



Accueil » Publications » Revue

► Revue du Barreau
► Édition courante
► Archives

Revue du Barreau du Québec

Revue du Barreau: volume 60 numéro 1

Le droit à la vie privée - sa portée face à la surveillance de l'employeur

Diane VEILLEUX

La discrimination fondée sur la grossesse: un obstacle à lever pour assurer l'égalité des chances dans l'emploi

Maurice DRAPEAU

Les tests de dépistage d'alcool et de drogues en milieu de travail: une question d'équilibre

Anouk VIOLETTE

Chroniques

Droit administratif. L'Article 106 de la Loi sur la justice administrative:

que devient la maxime «à l'impossible nul n'est tenu»?  184K

Sheila York

Civil Procedure. Seizing confidential computer data before judgment 

118K

James Hughes

Intellectual Property. Domain Names in the Realm of Trademark Law 

144K

Nathaly J. Vermette

Droit de la jeunesse. Les droits judiciaires reconnus à la «personne intéressée» visée par l'article 81 de la Loi sur la protection de la

jeunesse  151K

Anne Fournier

Private International Law. Competence of Tribunal Interjurisdictional

Aviation Accidents  178K

Joshua C. Borenstein

Bonnie Rabinovitch

Publication du Barreau du Québec sous la direction du Comité de la Revue du Barreau

- Me Claude Champagne, président
- Me Jean-Denis Archambault
- Me Michel Deschamps
- Me Pierre Giroux
- Me Jean-Claude Hébert
- Me Françoise Mercure
- Me Gilles Pépin
- Me Micheline Plante

- Me Louise Poudrier-Lebel
- Me William A. Schabas
- Me Suzanne Vadboncoeur, secrétaire

Dans les études ou articles, l'exactitude des citations, des lois, des codes et de toute autre note ou référence relève de la seule responsabilité de l'auteur.

Opinions émises doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

[Plan du site](#) | [Liens utiles](#) | [Bottin](#) | [Contactez-nous](#)

Mise à jour : NaN undefined NaN

Le droit à la vie privée – sa portée face à la surveillance de l'employeur

Diane VEILLEUX

Résumé

Les changements dans les modes de production de biens ou de services et dans l'organisation du travail facilités par l'essor de la technologie semblent avoir favorisé une recrudescence des moyens de surveillance susceptibles d'affecter le droit à la vie privée des personnes salariées. Mais quel est donc le droit à la vie privée? Et quel est celui de la personne salariée? Cet article traite de ces deux questions qui paraissent indissociables. De façon générale, le droit à la vie privée est un concept difficile à cerner puisqu'il repose, à la fois, sur une conception individualiste et collectiviste. C'est pourquoi, ces différentes conceptions ainsi que les critères qui s'y rattachent sont présentés, dans une première partie, pour délimiter le droit à la vie privée. Dans une seconde partie, il s'agit d'en établir la portée face à la surveillance exercée par l'employeur. L'analyse vise alors l'attente raisonnable de vie privée de la personne salariée, la renonciation au droit à la vie privée et la restriction de ce droit fondée sur des critères de rationalité et de proportionnalité.

Le droit à la vie privée – sa portée face à la surveillance de l'employeur

Diane VEILLEUX*

1. Le droit à la vie privée	6
1.1 Les fondements du droit à la vie privée	7
1.1.1 La conception individualiste.	7
1.1.2 La conception collectiviste	8
1.1.3 L'approche réaliste.	8
1.2 Les critères délimitant le droit à la vie privée.	9
1.2.1 Les critères liés à la dimension individuelle du droit à la vie privée	10
1.2.2 Les critères liés à la dimension collective du droit à la vie privée	16
2. Le droit à la vie privée dans le cadre de la surveillance des personnes salariées.	19
2.1 L'attente raisonnable de vie privée de la personne salariée.	20
2.1.1 La surveillance de la personne salariée hors du travail	22
2.1.2 La surveillance de la personne salariée au travail	23
<i>Le contrôle sur le site de travail</i>	24
<i>Le contrôle dans l'utilisation des moyens de communication</i>	26

* Avocate et professeure, École de relations industrielles, Université de Montréal.
Je remercie mon collègue M^e Gilles Trudeau pour ses commentaires judicieux lors
de la lecture de la première version de ce texte.

2.2	La renonciation au respect de la vie privée de la personne salariée	28
2.2.1	Les conditions relatives à la clarté de la renonciation.	29
2.2.2	Les conditions relatives au caractère non équivoque de la renonciation.	30
2.2.3	Les conditions relatives au caractère volontaire de la renonciation.	31
2.3	Les restrictions au droit à la vie privée de la personne salariée	35
2.3.1	La rationalité de l'atteinte au droit à la vie privée	36
2.3.2	La proportionnalité de l'atteinte au droit à la vie privée	43
	Conclusion	45

L'être humain a sans conteste besoin de s'aménager des espaces de vie privée pour sa liberté de mouvement et d'esprit¹. Aujourd'hui, cette quête de vie privée, intrinsèquement morale, s'affirme comme objet de droit social² et aussi de droit économique³. En l'absence de protection juridique, la vie privée semble menacée par les moyens de surveillance physique et psychologique de plus en plus sophistiqués dont disposent non seulement le pouvoir étatique, mais aussi le pouvoir économique. Sans reconnaissance juridique de leur droit à la vie privée, les individus paraissent incapables de la protéger. Néanmoins la consécration légale du droit à la vie privée le rend tributaire des juges qui pourront en disposer.

Loin de croire qu'il faille enfermer le droit à la vie privée dans un positivisme juridique, il faut néanmoins tenir compte des paramètres définis par les tribunaux pour en saisir l'étendue. Cet article vise d'abord à préciser le concept de vie privée en tant que droit fondamental selon la *Charte canadienne* et la *Charte québécoise*. Bien qu'on ait beaucoup écrit sur le droit à la vie privée, ce concept reste flou et ne fait pas encore l'unanimité quant à son entendement⁴. Il convient donc de l'expliquer avant d'en cerner la portée face à la surveillance de l'employeur.

En ce domaine, le droit à la vie privée se heurte au droit de direction de l'employeur sur ses biens et sur les personnes qu'il

1. Au sujet de l'émergence du concept du droit à la vie privée, voir: Arthur SCHAFER, «Privacy: A Philosophical Overview», dans *Aspects of Privacy Law*, édité par Dale GIBSON, Toronto, Butterworths, 1980, p.1-20.
2. En tant qu'objet de droit fondamental, le droit à la vie privée vise essentiellement à protéger la personne dans son intégrité, sa dignité, sa liberté. Ainsi la *Charte canadienne des droits et libertés*, L.R.C. (1985), App.II, n° 44, la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, L.R.Q., c. P-39.1 poursuivent cet objectif. Le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 affirme aussi le droit à la vie privée, notamment aux articles 3 et 35. Cette loi n'est cependant pas abordée dans le cadre de cet article.
3. Contrairement aux lois précitées dans la note 2, la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (L.C. 2000, c. 5), vise à protéger la vie privée non pas en tant que droit fondamental, mais en tant que droit économique pour faciliter et promouvoir le commerce électronique.
4. La Cour d'appel du Québec en fait elle-même la remarque dans l'arrêt *Syndicat des travailleuses et travailleurs de Bridgestone/ Firestone de Joliette (CSN) c. Trudeau*, [1999] R.J.Q. 2229, 2241.

emploi. Les impératifs de rendement et de compétitivité dans la nouvelle économie poussent les entreprises vers un contrôle plus serré dans la gestion de leurs ressources matérielles, humaines et financières. Les moyens utilisés dans un effort de contrôler la qualité et les coûts de production de biens ou de services peuvent devenir plus envahissants pour les salariés. D'ailleurs avant même d'être assistés par la technologie de pointe, certains moyens de contrôle, comme par exemple la fouille, les caméras vidéo sur les lieux de travail servaient déjà à la surveillance des personnes salariées, mais sans être généralisés, peut-on croire, dans les entreprises. Les changements dans les modes de production de biens ou de services et dans l'organisation du travail facilités par l'essor de la technologie semblent avoir favorisé une recrudescence des moyens de surveillance susceptibles d'affecter le droit à la vie privée des personnes salariées. En effet, quelle que soit l'entreprise où elle travaille et la fonction qu'elle y exerce, une personne risque d'être soumise d'une manière ou de l'autre à un contrôle envahissant de ses mouvements, de ses propos et même de sa personne. Face à cette surveillance accrue à laquelle les personnes salariées peuvent être exposées, il y a lieu de se demander dans quelle mesure le droit à la vie privée existe au travail et quelles sont les limites qui peuvent lui être imposées. Cet article propose donc un cadre d'analyse du droit à la vie privée, lequel permettra ensuite d'en cerner la portée face à la surveillance des personnes salariées par l'employeur. Cette seconde partie de l'article s'inscrit dans une démarche de réflexion sur un sujet aux balises encore fragiles et souvent difficiles à repérer.

1. LE DROIT À LA VIE PRIVÉE

La notion de vie privée n'est pas étrangère à celles de dignité, d'intégrité et de liberté. En effet, le droit à la vie privée baigne dans ces valeurs fondamentales et convergentes d'une société démocratique fondée sur la primauté du droit. Tout aussi abstrait que les valeurs fondamentales qui le transcendent, le droit à la vie privée ne peut se résumer dans une simple définition ayant pour effet d'«enferrer cette notion et (de) nuire à son développement»⁵.

5. Karim BENYEKHLEF, «Les dimensions constitutionnelles du droit à la vie privée», dans Pierre TRUDEL, France ABRAN, *Droit du public à l'information et vie privée: deux droits irréconciliables?*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1992, p. 18. Voir aussi concernant la difficulté de donner une définition de la vie privée, le relevé de littérature effectué par Martin MICHAUD, *Le droit au respect de la vie privée dans le contexte médiatique: de Warren et Brandeis à l'inforoute*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1996, p. 2.

Pour situer le droit à la vie privée, il convient donc d'en présenter les principaux fondements et de traiter ensuite des critères qui le délimitent.

1.1 Les fondements du droit à la vie privée

Le droit à la vie privée paraît reposer sur un difficile équilibre entre une conception individualiste et une conception collectiviste de ce droit⁶. La conception individualiste fonde le droit à la vie privée sur le désir de vie privée d'une personne, alors que la conception collectiviste oppose la vie en société à la vie privée. Bien que ces deux conceptions paraissent difficilement dissociables l'une de l'autre, il convient de les présenter d'abord l'une et l'autre pour retenir ensuite une conception réaliste fondée sur la pondération des deux premières.

1.1.1 La conception individualiste

La conception individualiste fonde le droit à la vie privée en insistant sur l'idée de secret. Concerne la vie privée, tout ce qu'une personne veut garder secret en s'aménageant «une zone à l'abri de l'ingérence d'autrui»⁷. L'accent est mis ici sur «la volonté de l'individu à vouloir se protéger»⁸. Le droit à la vie privée conférerait alors «le pouvoir d'interdire à des tiers d'avoir accès à sa vie personnelle, afin d'en préserver l'anonymat. Le droit de l'individu de passer inaperçu»⁹. Une approche individualiste de la vie privée permet donc de la concevoir comme «une sphère secrète de vie» d'où il est possible d'écarter les tiers¹⁰.

Cette conception qui s'attache uniquement à la personne résiste difficilement à la relativité de la vie privée. En effet, le droit à la vie privée ne peut être fondé seulement sur la volonté de celui qui veut en jouir, la place que ce dernier occupe dans la société doit aussi être prise en compte. Ainsi les activités exercées par une personne influent sur l'étendue de sa vie privée. En outre,

6. À propos du droit à la vie privée, voir notamment: Xavier AGOSTINELLI, *Le droit à l'information face à la protection civile de la vie privée*, Collection «Éthique et déontologie» dirigée par Jean-Yves NAUDET, Aix-en-Provence, Librairie de l'Université, 1994; Martin MICHAUD, *id.*; Karim BENYEKHLEF, *Protection de la vie privée dans les échanges internationaux d'information*, Montréal, Éditions Thémis, 1992; H. Patrick GLENN, «Le droit au respect de la vie privée», (1979) 39 *R. du B.* 879.

7. X. AGOSTINELLI, *id.*, p. 91.

8. *Id.*

9. *Id.*, p. 92.

10. *Id.*

une conception essentiellement individualiste de la vie privée aurait pour effet de placer «la personne» au-dessus de la société, puisqu'elle pourrait par sa seule volonté décider d'en être exclue.

1.1.2 La conception collectiviste

Fondée sur une approche collectiviste, la vie privée paraît s'opposer à la vie publique. Tout ce qui n'entre pas dans la vie publique d'un individu tomberait dans la sphère de la vie privée. Cette explication attire par sa simplicité apparente. Toutefois, elle doit être rejetée parce qu'elle évacue les liens parfois inextricables entre la vie publique et la vie privée¹¹. L'affaire *Aubry c. Éditions Vice et Versa inc.*¹² en fournit un exemple. Une jeune étudiante est photographiée par un journaliste sur le perron de son domicile. Jusque là, il n'y a pas d'atteinte à la vie privée. Sa photo est publiée dans une revue. La Cour suprême du Canada a vu dans ce geste une atteinte à l'image de la personne puisque sa photo a été publiée sans son consentement. Cette affaire démontre qu'une personne peut se trouver en public et prétendre néanmoins à un espace de vie privée. Ainsi, une conception strictement collectiviste conduirait à nier toute vie privée là où «la personne» se trouve en société. La vie privée demeure donc compliquée à cerner de façon précise compte tenu de ses dimensions individuelle et collective qu'il faudra pondérer selon les valeurs sociales et morales en présence.

1.1.3 L'approche réaliste

Pour donner un sens au concept de vie privée, celle-ci doit d'abord s'attacher à la personne qui en est titulaire, mais en la balisant selon les sphères spatiale et informationnelle visées. La personne peut prétendre au droit d'être laissée tranquille. Cependant, ce droit sera tempéré par le droit d'accès d'autrui à l'espace et à l'information nécessaires. L'approche réaliste est fondée sur la pondération entre le droit individuel à la vie privée et le droit de la société d'y accéder dans l'intérêt général. Cette approche ressort d'ailleurs des décisions rendues par la Cour suprême du Canada fondées sur la *Charte canadienne des droits de la personne* et sur la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec*. La *Charte canadienne* protège le droit à la vie privée dans un contexte de droit public, c'est-à-dire lorsque l'État est

11. *Id.*, p. 90; Martin MICHAUD, *op.cit.*, note 5, p. 2.

12. [1998] 1 R.C.S. 591.

concerné. La *Charte québécoise* s'applique non seulement aux rapports entre l'État et les citoyens, mais aussi aux rapports entre les particuliers. Par-delà les techniques juridiques différentes utilisées par les législateurs canadien et québécois pour garantir le droit à la vie privée, on se rend compte, à l'examen des critères identifiés par la Cour suprême du Canada pour délimiter ce droit, que la pondération entre une évaluation individuelle et collective est l'essence même de ce droit fondamental.

1.2 Les critères délimitant le droit à la vie privée

Des techniques juridiques différentes sont utilisées pour garantir le droit à la vie privée dans les *Chartes canadienne* et *québécoise*. En effet, la *Charte canadienne des droits et libertés* ne prévoit pas de façon expresse le droit à la vie privée. Néanmoins, la Cour suprême a reconnu ce droit en vertu de l'article 8 de la *Charte canadienne* qui interdit les fouilles, perquisitions et saisies abusives¹³. Elle a également inféré un tel droit de l'article 7 de la *Charte canadienne* qui garantit le droit à la liberté. La *Charte québécoise* prévoit expressément à l'article 5 le droit à la vie privée. Ces articles sont rédigés de la façon suivante:

8. Fouilles, perquisitions, saisies. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. (*Charte canadienne*)

7. Vie, liberté et sécurité. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. (*Charte canadienne*)

5. Respect de la vie privée. Toute personne a droit au respect de sa vie privée. (*Charte québécoise*)

On remarque à la lecture des articles précités, qu'à l'article 8 de la *Charte canadienne*, seules les fouilles, perquisitions et saisies **abusives** sont interdites. L'article 7 de la *Charte canadienne* affirme un droit à la liberté, mais en permet néanmoins l'atteinte en conformité avec **les principes de justice fondamentale**. Contrairement aux articles précités de la loi constitutionnelle, l'article 5 de la *Charte québécoise* n'impose aucune restriction ou atténuation au droit à la vie privée. Celui-ci demeure néanmoins tempéré par l'article 9.1 de cette même loi qui se lit comme suit:

13. La même interdiction est prévue dans l'article 24.1 de la *Charte québécoise*.

9.1 Exercice des libertés et droits fondamentaux. Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

Rôle de la loi. La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice.

Citant les propos du ministre de la Justice du Québec au moment de l'adoption de cet article en 1982, donc sept ans après l'adoption de la *Charte* et de l'article 5, le juge Lamer dans l'arrêt *Aubry c. Vice-Versa inc.* en précise l'objet:

L'article 9.1 a pour objet d'apporter un tempérament au caractère absolu des libertés et droits édictés aux articles 1 à 9 tant sous l'angle des limites imposées au titulaire de ces droits et libertés à l'égard des autres citoyens, ce qui est le cas pour le premier alinéa, que sous celui des limites que peut y apporter le législateur à l'égard de l'ensemble de la collectivité, principe qu'on retrouve au deuxième alinéa.¹⁴

Que l'on se réclame du droit à la vie privée selon l'un ou l'autre des articles précités, il ne peut être conçu seulement d'un point de vue individuel, il comprend aussi une dimension collective.

1.2.1 Les critères liés à la dimension individuelle du droit à la vie privée

Dans sa dimension individuelle, le droit à la vie privée dans le contexte de l'article 8 de la *Charte canadienne* peut se résumer selon les enseignements de la Cour suprême du Canada comme étant le droit de ne pas être importuné par autrui¹⁵, le droit d'être laissé tranquille¹⁶. Dans l'arrêt *R. c. Dyment*¹⁷, le juge La Forest rappelle que «la notion de vie privée est au cœur de celle de la liberté dans un État moderne»¹⁸. «Fondée sur l'autonomie morale et physique de la personne, la notion de vie privée est essentielle à son bien-être»¹⁹. Le juge La Forest dans ce même arrêt identifie, à l'aide du rapport du groupe d'étude sur *L'ordinateur et la vie privée*, trois sphères de vie privée: la sphère spatiale ou territoriale, la personne et la sphère informationnelle.

14. Précité, note 12, p. 604.

15. *Hunter c. Southam inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, 159.

16. *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, 39.

17. *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417.

18. *Id.*, p. 427.

19. *Id.*

À propos de la première, le juge La Forest constate que le droit à la vie privée avant la *Charte* était associé au droit de propriété, au domicile. Cette conception étroite de la vie privée, le rappelle-t-il, n'est pas adaptée au mode de vie actuel. «Protéger la vie privée au domicile seulement... revient à protéger ce qui n'est devenu, dans la société contemporaine, qu'une petite partie du besoin environnemental quotidien de vie privée de l'individu»²⁰. Le droit à la vie privée vise fondamentalement la personne afin de protéger sa dignité et son intégrité: «ce qui est protégé, ce sont les personnes et non les lieux»²¹. Citant avec approbation les propos tenus dans le rapport intitulé *L'ordinateur et la vie privée*, le juge La Forest confirme que la protection s'impose aussi bien au sens physique que moral: «La vie privée ne s'entend pas ici qu'au sens physique, car il s'agit surtout de sauvegarder la dignité de la personne humaine»²². Le droit à la vie privée en matière d'information est aussi fondé selon le juge La Forest «sur la notion de dignité et d'intégrité de la personne»²³.

La personne qui se réclame du droit à la vie privée selon l'article 8 de la *Charte canadienne* doit cependant prouver l'attente raisonnable en matière de vie privée. À cette étape, l'attente raisonnable s'évalue d'un point de vue subjectif. Il s'agit de déterminer si une personne placée en pareille situation peut raisonnablement croire à la possibilité d'être laissée tranquille, à l'abri des indiscretions. Poser l'exigence de l'attente raisonnable du point de vue subjectif revient à dire que la personne ne peut par sa seule volonté délimiter sa zone personnelle de vie privée en faisant abstraction du milieu social avec lequel elle interagit. Tout en étant centré sur la personne, le droit à la vie privée n'est pas absolu comme l'a affirmé souvent la Cour suprême du Canada en traitant de l'article 8 de la *Charte canadienne*. Notons cependant à cet égard qu'il faut une analyse attentive des propos de la Cour suprême du Canada pour saisir le concept d'attente raisonnable sur lequel elle fonde le droit à la vie privée. En effet, une première analyse porte à croire que l'attente raisonnable énoncée par la Cour vise essentiellement à mettre en balance le droit individuel à la vie privée et le droit de la société d'y accéder. Cependant, une étude plus attentive des propos de la Cour permet de dissocier l'aspect subjectif de l'attente raisonnable lié à la dimension indivi-

20. *Id.*, p. 429.

21. *Id.*

22. *Id.*

23. *Id.*

duelle du droit à la vie privée de l'aspect objectif de cette attente fondé sur le droit de la société de s'immiscer, dans des circonstances particulières, dans la vie privée d'une personne.

Par exemple lorsque, dans les affaires *R. c. Duarte*²⁴ et *R. c. Wong*²⁵, la Cour suprême s'interroge à savoir si des personnes commettant des actes illégaux dans une chambre d'hôtel ou encore invitant des étrangers dans leur chambre d'hôtel peuvent prétendre à une attente raisonnable de vie privée dans une situation de surveillance électronique par la police, elle vise la dimension individuelle du droit à la vie privée. En effet, la question ne porte pas encore sur le droit de l'État de surveiller par des moyens électroniques la vie privée d'une personne, mais sur le droit de celle-ci de croire raisonnablement être à l'abri de ce type d'indiscrétion commis par l'État. Dans les deux affaires précitées, en concluant que dans pareilles situations les personnes peuvent avoir une attente raisonnable de vie privée, la Cour suprême a donné une portée libérale à la dimension individuelle du droit à la vie privée. En effet dans ces deux affaires, la Cour accorde beaucoup d'importance à ce que représente pour une personne le fait d'être dans une chambre d'hôtel dont la porte est fermée. La Cour retient la symbolique de ce lieu physique qui représente la manifestation d'une volonté clairement exprimée de se créer une zone d'intimité. En somme la Cour suprême, malgré la dissidence du juge Lamer, donne préséance à la volonté, en l'espèce le lieu physique en est l'expression, sur d'autres éléments matériels qui objectivement viennent altérer le caractère privé du lieu, notamment l'illégalité des actes commis et la présence d'étrangers dans ces lieux.

L'aspect subjectif de l'attente raisonnable ressort aussi dans l'arrêt *R. c. M.*²⁶. Dans cette affaire, un élève d'une école secondaire soupçonné de vendre de la drogue dans l'école a été fouillé par le directeur adjoint. S'interrogeant sur l'attente raisonnable de cet élève au respect de sa vie privée dans l'école, le juge Cory écrit qu'elle existe effectivement d'un point de vue subjectif permettant l'application de l'article 8 de la *Charte canadienne*. L'extrait suivant est pertinent à cet égard:

L'élève qui est à l'école s'attendrait subjectivement à ce que sa vie privée, à tout le moins en ce qui concerne son corps, soit respectée.

24. *Op. cit.*, note 16.

25. [1990] 3 R.C.S. 36.

26. *R. c. M. (R.M.)*, [1998] 3 R.C.S. 393.

Compte tenu du droit accru à la vie privée qui, par le passé, a été reconnu aux gens en ce qui concerne leur personne même, une attente subjective en matière de vie privée à cet égard est raisonnable. Je ne crois pas que cette attente devienne déraisonnable du seul fait que l'élève se trouve à l'école. Il s'ensuit que l'appelant avait une attente raisonnable en matière de vie privée à cet égard, et, partant, que l'art. 8 s'applique.²⁷

La preuve d'une attente subjective raisonnable de vie privée paraît donc suffisante pour entraîner l'application de l'article 8 de la *Charte canadienne*. La dimension individuelle du droit à la vie privée fonde l'existence de la garantie constitutionnelle. La dimension collective de ce droit en délimite cependant l'étendue. Avant d'aborder la dimension collective, il convient d'exposer comment le droit à la vie privée est cerné dans sa dimension individuelle selon l'article 7 de la *Charte canadienne* et selon l'article 5 de la *Charte québécoise*.

L'article 7 de la *Charte canadienne* garantit le droit à la liberté. Cet article comme tous les autres articles de cette loi doit être interprété «*en fonction des valeurs de l'ensemble de la Charte*», tel que le rappelle le juge La Forest dans l'arrêt *Godbout c. Longueuil (Ville)*²⁸. La liberté protégée par la *Charte canadienne* comprend à la fois la liberté d'ordre physique et moral. Les propos du juge La Forest sont particulièrement éloquents à cet égard:

[...], la liberté ne signifie pas simplement l'absence de toute contrainte physique. Dans une société libre et démocratique, l'individu doit avoir suffisamment d'autonomie personnelle pour vivre sa propre vie et prendre des décisions qui sont d'importance fondamentale pour sa personne.²⁹

Dans l'arrêt précité, le juge La Forest résume, sans cependant le restreindre à ces seules notions, le droit à la liberté par «les notions fondamentales de dignité humaine, d'autonomie individuelle et de vie privée»³⁰. Ainsi la possibilité de choisir son lieu de résidence et de décider «d'autres questions très personnelles (touchant notamment la vie de famille, l'éducation des enfants et les soins à apporter à des êtres chers) est inextricablement liée à la notion d'autonomie personnelle»³¹.

27. *Id.*, p. 413-414.

28. *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844.

29. *Id.*, p. 891.

30. *Id.*, p. 892.

31. *Id.*, p. 894.

La notion d'attente raisonnable n'est pas mentionnée par la Cour suprême lorsqu'il s'agit d'interpréter l'article 7 de la *Charte canadienne*. Notons que cet article est rédigé sous la forme active, alors que l'article 8 de cette même loi est écrit sous la forme passive, plaçant ainsi en évidence la relativité du droit constitutionnel. Toutefois, nonobstant la forme active employée à l'article 7, les propos du juge La Forest dans l'affaire *Godbout* indiquent que le droit à la liberté n'est pas absolu. Il «*n'est pas synonyme d'absence totale de contrainte*»³². Il note à ce sujet que l'État a le droit d'imposer des restrictions au comportement individuel «et ce ne sont pas toutes les restrictions qui feront l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*»³³. Bien que la Cour suprême ne renvoie pas au test de l'attente raisonnable en ce qui concerne le droit à la liberté, ce test paraît implicite à la détermination de l'existence de ce droit. En effet, on ne pourrait prétendre que celui-ci dépend de la seule volonté de la personne qui s'en réclame. Il repose plutôt sur une attente raisonnable de liberté, laquelle doit cependant être évaluée d'un point de vue subjectif. Ainsi dans l'affaire *B.(R) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*³⁴, les parents d'un enfant malade se réclamaient du droit à la liberté pour décider des soins médicaux qui devaient être prodigués à leur enfant. La Cour suprême du Canada devait d'abord décider si les parents jouissaient de ce droit constitutionnel. À défaut de franchir cette première étape, la *Charte* ne s'appliquait tout simplement pas. Le juge La Forest auquel la majorité s'est ralliée a jugé que le droit des parents de choisir les soins médicaux pour leur enfant était protégé par l'article 7 *in abstracto* du droit de l'enfant à la vie et à la sécurité. Dans des motifs conjoints auxquels a souscrit le juge Cory, les juges Iacobucci et Major ont décidé au contraire que cette question ne relevait pas de la *Charte* parce que le droit des parents de choisir les soins médicaux était limité par le droit de leur enfant à la vie et à la sécurité³⁵. Le juge La Forest a opté selon toute évidence pour une approche libérale et centrée sur l'aspect individuel du droit à la liberté pour en déterminer d'abord l'existence imposant ensuite la justification de la restriction à ce droit. Cette approche demeure conséquente avec celle qu'a adoptée la

32. *Id.*, p. 890-891.

33. *Id.*, p. 891 et 893.

34. *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315.

35. Le juge en chef Lamer donnait pour sa part dans l'arrêt précité à la note 34 une interprétation restrictive du droit à la liberté en le restreignant à la liberté physique, p. 348.

Cour suprême du Canada en regard de l'article 8 de la *Charte canadienne*.

Le concept de droit à la vie privée prévu à l'article 5 de la *Charte québécoise* reste dans sa dimension individuelle équivalant à celui qui prévaut selon les articles 8 et 7 de la *Charte canadienne*. Il comprend notamment le «droit à l'anonymat et à l'intimité ainsi que le droit à l'autonomie dans l'aménagement de sa vie personnelle et familiale ou encore le droit au secret et à la confidentialité»³⁶. La sphère d'autonomie protégée par l'article 5 vise essentiellement «les choix de nature fondamentalement privée ou intrinsèquement personnelle»³⁷. Ce droit comprend aussi le droit à l'image³⁸. Le test de l'attente subjective raisonnable ne ressort pas des arrêts *Godbout* et *Aubry* lorsqu'il s'agit de l'article 5 de la *Charte québécoise*³⁹. Comme à l'article 7 de la *Charte canadienne*, la forme active est employée à l'article 5 de la *Charte québécoise*, ce qui peut expliquer l'approche différente de la Cour suprême du Canada pour circonscrire le droit à la vie privée. Cependant qu'il s'agisse du droit à la vie privée selon l'article 5 de la *Charte québécoise* ou les articles 7 et 8 de la *Charte canadienne*, ce droit ne peut être conçu dans l'absolu, même d'un point subjectif. Il paraît devoir reposer sur une attente subjective raisonnable de vie privée⁴⁰. Ainsi dans l'affaire *Aubry*, la question en litige porte sur la publication de la photographie de l'étudiante et non sur la prise de cette photographie. Concernant la prise de la photo, l'étudiante se trouvait sur le perron de sa porte lorsqu'elle a été photographiée. Dans les circonstances, l'attente subjective raisonnable de vie privée n'existait pas parce qu'elle ne pouvait évi-

36. *Godbout*, précité, note 28, p. 913.

37. *Id.* Au même effet: *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, précité, note 12, 614.

38. *Aubry*, *id.*

39. Il est possible de croire que le juge en chef Lamer, dissident dans l'arrêt *Aubry*, inclut le test de l'attente raisonnable de vie privée lorsqu'il souscrit notamment à la définition fonctionnelle de vie privée donnée dans l'arrêt *R. c. Dymont*, précité, note 17, p. 600.

40. La notion d'attente subjective raisonnable de vie privée sert à déterminer l'existence du droit à la vie privée, soit le droit à la vie privée dans sa dimension individuelle. Une fois cette attente établie, il revient à la personne qui veut la restreindre ou la limiter de démontrer le caractère rationnel et proportionnel de la contrainte imposée. Cette démarche en deux étapes permet de cerner *in concreto* le droit à la vie privée. Pour une analyse qui semble vouloir écarter la notion d'attente raisonnable de vie privée, voir: Mario ÉVANGÉLISTE, «Les affaires *Bridgestone/Firestone* et *Ville de Mascouche*: la Cour d'appel rompt avec la jurisprudence du travail et fixe des balises. Mais où en sommes-nous?», dans *Développements récents en droit du travail*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 2000, p. 251, 257.

ter le regard des passants⁴¹. Elle demeurerait néanmoins quant à la publication de sa photographie.

En conclusion, le droit à la vie privée dans sa dimension individuelle comprend des composantes analogues selon la *Charte canadienne* et la *Charte québécoise* bien que les techniques juridiques pour l'énoncer soient différentes selon les articles visés de ces lois. Le droit à la vie privée a pour objet la protection, d'un point de vue physique et moral, de la dignité, l'intégrité, l'autonomie de la personne. Dans sa dimension individuelle, ce droit est centré fondamentalement sur la personne laquelle doit cependant justifier d'une attente subjective raisonnable de vie privée. En l'absence d'une telle justification, les Chartes ne s'appliqueront pas. Néanmoins l'existence d'un droit subjectif à la vie privée pourra être limitée par des restrictions fondées sur l'intérêt général. Dans sa dimension collective, le droit à la vie privée peut donc être réduit.

1.2.2 Les critères liés à la dimension collective du droit à la vie privée

Le droit à la vie privée peut être restreint par certaines limites d'intérêt général. Selon la technique juridique utilisée, ces limites prévaudront selon qu'elles sont non «abusives» (art. 8 *Charte canadienne*), ou «en conformité avec les principes de justice fondamentale» (art. 7 *Charte canadienne*), ou encore qu'elles sont fondées sur «des valeurs démocratiques, l'ordre public et le bien-être général des citoyens» (art. 9.1 *Charte québécoise*). Ces différentes expressions employées par le législateur ont permis à la Cour suprême du Canada de conclure que le droit individuel à la vie privée doit nécessairement être pondéré avec le droit de la société de le restreindre dans l'intérêt général.

Au niveau de l'article 8 de la *Charte canadienne*, le droit subjectif de s'attendre raisonnablement au respect de sa vie privée par l'État est tempéré par le droit de ce dernier «de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins, et notamment, d'assurer l'application de la loi»⁴². Il revient à l'État de démontrer le caractère objectivement raisonnable de la limite qu'il entend imposer aux particuliers. Dans le cas des fouilles, perquisitions et saisies effectuées par la police, la Cour suprême

41. Cette situation paraît différente d'une surveillance dont une personne fait l'objet. Son droit à la vie privée est alors compromis, puisque les regards posés ne sont plus le fruit du hasard.

42. *Hunter c. Southam inc.*, précité, note 15, 159-160.

impose une norme très sévère quant au caractère raisonnable de la restriction au droit à la vie privée. Tout en reconnaissant que l'État doit pouvoir contrôler les actes illégaux commis par les citoyens, elle impose une autorisation préalable à l'exercice d'une fouille, perquisition ou saisie effectuée par la police. L'attente raisonnable de l'individu au respect de sa vie privée se situe donc dans le contexte de la surveillance électronique policière à un niveau très élevé de protection puisque seul un système d'autorisation judiciaire préalable permettra de façon générale de le restreindre.

Le niveau de protection s'abaisse cependant lorsque la fouille, la perquisition ou la saisie est effectuée par un représentant de l'État qui ne relève pas de l'autorité policière. Ainsi, l'autorisation préalable n'est pas requise aux douaniers qui doivent contrôler les voyageurs dans la mesure où l'empiétement de la vie privée provoquée par la fouille ne le justifie pas. Dans l'arrêt *R. c. Monney*⁴³, les douaniers ont procédé à la fouille à nu d'un voyageur. Dans cette affaire, la Cour suprême juge que l'attente raisonnable d'un voyageur au respect de sa vie privée est réduite «par l'intérêt qu'ont les États souverains à empêcher l'entrée dans leur territoire de personnes indésirables et de marchandises prohibées, et à protéger leurs revenus tarifaires»⁴⁴.

La Cour suprême du Canada arrive à une conclusion semblable dans une affaire différente visant la légalité des saisies effectuées par les inspecteurs de décrets de convention collective. Dans l'arrêt *Comité paritaire c. Potash*⁴⁵, la Cour rejette une norme de contrôle des saisies et perquisitions aussi sévère que celle qui s'applique à la police. Elle juge que l'attente raisonnable du respect à la vie privée des employeurs est considérablement réduite «dans un contexte où leurs occupations sont largement réglementées par l'État»⁴⁶.

L'attente raisonnable d'un élève au respect de sa vie privée dans l'école est également réduite lorsqu'elle est pondérée avec la responsabilité des enseignants et des autorités scolaires «de procurer un environnement sûr et de maintenir l'ordre et la discipline dans l'école»⁴⁷. Dans ce contexte, un élève pourra être fouillé sans

43. *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652.

44. *Id.*, p. 674.

45. *Comité paritaire c. Potash*, [1994] 2 R.C.S. 406.

46. *Id.*, p. 422.

47. *R. c. M.*, précité, note 26, p. 414.

obligation des autorités scolaires d'obtenir une autorisation préalable. Néanmoins, la fouille doit être fondée sur des motifs raisonnables de croire qu'une règle de conduite a été violée ou est en train de l'être et que la preuve de cette violation se trouve dans les lieux ou sur la personne fouillée⁴⁸. La fouille doit être conduite aussi de manière raisonnable et appropriée eu égard à «la gravité de l'infraction dont on soupçonne l'existence»⁴⁹.

En somme, l'article 8 de la *Charte canadienne* vise à protéger les attentes raisonnables des particuliers en matière de vie privée à l'encontre des intrusions injustifiées de l'État⁵⁰. Dans les cas de fouilles, perquisitions et saisies menées par la police, la Cour accorde une importance prépondérante à la conception subjective du droit à la vie privée. Cette conception est nettement atténuée par une approche plus objective de l'attente raisonnable lorsque l'article 8 de la *Charte canadienne* est invoqué dans les cas où la police n'est pas l'auteur de la fouille, la perquisition ou la saisie. Sans nier le droit à la vie privée, la Cour impose une norme de contrôle moins sévère dans la mesure où le système d'autorisation préalable à la fouille n'est pas applicable.

En ce qui concerne les restrictions imposées au droit à la vie privée dans le contexte de l'article 7 de la *Charte canadienne*, celles-ci seront recevables à la condition d'être «en conformité avec les principes de justice fondamentale». Elles doivent donc être «fondamentalement justes» non seulement sur le plan procédural mais également quant aux buts visés en conformité avec les préceptes fondamentaux de notre processus judiciaire et de notre système juridique en général⁵¹. Pour établir quels sont les principes de justice fondamentale applicables dans les circonstances de chaque affaire, «il est nécessaire de pondérer les intérêts de l'État et ceux de l'individu»⁵². Il revient à l'État de démontrer que les objectifs poursuivis justifient une intrusion dans la vie privée. Le «processus de pondération» se fera vraisemblablement cas par cas puisqu'il est intimement lié aux faits de chaque affaire⁵³.

Le droit à la vie privée selon l'article 5 de la *Charte québécoise* peut lui aussi être limité dans sa portée par l'intérêt général prévu

48. *Id.*, p. 421.

49. *Id.*, p. 423.

50. *Comité paritaire c. Potash*, précité, note 45, p. 417.

51. *Godbout c. Longueuil (Ville)*, précité, note 28, p. 898.

52. *Id.*, p. 900.

53. *Id.*, p. 902.

à l'article 9.1 de cette même loi. Rappelons que la *Charte québécoise* s'applique aux rapports entre les particuliers et non seulement aux rapports entre l'État et ces derniers. La partie qui invoque l'article 9.1 de la *Charte québécoise* pour tenter de justifier la limitation du droit à la vie privée doit prouver que «cette limite est imposée dans la poursuite d'un objectif légitime et important et qu'elle est proportionnelle à cet objectif, c'est-à-dire qu'elle est rationnellement liée à l'objectif et que l'atteinte au droit est minimale»⁵⁴.

En somme, le droit à la vie privée même s'il est fondamental peut néanmoins être limité dans l'intérêt général. Le droit de la personne à sa vie privée doit alors être pondéré par rapport au bien commun de la société publique ou civile de s'y immiscer. Cette pondération variera selon les droits individuels découlant *de facto* du droit à la vie privée, des intérêts collectifs en jeu compte tenu des circonstances de chaque affaire. Bien que la Cour suprême ait souligné «l'existence d'une différence fondamentale entre les attentes raisonnables de vie privée d'une personne dans ses rapports avec l'État, et ses attentes raisonnables de vie privée dans ses rapports avec de simples citoyens»⁵⁵, ce constat ne devrait pas être interprété comme signifiant que le droit à la vie privée d'une personne dans des rapports privés est moins important que dans des rapports avec l'État. Certes, il est indéniable que la norme de contrôle imposée à la force policière sur les citoyens dans le cadre des fouilles, perquisitions et saisies devrait toujours être plus sévère et rigoureuse qu'en toutes autres circonstances où de telles immixtions dans la vie privée pourraient avoir cours. Toutefois avant de permettre l'intrusion dans la vie privée d'une personne, il faudra avoir la conviction profonde de la rationalité et de la proportionnalité de cette intrusion, au risque sinon de réduire à néant certains espaces de vie privée nécessaires au maintien de la dignité et de l'intégrité et de la liberté de la personne humaine.

2. LE DROIT À LA VIE PRIVÉE DANS LE CADRE DE LA SURVEILLANCE DES PERSONNES SALARIÉES

La personne salariée peut-elle revendiquer, face à l'employeur, un droit à la vie privée lorsque celui-ci utilise des moyens de surveillance lui donnant accès à ses appels téléphoniques, à ses

54. *Id.*, p. 916. Ces critères sont discutés dans la section 2.3.

55. *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, précité, note 12, p. 599. À ce propos voir aussi: *R. c. Duarte*, précité, note 16, p. 43-45; *R. c. Wong*, *op.cit.*, note 25, p. 48 à 55.

courriels, à ses déplacements dans l'entreprise, sur Internet ou hors de l'entreprise ou encore à sa personne par la fouille exercée sur elle ou sur ses effets personnels? Il paraît difficile, voire impossible, de fournir une réponse toute simple à cette question comme il est tout aussi ardu d'expliquer en quelques mots la signification du droit à la vie privée. Néanmoins, partant des postulats de base précédemment exposés à l'effet que le droit à la vie privée comprend deux dimensions, l'une individuelle et l'autre collective, la réponse à la question repose sur l'analyse de ces deux dimensions dans le contexte de la surveillance électronique ou informatique ou de la fouille exercée par l'employeur sur les personnes salariées. En conséquence, le droit à la vie privée de la personne salariée soumis à ces types de surveillance sera d'abord cerné dans sa dimension individuelle. Il faudra ensuite s'interroger sur la possibilité de renonciation à ce droit et enfin en traiter dans sa dimension collective.

2.1 L'attente raisonnable de vie privée de la personne salariée

Tel qu'exposé précédemment, le droit à la vie privée dans sa dimension individuelle s'attache à la personne. Toutefois, ce n'est pas parce qu'elle veut être laissée seule ou à l'abri des indiscretions qu'une personne aura nécessairement un droit à la vie privée. Son désir de vie privée s'élèvera au rang de droit fondamental à la condition qu'il repose sur «une attente subjective raisonnable». Évidemment, l'imposition d'une telle condition implique un jugement de valeurs.

Lorsqu'il s'agit du droit à la vie privée du salarié, celui-ci pourra facilement être occulté par un jugement de valeurs fondé sur la subordination juridique, lequel constitue un des éléments essentiels du contrat de travail. En effet, on pourrait être tenté de nier le droit à la vie privée du salarié au motif qu'il ne peut avoir d'attente raisonnable à cet égard parce qu'il s'est volontairement soumis au pouvoir de surveillance de l'employeur en acceptant de travailler pour lui⁵⁶. Ce raisonnement paraît erroné à son point de

56. De façon générale la jurisprudence et la doctrine en droit du travail niaient l'existence du droit à la vie privée du salarié dans le lieu de travail et dans les locaux de l'employeur, sauf dans certains cas d'exception, à cause du droit de direction de ce dernier découlant du lien de subordination juridique. À ce sujet voir: Linda BERNIER, Lukasz GRANOSIK, Jean-François PEDNEAULT, *Les droits de la personne et les relations du travail*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1997, par. 22.004; Claude D'AOUST, «L'électronique et la

départ puisqu'il nie toute attente raisonnable de vie privée ou toute sphère d'autonomie intrinsèquement personnelle à la personne salariée avant même de s'être penché sur la question. Or le droit à la vie privée se rattache à la personne en tant qu'être humain afin d'assurer sa dignité, son intégrité et sa liberté. Par ailleurs utiliser, pour cerner l'attente raisonnable de vie privée, une analyse fondée sur le risque d'une personne salariée d'être surveillée par l'employeur au moyen de la fouille ou encore de moyens électroniques ou informatiques conduit à l'adoption d'«une norme dépourvue de signification»⁵⁷. À cet égard, les propos tenus par le juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Wong* par rapport à la surveillance électronique exercée par l'État sont particulièrement pertinents dix ans plus tard en ce qui concerne une surveillance semblable exercée par l'employeur. Il indique que «la vie privée serait mal protégée si le caractère raisonnable de notre attente en matière de respect de la vie privée dépendait de la question de savoir si nous nous sommes exposés à la surveillance électronique»⁵⁸. En effet à cause des moyens technologiques dont peuvent disposer les employeurs, il devient relativement facile de placer les personnes salariées sous surveillance électronique ou informatique. Sans reconnaissance d'un droit à la vie privée au travail, la seule façon de l'éviter serait, comme le professeur Amsterdam le suggérerait dans le contexte de la surveillance électronique exercée par l'État, de se retirer dans le sous-sol, de couvrir les fenêtres, de fermer les lumières et de garder un silence absolu⁵⁹. Certains pourront prétendre que les propos de la Cour

psychologie dans l'emploi», dans D. NADEAU ET B. PELLETIER (dir.), *Relation d'emploi et droits de la personne: évolution et tensions!*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1994, p. 35; Beth BILSON, «Search and Surveillance in the Workplace: An Arbitrator's Perspective», dans *Labour Arbitration Yearbook 1992*, édité par W. KAPLAN, J. SACK, Q.C., M. GUNDERSON, Toronto, Butterworths, 1992, p.158. Au Québec, depuis l'arrêt *Bridgestone / Firestone*, précité note 4, rendu par la Cour d'appel du Québec, l'approche paraît plus nuancée mais demeure néanmoins restrictive, voir par exemple la conclusion de Me Rhéaume PERREAULT, «L'adoption d'une politique d'utilisation du courrier électronique et d'Internet: où est le bogue?», dans *Développements récents en droit du travail*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 2000, p. 96. Il est indiqué notamment: «Aviser les employés que l'entreprise a l'intention de surveiller ou de contrôler l'utilisation du courrier électronique ou d'Internet. À cet égard, les employés ne peuvent s'attendre à ce que leurs communications aient un caractère privé ou confidentiel».

57. Cette expression est utilisée par le juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Wong*, *op.cit.*, note 25, 45.

58. *Id.*

59. «Perspectives on The Fourth Amendment», (1974) 58 *Minn. L. Rev.* 349, p. 402, cité par le juge La Forest dans *R. c. Wong*, *id.*

suprême du Canada dans l'arrêt *Wong* renvoient à une surveillance clandestine par l'État. Il est exact que la question portait, dans cette affaire, sur une surveillance cachée exercée par la police. Néanmoins, la pertinence des propos demeure même dans un contexte où l'employeur avise les personnes salariées de la surveillance électronique et de la fouille auxquelles elles pourraient être assujetties. Le fait d'être informée de ce type de surveillance n'enlève pas la sphère d'autonomie intrinsèquement personnelle dont une personne salariée peut subjectivement et raisonnablement se réclamer face à son employeur. L'existence de cette sphère ne peut dépendre de la volonté de celui qui veut la restreindre, sous réserve par ailleurs du droit de renoncer au respect de ce droit à la vie privée dont il sera discuté ultérieurement. Cependant pour pouvoir renoncer à un droit, encore faut-il démontrer qu'il existe.

C'est pourquoi à l'étape de la détermination du droit subjectif à la vie privée, les motifs pour lesquels l'employeur procède à une fouille, une filature ou une surveillance électronique ou informatique ne sont pas pertinents. Celui-ci peut vouloir protéger ses biens, s'assurer de la loyauté des personnes salariées ou encore de leur rendement au travail. Ces motifs doivent être pris en compte à l'étape de la détermination de la rationalité et de la proportionnalité de la restriction au droit à la vie privée. Au stade de la détermination de l'existence de ce droit, il est essentiel de se placer du point de vue de la personne salariée et de se demander si elle a une attente raisonnable de vie privée quand elle fait l'objet de ces types de surveillance orchestrés par l'employeur hors du travail ou au travail, sans égard à la dimension collective du droit à la vie privée, laquelle repose sur les motifs de rationalité et de proportionnalité qui interviennent à la seconde étape de l'analyse.

2.1.1 La surveillance de la personne salariée hors du travail

D'un point de vue subjectif, une personne salariée qui n'est pas au travail a une attente raisonnable élevée au respect de sa vie privée puisqu'elle n'est plus soumise au contrôle de l'employeur. Elle voudra alors éviter qu'il dicte sa conduite en dehors du travail ou qu'il exerce une surveillance à son égard. Par exemple dans l'arrêt *Godbout*, la personne salariée revendique le droit de choisir son lieu de résidence, alors que l'employeur exige pour le maintien de son emploi qu'elle demeure dans la ville qui l'emploie. La Cour suprême du Canada reconnaît que le choix d'un lieu de résidence

est de nature fondamentalement privée et en fait un droit protégé par les *Chartes*. Elle rejette la distinction émise par le juge Baudouin à l'effet qu'un employé ne peut revendiquer ce droit, alors que sa famille le pourrait⁶⁰. La Cour suprême reconnaît donc sans le dire explicitement que la subordination juridique n'a pas d'incidence quant à la détermination de l'existence du droit d'une personne salariée de choisir son lieu de résidence. Dans l'arrêt *Bridgestone / Firestone*⁶¹, la Cour d'appel du Québec constate que le «rapport de dépendance juridique et fonctionnelle ne colore pas cependant toutes les relations entre l'employeur et le salarié, notamment hors de l'établissement»⁶². Même si ces propos ne coulent pas de limpidité, ils laissent présumer que le lien de subordination juridique ne suffit pas pour nier l'existence du droit à la vie privée d'un salarié hors du travail. Il faut tenir compte de chaque contexte. Or dans l'affaire précitée, l'employeur avait exercé une surveillance à l'aide d'une filature assistée par des moyens électroniques et la Cour a reconnu au salarié un droit à la vie privée selon l'article 5 de la *Charte québécoise*.

En dehors du travail, la personne salariée peut donc espérer être à l'abri des indiscretions de l'employeur, lesquelles auraient pour effet de lui imposer une façon de vivre ou de se comporter ou de s'immiscer dans sa vie privée en la surveillant. Dans ces circonstances, l'attente subjective raisonnable de vie privée demeure malgré le lien de subordination juridique. La personne salariée peut donc prétendre à une sphère d'autonomie intrinsèquement personnelle assez étendue lorsqu'elle est en dehors du travail bien que l'employeur puisse, dans certaines circonstances qui seront discutées plus loin, la surveiller même au-delà des lieux de travail.

2.1.2 La surveillance de la personne salariée au travail

Lorsque la surveillance s'exerce au travail, la personne salariée ne peut avoir une attente subjective raisonnable du respect de sa vie privée aussi étendue qu'en dehors du travail. Cependant, cette attente peut exister. À ce propos, la Cour d'appel du Québec reconnaît que, même à l'intérieur de l'établissement, «peuvent se poser des problèmes de protection du droit à la vie privée et de la dignité du travailleur»⁶³. Des problèmes peuvent survenir notam-

60. *Godbout, op.cit.*, note 28, p. 915

61. *Bridgestone / Firestone*, précité, note 4.

62. *Id.*, p. 2242.

63. *Id.*

ment lorsque l'employeur décide de fouiller les personnes salariées. Dans ce cas, il est indéniable qu'une personne salariée a un droit à la vie privée quant à sa personne même et à ses effets personnels qu'ils soient sur ou avec elle ou dans son casier⁶⁴. La question du droit à la vie privée peut également se poser quand la personne salariée est soumise, d'une façon directe ou indirecte, à une surveillance électronique ou informatique sur le site de travail ou dans l'utilisation des moyens de communication de l'employeur.

Le contrôle sur le site de travail Qu'elle soit utilisée par l'État ou par l'employeur, la surveillance électronique ou informatique constitue un mode de surveillance envahissant à cause du type d'intrusion qu'elle permet compte tenu de sa capacité d'emmagasiner intégralement les sons ou les mouvements, en permanence ou de manière intermittente⁶⁵. Sur les lieux de travail, ce mode de surveillance implique que la personne salariée agit à un moment donné ou à un autre sous l'œil ou encore l'oreille vigilants d'un appareil électronique aussi invisible puisse-t-il être. Le fait que la personne salariée ne soit pas propriétaire des lieux ou qu'elle soit soumise au pouvoir de direction de l'employeur ne permet pas de lui nier un droit à la vie privée, c'est-à-dire une sphère intrinsèquement personnelle d'autonomie dans ses mouvements et dans ses propos même si elle se trouve au travail. En effet, le lieu de travail ne peut être appréhendé de la même manière qu'un domicile tant du point de vue de la personne salariée que de celui de l'employeur. Il constitue un milieu de vie professionnelle où se côtoient les personnes qui y travaillent. Contrairement aux clients ou à d'autres personnes qui peuvent fréquenter de façon passagère l'établissement, les personnes salariées y vivent de manière intense sur une base régulière ou occasionnelle.

Le lieu de travail est un microcosme de la société où les individus doivent indéniablement se soumettre à des normes de

64. Voir notamment: Benoît TURMEL, «Le droit de fouille en milieu de travail», dans D. NADEAU et B. PELLETIER (dir.), *Relation d'emploi et droits de la personne: évolution et tensions!*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1994, p. 55; L. BERNIER, L. GRANOSIK, J.-F. PEDNEAULT, *op.cit.*, note 56, para. 21.006.

65. Pour une excellente esquisse de l'impact des nouvelles technologies sur le contrôle de la personne salariée: Fernand MORIN, «Nouvelles technologies et la télésubordination du salarié», conférence présentée au 55^e Congrès des relations industrielles de l'Université Laval, 2000. Ce texte sera publié dans les rapports de congrès.

conduite particulières tout en bénéficiant néanmoins d'une liberté d'action essentielle à leur intégrité et leur dignité humaine. La tentation de revenir à une conception essentiellement utilitaire de la force de travail pour écarter le droit à la vie privée des personnes salariées en présence d'une surveillance électronique ou informatique au travail⁶⁶ devrait être repoussée. En effet, le travail ne peut être assimilé à un produit ou à un bien dont l'employeur peut disposer ou contrôler à sa guise. Il est l'essence même de la personne humaine. Le juge en chef Dickson l'affirmait dans l'arrêt *Slaight Communications inc. c. Davidson*⁶⁷ en citant les propos du professeur Beatty: «Le sens que revêt le travail pour l'individu est perçu comme étant d'une plus grande portée et ne dépend pas complètement des fins de la production»⁶⁸. Le juge en chef rappelait aussi les propos qu'il avait lui-même tenus dans l'arrêt *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*: «[L]emploi est une composante essentielle du sens de l'identité d'une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel»⁶⁹. Or placer la personne salariée sous surveillance électronique peut porter atteinte à son identité, à sa valorisation, voire même dans certaines circonstances à son bien-être moral, dans la mesure où sa liberté de mouvement ou de parole est compromise.

La personne salariée peut subjectivement s'attendre à se mouvoir et à parler librement sans être placée sous surveillance

66. Voir notamment R. PERREAULT, *op.cit.*, note 56, p. 91. Cet auteur indique que «La jurisprudence reconnaît toutefois que l'expectative en matière de vie privée est passablement réduite dans certaines circonstances». Il cite à titre d'exemple les propos suivants tenus dans l'affaire *Société des alcools du Québec c. Syndicat des employés de magasins et de bureaux de la S.A.Q.*, [1983] T.A. 335: «De façon générale, la surveillance électronique d'un salarié au travail ne contrevient pas, à mon avis, à cet article de la *Charte* [art. 5]. Le salarié dans l'exécution de ses fonctions, a des agissements qui n'appartiennent pas à sa vie privée, sauf exception. [...] de façon générale, un salarié au travail loue ses services à un employeur qui a le droit de prendre les mesures qui s'imposent pour vérifier la nature et la qualité». Ces propos nient l'existence d'un droit à la vie privée en présence d'une surveillance électronique, sauf exception à cause du caractère essentiellement utilitaire du travail salarié. Or ce postulat de base évacue l'essence même du droit à la vie privée, c'est-à-dire le droit à la dignité, l'intégrité et la liberté de la personne humaine. Un salarié est avant tout une personne et il faut se demander si une personne peut raisonnablement prétendre au droit de ne pas être surveillée chez l'employeur par des moyens électroniques portant atteinte à sa dignité, son intégrité ou sa liberté. Ce n'est pas parce qu'elle porte le statut de salarié qu'une personne devrait abdiquer sans autre justification son droit à la dignité, l'intégrité et la liberté.

67. [1989] 1 R.C.S. 1038.

68. *Id.*, p.1054.

69. *Id.*

électronique qu'elle se trouve dans la salle d'eau, la salle de repos, à son poste de travail ou qu'elle circule dans l'établissement. L'attente raisonnable de vie privée dans la salle d'eau et dans la salle de repos est augmentée à cause des activités à caractère privé que ces lieux impliquent. Cependant cette attente subjective de vie privée peut aussi exister quand la personne salariée se trouve à son poste de travail ou qu'elle circule dans l'établissement. En effet, autant il serait anormal que chaque salarié soit jumelé à une personne qui aurait pour seule et unique fonction de la surveiller, autant il est envahissant pour une personne salariée d'être observée constamment dans ses allées et venues ou dans son travail par un appareil électronique dont elle n'a aucun contrôle et capable d'enregistrer intégralement ses actions. Contrairement à l'humain qui surveille, l'appareil électronique se fait plus discret, mais il n'en constitue pas moins une atteinte au droit à la vie privée lorsqu'il a pour effet de compromettre la liberté de mouvement ou de parole des personnes salariées indispensable à leur intégrité et à leur dignité. À cet égard notons toutefois qu'une surveillance électronique ou informatique visant essentiellement les biens de l'employeur et non les personnes ne constituera pas une atteinte au droit à la vie privée si elle n'affecte pas la liberté de mouvement ou de propos d'une personne salariée. Par exemple, la surveillance électronique ou informatique d'une caisse enregistreuse ou le système GPS dans un camion de transport permettent la collecte d'informations relatives à l'utilisation de ces machines. Bien que ces données puissent influencer la conduite d'une personne salariée ou servir contre elle, leur nature et la façon de les recueillir ne concernent pas, semble-t-il, une sphère d'autonomie intrinsèquement personnelle de cette dernière. Par contre, il paraît juste et raisonnable que les personnes salariées en contact avec des biens placés sous surveillance soient informées de la teneur des données qui peuvent être recueillies. La question de la surveillance électronique des biens de l'employeur peut toucher toutefois le droit à la vie privée de la personne salariée lorsque ses moindres gestes sont captés par la même occasion. Dans ce contexte, l'employeur doit être appelé à démontrer la rationalité et la proportionnalité de la surveillance exercée compte tenu du droit à la vie privée qui s'en trouve affecté.

Le contrôle dans l'utilisation des moyens de communication La question du droit à la vie privée se pose aussi lorsque la personne salariée est soumise à la surveillance de l'employeur dans l'utilisation des moyens de communication, notamment le

téléphone, le courriel ou l'Internet. Se trouvant chez l'employeur et utilisant les outils de communication qui lui appartiennent, la personne salariée ne peut s'attendre raisonnablement à pouvoir en disposer librement comme chez soi. En effet, les décisions relatives à la durée, au nombre et au type d'utilisation des outils de communication de l'employeur ne paraissent pas relever de la vie privée de la personne salariée. Ainsi, elle doit s'attendre à ce que l'employeur délimite et contrôle l'utilisation des moyens de communication. Cependant elle est aussi en droit de s'attendre au respect de sa vie privée dans l'exercice de ce contrôle. La cueillette de données brutes pour déterminer la durée, le nombre ou le type d'utilisation des moyens de communication paraît inhérente à un contrôle normal de l'employeur⁷⁰. Un relevé des numéros de téléphone, de la durée des appels et de leur type, local ou interurbain, ne constitue pas un moyen de contrôle qui puisse mettre en cause une attente raisonnable de vie privée. Il en est de même lorsque l'employeur relève la durée, le nombre d'usages et le type des sites Internet visités⁷¹. La personne salariée qui utilise ces outils de communication ne peut avoir d'attente subjective raisonnable quant au caractère privé de ce genre d'informations vis-à-vis l'employeur. Ces données sont d'ordre général quant à l'utilisation et ne sont pas empreintes d'un caractère intrinsèquement personnel.

Il en est autrement lorsqu'il s'agit de données dont le contenu émane de la personne salariée ou qui lui sont adressées soit à titre personnel ou professionnel. Elle est raisonnablement en droit de s'attendre à ce que l'employeur ne prenne pas connaissance, sans son consentement, de ses conversations téléphoniques, ni de la correspondance échangée par courrier électronique ou autrement. Le fait d'être salarié ne rend pas impersonnels les échanges téléphoniques ou de correspondance tenus au travail et cela, sans égard au médium de communication disponible.

En outre, une politique de l'employeur avisant les personnes salariées qu'il se réserve le droit de prendre connaissance de leurs courriels, de leurs correspondances électroniques ou de leurs

70. Voir néanmoins le traitement secondaire de ces données brutes que pourrait faire un employeur, F. MORIN, *op.cit.*, note 65, p. 9 du texte de conférence.

71. Voir par exemple, l'affaire *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 522 et CAE électronique ltée*, [2000] R.J.D.T. 327. Dans cette affaire, l'employeur a relevé le nombre d'usages et leur durée, ainsi que les types de sites internet visités. La question du droit à la vie privée n'a cependant pas été soulevée.

appels téléphoniques ne permet pas de nier à la personne salariée une attente subjective raisonnable de vie privée quant au contenu de ces échanges. En effet ce n'est pas parce que l'employeur informe les personnes salariées qu'il entend restreindre ou porter atteinte à leur droit à la vie privée que ce droit n'existe plus. L'attente raisonnable de vie privée s'évalue non pas en fonction de la connaissance du contrôle exercé, mais de la nature de celui-ci. Quand un appel téléphonique s'adresse à une personne salariée en particulier ou quand une personne envoie ou reçoit de la correspondance, elle peut avoir une attente raisonnable à ce que le contenu ne soit pas intercepté d'une manière ou de l'autre par l'employeur. Ce degré d'autonomie et d'intimité paraît essentiel pour assurer le respect de sa dignité et de son intégrité au travail. Si l'employeur décide de procéder à une surveillance portant atteinte à ce droit à la vie privée, il devrait alors en justifier la légalité compte tenu des critères de rationalité et de proportionnalité. Cependant avant de traiter du droit à la vie privée dans sa dimension collective, il convient de se pencher sur la renonciation possible au respect de ce droit.

2.2 La renonciation au respect de la vie privée de la personne salariée

Généralement, la renonciation à un droit fondamental n'est pas interdite⁷². L'objectif des *Chartes* étant de garantir le libre choix d'une personne concernant des décisions fondamentalement privées, il serait contraire à ce libre choix d'imposer à une personne de jouir d'un droit dont elle ne veut pas réellement. Néanmoins, le droit de renoncer à un droit fondamental n'est pas lui non plus absolu puisqu'il peut être interdit dans les cas où la renonciation va à l'encontre de l'ordre public. En somme, la nature et l'étendue du droit fondamental visé détermineront la possibilité de renonciation, la manière selon laquelle elle s'exprimera et son effet⁷³.

En outre pour être valide, la renonciation doit être claire, sans équivoque et volontaire. Elle peut être explicite ou implicite

72. Dans les affaires suivantes de droit criminel: *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951; *R. c. Richard*, [1996] 3 R.C.S. 525. Aussi dans les arrêts suivants: *Frenette c. Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, précité, note 28. L'article 35 C.c.Q. prévoit la possibilité de renoncer au respect du droit à la vie privée.

73. *R. c. Richard*, *id.*, p. 540.

selon les agissements de la personne bénéficiaire du droit. Le caractère volontaire de la renonciation et la pleine connaissance des conséquences qui en découlent justifient sa validité⁷⁴. Ainsi la conduite de la personne censée avoir renoncé à son droit démontrera qu'elle a compris que la *Charte* «lui garantissait un droit», qu'elle «a compris la nature de ce droit» et qu'elle «a renoncé au droit ainsi garanti»⁷⁵. La renonciation ne peut reposer sur «un manque d'attention»⁷⁶, ni sur «une simple reconnaissance de l'inévitable»⁷⁷.

Lorsqu'il s'agit de la personne salariée soumise à une surveillance portant atteinte au droit à la vie privée dans sa dimension individuelle, la question de la renonciation se soulèvera si cette surveillance constitue une condition de travail. En effet, la renonciation ne pourra être invoquée par l'employeur dans les cas où la personne salariée ignore la surveillance à laquelle elle est soumise. Une déclaration signée au moment de son embauchage ou en cours d'emploi en conformité d'une politique écrite de surveillance de l'employeur constitue-t-elle une renonciation valide au droit à la vie privée? Qu'en est-il de la soumission à une politique de l'employeur relativement à une surveillance déterminée? Peut-on inférer une telle renonciation lorsque la convention collective énonce le droit de l'employeur d'effectuer une surveillance particulière? Pour répondre à ces questions, certaines conditions, découlant des principes précédemment énoncés, paraissent devoir être satisfaites pour qu'une renonciation soit claire, non équivoque et volontaire.

2.2.1 Les conditions relatives à la clarté de la renonciation

Pour qu'une renonciation au droit à la vie privée soit claire en cas d'une surveillance de l'employeur y portant atteinte, il faut d'abord, peut-on croire, que la personne salariée puisse comprendre précisément ce à quoi elle renonce ou a renoncé. L'employeur qui invoque la renonciation devrait démontrer que la personne salariée a renoncé en toute connaissance de cause. Pour ce faire, il faudrait qu'il prouve qu'elle connaissait l'objet de la surveillance, sa nature, son étendue et ses conséquences sur son emploi; qu'elle savait ou du moins devait raisonnablement savoir qu'en autorisant une telle surveillance, elle renonçait dans cette

74. *Id.*, p. 541.

75. *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, 790.

76. *Id.*

77. *Id.*

situation à la jouissance de son droit à la vie privée. En l'absence d'un texte écrit décrivant clairement les tenants et aboutissants de la surveillance exercée par l'employeur, on pourra s'interroger sur la capacité d'une personne salariée d'en prendre connaissance de façon claire et précise. En outre, non seulement une politique, une directive ou une modalité d'emploi devrait exister, mais elle devrait aussi être portée à la connaissance des salariés et leur être expliquée pour que l'on puisse prétendre à une renonciation de leur part.

2.2.2 *Les conditions relatives au caractère non équivoque de la renonciation*

La renonciation à un droit fondamental peut être expresse ou implicite selon l'importance du droit en cause. Elle doit cependant se manifester par la conduite personnelle du bénéficiaire du droit fondamental. Ainsi, la signature d'une personne salariée apposée en bas d'une politique de surveillance de l'employeur ne pourrait constituer une renonciation expresse ou implicite au droit à la vie privée si cette signature signifie seulement que la personne a pris connaissance de la politique. Pour conclure à une renonciation, l'autorisation à la surveillance devrait être énoncée en termes clairs et précis. L'existence d'une politique, d'une directive ou d'une modalité de travail précise clairement établie et connue des salariés ne devrait suffire pour conclure à une renonciation expresse, voire implicite d'une personne salariée, même si cette condition de travail apparaît dans la convention collective de travail. Cet acte juridique est négocié et signé par le syndicat. Ce dernier n'est pas un mandataire des salariés, mais le représentant d'une collectivité de salariés. On ne peut donc soutenir qu'une personne salariée a manifesté son consentement exprès ou implicite à une condition de travail prévue dans une convention collective lorsqu'elle met en cause la renonciation à un droit fondamental. En outre, accepter qu'une condition de travail prévue dans une convention collective constitue une renonciation au droit à la vie privée placerait le syndicat et l'employeur au-dessus de la loi puisqu'ils pourraient inclure dans la convention collective des conditions de travail contraires au droit à la vie privée, sans qu'une personne salariée ne puisse valablement s'en plaindre, malgré son désaccord. Une condition de travail prévue dans une convention collective et ayant pour effet de restreindre le droit à la vie privée ne devrait pas être interprétée comme étant une renonciation à ce droit empêchant ainsi un tribunal de se pencher sur la

rationalité et la proportionnalité de la restriction imposée. Par ailleurs, l'inclusion dans une convention collective d'une condition de travail restreignant le droit à la vie privée paraît discutable. Certes, le syndicat a intérêt à ce qu'une clause de la convention collective reconnaisse le droit à la vie privée des salariés et l'employeur a intérêt à délimiter ce droit. Cependant, le syndicat risque de se placer en situation de conflit d'intérêts s'il accepte d'inclure dans la convention collective une clause ayant pour effet de restreindre le droit à la vie privée puisqu'il devient difficile pour lui de contester ensuite une telle restriction.

2.2.3 Les conditions relatives au caractère volontaire de la renonciation

En plus d'être claire et non équivoque, la renonciation doit être donnée librement pour être valide. Or la question du libre choix de renoncer au droit à la vie privée se pose aussi bien dans le cas où la personne salariée a donné une autorisation expresse ou implicite en signant un document à cet effet que dans celui où elle se soumet à une politique, une directive ou encore une modalité de travail imposée unilatéralement par l'employeur ou prévue dans un contrat de travail ou dans une convention collective de travail. En effet, à défaut de signer une autorisation de surveillance ou de se soumettre simplement à cette dernière, la personne salariée peut se voir refuser un emploi ou encore s'exposer si elle est en emploi à des mesures de représailles. Lorsque la surveillance est effectuée par voie d'enregistrement électronique ou informatique, il est encore plus difficile pour la personne salariée de s'y soustraire puisqu'elle n'a aucun contrôle sur l'exercice de cette surveillance. En pareille situation, qu'elle accepte ou non de s'y soumettre, la surveillance risque d'avoir lieu de toute façon. Souvent, la seule façon de se dégager du poids d'une surveillance patronale portant atteinte au droit à la vie privée réside dans une contestation à caractère judiciaire ou quasi judiciaire relative à la légalité de la surveillance imposée. C'est pourquoi, l'autorisation apparente manifestée par la personne salariée en contexte de surveillance portant atteinte à sa vie privée pourra dans bien des cas équivaloir à «une simple reconnaissance de l'inévitable», expression utilisée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Morin*⁷⁸.

78. Précité, note 72, p. 790.

En somme, la question de la renonciation à un droit fondamental dans un contexte de surveillance exercée par l'employeur porte sur la possibilité de négocier une telle renonciation. Est-ce vraiment négociable? La question peut surprendre puisque la renonciation est un acte unilatéral, en principe non négociable. Néanmoins, lorsqu'elle devient l'une des contreparties d'un acte bilatéral, elle entre alors dans le champ des matières négociées et risque d'être analysée sous l'angle contractuel. En effet, la Cour suprême du Canada aborde la question de la renonciation sous cet angle dans les affaires *Frenette c. Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie*⁷⁹ et *Godbout c. Longueuil (Ville)*⁸⁰. Dans le premier arrêt, la Cour dispose du droit d'accès de l'assureur aux dossiers médicaux d'un assuré. Ce dernier avait signé au moment de la conclusion du contrat d'assurance-vie une autorisation d'accès aux renseignements médicaux aux fins d'appréciation des risques et d'étude des sinistres. En signant une telle autorisation, l'assuré renonçait au caractère confidentiel de ces renseignements. Dans cette affaire, la question porte sur l'étendue de la renonciation plutôt que sur sa validité. En effet, la renonciation à la confidentialité des renseignements médicaux apparaît inhérente au contrat d'assurance-vie. Comme l'indique la Cour suprême du Canada, elle est peut-être «l'une des obligations implicites de celui-ci»⁸¹. Bien que l'arrêt *Frenette* confirme la possibilité d'une renonciation par voie contractuelle au respect du droit à la vie privée, il ne dispose pas de la question du caractère volontaire d'une telle autorisation. Par conséquent, on ne peut conclure sur la base de cet arrêt qu'une autorisation expresse ou implicite d'une personne à une intrusion dans sa vie privée est nécessairement volontaire. D'ailleurs, l'arrêt *Godbout* conforte cette position.

Dans cette seconde affaire, la personne salariée a signé à son embauchage un engagement à demeurer dans la ville de Longueuil à compter du moment où elle accèderait au statut de salarié permanent et tant et aussi longtemps qu'elle travaillerait pour la ville. Après avoir établi que la personne salariée jouissait d'un droit à la vie privée dans sa dimension individuelle et avant d'en disposer dans sa dimension collective, la Cour s'est penchée sur la possible renonciation dans un tel contexte au droit à la vie privée. Le caractère volontaire de la renonciation est particulièrement

79. Précité, note 72.

80. Précité, note 28

81. Précité, note 72, p. 685.

analysé dans cette affaire, contrairement à l'arrêt *Frenette* qui n'en traite pas. La Cour rappelle qu'«(i)l est de la nature de la renonciation qu'elle soit exprimée librement pour être valable»⁸². Elle constate qu'en l'espèce, la personne salariée n'a pu fournir un consentement volontaire à cause de l'alternative devant laquelle elle se trouvait. Elle devait choisir entre quitter son poste ou «accéder à la permanence en s'engageant à maintenir sa résidence à Longueuil pendant la durée de son emploi»⁸³. Le «choix inéquitable» devant lequel se trouvait la personne salariée empêchait, selon la Cour, la possibilité de négocier la clause obligatoire de résidence. Par conséquent, on ne pouvait considérer qu'elle avait volontairement renoncé au droit de choisir son lieu de résidence. S'exprimant d'un point de vue civiliste, la Cour constate que l'engagement de résidence dans la ville de Longueuil dûment signé par la personne salariée «équivalait pratiquement à l'acceptation d'un contrat d'adhésion» et «ne peut ainsi être valablement interprété comme une renonciation»⁸⁴.

Il ressort donc des propos de la Cour suprême du Canada dans cette dernière affaire qu'un engagement écrit d'une personne bénéficiaire d'un droit fondamental autorisant expressément ou implicitement qu'il soit porté atteinte à ce droit n'emporte pas renonciation si la personne a consenti à cet engagement sur la base d'un *choix inéquitable*. En somme dans de telles circonstances, la renonciation paraît impossible. D'ailleurs les propos suivants de la Cour dans l'arrêt *Godbout* le confirment:

En effet, bien que l'appelante ait fait valoir que l'arrêt de notre Cour *Frenette c. Métropolitaine (La), Cie d'assurance-vie*, [...] établit l'existence d'une *possibilité* de renonciation au droit au respect de la vie privée reconnu à l'art. 5 de la *Charte québécoise dans certaines circonstances*, j'estime pour les raisons que j'ai exposées relativement à la question de la renonciation à un droit prévu par la *Charte canadienne*, que ces circonstances sont inexistantes en l'espèce.⁸⁵

Soulignons aussi que la personne salariée dans l'arrêt *Godbout* s'est d'abord soumise à son engagement de résidence pendant la première année de l'obtention de sa permanence. Elle l'a rompu par la suite en acquérant une résidence familiale dans une autre ville. Le fait qu'elle se soit soumise à l'obligation de résidence pen-

82. *Godbout*, précité, note 28, p. 896.

83. *Id.*, p. 896-897.

84. *Id.*, p. 897.

85. *Id.*, p. 910.

dant un certain temps n'a pas été relevé par la Cour dans l'évaluation du caractère volontaire de la renonciation. En effet, l'élément crucial est le choix inéquitable devant lequel elle se trouvait et qui perdurait encore au moment où elle a décidé de ne plus se conformer à son engagement initial.

Dans cette perspective, le fait qu'une personne salariée s'engage par écrit à se soumettre à une surveillance portant atteinte au respect de son droit à la vie privée ou qu'elle s'y soumette sans s'y être formellement engagée ne peut permettre de conclure à une renonciation de sa part au respect de sa vie privée si l'acceptation ou la soumission découle d'un choix inéquitable. Néanmoins, on peut se demander quelle importance il faut attribuer au droit fondamental auquel il est porté atteinte pour déterminer si un choix est inéquitable. Dans l'arrêt *Frenette*, la question du choix inéquitable n'est même pas effleurée par la Cour suprême du Canada, même si elle reconnaît qu'il s'agit d'un contrat d'adhésion⁸⁶. Cependant, à la différence de l'affaire *Godbout* où l'obligation de résidence n'est pas implicite à la relation d'emploi, dans l'arrêt *Frenette*, l'autorisation de divulgation des renseignements médicaux paraît implicite au contrat d'assurance-vie. La comparaison de ces deux arrêts porte à croire que le niveau d'attente subjective raisonnable d'un droit à la vie privée entre en ligne de compte dans l'évaluation du choix inéquitable. Cependant, le niveau d'attente subjective raisonnable permettant de conclure à un choix inéquitable paraît difficile à établir tenant compte des deux arrêts précités puisqu'ils sont aux antipodes l'un de l'autre. Dans le cas *Frenette*, le niveau d'attente subjective raisonnable est pratiquement nul, alors que dans le cas *Godbout*, il est très élevé. Ajoutons toutefois qu'à la lumière de ces deux arrêts, il est clair qu'un contrat d'adhésion doit être interprété restrictivement au niveau de son acceptation et des stipulations qu'il comporte⁸⁷. Dans le doute quant au caractère inéquitable du choix devant lequel est placée la personne salariée ayant autorisé l'atteinte à son droit à la vie privée, celui-ci devrait prévaloir en sa faveur non seulement à cause des règles d'interprétation du contrat d'adhésion, mais

86. L'article 1379 C.c.Q. définit le contrat d'adhésion de la façon suivante:
«Le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées».

87. L'article 1432 C.c.Q. prévoit que le contrat d'adhésion s'interprète en faveur de l'adhérent. Quant aux effets du contrat d'adhésion voir particulièrement les articles 1435 à 1438 C.c.Q.

aussi à cause des conséquences importantes d'une renonciation à un droit fondamental. Elle enlève toute possibilité de jouissance du droit à la vie privée dans la situation visée et dégage l'employeur de son obligation de justifier d'un point de vue objectif la restriction imposée à ce droit.

En somme, une personne salariée peut renoncer, sous réserve de l'ordre public, à son droit à la vie privée lorsque la surveillance de l'employeur porte atteinte à ce droit. Pour en constater la validité, il faut néanmoins que la renonciation soit claire, non équivoque et volontaire. À cet égard, l'existence d'une politique, d'une directive ou d'une condition de travail prévue dans un contrat individuel ou dans une convention collective de travail relative à la surveillance exercée par l'employeur n'équivaut pas nécessairement à une renonciation de la part de la personne salariée. La conduite de cette dernière doit démontrer clairement qu'elle voulait renoncer à son droit à la vie privée et qu'elle comprenait ou aurait raisonnablement dû comprendre les conséquences d'une telle renonciation. Dans le cas d'une personne salariée soumise à une surveillance portant atteinte au droit à la vie privée, la question de l'existence de la renonciation se pose particulièrement au niveau de son caractère volontaire. Souvent la personne salariée risque d'être placée dans une situation où elle est, à toutes fins utiles, obligée de se soumettre à l'exigence de surveillance patronale sinon à plus ou moins long terme elle s'expose à une confrontation avec celui-ci et dans le pire des cas au congédiement. Dans les circonstances, tout doute quant au caractère volontaire de la renonciation devrait prévaloir en faveur de la personne salariée. Il devrait en être également ainsi lorsque le doute intervient quant au caractère non équivoque et clair de la renonciation. Une interprétation restrictive en faveur de la personne salariée s'impose parce que l'acceptation d'une exigence de surveillance portant atteinte au droit à la vie privée constitue l'acceptation d'un contrat d'adhésion lorsque la personne salariée est placée devant un choix inéquitable. De plus, la renonciation au respect de sa vie privée enlève à la personne salariée le droit d'exiger que l'employeur démontre la rationalité et la proportionnalité de la restriction imposée à ce droit par la surveillance exercée.

2.3 Les restrictions au droit à la vie privée de la personne salariée

Selon la technique juridique utilisée, les *Chartes* protègent le droit à la vie privée en autorisant cependant sa restriction à la

condition qu'elle ne soit pas «abusive» selon le terme employé à l'article 8 de la *Charte canadienne*, ou selon l'expression dans l'article 7 de cette même loi qu'elle soit en conformité des «principes de justice fondamentale» ou encore qu'elle se justifie «dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens» en vertu de l'article 9.1 de la *Charte québécoise*. Peu importe la façon de l'exprimer, une atteinte au droit à la vie privée est possible à la condition qu'elle soit fondée dans le cadre d'une société libre et démocratique. La question est de savoir quand le sera-t-elle? La Cour suprême du Canada semble suggérer une évaluation en deux temps lorsqu'elle renvoie particulièrement à l'article 9.1. Ainsi, la légitimité et l'importance de l'objectif poursuivi doivent d'abord être prouvées et la proportionnalité de l'atteinte doit ensuite être démontrée en tenant compte de sa rationalité et du critère de l'atteinte minimale⁸⁸. Ainsi exprimé, ce test porte, d'une part, à croire que la légitimité et l'importance de l'objectif se distinguent de la rationalité, et d'autre part, à confondre les critères de rationalité et de proportionnalité, puisque le premier paraît inclus dans le second. Or, une évaluation visant à pondérer la dimension individuelle du droit à la vie privée avec sa dimension collective devrait être fondée essentiellement sur les critères de rationalité et de proportionnalité pour affirmer une distinction claire et nette de ces deux critères. La rationalité s'évalue sur la base de l'objectif poursuivi, lequel doit être légitime et important par rapport à l'atteinte au droit fondamental⁸⁹, alors que la proportionnalité porte sur le caractère minimal de l'atteinte à ce droit⁹⁰. La rationalité vise le type de restriction imposée, alors que la proportionnalité porte sur la manière dont la restriction est appliquée. D'un point de vue individuel et subjectif, l'attente raisonnable de vie privée peut exister à un niveau plus ou moins élevé. Cependant, elle pourra se restreindre lorsqu'on la situe dans sa dimension collective. Il faudra en effet la soupeser en plaçant dans la balance la rationalité et la proportionnalité de la restriction imposée.

2.3.1 La rationalité de l'atteinte au droit à la vie privée

Différents motifs peuvent inciter l'employeur à mettre en œuvre une surveillance ou un contrôle visant les personnes salariées et portant atteinte au droit à la vie privée. Il peut le faire

88. *Godbout*, précité, note 28, p. 916.

89. *Id.*

90. *Id.*

dans le but de protéger ses biens contre le vol, le vandalisme ou pour protéger les personnes envers lesquelles sa responsabilité pourrait être engagée dans des cas notamment d'agression ou de harcèlement. Il peut aussi le faire pour des motifs d'ordre disciplinaire afin de vérifier l'exécution des obligations de loyauté ou de diligence des personnes salariées ou encore pour des motifs d'ordre économique visant le rendement des personnes salariées. Aussi louables que puissent être les objectifs poursuivis par l'employeur, il doit en démontrer la légitimité et l'importance compte tenu de l'atteinte au droit à la vie privée pour en justifier la rationalité.

Lorsqu'il est question de la protection des lieux, des biens ou des personnes, l'employeur a certainement un intérêt légitime à exercer une surveillance vigilante à cet égard. Ces situations ne relèvent pas seulement des intérêts de l'employeur, mais aussi de l'ordre public. Il en va de même lorsque l'honnêteté de la personne salariée est en cause. Toutefois lorsque l'employeur poursuit des objectifs strictement d'ordre économique en s'intéressant au rendement des personnes salariées en vue de la rentabilité de son entreprise, la situation paraît différente. Certes le droit de gérer son entreprise et de diriger les personnes salariées qui y œuvrent est fondé en raison et en droit. D'ailleurs les articles 2085 et 2088 C.c.Q. confirment le droit de direction de l'employeur. Celui-ci est aussi généralement reconnu dans les conventions collectives de travail. Néanmoins l'objectif de rentabilité concerne surtout les intérêts personnels de l'employeur. Il paraît donc avoir moins de poids quant à sa légitimité que l'objectif visant à assurer la protection et la sécurité des biens ou des personnes. Cependant, la légitimité n'est qu'un des éléments dont on doit tenir compte pour évaluer la rationalité de l'objectif poursuivi en regard de l'atteinte à la vie privée. L'importance de l'objectif doit aussi être placée dans la balance.

L'objectif est important dans la mesure où l'employeur démontre la nécessité de la restriction imposée au droit à la vie privée. Une simple allégation ou preuve de commodité ne devrait suffire pour prouver l'importance de l'objectif poursuivi⁹¹. Le cri-

91. Dans l'arrêt *Godbout*, précité, note 28, la Cour suprême du Canada rejette les différents motifs dits d'intérêt public allégués par la Ville de Longueuil pour prouver la rationalité de l'obligation de résidence. Elle estime notamment que les avantages bénéfiques recherchées par la ville ne justifiaient pas dans les circonstances une restriction au droit fondamental à la vie privée. Voir particulièrement à ce sujet les propos tenus aux p. 902-909.

tère de nécessité amène à s'interroger sur les motifs raisonnables qui justifient l'utilisation de ce type de surveillance. Le test des «motifs raisonnables» est retenu par la Cour suprême du Canada dans des situations de surveillance exercées par l'État, vraisemblablement le même test paraît s'appliquer à l'employeur lorsqu'il exerce son pouvoir de surveillance auprès des personnes salariées. D'ailleurs, il en est ainsi dans l'affaire *Bridgestone/Firestone*⁹².

Dans cet arrêt, la Cour d'appel confirme une sentence arbitrale reconnaissant la légalité d'une procédure de surveillance et de filature d'un salarié bénéficiaire de prestations d'accident de travail. Cette procédure a été initiée après que l'infirmière de l'employeur ait rencontré le salarié au sujet de son état de santé à la suite de l'obtention du rapport médical du médecin traitant. L'employeur a estimé que le diagnostic de ce médecin était erroné. Il indiquait une contusion au thorax alors que le salarié affirmait n'avoir éprouvé aucune douleur à cet endroit. En outre, le salarié semblait très souffrant, mais il était «incapable de situer ses douleurs à des points précis»⁹³. Ce n'est qu'après la première filature que le salarié a été référé à un médecin désigné par l'employeur. Le deuxième examen du médecin désigné est survenu après la deuxième filature.

Tout en exigeant que l'employeur possède des motifs raisonnables de douter de l'honnêteté d'une personne salariée avant de débiter une procédure de surveillance et de filature et en refusant qu'il les crée *a posteriori*⁹⁴, la Cour d'appel n'impose pas, selon toute évidence, que les soupçons de l'employeur soient «graves, précis et concordants»⁹⁵, comme semble le suggérer la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse pour conclure à la nécessité de ce type de surveillance. La Cour d'appel s'appuie sur l'opinion de la Commission pour identifier les principes généraux délimitant le droit à la vie privée. Cependant, on peut constater que, dans leur mise en application, elle s'écarte ensuite du raisonnement proposé par la Commission.

Dans son opinion, la Commission indique qu'un employeur ne devrait pouvoir recourir à la filature et à la surveillance électro-

92. Précité, note 4.

93. *Id.*, p. 2233.

94. *Id.*, p. 2243.

95. Ces critères sont suggérés par M^e Michel COUTU, *Filature et surveillance des salariés absents pour raison de santé: conformité à la Charte*, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, avril 1999, p.11.

nique qu'après avoir épuisé tous les autres moyens à sa disposition ne portant pas atteinte au droit à la vie privée. L'auteur de cette opinion cite notamment, à titre d'exemple, la contre-expertise médicale. À défaut d'avoir épuisé tous les autres moyens, la Commission conclut que le critère de l'atteinte minimale n'a pas été respecté.

Notons à ce stade-ci qu'il existe une certaine confusion au niveau de l'opinion de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse lorsqu'il s'agit de traiter du critère de nécessité. La position de la Cour d'appel n'est pas vraiment plus claire à ce sujet. Ce critère semble occulté par celui de l'atteinte minimale lorsque la Commission en traite dans l'opinion précitée. Or, au-delà de la sémantique, il est important de savoir ce qu'il faut entendre par le terme nécessité lorsqu'il s'agit de déterminer la rationalité de la restriction imposée. Pour déterminer si la surveillance portant atteinte au droit à la vie privée est nécessaire dans les circonstances d'une affaire, on doit se demander si l'employeur avait des motifs raisonnables pour utiliser ce type de surveillance. Avait-il des motifs raisonnables de croire à un problème nécessitant une surveillance particulière d'une part et d'autre part, avait-il des motifs raisonnables de croire que le mode de surveillance portant atteinte au droit à la vie privée était le seul moyen à sa disposition pour régler le problème identifié? À ce niveau d'analyse, le critère de l'atteinte minimale ne devrait pas intervenir puisque ce critère a trait à la proportionnalité de l'atteinte. En effet, il est pertinent de s'interroger à propos de l'atteinte minimale dans la mesure où on conclut qu'une atteinte au droit à la vie privée est nécessaire. Si l'atteinte n'est pas considérée comme étant nécessaire, elle ne devrait tout simplement pas être permise, cela sans égard à sa proportionnalité. Par exemple, si on en était venu à la conclusion dans l'affaire *Bridgestone/Firestone* que l'employeur ne disposait pas d'informations suffisantes lui permettant d'avoir des doutes raisonnables concernant l'état de santé déclaré du plaignant, la surveillance électronique et la filature auraient dû être déclarées illégales. Il en aurait été de même si on avait jugé que l'employeur disposait d'un autre moyen utile que la surveillance électronique et la filature pour mettre à jour la fraude du salarié. À l'étape de l'évaluation de la rationalité de l'atteinte au droit à la vie privée, on n'a pas encore à se demander si cette atteinte constitue une atteinte minimale. Il faudra le faire à partir du moment où l'on décidera que l'atteinte est nécessaire.

Dans l'affaire *Bridgestone/Firestone*, la Cour d'appel juge que l'employeur avait des motifs raisonnables de procéder à la surveillance électronique et à la filature de l'employé. Les motifs sur lesquels elle se fonde pour en arriver à cette conclusion paraissent cependant discutables quant aux doutes raisonnables que l'employeur entretenait à l'égard du salarié. La Cour note que «dès sa première entrevue le comportement du salarié était suspect»⁹⁶ et que «(l') examen sommaire effectué par l'infirmière ne coïncidait pas avec la relation qui était faite des observations du médecin traitant»⁹⁷. La Cour souligne ensuite que «les contradictions se maintenaient entre les examens faits par le médecin de la compagnie et le comportement allégué du plaignant»⁹⁸. Il convient de rappeler que le médecin de la compagnie a procédé à un examen médical du plaignant seulement après la première filature. Ses conclusions ne pouvaient donc servir à justifier la nécessité de la filature. La Cour s'est appuyée sur des faits postérieurs que l'employeur lui-même n'avait pas en sa possession au moment où il a décidé de procéder à la filature et à la surveillance électronique du salarié. Au moment où il a mis en branle pour la première fois cette procédure, il avait seulement à sa disposition l'information fournie par l'infirmière qui travaillait pour lui. Dans un tel contexte, on peut se demander si l'employeur avait réellement des motifs raisonnables pour procéder à la surveillance électronique et à la filature du salarié. L'expertise médicale aurait-elle dû être exigée avant de pouvoir entamer une telle procédure de surveillance? La Cour d'appel ne s'est pas posé la question selon toute vraisemblance. Or il aurait sûrement été important qu'elle le fasse pour s'assurer en l'occurrence du respect du critère de nécessité.

De toute évidence, la Cour d'appel adopte une approche que l'on peut qualifier de non interventionniste en s'abstenant de poser un standard élevé dans l'évaluation des motifs raisonnables. À cet égard, il faut souligner que la Cour suprême du Canada favorise une approche semblable dans le cas d'une surveillance exercée en milieu scolaire. En effet dans l'arrêt *R. c. M. (M.R.)*⁹⁹, la Cour reconnaît que «(l)es autorités scolaires sont les mieux placées pour évaluer les renseignements qui leur sont donnés et pour faire le lien entre ceux-ci et la situation qui existe dans l'école» et

96. *Bridgestone/Firestone*, précité, note 4, p. 2243.

97. *Id.*, p. 2244.

98. *Id.*

99. Précité, note 26.

invite les tribunaux à faire preuve de réserve lorsqu'il s'agit de décider de l'existence de motifs raisonnables de procéder à une fouille dans une école¹⁰⁰.

Le même raisonnement pourrait prévaloir à l'égard de l'employeur compte tenu de la nature continue des relations de travail et de son droit de direction. Cependant, la reconnaissance du droit de direction de l'employeur devrait pouvoir se concilier avec le droit à la vie privée du salarié. Pour assurer un juste équilibre, il y a lieu d'espérer qu'une preuve objective soit requise pour démontrer que l'employeur a des motifs raisonnables de douter de l'honnêteté d'une personne salariée et qu'il ne procède pas seulement à partir d'intuitions ou de perceptions¹⁰¹. Le même principe pourra s'appliquer à une fouille exercée par l'employeur. Il pourrait procéder à une telle fouille s'il a des motifs raisonnables de croire qu'une personne salariée s'est approprié sans droit des biens de l'entreprise et qu'en procédant à la fouille de cette dernière ou de ses effets personnels, il pourra le prouver.

La notion de motifs raisonnables paraît plus difficile à appliquer lorsque l'employeur est confronté à des conduites délinquantes dont il ignore ou ne soupçonne pas les auteurs. Par exemple, on peut se demander quels sont les motifs raisonnables qui peuvent justifier la fouille ou la surveillance électronique des personnes salariées lorsque l'employeur est aux prises avec une épidémie de vols ou avec du vandalisme dans l'entreprise sans que des soupçons ne portent sur une personne salariée en particulier. La rationalité de l'atteinte au droit à la vie privée devient ici problématique parce que des personnes salariées n'ayant rien à voir avec l'acte reproché seront affectées par l'enquête de l'employeur dans le respect de leur droit à la vie privée. À compter du moment où celui-ci n'a aucun motif raisonnable de croire qu'une personne a volé et qu'en procédant à une fouille sur sa personne ou de ses effets personnels il pourra le prouver, peut-il néanmoins justifier de motifs raisonnables pour procéder à une telle fouille? Y a-t-il ici nécessité ou commodité?

100. *Id.*, p. 422.

101. Voir par exemple: *Syndicat canadien des communications de l'énergie et du papier c. Induspac, division Corrugué inc.*, D.T.E. 2000-507. Dans cette affaire, l'arbitre constate l'absence d'une preuve objective permettant de douter de l'honnêteté du salarié. Il accepte cependant l'élément matériel en preuve jugeant qu'il ne déconsidère pas l'administration de la justice. Au même effet: *Syndicats des travailleuses et travailleurs d'abattoir de St-Jean-Baptiste (C.S.N.) c. Corriveau (C.S.)*, D.T.E. 2000-598.

Bien qu'il soit évident que l'employeur doit prendre les mesures nécessaires pour faire cesser les actes illégaux ou délinquants, l'atteinte au droit à la vie privée de personnes salariées devrait être le dernier recours envisagé. Si la fouille ou la surveillance électronique ou informatique est utilisée comme moyen de dissuasion, sans solutionner définitivement le problème, celle-ci devrait particulièrement être questionnée quant à sa rationalité compte tenu de la nature de l'atteinte portée au droit à la vie privée.

La nécessité de la surveillance exercée se pose encore avec plus d'acuité lorsque l'employeur utilise la surveillance électronique pour contrôler ou évaluer le rendement des personnes salariées. Bien que l'objectif soit légitime, il doit être nécessaire en dépit de l'atteinte au droit à la vie privée. La question est donc de savoir quand cet objectif est-il assez important pour justifier une atteinte au droit à la vie privée. Prenons le cas par exemple des salariés qui sont soumis à une surveillance audio ou informatique occasionnelle ou permanente au motif que l'employeur veut s'assurer de la qualité du service à la clientèle et protéger son image. Cet objectif vise essentiellement les intérêts commerciaux de l'employeur¹⁰². À cet égard, la nécessité d'un tel contrôle devrait être évaluée en tenant compte des obligations découlant du lien d'emploi, notamment la loyauté, la diligence, la prudence dans l'exécution de la prestation de travail et particulièrement de la relation de confiance qui doit exister entre l'employeur et les personnes qu'il emploie. Ainsi l'employeur devrait démontrer que les moyens de contrôle ne portant pas atteinte au droit à la vie privée sont insuffisants ou inefficaces pour s'assurer du rendement des personnes salariées et que la seule méthode de contrôle utile est la surveillance électronique. À défaut de faire une telle preuve, le droit à la vie privée devrait primer puisqu'il demeure, dans ces circonstances, plus important que l'objectif poursuivi par l'employeur.

En somme, pour que le droit au respect à la vie privée prenne tout son sens dans les relations de travail, il est essentiel de

102. D'un point de vue de gestionnaire, la surveillance électronique peut constituer un outil de gestion intéressant pour améliorer le rendement des employés. Voir notamment: Jennifer L. LAABS, «Surveillance: Tool or Trap?», (1992) *Personnel Journal* 96. Cependant, son utilisation peut conduire à l'asservissement des personnes salariées, voir par exemple les études de cas rapportées par Kristen BELL DETIENNE, Richard D. FLINT, «The Boss's Eyes and Ears: A Case Study of Electronic Employee Monitoring and the Privacy for Consumers and Workers Act», (1996) 12 *The Labor Lawyer* 93.

rechercher une preuve objective de la rationalité de la restriction imposée démontrant sa légitimité et surtout sa nécessité compte tenu de l'atteinte portée à ce droit. Ce n'est qu'une fois franchie l'étape de la rationalité que la restriction imposée doit être abordée sous l'angle de la proportionnalité. En effet en l'absence d'une preuve de rationalité, la restriction au droit à la vie privée devient, sans égard à sa proportionnalité, une atteinte illégale.

2.3.2 La proportionnalité de l'atteinte au droit à la vie privée

La proportionnalité de l'atteinte au droit à la vie privée s'évalue par rapport à l'atteinte minimale à ce droit¹⁰³. La restriction imposée au droit à la vie privée doit être «raisonnable, appropriée eu égard aux circonstances»¹⁰⁴. En matière de fouille, de filature, de surveillance électronique ou informatique des personnes salariées, le mode de surveillance mis en œuvre doit l'être de façon à porter le moins possible atteinte à leur dignité, leur intégrité ou leur liberté. À cet égard, se pose la question du caractère raisonnable d'une surveillance faite à l'insu de la personne salariée ou sans avertissement préalable.

De façon générale, pour respecter le critère de l'atteinte minimale, l'employeur devrait être tenu d'aviser les personnes salariées de sa politique concernant la fouille ou de la surveillance électronique ou informatique. En l'absence d'une telle politique connue des personnes salariées, il paraît en effet difficile de prétendre que l'employeur porte une atteinte minimale à leur droit à la vie privée. Si la surveillance s'effectue à l'extérieur du travail, comme dans l'affaire *Bridgestone / Firestone*, on peut se demander s'il y aurait lieu comme certains le souhaitent¹⁰⁵ d'instituer un mécanisme d'autorisation administrative préalable à la filature. À cet égard, notons que la Cour suprême du Canada paraît peu encline à imposer l'autorisation préalable lorsque la police n'est pas l'auteur d'une surveillance constituant une intrusion dans la vie privée d'une personne. En effet, la Cour a écarté cette procédure dans des situations où la fouille était exercée par les douaniers¹⁰⁶, par les inspecteurs des comités paritaires institués selon la *Loi sur les décrets de conventions collectives*¹⁰⁷ et aussi par les

103. *Godbout*, précité, note 28, p. 916.

104. *R. c. M.*, précité, note 26, p. 423.

105. Voir à ce sujet, *La Presse*, Montréal, le 12 octobre 1999, p. A6.

106. *R. c. Monney*, précité, note 43.

107. *Comité paritaire c. Potash*, précité, note 45.

autorités scolaires¹⁰⁸. Dans ce dernier cas, la Cour suprême a reconnu aux enseignants et aux dirigeants d'une école le droit de procéder à la fouille d'un élève soupçonné d'avoir de la drogue en sa possession. Pondérant l'attente raisonnable d'un élève au respect du droit à la vie privée et le droit des autorités scolaires d'assurer la sécurité et de maintenir la discipline dans l'école, la Cour a conclu que l'autorisation préalable à la fouille n'était pas une norme appropriée dans les circonstances. Selon cette dernière, les autorités scolaires sont les mieux placées pour évaluer s'il y a des motifs raisonnables de procéder à une fouille et de façon générale leur intervention doit s'effectuer rapidement. Dans les circonstances, la Cour n'a pas imposé la norme de l'autorisation préalable.

La position adoptée par la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Bridgestone/Firestone* ne permet pas de croire qu'une telle procédure s'impose à l'employeur voulant procéder à la filature d'une personne salariée. En effet, dans la mesure où l'on accepte que l'employeur est le mieux placé pour déterminer s'il a des motifs raisonnables de croire qu'une personne le vole ou le fraude et que la surveillance par voie de filature constitue le seul moyen à sa disposition pour le prouver, une norme d'autorisation préalable ne paraît pas justifiée. En outre d'un point de vue pratique, obliger l'employeur à requérir une autorisation préalable alourdirait inutilement la gestion des entreprises et contribuerait à la judiciariser. Plutôt que d'instituer une procédure d'autorisation préalable, il y aurait lieu d'exiger que les employeurs voulant recourir à ces modes de surveillance établissent préalablement des politiques à cet égard et les fassent connaître à leurs employés avant de pouvoir s'en servir.

En outre pour être proportionnelle, la surveillance de l'employeur portant atteinte au droit à la vie privée doit être raisonnable quant à son étendue compte tenu de l'objectif visé. Celle-ci variera selon les circonstances de chaque affaire. Par exemple, dans l'affaire *Bridgestone/Firestone*, la filature et la surveillance électronique exercées par l'employeur ont été jugées raisonnables puisqu'elles étaient ponctuelles et à l'extérieur du domicile du salarié. Le caractère continu et permanent d'une procédure de surveillance portant atteinte au droit à la vie privée soulève la question de la proportionnalité de l'atteinte à ce droit. En effet, il

108. R. c. M., précité, note 26.

paraît difficile de croire qu'une atteinte est minimale si elle possède un caractère continu et permanent. Dans un tel cas, le mode de surveillance constituant une atteinte au droit à la vie privée devient un moyen de contrôle usuel et non plus exceptionnel.

CONCLUSION

La reconnaissance d'un droit fondamental à la vie privée vise principalement à assurer la dignité, l'intégrité et la liberté de l'être humain dans un monde où les espaces de vie privée semblent plus difficiles à circonscrire, particulièrement à cause de la proximité des individus et de l'information accessible grâce aux modes de communication sans cesse en développement. Issu d'une conception individualiste et collectiviste, le droit à la vie privée repose sur la pondération d'une attente subjective raisonnable de vie privée et sur le droit de s'y immiscer dans l'intérêt général. Dans le cadre des relations de travail, l'existence d'un droit à la vie privée se pose face au pouvoir de surveillance de l'employeur. Pour reconnaître l'existence d'un tel droit, il est nécessaire de dépasser les jugements de valeurs fondés sur la subordination juridique et de s'interroger sur l'attente subjective raisonnable de vie privée dont peut justifier un salarié face au pouvoir de surveillance de l'employeur, sans égard au fait que la restriction à ce droit soit une condition de travail ou une politique de l'employeur.

Une fois l'existence de ce droit établie, il faudra cependant déterminer si la personne salariée renonce au droit à la vie privée lorsqu'elle se soumet à la condition de travail ou à la politique de l'employeur. Il y aura renonciation au droit à la vie privée, si elle est exprimée de façon claire, non équivoque et volontaire. En l'absence d'une telle renonciation, l'employeur devra démontrer la rationalité et la proportionnalité de la limite imposée au droit à la vie privée. À cet égard, le critère de nécessité doit prévaloir sur celui de commodité lorsqu'il s'agit de déterminer le caractère rationnel et proportionnel de la restriction au droit à la vie privée. Par souci d'efficacité, de rendement, et aussi pour affirmer son droit de direction, l'employeur peut être tenté d'utiliser des moyens de surveillance performants, mais aussi envahissants en certaines circonstances. Ces moyens de surveillance sont certes attirants d'un point de vue économique parce qu'ils donnent des résultats précis et rapides. Cependant à plus ou moins long terme, on peut se demander si une généralisation des moyens de surveillance telles la fouille et la surveillance électronique ou informatique des personnes salariées n'aura pas pour effet d'éroder le lien

de confiance sur lequel se fonde toute relation d'emploi. L'honnêteté, la loyauté, l'engagement dans son travail sont des valeurs qui paraissent en voie de perte puisque de plus en plus la surveillance basée sur la technologie moderne semble vouloir y suppléer. La reconnaissance de l'existence du droit à la vie privée au travail et sa protection paraissent donc essentielles pour assurer la démocratisation du lieu de travail et une revalorisation du lien de confiance nécessaire à la relation d'emploi. Par ailleurs, on peut se demander comment il sera possible d'assurer la protection du droit à la vie privée au travail lorsqu'il est permis à l'employeur d'utiliser un moyen de preuve violant ce droit au motif qu'il n'y a pas déconsidération de l'administration de la justice selon l'article 2858 C.c.Q. En cautionnant la violation du droit à la vie privée tenant compte d'une fraude de la personne salariée, est-on en train de s'éloigner de la finalité de la *Charte* et à toutes fins utiles de risquer d'y faire perdre son sens lorsqu'il s'agit d'une surveillance exercée par l'employeur?

La discrimination fondée sur la grossesse: un obstacle à lever pour assurer l'égalité des chances dans l'emploi

Maurice DRAPEAU

Résumé

La présence massive des femmes sur le marché du travail a inévitablement entraîné l'obligation d'adapter le droit et les politiques sociales à cette réalité.

L'ensemble de la présente étude, publiée dans une série d'articles, démontre que le droit à l'égalité sans discrimination fondée sur la grossesse, reconnu par la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec*, dont la protection va au-delà de la période de grossesse et couvre une période raisonnable de maternité, ne peut s'exercer adéquatement que si les employeurs adaptent leurs règles d'emploi aux besoins spécifiques des femmes.

En outre, cette obligation juridique d'accommodement des travailleuses enceintes amène l'auteur à appuyer deux projets de réformes législatives susceptibles d'assurer concrètement à l'ensemble des travailleuses une meilleure protection de la maternité au travail. L'une vise le renforcement de leurs droits protégés dans la *Loi sur les normes du travail*. L'autre a pour objectif d'instaurer un régime de congés payés par une assurance sociale parentale.

La discrimination fondée sur la grossesse: un obstacle à lever pour assurer l'égalité des chances dans l'emploi*

Maurice DRAPEAU**

INTRODUCTION: la présence massive des femmes en âge de procréer sur le marché du travail entraîne l'obligation d'adapter le droit et les politiques sociales	51
I. L'application de l'obligation d'accommodement aux manifestations de discrimination fondée sur la grossesse.	53
A. L'évolution récente du droit admet l'application de l'obligation d'accommodement à tous les cas de discrimination (directe et indirecte)	54
B. Les trois principales manifestations de discrimination liées à la grossesse	56
1) La discrimination fondée sur la grossesse mettant en cause la sécurité au travail	56
2) La discrimination fondée sur la grossesse résultant des règles de disponibilité au travail	57

* Cet article résume et complète, particulièrement au niveau des solutions proposées, notre projet de thèse de doctorat en droit (Université de Montréal) ayant pour titre «*Grossesse: emploi et discrimination*». Il s'ajoute à une série de cinq articles déjà parus sur le sujet (voir les références bibliographiques aux notes 6 et 7).

** Conseiller juridique à la Direction du contentieux de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec. Je remercie le professeur émérite André Morel (Université de Montréal) et mon collègue Pierre-Yves Bourdeau de leurs généreux commentaires. Merci aussi à mon frère Jean-Claude pour son exemple à poursuivre la suite de l'idée.

3) La discrimination fondée sur la grossesse privant des avantages liés à l'emploi	58
II. Pour l'adoption de lois sociales instaurant un régime de protection de la maternité au travail	60
A. Les modifications proposées à la <i>Loi sur les normes du travail</i> pour renforcer les protections juridiques en cas de congé de maternité et de congé parental	61
1) Le contexte social et politique nécessitant une réforme de la <i>Loi sur les normes du travail</i>	61
2) L'intégration dans la <i>Loi sur les normes du travail</i> des principes jurisprudentiels reconnus dans les causes de discrimination fondée sur la grossesse	63
Conclusion sur la nécessité d'augmenter les protections offertes par la L.N.T. en cas de congé de maternité et de congé parental	72
B. Le <i>régime d'assurance parentale</i> proposé par le gouvernement du Québec favoriserait davantage l'égalité dans l'emploi que le programme fédéral . . .	73
1) Les conditions d'admissibilité aux prestations	73
2) Le remplacement du revenu d'emploi	74
3) La durée des congés parentaux payés	75
Conclusion sur l'assurance parentale comme moyen d'instaurer une plus grande égalité dans l'emploi.	76
CONCLUSION GÉNÉRALE: Un choix de société à intégrer dans les conditions de travail et dans un ensemble cohérent de lois sociales	77

INTRODUCTION: La présence massive des femmes en âge de procréer sur le marché du travail entraîne l'obligation d'adapter le droit et les politiques sociales

Face à la discrimination fondée sur la grossesse, le droit est de plus en plus interpellé du fait que les femmes sont maintenant largement présentes sur le marché du travail. À titre indicatif, en 1998, 80 % des Canadiennes de 25 à 44 ans (soit la majorité des femmes en âge de procréer) faisaient partie de la main-d'œuvre rémunérée selon l'estimation de Statistique Canada. De plus on constate que la plupart des femmes qui font un enfant demeurent présentes sur le marché du travail: par exemple, au Québec, le taux d'activité des mères d'enfants d'âge préscolaire est passé de 22 % en 1971 à 62 % en 1991 selon le Conseil de la famille.

Cette réalité a pour conséquence l'obligation d'adapter le droit et les politiques sociales au fait que toute la société, et particulièrement la famille et sa relation au travail, a changé de façon irréversible. Les raisons d'une telle transformation sont multiples. Socialement, les femmes ont clairement manifesté leur volonté d'être sur le marché du travail. Économiquement, l'évolution des dernières décennies impose la nécessité du double salaire pour assurer un revenu familial suffisant, ou pour satisfaire le besoin d'indépendance économique des mères monoparentales. Nous constatons en outre une réduction de la période où les mères restent à la maison en raison de la diminution du nombre d'enfants.

Le changement est d'autant plus marquant qu'il n'y a pas si longtemps, soit jusqu'au début des années cinquante, une discrimination systémique officielle a sévi dans certains domaines d'emploi où les femmes mariées ou enceintes ne pouvaient être embauchées et les travailleuses qui se mariaient ou devenaient enceintes devaient démissionner. En fait, elles étaient tout simplement renvoyées. Les enseignantes, les hôtesses de l'air (comme on disait à l'époque), les fonctionnaires de la fonction publique fédérale, les employées des forces armées et les travailleuses dans les industries toxiques ont été victimes de ces règles générales d'exclusion de l'emploi.

S'il y a une leçon à tirer des erreurs du passé, c'est que nous devons, comme société, nous efforcer de trouver des mesures qui permettent d'intégrer plus harmonieusement les responsabilités familiales et professionnelles pour assurer l'égalité dans l'emploi.

Au niveau des concepts fondamentaux, on doit retenir une définition juridique du droit à l'égalité visant l'établissement d'une égalité concrète et réelle. L'égalité n'existe pas d'emblée, elle doit être instaurée. Comprise dans ce sens, l'égalité des chances garantie par la *Charte des droits et libertés de la personne*¹ du Québec oblige à remédier aux inégalités de fait qui compromettent l'exercice des droits et libertés de la personne. Cette interprétation «concrète» du droit à l'égalité découle de l'interdiction de la discrimination qui impose le devoir de prendre les mesures nécessaires pour sa suppression. Cette définition nous amène à fonder notre analyse sur l'obligation d'agir de manière concrète pour éliminer la discrimination fondée sur la grossesse qui subsiste toujours.

En effet, malgré la disparition de la discrimination systémique officielle qui excluait de certains milieux d'emploi toute travailleuse devenant enceinte, il existe encore certaines pratiques d'employeurs qui accentuent les désavantages dont les femmes sont victimes en regard de la grossesse et de la maternité. Elles prennent plusieurs formes: refus d'embaucher des candidates enceintes ou interrogations injustifiées quant à leur désir d'avoir des enfants; congédiement de travailleuses enceintes; refus de renouveler leur contrat de travail ou d'accorder une promotion sous prétexte d'un éventuel congé de maternité; exclusion des bénéfices découlant des régimes d'assurance invalidité et d'autres avantages sociaux liés à l'emploi.

Nous appuyant sur la prohibition de la discrimination par la *Charte*, notre propos est d'examiner les exclusions en lien avec la grossesse qui compromettent le droit à l'égalité dans l'emploi pour les femmes. Il faut par ailleurs souligner que la garantie du droit à l'égalité dans l'emploi s'insère dans un contexte législatif comprenant certaines lois du travail qui prévoient des protections spécifiques à l'endroit des travailleuses enceintes. C'est le cas du droit au retrait préventif prévu par la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* (*L.S.S.T.*)²; de la protection de l'emploi et de l'interdiction de

1. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 [ci-après désignée par l'expression «la Charte»].

2. L.R.Q., c. S-2.1.

représailles en cas de congé de maternité prévues par la *Loi sur les normes du travail* (L.N.T.)³; et du remplacement du revenu de l'emploi durant le congé de maternité et parental assuré par la *Loi sur l'assurance-emploi* (L.A.E.)⁴.

Cette complémentarité entre la Charte et les lois du travail inspire l'idée d'harmoniser et de renforcer les protections de chacune d'elles, pour constituer un régime d'ensemble de protections juridiques et sociales de la grossesse et de la maternité au travail, fondé sur l'égalité dans l'emploi.

Nous traiterons ci-après de deux moyens intrinsèquement liés pour parvenir à l'égalité des travailleuses enceintes dans l'emploi. Nous exposerons d'abord la notion fondamentale d'obligation d'accommodement en matière de droit à l'égalité, qui constitue l'une des principales mesures pour contrer la discrimination, dont celle fondée sur la grossesse. Nous pourrions ensuite proposer des mesures collectives pour éliminer ces exclusions discriminatoires, dont l'adoption de lois de protection juridique et sociale de la maternité au travail.

I. L'APPLICATION DE L'OBLIGATION D'ACCOMMODEMENT AUX MANIFESTATIONS DE DISCRIMINATION FONDÉE SUR LA GROSSESSE

La notion d'accommodement est fondamentale en matière de droit à l'égalité.

L'obligation d'accommodement peut être définie comme le devoir de prendre des mesures d'adaptation des règles d'emploi afin de répondre aux besoins spécifiques de certains groupes pour qu'ils ne soient pas victimes de discrimination liée aux caractéristiques qui les différencient de la majorité pour laquelle la norme a été conçue. L'adaptation des horaires de travail pour respecter le jour hebdomadaire de fête religieuse des membres de différentes religions en offre un exemple bien connu. L'accommodement implique donc de faire des exceptions aux règles générales d'emploi ou de modifier celles-ci, afin de composer avec les besoins propres à certains groupes, pour qu'ils puissent exercer leur droit à l'égalité.

3. L.R.Q., c. N-1.1.

4. S.R.C. 1996, c. 23.

Pour enrayer la discrimination fondée sur la grossesse, le droit répond principalement au problème en imposant aux employeurs d'adopter des mesures d'accommodement des besoins des travailleuses enceintes. Ces adaptations visent à donner à ces dernières les moyens d'exercer leur droit à l'égalité dans l'emploi en leur permettant de mieux concilier le travail et la maternité, sans leur imposer le choix de sacrifier l'un pour l'autre.

L'obligation d'accommodement est non seulement devenue un moyen judiciairement reconnu de lutte contre la discrimination, mais en matière de grossesse, elle devient source d'inspiration au niveau de l'adoption de mesures sociales de protection de la maternité au travail.

A. L'évolution récente du droit admet l'application de l'obligation d'accommodement à tous les cas de discrimination (directe et indirecte)

L'obligation d'accommodement, qui exige de tenir compte des besoins particuliers des personnes ou de certains groupes de personnes, est au cœur des solutions à la discrimination fondée sur la grossesse. La réaffectation de la travailleuse enceinte pour répondre à son besoin de sécurité en est le plus bel exemple.

Or, jusqu'à récemment, la Cour suprême du Canada avait jugé que l'obligation d'accommodement ne trouvait application que dans les seuls cas de discrimination indirecte (c'est-à-dire lorsque l'exclusion résulte de règles d'emploi apparemment neutres mais qui ont un effet préjudiciable sur un groupe, par opposition à la discrimination directe qui est à première vue expressément fondée sur un motif de discrimination).

Depuis peu, un développement jurisprudentiel capital est venu simplifier le droit en la matière. À la suite d'une critique pour ainsi dire unanime de la doctrine, la Cour suprême du Canada a complètement changé de position. Dans l'arrêt *Gouvernement de la Colombie-Britannique*⁵, elle a en effet adopté une méthode «unifiée» d'analyse qui considère l'obligation d'accommodement dans tous les cas de discrimination, que celle-ci puisse être identifiée comme étant directe ou indirecte.

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

La méthode «unifiée» d'analyse de la discrimination représente trois avantages par rapport à la position antérieure de la Cour où elle appliquait des méthodes différentes selon la forme de la discrimination. 1) Il n'est plus nécessaire de déterminer préalablement si la discrimination est directe ou indirecte, ce qui met fin à des exercices de qualifications juridiques complexes. 2) Le moyen de défense relatif aux qualités requises par l'emploi s'applique aux deux formes de discrimination, ce qui rappelle qu'il doit être interprété de manière restrictive comme exception au droit à l'égalité. 3) L'accommodement s'applique non seulement à la discrimination indirecte, mais aussi à la discrimination directe, ce qui met l'accent sur la recherche de moyens pour l'éliminer.

Outre son intérêt de simplifier le droit par le recours à une méthode unique d'analyse de la discrimination, cet arrêt a le mérite de considérer l'accommodement dans le cadre de la défense relative aux qualités requises par l'emploi, à l'étape où il faut mettre en cause le caractère raisonnablement nécessaire de la règle d'emploi. Le point est maintenant acquis: une règle qui crée une discrimination ne saurait en aucune façon être justifiée comme étant nécessaire, s'il est possible de prendre des mesures d'accommodement⁶.

Nous pouvons donc maintenant tenir pour acquis que l'obligation d'accommodement s'applique dans le contexte précis des trois principales manifestations de discrimination fondée sur la grossesse que nous avons identifiées afin de donner une vision d'ensemble du problème: 1) la discrimination mettant en cause la sécurité au travail; 2) la discrimination résultant des règles de disponibilité au travail; 3) la discrimination privant des avantages de l'emploi.

6. Dans deux articles où nous avons critiqué la position de la Cour suprême avant qu'elle ne rende l'arrêt *Gouvernement de la Colombie-Britannique*, lorsqu'elle excluait encore l'obligation d'accommodement en cas de discrimination directe, nous avons traité de l'application universelle de l'obligation d'accommodement à toute forme de discrimination, à partir de l'exemple de la discrimination fondée sur la grossesse: «De l'obligation d'accommoder les besoins spécifiques des travailleuses enceintes», a été publié dans (1998) 32-3 *R.J.T.* 929 et «La considération de l'accommodement même en cas de discrimination directe» est paru dans (1998) 39 *C. d. D.* 823.

B. Les trois principales manifestations de discrimination liées à la grossesse⁷

Les résultats des causes de discrimination fondée sur la grossesse que la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse a portées devant le Tribunal des droits de la personne du Québec ont permis de marquer des pas significatifs dans le sens de l'élimination de cette forme de discrimination affectant les conditions de travail.

1) La discrimination fondée sur la grossesse mettant en cause la sécurité au travail⁸

La discrimination mettant en cause la sécurité au travail se manifeste soit par l'exclusion de l'emploi par l'évocation de la part des employeurs de la sécurité du fœtus ou de la travailleuse enceinte (discrimination directe), soit par le refus des employeurs de prendre des mesures pour assurer la sécurité de la grossesse (discrimination indirecte).

Citons deux jugements qui en constituent des exemples.

Celui dans *Lingerie Roxana*⁹, où l'employeur a congédié une employée qui avait dû s'absenter pour des examens prénatals, décrit différentes formes d'accommodement permettant d'éviter la discrimination dans diverses situations: transfert temporaire à un emploi sécuritaire, temps partiel, heures flexibles, droit de refuser de faire du temps supplémentaire, possibilité de s'absenter, congés sans traitement. Le précédent est exemplaire sur l'application de l'accommodement dans le contexte de la discrimination fondée sur la grossesse.

7. Dans trois articles, nous nous sommes attaché aux principales manifestations de discrimination que subissent les travailleuses enceintes: «La discrimination fondée sur la grossesse mettant en cause la sécurité au travail», (1997) 57 *R. du B.* 1047; «La discrimination fondée sur la grossesse résultant des règles de disponibilité au travail», (1997-1998) 28 *R.D.U.S.* 1 et «La discrimination fondée sur la grossesse privant des avantages de l'emploi», dans *Les développements récents en droit administratif et constitutionnel* (1999), n° 119, 1.

8. *Loc. cit.*, note 7.

9. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Dabel) c. Lingerie Roxana*, [1995] R.J.Q. 1289 (T.D.P.Q., J. Rivet).

Dans l'affaire *Savard*¹⁰, le jugement sur acquiescement à la demande considère que l'ancienneté d'une employée temporaire, lors d'un retrait forcé du travail pour des raisons de sécurité, doit être cumulée avec les avantages qui en découlent, en l'espèce l'acquisition de la permanence qui donnait le droit à l'assurance invalidité. Le droit aux bénéfices de l'assurance est une mesure d'accommodement du besoin de sécurité. L'avantage est appréciable: les travailleuses qui n'ont pas droit au retrait préventif parce qu'elles ne sont pas physiquement aptes au travail, lors de périodes d'incapacité liée à la grossesse, ont besoin de la protection d'une assurance collective.

2) La discrimination fondée sur la grossesse résultant des règles de disponibilité au travail¹¹

Cette discrimination se manifeste par le refus d'embauche, le congédiement, ou le non-renouvellement de contrats de travail à durée déterminée, au motif d'un congé de maternité à prendre. Il existe pourtant une mesure évidente permettant d'assouplir l'exigence de disponibilité, soit un congé de maternité afin de satisfaire le besoin de la travailleuse enceinte de s'absenter du travail. Il va de soi que l'employeur peut alors procéder au remplacement de la travailleuse enceinte, mais à la condition de respecter son droit à la réintégration dans son poste habituel d'emploi au retour de son congé.

Deux décisions illustrent les problèmes que pose cette discrimination.

L'arrêt *Sasseville*¹² de la Cour d'appel du Québec consacre le principe du droit au renouvellement des contrats de travail à durée déterminée sans discrimination fondée sur la grossesse. La *Loi sur les normes du travail* interdit les congédiements en cas de congé de maternité. L'arrêt montre comment la prohibition de la discrimination apporte une protection aux employées contractuelles jusqu'alors dépourvues de droits entre deux contrats. Le renouvellement du contrat de travail constitue un accommode-

10. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Savard) c. Ville de Montréal*, T.D.P.Q. (Montréal) n° 500-53-000084-978, j. Brossard, le 20 mars 1998.

11. *Loc. cit.*, note 7.

12. *Commission scolaire Jean-Rivard c. C.D.P.Q. (Sasseville)*, C.A. (Québec) n° 200-09-000425-956, le 14 octobre 1999 (résumé dans D.T.E. 99T-1012), confirmant [1995] R.J.Q. 2242 (T.D.P.Q., j. Rivet)].

ment du besoin de s'absenter lors d'un congé de maternité. L'enjeu était grand: assurer une protection à des employées qui débutent leur carrière professionnelle et qui sont, par conséquent, privées de la sécurité d'emploi pendant plusieurs années.

Le jugement *C.L.*¹³ sur acquiescement à la demande précise que l'employeur ne peut diminuer les conditions de travail de la travailleuse qui a pris un congé de maternité (le cas d'espèce consistait en une réduction substantielle des heures de travail ayant forcé la plaignante à démissionner). Le jugement offre un exemple clair de négation du droit à l'égalité: malgré la protection spécifique de l'emploi que confère la *Loi sur les normes du travail* lors du congé de maternité, le principal problème de discrimination dans les milieux non syndiqués demeure le non-respect du droit de la travailleuse à réintégrer son poste habituel sans être pénalisée lors de son retour de congé.

3) *La discrimination fondée sur la grossesse privant des avantages liés à l'emploi*¹⁴

On peut classer la discrimination privant des avantages liés à l'emploi en trois catégories: le non-respect du droit au maintien des conditions de travail, le refus de continuer d'accorder certains bénéfices pécuniaires et, dans le cas du congé parental, l'arrêt de la contribution de l'employeur aux avantages sociaux tels que les assurances collectives et le régime de retraite. L'effet discriminatoire est ici souvent incompris des employeurs. Tout en respectant le droit à la réintégration dans l'emploi, ceux-ci ne voient pas les conséquences financières de leurs refus de consentir les bénéfices d'un régime d'invalidité ou d'accorder d'autres avantages pécuniaires ou sociaux.

Trois causes servent d'exemples à l'appui.

Le règlement dans l'affaire *Roussin*¹⁵ recommande aux centres hospitaliers de tenir compte des prestations de maternité et

13. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (C.L.) c. 9059-8475 Québec Inc.*, T.D.P.Q. (Mingan) n° 650-53-000003-997, j. Brossard, le 18 avril 2000.

14. *Loc. cit.*, note 7.

15. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Roussin) c. Centre hospitalier régional de Lanaudière*, T.D.P.Q. (Joliette) n° 750-53-00007-982, règlement en date du 2 juillet 1999.

parentales dans la paie de vacances. Les hôpitaux calculaient la paie de vacances des travailleuses à temps partiel sans tenir compte d'aucun revenu pour le congé de maternité et parental, ce qui diminuait considérablement celui-ci et, par le fait même, la paie de vacances. Le fait de considérer les prestations reçues par les travailleuses dans le calcul de leur paie de vacances constitue un autre exemple d'accommodement du besoin de s'absenter du travail. Le gain obtenu est important; il devra être amélioré par l'adoption de la norme que la paie de vacances soit la même que l'indemnité à laquelle la salariée aurait eu droit si elle n'avait pas été en congé.

Le jugement du Tribunal des droits de la personne dans l'affaire *Bourdon*¹⁶ consacre le droit à la reconnaissance de l'ancienneté durant un congé de maternité, et cela même pendant la période de probation. Le Tribunal qualifie le cumul de l'ancienneté de mesure d'accommodement. Il s'agit d'une victoire marquante pour les travailleuses enceintes, elle doit devenir un principe reconnu législativement: l'ancienneté est la clef de voûte de la sécurité d'emploi.

Un règlement dans le dossier *Conseil du trésor*¹⁷, une cause de discrimination fondée sur l'état civil de parent, accorde aux six plaignantes l'inclusion de douze semaines dans le calcul de leur période continue d'emploi aux fins d'acquisition de la permanence. L'entente parle d'un «accommodement pour le congé parental». Ce règlement représente un pas significatif: bien qu'il ne vise que les plaignantes, le Conseil du trésor en le signant était conscient de créer un précédent pouvant l'amener à devoir accorder un semblable accommodement pour le congé parental à tous ses employés.

Certains des jugements cités ci-dessus constituent des précédents qui ont décidé de questions vitales pour la protection juridique des travailleuses enceintes, comme la reconnaissance de leur droit au cumul de l'ancienneté et la consécration de leur droit au renouvellement de contrats de travail à durée déterminée. Ces

16. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Bourdon) c. Ville de Montréal*, [1998] R.J.Q. 305 (T.D.P.Q., j. Sheehan).

17. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Beaulieu et autres) c. Conseil du trésor*, T.D.P.Q. (Québec) n° 200-53-000009-980, règlement en date du 4 mai 1998.

questions n'avaient jamais été tranchées encore par aucun tribunal canadien sous l'angle du droit à l'égalité dans l'emploi sans discrimination fondée sur la grossesse.

II. POUR L'ADOPTION DE LOIS SOCIALES INSTAURANT UN RÉGIME COLLECTIF DE PROTECTION DE LA MATERNITÉ AU TRAVAIL

Dans le cours de la réflexion collective qui anime présentement la société sur la question de l'institution d'un *régime de congé de maternité et de congé parental indemnisés*, une réforme de la *Loi sur les normes du travail* (ci-après la L.N.T.) s'impose. Les objets complémentaires de semblables lois doivent être harmonisés dans une vision d'ensemble, pour qu'elles puissent remplir leur but commun de prévoir des mesures sociales assurant l'égalité dans l'emploi pour les travailleuses enceintes.

Ces lois sociales qui prévoient des mesures favorisant la maternité et les obligations parentales partagées qui s'ensuivent doivent viser à éliminer la discrimination dans l'emploi fondée sur la grossesse (et sur l'état civil de parent). Mais en plus, comme lois consacrant des droits économiques et sociaux, elles doivent avoir une portée plus large, afin de mettre fin aux effets négatifs qu'une grossesse a sur l'économie familiale et sur les possibilités de poursuivre une carrière (même en l'absence de discrimination identifiable attribuable à un employeur ou au marché du travail en général).

L'existence d'un problème social répandu nous a convaincu que, pour éliminer cette discrimination, des solutions collectives de protection de la maternité au travail doivent être inscrites dans les lois. Les acquis jurisprudentiels qui ont fait avancer le droit à l'égalité dans l'emploi doivent maintenant être consolidés. Dans cette perspective, l'obligation d'accommodement, qui découle du droit à l'égalité lui-même, ne constitue pas seulement une réponse aux besoins individuels, mais aux besoins spécifiques de certains groupes, comme les femmes enceintes. Or, il est possible d'apporter des solutions collectives par l'adoption de lois sociales qui matérialisent les droits sociaux et économiques reconnus dans la *Charte*.

A. Les modifications proposées à la *Loi sur les normes du travail* pour renforcer les protections juridiques en cas de congé de maternité et de congé parental¹⁸

Le contexte social et politique actuel appelle une réforme de la *Loi sur les normes du travail*, la législation qui édicte les normes publiques de base des relations de travail, aussitôt que l'un ou l'autre des deux ordres de gouvernement aura apporté les améliorations qu'il projette de réaliser dans le cadre du régime de congés de maternité et de congés parentaux indemnisés. En effet, bien que cette loi et son règlement d'application assure déjà certaines protections en cas de congé de maternité ou parental, dont le droit à la réintégration dans son poste habituel avec les mêmes avantages (article 81.15 de la loi), nous verrons qu'il demeure plusieurs lacunes évidentes qui doivent être rapidement comblées.

Cette réforme de la L.N.T. s'impose d'autant plus que notre recherche à partir de cas concrets nous permet d'avancer empiriquement que la discrimination fondée sur la grossesse frappe entre autres et plus particulièrement les jeunes travailleuses en début de carrières, qui sont souvent non syndiquées ou ne détiennent encore qu'un travail à statut précaire, alors que les droits parentaux des travailleuses permanentes sont généralement beaucoup mieux protégés par leurs conventions collectives. D'où la nécessité d'assurer à l'ensemble des travailleuses de meilleures protections dans la L.N.T., qui possède un statut de loi d'ordre public.

1) *Le contexte social et politique nécessitant une réforme de la Loi sur les normes du travail*

Au cours des derniers mois, les gouvernements fédéral et provincial ont annoncé leur projet respectif concernant l'amélioration du régime de congés parentaux payés. Le gouvernement fédéral a adopté une loi qui bonifie le volet des congés de maternité et des congés parentaux de l'assurance-emploi. Le gouvernement provincial cherche à négocier une formule de retrait avec compen-

18. Une première version de la présente partie, initialement rédigée dans le cadre d'un complément à notre thèse, a été adoptée par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse comme position officielle de celle-ci sur ce sujet. Ce texte initial est annexé au mémoire que la Commission a déposé devant la Commission parlementaire sur le projet de loi sur l'assurance parentale (document disponible à la C.D.P.D.J.).

sation du programme fédéral, afin d'instaurer son propre *régime d'assurance parentale*.

Dans le contexte où quelque soit le programme qui s'appliquera dans l'avenir, le régime de congés parentaux payés sera amélioré, il devient nécessaire de renforcer les protections que la *Loi sur les normes du travail* accordera aux travailleuses et aux travailleurs qui se prévaudront de leur droit à ces congés. Les deux réformes sont inextricablement liées: à partir du moment où l'on reconnaît le droit à des congés parentaux payés plus longs dans un régime social d'assurance (qu'il s'agisse du programme fédéral ou provincial), il importe de définir les protections qui seront assurées aux personnes qui doivent y recourir, pour éviter des pertes de droits liés à l'emploi durant la prise de ces congés.

Voici deux exemples de situations non protégées actuellement par la L.N.T. qui pourraient entraîner des conséquences d'autant plus graves pour les personnes se prévalant des congés payés que ceux-ci seront plus longs.

Dans les milieux de travail où l'on ne reconnaît encore aucune ancienneté aux femmes qui prennent un congé de maternité de 15 semaines, suivi d'un congé parental de 10 semaines, durée cumulative des congés en vertu des règles actuelles de l'assurance-emploi, les femmes continueront de subir un retard préjudiciable à toute leur carrière. Or, il faut être conscient que ce retard sera beaucoup plus considérable à partir de janvier 2001, lorsque la durée cumulée du congé de maternité et du congé parental sera prolongée jusqu'à 50 semaines par la bonification des règles de l'assurance-emploi.

De même, si l'on considère seulement le congé parental (qui bénéficie de moins de droits garantis que le congé de maternité), le problème d'absence de protection sera aggravé. La personne qui prend aujourd'hui un congé parental, qui est de 10 semaines selon les règles actuelles de l'assurance-emploi, alors que certains de ses droits et avantages liés à l'emploi ne sont pas encore protégés pendant celui-ci (droit aux régimes d'avantages sociaux tels les assurances collectives et le régime de retraite), se verra privée de ces protections essentielles pendant une période encore plus longue. Elle devra elle-même continuer à en assumer tous les risques ou les coûts plus longtemps, lorsque ce congé parental payé sera prolongé jusqu'à 35 semaines à compter de janvier 2001.

Avant que le gouvernement fédéral n'améliore le régime de congés parentaux en prolongeant leur durée, le gouvernement du Québec doit agir en prévision de ces changements en mettant à jour les lois du travail visant à protéger les droits et avantages liés à l'emploi durant ces congés. Pour une mise en œuvre réelle du droit des femmes à l'égalité dans l'emploi sans discrimination fondée sur la grossesse (et des parents en général, sans discrimination fondée sur l'état civil), la conjoncture impose de prendre les mesures nécessaires afin de compléter les protections qu'offre la *Loi sur les normes du travail* et son règlement d'application.

Les normes du travail doivent donc être précisées et rehaussées en ce qui concerne les mesures de protection des congés de maternité et parental, ainsi que leur corollaire absolument essentiel, le droit à la réintégration dans l'emploi, y compris le maintien des avantages auxquels celui-ci donne droit. Ces protections doivent s'appliquer avant, pendant et après ces congés.

Soulignons que préciser les droits des travailleurs lors de congés de maternité et parentaux est possible depuis longtemps dans le cadre de l'article 81.16 de la L.N.T., qui accorde au gouvernement le pouvoir de déterminer les avantages dont un salarié peut bénéficier durant ces congés. Il s'agit donc d'améliorer les droits protégés lors de ces congés parentaux.

2) *L'intégration dans la Loi sur les normes du travail des principes jurisprudentiels reconnus dans les causes de discrimination*

Pour renforcer le régime juridique de protection des travailleuses enceintes, les principes reconnus par les tribunaux dans les causes relatives à la discrimination fondée sur la grossesse doivent être inscrits dans la *Loi sur les normes du travail*. Par la même occasion, il serait opportun d'écarter un courant jurisprudentiel qui a interprété cette loi de manière restrictive en excluant de la protection de celle-ci certains avantages, dont les avantages pécuniaires comme le paiement de jours fériés¹⁹ et le remboursement des congés de maladie accumulés²⁰.

19. *Commission du salaire minimum c. Cégep François-Xavier-Garneau*, (1981) C.P. 237, J.E. 81-981 (C.Q.). Voir contra: *Ville de Rimouski et Fraternité des policiers de Rimouski*, 96T-251 (T.A.).

20. *Partagec Inc. et Syndicat des travailleurs de Partagec*, D.T.E. 2000T-79 (T.A.), où l'arbitre a décidé que le refus de rembourser les congés de maladie en tenant compte des prestations de maternité et parentale ne constituait pas une discrimination fondée sur la grossesse. Pourtant, dans *Ville de Rimouski*, précitée,

Un des arguments souvent invoqués à l'encontre de la reconnaissance du droit des personnes qui prennent un congé de maternité ou un congé parental à la protection de la plupart des avantages liés à l'emploi, est le fait qu'elles sont en congé sans traitement. C'est oublier que même si ces congés parentaux sont qualifiés de congé sans traitement, par opposition aux congés avec traitement accordés par l'employeur, il s'agit de congés que la société a convenu de reconnaître par diverses lois, dont une assurance sociale qui couvre une période donnant le droit à des prestations en remplacement du traitement. C'est parce que ces congés ont pour objet un motif qui apporte une contribution à l'ensemble de la société, qu'on doit les considérer comme des congés socialement protégés, par opposition à un congé sans traitement pris pour des raisons relevant de choix plus individuels.

Cette distinction entre congés parentaux protégés pour des raisons sociales, et congé sans traitement, justifie à elle seule la consécration dans la L.N.T. du principe de la protection de la plupart des avantages liés à l'emploi.

- a) *Le principe général que «lors de toutes périodes d'absence liée à la grossesse, à la maternité et aux congés parentaux» la personne «est réputée être au travail»*

Dès le début du chapitre sur le congé de maternité et le congé parental, avant les dispositions spécifiques sur la protection de l'emploi et des avantages auxquels il donne droit, la loi devrait énoncer un principe général d'interprétation selon lequel «lors de toutes absences liées à la grossesse, à la maternité et aux congés parentaux », la personne «est réputée être au travail». Cette présomption à des fins d'interprétation vise à s'assurer que la personne ne soit pas pénalisée avant, pendant et après cette absence pour un motif socialement reconnu et protégé. Celle-ci devra donc être considérée comme si elle ne s'était pas absentée aux fins de conserver la plupart de ses avantages liés à l'emploi, notamment le droit au maintien des conditions d'emploi et de travail, le droit aux principaux avantages pécuniaires, ainsi que celui aux avantages sociaux, sauf pour le traitement évidemment puisqu'il fait l'objet d'une mesure sociale de remplacement du revenu.

note 19, l'arbitre avait décidé qu'il s'agissait d'un avantage protégé par la L.N.T.

En outre, on doit tendre vers une loi cadre sur l'ensemble de la question de la protection de la maternité au travail. Il devrait donc être clair que l'expression «pour toutes périodes d'absence liée à la grossesse, à la maternité et aux congés parentaux» donne une portée élargie à la loi pour que cette dernière protège tous les avantages liés à l'emploi, non seulement lors d'un congé de maternité (et d'un congé parental), mais également lors d'un retrait préventif, et même lors de toute autre absence du travail liée à la grossesse, par exemple une absence pour maladie et invalidité.

De plus, comme la L.N.T. prévoit un congé parental sans salaire qui s'étend au-delà de la période du congé indemnisé (et cela même après que celle-ci aura été prolongée), il faudra aussi préciser que les droits protégés couvrent cette période sans prestations.

b) Le droit à la réintégration avec le maintien des conditions d'emploi et de travail

- Le droit à la réintégration dans son poste habituel après un congé parental

Quant au droit à la réintégration dans l'emploi protégé par l'article 81.15 de la L.N.T., lorsque le congé parental payé sera porté de 12 semaines (2 semaines de carence et 10 indemnisées) à 35 semaines, il faudra établir la cohérence avec cette prolongation, en prévoyant que le droit d'être réintégré dans son poste habituel passe lui aussi de 12 à 35 semaines. Ce ne sera donc qu'après un congé parental excédant 35 semaines que l'employeur pourra plutôt affecter le salarié dans un emploi comparable.

- Le droit au renouvellement du contrat de travail à durée déterminée sans discrimination fondée sur la grossesse

Pour mieux tirer profit des leçons de la Cour d'appel du Québec, qui a créé un précédent dans l'arrêt *Sasseville*²¹, le droit au renouvellement du contrat de travail sans discrimination fondée sur la grossesse doit être inscrit dans la loi. En effet, dans le contexte de la précarité croissante des emplois une réforme s'impose. Le droit de retour au travail est un corollaire essentiel du droit au congé de maternité. Il faut maintenant étendre la protection assurée par le droit à la réintégration dans son emploi aux contrats de travail à durée déterminée dont la fonction est main-

21. Précité, note 12.

tenue et à laquelle la travailleuse aurait droit si ce n'est qu'elle doit ou devra s'absenter pour des raisons de grossesse.

- Le droit au cumul de l'ancienneté et du service continu

Quant aux avantages découlant de priorités qui se mesurent par le temps passé dans l'emploi, le droit au cumul de l'ancienneté durant le congé de maternité doit être reconnu pour corriger l'effet discriminatoire des retards professionnels que cause son refus. Vu le caractère déterminant du principe il est d'autant plus important qu'il s'applique également au congé parental, au retrait préventif de la travailleuse enceinte, aux invalidités (indemnisées ou non) liées à la grossesse ou consécutives à l'accouchement, de même qu'à toute absence pour des raisons de santé reliées à la grossesse.

Au niveau du principe général, le jugement du Tribunal des droits de la personne dans l'affaire *Bourdon*²², qui a décidé que la Ville de Montréal agissait de façon discriminatoire lorsqu'elle refusait de reconnaître l'ancienneté des employées en probation qui prenaient un congé de maternité, constitue un précédent qui mérite déférence.

Quant à l'extension du principe du droit à l'ancienneté pour toutes périodes d'absence liée à la grossesse, il a été illustré par le jugement sur acquiescement à la demande dans l'affaire *Savard*²³, qui a ordonné son cumul lors d'un retrait forcé du travail. En l'espèce, à la date où son rappel en fonction était prévu à la suite d'une mise à pied, la travailleuse enceinte se fit imposer par son employeur un retrait forcé du travail pour cause d'invalidité liée à la grossesse.

À la lumière de ces deux jugements du Tribunal des droits de la personne qui ont reconnu le droit au cumul de l'ancienneté, le principe devrait être consacré dans la loi. Cette réforme mettrait fin au silence de son règlement d'application à ce sujet, silence qui a donné lieu à une décision qui a interprété de manière restrictive les protections qu'offre cette loi, en niant le droit au cumul dans un cas relatif à un congé parental²⁴.

22. Précitée, note 16.

23. Précitée, note 10.

24. *Durocher et A.B.B. Systèmes ingénierie combustion*, D.T.E. 92T-136 (C.T.).

Compte tenu de l'insécurité juridique qui existe sur la question, il conviendrait donc de prévoir expressément dans la disposition de la loi qui remplacera l'actuel article 31 du règlement, qui protège «le droit aux avantages dont (la salariée) aurait bénéficié si elle était restée au travail», que la salariée a le droit de cumuler son ancienneté. La même protection doit s'appliquer au service continu (aux fins d'application de la L.N.T., de la convention collective ou de l'application des règles d'entreprises qui n'ont pas fait l'objet de convention). Il en va de même de la reconnaissance de l'expérience.

Cette protection de l'ancienneté, du service continu et de l'expérience doit couvrir la durée totale des congés parentaux sans salaire reconnus par la *Loi sur les normes du travail*, soit le congé de maternité (qui est actuellement de 18 semaines) et le congé parental (qui est actuellement de 52 semaines). Cette protection doit à plus forte raison s'appliquer dans le cas des congés de maternité et parental indemnisés par l'assurance emploi (ou éventuellement, l'assurance parentale). Dans le cadre de conventions collectives de travail, il revient aux parties négociantes de s'entendre pour déterminer si cette protection peut être étendue au congé parental prolongé (qui est quelquefois de deux ans) prévu dans certaines conventions collectives.

- Le cas particulier de «la période continue d'emploi aux fins d'acquisition de la permanence»

Pour éviter la répétition de scénarios laborieux obligeant les travailleuses à défendre leurs droits dans des recours menant à des sagas judiciaires pouvant s'étendre sur plusieurs années, il est grand temps d'apporter une solution définitive à l'ensemble des employés de la fonction publique à qui on refuse encore de reconnaître toute période continue d'emploi aux fins d'acquisition de la permanence lors d'un congé parental accessible aux deux parents. Compte tenu de ce refus répété du Conseil du Trésor de modifier sa directive excluant la reconnaissance de toute période continue d'emploi pour le congé parental, malgré les demandes unanimes de tous les milieux intéressés (notamment le Conseil du statut de la femme), il est urgent et impératif d'intervenir législativement dans le sens du règlement collectif du cas de six plaignantes dans le dossier *Conseil du trésor*²⁵, où celui-ci a accordé un

25. Précité, note 17.

accommodement en incluant 12 semaines de congé parental dans le calcul de cette période.

En conséquence de cette inaction, la mise à jour actuelle de la *Loi sur les normes du travail* doit préciser expressément que les parents ont droit à un accommodement pour ce congé, correspondant à la reconnaissance dès maintenant d'un minimum de douze semaines dans le calcul de leur période continue d'emploi aux fins d'acquisition de la permanence, tel qu'accepté par le gouvernement dans le règlement à l'amiable intervenu en faveur des six plaignantes dans le dossier *Conseil du trésor*. Cette période de service continu d'emploi reconnue devra être ajustée pour établir la parité avec le congé parental indemnisé, aussitôt que la durée de celui-ci aura été prolongée.

- Le droit d'être tenu au courant des possibilités d'emploi et autres qui s'offrent au travail

Les employeurs doivent aviser leurs employés durant leur congé de maternité et parental, payé ou non, de tout emploi, promotion ou occasion de formation pour lesquels elles sont qualifiées, qui se présentent durant leur absence et pour lesquels elles désireraient poser leur candidature.

c) *Le droit aux principaux avantages d'ordre pécuniaire (autres que le salaire faisant l'objet d'un remplacement du revenu)*

Aujourd'hui plusieurs avantages d'ordre pécuniaire sont écartés par un certain courant jurisprudentiel qui a interprété de façon restrictive le droit aux avantages protégés par la *Loi sur les normes du travail*.

Afin d'éliminer les effets discriminatoires que la perte de ces avantages pécuniaires complémentaires entraîne sur les finances familiales, le droit à ces derniers devrait être reconnu pendant les congés de maternité et parental payés (par les prestations de l'assurance-emploi), le retrait préventif ou l'invalidité couverte par une assurance collective, et même durant la période complémentaire sans traitement prévue par la L.N.T. (soit 17 semaines pouvant s'ajouter au congé parental indemnisé de 35 semaines). On doit partir du principe que l'absence pour maternité et l'absence parentale doivent être socialement prises en compte par les

employeurs. Leur contribution compléterait le régime collectif d'assurance parentale dont nous traitons plus loin.

Afin de déterminer quels avantages pécuniaires doivent être protégés et ceux qui peuvent être exclus de cette protection, il faut fixer un critère logique de classement. Nous croyons que les principaux avantages pécuniaires universels offerts à tous les employés doivent être maintenus, puisque de nos jours on peut considérer qu'ils entrent dans une définition élargie des avantages sociaux: la paie de vacances, le paiement ou le report des jours fériés et le cumul des jours de congé de maladie. De même la prime de mise à pied doit être protégée puisqu'elle relève de la sécurité d'emploi et détermine les conditions futures d'emploi.

Les exceptions envisageables au principe de la protection des avantages liés à l'emploi pourraient être les primes directement liées à l'exécution du travail qui complétaient le salaire avant le congé, mais seulement lorsque ces primes ont déjà été considérées dans le revenu ayant servi à déterminer le montant de la prestation de congé (par exemple les primes au rendement, les primes de fin de semaine, les primes de travail dangereux, les allocations de repas, etc.).

- Le droit à la paie de vacances

Comme l'a illustré le règlement dans l'affaire *Roussin*²⁶, malgré la protection relative que l'article 74 de la *Loi sur les normes du travail* accorde quant au calcul de la paie de vacances, cela n'a pas empêché les centres hospitaliers d'utiliser une méthode de calcul qui, en ne prenant pas en considération le congé de maternité, pénalisait les travailleuses à temps partiel. L'article 74 de la L.N.T. doit être modifié afin d'en clarifier la formulation et d'en élargir la portée. Cet amendement devrait prévoir que l'indemnité afférente au congé annuel (la paie de vacances) soit la même que l'indemnité à laquelle la salariée aurait eu droit si elle n'avait pas été en congé de maternité. La portée de cette protection doit par la même occasion être étendue au congé parental (qui n'est pas visé par la loi actuelle). L'article devra en outre préciser que cette règle de calcul s'applique pour toute la durée du congé annuel, même lorsque ce dernier est supérieur au minimum de semaines prévues par la loi.

26. Précitée, note 15.

- Le paiement ou le report des jours fériés

Compte tenu de la jurisprudence contradictoire sur la question²⁷, la loi devrait consacrer le droit au plein salaire pour les jours chômés et payés (jours fériés) malgré l'absence pour congé de maternité ou parental.

- Le cumul des jours de congé de maladie

La loi devrait conférer le droit au cumul des jours de congé de maladie comme si la salariée était restée au travail afin de mettre fin au débat jurisprudentiel sur le sujet²⁸.

- Le droit à certaines primes liées à l'emploi

Le droit aux avantages pécuniaires liés à l'emploi devrait inclure le droit de la salariée à certaines primes liées à son emploi, dont elle aurait pu bénéficier si elle n'avait pas été en congé de maternité. Ce devrait particulièrement être le cas des primes qui sont liées à la sécurité d'emploi et déterminent les conditions futures d'emploi, dont les heures de travail et le salaire garanti, dans certains milieux de travail (par exemple, la prime de mise à pied dans les centres hospitaliers). Les primes qui n'ont pas été considérées dans le calcul du montant de l'indemnité, comme les primes de Noël et de fin d'année distribuées pendant ou après le congé, doivent également être protégées puisqu'elles n'ont pas servi à augmenter l'indemnité de congé.

d) Le maintien de la participation aux avantages sociaux reconnus à son lieu de travail lors d'un congé parental payé

Pour les personnes qui prennent un congé de maternité ou parental, il est crucial de maintenir le droit aux régimes d'avantages sociaux, comme les assurances collectives et le régime de retraite. Dans un cas comme dans l'autre, l'absence de protection peut avoir des conséquences dramatiques. Qu'arrivera-t-il aux parents qui prennent un congé parental s'ils ont des problèmes de santé alors qu'ils ne bénéficient plus de l'assurance collective (médicaments, invalidité ou vie)? De combien d'années sera retardée leur retraite (ou combien leur coûtera le rachat d'années de services), s'ils ne participent plus au régime de retraite?

27. Voir la note 19.

28. Voir la note 20.

En cas de congé de maternité, le droit de participation aux régimes d'avantages sociaux est protégé par l'article 32 du règlement actuel. Celui-ci prévoit en effet ce qui suit:

La participation de la salariée aux avantages sociaux reconnus à son lieu de travail ne doit pas être affectée par son congé, sous réserve du paiement régulier des cotisations exigibles relativement à ces avantages et dont l'employeur assume sa part.

Cette protection, tout à fait essentielle aux travailleurs qui ont des enfants, doit être étendue afin de couvrir également le congé parental payé, d'autant plus que la durée de celui-ci sera bientôt prolongée.

e) Dispositions diverses

- La prise du congé

Il importe de faire respecter le principe qu'il appartient à la salariée de déterminer, à l'intérieur de certaines limites, la période de son congé. On devrait en conséquence modifier le deuxième alinéa de l'article 20 du règlement d'application actuel de la L.N.T., qui prévoit que le congé spécial en cas de danger pour la santé de la mère ou de l'enfant à naître est réputé être le congé de maternité ordinaire qui débute la huitième semaine précédant la date prévue de l'accouchement. Cet article (ainsi que plusieurs clauses de conventions collectives qui s'en inspirent) pourrait être contesté pour motif de discrimination fondée sur la grossesse. En imposant le début du congé plusieurs semaines avant l'accouchement, la période du congé de maternité que la travailleuse enceinte voudrait situer après l'accouchement se trouve écourtée, ce qui a un effet préjudiciable.

- Un avis rappelant la date de retour au travail

Nous en profitons pour proposer un changement important, destiné à corriger les conséquences quelquefois désastreuses causées par la perte de l'emploi. La loi actuelle contient la présomption que le non-retour au travail à la date annoncée dans l'avis de congé de maternité constitue une démission. Or cette règle ne tient pas compte des conditions de convalescence à la suite d'un accouchement. Elle devrait être abolie et remplacée par l'obliga-

tion de l'employeur de donner à la travailleuse en congé de maternité un préavis de deux semaines lui rappelant la date de retour au travail et, le cas échéant, un avis lui demandant les raisons de son non-retour au travail. En effet, celui-ci peut s'expliquer par de multiples raisons, autres que l'intention de démissionner, par exemple une invalidité à la suite de l'accouchement.

- Étendre à six mois le délai de prescription du recours fondé sur la L.N.T.

Il faudra profiter de la réforme de la loi pour apporter un autre changement identifié depuis longtemps comme essentiel, soit une modification visant le temps prescrit pour l'exercice des droits de recours pour pratique illicite à l'encontre des travailleuses enceintes, sans lesquels les droits reconnus en cas de maternité demeurent théoriques, si le temps manque pour les revendiquer. Le trop court délai de prescription de la L.N.T. (45 jours selon l'article 123) devrait être prolongé à au moins six mois (délai de plus en plus courant en droit du travail).

Conclusion sur la nécessité d'augmenter les protections offertes par la L.N.T. en cas de congé de maternité et de congé parental

Les lois assurant la protection des travailleuses enceintes étant diverses, elles doivent être harmonisées, non seulement pour être cohérentes entre elles, mais encore mieux, pour se renforcer mutuellement. Nous sommes très précisément placés face à cette situation prochaine où une réforme devra être complétée par une autre: il va de soi que le droit de se prévaloir des bénéfices d'un régime social d'assurance maternité et parentale, sans que cela ne pose, avant, pendant et après le congé, aucune entrave sur le plan professionnel, dépend dans une grande mesure des droits et avantages protégés par l'instrument législatif dont c'est l'objet, soit la *Loi sur les normes du travail*.

À quoi servirait un congé de maternité et parental payé dont la durée serait plus longue et le taux de remplacement de revenus du travail plus élevé, si l'emploi et le droit aux avantages qui en découlent peuvent être compromis, parce que la L.N.T. n'apporte pas le soutien des protections qu'il lui revient d'assurer?

B. Le régime d'assurance parentale proposé par le gouvernement du Québec favoriserait davantage l'égalité dans l'emploi que le programme fédéral

L'égalité dans l'emploi implique que les coûts de la maternité soient socialement partagés. En pratique l'atteinte de cet objectif passe nécessairement par la reconnaissance d'un droit à un congé parental avec remplacement le plus complet possible du revenu d'emploi pour les travailleuses qui auront des enfants.

Le remplacement du revenu durant un congé parental est actuellement assuré par le régime d'assurance-emploi. Mais ce régime comporte plusieurs inconvénients. Le temps est donc venu de mieux répondre aux besoins des travailleuses par l'instauration d'un véritable *régime d'assurance parentale* (soit une caisse constituée des contributions des employeurs et des cotisations des employés et réservée au financement des congés parentaux payés).

Les citoyens du Québec sont en présence de deux propositions très différentes. Une bonification du programme fédéral de congés parentaux dans le cadre de l'assurance emploi, qui entrera en vigueur en janvier 2001. Et un projet québécois d'assurance parentale récemment déposé à l'Assemblée nationale et dont l'entrée en vigueur est envisagée pour janvier 2002. Toutefois la réalisation de ce projet est tributaire des négociations avec Ottawa quant au transfert des fonds réservés aux congés parentaux, pour que le gouvernement provincial puisse se retirer du programme fédéral et instaurer son propre régime.

Dans ce contexte, il est important de déterminer quel régime offre les meilleures protections. Nous avons donc procédé à une évaluation des deux programmes à partir de trois critères fondamentaux, soit les conditions d'admissibilité, le remplacement du revenu et la durée des congés (ces trois critères sont présentés sous la forme d'un tableau comparatif à la fin de la section).

1) Les conditions d'admissibilité aux prestations

Le programme fédéral comporte quatre conditions d'admissibilité: il faut avoir gagné un revenu minimum d'emploi de 4 140 \$ par année, les travailleurs autonomes ne sont pas admissibles, il

faut avoir travaillé pendant une période minimale, et un délai de carence de deux semaines est maintenu.

Suivant le projet québécois, une seule condition est requise: celle d'avoir gagné un **revenu minimum de travail** de 2 000 \$ par année.

Dans le régime québécois, le droit au congé de maternité, de paternité et parental payés deviendrait universel: il ne se limiterait pas seulement aux travailleurs salariés comme le programme fédéral, mais s'étendrait aussi aux **travailleurs autonomes**. La mesure devient de plus en plus importante avec le temps si l'on considère qu'environ 13 % des femmes présentes sur le marché du travail au Québec sont des travailleuses autonomes et que cette proportion tend à augmenter.

Ensuite, **la période minimale d'emploi** exigée pour être admissible au régime de congés de maternité et de congés parentaux indemnisés serait abolie par le projet québécois. L'exigence du programme fédéral selon laquelle il faut avoir travaillé au moins 600 heures pour être admissible a des conséquences dramatiques d'exclusion, puisqu'elle écarte d'emblée un grand nombre de travailleuses à statut précaire (travailleuses saisonnières, à temps partiel, temporaire, sur appel, contractuelles).

Enfin, Québec prévoit supprimer **le délai de carence** de deux semaines avant d'avoir le droit de recevoir des prestations, car il n'a aucune justification lors de la prise d'un congé de maternité, qui n'a absolument rien à voir avec une perte d'emploi causée par le chômage.

Bref, au niveau de l'admissibilité, le projet québécois offre un accès plus large et universel aux congés parentaux que le programme fédéral d'assurance-emploi.

2) Le remplacement du revenu d'emploi

Le taux de remplacement du revenu d'emploi doit tendre à un congé entièrement payé. En effet, le niveau de remplacement du revenu d'emploi détermine dans une grande mesure si les parents utiliseront tous les congés auxquels ils ont droit. Si le taux de remplacement de revenu d'emploi ne se rapproche pas suf-

fisamment du salaire, il est fort possible qu'ils n'en utiliseront qu'une partie, si leur revenu familial disponible est insuffisant.

Dans le programme fédéral, le taux de remplacement du revenu d'emploi reste à 55 % du revenu brut, alors que la durée des congés augmente de 25 à 50 semaines. Pour sa part, le projet québécois offre aux parents le choix entre deux options où le remplacement du revenu varierait selon la plus ou moins longue durée des congés. Selon l'option A, un congé de 55 semaines, le taux de remplacement du revenu serait de 70 % du revenu brut pendant les 30 premières semaines, et de 55 % les 25 semaines restantes. Selon l'option B, le remplacement du revenu serait de 75 % pendant 43 semaines.

D'autre part, **le revenu maximum assurable**, qui est de 39 000 \$ dans le programme fédéral, serait haussé par le Québec jusqu'à 52 500 \$, afin de ne pas empêcher les parents mieux rémunérés d'y recourir.

À l'évidence, quant au remplacement du revenu, les deux options offertes par le régime québécois seraient plus avantageuses.

3) La durée des congés parentaux payés

Le programme fédéral prolonge la durée totale des congés de maternité et des congés parentaux payés jusqu'à 50 semaines. La durée du congé de maternité demeure de 15 semaines, mais le congé parental ouvert aux deux parents passera de 10 à 35 semaines. Par ailleurs, le programme ne comporte aucun congé de paternité pour le père.

Le projet québécois prolonge aussi la durée totale des congés payés. Mais il offre en plus deux options différentes selon les priorités et préférences des parents, soit l'option A de 55 semaines et l'option B de 43 semaines. Il présente aussi la particularité de mettre sur pied un congé de paternité qui favorise un partage des rôles entre les deux parents. Le régime comprendrait donc trois congés familiaux complémentaires, soit un congé de maternité, de paternité et parental.

Quant à la **durée totale des congés** de maternité, paternité et parental, elle irait jusqu'à 55 semaines dans l'option A (avec un

taux de prestation moins élevé), alors qu'elle serait de 43 semaines dans l'option B (avec un taux de prestation plus élevé).

Pour un **congé de maternité**, le nombre maximal de semaines de prestations payées serait de 18 semaines à 70 % du revenu d'emploi brut dans l'option A, alors que ce nombre serait de 15 semaines à 75 % dans l'option B.

Quant au **congé parental**, le nombre total des semaines de prestations payées dont pourraient se prévaloir les deux parents serait de 32 semaines (7 semaines à 70 % et 25 semaines à 55 % dans l'option A, et de 25 semaines à 75 % dans l'option B).

Pour ce qui est de la durée du **congé de paternité** payé, elle serait de 5 semaines à 70 % dans l'option A et de 3 semaines à 75 % dans l'option B.

Quant à la durée totale des congés, l'avantage du projet québécois est de donner aux parents le choix entre deux options de plus ou moins longue durée (l'une de 55 semaines, l'autre de 43 semaines) avec un taux de remplacement du revenu d'emploi qui varie suivant la longueur du congé.

Conclusion sur l'assurance parentale comme moyen d'instaurer une plus grande égalité dans l'emploi

Analysé sous l'angle du droit à l'égalité dans l'emploi, il ne fait aucun doute que le régime d'assurance parentale proposé par le gouvernement du Québec répondrait mieux aux besoins des familles de travailleurs qui ont des enfants en améliorant à la fois l'accès à l'assurance maternité et parentale ainsi que le montant des prestations offertes. Ce régime garantirait un cheminement plus continu des femmes sur le marché du travail, en leur permettant, de manière partagée avec le conjoint, de mieux concilier le travail et la maternité, les responsabilités professionnelles et les obligations parentales, ce qui du point de vue du droit à l'égalité doit constituer l'objectif premier d'une assurance parentale.

COMPARAISON ENTRE LE PROGRAMME FÉDÉRAL ET LE PROJET QUÉBÉCOIS D'ASSURANCE PARENTALE			
LES ÉLÉMENTS COMPARÉS	LE PROGRAMME FÉDÉRAL	LE PROJET QUÉBÉCOIS	
		OPTION A	OPTION B
1) LES CONDITIONS D'ADMISSIBILITÉ AUX PRESTATIONS			
Le revenu minimum	4 140 \$	2 000 \$	2 000 \$
Les travailleurs autonomes	Non admissibles	Admissibles	Admissibles
La période minimale d'emploi	Passe de 700 heures à 600 heures	Aucune	Aucune
Le délai de carence	Maintenu à 2 semaines	Aucun	Aucun
2) LE REMPLACEMENT DU REVENU D'EMPLOI			
Le taux de remplacement	Reste à 55 % du revenu brut pendant les 50 semaines	70 % pendant 25 semaines et 55 % les 25 semaines restantes	75 % pendant 40 semaines
Le maximum assurable	Reste à 39 000 \$	52 500 \$	52 500 \$
3) LA DURÉE DES CONGÉS PAYÉS			
Le congé de maternité	15 semaines à 55 %	18 semaines à 70 %	15 semaines à 75 %
Le congé de paternité	Non prévu	5 semaines à 70 %*	3 semaines à 75 %*
Le congé parental (total pour les parents)	Passe de 10 à 35 semaines à 55 %	32 semaines (7 à 70 % et 25 à 55 %)	25 semaines à 75 %
La durée totale des congés de maternité, paternité et parental	50 semaines	55 semaines*	43 semaines*
Le congé d'adoption (total pour les parents)	Passe de 10 à 35 semaines à 55 %	35 semaines (10 à 70 % et	25 semaines à 75 %

CONCLUSION GÉNÉRALE: Un choix de société à intégrer dans les conditions de travail et dans un ensemble cohérent de lois sociales

Le problème social de la discrimination fondée sur la grossesse dans l'emploi étant mieux défini, et la solution juridique de l'obligation d'accommodement étant acquise, on peut entrevoir des moyens pour éliminer cette source d'inégalité subie par les

femmes dans leur parcours professionnel. Pour y parvenir, il faut que les employeurs accommodent les besoins des travailleuses enceintes afin de leur permettre de concilier travail et maternité sans être pénalisées professionnellement. Il faut également que la société adopte des mesures de protection juridiques et sociales de la maternité au travail pour qu'elles ne soient pas désavantagées économiquement.

Les enfants sont l'avenir de l'humanité. Toute société qui ne prendrait pas en compte cette réalité nierait ainsi sa propre continuité. Ce constat du nécessaire renouvellement des générations entraîne l'obligation d'une solidarité sociale s'exprimant par l'amélioration des lois de protection de la maternité au travail. Les femmes ne doivent pas assumer à elles seules le coût social et économique de cette contribution à la suite du monde.

Dans ce sens, la maternité avec le respect de l'égalité dans l'emploi sans discrimination fondée sur la grossesse est un choix de société que l'on doit intégrer dans les conditions de travail et dans un ensemble cohérent de lois assurant aux travailleuses enceintes des protections juridiques (la *Loi sur les normes du travail*) et sociales (*un régime d'assurance maternité et parentale*).

Les employeurs, et les syndicats qui ont leur mot à dire dans la négociation des conditions de travail, doivent réexaminer leurs règles d'emploi pour éliminer celles qui causent encore des effets discriminatoires à l'endroit des femmes. Ils doivent améliorer leur régime de droits parentaux dans le sens des propositions de modifications à la *Loi sur les normes du travail* que nous avons formulées. De manière plus globale, ils doivent reconnaître la nécessité pour leurs employé(e)s de concilier leurs responsabilités familiales et professionnelles dans la détermination des conditions de travail et dans leur application.

On évoquera ici, parmi les mesures permettant d'alléger la charge de la double responsabilité, familiale et professionnelle, la mise en place de conditions de travail telles que les horaires variables, l'amélioration des conditions de travail à temps partiel justifiée par des raisons parentales (favorisant ainsi l'embauche de remplaçantes ayant la possibilité de faire l'apprentissage du métier), les garderies en milieu de travail et toute autre mesure

susceptibles de favoriser la conciliation entre les obligations familiales et professionnelles.

La solution juridique de l'obligation d'accommodement a toutefois ses limites, et même lorsqu'elle est prise en charge par les employeurs et les syndicats, ne saurait à elle seule résoudre le problème. De cela découle la nécessité de mesures générales et universelles prévues dans des lois d'ordre public. Il faut donc être conscient que l'État a un rôle à jouer pour instaurer l'égalité concrète des travailleuses enceintes. C'est pourquoi nous favorisons l'adoption de solutions collectives qu'il est socialement possible de mettre en œuvre pour une meilleure justice sociale. Ces solutions collectives peuvent prendre la forme de programmes spéciaux prévus par des lois sociales.

Dans ce sens, nous appuyons l'annonce de deux réformes législatives touchant deux des principales lois sociales instaurant des mesures favorables aux travailleuses enceintes. Il est en effet grand temps que nous nous dotions d'un véritable *régime social de congés de maternité et parental* payés. Par la même occasion, l'institution d'une assurance sociale parentale nécessite de manière complémentaire et essentielle que la *Loi sur les normes du travail* assure aux personnes qui bénéficieront de ces congés des protections spécifiques et expresses de leurs droits et avantages liés à leur emploi durant ces congés.

Ces réformes permettront aux femmes de vivre et d'aménager la responsabilité encore mal partagée de l'emploi et de la maternité.

Si elles sont adoptées, ces deux mesures que plusieurs organismes et personnes travaillent à instaurer, permettraient de limiter les impacts négatifs découlant de la discontinuité professionnelle des travailleuses enceintes suite à leur interruption d'emploi pour cause de maternité, impacts mis en évidence par les expertises de la sociologue Lucie France Dagenais et que nous avons produites devant le Tribunal des droits de la personne dans deux dossiers illustrant ce problème, les affaires *Bourdon*²⁹ et *Roussin*³⁰.

29. Précitée, note 16.

30. Précitée, note 15.

La conclusion générale de madame Lucie France Dagenais demeure à ce jour incontestée: la protection des divers avantages liés à l'emploi et les mesures sociales couvrant la période de maternité sont des conditions essentielles pour maintenir les femmes dans leur activité professionnelle. De fait, comme le démontrent ces expertises, le droit à l'égalité dans l'emploi implique que l'on intervienne pour limiter les effets néfastes de la discontinuité professionnelle des femmes résultant de leur interruption d'emploi à des fins de maternité, et ensuite sur le plan parental de leur double responsabilité professionnelle et familiale encore mal partagée avec les hommes.

L'élimination de toute discrimination fondée sur la grossesse est l'une des conditions de base de l'égalité en emploi des femmes. La mise en œuvre de toutes les mesures appropriées permettant aux femmes de concilier plus harmonieusement emploi et maternité est un choix de société.

Les tests de dépistage d'alcool et de drogues en milieu de travail: une question d'équilibre

Anouk VIOLETTE

Résumé

Ses détracteurs invoquent l'atteinte qu'il porte au droit de l'employé au respect de sa vie privée ainsi que la prohibition contre la discrimination fondée sur le handicap pour s'opposer à l'usage des tests de dépistage d'alcool et de drogues en milieu de travail. Les partisans de cette méthode de détection et de prévention de plus en plus répandue font valoir, quant à eux, les intérêts de l'employeur et du public en matière de santé et de sécurité.

L'équilibrage de ces droits fondamentaux et quelquefois conflictuels peut devenir un exercice très complexe, tant pour le néophyte que pour le juriste. Dans une optique pragmatique, ce texte propose un survol de la jurisprudence et des principes directeurs dont doit tenir compte celui qui est confronté à un tel problème dans une situation donnée.

Plus particulièrement, ce texte aborde cette très vaste question des tests de dépistage d'alcool et de drogues en milieu de travail sous les trois angles suivants: 1) les «causes raisonnables» reconnues par la jurisprudence comme justifiant l'imposition par l'employeur de tests obligatoires de dépistage d'alcool ou de drogues; 2) l'interprétation et l'utilisation du résultat des tests eu égard notamment au devoir d'accommodement de l'employeur à l'endroit de l'employé toxicomane; et 3) les critères juridiques applicables à la détermination de la légalité d'une politique générale d'entreprise en matière de dépistage.

Les tests de dépistage d'alcool et de drogues en milieu de travail: une question d'équilibre

Anouk VIOLETTE

INTRODUCTION	85
PARTIE I – LES TESTS DE DÉPISTAGE D'ALCOOL ET DE DROGUES FONDÉS SUR UNE CAUSE RAISONNABLE.	88
1. Remarques préliminaires.	88
1.1 Le dépistage au hasard (random testing) et le dépistage ciblé.	88
1.2 La nature de l'industrie et du poste	89
2. À l'embauche	93
3. En cours d'emploi	98
3.1 Les motifs raisonnables de soupçonner qu'un employé exécutera les fonctions d'un poste à haut risque sous l'influence de l'alcool ou de la drogue	98
3.2 En cas d'accident ou d'incident	101
3.3 Pour se qualifier et conserver un poste à haut risque	102
3.4 Dans le cadre d'une réintégration à la suite d'une absence reliée à un problème d'alcool ou de drogues	105

PARTIE II – L’UTILISATION DU RÉSULTAT DES TESTS DE DÉPISTAGE D’ALCOOL OU DE DROGUES.	105
1. L’interprétation des tests	105
2. Les mesures disponibles face à un refus de subir un test ou à un test positif	108
2.1 L’enquête (approche administrative/approche disciplinaire)	108
2.2 Les sanctions	108
2.3 La portée du devoir d’accommodement de l’employeur à l’égard du toxicomane	110
PARTIE III – LES POLITIQUES RELATIVES À L’USAGE DE L’ALCOOL OU DE LA DROGUE EN MILIEU DE TRAVAIL	114
1. Introduction	114
2. La méthode unifiée en matière de discrimination	115
3. Le test arbitral du «balancing of interests».	122
4. La justification de la politique	123
5. L’approche globale	126
CONCLUSION.	128

INTRODUCTION

«*Il faut être toujours ivre. Tout est là: c'est l'unique question. [...], il faut vous enivrer sans trêve. Mais de quoi? De vin, de poésie ou de vertu, à votre guise. Mais enivrez-vous. [...]* Pour n'être pas les esclaves martyrisés du Temps, enivrez-vous; enivrez-vous sans cesse! De vin, de poésie ou de vertu, à votre guise»¹. Voilà une philosophie compatible avec la vocation littéraire de Charles Baudelaire. Mais, le quidam du XXI^e siècle que les paradis artificiels célébrés par le réputé poète attirent devra pour sa part renoncer aux carrières critiques pour la sécurité, s'il désire éviter les immixtions étrangères dans sa vie privée. En effet, comme nous le verrons ci-après, la question des tests de dépistage d'alcool et de drogues en milieu de travail est multidimensionnelle et nécessite la prise en compte de droits essentiels non seulement de l'individu, mais aussi de l'entreprise et du public.

Cette question n'a par ailleurs rien perdu de son actualité depuis qu'elle a fait son apparition en droit du travail en 1987. L'été 2000 a été particulièrement fertile en décisions sur le sujet. D'abord, la décision du 27 mai 2000 rendue par l'arbitre albertain Timothy J. Christian dans *C.E.P.U., Local 777 c. Imperial Oil Ltd. (Grievance of Robert Gabriel)*² a ajouté un nouveau chapitre à la saga judiciaire entourant la politique relative à l'alcool et aux drogues d'Imperial Oil. Ensuite, le 18 juillet 2000, l'arbitre Michel G. Picher s'est prononcé dans *Canadian National Railway Co. c. CAW-Canada et al. Re: The Company's Drug and Alcohol Policy*³ sur la légalité de la politique relative à l'alcool et aux drogues au travail du Canadian National («CN») dans une décision détaillée de 153 pages. Enfin, le 21 juillet 2000, la Cour d'appel de l'Ontario a partiellement accueilli la demande de révision judiciaire à l'encontre des conclusions de la Commission d'enquête de l'Ontario dans *Entrop c. Imperial Oil Ltd.*⁴ concernant également la fameuse politique d'Imperial Oil. Il y a tout lieu de croire que ce

1. C. BAUDELAIRE, *Petits Poèmes en prose (Le Spleen de Paris)*, XXXIII *Enivrez-vous*, Gallimard, 1973, p. 115.

2. 27 mai 2000, non rapportée, ci-après «*Imperial Oil Ltd. (Gabriel)*».

3. 18 juillet 2000, non rapportée, ci-après *Canadian National Railway (Drug and Alcohol Policy)*.

4. [2000] O.J. n° 2689 (C.A.) (QL).

dernier cru de décisions contribuera à alimenter le débat public et juridique déjà fortement polarisé que suscite cette question controversée.

L'employeur qui, dans l'exercice de ses droits de gérance, veut imposer des tests de dépistage d'alcool ou de drogues dans un cas individuel ou dans le contexte d'une politique générale, à l'embauche ou en cours d'emploi, doit prendre en considération le fait que ces tests portent atteinte à divers droits fondamentaux des employés. L'employé de son côté doit savoir que ces droits fondamentaux ne sont pas absolus.

Puisqu'un test de dépistage implique le prélèvement d'un échantillon d'haleine, d'urine ou de sang et qu'il peut détecter des activités de consommation survenues en dehors des heures de travail, il est susceptible de porter atteinte au droit de l'employé à l'intégrité physique, à ses droits à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation, de même qu'à son droit au respect de sa vie privée⁵. De plus, les tests de dépistage peuvent entraîner une violation du droit à l'égalité sans discrimination fondée sur le handicap (ou la déficience) protégé par les lois sur les droits de la personne, puisque la notion de handicap englobe la dépendance à l'alcool et à la drogue⁶.

Toutefois, ces droits fondamentaux peuvent, dans certaines circonstances, devoir céder le pas aux droits et obligations que possède l'employeur dans la gestion de son entreprise. En effet, en vertu de ses droits de gérance l'employeur a le droit de vérifier la capacité physique et mentale de ses employés d'effectuer leur prestation de travail de façon efficace et sécuritaire. Par ailleurs, plusieurs dispositions législatives obligent l'employeur à prendre les mesures nécessaires pour protéger et assurer la santé, la sécurité et le bien-être de ses employés ainsi que du public et peuvent

5. Pour les entreprises québécoises de juridiction provinciale, voir: *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 1, 4, 5, ci-après la «Charte»; C.c.Q., art. 10, 11, 35. En ce qui concerne les entreprises de juridiction fédérale, ces droits sont protégés en vertu de la *common law*. Voir également: L. BERNIER, L. GRANOSIK, J.-F. PEDNEAULT, *Les droits de la personne et les relations du travail*, Les ÉditionsYvon Blais inc., par. 17.001-17-009.

6. Pour les entreprises québécoises de juridiction provinciale, voir: *Charte, supra*, note 5, art. 10, 16, 18.1, 20. Pour les entreprises de juridiction fédérale, voir: *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6, art. 3, 7, 10, 15, 25, ci-après «L.C.D.P.».

servir d'assise juridique à l'imposition de tests de dépistage d'alcool ou de drogues⁷.

Bien qu'en constante évolution, la jurisprudence en la matière est déjà marquée, comme nous le verrons ci-après, par la recherche d'un équilibre entre les droits des employés et ceux de la direction. Puisque les droits des employés en cause occupent un rang supérieur dans la hiérarchie des droits individuels, de tels tests ne pourront être exigés de l'employeur que s'il obtient le consentement de l'employé ou en l'absence d'un tel consentement, dans des circonstances bien circonscrites. Cela dit, les dangers et effets néfastes sur la performance que la consommation de certaines substances intoxicantes peut comporter sont de connaissance judiciaire, et les tribunaux n'ont pas hésité à sanctionner la légalité de tests de dépistage lorsqu'il y a une cause raisonnable de les requérir même s'ils constituent *a priori* une intrusion dans la sacro-sainte sphère d'intimité des employés.

Le dépistage n'est bien sûr qu'un aspect de la question beaucoup plus large du contrôle et du traitement des problèmes reliés aux produits à visée psychotrope en milieu de travail. Il s'agit d'une question polycentrique qui fait intervenir la pondération de multiples facteurs. Cela complexifie énormément la tâche de celui qui veut cerner les tenants et aboutissants d'une situation donnée dans ce domaine, que ce soit pour prendre une décision dans un cas individuel ou en vue de définir les orientations générales de l'entreprise en la matière. Le présent texte propose un survol de la jurisprudence et des principes juridiques pouvant éclairer la démarche pragmatique de ce gestionnaire.

Nous commençons donc en première partie par une revue des circonstances qui jusqu'à présent ont été considérées par la jurisprudence comme constituant une «cause raisonnable» justifiant l'exigence de se soumettre à un test imposé par un employeur.

La seconde partie traite de l'étape suivante, c'est-à-dire de l'interprétation des tests et de l'utilisation qui peut être faite par l'employeur du résultat de ceux-ci eu égard notamment à son devoir d'accommodement à l'égard de l'employé toxicomane.

7. Voir notamment: *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.R.Q. c. S-2.1, art. 2, 3, 49, 51; Charte, *supra*, note 5, art. 46; C.c.Q., art. 2087; *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, c. L-2, Partie II, art. 124, 125; L. BERNIER, L. GRANOSIK, J.-F. PEDNEAULT, *supra*, note 1, par. 17.008.

En troisième partie, nous aborderons les critères relatifs à la détermination de la légalité des tests de dépistage prévus dans les politiques relatives à l'usage de l'alcool ou de la drogue au travail unilatéralement adoptées par un employeur et de plus en plus répandues.

Quelques observations préalables quant au contentieux jurisprudentiel pertinent sont de mises, avant d'entrer dans le vif du sujet. Les décisions que nous avons analysées aux fins de la présente étude émanent en première instance d'arbitres de grief siégeant en vertu de conventions collectives et de tribunaux des droits de la personne. Quelques-unes de ces décisions ont été portées devant les tribunaux supérieurs dans le cadre de demandes de contrôle judiciaire. Nous avons tenté de souligner, au fur et à mesure du texte, les précédents qui font actuellement autorité au niveau des principes. À ce chapitre, le lecteur notera de fréquents renvois à la politique globale relative à l'alcool et aux drogues implantée par Imperial Oil dans toute son entreprise au Canada (et imposée à ses sous-traitants). Cette politique qui prévoit entre autres des tests de dépistage a été la première à être testée judiciairement en regard à la fois de la convention collective et de la législation sur les droits de la personne, cela dans plusieurs juridictions canadiennes différentes. Elle a donné lieu à des décisions fouillées de l'arbitre McAlpine de la Colombie-Britannique (voir *Esso Petroleum*, *infra*) et de l'arbitre Christian de l'Alberta (voir *Imperial Oil Ltd. (Gabriel)*⁸). Elle a aussi engendré plusieurs décisions de la Commission d'enquête de l'Ontario, lesquelles furent révisées en partie cet été, tel que susdit, par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Entrop*⁹. La politique d'Imperial Oil constitue en conséquence une référence instructive à laquelle se rapporter.

PARTIE I – LES TESTS DE DÉPISTAGE D'ALCOOL ET DE DROGUES FONDÉS SUR UNE CAUSE RAISONNABLE

1. Remarques préliminaires

1.1 Le dépistage au hasard (random testing) et le dépistage ciblé

Parce que le test de dépistage de drogues ne fournit pas d'information précise sur le degré d'altération des facultés d'un

8. *Supra*, note 2.

9. Voir: *Entrop*, *supra*, note 4.

individu donné, le dépistage de drogues au hasard (*random drug testing*) c'est-à-dire de n'importe qui, n'importe quand, a systématiquement été déclaré illégal par les tribunaux lorsqu'il était imposé sans consentement et sans autorisation législative expresse, et ce même lorsqu'il avait pour objet louable de réduire le risque d'altération des facultés dans des postes où la sécurité est essentielle (*safety-sensitive positions*).

L'un des développements jurisprudentiels majeurs de l'été 2000¹⁰ fut la reconnaissance de la validité des tests de dépistage d'alcool au hasard. Dans *Entrop* la Cour d'appel de l'Ontario explique la différence de régime entre l'alcool et la drogue en ce qui concerne le dépistage aléatoire, par le fait que l'alcootest contrairement au test de dépistage de drogues permet d'évaluer l'altération des facultés (*impairment*) de l'individu. Notons cependant que les alcootests en question dans *Entrop* n'étaient pas *absolument* aléatoires puisqu'ils s'adressaient uniquement à un groupe identifié d'employés, soit ceux occupant un poste où la sécurité est essentielle.

Sous réserve de cette exception donc, seuls les tests de dépistage ciblés, c'est-à-dire ceux qui sont requis pour une cause particularisée, d'un individu ou d'un groupe identifié, avec ou sans préavis (*unannounced*), sont permis par la jurisprudence et c'est de ceux-là dont nous traiterons principalement.

1.2 La nature de l'industrie et du poste

Il convient de préciser d'entrée de jeu que la nature de l'entreprise et du poste occupé sont des facteurs primordiaux lorsqu'il s'agit de déterminer si des tests de dépistage peuvent être exigés. En effet, dans les cas où les tribunaux ont confirmé la validité et la raisonnable de tels tests, il s'agissait de postes où la sécurité est essentielle. Il sera très rare qu'on les considérera acceptables dans des emplois de bureau par exemple.

La définition de la notion de poste où la sécurité est essentielle s'avère dès lors déterminante. Il n'existe évidemment pas de définition exhaustive, mais nous pouvons dégager de la jurisprudence certains paramètres utiles.

10. Voir: *Imperial Oil Ltd. (Gabriel)*, *supra*, note 2, p. 100; *Entrop*, *supra*, note 4, par. 86, 106.

D'abord, il est de commune renommée que toute fonction impliquant la conduite d'un véhicule motorisé est réputée à haut risque et inconciliable avec la consommation d'alcool ou de drogues. Sur un plan plus général, la définition de «*safety-sensitive positions*» contenue dans la politique relative à l'alcool et aux drogues d'Imperial Oil, sans être complète, donne des indications sur quelques-unes des caractéristiques inhérentes à un poste à haut risque et a le mérite d'avoir reçu la caution de l'arbitre J.D. McAlpine dans *Re Esso Petroleum Canada and C.E.P., Loc. 614*¹¹. Le paragraphe F(1) à la page 2 de la politique prévoit ce qui suit:

Safety-sensitive positions

Positions which meet both of the following conditions as determined by Imperial:

- a) *have a key and direct role* in an operation where impaired performance could result in a *catastrophic incident*, affecting the health or safety of employees, sales associates, contractors, customers, the public or the environment; and
- b) *have no direct or very limited supervision* available to provide frequent operational checks.

This category includes all employees who are required to rotate through or temporarily relieve in safety-sensitive positions.¹²
(nos italiques)

En vertu de cette définition, deux critères doivent être appliqués pour évaluer si un poste doit être ou non classé comme étant critique pour la sécurité. Le premier consiste à déterminer si la personne exerce un rôle important et direct dans une opération dont l'exécution avec des facultés affaiblies peut causer un incident catastrophique. Le second vise à vérifier si la personne est soumise à une surveillance directe ou minimale. Les termes «rôle important et direct» (*key and direct role*) et «incident catastrophique» (*catastrophic incident*) sont définis dans les *Alcohol and Drug Program Administrative Guidelines* à la lueur desquels la politique d'Imperial Oil a été interprétée par l'arbitre McAlpine:

11. J.D. McAlpine, arbitre, 24 mai 1994, non rapportée, conf. par B.C.L.R.B. n° B257/96, 2 août 1996, ci-après «*Esso Petroleum*».

12. *Ibid.*, p. 15.

KEY AND DIRECT ROLE

In the definition of «safety-sensitive positions», the term «key and direct role» means that the assigned duties of the position, including non-routine or emergency duties, involve responsibility for actions or decisions *which could directly cause or contribute to*:

- (a) a catastrophic incident; or
- (b) an improper/inadequate response to a potentially catastrophic incident;

if not performed correctly. It follows that supervisory or managerial positions are not automatically defined to be safety-sensitive merely because the duties may include supervision of safety-sensitive positions.

CATASTROPHIC INCIDENT

In the definition of «safety-sensitive positions», the term «catastrophic incident» refers to incidents involving one or more of the following:

- (a) multiple fatalities or disabling injuries to employees or non-employees;
- (b) damage to company or third-party property exceeding 500 M \$;
- (c) extensive environmental damage.*

*«Extensive environmental damage» means any of the following:

- there is a high probability of measurable long-term health effects on groups of employees or non-employees;
- fauna and flora populations require long restoration periods;
- there is a high probability of long-term adverse impact on sensitive populations; or
- there is an environmental disaster that has a significant adverse effect on community income or well-being.¹³

L'employeur, Imperial Oil, a donc choisi de définir très restrictivement la notion de «*safety-sensitive positions*», probable-

13. *Ibid.*, p. 16-17.

ment pour justifier les tests de dépistage au hasard très attentatoires que la politique prescrit dans le cas de ces postes. L'on peut en effet préfigurer que plus les exigences en matière de dépistage seront invasives plus la définition de «poste où la sécurité essentielle», où ces exigences s'appliqueront, s'en verra resserrée. La définition de poste où la sécurité est essentielle devrait donc être en partie modulée en fonction de l'ampleur des obligations qui s'y rattachent pour les employés. Aussi, bien que le fait qu'un poste ne soit pas supervisé puisse augmenter le degré de sécurité qu'il commande, des emplois supervisés pourront par contre eux aussi être à risque élevé, selon le contexte. D'ailleurs, plusieurs sentences arbitrales en matière disciplinaire ont reconnu le côté sécuritaire essentiel d'emplois d'usine supervisés et les ont assujettis aux normes les plus strictes en ce qui regarde le respect des prohibitions reliées à l'alcool et à la drogue. Ainsi, dans *Sermatech (Canada) Inc.*¹⁴, l'arbitre Durand a déclaré que les tâches des plaignants affectés à la peinture de pièces d'aéronefs chez Sermatech, une filiale de Canadair, sont reliées à l'œuvre principale de l'employeur et demandent un haut degré de sécurité et de précision. Il signale que le fait que les pièces soient inspectées ne minimise pas la dimension sécuritaire essentielle de l'entreprise et des postes. En effet, affirme l'arbitre Durand, une inspection ne peut tout révéler et dans des cas semblables l'employeur ne peut prendre aucun risque d'erreur de production. L'employeur et le public voyageant par aéronefs ne doivent pas être exposés au danger même potentiel que constitue un employé consommateur de drogue¹⁵.

L'évaluation d'un poste aux fins de sa classification en fonction du critère sécurité portera donc principalement sur l'appréciation des impacts négatifs que pourrait entraîner une défaillance du titulaire. La sécurité dans ce contexte n'est pas limitée à la protection contre les dangers pour la santé physique, pour l'environnement, pour les biens de l'employeur, mais elle englobe aussi le produit et l'image de l'entreprise. Les risques inhérents à un poste ne sont pas toujours apparents à sa face même et l'identi-

14. D.T.E. 91T-1387 (Durand) (Qué.).

15. *Ibid.*, p. 21-22. Voir également: *Canada Post Corporation and C.U.P.W. (Marini)* (1987), 26 L.A.C. (3d) 403 (Swan) (Can.), p. 429; *Canadair Inc. c. L'Association internationale des machinistes et des travailleurs de l'aérospatiale, loge locale 712*, [1991] T.A. 73 (Lippé) (Qué.) (opérateur assigné au département du transport, ce qui implique qu'il devait circuler à l'intérieur de l'usine); *Re Re-Con Building Products Inc. and B.B.F., Loc. D-400 (Connell)* (1997), 62 L.A.C. (4th) 20 (Taylor) (B.C.).

fication de ceux-ci peut parfois demander une étude de poste spécifique. Ces risques sont par ailleurs quelquefois inattendus et inusités. À titre d'exemple, dans *Aliments Krispy Kernels inc. c. Syndicat démocratique des salariés de Krispy Kernels (C.S.D.)*¹⁶, l'arbitre a caractérisé le poste d'emballieuse chez Krispy Kernels comme étant un poste à risque élevé, sur la foi du témoignage qu'a rendu à l'arbitrage le directeur des ressources humaines chez l'employeur. Celui-ci a déposé qu'il y a des postes de triage occupés par les salariés pour vérifier la qualité du produit, que les salariés peuvent être déplacés dans l'usine et «*qu'il pouvait y avoir des cailloux, souris, crapauds séchés dans le produit et qu'une inspection manuelle doit être faite, car il est très important que ces éléments ne se retrouvent pas dans le produit. [...] Les gouvernements, surtout au niveau fédéral, font des contrôles, les inspecteurs faisant trois à quatre visites surprises par année, en plus des visites lors des plaintes. S'il y a une infraction majeure, le «cadenas» peut être mis sur une machine et, chez l'employeur, le rappel le plus important a été un lot de 50 000 livres. Une erreur sur le poids est également problématique, les gouvernements faisant des contrôles à cet égard*»¹⁷.

2. À l'embauche

Un employeur est toujours libre de demander à un candidat à l'embauche de se soumettre à un examen médical, lequel peut comprendre notamment des tests de dépistage de drogues, et le postulant de son côté est libre de consentir à un tel examen. Cela ne veut cependant pas dire que l'employeur peut légalement écarter une candidature en raison du refus de consentir à l'examen ou en raison d'un test de dépistage de drogues positif. En effet, les droits fondamentaux auxquels nous avons fait allusion dans l'introduction existent et doivent être respectés par l'employeur au stade de l'embauche. À cet égard, le fait de faire de l'examen médical une condition d'emploi ne permet pas à l'employeur d'échapper à ses obligations.

La première question qui se pose est à quel moment dans le processus d'embauche les tests devraient être demandés. La Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, dans un document intitulé *Les examens médicaux en emploi*¹⁸, a émis

16. [1997] T.A. 904 (Gagnon) (Qué.).

17. *Ibid.*, p. 906.

18. Juin 1998, Cat. 2.115.9.5.

l'opinion que l'examen médical ne devrait avoir lieu qu'une fois que le candidat a reçu une offre d'embauche. Cette offre demeurerait toutefois conditionnelle au résultat du test¹⁹.

Cette procédure permet au candidat qui n'est pas embauché de savoir que c'est en raison du seul fait de l'échec de son examen médical. Dans le cas où le candidat aurait à passer un test de dépistage de drogues, il sera plus facile pour lui de déduire que c'est en raison d'un résultat positif à ce test qu'il n'est pas embauché et il est donc plus susceptible de déposer auprès de la Commission une plainte alléguant qu'il a été l'objet de discrimination dans l'embauche en violation de la Charte. Cette procédure laisse à l'employeur indubitablement moins de marge de manœuvre dans le choix des candidats que lorsque l'examen médical pré-embauche est présenté comme faisant partie du processus général d'embauche.

Par ailleurs, il faut savoir que la jurisprudence, même si elle est clairesmée sur ce point, est plutôt défavorable jusqu'à maintenant au dépistage pré-embauche. En effet, dans deux précédents notoires des dispositions de politiques d'entreprise prévoyant des tests de dépistage de drogues pré-embauche ont été annulées.

Le jugement le plus étoffé sur la question des tests pré-embauche est celui de la Cour d'appel fédérale dans *Canada (Commission des droits de la personne) c. Banque Toronto-Dominion*²⁰. Si l'on se fie à cette autorité, le simple fait de restreindre les tests de dépistage aux seuls nouveaux employés peut en soi être problématique juridiquement.

Les faits à l'origine de cette affaire sont succinctement les suivants. En 1990, la Banque TD a mis en œuvre une politique nationale sur l'abus de drogues ou de médicaments prescrivant des tests de dépistage obligatoires. L'objectif déclaré de cette politique était de maintenir un milieu de travail sain, sécuritaire et productif, pour protéger les fonds des clients, de la Banque et des employés ainsi que les renseignements y afférents et pour maintenir sa réputation. En 1991, l'Association canadienne des libertés civiles (l'«ACLC») a déposé auprès de la Commission canadienne des droits de la personne (la «Commission») une plainte dans

19. *Ibid.*, p. 22-23.

20. [1998] 4 C.F. 205 (C.A.), ci-après «*Banque Toronto-Dominion*».

laquelle il était allégué que la Banque enfreignait l'article 10 de la L.C.D.P. en se livrant à un acte de discrimination qui privait les personnes d'un emploi sur la base d'une déficience, soit la dépendance envers la drogue.

La politique exige que les employés nouveaux ou réembauchés se soumettent, dans les 48 heures de l'acceptation d'une offre d'emploi, à une analyse initiale d'urine destinée à dépister la présence de diverses drogues. La politique ne prend effet qu'après l'embauche. Les employés nouveaux ou réembauchés qui refusent de se soumettre au test de dépistage sont congédiés pour avoir omis de se conformer à une condition d'emploi. Si le premier résultat est négatif, il n'y a pas de test ultérieur. Cependant un premier test positif engendre un second test destiné à confirmer l'exposition à la drogue.

Si le second test est positif, l'employé est avisé qu'il doit se présenter à un centre de traitement désigné pour y subir une évaluation afin de déterminer s'il a besoin d'un programme de traitement. Après traitement, deux tests additionnels sont exécutés et si les résultats sont négatifs le dossier est fermé. Si, après des séances de counselling et un programme de réadaptation approprié, les résultats de l'employé demeurent positifs, le service des Ressources humaines de la Banque est notifié et l'employé risque d'être congédié. Les usagers de drogues qui n'ont pas de dépendance envers la drogue peuvent également perdre leur emploi s'ils continuent à utiliser des drogues après avoir obtenu un résultat positif au moins trois fois.

Les frais de réadaptation sont pris en charge par la Banque dans la mesure où les services nécessaires ne sont pas offerts dans le cadre des régimes provinciaux d'assurance-maladie. Les employés qui participent à un programme de réadaptation ont encore droit à leur salaire et aux autres avantages sociaux.

Le Tribunal des droits de la personne du Canada a décidé que la politique de la Banque TD n'était pas discriminatoire parce qu'elle s'appliquait également aux employés dépendants envers la drogue et à ceux qui étaient des consommateurs occasionnels mais persistants sans être dépendants²¹.

21. *Canadian Civil Liberties Assn. c. Toronto Dominion Bank* (1994), 22 C.H.R.R. D/301.

Dans le cadre du contrôle judiciaire, la Cour fédérale, section de première instance, a renversé la décision du Tribunal. Elle a conclu qu'il y avait discrimination indirecte et renvoyé le dossier au Tribunal uniquement pour qu'il examine un des deux volets de la défense d'accommodement raisonnable, à savoir si la politique de la Banque a un lien rationnel avec le rendement au travail²².

Saisie du pourvoi, la Cour fédérale d'appel (Isaac, J., dissident) a confirmé que la politique est discriminatoire à l'égard des personnes souffrant de dépendance à la drogue mais a de plus tranché au fond en ajoutant que la Banque n'a pas été en mesure de présenter un moyen de défense lui permettant de justifier sa politique. Les juges Robertson et McDonald majoritaires ne se sont pas entendus toutefois sur la qualification de la discrimination en cause, c'est-à-dire directe ou indirecte. Une grande partie de leurs motifs est consacrée à l'analyse de cette dichotomie et des différents moyens de défense disponibles selon la caractérisation retenue. Or, nous ne nous attarderons pas sur cette polémique considérant qu'elle est désormais sans intérêt juridique ou pratique en raison d'une part des modifications récentes apportées par le législateur fédéral au par. 15(2) de la L.C.D.P. et d'autre part de l'arrêt récent de la Cour suprême dans *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*²³, arrêt sur lequel nous élaborerons davantage, *infra*.

Malgré les changements profonds apportés par l'arrêt *Meiorin* à l'enseignement de la méthode d'analyse juridique applicable à l'examen d'une telle politique en regard de la Charte ou de la L.C.D.P., les conclusions ci-après mentionnées de la Cour d'appel fédérale dans *Banque Toronto-Dominion*²⁴ demeurent actuelles et pertinentes. En premier lieu, la Cour a conclu que la politique de la Banque TD constitue un acte de discrimination *prima facie* puisqu'elle est susceptible d'annihiler les chances d'emploi des individus qui ont une dépendance envers la drogue. Pour les juges majoritaires, une politique d'emploi qui a pour objectif de garantir un milieu de travail dans lequel on ne consomme pas de drogues illégales doit nécessairement avoir un effet discriminatoire sur les individus qui ont une dépendance envers la drogue.

22. (1996), 112 F.T.R. 127 (1^{re} inst.).

23. [1999] 3 R.C.S. 3, (ci-après l'affaire «*Meiorin*»).

24. *Supra*, note 20.

En second lieu, les juges Robertson et McDonald ont trouvé que la Banque TD ne s'était pas déchargée du fardeau de prouver les éléments constitutifs de l'une ou l'autre des défenses d'exception traditionnelles (exigence professionnelle justifiée («EPJ») ou accommodement raisonnable) à la règle prohibant la discrimination fondée sur la déficience.

Plus particulièrement, ils ont décidé qu'une condition commune à ces deux défenses n'était pas satisfaite en l'espèce soit l'existence du *lien rationnel* entre la norme (la politique) d'une part, et l'objectif légitime de la politique (s'assurer du rendement adéquat et de la responsabilité des employés) d'autre part. Selon l'opinion majoritaire, la preuve de ce lien rationnel était insuffisante, puisqu'il n'a pas été démontré qu'il y avait un problème de toxicomanie parmi les employés de la Banque TD, qu'il y avait une relation de cause à effet entre la consommation de drogues et la criminalité ou encore que la drogue constituait une menace sévère pour les autres employés ou le public. De plus, toujours au chapitre du lien rationnel, les juges majoritaires sont d'avis que le fait que la politique de la Banque TD ne soit pas globale mais plutôt *under-inclusive* jette le doute sur la nécessité de celle-ci pour parvenir à l'objectif visé. En effet, selon eux, si la Banque TD s'inquiétait réellement de la corrélation qui existe entre la consommation de la drogue et le rendement et la responsabilité des employés, elle aurait dû assujettir aux tests tous les employés et pas uniquement les postulants et tester un éventail plus large de drogues. Enfin, les juges Robertson et McDonald insistent sur le fait qu'au mieux la politique de la Banque TD montre que l'employé a utilisé certaines drogues illégales au cours d'une période donnée. Puisque pareil renseignement ne révèle rien au sujet de la capacité de l'employé d'accomplir le travail en question, le *nexus* obligatoire entre la politique et le rendement au travail n'est pas prouvé. En *obiter* cependant le juge McDonald a ajouté que ce *nexus* pourrait s'inférer dans les industries où la sécurité est essentielle²⁵.

L'absence de corrélation directe entre un résultat positif et l'affaiblissement des facultés de l'employé a également été le facteur qui a motivé l'annulation par la Commission d'enquête de l'Ontario des dispositions de la politique d'Imperial Oil prévoyant

25. *Ibid.*, par. 186.

des tests de dépistage de drogues pré-embauche dans *Entrop c. Imperial Oil Ltd.* (n° 8)²⁶, commentée plus amplement *infra*.

3. En cours d'emploi

3.1 Les motifs raisonnables de soupçonner qu'un employé exécutera les fonctions d'un poste à haut risque sous l'influence de l'alcool ou de la drogue

La décision charnière de l'arbitre Picher dans *Re Canadian Pacific Ltd. and United Transportation Union*²⁷ a été la première à poser le principe suivant lequel, lorsqu'il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'un employé exécutera les fonctions d'un poste à haut risque sous l'influence de l'alcool ou de la drogue, les droits de gérance implicites et la sécurité du public doivent prévaloir sur le droit de l'employé au respect de sa vie privée, et l'employeur peut ordonner audit employé de se soumettre à un test de dépistage.

Des faits donnant lieu au soupçon raisonnable nécessaire pour fonder une exigence de subir un test existaient effectivement dans cette affaire. Plus précisément, le plaignant était un conducteur de train chez C.P. Rail. Les policiers ont découvert lors d'une perquisition qu'il cultivait dans son jardin 104 plants de marijuana. Il fut accusé de s'être adonné à la culture de la marijuana en contravention de la *Loi sur les stupéfiants*²⁸, (les accusations furent ultérieurement retirées pour des raisons techniques). C.P. Rail l'a suspendu pour fins d'enquête et lui a demandé de passer un test de drogue, ce que le conducteur a refusé de faire. Lors

26. (1996), 27 C.H.R.R. D/210 (Ont. Bd. Inq.), par. 102, conf. par (1998), 35 C.C.E.L. (2d) 55 (Ont. Gen. Div.), sur ce point conf. par [2000] O.J. n° 2689 (C.A.) (QL), par. 103. Les conclusions de la Commission sont résumées à la page D/226. Le dossier *Entrop c. Imperial Oil Ltd.* a fait l'objet de plusieurs décisions de la Commission d'enquête de l'Ontario relativement à la politique d'alcool et drogue dont certaines furent maintenues et d'autres annulées par la Cour d'appel de l'Ontario. Quant aux diverses décisions rendues par la Commission d'enquête de l'Ontario, voir: *Entrop c. Imperial Oil Ltd.* (n° 1) (1994), 23 C.H.R.R. D/180 (Ont. Bd. Inq.); *Entrop c. Imperial Oil Ltd.* (n° 2) (1994), 23 C.H.R.R. D/183 (Ont. Bd. Inq.); *Entrop c. Imperial Oil Ltd.* (n° 3) (1994), 23 C.H.R.R. D/186 (Ont. Bd. Inq.); *Entrop c. Imperial Oil Ltd.* (n° 4) (1994), 23 C.H.R.R. D/188 (Ont. Bd. Inq.); *Entrop c. Imperial Oil Ltd.* (n° 5) (1995), 23 C.H.R.R. D/191 (Ont. Bd. Inq.); *Entrop c. Imperial Oil Ltd.* (n° 6) (1995), 23 C.H.R.R. D/196 (Ont. Bd. Inq.); *Entrop c. Imperial Oil Ltd.* (n° 7) (1995), 23 C.H.R.R. D/213 (Ont. Bd. Inq.).

27. (1987), 31 L.A.C. (3d) 179 (Picher) (Can.), (ci-après «*Canadian Pacific Ltd.*»).

28. L.R.C. 1985, c. N-1.

de l'enquête de l'employeur le conducteur a admis avoir déjà été condamné par la juridiction criminelle pour possession de marijuana. À titre d'explication, il a avancé que c'était sa femme qui cultivait la marijuana pour sa consommation personnelle. Il a nié être mêlé à la drogue et a affirmé qu'il ne consommait plus. Devant son refus d'acquiescer à sa demande et estimant l'explication fournie par le conducteur invraisemblable, C.P. Rail l'a congédié. Le syndicat a plaidé au soutien du grief contestant le congédiement que les activités reprochées étaient extrinsèques aux fonctions du plaignant.

L'arbitre Picher a décidé que le refus du conducteur en l'espèce de se soumettre au test ou d'expliquer de façon satisfaisante l'incident méritait le congédiement. L'arbitre Picher a déclaré qu'un employeur possède le droit d'exiger qu'un employé subisse un examen médical incluant un test de dépistage de drogue, lorsque:

1. l'employeur est un transporteur public;
2. l'employé occupe un poste «*inherently safety-sensitive*»; et que
3. l'employeur a des «*reasonable grounds to believe that the employee may be impaired while on duty or subject to duty*».

L'arbitre Picher a jugé qu'eu égard à la quantité de marijuana que le plaignant était accusé de cultiver et de posséder, il était raisonnable pour la compagnie de présumer que le plaignant avait une dépendance à la drogue et par le fait même de croire qu'il était susceptible de travailler sous l'influence de celle-ci.

Ainsi, l'employeur, dans des cas individuels, n'a pas à prouver que l'employé occupant un poste à risque accru était effectivement sous l'influence de la drogue au travail, mais il doit simplement démontrer le risque significatif que cet employé travaille sous une telle influence pour être autorisé à exiger un test²⁹.

29. *Procor Sulphur Services and Communications Energy and Paperworks, Local 57 (Holden grievance)*, [1998] A.G.A.A. n° 106 (Ponak, Alta.) (QL), par. 24, 25, 30.

La sentence arbitrale *Re National Gypsum (Canada) Ltd. and I.U.O.E., Locs 721 & 721B (Tupper)*³⁰ comporte une étude très percutante: 1) de la notion de soupçon raisonnable (*reasonable suspicion*), 2) du fardeau de la preuve de l'employeur de démontrer «reasonable grounds of suspicion», 3) des diverses approches pouvant servir à vérifier un soupçon, 4) des difficultés de détecter l'usage de la drogue.

Dans cette affaire, l'employeur qui exploite une carrière à Milford Station, Nouvelle-Écosse, a congédié M. Tupper, opérateur de chargeuse comptant 23 ans de service, pour avoir décliné de se soumettre à un test de dépistage de drogue. Le test lui a été demandé parce qu'on le soupçonnait d'avoir opéré sa chargeuse sous l'influence de la marijuana. Le gérant de la mine a exposé à l'audition du grief déposé à l'encontre du congédiement que la décision de requérir le test a été prise à 60 % à cause de la conviction qu'avait l'ingénieur chef de l'usine d'avoir senti chez M. Tupper une odeur de marijuana alors qu'il était en poste et à 40 % par suite des signes de nervosité et d'agitation que le gérant de la mine a lui-même constatés chez M. Tupper le même jour.

L'employeur a ordonné la tenue du test sans avoir vérifié au préalable auprès de l'intéressé si l'odeur et l'état suspects pouvaient résulter d'une autre cause que la consommation de marijuana. L'eût-il fait que M. Tupper aurait donné la version découverte plus tard à l'audition, soit que l'odeur provenait du «moose burger» qu'il a mangé pour le lunch et de la chargeuse de relève souillée de mégots de cigarettes et autres déchets qu'il opérait ce jour-là.

L'arbitre a conclu que l'employeur n'a pas fait la preuve de motifs raisonnables de soupçonner que les facultés de M. Tupper étaient affaiblies par la drogue. L'arbitre a tiré une conclusion défavorable à l'employeur du fait qu'il n'a pas retiré immédiatement l'employé de son poste malgré ses soupçons, ce qui est difficile à concilier avec les risques réels pour la sécurité allégués. L'arbitre a considéré qu'en l'espèce la preuve non corroborée d'une odeur de marijuana était insuffisante à elle seule en l'absence d'autres signes physiques d'altération des facultés pour motiver la demande de subir un test de dépistage de drogue. L'employeur

30. (1997), 67 L.A.C. (4th) 360 (MacKeigan) (N.S.).

aurait donc dû mener plus loin son enquête et plus particulièrement recueillir la version du plaignant, avant de solliciter le test³¹.

En résumé donc, lorsque le suspect ne présente pas de signes évidents d'affaiblissement de ses facultés, une preuve strictement circonstancielle (telle une supposée odeur de marijuana) non corroborée pourra être insuffisante pour fonder un soupçon raisonnable. Dans une telle situation, il est impératif que l'employeur approfondisse son enquête et fournisse à l'employé l'occasion de répondre aux allégations qui pèsent contre lui et de les réfuter.

Dans le même ordre d'idées, l'arbitre McAlpine a précisé dans *Esso Petroleum*³² que si chez un employé des problèmes d'absentéisme ou de retards chroniques ou d'absences fréquentes inexpliquées de son poste de travail peuvent effectivement être symptomatiques d'un abus de substances intoxicantes, ces comportements peuvent aussi être attribuables à d'autres causes. Selon l'arbitre McAlpine, il peut donc s'agir d'éléments de preuve pertinents, mais ils ne sont pas assez probants isolément pour enjoindre à l'employé de passer un test: «*while it may be relevant it falls short of constituting reasonable and probable cause*»³³.

3.2 En cas d'accident ou d'incident

Le dépistage de l'alcool ou de la drogue (pour tous) en cas d'accident ou d'incident n'est qu'un cas d'application du principe reconnaissant le droit de l'employeur de prescrire un test pour une cause raisonnable. Dans cette situation cependant le fardeau de l'employeur de prouver la «cause raisonnable» serait moins lourd. L'employeur doit avoir accès aux moyens pouvant lui permettre d'identifier la cause d'un accident ou d'un incident sérieux; la sécurité future des lieux du travail en dépend.

Sur ce point, la politique d'Imperial Oil examinée dans *Esso Petroleum*³⁴ est encore une fois un repère commode. Elle prévoit ce qui suit:

31. *Ibid.*, p. 373-74, 378-79.

32. *Supra*, note 11, p. 65-66.

33. *Ibid.*, p. 66.

34. *Ibid.*, p. 62.

All job applicants or employees are subject to mandatory testing for alcohol or drugs under the following circumstances, as further defined in the policy supplements:

[...]

- (b) a test for alcohol and specified drugs;
 - (i) after a significant work accident, incident or near miss as determined by management;

L'arbitre McAlpine a maintenu cette règle en donnant cependant des instructions quant à l'application des directives administratives³⁵. Ces directives détaillent les critères (étayés d'exemples concrets) pour la conduite des tests post-accident, cela afin de guider les surveillants chargés, dans chaque cas, de décider si la drogue ou l'alcool a pu être un élément contributif à l'accident. L'arbitre McAlpine souligne que même si le fardeau de la preuve de la cause raisonnable est allégé dans un contexte d'accident, incident ou quasi-accident, l'employeur ne peut pas néanmoins tester tout le monde sans discernement. L'on doit pouvoir être capable de relier la cause de l'accident au travailleur testé. Ce lien objectif pourra être la déclaration d'un témoin ou d'un coemployé rapportant une infraction du travailleur. Tout du moins, il faut qu'il existe un indice que la cause de l'accident relève de la sphère de responsabilités du travailleur testé³⁶.

3.3 Pour se qualifier et conserver un poste à haut risque

Un examen médical obligatoire peut être exigé d'un candidat à un poste à haut risque au moment de son accession à celui-ci et par la suite périodiquement. Puisque l'existence ou non d'un problème d'abus ou de dépendance à l'alcool ou à la drogue est un aspect à investiguer de la santé présente d'un individu aspirant à certaines fonctions ou occupant de telles fonctions, l'examen médical obligatoire peut dans certains cas contenir des tests sanguins et des tests de dépistage.

Quant à la portée et aux modalités des tests de dépistage réclamés dans cette situation, la jurisprudence arbitrale en matière d'examens médicaux en général présente un intérêt particulier. En effet, ici le test de dépistage a exactement le même but

35. *Ibid.*, p. 63.

36. *Ibid.*, p. 64-65. Voir également: *Canadian National (Drug and Alcohol Policy)*, *supra*, note 3, p. 121-22.

que tout autre examen médical, soit de s'assurer que l'employé ne présente pas une condition médicale (en l'occurrence la toxicomanie) le rendant incapable de faire son travail. Ici, comme dans le cas d'un examen médical recherchant une maladie d'une autre nature, s'affrontent les droits de l'employé au respect de son intégrité physique et de sa vie privée et les droits de direction. La jurisprudence arbitrale en matière d'examens médicaux nous enseigne qu'il faut procéder à une pondération de ces intérêts divergents et que l'on tranchera en faveur du droit de direction d'exiger l'examen médical lorsque: 1) le *nexus* entre l'examen médical et la nature des fonctions est démontré; et que 2) les conditions d'administration de l'examen médical sont le moins invasives possibles pour l'employé examiné³⁷. Ainsi, puisqu'il faut privilégier la méthode d'exploration la moins envahissante pour l'employé, les arbitres s'étant penchés sur la question des examens médicaux ont refusé à l'employeur le choix du médecin, si le médecin traitant de l'employé est compétent pour l'effectuer.

Transposant ces principes généraux aux tests de dépistage, l'arbitre McAlpine dans *Esso Petroleum*³⁸, a entériné les examens médicaux obligatoires (lesquels comprennent des tests sanguins et de dépistage) à l'entrée dans un poste à haut risque et par la suite à tous les deux ans prescrits dans la politique d'Imperial Oil. Il a toutefois décidé que le choix du médecin pour exécuter ces examens devait revenir à l'employé. L'argument suivant lequel le médecin traitant aura tendance à protéger l'emploi de son patient n'a pas convaincu l'arbitre. Il y rétorque que le médecin pose quotidiennement des actes touchant les intérêts de son patient comme, par exemple, lorsqu'il doit évaluer sa compétence à opérer un véhicule motorisé ou authentifier son état de santé à des fins d'assurance. L'on peut donc s'attendre, selon l'arbitre McAlpine, à ce que le médecin de l'employé s'acquitte de ce genre de responsabilités objectivement³⁹.

Nous sommes d'opinion quant au choix du médecin qu'il est hasardeux de généraliser. Nous croyons que la question de la sélection du médecin doit être appréciée en prenant en considération les faits propres à chaque cas d'espèce. En effet, il se peut que dans certaines circonstances spéciales un examen par un

37. *Re Nav Canada and C.A.T.C.A. (Medical Examinations)* (1998), 74 L.A.C. (4th) 163 (Swan) (Can.).

38. *Supra*, note 11, p. 50-51, 68-71.

39. *Ibid.*, p. 70-71.

médecin désigné par l'employeur ou de concert entre les parties soit indispensable pour évaluer adéquatement la capacité de l'employé d'accomplir les tâches de son poste⁴⁰. Plus particulièrement, considérant que le diagnostic d'un problème d'abus de substance ou de dépendance relève d'un domaine spécialisé de la médecine et considérant qu'il est scientifiquement documenté que les toxicomanes ont souvent recours à de nombreux subterfuges pour cacher leur problème, un médecin généraliste ou le médecin traitant de l'employé ne sera pas toujours qualifié pour poser ou écarter un tel diagnostic⁴¹.

À cet égard, nous trouvons appui dans la récente décision de l'arbitre Picher dans *Canadian National (Drug and Alcohol Policy)*⁴². L'arbitre Picher était saisi d'un grief déclaratoire contestant plusieurs dispositions de la Politique sur la prévention des problèmes causés par l'alcool et les drogues en milieu de travail applicable à l'ensemble du personnel du CN et de ses filiales au Canada, ainsi qu'à ses contractants et locataires. Le grief attaquait la politique à la fois en regard des conventions collectives régissant l'entreprise et de la L.C.D.P. Dans cette décision où de multiples questions sont scrutées, dont celle de la légalité de diverses dispositions de la politique prévoyant des tests de dépistage d'alcool et de drogues dans des situations spécifiquement énumérées, l'arbitre Picher a sans équivoque et pour la première fois sans réserve, sanctionné la légitimité des tests de dépistage de drogues requis comme condition à l'octroi d'une promotion ou d'un transfert dans un poste à risque élevé:

*It would appear that this may be the first arbitral award, or tribunal decision of any kind, which finds drug testing to be permissible as a precondition to promotion or transfer into a risk sensitive position. The Union stresses that such testing differs from reasonable grounds or suspicion of impairment testing, and represents a further incursion into the privacy of employees. After much consideration, I am satisfied that such testing is justified, and represents a reasonable exercise of management's rights in the highly safety sensitive transportation industry. Section 35(1) of the *Railway Safety Act* authorizes railway companies to perform their own periodic medical examinations of designated employees. It is*

40. Voir: *Nav Canada*, *supra*, note 37, p. 184.

41. Voir également sur les examens médicaux pour accéder à un poste à risque accru: *Re Fraser Valley Milk Producers Co-operative Assn. (Dairyland Foods) and I.A.M., District Lodge 250* (1989), 9 L.A.C. (4th) 376; *Transportation Communications Union c. Trimac Transportation Services – Bulk Systems*, Kevin Burkett, arbitre, 10 décembre 1999, p. 59, ci-après «*Trimac*».

42. *Supra*, note 3.

clearly within the legitimate interests of a railway to reasonably ensure that persons who move into risk sensitive positions do not suffer from an active drug or alcohol addiction or dependency. *While a positive drug or alcohol test during the promotion or transfer process will not be conclusive of that question, it will justify further inquiries and a more complete assessment of the individual, so as to rule out any such problem prior to the individual assuming risk sensitive responsibilities.* The careful vetting of applicants for risk sensitive positions, including drug and alcohol testing administered by the employer, is a reasonable exercise of a railway's management rights, as a further means to ensure safe operations.⁴³ (nos italiques)

3.4 Dans le cadre d'une réintégration à la suite d'une absence reliée à un problème d'alcool ou de drogues

Pour les postes à haut risque, indubitablement des tests obligatoires de dépistage de drogues à l'improviste devraient faire partie des mesures de contrôle post-réadaptation prévues dans le cadre du programme de suivi⁴⁴.

Les ententes de la dernière chance conclues entre l'employeur, l'employé et le syndicat, avant ou après l'imposition d'un congédiement pour une cause liée à l'alcool ou à la drogue prévoient souvent comme condition du maintien de l'emploi que l'employé accepte de se soumettre à des tests de dépistage à l'improviste pour une période déterminée. Par ailleurs, les arbitres assortissent souvent la réintégration des salariés dont ils cassent le congédiement pour des manquements associés à l'alcool ou à la drogue, de diverses conditions incluant la soumission à des tests de dépistage à l'improviste pendant une période dont la durée n'excède en général pas de deux à trois ans⁴⁵.

PARTIE II – L'UTILISATION DU RÉSULTAT DES TESTS DE DÉPISTAGE D'ALCOOL OU DE DROGUES

1. L'interprétation des tests

Que nous apprend le résultat positif obtenu à un test de dépistage? Sur ce point, il faut distinguer l'alcootest du test de dépistage de drogues.

43. *Ibid.*, p. 132.

44. Voir: *Esso Petroleum*, *supra*, note 11, p. 66.

45. Voir notamment: *Re Canadian National Railway Co. and U.T.U.*, (1990), 11 L.A.C. (4th) 364 (Picher) (Can.); L. Bernier, L. Granosik, J.-F. Pedneault, *supra*, note 1, par. 17.070, 17.122 à 17.125 et la jurisprudence citée par ces auteurs.

Contrairement aux tests de dépistage de drogues, le test de dépistage d'alcool donne des informations directes par l'établissement du taux d'alcoolémie sur l'affaïssement des facultés de l'individu. Cela dit, la détermination du seuil minimal où l'alcoolémie peut affecter les performances a fait l'objet de polémiques scientifiques. Bien sûr, le degré d'altération des facultés selon les niveaux d'alcoolémie fluctue en raison de variations individuelles (tolérance génétique, tolérance acquise, âge, poids, sexe, fatigue). En dépit de ces variantes individuelles, les dernières opinions judiciaires sur le sujet de l'arbitre Picher dans *Canadian National (Drug and Alcohol Policy)*⁴⁶ et de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Entrop*⁴⁷ indiquent qu'un taux de 0,04 mg est une norme raisonnable pour sécuriser le milieu de travail contre les effets néfastes de l'alcool. Les études scientifiques démontrent en effet qu'à un taux d'alcoolémie de 0,04 mg la majorité des individus présenteront des signes discernables d'altération des facultés.

Certains arbitres⁴⁸ ont avalisé des taux inférieurs et même la tolérance zéro (absence de trace d'alcool dans l'organisme) dans le cas des postes où la sécurité est essentielle. Ils se sont référés à des études ayant trouvé que la capacité d'avoir une attention divisée (*divided attention*) et sélective entre deux ou plusieurs sources d'informations visuelles peut être affectée à des taux d'alcoolémie très faibles (en deça de 0,02 mg), ainsi qu'à la conclusion de ces études suivant laquelle il n'a pu être trouvé un seuil absolu d'alcoolémie à partir duquel il n'y a pas d'altération du fonctionnement.

Un test de dépistage de drogue confirmé positif⁴⁹ procure quant à lui une information *qualitative* sur la présence de la drogue ou de ses métabolites dans l'organisme. Par ailleurs, la seule information *quantitative* qu'un tel test apporte est que la drogue est présente au-dessus du seuil de détection (*cut-off level*) prescrit. Le test positif de drogue ne nous fournit pas d'information sur les éléments suivants:

46. *Supra*, note 3, p. 139-40, 152.

47. *Supra*, note 4, par. 106.

48. *Union des employés du Transport Local et industries diverses Local 931 c. Puro-lator Courier*, [1989] T.A. 582 (Foisy) (Can.), p. 587, 590; *Imperial Oil Ltd. (Gabriel)*, *supra*, note 2, p. 81.

49. Tout résultat positif à un test de dépistage de drogues émanant d'un laboratoire doit être revu et confirmé par un médecin-examineur compétent (*Medical Review Officer*) qui s'entretient avec le membre du personnel concerné pour déterminer si le résultat peut avoir une cause légitime d'ordre médical.

- le degré d'affaiblissement des facultés ou s'il y a eu intoxication. Plus précisément pour les drogues illicites, il n'existe pas un niveau de concentration dans l'organisme qui permette d'indiquer que les facultés d'une personne sont affaiblies ou que son fonctionnement est affecté;
- s'il s'agit d'un usage ponctuel ou occasionnel;
- s'il y a phénomène d'abus ou de dépendance;
- le moment précis de l'ingestion.

En ce qui concerne la marijuana, il est cependant aujourd'hui possible de réfuter scientifiquement la thèse la plus communément invoquée pour expliquer un test positif, soit celle de l'inhalation passive de fumée (l'excuse du concert rock). Plus précisément, c'est à celui qui avance une telle défense d'amener les éléments de preuve factuelle et médicale établissant une concordance raisonnable entre son test positif et les tests positifs recueillis dans les études cliniques reconnues sur l'inhalation passive de fumée de marijuana. Dans le cadre de cette comparaison, il faut notamment tenir compte du fait qu'il n'existe apparemment pas d'étude clinique qui appuie la théorie d'un test positif au cannabis par inhalation passive, dans un lieu ventilé. En effet, les études actuelles révèlent que la ventilation au moment de l'exposition à la fumée secondaire est un facteur significatif permettant d'écarter l'inhalation passive à titre de justification à un test positif⁵⁰.

Le résultat d'un test de dépistage de drogues est donc un élément de preuve comme un autre qui rend plus ou moins probable l'existence d'un fait litigieux. Il peut être le fondement d'une investigation plus poussée. Il peut également servir à corroborer une autre preuve ou à tirer des inférences de celle-ci. Le recours aux tests de dépistage de drogues peut en conséquence être très salubre afin d'assister l'employeur dans la prise de décisions en matière de discipline, de sécurité et de prévention⁵¹.

50. *Re Canadian National Railway Co. and B.M.W.E. (Ouellette)* (1998), 75 L.A.C. (4th) 300 (Picher) (Can.), p. 312-14.

51. Voir: *Canadian Pacific Ltd.*, *supra*, note 27, p. 186; *Esso Petroleum*, *supra*, note 11, p. 44; *Canadian National (Drug and Alcohol Policy)*, *supra*, note 3, p. 120-21, 130-31, 136, 150.

2. Les mesures disponibles face à un refus de subir un test ou à un test positif

2.1 L'enquête (approche administrative/approche disciplinaire)

L'approche à emprunter et les mesures que l'employeur pourra prendre face à un test positif ne seront pas les mêmes suivant que l'employé a ou non un problème d'abus ou de dépendance à l'égard de l'alcool ou de la drogue⁵².

L'employé a indubitablement le devoir de dévoiler à l'employeur un problème de dépendance à l'alcool ou à la drogue si celui-ci peut avoir des répercussions sur son travail. L'obligation de divulgation de l'employé ne dispense cependant pas l'employeur de son obligation, dans certains cas, d'aborder cette question médicale avec l'employé. En effet, l'employeur peut devoir prendre l'initiative de soulever la question avec l'employé ou le syndicat s'il a des raisons de soupçonner (un test positif peut être une de ces raisons) ou s'il sait que l'employé est dépendant. Cependant, si l'employé nie, l'employeur peut alors traiter le dossier sur le plan strictement disciplinaire. L'employé ne pourra pas utiliser une allégation de maladie comme prétexte (il faut une preuve médicale) pour décliner toute responsabilité vis-à-vis de ses gestes⁵³. Il ne pourra non plus, par un acte de contrition tardif, tenter de faire infirmer son congédiement en décidant sous le choc de celui-ci de reconnaître sa maladie et de se réhabiliter, lorsqu'il est clair qu'une telle réhabilitation n'aurait jamais eu lieu en l'absence de la décision de le congédier⁵⁴.

2.2 Les sanctions

En plus d'attirer une sanction disciplinaire, un refus de tester peut, dans certaines circonstances, créer une présomption défavorable à l'employé au sujet de sa condition médicale ou de ses facultés au moment du refus. Dans *Canadian Pacific Ltd.*⁵⁵ l'arbitre Picher énonce les conséquences auxquelles un employé

52. *Canadian Airlines International Ltd.*, Hope, Canada, 11 février 1994, non rapportée, p. 56-57.

53. Voir: *Re Cominco Ltd. and U.S.W.A., Loc. 480 (Bilenki)* (1999), 83 L.A.C. (4th) 163 (Chertkow) (C.B.), p. 180-83.

54. *Cie Minière Québec Cartier c. Québec (arbitre des griefs)*, [1995] 2 R.C.S. 1095, p. 1102-03; *Re Cominco Ltd.*, *supra*, note 53, p. 171-75.

55. *Supra*, note 27.

occupant un poste où la sécurité est essentielle s'expose en cas de refus:

The refusal by an employee to submit to such a test, in circumstances where the employer has reasonable and probable grounds to suspect drug use and a risk of impairment, *may leave the employee liable to removal from service*. It is simply incompatible with the obligations of a public carrier to its customers, employees and the public at large, to place any responsibility for the movement of trains in the hands of an employee whom it has reasonable grounds to suspect is either drug-dependent or drug-impaired. *In addition to attracting discipline, the refusal of an employee to undergo a drug test in appropriate circumstances may leave that employee vulnerable to adverse inferences respecting his or her impairment or involvement with drugs at the time of the refusal*. On the other hand, it is not within the legitimate business purposes of an employer, including a railroad, to encroach on the privacy and dignity of its employees by subjecting them to random and speculative drug testing. *However, where good and sufficient grounds for administering a drug test do exist, the employee who refuses to submit to such a test does so at his or her own peril*.

[...]

In a drug-related discipline case the burden of proof, as in any case of discipline, is upon the company. Where, however, certain objective facts – however circumstantial – are established that would point to the heavy involvement of a railroad employee in the production and use of drugs, the onus may shift to the employee to provide a full and satisfactory account of his or her actions and circumstances to justify continued employment. *The absence of a full and credible explanation, in the face of overwhelmingly incriminating evidence, leaves an employer with the public safety obligations of a railroad with little choice but to suspend or terminate the employment of a person whose habits or activities appear so dramatically incompatible with the safe operation of its business*. On the other hand, the admission by an employee that he or she is involved in drug use or is drug-dependant should not necessarily be seen as justifying automatic termination. In many circumstances, where drug-dependence is, like alcoholism, tantamount to an illness, a non-disciplinary response, involving the offer of help through a company sponsored employee assistance programme might be the more appropriate reaction. Where, however, the employee is uncooperative and evidence of his or her involvement with drug use goes unexplained, termination of the employment relationship may be the only responsible alternative.⁵⁶
(nos italiques)

56. *Ibid.*, p. 186-87, 189. Voir également *National Gypsum*, *supra*, note 30, p. 380.

Dans le domaine disciplinaire, l'affaire *Walker c. Imperial Oil Ltd.*⁵⁷ mérite également une mention spéciale. La Cour du banc de la Reine de l'Alberta y a maintenu le congédiement d'un cadre détenteur d'un poste à risque accru pour avoir obtenu un résultat positif (0,088 mg) à l'alcootest administré lors d'un examen médical périodique; cet examen avait préalablement été fixé et a été effectué pendant la journée de travail de M. Walker.

Une mesure disciplinaire pourra donc être imposée par l'employeur pour sanctionner le refus de subir un test ou le test positif. Si l'employé a de plus commis d'autres infractions reliées à l'alcool ou la drogue (comme conduire un véhicule en état d'ébriété) elles justifieront une mesure disciplinaire séparée; le test positif ou le refus de tester pourront cependant être, comme nous l'avons vu, un élément de preuve pertinent dans l'établissement de cette faute distincte de l'employé. Les critères usuels s'appliquent à la détermination de la sévérité de la sanction; évidemment dans les postes à risque élevé, ces infractions sont très graves et passibles de congédiement.

2.3 La portée du devoir d'accommodement de l'employeur à l'égard du toxicomane

L'employeur a l'obligation de fournir des mesures d'accommodement aux employés ayant une dépendance envers l'alcool ou la drogue en autant que cela ne comporte pas de contrainte excessive. C'est à l'employeur de rechercher des accommodements convenables et de les proposer à l'employé. Le syndicat doit collaborer à cette démarche si les circonstances l'exigent. L'employé a une obligation correspondante d'accepter un compromis raisonnable et d'en faciliter la mise en œuvre⁵⁸.

Par définition, l'accommodement doit être individualisé. L'élaboration de critères rigides est donc non seulement impraticable mais aussi à déconseiller. Il est cependant possible de dégager de la jurisprudence certains facteurs à prendre en considération dans l'évaluation des efforts déployés par l'employeur pour fournir des adaptations à un handicap de cette nature, et dans

57. [1998] A.J. n° 1252 (Q.B.). La Cour prend soin de mentionner au par. 64a qu'il n'est pas nécessaire dans ce dossier de statuer sur la légalité des dispositions de la politique d'Imperial Oil relatives aux tests de dépistage au hasard (*random testing*).

58. *Central Okanagan School District n° 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970; *Guibord c. Canada*, [1997] 2 C.F. 17 (1^{re} inst.).

l'évaluation de l'obligation de participation et coopération de l'employé affligé du handicap dans ce processus.

D'entrée de jeu, il convient de souligner qu'il y a antinomie entre l'automatisme de la sanction pour les manquements rattachés à l'alcool et à la drogue et le devoir d'accommodement de l'employeur, justement parce que l'employeur doit dans la mesure du possible rechercher des solutions adaptées à chaque cas individuel⁵⁹.

De façon générale, en offrant un programme de réadaptation adéquat l'employeur satisfait à l'obligation relative à l'accommodement raisonnable. Comme l'a fait observer le juge McDonald dans *Banque Toronto-Dominion*⁶⁰, si un employeur inscrit un employé à un programme de réadaptation et que ce dernier n'arrive pas à surmonter sa dépendance, ce serait une contrainte excessive de demander à l'employeur de faire plus.

Par conséquent, s'il est vrai que les rechutes sont prévisibles et normales dans le traitement de ce genre de pathologie, cela ne signifie pas que l'employeur doit tolérer indéfiniment le travailleur récidiviste. La question du devoir d'accommodement de l'employeur ne doit pas être envisagée en droit du travail sous l'angle du nombre ou de la fréquence des récidives que l'employeur doit endurer. L'examen doit plutôt être axé sur l'effort de réhabilitation de l'employé. L'employé qui a un problème d'abus ou de dépendance à l'égard d'un produit intoxicant doit accepter le traitement dans un programme reconnu⁶¹, et par la suite se prévaloir d'un programme de suivi. Il faut pouvoir constater chez lui après une période de temps raisonnable un changement de comportement notable face à son problème. À défaut de quoi, la contrainte excessive, laquelle est la limite à la protection offerte par les lois sur les droits de la personne, sera atteinte et l'employé ne pourra pas se prévaloir de la défense du déni ou de la récidive inéluctable. Dans *Uniroyal Goodrich Canada Inc. and U.S.W.A., Loc. 677 (N.S.)*⁶² la «contrainte excessive» a été établie. Le syndicat souhaitait que l'employeur accorde un congé indemnisé de six mois lors de chacune des rechutes futures et prévisibles du plaignant.

59. Voir: *Entrop, supra*, note 4, par. 100-04, 112-13.

60. *Supra*, note 20, par. 210-11.

61. Voir: *Re Morrison's Meat Packers Ltd. and U.A.W., Loc. 2381 (Wilson)* (1998), 72 L.A.C. (4th) 51, p. 58-60.

62. (1999), 79 L.A.C. (4th) 129 (Knopf) (N.S.).

L'arbitre Knopf a trouvé la demande démesurée eu égard au pronostic de réadaptation nul du plaignant. En effet, considérant que malgré l'aide similaire offerte au plaignant dans le passé à de nombreuses reprises, il n'y a eu aucune amélioration sensible de sa condition et de son comportement, il serait illusoire et abusif, selon l'arbitre, d'ordonner le prolongement des mesures d'accommodement⁶³.

D'abondant, il ne faut pas faire l'erreur de croire que le devoir d'accommodement de l'employeur a pour effet d'annihiler ses pouvoirs disciplinaires ou d'immuniser l'employé contre toute sanction quant aux infractions reliées à l'alcool ou à la drogue qu'il commet⁶⁴. Au contraire, ces infractions et leur gravité doivent être prises en considération dans l'analyse de la question de l'accommodement. L'affaire *Canadian Airlines International Ltd. c. C.A.L.P.A.*⁶⁵ est un exemple éloquent de ce principe.

Le plaignant, M. Mammel, un pilote comptant 20 ans de service avec la compagnie, a été vu par un officier de la G.R.C. en train de rouler un joint de marijuana dans sa voiture, qu'il avait stationnée sur la voie de service de la Trans-canadienne. Il a été arrêté et inculpé sur deux chefs d'accusation de possession et possession en vue de faire le trafic de stupéfiants. Au moment de son arrestation, il était en route pour l'aéroport International de Vancouver où il était inscrit pour piloter un DC-10 de Vancouver à Taipei, Taïwan.

Dans le cadre de l'enquête portant sur ces événements, M. Mammel a admis à la compagnie avoir un problème de dépendance à l'égard de la marijuana depuis 15 ans, en avoir transporté sur ses vols, et avoir été conscient du fait que ses actions auraient pu entraîner la confiscation de l'aéronef par les douaniers. Il a également avoué qu'il connaissait les dispositions du manuel des opérations aériennes prohibant l'usage illégal de la drogue et savait qu'une violation de celles-ci était passible de congédiement. M. Mammel a été congédié le 19 août 1993. Il a suivi un programme de réadaptation entre le 27 août 1993 et le 24 septembre 1993.

63. *Ibid.*, p. 186-87.

64. Voir: *Re Toronto Transit Commission and A.T.U. (Geobey)* (1997), 72 L.A.C. (4th) 109, p. 123-25.

65. (1997), 39 B.C.L.R. (3d) 131 (C.A.).

L'arbitre qui a été désigné pour entendre le grief de M. Mammel à l'encontre de son congédiement a trouvé que cette sanction était excessive et lui a substitué une suspension de 22 moins. L'arbitre a ordonné la réintégration du plaignant, conditionnellement à ce qu'il adhère à un programme de réadaptation.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a cassé la décision de l'arbitre, étant d'opinion que les conclusions de ce dernier défient le bon sens. Selon la Cour, oublier les fautes graves du plaignant pour focaliser exclusivement sur sa maladie et son potentiel de réadaptation en lui donnant accès au programme de réadaptation, cela sans tenir compte des effets néfastes d'une telle solution sur l'efficacité du programme, est manifestement déraisonnable. En effet, permettre à des délinquants de cet acabit de blanchir leurs fautes en adhérant au programme de réadaptation, ne peut que miner considérablement l'effet dissuasif recherché pour les pilotes, et saper l'objet même du programme. Le but de ce genre de programme est de faire en sorte que les pilotes assument volontairement la responsabilité de la prévention et du traitement de leurs troubles liés aux substances, avant de commettre des manquements à leurs devoirs d'employé. Or, note la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, s'il n'y a pas de conséquence à attendre d'être pris en flagrant délit de conduite illégale avant de consulter, il n'y a plus d'incitatif pour engager volontairement la démarche thérapeutique⁶⁶.

L'employé doit donc non seulement se faire traiter mais aussi le faire avant que les troubles comportementaux rattachés à sa maladie ne le poussent à poser des gestes qui causent un dommage irréversible à la relation d'emploi.

Le devoir de coopération de l'employé dans la recherche d'un accommodement raisonnable peut également comporter pour le titulaire d'un poste à haut risque le devoir de se soumettre après un traitement réussi à des tests de dépistage de contrôle. Lorsque le poste occupé n'appartient pas à la classification spéciale des emplois où la sécurité est essentielle, la question de savoir si, après le traitement, l'employeur peut réclamer que l'employé subisse d'autres tests est plus controversée. Le juge McDonald de la Cour d'appel fédérale est d'avis que le droit d'exiger des tests supplémentaires dans ces circonstances dépendra du rendement

66. *Ibid.*, p. 151-52.

de l'employé post-traitement⁶⁷. Cela dit, plusieurs programmes de réadaptation font du suivi incluant des tests de dépistage une partie intégrante de la démarche thérapeutique globale.

PARTIE III – LES POLITIQUES RELATIVES À L'USAGE DE L'ALCOOL OU DE LA DROGUE EN MILIEU DE TRAVAIL

1. Introduction

Un nombre croissant d'entreprises se sont dotées ces dernières années de politiques visant la drogue (et/ou l'alcool). Les tribunaux ont été appelés à se pencher sur la légalité de certaines de ces politiques, notamment dans l'industrie pétrolière⁶⁸, dans le secteur de la construction⁶⁹, dans le domaine du transport⁷⁰, dans le domaine bancaire⁷¹ et dans le domaine ferroviaire⁷².

Plusieurs de ces politiques régissant l'usage de l'alcool et de la drogue au travail contiennent, entre autres, des dispositions prévoyant des tests de dépistage. En instituant une telle politique, l'entreprise se donne des balises et des lignes directrices pour gérer de façon cohérente cette question complexe. Une politique de cette nature renseigne les employés et les sensibilise au problème de l'alcool et de la drogue en milieu de travail, les informe de leurs obligations à cet égard, et leur communique clairement les règles applicables. Plus particulièrement, trois principaux objectifs sous-tendent une politique globale relative à l'alcool et aux drogues au travail soit 1) la prévention des accidents et autres conséquences néfastes associées à l'utilisation de substances, 2) l'identification des contrevenants ou des personnes à risque; 3) l'effet dissuasif. Quant à ce troisième objectif, en vertu de la théorie de la dissuasion un individu peut être dissuadé de commettre l'acte réprouvé par la peur des représailles et des conséquences négatives qui pourraient en résulter. Les recherches empiriques démontrent que, pour qu'un programme exerce efficacement un véritable effet de dissuasion, il faut que les méca-

67. *Banque Toronto-Dominion*, *supra*, note 20, p. 296.

68. Voir: *Esso Petroleum*, *supra*, note 11; *Entrop*, *supra*, notes 4 et 26; *Imperial Oil Ltd. (Gabriel)*, *supra*, note 2.

69. Voir: *I.U.O.E Local 793 and Sarnia Cranes Ltd.* [1999], O.L.R.B. Rep. May/June, p. 479 (Shouldice).

70. Voir: *Trimac*, *supra*, note 41.

71. Voir: *Banque Toronto-Dominion*, *supra*, note 20.

72. Voir: *Canadian National (Drug and Alcohol Policy)*, *supra*, note 3.

nismes de détection soient à la fois assurés et certains. Il est donc d'importance capitale qu'il existe aussi bien un risque subjectif élevé (perception des employés) qu'un risque objectif élevé (détection effective) de découverte. Or, au niveau de la détection, les tests de dépistage demeurent souvent la méthode la plus sûre et la plus objective.

L'influence américaine a par ailleurs eu une incidence indéniable sur la prolifération de ces politiques. En effet, les règlements américains obligent les salariés de compagnies de transport qui empruntent les voies ou les routes américaines à subir des tests de dépistage. De plus, la majorité des grandes entreprises américaines ont adopté un programme de dépistage de drogues et les maisons mères américaines exigent que leurs filiales étrangères suivent cette pratique⁷³.

Tel qu'il a déjà été mentionné, la contestation judiciaire d'une telle politique alléguera principalement une violation du droit à la vie privée des employés et la discrimination fondée sur un motif de distinction illicite, en l'occurrence le handicap.

Pour recevoir l'imprimatur judiciaire, une politique dont l'objet est de réglementer l'usage de l'alcool ou de la drogue devra surmonter deux tests qui se recoupent:

- la méthode unifiée en matière de discrimination; et
- le test du «*balancing of interests*» en vertu de la convention collective.

Nous allons aborder ci-après les critères et conditions d'application de ces deux tests.

2. La méthode unifiée en matière de discrimination

Deux grandes questions se soulèvent lorsque l'on évalue la légalité d'une politique de dépistage au regard de la Charte ou de la L.C.D.P.:

73. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *La compatibilité avec la Charte québécoise des tests de dépistage de drogue en emploi*, Cat. 120-12, p. 2.

1. la politique constitue-t-elle de la discrimination *prima facie* à l'égard des employés ayant une dépendance à l'égard de l'alcool ou de la drogue (c.-à-d. les handicapés)? et si oui
2. l'employeur peut-il se prévaloir d'un moyen de défense prévu à la loi lui permettant de faire exception à la prohibition de discrimination fondée sur le handicap?

Ces questions ont fait l'objet d'une analyse exhaustive dans deux affaires phares. Il s'agit de *Banque Toronto-Dominion*⁷⁴ déjà commentée, où la Cour d'appel fédérale a opiné que la politique de dépistage de la Banque constituait un acte de discrimination illégale fondée sur la déficience en contravention de la L.C.D.P. La deuxième est l'affaire *Entrop*⁷⁵ qui concerne la politique d'Imperial Oil.

Dans *Banque Toronto-Dominion* et *Entrop*, les tribunaux ont conclu que les politiques sous révision constituaient à première vue (*prima facie*) de la discrimination parce qu'elles avaient pour but et pour effet d'identifier et d'écarter du milieu de travail les employés faisant un usage abusif ou ayant une dépendance à l'égard des produits intoxicants dépistés. Ces affaires accréditent au surplus le principe suivant lequel les usagers occasionnels bénéficient eux aussi de la protection de la Charte et de la L.C.D.P., puisque le concept de discrimination inclut la «perception»⁷⁶.

Quant aux moyens de défense disponibles, les décisions de la Cour d'appel fédérale dans *Banque Toronto-Dominion* et de la Commission d'enquête de l'Ontario dans *Entrop*, qui élaborent longuement sur le sujet, ont été prononcées avant les modifications apportées récemment à la L.C.D.P. et avant l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Meiorin*⁷⁷. Dans cette affaire, la Cour suprême a changé le droit en revisitant la méthode qui était traditionnellement utilisée pour déterminer si une norme est discriminatoire en violation des chartes. En effet, la Cour

74. *Supra*, note 20.

75. *Supra*, notes 4 et 26.

76. Voir également: *Sarnia Cranes*, *supra*, note 69, p. 64, 66, par. 185, 187; l'arrêt récent de la C.S.C. sur la notion de handicap, *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)*, C.S.C. n° 26583, 3 mai 2000.

77. *Supra*, note 23.

suprême a déclaré obsolète la méthode conventionnelle qui consiste à cataloguer le mode de discrimination avant de dégager le moyen de défense qui s'offre à l'employeur. La nouvelle méthode unifiée proposée par la Cour suprême écarte la distinction très critiquée entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable (ou indirecte) et fusionne les moyens de défense traditionnels de l'EPJ (exception jadis exclusive à la discrimination directe) et de l'accommodement raisonnable (exception jadis exclusive à la discrimination indirecte) en une seule défense en trois étapes. Cette nouvelle méthode unifiée aussi désignée sous l'appellation d'EPJ (qu'il faut maintenant entendre dans son acception moderne post-*Meiorin*) est en accord avec les modifications apportées récemment à la L.C.D.P., de sorte que le par. 15(2) de cette loi prévoit désormais expressément qu'une pratique par ailleurs discriminatoire ne constitue une EPJ que si l'employeur démontre qu'il ne lui est pas possible de répondre aux besoins de la personne ou de la catégorie de personnes en cause sans subir une contrainte excessive. Aussi, même s'il a appliqué la méthode traditionnelle, le jugement de la Cour d'appel fédérale dans *Banque Toronto-Dominion* demeure encore actuel et pertinent au chapitre des moyens de défense disponibles puisque la nouvelle méthode unifiée en trois étapes ne fait justement qu'uniformiser et consolider les différents moyens de défense qui existaient déjà. Quant à *Entrop*, la Cour d'appel de l'Ontario a, pour les motifs que nous venons d'expliquer et parce que le Code ontarien reflète déjà l'approche prônée par le juge McLachlin dans *Meiorin*, au stade de l'appel, appliqué la nouvelle méthode unifiée pour analyser les dispositions contestées de la politique d'Imperial Oil⁷⁸.

Théoriquement, en vertu de la méthode unifiée, l'employeur qui instaure une politique d'alcool ou de drogues au travail devra, pour être en mesure de présenter une défense valable à une plainte alléguant discrimination prohibée fondée sur un motif protégé (c.-à-d. le handicap), démontrer que:

1. la politique a été adoptée dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail en cause;
2. la politique a été adoptée de bonne foi, c'est-à-dire en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail;

78. Voir: *Entrop*, *supra*, note 4, par. 63.

3. la politique est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime. À cet égard l'employeur doit établir qu'il n'existait pas de méthode moins attentatoire pour atteindre le but légitime recherché et qu'il a fourni des mesures d'accommodement raisonnables aux personnes lésées par la norme, et ce, jusqu'à la contrainte excessive.

Si elle satisfait à tous ces critères la politique est une EPJ et l'employeur pourra se prévaloir d'une exception à l'interdiction générale de discrimination fondée sur le handicap.

Les rubriques «Justification de la politique» et «Approche globale» ci-après font la synthèse très sommaire de la manière dont ces critères de la méthode unifiée se traduisent lorsque la norme en cause concerne des tests de dépistage.

Quant aux conclusions portant sur le contenu des politiques, celles de la Cour d'appel fédérale dans *Banque Toronto-Dominion* sont résumées sous la rubrique précédente. En ce qui a trait à l'affaire *Entrop*, il convient avant d'appréhender les conclusions de la Cour d'appel de l'Ontario de donner un bref aperçu de la toile de fond factuelle dans laquelle elles s'insèrent et des conclusions entreprises de la Commission d'enquête de l'Ontario.

L'affaire *Entrop* a débuté par le dépôt d'une plainte individuelle de M. Entrop, un alcoolique réhabilité. Elle a abouti à une révision intégrale par la Commission d'enquête de l'Ontario de la politique d'Imperial Oil relative à l'alcool et à la drogue. Cette politique a été instaurée par Imperial Oil en 1992. Elle comporte de nombreuses facettes dont on retrouve un exposé concis et intelligent chez les auteurs L. Bernier, L. Granosik, J.-F. Pedneault⁷⁹. Le résumé ci-après de la politique leur est emprunté. La politique prévoit donc notamment **pour tous les employés** des tests de dépistage de drogues pré-embauche de même que des tests obligatoires d'alcool et de drogues à la suite de certains accidents survenus au travail, ou s'il existe une cause raisonnable de soupçonner l'usage ou la possession d'alcool ou de drogues en violation de la politique. De plus, les employés travaillant à des postes identifiés comme présentant un haut risque (***safety-sensitive position***) sont soumis à des exigences plus strictes. Ils doivent passer des tests de dépistage d'alcool et drogues à l'entrée dans le

79. *Supra*, note 1, par. 17.053.

poste à haut risque et par la suite bisannuellement. Les employés travaillant à de tels postes à haut risque peuvent être soumis à des tests de dépistage d'alcool et de drogues au hasard sans préavis (*drug and alcohol random testing*). Les tests de dépistage post-réhabilitation sont obligatoires pour eux. La politique exige des employés à de tels postes qu'ils limitent leur consommation d'alcool avant leurs quarts de travail de façon à ce qu'il n'y ait aucune trace d'alcool dans leur sang durant les heures de travail. Enfin, la politique requiert de ceux-ci qu'ils déclarent eux-mêmes tout problème d'alcool ou de drogue, actuel ou passé. Dans un tel cas, la politique prévoit la réaffectation du salarié à un autre poste ainsi que plusieurs conditions avant et après la réintégration dans le poste.

Conformément à la politique, M. Entrop qui était titulaire d'un poste à haut risque, a déclaré avoir souffert d'alcoolisme dans le passé. Même s'il était sobre depuis sept ans, la compagnie l'a retiré de son poste immédiatement et l'a réaffecté à un poste moins désirable, d'où la plainte de discrimination déposée par M. Entrop alléguant violation du Code des droits de la personne de l'Ontario.

En ce qui concerne la politique en général, la Commission d'enquête de l'Ontario a conclu, dans sa huitième décision, entre autres que:

- l'obligation de ne pas travailler sous l'influence de l'alcool ou de la drogue est une exigence professionnelle justifiée d'un poste à risque élevé; mais que
- les tests de dépistage de drogues pré-embauche et les tests de dépistage d'alcool et de drogues au hasard ne peuvent se justifier puisqu'il n'y a pas de corrélation entre le résultat du test et l'altération des facultés de l'individu.

La Commission d'enquête de l'Ontario a en conséquence invalidé certaines dispositions de la politique et en particulier celles ayant trait au dépistage au hasard (*random testing*). On oublie cependant qu'elle a confirmé l'admissibilité des tests de dépistage d'alcool et de drogues administrés après un incident, au moment de l'accession à un poste comportant un risque élevé, après une réintégration ou fondés sur une cause raisonnable, dans la mesure où la compagnie pourrait démontrer que de tels tests sont un élé-

ment nécessaire dans le contexte d'une approche globale d'évaluation de l'abus de substances dans l'entreprise. Les conclusions de la Commission d'enquête dans *Entrop* se lisent en effet comme il suit:

VI. CONCLUSIONS

[99] (1) The provision of the respondent's Policy that requires that employees in safety-sensitive positions disclose to management any «substance abuse problems» they have had, whether current or past, is unlawful because the definition of «substance abuse problem» is too broad and unlimited in duration.

[100] (2) The provisions of the Policy that set out a minimum seven year period between the date of reassignment and potential reinstatement pursuant to such disclosure are unlawful because this length of time is not necessary in all cases.

[101] (3) The mandatory conditions and undertakings for reinstatement are unlawful since the evidence shows this is more than is necessary in certain instances.

[102] (4) *The provisions of the Policy that provide for pre-employment and random drug testing are unlawful because the respondent failed to prove that a positive test is correlated with impairment. Drug testing which takes place «for cause», «post-incident», upon «certification for safety-sensitive position» and «post-reinstatement» may be permissible, but only if the respondent can establish that the testing is necessary as one facet of a larger process of assessment of drug abuse.*

[103] (5) *The provisions of the Policy that provide for random alcohol testing are unlawful because the respondent failed to prove that such screening is reasonably necessary to deter alcohol impairment on the job. Alcohol testing pursuant to «certification» for safety-sensitive positions and «post-reinstatement» may be permissible, but only if the respondent can establish that testing is necessary as one facet of a larger process of assessment of alcohol abuse.*
(nos italiques)

La Cour divisionnaire de l'Ontario a maintenu les conclusions de la Commission d'enquête de l'Ontario. En appel, Imperial Oil a demandé notamment à la Cour d'appel de déclarer que la Commission n'avait pas compétence pour étendre son enquête à tous les aspects du dépistage de l'alcool et des drogues en vertu de la politique et d'annuler les conclusions 4 et 5 susmentionnées prononcées par celle-ci.

Quant à l'argument juridictionnel, la Cour d'appel de l'Ontario a statué que la Commission avait compétence pour étendre la portée de son enquête à tous les aspects de la politique relatifs au dépistage de l'alcool, mais qu'elle a outrepassé sa compétence en enquêtant sur les dispositions de la politique concernant le dépistage de drogues. Avec beaucoup de réticences, la Cour d'appel de l'Ontario s'est néanmoins penchée au fond sur les dispositions de la politique ayant trait au dépistage de drogues, parce que la Commission et la Cour divisionnaire ont débattu ces aspects et qu'Imperial Oil n'a pas prétendu avoir été lésée par l'élargissement de l'enquête⁸⁰.

La Cour d'appel de l'Ontario a infirmé les conclusions de la Commission relatives aux tests de dépistage d'alcool au hasard (*alcohol random testing*) et déclaré que ces tests bien que *prima facie* discriminatoires sont justifiés dans les postes où la sécurité est essentielle, pourvu que les résultats positifs soient sanctionnés par des mesures ajustées à chaque cas individuel⁸¹. La Cour souligne que l'alcootest au hasard est considéré par de nombreux spécialistes comme étant plus juste pour les employés que les autres méthodes de contrôle et détection (par exemple la supervision) en raison de son objectivité⁸².

Parce qu'un test de dépistage de drogues, à la différence d'un analyseur d'haleine, ne peut mesurer le degré d'altération des facultés, la Cour d'appel de l'Ontario a entériné les conclusions de la Commission annulant les dispositions de la politique relatives au dépistage de drogues pré-embauche (pour tous) et au dépistage de drogues aléatoire (*random drug testing*) (dans les postes à risque élevé)⁸³.

Quant aux tests de dépistage d'alcool et de drogues «post-incident», «pour une cause raisonnable», «pour se qualifier pour un poste où la sécurité est essentielle» ou «post-réhabilitation», la Cour d'appel de l'Ontario a décidé de ne pas s'immiscer dans les conclusions générales 4 et 5 susmentionnées de la Commission sur ces points⁸⁴.

80. *Entrop, supra*, note 4, par. 44-60.

81. *Ibid.* par. 86, 106-113.

82. *Ibid.*, par. 109.

83. *Ibid.*, par. 86, 99, 103-05.

84. *Ibid.*, par. 114, 128-29.

Nous allons voir ci-après que le test du «*balancing of interests*» applicable à la révision d'une politique de cette nature en regard de la convention collective s'apparente à plusieurs égards à la méthode unifiée en matière de discrimination.

3. Le test arbitral du «*balancing of interests*»

Il est reconnu en droit du travail qu'un employeur peut adopter des règlements conformément à ses droits de gérance. Cela dit, pour qu'un règlement édicté unilatéralement par l'employeur puisse être opposable au syndicat et aux salariés et pour qu'il puisse recevoir l'assentiment du tribunal d'arbitrage, il doit respecter certains critères. L'affaire charnière *K.V.P. Co.*⁸⁵ a établi ces critères, lesquels s'articulent comme suit:

1. It must not be inconsistent with the collective agreement.
2. *It must not be unreasonable.*
3. It must be clear and unequivocal.
4. It must be brought to the attention of the employee affected before the company can act on it.
5. The employee concerned must have been notified that a breach of such rule could result in his discharge if the rule is used as a foundation for discharge.
6. Such rule should have been consistently enforced by the company from the time it was introduced. (nos italiques)

Essentiellement donc, le test devant servir à la détermination de la légalité du contenu d'un règlement d'entreprise est celui de la raisonnable. Les tribunaux d'arbitrage ont eu, ces dernières années, à quelques occasions, à circonscrire le critère du caractère raisonnable dans le contexte de politiques décrétant des tests obligatoires de dépistage d'alcool ou de drogues.

Les syndicats ont avancé dans ces litiges la thèse selon laquelle le critère (*threshold*) de raisonnable dans le cas d'une politique de cette nature qui porte atteinte au droit fondamental

85. *Lumber & Sawmill Worker's Union, Local 2537 and KVP Co.* (1966), 16 L.A.C. 73.

des employés au respect de la vie privée est l'habilitation contractuelle expresse (*contractual authority test*) ou le consentement exprès (*consensual authority threshold*). Les arbitres ont majoritairement refusé d'endosser cette thèse syndicale à laquelle ils ont préféré le test du «*balancing of interests*» inspiré de la jurisprudence arbitrale en matière d'examens médicaux et de fouille. Ils se sont ralliés à la position de l'arbitre McAlpine dans *Esso Petroleum*⁸⁶ suivant laquelle le critère du consentement contractuel exprès est inapproprié parce que ce genre de question ne peut être décidé dans un vacuum. La résolution d'un différend entourant une norme comme celle-là doit inévitablement passer en pratique, selon l'arbitre McAlpine, par l'équilibrage du droit des employés au respect de leur vie privée d'une part et des droits de la direction en matière de sécurité d'autre part⁸⁷.

L'arbitre McAlpine a donc retenu le test du «*balancing of interests*», lequel, lorsqu'il s'agit d'une politique concernant l'alcool et la drogue, il formule en deux volets comme il suit:

From these authorities [examens médicaux et fouille], we distill a two step test: the first, being the test of justification or adequate cause. Is there evidence of drug and/or alcohol problem in the workplace? Is there a need for management's policy?

The second being a test of reasonableness including a consideration as to the alternatives available and whether the problem in the workplace could be combated in a less invasive way.

This Board adopts this two step process as appropriate for the determination of the issues in this case.⁸⁸ (nos crochets)

4. La justification de la politique

La méthode unifiée en matière de discrimination et le test du «*balancing of interests*» arbitral obligent l'employeur à justifier l'introduction de sa politique: il faut qu'il y ait une *cause* pour assujettir les membres du personnel à de tels empiètements sur leurs droits fondamentaux.

Dans le cas des industries où la sécurité est essentielle, la jurisprudence semble évoluer vers un assouplissement du critère

86. *Supra*, note 11.

87. *Ibid.*, p. 24-25. Voir également: *Sarnia Cranes*, *supra*, note 69, p. 74-78, par. 207-12; *Trimac*, *supra*, note 41, p. 45-50.

88. *Ibid.*, p. 28.

de la justification. Les décisions récentes sont en effet moins sévères au niveau du fardeau de l'employeur d'établir la nécessité de sa politique que ne l'étaient à cet égard celles de la première heure comme *Esso Petroleum*. Les propos ci-après reproduits de l'arbitre Picher dans *Canadian National (Drug and Alcohol Policy)* militant en faveur d'une approche proactive de l'employeur face à la drogue et à l'alcool dans les industries sensibles, s'inscrivent dans cette nouvelle tendance:

[...] *It seems to the Arbitrator that there are certain industries which by their very nature are so highly safety sensitive as to justify a high degree of caution on the part of an employer without first requiring an extensive history of documented problems of substance abuse in the workplace.* Few would suggest that the operator of a nuclear generating plant must await a near meltdown, or that an airline must produce documentation of a sufficient number of inebriated pilots at the controls of wide-body aircraft, before taking firm and forceful steps to ensure a substance-free workplace, by a range of means that may include recourse to reasonable grounds drug and alcohol testing. *The more highly risk sensitive an enterprise is, the more an employer can, in my view, justify a proactive, rather than a reactive, approach designed to prevent a problem before it manifests itself.* While more stringent thresholds may fairly be applied in non-safety sensitive work settings, as for example among clerical or bank employees, boards of arbitration should be cautious before requiring documented near disasters as a pre-condition to a vigilant and balanced policy of drug and alcohol detection in an enterprise whose normal operations pose substantial risks for the safety of employees and the public.⁸⁹ (nos italiques)

Quant à la nature de la preuve pertinente à ce volet «justification», les décisions récentes révèlent une plus grande ouverture sinon un changement de vision. Dans *Esso Petroleum*, l'arbitre McAlpine avait jugé non concluante à cette enseigne, l'étude intitulée *Canadian Facts Survey* commandée par Imperial Oil, avant l'implantation de sa politique, d'une entreprise réputée de recherche par sondages. Les répondants à cette étude pancanadienne, réalisée à partir d'un échantillon national représentatif d'employés d'Imperial Oil, ont signalé divers incidents indésirables au travail où la consommation d'alcool et de drogues semblait avoir été un facteur contributif. L'arbitre Christian, qui a jaugé la valeur de la même étude dans *Imperial Oil Ltd. (Gabriel)*, a opiné, à l'opposé de son collègue, qu'Imperial Oil a inféré à juste titre des

89. *Canadian National (Drug and Alcohol Policy)*, *supra*, note 3, p. 122. Voir également: *Imperial Oil Ltd. (Gabriel)*, *supra*, note 2, p. 73; *Entrop*, *supra*, note 4, par. 94.

résultats de celle-ci, qu'il existait chez les employés de sa raffinerie à Strathcona un problème d'usage abusif d'alcool et de drogues nécessitant une action de sa part⁹⁰.

Par ailleurs, la preuve de justification disponible et sa teneur ne seront bien souvent pas les mêmes, selon que le grief ou la plainte est déclaratoire ou individuelle et selon l'âge de la politique. Ainsi, dans le cadre d'un grief d'application de la politique, des faits postérieurs à l'introduction de celle-ci, pourront influencer l'appréciation que fera le tribunal de sa nécessité et de sa raisonnable. Ce fut indubitablement la situation dans *Imperial Oil Ltd. (Gabriel)* où le plaignant, M. Gabriel, a été congédié parce qu'il a obtenu des résultats d'alcoolémie de 0,051 à 0,055 mg à un alcootest administré conformément aux dispositions de la politique d'Imperial Oil susmentionnée prévoyant des tests de dépistage d'alcool au hasard pour les employés occupant des postes où la sécurité est essentielle, comme M. Gabriel. L'arbitre Christian qui devait disposer de ce grief individuel et accessoirement examiner la question de la validité des dispositions en cause de la politique, a tenu schématiquement le raisonnement suivant: si M. Gabriel n'avait pas subi l'alcootest, l'employeur n'aurait pas détecté qu'il était sous l'influence de l'alcool et il serait donc demeuré dans son poste où la sécurité est essentielle avec un taux de 0,055 mg, ce qui en soi aurait mis en danger sa santé et sa sécurité ainsi que celle de ses collègues et des habitants de Strathcona. Il en découle donc que l'alcootest auquel M. Gabriel a été soumis était légitime. Cet alcootest a permis d'éviter le risque pour la sécurité des opérations que présentait l'état de M. Gabriel ce jour-là. Par voie de conséquence, la politique sans laquelle l'alcootest n'aurait pas été effectué est nécessaire.

Il faut cependant faire attention de ne pas par un raisonnement de cet ordre assujettir un groupe d'employés à une exigence générale simplement à cause de la faute individuelle d'un seul salarié, et ainsi esquiver la méthode unifiée ainsi que le test du «*balancing of interests*». Si le vécu de l'entreprise par rapport à l'alcool et aux drogues au travail est un facteur pertinent à toute contestation concernant globalement la politique, la méthode analytique applicable à un litige individuel n'est pas la même que celle applicable à un recours déclaratoire. La Cour d'appel de l'Ontario dans *Entrop* a d'ailleurs servi une mise en garde expli-

90. *Imperial Oil Ltd. (Gabriel)*, *supra*, note 3, p. 59-60, 70, 73.

cite contre la tentation de procéder à la révision intégrale d'une politique lorsque le litige tel qu'il a été engagé initialement est strictement individuel.

Enfin, il convient de souligner qu'un arbitre a statué que «l'exigence du client» n'est pas une justification raisonnable. Il s'agit du cas de l'employeur sous-traitant qui conclut un contrat de services dont l'une des conditions est qu'il (l'employeur sous-traitant) se pourvoit d'une politique similaire à celle en vigueur chez le donneur d'ouvrage⁹¹.

5. L'approche globale

Une fois qu'il aura démontré que sa politique poursuit un but légitime (justification), l'employeur devra, pour franchir l'étape suivante de la méthode unifiée et du test du «*balancing of interests*», établir que celle-ci est *raisonnablement nécessaire* pour atteindre ce but. Les tribunaux considéreront que cette condition n'est pas remplie si, par exemple, la politique de dépistage n'est pas rationnellement liée au rendement au travail; si la politique est *under-inclusive* ou à l'inverse si elle est trop large; ou encore s'il existe des méthodes moins invasives que les tests permettant d'assurer le maintien d'un milieu de travail sécuritaire et sain, à l'abri des effets nocifs de l'alcool et des drogues⁹².

Il en résulte que, selon la jurisprudence, l'employeur qui entend mettre en œuvre dans son entreprise une politique de dépistage doit préconiser d'abord et avant tout une approche globale. Cette approche globale pourra comprendre notamment:

- **un code de conduite** complet, clair et non équivoque énonçant les obligations et droits des employés à l'égard de l'alcool ou des drogues au travail (déclaration de problèmes de dépendance, prohibitions à l'égard de la possession et de la consommation au travail et dans certains cas durant le lunch, interdiction d'être sous l'influence, sanctions disciplinaires dont l'employé est passible pour une violation);
- le recours à des **méthodes alternatives** permettant lorsqu'elles sont utilisées en conjonction avec les tests

91. Voir: *Re Metropol Security, a division of Barnes Security Services Ltd., and U.S.W.A., Loc. 5296 (Drug and Alcohol Testing)* (1998), 69 L.A.C. (4th) 399 (Whitaker) (Ont.).

92. Voir: *Entrop, supra*, note 4, par. 97-98.

de dépistage d'identifier les facteurs de risque reliés à l'alcool ou à la drogue au travail;

- l'accessibilité d'un **programme de réadaptation**.

La jurisprudence suggère que l'employeur utilise les méthodes alternatives énumérées ci-après. Si ces méthodes permettent à elles seules d'atteindre le but légitime visé par la politique, l'employeur devra se restreindre à celles-ci, car elles sont moins invasives que les tests de dépistage. Si ces méthodes à elles seules ne solutionnent pas le problème, elles doivent quand même faire partie de l'approche globale et être employées en conjugaison avec les tests de dépistage⁹³:

- pression des pairs (*peer pressure*);
- supervision, observation visuelle, évaluation;
- test de performance (ou de rendement) (*performance testing*);
- programme d'aide aux employés (*employee assistance and health promotion programs*);
- examens médicaux périodiques;
- l'utilisation d'un ordinateur de route installé à bord du véhicule qui permet de surveiller la conduite dangereuse (*use of on-board computers installed in vehicles which provide a mechanism for monitoring erratic driving*);
- la formation de personnes en matière de techniques de confrontation constructive (ou d'échanges constructifs) (*training individuals in the concept of «constructive-confrontation»*).

L'approche globale permettra donc la réalisation du but recherché, soit un milieu de travail sécuritaire et productif, ceci de la manière la moins envahissante possible pour les employés et en offrant à ceux qui sont aux prises avec des problèmes d'abus ou de dépendance des mesures d'accommodement raisonnables.

93. Voir: *Esso Petroleum*, supra, note 11, p. 44-48; *Sarnia Cranes*, supra, note 69, par. 223.

CONCLUSION

Tant que notre droit sur la question des tests de dépistage d'alcool et de drogues en milieu de travail demeurera essentiellement jurisprudentiel et que les pressions ou influences externes ne réussiront pas à modifier la politique canadienne de non-interventionnisme législatif⁹⁴ en la matière, il faut préfigurer que le balancier des intérêts continuera à osciller au gré des circonstances, des avancées de la science, et des leçons tirées de l'expérience.

Les critères juridiques proposés ne sont donc pas statiques, et les solutions toujours à réinventer. Une constante ressort néanmoins de la jurisprudence actuelle: les espérances d'intimité (*expectation of privacy*) de l'employé vis-à-vis l'exigence de tester sont modulées par le poste qu'il occupe.

Celui qui veut s'évader en secret du métier dangereux qu'il a choisi peut toujours se rabattre sur l'opium naturel, plus aléatoire et fugace que l'autre, mais que les tests ne dépistent pas encore: *«Des rêves! toujours des rêves! et plus l'âme est ambitieuse et délicate, plus les rêves l'éloignent du possible. Chaque homme porte en lui sa dose d'opium naturel, incessamment sécrétée et renouvelée, et, de la naissance à la mort, combien comptons-nous d'heures remplies par la jouissance positive, par l'action réussie et décidée? Vivrons-nous jamais, passerons-nous jamais dans ce tableau qu'a peint mon esprit, ce tableau qui te ressemble?»*⁹⁵.

94. Voir: *Canadian National (Drug and Alcohol Policy)*, *supra*, note 3, p. 109-110.

95. C. BAUDELAIRE, *supra*, note 1, XVIII *L'invitation au voyage*, p. 63.

CHRONIQUES

DROIT ADMINISTRATIF

Sheila YORK

L'Article 106 de la *Loi sur la justice administrative*: que devient la maxime «à l'impossible nul n'est tenu»?

«À Claudette. Merci pour tout.»

Le 1^{er} avril 1998 est entrée en vigueur la *Loi sur la justice administrative* (L.j.a)¹. Par cette législation, la réforme de la justice administrative, attendue depuis 1971, voire même depuis 1966², s'est concrétisée. Avec elle, le Tribunal administratif du Québec (T.A.Q.) a vu le jour. Ce tribunal, qualifié de guichet unique³ ou de méga-tribunal⁴, constitue l'un des piliers de cette réforme.

En effet, le T.A.Q. est le seul palier d'appel⁵ des décisions d'une grande partie de l'Administration. En exerçant cette importante juridiction, le T.A.Q. rend des décisions qui affectent un bon nombre d'administrés. Ses décisions les affectent tant dans leurs moyens

de subsistance que dans la jouissance de leurs droits.

Pour en assurer le fonctionnement, le législateur a prévu des règles de procédure. Pourtant, l'une de celles-ci, peut-être la plus importante parce qu'elle concerne le droit d'être entendu, est inadéquate pour les administrés qui vivent des situations exceptionnelles: l'article 106.

Par cette règle, de nouvelles possibilités sont nées, mais avec elle, des droits se sont aussi éteints.

Après avoir exposé les circonstances dans lesquelles a pris naissance l'article 106, nous procéderons à sa qualification, analyserons ses impacts et enfin,

1. L.R.Q., c. J-3.

2. Pour une étude détaillée des différentes étapes ayant mené à l'adoption de la L.j.a voir l'article de Marie José LONGTIN, *La réforme de la justice administrative: genèse, fondements et réalités*, Actes de la XIII^e conférence des juristes de l'État, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1998, 368 p., p. 66-69 et Denis LEMIEUX, *Justice administrative, loi annotée*, Publications CCH ltée, 1997, 238 p., p. 7-75.

3. Marie José LONGTIN, *supra*, note 2, p. 95.

4. Gilles PÉPIN, «La Loi québécoise sur la justice administrative», (1997) 57 *R. du B.* 633- 661, 661.

5. Certains auteurs rappellent que l'on ne peut qualifier le recours au T.A.Q d'appel puisque ce terme a été évité par le législateur: Denis LEMIEUX, «L'impact de la *Loi sur la justice administrative* sur le contentieux administratif», *Contrôle judiciaire de l'action gouvernementale*, Bulletin n^o 42, avril 1997, Publications CCH, p. 2, et Gilles PÉPIN, *supra*, note 4, p. 649.

tenterons de dégager quelques pistes de solutions.

1. LES ANTÉCÉDENTS DE L'ARTICLE 106

Le projet de loi 130, devenu la L.j.a, a fait l'objet de deux études en commission parlementaire devant la Commission des institutions. Une première, en consultation générale⁶, et une deuxième pour l'étude détaillée⁷ des dispositions du projet. Lors de la consultation générale, plusieurs groupes ont fait des représentations, dont quelques-unes sur l'article 109 du projet de loi, devenu l'article 106 L.j.a.

À l'époque, l'article 109 du projet de loi était libellé de la façon suivante:

109. Le Tribunal peut relever une partie du défaut de respecter un délai prescrit par la loi si celle-ci lui démontre qu'elle a été dans l'impossibilité d'agir et si, à son avis aucune autre partie n'en subit de préjudice grave.

Rappelons d'abord que la Commission d'appel en matière de lésions professionnelles, devenue la Commission des lésions professionnelles⁸, était censée être intégrée au T.A.Q.⁹ C'est donc pour

cette raison que plusieurs groupes travaillant dans le milieu des lésions professionnelles, sont venus faire des représentations.

Il ressort de ces représentations que le critère de l'impossibilité d'agir fut assez mal accueilli. L'Association des travailleurs et travailleuses accidenté-e-s du Québec¹⁰, la Confédération des syndicats nationaux¹¹, la Fondation pour l'aide aux travailleurs et travailleuses accidenté-e-s du Québec¹² ont rejeté le critère de l'impossibilité d'agir, parce que considéré trop rigoureux, ou l'ont qualifié de «recul majeur» pour les accidentés du travail. Ces groupes ont tous demandé que ce critère soit remplacé par celui des «motifs raisonnables».

Toutefois, l'Association des évaluateurs municipaux du Québec¹³ déplorait que, pour être relevé du défaut, des raisons futiles comme le fait d'être parti en Floride pourraient être invoquées.

Le 11 décembre 1996 eut lieu la prise en considération du rapport de la Commission des institutions après l'étude détaillée du projet de loi. Le ministre de la Justice y a déposé des amendements et une renumérotation des

6. 96-02-06, 07, 08, 13, 14 et 15.

7. 96-05-30, 96-06-04, 10, 11, 14, 96-09-03, 96-10-30, 31, 96-11-05, 06, 20, 21 et 96-12-03.

8. *Loi instituant la Commission des lésions professionnelles et modifiant diverses dispositions législatives*, L.Q. 1997, c. 27.

9. Le Projet de loi 130, à l'annexe II, prévoyait la Section des lésions professionnelles qui devait entendre les recours formés en vertu de la *Loi sur les accidents de travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., c. A-3.001 et ceux formés en vertu des articles 37.3 et 193 de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.R.Q., c. S-2.1.

10. Le 96-02-08, CI-66 p. 4.

11. Le 96-02-08, CI-66 p. 42.

12. Le 96-02-15, CI-69 p. 2.

13. Le 96-02-07, CI-65 p. 14.

dispositions du projet de loi, notamment à l'article 109. Lors des débats qui ont suivi, il n'y a pas eu de discussion sur les amendements apportés à l'article 109, devenu l'article 106. Le projet de loi fut adopté le 16 décembre 1996. L'article 106 était désormais libellé de la façon suivante:

Le Tribunal peut relever une partie du défaut de respecter un délai prescrit par la loi si cette partie lui démontre qu'elle n'a pu, pour des motifs sérieux et légitimes, agir plus tôt et si, à son avis, aucune autre partie n'en subit de préjudice grave.

Il ne peut cependant prolonger ce délai au-delà de 90.

2. QUALIFICATION DU DÉLAI DE L'ARTICLE 106

Il existe certains rapprochements entre l'article 106 de la L.j.a. et l'article 523 al. 2 du Code de procédure civile¹⁴, qui permet à la Cour d'appel de relever une partie du défaut de respecter un délai d'appel en certaines circonstances:

523. La Cour d'appel peut, si les fins de la justice le requièrent, permettre à une partie d'amender ses actes de procédure, de mettre en cause une personne dont la présence est nécessaire, ou encore, en des circonstances exceptionnelles, de présenter, selon le mode qu'elle indique, une preuve nouvelle indispensable.

Elle a tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de sa compétence, et peut rendre toutes ordonnances propres à sauvegarder les droits des parties; elle peut même, nonobstant l'expiration

du délai prévu à l'article 494, mais pourvu qu'il ne se soit pas écoulé plus de six mois depuis le jugement, accorder une permission spéciale d'appeler à la partie qui démontre qu'elle a été, en fait, dans l'impossibilité d'agir plus tôt. Toutefois, un jugement rendu dans les circonstances prévues à l'article 198.1 ne peut faire l'objet d'une telle permission.

La Cour suprême, dans l'arrêt *Cité de Pont Viau c. Gauthier Mfg. Ltd.*¹⁵, a interprété l'article 523 al. 2. Celle-ci estime que, même si la loi accorde à la Cour d'appel un vaste pouvoir discrétionnaire, ce dernier est limité:

La première partie de cette disposition accorde à la Cour d'appel un vaste pouvoir discrétionnaire qu'elle doit exercer, selon le texte même de l'article, de façon «à sauvegarder les droits des parties». Mais la discrétion de la Cour d'appel n'est pas illimitée lorsqu'il s'agit d'accorder la permission d'appeler après l'expiration des délais prévus à l'article 494 C.p.c.; dans ce cas, le pouvoir discrétionnaire de la Cour d'appel est assujéti à l'existence de deux conditions préalables: la demande de permission d'appeler doit être faite dans les six mois du jugement et la partie doit démontrer «qu'elle a été, en fait, dans l'impossibilité d'agir plus tôt». C'est seulement à l'égard d'une partie qui rencontre ces deux conditions préalables que la Cour d'appel peut accorder une permission spéciale d'appeler.

L'article 74 al. 2 L.j.a permet aussi aux membres du T.A.Q de rendre toute ordonnance propre à sauvegarder les droits des parties:

14. L.R.Q., c. C-25.

15. [1978] 2 R.C.S. 516, 521.

74. Le Tribunal et ses membres sont investis de pouvoirs et de l'immunité des commissaires nommés en vertu de la Loi sur les commissions d'enquête (Chapitre C-37), sauf du pouvoir d'ordonner l'emprisonnement.

Ils ont en outre tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leurs fonctions; ils peuvent notamment rendre toutes ordonnances qu'ils estiment propres à sauvegarder les droits des parties.

[...]

L'article 106 confère au T.A.Q le pouvoir de relever une partie du défaut de respecter un délai. À cette fin, celui-ci doit toutefois respecter trois conditions: le T.A.Q doit être convaincu en premier lieu que les motifs invoqués sont sérieux et légitimes et ensuite que l'autre partie n'en subira pas de préjudice grave; enfin il ne doit pas s'être écoulé plus de 90 jours depuis l'expiration du délai de contestation.

Au-delà de ce délai, le Tribunal n'a aucune possibilité d'accorder de prolongation et ce, quelle qu'en soit la raison. Le Tribunal n'a alors d'autre choix que de rejeter la demande tel qu'en font foi ces réflexions de certains de ses membres:

Le Tribunal ne peut cependant prolonger un délai pour plus de 90 jours comme le prévoit l'article 106 de la Loi sur la justice administrative et il *n'a d'autre alternative* dans le présent dossier que de déclarer le présent recours irrecevable puisqu'il s'est écoulé plus de 90 jours entre la fin du premier délai de 90

jours et la date de contestation du requérant.¹⁶

En l'espèce, le requérant avait au maximum 150 jours pour contester la décision du 18 mars 1998 et le Tribunal ne peut prolonger ce délai au-delà du 1^{er} septembre 1998. Malgré l'erreur ou l'inadvertance du procureur du requérant à l'époque, qui n'a pas contesté la décision en temps utile, le Tribunal *n'a d'autre choix* que de déclarer le recours irrecevable.¹⁷ (Nos italiques)

Comme pour la Cour d'appel, le pouvoir discrétionnaire accordé par l'article 74 al. 2 de rendre toute ordonnance propre à sauvegarder les droits des parties ne peut être appliqué au-delà de ce délai:

Le dépôt d'une requête au secrétariat du tribunal dans le délai imparti donne au Tribunal sa compétence sur le recours. Si le dépôt n'est pas fait dans le délai imparti, une partie peut demander d'être relevée de son défaut mais aux conditions suivantes: elle doit démontrer qu'elle n'a pu agir plus tôt pour des motifs sérieux et légitimes, qu'aucune autre partie n'en subit de préjudice grave et le Tribunal ne doit pas prolonger le délai au-delà de 90 jours.

Le pouvoir discrétionnaire du Tribunal et de ses membres de «rendre toute ordonnance qu'ils estiment propre à sauvegarder les droits des parties» ne peut s'appliquer que sur les deux premières conditions mais non sur la troisième.

Le Tribunal doit donc conclure au rejet de la requête pour être relevée du défaut, présentée par la requérante et déclarer que son pourvoi est irrecevable.¹⁸

16. *Affaires sociales* – 291, T.A.Q.E. 99AD-188, p. 3.

17. *Affaires sociales* – 251, T.A.Q.E. 99AD-120, p. 3.

18. SR-66849, p. 7-8.

Quoique la Cour d'appel et le T.A.Q.¹⁹ déplorent que la Cour suprême ne se soit pas prononcée sur la compétence de la Cour d'appel à l'expiration du délai de six mois alors qu'elle en avait l'occasion dans l'affaire *Cité de Pont Viau*²⁰, cette interprétation est identique à celle de la Cour d'appel elle-même qui a déclaré qu'elle n'avait plus compétence à l'expiration du délai de six mois²¹.

Par conséquent, il n'est pas faux d'affirmer qu'à l'instar de l'article 523 al. 2 du *Code de procédure civile*, l'article 106 de la L.j.a constitue un délai de déchéance de compétence.

3. L'IMPACT DE L'ARTICLE 106

Nous ne remettons aucunement en question la nécessité d'avoir des règles de procédure. Comme le dit la Cour suprême, la procédure est une garantie du respect des droits:

Ceci dit, il est évident que tout formalisme indu écarté, les dispositions impératives [...] doivent être respectées, la procédure judicieusement observée demeurant une garantie additionnelle du respect des droits des justiciables.²²

Toutefois, des mécanismes d'assouplissement doivent aussi

être prévus afin d'assurer l'accès à la justice pour tous. Nous faisons nôtre cette réflexion de Louise Langevin qui, même si elle porte sur les délais de prescription extinctive en matière civile, s'applique aux délais en général:

D'un côté, les délais de prescription sont nécessaires pour assurer la stabilité juridique. D'abord, ils protègent l'ordre public, puisqu'ils évitent l'érosion des éléments de preuve. Ensuite, ils assurent la sécurité dans les relations juridiques, puisqu'ils enlèvent au-dessus de la tête du défendeur l'épée de Damoclès que peuvent représenter les poursuites tardives. Enfin, ils mettent le défendeur à l'abri contre le manque de diligence du demandeur à intenter son recours. De l'autre, des mécanismes d'assouplissement, comme la suspension des délais de prescription, doivent être prévus aussi pour des raisons d'ordre public. En effet, si de tels mécanismes n'existaient pas, l'accès à la justice de certains citoyens serait nié. Les mécanismes d'assouplissement vont donc de pair avec le concept de prescription.²³

L'article 106 comporte un certain mécanisme d'assouplissement. D'ailleurs, Denis Lemieux souligne que cet article manifeste un assouplissement de l'exigence habituelle que les délais en droit administratif sont impératifs²⁴.

19. M. le juge Bauregard dans l'arrêt *Microlab Inc. c. Dauphin*, [1983] C.A. 269, 271 et M^e Guy Gagnon dans *Syndicat des professeurs du Collège du Vieux-Montréal c. Montréal (Ville de) et Communauté urbaine de Montréal*, L-19179952 et F-19113893.

20. *Supra*, note 15.

21. *Béland c. Scott*, [1983] R.D.J. 456 et *Microlab Inc. c. Dauphin*, *supra*, note 19.

22. *Services de santé du Québec c. Communauté urbaine de Québec et Sainte-Foy (Ville de) et Bureau de l'évaluation foncière du Québec*, [1992] 1 R.C.S. 426, 435.

23. Louise LANGEVIN, «Gauthier c. Beaumont: la reconnaissance de l'impossibilité psychologique d'agir», (1998) 58 R. du B. 167-179, 173.

24. Denis LEMIEUX, *supra*, note 2, p. 165.

Cependant, nous considérons cet assouplissement insuffisant par rapport aux dispositions d'autres lois. Ainsi, en matière d'indemnité, l'article 32 al. 2 de la défunte *Loi sur la Commission des affaires sociales*²⁵ ne prévoyait aucune limite de temps pour permettre à la Commission des affaires sociales (C.A.S.) de relever une partie du défaut de respecter un délai et l'actuel article 429.19 de la *Loi sur les accidents de travail et les maladies professionnelles*²⁶, dont la révision législative a été effectuée durant la même période que la rédaction de la L.j.a, prévoit qu'il est possible, pour la Commission des lésions professionnelles, de relever une partie en défaut pour un motif raisonnable et sans aucune limite de temps.

À notre avis, il faut non seulement prévoir des mécanismes d'assouplissement mais ces derniers doivent être suffisamment efficaces pour couvrir certains cas marginaux. Les dispositions correctives doivent être flexibles afin d'éviter que des droits soient irrémédiablement perdus comme l'indique avec justesse la Cour suprême:

Le droit d'appel assorti d'un délai pour l'exercer, n'a qu'une

existence limitée; s'il n'est pas exercé dans le délai prescrit lorsque le délai est de rigueur, [...] et que les dispositions correctives spécifiques ne s'appliquent plus, il est irrémédiablement perdu, périmé, forclos.²⁷

De surcroît, ces mécanismes d'assouplissement revêtent une grande importance en matière de régime d'assistance sociale puisque chaque régime a sa propre spécificité. Ainsi, advenant le cas où le recours d'une personne est rejeté pour le motif d'expiration du délai, celle-ci pourra être privée de bénéfices tels le paiement d'une indemnité de remplacement de revenu²⁸, la réadaptation²⁹, le remboursement de frais médicaux³⁰ que seule la loi prévoyant sa situation peut lui accorder. C'est pourquoi, à notre avis, il y aurait lieu d'accorder au T.A.Q. la possibilité d'entendre toute personne qui se trouverait dans une situation telle qu'elle n'a pu respecter le délai afin de ne pas la priver des bénéfices auxquels elle aurait par ailleurs droit.

La jurisprudence, en matière d'indemnité, nous offre des exemples parfois même pathétiques de situations où la nécessité de mécanismes d'assouplissement larges a été démontrée.

25. L.R.Q., c. C-34 abrogée par L.Q. 1997, c. 43, art. 184 et 837: «La Commission peut permettre à une personne d'agir après l'expiration des délais fixés par le présent article si cette personne démontre qu'elle a été en fait dans l'impossibilité d'agir plus tôt».

26. L.R.Q., c. A-3.001: «**429.19.** La Commission des lésions professionnelles peut prolonger un délai ou relever une personne des conséquences de son défaut de le respecter, s'il est démontré que celle-ci n'a pu respecter le délai prescrit pour un motif raisonnable et si, à son avis, aucune partie n'en subit de préjudice grave».

27. *Supra*, note 23, p. 433.

28. *Loi sur l'assurance automobile*, L.R.Q., c. A-25, art. 13 et s.; *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels*, L.R.Q., c. I-6, art. 13.

29. *Loi sur l'assurance automobile*, *supra*, note 28, art. 83.7

30. *Loi sur l'assurance automobile*, *ibid.*, art. 83.2; *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels*, art. 16.

Ont ainsi été invoquées l'erreur du représentant³¹, les fausses représentations du représentant³², ou l'incarcération³³. Il est aussi des cas où la somme des événements³⁴, parfois additionnée à la négligence des représentants³⁵, ou encore l'immobilisme et l'incompétence des procureurs³⁶ furent reconnus comme constituant une impossibilité d'agir.

De même, le choc post-traumatique à la suite d'une agression sexuelle³⁷ ou d'une demi-douzaine de vols à main armée survenus chez son employeur³⁸, tout comme les menaces, l'insomnie, la tension nerveuse occasionnant l'hospitalisation pour des problèmes cardiaques et une dépression suite à une dénonciation à la police³⁹ ont été

clairement reconnus comme étant des raisons valides ayant empêché des administrés d'intenter leur recours et ce, bien au-delà des délais.

Si des cas flagrants semblables d'impossibilité d'agir étaient portés à l'attention du T.A.Q., au-delà du délai de 90 jours, le Tribunal ne pourrait d'aucune façon permettre à ces personnes de se faire entendre.

Certes, lorsqu'il s'agit d'erreurs de professionnels, l'administré pourra porter plainte aux différents ordres professionnels. Toutefois, il se butera à l'évaluation des dommages résultant d'un recours manqué. Surtout si la décision qu'aurait pu rendre le T.A.Q. n'est pas évidente.

31. *Aide sociale* – 25, [1991] C.A.S. 469 où le représentant a envoyé la déclaration d'appel à la Commission des services juridiques plutôt qu'à la Commission des affaires sociales et a produit la requête au bon endroit 10 mois plus tard.
32. *Assurance-automobile* – 103, [1997] C.A.S. 465 où le représentant utilise plusieurs titres tel «hygiéniste public conseil», «consultant» et «expert en représentation devant la division de l'assurance-automobile de la Commission des affaires sociales»; *Aide sociale* – 47, [1996] C.A.S. 475 où le dossier a été pris en charge par un député qui donnait l'assurance que le dossier allait bon train mais qu'en fait il n'en était rien pendant six mois; *Régime des rentes* – 7, [1993] C.A.S. 295 où un médecin fournissait de fausses assurances sur l'état du dossier. L'administré n'a pu déposer sa déclaration d'appel qu'après six mois.
33. *Affaires sociales* – 99, T.A.Q.E. 98AD-207, où l'administré n'a pu prendre connaissance de la décision en révision de décembre 1994 qu'en juillet 1996.
34. *Affaires sociales* – 175, T.A.Q.E. 99AD-73 où les maux de dos, les fortes doses de médicaments, une opération pour discoïdectomie, l'accident d'auto du frère qui est ensuite décédé et ces problèmes occasionnant des traitements psychiatriques amènent le Tribunal à conclure à l'impossibilité d'agir.
35. *Assurance-automobile* – 11, [1992] C.A.S. 219 où l'administré ne parle ni français, ni anglais et souffre de plusieurs traumatismes suite à son accident et dont les représentants pendant près de deux ans ne prennent aucune mesure conservatoire.
36. *Sauveteurs et victimes d'actes criminels* – 27, [1992] C.A.S. 410 où l'administré apprend par la voie des journaux que son avocat n'exerce plus presque un an plus tard.
37. *Sauveteurs et victimes d'actes criminels* – 24, [1991] C.A.S. 116 où il fut reconnu que l'administrée bien que fonctionnelle était psychologiquement inapte à contester la décision parce qu'elle développait une angoisse paralysante dès qu'il était question de son agression.
38. *Sauveteurs et victimes d'actes criminels* – 24, [1990] C.A.S. 114.
39. *Sauveteurs et victimes d'actes criminels* – 9, [1992] C.A.S. 42.

Qu'advient-il de l'administré qui n'est pas représenté par un membre d'un ordre professionnel comme la Loi d'ailleurs le permet expressément⁴⁰?

À l'administré qui se représente seul et qui subit cette situation exceptionnelle, que dira-t-on? Peut-on aussi imposer à la famille le fardeau de s'occuper des affaires de celui qui subit un grave traumatisme? Le choc émotionnel n'est-il pas suffisant?

En vertu de l'article 110 L.j.a, le requérant dispose d'un délai de 30 jours de la notification de la décision ou qui suivent les faits contestés pour former son recours. Toutefois, ce délai est de 60 jours lorsque le recours concerne les matières traitées par la Section des affaires sociales. Additionné au délai de l'article 106, le délai maximal possible pour introduire un recours est donc de 120 jours devant la Section des affaires immobilières, la Section du territoire et de l'environnement et la Section des affaires économiques et de 150 jours devant la Section des affaires sociales.

Auparavant, bien que la C.A.S. n'ait eu aucune limite de temps pour prolonger un délai, elle faisait preuve de vigilance avant de conclure à l'impossibilité d'agir et était même parfois sévère.

La C.A.S. rappelait ainsi que l'ignorance de la loi ne peut excuser un retard⁴¹ et que l'administré a une obligation de donner un mandat clair à son représentant⁴² et de s'informer de l'état de son dossier⁴³.

Aussi, la C.A.S. n'a pas hésité à déclarer que l'administré est seul responsable de l'extinction de son recours⁴⁴ ou à souligner vertement sa négligence⁴⁵ et ce, bien que celui-ci ait été dépressif⁴⁶.

En outre, elle a statué qu'une personne qui ne parle pas français mais qui s'exprime très bien en anglais et vit au Québec depuis 25 ans avec son époux et ses enfants, eux-mêmes scolarisés⁴⁷, de même que la personne qui ne sait ni lire ni écrire⁴⁸ ne peuvent invoquer avec succès le motif de l'impossibilité d'agir.

40. L'article 102 L.j.a stipule: «Les parties peuvent se faire représenter par une personne de leur choix devant la section des affaires sociales, s'il s'agit d'un recours portant sur l'indemnisation des sauveteurs et des victimes d'actes criminels. [...]

Aussi, le requérant peut, devant la section des affaires sociales s'il s'agit d'un recours en matières d'immigration, se faire représenter par un parent ou par un organisme sans but lucratif voué à la défense ou aux intérêts des immigrants, s'il ne peut se présenter lui-même du fait qu'il ne se trouve pas au Québec.

41. *Services de santé et services sociaux* – 26, [1998] C.A.S. 377.

42. *Aide sociale* – 85, [1994] C.A.S. 475.

43. *Assurance-automobile* – 11, [1993] C.A.S. 181 et *Aide Sociale* – 25, *supra*, note 31.

44. *Aide sociale* – 180, [1998] C.A.S. 55.

45. *Assurance-automobile* – 29, [1987] C.A.S. 772; *Assurance automobile* – 30, [1987] C.A.S. 775; *Assurance automobile* – 38, [1990] 787; *Sauveteurs et victimes d'actes criminels* – 69, D.T.E. 88T-439.

46. *Aide sociale* – 161, [1997] C.A.S. 516.

47. *Assurance-automobile* – 23, [1986] C.A.S. 727.

48. *Assurance-automobile* – 7, [1994] C.A.S. 203.

De plus, la Commission a rappelé que, contrairement à celui qui confie un mandat à une tierce personne dont il ne peut suivre les démarches quotidiennes, celui qui vit avec son mandataire et qui est en mesure de connaître au jour le jour l'action ou l'inaction de celui-ci et qui choisit de ne rien faire est mal venu d'invoquer la faute du mandataire⁴⁹. Le T.A.Q. conclut de même à l'encontre de celui qui, bien qu'à l'extérieur du pays, mandate ses enfants de prendre connaissance de sa correspondance et dispose d'un télécopieur pour communiquer⁵⁰.

Pour tenir compte de chaque situation, il y aurait lieu, à notre avis, d'accorder au T.A.Q. le pouvoir de remédier à tout défaut s'il en va de l'intérêt de l'administré et si ce dernier se trouvait dans des circonstances qui l'empêchaient d'agir. Comme le souligne avec justice Marie José Longtin, la loi doit pouvoir s'appliquer à chaque situation particulière:

La loi est par nécessité une norme générale et impersonnelle qui doit pouvoir s'appliquer à l'ensemble des citoyens, dans de multiples situations, et à chacun dans des situations particulières.⁵¹

4. POUR UNE MISE AU POINT DE L'ARTICLE 106

Une première solution, à moyen terme, se trouve dans la L.j.a même qui prévoit à l'article

200 que le ministre de la Justice, au plus tard le 1^{er} avril 2003, fera rapport au gouvernement sur la mise en œuvre de la loi et sur l'opportunité, le cas échéant, de la modifier.

Nous nous permettons de devancer un peu cette échéance et d'apprécier les modifications qu'il serait possible d'apporter afin de conférer au T.A.Q. le pouvoir d'accorder une permission de se faire entendre au-delà des 90 jours à un administré qui en fait la demande en raison de sa situation exceptionnelle.

En adoptant la L.j.a, le législateur avait notamment pour but, outre la modernisation de la justice administrative⁵², de favoriser la célérité de celle-ci comme l'indique le premier paragraphe de la disposition préliminaire⁵³.

Nous sommes d'avis que le législateur a voulu consacrer l'exigence de la célérité par l'article 106, surtout par son deuxième alinéa. C'est donc en tenant compte de cette volonté que nous proposons les modifications suivantes à la fin de cet article.

4.1. Accorder un pouvoir discrétionnaire additionnel

4.1.1 Accorder une discrétion large au T.A.Q

Toutefois, malgré le deuxième alinéa, le Tribunal peut, en rai-

49. RR-58638.

50. *Affaires sociales* – 290, T.A.Q.E 99AD-206.

51. *Supra*, note 2, p. 65.

52. «L'heure juste», *Bulletin d'information du ministre de la Justice du Québec*, Édition spéciale, avril 1997, p. 1.

53. «La présente loi a pour objet d'affirmer la spécificité de la justice administrative et d'en assurer la qualité, la célérité et l'accessibilité, de même que d'assurer le respect des droits fondamentaux des administrés».

sons de circonstances exceptionnelles, accorder une permission spéciale d'intenter un recours.

Cette solution aurait l'avantage de laisser une grande discrétion au Tribunal pour accorder la permission spéciale d'intenter un recours. Il n'aurait en effet qu'à évaluer si des circonstances exceptionnelles sont présentes pour accorder cette permission.

Par contre, ce libellé ne favoriserait aucunement la responsabilisation de l'administré et de son représentant, qui n'auront qu'à établir la présence de circonstances exceptionnelles, sans plus. Cela pourrait même favoriser les romans-fleuves et engorger le système contrairement au but initial qui était d'accélérer le processus.

4.1.2 Accorder une discrétion comportant des balises

Toutefois, malgré le deuxième alinéa, le Tribunal peut, en raison de circonstances exceptionnelles, accorder une permission spéciale d'intenter un recours à une partie qui lui démontre qu'elle était dans l'impossibilité d'agir.

Cette solution aurait pour avantage de laisser une grande marge de manœuvre au Tribunal, tout en imposant un certain fardeau à la partie qui désirerait s'en prévaloir. Celle-ci n'aurait d'autre choix que de prouver une impossibilité réelle d'agir puisqu'elle aurait à démontrer au Tribunal une situation exceptionnelle provoquant une impossibilité d'agir pour pouvoir bénéficier d'une per-

mission spéciale.

Par contre, elle aurait pour désavantage de référer à la notion d'impossibilité d'agir, une notion à laquelle on pensait pourtant avoir renoncé. De plus, telle qu'interprétée par la Cour suprême dans l'arrêt *Cité de Pont Viau*⁵⁴, cette notion englobe les erreurs des représentants, ce qui aurait peut-être pour effet de court-circuiter l'intention du législateur d'accélérer le processus. Pour ne pas laisser place à une recrudescence de ce motif comme moyen de disculpation, le Tribunal devrait appliquer rigoureusement le devoir de l'administré de s'occuper de son dossier ainsi que le devoir des représentants d'agir avec compétence.

4.1.3 Accorder une discrétion comportant des balises sévères

Toutefois, malgré le deuxième alinéa, le Tribunal peut, en raison de circonstances exceptionnelles, accorder une permission spéciale d'intenter un recours à une partie qui lui démontre un cas fortuit ou une force majeure.

Si un tel libellé était adopté, cela aurait pour effet d'imposer un lourd fardeau à la partie qui voudrait se prévaloir de cette disposition. Hubert Reid⁵⁵ définit la force majeure comme étant «un événement imprévisible, inévitable ou irrésistible qui provient d'une cause étrangère au débiteur et qui libère ce dernier de son obligation».

À la Section des affaires immobilières, le T.A.Q. a d'ailleurs

54. *Supra*, note 15.

55. Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Éditions Wilson et Lafleur, 1994, 769 p.

eu souvent à interpréter ce concept dans le cadre de la *Loi sur la fiscalité municipale*⁵⁶. Il ressort de ces décisions⁵⁷ que celui qui invoque ce moyen doit prouver l'imprévisibilité, l'irrésistibilité et la non-imputabilité de l'erreur à une faute personnelle, et finalement l'impossibilité d'agir.

Selon le juge Jean-Louis Baudouin, de la Cour d'appel, et le professeur Pierre-Gabriel Jobin⁵⁸, l'imprévisibilité requiert du demandeur qu'il démontre non seulement qu'il n'a pas prévu l'événement, mais encore que celui-ci n'était pas normalement prévisible; le caractère irrésistible de l'événement, quant à lui, doit être tel qu'il rende toute opposition de la part du demandeur inutile ou futile.

C'est donc dire que la personne doit avoir une conduite juridiquement irréprochable, comme le souligne avec justesse Pierre Deschamps⁵⁹. De plus, comme la doctrine⁶⁰ le mentionne, les phénomènes naturels telles la pluie, les inondations, la neige etc. et les faits de l'être humain tels la grève,

l'incendie, le vol ou la guerre ne sont pas en principe des forces majeures, mais peuvent le devenir suivant les circonstances propres à l'affaire.

Nous sommes d'avis que ce fardeau est trop lourd vu que le requérant n'aurait pas seulement à prouver une simple incapacité mais une quasi-invalidité. Par conséquent, seules les personnes se trouvant dans une impossibilité absolue d'agir pourraient être entendues par le T.A.Q.

4.2 Ajouter une présomption légale de renonciation

Tout d'abord, il est à noter que nous avons considéré le principe énoncé aux articles 2847 du *Code civil du Québec*⁶¹ et 142 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*⁶² qui édictent les conséquences de faits réputés ou présumés contenus dans une présomption légale.

Ainsi, tel qu'interprété par la Cour suprême⁶³ et la doctrine⁶⁴, le terme «réputé» désigne une présomption absolue ou irréfragable qui ne peut être contredite par une

56. L.R.Q., c. F-2.1.

57. En voici quelques-unes: *Syndicat des professeurs du Collège du Vieux Montréal c. Montréal (Ville de) et Communauté urbaine de Montréal*, *supra*, note 19; Q 98-0279; *Beaucage et Baucage c. Municipalité d'Austin et MRC de Memphrémagog*, T.A.Q.E. 98AD-30; *Sofinor S.A. c. Communauté urbaine de Québec*, T.A.Q.E. 99 AD-165.

58. Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les Obligations*, 5^e éd., Les Éditions Yvon Blais Inc., 1998, 1217 p., p. 696-697.

59. Pierre DESCHAMPS, «L'exonération et le partage de responsabilité», *Responsabilité*, Collection de droit, vol. 4, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1997-1998, 190 p., p. 76.

60. Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *supra*, note 58, p. 701.

61. L.Q. 1991, c. 64.

62. L.Q. 1992, c. 57.

63. *Construction Gilles Paquette ltée c. Entreprises Végo ltée*, [1997] 2 R.C.S. 299.

64. Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 5^e éd., Wilson et Lafleur, 1996, 489 p., p. 159-164 et Jean-Claude ROYER, *La preuve civile*, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1987, 663 p., p. 272-274.

preuve contraire alors que l'emploi du mot «présumé» se rapporte plutôt à une présomption réfragable qui peut être renversée par une preuve contraire.

4.2.1 Une présomption de renonciation simple

Au-delà de ce délai, une partie est présumée avoir renoncé à son droit de contestation.

Cette présomption de renonciation s'inspire de celle édictée à l'article 11 de la *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels*⁶⁵. Celle-ci a été interprétée comme étant «une présomption qui peut être repoussée en mettant en preuve des circonstances expliquant le non-respect du délai et surtout, établissant l'intention d'exercer le recours⁶⁶».

Ainsi libellée, cette présomption aurait pour effet de n'imposer aucune condition particulière pour la renverser. De surcroît, certains pourraient y voir que le législateur a expressément voulu en faciliter le renversement, comme ce fut le cas dans plusieurs décisions concernant la *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels*⁶⁷.

Ce faisant, la partie qui voudrait se prévaloir de cette disposition n'aurait qu'à établir qu'elle n'a jamais renoncé à intenter son recours et, pour apprécier cette preuve, le tribunal n'aurait qu'à déterminer si son comportement, eu égard aux circonstances, a été raisonnable.

Même jumelée au devoir du client de suivre le cheminement de son dossier, parce que cette présomption n'énonce qu'un critère de raisonnable et non d'impossibilité d'agir, nous sommes d'avis que tout doute devrait être interprété en faveur de celui qui est supposé avoir renoncé. Dès lors, même les erreurs des représentants risquent d'être invoquées avec succès, ce qui, à notre avis, contreviendrait à l'objectif de célérité visé par la loi.

4.2.2 Une présomption de renonciation double

Au-delà de ce délai, une partie est présumée avoir renoncé à son droit de contestation sauf si elle démontre une impossibilité d'agir.

Contrairement à la présomption de renonciation simple, la partie qui voudrait invoquer cette disposition devrait démontrer qu'elle a toujours eu l'intention de contester et que c'est en raison de son impossibilité d'agir qu'elle n'a pu le faire. L'intention de contester ne pourrait être déduite des faits qu'après une démonstration d'une impossibilité réelle d'agir.

Ainsi, le fardeau de preuve serait plus lourd que dans l'hypothèse précédente, ce qui aurait pour effet de restreindre les motifs qui pourraient être invoqués, surtout si, encore une fois, le Tribunal appliquait avec sévérité le devoir de l'administré de s'informer de l'état de son dossier et le devoir de compétence des représentants.

65. *Supra*, note 28.

66. *Sauveteurs et victimes d'actes criminels* – 22, [1997] C.A.S. 422.

67. *Sauveteurs et victimes d'actes criminels* – 2, [1995] C.A.S. 5 et *Sauveteurs et victimes d'actes criminels* – 5, [1996] C.A.S. 19.

4.2.3 Une présomption de renonciation absolue

Au-delà de ce délai, une partie est présumée avoir renoncé à son droit de contestation sauf si elle démontre un cas fortuit ou une force majeure.

Les constatations faites plus tôt sur le fardeau de la preuve en cas de force majeure s'appliqueraient alors. Nous sommes toutefois d'avis qu'une telle présomption est plus sévère qu'une démonstration de cas fortuit, puisque le fardeau est alors double: il faut non seulement démontrer une force majeure, mais aussi qu'il n'y a jamais eu d'intention de renoncer au recours.

Cette présomption nous semble trop sévère, puisqu'elle est pratiquement irréfutable. Et comme notre intention était de permettre aux gens vivant des situations exceptionnelles de se faire entendre, celle-ci ne permettrait au Tribunal d'entendre que les gens qui se trouvaient dans une impossibilité absolue d'agir.

Ce principe paraît à contre-courant puisque, même en droit civil, l'interprétation qui a été donnée par la Cour suprême de la maxime bien connue «Contra non valentem agere non currit praescriptio»⁶⁸ est à l'effet que ce n'est pas l'impossibilité absolue ou la force majeure qui prévaut afin de suspendre la prescription, mais bien une impossibilité relative d'agir⁶⁹. Il serait pour le moins étonnant et difficilement justi-

fiable que la justice administrative impose des règles, de procédure de surcroît, plus sévères que le droit civil.

5. CONCLUSION

Tel que nous l'avons vu, l'article 106 de la *Loi sur la justice administrative* constitue un texte de compromis suite aux différentes représentations en commission parlementaire sur le projet de loi 130. Selon nous, tel que libellé, cet article ne permet pas au T.A.Q. de tenir compte des aléas de la vie et des situations exceptionnelles que celle-ci engendre parfois.

Si un administré invoque au-delà du délai de prolongation maximal de 90 jours un motif qui, par ailleurs, peut justifier son retard, l'article 106 constitue un empêchement insurmontable niant au T.A.Q. toute capacité de lui accorder le droit de se faire entendre. L'article 106, dans sa forme actuelle, constitue nettement un délai de déchéance de compétence pour le T.A.Q.

Afin de tenir compte de cette lacune, le législateur pourrait procéder à une modification législative. Cela pourrait se concrétiser en accordant au T.A.Q. une discrétion comportant des balises ou encore en créant une présomption de renonciation double, ce qui respecterait l'intention initiale du législateur d'accélérer le processus administratif tout en permettant un accès à la justice aux personnes qui, pour des motifs exceptionnels,

68. La prescription ne court pas contre celui qui ne peut pas agir. Traduction de Albert MAYRAND, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit québécois*, 2^e éd., Éditions Guérin, 1982, 235 p., p. 33.

69. Louise LANGEVIN, *supra*, note 23.

n'ont pu intenter leur recours à temps.

Nous sommes d'avis que l'une ou l'autre de ces règles, jumelée à celle du devoir du client de suivre son dossier, constituera un moyen efficace pour éviter que des motifs frivoles ou présentant plus ou moins de sérieux, comme les erreurs des représentants, soient

invoqués, tout en assurant à ceux qui vivent des situations exceptionnelles le droit de se faire entendre.

La justice administrative devant demeurer flexible, le législateur ne devrait-il pas tenir compte de la maxime «à l'impossible, nul n'est tenu»?

CIVIL PROCEDURE

James HUGHES

Seizing confidential computer data before judgment

Can information in the form of computer data be seized before judgment by the owner thereof pursuant to Section 734 (1) of the Quebec Code of Civil Procedure ("C.C.P.") or otherwise? In the affirmative, how should such a seizure be carried out?

INTRODUCTION

Section 734(1) C.C.P. reads as follows: "The Plaintiff may also seize before Judgment (1) the moveable property which he has a right to revendicate." Section 735 C.C.P. provides that such a seizure is effected in virtue of a writ issued by the clerk (of either the Superior Court of Quebec or a Court of Quebec) upon requisition of the seizing party (supported by affidavit). In effect, Section 734(1) C.C.P. permits the seizure of the moveable property by the owner *without* prior judicial authorization. As such, this procedure constitutes a particularly efficient recourse for an aggrieved owner to recover his moveable property. However, because the remedy is so efficient, the seizing creditor must comply strictly with the requirements of law developed to protect the legitimate rights of the seized party.

To the numerous such protections already afforded the deb-

tor (e.g. Sections 582 and 590 C.C.P.), the Quebec Court of Appeal appeared to have recently added another, namely that confidential information (including computer data) cannot be seized as "moveable property" under Section 734 C.C.P. Fortunately, the Court of Appeal has since retreated from this position to allow the seizure in revendication of computer data (and possibly other "information") *with* prior judicial authorization.

This article will discuss the recent evolution in the Court of Appeal's thinking on the issue of the seizure of confidential computer information and offer a non-exhaustive checklist of the matters a seizing creditor should address in order to obtain the necessary judicial authorization to seize computer data before judgment. The issue of what amounts to "confidential" or "secret" information is not addressed by the author.

TRI-TEX

In *Tri-Tex Co. Inc. v. Ghaly, Elia Gideon et al*¹, ("*Tri-Tex*"), the creditor seized before judgment the following items under Section 734(1) C.C.P.:

En conclusion de ce qui précède, pour et au nom de la demanderesse (*Tri-Tex*), je demande

1. [1999] R.J.Q. 2324 (CA).

l'émission d'un bref de saisie avant jugement à titre de propriétaire, aux termes de l'Article 734(1) C.P.C., pour saisir avant jugement toutes les informations confidentielles concernant la demanderesse (Tri-Tex) et qui lui appartiennent que ce soit des informations financières appartenant à la demanderesse ou sa liste de clients ou sa liste de fournisseurs et plus particulièrement toutes les formules secrètes créées par la demanderesse incluant les produits se trouvant en la possession des défendeurs qui ont été fabriqués à base des formules secrètes de la demanderesse (Tri-Tex), *le tout sous quelque forme que ces informations puissent se trouver, incluant tout ordinateur, disque rigide, ruban magnétique et disquette [...]*.²

On appeal of the Respondent's successful Motion to Quash the seizure (Section 738 C.C.P.), the Quebec Court of Appeal unanimously decided that the Affidavit given in support of Tri-Tex's requisition for the seizure before Judgment was insufficient because, *inter alia*, "Tri-Tex could not seize before Judgment confidential information because it was not "moveable property" within the meaning of Section 734(1) C.C.P.".³

Writing for the Bench in *Tri-Tex*, the Honourable Joseph Nuss, JCA, relied upon the Supreme Court of Canada's decision in *R. v. Stewart* ("*Stewart*")⁴,

in which the country's senior Court ruled that "confidential information does not constitute "property" within the meaning of Section 283 (theft) or Section 338 (fraud) of the Criminal Code." In *Stewart*, Justice Lamer suggested that "in the commercial field, there are reasons to grant some form of protection to the possessor of confidential information: it is the product of labour, skill and expenditure, and its unauthorized use would undermine productive efforts which ought to be encouraged". However, his Lordship added that "no Canadian Court has so far conclusively decided that confidential information is property, with all the civil consequences that such a finding would entail".⁵

The Court of Appeal in *Tri-Tex* also relied heavily upon Professor Mistrale Goudreau's discussion regarding the distinction between "property" and "information":

There is no definition of property; the Code simply states that corporeal and incorporeal property is divided into moveables and immoveables. By contrast, the Code does distinguish between "property" and "information" or "right of intellectual property". This supports a rejection of the notion that information can be assimilated with property and also a rejection of the property right theory.⁶

In sum, Justice Nuss found that *Tri-Tex* had failed to demons-

2. *Ibid.*, p. 2327, our emphasis.

3. *Ibid.*, p. 2333.

4. [1988] 1 R.C.S. 963.

5. *Ibid.*, p. 975.

6. (1994) 8 I.P.J. 189 at 213-125 (Mistrale Goudreau, «Protecting Ideas and Information in Common Law Canada and Quebec»).

trate that confidential information constitutes “moveable property” within the meaning of Article 734(1) C.C.P.

Accordingly, the *Tri-Text* case appears to stand for the very wide proposition that the term “moveable property” under Section 734(1) C.C.P must be interpreted in a restrictive manner to exclude *inter alia* confidential information in a computer, on a computer disk or in any other virtual medium.

This conclusion reverses the judgment at first instance which had determined that:

En effet, le contenu des boîtes ou de l'ordinateur, n'a pas fait l'objet d'un inventaire. L'Article 734 (1) C.P.C., à la lueur des faits allégués, pourrait justifier la saisie des listes des clients de Tri-Text, toute représentation sur papier ou sur support informatique des formules chimiques des produits commercialisés par Tri-Text et tout autre bien appartenant en droit à Tri-Text.⁷

Although other jurisprudence is discussed, the Court of Appeal in *Tri-Text* does not cite the 1990 case of *Park Avenue Location v. Phaneuf* (“*Park Avenue*”)⁸, (appeal rejected on Motion to Dismiss (500-09-000674-903). In *Park Avenue*, Justice Benjamin Greenberg found that a seizure of certain computer data owned by the Plaintiff was properly the subject of a Section 734(1) C.C.P. application on the following basis:

Or, l'information étant incorporée, non tangible, ne peut être physiquement saisie et remise

au mandant que dans le médium où elle est inscrite et conservée, que ce soit dans un dossier ou dans un ordinateur, comme en l'occurrence. (page 9)

The Court in *Park Avenue* clearly presumed that information in virtual form fit snugly within the meaning of “moveable property” under Section 734(1) C.C.P.

THE RETREAT: D & G

In the recent case of *D & G Enviro-Group Inc. v. André Martin Bouchard et al.* (“*D & G*”)⁹, the creditor seized before judgment the following items:

All software, documents (including all copies of documents), merchandise, materials, diskettes, computerized data, manuals, booklets, assets and any and all other property owned by Plaintiff [...]

The Court of Appeal unanimously held that this description of the property to be seized was insufficient and thus sustained the Judge at First Instance's decision to quash the seizure.

However, the Honourable Marc Beauregard, J.C.A. added the following:

Je partage aussi l'avis du premier juge suivant lequel l'article 734 C.p.c. ne permet pas de saisir le contenu d'un ordinateur. L'article 734 n'a pas été conçu pour cela. Un ordinateur ne peut faire l'objet d'une fouille sans la permission d'un juge, aux conditions et suivant les modalités déterminées par celui-ci. Si un mécanisme à cette fin n'a pas été

7. *Tri-Text Co Inc. v. Ghaly*, JE 98-1608 (CS).

8. JE 90-812 (CS).

9. C.A. 500-09-009071-994 (June 21, 2000).

prévu spécialement par le législateur, rien n'empêche une partie de tenter d'obtenir *ex parte* une injonction provisoire mandatoire ou de s'autoriser de l'article 20 C.p.c. pour obtenir une ordonnance *sui generis*.¹⁰

It would appear, in effect, that in *D&G* the Court of Appeal reinstates an owner's right to seize his confidential information in the form of computer data provided as an additional requirement that judicial authorization be obtained from a Judge sitting in Chambers on an *ex parte* application. However, the Court of Appeal does not situate such an application within the confines of Section 734(1) C.C.P. preferring to lodge it in a *sui generis* proceeding pursuant to Section 20 C.C.P. or a provisional injunction under Section 752 C.C.P. and following.

Justice Beauregard leaves it open to the Judge hearing the *ex parte* motion to consider what conditions may be appropriate under the circumstances in regards the repatriation of the seizing party's computer information.

It is interesting to note that Justice Beauregard uses the term "objet d'une fouille" in the above-mentioned citation (translation: "search"). Implicit in Justice Beauregard's decision is that computer data cannot be simply seized without some form of search being undertaken prior thereto. The dangers of permitting a creditor to search for information in the debtor's computer hard drive or diskettes are perhaps obvious. The creditor will have access to all of the debtor's computer data whe-

ther it is the seizing party's property or not. Even if such information is not seized by the creditor, a creditor will have taken cognizance of it to the possible detriment of the debtor. It is for this reason that Justice Beauregard quite rightly imposes the precondition of judicial authorization for the search and seizure before judgment of computer information.

At a more general level, the Court of Appeal in *D&G* was right to reopen the door to the seizure before judgment of confidential information in the form of computer data given that a private or commercial enterprise's operations are increasingly reliant upon the virtual storage of financial, marketing, employee and other information. Perhaps more importantly, the ease and simplicity of transmitting very large volumes of computer data from one site to another whether by e-mail, network, download or otherwise requires that a remedy be given to the owner to freeze the confidential data in the hands of justice until the merits of the claim are determined. This is the age of information where the most valuable asset a person can possess is located in his mind or his computer.

Indeed, Lamer J. in *Stewart* suggests:

It is possible that, with time, confidential information will come to be considered as property in the civil law or even be granted special legal protection by statutory enactment. Even if confidential information were to be considered as property under

10. *Ibid.*, p. 4.

civil law, it does not however automatically follow that it qualifies as property for the purposes of the criminal law. Conversely, the fact that something is not property under civil law is likewise not conclusive for the purpose of criminal law. Whether or not confidential information is property under the criminal law should be decided in the perspective of the criminal law.¹¹

The Supreme Court is almost inviting the lower courts (or provincial legislatures) to give a privileged status to confidential information and, in this sense, the Court of Appeal in *D&G* may be more consistent with *Stewart* than *Tri-Tex*.

By, in effect, reversing *Tri-Tex* on confidential computer data (but probably all confidential information in any form), the Court of Appeal in *D&G* has recognized that the rules of civil procedure must evolve with 21st Century technology and permit, with reasonable limitations, owners of computer data to place their confidential information into the hands of justice until their rights regarding such information have crystallized on the merits of their action against the defendant.

APPLICATIONS TO SEIZE INFORMATION IN THE FORM OF COMPUTER DATA

What are the various issues that a seizing party should consider when making its *ex parte* application for the right to seize computer data before judgment as per *D&G*? At a minimum, we pro-

pose that the following subjects be addressed in any such application:

- 1) Whether or not the seizing officer should be accompanied during the seizure by an expert in computer technology in order to protect the integrity of Defendant's computer, disks and hard drives;
- 2) Whether the seizing officer should be accompanied during the seizure by a representative of Plaintiff in order to identify and search for the seizing party's computer information;
- 3) Whether the seizing officer should use any means necessary to gain access to the domicile (including the use of locksmiths) where the computer containing the computer data is located;
- 4) Whether the seizing officer may seize and remove from the domicile any computers and computer disks found thereat in the event the seizing officer is unable to access the said computers or computer disks at the time of the seizure whether for technical reasons or because the Defendants or others refuse to cooperate with the seizing officer regarding such access;
- 5) Whether this seizing officer (with the help of computer experts and Plaintiff's representatives) should review all information in the computer or computer disk in the domicile where the said information is located in order to locate the seized property;

11. *Supra*, note 4, p. 976.

- 6) Whether the seizing officer should be authorized to copy the seized data onto diskette (or zip drive or otherwise) and thereafter to delete it from the storage medium in which it was found;
- 7) The exact manner in which the search of the Defendant's or third party's computers or diskettes should take place. For example, the seizing party should consider whether or not to request that the Court allow the use of the "Find" function to search for data containing a certain rubrique (for example, the name of the seizing party). Other means of identifying the computer data should also be considered including file numbers, e-mails containing names of Plaintiff's staff, names of Plaintiff's clients or suppliers if such lists forms part of the list of information to be seized.

Given Justice Beauregard's suggestion in *D&G* that the appropriate procedure to effect the seizure may be in the form of a provisional injunction, the seizing creditor should also consider alleging the standard elements required for the issuance of such an

order including the quality of his *prima facie* case on the merits of the claim, irreparable harm, balance of inconvenience and urgency.

CONCLUSION

In conclusion, the Court of Appeal should be applauded for suggesting in *D&G* that confidential information in the form of computer data is a proper subject for seizure before judgment albeit not under Section 734(1) C.C.P. It begs, of course, the question of the proper place of all information, confidential or not, virtual or real, in the area of seizures before judgment. Without necessarily going so far as to state unequivocally that all information is "property" for all purposes, the Court of Appeal should consider giving owners the right to put their information into the hands of justice before judgment, whether in physical or virtual form, pursuant to Section 734(1) C.C.P. or otherwise.

As well, owners should be very wary about seizing their confidential information in the form of computer data without very carefully considering the exact methodology to effect both the search and seizure of the data.

INTELLECTUAL PROPERTY

Nathaly J. VERMETTE*

Domain Names in the Realm of Trademark Law

INTRODUCTION

Internet domain names – a recent breed of commercial identifiers – have become so pervasive in the realm of business that pressing questions have been raised as to their legal nature and status. As businesses world-wide embrace the new marketplace called cyberspace and participate in e-commerce, the use of domain names gives rise to an ever-greater number of conflicts.

The fundamental question we need to answer is how should these domain names be managed and which body of law should govern them? Since domain names are an instrument of loosely-regulated private practices, they do not yet fall under a specific body of law with the exception of the United States Anticybersquatting Consumer Protection Act.¹ A logical way to solve the problem would be to determine what domain names resemble the most in the legal world. Given that, in com-

merce, the domain name serves as both a computer address and a location identifier for products or services, the most appropriate answer to this question is trademarks.

In order to understand how domain names can fit into the realm of trademarks, it is helpful to examine the origin and evolution of trademarks in British, French, American and Canadian law. With this approach, we were able to conclude that, internationally, the fundamental purpose of trademark law is the prevention of confusion and dilution, all in the name of protecting the goodwill built by commercial enterprises.

ORIGINS AND EVOLUTION OF TRADEMARK LAW

Few jurists are aware of what the historical purpose of a trademark is and how that purpose has evolved. Originally, marks were placed on objects to identify ownership and to deter would-be thieves.² Archaeologists

* LL.B., LL.M.

1. On October 26, 1999, the U.S. House of Representatives adopted S. 1255 EAH, the Trademark Cyberpiracy Prevention Act, in place of HR 3058, a variation thereof. The Senate passed its version, the Anticybersquatting Consumer Protection Act, on August 5, 1999. On November 29, 1999, President Clinton signed the Act into law. A copy of the Act can be found at the following site: http://www.haleanddorr.com/internet_law/titleIII.html.
2. Michel SOLIS, *Votre PME et le Droit*, 2^e éd., Les Éditions Transcontinental inc., Montréal, 1994, 136 p., p. 96.

have found such ownership-identifying marks on various objects, such as on the walls of prehistoric caves, on breads found in the Pompeii excavations, and on Babylonian and Roman bricks and pottery.

During the Middle Ages, the use of marks expanded into the commercial realm. As commerce and trade developed, these identifying marks surfaced on market goods. The marks were no longer used to identify only the owner, but also to identify the person who had put the goods in the market. In certain jurisdictions, such as England, marks began to serve a regulatory purpose in that they permitted consumers to trace the origin of goods of inferior quality, and, in some cases, to try and obtain compensation for damages resulting from their use. As a result, marks became viewed as potential commercial liabilities for businesses. In fact, the idea that a mark could be viewed as a commercial asset is a relatively new concept.³

To comprehend the transformation in perception of the role of trademarks as a commercial liability to that of an asset, it is useful to view the issue from the consumer's perspective. When purchasing goods or services, the consumer wishes to ensure a reasonable price to quality ratio. How can the consumer verify this? One way is to inspect the goods or services and, if possible, to try them. Another method is to question other consu-

mers who have purchased the same goods or services to verify their level of satisfaction. The problem with these methods is that they can be time consuming and sometimes costly.

From the merchant's point of view, the investigative process delays the conduct of business. In order to simplify the procedure and facilitate the closing of transactions, merchants sought to develop various tools that readily supply such information to potential clients in a shorter time frame. One of these tools was the trademark.

The trademark helped create an association between the visible and readily discernable element of a transaction (the name of the merchant) and the not so easily observed information (the quality of the goods or services appreciated only after investigation). The trademark, therefore, afforded consumers the possibility to quickly credit a merchant's goods or services with a level of quality, without spending too much time or effort in the process. Therefore, the trademark allowed for speedier transactions, thereby stimulating commerce and trade. The more a trademark became known, the more it inspired confidence in the goods and services to potential clients.⁴

As we have all witnessed, success attracts imitation. Many merchants have, through the years, sought to benefit from the

3. Christopher WADLOW, *The Law of Passing-Off*, Sweet & Maxwell, 1990, London, 497 p., p. 11, footnote No. 23, *in fine*.

4. Siegrun D. KANE, *Trademark Law, A Practitioner Guide*, 1989, Supplement, Practising Law Institute, New York, 1989, p. 9-10.

work and fortune of their competitors by “borrowing” trademarks with reliable and well-respected reputations. This borrowing leads to an unfair appropriation of a market share that such unscrupulous merchants have contributed very little to create. The owner of the trademark is thereby “robbed” of the benefits the tool was intended create. Not only is the trademark owner’s client base diminished, but he also loses control of the quality of the goods that are out on the market with his mark. When goods of lesser quality flood the market, the level of quality associated to the mark necessarily diminishes. Such practices hold the potential to cause serious damage to a business, and may also undermine the public’s perception and confidence in the institution of the trademark. For these reasons, trademark holders have sought to find means to protect trademarks and stop their illegal use.

At the turn of this millennium, we are witnessing the latest evolution of the trademark, with the introduction of the internet and domain names. The question we ask ourselves is, how will trademark legislation and common law⁵ adapt to take into account this new commercial identifier? To this end, we must study the nature and function of domain names, and the conflicts that have surfaced with trademarks.

DOMAIN NAMES

As we look a little closer, we realize the paradox that exists be-

tween domain names and trademarks. On the one hand, they perform a similar identification function; on the other, they come into conflict with them.

No matter how “high-tech” the internet may be, it cannot escape the common denominator of any communication system – every system must have designating co-ordinates enabling users to address a message to a given recipient. To make the system practical, these identifying co-ordinates must be easily remembered. On the internet, these identifying co-ordinates are called “domain names”.

Domain names are the distinctive part of an electronic address. They correspond to a numeric address which computers can read and by which they identify themselves. These addresses are the gateways to internet sites and allow cybersnauts to visit a site with a particular address. Each computer or server has a unique identifying address.

Numeric addresses, such as “105.154.98.452” have no particular significance other than their function as addresses. As a result, they are difficult to remember. To make the internet more user-friendly, a word assignment system was superimposed on the numeric system. This allowed for the translation of numeric addresses into “word” addresses that are much easier to remember, thus eliminating the need to remember the numeric address. For example

5. For greater clarity, the capitalized term “Common Law” refers to the Anglo-Saxon tradition of law that emerges from an ever-evolving body of case law. The lower case term “common law” refers to the body of law in any given jurisdiction that supplements statutory law. For example, the common law of Quebec is found in the *Quebec Civil Code*.

the numeric address “105.154.98.452” was transformed into “*microsoft.com*”.

For this translation system to work, it was necessary to coordinate and organize the conversions of the numeric addresses into names or words. A registration and administration system was therefore created.⁶ It is important to note that since each computer has a unique numeric address, the attribution of a word corresponding to such address must also be unique. At this point, we begin to see the first sign of conflict with trademarks.

The name attribution system is structured according to a hierarchy. At the summit are the generic top level domain names (“gTLD’s”) and the country code top level domain name (“ccTLD”). There are seven gTLD’s and they are as follows:

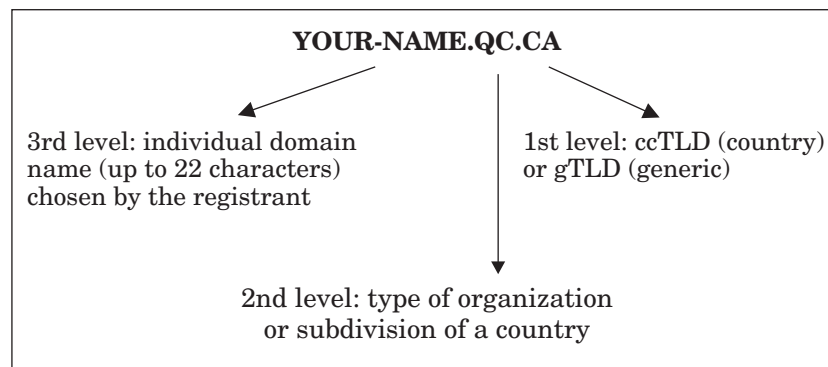
.edu = educational institution
.com = commercial organization
.gov = U.S. government office
.int = international organization

.mil = U.S. military forces
.net = internet service provider
.org = non profit organization

Each country has its own code, and the registration of names with these codes is relegated to an authority appointed by each country. Some examples of country codes are:

.au = Australia
.ca = Canada
.cc = Cook Islands
.eg = Egypt
.fm = Federal State of Micronesia
.gr = Germany
.ie = Ireland
.il = Israel
.jp = Japan
.nz = New Zealand
.tv = Tuvalu
.us = United States

In this same hierarchy, there also exists the second level and third level domain names. The following diagram helps to illustrate the different levels:



6. Internet Network Information Centre (InterNIC), National Science Foundation (NSF), Internet Society (ISOC), Internet Assigned Numbers Authority (IANA), and Network Solutions Inc. (NSI) are all members of the domain name registration and administration system.

It is the third level, or the individual domain name with up to twenty-two characters, that poses the most fundamental problem with respect to trademarks, as it is this part of the domain name that is arbitrarily chosen by the person registering it.

Because each computer has a unique numeric address, the name chosen to replace the numeric address must also be unique. No one else can use that word in the given top-level domain name. A problem arises when someone registers a word as a domain name that is someone else's trademark. The trademark holder is thereafter blocked from registering a domain name that corresponds to the holder's trademark.

This conflict is possible because the choice and registration of domain names is not subject to any formal regulation. The "right" to a domain name is established on a first-come first-served basis by a simple registration process. However, contrary to statutory trademarks, the mere registration of a domain name does not vest the registrant with legal rights to that name except, perhaps, common law rights. As such, common law and statutory trademark rights are established through use, though registration is necessary to create a presumption of use and to obtain enhanced statutory protection in a given legislative territory. This raises the issue as to whether the use of a domain name constitutes use for the purposes of trademark protection.

Conflicts between domain names and pre-existing trademark rights arise from the combination of the similarities and differences

in their respective functions. The similarities pertain to the fact that they are both a point of visibility for a business entity; one in the physical world, the other in cyberspace.

When a trademark holder wishes to establish him or herself on the internet, the holder is sometimes confronted with the fact that someone has registered a domain name using the holder's mark. Sometimes the registration is deliberate, in an effort to take advantage of an established goodwill. Other times, the domain name holder has a legitimate right and claim to the name.

A domain name holder will have a legitimate claim either because he too holds or uses a similar mark for a product or service in a totally different sector of business, and/or because his mark is registered or used in a different legislative territory. The latter conflicts occur more frequently within "international" or generic top level domains and especially the ".com" TLD, which has no geographic limitations. Hence, the holder of a U.S. trademark may be confronted with the fact that his valid American trademark has been registered as a ".com" domain name by a holder of an equally valid Canadian trademark.

Another possible form of conflict is the registration of an internationally recognised trademark as a domain name in a number of top level domains such as "saturn.ca", a software and digital media manufacturer and "saturn.com", a General Motors product and trademark, or "saturn.tv", which at the time this paper was written was still up for lease.

In cases like this, practical business solutions must be found as the law provides none. The only possible legal solution that currently has potential relates to the notion of the “famous trademark” found in the international trademark protection treaties and anti-dilution legislation, or found in common law principles. If a mark is famous, other countries who are party to the treaty agree to prevent registration or use of the mark in their jurisdiction. This may be a potential solution, but unless an international consensus about what constitutes a famous mark is reached, and an agreement as to the sanctions and remedies is established, this notion is of little help to us at the moment.

As previously noted, the conflicts between trademarks and domain names began with the first-come-first-served registration process of domain names. There was not, and to this day, there still isn’t, any formal international pre-registration verification process for domain names. In

light of several much-publicised cases⁷, many issues have been raised. Internet registrars have adopted their own dispute resolution policies⁸, cyber-arbitration tribunals⁹ have begun to appear on the web and international committees¹⁰ have convened to address these issues all in a bid to find a solution to a rapidly escalating problem.

The fact that the legal status of domain names has not yet been clearly established is a contributing factor to the malaise. This uncertainty is what is being exploited by individuals seeking to make their fortune on the internet by using established trademarks as domain names. Such individuals are otherwise referred to as “cybersquatters”.

An important difference between trademarks and domain names, and the most difficult to reconcile at the moment, is the scope of their reach. Because domain names have an instantaneous transnational presence, and since trademark law is but natio-

7. See *MTV Networks v. Curry*, 867 F. Supp. 202 (S.D.N.Y. 1994); *Cardservices Int’l v. McGee*, 950 F. Supp. 737 (E.D. Va. 1997); *Planned Parenthood Federation of America, Inc. v. Richard Bucci*, 97 Civ. 0629, 42 U.S.P.Q. 2d (BNA) 1430, 1997, U.S. Dist. LEXIS 3338 (S.D.N.Y. March 24, 1997); *Intermatic, Inc. v. Teoppen*, (3 October 1996) 65 USLW 2274; 40 U.S.P.Q. 2d 1412; 947 F. Supp. 1227 (N.D. Ill. 1996); *Panavision Int’l L.P. v. Teoppen*, 945 F. Supp. 1296 (C.D. Cal. 1996); *Hasbro Inc. v. Internet Entertainment Group, Ltd.*, 40 U.S.P.Q. 2d 1479 (W.D. Wash. Feb. 9, 1996); *Toys “R” Us Inc. v. Akkaoui*, No. C 96-3381 CW, 1996 U.S. Dist. LEXIS 17090 (N.D. Cal. Oct. 29, 1996); *Roadrunner Computer Systems Inc. v. Network Solutions Inc.*, No. 96-413-A; *Hasbro Inc. v. Clue Computing Inc.*, U.S. District Court MA, CV 97 10065DPW (September 2, 1999 (see <http://www.clue.com/legal/hasbro/002a.htm>); *Avery Dennison Corp. v. Sump-ton*, 999 F. Supp. 1337 (C.D. Cal. 3/19/98).
8. See <http://www.networksolutions.com/legal/dispute-policy.html>.
9. See <http://www.disputes.org> and <http://www.eresolution.ca>.
10. The World Intellectual Property Organisation (WIPO) has published a report making recommendations to change the registration process of domain names world-wide. <http://ecommerce.wipo.int/domains/process/eng/process-home.html>.

nal in scope¹¹, the effectiveness of law over domain names held by individuals established outside a given legislative territory may be lost. Nonetheless, the United States has taken steps to curb the intentional misappropriation of domain names that mirror trademarks. The American Anticybersquatting Consumer Protection Act¹² potentially addresses these cases involving the intentional appropriation of U.S. trademarks as domain names. It will be interesting, however, to see the results of challenges to the law as it appears to overreach its territorial boundaries by providing for the transfer or cancellation of the registration of a domain name that conflicts with a registered trademark. But what of the cases involving domain name holders with legitimate claims wishing to use common law trademark rules to protect their domain names? What of domain names registered in other legislative territories? This is where international law, trademark legislation and applicable common law will challenge the reach of this new American Law. The Common Law concepts of “zone of use” and “zone of commercial expansion” may be avenues worth exploring to expand the reach of trademark protection.

TRADITIONAL TRADEMARK PROTECTION

Statutory and common law trademark protection is based on

use¹³ of marks generally requiring registration. Registration creates a presumption of prior use in a given sector of business and provides protection throughout the legislative territory. Contrary to domain name registration, trademark registration must follow rigorous procedures involving conflict and name searches and the establishment of prior use, or intent to use.

Historically, both American and Canadian statutory trademark protection evolved from British legislation and the Common Law principles of passing-off and unfair competition. It should be noted that the statutory protection of trademarks does not exclude the application of the “common law” of a given jurisdiction and *vice versa*. When the statutory requirements are met, common law protection is simply an additional element of protection. If a trademark does not fall within the scope of statutory protection because it is not registered according to state or national law, it is the “common law” that governs. For the United States and Canada (excluding Quebec), it is to the Common Law concepts of “passing-off” and “unfair competition” that we turn.

In Quebec¹⁴, the applicable rules of infringement of unregistered trademarks are found in the following civil liability provision of the *Quebec Civil Code*, and the more specific notion of “concur-

11. With the exception of internationally recognised “famous marks” such as “Coca-Cola” for example.

12. http://www.haleanddorr.com/internet_law/titleIII.html.

13. Or the proposed use thereof.

14. As the province of Quebec retained the French “coutumier” system and inspired itself from the *French Napoleonic Code* (without introducing it into its legislation), Quebec “common law” (as opposed to statutory law) is a static body of

rence déloyale”, a sub-regime thereof:

Art. 1457. Every person has the duty to abide by the rules of conduct which lie upon him, according to the circumstances, usage or law, so as not to cause injury to another.

Where he is endowed with reason and fails in this duty, he is responsible for any injury he causes to another person and is liable to reparation for the injury, whether it be bodily, moral or material in nature.

He is also liable, in certain cases, to reparation for injury caused to another by the act or fault of another person or by the act of things in his custody.¹⁵

A closer look at Quebec civil law reveals that the concept of civil responsibility found in the foregoing section has a larger scope than the Common Law notion of passing-off.¹⁶ Hence, it may afford a wider base of protection. Nevertheless, certain aspects of Common Law notion of passing-off, such as the «zone of use»,

also offer an interesting range of protection.

Passing-off

The first recorded case of passing-off dates back to England in 1590. A fabric weaver, having built up a good reputation based on the quality of his fabric by using a particular mark to identify goods he produced, complained that another merchant was using the same mark to identify goods of a lesser quality, thus causing harm to his establishment. The Common Law court, based on this “fraud”, held in his favour.¹⁷ This early case set the stage for the evolution of the protection of goodwill against confusion and dilution through the tarnishing and blurring of a mark.

British passing-off evolved simultaneously through both the Common Law and the Equity courts until their amalgamation in 1873. With respect to passing-off, Common Law courts required proof of fraud committed on the public. As a result of the heavy bur-

codified law found in the *Quebec Civil Code*. Contrary to Common Law where principles are discovered case by case, Quebec civil law concepts are established by the written law and must be interpreted in order to find a solution to a particular problem. Quebec case law serves only as an example of how the law applies and does not bind courts of same or lower jurisdictions as does Common Law case law. Civil law evolves principally through legislative changes that take into account the interpretation trends of the courts. Changes to the code are made to either confirm or correct interpretations made by the courts, to reflect changing realities, or to introduce or repeal rules.

Common Law jurisprudence is constantly discovering and developing concepts by compiling the various decisions over time to form an ever-evolving body of law to find solutions to various questions. Common Law has the advantage of being a relatively malleable body of law that evolves with each case. However, solutions are limited to cases that have been heard by the courts.

15. Formerly article 1053 of the Civil Code of Lower Canada which was inspired by article 1282 of the *French Napoleonic Code*.
16. See Louis CHARBONNEAU, «La concurrence déloyale au secours de la propriété intellectuelle», *Développements récents en Propriété Intellectuelle*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1995, 239-292, 273.
17. *Southern v. How*, 2 Popham 44 (1590); (1618) Cro. Jac. 468; Phop 143; 2 Roll. Rep. 26 per Dodderige J.

den of proof and the fact that the only available remedy was damages, many passing-off victims turned to the Equity courts where no proof of fraud was required and injunctions could be issued to stop the damaging practice. In 1880, the *Singer v. Loog*¹⁸ case established that passing-off was based on false representations, whether innocent or fraudulent.

In the meantime, American Common Law had begun to evolve in a slightly different direction. In 1874, the New York State Court of Appeal in *Glen and Hall Manufacturing Co. v. Hall*¹⁹ followed thereafter in 1888 by the United States Supreme Court in *Menendez v. Holt*²⁰, adopted the British definition of goodwill established earlier in *Churton v. Douglas*.²¹ In *Metropolitan Bank v. St-Louis Dispatch Co.*²², the United States Supreme Court completed the definition in 1892 adopting Justice Story's version of goodwill:

[...] the advantage or benefit which is acquired by an establishment beyond the mere value of the capital, stock, funds or property employed therein.

Back in England, further cases followed and refined the then existing basis of passing-off. In 1915, another important step was taken to clarify the concept. The *Spalding (A.G.) & Bros. v. A.W.*

*Gamage Ltd.*²³ case confirmed that passing-off was a "tort" of false representation and thereby introduced the idea that goodwill was a form of property worthy of protection by the courts. With the establishment of the protection of goodwill, the question as to the applicability of the notions of unfair competition surfaced.

Unfair competition

The British *Advocaat* case²⁴ explained that unfair competition can take many different forms, such as conspiracy or denigration, as well as passing-off. The court concluded that passing-off was only a specific element of a much broader and more general notion of unfair competition.

As such, modern British law does not consider unfair competition to be a *prima facie* tort; rather, it is considered a general legal notion. Modern British law also does not consider unfair competition to be a tort of misappropriation or an abuse of economic power.

Canadian trademark Common Law has followed the British lead and does not, as such, have a specific trademark recourse within unfair competition. Under Canadian Common Law Canada, an action in passing-off is the only viable remedy available to stop an unscrupulous competitor from

18. *Singer Manufacturing Co. v. Loog*, (1880) Ch.D. 395; 8 App. Cas. 15.

19. *Glen and Hall Manufacturing Co. v. Hall*, 61 NY 226, 230 (1874).

20. *Menendez v. Holt*, 128 US 514, 521-522, 32 L.ed 526, 95 ct. 143 (1888).

21. *Churton v. Douglas*, 28 L.J. Ch. 841-45 (1859).

22. *Metropolitan Bank v. St-Louis Dispatch Co.* 149 US 436, 446, 37 Led. 799, 13 S. Ct. 944 (1893).

23. *Spalding (A.G.) & Bros. v. A.W. Gamage Ltd.*, (1915) 32, R.P.C. 273 (H.L.).

24. *Ervin Warnick B.V. v. J. Townend & Sons (Hull) Ltd.*, [1979] A.C. 731, [1979] 2 All.E.R. 927; [1980] R.P.C. 31 (H.L.).

unfairly appropriating the goodwill of another by creating confusion in the public's mind through its use of an established common law trademark.²⁵ This is why, in Quebec, some, including this author, feel that civil law affords a more effective protection as there is a general provision as well as a specific sub-regime that covers such acts.

As American courts were much quicker to adopt the notion of property with respect to the goodwill of an enterprise, focus shifted from the idea of trademark protection to protecting the goodwill behind the mark, the latter being but a mere symbol of goodwill. The courts stated that the "simplest means of depriving another of the trade he has built up is to copy the marks he places on his merchandise".²⁶ American Common Law protection of trademarks thus fell within the much larger scope of unfair competition.²⁷ However, three major distinctions are made between American trademark law and unfair competition.

First, unfair competition does not necessarily involve exclusive rights to a word, name or symbol. A word, incapable of being registered as a trademark, may be used in a way as to constitute unfair competition.²⁸

A second difference concerns the proof of intent. In trademark law, confusion and dilution play a central role in determining infringement and fraudulent intent is presumed. Under unfair competition rules, it is not necessary to prove the confusion or deception resulting from the unfair conduct.

Finally, the third distinction to be made between trademark law and unfair competition relates to the remedies. In trademark law, it is the use of the mark that is ordered ceased; in unfair competition, it is the fraudulent conduct itself.

With the introduction of domain names and their association to trademarks, the concepts of passing-off and unfair competition applies to trademarks to protect them against encroaching domain names. Although domain names are newcomers to the realm of commercial identifiers, it seems only logical that these concepts would apply to domain names. To some extent, the conflict with trademarks stems from the perception that domain names are invading the territory of trademarks without having to undergo the trademark formalities to obtain recognition and protection. It can be argued that domain names do not correspond by definition to a trademark because the domain name does not necessarily identify a product or a service.

25. See Pierre BOURBONNAIS, *L'Action en concurrence déloyale en droit canadien et en droit québécois*, Mémoire de Maîtrise, Université de Montréal, Faculté de Droit, 1979, 178 p., p. 33-34.

26. James Love HOPKINS, *The Law of Trademarks, Tradenames and Unfair Competition*, 4th ed., The W. H. Anderson Company, Cincinnati, 1924, 1054 p., p. 2-3.

27. See *Dennison Mfg. Co. v. Thomas Mfg. Co.*, 94 Fed. Rep. 651, 659; KANE, Siegrun D., *Trademark Law, A Practitioner's Guide*, Practising Law Institute, New York, 1987, p. 5.

28. See *Bickmore Gull Cure Co. v. Karns*, 134 Fed. Rep. 833, 835; 67 C.C.A. 439.

It is true that the internet has aggressively transformed the way business is conducted. In a matter of a few years, the market place has exploded into cyberspace. It would be difficult to argue that domain names do not have the status of a trade-name, as the traditional trade-name has been traded in or upgraded for the domain name.

As domain names begin to assume greater significance in the market place, common law must increasingly fill the statutory void and come to their rescue. Since passing-off and unfair competition apply not only to trademarks, but to trade-names, we deduce that these Common Law concepts must be applied to domain names in order to protect them against trademark holders and/or other domain name holders.

ZONE OF PROTECTION

Contrary to common law, statutory trademark protection is limited to the territorial scope of the given legislation. Common law protection is based on use of the mark as well as the territory on which the use can be associated to the goods or services of the trademark holder.²⁹ Theoretically, protection of a common law trademark may cross national borders by virtue of the Common Law principles of «zone of use». If the holder of a Common Law trademark can establish prior use on a given territory, the «senior» user will retain the exclusive right to use the given

mark. This territory is defined as being the “*Zone of Actual Goodwill*”. Exclusive use of the mark is awarded to the user that can establish: (1) an association between the mark and the goods or services, and (2) that the market penetration is sufficiently important that use of the mark by any third party is likely to cause confusion among the clients in that given territory.

Not only is the Common Law trademark protected within the *Zone of Actual Goodwill*, it is also protected within the *Zone of Potential Goodwill*. This notion of *Potential Goodwill* is supported by the *Natural Expansion Doctrine* which provides protection for a trademark in a territory where one can reasonably and logically foresee market penetration.³⁰ It will be interesting to see how this Common Law doctrine will apply to the internet with respect to the protection of trademarks and domain names. The question posed is whether mere advertising on the internet is sufficient to constitute use and expand the geographical zone of goodwill, or if substantial business need be conducted in various places. With the lack of boundaries on the internet, how are «zones» for domain names established? What about conflicts between “junior” federally registered trademarks and “senior” domain name holders seeking protection as common law trademarks? What territories will the courts “carve out” for the “senior” domain name mark’s user?

29. Brian BERLANDI, *What State Am I In? Common Law Trademarks on the Internet*, 4 Mich. Tel Tech. L. Rev. 4 (1998) <http://www.law.umich.edu/mttlr/vol-four/Berlandi.html>.

30. See *Tally-Ho Inc. v. Coast Community College Dist.*, 889 F. 2d 1018 (11th Cir. 1989) for the four penetration evaluation criteria.

An interesting idea which begins to emerge from the courts, but one that goes beyond the scope of this paper (but is worthy of mention) is the use of the personal jurisdiction rules³¹ to expand these zones of market penetration.

We ascertain that domain names constitute an extension of traditional trademarks and trade-names in that they perform a similar function in identifying products and services and/or the manufactures and retailers over a given territory. Conflicts arise from the difference in their natures and territorial scope. Regardless of the origins of trademark protection, or the limitations thereof, however, the underlying principles of preventing confusion and dilution by the use of a commercial identifier for the purpose of profiting from another's work and goodwill, apply to domain names.

THE CHALLENGE

What we now face is the challenge of bringing this new extension of commercial identifiers under the wing of trademark law. We say challenge for three main reasons. First, there is the international nature of domain names, for which it is always very difficult to obtain international consensus on commercial issues.

Second, technology never ceases to evolve. Solutions found tomorrow for today's problems may already be outdated, much like a computer is outdated the day it is purchased.

These two reasons lead us to the third major component of the challenge: the nature of business in general. The business world requires expeditious solutions to these difficulties or opportunities arising from the use of trade tools. Moreover, such solutions should not interfere with the ever-accelerating rate of business transactions. Otherwise, business will develop its own solutions that will circumvent the legal process.

Under such circumstances, there could result a jagged body of law lacking in uniformity. Just as today's trademark law embodies the codification of private commercial practices, there is a need to codify this new variant of business practices.

Jurists are witnessing the birth of a new legal subject within an existing body of law, which has evolved and worked fairly well over the past few centuries. We must, however, bear in mind that the evolution of trademark law occurred on fresh and unexplored terrain. This is not the case for domain names. They are in fact a new strain of trademarks with distinct properties that shake up the traditional world of trademarks. It behooves us to find a way to include this new breed of trademarks into the existing framework may require modification. To do so, the framework may require modification, but the fundamental principles of trademark law need be shattered and rebuilt in the process.

31. Among the personal jurisdiction rules are 1), the U.S. "Minimum Contacts" test with its four main elements being (i) continuous relationships in a given venue (ii) the possibility of being called into court in a venue (iii) the substantial connection to a venue and (iv) systematic and continuous activity in a venue; 2) The U.S. Long Arm Statutes; and 3) Conflicts rules of international law.

The foundations of trademark law being the protection of goodwill through the prevention of confusion and dilution, we believe that we are at the threshold of seeing these principles evolve on the international stage. Indeed, we are on the eve of having a truly international body of law governing trademarks.

DROIT DE LA JEUNESSE

Anne FOURNIER*

Les droits judiciaires reconnus à la «personne intéressée» visée par l'article 81 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*

INTRODUCTION

Les articles 6 et 81 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* autorisent une tierce personne à être entendue par le tribunal. Cette personne sera reconnue «personne intéressée» ou «partie intervenante»¹. Il ne fait nul doute que la première personne témoignera devant la cour sans toutefois pouvoir citer de témoin, contrairement à la seconde. Toutefois, cette conclusion entraîne-t-elle nécessairement que l'avocat qui représente la «personne intéressée» ne puisse intervenir à l'enquête et à l'audition devant le tribunal? Ceci est un aspect de la question de l'intervention qui mérite notre attention, d'autant plus que l'on observe une augmentation de ce

type de demande. Par le présent article, nous entendons démontrer que l'avocat qui représente la «personne intéressée» a le droit de contre-interroger les témoins et de faire des représentations à la cour.

1. LE DROIT D'INTERVENIR

Il est utile de rappeler que le tiers qui se voit reconnaître le statut de «partie intervenante» en vertu du deuxième alinéa de l'article 81 devient véritablement une partie aux procédures au même titre que les parties principales. Ses droits sont donc les mêmes que ceux reconnus à ces dernières. Cela n'est pas contesté. Quant au premier alinéa de l'article 81, il est libellé ainsi:

* LL.M., Avocate, Services sociaux, Conseil de la Nation Atikamekw.

1. Suite à la *Commission Charbonneau* (ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Rapport de la Commission parlementaire spéciale sur la protection de la jeunesse*, Éditeur officiel du Québec, 1982), des amendements importants ont été apportés à la Loi en 1984 (*Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1984, c. 4). Ainsi, la personne qui veut intervenir à l'enquête et à l'audition n'a plus à être préalablement reconnue «parent». La personne qui démontre qu'elle agit dans l'intérêt de l'enfant peut se voir reconnaître le statut de «partie» au litige et non plus seulement celui de «témoin». Depuis cet amendement, des grands-parents, des familles d'accueil, des oncles et tantes etc. se sont vu accorder le droit d'intervenir devant le tribunal, soit à titre de «personne intéressée», soit à titre de «partie». Pour un résumé de la question, voir: P. c. Brown, [1979] C.S. 505; *Protection de la jeunesse* – 296, [1988] R.J.Q. 918-922 (T.J.); voir également: Jean-François BOULAIS, *Loi sur la protection de la jeunesse (texte annoté)*, 4^e éd., SOQUIJ, 1999, p. 328-333 et Anne FOURNIER, «Le droit d'un tiers d'intervenir à l'enquête et à l'audition en vertu de la *Loi sur la protection de la jeunesse*», (1994) R.J.T. 277-287.

Le tribunal entend les personnes intéressées ainsi que les avocats qui les représentent.

Aucune discrétion n'est laissée au tribunal. Il doit non seulement entendre la personne qui s'est vue reconnaître le statut de «personne intéressée», mais également l'avocat qui la représente. La question principale qui se pose est celle de savoir quels sont les droits et pouvoirs de cet avocat. Peut-il contre-interroger les témoins et faire des représentations à la cour? Les opinions sont partagées quant à cette question.

La jurisprudence a déjà bien établi que la preuve d'un intérêt juridique tel que l'exige le droit commun en vertu des articles 55 et 208 du *Code de procédure civile*, n'est aucunement utile au droit d'intervenir en matière de protection de la jeunesse². La seule preuve que doit présenter le tiers qui désire intervenir est qu'il agit dans l'intérêt de l'enfant. Il s'agit donc d'un régime d'intervention parallèle à celui du droit commun. De ce fait, il est permis de croire que les modalités d'application de cette forme d'intervention peuvent être différentes de celles connues en droit commun.

2. LE STATUT ET LES DROITS DE LA «PERSONNE INTÉRESSÉE»

Il importe de souligner que lorsque la jurisprudence s'est prononcée sur le statut de la «personne intéressée», elle le faisait en le comparant au statut de la «partie intervenante». Généralement, lorsque le tribunal refusait d'octroyer ce dernier statut à un tiers, il lui accordait, en revanche, le droit de rendre témoignage et d'agir à titre de «personne intéressée»³. À notre avis, ceci équivaut à dire: «puisque le statut de la «personne intéressée» n'est pas celui d'une véritable «partie», il faut conclure qu'il dispose du statut de «témoin». Cette logique est loin d'être sans fondement en droit commun, mais cela ne veut pas dire qu'elle est exacte dans le cadre de l'application de la *Loi sur la protection de la jeunesse*.

Nous soumettons que le statut reconnu à la «personne intéressée» accordé en vertu du premier alinéa de l'article 81 emporte des droits plus grands que ceux reconnus au «simple témoin»⁴. De la même manière que le législateur a permis que la preuve à présenter

2. À titre d'exemples: *Protection de la jeunesse* – 309, 88-517 (T.J.); *Protection de la jeunesse* – 689, [1994] R.J.Q. 1319 (C.S.). Voir: Jean-françois BOULAIS, *op.cit.*, p. 333-334.

3. À titre d'exemples: juge Andrée Bergeron 200-41-000237-925, 5 février 1996, (C.Q.); juge Ginette Durand-Brault, *Protection de la jeunesse* – 957, J.E. 98-1902 (C.Q.); 200-005-009187; juge André Sirois 200-41-001519-974, 23 mars 1998. Confirmé par le juge Paul Vézina 200-05-009187-985 (C.S.), le 23 avril 1998.

4. Exemple d'une situation où l'argument contraire a été soumis. Le juge se dit en désaccord avec ce dernier argument, *op.cit.*, juge Paul Vézina (C.S.), 23 avril 1998, p. 8.

à la cour pour intervenir dans une instance en vertu de la *Loi sur la protection de la jeunesse* soit différente de celle du droit commun, il a autorisé la participation d'un tiers avec un statut inconnu par le droit commun.

Nous estimons qu'une amorce de réponse quant aux droits dont bénéficie la «personne intéressée» a été exposée par la Cour supérieure du district de Québec. Il est utile de présenter brièvement les faits de cette cause: il s'agit d'une grand-mère maternelle qui avait demandé à la cour «l'autorisation d'intervenir *comme partie* dans le débat judiciaire concernant ses trois petits-enfants» dans une instance en protection de la jeunesse. Le juge de la Cour du Québec, Chambre de la jeunesse, a refusé la demande de la grand-mère mais il lui a reconnu «le droit d'intervenir *comme témoin*». L'intervenante a alors demandé à la Cour supérieure de réviser cette décision au motif qu'elle serait manifestement déraisonnable. La Cour supérieure a refusé cette prétention et ajoute les commentaires suivants quant au droit de la personne qui intervient *comme témoin*⁵:

Certes, l'intervention *comme témoin* permet une participation moindre que celle *comme partie* mais c'est quand même une véritable intervention, avec le même caractère d'autonomie. L'intervenant *témoin* n'est le témoin d'aucune partie ni celui du juge, il doit se préparer à livrer son message par lui-même. Témoigner n'est pas chose facile. [...] Pour une intervention efficace et un exposé ordonné, complet

et compréhensible, l'intervenant peut avoir besoin de l'assistance d'un avocat.

Des objections à certaines parties de son témoignage sont possibles, auquel cas le *témoin* peut vite être dérouté. Il y a aussi le contre-interrogatoire, y compris sur sa crédibilité; un témoin peut souhaiter l'aide d'un avocat pour éviter d'être bousculé ou réduit au silence. Durant le contre-interrogatoire, il faut préparer le réinterrogatoire pour compléter les réponses, les expliciter, les remettre dans le contexte afin que tout soit bien compris; ce sera le rôle de l'avocat pendant que son client se concentrera, lui, sur les questions des autres parties.

Pour le Tribunal, l'invitation à la grand-mère d'être accompagnée d'un avocat, si elle le souhaite, n'est que l'expression du droit que la loi lui confère *d'intervenir* pour être entendue.
(Nos soulignés)

Ainsi, le juge nous rappelle que la «personne intéressée» rend témoignage devant la cour sans toutefois posséder les mêmes droits que ceux reconnus aux *parties*. Mais ce qu'il est important de noter ici, c'est que le tribunal de première et de deuxième instance invitent le témoin à être présent à la cour en compagnie de son avocat. Celui-ci doit manifestement veiller à ce que son client rende témoignage et fasse part de tout ce qu'il désire exprimer. Mais est-ce tout? Est-ce le seul rôle de l'avocat? Si nous tenions uniquement compte de l'article 6 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, il serait possible de conclure avec justesse à ce qu'il en soit ainsi. Toutefois,

5. Juge Paul Vézina (C.S.) 200-05-009187-985, 23 avril 1998, p. 8-9 du jugement.

en se basant sur le premier alinéa de l'article 81, il nous faut conclure autrement. Ainsi, nous sommes d'avis que le rôle de l'avocat de la «personne intéressée» est bien plus large que celui mentionné précédemment et qu'il se rapproche plutôt de celui qu'exerce l'avocat d'une *partie*.

3. LE RÔLE DE L'AVOCAT REPRÉSENTANT LA «PERSONNE INTÉRESSÉE»

Dans la cause précitée, les juges sont d'avis que l'intervenante peut être *accompagnée* d'un avocat. Or, le législateur a stipulé que le tribunal entend l'avocat qui *représente* les «personnes intéressées». Nous estimons donc que cela indique nécessairement que cet avocat fasse bien plus que les «assister» ou les «accompagner». En d'autres termes, le législateur ne parlant pas pour ne rien dire, il faut conclure que le choix du verbe «représenter» à l'article 81 témoigne du rôle et des pouvoirs de l'avocat de la «personne intéressée».

Quel sens doit-on donner au verbe «représenter»? Son sens littéral signifie:

tenir la place de quelqu'un, agir en son nom, en vertu d'un droit, d'une charge qu'on a reçue. V. Remplacer. Représenter en justice.⁶

Une autre source réfère au fait de *faire valoir les intérêts de quelqu'un*⁷. Cela est bien plus qu'assister ou accompagner un client. Également, ne pourrait-on

pas dire que l'avocat qui *représente* son client peut faire des *représentations* à la cour? S'il lui est permis de plaider, cela n'impliquerait-il pas qu'il puisse avoir le droit de contre-interroger les témoins des autres parties?

Essayons de voir quelle signification doit avoir ce mot dans le contexte précis de l'article 81 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*. Lorsqu'on passe en revue chacun des articles de la loi, on retrouve le terme «représenter» à quatre endroits:

Art. 84, al. 1

[...] L'avocat de l'enfant doit toutefois demeurer dans l'enceinte pour l'y *représenter*.

Art. 84, al. 2

[...] L'avocat de toute autre personne exclue peut également demeurer à l'audience pour l'y *représenter*.

Art. 85.4

[...] Toutefois, l'avocat de toute personne exclue peut demeurer présent lors du témoignage pour y *représenter* cette personne.

Art. 88

[...] Le juge doit alors s'assurer que l'enfant est *représenté* par avocat, lequel peut prendre connaissance de l'étude, de l'évaluation ou de l'expertise et la contester.

Ces articles sont contenus au cinquième chapitre («intervention judiciaire»), sous-section 1, qui s'intitule: Déclaration et audition.

6. Dictionnaire Robert, 1990, p. 1677.

7. Le Petit Larousse illustré, 1992, p. 855.

Le premier article concerne l'avocat de l'enfant et de toute autre personne exclue de la salle d'audience. Le législateur a prévu que leur avocat pouvait y demeurer lorsqu'une personne rend témoignage en leur absence. Le second article est au même effet mais vise spécifiquement le cas de l'enfant qui témoigne hors la présence de toute partie à l'instance. Quant au dernier, il concerne les situations pour lesquelles le contenu d'une évaluation ou d'une expertise ne devrait pas être communiqué à l'enfant, mais plutôt à l'avocat qui le représente.

Par ailleurs, les articles 50 *in fine* et 57.2, al. 2 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* font référence au rôle de l'avocat dans d'autres termes, soit: *assister, diriger, conseiller*. C'est donc dire que le législateur fait une distinction entre tous ces mots et qu'il les utilise en fonction du but qu'il recherche. Pourquoi devrait-on penser que bien que le législateur ait utilisé le verbe *représenter* à l'article 81 il aurait plutôt voulu que l'on comprenne que l'avocat *accompagne*, ou *assiste* la «personne intéressée»?

Aux fins de la présente analyse, il est intéressant de constater que le législateur québécois fait usage des termes *représenter* et *assister* dans un même article de la *Charte des droits et libertés de la personne*:

Art. 34

Toute personne a droit de se faire représenter par un avocat ou d'en être assisté devant tout tribunal. (Nos soulignés)

Ici, force nous est de conclure que les termes «représenter» et

«assister» ont un sens différent puisqu'ils sont contenus dans le même article. Il n'y a aucune raison de croire qu'il n'en soit pas de même pour l'article 81 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*.

4. ANALOGIES AVEC LE DROIT COMMUN

Dans son chapitre traitant «de la participation de tiers au procès», l'article 208 du *Code de procédure civile* prévoit:

Art. 208

Celui qui a un intérêt dans un procès auquel il n'est pas partie, ou dont la présence est nécessaire pour autoriser, assister ou représenter une partie incapable, peut y intervenir en tout temps avant jugement. (Nos soulignés)

Voici maintenant des exemples de situations où le législateur a privilégié l'usage, en droit commun, d'un de ces termes plutôt que d'un autre: le tuteur doit demander l'*autorisation* de consentir des conventions matrimoniales pour le majeur en tutelle (art. 812.2 C.p.c.); le mineur est *représenté* en justice par son tuteur et les actions sont portées au nom de ce dernier (art. 159 C.c.Q.); le mineur émancipé est *assisté* de son tuteur pour les actes excédant ceux de simple administration (art. 173 C.c.Q.); le mineur doit obtenir l'*autorisation* du conseil de tutelle pour procéder à certains actes (art. 163 C.c.Q.); finalement, l'article 258 du *Code civil du Québec* prévoit qu'il est nommé au majeur, un curateur ou un tuteur pour le *représenter*, ou un conseiller pour l'*assister*, ceci étant fonction de son degré d'incapacité.

Bien que ces exemples relèvent du droit commun, ils sont utiles pour interpréter l'article 81 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, en ce sens qu'ils témoignent du fait que le législateur a délibérément choisi l'utilisation d'un terme plutôt que d'un autre lorsqu'il traite de l'incapacité. Pourquoi aurait-il agi autrement lorsqu'il a rédigé la *Loi sur la protection de la jeunesse*? Puisqu'il a privilégié les termes *assister*, *diriger*, *conseiller* dans d'autres dispositions de la loi, nous croyons qu'il en a fait tout autant à l'article 81 *L.P.J.* lorsqu'il a affirmé que l'avocat qui *représente* la «personne intéressée» doit être entendu par le tribunal.

CONCLUSION

Selon nous, il ne fait nul doute que l'article 81, al. 1 de la *loi sur la protection de la jeunesse* autorise l'avocat de la «personne intéressée» à poser de réels actes de représentation auprès de son client et non uniquement des actes de simple assistance. Ainsi, l'avocat peut contre-interroger les témoins des autres parties et procéder à des représentations une fois la preuve déclarée close. De

cette manière, le terme «représenter» utilisé par le législateur à l'article 81 prend tout son sens et ceci, dans le respect de la logique du texte et de l'esprit de la *Loi sur la protection de la jeunesse*.

Ceci respecte également le principe de l'autonomie de la «personne intéressée» qui, selon nous, est bien plus «qu'un simple témoin» mais moins qu'une véritable partie. Elle n'a pas à attendre d'être citée à témoigner. Elle peut exposer sa vision de la situation d'une manière libre et complète notamment parce que l'avocat qui la représente dispose des moyens suffisants pour faire des représentations complètes au tribunal.

Mais il y a plus. Cette interprétation de l'article 81, al. 1 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* a comme conséquence qu'un nombre moins grand de personnes demanderont d'intervenir à titre de «partie intervenante» puisqu'elles disposent de moyens suffisants pour remplir leur rôle à titre de «personne intéressée». L'enjeu de se voir reconnaître l'un ou l'autre des statuts n'aura également plus le même sens.

PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Joshua C. BORENSTEIN
Bonnie RABINOVITCH

Competence of Tribunal Interjurisdictional Aviation Accidents

I. INTRODUCTION

Which forum can assume jurisdiction over domestic or international aviation accidents or liability claims, when these occur at Canadian airports? This article attempts a response to these interjurisdictional disputes. In doing so, it will consider to some extent the jurisdictional rules of Canada and the United States; it will offer examples illustrating the applicable forum as well. It should be noted that in analyzing jurisdictional principles in these disputes, the Canadian concept of jurisdictional competence appears to combine the American concepts of subject matter jurisdiction and personal jurisdiction over the defendant.

II. THE CANADIAN RULES FOR ASSUMING JURISDICTION

The Canadian rules regarding competence to adjudicate a case derive from the English common law rules. The traditional English approach was recognised under the term, "as of right," and assumption of jurisdiction was based on links to the defendant. There were two ways to invoke this type of jurisdictional assumption:

- (a) If the defendant to the proceeding could be found in England and served notice in England, then England had the right to assume jurisdiction over the matter. Thus, even transient presence within the jurisdiction was sufficient to establish competence.
- (b) If the defendant to the proceeding submitted to the court, then England again assumed jurisdiction over the case.¹

As time went on, courts realized that these rules allowed a defendant to evade proceedings brought against it so long as the defendant was never present in England and did not submit to its jurisdiction. This situation prompted legislation which provided additional rules for:

- (c) serving a defendant *ex juris* so that he or she could be served outside England. Under these rules the defendant was unable to avoid the proceeding by claiming lack of presence or submission to the court's jurisdiction. Moreover, if the defendant chose not to appear in court, the plaintiff could be

1. *Phillips v. Eyre*, (1870) L.R. 6 Q.B. 1.

granted a default judgment. This, of course, led to issues of executing the judgment elsewhere (if that was where the defendant's assets were located), but that is not the issue in question. This statutory regime provided a third method enabling English courts to assume jurisdiction over a defendant and a case.²

Thus, Canada followed three methods of assuming jurisdiction until the pioneering cases of *Moran v. Pile*³ and *Interprovincial Cooperative Ltd. v. Regina*.⁴ These cases introduced the concept that a foreign body (in these disputes a corporation) could be subject to domestic jurisdiction if its products, during the normal course of trade, caused injury in a place where the products foreseeably would be distributed and consumed. Together, these cases allowed the possibility that a particular jurisdiction was competent to hear the case so long as there was a certain level of connection with the jurisdiction where the action was commenced. However, the parameters of a "connection" sufficient to grant jurisdictional competence were never defined until *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*.⁵ Justice LaForest there discussed, albeit in dicta, that in the context of a federation such as Canada, jurisdiction should be established using a "real and substantial connection" test. Thus, mere lack of presence or submission to the court would no lon-

ger deny the court's competence to hear a matter. However, this test likewise did not define the terms of a "real and substantial connection," except to say that the jurisdiction must have a real interest in the case for that jurisdiction to assume competence.

Over the years, certain criteria have developed to determine whether a particular court should assume or decline jurisdiction.⁶ These factors include:

- (1) the domicile of the defendant;
- (2) the location of the evidence and key witnesses;
- (3) the location of the cause of the action;
- (4) the juridical advantages/disadvantages to the parties, and
- (5) the interests of justice.

These factors illustrate that although links to the defendant can still warrant jurisdiction, they no longer provide the only basis for jurisdictional competence to hear a case. Links to the subject matter can also provide jurisdictional competence. Nevertheless, the factors enumerated above are not exhaustive, nor does any one carry more weight than another.

After *Morguard*, a debate arose about whether this test also admits of a constitutional foundation so as to prevent individual

2. *Machado v. Fontes*, 2 Q.B. 231.

3. [1975] 1 S.C.R. 393.

4. [1976] 1 S.C.R. 477.

5. [1990] 3 S.C.R. 1077.

6. *MacDonald v. Lasnier*, (1994) 21 O.R. 3d 177.

provinces from derogating its principles. The case of *Hunt v. T&N plc*⁷ finally resolved this issue. The Supreme Court of Canada affirmed Justice LaForest's test and further noted that it was a constitutionally based test whose inclusion was required in any provincial rules governing jurisdictional competence. As such, Canada now has a general rule of jurisdictional competence as defined by the "real and substantial connection" test.

This uniform test is significant: as between provinces, it will be easier to assess whether a particular court should assert jurisdiction over a given case. Furthermore, in cases of appropriate concurrent jurisdiction, it will also be easier to establish which court has a greater real and substantial connection, such that it should be the deciding court of competent jurisdiction.

While all provinces incorporate this real and substantial connection test, it is important to understand how the test is applied. Quebec and Ontario provide relevant examples for assessing how jurisdictional rules combine with this overall test.

A. *Quebec*

Article 3134 CCQ states the general rule regarding competent jurisdiction in Quebec. This rule provides Quebec with jurisdiction over any defendant domiciled in Quebec. Thus, the rule confirms traditional principles, conferring jurisdiction where the court has links to or power over the defendant. This same rule had been

earlier codified in Article 68 CCP, enacted prior to the amendments to the civil code. Under Article 68 CCP, Quebec had jurisdiction and had no discretion to decline jurisdiction once domicile was assigned in Quebec. Furthermore, if the defendant was not domiciled in Quebec, that province could only assume jurisdiction if the "whole cause of action" occurred in Quebec, as defined by Article 68(2) CCP. Subsequent to the civil code amendments, this rule is no longer stringently applied, since Article 68 CCP has also been amended, making it subject to the jurisdictional rules found in Book X of the CCQ (arts. 3076ff). The legislature realised that even though the defendant is not always domiciled in Quebec, jurisdiction in Quebec should be proper if there are certain substantial links between Quebec and the subject matter of the case. These links or contacts are delineated in Articles 3148-3151 CCQ, which also apply the real and substantial connection test to Quebec jurisdiction, as required by *Morguard*. Article 3148 CCQ provides a broad basis on which Quebec courts can assume jurisdiction. For example, 3148(3) CCQ confers jurisdiction if:

- (a) a fault was committed in Quebec (regardless of where the tortious act took place);
- (b) damage was suffered in Quebec (regardless of where the tortious act took place);
- (c) an injurious act was committed in Quebec (regardless of

7. [1993] 4 S.C.R. 289.

where the damage was suffered), or

- (d) one of the obligations arising from a contract was to be performed in Quebec (regardless of whether there was actually a breach of contract or not).

Many provinces have adopted similar provisions that allow equally broad-based assumption of jurisdiction.

B. Ontario

Ontario has adopted jurisdictional rules that are similar to Quebec. Under Rule 17 of The Rules of Court of Ontario, Ontario has jurisdiction to adjudicate a case if:

- (a) the defendant is ordinarily resident there;
- (b) service can be performed *in juris*;
- (c) service can be performed *ex juris* with or without leave;
- (d) the contract was concluded or to be performed in Ontario;
- (e) damage was sustained in Ontario, regardless of where the tort or breach of contract occurred;
- (f) the proceeding in question is a cross demand to a principal action already commenced in Ontario;
- (g) the parties have submitted to Ontario jurisdiction.

Quebec employs similar principles under 3134ff CCQ. It is thus apparent that cases involving both forums often result in concurrent

jurisdiction. For this reason, application of the doctrine of *forum non conveniens* is significant when determining which jurisdiction has a real and substantial connection with the case.

C. Other Provinces

Most of the Canadian provinces have adopted similar rules of jurisdiction. All common law provinces still rely on the traditional sufficiency of a defendant's presence within the province to confer jurisdiction. This traditional principle survives because it is usually more efficient and effective to adjudicate a matter where the defendant resides and retains assets.

Since the decisions in *Morguard* and *Hunt*, all of the provinces must comply with the real and substantial connection test in order to validly assume jurisdiction. Although concurrent jurisdiction can exist, however, this test works to provide the most appropriate jurisdictional forum under Canada's unique federation structure. Thus, based on comity between sister provinces, jurisdiction theoretically will be declined by the less appropriate forum.

III. THE DOCTRINE OF FORUM NON CONVENIENS

Initially, the plaintiff chooses to institute an action in the jurisdiction assumed to be most advantageous to the plaintiff's interests. If the defendant disagrees with the propriety of that choice, a motion to decline jurisdiction can be made to the seized court (where the action was instituted) under the doctrine of *forum non conveniens*.

In that event, the defendant argues that another forum is clearly more appropriate and requests that the seized court decline jurisdiction in favour of the other forum. Under this doctrine, the defendant makes no claim that the initial court is jurisdictionally incompetent; the defendant claims only that a more appropriate forum exists. In order to succeed (and courts often are loathe to concede their jurisdiction), the defendant must prove, by a balance of probabilities, not only that a “clearly more appropriate” forum exists, but that the seized court’s declination of jurisdiction will not unduly prejudice the plaintiff.

The 1998 case of *Lexus Maritime Inc. v. Oppenheim Forfait GMBH*⁸ outlines several factors which should be considered by the court when deciding whether to decline jurisdiction. These factors are very similar to those governing the assumption of jurisdiction, as delineated in *MacDonald*. As such, they do not bear repetition. However, these factors now cause greater uniformity in Canada when determining jurisdictional issues.

It is important to note that although all Canadian provinces espouse the doctrine of *forum non conveniens*⁹, some of the United States do not (e.g., the state of Texas). Nor is the doctrine uniformly applied as between federal and state courts. Thus, whereas Canadian courts have discretion to decline jurisdiction when another

forum has a stronger connection to the case, a number of United States courts do not subscribe to this rule or do not apply it in the same fashion. This discrepancy can and does lead to complications when the facts implicate concurrent international jurisdiction.

IV. OVERVIEW OF UNITED STATES PERSONAL JURISDICTION

Traditional rules for determining personal jurisdiction in the United States are based on the defendant’s domicile or service of process within the forum state. To some extent, these standards approach the Canadian basis for assumption of jurisdiction. Furthermore, the United States has developed a test similar to the Canadian “real and substantial connection” test in the form of long-arm personal jurisdiction, conferred by a “long-arm” statute.¹⁰ This form of personal jurisdiction permits the forum state to obtain jurisdiction over a foreign defendant if there are sufficient contacts between the defendant and the forum state. Three conditions generally must be met for any long-arm statute to apply:

- (1) the non-resident defendant or foreign corporation must have purposefully done some act or consummated some transaction in the forum state;
- (2) the cause of action must arise from or be connected with such act or transaction; and

8. [1998] AQ No. 2059 (CA).

9. Art. 3135 CCQ.

10. E.H. Schopler, *Construction and Application of State Statutes or Rules of Court Predicating In Personam Jurisdiction over Nonresidents or Foreign Corporations on the Commission of a Tort Within the State*, 24 A.L.R. 3d 532 (1969).

- (3) the assumption of jurisdiction by the forum state must not offend traditional notions of fair play and substantial justice, considering the quality, nature and extent of the activity in the forum state, the relative convenience of the parties, the benefits and protection of the laws of the forum state afforded the respective parties, and the basic equities of the situation.¹¹

According to this test, if the first two criteria are satisfied there exist minimum contacts between the defendant and the forum state. These contacts must then satisfy 14th Amendment due process tenets of “fair play” and “substantial justice” in order to qualify for consideration. Once the test is satisfied, the contacts are constitutionally sufficient to permit jurisdiction over the defendant in the forum state.¹²

This analysis demonstrates that many of the same factors used to determine jurisdictional competence in Canada similarly determine long-arm personal jurisdiction in the United States. Thus, in cases involving both the United States and Canada, concurrent jurisdiction can be established either by defendant’s domicile (in Canada), by the defendant’s domicile (in the United States), or by contacts with the particular jurisdiction, according to the rules applicable in each forum. Once concurrent jurisdiction arises, the

party contesting the chosen (domestic) forum must invoke the doctrine of *forum non conveniens* to prove that another foreign jurisdiction (sometimes a foreign country) is clearly more appropriate. If the party discharges this burden, then the domestic forum should, in the interest of justice, decline its jurisdiction in favour of the more appropriate forum.

V. THE PREFERENCE FOR UNITED STATES JURISDICTION

Plaintiffs involved in transnational torts prefer to commence an action in a United States forum for several reasons. First, depending upon the existence of complete diversity of citizenship (subject matter jurisdiction) as defined by United States federal law, the plaintiff is entitled to commence the action in federal or state court. This choice can affect the outcome of the litigation since the trend in many state court decisions reflects a plaintiff-friendly climate. Therefore, in a transborder tort case, the decision to institute the action in either the Canadian or another foreign court might deprive the plaintiff of a perceptible juridical advantage.

The second reason a plaintiff might prefer to institute the action in a United States court (especially federal) is the constitutional right to a jury trial in civil matters. As is sometimes seen in United States jury trials, the jury is more incli-

11. *Arterbury v. American Bank & Trust Co.*, 553 S.W. 2d 943, 947 (Tex. Ct. App. 1977).

12. Schopler, *supra*, at 547 n.12. See also *Mareno v. Rowe & Jet Aviation of Am. Inc.*, 910 F. 2d 1043 (2d Cir. 1990); *Lurie v. Maryland Associates*, 938 P. 2d 676 (Mont. 1997); *Voest-Alpine Trading USA Corp. v. Bank of China*, 142 F.3d 887 (5th Cir. 1998); *Kumarelas v. Kumarelas*, 16 F. Supp. 2d 1249 (D. Nev. 1998).

ned to grant large damage awards to plaintiffs with whom they sympathize. These large awards do not occur in Canada, since jury trials for civil matters are extremely rare. In fact, they are not permitted in Quebec, and Ontario only allows them for exceedingly large cases. Thus, the civil damage awards obtainable in a Canadian jurisdiction can be and often are substantially lower than those obtained in the United States.

Finally, not only are civil awards drastically different between Canada and the United States, but the notions of punitive (or exemplary) damages are also significantly dissimilar in these jurisdictions. In the United States, punitive or exemplary damages are more easily awarded; they are also awarded on a substantially higher scale than in Canada. In fact, an observer might accurately state that the concept of punitive or exemplary damages is at an infant stage in Canada. This is illustrated by the fact that the cap for exemplary damages in Canada was fixed at a mere \$100,000 in 1978 dollars. Once indexed for 1999 purposes, that amount is still capped at a sum of \$250,000, which is far below United States standards for similar cases.¹³

VI. ASSUMPTION OF JURISDICTION IN AVIATION CASES

The rules of jurisdiction generally applicable in tort actions likewise apply to accidents involving aircraft and airports. Thus, under the general rules, if an accident occurs in Canada, the defen-

dant's domicile will determine jurisdiction unless the defendant is a foreigner. If the latter is true, then links to the subject matter that meet the real and substantial connection test will determine jurisdiction over the issue in a Canadian court. If the accident occurs in the United States, the defendant's domicile often will determine jurisdiction unless the defendant is not domiciled or present to receive process in the forum state. In that case, long-arm statutes and factors indicating a substantial connection to the forum will permit the United States courts to obtain personal jurisdiction over the defendant, thus empowering the court to hear and decide the controversy with respect to that defendant.

Due to the international nature of aviation, however, further rules have evolved implicating this jurisdiction. Treaties now exist among United Nations members to determine the criteria for establishing proper jurisdiction in aviation cases. For example, Article 28 of the Warsaw Convention (1929) implicates both subject matter and personal jurisdiction. It states that:

An action for damages must be brought, at the option of the plaintiff, in the territory of one of the High Contracting Parties,

either before the court of the domicile of the carrier or

of his principal place of business, or

where he has a place of business through which the contract has been made, or

13. *Teno v. Arnold*, [1978] 2 S.C.R. 287; *Thornton v. Prince George Bd. Of Educ.*, [1978] 2 S.C.R. 267; *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229.

before the court at the place of destination.¹⁴

Both the United States and Canada are high Contracting Parties to this Convention, as well as to the Hague Protocol, which adopted the same test for establishing jurisdiction in aviation personal injury cases. Thus, if the tort involves an international carrier or an international flight, both the general rules of jurisdiction and the Warsaw Convention must be used to determine which forum has power to hear the case.¹⁵

Inherent in this determination is consideration of the most appropriate forum as defined by the substantial connection test.¹⁶ A clear example of how these rules are used to establish jurisdiction is provided by the 1987 case of *In Re Air Crash Disaster at Gander, Newfoundland*.¹⁷ In that case an accident occurred in Newfoundland, en route from the Middle East to Kentucky. The court held that because the defendant aircraft company held a contract in the forum to maintain its facilities at the state's airport and had a military contract as well with the state of Kentucky, sufficient contacts existed with the state of Kentucky to authorize jurisdiction over the defendant in that state. The court went on to consider other factors, such as "the interest Kentucky has in adjudicating the dis-

pute, the plaintiff's interest in obtaining convenient and effective relief, the interstate judicial system's interest in obtaining the most efficient resolution of controversies, [...] and the burden placed upon the defendants in litigating this case".¹⁸ The court then considered the Warsaw Convention, which confirmed Kentucky's valid exercise of jurisdiction.

It is important to note that, as with all treaties, the Warsaw Convention applies only to member nations. Therefore, foreign plaintiffs who wish to sue in the United States under the Warsaw Convention will be barred from doing so if they are not citizens of a member nation or citizens of a state which is party to a treaty for which there are "equal treaty rights."¹⁹ This assumes, of course, that the defendant is not otherwise subject to the laws of personal jurisdiction in the United States.

VII. PRACTICAL EXAMPLES: APPLICATION OF THE RULES OF JURISDICTIONS

The following examples serve to illustrate the application of these jurisdictional rules, which sometimes conflict. The examples assume a Montreal Airport as the situs of the accident and/or the point of destination.

14. Convention for the Verification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air [Warsaw Convention]; Oct. 12, 1929, Art. 28, § 1, reprinted in 22 I.L.M. 13 (1983).
15. *Gal v. Northern Mountain Helicopters, Inc.*, (1998) 54 B.C.L.R. 3d 87; *Lam v. Aeroflot Russian Airlines*, 999 F. Supp 728 (S.D.N.Y. 1998).
16. F.P. ALIMONTI, *Recent Developments in Aviation Liability Law*, Journal of Air Law & Commerce (1998); *Mueller v. Coronation Ins. Co.*, [1995] B.C.L.R. 3d 90.
17. 660 F. Supp. 1202 (W.D. Ky. 1987).
18. *Ibid.*, at 1214.
19. *Kern v. Jeppesen Sanderson Inc.*, 867 F. Supp. 525 (S.D. Tex., 1994).

**A. Canadian Passenger
Struck by Baggage Cart
in Montreal**

1. Based on links to the defendant, the passenger would sue the airport in Montreal since that is where the corporate establishment exists (3134 CCQ).
2. Based on links to the subject matter, the fault was committed in Quebec (3148(3) CCQ) and the dispute relates to the defendant's activities in Quebec (3148(2)). Therefore, Quebec could validly assume jurisdiction over the matter.
3. Whether the plaintiff could sue in his or her home province (if not domiciled in Quebec) would depend on the subject matter rules of that province. Most provinces still follow the traditional common law rules regarding links or contacts with the defendant, which hold that the defendant must be present at the hearing or submit to the forum for jurisdiction to attach. Under these rules, a foreign province would not have jurisdiction over the airport.

With respect to subject matter jurisdiction, the provinces require a real and substantial connection to the forum. According to Rule 17.02(f)(iii) of the Rules of Court of Ontario, Ontario has jurisdiction if damage is sustained in that province, regardless of where the tort occurred.

However, in *MacDonald*, it was clearly determined that

the mere allegation of pain and suffering under Rule 17 is not enough to establish a real and substantial connection with the forum. The court in *MacDonald* discussed the evolution that occurred in the Ontario rules in order to generate consistency with the *Morguard* principle. Subsequent to the 1975 amendments to the Rules of Court of Ontario, the word "damage" in Rule 17 was extended to include pain and suffering. The court cited the 1979 case of *Vile v. Von Wendt*²⁰, in which an action was commenced in Ontario on the basis that pain and suffering occurred in Ontario. These facts were determined to be sufficient under Rule 17. The judge reasoned that the legislature must have intended "to enable Ontario residents to use their own courts more readily even though the tortious conduct was committed elsewhere." This determination created the potential for lawsuits in Ontario when the only connection to that jurisdiction was pain and suffering. In response, the court in *MacDonald* emphasised that the *Morguard* rule of a real and substantial connection significantly limits the institution of such actions. The factors used to determine a real and substantial connection must be considered in every case. As such, the *MacDonald* court found that since the defendant resided in Quebec and had his place of business in Quebec, and since all the witnesses resided in Que-

20. (1979) 26 O.R. 2d 513.

bec, the relevant evidence was located in Quebec, and the tort occurred in Quebec, there existed a stronger connection to the Quebec jurisdiction than the occurrence of pain and suffering in Ontario. Thus, if the plaintiff had experienced only pain and suffering in his or her home province, without more, the facts would likely fail the *Morguard* test.

4. Since this is an aviation tort case, Article 28 of the Warsaw Convention must also be considered. However, such an analysis is really unnecessary because both the plaintiff and the defendant in this example are Canadian. The Convention only covers truly international cases, where both the plaintiff and defendant reside in different member nations.

B. Canadian Passenger Falls When Retractable Stairway is Moved Away From Plane

A second common source of aviation litigation occurs where a passenger suffers injury when a retractable stairway is moved away from the aircraft. Here again, since the passenger and the defendant are both Canadian, the same analysis applies.

C. American Passenger Struck By Baggage Cart In Montreal Airport

1. The rules of American jurisdiction may permit the plaintiff to sue in his or her own state, if the defendant is subject to personal jurisdiction within the United States. However, article 3134 CCQ grants jurisdiction to Quebec courts

because of the defendant's domicile. Thus, there may be concurrent jurisdiction based on contacts with the parties.

2. In determining which jurisdiction prevails, both the United States and Canada follow a similar substantial connection test. Based on the location of the fault, initial damages, evidence, reports and witnesses, Quebec likely will be the most appropriate forum under Canadian law. However, the United States court could assert jurisdiction if substantial damages continued in the plaintiff's home state, if a critical juridical advantage to the plaintiff would be lost in Quebec (under application of the American *forum non conveniens* standards), or under the rules of a particular state's long-arm statute. (Rules applied in individual states would best be answered by American counsel.)
3. If the United States were to assert jurisdiction, the Montreal defendant could argue *forum non conveniens* in an attempt to persuade that court to exercise its discretion to decline its jurisdiction on grounds of comity. In that case, the action would likely be dismissed and recommenced in Quebec. However, the defendant must prove that Quebec is clearly the more appropriate forum. Unfortunately, not all states follow the doctrine of "forum non conveniens" (e.g., Texas). Accordingly, notions of comity will not resolve these jurisdictional disputes.

4. Since this is an international aviation tort, Article 28 of the Warsaw Convention must be considered. According to this provision, since Montreal is the domicile of the airport and the passenger's place of destination, Montreal would exercise jurisdiction over the matter. However, plaintiff could also use this provision to argue that the contract was made in the state where he or she bought the ticket. If the foreign court allowed this argument, the factors affecting subject matter would have to be considered because the contract alone would be insufficient to meet the substantial connection test. Once again then, Quebec would be viewed as the most appropriate forum. (Note: this would cover actions against an airline with multiple business locations all over the world.)

D. American Passenger Falls When Deplaning While Retractable Ramp Is Moved

The foregoing analysis can be used for any such passenger-related accident.

E. Passenger Departs Vancouver And Is Injured on Aircraft that Later Arrives in Montreal

The resolution to this dilemma depends on the plaintiff's citizenship:

1. If the passenger-plaintiff is Canadian, then the domicile of the defendant would assume jurisdiction. Since the injury occurred on the aircraft, assuming the fault of the aircraft and/or its employees, jurisdiction would lie at the domicile of the business center of the airline. Montreal Airport would not be implicated.
2. If the plaintiff is American, and personal jurisdiction over the defendant is constitutionally proper, plaintiff might commence suit in its own domicile. The airline defendant, if Canadian, could argue *forum non conveniens* on grounds that the chosen forum did not have a substantial connection to the case based on factors relating to the subject matter. If the airline were American and its jurisdiction did not follow the doctrine of *forum non conveniens*, then the relevant long-arm statutes would control, as noted.
3. It could also be argued that the air space over a certain jurisdiction in which the plaintiff was injured is a forum within which the plaintiff could assert jurisdiction. However, such an argument would be tenuous because all of the *MacDonald* factors, which must be considered, would invariably lead to a choice of either the plaintiff's domicile or the airline's domicile as the most appropriate. If the air space involved one of these two jurisdictions, this factor would enhance that jurisdiction's argument of a greater real and substantial connection to the case.
4. The Warsaw Convention does not apply between a Canadian plaintiff and a Canadian airline, but it would as between

either a Canadian plaintiff and an American Airline or an American plaintiff and a Canadian Airline.

F. Canadian Aircraft or Private Aircraft Crashes in Montreal

1. The accident occurred in Montreal; thus, according to Article 3148(3) CCQ, Montreal would have jurisdictional competence to hear the matter.
2. Under Canadian law, the defendant's domicile will have jurisdiction. For Canadian passengers, the pilot's domicile and the airline's domicile also would be competent to assert jurisdiction. For American passengers, each of their domicile states might assert jurisdiction if personal jurisdiction could be obtained over the relevant defendants. This creates the potential for multiple concurrent jurisdictions, and the doctrine of *forum non conveniens* could be used (where applicable) to establish the most appropriate forum to hear the case, thereby avoiding a multiplicity of suits.
3. Plaintiff might also bring suit as a passenger against the pilot. If the passenger is Canadian, then the pilot's domicile would be competent to hear the case. If the passenger is American, then his or her domicile might be appropriate as well, but only if the pilot was somehow subject to personal jurisdiction in that domicile. As indicated elsewhere, a Canadian pilot could assert the doctrine of *forum non conveniens* to prove that his or

her jurisdiction is the most appropriate. If the pilot is not Canadian, then he or she could use either *forum non conveniens*, if it is available, or argue the limitations of the applicable long-arm statute.

4. Since the whole action occurred in Canada, the *Morguard* principle of a real and substantial connection to the jurisdiction must be followed. However, where American interests are concerned, it is important to remember that they too have a similar substantial connection test. Personal jurisdiction over the defendant again will be critical.

G. Contamination of Fuel in Montreal That Only Manifests Itself Later

1. In this scenario, the fault occurred in Montreal. According to Article 3148(3) CCQ, Quebec has jurisdictional competence.
2. Assuming the fault was committed by the airport's employees, the airport is liable. Under Canadian rules, the defendant's domicile can assert jurisdiction. This is another factor favouring Quebec's competence to hear the case.
3. The damage occurs outside Quebec, however. Assuming the damage occurs within another province, such as Ontario, Ontario can be competent to hear the case as well under Rule 17. This leads to concurrent jurisdiction in a number of provinces, which can be settled by following the *Mor-*

guard principle and the factors affecting *forum non conveniens*.

4. Assuming the flight was international and the damage occurred outside of Canada (i.e., in the United States), the plaintiff might also commence an action in the United States. The plaintiffs include the passengers (if detained or injured due to the contaminated fuel) and the airline (due to the negligence of the airport employees). Plaintiffs might sue in any state in which the defendants are subject to suit, and concurrent jurisdiction would also result. As such, the Montreal defendant might file a motion to dismiss on grounds of *forum non conveniens*, arguing that links with Montreal render that province the most appropriate forum. The foreign plaintiffs, however, would argue the breadth of any applicable United States long-arm statutes to retain jurisdiction.

H. Can a Person Who Flies from London to California Sue in Texas?

This answer depends on who is named as a party defendant:

1. If the airport is sued, then the Warsaw Convention applies since the U.K. is a Contracting Party. This means that, since California was the point of destination, California courts will decide the matter.
2. If the airline is being sued, then Texas would assume jurisdiction because of its wide parameters on the subject. Under Texas long-arm statutes, as long as some business activity is carried on by the airline in Texas, that state has personal jurisdiction over the defendant. However, the Warsaw Convention also covers the carrier; thus, under Article 28, California would be competent to hear the case as the jurisdiction of destination.
3. If the plaintiff is Canadian, the domicile of the defendant reigns (3134 CCQ, Common Law notion of presence/submission), according to Canadian law. Thus, he or she could sue in the defendant's domicile or in London or California, depending on which is the most appropriate forum under the *Morguard* and *Amchem* determinations. However, if suing the airport, this rule will not apply. Instead, the court would examine the subject matter links based on the real and substantial connection test laid out in *Morguard* and *Hunt*.
4. If the plaintiff is American, the plaintiff might sue in his or her domicile, if the defendant is also subject to personal jurisdiction in that state. The defendant could argue *forum non conveniens*, but that doctrine is dependent upon an American court's application of various public and private interest factors. These factors are not applied in the same fashion as they are in Canada.²¹

21. See, e.g., *Piper Aircraft v. Reyno*, 454 U.S. 235 (1981).

VIII. CONCLUSION

The rules regarding jurisdictional competence in aviation accidents mirror the rules regarding the assumption of jurisdiction for torts/delicts in general. The general rule in Canada is that the defendant's domicile governs the determination of jurisdictional competence. If the defendant is not Canadian, then each province provides rules relating to links with the subject matter of the case which can be used to assert jurisdiction. Despite any differences in these rules that may cause concurrent jurisdictions to exist, every province must follow the constitutionally founded *Morguard* principle requiring a real and substantial connection between the jurisdiction and the case in order to establish the appropriate forum. Where more than one jurisdiction can argue that a real and substantial connection exists, the doctrine of *forum non conveniens* can be used to establish which is clearly the more appropriate jurisdiction to adjudicate the case.

With respect to aviation accidents that cross international borders, the jurisdictional rules in both territories apply. Thus, where concurrent jurisdiction is appropriate, with differing jurisdictional rules, doctrines such as *forum non conveniens* or long-arm statutes must be used to determine the appropriate forum.

It is important to note that due to the increase in international trade, many jurisdictions have subscribed to the notion of comity. This concept may suggest that foreign jurisdictions and foreign judgments will be respected as long as they do not offend domestic jurisdictional principles. This growing need is reflected in the fact that the rules in concurrent jurisdictions are becoming more and more alike, since they are based on similar standards involving a defendant's contacts with the forum. This evolution should lead to quicker and more efficient determinations of the "clearly more appropriate" jurisdiction within which to adjudicate a dispute.