

L'APPLICATION ET L'INTERPRÉTATION
DE L'ARTICLE 18.1 DE LA
CHARTRE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE

Document adopté à la 567^e séance de la Commission,
tenue le 29 avril 2011, par sa résolution COM-567-5.1.1

A handwritten signature in black ink, reading "B Vizkelety". The signature is written in a cursive, flowing style.

Béatrice Vizkelety, avocate
Secrétaire de la Commission

Analyse, recherche et rédaction :

Me Stéphanie Fournier, conseillère juridique
Secrétariat et Direction du Contentieux

Traitement de texte :

Françoise Aubut
Direction de la protection et de la défense des droits

- 1. L'interdiction de discriminer au moment de l'embauche**
- 2. Les exceptions**
 - 2.1 Les qualités ou aptitudes requises par l'emploi**
 - 2.2 Les exceptions justifiées par le caractère charitable, philanthropique ou religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif**
 - 2.3 Les programmes d'accès à l'égalité**
 - 2.4 La protection conférée par l'article 18.1 de la Charte est limitée à la cueillette d'informations préalable à l'embauche**
- 3. Les questions et pièges à éviter**
- 4. Les antécédents judiciaires**
- 5. Les questionnaires médicaux et les examens médicaux préembauche**
- 6. Les tests psychologiques ou tests de la personnalité**
- 7. Les examens théoriques ou pratiques**

Les formulaires de demande d'emploi et les entrevues préalables à l'embauche ou aux promotions sont des instruments de sélection considérés légitimes dans la mesure où ils permettent à l'employeur d'évaluer les qualifications des candidats et candidates en regard des exigences d'un emploi et de choisir sur cette base des personnes compétentes.

Lors du processus sélection, l'employeur peut recueillir un nombre impressionnant d'informations sur les candidats. L'obtention de ces informations est réglementée par différentes lois. Ainsi, en plus de la Charte, il est utile de rappeler que la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*¹ ainsi que la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*² encadrent rigoureusement la collecte, la détention, l'utilisation ainsi que la communication de renseignements personnels par l'employeur³.

Le présent document s'intéresse plus spécifiquement à la protection contre la discrimination au moment de l'embauche.

1. L'interdiction de discriminer au moment de l'embauche

L'embauche est un passage obligé qui permet d'accéder au marché du travail. L'employeur jouit d'un large pouvoir discrétionnaire lors de la sélection des candidats intéressés à pourvoir à un poste. Or, ce pouvoir doit être employé dans le respect des droits et libertés garantis par la Charte des droits et libertés de la personne [ci-après, « la Charte »].

Les articles 10 et 16 de la Charte interdisent spécifiquement à l'employeur de discriminer dans le cadre du processus d'embauche. Il y a discrimination lorsque l'employeur établit une distinction ou exclut un candidat sur la base de « *la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap* » (article 10 de la Charte).

Il y a également discrimination lorsque l'employeur exclut un candidat sur la base de ses antécédents judiciaires, si ceux-ci n'ont aucun lien avec l'emploi ou si le candidat a obtenu un pardon (art. 18.2 de la Charte).

Par ailleurs, l'article 18.1 de la Charte régit également la conduite de l'employeur lors de la sélection de son personnel. En effet, cette disposition interdit de recueillir, dans un formulaire

¹ L.R.Q., c. P-39.1.

² L.R.Q., c. A-2.1.

³ Voir les articles 5 et 9 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*

d'embauche ou lors d'une entrevue de sélection relative à un emploi, des informations concernant les motifs prévus à l'article 10 de la Charte. L'objectif de cette disposition est d'enrayer à la source la discrimination :

« 18.1 Nul ne peut, dans un formulaire de demande d'emploi ou lors d'une entrevue relative à un emploi, requérir d'une personne des renseignements sur les motifs visés dans l'article 10 sauf si ces renseignements sont utiles à l'application de l'article 20 ou à l'application d'un programme d'accès à l'égalité existant au moment de la demande. »

La protection conférée par l'article 18.1 s'étend donc :

- aux formulaires de demande d'emploi;
- aux entrevues relatives à un emploi;
- aux tests écrits;
- aux tests pratiques;
- aux tests psychométriques ou tests de la personnalité;
- aux tests médicaux préembauche, ce qui inclut les questionnaires portant sur l'état de santé.

Un employeur, un bureau de placement ou toute personne intervenant dans la sélection du personnel doit donc s'abstenir de poser toute question directe ou indirecte visant à obtenir des renseignements sur les motifs ou critères de discrimination illicite.

PRINCIPES VÉHICULÉS PAR L'ARTICLE 18.1 DE LA CHARTE

- Le seul fait de poser une question en lien avec un motif illicite énoncé à l'article 10 de la Charte suffit pour entraîner une violation du droit protégé par l'article 18.1 de la Charte. L'objectif de cette disposition est d'enrayer à la source la violation du droit à l'égalité en emploi⁴.
- Seules les questions permettant d'évaluer les qualités ou aptitudes requises pour un emploi ou nécessaires à l'application d'un programme d'accès à l'égalité seront autorisées.
- L'intention de l'employeur, au moment où il pose la question, n'est pas pertinente. Poser des questions relatives à un motif illicite de discrimination pour casser la glace ou détendre l'atmosphère ne constitue pas une défense ou une justification à la violation du droit protégé par l'article 18.1 de la Charte⁵.
- Le fait, pour un candidat, de répondre à une question discriminatoire ne peut être automatiquement interprété comme une renonciation au droit protégé par l'article 18.1 de la Charte.

⁴ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. Systématix Technologies de l'information*, [2011] R.J.Q. 491, par. 111.

⁵ *Affaire Systématix Technologies de l'information*, précitée note 4, par. 114.

- Toutefois, la personne qui divulgue volontairement, de sa propre initiative et sans y être invitée par l'employeur des renseignements protégés par l'article 18.1 ne pourra, par la suite, alléguer une violation de son droit à l'égalité protégé par cette disposition.

« L'article 18.1 vise donc à protéger et à promouvoir à la source le droit à l'égalité sans discrimination dans l'embauche et dans l'emploi. Peu importe qu'un employeur ait ou non l'intention d'utiliser les informations recueillies, le seul fait de poser des questions discriminatoires constitue une violation de l'article 18.1 et peut justifier l'octroi de dommages.⁶ »

Signalons cependant que les réponses à certaines questions nécessaires à l'évaluation des qualifications peuvent parfois, ou accessoirement, fournir des indications sur des motifs de discrimination. L'identification du candidat révélera généralement son sexe; le nom d'une institution d'enseignement ou l'adresse d'un ancien employeur pourront indiquer à l'occasion l'origine nationale d'une personne, mais l'article 18.1 n'a pas pour effet de prohiber de telles questions.

La Charte interdit toutefois de profiter de ces indications pour exclure un candidat ou une candidate sur la base de ces critères.

L'application de l'article 18.1 de la Charte favorise en définitive une approche rigoureuse dans le processus de sélection, du fait qu'elle encourage l'employeur à centrer son attention sur les qualifications professionnelles des individus en regard des exigences d'un emploi, plutôt que sur des généralisations stéréotypées à l'égard de tel ou tel groupe de personnes.

2. Les exceptions

L'article 20 de la Charte prévoit des exceptions à l'interdiction de discriminer :

« **20.** Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi, ou justifiée par le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif ou qui est vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique est réputée non discriminatoire. »

2.1. Les qualités ou aptitudes requises par l'emploi

L'employeur pourra poser des questions autrement prohibées s'il démontre que les renseignements recherchés concernent des qualités ou des aptitudes requises par l'emploi au sens de l'article 20 de la Charte. L'employeur est donc justifié d'évaluer les qualités ou aptitudes

⁶ Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Martin)c. Transport en commun La Québécoise inc., 2002 CanLII 9226, para. 29.

professionnelles d'un candidat afin de s'assurer de sa capacité d'exécuter adéquatement et de manière sécuritaire les tâches associées à l'emploi.

Toutefois, il appartient à l'employeur de déterminer, préalablement au processus de sélection, les normes auxquelles les candidats doivent répondre. Autrement dit, avant même d'établir la liste des qualités requises chez un candidat, l'employeur doit identifier les compétences et exigences essentielles du poste permettant d'assurer minimalement l'exécution sûre et efficace du travail⁷. Le simple fait de s'interroger sur ces exigences essentielles permettra, dans certains cas, de reformuler la question et ainsi éviter de tomber dans le piège des questions discriminatoires. L'attention de l'employeur sera alors davantage centrée sur les qualifications du candidat plutôt que sur ses caractéristiques personnelles.

Par exemple, si l'emploi requiert beaucoup de déplacements, il est préférable de se limiter à questionner le candidat sur sa disponibilité à voyager dans le cadre de ses fonctions plutôt que de lui poser des questions sur ses obligations familiales (ex : avez-vous des enfants à charge ?). Même si, dans les deux scénarios, l'intention de l'employeur est légitime (soit connaître la disponibilité du candidat à voyager), la seconde formulation de la question est discriminatoire. L'intention de l'employeur ne sera pas considérée au moment d'établir la preuve de discrimination. Seul l'effet discriminatoire de la question posée sur le candidat sera considéré.

En établissant une norme objective, bien définie, circonscrite et liée aux exigences requises par l'emploi, l'employeur balisera son processus de sélection, ce qui devrait lui éviter d'évaluer les candidats en fonction de perceptions, de préjugés ou de stéréotypes. « *Les instruments de sélection doivent être élaborés en fonction des exigences requises pour l'emploi, celles-ci devant elles-mêmes découler directement des tâches essentielles liées au poste.*⁸ »

Si une question discriminatoire est posée, il appartiendra à l'employeur de démontrer :

§ L'existence d'une qualité ou aptitude requise par l'emploi.

La question posée doit permettre d'évaluer cette qualité ou aptitude. L'employeur devra établir que la qualité ou l'aptitude recherchée correspond aux exigences essentielles de l'emploi. En somme, l'employeur devrait pouvoir faire la preuve :

⁷ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. Gaz Métropolitain, 2008 QCTDP 24 (CanLII) (en appel), para. 72 et suivants. Dans ce jugement, présentement en appel, le Tribunal rappelle l'importance de vérifier l'adéquation entre la description des tâches reliées à l'emploi postulé et le profil d'emploi utilisé pour le recrutement.*

⁸ *Affaire Gaz Métropolitain, précitée note 7, para. 429.*

- Ø qu'il existe un lien critique entre les tâches qu'il juge essentielles à l'emploi et l'emploi lui-même⁹;
- Ø que les qualités ou aptitudes recherchées chez le candidat présentent un lien ou une adéquation avec la description des tâches essentielles à l'emploi.

En se basant sur ces exigences, il sera possible d'élaborer les instruments de sélection appropriés pour évaluer les différents candidats sans discrimination¹⁰. La formulation des questions posées par l'employeur pour évaluer les qualités ou aptitudes du candidat aura une importance primordiale comme le démontre le tableau ci-après. Certaines questions discriminatoires pourraient être reformulées autrement et ainsi centrer l'attention de l'employeur sur les qualifications du candidat plutôt que sur ses caractéristiques personnelles.

§ Que le critère de sélection retenu permet une évaluation individualisée des candidats.

La norme d'embauche à laquelle réfère l'employeur doit être inclusive et incorporer des mesures d'accommodement (il faut privilégier une norme souple, qui reflète les différences de chacun, à une norme rigide, complétée par des mesures d'accommodement ponctuelles).

§ Que l'employeur ne peut, sans subir une contrainte excessive, composer avec des candidats n'ayant pas les aptitudes ou qualifications exigées pour l'emploi.

S'il est possible pour l'employeur d'accommoder le candidat afin qu'il exécute convenablement le travail, alors la question posée ne constituera pas une exigence professionnelle justifiée au sens de l'article 20 de la Charte. L'employeur n'aura pas établi l'existence d'un moyen de défense contre l'accusation de discrimination.

« La législation canadienne en matière de droits de la personne envisage essentiellement la protection contre la discrimination et la jouissance des droits et libertés y garantis. Dans le domaine de l'emploi, son objet plus particulier est de mettre fin à une exclusion arbitraire basée sur des idées préconçues à l'égard de caractéristiques personnelles qui, tout en tenant compte du devoir d'accommodement, n'affectent aucunement la capacité de faire le travail.¹¹ »

⁹ Affaire *Gaz Métropolitain*, précitée note 7(en appel), para. 131 et suivants.

¹⁰ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*. *Commission scolaire des Hauts-Bois-de-L'Outaouais*, 2010 QCTDP 4, par. 160 et 172 et suivants. Dans cette affaire, le Tribunal a analysé l'ensemble des processus encadrant les décisions d'embauche et d'octroi de contrat par la Commission scolaire. Le Tribunal a remis en cause la pertinence et l'application objective des critères de sélection retenus. Il a conclu que non seulement le processus de notation mis en place était impressionniste, mais il a ajouté qu'il était appliqué sans balises claires et sans uniformité, ce qui renforçait la probabilité d'une décision discriminatoire.

¹¹ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)c. Montréal (Ville)*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)c. Boisbriand (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, para. 36.

2.2. Les exceptions justifiées par le caractère charitable, philanthropique ou religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif

Le second volet de l'article 20 de la Charte permet à certaines institutions sans but lucratif de faire des distinctions, des exclusions ou de manifester des préférences discriminatoires à l'étape de l'embauche. Pour bénéficier de cette exception, l'employeur devra démontrer :

- 1) qu'il est une institution sans but lucratif;
- 2) que l'institution a un caractère charitable, philanthropique, religieux ou éducatif qui justifie une politique d'embauche discriminatoire.

En effet, il ne suffit pas d'être une institution sans but lucratif pour se prévaloir de la protection du second volet de l'article 20 de la Charte. Il faut également démontrer que la vocation principale ou que les objectifs principaux de l'institution concernent la promotion des intérêts d'un groupe identifié ou caractérisé par l'un des motifs de l'article 10 de la Charte.

C'est sur cette base qu'un parti politique pourrait préférer embaucher les membres ayant adhéré à son parti pour occuper certains emplois au sein de sa permanence. Une école privée catholique pourrait également invoquer le second volet de l'article 20 de la Charte pour justifier une politique d'embauche d'enseignants catholiques. De telles situations pourraient justifier que l'on pose des questions sur les convictions politiques ou religieuses du candidat. Dans tous ces cas, les questions seront à première vue jugées discriminatoires et il appartiendra à l'employeur de démontrer qu'il bénéficie de l'exception prévue par le second volet de l'article 20 de la Charte¹². Précisons, par ailleurs, que ce ne sont pas nécessairement tous les emplois au sein d'une institution ou d'une organisation sans but lucratif qui bénéficieront de cette protection.

2.3. Les programmes d'accès à l'égalité

Lorsqu'une entreprise ou un organisme met en application un programme d'accès à l'égalité pour corriger la situation de groupes victimes de discrimination dans l'emploi (en vertu des articles 86 et suivants de la Charte *des droits et libertés de la personne*), elle peut requérir des candidats et candidates des renseignements sur leur appartenance aux groupes visés par le programme (femmes, minorités visibles, minorités ethniques, Autochtones, personnes handicapées).

Ces questions doivent alors être posées dans une section distincte du formulaire de demande d'emploi où l'on spécifie clairement que ces renseignements sont nécessaires à l'application d'un programme d'accès à l'égalité et qu'ils seront traités en toute confidentialité.

¹² *Brossard c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279, para. 117 et 118.

Cette possibilité n'existe toutefois qu'au moment où des mesures concrètes sont prises en vue d'implanter un programme. À ce moment, l'employeur qui veut connaître et tenir à jour la composition de ses effectifs aux fins d'analyses et d'élaboration de son programme peut poser des questions sur l'appartenance des membres de son personnel aux groupes cibles.

2.4 La protection conférée par l'article 18.1 de la Charte est limitée à la cueillette d'informations préalable à l'embauche

Certaines questions qui sont prohibées avant l'embauche peuvent légitimement être posées à partir du moment où l'employé a été embauché (par exemple : l'âge, l'état civil, le numéro d'assurance sociale) pour des fins d'avantages sociaux ou de fiscalité. Ces questions devraient être posées sur un formulaire distinct rempli après l'embauche.

Dans certains cas, les informations pourront être recueillies après que l'employeur ait présenté une offre d'emploi conditionnelle à la réalisation d'une condition (par exemple : offre d'emploi conditionnelle à la réussite d'un examen médical, à la remise de documents justifiant la capacité de travailler légalement au Canada, que ce soit un permis de travail ou un statut de résident permanent)¹³.

Les tableaux qui suivent énumèrent certaines questions conformes à la Charte et les pièges ou questions à éviter dans les formulaires de demande d'emploi et les entrevues relatives à un emploi.

¹³ Dans la décision *Saskatchewan Police Commission (Re)*, [1984] 5 C.H.R.R. D/2317 (Sask. H. R. Comm.), il a été énoncé que l'on ne pouvait demander la date de naissance des candidats policiers avant l'embauche, même si cette information était nécessaire pour effectuer une recherche sur les antécédents judiciaires auprès du Centre d'information de la police canadienne (CIPC):

« 19558. It should be pointed out that after a conditional offer of employment is made an employer is entitled to request the successful applicant's date of birth and then is entitled to use that date of birth to do a C.P.I.C. and fingerprint check. »

3. Les questions et pièges à éviter

Sujet	Questions conformes à la Charte *	Questions à éviter *
Race / couleur	Aucune.	Toute demande de précisions reliées à la race ou à la couleur y compris la couleur des yeux, de la peau ou des cheveux. Demander de joindre une photographie à la demande d'emploi ou devoir en remettre une avant un test d'aptitudes ou une entrevue.
	Commentaires : Une photographie peut être demandée après l'embauche aux fins d'identification.	
Sexe	Aucune, sauf si le sexe constitue une qualité objectivement requise par l'emploi.	M., Mme ou Mlle. Capacité à travailler dans un milieu d'hommes Des formulaires différents ou différemment codés pour les hommes et les femmes.
	Commentaires : Le prénom d'une personne indique la plupart du temps son sexe, mais l'article 18.1 n'a pas pour effet de rendre une telle question illégale.	
État civil	Seriez-vous disponible pour voyager dans le cadre de vos fonctions ? Seriez-vous disponible pour travailler les soirs et/ou les fins de semaine?	Mme ou Mlle. Nom de jeune fille. Marié(e), séparé(e), divorcé(e), etc. Nom et occupation du conjoint ou de la conjointe et son accord éventuel en cas de mutation nécessitant un déménagement. Nombre de personnes à charge. Arrangements relatifs à la garde de personnes à charge. Lien de parenté avec une personne déjà à l'emploi de l'entreprise ou de l'organisme, sans autre précision.
	Commentaires : <ul style="list-style-type: none"> • L'usage permet qu'on s'adresse à une femme en l'appelant Madame, quel que soit son état civil. • Si l'employeur a une politique anti-népotisme, il pourrait en faire état dans son formulaire de demande d'emploi ou lors de l'entrevue et poser une question sur l'existence de liens de parenté qui pourraient placer le candidat ou la candidate en situation de conflit d'intérêts. • Par ailleurs, certaines questions à éviter sur l'état civil dans un formulaire ou une entrevue peuvent être demandées après l'embauche pour des fins, entre autres, de fiscalité ou d'avantages sociaux. • On peut aussi, après l'embauche, demander le lien de parenté avec une personne à prévenir en cas d'urgence. 	

* Ces lignes directrices peuvent comporter des exceptions lorsque l'article 20 de la Charte s'applique (nous référons le lecteur aux points 2.1 et 2.2). Dans un tel cas, le fardeau de la preuve incombe à l'employeur.

Sujet	Questions conformes à la Charte *	Questions à éviter *
Orientation sexuelle	Aucune.	
Âge	Aucune, sauf si une loi ou un règlement fixe un âge minimal pour occuper un emploi donné (ex : dans un débit de boisson). Dans un tel cas, plutôt que de demander au candidat de décliner son âge, il est préférable de se limiter à lui demander « avez-vous l'âge légal pour travailler »?	Date de naissance. Numéro d'assurance-maladie. Numéro du permis de conduire. Demander de joindre un acte de naissance à la demande d'emploi.
	Commentaires :	<ul style="list-style-type: none"> • Il n'y a pas d'âge légal pour travailler au Québec, sauf pour certaines occupations réglementées. Cependant, il est interdit d'employer un élève durant les heures de classe alors qu'il est assujéti à l'obligation de fréquentation scolaire. Dans ces cas, une question sur l'âge peut être posée en entrevue. • Une preuve d'âge peut être exigée après l'embauche.
Origine ethnique ou nationale	Avez-vous le droit de travailler au Canada ?	Lieu de naissance. Lieu de naissance du conjoint ou des parents. Adresses antérieures. Expérience canadienne ou québécoise, à moins qu'un type d'expérience déterminé soit objectivement requis par l'emploi, auquel cas la nature de l'expérience doit être précisée. Citoyenneté, statut de résident permanent ou possession d'un permis de travail. Numéro d'assurance sociale.
	Commentaires :	<ul style="list-style-type: none"> • Le droit de travailler au Canada est reconnu aux personnes ayant la citoyenneté canadienne, le statut de résident permanent ou un permis de travail. • L'employeur ne devrait demander à un candidat de fournir la preuve de son droit de travailler au Canada qu'après lui avoir présenté une offre d'embauche conditionnelle à la preuve de la citoyenneté, du statut de résident permanent ou possession d'un permis de travail. • On ne doit demander le numéro d'assurance sociale qu'après l'embauche puisque ce numéro peut, dans certains cas, fournir de l'information relative à l'origine nationale.

* Ces lignes directrices peuvent comporter des exceptions lorsque l'article 20 de la Charte s'applique (nous référons le lecteur aux points 2.1 et 2.2). Dans un tel cas, le fardeau de la preuve incombe à l'employeur.

Sujet	Questions conformes à la Charte *	Questions à éviter *
Grossesse	Aucune.	<p>Êtes-vous présentement enceinte ?</p> <p>Avez-vous l'intention d'avoir des enfants ?</p> <p>Avez-vous déjà eu des problèmes de santé reliés à une grossesse ?</p> <p>Combien de temps prévoyez-vous demeurer sur le marché du travail ?</p>
Langue	<p>On peut demander aux candidats et aux candidates s'ils peuvent comprendre, parler, lire ou écrire la ou les langues requises par l'emploi.</p> <p>Commentaires :</p> <ul style="list-style-type: none"> • L'employeur ne peut exiger la connaissance d'une langue autre que celle(s) requise(s) par l'emploi. • L'utilisation du niveau de connaissance ou d'aisance linguistiques pour évaluer les candidatures n'est permise que si ces aptitudes sont requises par l'emploi. 	<p>Langue maternelle.</p> <p>Lieu d'acquisition des connaissances linguistiques.</p>
Religion	<p>Aucune.</p> <p>Commentaires :</p> <p>Si une personne éprouve des difficultés à respecter un horaire de travail donné en raison de ses convictions et pratiques religieuses, l'employeur doit tenter d'adapter l'horaire de cette personne, à moins que l'accommodement ne représente pour lui une contrainte excessive. Toutefois, la question de l'accommodement raisonnable fondé sur des considérations religieuses ne devrait pas être soulevée au stade de préembauche.</p>	<p>Adhésion à une religion ou pratiques religieuses.</p> <p>Disponibilité pour travailler un jour de fête religieuse spécifique.</p> <p>Références d'un membre du clergé ou d'un chef religieux.</p>

* Ces lignes directrices peuvent comporter des exceptions lorsque l'article 20 de la Charte s'applique (nous référons le lecteur aux points 2.1 et 2.2). Dans un tel cas, le fardeau de la preuve incombe à l'employeur.

Sujet	Questions conformes à la Charte *	Questions à éviter *
-------	-----------------------------------	----------------------

Convictions politiques	Aucune.	Affiliation ou activités politiques.
-------------------------------	---------	--------------------------------------

Condition sociale	Pourriez-vous disposer d'une automobile si nécessaire pour l'emploi?	<p>Possédez-vous une automobile?</p> <p>Êtes-vous locataire ou propriétaire ?</p> <p>Enquête de crédit pour évaluer la solvabilité du candidat (voir le commentaire ci-dessous).</p>
	<p>Commentaires :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Certaines personnes ne possèdent pas une automobile, mais pourraient en acheter une ou en louer une si elles obtiennent un emploi. • Le fait d'être locataire ou propriétaire entraîne souvent des perceptions distinctes quant à la condition sociale d'une personne. • Le lien entre le dossier de crédit d'un candidat et un emploi éventuel semble discutable, voire contestable. Si la question se présente à la Commission, elle sera étudiée sous l'angle de la discrimination fondée sur la condition sociale. 	

* Ces lignes directrices peuvent comporter des exceptions lorsque l'article 20 de la Charte s'applique (nous référons le lecteur aux points 2.1 et 2.2). Dans un tel cas, le fardeau de la preuve incombe à l'employeur.

Sujet	Questions conformes à la Charte * ¹⁴	Questions à éviter *
Handicap	Aucune.	<p>Les formulaires médicaux qui prennent la forme d'un bilan de santé complet.</p> <p>Avez-vous déjà été hospitalisé, y compris pour des problèmes de santé mentale ?</p> <p>Avez-vous déjà présenté une réclamation à la CSST?</p> <p>Avez-vous déjà subi un accident du travail avec perte de temps ?</p> <p>Prenez-vous des médicaments ou suivez-vous des traitements ? Si oui, lesquels ?</p> <p>Avez-vous déjà participé à un programme de désintoxication ?</p> <p>Quelles sont vos habitudes de consommation de drogue, alcool et tabac ?</p> <p>Vous a-t-on déjà refusé une police d'assurance pour des raisons de santé ?</p> <p>Croyez-vous être enceinte actuellement ?</p> <p>Quel est votre poids ? Votre grandeur ?</p> <p>(Note : Cette liste n'est pas exhaustive)</p>
	<p>Commentaires :</p>	<ul style="list-style-type: none"> • L'employeur ne peut requérir des renseignements sur l'état de santé d'une personne à moins qu'il démontre que ces renseignements réfèrent à des aptitudes ou des qualités requises par l'emploi (article 20 de la Charte). • La protection contre la discrimination fondée sur le handicap vise autant les limitations fonctionnelles réelles que les limitations perçues ou fondées sur des stéréotypes qui n'ont rien à voir avec la capacité réelle d'un individu d'effectuer son travail. • Les questions doivent être formulées de manière à ce que le candidat ne soit tenu de révéler que les seules informations pertinentes pour évaluer les qualités ou aptitudes requises par l'emploi. • L'employeur devrait adapter son processus de sélection pour toute personne handicapée qui le demande. Par exemple, le candidat qui présente certaines limitations visuelles pourra demander à l'employeur de l'accommoder en lui permettant de passer l'examen écrit dans des conditions adaptées à ses limitations visuelles. • L'examen médical devrait faire suite à une offre d'embauche conditionnelle à son résultat, et se limiter à établir si la personne est apte ou non à accomplir les tâches de l'emploi, avec ou sans restriction. • L'employeur n'est pas justifié d'exclure une personne apte au travail pour la seule raison qu'elle ne peut être éligible au plan d'assurance collective en vigueur dans l'organisation.

¹⁴ Ces lignes directrices peuvent comporter des exceptions lorsque l'article 20 de la Charte s'applique (nous référons le lecteur aux points 2.1 et 2.2). Dans un tel cas, le fardeau de la preuve incombe à l'employeur.

À RETENIR

- Ø En vertu de l'article 18.1 de la Charte, le simple fait de **poser une question discriminatoire** constitue une atteinte illicite à un droit reconnu par la Charte, et ce, même s'il est démontré que la question posée n'a aucun lien avec le refus d'embauche.
- Ø L'**intention** de discriminer n'est pas un critère pertinent. Ce n'est pas l'intention de celui qui pose la question illicite qui doit être évaluée, mais l'effet de la question discriminatoire sur le candidat à un emploi. En conséquence, même les questions posées de bonne foi, sans intention de discriminer peuvent donner lieu à une poursuite en vertu de l'article 18.1 de la Charte.
- Ø Certaines questions considérées comme illicites **avant** l'embauche peuvent être légitimement et légalement posées par l'employeur **après** l'embauche.
- Ø Certaines questions discriminatoires seront justifiées si l'employeur démontre qu'elles sont nécessaires pour évaluer **des qualités ou aptitudes requises par l'emploi**. Le fardeau de preuve appartient alors à l'employeur.
- Ø À ces fins, l'employeur devrait toujours disposer d'une liste des tâches essentielles reliées à un emploi.

4. Les antécédents judiciaires

Les antécédents judiciaires ne sont pas au nombre des motifs illicites de discrimination que l'on retrouve à l'article 10 de la Charte. Par conséquent, ils ne sont pas non plus visés par l'article 18.1 de la Charte.

La Charte prévoit toutefois une protection contre la discrimination fondée sur les antécédents judiciaires à son article 18.2. Cette protection est circonscrite au domaine de l'emploi :

« 18.2 Nul ne peut congédier, refuser d'embaucher ou autrement pénaliser dans le cadre de son emploi une personne du seul fait qu'elle a été déclarée coupable d'une infraction pénale ou criminelle, si cette infraction n'a aucun lien avec l'emploi ou si cette personne en a obtenu le pardon. »

Principes à retenir

- Ø Un employeur a le droit de s'informer de l'existence d'antécédents judiciaires chez ses employés¹⁵. L'employeur ne pourrait toutefois refuser d'embaucher ou congédier une

¹⁵ La Cour suprême du Canada a reconnu ce principe plus d'une fois: *Therrien (Re)*, [2001] 2 R.C.S. 3, para. 138 et *Montréal (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, [2008] CSC 48, para. 20.

personne sur la base de ses antécédents judiciaires s'il ne peut démontrer l'existence d'un lien entre l'emploi et l'infraction ou si le candidat a obtenu un pardon pour cette même infraction.

- Ø Un candidat ne peut nier ou taire l'existence de ses antécédents judiciaires. Il est tenu de les divulguer lorsqu'il est interrogé à ce sujet par un employeur, et ce, même s'il a depuis obtenu une réhabilitation ou pardon¹⁶.
- Ø Afin de centrer l'attention des employeurs sur les qualifications des candidats plutôt que sur leurs démêlés avec la justice, la Commission recommande aux employeurs de demander si la personne a déjà été trouvée coupable d'une infraction pénale « *ayant un lien avec l'emploi et pour laquelle vous n'avez pas obtenu un pardon* » ou d'une infraction criminelle « *ayant un lien avec l'emploi et pour laquelle vous n'avez pas obtenu un pardon* ».
- Ø La notion d'infraction pénale étant souvent moins bien connue que la notion d'infraction criminelle, la Commission recommande aux employeurs, afin d'éviter toute confusion dans l'esprit des candidats, de scinder ses questions et de clarifier ce qu'est une infraction pénale qui pourrait avoir un lien avec l'emploi.
- Ø En cas de doute sur le lien entre une infraction et un emploi, le candidat et l'employeur peuvent évaluer le problème ensemble. L'analyse doit porter tant sur la nature de l'emploi que sur la nature de l'infraction. Le lien entre une infraction et un emploi n'est pas automatique et chaque situation doit faire l'objet d'une analyse particularisée.
- Ø La notion de pardon que l'on retrouve à l'article 18.2 de la Charte couvre à la fois :
 - la réhabilitation accordée en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire*¹⁷;
 - l'absolution conditionnelle (à condition qu'il se soit écoulé un délai de trois (3) ans depuis le prononcé de la sentence);
 - l'absolution inconditionnelle (à condition qu'il se soit écoulé un délai d'un (1) an depuis le prononcé de la sentence);
 - la prérogative royale (art. 748 du Code criminel).

¹⁶ *Therrien (Re)*, [2001] 2 R.C.S. 3, para. 138.

¹⁷ L.R.C. 1985, c. C-47.

5. Les questionnaires médicaux et les examens médicaux préembauche

Le fait d'exiger d'un salarié qu'il se soumette à un examen médical peut porter atteinte à son droit à l'intégrité (art. 1 Charte et 10 C.c.Q.). Cela constitue également une violation de son droit à la vie privée reconnu aux articles 5 de la Charte et 35 C.c.Q.¹⁸

L'état de santé des candidats à un emploi est visé par le motif handicap que l'on retrouve à l'article 10 de la Charte¹⁹.

Ainsi, toute question concernant l'état de santé ou la condition médicale d'un candidat sera, à première vue, discriminatoire. Il appartiendra à l'employeur d'expliquer en quoi l'information recueillie est nécessaire à l'application de l'article 20 de la Charte. Seules les questions directement reliées aux qualités et aptitudes requises par un emploi pourront être posées (art. 18.1 et 20 Charte).

La Commission recommande que le questionnaire médical, lorsqu'il est requis, ne soit administré qu'une fois que le candidat a reçu une offre d'emploi. Celle-ci pourrait être conditionnelle aux résultats du test médical.

Principes directeurs

Concernant le questionnaire médical, l'employeur devrait respecter les principes directeurs suivants :

- Ø les questions posées doivent référer à des aptitudes ou qualités requises pour occuper adéquatement le poste. Ces aptitudes ou qualités doivent être établies à l'avance et le candidat doit être en mesure de savoir à quelles aptitudes ou qualités chaque question réfère;
- Ø les qualités ou aptitudes évaluées doivent avoir un lien rationnel avec les tâches essentielles liées au poste à combler. En conséquence, l'employeur doit s'assurer de disposer, pour chacun des types d'emploi au sein de son établissement, d'une description des tâches essentielles permettant d'accomplir le travail de manière sûre et efficace. Le questionnaire médical doit être modulé en fonction de chacun des types d'emploi;

¹⁸ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Arseneault)c. Institut Demers inc.* [1999] R.J.Q. 3101 (T.D.P.Q.), REJB 1999-14673, para. 57 à 59.

¹⁹ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)c. Montréal (Ville); Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)c. Boisbriand (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, para. 69.

- Ø les qualités ou aptitudes physiques et mentales requises pour occuper un emploi et évaluées par le questionnaire médical doivent reposer sur des données objectives, scientifiques et médicales sérieuses plutôt que sur des perceptions ou des impressions;
- Ø le questionnaire médical doit permettre une évaluation juste des capacités de chaque candidat. Le questionnaire ne doit pas être établi en fonction de normes ou de critères plus élevés ou sévères que ce qui est nécessaire à l'exécution sûre et efficace du travail;

Autrement dit, les exigences du questionnaire ne doivent pas avoir pour effet d'exclure des candidats aptes à exécuter le travail dans la mesure où l'employeur peut convenir de mesures d'accommodement permettant à l'employé d'exercer efficacement son travail.
- Ø il faut éviter les questions ouvertes ou trop générales qui obligent le candidat à révéler des informations médicales qui ne sont pas requises ou nécessaires pour exécuter le travail;
- Ø les questions portant sur de possibles demandes d'accommodement raisonnable ne devraient pas figurer au questionnaire médical préembauche. Les mesures d'accommodement préventives qui ne remettent pas en cause la capacité de l'employé d'exécuter son travail devraient être discutées uniquement après l'embauche.

« [L]es mesures d'accommodement ont pour but de permettre à l'employé capable de travailler de le faire.²⁰ »

- Ø le questionnaire médical préembauche ne doit pas servir à établir le bilan de santé du candidat aux fins d'évaluer son admissibilité à un programme d'assurance. L'employeur qui assure lui-même ses employés doit distinguer la capacité d'un employé d'exécuter les tâches essentielles de l'emploi de son admissibilité à un régime d'assurance;
- Ø le formulaire médical préembauche ne doit être administré que lorsque le candidat a reçu une offre d'embauche. Celle-ci peut être écrite ou verbale. L'offre d'embauche peut être conditionnelle aux résultats du formulaire ou d'un examen médical préembauche. En conséquence, la Commission recommande aux employeurs d'indiquer clairement sur le questionnaire la mention suivante : *« Si vous êtes invité à compléter le présent formulaire, c'est que vous avez reçu de la part de l'employeur une offre d'embauche conditionnelle à l'administration du présent formulaire et aux résultats d'un examen médical pouvant s'en suivre »*.

²⁰ *Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ), 2008 CSC 43, para. 14.*

6. Les tests psychologiques ou tests de la personnalité²¹

Tout comme les examens médicaux, les tests psychologiques peuvent porter atteinte au droit à l'intégrité du candidat (art. 1 de la Charte et 10 C.c.Q.) et constituer une violation de son droit à la vie privée (art. 5 de la Charte et 35 C.c.Q.).

En effet, ces tests obligent souvent le candidat à répondre à des questions très personnelles et, incidemment, à dévoiler des aspects de sa vie privée.

Un employeur ne pourrait imposer un tel test systématiquement à tous les candidats pour tous les types d'emplois. L'utilisation de ces tests doit être ciblée en fonction de certains types d'emploi. Par exemple, ces tests seraient fréquemment utilisés dans les corps d'emplois pouvant impliquer un haut niveau de stress afin d'évaluer les aptitudes des candidats à occuper de telles fonctions (pompiers, policiers, contrôleurs aériens).

L'administration d'un test psychologique pourrait être contestée, entre autres, si :

- Ø lors de la passation du test, des questions discriminatoires sont posées au candidat;
- Ø le candidat qui accepte de se soumettre à un tel test n'est pas clairement informé de l'objectif poursuivi par le test, de ce que l'on cherche à mesurer;
- Ø le test a pour effet d'exclure de façon disproportionnée des candidats sur la base de critères illicites de discrimination.

7. Les examens théoriques ou pratiques

Les employeurs doivent porter une attention particulière aux outils et instruments de sélection qu'ils utilisent lors d'une épreuve de sélection. Ils doivent s'assurer que les examens théoriques ou pratiques qu'ils administrent sont exempts de biais discriminatoires et permettent aux candidats d'être évalués équitablement.

Idéalement, les tests pratiques ou théoriques imposés au moment de la sélection devraient être soumis à une validation critériée²². Le processus de validation permet entre autres de confirmer la pertinence de l'examen. Cela permet également d'établir l'existence d'une corrélation entre

²¹ Pour une analyse plus détaillée, nous référons le lecteur au document suivant: COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Les tests psychologiques et psychométriques en emploi*, Daniel Carpentier, (Cat. 2.115.9.6), juin 1998 disponible à l'adresse suivante: www.cdpcj.qc.ca.

²² Sur l'importance et la pertinence de soumettre les outils de sélection à une validation critériée, voir *Affaire Gaz Métropolitain*, précitée note 7 (en appel).

les compétences ou les connaissances évaluées lors d'un examen et les tâches essentielles reliées au poste convoité.

Les tests utilisés par l'employeur ne doivent pas entraîner un effet d'exclusion disproportionné de candidats sur la base de critères illicites de discrimination. Pour éviter cet effet d'exclusion, l'employeur devrait toujours disposer d'une description des tâches et exigences essentielles du poste et s'assurer de la validation de ses outils d'évaluation afin de prévenir tout biais discriminatoire.

À RETENIR

- Ø Lorsqu'il développe des outils ou des épreuves de sélection, l'employeur doit s'assurer que ceux-ci sont exempts de tout biais discriminatoire.
- Ø Pour ce faire, il doit disposer d'une description des tâches essentielles à l'exécution sûre et efficace de l'emploi.
- Ø C'est à partir de cette liste de tâches essentielles que l'employeur pourra établir les exigences (qualités ou aptitudes) requises pour occuper l'emploi.
- Ø En effet, les exigences préalables que l'on retrouvera dans l'offre d'emploi, de même que celles qui seront évaluées et mesurées au cours du processus de sélection doivent être justifiées par la nécessité de détenir ces qualifications pour réaliser les tâches essentielles de l'emploi²³.

²³ Affaire *Gaz Métropolitain*, précitée note 7 (en appel), para. 429.