sur les fesses et frotte son abdomen sans son consentement pendant qu'il l'aide à trouver sa passe d'employé qu'elle avait égarée.

Il n'y a pas de déséquilibre de pouvoir.

Le travailleur est un employé depuis 2 ans, n'a pas de troubles de performance, et n'a pas été le sujet d'aucune autres plaintes.

Est-ce que le congédiement est raisonnable?

Scénario 1: Réponse

Northern Alberta Institute of Technology v. Nait Academic Staff Assn., [2022] A.G.A.A. No. 6

- **Congédiement excessif → suspension non-rémunérée de 21 jours**
 - La victime n'a pas caractérisé le contact physique comme étant sexuel
 - Le contexte ne supporte pas que le contact physique fût de nature sexuelle
 - La plaignante a nié les allégations lors de l'enquête interne était en raison de confusion lié au langage employé pour décrire l'action (« harcèlement sexuel ») et non pour délibérément décevoir
- Facteur atténuants:
 - Aucun historique disciplinaire
 - Incident isolé et non-prémédité
 - L'importance de la politique de respect en milieu de travail a été communiquée

Scénario 1: Réponse

MAIS. Décision non-unanime!

Dissidence

- Malhonnêteté de la plaignante est un facteur aggravant
- L'employeur a des obligations de santé et sécurité envers tous les travailleurs
- L'emphase sur la politique de l'employeur est inconséquente
- La sévérité de la méconduite
- La politique est claire
- Bris de la relation de confiance entre la plaignante et l'employeur

Révision judiciaire?

Scénario 2

Un superviseur fait les commentaires suivants à une employée:

1. L'employée dit au superviseur qu'elle s'est amusé lors d'un souper le soir d'avant. Le superviseur lui répond: « est-ce que tu as dansé sur les tables? »
2. L'employée demande au superviseur une question lié à une tâche. Le superviseur répond qu'il lui fournira les informations si elle s'assoit sur lui et lui demande « gentiment ».
3. Le superviseur dit à l'employée qu'il approuve toute occasion où qu'elle se penche et s'agenouille.
4. L'employée rédige un courriel avec le travailleur, et s'inclue comme récipiendaire. Elle rigole du fait qu'elle est au top des autres noms sur la liste des récipiendaires, et que leurs collègues vont remarquer qu'elle s'est envoyée une copie du courriel. Le superviseur lui répond: « bien sûr que tu es sur le top. »

Le superviseur est un employé depuis 20 ans. Il est âgé de 60 ans. Il explique qu'il faisait des blagues et ne s'excuse pas.

Est-ce que le congédiement est raisonnable?

Scénario 2: Réponse

Hucsko v. A.O. Smith Enterprises Ltd., 150 O.R. (3d) 43

- **Première instance (Cour supérieure de l'Ontario):**
 - congédiement excessif → dédommagement représentant 20 mois de préavis
- ***Renversé en Cour d'appel***
 - Le harcèlement sexuel est une méconduite sérieuse
 - Le déséquilibre de pouvoir
 - Le superviseur n'a pas compris la sévérité de sa méconduite et refusait de s'excuser (facteur aggravants)
 - Les commentaires étaient importuns, sexuels, et dégradants
 - Il y a une rupture irréparable de la relation d'emploi



Questions?