

Université de Montréal

L'interaction entre l'obligation de loyauté et la liberté d'expression du salarié qui
s'exprime publiquement à propos de son travail

Étude jurisprudentielle

Par

Alexandre Jetté

École de relations industrielles, Faculté des arts et des sciences

Mémoire présenté en vue de l'obtention du grade de maître ès sciences (M. Sc.) en
relations industrielles

Décembre 2021

© Alexandre Jetté, 2021

Université de Montréal
École de relations industrielles, Faculté des arts et des sciences

Ce mémoire intitulé

**L'interaction entre l'obligation de loyauté et la liberté d'expression du salarié qui
s'exprime publiquement à propos de son travail**

Étude jurisprudentielle

Présenté par

Alexandre Jetté

A été évalué par un jury composé des personnes suivantes

Isabelle Martin

Présidente

Guylaine Vallée

Directrice de recherche

Michel Coutu

Membre du jury

RÉSUMÉ

Lorsqu'un salarié s'exprime publiquement à propos de son travail, deux normes juridiques interviennent généralement : l'obligation de loyauté et la liberté d'expression. La première étant prévue à l'article 2088 du *Code civil du Québec* et la seconde bénéficiant d'une protection constitutionnelle et quasi constitutionnelle, ce mémoire porte sur l'interprétation actuelle de ces deux normes par les tribunaux canadiens et québécois dans les cas de critique ou de dénonciation de l'employeur.

Nous nous sommes intéressés à trois questions distinctes. La première de ces questions a consisté en l'analyse du raisonnement des décideurs mobilisés dans des causes relatives à la critique et à la dénonciation de l'employeur. Nous avons vérifié si les sources de droit utilisées par ces décideurs et les décisions qu'ils ont rendues ont pu être influencées par différents facteurs émanant du contexte du litige. Ensuite, nous avons analysé l'impact de l'utilisation des technologies numériques de communication dans ces mêmes décisions. Nous voulions déceler de potentielles divergences dans le raisonnement des décideurs en fonction du recours par le salarié d'une telle technologie afin d'acheminer son message. Enfin, nous avons évalué la protection offerte aux salariés contre les mesures disciplinaires par les récentes lois québécoises encadrant la divulgation d'actes répréhensibles lorsque ceux-ci se sont exprimés publiquement.

Nous avons observé que s'il existe des différences dans le raisonnement des décideurs selon les différents facteurs contextuels, ces différences sont négligeables en comparaison avec l'impact de l'utilisation d'une technologie numérique de communication : les décideurs ont interprété largement la liberté d'expression et ils ont été plus sévères envers les salariés utilisant une technologie numérique de communication. Les recours provenant des lois québécoises encadrant la divulgation d'actes répréhensibles ont été très peu utilisés par les salariés et les décisions qui en résultèrent furent désavantageuses aux salariés pour l'ensemble.

Mots-clés : obligation de loyauté, liberté d'expression, critique de l'employeur, dénonciation de l'employeur, divulgation d'actes répréhensibles, lanceur d'alerte, droit du travail.

ABSTRACT

When an employee speaks publicly about his work, two legal norms generally come into play: the duty of loyalty and freedom of expression. The first being codified in the *Civil Code of Québec* in art. 2088 and the second benefiting of a constitutional and quasi-constitutional protection, this research focuses on the current interpretation of these two norms by Canadian and Quebec courts in cases of criticism or denunciation of the employer.

We looked at three separate questions. The first of these questions consisted of the analysis of the reasoning of mobilized decision-makers in cases relating to criticism and denunciation of the employer. We verified whether the sources of law used by these decision-makers and the decisions they rendered could have been influenced by various factors emanating from the context of the dispute. Then, we analyzed the impact of the use of digital communication technologies in these same decisions. We wanted to identify potential differences in the reasoning of decision-makers based on the employee's use of such technology in order to get their message across. Finally, we assessed the protection offered to employees against disciplinary measures by recent Quebec laws governing the disclosure of wrongdoings when they have expressed themselves publicly.

We observed that while there are differences in the reasoning of decision-makers based on different contextual factors, these differences are negligible in comparison with the impact of the use of a digital communication technology: decision-makers have broadly interpreted freedom of expression and they have been tougher on employees using a digital communication technology. The remedies provided by Quebec laws governing the disclosure of wrongdoing have been rarely used by employees, and the resulting decisions were all disadvantageous for them.

Keywords : duty of loyalty, freedom of expression, criticism of the employer, denunciation of the employer, disclosure of wrongdoings, whistleblower, labor law.

TABLE DES MATIÈRES

| | |
|---|----|
| INTRODUCTION | 1 |
| CHAPITRE I – REVUE DU DROIT APPLICABLE À L’EXPRESSION PUBLIQUE AU TRAVAIL ET QUESTIONS DE RECHERCHE | 4 |
| I – Les droits et obligations du Code civil | 4 |
| <i>I.1 – Les obligations du salarié</i> | 6 |
| <i>I.2 – Les obligations de l’employeur</i> | 25 |
| <i>I.3 – Les obligations communes au salarié et à l’employeur</i> | 28 |
| II – La liberté constitutionnelle d’expression | 30 |
| <i>II.1 – La liberté d’expression de la Charte canadienne</i> | 31 |
| <i>II.2 – La liberté d’expression du fonctionnaire canadien</i> | 34 |
| <i>II.3 – La liberté d’expression de la Charte québécoise</i> | 38 |
| <i>II.4 – La constitutionnalisation du droit du travail</i> | 40 |
| III – Les lois aménageant la divulgation d’actes répréhensibles | 45 |
| <i>III.1 – La divulgation des actes répréhensibles dans le cadre juridique états-unien</i> | 46 |
| <i>III.2 – La divulgation des actes répréhensibles dans le cadre juridique fédéral</i> | 48 |
| <i>III.3 – La divulgation des actes répréhensibles dans le cadre juridique québécois</i> | 52 |
| <u>III.3.1 – Les lois favorisant la divulgation d’actes répréhensibles : deux exemples</u> | 53 |
| <u>III.3.2 – La protection des salariés contre les repréailles en vertu de la Loi sur les normes du travail</u> | 60 |
| IV – Problématique | 64 |
| <i>IV.1 – L’effet de la constitutionnalisation du droit du travail</i> | 65 |
| <i>IV.2 – L’effet des technologies numériques de communication</i> | 66 |
| <i>IV.3 – L’effet des lois encadrant la divulgation d’actes répréhensibles</i> | 66 |
| CHAPITRE II – DÉMARCHE DE RECHERCHE : TYPE D’ANALYSE, ET MÉTHODOLOGIE | 67 |
| I – Type d’analyse | 67 |
| II – Critères d’analyse du contenu de la jurisprudence | 68 |
| <i>II.1 – Première et deuxième questions de recherche</i> | 68 |
| <u>II.1.1 – Facteurs relatifs au raisonnement du décideur</u> | 70 |
| <u>II.1.2 – Facteurs contextuels</u> | 72 |
| <i>II.2 – Troisième question de recherche</i> | 79 |
| <u>II.2.1 – Analyse du raisonnement juridique</u> | 80 |

| | |
|--|-----|
| <u>II.2.2 – Analyse de l’efficacité de la protection offerte au salarié</u> | 82 |
| III – Méthodologie | 83 |
| <i>III.1 – Présentation des sources analysées</i> | 83 |
| <i>III.2 – Repérage des sources</i> | 84 |
| <i>III.3 – Présentation de la méthode d’analyse du contenu des sources utilisées</i> | 85 |
| CHAPITRE III – RÉSULTATS DE L’ANALYSE | 87 |
| I – Vue d’ensemble des résultats | 87 |
| <i>I.1 – Premier échantillon</i> | 87 |
| <i>I.2 – Deuxième échantillon</i> | 90 |
| II – Résultats | 91 |
| <i>II.1 – Première question de recherche</i> | 91 |
| <u>II.1.1 – Raisonnement du décideur</u> | 92 |
| <u>II.1.2 – Facteurs contextuels</u> | 99 |
| <u>II.1.3 – Bilan</u> | 116 |
| <i>II.2 – Deuxième question de recherche</i> | 120 |
| <u>II.2.1 – Utilisation d’une technologie numérique de communication</u> | 120 |
| <u>II.2.2 – Bilan</u> | 127 |
| <i>II.3 – Troisième question de recherche</i> | 128 |
| <u>II.3.1 – Résultats relatifs au raisonnement juridique</u> | 129 |
| <u>II.3.2 – Résultats relatifs à la protection offerte au salarié</u> | 133 |
| <u>II.3.3 – Bilan</u> | 137 |
| CHAPITRE IV – DISCUSSION DES RÉSULTATS | 140 |
| I – Contribution à la recherche | 140 |
| II – Forces et limites de la recherche | 145 |
| III – Pistes de recherche futures | 147 |
| CONCLUSION | 149 |
| TABLE DE LA LÉGISLATION | 152 |
| TABLE DE LA JURISPRUDENCE | 155 |
| BIBLIOGRAPHIE | 161 |
| ANNEXES | 166 |

LISTE DES TABLEAUX

| | |
|---|-----|
| Tableau 3.1.1 — Répartition des décisions selon la période | 88 |
| Tableau 3.1.2 — Répartition des décisions selon le secteur d'activité..... | 88 |
| Tableau 3.1.3 — Répartition des décisions selon l'instance et les recours mobilisés | 89 |
| Tableau 3.2.1 — Présence de l'obligation de loyauté dans le raisonnement du décideur | 92 |
| Tableau 3.2.2 — Présence de la liberté d'expression dans le raisonnement du décideur..... | 94 |
| Tableau 3.2.3 — Charte utilisée par le décideur s'il y a présence de la liberté d'expression..... | 95 |
| Tableau 3.2.4 — Présence de l'atteinte justifiée dans le raisonnement du décideur | 96 |
| Tableau 3.2.5 — Présence d'une autre considération dans le raisonnement du décideur | 96 |
| Tableau 3.2.6 — Décisions rendues par les décideurs..... | 98 |
| Tableau 3.2.7 — Raisonnement des décideurs selon le secteur d'activité..... | 100 |
| Tableau 3.2.8 — Décisions rendues selon le secteur d'activité..... | 100 |
| Tableau 3.2.9 — Répartition des décisions selon le statut de représentant syndical | 102 |
| Tableau 3.2.10 — Raisonnement des décideurs selon le statut de représentant syndical..... | 102 |
| Tableau 3.2.11 — Décisions rendues selon le statut de représentant syndical | 103 |
| Tableau 3.2.12 — Raisonnement des décideurs selon la période | 105 |
| Tableau 3.2.13 — Décisions rendues selon la période | 105 |
| Tableau 3.2.14 — Raisonnement des décideurs selon le type de décideur..... | 106 |
| Tableau 3.2.15 — Décisions rendues selon le type de décideur..... | 107 |
| Tableau 3.2.16 — Argumentaire des parties..... | 109 |
| Tableau 3.2.17 — Charte utilisée par les parties s'il y a présence de la liberté d'expression | 112 |
| Tableau 3.2.18 — Présence de l'atteinte justifiée dans l'argumentaire des parties | 112 |
| Tableau 3.2.19 — Raisonnement des décideurs selon l'argumentaire des parties | 115 |
| Tableau 3.2.20 — Décisions rendues selon l'argumentaire des parties..... | 115 |
| Tableau 3.2.21 — Répartition des décisions selon l'utilisation d'une TNC..... | 120 |
| Tableau 3.2.22 — Répartition des décisions selon l'utilisation d'une TNC et la période | 121 |
| Tableau 3.2.23 — Liste des TNC utilisées par les salariés..... | 121 |
| Tableau 3.2.24 — Dimension de l'expression selon la TNC utilisée par le salarié..... | 123 |
| Tableau 3.2.25 — Raisonnement des décideurs selon la TNC utilisée par le salarié..... | 125 |
| Tableau 3.2.26 — Décisions rendues selon la TNC utilisée par le salarié | 126 |
| Tableau 3.2.27 — Éléments contextuels des décisions impliquant l'article 122 de la L.n.t..... | 134 |

LISTE DES ABRÉVIATIONS*

| | |
|-------------------|--|
| C.cr. | <i>Code criminel</i> |
| Charte canadienne | <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> |
| Charte québécoise | <i>Charte des droits et libertés de la personne</i> |
| Code civil | <i>Code civil du Québec</i> |
| Code du travail | <i>Code du travail</i> du Québec |
| C. Trav. | <i>Code du travail</i> du Québec |
| CRT | Commission des relations du travail |
| Cour d'appel | Cour d'appel du Québec |
| Cour fédérale | Cour fédérale du Canada |
| Cour supérieure | Cour supérieure du Québec |
| Cour suprême | Cour suprême du Canada |
| LITAT | <i>Loi instituant le Tribunal administratif du travail</i> |
| L.n.t. | <i>Loi sur les normes du travail</i> |
| TAT | Tribunal administratif du travail |

* Cette liste comprend uniquement les abréviations relatives à la législation et aux tribunaux canadiens et québécois.

REMERCIEMENTS

Je désire d'abord remercier ma directrice de recherche, Guylaine Vallée, professeure titulaire à l'École de relations industrielles de l'Université de Montréal. Son soutien et ses précieux conseils m'ont d'autant plus été nécessaires que les circonstances dans lesquelles ce mémoire a dû être rédigé n'ont pas été des plus favorables. Sa disponibilité, par l'entremise de ces fameuses technologies numériques de communication, a grandement été appréciée.

Je remercie ensuite mes parents qui m'ont constamment encouragé à me réaliser et me dépasser tout au long de mon cheminement académique. Merci de m'avoir transmis le goût des études, la passion du sport et de la lecture et une curiosité face à ce monde et les individus qui le composent et le façonnent.

Enfin, je voudrais remercier le Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT), Melançon, Marceau, Grenier et Sciortino (aujourd'hui Melançon, Marceau, Grenier et Cohen) et le Mouvement Desjardins d'avoir soutenu financièrement la réalisation de ce projet.

INTRODUCTION

Sanctionné le 18 décembre 1991 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994, le *Code civil du Québec*¹ comprend un chapitre consacré spécifiquement au contrat de travail. À l'article 2088, inclus dans le chapitre susdit, les obligations qui incombent aux travailleurs y sont établies et parmi celles-ci, nous retrouvons l'obligation de loyauté et honnêteté ainsi que l'obligation de discrétion². Afin de préserver l'intégrité et la réputation de l'employeur, elles imposent plusieurs impératifs qui peuvent restreindre considérablement la capacité des travailleurs de s'exprimer publiquement sans risquer de s'exposer à des mesures disciplinaires. Certains de ces propos véhiculés à l'occasion du travail possèdent une pertinence qui dépasse le cadre de l'organisation et méritent d'être partagés au vu et au su de tous. Nous déterminons deux types de propos en lien avec ce constat : la dénonciation ou la divulgation d'actes répréhensibles commis dans l'entreprise (ou lancement d'alerte ou *whistleblowing*, selon le terme anglais fréquemment utilisé dans le langage courant et académique) et la critique de l'employeur (sans que les agissements sujets à une critique puissent être assimilés à des actes répréhensibles).

Ces propos peuvent se voir conférer une protection contre l'entrave de l'État ou des personnes privées, en concordance avec les principes de la liberté constitutionnelle d'expression. La *Charte canadienne des droits et libertés*³ et la *Charte des droits et libertés de la personne*⁴ permettent toutes les deux l'expression publique du travailleur dans certaines limites raisonnables, notamment quand le propos est exempt d'un caractère diffamatoire ou haineux. L'arbitrage des obligations civiles et des libertés constitutionnelles que font les tribunaux canadiens s'avère essentiel à la détermination de la capacité d'une personne de s'exprimer à propos et lors du travail. Ce mémoire s'intéresse ainsi à l'interaction de l'obligation de loyauté du salarié et sa liberté d'expression.

¹ RLRQ, c. CCQ-1991 (ci-après : « Code civil »)

² *Id.*, art. 2088

³ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [1982, R.-U., c. 11] (ci-après « Charte canadienne »)

⁴ RLRQ, c. C -12 (ci-après « Charte québécoise »)

Cette question relève de l'actualité : le cas fort médiatisé de l'agronome du ministère de l'Agriculture, des Pêcheries et de l'Alimentation, congédié et réintégré pour avoir dénoncé dans les médias l'ingérence du secteur privé dans la recherche sur l'utilisation des pesticides⁵, démontre l'importance accordée par l'opinion publique à l'enjeu faisant l'objet de la divulgation publique — ici la possible ingérence d'intérêts privés dans la recherche sur les pesticides — et aux représailles qu'a subies le lanceur d'alerte. Notons aussi l'omniprésence de la communication de masse, par le biais des technologies numériques⁶, dans la vie domestique et au travail. Il est beaucoup plus facile qu'auparavant d'émettre des propos qui toucheront un plus vaste auditoire, en partie attribuable aux possibilités qu'offrent les réseaux sociaux. Si l'atteinte d'un grand auditoire est facilitée, il faut considérer de toute évidence que l'employeur fait également partie de cet auditoire et qu'une critique qui lui est adressée par l'utilisation d'un média numérique pourra entraîner des mesures disciplinaires. Finalement, plusieurs auteurs mentionnent une transformation s'opérant présentement dans le droit du travail, soit le phénomène de la constitutionnalisation du droit du travail. L'intégration de la Charte canadienne et de la Charte québécoise dans l'analyse de litiges au travail, due à la supériorité de celles-ci dans la hiérarchie des sources de droit, pourrait amener à une reconsidération de la place accordée à des principes du Code civil. Le respect de la liberté constitutionnelle d'expression pourrait alors se voir conférer une valeur plus décisive lors de litiges concernant la critique de l'employeur ou la divulgation d'actes répréhensibles.

Ce mémoire dressera le portrait du cadre juridique applicable au Québec de l'obligation de loyauté, d'honnêteté et de discrétion du salarié, en fonction de la liberté constitutionnelle d'expression. Nous analyserons la jurisprudence afin de déterminer dans quelle mesure les travailleurs s'exposent à des mesures disciplinaires lorsqu'ils s'expriment publiquement sur des enjeux relatifs au travail. Il s'ensuivra l'analyse des deux

⁵ Voir « Pesticides : quand le privé administre la recherche publique québécoise » publié sur le site web de Radio-Canada le 5 mars 2018. <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1086727/cerom-mapaq-agriculture-ministere-pesticides-grains-overbeek-recherche-prive-public>

⁶ Le terme « technologie numérique de communication » va être utilisé tout au long de cette recherche. Notons qu'il existe au niveau de la littérature les acronymes « TIC » (technologies de l'information et de la communication) et « NTIC » (nouvelles technologies de l'information et de la communication). Pour notre part, nous utiliserons l'acronyme « TNC » dans les tableaux afin d'alléger la présentation.

aspects précédemment mentionnés : les situations où des travailleurs critiquent la gestion de l'employeur, les conditions de travail ou le manque de ressources ou de personnel et les situations où des travailleurs dénoncent à l'externe des actes qui leur semblent répréhensibles. Nous procéderons ainsi de la façon suivante. D'abord, le chapitre I sera consacré à la revue des divers droits et obligations du Code civil qui régissent la relation d'emploi et qui sont liés aux obligations de loyauté, d'honnêteté et de discrétion, à l'interprétation jurisprudentielle et doctrinale de la liberté d'expression et au droit applicable concernant la divulgation d'actes répréhensibles. Le chapitre II, pour sa part, traitera de notre démarche de recherche : du type d'analyse retenu et de la méthodologie. Le chapitre III présentera les résultats que nous avons obtenus de notre recherche et les analysera en fonction de ce que nous avons établi au chapitre II. Finalement, le chapitre IV proposera une discussion autour des résultats que nous avons obtenus : la contribution de notre recherche, ses forces et limites et les futures pistes de recherche potentielles.

CHAPITRE I – REVUE DU DROIT APPLICABLE À L’EXPRESSION PUBLIQUE AU TRAVAIL ET QUESTIONS DE RECHERCHE

D’une part, ce chapitre a pour premier objectif de présenter le cadre juridique applicable à l’expression publique au travail dans ses multiples formes et ses modalités ainsi que son évolution à travers la jurisprudence. Ce cadre juridique et cette jurisprudence ne pourraient se limiter uniquement à l’analyse du droit civil (I) ; il est maintenant nécessaire de s’attarder aussi à la liberté d’expression (II) et aux lois aménageant la divulgation d’actes répréhensibles (III). D’autre part, ce chapitre a pour second objectif d’établir la problématique et les questions de recherche (IV). Selon les résultats d’une étude de Mélanie Samson et Christian Brunelle de 2007⁷, que nous présenterons en détail dans ce chapitre, nous discuterons des potentiels changements dans le traitement de l’obligation de loyauté et dans le traitement de la liberté d’expression par les tribunaux au Québec, tels qu’ils étaient au moment de l’étude et comparativement à ce qu’ils sont actuellement. D’autres éléments de comparaison feront l’objet d’une analyse, spécifiquement si ces changements potentiels sont perceptibles lorsque nous comparons les entreprises syndiquées aux entreprises non syndiquées et les entreprises du secteur privé aux entreprises du secteur public (en tenant compte pour ce dernier des lois récemment introduites sur la divulgation d’actes répréhensibles qui s’y appliquent et de leur effet pour combler les problèmes soulevés par les acteurs du milieu). La numération romaine entre parenthèses indique les différentes sections abordées de même que l’ordre de présentation avec lequel nous procéderons.

I – Les droits et obligations du Code civil

Des divers droits et obligations du Code civil qui seront traités dans ce mémoire, l’article 2088 est le plus manifeste quant au comportement attendu du salarié durant et après la relation d’emploi :

⁷ Mélanie SAMSON et Christian BRUNELLE, « La liberté d’expression au travail et l’obligation de loyauté du salarié : étude empirique de l’incidence des chartes », (2007) 48 *C. de D.* 281

Le salarié, outre qu'il est tenu d'exécuter son travail avec prudence et diligence, doit agir avec loyauté et honnêteté et ne pas faire usage de l'information à caractère confidentiel qu'il obtient dans l'exécution ou à l'occasion de son travail.

Ces obligations survivent pendant un délai raisonnable après cessation du contrat, et survivent en tout temps lorsque l'information réfère à la réputation et à la vie privée d'autrui.⁸

Les obligations de prudence et diligence, bien qu'essentielles à une analyse exhaustive de l'article 2088, ne seront pas traitées dans ce chapitre puisqu'elles ne devraient pas entrer directement en conflit avec la liberté d'expression. Ce constat s'applique également à la question du conflit d'intérêts et de la concurrence économique déloyale. À la loyauté, l'honnêteté et la discrétion, ces derniers étant communément regroupés sous la dénomination « obligation de loyauté », s'ajouteront plutôt d'autres articles du Code civil comme ceux touchant la bonne foi, la divulgation d'un secret commercial, les droits de l'employeur ou, enfin, ses obligations envers les travailleurs. Cette section du premier chapitre a ainsi pour objectif de présenter un portrait complet du droit civil québécois qui intervient lorsqu'un travailleur fait usage de la critique ou de la dénonciation de l'employeur.

Avant tout, le champ d'application de l'obligation de loyauté nécessite d'être spécifié. Le salarié, dans la mesure où il répond aux critères de l'article 2085 du Code civil (recevoir une rémunération en échange d'une prestation de travail, pour un temps limité et de façon subordonnée à l'employeur⁹), doit se conformer à son obligation de loyauté. Dans les faits, il peut exister certaines disparités dans la jurisprudence selon les caractéristiques du salarié. Un représentant syndical pourrait se voir octroyer une plus grande flexibilité dans les propos qu'il peut émettre dans le cadre de ses fonctions au niveau de l'association. En effet, une attitude restrictive de l'employeur « mine[rait] la dynamique syndicale dans

⁸ Art. 2088 Code civil

⁹ Art. 2085 Code civil. À ce propos, les termes « salarié », « travailleur » ou « employé » sont ici utilisés de manière interchangeable, en faisant fi des autres significations que nous pourrions leur attribuer respectivement.

son essence même »¹⁰. L'obligation de loyauté varie également en intensité quand il est attendu que le salarié y fasse recours de façon accrue. Ceci est le cas, par exemple, lorsque le salarié occupe une fonction hiérarchiquement élevée dans l'entreprise¹¹. Nous y reviendrons plus en détail dans ce chapitre.

Cette présente section est composée de trois sous-sections regroupant respectivement les obligations qui incombent au salarié (I.1), les obligations qui incombent à l'employeur (I.2) et les obligations communes au salarié et à l'employeur (I.3).

I.1 – Les obligations du salarié

Le mémoire de France Hébert *Contenu de l'obligation du salarié en vertu du contrat individuel de travail en droit québécois*, daté de 1994, contient une étude approfondie des origines de **l'obligation de loyauté du travailleur**¹². Les prémisses de son application contemporaine remontent aussi loin qu'en droit romain. Deux conceptions de la relation d'emploi étaient caractéristiques de la société romaine : la « thèse du statut » qui s'apparente à la relation du maître et de son serviteur (ou bien du parent et de l'enfant) et la « thèse contractuelle » qui est fondée sur la liberté contractuelle et l'autonomie des parties. Puisque l'ensemble des constituants de la société romaine, y compris la relation d'emploi, était à l'époque basé sur le modèle de l'unité familiale, celle-ci s'apparentait, dans les faits, à la thèse du statut plutôt qu'à la thèse contractuelle. Les prérogatives de l'employeur étaient fortement renforcées par l'idéologie paternaliste et, de ce fait même,

¹⁰ Pierre C. GAGNON, « Le représentant syndical doit-il être loyal » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail (2002)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, EYB2002DEV616, p. 1, à la page 10 (PDF) (La référence)

¹¹ Hélène BUSSIÈRES, « Exécution du travail avec prudence et diligence, obligation de loyauté et de discrétion en cours et après la fin de l'emploi », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit du travail », *Rapports individuels et collectifs du travail*, fasc. 20, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, par. 6, à jour au 27 mai 2014

¹² France HÉBERT, *Contenu de l'obligation du salarié en vertu du contrat individuel de travail en droit québécois*, mémoire de maîtrise, Université de Montréal, 1994. Cet ouvrage a été par la suite publié sous la forme d'une monographie : France HÉBERT, *L'obligation de loyauté du salarié*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1995

par de lourdes obligations qui incombait aux travailleurs¹³. Ainsi, Hébert considère qu'il devait nécessairement exister une obligation de loyauté¹⁴. D'autres éléments historiques postérieurs à l'époque romaine démontrent une volonté de structurer la relation d'emploi selon le principe de la loyauté. Nous pouvons mentionner d'abord la vassalité et la sujétion, composantes intrinsèques du système féodal de l'Europe du Moyen-Âge. Le vassal devait prêter serment de fidélité (*fidelitas* ou *fides*) au seigneur¹⁵. Le contrat vassalique consistait en un contrat dit synallagmatique, c'est-à-dire un contrat contenant des obligations réciproques. Ainsi, le vassal ne devait pas causer « quelque dommage au corps de son seigneur », ne pas nuire à son seigneur « en livrant son secret ou ses châteaux forts qui garantissent sa sécurité », ne pas atteindre « aux droits de justice de son seigneur ou aux autres prérogatives intéressant l'honneur auquel il peut prétendre », ne pas faire de tort « aux possessions de son seigneur », ne pas rendre difficile « à son seigneur le bien que celui-ci pourrait facilement faire et afin qu'il ne rende pas impossible ce qui eût été possible à son seigneur » et de ne pas se contenter « de s'abstenir de faire le mal, mais [de] faire le bien », alors qu'il est attendu du seigneur de « rendre la pareille à celui qui lui a juré fidélité »¹⁶. Par ailleurs, dans la France des Temps modernes, le « livret d'ouvrier », un

¹³ La relation d'emploi caractéristique de la Rome antique était le contrat de louage. Hébert en distingue trois formes (« trichotomie ») : le *locatio conductio rei* (contrat de louage de choses), le *locatio conductio operis faciendi* (contrat d'entreprise) et le *locatio conductio operarum* (contrat d'emploi ou de service). Ce dernier, le contrat d'emploi, était « une “extension” du *locatio servi* » (contrat d'emploi d'esclaves) et « s'exerçait sous l'autorité totale et entière du “conductor” », avec « [un] lien de subordination [...] absolu » et « sans aucune restriction quant aux obligations qui incombait aux préposés » (p. 44 et 45). En regard de la conception contemporaine de la relation d'emploi, nous pouvons qualifier celle de la Rome antique comme assez misérable. L'esclave, soit la majorité de ceux qui travaillent de leurs mains, est considéré comme une chose (*res*) et n'est donc aucunement un sujet de droit.

¹⁴ « Compte tenu de la caractéristique fondamentale de la société romaine, nous pouvons affirmer que l'obligation de loyauté incombait au *locator* romain au même titre notamment que les obligations d'obéissance, de respect, d'honnêteté et de diligence » (p. 46). Il faut être prudent avec cette obligation de loyauté susdite par Hébert puisqu'elle s'apparente plutôt à l'assujettissement.

¹⁵ François Louis GANSHOF, *Qu'est-ce que la féodalité ?*, 5^e éd., Paris, Éditions Tallandier, 1982, p. 54-58. Notons que la fidélité de la relation entre le seigneur et le vassal dépassait largement le cadre propre au travail et se retrouvait dans chacune des couches de la société médiévale. La citation suivante (originellement en latin) attribuée par l'auteur à Charlemagne illustre les attentes du seigneur envers son vassal : « [...] à la différence de ce que beaucoup ont cru jusqu'à présent, il ne s'agit pas seulement d'une fidélité au seigneur empereur en ce qui concerne sa vie [c'est-à-dire qu'on n'entreprendra rien contre elle] et de l'engagement de ne pas entrer dans son royaume quelque ennemi par hostilité pour lui ou de ne pas consentir à l'infidélité d'un autre ou de la taire » (p. 65).

¹⁶ *Id.*, p. 135-136. Les citations entre guillemets proviennent d'une correspondance (en latin) de 1020 entre l'évêque de Chartres et le duc d'Aquitaine. Ce que l'évêque de Chartres sous-entend par « rendre la pareille à celui qui lui a juré fidélité » n'est pas spécifié, mais nous pouvons croire que cela signifie que le seigneur doit assurer la protection (physique et matérielle) de son vassal. Il est toutefois spécifié par l'évêque qu'un

permis de travail qui instaurait de façon concrète la loyauté comme nécessité à l'accès au travail, et la *Loi du 22 Germinal, an XI* (soit le 11 avril 1803 du calendrier grégorien) qui par diverses mesures afin de protéger les intérêts de la classe économique bourgeoise « consacre l'emprise de l'obligation de loyauté dans la relation d'emploi » constituent deux autres éléments dignes de mention¹⁷. Bien que le lecteur puisse se sentir dérouté par l'évocation de ces lois et usages appartenant à des époques révolues, il reste qu'ils sont pertinents parce qu'ils constituent le fondement du droit civil contemporain. Le *Code civil du Bas-Canada*, ancêtre du Code civil actuel, étant en effet fortement inspiré du *Code Napoléon* pour ce qui a trait au contrat de travail. Il faut noter toutefois que le *Code civil du Bas-Canada* n'énonce pas explicitement une quelconque obligation de loyauté envers l'employeur ; c'était plutôt à l'époque un concept s'appliquant à la relation d'emploi par l'entremise de la jurisprudence¹⁸.

L'arrêt *Canadian Aero Service c. O'Malley*¹⁹ est identifiée par Brunelle et Samson comme la première « reconnaissance moderne » par la Cour suprême du Canada (ci-après « Cour suprême ») d'une obligation de loyauté qui s'impose aux salariés²⁰. Les défendeurs à l'emploi de Canadian Aero Service étaient accusés d'avoir usurpé une occasion d'affaire à laquelle l'entreprise prenait part. Ils occupaient des fonctions de haute direction, impliquant qu'ils étaient liés étroitement à leurs obligations fiduciaires (*fiduciary duties*). À ce sujet, Bussièrès, précédemment citée, note que ces obligations sont celles qui sont les plus semblables à l'obligation de loyauté du Code civil dans les autres provinces régies par la common law, à la différence que les obligations fiduciaires en contexte de travail ne s'appliquent qu'aux dirigeants envers leur employeur²¹. Malgré cette nuance, le juge Bora Laskin précise dans cet arrêt les différents facteurs qui déterminent l'interprétation « [d]es

seigneur manquant à ses obligations serait « à bon droit taxé de mauvaise foi » et qu'un vassal faisant de même serait « coupable de perfidie et de parjure ».

¹⁷ F. HÉBERT., préc., note 12, p. 48.

¹⁸ Marie-France BICH, « Le contrat de travail », dans *La réforme du Code civil*, vol. 2, textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 768

¹⁹ *Canadian Aero Service Limited c. Thomas M. O'Malley, J. M. (George) Zarzycki, James E. Wells et Terra Surveys Limited*, [1974] R.C.S. 592 (ci-après « arrêt *Canadian Aero Service* »)

²⁰ Christian BRUNELLE et Mélanie SAMSON, « La liberté d'expression au travail et l'obligation de loyauté du salarié plaidoyer pour un espace critique accru », (2005) 46 *C.de D.* 847, 852

²¹ H. BUSSIÈRES, préc., note 11, par. 5 ; P. GAGNON, préc., note 10, p. 3

critères généraux de loyauté, bonne foi, et d'évitement de conflits d'intérêts et d'obligations », balisant la relation fiduciaire des administrateurs d'entreprise avec leurs actionnaires :

[...] [le] poste ou [les] fonctions exercées, la nature de l'occasion d'affaires de la compagnie, sa maturité, son caractère spécifique et la relation entre elle et l'administrateur ou le fonctionnaire de gestion, l'importance quantitative de la connaissance possédée, les circonstances dans lesquelles cette connaissance a été obtenue et si elle était d'une nature spéciale ou, en fait, privée même, le facteur temps quant au maintien de l'obligation de fiduciaire lorsque la violation alléguée se produit après qu'est rompu le lien qui unissait la personne avec la compagnie, et les circonstances en vertu desquelles eut lieu la rupture du lien, à savoir, s'il s'est agi de retraite, de démission ou de licenciement²².

La jurisprudence antérieure et postérieure à l'adoption du Code civil recèle également des précisions sur la manière dont le droit civil perçoit le concept de loyauté. La décision *Improthèque Inc. c. St-Gelais*²³, rendue en 1995, comporte un exposé du juge Pierre Bergeron de la Cour supérieure du Québec (ci-après « Cour supérieure ») consacré à ce qu'est concrètement la loyauté du salarié. Nous apprenons que l'ampleur de l'article 2088 est « moindre après le départ », qu'il n'y a aucune distinction entre salariés par rapport à l'assujettissement à l'obligation de loyauté, mais que l'obligation de loyauté varie « selon la nature de la fonction occupée [et] l'importance et la particularité de l'information possédée [lorsqu'elle est communiquée publiquement] [...] », que la bonne foi et la non-divulgence d'informations à caractère confidentiel sont exigées et enfin que le fardeau de preuve appartient à « celui qui demande le respect et l'application de l'obligation de loyauté et de discrétion »²⁴. Dans un arrêt de la Cour suprême du Canada datant d'avant l'instauration du Code civil, *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, il est affirmé qu'un manquement à l'obligation de bonne foi et à l'obligation de loyauté justifie amplement le congédiement d'un travailleur fautif²⁵.

²² Arrêt *Canadian Aero Service*, préc., note 19, p. 620

²³ *Improthèque Inc. c. St-Gelais*, [1995] n° AZ-95021751 (C.S.)

²⁴ *Id.*

²⁵ *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429, 437

Nous notons ainsi plusieurs aspects du comportement attendu d'un salarié en lien avec la loyauté qui pourraient avoir une incidence sur sa capacité de s'exprimer au travail. D'abord, l'article 2088 du Code civil impose au travailleur une certaine retenue quant aux propos qu'il peut exprimer publiquement : il « ne doit pas s'attaquer à la réputation de son employeur ou dénoncer les pratiques qu'il n'accepte pas ou étaler sur la place publique les différends qui l'opposent à l'employeur »²⁶. Un exemple récent répertorié dans la jurisprudence où il a été reconnu qu'un salarié a bel et bien manqué à son obligation de loyauté en n'ayant pas fait suffisamment preuve de retenue est *Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec (SFPQ) c. Gouvernement du Québec (Ministère du Développement durable, de l'Environnement et de la Lutte contre les changements climatiques)*²⁷. À la suite d'une entrevue à visage couvert pour le compte de Radio-Canada où un salarié fit part d'un manque constaté d'inspecteurs au ministère de l'Environnement, ce qui aurait amené le gouvernement à revoir ses cibles d'inspection à la baisse, le salarié fut congédié par l'employeur. Cette mesure disciplinaire a été modifiée par l'arbitre de grief. Il a considéré que le salarié avait manqué à son obligation de loyauté et même davantage étant donné son statut de fonctionnaire qui nécessitait de lui une loyauté plus accrue. Le congédiement a été cependant remplacé par une suspension de deux mois, en considération de facteurs atténuants comme la forte ancienneté du travailleur et ses motivations.

Les faits de cette décision peuvent nous servir également à introduire le dilemme concernant l'obligation de loyauté du salarié à l'occasion du travail et les informations d'intérêt public qu'il compte partager. Dans quelle mesure la première s'impose-t-elle vis-à-vis de la seconde ? Morin et ses coauteurs affirment qu'une « balance des inconvénients » doit être envisagée par le travailleur avant de s'exprimer publiquement²⁸. Les conséquences

²⁶ Marie-France BICH, « Contrat de travail et Code civil du Québec — Rétrospective, perspectives et attentes », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail (1996)*, t. 78, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 199. Cette citation se retrouve également dans C. BRUNELLE et M. SAMSON, préc., note 20, p. 853.

²⁷ *Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec (SFPQ) c. Gouvernement du Québec (Ministère du Développement durable, de l'Environnement et de la Lutte contre les changements climatiques)*, 2017 QCTA 617

²⁸ Fernand MORIN, Jean-Yves BRIÈRE, Dominic ROUX et Jean-Pierre VILLAGGI, *Le droit de l'emploi au Québec*, 4e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, n° II-97

possibles d'une sortie médiatique sur l'ensemble des parties prenantes peuvent être considérables. Les auteurs soutiennent toutefois qu'une appréhension d'effets néfastes sur l'entreprise ne devrait pas faire en sorte que l'intérêt public (et la liberté d'expression) soit de second ordre. Bussièrès cite deux décisions qui illustrent adéquatement l'attitude des tribunaux par rapport à l'obligation de loyauté et l'intérêt public²⁹. Dans la décision *Syndicat de l'enseignement de l'Ouest de Montréal c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*³⁰ du Tribunal d'arbitrage, une suspension avait été donnée à deux enseignants du niveau secondaire à qui la direction reprochait d'avoir accordé des entrevues à des journalistes sur les lieux de l'établissement scolaire, d'avoir distribué des lettres dans les médias dénonçant la situation et, pour l'un des deux plaignants, d'avoir distribué des tracts et fait rédiger des lettres de protestation par ses élèves dans le cadre des activités d'enseignement. Si en espèce la suspension de l'un des deux plaignants a été jugée appropriée par l'arbitre, ce dernier a mentionné qu'un enseignant se devait de faire primer les intérêts des élèves sur son obligation de loyauté et que le recours à une lettre dans les médias ou adressée aux parents constitue une dérogation légitime à l'obligation de loyauté³¹. Lorsqu'il est toutefois question de malhonnêteté et de fausseté dans les propos véhiculés par un salarié, l'intérêt public et la liberté d'expression ne pourraient pas être invoqués pour justifier de tels manquements à la loyauté envers l'employeur, comme il est question dans les faits de la décision *Trudeau c. Fraternité des policières et policiers de Montréal* de la Cour d'appel du Québec (ci-après « Cour d'appel »)³². Enfin, il faut préciser que la définition de l'intérêt public est assez subjective : un travailleur pourrait de bonne foi considérer que le fond de sa critique sert les intérêts de l'ensemble de la collectivité et contribue au débat public de questions sociales de grande envergure, alors que l'employeur ou les tribunaux pourraient juger le contraire. Dans *Re Simon Fraser University and Association of University and College Employees, Local 2*, une décision arbitrale de la Colombie-Britannique, nous retrouvons une liste de critères permettant de déterminer l'intérêt public d'une critique de l'employeur :

²⁹ H. BUSSIÈRES, préc., note 11, par. 31

³⁰ *Syndicat de l'enseignement de l'Ouest de Montréal et Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys (griefs individuels, Ann Synnett et un autre)*, D.T.E. 2007T-912, [2007] n° AZ-50454011 (T.A.)

³¹ *Id.*, par. 148

³² *Trudeau c. Fraternité des policières et policiers de Montréal*, 2013 QCCA 2079

Only when some higher purpose is served such as to expose crime or serious negligence, to serve the cause of higher learning, to fairly debate important matters of general public concern related to the employer or those in authority over him, as examples, can the employer be publicly criticized about the employer's conduct without breaching the duty of loyalty.³³

L'ajout du terme « honnêteté » à l'article 2088 provient d'une modification récente du législateur. Dans l'optique d'harmoniser la version de langue française et la version de langue anglaise du Code civil, divers changements ont été apportés avec l'adoption de la *Loi visant à assurer une meilleure concordance entre les textes français et anglais du Code civil* en 2016³⁴. En effet, la version de langue anglaise comportait dès l'entrée en vigueur du Code civil en 1994 la formulation « *to act faithfully and honestly* ». La mention explicite que la relation d'emploi doit forcément être basée sur l'honnêteté du salarié démontre — nous nous permettons ici d'extrapoler — une volonté du législateur de souligner cet élément qui n'était pourtant pas étranger à la conceptualisation de la loyauté.

Il est admis que les manquements à l'obligation d'honnêteté comme « la fraude, le vol ou la falsification de documents » constituent une cause juste et suffisante de congédiement sans préavis³⁵. En ce qui concerne la problématique de la critique de l'employeur et de la divulgation d'actes répréhensibles, il serait approprié de se pencher sur les propos qui sont mensongers, motivés par des intérêts personnels ou les deux à la fois. Le mensonge est bel et bien un manquement grave à l'obligation de loyauté, comme l'affirment Dubé et Trudeau : « le salarié qui émet volontairement de fausses informations au sujet de son employeur commet évidemment une faute grave »³⁶. Il faut noter que le

³³ *Re Simon Fraser University and Association of University and College Employees, Local 2* (1985), 18 L.A.C. (3d) 361, 368. Le litige résulte de sanctions imposées à des professeurs d'une université pour une sortie publique critiquant une politique de porte ouverte. L'arbitre a conclu que ces mesures disciplinaires ont contrevenu à la liberté d'expression de la Charte canadienne, mais selon une limite raisonnable, en prenant compte de l'obligation de loyauté des salariés.

³⁴ *Loi visant à assurer une meilleure concordance entre les textes français et anglais du Code civil*, L.Q. 2016, c. 4, art. 228

³⁵ H. BUSSIÈRES, préc., note 11, par. 20. L'auteure s'appuie sur plusieurs cas jurisprudentiels dont la décision *Pro-quai inc. c. Tanguay*, D.T.E. 2006T44, [2006] n° AZ-50346814 (C.A.).

³⁶ Louise DUBÉ et Gilles TRUDEAU, « Les manquements du salarié à son obligation d'honnêteté et de loyauté en jurisprudence arbitrale », dans Gilles TRUDEAU, Guylaine VALLÉE et Diane VEILLEUX (dir.), *Études en*

travailleur critiqueur ou dénonciateur a le devoir de s'assurer que les informations qu'il rend publiques sont véridiques, il ne pourrait soutenir qu'il a eu de bonnes intentions advenant le cas où elles seraient fausses ou contiendraient des éléments faux : un mensonge resterait un mensonge³⁷. Ce raisonnement soulève des questions importantes : si un travailleur occupant un poste « hiérarchiquement inférieur » perçoit une situation où il juge, à la lumière de ses connaissances relatives à l'entreprise ou du cadre légal applicable, qu'un acte répréhensible a été commis, devrait-il alors nécessairement s'enquérir d'informations normalement inaccessibles pour lui (par exemple, des états de compte) avant de procéder à une dénonciation ?³⁸ Dans l'affirmative, imposerions-nous une trop lourde responsabilité qui viendrait décourager la divulgation de possibles méfaits ? Nous pourrions être tentés de rétorquer qu'en considérant que le travailleur se doit de dénoncer les actes répréhensibles prioritairement à l'interne avant d'aller à l'externe (cette norme jurisprudentielle sera abordée plus loin quand il sera question du *whistleblowing*) il pourrait être ainsi informé par son supérieur immédiat ou la personne responsable de ce genre de situation que ce qu'il croyait être un acte répréhensible n'en est finalement pas un avant que la dénonciation injustifiée constitue un manquement à la loyauté et l'honnêteté³⁹. Par contre, il est légitime de penser que les instances internes ne sont pas toutes réceptives ou coopératives quant à la dénonciation du travailleur et qu'une dénonciation non véridique pourrait dans certains cas se retrouver à être émise à l'externe de l'entreprise.

Les motivations du travailleur qui critique ou dénonce son employeur sont également analysées au niveau de la jurisprudence quant à savoir s'il y a un manquement à l'obligation de loyauté. Elles doivent être empreintes de « bonne foi et avec un minimum

droit du travail à la mémoire de Claude D'Aoust, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 51. Cette citation se retrouve également dans C. BRUNELLE et M. SAMSON préc., note 20, p. 896.

³⁷ C. BRUNELLE et M. SAMSON, préc., note 20, p. 897

³⁸ En réponse à cette interrogation, Brunelle et Samson considèrent que les tribunaux ne devraient aucunement exiger préalablement du travailleur une connaissance parfaite de l'ensemble « des données du problème » avant de lancer l'alerte.

³⁹ Dans *Beaulieu et Centre de services partagés du Québec*, 2015 QCCRT 0432 (ci-après « décision *Beaulieu* »), un travailleur avait dénoncé des irrégularités (la non-facturation de certains frais à des fournisseurs en téléphonie) qu'il croyait être de la corruption alors qu'elles n'en étaient pas. Si d'autres facteurs ont contribué à son congédiement (dont la transmission d'informations confidentielles à son syndicat), la perception erronée qu'il avait affaire à un acte répréhensible n'a pas été un facteur atténuant.

d'objectivité » ; elles ne peuvent ainsi servir de support à la vengeance⁴⁰. Un élément que la doctrine et la jurisprudence ne semblent pas avoir approfondi nous rend perplexes. Une dénonciation motivée par des intérêts personnels serait une violation de l'obligation de loyauté, même si les allégations s'avèrent fondées. Alors, un travailleur malveillant qui dénonce un acte répréhensible ne devrait-il pas bénéficier des protections légales contre les mesures disciplinaires octroyées aux lanceurs d'alerte ? Ne faudrait-il pas se dégager d'une logique de procès d'intention et plutôt considérer les actes reprochés en premier lieu ?

Nous allons aborder comme dernier sujet relatif à la loyauté du salarié les cas particuliers du salarié syndiqué et du représentant syndical. Au croisement inéluctable de l'obligation de loyauté avec les libertés constitutionnelles d'expression et d'association, plusieurs questions s'imposent. La loyauté du salarié s'estime-t-elle différemment en contexte de rapports collectifs de travail ? Nous nous pencherons précisément sur le cas plus général du travailleur syndiqué et sur le cas plus spécifique du représentant syndical. Le représentant syndical doit-il faire davantage preuve de loyauté qu'un travailleur n'occupant pas de telles fonctions ou le représentant peut-il faire preuve d'une loyauté moindre ?

D'abord, quelques remarques préliminaires. L'auteur Pierre C. Gagnon appelle à distinguer l'association accréditée (et les travailleurs qui œuvrent directement pour celle-ci) des représentants syndicaux. La première ne possède nulle obligation en vertu du contrat de travail, donc aucune obligation de loyauté, puisqu'elle n'est pas liée par un contrat de travail avec l'employeur⁴¹. Le représentant syndical, c'est-à-dire « [le] salarié qui, tout en maintenant son lien d'emploi auprès de l'employeur, reçoit de l'association accréditée le pouvoir d'agir et parler en son nom de façon générale ou particulière »⁴², doit pour sa part agir loyalement envers l'employeur⁴³. Le travailleur syndiqué possède, en vertu de ses

⁴⁰ *Villa d'Argenteuil 1996 inc. c. Union des employées et des employés de service, section locale 800*, D.T.E. 2002T-446 (T.A.). Dans cette affaire, le congédiement d'une préposée aux bénéficiaires avait été confirmé par l'arbitre de griefs puisqu'il avait été reconnu que la plaignante eut dénoncé l'employeur dans un dessein de vengeance à la suite du renvoi d'une collègue de travail.

⁴¹ P. GAGNON, préc., note 10, p. 9

⁴² *Id.*

⁴³ *Id.*, p. 1 et 17 ; C. BRUNELLE et M. SAMSON, préc., note 20, p. 862

libertés d'expression et d'association, la capacité d'intégrer une dimension expressive (et publique) à son action syndicale, notamment avec l'appel au boycottage de l'employeur, la ligne de piquetage ou la distribution de tracts⁴⁴. En effet, nous ne pouvons nier les conclusions de l'important arrêt de la Cour suprême qu'est *BC Health Services* portant sur la liberté d'association : une activité expressive qui se rapporte à la négociation collective est désormais protégée par la liberté d'association, et ce, au même titre qu'une quelconque expression, s'effectuant dans un contexte plus général, l'est par la liberté d'expression⁴⁵. Au regard de cet arrêt, il est possible d'y voir une double protection accordée à la prise de parole en contexte syndical : une protection provenant de la liberté d'expression et une protection provenant de la liberté d'association.

Si Gagnon remarque dans la jurisprudence qu'une atténuation de l'obligation de loyauté existe lorsqu'il y a conflit de travail, celle-ci n'en décharge pas le salarié complètement⁴⁶. Des actes commis envers l'employeur et transgressant les lois comme la diffamation ou le mensonge ne pourraient être justifiés, et ce, même si le salarié agit en tant que représentant syndical⁴⁷. En revanche, la jurisprudence démontre que le statut de représentant syndical lui procure une immunité dite relative lorsqu'il exerce ses fonctions de représentant syndical⁴⁸, mais selon certaines limites⁴⁹. Le représentant syndical, toujours dans le cadre de son mandat, a une liberté d'exprimer des propos qui normalement seraient considérés comme contraires à son obligation de loyauté⁵⁰. Brunelle et Samson mentionnent que lorsque le représentant syndical décide de prendre publiquement parole,

⁴⁴ Voir Pierre VERGE, « La liberté d'expression est-elle en phase avec l'action syndicale ? », (2012) 53 *C. de D.* 813.

⁴⁵ *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391 (ci-après « arrêt *BC Health Services* »). Dans cet arrêt, la Cour suprême détermine que la liberté d'association inclut la protection de la négociation collective.

⁴⁶ P. GAGNON, préc., note 10, p. 23

⁴⁷ F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX et J.-P. VILLAGGI, préc., note 28, II-97

⁴⁸ Brunelle et Samson utilisent la métaphore du funambule : le représentant syndical ayant le rôle ingrat d'être un funambule marchant sur le mince fil de fer qui symbolise sa marge de manœuvre entre ses obligations envers son employeur et son devoir envers les salariés, l'immunité qui lui est accordée représente un filet lui permettant d'exercer « sa double fonction ».

⁴⁹ Le terme jurisprudentiel « immunité relative » est utilisé pour signifier ces limites.

⁵⁰ D'ailleurs, en fonction de l'arrêt *Douglas Aircraft Co. of Canada c. McConnell*, [1980] 1 R.C.S. 245, « le représentant syndical n'a pas, du seul fait de ce statut, un devoir particulier à l'égard de l'employeur, mais que cela ne le met pas à l'abri de sanction en cas d'agissements illégaux », comme le rapporte P. GAGNON, préc., note 10, p. 11. Il n'est donc pas exigé du représentant syndical une loyauté plus rigoureuse qu'un simple salarié.

la jurisprudence lui a accordé dans certaines décisions une immunité même si ses propos contiennent « de légères exagérations ou des demi-vérités »⁵¹, sont faux « en raison d'un manque de communication »⁵² ou constituent même de la diffamation, puisqu'il a agi « en qualité de messenger des membres du syndicat plutôt qu'à titre personnel »⁵³. Les limites de l'immunité syndicale concernent, comme tout juste mentionné, la diffamation, les mensonges et autres actes illégaux : le représentant syndical ne pourrait invoquer son immunité en cas de mesures disciplinaires ou de poursuites civiles⁵⁴. De plus, cette immunité est exclusive aux activités liées à la fonction de représentant syndical ; le représentant ne pourrait pas invoquer son immunité pour des propos envers l'employeur qui ont été émis à titre personnel ou qui n'ont « aucun rapport avec la négociation collective ou la détermination des conditions de travail »⁵⁵.

Somme toute, la loyauté et l'honnêteté sont des éléments essentiels à la relation d'emploi. Une transgression importante à cette obligation peut occasionner l'imposition de mesures disciplinaires au salarié fautif. Cependant, la détermination de ce qui constitue un geste déloyal ou malhonnête par rapport à la critique ou la dénonciation de l'employeur relève d'interprétations par les tribunaux qui privilégient une approche contextualisée, à l'inverse d'une approche avec des critères rigides. De ce fait, une même action a priori contraire à l'obligation de loyauté du salarié pourrait être légitime si, par exemple, elle revêt un intérêt public ou est formulée d'une façon à présenter les faits le plus exactement possible. Nous pourrions donc affirmer que si effectivement la loyauté et l'honnêteté sont essentielles, elles n'ont pas une portée absolue.

Au premier alinéa de ce même article 2088, il est écrit que le salarié doit s'abstenir de communiquer des informations qui sont confidentielles et qu'il acquiert lors de sa

⁵¹ Les éléments textuels cités aux notes 50 à 52 proviennent de décisions paraphrasées par C. BRUNELLE et M. SAMSON, préc., note 20, p. 863 : *Union des facteurs du Canada c. Société canadienne des postes*, (1988) 88 CLLC 14,445 [16,064] (C.C.R.T.); *Pavillon du Parc inc. c. Syndicats des employées et employés du C.E.V. d'Aylmer (C.S.N.)*, D.T.E. 2003T-1190 (T.A.).

⁵² *City of Nanaimo c. International Association of Firefighters, local 905*, (2002) 109 L.A.C. (4th) 408 (B.C.)

⁵³ *Syndicat de l'enseignement de la région du Fer c. Commission scolaire du Fer*, [2003] R.J.D.T. 1898 (T.A.)

⁵⁴ C. BRUNELLE et M. SAMSON, préc., note 20, p. 864

⁵⁵ *Id.*, p. 865

prestation de travail et, au second alinéa, pour une durée indéterminée lorsque ces informations peuvent toucher la réputation ou la vie privée d'autrui (**l'obligation de discrétion**). La divulgation d'actes répréhensibles et aussi la critique de l'employeur, dans une certaine mesure, nécessitent dans bien des cas la communication d'informations confidentielles, alors lesquelles devraient l'emporter sur l'autre ? La communication d'un problème de travail d'intérêt public ou la préservation de la réputation ou de la vie privée ?

Il serait donc intéressant de bien définir en quoi consiste l'information confidentielle selon les interprétations qu'en ont faites les tribunaux. Bussières soutient qu'à l'inverse de l'information qualifiée de banale ou usuelle (soit l'information connue de tous et facilement accessible), l'information confidentielle appartient de façon restreinte à l'employé (soit l'information qui « est acquise par l'employé dans le cadre ou l'exécution de son travail, c'est-à-dire les connaissances, les techniques et le savoir-faire relatif à son occupation dans l'entreprise ») ou à l'employeur (soit l'information « qui n'est pas généralement connue ou ne peut pas être obtenue ou reconstituée facilement », ce qui inclut les secrets commerciaux ou les informations touchant la vie privée)⁵⁶. Il est évident que la détermination de ce qu'est une information confidentielle comporte une dimension subjective qui peut être matière à controverse. De surcroît, la Cour supérieure a fourni plusieurs indications permettant de mieux saisir la nature d'une information : elle est confidentielle lorsqu'elle « n'est pas librement accessible à tous ceux, fussent-ils peu nombreux, qui la convoient » et lorsqu'elle suppose une certaine utilité technique et une valeur pécuniaire⁵⁷. Cela implique une volonté de restreindre l'utilisation du qualificatif d'information confidentielle à des informations dont nous pouvons raisonnablement croire qu'elles le sont. Bussières recense également des aspects qu'un employeur doit démontrer au sujet de la confidentialité d'une information s'il prétend qu'un travailleur a agi de façon indiscrete : une circulation de l'information limitée aux employés, une information

⁵⁶ H. BUSSIÈRES, préc., note 11, par. 41. Les décisions *Groupe Bocenor inc. c. Drolet*, D.T.E. 2007T-711, [2007] n° AZ-50441995 (C.S.), *Gestion Marie-Lou inc. c. Lapiere*, D.T.E. 2003T-864, [2003] n° AZ-5019001 (C.A.), *2413-8760 Québec inc. (Maison des Encans de Montréal) c. Forand*, D.T.E. 2008T-378, [2008] n° AZ-50486352 (C.S.), *MF Composites inc. c. Morin*, D.T.E. 2007T-597, [2007] n° AZ-50437613 (C.S.) et *Éditions CEC inc. c. Hough*, D.T.E. 2008T-810 [2008] n° AZ-50514157 (C.S.) servent de références pour appuyer les propos de l'auteur.

⁵⁷ *Freetime Omnimedia inc. c. Weekendesk France*, 2009 QCCS 24, par. 59.

détenant une valeur pour lui (une valeur où sont considérés les efforts et les investissements pour acquérir cette information) ou le concurrent s'il en prenait possession (en considérant, cette fois-ci, les efforts et les investissements que le concurrent aurait dû mobiliser pour l'acquérir en temps normal), des mesures mises en place pour protéger l'information et l'intensité de celles-ci et enfin une perception de confidentialité de l'information de son point de vue (les tribunaux accordent ainsi tout de même une importance à l'appréciation subjective de la confidentialité)⁵⁸. Quoiqu'il en soit, nous sommes d'avis qu'un salarié qui s'exprime publiquement devrait être prudent quant aux possibles informations confidentielles qu'il divulgue et qu'il devrait s'en tenir à ce qui sert à exposer clairement une situation problématique. Mais nous sommes aussi d'avis que la protection des informations confidentielles ne saurait bénéficier d'un caractère absolu, et ce, au détriment de l'intérêt public, ce qui est cohérent avec le libellé de l'article 1472 du Code civil, à tout le moins concernant les secrets commerciaux.

À propos de cet article 1472, une personne peut être exonérée de sa responsabilité civile lorsqu'elle divulgue un secret commercial d'intérêt public :

Toute personne peut se dégager de sa responsabilité pour le préjudice causé à autrui par suite de la divulgation d'un secret commercial si elle prouve que l'intérêt général l'emportait sur le maintien du secret et, notamment, que la divulgation de celui-ci était justifiée par des motifs liés à la santé ou à la sécurité du public.⁵⁹

Il y a une distinction à faire entre le terme « secret commercial » et le terme plus général « information confidentielle », englobant le premier. Le secret commercial sous-entend une information confidentielle s'appliquant uniquement à l'activité économique. L'exonération de l'article 1472 possède donc une portée assez restrictive. Déjà dans les années suivant tout juste l'adoption du Code civil, l'auteur Claude Masse se questionnait sur l'apparente restriction de l'article 1472 aux informations confidentielles de nature

⁵⁸ H. BUSSIÈRES, préc., note 11, par. 42. Les décisions *Gestion Marie-Lou inc. c. Lapierre*, préc., note 56 et *Positron Inc. c. Desrochers*, D.T.E. 88T-498, [1988] n° AZ-88021297 sont cette fois-ci mentionnées par l'auteur.

⁵⁹ Art. 1472 Code civil

privée au détriment « [...] [d]u domaine des “secrets” détenus par l’État au nom du même principe »⁶⁰. Toutefois, Masse précise qu’il ne faut pas interpréter ce terme de façon littérale et y voir une exemption à la responsabilité civile uniquement quand il s’agit de brevets ou de procédés industriels. Il reste que cet article concerne exclusivement les informations confidentielles de nature privée, même s’il peut être envisagé que « la notion d’ordre public rattachée [...] devrait permettre d’étendre la même immunité [de l’article 1472] à la divulgation d’autres types d’informations »⁶¹.

L’article 1472 du Code civil trouve certainement des applications dans le cadre du contrat de travail. La protection qu’il confère au travailleur est toutefois limitée. S’il permet la divulgation d’informations confidentielles privées et d’intérêt public sans le risque qu’un travailleur puisse être poursuivi, il ne protège pas celui-ci, selon Bussières, contre le congédiement et les autres mesures disciplinaires ni contre les injonctions fondées sur un manquement à l’obligation de loyaut e⁶². à ce sujet, Morin et ses coauteurs envisagent la possibilité d’une « exonération globale » : en vertu du droit à la liberté d’expression de l’article 3 de la Charte qu eb ecoise⁶³ et des principes généraux du Code civil, le salarié devrait être plutôt consid er e en sa qualité de citoyen lorsqu’il divulgue des informations confidentielles et, par le fait même, il ne devrait pas se voir reprocher d’avoir manqué à son obligation de loyaut e⁶⁴. Comme remarque finale, les lacunes et les limites soulevées par rapport à l’article 1472 pourraient avoir été comblées (ou en partie comblées) par des ajouts législatifs ultérieurs, comme ceux introduits dans le *Code criminel*⁶⁵ ou provenant de la *Loi facilitant la divulgation d’actes r ep rehensibles à l’égard des organismes publics*⁶⁶, comme nous l’examinerons dans la section III du présent chapitre.

⁶⁰ Claude MASSE, « La responsabilité civile », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, préc., note 18, p. 313

⁶¹ BCF, « Le contrat de travail » dans Collection de droit 2019-2020, Barreau du Québec, vol. 9, *Droit du travail* (2019), Montréal,  ditions Yvon Blais, EYB2019CDD196, p. 1, 10 (PDF) (La référence)

⁶² H. BUSSIÈRES, préc., note 11, par. 35.

⁶³ Art. 3 Charte québécoise

⁶⁴ F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX et J.-P. VILLAGGI, préc., note 28, n o II-97.

⁶⁵ L.R.C. 1985, c. C-46, art. 425.1 (ci-après «C.cr.»).

⁶⁶ RLRQ, c. D-11.1

La divulgation d'actes répréhensibles ou *whistleblowing* (dans le contexte du travail) est l'action du travailleur de communiquer à l'employeur, à une autorité indépendante de l'employeur ou au public une transgression (un acte répréhensible) aux lois, à la réglementation organisationnelle ou professionnelle ou à l'éthique. La divulgation d'actes répréhensibles, à la différence de la critique, suppose nécessairement qu'un acte contraire aux lois, à la réglementation, etc. a été commis. Récemment, le législateur a apporté de profonds changements dans la manière selon laquelle ce concept est appliqué en introduisant et modifiant des lois dans l'optique de protéger le lanceur d'alerte salarié et du fait même d'encourager la divulgation en milieu de travail. Les développements qui suivent concernent le cadre législatif de la divulgation d'actes répréhensibles dans le contexte du travail par rapport aux interprétations jurisprudentielles du Code civil. Les lois aménageant la divulgation d'actes répréhensibles seront quant à elles traitées par après dans une section qui leur est proprement consacrée (III).

Deux types de divulgation d'actes répréhensibles en contexte du travail existent : la divulgation interne et la divulgation externe. La divulgation interne consiste en une divulgation qui s'effectue selon les structures mises en place à l'interne de l'entreprise ou de l'organisation. Autrement dit, la communication d'un acte répréhensible est adressée à l'employeur. Elle peut se faire d'une façon informelle (par exemple, directement au supérieur immédiat) ou selon un processus préétabli. La divulgation externe consiste pour sa part en toutes divulgations s'effectuant hors des frontières de l'entreprise. Autant la divulgation publique (par exemple, dans les médias) ou la divulgation auprès d'un organisme externe sont comprises dans ce type.

La jurisprudence fondée sur le Code civil favorise le recours à une divulgation d'actes répréhensibles à l'interne de l'entreprise ou de l'organisation avant une diffusion externe. L'auteure Fany O'Bomsawin propose la démarche par étape suivante comme préalable à la divulgation externe, cette démarche étant une synthèse de ce que nous pouvons retrouver au niveau de cette jurisprudence.

[Le travailleur avant de divulguer extérieurement un acte répréhensible doit :]

1. Avoir épuisé les recours internes.
2. Être de bonne foi, ne pas être motivé par un esprit de vengeance.
3. Divulguer seulement ce qui est d'intérêt public.
4. S'assurer que l'information rendue publique est véridique.
5. S'assurer que l'ampleur de l'intervention publique n'est pas disproportionnée avec l'objectif poursuivi.⁶⁷

Parmi les éléments les plus significatifs, l'obligation de bonne foi (2.), la nécessité que la divulgation soit d'intérêt public (3.) ou l'obligation de s'assurer de la véracité de celle-ci (4.) pourraient complexifier davantage la divulgation, comme il fut abordé précédemment. De plus, l'épuisement de tous les recours internes (1.) nous paraît être une condition *sine qua non* de toutes démarches externes. Les autres points seraient des conditions qui concernent le fond de la dénonciation, leur importance respective étant modulée par le contexte dans lequel la dénonciation s'inscrit.

La divulgation interne d'actes répréhensibles est donc préliminaire à la divulgation externe. Cette dénonciation doit être rigoureuse : l'ensemble des paliers devront être avisés de l'acte potentiellement répréhensible avant que la dénonciation sorte des murs de l'entreprise ou de l'organisation⁶⁸. Le syndicat n'apparaît pas comme l'un de ces paliers organisationnels ; avoir uniquement avisé celui-ci ne pourrait être suffisant afin de justifier la divulgation à l'externe⁶⁹. Aussi, le salarié ne possède pas une obligation catégorique de divulguer les actes répréhensibles dont il a eu vent, directement ou non, comme l'affirment les auteurs Bonhomme et Paquette⁷⁰. Toutefois, il devra dénoncer à l'employeur des actes

⁶⁷ Fany O'BOMSAWIN, « La divulgation d'actes répréhensibles » dans Conférence des arbitres du Québec, Débats d'actualité, vol. 2, Montréal, Wilson & Lafleur, 2014. Le passage cité est une paraphrase provenant du texte d'André SASSEVILLE et Georges SAMOISSETTE FOURNIER, « L'employé sonneur d'alarme dans la lutte contre la corruption : outil efficace ou obstacle à la gestion des ressources humaines » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail (2017)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, EYB2017DEV2482, p. 1, 5 (PDF) (La référence).

⁶⁸ Voir *Fédération interprofessionnelle de la santé du Québec (SPSSRY)* et *Centre de santé et de services sociaux Richelieu-Yamaska (Jeannine Lévesque)*, 2014 QCTA 458.

⁶⁹ Voir la décision *Beaulieu*, préc., note 39.

⁷⁰ Robert BONHOMME et Simon-Pierre PAQUETTE, « Existe-t-il vraiment un conflit entre l'obligation de loyauté et l'obligation de divulgation interne et externe en milieu de travail ? » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail (2006)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, EYB2006DEV1167, p. 1 (PDF) (La référence)

répréhensibles dans certaines situations précises. La première situation est en lien avec la fonction qu'occupe le travailleur : la dénonciation est exigée pour « un employé occupant un poste de supervision, détenant un degré élevé de responsabilités ou dont les fonctions incluent la gestion ou le maniement de sommes d'argent importantes »⁷¹. La seconde est lors d'une enquête où l'employeur interroge un travailleur ; dans cette situation, un travailleur ne pourrait refuser de collaborer à l'enquête et un tel refus serait suffisant pour justifier l'imposition d'un congédiement.

Si la divulgation interne s'effectue à l'aide des processus internes de réception et d'administration des plaintes, alors nous pouvons dire que la divulgation externe se réalise par des éléments externes à ce processus. D'une part, il y a tous les organismes externes qui sont mandatés pour administrer des plaintes : le Protecteur du citoyen ou les différents corps policiers en sont des exemples. D'autre part, l'opinion publique, par l'intermédiaire des tribunes offertes par l'internet ou celles offertes par les médias traditionnels, peut être directement interpellée par une divulgation d'actes répréhensibles. Que la santé et la sécurité des citoyens soient menacées ou qu'il s'agisse de corruption, nous ne pouvons nier la puissance d'une divulgation d'actes répréhensibles sur l'opinion publique et l'impact de l'opinion publique en tant qu'agent de régulation sociale. L'exemple suivant peut paraître extrême. La divulgation externe par un informaticien d'un système de surveillance gouvernemental visant les citoyens états-uniens et violant potentiellement de nombreuses libertés individuelles ainsi que le scandale qu'elle suscita démontrent l'impact que peuvent avoir de telles révélations sur l'environnement politique, légal et social⁷². Il n'est pas surprenant que des citoyens au fait d'actes répréhensibles ou éthiquement questionnables puissent utiliser cette avenue pour transmettre leur message : l'événement susdit a, au minimum, sensibilisé les citoyens états-uniens sur l'enjeu on ne peut plus actuel de la surveillance numérique. L'épuisement des recours internes ainsi que la crainte de représailles ou de censure par l'employeur sont aussi des facteurs qui poussent des travailleurs à « extérioriser » leur dénonciation.

⁷¹ *Id.*, p. 5-6

⁷² Nous faisons référence au scandale de la National Security Agency, divulgué par le lanceur d'alerte Edward Snowden en 2013.

La divulgation externe des actes répréhensibles doit être appréhendée comme une mesure risquée et exceptionnelle. En effet, lorsqu'analysée froidement, la dénonciation à l'extérieur de l'organisation déroge à l'obligation de loyauté. Le lanceur d'alerte s'exposerait ainsi à des risques considérables de subir des représailles. La seule protection que nous retrouvons en droit civil contre de potentielles mesures disciplinaires est l'article 1472. Mais, à bien des égards, cette protection est incomplète, comme nous l'avons précédemment mentionné. Le législateur, afin d'encourager l'expression de situations d'intérêt public en dehors des milieux de travail (où pourrait régner une sorte « d'omerta »), a adopté des protections dans des lois autres que le Code civil, et ce, à plusieurs reprises. C'est ainsi qu'une analyse qui porterait uniquement sur des dispositions de droit civil et de la jurisprudence s'y rattachant serait incomplète pour comprendre l'état actuel du droit du travail concernant la divulgation d'actes répréhensibles. Le Code civil, dans les situations où il n'est pas contredit par les lois que nous verrons à la section III, reste toutefois applicable, notamment pour la divulgation dans les entreprises privées.

Enfin, il est admis que des conséquences néfastes pour l'employeur peuvent résulter d'une critique ou d'une dénonciation publique. **L'atteinte au droit à la réputation** de ce dernier apparaît être l'un des arguments les plus souvent plaidés lors de causes relatives aux manquements à l'obligation de loyauté⁷³. La réputation d'une personne est la perception que les autres entretiennent sur elle⁷⁴. Le caractère fautif des propos d'une personne s'évalue selon la véracité, les intentions et l'intérêt public que la communication peut-être fautive revêt (ou son absence d'intérêt public), et cela, au moyen du critère de la personne raisonnable, à l'instar de la bonne foi⁷⁵. En vertu des règles de la responsabilité civile, l'employeur pourrait obtenir des dommages de la part du salarié pour atteinte à sa

⁷³ Le droit au respect de sa réputation est établi aux articles 3 et 35 du Code civil et à l'article 4 de la Charte québécoise.

⁷⁴ Hélène GUAY, « Les droits de la personnalité » dans Collection de droit 2019-2020, Barreau du Québec, vol. 3, *Personnes et successions* (2019), Montréal, Éditions Yvon Blais, EYB2019CDD107, p. 1, 26 (PDF) (La référence)

⁷⁵ Mariève LACROIX, « Une conceptualisation novatrice de la diffamation en droit privé à la lueur de la *Charte des droits et libertés de la personne* et du *Code civil du Québec* », (2015) 93 *R. du B. can.* 676, 697-698.

réputation s'il établit la faute du salarié ainsi que l'étendue du préjudice qu'elle a engendré pour lui⁷⁶.

Le plus souvent, c'est par l'imposition de mesures disciplinaires que l'employeur réagira à la critique ou la dénonciation publique du salarié, et ce, en vertu de ses droits de direction. C'est l'article 2085 du Code civil qui constitue le fondement juridique du contrat de travail individuel et, par le fait même, **des droits de direction de l'employeur**⁷⁷. En effet, outre que le contrat de travail individuel est décrit comme celui où un salarié s'engage à fournir une prestation de travail en échange d'une rémunération et pour un temps limité, le droit de direction et de contrôle de l'employeur y est établi. Ce dernier élément de cette définition qui est communément dénommé « subordination juridique » est propre au contrat de travail : le lien de subordination juridique qui unit le salarié et l'employeur est l'élément le plus décisif lorsqu'il est nécessaire de distinguer le contrat de travail des autres types de contrats qui impliquent un travail contre une rémunération, dont le contrat d'entreprise ou de service⁷⁸. Deux conceptions différentes de la subordination juridique existent : la subordination juridique « stricte » ou « classique » qui réside dans « la faculté, laissée à celui qu'on reconnaîtra alors comme l'employeur, de déterminer le travail à exécuter, d'encadrer cette exécution et de la contrôler »⁷⁹ et la subordination juridique « au sens large » qui, comme sa dénomination l'indique, est une conception plus libérale dans laquelle l'appréciation de la présence ou non du lien de subordination est déterminée à l'aide d'indices d'encadrement, comme « [la] présence obligatoire à un lieu de travail, une certaine régularité dans l'assignation du travail, [l']imposition de règles de conduite ou de

⁷⁶ Rappel des sources du droit de la diffamation et examen dans le cadre des rapports collectifs du travail : Stéphane FOREST et Gaétan LÉVESQUE, « La diffamation et les rapports collectifs de travail : état du droit et discussions quant à la preuve du préjudice et les pouvoirs de réparation des arbitres », *Développements récents en droit du travail (2018)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, EYB2018DEV2590, p. 1 (PDF) (La référence)

⁷⁷ Art. 2085 Code civil

⁷⁸ BCF, préc., note 61, p. 5. Le contrat d'entreprise ou de service est traité à l'article 2098 du Code civil : « Le contrat d'entreprise ou de service est celui par lequel une personne, selon le cas l'entrepreneur ou le prestataire de services, s'engage envers une autre personne, le client, à réaliser un ouvrage matériel ou intellectuel ou à fournir un service moyennant un prix que le client s'oblige à lui payer ».

⁷⁹ *Id.*

comportement, [l']exigence de rapports d'activité, [le] contrôle de la quantité ou de la qualité de la prestation, etc. »⁸⁰.

Le droit de direction et de contrôle implique nécessairement le droit d'imposer des mesures disciplinaires. Les fautes civiles telles que le manquement à l'obligation de loyauté peuvent entraîner l'imposition de celles-ci qui peuvent aller jusqu'au congédiement, comme il fut abordé précédemment avec l'arrêt *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*⁸¹. Ce droit est affirmé par l'article 2085 du Code civil, mais aussi par l'article 2094 qui permet aux parties de résilier unilatéralement et pour un motif sérieux (le manquement à l'obligation de loyauté en est un) le contrat de travail⁸². Tout en gardant en tête que les droits de direction, dont celui d'imposer des mesures disciplinaires, doivent impérativement s'effectuer en concordance avec le principe fondamental de la bonne foi et de l'absence d'abus de droit, le travailleur qui critique ou dénonce son employeur s'expose tout de même à un risque de se faire sévèrement réprimander. Cette forme d'expression au travail, lorsqu'elle est exercée en dehors des balises prévues par les lois d'ordre public ou les critères jurisprudentiels, constitue a priori une faute.

1.2 – Les obligations de l'employeur

Alors que les obligations du salarié en contexte de droit civil consistent en l'obligation de loyauté, d'honnêteté et de discrétion, l'employeur est lui-même tenu d'en respecter certaines : il doit non seulement « permettre l'exécution de la prestation de travail convenue et payer la rémunération fixée », mais aussi « prendre les mesures appropriées à la nature du travail, en vue de protéger la santé, la sécurité et la dignité du salarié »⁸³. Le Code civil impose ainsi des obligations réciproques aux deux parties du contrat de travail, quoiqu'elles soient de nature différente. Toutefois, ces obligations seraient-elles exhaustives ? En l'occurrence, l'employeur ne devrait-il pas lui aussi agir de façon loyale

⁸⁰ *Id.*

⁸¹ *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, préc., note 25

⁸² Art. 2094 Code civil

⁸³ Art. 2087 Code civil

et honnête envers ses salariés ? Inutile de spécifier que soutenir l'inverse est assez incongru. Le principe de la bonne foi, fortement associé à l'obligation de loyauté, régit la relation d'emploi ; il serait donc contraire à ce principe d'affirmer que nous ne retrouvons pas une obligation mutuelle de loyauté et d'honnêteté, que l'employeur peut être déloyal et malhonnête sans commettre une faute civile. Cette problématique, c'est-à-dire l'absence d'une mention relative à la loyauté et l'honnêteté dans le texte de l'article 2087 du Code civil a été traitée au niveau de la doctrine par Fernand Morin et nous trouvons qu'il est utile d'y exposer ses principales constatations.

L'auteur Morin est en effet d'avis que l'omission d'une obligation de loyauté de l'employeur envers le salarié, l'écartant au sens du Code civil d'un devoir analogue à celui du salarié, ne signifie pas « qu'il [l'employeur] pourrait être néanmoins déloyal envers le salarié et qu'on ne saurait lui opposer un tel manquement »⁸⁴. Par conséquent, si les faits montrent des agissements déloyaux d'un employeur envers le salarié, pourquoi l'obligation de loyauté n'est-elle abordée que dans l'article 2088, la loyauté s'appliquant pourtant de façon réciproque aux deux parties du contrat de travail ? La première explication relevée par l'auteur serait que les articles 2087 et 2088 ne sont qu'une synthèse de l'état du droit, même si cette explication échoue à expliquer les causes et les origines de cette distinction dans les obligations respectives. Fernand Morin lui préfère celle qui affirme que la dissimilitude s'explique plutôt par les principes du modèle fordien, qui est à la base du système des relations industrielles nord-américain et de notre droit du travail. C'est l'autorité qui est hautement caractéristique du fordisme qui nécessiterait de la relation d'emploi une panoplie d'obligations corollaires, dont la loyauté du salarié. Cette conception autoritaire du travail se serait alors immiscée dans le droit du travail à un point tel que la forme actuelle de l'autorité patronale n'est plus remise en doute. La codification d'une obligation de loyauté seulement applicable au salarié s'inscrirait dans la logique du modèle fordien où le législateur a cru essentiel de réaffirmer l'autorité de l'employeur.

⁸⁴ Fernand MORIN, « Le devoir de loyauté ! Le salarié serait-il seul à l'assumer ? » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail (2000)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, EYB2000DEV161, p. 1, 6 (PDF) (La référence)

En faisant abstraction de cette omission, plusieurs signes démontrent que l'employeur a véritablement une obligation de loyauté. Le premier signe est que l'obligation de loyauté est souvent associée dans la jurisprudence à l'obligation de bonne foi qui, elle, s'applique à l'ensemble des personnes en contexte civil, incluant celles prenant part au contrat de travail. Il serait alors assez difficile d'admettre qu'un employeur peut agir déloyalement alors qu'il ne peut agir de mauvaise foi, les deux concepts étant pratiquement la même chose⁸⁵. Le second signe, comme le mentionne l'auteur Morin se retrouve au sein même de l'article 2087 qui à première vue omet une telle obligation pour l'employeur. Les obligations de « permettre l'exécution du travail » et de « prendre des mesures appropriées [...], en vue de protéger [...] la dignité du salarié » se veulent d'une certaine manière une obligation de loyauté s'imposant à l'employeur⁸⁶. À celles-ci s'ajoute l'article 2095 qui concerne les clauses de non-concurrence après l'emploi (abordées à l'article 2089) : elles sont nulles (le salarié peut ainsi offrir sa prestation de travail à un concurrent immédiat de l'ancien employeur) lorsque l'ancien employeur a résilié le contrat de travail sans motif sérieux⁸⁷. En ayant un comportement foncièrement déloyal, soit le congédiement sans motif sérieux, l'employeur ne pourrait alors exiger du travailleur congédié d'être pour sa part loyal. Ces signes démontrent qu'il est attendu de l'employeur qu'il adopte un comportement empreint non seulement de bonne foi, mais aussi de loyauté, d'honnêteté et de discrétion, en considérant notamment la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*⁸⁸ et la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*⁸⁹.

⁸⁵ À ce sujet, Morin affirme « [que l']on ne saurait se satisfaire d'une déclaration de bonne intention ou d'absence d'une volonté malicieuse puis, laisser l'employeur agir sous le seul empire de ses propres intérêts économiques ». Comme il a été admis pour le salarié, la loyauté et l'honnêteté (et la bonne foi) s'observent particulièrement dans la conduite adoptée ; rien n'indique que cela devrait être différent pour l'employeur.

⁸⁶ L'employeur ne pourrait alors « exercer son autorité de manière à imposer au salarié l'exécution de travaux de nature autres que ceux pour lesquels il fut engagé » pour ainsi « éviter l'emploi de certaines manœuvres avilissantes de manière à provoquer une démission du salarié ou encore, à lui imposer des tâches clairement hors de sa compétence professionnelle en vue d'obtenir ainsi une justification apparente à la résiliation unilatérale du contrat ». La restriction pour la modification unilatérale et substantielle de la nature du contrat de travail d'un salarié est un exemple pertinent puisqu'effectivement, malgré le mutisme de l'article 2087, nous exigeons la bonne foi au sein même de ces obligations énumérées. Encore une autre fois, comment pourrions-nous arguer que la loyauté et l'honnêteté n'y sont pas également implicitement incluses ou que cette situation-ci ne réfère pas aux concepts de la loyauté et de l'honnêteté ?

⁸⁷ Art. 2089 et 2095 Code civil

⁸⁸ RLRQ, c. A-2.1

⁸⁹ RLRQ, c. P-39.1

1.3 – Les obligations communes au salarié et à l’employeur

Parmi les obligations communes au salarié et à l’employeur, il s’avère que seulement **l’obligation de bonne foi** s’applique à notre sujet de recherche⁹⁰. À l’article 1375 du Code civil, il est indiqué que la bonne foi est inhérente à la conduite des parties, la régissant « tant au moment de la naissance de l’obligation [contractuelle] qu’à celui de son exécution ou de son extinction »⁹¹. Mais qu’est-ce que concrètement la bonne foi ? Le législateur est assez vague sur l’idée qu’il se fait d’une conduite de bonne foi. Une première tentative de la circonvenir pourrait être de déterminer en quoi consiste son contraire, c’est-à-dire une conduite de mauvaise foi. Vincent Karim propose la définition suivante d’une conduite de mauvaise foi : elle réside en « l’exercice d’un droit en vue de nuire à autrui ou d’une manière excessive et déraisonnable [...] »⁹². Une conduite de mauvaise foi n’aurait pas besoin de contrevenir à une ou plusieurs règles de droit pour être qualifiée ainsi, c’est plutôt l’abus de droit qui est visé ici. Une seconde tentative de définir la bonne foi, cette fois-ci basée sur la faute (soit la contravention à une ou plusieurs règles de droit), est pertinente. Celle-ci se décline en deux conceptions distinctes. Selon la première, la bonne foi s’observe dans la conduite « passive » : une personne qui ignorait qu’elle commettait une faute par le caractère répréhensible de sa conduite pourrait voir sa conduite être déclarée de bonne foi, le but étant de « protéger [...] ceux qui sont restés passifs et qui n’ont rien fait pour provoquer ou aggraver leur situation »⁹³. Pour la seconde, la bonne foi s’observe plutôt dans la conduite « active » : elle implique que les parties doivent se comporter d’une manière à prévenir les fautes qui pourraient nuire à l’exécution de leurs obligations contractuelles⁹⁴. Ce serait précisément dans cette optique qu’est formulé le libellé de l’article 1375 ; la bonne foi, en vertu du Code civil, existe sous la forme d’une obligation qui dicte la conduite des parties bien avant que puisse survenir une faute. Soit dit en passant, l’article 1375 est un ajout — n’existant pas avant 1994 — motivé par la volonté « [...] [d’]assurer une certaine équité et rétablir une justice contractuelle qui

⁹⁰ La bonne foi est un principe juridique qui s’applique à toute relation contractuelle.

⁹¹ Art. 1375 Code civil

⁹² Vincent KARIM, « La règle de la bonne foi prévue dans l’article 1375 du Code civil du Québec : sa portée et les sanctions qui en découlent », (2000) 41 *C. de D.* 435, 441

⁹³ Claude MASSE, préc., note 60, p. 260-261

⁹⁴ *Id.*

n'était pas suffisamment garantie par des dispositions claires et précises de l'ancien Code civil ». ⁹⁵

Le contrat de travail est incontestablement concerné par le principe de bonne foi. Ceci est particulièrement évident en matière d'obligation de loyauté ; comme le souligne Bussières, « [la bonne foi] est inévitablement prise en considération par les tribunaux lors de l'analyse de l'étendue des obligations des parties ou de la gravité de leurs comportements déloyaux »⁹⁶. Si elle peut s'avérer effectivement être un facteur atténuant lors de l'appréciation par les tribunaux de la faute d'un salarié, elle ne l'excuse toutefois pas complètement⁹⁷. Deux exemples jurisprudentiels soutiennent cette affirmation, dont l'un provient de l'auteure tout juste précédemment citée. Dans la décision *Émond c. Société des casinos du Québec inc.*, concernant un croupier qui avait participé à une fraude sans intention malveillante ni avec l'intention d'en tirer un quelconque avantage pécuniaire, la bonne foi reconnue du salarié n'a pas été perçue comme un élément décisif pouvant faire renverser son congédiement, le lien de confiance nécessaire à la relation d'emploi étant irrémédiablement brisé⁹⁸. Semblablement, une plainte relative au congédiement sans cause juste et suffisante du représentant syndical d'un service d'incendie qui avait dénoncé publiquement le manque d'équipement lors de certains types d'interventions et le manque de compétence du directeur responsable de ce même service fut rejetée par la Commission des relations du travail (ci-après « CRT »), malgré la bonne foi qui teintait la dénonciation faite dans les médias⁹⁹. Si nous revenons à la distinction entre la conception passive et celle dite active, nous pourrions raisonnablement croire que la jurisprudence portant sur l'obligation de loyauté favorise davantage la seconde conception dans laquelle la bonne foi est d'abord et avant tout une conduite que le salarié doit impérativement adopter. L'ignorance d'avoir causé un geste répréhensible n'aurait ainsi qu'une faible importance dans la détermination du manquement à l'obligation de loyauté. Il faut toutefois préciser que les obligations de loyauté et de bonne foi sont bel et bien deux obligations distinctes ;

⁹⁵ V. KARIM, préc., note 92, p. 438

⁹⁶ H. BUSSIÈRES, préc., note 11, par. 3

⁹⁷ *Id.*

⁹⁸ *Émond c. Société des casinos du Québec inc.*, D.T.E. 2003T-261, [2003] n° AZ-50163267 (C.S.)

⁹⁹ *Marcotte c. Ville de Trois-Rivières*, 2004 QCCRT 0332

la bonne foi de l'article 1375 a une portée beaucoup plus vaste, car elle s'applique à l'ensemble des relations contractuelles¹⁰⁰.

Nous nous permettons quelques remarques finales. Il est spécifié à l'article 2805 du Code civil que « [l]a bonne foi se présume toujours, à moins que la loi n'exige expressément de la prouver », établissant ainsi un fardeau de preuve à la partie qui allègue qu'une autre a agi de mauvaise foi¹⁰¹. La bonne foi se retrouve également dans deux autres dispositions de ce même code : à l'article 6 où il est indiqué que « [t]oute personne est tenue d'exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi » ainsi qu'à l'article 7 qui stipule qu'« [a]ucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi »¹⁰². Les intentions des rédacteurs du Code civil d'encadrer le droit en fonction de ce principe sont ainsi clairement démontrées.

II – La liberté constitutionnelle d'expression

L'obligation de loyauté du salarié n'est que l'un des aspects qui entrent en compte pour qui s'intéresse à la question de la critique de l'employeur et de la divulgation d'actes répréhensibles. Il ne faudrait pas ignorer l'importance de la liberté d'expression protégée dans la Charte canadienne et la Charte québécoise. S'il nous semble logique d'introduire ce droit dans notre analyse de la capacité d'un salarié de s'exprimer au travail, nous devons admettre que l'adéquation des chartes constitutionnelles et quasi constitutionnelles avec le droit du travail n'est pourtant pas la résultante d'une réflexion automatique. C'est le

¹⁰⁰ V. KARIM, préc., note 92, p. 468. Cependant, comme l'affirme l'auteur, une conduite déloyale est nécessairement une conduite de mauvaise foi. La relation entre les deux obligations est à notre avis bien illustrée par ce passage se trouvant à la même page : « Cette obligation vient tout simplement renforcer l'obligation de loyauté. Elle constitue aussi un baromètre permettant de déterminer s'il y a lieu de conclure à la dérogation à l'obligation de loyauté, eu égard aux faits et aux circonstances particuliers à chaque cas d'espèce en appliquant le critère d'une personne raisonnable devant se conformer aux normes reconnues par la collectivité dans une telle situation ». C'est effectivement le critère de la personne raisonnable qui prévaut pour déterminer la conduite de bonne foi.

¹⁰¹ Art. 2805 Code civil

¹⁰² Art. 6 et 7 Code civil

phénomène de la *constitutionnalisation du droit du travail* qui explique dorénavant qu'une question de droit du travail soit fréquemment saisie sous l'angle des chartes. C'est pourquoi nous jugeons qu'il faut nous attarder sur ce sujet une fois que nous aurons examiné la liberté d'expression de l'alinéa b) de l'article 2 de la Charte canadienne et de l'article 3 de la Charte québécoise (respectivement les sous-sections II.1 et II.3).

II.1 – La liberté d'expression de la Charte canadienne

La Charte canadienne est l'une des parties constitutives de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁰³. Étant imbriquée dans la constitution, elle possède une importance supérieure à celle des autres lois qui concernent aussi les droits de la personne, dont la Charte québécoise. La raison d'être de la Charte canadienne est de protéger les droits individuels et collectifs contre l'action gouvernementale. Elle ne pourrait être invoquée dans le contexte qui nous intéresse que dans les cas de figure où il y a une règle de droit qui est contraire à la liberté d'expression ou que l'employeur qui impose une mesure disciplinaire est du secteur public ou parapublic¹⁰⁴.

L'article 2 de la Charte canadienne est formulé comme suit :

Libertés fondamentales

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

- a) liberté de conscience et de religion ;
- b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication ;
- c) liberté de réunion pacifique ;
- d) liberté d'association.¹⁰⁵ [nos soulignés]

¹⁰³ *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c. 11. Nous avons précédemment cité la Charte canadienne distinctement de la *Loi constitutionnelle de 1982* et continuerons de le faire ensuite.

¹⁰⁴ La Charte canadienne n'est donc pas applicable aux rapports entre acteurs privés.

¹⁰⁵ Art. 2 Charte canadienne

La liberté d'expression, à l'instar des autres droits et libertés contenus à l'article 2 et ailleurs dans la Charte canadienne, peut être limitée raisonnablement et en accordance avec une société libre et démocratique :

Droits et libertés au Canada

1. La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.¹⁰⁶

Le parlement fédéral et les législatures provinciales ont aussi la capacité de déroger de l'application de l'article 2 (ainsi que les articles 7 à 15) avec l'utilisation d'une clause dérogatoire ou « clause nonobstant », comme le prévoit l'article 33¹⁰⁷.

La limitation de la liberté constitutionnelle d'expression a fait l'objet de plusieurs arrêts mémorables rendus par le plus haut tribunal. Dans l'arrêt *Keegstra*, dans lequel il fut décidé que la limitation de l'expression haineuse par le *Code criminel* est conforme à la Charte canadienne, des précisions sont apportées par les juges majoritaires qui permettent de bien circonscrire cette liberté¹⁰⁸. Nous apprenons d'abord que la protection de l'activité expressive s'est amplifiée à la suite de l'adoption de la Charte canadienne. L'idée qu'une liberté d'expression à l'abri d'entraves déraisonnables est une composante essentielle au fonctionnement et au maintien d'une société libre et démocratique précède toutefois sa constitutionnalisation. Sans être explicitement mentionnée dans la constitution, elle fut tout de même considérée à certains égards comme en faisant partie intégrante. En citant un autre arrêt fort important, soit *Irwin Toy c. Québec*, la liberté d'expression est liée à des principes et valeurs qui établissent son importance :

¹⁰⁶ Art. 1 Charte canadienne

¹⁰⁷ Art. 33 Charte canadienne

¹⁰⁸ *R. c. Keegstra*, [1996] 1 R.C.S. 458

(1) la recherche de la vérité est une activité qui est bonne en soi ; (2) la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique doit être encouragée et favorisée ; et (3) la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels doit être encouragée dans une société qui est essentiellement tolérante, même accueillante, non seulement à l'égard de ceux qui transmettent un message, mais aussi à l'égard de ceux à qui il est destiné. Pour démontrer que l'action du gouvernement a eu pour effet de restreindre sa liberté d'expression, la demanderesse [ou le demandeur] doit établir que son activité [expressive] favorise au moins un de ces principes.¹⁰⁹

Ces principes et valeurs motivent l'analyse en deux temps de l'arrêt *Ford c. Québec* que la Cour suprême doit mener quand il est question de savoir si une expression publique est protégée constitutionnellement. La première analyse consiste à « se demander si l'activité [expressive] [...] est comprise dans la sphère protégée par l'al. 2 b) »¹¹⁰ ; elle l'est lorsque « l'activité transmet ou tente de transmettre une signification, elle a un contenu expressif et relève à première vue du champ de la garantie »¹¹¹. Cette définition est très large et englobe l'ensemble des actions qui veulent transmettre un message, peu importe la nature de celui-ci. Elle n'exclut pas qu'un message puisse être transmis d'une façon physique (ou par une extrapolation plus actuelle, de façon numérique). C'est dans l'essentiel la présence d'un message qui prévaut¹¹². L'action expressive peut ainsi s'effectuer sous diverses formes en excluant la violence : « l'écrit et le discours, les arts et même les gestes et les actes »¹¹³. La seconde analyse s'intéresse cette fois-ci à l'activité gouvernementale, c'est-à-dire qu'elle vise à déterminer si une expression est restreinte par l'action gouvernementale.

¹⁰⁹ *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 RCS 927, p. 976. Il s'agit d'un résumé de l'argumentaire de *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712.

¹¹⁰ Selon la formulation de *R. c. Keegstra*, préc., note 108, p. 729.

¹¹¹ *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, préc. note 109, p. 969.

¹¹² *Id.* La Cour suprême utilise l'action de garer sa voiture comme exemple : l'action de garer simplement sa voiture n'est pas une activité expressive puisqu'elle n'a pas pour but de transmettre un message, alors que l'action de garer sa voiture pour un travailleur célibataire dans un espace prévu aux travailleurs mariés pour protester contre la mesure de réserver un espace de stationnement aux travailleurs mariés l'est quant à lui. Les deux actions qui pragmatiquement sont les mêmes n'ont toutefois pas le même but et les mêmes visées.

¹¹³ *Id.*

II.2 – La liberté d’expression du fonctionnaire canadien

La grande difficulté d’arrimer l’exercice de cette liberté constitutionnelle d’expression à l’indépendance de la fonction publique¹¹⁴ fut l’objet de deux décisions succinctes de la Cour suprême : *Fraser c. C.R.T.F.P.*¹¹⁵ et *Osborne c. Canada*¹¹⁶. L’arrêt *Fraser* concerne les suspensions et le congédiement d’un salarié de Revenu Canada survenus après la diffusion de propos vexatoires visant le gouvernement fédéral de l’époque. Ces propos ont pour point de départ l’adoption du système métrique, à laquelle le fonctionnaire Fraser s’opposait catégoriquement. L’intensité de la critique publique du fonctionnaire a culminé pour atteindre son paroxysme lorsqu’il a qualifié l’État canadien de régime politique totalitaire à l’instar de l’Allemagne nazie et de la Pologne communiste. La Cour suprême a conclu que l’arbitre de la Commission des relations de travail dans la Fonction publique n’a commis aucune erreur de droit en confirmant le congédiement du fonctionnaire Fraser.

La principale question soulevée dans cet arrêt fut de déterminer l’équilibre entre la liberté de parole ou d’expression du salarié et l’importance de se doter d’un fonctionariat neutre et non partisan. En fonction de la décision rendue dans cette affaire, la clé pour assurer cet équilibre réside dans la modération que ces travailleurs doivent avoir dans les paroles qu’ils émettent. Pour la Cour suprême, une société démocratique ne peut complètement annihiler leur capacité de s’exprimer sur des questions d’intérêt public, et ce, selon trois arguments. Le premier argument est que la société démocratique canadienne est basée et profite « [d’]une discussion libre et franche des questions d’intérêt public » de

¹¹⁴ Les termes « fonction publique », « fonctionnaire » et « fonctionariat » sont utilisés au sens strict : ils sont exclusivement relatifs aux travailleurs qui sont visés par la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique*, L.C. 2003, c. 22.

¹¹⁵ *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455 (ci-après « arrêt *Fraser* »). Une remarque assez importante nécessite d’être portée à l’attention du lecteur : les faits de l’affaire étant antérieurs à l’adoption de la Charte canadienne, l’alinéa b) de l’article 2 n’est évidemment pas inclus dans l’analyse de la Cour suprême. Comme cette dernière le rappelle, la liberté d’expression était déjà un fondement du système de gouvernement démocratique puisqu’inscrite au préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* (aux paragraphes 19 à 21 de l’arrêt *Fraser*). Faisant toujours précédent, malgré les profondes modifications à la constitution et au droit interne canadien, nous avons décidé de l’aborder dans cette sous-section, car elle correspond pleinement au sujet consacré.

¹¹⁶ *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69 (ci-après « arrêt *Osborne* »)

l'ensemble de ses citoyens¹¹⁷. Le second est d'ordre démographique : même si le nombre de fonctionnaires comparé à celui de la population active peut paraître marginal, le plus haut tribunal canadien prend en considération l'accroissement anticipé de ce groupe de travailleurs et, de ce fait même, du nombre de citoyens pour lesquels le droit à un plein exercice de la liberté d'expression serait refusé¹¹⁸. Le dernier argument soulevé est celui du « gros bon sens » : essentiellement, une prise de position qui n'introduit pas un conflit d'intérêts avec les fonctions du travailleur dans les secteurs gouvernementaux ne devrait pas être restreinte étant donné qu'elle ne le serait pas pour un citoyen ordinaire. Pour les décideurs, si une critique directe de l'employeur pouvait être perçue comme contraire à ses obligations de modération ou de neutralité, il pourrait difficilement en être de même pour toutes critiques des politiques publiques. Ainsi, les décideurs estiment « qu'une interdiction absolue des critiques des politiques du gouvernement par les fonctionnaires ne serait pas judicieuse »¹¹⁹.

Considérant les deux formes de critique en contexte d'emploi, la critique à propos du travail et la critique extérieure au travail, il ressort de l'arrêt *Fraser* qu'un travailleur peut se voir limité dans l'expression de la seconde, autant que dans la première, sans qu'une atteinte injustifiée soit commise envers ses droits et libertés fondamentaux. La Cour suprême formule deux dimensions avec lesquelles il est possible d'apprécier la compétence d'un travailleur et plus spécifiquement d'un travailleur de la fonction publique : la dimension se rapportant effectivement à la compétence ou la capacité d'un fonctionnaire d'effectuer ses tâches de façon productive, intègre, neutre, etc., et la dimension se rapportant à la perception que le public entretient face à la production, l'intégrité, la neutralité, etc. d'un fonctionnaire. Un tel travailleur qui critiquerait, de façon extrême et soutenue, les politiques gouvernementales — excepté tout ce qui se rattacherait aux tâches qui lui sont attribuées (comme ce fut le cas en espèce) — pourrait faire preuve d'« un

¹¹⁷ Arrêt *Fraser*, préc., note 115, p. 467. Nous pourrions rapprocher cet argument pour un accès libéral à l'expression et l'argument du *marché libre des idées* où, par un jeu dialectique, l'affrontement des idées concurrentes favorise l'atteinte de la vérité. Le *marché libre des idées*, mentionné notamment dans l'arrêt *R. Keegstra*, fait l'objet d'une analyse dans Stéphane BERNATCHEZ, « La signification du droit à la liberté d'expression au crépuscule de l'idéal », (2012) 53 *C. de D.* 687.

¹¹⁸ Au fédéral, ils étaient au nombre de 250 625 en 1990, alors qu'en 2019 ils étaient 287 978. L'observation relève des fluctuations positives et négatives plutôt qu'un accroissement constant entre ces deux périodes.

¹¹⁹ Arrêt *Fraser*, préc., note 115, p. 467

manque de loyauté incompatible avec ses fonctions en tant qu'employé du gouvernement »¹²⁰. Quant au fonctionnaire qui effectuerait une critique publique à propos du travail, il minerait la perception que le public se fait de sa modération et sa neutralité et serait alors passible de mesures disciplinaires.

L'arrêt *Osborne* arrive à des conclusions paraissant contraires à celles de l'arrêt *Fraser*¹²¹. Il était question dans *Osborne* de la liberté d'expression politique du fonctionnaire. Le paragraphe 33 (1) de la précédente *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* interdisait de participer à titre de candidat à une élection ou de travailler pour ou contre un candidat ou un parti politique et la Cour suprême devait trancher sur la compatibilité de cette interdiction avec l'alinéa b) de l'article 2 de la Charte canadienne¹²². Il a été déterminé que le fait d'interdire aux fonctionnaires, sans s'attarder à l'emploi précis qu'ils occupent, toute activité politique (autre d'assister à une réunion politique ou de contribuer financièrement à un parti) est incompatible avec la Charte canadienne. Cette interdiction constitue pour la Cour suprême une atteinte à la liberté d'expression qui n'est pas justifiable en vertu de l'article premier, puisqu'elle est disproportionnée avec l'objectif de neutralité et qu'elle ne satisfait pas au critère de l'atteinte minimale en visant tous les fonctionnaires. Aux conclusions de ces deux affaires distinctes (la Cour suprême signale en effet dans l'arrêt *Osborne* l'indépendance de celui-ci avec l'arrêt *Fraser*), nous arrivons à une situation qui nous semble être de deux poids, deux mesures : l'interdiction de la participation directe à l'activité politique pour un fonctionnaire ne se justifie pas en vertu d'un désir de neutralité alors qu'une critique sévère (et indirecte) de l'employeur l'est.

Un autre aspect entrant en ligne de compte est la liberté d'expression du fonctionnaire qui occupe des fonctions de représentant syndical. Comme il fut abordé à la section I.1 de ce présent chapitre, le représentant syndical possède davantage de liberté quant à la critique de l'employeur comparativement à un salarié qui n'occuperait pas ces fonctions lorsqu'il s'agit d'arbitrer cette liberté d'expression et son obligation de loyauté.

¹²⁰ *Id.*, p. 470.

¹²¹ Arrêt *Osborne*, préc., note 116

¹²² *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, LRC 1985, c. P-33, art. 33(1)

Qu'en est-il de la liberté d'expression du représentant syndical de la fonction publique fédérale lorsque des revendications syndicales sont concernées ? Pierre Garant mentionne que dans la décision *Stewart et le Conseil du Trésor*, il a été statué que la liberté d'expression relative aux rapports collectifs de travailleurs de la fonction publique ne doit se rapporter qu'aux conditions de travail et ne pourrait être invoquée afin de plus largement critiquer le gouvernement en sa qualité de gouvernement (et non en sa qualité d'employeur) :

Parce que les employés jouissent manifestement de la liberté de parole et du « droit de critiquer » en matière de négociation collective et qu'ils ont même le droit de faire la grève après l'étape de la conciliation, s'ensuit-il qu'ils jouissent des mêmes droits dans tous les autres domaines ? À mon avis, la réponse doit être négative... [...] le droit de critiquer existait « dans le cadre de la loi », c'est-à-dire la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*. Cette loi s'applique au domaine de la négociation collective pour ce qui a trait aux conditions d'emploi et contient des dispositions relatives à la procédure applicable aux griefs et au régime d'arbitrage. Elle ne s'applique pas aux programmes et aux politiques du gouvernement ou à la façon dont les ministères doivent être organisés, réorganisés et administrés.¹²³

Nous concluons en soulignant que conformément aux décisions prises par les tribunaux canadiens, les fonctionnaires canadiens ne semblent pas jouir d'une même latitude pour s'exprimer à propos du travail qu'un travailleur « ordinaire ». Ils pourraient cependant émettre publiquement des opinions politiques selon certaines limites. En effet, dans l'arrêt *Fraser*, l'expression publique du fonctionnaire doit être modulée en fonction des caractéristiques de l'emploi du fonctionnaire, des propos communiqués, de leur virulence, de l'auditoire visé, etc. D'ailleurs, ces barrières prescrites par le besoin d'une

¹²³ *Stewart c. Conseil du Trésor (Ministère des approvisionnements et services)*, non rapportée, 12 août 1975, p. 52. Citée à partir du texte de Pierre GARANT, « La liberté politique des fonctionnaires à l'heure de la Charte canadienne ». (1990) 31 *C. de D.* 409, 428. À cette vision, un sérieux bémol s'impose. Cette décision datant de bientôt un demi-siècle, il est envisageable que, suivant l'arrêt *BC Health Services* et l'arrêt *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, [2015] 1 R.C.S. 245, le champ d'action du représentant syndical ou plus largement du syndicat ne corresponde plus à une liberté de parole restreinte à la négociation collective et excluant tout sujet autre pouvant constituer une critique de l'employeur (gouvernement).

fonction publique neutre et non partisane ne devraient, à notre avis, en aucun cas s'élargir à d'autres formes d'expression au travail, c'est-à-dire l'expression relative aux relations de travail ou à la dénonciation d'actes répréhensibles. Il nous semble peu probable qu'une telle direction soit empruntée par le législateur et les tribunaux, si nous nous fions à la tendance observable depuis quelques années et que nous aborderons à la section II.3¹²⁴.

II.3 – La liberté d'expression de la Charte québécoise

La Charte québécoise est une loi quasi constitutionnelle qui dicte la conduite des parties constituantes de la société québécoise. Antérieure à l'adoption de la Charte canadienne¹²⁵, elle est pourvue d'un champ d'application plus vaste que celle-ci en ce qu'elle s'applique, au Québec, autant à l'action gouvernementale qu'à l'action des personnes privées. La garantie d'une liberté d'expression au travail n'est donc pas seulement examinée dans le contexte d'employeurs publics ou de lois adoptées par les élus la restreignant de façon injustifiée, mais implique aussi l'ensemble des situations pouvant survenir au travail, peu importe le type d'employeur.

La place de la Charte québécoise au sein de la hiérarchie des sources de droit est matière à débats. Selon l'idée que son principal « père spirituel », Jacques-Yvan Morin, s'était faite de la forme et de la place qu'elle occuperait dans le paysage juridique, la Charte

¹²⁴ Il est en effet peu probable que cette direction soit empruntée (en ce qui concerne la critique et la dénonciation de l'employeur) si nous tenons compte l'exemple qu'est la décision *Haydon c. Canada* (1^{ère} inst.), [2001] 2 C.F. 82. Dans cette affaire, deux fonctionnaires travaillant dans l'évaluation de médicaments auprès de Santé Canada ont été réprimandés par leur employeur pour avoir accordé une entrevue médiatique où ils dénonçaient le processus d'approbation des médicaments de l'employeur. D'une part, la Cour fédérale du Canada (ci-après « Cour fédérale ») a réaffirmé l'une des conclusions de l'arrêt *Fraser* : l'obligation de loyauté est une limite raisonnable à la liberté d'expression, et ce, en respect de l'article premier de la Charte canadienne. D'autre part, la Cour fédérale a déterminé qu'en l'espèce la sortie médiatique des deux fonctionnaires s'inscrivait dans les exceptions de l'obligation de loyauté puisqu'elle constitue une préoccupation légitime, d'intérêt public et que les recours internes avaient été mobilisés par ceux-ci avant d'y aller d'un recours externe. Ainsi, la divulgation d'actes répréhensibles ou de toutes situations d'intérêt public ne pourrait se voir limitée par l'obligation de loyauté, autant pour le fonctionnaire que pour le « simple » salarié, et est protégée par la liberté d'expression.

¹²⁵ La Charte québécoise est entrée en vigueur en 1976, soit six années avant la Charte canadienne. La première a répondu à des préoccupations que les juristes de l'époque entretenaient notamment par rapport à un besoin de se doter de normes solides promulguant l'égalité et la non-discrimination. Voir Jacques-Yvan MORIN, « Une charte des droits de l'homme pour le Québec », (1963) 9 *R.D. McGill* 273.

québécoise devait être un véritable « acte fondateur », s'affirmant sur les lois ordinaires déjà existantes et sur celles à venir et assurant ainsi l'établissement d'une société de droit. Cela pose inévitablement la question de l'interaction entre une disposition de la Charte québécoise et une règle de droit d'une autre loi provinciale, notamment le Code civil : ce dernier au regard de la Charte québécoise est-il subordonné ou complémentaire ? À ce sujet, Bosset et Coutu, qui soutiennent que la Charte québécoise devrait jouir d'une position de loi fondamentale possédant un caractère constitutionnel, notent que la disposition préliminaire du Code civil révèle une volonté d'établir une relation « d'harmonisation » et de « réciprocité », les deux lois régissant des sujets qui leur sont propres¹²⁶. Surviennent nécessairement des zones comme celle qui existe quant à l'interaction entre la liberté d'expression et de l'obligation de loyauté. Si nous posons les deux sources de droit sur un pied d'égalité, comment déterminer celui qui devrait avoir préséance sur l'autre ?

S'il demeure des controverses sur la Charte québécoise, nous ne pouvons nier qu'elle est un instrument fort utilisé devant les tribunaux. La Charte québécoise protège la liberté d'expression. En effet, son troisième article confère le statut de liberté fondamentale à la liberté d'opinion ainsi qu'à la liberté d'expression :

3. Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association.¹²⁷

Quoique rédigé en des termes plus succincts (la liberté de presse n'y est pas énoncée, mais nous pouvons raisonnablement croire qu'elle s'y trouve, idem pour la liberté de pensée et la liberté de croyance), l'article 3 de la Charte québécoise revêt une même portée que l'article 2 de la Charte canadienne. La Charte québécoise contient deux articles qui sont analogues aux articles 1 et 33 de la Charte canadienne. Ainsi, l'atteinte à la liberté

¹²⁶ Pierre BOSSET et Michel COUTU, « Acte fondateur ou loi ordinaire ? Le statut de la Charte des droits et libertés de la personne dans l'ordre juridique québécois », (2015) hors-série *R.Q.D.I.* 38

¹²⁷ Art. 3 Charte québécoise

d'expression peut être justifiée¹²⁸ et le recours à une dérogation par l'entremise d'une « clause nonobstant » est permis¹²⁹.

Au chapitre des dissemblances, Bosset et Coutu mentionnent les valeurs consacrées par les deux chartes : forte d'une tradition britannique, la Charte canadienne est empreinte d'un libéralisme dit classique qui s'observe par la présence de diverses libertés (liberté d'expression, d'association, etc.). La Charte québécoise, elle, a comme particularité de s'intéresser aussi aux droits économiques sociaux, selon le modèle de l'État providence, et il est affirmé par les auteurs qu'elle « porte une dynamique fort différente — plus ambitieuse, car axée également sur la valeur de *solidarité* — de celle de la Charte canadienne »¹³⁰. De plus, elle se distingue des autres lois quasi constitutionnelles par la « primauté explicite » qu'ont les articles 1 à 38 sur toutes autres lois ordinaires, prévue à l'article 52¹³¹. Loin de voir ce texte de loi comme un ersatz de son « équivalent » canadien, nous sommes aussi d'avis que la Charte québécoise mérite d'être un instrument utilisé de façon fréquente par les tribunaux pour les litiges survenant en milieu de travail, ce qui semble être une tendance à la hausse, bien que pour l'instant timide, comme nous le verrons dans la prochaine sous-section.

II.4 – La constitutionnalisation du droit du travail

Précédemment, dans l'introduction de ce mémoire, nous avons postulé que la liberté d'expression devrait nécessairement avoir préséance sur les droits et obligations du

¹²⁸ Art. 9.1 Charte québécoise

¹²⁹ Art. 52 Charte québécoise

¹³⁰ P. BOSSET et M. COUTU, préc., note 126, p. 50

¹³¹ *Id.* D'ailleurs, nous rappelons que le statut actuel de la Charte québécoise n'est pas très distinct de celui d'une loi ordinaire : elle peut être modifiée par vote majoritaire de l'Assemblée nationale. Les auteurs concluent leur texte en avançant que la Charte québécoise est dans ces conditions vulnérables aux aléas de la classe politique du moment, que son contenu originel pourrait se voir être perverti. Si le passé démontre que les modifications qu'a connues la Charte québécoise jusqu'à présent ont fait en sorte d'élargir les protections qu'elle garantit et sont le fruit d'un consensus autant des élus que de la société civile, l'épisode récent de la « Charte des valeurs » (où, manifestement, un consensus était inexistant autant chez les élus que la société civile) est pour Bosset et Coutu un exemple qui justifie cette crainte exprimée. Un autre exemple encore plus récent est celui de la « Loi 21 » où nous assisterions plutôt à un rétrécissement de certaines des libertés de la Charte québécoise.

Code civil, et ce, par la place supérieure qui lui est conférée dans la hiérarchie des sources. Elle a en effet le statut de norme constitutionnelle par son imbrication dans la Charte canadienne¹³². Ce postulat est en lien avec un phénomène relativement récent nommé « constitutionnalisation du droit du travail » selon lequel nous observons un renversement majeur en droit du travail par rapport aux sources qui sont mobilisées par les tribunaux pour résoudre de potentiels conflits de droit au travail, soit les normes ordinaires et celles issues des conventions collectives, pour laisser plus de place aux normes constitutionnelles. La revue juridique *Les Cahiers de droit* a publié deux numéros en 2007 qui sont consacrés spécialement à l'étude de ce grand changement dans l'interprétation du droit du travail. Le texte de Brunelle, Coutu et Trudeau, qui est souvent cité comme référence au niveau de la doctrine pour ce qui est de la constitutionnalisation du droit du travail, permet une compréhension exhaustive de ses origines et de ses implications actuelles et possibles¹³³.

L'adoption de la Charte canadienne et des diverses lois provinciales sur les droits de la personne peut être vue comme une rupture avec les conceptions préexistantes en droit du travail. Avant l'adoption de la Charte canadienne et des lois quasi constitutionnelles, le droit du travail était centré sur les lois ordinaires du travail imposant des seuils minimaux aux conditions de travail et des règles procédurales à l'instar des dispositions du *Code du travail* du Québec¹³⁴ qui encadre l'exercice de la négociation collective. L'idée dominante à l'époque fut que le mouvement syndical était l'institution la plus apte à rééquilibrer les rapports de pouvoirs inégaux à cause de la subordination du salarié à son employeur ; l'État devait limiter ses interventions à celles permettant le libre exercice de la négociation collective. C'était en quelque sorte aux syndicats de veiller « en chien de garde » aux droits collectifs et individuels de leurs membres. La Charte canadienne et les lois quasi constitutionnelles créeront un nouveau paradigme (nous reprenons ici les termes des

¹³² À la différence des normes dites ordinaires (comme celles incluses dans le Code civil), les normes constitutionnelles ne peuvent être amendées ou abrogées sans une procédure spéciale ; par leur rattachement à la Constitution canadienne, elles servent selon le principe de la hiérarchie des sources à encadrer ou valider les normes ordinaires. Voir Guylaine VALLÉE et Dalia GESUALDI-FECTEAU, « La constitutionnalisation du droit du travail : une menace ou une opportunité pour les rapports collectifs de travail ? », (2007) 48 *C. de D.* 153 et Jacques-Yvan MORIN, « La constitutionnalisation progressive de la *Charte des droits et libertés de la personne* », (1987) 21 *R.J.T.* 25.

¹³³ Christian BRUNELLE, Michel COUTU et Gilles TRUDEAU, « La constitutionnalisation du droit du travail : un nouveau paradigme », (2007) 48 *C.de D.* 5

¹³⁴ RLRQ, c. C-27 (ci-après « Code du travail » ou « C. Trav. »)

auteurs) en droit du travail en vertu duquel l'introduction de droits et libertés d'envergure constitutionnelle (notamment la liberté d'association, le droit à la vie privée et, ce qui nous intéresse particulièrement, la liberté d'expression) a pour effet d'intégrer la « condition de personne » à l'ensemble des constituants de la vie quotidienne, le travail n'y échappant pas¹³⁵. Nous assisterions donc à un « effet structurant » sur le droit du travail : dès lors, la relation d'emploi (syndiquée ou non) fut envisagée en fonction du « caractère prépondérant et inaliénable des droits fondamentaux de la personne humaine »¹³⁶. Brunelle et ses coauteurs classifient cet effet structurant en trois sous-types : l'effet de modernisation, l'effet d'uniformisation et l'effet de complexification. Le premier se définit par le constat que certaines normes longtemps établies du droit du travail s'avèrent en fait dépassées. Celles-ci sont alors réinterprétées afin d'être conformes avec les chartes des droits de la personne. Le second, l'effet d'uniformisation, s'observe relativement aux écarts au niveau des conditions de travail des travailleurs syndiqués en comparaison avec les travailleurs non syndiqués : la Charte canadienne et les lois quasi constitutionnelles ont fait en sorte d'uniformiser les conditions de travail (du moins sur le plan normatif¹³⁷) par la prépondérance des droits et libertés qui s'y trouvent sur ce qui peut être négocié dans le cadre d'une convention collective ou d'un contrat de travail. Le dernier de ces effets, dit de complexification, a été formulé en réaction au constat que les parties doivent dorénavant composer avec des normes extérieures à la convention collective et au droit du travail « traditionnel », ce qui alourdit la détermination des règles du droit au travail.

Par conséquent, il serait sensé de croire que la liberté constitutionnelle d'expression s'impose vis-à-vis de l'obligation de loyauté ou, du moins, qu'elle est davantage utilisée devant les tribunaux lorsqu'il est question de critique ou de dénonciation de l'employeur. Il s'agirait d'une conséquence de la constitutionnalisation du droit du travail. Cette hypothèse est la prémisse de l'étude citée en introduction de Samson et Brunelle sur la jurisprudence québécoise depuis l'arrivée de la Charte québécoise, en 1976, jusqu'à

¹³⁵ C. BRUNELLE, M. COUTU et G. TRUDEAU, préc., note 133, p. 12

¹³⁶ *Id.*, p. 23. À titre illustratif, nous pouvons penser à l'arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. British Columbia Government and Service Employees' Union (B.C.G.S.E.U.)* [1999] 3 R.C.S. 3 (arrêt Meiorin) et l'impact qu'il put avoir sur le droit du travail en introduisant des considérations sur la non-discrimination pour motifs de handicap.

¹³⁷ *Id.*, p. 27

l'année 2006¹³⁸. Les décisions analysées par ces auteurs (l'échantillon est de deux-cents décisions) portent sur l'obligation de loyauté ainsi que le droit à la critique et ont été classifiées selon plusieurs catégories : le moment (selon trois périodes, soit les décisions comprises entre 1976 et 1986, entre 1986 et 1996 et 1996 et 2006), le décideur (un juge, un arbitre ou un commissaire d'une instance spécialisée), le secteur d'activité, le statut de représentant syndical (l'employé qui a émis une critique occupait-il les fonctions de représentant syndical ou non), l'évocation de l'argument de la liberté d'expression, l'incidence de la Charte canadienne (non applicable, nulle, négligeable ou véritable), l'incidence de la Charte québécoise et le résultat (en faveur de l'employé qui a émis une critique ou non).

Les auteurs constatent ainsi une augmentation du nombre de litiges pour des cas de critique ou de dénonciation de l'employeur à travers la période examinée. Samson et Brunelle expliquent ce résultat par la prise de conscience des droits et libertés par l'ensemble des citoyens : les décisions clés de la Cour suprême ont pu d'une certaine manière engendrer une démocratisation de la liberté d'expression et occasionner aussi un « effet faussement rassurant » incitant la prise de parole au travail¹³⁹. La montée de l'individualisme et l'entrée sur le marché du travail de la génération Y (voyant la vie professionnelle comme une opportunité de « s'exprimer, d'exploiter [son] potentiel, de se réaliser [et] de construire [sa] propre identité »¹⁴⁰) sont aussi identifiées par les auteurs comme des facteurs explicatifs de cette augmentation.

Parmi les autres observations, l'échantillon suggère que la critique et la dénonciation auraient connu des hausses notables pour ces années de façon indistincte pour le secteur privé et public (ce qui contredirait la perception que le travailleur du secteur public jouirait d'une plus grande marge de manœuvre par rapport à la liberté d'expression à cause des taux de syndicalisation historiquement plus élevés dans ce secteur). Les auteurs

¹³⁸ M. SAMSON et C. BRUNELLE, préc., note 7

¹³⁹ *Id.*, p. 291

¹⁴⁰ *Id.*, p. 294. La citation provient du texte Claude TROTTIER, « Le rapport au travail et l'accès à un emploi stable, à temps plein, lié à la formation : Vers l'émergence de nouvelles normes ? », dans Geneviève FOURNIER et Bruno BOURASSA (dir.), *Les 18 à 30 ans et le marché du travail : Quand la marge devient la norme...*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 2000, p. 38.

notent une forte progression de décisions en faveur du manquement à l'obligation de loyauté,¹⁴¹ même s'ils nuancent ce résultat en rappelant que les employeurs pourraient n'avoir puni que les manquements les plus flagrants à l'obligation de loyauté, les chiffres ne reflétant pas fidèlement la réalité dans les milieux de travail. Néanmoins, les auteurs remarquent que la sévérité des décisions rendues tend à s'accroître avec le temps, celles en faveur d'un manquement à l'obligation de loyauté étant rendues dans le deux tiers des cas entre 1976 et 1986, alors qu'elles l'étaient quatre fois sur cinq entre 1996 et 2006. Les représentants syndicaux semblent posséder une latitude supérieure à celle des salariés n'exerçant pas ce genre de mandat concernant l'expression au travail, même si des zones grises existent dans la jurisprudence sur la question des informations fausses communiquées lors de l'exercice de leurs fonctions¹⁴² et des limites de leur immunité¹⁴³. Les arbitres se sont montrés plus sévères, dans cet échantillon, envers les salariés qui critiquent ou dénoncent, en comparaison avec les décideurs d'autres instances. Nous pourrions rétorquer qu'un faible nombre de décisions a été comptabilisé pour les tribunaux de droit commun et les tribunaux spécialisés, ce qui rend ardue une inférence statistique. Un autre constat que nous trouvons particulièrement intéressant est le fait que dans les cas de manquements à l'obligation de loyauté, le respect de la liberté d'expression telle qu'elle est entendue au sens des chartes est un argument qui n'a été que peu invoqué par les salariés. Les trois quarts des décisions n'y font pas référence et portent plutôt sur des arguments comme l'immunité syndicale, l'intérêt public, la bonne foi ou l'absence de

¹⁴¹ Il y a eu seize décisions de 1976 à 1986 et cinquante entre 1996 et 2006 où un manquement à l'obligation de loyauté a été confirmé, tandis que les décisions où un manquement à l'obligation de loyauté n'a pas été confirmé ne sont que de huit de 1976 à 1986 et douze de 1996 à 2006.

¹⁴² Les auteurs mentionnent des jurisprudences contradictoires. Dans *McDuff-Champoux c. 154205 Canada inc.*, D.T.E. 2001T-912, [2001] n° AZ-50098501 (C.T.), une suspension d'un représentant syndical lors d'une campagne d'accréditation d'un établissement de restauration rapide pour avoir inconsciemment propagé des allégations fausses sur l'employeur s'est vue être invalidée en vertu de l'article 17 du Code du travail : par ses fonctions de représentant syndical et le contexte de la campagne d'accréditation, il a été jugé de « bonne guerre » que le travailleur utilise les médias pour dénoncer son employeur, même si ce fut, en espèce, injustifié. À l'inverse, l'arrêt *Lépine c. Réseau de transport de la Capitale*, 2005 QCCRT 0466, [2005] n° AZ-50330303 impose une obligation au représentant syndical de vérifier la véracité des propos qu'il allègue publiquement. Pour leur part, les auteurs sont d'avis qu'une telle obligation serait trop imposante et serait « difficilement conciliable avec le rôle actif — et réactif — que doit parfois jouer le représentant syndical en période de tensions dans le milieu de travail ».

¹⁴³ Les auteurs soutiennent que « l'étendue de l'immunité du représentant syndical est trop limitée en certaines circonstances ». Ils appuient leurs dires avec la décision *Marcotte c. Ville de Trois-Rivières*, préc., note 99, où, en espèce, l'obligation de loyauté a eu préséance sur l'immunité du représentant syndical et l'intérêt public de la divulgation publique.

préjudice ; en contrepartie, la liberté d'expression comme argument dans les causes de manquement à l'obligation de loyauté aurait connu une progression « évidente, bien qu'elle se révèle[rait] hésitante »¹⁴⁴. Les auteurs proposent comme facteurs explicatifs les succès forts modestes pour les salariés de l'argument fondé sur la liberté d'expression ainsi que le faible recours à cet argument dans les décisions impliquant des salariés du secteur privé. Enfin, une réticence des décideurs à analyser ce type de litige sous l'angle des chartes s'observe similairement, peu importe le tribunal.

Une prudence est nécessaire lorsque nous commentons les résultats de cette analyse puisque cette dernière date de plus de dix années (si nous refaisons l'étude aujourd'hui, nous pourrions possiblement en arriver à des conclusions différentes). Comme Samson et Brunelle l'affirment eux-mêmes, l'incidence de la Charte canadienne et de la Charte québécoise ne s'est fait sentir qu'après l'adoption de la première en 1982 et d'une façon progressive, ce qui peut expliquer la faible utilisation des arguments fondés sur la liberté d'expression dans les décisions de l'échantillon. Des principes juridiques sans équivoque sur l'interaction entre la liberté d'expression et l'obligation de loyauté ne semblent pas avoir émergé à travers la période ciblée. Notre étude permettra notamment de voir s'il en est de même aujourd'hui.

III – Les lois aménageant la divulgation d'actes répréhensibles

Nous ferons dans cette section un tour d'horizon des diverses protections législatives qui encadrent et soutiennent la divulgation d'actes répréhensibles. Nous débiterons par les protections du cadre juridique états-unien (III.1), puisqu'elles sont précurseurs des protections de notre droit interne. Ce seront spécifiquement la *Whistleblower Protection Act of 1989*¹⁴⁵ et la *Sarbanes-Oxley Act of 2002*¹⁴⁶ qui feront l'objet d'une analyse dans la première sous-section. Nous poursuivrons ensuite avec les

¹⁴⁴ M. SAMSON et C. BRUNELLE, préc., note 7, p. 306-307. Elle a été invoquée entre 1976 et 1986 dans 12,5 % des décisions, dans 37,5 % des décisions entre 1986 et 1996 et dans 27 % des décisions entre 1996 et 2006.

¹⁴⁵ *Whistleblower Protection Act of 1989*, Pub.L. 101-12, 103 Stat. 16, enacted April 10, 1989

¹⁴⁶ *Sarbanes-Oxley Act of 2002*, Pub.L. 107-204, 116 Stat. 745, enacted July 30, 2002

protections du cadre juridique fédéral canadien (III.2) où seront présentés l'article 425.1 du *Code criminel* et la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles*¹⁴⁷. Enfin, nous terminerons avec les protections du cadre juridique québécois, notamment l'article 122 de la *Loi sur les normes du travail*¹⁴⁸ et la *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics*.

III.1 – La divulgation des actes répréhensibles dans le cadre juridique états-unien

Les États-Unis possèdent un cadre juridique qui a fortement été influencé par divers événements où de grands actes répréhensibles de nature financière ou politique ont été commis et ont eu des répercussions au sein de la société. Le scandale du Watergate où des voleurs travaillant pour le compte de l'administration du président Richard Nixon s'étaient infiltrés dans les locaux d'un adversaire politique pour y dérober des informations confidentielles et les manipulations comptables douteuses de l'entreprise Enron ont eu un fort impact dans l'environnement légal états-unien. Trois lois ressortent ainsi du lot. L'une des premières lois concernant la divulgation d'actes répréhensibles consiste en la (toujours active, malgré d'importants amendements) *False Claims Act*, adoptée lors de la Guerre de Sécession. À l'époque, cette loi prévoyait, lorsqu'un citoyen découvrait qu'un acte répréhensible avait été commis envers le gouvernement, un recours *qui tam* : si un tel acte est effectivement prouvé, le dénonciateur empochait un pourcentage des montants récupérés¹⁴⁹. La seconde loi ressemble sensiblement plus aux formes contemporaines avec l'octroi de protections au lanceur d'alerte : il s'agit de la *Whistleblower Protection Act*, que nous avons tout juste mentionnée¹⁵⁰. Pour les travailleurs gouvernementaux, cette loi crée un organisme (*Office of Special Counsel*) chargé d'enquêter et d'émettre des sanctions exécutoires à la suite de dénonciations. Nous y retrouvons aussi une protection contre les

¹⁴⁷ L.C. 2005, c. 46

¹⁴⁸ RLRQ, c. N-1.1, art. 122 (ci-après « L.n.t. »)

¹⁴⁹ *False Claims Act*, Pub. L. 111–21, 123 Stat. 1625, enacted May 20, 2009, dans sa plus récente version. Discutée dans Julie BIRON et Stéphane ROUSSEAU, « Whistleblowing, dénonciation, divulgation... Vers une meilleure surveillance des sociétés ? » (2012) 91 *R. du B. can.* 657, 665.

¹⁵⁰ Pourquoi l'utilisation du terme « *whistleblower* » et « *whistleblowing* » ? Selon Biron et Rousseau, elle fait référence aux sifflets que les policiers employaient jadis pour interpeller les individus commettant des infractions ou les avertir d'un danger.

mesures disciplinaires ou la menace de mesures disciplinaires à la suite d'une divulgation d'actes répréhensibles à l'organisme en question :

'(f) During any investigation initiated under this subchapter, no disciplinary action shall be taken against any employee for any alleged prohibited activity under investigation or for any related activity without the approval of the Special Counsel.¹⁵¹

La troisième loi, la susdite *Sarbanes-Oxley Act of 2002*, a quant à elle eu des échos dans la doctrine canadienne. En effet, Biron et Rousseau font une analyse critique de cette loi dans le texte précité¹⁵². La *Sarbanes-Oxley Act of 2002* se veut une réponse à la vague de crimes économiques qui a fait rage au début du nouveau millénaire. Elle vise à la fois à établir dans les organisations privées une procédure standardisée de divulgation d'actes répréhensibles, en particulier en ce qui a trait aux opérations comptables et à leur vérification, et à offrir de généreuses protections aux lanceurs d'alerte. À l'article 301, il est prévu que les entreprises doivent instaurer un comité d'audit qui se chargera notamment de mettre en place la procédure interne :

“(4) COMPLAINTS.—Each audit committee shall establish procedures for—

“(A) the receipt, retention, and treatment of complaints received by the issuer regarding accounting, internal accounting controls, or auditing matters; and

“(B) the confidential, anonymous submission by employees of the issuer of concerns regarding questionable accounting or auditing matters.¹⁵³

¹⁵¹ Art. 1214(f) *Whistleblower Protection Act of 1989*

¹⁵² J. BIRON et S. ROUSSEAU, préc., note 149

¹⁵³ Art. 301 *Sarbanes-Oxley Act of 2002*. Il s'agit en fait d'un amendement à la *Securities Exchange Act of 1934*, Pub. L. 73–291, 48 Stat. 881, enacted June 6, 1934. Comme rapporté par Biron et Rousseau, « cette obligation [celle d'établir une procédure de divulgation d'actes répréhensibles] s'appuie sur l'idée que la dénonciation s'effectuera plus aisément et qu'elle sera plus acceptable aux yeux des autres s'il existe un mécanisme qui a l'approbation des dirigeants, qui est visible et permet aux employés de rapporter ce qu'ils observent. Ce type de mesure envoie le message que les employés font partie du système de gouvernance de la société et qu'ils participent à son bon fonctionnement et n'agissent pas à l'encontre de cette dernière » (p. 666).

C'est l'article 806 qui aborde la protection des lanceurs d'alerte : nous y retrouvons une formulation assez identique à notre droit interne avec une interdiction d'imposer des mesures disciplinaires en guise de représailles, une liste de contextes dans lesquels cette interdiction s'applique et les recours offerts pour un travailleur qui dit avoir reçu des mesures disciplinaires en réaction à sa dénonciation¹⁵⁴.

Néanmoins, les auteurs Biron et Rousseau exposent les lacunes concernant cette loi identifiées dans la doctrine états-unienne : l'absence d'incitatifs financiers pour les lanceurs d'alerte, les délais trop importants du processus de redressement des représailles pour cause de dénonciation, les délais de rigueur de l'ordre de 90 jours pour déposer une plainte pour représailles et le non-versement dans le cadre de cette loi « de dommages compensatoires équitables[,] [...] de dommages punitifs ou de dommages pour l'angoisse causée par la situation »¹⁵⁵. Ces insuffisances ont été par la suite corrigées par l'introduction de la *Dodd–Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* avec, entre autres, des incitatifs financiers à la dénonciation¹⁵⁶.

III.2 – La divulgation des actes répréhensibles dans le cadre juridique fédéral

Le cadre législatif fédéral canadien attribue des protections aux lanceurs d'alerte, dans les domaines de compétence fédérale. Deux lois régissent ainsi la divulgation d'actes répréhensibles : le *Code criminel* et la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles*. L'article 425.1 du *Code criminel* interdit la menace et les représailles envers les travailleurs qui fournissent des informations au sujet d'une infraction, qui participent à une enquête ou qui comptent faire l'une de ces deux actions :

¹⁵⁴ Art. 806 *Sarbanes-Oxley Act of 2002*

¹⁵⁵ J. BIRON et S. ROUSSEAU, préc., note 149, p. 668 et 669.

¹⁵⁶ Voir *Dodd–Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* (Loi Dodd-Frank), Pub. L. 111–203, 124 Stat. 1376, enacted July 21, 2010.

Menaces et représailles

425.1 (1) Commet une infraction quiconque, étant l'employeur ou une personne agissant au nom de l'employeur, ou une personne en situation d'autorité à l'égard d'un employé, prend des sanctions disciplinaires, rétrograde ou congédie un employé ou prend d'autres mesures portant atteinte à son emploi — ou menace de le faire :

- a) soit avec l'intention de forcer l'employé à s'abstenir de fournir, à une personne dont les attributions comportent le contrôle d'application d'une loi fédérale ou provinciale, des renseignements portant sur une infraction à la présente loi, à toute autre loi fédérale ou à une loi provinciale — ou à leurs règlements — qu'il croit avoir été ou être en train d'être commise par l'employeur ou l'un de ses dirigeants ou employés ou, dans le cas d'une personne morale, l'un de ses administrateurs ;
- b) soit à titre de représailles parce que l'employé a fourni de tels renseignements à une telle personne.¹⁵⁷

Au second paragraphe, la menace et les représailles liées à la divulgation ou la participation à une enquête sont soit un crime ou une infraction sommaire, en fonction de la gravité du geste, et pour le crime, une peine est déterminée :

Peine

(2) Quiconque commet l'infraction prévue au paragraphe (1) est coupable :

- a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans ;
- b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Art. 425.1 (1) C.cr.

¹⁵⁸ Art. 425.1 (2) C.cr.

Il est à noter que pour les infractions sommaires, l'article 787 du *Code criminel* prévoit au maximum une amende de 5 000 \$, un emprisonnement de deux ans moins un jour ou l'une des deux peines¹⁵⁹.

La *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles* fut elle aussi adoptée dans l'atmosphère politique suivant le scandale des commandites¹⁶⁰. Elle apporte des mesures favorisant la dénonciation de la corruption et d'autres actes répréhensibles qui sont similaires aux lois de ce genre, notamment la législation états-unienne. Son champ d'application concerne les travailleurs du secteur public ainsi que les travailleurs de la Gendarmerie royale du Canada. Elle oblige à l'instar de la *Sarbanes-Oxley Act of 2002* la mise en place d'une procédure interne de divulgation d'actes répréhensibles dans les organisations de la fonction publique visées par l'article 10 et a comme particularité de définir assez précisément ce qu'est à la fois un acte répréhensible et ce que sont les représailles de l'employeur :

Actes répréhensibles

8 La présente loi s'applique aux actes répréhensibles ci-après commis au sein du secteur public ou le concernant :

- a) la contravention d'une loi fédérale ou provinciale ou d'un règlement pris sous leur régime, à l'exception de la contravention de l'article 19 de la présente loi ;
- b) l'usage abusif des fonds ou des biens publics ;
- c) les cas graves de mauvaise gestion dans le secteur public ;
- d) le fait de causer — par action ou omission — un risque grave et précis pour la vie, la santé ou la sécurité humaines ou pour l'environnement, à

¹⁵⁹ Art. 787 C.cr.

¹⁶⁰ J. BIRON et S. ROUSSEAU, préc., note 149, p. 697. L'article 425.1 date de l'année 2004 alors que la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles* existe depuis 2005.

l'exception du risque inhérent à l'exercice des attributions d'un fonctionnaire ;

- e) la contravention grave d'un code de conduite établi en vertu des articles 5 ou 6 ;
- f) le fait de sciemment ordonner ou conseiller à une personne de commettre l'un des actes répréhensibles visés aux alinéas a) à e).¹⁶¹

Définitions

2 (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

[...]

représailles L'une ou l'autre des mesures ci-après prises à l'encontre d'un fonctionnaire pour le motif qu'il a fait une divulgation protégée ou pour le motif qu'il a collaboré de bonne foi à une enquête menée sur une divulgation ou commencée au titre de l'article 33 :

- a) toute sanction disciplinaire ;
- b) la rétrogradation du fonctionnaire ;
- c) son licenciement et, s'agissant d'un membre de la Gendarmerie royale du Canada, son renvoi ou congédiement ;
- d) toute mesure portant atteinte à son emploi ou à ses conditions de travail ;
- e) toute menace à cet égard. (*reprisal*)¹⁶²

Un autre aspect intéressant qui fait partie de cette loi fédérale se retrouve à l'article 16 : s'il est possible pour le dénonciateur de transmettre sa plainte au supérieur immédiat (ou agent supérieur) ou au commissaire à l'intégrité du secteur public (prévu par cette loi et chargé d'enquêter), une troisième option s'offre au fonctionnaire, celle de rendre publique sa dénonciation¹⁶³. Toutefois, le législateur canadien restreint ce droit aux cas où

¹⁶¹ Art. 8 *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles*

¹⁶² Art. 2 (1) *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles*

¹⁶³ Art. 16 *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles*

le fonctionnaire « n'a pas suffisamment de temps pour la faire [la divulgation] au titre de ces articles » et où la transgression qu'il veut dénoncer est « une infraction grave à une loi fédérale ou provinciale » ou « un risque imminent, grave et précis pour la vie, la santé ou la sécurité humaines ou pour l'environnement »¹⁶⁴. De plus, au paragraphe 1.1, il est précisé que les communications déjà restreintes par une autre loi fédérale comme la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*¹⁶⁵ ne pourraient devenir publiques en vertu de la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles*.

III.3 – La divulgation des actes répréhensibles dans le cadre juridique québécois

Les protections accordées à la divulgation d'actes répréhensibles sont présentes dans plusieurs lois québécoises. Tout d'abord, nous mentionnons de nouveau l'article 1472 du Code civil : si l'intérêt public le justifie, il y a exonération des responsabilités civiles pour le préjudice causé par la personne qui divulguerait un secret commercial.

Depuis 2011, plusieurs lois ont de plus été adoptées dans des domaines spécifiques pour favoriser la divulgation d'actes répréhensibles, la communication de renseignements reliés à de tels actes ou la collaboration à des enquêtes les concernant¹⁶⁶. Ces lois ne sont

¹⁶⁴ *Id.*

¹⁶⁵ L.C. 2000, c. 5

¹⁶⁶ Voir les lois suivantes, qui prévoient des mécanismes afin de protéger les personnes qui dénoncent des actes répréhensibles ou des manquements, communiquent des informations ou collaborent à une enquête : *Loi concernant la lutte contre la corruption*, RLRQ, c. L-6.1 ; *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics*, préc. note 66 ; *Loi sur l'encadrement du secteur financier*, RLRQ, c. E-6.1, art. 7 (protection des personnes qui dénoncent un manquement à une loi visée à l'article 7 de cette loi à l'Autorité des marchés financiers) ; *Charte de la Ville de Montréal*, RLRQ, c. C-11.4, art. 57.1.1 à 57.1.25 (chapitre II, section VI.0.1) (protection des personnes qui communiquent des renseignements pertinents à la réalisation du mandat de l'inspecteur général de la Ville de Montréal) ; *Loi sur les services de garde éducatifs à l'enfance*, RLRQ, c. S-4.1.1, art. 101.21 à 101.33 (chapitre VII.2) (protection des personnes qui divulguent au ministre de la Famille des actes répréhensibles à l'égard d'un titulaire de permis dont les services de garde sont subventionnés ou d'un bureau coordonnateur de la garde en milieu familial) ; *Loi visant à lutter contre la maltraitance envers les aînés et toute autre personne majeure en situation de vulnérabilité*, RLRQ, c. L-6.3 (protection des personnes qui signalent un cas de maltraitance envers les aînés et toute autre personne majeure vulnérable) ; *Code des professions*, RLRQ, c. C-26, art. 116 (protection des personnes qui transmettent au syndic d'un ordre professionnel une information sur une infraction visée à l'article 116) ; *Loi sur l'Autorité des marchés publics*, RLRQ, c. A-33.2.1, art. 56 (protection des personnes qui communiquent de bonne foi des renseignements à l'Autorité des marchés publics) ; *Loi sur l'éthique et*

pas des lois du travail. Elles prévoient des mécanismes permettant à *toute personne* de dénoncer des actes répréhensibles et interdisent que des mesures de représailles soient exercées contre elles.

Ces lois s'appliquent aussi aux salariés des secteurs et organismes visés par ces lois. C'est pourquoi elles sont susceptibles de modifier le cadre juridique applicable à l'expression publique des salariés concernant leur employeur puisqu'elles encadrent, d'une manière qui peut varier d'une loi à l'autre, le processus que doit suivre une personne, incluant un salarié qui veut dénoncer un acte répréhensible (III.3.1). Ces lois ont en commun d'interdire à l'employeur de congédier ou d'imposer des mesures de représailles à un salarié dénonciateur : dans de tels cas, les salariés ont accès au recours à l'encontre d'une pratique interdite établi par la L.n.t. (III.3.2).

III.3.1 – Les lois favorisant la divulgation d'actes répréhensibles : deux exemples

Pour illustrer le cadre juridique applicable à la divulgation d'actes répréhensibles et à la protection de leurs auteurs, nous nous limiterons à la présentation sommaire du contenu général de deux lois adoptées respectivement en 2011 et 2017 : la *Loi concernant la lutte contre la corruption* et la *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics*. Ce choix s'explique par le fait que ces lois couvrent un champ d'application relativement large et qu'elles ont pour objectif principal l'encadrement de la divulgation d'actes répréhensibles,

la déontologie en matière municipale, RLRQ, c. E-15.1.0.1, art. 20 (protection des personnes qui communiquent de bonne foi à la Commission municipale du Québec des renseignements concernant un manquement à un code d'éthique et de déontologie applicable à un membre d'un conseil d'une municipalité) ; *Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction*, RLRQ, c. R-20, art. 123.6 (protection des personnes qui communiquent de bonne foi à la Commission de la construction des renseignements concernant un acte ou une omission sur une violation ou une infraction en vertu de la loi ou de ses règlements) ; *Loi sur le bâtiment*, RLRQ, c. B-1.1, art. 129.2.1 (protection des personnes qui communiquent de bonne foi à la Régie du bâtiment du Québec des renseignements concernant un acte ou une omission sur une violation ou une infraction en vertu de la loi ou de ses règlements).

La *Loi concernant la lutte contre la corruption* a été adoptée en 2011 en réaction à des allégations de pratiques douteuses dans l’octroi de contrats de travaux publics, de services ou d’approvisionnement par des organismes publics¹⁶⁷. Elle a pour objet de renforcer la prévention et la lutte contre la corruption en matière contractuelle dans le secteur public¹⁶⁸. L’acte répréhensible y est défini comme :

1° une contravention à une disposition d’une loi fédérale ou du Québec ou à un règlement pris en application d’une telle loi, si cette contravention implique de la corruption, de l’abus de confiance, de la malversation, de la collusion, de la fraude ou du trafic d’influence dans, entre autres, l’adjudication, l’obtention ou l’exécution des contrats octroyés dans l’exercice des fonctions d’un organisme ou d’une personne du secteur public, ainsi que dans l’administration de la justice et l’octroi de droits ou de privilèges, telle une autorisation, une nomination ou une subvention, par un organisme ou une personne du secteur public ;

1.1° une contravention aux dispositions des articles 27.5 à 27.11 et 27.13 de la *Loi sur les contrats des organismes publics* (chapitre C-65.1) ;

2° un usage abusif des fonds ou des biens publics ou un cas grave de mauvaise gestion en matière contractuelle dans le secteur public ;

3° le fait d’ordonner ou de conseiller à une personne de commettre un acte répréhensible prévu aux paragraphes 1°, 1.1° et 2°.¹⁶⁹

La *Loi concernant la lutte contre la corruption* institue une procédure de dénonciation au Commissaire à la lutte contre la corruption qui enquêtera et jugera de la recevabilité de celle-ci¹⁷⁰. Toute personne, incluant tout employé du secteur visé par la loi, peut faire une dénonciation¹⁷¹. La personne qui dénonce un acte répréhensible peut le faire malgré les lois sur la protection des renseignements personnels, à l’exception du secret professionnel entre un avocat et son client. Le salarié qui dénonce un acte répréhensible

¹⁶⁷ Rachel DUGAS, « Divulgence d’actes répréhensibles et protection contre les représailles : les expériences fédérale et québécoise » dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail* (2013), Cowansville, Éditions Yvon Blais, EYB2013DEV1970, p. 1, 5 (PDF) (La référence).

¹⁶⁸ Art. 1 et 3 *Loi concernant la lutte contre la corruption*

¹⁶⁹ Art. 3 *Loi concernant la lutte contre la corruption*

¹⁷⁰ Art. 26 à 30 *Loi concernant la lutte contre la corruption*

¹⁷¹ Art. 26 *Loi concernant la lutte contre la corruption*

peut le faire malgré « toute obligation de loyauté ou de confidentialité pouvant la lier [...] à l'égard de son employeur »¹⁷².

La *Loi concernant la lutte contre la corruption* prohibe les sanctions contre les lanceurs d'alerte à l'article 32, pour définir ensuite ce qu'est précisément une mesure disciplinaire en représailles à une divulgation d'actes répréhensibles à l'article suivant :

32. Il est interdit d'exercer des mesures de représailles contre une personne qui fait une dénonciation ou contre celle qui collabore à une vérification ou à une enquête concernant un acte répréhensible, ou encore de menacer une personne de mesures de représailles pour qu'elle s'abstienne de faire une dénonciation ou de collaborer à une telle vérification ou à une telle enquête.

33. Sont présumées être des mesures de représailles la rétrogradation, la suspension, le congédiement ou le déplacement d'une personne visée à l'article 32 ainsi que toute sanction disciplinaire ou autre mesure portant atteinte à son emploi ou à ses conditions de travail.¹⁷³

La contravention à l'interdiction prévue à l'article 32 d'exercer des mesures de représailles constitue une infraction pénale¹⁷⁴. Comme nous le verrons dans la section suivante, le salarié qui dénonce un acte répréhensible est protégé par un recours civil fondé sur la L.n.t..

La *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics* est un ajout du législateur récent (en 2017) qui a pour objectif de faciliter la dénonciation d'actes répréhensibles pour les organismes publics¹⁷⁵. Sasseville et Samoisette Fournier dédient la seconde partie de leur étude que nous avons précitée à une analyse critique de ces apports du législateur, apports fraîchement mis en place lors de la

¹⁷² Art. 27 *Loi concernant la lutte contre la corruption*

¹⁷³ Art. 32 et 33 *Loi concernant la lutte contre la corruption*

¹⁷⁴ Art. 34 à 35.1 *Loi concernant la lutte contre la corruption*. À l'article 34, des amendes de 2 000 à 20 000 \$ pour une personne physique et de 10 000 \$ à 250 000 \$ pour les personnes morales sont établies pour une infraction à l'article 32 (doublées en cas de récidive).

¹⁷⁵ Art. 1 *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics*

parution de leur texte. Nous exposerons leurs observations à même la vue d'ensemble des différentes composantes de cette nouvelle loi québécoise.

Rappelons d'abord ses principales composantes qui ne diffèrent visiblement pas à première vue de la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles*, outre évidemment son champ d'application. S'appliquant aux organismes publics (les ministères, les organismes budgétaires, les entreprises du gouvernement, les établissements scolaires, les centres de la petite enfance, les organismes municipaux et toute personne ou tout organisme désignés par le gouvernement¹⁷⁶), la *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics* définit elle aussi ce qu'est un acte répréhensible :

4. Au sens de la présente loi, est considéré comme répréhensible tout acte qui constitue, selon le cas :

- 1° une contravention à une loi du Québec, à une loi fédérale applicable au Québec ou à un règlement pris en application d'une telle loi ;
- 2° un manquement grave aux normes d'éthique et de déontologie ;
- 3° un usage abusif des fonds ou des biens d'un organisme public, y compris de ceux qu'il gère ou détient pour autrui ;
- 4° un cas grave de mauvaise gestion au sein d'un organisme public, y compris un abus d'autorité ;
- 5° le fait, par un acte ou une omission, de porter gravement atteinte ou de risquer de porter gravement atteinte à la santé ou à la sécurité d'une personne ou à l'environnement ;
- 6° le fait d'ordonner ou de conseiller à une personne de commettre un acte répréhensible visé aux paragraphes 1° à 5°.¹⁷⁷

Sasseville et Samoisette Fournier remarquent que la définition de l'acte répréhensible est large comparativement à celle de la *Loi concernant la lutte contre la corruption*. Au sujet du premier alinéa, ils soutiennent que si la mention que toute

¹⁷⁶ Art. 2 *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics*

¹⁷⁷ Art. 4 *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics*

contravention à une loi d'ordre public québécoise constitue un acte répréhensible est objective, les alinéas suivants engendrent une diversité de sujets pouvant être des actes répréhensibles « susceptible[s] de générer la mise en application très fréquente des mécanismes de la loi et de ses protections, parfois même sur des sujets futiles »¹⁷⁸. Ainsi, les auteurs reprochent au législateur une énumération trop vaste de situations incluses comme acte répréhensible, mais aussi des imprécisions (particulièrement, l'alinéa second avec la formulation « normes éthiques et de déontologie »). Il y aurait alors possibilité que les dénonciations se fassent à mauvais escient ou malhonnêtement (en considérant les biais d'interprétation auxquels le divulgateur pourrait être sujet), perturbant ainsi le bon fonctionnement des institutions publiques. L'article 5 viendrait en sorte corriger cette lacune, en imposant que la divulgation se fasse uniquement selon l'intérêt public et qu'elle soit exempte de fins personnelles :

5. La présente loi ne s'applique pas aux divulgations qui sont effectuées à des fins personnelles et non d'intérêt public, par exemple dont l'objet porte uniquement sur une condition de travail de la personne qui effectue la divulgation, ni aux divulgations dont l'objet est de mettre en cause le bien-fondé des politiques et objectifs de programme du gouvernement ou d'un organisme public. Il en est de même des divulgations dont l'objet est de mettre en cause l'efficacité, l'efficience ou le bien-fondé des stratégies, orientations et opérations liées à des activités d'investissement, de gestion de fonds ou de gestion de dettes de la Caisse de dépôt et placement du Québec et d'Investissement Québec.

En outre, la présente loi ne s'applique pas :

1° à la divulgation d'une contravention à une loi ou à un règlement concernant un processus d'adjudication ou d'attribution d'un contrat public visé au premier alinéa de l'article 20 de la Loi sur l'Autorité des marchés publics (chapitre A-33.2.1) ou concernant l'exécution d'un tel contrat ;

¹⁷⁸ A. SASSEVILLE et G. SAMOISSETTE FOURNIER, préc., note 67, p. 13

2° à une divulgation relevant du mandat de surveillance de l'inspecteur général prévu à l'article 57.1.8 de la Charte de la Ville de Montréal, métropole du Québec (chapitre C-11.4) ;

3° à une divulgation concernant un manquement en matière d'éthique et de déontologie visé à la section I du chapitre III de la Loi sur l'éthique et la déontologie en matière municipale (chapitre E-15.1.0.1)¹⁷⁹.

La *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics* prévoit, comme la *Loi concernant la lutte contre la corruption*, que la personne qui dénonce un acte répréhensible peut le faire malgré les dispositions des lois sur la protection des renseignements personnels, sauf en ce qui concerne l'article 33 de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*¹⁸⁰ et à l'exception du secret professionnel entre un avocat et son client. Le salarié qui dénonce un acte répréhensible peut le faire malgré « toute obligation de confidentialité et de loyauté pouvant la lier [...] à l'égard de son employeur »¹⁸¹.

Comme souligné dans la section consacrée à la divulgation interne, la *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics* permet deux voies de recours pour acheminer une plainte : porter plainte au Protecteur du citoyen ou « au responsable du suivi des divulgations de son organisme [ou ministère] pour effectuer sa divulgation »¹⁸². Pour le citoyen qui n'occupe pas un emploi du secteur public, la seule option qui lui est accessible est de déposer sa plainte au Protecteur du citoyen sauf si la plainte concerne les centres de la petite enfance, les garderies subventionnées ou les bureaux coordonnateurs de la garde en milieu familial (deuxième alinéa de l'article 6) ou un organisme municipal (quatrième alinéa de l'article 6). Quant au divulgateur qui occupe un emploi du secteur public, les deux options lui sont offertes indistinctement. Pour

¹⁷⁹ Art. 5 *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics*

¹⁸⁰ Art. 33 *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*. L'article 33 de cette loi porte sur les communications et documents du Conseil exécutif, qui ne peuvent être communiqués avant l'expiration d'un délai de 25 ans de leur date.

¹⁸¹ Art. 8 *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics*

¹⁸² Art. 6 *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics*

Sasseville et Samoïsette Fournier, cette double voie de recours semble problématique : la dénonciation à la personne responsable dans l'organisme ou le ministère serait « moins onéreuse » que celle auprès du Protecteur du citoyen, puisque la première est plus familière avec les politiques et règles de fonctionnement internes, facilitant ainsi l'enquête subséquente. Mais en considérant qu'aucune des voies de recours prévues ne bénéficie d'un statut prédominant envers l'autre, il faudrait s'attendre à ce que des travailleurs choisissent la divulgation au Protecteur du citoyen — peut-être par la confidentialité accrue qu'offre cette option — au détriment d'un processus de traitement de plaintes plus optimal à leurs yeux. Pour ces auteurs, cela risque de soulever un problème, l'intervention du Protecteur du citoyen pouvant alors se faire sans tentative de divulgation auprès de l'organisme, alors que les tribunaux ont depuis longtemps considéré que cette divulgation interne à l'organisation était un préalable à toute dénonciation. L'option du Protecteur du citoyen permettrait alors le contournement des mécanismes de résolution propres à l'organisme. Nous pourrions rétorquer que la Loi mentionne expressément que la dénonciation peut se faire malgré l'obligation de loyauté qui lie le salarié à l'employeur. La jurisprudence sur la nécessité d'une divulgation interne ayant été rendue dans le contexte où un manquement à l'obligation de loyauté était en cause pourrait ne pas être applicable.

Une fois l'acte répréhensible déterminé, la *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics* octroie des protections aux personnes qui communiqueraient la perpétration d'un tel acte :

30. Il est interdit d'exercer des représailles contre une personne pour le motif qu'elle a de bonne foi fait une divulgation ou collaboré à une vérification ou à une enquête menée en raison d'une divulgation.

Il est également interdit de menacer une personne de représailles pour qu'elle s'abstienne de faire une divulgation ou de collaborer à une vérification ou à une enquête menée en raison d'une divulgation.¹⁸³

¹⁸³ Art. 30 *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics*

En plus de cet article, l'article 31 précise ce qu'est au sens de la loi une mesure de représailles (« la rétrogradation, la suspension, le congédiement ou le déplacement d'une personne visée à cet article ainsi que toute autre mesure disciplinaire ou mesure portant atteinte à son emploi ou à ses conditions de travail »¹⁸⁴). La contravention à l'interdiction d'exercer des mesures de représailles prévue à l'article 30 constitue une infraction pénale¹⁸⁵. Comme nous le verrons bientôt, le salarié qui dénonce un acte répréhensible en vertu de la *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics* est aussi protégé par un recours civil fondé sur la L.n.t.

III.3.2 – La protection des salariés contre les représailles en vertu de la *Loi sur les normes du travail*

Les salariés sont protégés de manière spécifique lorsqu'ils dénoncent un acte, communiquent des informations ou collaborent à une enquête conformément à la *Loi concernant la lutte contre la corruption*, à la *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics* et à plusieurs autres lois¹⁸⁶ puisqu'ils ont accès au recours à l'encontre d'une pratique interdite établi par l'article 122 de la L.n.t. Cet article a été amendé à plusieurs reprises au cours des dernières années pour intégrer une protection contre le congédiement, la suspension ou toutes autres mesures administrées en guise de représailles envers les travailleurs qui divulguent des actes répréhensibles ou dénoncent des manquements en vertu de ces différentes lois. C'est ainsi que neuf paragraphes, le paragraphe (7) et les paragraphes (10) à (17), ont été ajoutés au premier alinéa de l'article 122 de la L.n.t. entre 2011 et 2018 :

122. Il est interdit à un employeur ou à son agent de congédier, de suspendre ou de déplacer un salarié, d'exercer à son endroit des mesures discriminatoires ou des représailles ou de lui imposer toute autre sanction :

¹⁸⁴ Art. 31 *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics*

¹⁸⁵ Art. 33, al. 1(2) *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics*. Cet article prévoit que des amendes de 2 000 à 20 000 \$ pour une personne physique et de 10 000 \$ à 250 000 \$ pour les personnes morales pour une infraction à l'article 30 (doublées en cas de récidive).

¹⁸⁶ *Supra*, note 166

[...]

7° en raison d'une dénonciation faite par un salarié d'un acte répréhensible au sens de la Loi concernant la lutte contre la corruption (chapitre L-6.1), d'un manquement à une loi visée à l'article 7 de la Loi sur l'encadrement du secteur financier (chapitre E-6.1) ou de sa collaboration à une vérification ou à une enquête portant sur un tel acte ou un tel manquement ;

[...]

10° en raison d'une communication faite par un salarié à l'inspecteur général de la Ville de Montréal ou de sa collaboration à une inspection menée par ce dernier en application des dispositions de la section VI.0.1 du chapitre II de la Charte de la Ville de Montréal, métropole du Québec (chapitre C-11.4) ;

11° en raison de la divulgation d'un acte répréhensible faite de bonne foi par le salarié ou de sa collaboration à une vérification ou à une enquête portant sur un tel acte, conformément à la Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics (chapitre D-11.1) ou au chapitre VII.2 de la Loi sur les services de garde éducatifs à l'enfance (chapitre S-4.1.1) ;

12° en raison d'un signalement fait par un salarié ou de sa collaboration à l'examen d'un signalement ou d'une plainte en application des dispositions de la Loi visant à lutter contre la maltraitance envers les aînés et toute autre personne majeure en situation de vulnérabilité (chapitre L-6.3) ;

13° pour le motif que le salarié a transmis au syndic d'un ordre professionnel une information selon laquelle un professionnel a commis une infraction visée à l'article 116 du Code des professions (chapitre C-26) ;

14° en raison d'une communication de renseignements faite de bonne foi par ce salarié en vertu de l'article 56 de la Loi sur l'Autorité des marchés publics

(chapitre A-33.2.1) ou de sa collaboration à une vérification ou à une enquête menée en raison d'une telle communication ;

15° en raison d'une communication de renseignements faite de bonne foi par ce salarié en vertu de l'article 20 de la Loi sur l'éthique et la déontologie en matière municipale (chapitre E-15.1.0.1) ou de sa collaboration à une recherche de renseignements ou à une enquête menée par la Commission municipale du Québec en application de la section I du chapitre III de cette loi ;

16° pour le motif qu'il a de bonne foi communiqué à la Commission de la construction du Québec un renseignement visé à l'article 123.6 de la Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction (chapitre R-20) ou collaboré à une enquête, à une vérification ou à un contrôle mené en raison d'une telle communication ;

17° pour le motif qu'il a de bonne foi communiqué à la Régie du bâtiment du Québec un renseignement en vertu de l'article 129.2.1 de la Loi sur le bâtiment (chapitre B-1.1) ou collaboré à une enquête, à une vérification ou à un contrôle mené en raison d'une telle communication.

[...]¹⁸⁷

Le recours à l'encontre d'une pratique interdite introduit une présomption en faveur du salarié au sens de la L.n.t. lorsque ce salarié établit qu'il a exercé un droit (par exemple, ceux visés par les paragraphes (7) et (10) à (17) précités), qu'il a été congédié ou autrement sanctionné et qu'il existe une certaine concomitance entre le droit protégé et la mesure qui lui a été imposée. Il revient alors à l'employeur de démontrer que la mesure qu'il a imposée repose sur une autre cause juste et suffisante. À défaut de faire cette démonstration, le TAT peut annuler le congédiement ou la mesure imposée au salarié et ordonner à l'employeur de lui verser une indemnité compensant le salaire et les avantages dont il a été privé¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Art. 122 L.n.t. Il existe d'autres restrictions au droit de l'employeur d'exercer des mesures disciplinaires en raison d'une dénonciation ou de la participation à une enquête d'un organisme gouvernemental, notamment dans le cadre d'une enquête de la CNESST.

¹⁸⁸ Art. 123.4, al. 2 L.n.t. qui renvoie aux articles 15 à 19 du Code du travail.

Pour les auteurs Sasseville et Samoisette Fournier, les protections offertes par ce recours aux salariés qui dénoncent un acte répréhensible en vertu de la *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics* ne visent cependant pas deux cas de figure : celui du salarié ayant participé à un acte répréhensible et qui dénonce ce même acte et celui du salarié qui divulgue un acte répréhensible à la fois à l'interne, selon les modalités de cette loi, et à l'externe, dans les médias par exemple. Ils considèrent que ce seront les tribunaux qui aménageront la portée de la *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics* dans ces cas. Dans l'état du droit actuel, le premier (le divulgateur participant) ne pourrait bénéficier de la protection de l'article 122 de la L.n.t. puisqu'elle le protège à l'encontre de représailles découlant de la dénonciation et non de celles reliées à la participation à un acte répréhensible, alors que pour le second (le divulgateur externe), les auteurs se réfèrent à la décision *Beaulieu*, où, à la suite d'une fuite dans les médias, le salarié n'a pas été protégé par la *Loi concernant la lutte contre la corruption* et par l'article 122, al. 1 (7) de la L.n.t.¹⁸⁹. Au sujet de la divulgation externe dans les médias, la *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics* restreint l'exercice de celle-ci aux risques graves et imminents à la santé et à la sécurité d'une personne ou de l'environnement qui ne peuvent être transmis par les voies normales prévues par la loi¹⁹⁰.

Notons enfin que la *Loi sur la santé et la sécurité au travail* contient aussi des dispositions interdisant l'imposition de mesures disciplinaires pour l'exercice d'un droit de refus de travailler en raison d'un danger imminent à la santé et à la sécurité du travailleur ou du public¹⁹¹, mais aussi pour l'exercice de fonctions du représentant à la prévention¹⁹², à moins qu'il y ait abus de droit. Cela s'applique pareillement pour l'occupation d'un poste sur un comité de santé et de sécurité¹⁹³ et la simple occupation du poste de représentant à

¹⁸⁹ Décision *Beaulieu*, préc., note 39

¹⁹⁰ Art. 7 *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics*. La protection accordée à la divulgation externe est sous réserve d'avoir préalablement aux corps policiers ou au Commissaire à la lutte contre la corruption et de ne pas nuire non plus à l'intervention pour remédier à la situation.

¹⁹¹ *Loi sur la santé et la sécurité au travail*, RLRQ, c. S-2.1, art. 30

¹⁹² *Id.*, art. 31

¹⁹³ *Id.*, art. 81

la prévention¹⁹⁴ (sans qu'il soit question d'une action effectuée en tant que représentant à la prévention, ce qui est encadré par l'article 31). Ces protections touchent en partie la divulgation d'actes répréhensibles. Le droit de refus, par la manière dont il s'effectue, est aussi un signalement à l'employeur d'un danger sur les lieux de travail, attribué (ou non) à un acte que nous pourrions considérer comme répréhensible. La dénonciation se fait en fonction de cette loi en premier par un signalement à l'interne (au supérieur immédiat et au représentant à la prévention ou selon les modalités prévues en cas d'indisponibilité de l'une ou l'autre de ces personnes), ensuite par un possible signalement à l'externe à la Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité au travail (CNESST), par l'entremise d'un inspecteur. Nous la considérons donc comme une loi qui applique une démarche similaire et défend des objectifs semblables aux autres lois sur la divulgation d'actes répréhensibles. Par contre, lorsqu'un tel danger à la santé ou à la sécurité possède un intérêt public et est divulgué en dehors de l'organisation, nous sortirions du cadre prévu par la *Loi sur la santé et la sécurité au travail* pour s'inscrire dans le champ de protection des autres lois, selon le cas.

IV – Problématique

Un changement juridique majeur indique une possible reconsidération du tandem formé de l'obligation de loyauté et de la liberté d'expression : la constitutionnalisation du droit du travail, phénomène qui devrait s'observer dans la jurisprudence. En reprenant le concept des auteurs Brunelle, Coutu et Trudeau, nous désirons vérifier si nous assisterions effectivement à l'émergence d'un nouveau paradigme, c'est-à-dire une nouvelle manière d'interpréter l'obligation de loyauté en fonction des droits et libertés constitutionnels — en l'occurrence la liberté d'expression — où une application stricte de la hiérarchie des sources de droit conférerait un statut prédominant à la liberté d'expression vis-à-vis de l'obligation de loyauté. La constitutionnalisation du droit du travail permettrait-elle alors au salarié de davantage s'exprimer publiquement à propos du travail qu'auparavant ? Subsidiairement, deux nouveaux éléments, l'un social et l'autre législatif, attirent notre

¹⁹⁴ *Id.*, art. 97

attention. Le premier élément est l'arrivée des technologies numériques, telles que les réseaux sociaux. Elles se sont immiscées dans la vie quotidienne du travailleur, créant une tribune accessible à tous et un vaste auditoire atteignable. Comment les tribunaux ont-ils appréhendé l'arrivée des technologies numériques ? Ont-ils modifié leur interprétation de l'obligation de loyauté et de la liberté d'expression depuis l'introduction des technologies numériques ? Le deuxième élément est les récentes interventions du législateur relativement à la divulgation d'actes répréhensibles. Ces nouvelles lois se sont-elles avérées efficaces dans la protection du lanceur d'alerte salarié ? Depuis l'adoption des lois provinciales, le nombre de mesures disciplinaires invalidées par les tribunaux a-t-il augmenté ? Il convient ainsi d'analyser les potentiels impacts de ce changement au niveau de la jurisprudence sur l'obligation de loyauté et la liberté d'expression ainsi que ces nouveaux éléments. C'est ce que nous ferons à l'aide de la formulation des trois questions de recherches suivantes (IV.1, IV.2 et IV.3).

IV.1 – L'effet de la constitutionnalisation du droit du travail

Notre première question de recherche consiste à déterminer si l'attitude des décideurs des différents tribunaux de droit commun et tribunaux spécialisés du système judiciaire québécois a pu être influencée par la constitutionnalisation du droit du travail sur la question du rapport entre l'obligation de loyauté et la liberté d'expression du salarié dans des situations où le salarié s'est exprimé à propos de son travail. Nous serons alors en mesure d'observer si les décideurs ont intégré des considérations de l'ordre de la liberté d'expression du travailleur dans leur analyse et si le nombre de décisions où intervient la liberté d'expression s'est accru, s'il a diminué ou s'il s'est stabilisé à travers le temps. Nous examinerons aussi l'effet possible d'autres variables comme le secteur d'activité de l'organisation pour laquelle le salarié œuvre, le statut (ou non) de représentant syndical¹⁹⁵, le recours exercé et le tribunal mobilisé.

¹⁹⁵ Avec la variable du statut de représentant syndical, nous cherchons ici à analyser la question de l'immunité relative du représentant syndical qui fait interagir l'obligation de loyauté avec la liberté d'expression et la liberté d'association.

IV.2 – L’effet des technologies numériques de communication

Notre deuxième question de recherche a pour objet l’utilisation des technologies numériques de communication : dans quelle mesure les critiques de l’employeur faites par l’entremise d’un outil de communication numérique (réseaux sociaux, courriels, forums de discussion, etc.) ont-elles pu être considérées par les décideurs ? Les tribunaux auraient-ils pu conclure davantage à un manquement à l’obligation de loyauté lorsqu’une critique ou une divulgation s’est effectuée par le salarié à l’aide des technologies numériques de communication ou à l’inverse ?

IV.3 – L’effet des lois encadrant la divulgation d’actes répréhensibles

Notre troisième question de recherche s’intéressera spécifiquement à la divulgation d’actes répréhensibles en contexte d’emploi en vertu des lois québécoises qui ont pour effet de protéger les dénonciateurs salariés dans certains secteurs ou contextes spécifiques. Nous nous intéresserons aux salariés qui sont protégés contre les représailles par le paragraphe (7) et les paragraphes (10) à (17) de l’alinéa 1 de l’article 122 de la L.n.t. Nous examinerons la jurisprudence pour voir si le recours à l’encontre d’une pratique interdite est mobilisé par les salariés ou s’ils (ou leur syndicat) continuent de se prévaloir des recours qui étaient auparavant applicables (par exemple le grief) dans des circonstances similaires et si ce recours permet effectivement de mieux protéger les salariés contre les représailles. Nous tenterons aussi de voir si les décisions rendues par le TAT écartent les principes liés à l’obligation de loyauté qui existaient auparavant (par exemple, l’importance d’une dénonciation à l’interne) dans le traitement de ces cas. Puisque le paragraphe (7) et les paragraphes (10) à (17) de l’alinéa 1 de l’article 122 concernent des domaines d’application bien circonscrits, l’analyse selon le secteur d’activité sera d’autant plus pertinente pour déterminer l’efficacité respective de ces lois.

CHAPITRE II – DÉMARCHE DE RECHERCHE : TYPE D’ANALYSE, ET MÉTHODOLOGIE

Cette recherche vise à déterminer l’effet de la constitutionnalisation du droit du travail ainsi que l’effet des technologies numériques de communication et l’effet des lois encadrant la divulgation d’actes répréhensibles sur l’interprétation des tribunaux québécois concernant l’obligation de loyauté et la liberté d’expression. Il s’agit de recenser la jurisprudence applicable afin de mesurer des effets ou d’observer des tendances à travers le temps ou d’autres facteurs que nous exposerons bientôt. Ce chapitre a pour objet de présenter la démarche élaborée pour répondre aux questions de recherches établies au chapitre premier. Plus particulièrement, nous aborderons le type d’analyse utilisée dans le cadre de ce mémoire (I), les critères d’analyse du contenu de la jurisprudence qui permettront de répondre à nos trois questions de recherche (II) ainsi que la méthode de constitution de notre échantillon de décisions (III), dans cet ordre.

I – Type d’analyse

L’analyse jurisprudentielle est le type d’analyse choisi puisque nous nous sommes intéressés à la manière dont différents tribunaux de droit commun et tribunaux spécialisés du système juridique québécois interprètent ou appliquent l’obligation de loyauté et la liberté d’expression dans les litiges impliquant des salariés qui ont critiqué ou dénoncé leurs employeurs. Nous nous sommes penchés sur les décisions de la Cour d’appel, de la Cour supérieure, de la Cour du Québec, du Tribunal administratif du travail (ci-après « TAT ») et de la CRT¹⁹⁶ ainsi que sur les sentences rendues par les arbitres de griefs nommés selon le *Code du travail*. Les décisions de la Cour suprême portant sur l’appel de décisions de la Cour d’appel ont été aussi retenues.

¹⁹⁶ Le TAT est né de la fusion de la CRT et de la Commission des lésions professionnelles le 1^{er} janvier 2016. Les décisions de notre échantillon rendues par un tribunal spécialisé en matière de travail et antérieures au 1^{er} janvier 2016 auront donc été rendues par la CRT.

II – Critères d’analyse du contenu de la jurisprudence

Nous avons convenu, pour répondre adéquatement aux questions de recherche que nous avons formulées, de les traiter à l’aide de deux analyses et deux échantillons distincts. Les première et deuxième questions de recherche (respectivement l’impact de la constitutionnalisation du droit du travail et l’utilisation des technologies numériques de communication) ont été examinées avec des critères en partie similaires. L’analyse de celles-ci s’est inspirée en partie de l’étude de Samson et Brunelle, qui avait été discutée dans le premier chapitre, avec l’apport d’éléments inédits à l’étude susdite. La troisième question de recherche, par la différence marquée du droit relatif à la divulgation d’actes répréhensibles avec celui de l’obligation de loyauté et de la liberté d’expression, n’a pu être comprise dans un échantillon commun avec les deux précédentes questions de recherche. Nous avons anticipé également un faible échantillon de décisions applicables pour cette troisième question. C’est pourquoi nous avons décidé qu’elle serait donc traitée à titre exploratoire.

II.1 – Première et deuxième questions de recherche

Avant tout, nous considérons qu’il serait approprié de commencer par rappeler nos deux premières questions de recherche. Notre première question de recherche est la suivante :

Notre première question de recherche consiste à déterminer si l’attitude des décideurs des différents tribunaux de droit commun et tribunaux spécialisés du système judiciaire québécois a pu être influencée par la constitutionnalisation du droit du travail sur la question du rapport entre l’obligation de loyauté et la liberté d’expression du salarié dans des situations où le salarié s’est exprimé à propos de son travail. [...]

Pour sa part, notre deuxième question de recherche se formule ainsi :

Notre deuxième question de recherche a pour objet l'utilisation des technologies numériques de communication : dans quelle mesure les critiques de l'employeur faites par l'entremise d'un outil de communication numérique (réseaux sociaux, courriels, forums de discussion, etc.) ont-elles pu être considérées par les décideurs ? Les tribunaux auraient-ils pu conclure davantage à un manquement à l'obligation de loyauté lorsqu'une critique ou une divulgation s'est effectuée par le salarié à l'aide des technologies numériques de communication ou à l'inverse ?

Pour répondre à ces deux questions de recherche, nous avons constitué un échantillon de décisions rendues par les tribunaux judiciaires ou spécialisés québécois relatives à l'interaction entre l'obligation de loyauté et la liberté d'expression. Les décisions qui forment cet échantillon ont toutes quatre critères en commun : (1) le salarié s'est exprimé à propos de son travail (le champ des sujets pouvant être abordés par son expression est vaste, il peut porter, non exclusivement, sur les conditions de travail, sur un conflit, sur des décisions prises par l'employeur, etc.), (2) le salarié s'est exprimé publiquement (une conversation seul à seul avec un supérieur immédiat, par exemple, ne pourrait être qualifiée d'expression publique ; il faut que l'expression du salarié ait cherché à joindre de tiers interlocuteurs, autres que lui-même et son employeur¹⁹⁷), (3) le salarié s'est fait imposer une ou des mesures disciplinaires à la suite ou en concomitance d'une expression publique à propos de son travail ou a été l'objet d'une poursuite civile et (4) la décision a été rendue ultérieurement au 27 juin 2006, ce qui correspond à la date de fin de l'échantillon de Samson et Brunelle.

Nous avons analysé le contenu de ces décisions à l'aide de deux grands indicateurs : le raisonnement du décideur et le contexte de la décision. Le raisonnement du décideur est le motif déterminant (ou *ratio decidendi*) retenu par le tribunal mobilisé dans une cause concernant l'imposition d'une mesure disciplinaire, à la suite d'une prise de parole publique du salarié au travail. On peut penser que les décideurs influencés par la

¹⁹⁷ Essentiellement, il fallait que le salarié ait cherché à joindre un tiers à l'externe de l'entreprise. Les critiques et dénonciations adressées uniquement à un collègue de travail, au syndicat ou aux instances internes de résolution de conflits ne furent pas non plus incluses dans notre échantillon. À l'inverse, les litiges provenant de critiques et de dénonciation adressées aux médias ou à monsieur et madame Tout-le-Monde (par l'entremise des réseaux sociaux, par exemple) nous ont intéressés particulièrement.

constitutionnalisation du droit du travail prendront en compte la liberté d'expression du salarié (et non seulement son obligation de loyauté) dans une affaire concernant une prise de parole publique du salarié et qu'ils seront enclins à faire prévaloir la liberté d'expression du salarié sur son obligation de loyauté. Quant au contexte de la décision, il sera examiné afin de voir si certaines caractéristiques des décisions comme la période où elles ont été rendues, les tribunaux qui les ont rendues, les recours exercés, les arguments présentés par les parties ou l'utilisation des technologies numériques par le salarié peuvent être globalement associées à une plus ou moins grande utilisation de l'obligation de loyauté ou de la liberté d'expression du salarié dans le raisonnement du décideur.

Aux fins de l'analyse du contenu des décisions, ces deux indicateurs sont déclinés en différents facteurs.

II.1.1 – Facteurs relatifs au raisonnement du décideur

Le premier facteur dont nous avons tenu compte dans notre analyse du raisonnement du décideur en ce qui concerne l'expression publique du salarié au travail est **la présence ou non d'une analyse de l'obligation de loyauté** (de l'article 2088 du Code civil) dans le motif déterminant d'une décision. En d'autres mots, le décideur a-t-il pris en considération l'article 2088 afin de valider ou d'invalider une mesure disciplinaire imposée à un salarié à la suite d'une prise de parole ? Nous avons estimé qu'une très forte majorité (sinon une quasi-majorité) des décisions qui se retrouveraient dans notre échantillon feraient référence à l'article 2088 comme motif déterminant. Il est toutefois nécessaire de considérer que certaines décisions ont pu à l'inverse ne pas mobiliser l'article 2088 : des litiges qui concernent l'imposition de mesures disciplinaires à la suite d'une expression publique d'un salarié à propos de son travail ont pu uniquement porter sur l'interprétation et l'application de dispositions d'une convention collective ou bien porter plutôt sur une analyse sur l'atteinte à la réputation d'un employeur.

Ensuite, nous avons analysé **la présence de considérations portant sur la liberté d'expression** dans le motif déterminant du décideur. Le décideur a-t-il fait référence à la liberté d'expression, au sens de la Charte canadienne, de la Charte québécoise ou des deux ? Nous avons donc examiné, dans la mesure où la liberté d'expression du salarié est mobilisée et que le décideur conclut qu'il y a une atteinte à cette liberté d'expression, si le décideur s'est penché sur la justification de cette atteinte au sens de l'article 1 de la Charte canadienne ou de l'article 9.1 de la Charte québécoise. Dans l'affirmative, il faut alors considérer les éléments pris en compte dans le test de justification.

Enfin, **d'autres considérations** ont pu faire partie du motif déterminant d'une décision portant sur l'expression du salarié au travail. Il peut notamment y avoir une analyse de l'obligation de bonne foi au sens de l'article 1375 du Code civil — les analyses de l'obligation de loyauté ont souvent été effectuées en fonction également de l'obligation de bonne foi, ces obligations du travailleur ayant été fortement associées — ou du droit à la réputation de l'employeur. Ces facteurs étant susceptibles d'avoir été plaidés par les parties dans certaines des décisions formant notre échantillon, il fut donc essentiel de vérifier s'ils ont pu jouer un rôle déterminant dans les décisions rendues par les décideurs.

L'analyse des facteurs que nous venons d'aborder nous permettra de voir, en lien avec notre première question de recherche, si le raisonnement des décideurs de notre échantillon de décisions est influencé par la constitutionnalisation du droit du travail. La liberté d'expression prévaut-elle sur l'obligation de loyauté dans leur analyse ? Dans l'étude de Samson et Brunelle, malgré « une progression évidente, bien qu'elle se révèle hésitante » de son évocation, les auteurs remarquent que la liberté d'expression n'a qu'un faible succès comme argument relatif à l'existence ou non d'un manquement à l'obligation de loyauté¹⁹⁸. Une majorité des décideurs de leur échantillon conclut à une conduite déloyale du salarié autant (dans des proportions assez similaires) lorsque la liberté d'expression est soulevée que lorsqu'elle ne l'est pas. En fonction d'une pénétration pressentie des droits de la personne dans le droit du travail (constitutionnalisation du droit du travail), observerons-nous une augmentation de décisions (1) prenant en compte la

¹⁹⁸ M. SAMSON et C. BRUNELLE, préc., note 7, p. 307-308

liberté d'expression du salarié au niveau du motif déterminant et (2) privilégiant la liberté d'expression du salarié au détriment de son obligation de loyauté¹⁹⁹ ? Pour conclure à un changement manifeste de la jurisprudence, « d'un changement de paradigme », il aurait été insuffisant de se limiter à une analyse quantitative. C'est pourquoi une attention particulière a été portée à l'aspect qualitatif de chacune des décisions de notre échantillon.

Enfin, le dernier facteur lié au raisonnement du décideur, mais non le moindre, est **la décision prise ou le taux de succès du salarié**²⁰⁰ : la demande du salarié ou du syndicat est-elle accueillie, rejetée ou accueillie en partie ? Les décideurs concluent-ils en une conduite déloyale du salarié après qu'il s'est exprimé au travail ou non ? Il est possible alors de vérifier dans quelle mesure le raisonnement du décideur a influencé la décision de conclure ou non à un manquement à l'obligation de loyauté. Samson et Brunelle ont déterminé à l'aide de leur échantillon qu'une forte majorité des décisions, peu importe le raisonnement du décideur ou les facteurs contextuels, ont conclu à un manquement à l'obligation de loyauté du salarié. Cette majorité s'est accentuée à travers le temps : elle est passée de 66,7 % entre 1976 et 1986 à 75 % entre 1986 et 1996 et à 79,4 % entre 1996 et 2006²⁰¹. Ces chiffres ne sont pas contradictoires avec l'idée de la faible utilisation des chartes par les salariés, les syndicats et les décideurs dans ce type de litige. En fonction de la constitutionnalisation du droit du travail, il est alors intéressant de vérifier si les résultats vont différer selon les facteurs contextuels que nous isolerons.

II.1.2 – Facteurs contextuels

Les facteurs contextuels ont pour objectif d'examiner s'il peut exister une variation dans le raisonnement juridique du décideur en fonction de diverses caractéristiques des

¹⁹⁹ En contexte syndical, il sera également intéressant de vérifier (1) si la prise en compte de la liberté d'association comme motif déterminant et (2) comment la liberté d'association s'est possiblement intégrée dans la relation entre la liberté d'expression et l'obligation de loyauté.

²⁰⁰ Afin de simplifier la lecture de ces résultats, nous avons adopté la perspective du salarié : la décision lui est-elle favorable ? Nous supposons que si une décision est favorable au salarié, elle sera nécessairement défavorable à l'employeur. Une décision favorable au salarié peut également avoir été accueillie partiellement. Nous le mentionnerons le cas échéant.

²⁰¹ M. SAMSON et C. BRUNELLE, préc., note 7, p. 301

décisions de notre échantillon. Il convient de préciser qu'un bon nombre de ces facteurs ont déjà été utilisés par Samson et Brunelle. D'autres sont propres à notre recherche. Nous précisons pour chacun de ces facteurs contextuels si le facteur se retrouvait dans l'étude de Samson et Brunelle ou s'il est inédit.

Le premier des facteurs contextuels est **le secteur d'activité** de l'employeur. Analysé également par Samson et Brunelle, ce facteur se décline en deux types d'employeurs : les employeurs du secteur public et les employeurs du secteur privé. Samson et Brunelle ont observé une augmentation à la fois du nombre de décisions impliquant l'obligation de loyauté pour les employeurs du secteur privé et les employeurs du secteur public, à travers les périodes. L'écart qui existait entre le nombre de décisions du secteur privé et le nombre de décisions du secteur public (à l'avantage du second) pouvait s'expliquer notamment par les taux de syndicalisation plus élevés pour les salariés du secteur public. Cet écart initial se serait resserré par la suite par l'effet d'une jurisprudence plus sévère pour le salarié du secteur public que pour le secteur privé²⁰². Ces auteurs ont aussi remarqué que les travailleurs du secteur public furent considérablement plus enclins à plaider leur liberté d'expression que les travailleurs du secteur privé, le nombre plus élevé pour les travailleurs du secteur public ne s'expliquant pas non plus par un haut « taux de réussite » de l'argument de la liberté d'expression.²⁰³ À l'instar de Samson et Brunelle, nous avons cherché également avec ce facteur à vérifier s'il persiste des dissemblances dans le raisonnement du décideur en fonction du secteur d'activité de l'employeur qui prend part à un litige relatif à l'obligation de loyauté et la liberté d'expression d'un salarié.

Conséquemment, le constat selon lequel la jurisprudence serait plus clémente pour le salarié du secteur privé qui s'exprime à propos de son travail s'applique-t-il toujours en regard de notre échantillon ? Quelles sources de droit sont mobilisées par les décideurs en fonction du secteur d'activité (le Code civil, les chartes ou autres) ?

²⁰² *Id.*, p. 298-299

²⁰³ *Id.*, p. 308-310

Nous avons traité dans notre chapitre premier la question de la liberté d'expression **du représentant syndical** : l'auteur Gagnon ainsi que Brunelle et Samson (dans leur étude de 2005) ont évoqué une certaine immunité accordée au représentant syndical pour les prises de paroles qui s'effectuent dans le cadre de ses fonctions syndicales et qui à priori constitueraient un manquement à l'obligation de loyauté. Samson et Brunelle (dans l'étude de 2007) confirment une plus grande latitude dans la jurisprudence pour le représentant syndical : 41,4 % des décideurs de leur échantillon n'ont pas conclu à un manquement à l'obligation de loyauté pour un représentant syndical alors que 23,4 % des décideurs de leur échantillon n'ont pas conclu à un manquement à l'obligation de loyauté lorsqu'il s'agit d'un salarié n'exerçant pas des fonctions de représentant syndical²⁰⁴. Nous avons donc repris ce facteur qui consiste à observer l'effet que peut jouer le statut de représentant syndical sur, à la fois, le raisonnement du décideur et le sort de la demande.

Dans notre échantillon, le représentant syndical possède-t-il encore une immunité relative quant aux propos qu'il peut véhiculer dans l'exercice de ses fonctions ? Comment le sort des demandes impliquant un représentant syndical se compare-t-il avec les demandes impliquant un « simple » salarié ? Les décideurs analysent-ils dans une proportion plus grande les litiges qui concernent un représentant syndical sous l'angle des chartes (la liberté d'expression ou bien la liberté d'association) ?

Un troisième facteur, qui provient de l'étude de Samson et Brunelle, est **la période**. L'analyse de la jurisprudence selon les périodes permettra de cerner l'évolution du raisonnement du décideur à travers le temps. Nous avons décidé, afin de permettre une comparaison de nos résultats avec ceux de Samson et Brunelle (comme nous l'avons déjà mentionné), de commencer notre échantillon exactement à la fin de celui de Samson et Brunelle, soit le 28 juin 2006. La date de fin est quant à elle fixée au 27 juin 2021, ce qui nous donne une période de quinze années pouvant être ensuite divisée en trois périodes d'exactly cinq années :

- Les décisions rendues entre le 28 juin 2006 et le 27 juin 2011, inclusivement ;

²⁰⁴ *Id.*, p. 302

- Les décisions rendues entre le 28 juin 2011 et le 27 juin 2016, inclusivement ;
- Les décisions rendues entre le 28 juin 2016 et le 27 juin 2021, inclusivement.

Samson et Brunelle avaient remarqué une progression constante du nombre de décisions qui impliquent le manquement à l'obligation de loyauté, la proportion la plus grande de leurs décisions recensées se retrouvant dans les dix dernières années de leur période visée (entre 1996 et 2006). Les auteurs identifiaient comme explications possibles l'effet de l'introduction de la Charte canadienne et de certaines décisions favorables à la liberté d'expression au travail rendues en 1996 — cet effet avec celui des diverses lois quasi constitutionnelles sur les droits de la personne ont pu causer un sentiment chez l'individu d'être davantage protégé quant à son expression publique, accroissant donc la quantité de prises de paroles et du fait même de litiges relatifs à l'obligation de loyauté — et des différences générationnelles (les jeunes générations de travailleurs s'exprimant davantage que celles qui les précèdent). Nous estimons nous aussi qu'une analyse prenant en compte l'évolution dans le temps de la jurisprudence permet d'observer de possibles changements dans le raisonnement du décideur. Le facteur contextuel de la période fut vérifié également en adéquation avec les autres facteurs contextuels, pour voir des progressions ou des tendances.

En fonction des trois périodes que nous avons déterminées, observons-nous des changements dans le raisonnement du décideur? Remarquons-nous une utilisation progressive de la Charte canadienne et de la Charte québécoise dans les décisions où il y a un manquement allégué à l'obligation de loyauté du salarié ? Il s'agit ainsi de vérifier l'effet documenté dans la doctrine de la constitutionnalisation du droit du travail, pour lequel nous pourrions observer une croissance dans la quantité de décisions où les chartes font partie du raisonnement du décideur.

Il pourrait exister des différences dans le raisonnement du décideur selon le tribunal mobilisé dans les décisions de notre échantillon. Le quatrième facteur contextuel de notre analyse est celui **du type du décideur** : s'il s'agit du TAT ou de la CRT, d'un tribunal de droit commun ou d'un arbitre de griefs qui est saisi d'une cause impliquant un manquement

à l'obligation de loyauté. Ce facteur aussi utilisé par Samson et Brunelle a permis à ces auteurs de formuler deux constats. Le premier concerne les décisions rendues par chacun des types de tribunaux, à savoir dans quelle proportion le décideur conclut à un comportement déloyal de la part du salarié. Des trois types de tribunaux, les arbitres de griefs se sont montrés dans leur échantillon les plus sévères avec 79,2 % des décisions en faveur d'un manquement à l'obligation de loyauté, alors que les commissaires (de la CRT) et les juges des tribunaux de droit commun ont jugé en faveur d'un manquement à l'obligation de loyauté dans 68 % et 66,7 % des décisions, respectivement²⁰⁵. Nous pourrions croire que le pourcentage plus élevé pour les arbitres de griefs s'explique par un raisonnement de ces derniers davantage basé sur l'interprétation des clauses de la convention collective et du droit du travail « traditionnel » (la L.n.t., le Code du travail, etc.) que sur les chartes²⁰⁶. Toutefois, Samson et Brunelle n'ont pas remarqué de variation dans les proportions de décisions qui font appel à l'une ou l'autre des deux chartes, les trois types de tribunaux n'ayant utilisé un raisonnement basé sur les chartes que dans un faible pourcentage des cas. En fonction du phénomène susdit de constitutionnalisation du droit du travail et, notamment, comme le rappellent les auteurs, des conclusions de l'arrêt *Parry Sound* qui établit l'arbitrage de griefs comme « un moyen de réalisation et d'affirmation des valeurs et des droits énoncés à la Charte [canadienne] »²⁰⁷, il est intéressant de vérifier s'il existe des différences entre les trois types de décideurs et s'il y a eu une évolution dans le temps de leur raisonnement.

Retrouvons-nous des différences dans le raisonnement des différents décideurs dans les litiges relatifs au manquement à l'obligation de loyauté d'un salarié ? Quelles sont

²⁰⁵ *Id.*, p. 304

²⁰⁶ Une autre hypothèse pourrait être la suivante : les écarts de sévérité en fonction du type de décideur mobilisé pourraient s'expliquer plutôt par le fait qu'une proportion considérable des griefs peuvent survenir en cours d'emploi, alors que les litiges en relation individuelle ne porteront (pratiquement) que sur des congédiements. Le congédiement étant perçu comme l'ultime mesure disciplinaire, les décideurs, autres que l'arbitre de griefs, pourraient plus fréquemment en venir à la conclusion que la mesure disciplinaire imposée (le congédiement) est injustifiée.

²⁰⁷ *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42 (« arrêt *Parry Sound* »). Cette citation provient du texte de Denis NADEAU, « L'arbitrage de griefs : vecteur d'intégration des droits de la personne dans les rapports collectifs du travail », dans Tribunal des droits de la personne et Barreau du Québec (dir.), *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 172 et se retrouve également dans M. SAMSON et C. BRUNELLE, préc., note 7, p. 319.

les sources de droit mobilisées par chacun des types de décideurs ? Pouvons-nous remarquer une pénétration progressive et constante de la Charte canadienne et de la Charte québécoise dans l'ensemble des décideurs ou existe-t-il des variations selon les décideurs ?

Samson et Brunelle avaient constaté qu'à la fois la Charte canadienne et la Charte québécoise ont été des outils peu utilisés par la partie plaignante (en l'occurrence le salarié ou le syndicat) dans les cas de manquement à l'obligation de loyauté à la suite d'une prise de parole d'un salarié, et ce, nonobstant d'autres facteurs pouvant entrer en jeu. Affirmant que, selon eux, le salarié ou le syndicat aurait fort à gagner à plaider la liberté d'expression, nous estimons que nous nous trouvons face à une contradiction : les chartes n'ont pas une incidence ou tardent à avoir une incidence dans ce type de situations, mais les auteurs attribuent leur adoption comme un facteur pouvant expliquer la hausse des prises de paroles en milieu de travail. Néanmoins, les résultats de leur étude démontrent qu'effectivement les salariés ou les syndicats n'utilisent que très peu un argumentaire fondé sur les chartes et que cet argumentaire possède un faible taux de succès, même si les pourcentages augmentent en faveur du salarié lorsque des arguments fondés sur les chartes sont évoqués (69 % des litiges se sont soldés par un manquement à l'obligation de loyauté lorsque la liberté d'expression est évoquée par le salarié, alors que c'est 78 % des litiges lorsqu'elle n'est pas évoquée²⁰⁸). Pour ce cinquième facteur contextuel, nous avons étudié dans notre échantillon **la présence d'un argumentaire fondé sur les chartes**, en opposition à **un argumentaire fondé sur l'obligation de loyauté** et **un argumentaire fondé sur d'autres obligations**. L'évaluation de leurs effets respectifs sur le raisonnement du décideur sera le but de cette analyse.

Les salariés ou les syndicats de notre échantillon ont-ils recours dans une plus grande proportion que les chiffres avancés par Samson et Brunelle à un argumentaire fondé sur la liberté constitutionnelle d'expression ? L'argumentaire fondé sur la liberté d'expression est-il davantage un gage de succès ?

²⁰⁸ M. SAMSON et C. BRUNELLE, préc., note 7, p. 308

Enfin, nous concluons par un dernier facteur contextuel inédit de la recherche de Samson et Brunelle : **l'utilisation de technologies numériques de communication par le salarié**. Ce facteur est lié directement avec notre deuxième question de recherche. Au moment de la publication de leurs résultats, nous ne pouvions soupçonner l'impact quotidien de celles-ci sur l'individu et le salarié ni leur utilisation afin de critiquer ou de dénoncer l'employeur. Les auteurs ne pouvaient appréhender leur utilisation massive et les potentielles transformations au niveau des relations de travail qu'une utilisation massive pourrait engendrer ; cette dimension est donc absente de leur étude. Si nous ne pouvons raisonnablement mettre en doute l'importance des technologies numériques de communication et l'espace critique qu'elles occasionnent, nous pouvons cependant nous interroger sur la manière dont cette innovation (l'arrivée des technologies numériques de communication en contexte de travail) a potentiellement influencé le raisonnement du décideur. S'agence-t-elle avec la jurisprudence préexistante ou cause-t-elle de nouvelles considérations de la part du décideur lorsqu'un salarié décide d'utiliser, par exemple, les réseaux sociaux pour s'exprimer à propos de son travail ? Ce facteur est essentiel pour pouvoir répondre à notre deuxième question de recherche.

Nous entendons par technologies numériques de communication tous les outils numériques servant à communiquer avec plusieurs destinataires. Nous incluons ainsi la communication par l'entremise des réseaux sociaux (Facebook, Twitter, LinkedIn, etc.), par l'entremise, notamment, des téléphones intelligents, des tablettes numériques et des ordinateurs portables (et aussi par des moyens moins récents comme l'échange de courriel, les blogues ou les forums de discussion). Le point commun entre ces technologies est qu'elles permettent la communication à plusieurs destinataires de façon directe lorsque l'expéditeur interpelle des destinataires précis ou de façon indirecte lorsque l'expéditeur transmet sa communication publiquement. C'est à ce second aspect que nous nous sommes limités ; par exemple, une communication téléphonique privée entre deux personnes n'est pas une situation contextuelle nécessitant une attention particulière de notre part puisqu'elle ne correspond pas à notre définition de l'utilisation d'une technologie numérique de communication.

Bien que nous nous attendions à une hausse de cas de manquements à l'obligation de loyauté dans notre période la plus récente (où l'utilisation des technologies numériques est au plus haut degré intégrée à la communication), nous ne nous attendons pas à observer un changement significatif dans le raisonnement des décideurs concernant le tandem obligation de loyauté et liberté d'expression. Les décideurs ne devraient pas, selon nous, baser leurs raisonnements davantage sur la liberté d'expression que sur les obligations du salarié parce que celui-ci s'est exprimé à l'aide d'une technologie numérique de communication. Cependant, nous estimons qu'il est possible que les décideurs de notre échantillon se montrent plus sévères envers le salarié qui a eu recours à une technologie numérique de communication, en raison de l'audimat plus large, voire illimité.

II.2 – Troisième question de recherche

Nous avons formulé notre troisième question de recherche, sur la divulgation d'actes répréhensibles au travail et ses protections législatives, comme suit :

Notre troisième question de recherche s'intéressera spécifiquement à la divulgation d'actes répréhensibles en contexte d'emploi en vertu des lois québécoises qui ont pour effet de protéger les dénonciateurs salariés dans certains secteurs ou contextes spécifiques. Nous nous intéresserons aux salariés qui sont protégés contre les représailles par le paragraphe (7) et les paragraphes (10) à (17) de l'alinéa 1 de l'article 122 de la L.n.t. Nous examinerons la jurisprudence pour voir si le recours à l'encontre d'une pratique interdite est mobilisé par les salariés ou s'ils (ou leur syndicat) continuent de se prévaloir des recours qui étaient auparavant applicables (par exemple le grief) dans des circonstances similaires et si ce recours permet effectivement de mieux protéger les salariés contre les représailles. Nous tenterons aussi de voir si les décisions rendues par le TAT écartent les principes liés à l'obligation de loyauté qui existaient auparavant (par exemple sur l'importance d'une dénonciation à l'interne) dans le traitement de ces cas. Puisque le paragraphe (7) et les paragraphes (10) à (17) de l'alinéa 1 de l'article 122 concernent des

domaines d'application bien circonscrits, l'analyse selon le secteur d'activité sera d'autant plus pertinente pour déterminer l'efficacité respective de ces lois.

Cette troisième question de recherche fut traitée à titre exploratoire compte tenu du petit nombre de cas impliquant la divulgation d'actes répréhensibles au travail que nous pressentions trouver. Ce concept, distinct des formes plus générales d'expression du salarié, est, comme nous avons pu le voir dans le premier chapitre, nouveau dans le paysage juridique québécois. Nous nous sommes donc intéressés au raisonnement juridique du TAT (et de la CRT) et à l'efficacité des protections juridiques accordées aux salariés lanceurs d'alerte. Pour être incluse dans notre échantillon, une décision devait impérativement concerner une expression publique de la part d'un salarié à qui des mesures disciplinaires ou de représailles ont été imposées à la suite ou en concomitance de cette expression publique et avoir donné lieu à l'exercice du recours fondé sur le paragraphe (7) et les paragraphes (10) à (17) de l'alinéa 1 de l'article 122. Nous avons aussi tenu compte d'autres arguments qui pourraient se retrouver dans ces décisions, comme la liberté d'expression. Nous avons ainsi décidé de répondre à cette question en deux étapes : une analyse du raisonnement juridique (II.2.1) et une analyse de l'efficacité de la protection offerte au salarié (II.2.2).

II.2.1 – Analyse du raisonnement juridique

L'article 122 de la L.n.t. établit une interdiction contre le congédiement et l'imposition d'autres mesures disciplinaires ou de représailles lorsqu'un salarié effectue une divulgation d'actes répréhensibles, une dénonciation, une communication, un signalement ou une transmission de renseignements qui sont protégés par les lois visées par le paragraphe (7) et les paragraphes (10) à (17) de l'alinéa 1 de l'article 122. Lorsque le salarié démontre qu'il a exercé un acte protégé par ces lois (1), qu'une ou des mesures disciplinaires ou de représailles lui ont été imposées (2) à la suite ou en concomitance de cet acte (3), il y a présomption que la ou les mesures lui ont été imposées à cause de l'exercice de cet acte. Lorsque cette présomption est établie, il revient à l'employeur de

démontrer l'existence d'une autre cause juste et suffisante motivant la mesure imposée. Nous avons examiné comment le TAT et la CRT analysent les conditions d'établissement de la présomption. Plus particulièrement, dans quelle mesure et selon quels critères ces décideurs ont-ils conclu ou non qu'il y avait eu un exercice d'un acte visé par l'article 122 et que le salarié lanceur d'alerte est ainsi protégé contre l'imposition d'une mesure disciplinaire ? Il s'agit donc d'analyser chacune des décisions composant notre échantillon afin d'y retrouver des similitudes ou dissimilitudes dans le raisonnement juridique de l'établissement de la présomption.

L'analyse du raisonnement juridique comporte un second volet : quelles sont les sources juridiques mobilisées par les décideurs ? Autrement dit, l'arrivée des protections de l'article 122 sur la divulgation d'actes répréhensibles crée-t-elle un nouveau cadre juridique indépendant ou les décideurs du TAT et de la CRT continuent-ils de baser aussi leur raisonnement sur les sources juridiques préexistantes, soit l'obligation de loyauté et la liberté d'expression ? Nous voulions observer si le TAT et la CRT intègrent dans leur raisonnement juridique l'une ou l'autre ou les deux sources juridiques mentionnées ou s'ils considèrent uniquement l'article 122 et les lois visées dans le paragraphe (7) et les paragraphes (10) à (17) de son premier alinéa.

Autant la *Loi concernant la lutte contre la corruption* (à l'article 27, loi visée par l'article 122, al. 1 (7) de la L.n.t.) et la *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics* (à l'article 8, loi visée par l'article 122, al. 1 (11) de la L.n.t.) dictent expressément que le salarié n'est pas tenu à son obligation de loyauté lorsqu'il effectue une dénonciation ou une divulgation d'un acte répréhensible au sens de ces lois²⁰⁹. Mais, comment, concrètement, cet effacement de l'obligation de loyauté s'observe-t-il dans la jurisprudence ? Nous tenterons de voir si effectivement l'obligation de loyauté ne s'applique pas dans les causes relatives à la dénonciation ou à la divulgation d'actes répréhensibles. À l'inverse, d'autres considérations ont-elles pu faire en sorte que

²⁰⁹ Il est probable qu'il en est de même des autres lois, qui protègent les salariés lanceurs d'alerte, visées par le paragraphe (7) et les paragraphes (10) à (17) du premier alinéa de l'article 122 de la *Loi sur les normes du travail*. Nous vérifierons le contenu de ces lois en ce qui concerne l'exclusion de l'obligation de loyauté si elles sont appliquées ou interprétées dans les décisions de notre échantillon.

l'obligation de loyauté devait être respectée (par exemple, le cas de figure du salarié qui, fautivement, considère avoir eu vent d'un acte répréhensible alors que dans les faits ce n'est pas un acte répréhensible) ?

II.2.2 – Analyse de l'efficacité de la protection offerte au salarié

Notre choix de traiter cette question à titre exploratoire se motive spécialement par cette seconde analyse ; nous ne pourrions effectivement conclure à des observations définitives avec le peu de décisions que nous anticipions de regrouper dans notre échantillon considérant la nouveauté de ces ajouts législatifs. Pour cette seconde analyse, nous désirions évaluer et comparer les deux approches possibles pour les cas de dénonciation ou de divulgation d'un acte répréhensible : l'approche découlant des protections offertes au paragraphe (7) et (10) à (17) de l'alinéa 1 de l'article 122 et l'approche découlant d'une analyse en fonction de l'obligation de loyauté et de la liberté d'expression. Laquelle pourrait être la plus avantageuse pour le salarié qui dénonce son employeur ? Comment les taux de succès pour le salarié lanceur d'alerte dans les causes qui font intervenir les protections de l'article 122 se comparent-ils à ceux qui font strictement une analyse en fonction de l'obligation de loyauté et de la liberté d'expression ? Vaut-il mieux pour le salarié s'adresser au TAT et plaider qu'une mesure disciplinaire lui a été imposée à la suite ou en concomitance à une divulgation d'actes répréhensibles au sens des lois visées par l'article 122 ou bien exercer un autre recours (par exemple un grief s'il est syndiqué) en argumentant qu'une atteinte injustifiée à la liberté d'expression du salarié a été commise ?

Nous pensons qu'il serait plus avantageux pour le salarié lanceur d'alerte de mobiliser l'article 122 L.n.t. pour contester une mesure qui lui a été imposée plutôt que de faire valoir sa liberté constitutionnelle d'expression. Nous estimons que si sa dénonciation ou sa divulgation s'inscrit dans le champ bien circonscrit du paragraphe (7) et des paragraphes (10) à (17) du premier alinéa, elle devrait nécessairement être protégée de toutes mesures disciplinaires. Alors que pour un argumentaire basé sur la liberté

d'expression, nous avons vu dans l'étude de Samson et Brunelle qu'elle ne jouissait pas d'un taux de succès favorable. Nous croyons donc que ces taux de succès distincts se reflèteront dans nos échantillons.

III – Méthodologie

Nous discuterons dans cette section de la méthodologie que nous avons utilisée afin de répondre à nos trois questions de recherche. Nous procéderons d'abord par les sources de données que nous avons analysées (III.1), ensuite par le repérage de ces sources de données (III.2) et enfin par la méthode d'analyse du contenu des sources utilisées (III.3).

III.1 – Présentation des sources analysées

Pour nos trois questions de recherche, les sources de données analysées ont été les décisions, donc une analyse jurisprudentielle. Il y eut toutefois des différences entre les décisions qui formèrent notre premier échantillon, répondant à nos première et deuxième questions, et les décisions qui formèrent notre second échantillon, répondant pour sa part à notre troisième question.

Notre premier échantillon fut constitué de décisions qui impliquent des cas d'expressions publiques au travail et effectuées par des salariés²¹⁰ pour lesquelles une ou des mesures disciplinaires ont été imposées en guise de sanction. Leur point en commun (et ce qui les distingue des décisions de notre second échantillon) est qu'elles peuvent impliquer une contestation de la ou des mesures disciplinaires sur la base de la liberté d'expression du salarié ou d'articles d'une convention collective, mais ne doivent cependant pas impliquer les protections de l'article 122 de la L.n.t. accordées au salarié qui divulgue un acte répréhensible (ces dernières constitueront notre second échantillon).

²¹⁰ Notons que nous retenons une définition large de ce qu'est un salarié. Des situations impliquant des cadres intermédiaires pourraient alors s'y retrouver.

Comme nous l'avons mentionné dans la section précédente, ces décisions seront comprises dans une période allant du 28 juin 2006 jusqu'au 27 juin 2021, ce qui nous donne exactement une période de quinze années. Le 28 juin 2006 correspond au jour suivant la fin de l'échantillon de Samson et Brunelle, ce qui nous permet d'avoir un échantillon distinct du leur et de pouvoir les comparer. Nous avons ciblé les décisions rendues selon trois types de décideurs : les tribunaux de droit commun, les tribunaux spécialisés et les arbitres de griefs. Ainsi, les décisions des tribunaux suivants ont été retenues :

- Les tribunaux de droit commun : La Cour suprême, la Cour d'appel, la Cour supérieure et la Cour du Québec ;
- Les tribunaux spécialisés : Le TAT et la CRT (son entité précédente) ;
- Les arbitres de griefs : les décisions rendues par les arbitres de griefs en vertu du *Code du travail*.

Notre second échantillon est quant à lui constitué des décisions qui impliquent spécifiquement les recours fondés sur le paragraphe (7) et les paragraphes (10) à (17) de l'alinéa 1 de l'article 122 de la L.n.t. Elles concernent donc des litiges où le salarié conteste, avec une argumentation basée sur ces protections, une ou des mesures disciplinaires pour avoir divulgué un acte répréhensible. Il se peut que les décisions qui forment ce second échantillon contiennent aussi un argumentaire des parties ou une analyse du décideur sur d'autres considérations, comme l'obligation de loyauté et la liberté d'expression. La période visée par le second échantillon n'est pas identique à celle du premier échantillon : nous commençons cette période le 1^{er} septembre 2011, soit la date d'entrée en vigueur du paragraphe (7) de l'article 122 qui est la première de ces protections, et nous la terminons le 27 juin 2021, soit la même date de fin que notre premier échantillon.

III.2 – Repérage des sources

Nous avons utilisé les bases de données suivantes pour constituer nos deux échantillons : la base SOQUIJ (Société québécoise d'information juridique) et la base

CanLII (*Canadian Legal Information Institute*). Deux façons de rechercher des décisions dans ces bases de données ont été utilisées : la méthode par indexation ou plan de classification et la méthode par mots-clés. L'index est particulièrement intéressant pour ce qui a trait à la base SOQUIJ : cette base de données permet de classer les décisions selon le décideur et par sujets. Les sujets compris dans l'index étant formulés dans des termes généraux pouvant s'appliquer à une multitude de situations en relation d'emploi, nous avons complété nos recherches avec l'utilisation de mots-clés. Les mots-clés suivants (non exclusivement) ont été utilisés dans le cadre de notre démarche : « travail », « obligation de loyauté », « liberté d'expression », « critique », « dénonciation » et « mesure disciplinaire ». Nous avons utilisé également les balises des bases de données relatives à la période, en fonction de l'échantillon que nous cherchions à combler, pour nous permettre d'identifier les décisions qui s'appliquent à notre recherche. Enfin, une attention particulière a été apportée au suivi d'une décision, c'est-à-dire que nous avons vérifié systématiquement si une décision a fait l'objet d'un appel ou d'un pourvoi en contrôle judiciaire.

III.3 – Présentation de la méthode d'analyse du contenu des sources utilisées

Notre analyse porta sur tous les constituants d'une décision judiciaire : les faits, les arguments des parties et l'analyse du décideur. Plus spécifiquement, nous avons ciblé des aspects qui permettent de répondre à nos questions de recherche dans leur intégralité. Deux grilles d'analyse des décisions, une pour chacun des échantillons, ont ainsi été produites. Nous discuterons dans cette sous-section du contenu de ces grilles qui se retrouvent en annexe.

La **Grille d'analyse A**, reliée à notre premier échantillon, comporte d'abord une section servant à l'identification d'une décision (il est de même pour notre Grille d'analyse B) : sont répertoriés le nom des parties, la référence neutre, le tribunal ayant rendu la décision et la date de la décision. Une section porte ensuite sur le résumé des faits. Ensuite, une section est consacrée aux éléments relatifs au raisonnement du décideur : la présence ou non d'une analyse de l'article 2088 du Code civil, la présence ou non d'une analyse de

la liberté d'expression (Charte canadienne ou Charte québécoise ou les deux) et, dans l'affirmative, si son atteinte est justifiée ou non (notamment à l'aide du test *Oakes*²¹¹) et la présence ou non d'autres considérations (articles d'une convention collective, liberté d'association, atteinte à la réputation, etc.). Mentionnons qu'il ne s'agit pas uniquement de noter si ces éléments ont été utilisés ou non : nous avons été attentifs à la manière dont le décideur les applique ou les interprète. Enfin, la dernière section regroupe les éléments contextuels : le secteur d'appartenance de l'employeur (privé ou public), le statut ou non de représentant syndical par le salarié qui s'est exprimé, la période dans laquelle la décision a été rendue, le type de décideur (tribunal administratif, tribunal de droit commun ou arbitres de griefs), la présence ou non d'une argumentation du salarié fondée sur la liberté d'expression, le sort de la demande (la mesure disciplinaire est maintenue, annulée ou modifiée) et finalement si l'expression du salarié a été émise ou non avec l'aide d'une technologie numérique de communication.

Pour notre **Grille d'analyse B**, reliée à notre second échantillon, la section ayant pour objet l'indexation comporte un élément de plus : le paragraphe du premier alinéa de l'article 122 L.n.t. qui est visé dans la décision. Est-ce, par exemple, une cause relative à la *Loi concernant la lutte contre la corruption* ou plutôt une cause relative à la *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics* ? Nous retrouvons ensuite une section rappelant les faits ainsi qu'une section dédiée au raisonnement du décideur avec l'ajout d'un nouvel élément : le décideur a-t-il déterminé que le salarié a satisfait aux conditions de l'établissement d'une présomption d'avoir exercé un acte protégé par ces lois ? Si oui, l'employeur a-t-il pu établir une autre cause juste et suffisante justifiant la mesure imposée ? Le décideur fait-il aussi référence à l'article 2088 du Code civil, à la liberté d'expression ou à d'autres considérations ? La section finale de cette deuxième grille d'analyse porte quant à elle sur certains facteurs contextuels : l'argumentaire du salarié, le statut de représentant syndical, le sort de la demande et l'utilisation d'une technologie numérique de communication.

²¹¹ Ce test, qui concerne les critères selon lesquels les droits et libertés peuvent être limités par l'article premier de la Charte canadienne, a été établi dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

CHAPITRE III – RÉSULTATS DE L'ANALYSE

Ce troisième chapitre tentera de répondre aux questions de recherche que nous avons formulées plus tôt en fonction des résultats obtenus. Nous procéderons en deux temps : à la section I « Vue d'ensemble des échantillons », nous présenterons le portrait de chacun de nos deux échantillons. Le but de cette première section est également de situer les grandes caractéristiques de nos échantillons avec celles de l'échantillon recueilli par Samson et Brunelle à dessein de discerner de possibles ressemblances ou dissemblances. À la section II « Résultats », nous poursuivrons avec une analyse des résultats pour répondre à nos questions de recherche.

I – Vue d'ensemble des échantillons

La vue d'ensemble des échantillons présentera les éléments les plus représentatifs du premier échantillon (sous-section I.1) et du deuxième échantillon (sous-section I.2). Il ne s'agit pas ici de présenter des résultats ou d'effectuer une analyse, mais seulement de permettre au lecteur de se former une idée claire des décisions que nous avons répertoriées. La liste intégrale de ces décisions, selon l'échantillon, se retrouve en annexe.

I.1 – Premier échantillon

Commençons tout d'abord par un aperçu de notre premier échantillon. Celui-ci contient 70 décisions impliquant l'expression publique du salarié au travail et ces 70 décisions répertoriées proviennent de 55 litiges différents. L'ensemble des décisions qui composent notre premier échantillon a été repéré sur la base de recherche juridique SOQUIJ. Un nombre considérable d'entre elles se retrouvait également sur la base de recherche CanLII. Cette dernière base de recherche ne contenait aucune décision que nous jugions pertinente pour notre étude qui ne se retrouvait déjà pas sur la base de recherche SOQUIJ.

Notre échantillon s’est étalé sur une période comprise entre le 6 octobre 2006 et le 24 février 2021. La répartition des décisions selon les trois périodes ciblées, facteur que nous commenterons prochainement plus en détail, est illustrée par le **Tableau 3.1.1**.

Tableau 3.1.1 — Répartition des décisions selon la période

| Période | Nombre de décisions | Total |
|------------------------------|---------------------|------------|
| 28 juin 2006 au 27 juin 2011 | 22 (31,4 %) | 70 (100 %) |
| 28 juin 2011 au 27 juin 2016 | 19 (27,1 %) | |
| 28 juin 2016 au 27 juin 2021 | 29 (41,4 %) | |

À titre comparatif, nous rappelons que Samson et Brunelle avaient, pour une période s’étalant du 28 juin 1976 au 27 juin 2006 (soit exactement trente années, alors que notre échantillon se situe sur une période plus courte de quinze années), répertorié 111 décisions : 24 décisions pour les années 1976 à 1986, 24 décisions pour les années 1986 et 1996 et 63 décisions pour les années 1996 à 2006²¹².

Nous avons ensuite classifié les décisions selon le secteur d’activité à l’instar de Samson et Brunelle. Le **Tableau 3.1.2** représente la répartition des décisions de notre échantillon en fonction de ce critère.

Tableau 3.1.2 — Répartition des décisions selon le secteur d’activité

| Secteur d’activité | Nombre de décisions | Total |
|--------------------|---------------------|------------|
| Privé | 21 (30 %) | 70 (100 %) |
| Public | 49 (70 %) | |

Les décisions provenant d’une entreprise ou d’une organisation du secteur privé sont moins représentées dans notre échantillon que celui de Samson et Brunelle. Entre les années 1976 et 2006, les auteurs comptabilisaient 52 décisions du secteur privé (46,8 %) et 59 décisions du secteur public (53,2 %) ²¹³.

²¹² M. SAMSON et C. BRUNELLE, préc., note 7, p. 291

²¹³ *Id.*, p. 291

Enfin, nous terminons en présentant la répartition de nos décisions selon les instances et les recours mobilisés par les parties de notre premier échantillon. Cette répartition est illustrée par le tableau suivant (**Tableau 3.1.3**).

Tableau 3.1.3 — Répartition des décisions selon l’instance et les recours mobilisés

| Instance et recours | Nombre de décisions | Total |
|--|----------------------------|--------------|
| Arbitrage de griefs | 40 (57,1 %) | 70 (100 %) |
| <i>Grief</i> | 40 (57,1 %) | |
| CRT/TAT | 17 (24,3 %) | |
| <i>Ordonnance de sauvegarde</i> | 1 (1,4 %) | |
| <i>Plainte art. 12 Code du travail</i> | 1 (1,4 %) | |
| <i>Plainte art. 15 Code du travail</i> | 8 (11,4 %) | |
| <i>Plainte art. 122 L.n.t.</i> | 1 (1,4 %) | |
| <i>Plainte art. 122 et 124 L.n.t.</i> | 1 (1,4 %) | |
| <i>Plainte art. 124 L.n.t.</i> | 1 (1,4 %) | |
| <i>Révision art. 49(3) LITAT²¹⁴</i> | 2 (2,9 %) | |
| <i>Révision art. 127(3) C. Trav.</i> | 2 (2,9 %) | |
| Cour supérieure | 10 (14,3 %) | |
| <i>Contrôle judiciaire</i> | 7 (10 %) | |
| <i>Domages-intérêts</i> | 2 (2,9 %) | |
| <i>Injonction permanente</i> | 1 (1,4 %) | |
| Cour d’appel | 3 (4,3 %) | |
| <i>Appel</i> | 3 (4,3 %) | |

Samson et Brunelle avaient répertorié pour leur part 9 décisions rendues par des juges (une catégorie équivalant à la combinaison de nos catégories « Cour supérieure » et « Cour d’appel »), 77 décisions rendues par des arbitres de grief et 25 décisions rendues par des commissaires (une catégorie équivalant à notre catégorie « CRT/TAT ». Notre premier échantillon est ainsi en moins grand nombre composé de sentences arbitrales que celui de Samson et Brunelle, bien que les sentences arbitrales constituent tout de même la catégorie dominante de ce premier échantillon.

²¹⁴ *Loi instituant le Tribunal administratif du travail*, RLRQ, c. T-15.1 (LITAT)

1.2 – Deuxième échantillon

Le résultat du repérage de notre deuxième échantillon fut assez bref. Seulement cinq décisions, provenant de trois litiges différents, impliquèrent la dénonciation publique de l'employeur et les paragraphes (7) et (10) à (17) de l'article 122 de la L.n.t. : les décisions *Beaulieu* et *Centre de services partagés du Québec, Gélinas* et *Université du Québec à Trois-Rivières* et *Rochon* et *Télé-Université* et ses deux suites.²¹⁵ En fait, ces décisions constituent cinq des six décisions où le salarié ayant subi une mesure disciplinaire a utilisé un recours en vertu des paragraphes (7) et (10) à (17) de l'article 122. La sixième décision, *Lacroix* et *Ville de Chambly*, n'a pas été retenue dans notre échantillon, puisque le salarié ne s'était pas fait imposer une mesure disciplinaire à la suite d'une sortie publique, mais plutôt pour avoir participé à une enquête dans le cadre de la commission Charbonneau²¹⁶.

Les cinq décisions répertoriées dans le deuxième échantillon ont été rendues entre le 24 août 2015 et le 25 octobre 2019 (si elle appartenait à notre premier échantillon, la décision *Beaulieu* serait comprise dans la deuxième période ciblée, alors que les quatre autres seraient comprises dans la troisième et dernière période ciblée). Elles proviennent toutes du secteur public. Trois d'entre elles ont été rendues par un décideur du TAT (les décisions *Beaulieu*, *Gélinas* et *Rochon* du TAT) et les deux suites de l'affaire *Rochon* ont été rendues évidemment par la Cour supérieure et la Cour d'appel.

²¹⁵ Décision *Beaulieu*, préc., note 39 ; *Gélinas* et *Université du Québec à Trois-Rivières*, 2017 QCTAT 632 (ci-après « décision *Gélinas* ») ; *Rochon* et *Télé-Université*, 2016 QCTAT 4389 (ci-après « décision *Rochon* du TAT ») ; *Rochon* c. *Tribunal administratif du travail*, 2017 QCCS 5202 (ci-après « décision *Rochon* de la Cour supérieure ») et *Rochon* c. *Télé-Université*, 2019 QCCA 1956 (ci-après « décision *Rochon* de la Cour d'appel »)

²¹⁶ *Lacroix* et *Ville de Chambly*, 2019 QCTAT 2208. Dans cette affaire, le salarié qui exerçait des fonctions de directeur général de Chambly fut congédié à la suite de sa collaboration à une enquête de l'UPAC sur le maire de cette même municipalité. On lui reprochait notamment d'avoir participé à une enquête « bidon » afin de nuire au maire et favoriser un adversaire politique. Fait intéressant, Chambly a été jusqu'à affirmer que les conditions d'ouverture du recours en vertu de l'article 122 n'étaient pas présentes puisque ce paragraphe protège le salarié participe à une enquête de l'Unité permanente anticorruption (UPAC) et non de son entité précédente, la commission Charbonneau. Le TAT a accueilli les plaintes (en fonction de l'article 122 de la L.n.t. et de l'article 71 de la *Loi sur les cités et villes*, RLRQ, c. C-19) et a réintégré le salarié à son emploi.

II – Résultats

Comme indiqué en introduction de ce chapitre, nos résultats seront présentés dans l'ordre de nos questions de recherche : la sous-section II.1 sera consacrée aux résultats relatifs à la première question de recherche, la sous-section II.2 aux résultats relatifs à la deuxième question de recherche et la sous-section II.3 aux résultats relatifs à la troisième question de recherche. Pour la sous-section II.1, nous procéderons en trois temps : nous présenterons nos résultats en fonction des critères qui concernent le raisonnement du décideur (II.1.1), nous présenterons ensuite les critères qui concernent les facteurs contextuels (II.1.2) et nous conclurons avec un bilan qui proposera une synthèse de nos résultats afin de répondre à notre question de recherche et de mettre en évidence d'autres éléments d'analyse que nous avons identifiés (II.1.3). Les sous-sections II.2 et II.3 reprendront la présentation de la sous-section II.1, mais de façon plus succincte. Pour la sous-section II.2, nous analyserons les résultats relatifs à l'utilisation des technologies numériques de communication (II.2.1) et effectuerons aussi un bilan (II.2.2). Pour la dernière sous-section II.3, ce sera la même démarche : une analyse des résultats relatifs aux lois encadrant la divulgation d'actes répréhensibles (II.3.1) et un bilan (II.3.2).

II.1 – Première question de recherche

Avant tout chose, nous désirons rappeler encore une autre fois quelle est notre première question de recherche. Nous nous intéressons à l'effet de la constitutionnalisation du droit du travail sur le raisonnement des décideurs devant se prononcer sur des litiges relatifs à l'obligation de loyauté et à la liberté d'expression. Donc, le raisonnement du décideur, c'est-à-dire les sources de droit que celui-ci utilise pour rendre une décision, est le sujet de notre analyse. Ensuite, nous analyserons quels sont les éléments contextuels qui entrent possiblement en jeu dans le raisonnement du décideur, lesquels peuvent être des facteurs d'influence.

II.1.1 – Raisonnement du décideur

La présence d'un argumentaire fondé sur l'obligation de loyauté

Nous avons attribué la modalité « Oui » aux décisions de notre échantillon où le décideur a inclus une analyse de l'obligation de loyauté dans son argumentaire. L'importance de cette analyse a pu varier d'une décision à l'autre : certains décideurs ne font qu'une simple mention de l'existence de l'obligation de loyauté au sens du Code civil, d'autres en font l'élément central de leur argumentaire. Notons également que nous nous sommes concentrés particulièrement sur l'obligation de loyauté au sens propre ; celle-ci a pu être fréquemment imbriquée dans un argumentaire comprenant notamment des considérations de l'ordre de l'incivilité ou de l'insubordination. Dans ces cas, nous avons plutôt classé ces considérations autres que l'obligation de loyauté dans la catégorie « La présence d'un argumentaire fondé sur d'autres éléments ». Le **Tableau 3.2.1** contient nos résultats concernant la présence d'un argumentaire fondé sur l'obligation de loyauté chez le décideur mobilisé.

Tableau 3.2.1 — Présence de l'obligation de loyauté dans le raisonnement du décideur

| Présence | Nombre de décisions | Total |
|-----------------|----------------------------|--------------|
| Oui | 62 (88,6 %) | 70 (100 %) |
| Non | 8 (11,4 %) | |

Sept des huit décisions où il n'y a pas la présence d'un argumentaire se référant à l'obligation de loyauté ont comme élément commun d'impliquer fortement la liberté d'association autant dans les faits du litige et l'argumentaire des parties que dans le raisonnement du décideur. Dans trois de ces mêmes décisions, l'obligation de loyauté fut toutefois analysée par le premier décideur mobilisé pour ensuite être abandonnée par les décideurs suivants. Il s'agit spécifiquement des décisions *Québec (Procureure générale) c. Commission des relations du travail, Division des relations du travail* ; *Association professionnelle des ingénieurs du Gouvernement du Québec c. Procureure générale du*

Québec et Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 574 (SEPB-CTC-FTQ) c. Sylvestre²¹⁷. Les deux premières décisions mettaient en cause un litige concernant une interdiction pour les ingénieurs du secteur public d'apposer une signature électronique contenant un message syndical revendicatif à la fin de leurs échanges par courriel, interdiction où s'ajoutait une menace de sanctions disciplinaires pour les récalcitrants (le syndicat avait déposé une plainte en vertu de l'article 12 du Code du travail pour ingérence syndicale). Dans la décision rendue par la CRT (la décision *Association professionnelle des ingénieurs*), le décideur s'était contenté d'affirmer que le devoir de loyauté et de réserve ne pouvait constituer « un frein absolu à la critique de l'employeur » et qu'en espèce « la qualité du message (le message à caractère syndical) et la nature de la communication (la signature électronique à la fin des courriels) respectent les balises établies en la matière »²¹⁸. Le décideur de la décision subséquente a, quant à lui, analysé la question d'une possible atteinte justifiée à la liberté d'expression et d'association afin de préserver l'image que le citoyen entretient des institutions gouvernementales plutôt que de développer un véritable argument sur le caractère déloyal ou non de la communication²¹⁹. Un constat similaire s'applique pour la décision suivante de la Cour d'appel. Pour la décision *Librairie Renaud-Bray*, où un libraire occupant également les fonctions de représentant syndical a critiqué sur les réseaux sociaux la décision de son employeur d'interdire le port du carré rouge dans le contexte de la Grève étudiante de 2012 et été suspendu puis congédié, le décideur a déterminé que les agissements du salarié étaient bel et bien un manquement grave à son obligation de loyauté et que l'employeur était justifié de rompre le lien d'emploi. Lors de la révision judiciaire par la Cour supérieure, l'argumentaire basé sur l'obligation de loyauté fut abandonné à la fois par les

²¹⁷ *Québec (Procureure générale) c. Commission des relations du travail, Division des relations du travail*, 2016 QCCS 5095 ; *Association professionnelle des ingénieurs du Gouvernement du Québec c. Procureure générale du Québec*, 2019 QCCA 1171 et *Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 574 (SEPB-CTC-FTQ) c. Sylvestre*, 2018 QCCS 2987. Les deux premières sont les suites de *Association professionnelle des ingénieurs du gouvernement du Québec* et *Québec (Gouvernement du) (Direction des relations professionnelles, Conseil du Trésor)*, 2015 QCCRT 0460 (ci-après « décision *Association professionnelle des ingénieurs* »), tandis que la troisième est la suite de *Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 574 (SEPB-CTC-FTQ) et Librairie Renaud-Bray inc.*, 2017 QCTA 26 (ci-après « décision *Librairie Renaud-Bray* »).

²¹⁸ Décision *Association professionnelle des ingénieurs*, préc., note 217, p. 18

²¹⁹ Le décideur s'est toutefois interrogé sur le contenu et la forme du message : la discrétion du message, le ton, l'exactitude des propos, etc., sans se pencher sur l'aspect loyal de celui-ci.

parties et par le décideur, pour se recentrer plutôt sur un argumentaire fondé sur les limites de la liberté d'expression au travail et la liberté d'association (soit l'immunité du représentant syndical). Outre ces quelques décisions où nous notons une prépondérance d'un raisonnement basé sur les chartes, une forte majorité des décideurs de notre échantillon ont considéré l'obligation de loyauté dans leur analyse du litige. Elle reste une norme incontournable dans ce type de litiges.

La présence d'un argumentaire fondé sur la liberté d'expression

À l'instar de notre critère sur la présence d'un argumentaire fondé sur l'obligation de loyauté, nous avons attribué la modalité « Oui » aux décisions de notre échantillon où nous notons la présence d'un argumentaire chez le décideur de considérations liées à la liberté d'expression (**Tableau 3.2.2**).

Tableau 3.2.2 — Présence de la liberté d'expression dans le raisonnement du décideur

| Présence | Nombre de décisions | Total |
|-----------------|----------------------------|--------------|
| Oui | 40 (57,1 %) | 70 (100 %) |
| Non | 30 (42,9 %) | |

Nous avons également apporté une attention particulière à la (ou les chartes) à laquelle le décideur s'est référé lorsque fut mentionnée la liberté d'expression (**Tableau 3.2.3**). La modalité « Indéfini » a été attribuée aux décisions où le décideur ne nomme pas explicitement la charte (ou les chartes) d'où provient la liberté d'expression à laquelle il fait référence²²⁰.

²²⁰ La mention « Indéfini » a été tout de même attribuée à des décisions où la charte (ou les chartes) n'a pas été nommée, mais où nous pouvions déduire facilement la charte visée en s'attardant au contexte du litige. C'est le cas des litiges mettant en cause des acteurs privés où nous pouvions déduire que le décideur faisait référence à la Charte québécoise, la seule pouvant s'appliquer dans de tels litiges.

Tableau 3.2.3 — Charte utilisée par le décideur s’il y a présence de la liberté d’expression

| Charte(s) | Nombre de décisions | Total |
|-------------------|----------------------------|--------------|
| Charte canadienne | 2 (5 %) | 40 (100 %) |
| Charte québécoise | 16 (40 %) | |
| Les deux | 14 (35 %) | |
| Indéfini | 8 (20 %) | |

Les résultats obtenus pour le critère de l’emploi d’un argumentaire basé sur la liberté d’expression chez le décideur divergent de ceux relatifs à l’argumentaire basé sur l’obligation de loyauté : dans notre échantillon, les décideurs se fondent sur l’obligation de loyauté dans davantage de décisions que sur la liberté d’expression. À ce stade-ci, nous ne pourrions cependant pas affirmer que les chartes sont sous-utilisées par les décideurs (ou que nos résultats seraient transposables ou révélateurs d’une réalité plus globale), nous devons approfondir nos résultats en les mettant en relation avec d’autres variables, ce que nous ferons prochainement.

Enfin, le dernier aspect qui concerne la présence d’un argumentaire fondé sur la liberté d’expression chez les décideurs de notre échantillon est celui de l’atteinte justifiée à la liberté d’expression. Nous cherchions avec ce critère à approfondir la question suivante : dans quelle mesure les décideurs, qu’ils aient conclu ou non à une atteinte à la liberté d’expression du salarié, ont-ils intégré un raisonnement qui prend en considération une possible atteinte justifiée par les chartes à cette liberté d’expression ? Dans d’autres mots, les décideurs de notre échantillon se sont-ils questionnés sur la justification en fonction des chartes (précisément l’article 1 de la Charte canadienne et l’article 9.1 de la Charte québécoise) d’une transgression par l’employeur à la liberté d’expression du salarié ? Le **Tableau 3.2.4** regroupe les résultats de ce critère. Nous avons soustrait les décisions où le décideur n’a pas tenu compte de la liberté d’expression dans son raisonnement.

Tableau 3.2.4 — Présence de l’atteinte justifiée dans le raisonnement du décideur

| Présence | Nombre de décisions | Total |
|----------|---------------------|------------|
| Oui | 3 (7,5 %) | 40 (100 %) |
| Non | 37 (92,5 %) | |

Nous dénotons seulement trois décisions où il y a la présence de considérations sur une possible atteinte justifiée à la liberté d’expression chez les décideurs de notre échantillon. Parmi ces trois décisions, nous n’avons trouvé aucune caractéristique commune : deux litiges impliquent des considérations concernant la liberté d’association et l’autre est une poursuite civile initiée par l’employeur. La question de l’atteinte justifiée à la liberté d’expression est donc assez négligeable au sein du raisonnement des décideurs de notre échantillon.

La présence d’un argumentaire fondé sur d’autres éléments

Le dernier de cette série de critères relatifs aux décideurs et qui faisaient l’objet d’une attention particulière de notre part est celui des considérations autres. Similairement à nos critères de la présence chez les décideurs d’un argumentaire fondé sur l’obligation de loyauté ainsi que celui fondé sur la liberté d’expression, nous avons attribué la modalité « Oui » aux décisions de notre échantillon où nous recensons la présence d’une ou de plusieurs considérations autres que l’obligation de loyauté et la liberté d’expression dans l’argumentaire des décideurs (**Tableau 3.2.5**). Une forte majorité des décisions de notre échantillon contiennent la présence de considérations autres que l’obligation de loyauté et la liberté d’expression chez les décideurs.

Tableau 3.2.5 — Présence d’une autre considération dans le raisonnement du décideur

| Présence | Nombre de décisions | Total |
|----------|---------------------|------------|
| Oui | 58 (82,9 %) | 70 (100 %) |
| Non | 12 (17,1 %) | |

Sans surprise, nous avons noté que la liberté d'association (et les autres éléments qui lui sont rattachés, en particulier l'immunité relative du représentant syndical lorsqu'il critique l'employeur) est la considération autre la plus fréquemment analysée par les décideurs de notre échantillon. Ensuite, nous notons un autre groupe de considérations importantes à souligner : les considérations purement reliées à l'administration d'une sanction (les délais de l'imposition d'une sanction ou du dépôt d'une plainte ou d'un grief, la gradation des sanctions et la discrimination dans l'imposition d'une sanction). Le fait qu'une bonne partie des litiges répertoriés sont des griefs pourrait être une explication quant à la présence en grand nombre de ce type de considérations dans le raisonnement des décideurs. Parmi les éléments connexes à la question du manquement à l'obligation de loyauté (l'incivilité, l'insubordination, l'obligation de loyauté, etc.), certains de ces éléments nous paraissent plutôt absents en comparaison à ce que nous avons pu initialement croire. C'est le cas de la diffamation, au sens du Code civil, puisqu'une atteinte à la réputation de l'employeur fut souvent plaidée par les parties, sans que cela fasse l'objet d'une analyse distincte de la part du décideur de celle en fonction de l'obligation de loyauté. La diffamation s'est retrouvée dans l'argumentaire des décideurs de quatre décisions, incluant notamment les décisions *Digital Shape Technologies Inc.*²²¹ c. *Walker* et *Digital Shape Technologies Inc. c. Mikulec*²²². Ces deux causes (distinctes) ont comme singularité d'être les seules où c'est plutôt l'employeur, Digital Shape Technologies, qui a intenté une poursuite civile contre un ex-employé pour des propos tenus sur des sites en ligne d'évaluation d'emplois passés, en l'occurrence Glassdoor.ca et Ratemyemployer.ca. Ainsi, la question de la diffamation a pris une place centrale dans le raisonnement des juges de la Cour supérieure.

La décision rendue ou le taux de succès des salariés

La décision rendue ou le taux de succès des salariés s'étant exprimés publiquement à propos de leur travail sont illustrés à l'aide du tableau suivant (**Tableau 3.2.6**). La

²²¹ *Digital Shape Technologies Inc. c. Walker*, 2018 QCCS 4374

²²² *Digital Shape Technologies Inc. c. Mikulec*, 2020 QCCS 691

distribution est parfaitement égale entre le nombre de décisions qui sont favorables aux salariés et les décisions qui ne le sont pas. Si toutefois nous effectuons une distinction entre les décisions entièrement favorables pour les salariés et celles où elles sont partiellement favorables (où le décideur considère que la mesure disciplinaire est justifiée, qu'il y a en effet eu un manquement à l'obligation de loyauté, mais que cette mesure disciplinaire est disproportionnée), nous remarquons que la catégorie dominante devient celle des décisions défavorables.

Tableau 3.2.6 — Décisions rendues par les décideurs

| Décision | Nombre de décisions | Total |
|------------------------------------|---------------------|------------|
| Favorable au salarié | 21 (30 %) | 70 (100 %) |
| Partiellement favorable au salarié | 14 (20 %) | |
| Défavorable au salarié | 35 (50 %) | |

Ces résultats, que nous revisiterons en fonction des différents facteurs contextuels, sont pour l'instant similaires avec ceux de Samson et Brunelle : pour chacune des périodes qu'ils sont analysés, une forte majorité des décideurs avaient conclu en l'existence du manquement à l'obligation de loyauté. Pour notre part, une proportion de 70 % des décideurs a conclu de la même manière (l'addition des décisions partiellement favorables avec la proportion des décisions défavorables). En bref, la moitié des décisions se sont soldées par une décision avantageuse pour le salarié, mais la majorité de ces décisions considèrent néanmoins qu'un manquement a été commis et que l'employeur était justifié de sévir.

Comme remarques finales, l'obligation de loyauté semble occuper une place de choix dans le raisonnement des décideurs de notre échantillon. Elle est presque systématiquement abordée dans l'ensemble des décisions que nous avons recensées. En revanche, la liberté d'expression et la liberté d'association ont une présence plus timide que l'obligation de loyauté. Il est malgré tout probable que le raisonnement ait pu être influencé par la constitutionnalisation du droit du travail, surtout quand nous nous attardons à la progression de l'utilisation des chartes en comparaison aux résultats de Samson et

Brunelle²²³ dans le raisonnement des décideurs. Il faut toutefois spécifier que cette constitutionnalisation du droit du travail ne paraît pas avoir eu une influence au point de causer une mise au rencart du raisonnement « traditionnel » de ce type de litiges, soit le raisonnement basé sur l'obligation de loyauté. Celle-ci possède toujours, en fonction de ces résultats, une prépondérance dans son utilisation comme source de droit vis-à-vis de la liberté d'expression. De même qu'une jurisprudence semble encore plutôt sévère pour le salarié qui s'exprime publiquement à propos de son travail.

II.1.2 – Facteurs contextuels

Ces facteurs servent à déterminer si le raisonnement du décideur semble varier lorsqu'analysé dans un tel contexte ou selon certains arguments plaidés par les parties. Les deux éléments du raisonnement qui pourraient varier en fonction des facteurs contextuels sont (1) les sources de droit mobilisées et (2) la décision prise. Nous présenterons donc les résultats que nous avons obtenus pour ces deux éléments lorsque nous isolons chacun des facteurs. Les facteurs suivent le même ordre que présenté dans le chapitre II.

Le secteur d'activité

Nous avons présenté dans la vue d'ensemble la répartition des décisions de notre premier échantillon en fonction du secteur d'activité (**Tableau 3.1.2**). 70 % des décisions répertoriées provenaient d'un litige ayant pour origine un employeur appartenant au secteur public. À cette étape-ci, il s'agit de déterminer quel est l'impact possible du secteur d'activité d'un employeur sur le raisonnement d'un décideur : les sources de droit mobilisées sont-elles les mêmes selon le secteur d'activité et les taux de succès des salariés s'exprimant publiquement au travail sont-ils les mêmes ? La première partie de cette interrogation est adressée à l'aide du **Tableau 3.2.7**.

²²³ La liberté d'expression et les chartes par extension avaient eu une incidence dans 13,7 % de leurs décisions.

Tableau 3.2.7 — Raisonement des décideurs selon le secteur d'activité

| | Présence de l'argument chez les décideurs (% de décisions) | | |
|--------------------|--|--------------------|--------|
| Secteur d'activité | Obligation de loy. | Liberté d'express. | Autres |
| Privé | 90,5 % | 61,9 % | 61,9 % |
| Public | 87,8 % | 55,1 % | 91,8 % |
| Total | 88,6 % | 57,1 % | 82,9 % |

À l'exception des autres considérations qui sont davantage présentes chez les décideurs devant se prononcer sur un litige qui a pour origine le secteur public, il n'y a pas de différences notoires entre la présence respective de l'obligation de loyauté et de la liberté d'expression selon les secteurs d'activité. Elles sont toutes les deux légèrement plus présentes dans les décisions appartenant au secteur privé. La thèse abordée par Samson et Brunelle selon laquelle la liberté d'expression (de la Charte québécoise) est plus imprégnée dans le secteur public que dans le secteur privé, dû à une présence plus élevée d'une telle considération dans l'argumentaire des salariés du secteur public (se répercutant réciproquement dans celui du décideur) à cause d'une représentation syndicale historiquement plus élevée pour le secteur public, ne pourrait être soutenue à l'égard de ces résultats que nous avons obtenus²²⁴.

Le **Tableau 3.2.8** propose le croisement du facteur du secteur d'activité avec les décisions qui ont été prises dans notre échantillon.

Tableau 3.2.8 — Décisions rendues selon le secteur d'activité

| | Décision rendue (nombre de décisions) | | | |
|-----------------|---------------------------------------|---------------|-------------|------------|
| Secteur d'acti. | Favorable | Partiellement | Défavorable | Total |
| Privé | 3 (14,3 %) | 6 (28,6 %) | 12 (57,1 %) | 21 (100 %) |
| Public | 18 (36,7 %) | 8 (16,3 %) | 23 (46,9 %) | 49 (100 %) |
| Total | 21 (30 %) | 14 (20 %) | 35 (50 %) | 70 (100 %) |

²²⁴ Il faut mentionner que Samson et Brunelle analysent seulement la Charte québécoise à ce sujet et qu'ils apportent aussi de fortes nuances quant à ces deux pistes explicatives.

Il est intéressant de constater que les décideurs devant se prononcer dans des litiges qui ont pour origine un employeur œuvrant dans le secteur public sont moins sévères envers le salarié s'étant exprimé publiquement à propos de son travail : 36,7 % de ces décideurs ont invalidé la ou les mesures disciplinaires imposées par l'employeur alors que 14,3 % des décideurs devant se prononcer dans des litiges qui ont pour origine un employeur œuvrant dans le secteur privé l'ont fait. Des pistes explicatives pourraient-elles être avancées pour ce résultat ? Un argument, provenant de notre cru, pourrait résider dans le fait que les effets qui résultent d'une critique ou d'une dénonciation pourraient être plus dommageables pour l'employeur du secteur privé en considérant la compétition économique à laquelle il est engagé, contrairement à l'employeur public²²⁵. Les dommages étant potentiellement plus grands pour l'employeur privé, les décideurs ont pu percevoir corollairement une plus grande déloyauté chez le salarié du secteur privé²²⁶. Ces travailleurs du secteur public (spécifiquement des infirmières et infirmiers) qui dénonçaient récemment dans les médias « l'omerta » que leur employeur ferait régner au travail en menaçant les prises de parole de possibles mesures disciplinaires devraient en principe faire face à des décideurs plus cléments que si ces prises de paroles sanctionnées avaient été faites envers un employeur du secteur privé²²⁷.

Le statut de représentant syndical

Nous avons discuté de la possibilité que la plus grande liberté que possède le représentant syndical par ses fonctions pour critiquer l'employeur puisse s'apercevoir à travers notre échantillon. Nous présenterons d'abord la répartition des décisions en

²²⁵ Nous pouvons penser au concept de la responsabilité sociale des entreprises (RSE) et l'impact de celle-ci comme avantage concurrentiel sur le marché des biens et services.

²²⁶ Aucune décision comprenant une telle considération, c'est-à-dire la considération suivant laquelle le fait que le secteur d'activité de l'employeur soit privé cause un préjudice supplémentaire, n'a été recensée dans notre échantillon. Les décisions *Digital Shape Technologies Inc. c. Walker*, préc., note 221 et *Digital Shape Technologies Inc. c. Mikulec*, préc., note 222 sont celles se rapprochant le plus de ce que nous discutons. L'employeur, Digital Shape Technologies, avait mentionné la crainte que les critiques de ses ex-employés puissent lui causer un énorme préjudice, puisqu'évoluant dans un secteur très compétitif où la confiance des clients et parties prenantes s'acquiert lentement (notre paraphrase).

²²⁷ Voir « L'omerta est maintenue dans le système de santé québécois » publié sur le site web du Devoir le 26 avril 2021. <https://www.ledevoir.com/societe/sante/599513/l-omerta-est-maintenue-dans-le-systeme-de-sante-quebecois>

fonction du critère du représentant syndical : combien de décisions ont comme point de départ un litige où le salarié qui critique ou dénonce son employeur avait, au moment de l'expression publique, des fonctions de représentant syndical ? Nous rappelons également qu'il n'était pas nécessaire que l'expression publique fût directement jugée comme une activité syndicale légitime : comme il en est le cas dans l'affaire *Librairie Renaud-Bray* où la démarche du représentant syndical fut jugée par le décideur comme étant le fruit de motivations personnelles et non de revendications collectives des travailleurs de l'unité d'accréditation, le simple fait que le salarié qui s'est exprimé publiquement possédait une charge de représentant syndical fut suffisant pour avoir la mention « Oui ». Le **Tableau 3.2.9** présente la répartition selon le statut de représentant syndical. La mention « Ne s'appliquant pas » regroupe des décisions impliquant indistinctement divers salariés.

Tableau 3.2.9 — Répartition des décisions selon le statut de représentant syndical

| Représentant syndical | Nombre de décisions | Total |
|-----------------------|---------------------|------------|
| Oui | 21 (30 %) | 70 (100 %) |
| Non | 42 (60 %) | |
| Ne s'appliquant pas | 7 (10 %) | |

Toujours selon notre analyse du raisonnement des décideurs de notre échantillon, nous avons croisé le facteur du statut de représentant syndical (en excluant les sept décisions où cette distinction ne s'applique pas) avec le raisonnement des décideurs (**Tableau 3.2.10**) et avec les décisions qu'ils ont rendues (**Tableau 3.2.11**).

Tableau 3.2.10 — Raisonnement des décideurs selon le statut de représentant syndical

| Représentant syndi. | Présence de l'argument chez les décideurs (% de décisions) | | |
|-----------------------------|--|--------------------|--------|
| | Obligation de loy. | Liberté d'express. | Autres |
| Oui | 95,2 % | 42,9 % | 95,2 % |
| Non | 95,2 % | 59,5 % | 73,8 % |
| Total ²²⁸ | 95,2 % | 54 % | 81 % |

²²⁸ Le total exclut les décisions avec la modalité « Ne s'appliquant pas ».

Résultat assez surprenant : la liberté d'expression est incluse dans le raisonnement des décideurs dans une plus grande proportion des décisions analysées lorsque le salarié s'étant exprimé publiquement à propos de son travail n'est pas un représentant syndical que lorsqu'il l'est. Pour la présence des autres considérations, les résultats obtenus coïncident avec nos suppositions. Les autres considérations sont plus élevées lorsque le salarié est un représentant syndical qu'il ne l'est pas. Ceci pourrait être expliqué par une des normes entrant en jeu lorsqu'il s'agit d'une expression publique émise par un représentant syndical : la liberté d'association, puisque c'est au nom d'elle que la jurisprudence a permis au représentant syndical d'avoir une plus vaste latitude dans les propos qu'il véhicule sans que ces propos constituent une conduite déloyale.

Tableau 3.2.11 — Décisions rendues selon le statut de représentant syndical

| | Décision rendue (nombre de décisions) | | | |
|-----------------|---------------------------------------|---------------|-------------|------------|
| Représentant s. | Favorable | Partiellement | Défavorable | Total |
| Oui | 8 (38,1 %) | 2 (9,5 %) | 11 (52,4 %) | 21 (100 %) |
| Non | 8 (19 %) | 12 (28,6 %) | 22 (52,4 %) | 42 (100 %) |
| Total | 16 (25,4 %) | 14 (22,2 %) | 33 (52,4 %) | 63 (100 %) |

La proportion de décisions favorables au salarié est deux fois plus grande lorsque le salarié s'étant exprimé publiquement à propos de son travail est un représentant syndical que lorsqu'il n'occupe pas ces fonctions. Si les décideurs mobilisés concluent proportionnellement davantage en l'existence d'un manquement à l'obligation de loyauté pour les salariés qui n'occupent pas des fonctions syndicales, ils rendent davantage de décisions où ils réduisent la sévérité de la mesure disciplinaire de l'employeur, nous permettant ainsi de constater que la proportion de décisions complètement défavorables au salarié est la même pour les deux catégories de salariés de notre échantillon. Il est possible que des différences substantielles dans la nature des manquements allégués expliquent aussi en partie les résultats ci-dessus. En effet, l'exercice d'activités syndicales nécessite de faire primer des intérêts collectifs sur des intérêts individuels : nous devrions voir davantage d'expressions publiques qui font état d'une problématique de travail vécue par plusieurs travailleurs du groupe représenté et donc peut-être des expressions plus légitimes

que des expressions basées sur des situations perçues individuellement. Aussi, ces expressions s'effectuant dans un cadre d'action syndicale sont possiblement plus souvent communiquées de façon réfléchie que sur le coup de l'émotion, car elles s'effectuent selon un mandat syndical. Néanmoins, nous soutenons que cette explication ne convient pas totalement à ces résultats, la clémence dont jouit le représentant syndical par son immunité relative est une explication assez convaincante.

Enfin, nous pourrions penser qu'une présence plus importante du recours en vertu de l'article 15 du Code du travail chez les représentants syndicaux pourrait être une explication convaincante aux décisions plus favorables pour ces derniers. Cependant, les représentants syndicaux qui ont utilisé le recours de l'article 15 n'ont pas obtenu un haut taux de succès. En effet, ceux-ci ont obtenu une décision favorable dans seulement 2 des 7 décisions de la CRT ou du TAT (28,6 %) et dans 4 des 8 décisions des tribunaux se prononçant sur une demande de contrôle judiciaire ou d'appel (50 %).

La période

Nous avons déjà présenté la répartition des décisions de notre échantillon en fonction de la période dans la première section de ce présent chapitre (**Tableau 3.1.1**). Par l'effet de la constitutionnalisation du droit du travail, nous pourrions croire que le raisonnement des décideurs a pu laisser, de façon progressive et constante, une plus grande place à des droits et libertés provenant des chartes dans des litiges relatifs à la relation d'emploi, comme c'est le cas avec la question du salarié qui s'exprime publiquement à propos de son travail. Si ce phénomène a effectivement évolué de façon progressive et constante, nous devrions donc apercevoir une différence à travers le temps dans les sources de droit que les décideurs ont mobilisées et les décisions qu'ils ont rendues. Le **Tableau 3.2.12** et le **Tableau 3.2.13** font état respectivement du croisement du facteur de la période avec les résultats que nous avons obtenus quant aux sources mobilisées et les décisions prises.

Tableau 3.2.12 — Raisonement des décideurs selon la période

| | Présence de l'argument chez les décideurs (% de décisions) | | |
|--------------|--|--------------------|--------|
| Période | Obligation de loy. | Liberté d'express. | Autres |
| 2006 à 2011 | 81,8 % | 45,5 % | 90,9 % |
| 2011 à 2016 | 94,7 % | 73,7 % | 73,7 % |
| 2016 à 2021 | 89,7 % | 55,2 % | 82,8 % |
| Total | 88,7 % | 57,1 % | 82,9 % |

Le taux de présence des différents arguments fluctue à travers le temps. La prise en considération de la liberté d'expression passe de 45,5 % pour les années 2006 à 2011 à 73,9 % pour les années 2011 à 2016 et diminue à 55,2 % pour les années 2016 à 2021. Si nous constatons donc une variation, il est malgré cela impossible d'y remarquer une tendance que nous pourrions attribuer à une cause précise à cause de cette fluctuation non linéaire. Quoi qu'il en soit, il ne semble pas, à la lumière de ces résultats, que nous avons assisté à une utilisation progressive et constante de la liberté d'expression dans notre échantillon.

Tableau 3.2.13 — Décisions rendues selon la période

| | Décision rendue (nombre de décisions) | | | |
|--------------|---------------------------------------|---------------|-------------|------------|
| Période | Favorable | Partiellement | Défavorable | Total |
| 2006 à 2011 | 9 (40,9 %) | 1 (4,5 %) | 12 (54,5 %) | 22 (100 %) |
| 2011 à 2016 | 6 (31,6 %) | 5 (26,3 %) | 8 (42,1 %) | 19 (100 %) |
| 2016 à 2021 | 6 (20,7 %) | 8 (27,6 %) | 15 (51,7 %) | 29 (100 %) |
| Total | 21 (30 %) | 14 (20 %) | 35 (50 %) | 70 (100 %) |

Samson et Brunelle avaient remarqué que les décideurs de leur échantillon s'étaient montrés de plus en plus sévères avec le temps. Pour notre part, l'augmentation progressive des décisions où un manquement à l'obligation de loyauté est confirmé par le décideur mobilisé semble s'être stoppée dans le temps, sans que nous observions cependant une régression. Bien que nos périodes ne soient pas exactement les mêmes en durée que celles de Samson et Brunelle, nous le rappelons, les taux de succès des salariés s'expriment au

travail ne se sont pas démarqués d'une quelconque façon des taux avancés par les deux juristes, ce sont sensiblement les mêmes. Samson et Brunelle ont observé que 66,7 % des décideurs ont conclu au manquement à l'obligation de loyauté dans 66,7 % des décisions pour les années 1976 à 1986, 75 % pour les années 1986 à 1996 et 79,4 % pour les années 1996 à 2006²²⁹. De notre côté, 59 % (54,5 % et 4,5 %) des décideurs ont conclu au manquement à l'obligation de loyauté pour les années 2006 à 2011, 68,4 % pour les années 2011 à 2016 et 79,3 % pour les années 2016 à 2021. Enfin, sans que cela consiste en un résultat d'analyse en soi et bien que la comparaison ne puisse être effectuée parfaitement, nous soulignons que notre échantillon (qui n'est bien sûr aucunement exhaustif) ne démontre pas une augmentation du nombre de décisions rendues relatives à la critique ou à la dénonciation de l'employeur en comparaison avec les résultats de Samson et Brunelle. À titre indicatif, dans leur dernière période étudiée (de 1996 à 2006), il y a 63 décisions recensées alors que nous en avons recensé 70 sur quinze ans.

Le type de décideur

Nous avons postulé qu'il pourrait y avoir des différences dans le raisonnement du décideur en fonction du type de décideur : les juges d'un tribunal de droit commun, les juges d'un tribunal spécialisé ou les arbitres de griefs. La répartition des décisions de notre échantillon a été présentée plus tôt dans la vue d'ensemble de nos résultats (**Tableau 3.1.3**). Comme cela a été le cas pour les autres facteurs, nous l'avons mis en relation avec le raisonnement des décideurs (**Tableau 3.2.14**) et les décisions prises (**Tableau 3.2.15**).

Tableau 3.2.14 — Raisonnement des décideurs selon le type de décideur

| Décideur ²³⁰ | Présence de l'argument chez les décideurs (% de décisions) | | |
|-------------------------|--|--------------------|--------|
| | Obligation de loy. | Liberté d'express. | Autres |
| Arbitre de griefs | 92,5 % | 67,5 % | 72,5 % |

²²⁹ M. SAMSON et C. BRUNELLE, préc., note 7, p. 300-301

²³⁰ Nous avons combiné les décisions rendues par la Cour supérieure et la Cour d'appel dans une même catégorie : les décisions rendues par des juges de droit commun.

| | | | |
|---------------------------|--------|--------|--------|
| Juge administratif | 94,1 % | 23,5 % | 94,1 % |
| Juge droit commun | 69,2 % | 69,2 % | 100 % |
| Total | 88,7 % | 57,1 % | 82,9 % |

Une proportion s'éloigne de façon flagrante des autres : les juges administratifs (donc la CRT et le TAT) ont très peu utilisé un argumentaire se rapportant à la liberté d'expression, comparativement aux autres juges des tribunaux que nous avons recensés dans notre échantillon. Nous passerons ensuite aux résultats relatifs aux décisions prises par les décideurs pour ensuite commenter simultanément ces deux résultats.

Tableau 3.2.15 — Décisions rendues selon le type de décideur

| Décideur | Décision rendue (nombre de décisions) | | | |
|---------------------------|--|----------------------|--------------------|--------------|
| | Favorable | Partiellement | Défavorable | Total |
| Arbitre de griefs | 8 (20 %) | 13 (32,5 %) | 19 (47,5 %) | 40 (100 %) |
| Juge administratif | 6 (35,3 %) | 1 (5,9 %) | 10 (58,8 %) | 17 (100 %) |
| Juge droit commun | 7 (53,8 %) | 0 (0 %) | 6 (46,2 %) | 13 (100 %) |
| Total | 21 (30 %) | 14 (20 %) | 35 (50 %) | 70 (100 %) |

Les plus sévères des trois types de décideurs sont aussi les juges administratifs. Ceux-ci ont confirmé la mesure disciplinaire dans 58,8 % des litiges, un pourcentage supérieur à ceux des juges de droit commun (46,2 %) et des arbitres de griefs (47,5 %). Toujours à propos des arbitres de griefs, ils sont associés à un pourcentage largement inférieur à celui de Samson et Brunelle (79,2 %) au niveau de la conclusion quant à l'existence d'un manquement à l'obligation de loyauté. En fait, l'ensemble des décideurs ont été plus indulgents dans notre échantillon, puisqu'autant les juges administratifs que les juges de droit commun étaient associés, dans l'étude de Samson et Brunelle, à des pourcentages supérieurs aux nôtres (respectivement 68 % et 66,7 % pour Samson et Brunelle). Qu'est-ce qui explique ces résultats assez différents de ceux des auteurs précédemment cités ? L'idée assez répandue que les arbitres de griefs se limitent plus fréquemment au droit traditionnel du travail et à la convention collective (les arbitres de griefs ayant une compétence exclusive sur les litiges qui découlent de la convention

collective) comme sources d'interprétation était une piste explicative convaincante lorsque Samson et Brunelle remarquaient une sévérité s'établissant à 79,2 % de décisions rendues défavorablement au salarié (la liberté d'expression n'étant pas mobilisée, l'analyse se limitait alors à déterminer si l'expression publique était déloyale nécessitant une sanction et si la sanction était conforme à la convention collective, expliquant ainsi une sévérité plus élevée). Manifestement, cette explication ne tient plus la route. Si nous retournons à nos résultats sur le raisonnement des types de décideurs, nous pouvons tirer deux constats intéressants. Nous avons dit que les juges administratifs ont très peu appliqué la liberté d'expression en comparaison avec les arbitres de griefs et les juges de droit commun et qu'ils ont également été les plus sévères comme nous l'avons vu. Ces deux faits pourraient-ils plus que coïncider et être la cause et la conséquence l'un de l'autre ? Il se peut fort bien que les juges administratifs aient été les plus sévères parce qu'ils ont très peu appliqué la liberté d'expression des chartes dans ce type de litiges. Nous devons cependant concéder que les résultats du **Tableau 3.2.14** sont bien plus accentués que ceux du **Tableau 3.2.15** en ce qui a trait aux juges administratifs ; la différence dans la sévérité est moins grande que la différence dans l'utilisation des chartes (35 % des juges administratifs ont rendu une décision favorable aux salariés). Second constat : la liberté d'expression a été davantage utilisée par les arbitres que la moyenne de l'ensemble des décideurs. Cela rompt en quelque sorte avec les résultats de Samson et Brunelle où la Charte québécoise avait eu une incidence véritable ou négligeable dans 14,4 % des décisions arbitrales et la Charte canadienne dans 14,3 % de ces décisions²³¹. Nous pouvons affirmer avec confiance que la pénétration progressive et constante de la constitutionnalisation du droit du travail ne s'observe pas à un niveau égal selon le décideur. En quinze années, elle s'est exprimée visiblement chez les arbitres de griefs et les juges de droit commun, alors que chez les juges administratifs, elle a effectivement progressé (Samson et Brunelle notaient une présence chez les commissaires de la Charte québécoise à un niveau de 12,5 % et une présence nulle de la Charte canadienne), mais cette progression fut assez timide.

²³¹ Si nous ajoutons l'utilisation de la liberté d'association (garantie également par les chartes) à l'utilisation de la liberté d'expression, nos résultats contrasteraient bien plus avec les leurs, en considérant la compétence des arbitres de griefs.

Les arguments des parties

Les facteurs suivants, qui sont les derniers à être liés à la première question de recherche, sont réunis ici : la présence d'un argumentaire fondé sur les chartes, la présence d'un argumentaire fondé sur l'obligation de loyauté et la présence d'un argumentaire fondé sur d'autres considérations chez les parties des décisions recensées. Nous devons établir immédiatement une nuance importante pour nos prochaines affirmations. Notre analyse des arguments plaidés par les parties provient uniquement de la recension écrite que les décideurs en ont faite. Il se peut par conséquent que certains arguments aient été soulevés par les parties, mais en soient absents. Pour avoir la certitude qu'un argument a été soulevé par une des parties ou inversement qu'il n'a pas été soulevé, il aurait fallu assister aux audiences, ce que nous n'avons bien entendu pas fait.

La présence respective d'un argumentaire fondé sur l'obligation de loyauté, d'un argumentaire fondé sur la liberté d'expression et d'un argumentaire fondé sur d'autres considérations a été illustrée à l'aide du **Tableau 3.2.16**.

Tableau 3.2.16 — Argumentaire des parties

| | Présence de l'argument chez les parties (% de décisions) | | |
|----------|--|--------------------|-------------|
| Présence | Obligation de loy. | Liberté d'express. | Autres |
| Oui | 64 (91,4 %) | 40 (57,1 %) | 62 (88,6 %) |
| Non | 6 (8,6 %) | 30 (42,9 %) | 8 (11,4 %) |
| Total | 70 (100 %) | 70 (100 %) | 70 (100 %) |

Débutons avec la présence d'un argumentaire fondé sur l'obligation de loyauté chez les parties. Cet argumentaire est présent dans 91,4 % des décisions de l'échantillon. L'obligation de loyauté et les autres éléments qui lui sont rattachés sont donc des arguments qui sont presque systématiquement plaidés par les parties de notre échantillon. Nous avons observé qu'il ne s'agit pas uniquement d'un argument soulevé par les employeurs. L'argumentaire de plusieurs salariés a également consisté dans plusieurs décisions en une remise en cause du manquement à l'obligation de loyauté allégué, contrairement à une

plaidoirie où le manquement à l'obligation de loyauté serait justifié par une considération qui lui est supérieure : la liberté d'expression, la liberté d'association, l'intérêt général, etc. Les décisions où la liberté d'expression a été « ignorée » de l'argumentaire des parties sont au nombre de 30. De ces trente décisions, seulement quatre n'ont pas non plus la présence d'autres considérations dans l'argumentaire de parties. C'est le cas de la décision *Transport ferroviaire Tshiuetin inc. et Syndicat des métallos, section locale 7065-75*²³². La plaidoirie du syndicat dans cette décision relative à un litige où le salarié critiqua sur les réseaux sociaux la gestion de son employeur d'une situation de crise s'était concentrée sur une contextualisation des propos du salarié et la présentation de facteurs atténuants plutôt que sur une négation du caractère inapproprié et déloyal de ces propos. La sentence arbitrale *Hydro-Québec et Syndicat professionnel des ingénieurs d'Hydro-Québec (SPIHQ)*²³³ ne comporte non plus d'autres considérations qu'un argumentaire des parties purement basé sur l'obligation de loyauté. Dans cette affaire où l'employeur congédia un salarié ayant divulgué à un journaliste une situation potentielle de conflit d'intérêts impliquant des contractants œuvrant à un projet de réfection de la (jadis) centrale nucléaire Gentilly-2, les argumentaires de la partie patronale et de la partie syndicale ont tous les deux consisté en une affirmation ou en une négation de l'aspect fautif de la dénonciation médiatique du salarié et du caractère confidentiel des informations communiquées. Nous ne retrouvons aucunement d'analyse effectuée par les parties en vertu de la liberté d'expression ou d'une autre considération, même si les faits s'y prêtent.

Des six décisions où les parties ont ignoré l'obligation de loyauté, nous notons qu'elles sont presque toutes des décisions rendues par des tribunaux de droit commun et deux d'entre elles font intervenir fortement la liberté d'association²³⁴. Pour ces décisions rendues par des tribunaux de droit commun, nous pourrions concevoir leur omission (autre que la mise en garde au début) par le fait que l'analyse s'est concentrée sur certains aspects

²³² *Transport ferroviaire Tshiuetin inc. et Syndicat des métallos, section locale 7065-75*, 2014 QCTA 723. Les trois autres décisions sont *Hydro-Québec et Syndicat professionnel des ingénieurs d'Hydro-Québec (SPIHQ)*, D.T.E. 2012T-195, [2012] n° AZ-50832379 (T.A.) ; *Ministre de l'économie, de l'innovation et des exportations et Syndicat des professionnelles et professionnels du Gouvernement du Québec*, 2017 QCTA 1011 et *Teamsters Québec, local 106 et Autobus Citadelles (Gatineau)*, 2017 QCTA 815.

²³³ *Hydro-Québec et Syndicat professionnel des ingénieurs d'Hydro-Québec*, préc., note 232

²³⁴ Les décisions de deuxième ou troisième instance où les parties n'ont pas plaidé l'obligation de loyauté mettent elles aussi en scène des considérations ayant trait à la liberté d'association.

précis de la décision précédemment rendue. Par exemple, dans la décision *Société canadienne des postes c. Dulude*²³⁵, la requête de contrôle judiciaire initiée par l'employeur concernait le fait que l'arbitre de griefs avait rendu une décision ultra-petita en statuant sur des griefs qui avaient été retirés par le syndicat avant le début des audiences. Le litige de fond résultait du port de macarons avec des slogans syndicaux par les employés du service postal sur leurs uniformes et durant les heures de travail. Pour les deux décisions faisant appel à la liberté d'association, l'obligation de loyauté a été déclassée au profit d'un argumentaire touchant le bien-fondé de l'imposition ou de la menace de l'imposition d'une mesure disciplinaire alors qu'une expression syndicale a été entreprise par des salariés. Dans *Parenteau et Villa du Boisé inc.*, il n'était pas question d'une opposition entre la liberté d'expression ou la liberté d'association et l'obligation de loyauté, mais de la justification d'une fin d'embauche pour prestation de travail insatisfaisante en concomitance avec le port d'un t-shirt exprimant une revendication syndicale²³⁶. Pour l'ensemble des cas tout juste exposés, nous pouvons comprendre que l'obligation de loyauté ait pu être mise de côté. Ceux-ci ne sont pas des anomalies méritant que nous nous y attardions longuement afin de comprendre pourquoi les parties ont écarté l'obligation, mais plutôt des exceptions qui confirment la règle : l'obligation de loyauté est presque systématiquement plaidée par les parties de notre échantillon.

Nous sommes beaucoup moins catégoriques quand il s'agit du résultat de la présence d'un argumentaire fondé sur la liberté d'expression chez les parties des décisions répertoriées. En effet, si nous nous fions à ces résultats, la liberté d'expression est manifestement moins plaidée par les parties de notre échantillon comparativement à l'obligation de loyauté : 40 des 70 décisions répertoriées ont un argumentaire des parties contenant la liberté d'expression, alors que la proportion se situe à 64 des 70 décisions pour l'obligation de loyauté.

Afin d'affiner notre analyse, d'une façon identique à ce qui a été entrepris pour les décideurs de notre échantillon, nous avons ajouté deux autres éléments d'analyse sous-

²³⁵ *Société canadienne des postes c. Dulude*, 2011 QCCS 1970

²³⁶ *Parenteau et Villa du Boisé inc.*, 2010 QCCRT 0591

adjacents à la présence d'un argumentaire fondé sur la liberté d'expression chez les parties : la charte ou les chartes mobilisées par les parties et la présence d'un argumentaire fondé sur une atteinte justifiée à la liberté d'expression. D'une part, nous avons pu apercevoir qu'une quantité considérable de décisions ne font pas la mention explicite de l'une ou l'autre des chartes au niveau de l'argumentaire des parties, comme l'indique le **Tableau 3.2.17**. En effet, nous avons attribué la mention « indéfini » à 16 décisions (22,9 %) de notre échantillon.

Tableau 3.2.17 — Charte utilisée par les parties s'il y a présence de la liberté d'expression

| Charte(s) | Nombre de décisions | Total |
|---------------------|---------------------|------------|
| Charte canadienne | 2 (2,9 %) | 70 (100 %) |
| Charte québécoise | 18 (25,7 %) | |
| Les deux | 4 (5,7 %) | |
| Indéfini | 16 (22,9 %) | |
| Ne s'appliquant pas | 30 (42,9 %) | |

D'autre part, la présence d'un argumentaire fondé sur une possible atteinte justifiée de la liberté d'expression du salarié (**Tableau 3.2.18**) a été marginale : seulement trois décisions comprennent une plaidoirie faisant état d'une telle considération²³⁷.

Tableau 3.2.18 — Présence de l'atteinte justifiée dans l'argumentaire des parties

| Présence | Nombre de décisions | Total |
|----------|---------------------|------------|
| Oui | 3 (7,5 %) | 40 (100 %) |
| Non | 37 (92,5 %) | |

Certaines remarques véhiculées pour le critère précédent pourraient être reprises ici pour tenter une explication de la presque absence complète de l'analyse de l'atteinte

²³⁷ Ce sont *Association professionnelle des ingénieurs*, préc., note 217 ; *Québec (Procureure générale) c. Commission des relations du travail, Division des relations du travail*, préc., note 217 et *Société canadienne des postes et Syndicat des travailleuses et travailleurs des postes*, [2012] n° AZ-50830487 (T.A.).

justifiée à la liberté d'expression. Les trois décisions où nous notons la présence de l'argument de l'atteinte justifiée à la liberté d'expression impliquent toutes un litige sur la liberté d'association ou sont des décisions rendues par une instance de droit commun. Qu'est-il possible de saisir de ces quelques exceptions ? Il semble que puisqu'une considération autre que l'obligation de loyauté et la liberté d'expression est entrée en jeu, les procureurs patronaux ont été plus enclins à justifier les mesures que l'employeur a prises en fonction des chartes. Dans la majeure partie des décisions où le litige est resté à une analyse bidimensionnelle (obligation de loyauté et liberté d'expression), les parties s'en sont tenues à une analyse plus « simple » du litige : l'expression publique du salarié consistait-elle à un manquement à l'obligation de loyauté ou le manquement à l'obligation de loyauté allégué peut-il être justifié par la liberté d'expression dont jouit le salarié ? Alors que lorsque la liberté d'association s'est immiscée avec la présence d'un recours du Code du travail, l'analyse des chartes s'est développée.

Pour la présence d'un argumentaire fondé sur d'autres éléments, nos constats sur les décideurs s'appliquent également pour les parties : une majorité des parties des décisions de notre échantillon ont intégré d'autres éléments à leur plaidoirie que l'obligation de loyauté et la liberté d'expression. À quelques différences près, ce sont les mêmes éléments qui ont été cités et dans une prévalence similaire, la liberté d'association restant l'élément autre faisant le plus d'apparitions dans l'argumentaire des parties, suivi d'éléments connexes à l'obligation de loyauté comme la question de l'insubordination, l'incivilité et la diffamation et d'éléments relevant de l'imposition d'une mesure disciplinaire (gradation des sanctions, discrimination dans l'imposition d'une sanction et les délais d'imposition d'une sanction ou de soumission d'une plainte ou grief).

Quelques remarques s'imposent. Autant pour les parties que pour les décideurs, les questions que nous avons qualifiées de connexes servent dans la majeure partie des cas à mesurer l'intensité du manquement à l'obligation de loyauté : la présence de propos injurieux ou d'une conduite contraire aux ordres de l'employeur sera un facteur aggravant au manquement à l'obligation de loyauté, alors que l'absence de propos injurieux ou d'une

conduite contraire aux ordres de l'employeur a pu à l'inverse être un facteur atténuant. Une décision à ce sujet a retenu notre attention : la décision *Langlois et Molson Canada 2005*²³⁸. Le TAT devait rendre une décision sur un possible congédiement sans cause juste et suffisante dans une situation où un salarié, à plusieurs reprises, a communiqué des propos offensants au sujet de deux de ses supérieurs à un tiers. Outre son attitude envers ses collègues qui avait déjà fait l'objet d'avertissements verbaux de l'employeur dans le cadre d'évaluations annuelles de rendement, sa prestation de travail était hautement satisfaisante. Un des arguments principaux de la plaidoirie du salarié a été que les propos injurieux visaient ses collègues et non l'entreprise Molson directement. Ce qui est particulier dans le jugement rendu par le TAT est que bien que le juge administratif conclut que la faute ne justifiait pas le recours au congédiement, c'est bien la virulence des propos perpétrés par le salarié qui a été décisive dans la détermination de la faute du salarié (faute qui comprend la conduite déloyale, mais aussi les manquements aux obligations de discrétion, de civilité et de courtoisie) et non le fait que les propos furent diffusés, même de façon restreinte, à un tiers. Pour les éléments qui relèvent de l'imposition d'une mesure disciplinaire, nous pouvons dire qu'ils ne prennent pratiquement pas la place d'arguments de fond, ce sont des arguments plutôt auxiliaires au litige. La seule exception notable est la décision déjà citée de *Société canadienne des postes c. Dulude* où la requête de l'employeur en contrôle judiciaire consistait en une décision ultra-petita rendue précédemment par le décideur²³⁹. Sinon, évidemment, nous avons aussi noté des arguments des parties concernant la recevabilité d'une preuve sans toutefois que l'admission ou la non-admission de ladite preuve ait pu jouer un rôle déterminant dans la décision rendue.

À l'instar des autres facteurs, nous avons croisé la présence des différents arguments des parties avec le raisonnement que les décideurs ont utilisés et les décisions qu'ils ont prises. Le premier croisement, soit l'argumentaire des parties et le raisonnement des décideurs, se retrouve au **Tableau 3.2.19**.

²³⁸ *Langlois et Molson Canada 2005*, 2017 QCTAT 1578

²³⁹ *Société canadienne des postes c. Dulude*, préc., note 235

Tableau 3.2.19 — Raisonnement des décideurs selon l'argumentaire des parties

| Argument (parties) | Présence de l'argument chez les décideurs (% de décisions) | | |
|--------------------|--|--------------------|--------|
| | Obligation de loy. | Liberté d'express. | Autres |
| Obligation de loy. | 95,3 % | 57,8 % | 81,3 % |
| Liberté d'express. | 85 % | 82,5 % | 85 % |
| Autres | 87,1 % | 56,5 % | 93,5 % |
| Total | 88,7 % | 57,1 % | 82,9 % |

Le fait que les parties aient plaidé la liberté d'expression (et qu'elle ait été rapportée dans la décision écrite) a une incidence significative sur la présence de la même considération dans le raisonnement du décideur : cette considération augmente sa présence de presque 25 % par comparaison à sa présence globale dans l'échantillon. Aussi, plaider la liberté d'expression (ou le fait que la liberté d'expression soit rapportée) fait chuter légèrement la présence de l'obligation de loyauté, toujours par comparaison à la présence globale de cette considération.

Le deuxième croisement, soit l'argumentaire des parties et la décision rendue, se retrouve quant à lui au **Tableau 3.2.20**.

Tableau 3.2.20 — Décisions rendues selon l'argumentaire des parties

| Argument (parties) | Décision rendue (nombre de décisions) | | | |
|----------------------------|---------------------------------------|---------------|-------------|------------|
| | Favorable | Partiellement | Défavorable | Total |
| Obligation de loy. | 18 (28,1 %) | 14 (21,9 %) | 32 (50 %) | 64 (100 %) |
| Liberté d'express. | 12 (30 %) | 10 (25 %) | 18 (45 %) | 40 (100 %) |
| Autres | 19 (30,6 %) | 9 (14,5 %) | 34 (54,8 %) | 62 (100 %) |
| Total²⁴⁰ | 21 (30 %) | 14 (20 %) | 35 (50 %) | 70 (100 %) |

Nous sommes ainsi arrivés à un résultat assez intéressant : bien que la différence soit plutôt faible, les salariés qui ont plaidé la liberté d'expression (ou dont cette

²⁴⁰ Les décisions se recoupant, le total signifie ici la répartition des décisions rendues pour l'ensemble de l'échantillon, nonobstant la distinction sur les arguments plaidés par les parties.

considération a été rapportée par le décideur) ont été plus susceptibles d'avoir un dénouement favorable ou partiellement favorable que ceux où nous notons l'absence de cette considération dans la décision écrite. Cet écart se situe à 5 %. L'idée de Samson et Brunelle suivant laquelle le salarié devrait plaider sa liberté d'expression dans ce type de litige, car il risque de voir le décideur entendant sa cause être plus compatissant est effectivement vraie en regard de notre échantillon. Si la liberté d'expression est encore loin d'être un remède miracle, elle est quand même l'argument associé à un plus haut taux de succès pour les salariés s'étant exprimés publiquement à propos du travail.

II.1.3 – Bilan

Dans les chapitres I et II, nous avons posé une question de recherche en lien avec la constitutionnalisation du droit du travail et quelques autres questionnements complémentaires. À l'aide de ce bilan, nous désirons donc utiliser les résultats que nous avons obtenus précédemment afin d'y répondre.

D'abord, nous retranscrivons une dernière fois notre première question de recherche en intégralité :

Notre première question de recherche consiste à déterminer si l'attitude des décideurs des différents tribunaux de droit commun et tribunaux spécialisés du système judiciaire québécois a pu être influencée par la constitutionnalisation du droit du travail sur la question du rapport entre l'obligation de loyauté et la liberté d'expression du salarié dans des situations où le salarié s'est exprimé à propos de son travail. [...]

Il est ardu de pouvoir se prononcer catégoriquement sur cette question, selon les résultats obtenus. Du moins, il semble que nos résultats ne s'écartent pas significativement de ceux de Samson et Brunelle. Commençons par mentionner que nous avons remarqué une augmentation de la présence de l'argument de la liberté d'expression du salarié chez les parties dans notre échantillon. En effet, entre les années 1976 à 2006, Samson et

Brunelle avaient constaté pour leur part que seulement le quart (26,1 % précisément) des parties ont mentionné la liberté d'expression du salarié dans leurs plaidoiries, alors que pour les années 2006 à 2021, nous avons noté la présence de la liberté d'expression du salarié au sein de l'argumentaire des parties dans 57,1 % des décisions. Cette augmentation remarquable s'inscrit dans les souhaits véhiculés par Samson et Brunelle de voir les salariés plaider davantage leur liberté d'expression dans ce type de conflits. Cependant, il y a un indice qui relativise cette augmentation de la présence de la liberté d'expression du salarié et qui nous fait dire que nos résultats ne s'écartent pas significativement des auteurs cités. C'est la quasi-omniprésence de l'obligation de loyauté dans l'argumentaire des parties qui laisse croire qu'il s'agit encore d'un débat entre la liberté d'expression du salarié et son obligation de loyauté. Les paramètres de ce débat ne semblent pas avoir changé et rien ne laisse présager un revirement paradigmatique. Si les paramètres du débat ont changé, c'est au niveau des litiges et non au niveau des normes mobilisées pour ces litiges (nous y reviendrons).

Considérons maintenant l'attitude des décideurs. A-t-elle été influencée par cette constitutionnalisation du droit du travail, par l'arrivée des chartes dans cette branche du droit? Précisons que la comparaison exacte de nos résultats avec ceux de Samson et Brunelle ne nous est pas possible. Ces derniers se sont intéressés à l'incidence de la Charte canadienne et de la Charte québécoise dans ces litiges. Pour notre part, nous nous sommes gardés d'introduire de telles considérations puisque, d'une part, une évaluation de l'incidence (véritable, négligeable ou nulle) de ces chartes implique la subjectivité et que, d'autre part, les critères utilisés par les deux chercheurs, permettant de départager une incidence véritable d'une incidence négligeable, n'ont pas été précisés²⁴¹. Néanmoins, nous pouvons les comparer en considérant les résultats de Samson et Brunelle concernant les décisions avec incidence véritable et les décisions avec incidence négligeable et en les comparant avec les décisions de notre échantillon. Par exemple, dans les décisions de l'échantillon de Samson et Brunelle qui contiennent un raisonnement impliquant la liberté

²⁴¹ Nous supposons qu'une incidence nulle sous-entend l'absence des chartes dans le raisonnement d'un décideur. Ainsi, l'adéquation des décisions à incidence véritable et incidence négligeable devrait en principe constituer un élément permettant la comparaison avec les décisions où nous avons remarqué la présence de la liberté d'expression chez le décideur.

d'expression du salarié chez les décideurs, la Charte canadienne (et de la liberté d'expression) est présente dans 13,7 % des décisions pour la période de 1976 à 2006 et dans 12 % des décisions en ce qui a trait à la Charte québécoise²⁴². De notre côté, 57,1 % de décideurs ont analysé la liberté d'expression, soit une bonne augmentation. Ce pourcentage (57,1 %) est identique à la présence de la liberté d'expression dans l'argumentaire des parties. À la question située au début de ce paragraphe, nous répondons prudemment que les remarques s'appliquant à l'augmentation de la présence de la liberté d'expression chez les parties s'appliquent également à cette augmentation chez les décideurs : les règles arbitrant ce débat sont les mêmes. La liberté d'expression du salarié a pu influencer le raisonnement des décideurs de notre échantillon, sa présence augmentant même, mais pas au point où nous notons une rupture avec l'état du droit et les résultats de Samson et Brunelle.

Questionnement connexe à celui qui le précède : lorsque nous voulons savoir laquelle des deux normes prévaut sur l'autre (obligation de loyauté ou liberté d'expression), nous pouvons d'abord déterminer s'il est plus avantageux pour le salarié de plaider sa liberté d'expression ou de s'en tenir à l'argument suivant lequel la conduite déloyale n'en est pas une. En fonction du **Tableau 3.2.20**, il est plus avantageux pour un salarié de mentionner sa liberté d'expression dans ce type de litige, puisque les décideurs ont davantage accueilli favorablement ou partiellement favorablement sa demande lorsque la liberté d'expression s'est retrouvée dans l'argumentaire des parties ou lorsqu'elle a été analysée par les décideurs. Quoiqu'il fasse relativiser cette affirmation, car la différence, comme nous l'avons déjà dit, est assez minime au niveau des résultats de la présence de la liberté d'expression et des résultats de l'absence de celle-ci.

La liberté d'expression prévaut-elle sur l'obligation de loyauté, si nous regardons notre échantillon sans la distinction des arguments plaidés par les parties ? Nous en sommes arrivés à un match nul (35 décisions favorables ou partiellement favorables au salarié et

²⁴² Leurs champs d'application respectifs pouvant se chevaucher, il est raisonnable de croire que certaines décisions impliquant la Charte canadienne peuvent également se retrouver parmi celles qui impliquent la Charte québécoise, l'addition des deux taux ne pouvant donc pas s'effectuer.

35 décisions défavorables au salarié) (**Tableau 3.2.6**). Il est alors plutôt difficile d'affirmer qu'elle prévaut sur l'obligation de loyauté. Cependant, elle prévaut plus grandement en ce moment que dans la jurisprudence antérieure à notre échantillon : Samson et Brunelle remarquaient pour la période de 1976 à 2006 que seulement 23,4 % des décisions se sont soldées positivement pour le salarié, des chiffres qui curieusement (en considérant la constitutionnalisation du droit du travail qui s'était amorcée) augmentaient en sévérité dans les périodes plus récentes de leur échantillon. Que nous ayons obtenu un résultat parfaitement égal entre les décisions favorables (et partiellement favorables) et les décisions défavorables démontre que, sans prévaloir sur l'autre, la liberté d'expression a fait sentir sa présence dans les taux de succès des salariés de notre échantillon : 22 des 35 décisions favorables ou partiellement favorables au salarié comportaient une mention de la liberté d'expression au niveau de la plaidoirie alors que c'est 24 de ces mêmes 35 décisions qui comportaient une mention de la liberté d'expression au niveau de l'analyse du décideur. S'ajoutant à nos remarques sur la présence plus importante de la liberté d'expression dans l'argumentaire des parties et des décideurs que ce qu'avaient remarqué Samson et Brunelle pour les années 1976 à 2006 (encore que ladite constitutionnalisation du droit du travail n'ait pas créé un nouveau cadre d'analyse), l'influence de la liberté d'expression est indéniable dans ce type de litiges survenant en cours d'emploi.

Enfin, qu'en est-il des divers facteurs contextuels pouvant influencer la balance entre l'obligation de loyauté et la liberté d'expression dans ce type de litiges ? Un de ces facteurs se distingue-t-il des autres ? En dépit du fait que nous ayons remarqué des différences dans le raisonnement du décideur lorsque nous avons isolé certains de ces facteurs, nous ne pouvons pas affirmer qu'un facteur contextuel en particulier a eu un impact flagrant dans notre échantillon. Certes, le secteur d'activité semble influencer le raisonnement du décideur, idem pour l'instance mobilisée et le statut de représentant syndical. Mais, de façon générale, les résultats que nous avons obtenus en lien avec les facteurs contextuels associés à notre première question de recherche vont dans un sens similaire.

II.2 – Deuxième question de recherche

Afin de répondre à notre deuxième question de recherche, nous présenterons ici les résultats du dernier facteur contextuel, l'utilisation d'une technologie numérique de communication par le salarié s'étant exprimé publiquement à propos de son travail. Inédit de l'étude de Samson et Brunelle, il a été révélateur de plusieurs éléments desquels nous discuterons incessamment. Nous présenterons donc la répartition des décisions qui impliquent l'utilisation d'une technologie numérique de communication (ainsi que d'autres éléments d'analyse que nous trouvons pertinent de souligner) et, comme les autres facteurs contextuels de la précédente sous-section, le raisonnement du décideur (les arguments analysés et les décisions rendues) lorsque nous effectuons un croisement avec l'utilisation d'une technologie numérique de communication par le salarié. Nous concluons cette sous-section avec un bilan.

II.2.1 – Utilisation d'une technologie numérique de communication

Le **Tableau 3.2.21** contient la répartition de l'utilisation d'une technologie numérique de communication dans les décisions de notre premier échantillon. Une majorité de ces décisions n'indiquent pas la présence d'une technologie numérique de communication dans les faits ayant mené à une mesure disciplinaire de l'employeur.

Tableau 3.2.21 — Répartition des décisions selon l'utilisation d'une TNC

| Utilisation | Nombre de décisions | Total |
|-------------|---------------------|------------|
| Oui | 31 (44,3 %) | 70 (100 %) |
| Non | 39 (55,7 %) | |

Dans le but d'observer une possible variation dans le temps, nous avons cru donc nécessaire de répartir ces deux ensembles de décisions en fonction des trois périodes cibles. Le **Tableau 3.2.22** illustre cette répartition.

Tableau 3.2.22 — Répartition des décisions selon l'utilisation d'une TNC et la période

| Période | Utilisation | | |
|--------------|-------------|-------------|------------|
| | Oui | Non | Total |
| 2006-2011 | 1 (4,5 %) | 21 (95,5 %) | 22 (100 %) |
| 2011-2016 | 13 (68,4 %) | 6 (31,6 %) | 19 (100 %) |
| 2016-2021 | 17 (58,6 %) | 12 (41,4 %) | 29 (100 %) |
| Total | 31 (44,3 %) | 39 (55,7 %) | 70 (100 %) |

Enfin, nous avons recensé les différents types de technologies de communication (médias) numériques utilisées par les salariés pour effectuer publiquement une critique ou une dénonciation de leurs employeurs (**Tableau 3.2.23**). Elles sont classées en fonction de trois grandes catégories : les réseaux sociaux (Facebook et les blogues), le courrier électronique et les sites web (Rate my Employer et Glassdoor). Les grandes catégories consistent en l'addition des éléments s'y rattachant.

Tableau 3.2.23 — Liste des TNC utilisées par les salariés

| Technologies numériques de communication | Nombre de décisions |
|--|---------------------|
| Réseau social | 18 |
| Facebook | 16 |
| Blogue | 2 |
| Courrier électronique | 13 |
| Site web | 3 |
| Rate my Employer | 2 |
| Glassdoor | 1 |

Ce que nous pouvons affirmer à la suite de ces données se décline en trois temps. Premièrement, nous observons que les décisions de notre échantillon présentent davantage de litiges sans une utilisation d'une technologie numérique de communication. En effet, 39 des 70 décisions (55,7 %) ne présentent pas une situation où le salarié a utilisé une technologie numérique de communication afin de formuler une critique ou une

dénonciation de l'employeur. Deuxièmement, si le nombre de décisions avec l'utilisation d'une technologie numérique de communication et le nombre sans cette utilisation peuvent apparaître assez similaires, nous devons remarquer que le nombre de décisions avec l'utilisation d'une technologie numérique de communication s'est accru significativement dans la période s'étalant de 2011 à 2016, comparativement à la période qui l'a précédée. Cette présence est passée d'une seule décision sur 22 (4,5 %) pour la période de 2006 à 2011 à 13 sur 19 (68,4 %) pour la période de 2011 à 2016 et 17 sur 29 (58,6 %) pour la période de 2016 à 2021. Ce bond soudain et impressionnant pourrait résulter de l'arrivée d'un phénomène sociétal : les réseaux sociaux. Le plus illustre de ceux-ci, Facebook, a été fondé en 2004, avant de connaître une expansion à partir de 2006²⁴³ et un apogée coïncidant avec la seconde période de notre échantillon. Pouvons-nous attribuer cette hausse à l'arrivée de ce géant du numérique ? Troisièmement, notre troisième répartition nous laisse croire que ce facteur explicatif (l'arrivée de Facebook) pourrait être logique : la catégorie « Réseau social » se retrouve au premier rang des technologies les plus utilisées par les salariés s'étant exprimés au travail avec une présence dans 18 décisions. Facebook compte pour 16 de ces 18 décisions. Notons également la présence de 13 décisions impliquant l'échange de courriers électroniques, un nombre peu surprenant en considérant leur intégration complète aux formes de travail actuelles. Les autres technologies ou médias mentionnés proviennent de trois litiges spécifiques et sont marginaux dans l'ensemble.

Donc, les décisions où nous dénotons une utilisation par le salarié des nouvelles technologies comme moyen d'expression publique occupent une part importante de notre échantillon. Nous nous sommes ensuite demandé comment cette contribution s'est reflétée concrètement dans les faits ayant mené à ces litiges. Pour répondre à cette question, nous avons porté une attention particulière à la nature des expressions publiques : concernent-elles des problèmes vécus par la personne unique du salarié s'étant exprimé (un message ayant une dimension individuelle) ou concernent-elles des problèmes généralisables à plusieurs ou à l'ensemble des salariés d'un milieu de travail (un message ayant une dimension collective) ? En d'autres termes, parle-t-on au « je » ou parle-t-on au « nous » ? La répartition qui suit a été effectuée selon ce critère pour l'ensemble de l'échantillon, mais

²⁴³ Avant 2006, Facebook se limitait à une présence chez les étudiants de quelques universités américaines.

en considérant également l'utilisation d'une technologie numérique de communication et le média utilisé (**Tableau 3.2.24**). Nous avons soustrait les suites judiciaires des décisions de notre échantillon ; les résultats concernent seulement les litiges ou affaires différentes. Ce tableau répertorie ainsi 55 litiges.

Tableau 3.2.24 — Dimension de l'expression selon la TNC utilisée par le salarié

| | Dimension | | |
|-----------------|-------------|--------------|------------|
| TNC | Collective | Individuelle | Total |
| Facebook | 3 (20 %) | 12 (80 %) | 15 (100 %) |
| Autres | 5 (45,5 %) | 6 (54,5 %) | 11 (100 %) |
| Aucune | 22 (75,9 %) | 7 (24,1 %) | 29 (100 %) |
| Total | 30 (54,5 %) | 25 (45,5 %) | 55 (100 %) |

Nous remarquons que l'échange de courriels et les autres technologies numériques de communication ont contribué à une répartition presque égale de litiges à dimension collective et de litiges à dimension individuelle. Pour ce qui est des litiges émanant d'une utilisation de Facebook, ils se retrouvent surtout dans les litiges à dimension individuelle : les critiques ou les dénonciations faites par l'entremise de Facebook portent davantage sur des situations vécues par une seule personne que sur des situations vécues collectivement. Les expressions publiques de l'expérience d'un désaccord avec un supérieur immédiat ou la critique de conditions de travail personnelles sont plus typiques des décisions impliquant Facebook que des décisions impliquant l'échange de courriels ou des décisions sans l'implication des technologies numériques de communication. De plus, lorsque nous comparons la distribution des litiges impliquant Facebook avec celle des litiges n'impliquant pas l'utilisation d'une technologie numérique de communication, nous remarquons qu'elles sont mutuellement le miroir de l'autre : 75,9 % des litiges n'impliquant aucune technologie numérique de communication présentent une expression publique sur des problèmes ou des enjeux collectifs, alors que 80 % des litiges impliquant l'utilisation de Facebook présentent une expression publique sur des problèmes ou des enjeux individuels.

Un cas de figure d'un salarié s'étant exprimé sur un problème ou un enjeu individuel au travail avec l'aide de Facebook pourrait être *Syndicat des travailleuses et travailleurs de la santé et des services sociaux de Sept-Îles — CSN et Centre de santé et de services sociaux de Sept-Îles*²⁴⁴. Dans cette décision arbitrale, le grief pour congédiement qui fut rejeté par le décideur prenait source dans les déclarations sur Facebook, envers l'employeur, peu élogieuses et plutôt crues d'une salariée contrariée par la décision du premier de l'assigner à des tâches cléricales pour son retrait préventif pour cause de grossesse. Le message facebookien, dans sa forme et son contenu, laisse supposer que la salariée croyait que son audimat ne pouvait inclure l'employeur ou du moins un tiers relayant la communication jusqu'à l'employeur. Nous pouvons également souligner en ce sens la décision *Cégep Garneau et Syndicat du personnel de soutien du Cégep Garneau* : un échange, toujours sur le même média, entre collègues où les états d'âme d'une salariée face à ses conditions de travail difficiles (notamment, elle soutenait au sens figuré qu'elle va « imiter cet adorable hérisson pour [s]'extirper de [s]a cage des services adaptés » dans le but d'améliorer sa situation personnelle et en référence à une vidéo YouTube) avait valu à cette salariée une suspension sans solde de cinq jours²⁴⁵. Ces deux décisions (et bien d'autres²⁴⁶) démontrent une certaine insouciance du salarié concernant la portée et l'impact des propos qu'il publie en ligne ainsi qu'une vision de ces nouveaux modes de communication où ceux-ci permettent l'extériorisation des sentiments les plus intimes sur la vie quotidienne et le travail (ce qui se refléterait dans notre échantillon par la présence accrue d'expressions publiques sur des sujets de l'ordre de l'individuel). L'affirmation de Samson et Brunelle sur une montée de l'individualisme comme facteur expliquant la montée analogue de cas d'expression publique du salarié à propos du travail s'inscrit vraisemblablement dans une perspective d'omniprésence des réseaux sociaux. Mais aussi, ces réseaux sociaux amplifient ce type d'expression « individualiste » par les possibilités de diffusion qu'ils permettent. Nous serions face à un paradoxe du type de « l'œuf ou la

²⁴⁴ *Syndicat des travailleuses et travailleurs de la santé et des services sociaux de Sept-Îles — CSN et Centre de santé et de services sociaux de Sept-Îles*, D.T.E. 2014T-262 (T.A.)

²⁴⁵ *Cégep Garneau et Syndicat du personnel de soutien du Cégep Garneau*, 2019 QCTA 292

²⁴⁶ Dans quelques décisions de notre échantillon, le salarié fautif a tenté d'expliquer son geste en affirmant sa méconnaissance des paramètres de confidentialité de cette plateforme numérique, ne sachant pas ainsi que l'employeur pouvait être mis au courant des propos litigieux. Nous n'avons recensé aucune décision où les parties plaident plus formellement le principe de l'attente raisonnable de vie privée. À ce sujet, voir *Srivastava c. Hindu Mission of Canada (Quebec) Inc.*, 2001 CanLII 27966 (QC CA).

poule» : l'individualisme aperçu dans notre échantillon cause-t-il une hausse de l'utilisation des technologies numériques de communication comme mode d'extériorisation des problèmes survenant en contexte de travail, ou bien est-ce l'arrivée des technologies numériques de communication qui a permis à un individualisme de s'exprimer dans toute sa splendeur ? Ces considérations relevant du domaine de l'étude sociologique pourraient être le sujet d'une recherche ultérieure.

Si nous revenons à notre question de recherche, soit l'impact des technologies numériques de communication sur le raisonnement du décideur, il est essentiel de s'intéresser, comme les autres facteurs, aux arguments utilisés par les décideurs et les décisions qu'ils ont rendues. Le **Tableau 3.2.25** concerne les arguments soulevés par les décideurs et l'utilisation d'une technologie numérique de communication. Nous avons repris les catégories préexistantes qui sont associées à ce facteur, mais nous avons maintenu la distinction entre Facebook et les autres technologies numériques ou médias de communication. Ce choix est motivé par notre constat voulant que Facebook ait été le média ou la technologie la plus populaire pour s'exprimer publiquement à propos du travail et que ce dernier ait servi de canal privilégié pour des expressions que nous pourrions qualifier d'individualistes. Alors, nous désirons lui porter une attention particulière.

Tableau 3.2.25 — Raisonnement des décideurs selon la TNC utilisée par le salarié

| TNC | Présence de l'argument chez les décideurs (% de décisions) | | |
|--------------|--|--------------------|--------|
| | Obligation de loy. | Liberté d'express. | Autres |
| Facebook | 93,8 % | 75 % | 62,5 % |
| Autres | 86,7 % | 80 % | 86,7 % |
| Aucune | 87,2 % | 41 % | 89,7 % |
| Total | 88,7 % | 57,1 % | 82,9 % |

La présence de l'obligation de loyauté chez les décideurs est sensiblement la même selon l'utilisation d'une technologie numérique de communication ou non, avec cependant une présence plus élevée de l'obligation de loyauté chez les salariés qui ont utilisé Facebook. Par contre, nous remarquons que ce constat diffère complètement quand il s'agit

de la présence de la liberté d'expression : à la fois l'utilisation de Facebook et l'utilisation des autres technologies ou médias de communication par le salarié sont associées à une présence beaucoup plus accrue de la liberté d'expression dans le raisonnement des décideurs (75 % et 80 % respectivement) que lorsqu'aucune technologie numérique de communication n'est utilisée par le salarié afin de critiquer ou de dénoncer son employeur. Les décideurs ont donc recentré en quelque sorte l'analyse des litiges avec une utilisation d'une technologie numérique de communication sur le tandem obligation de loyauté et liberté d'expression, ce qui semble particulièrement vrai dans le cas des décisions avec une utilisation de Facebook puisque les autres considérations ont chuté à une présence de 62,5 %. Ce dernier constat va dans le même sens que notre affirmation voulant que le message des salariés s'étant exprimés avec une technologie numérique de communication ait été largement plus empreint d'une dimension individualiste que pour les salariés s'étant exprimés d'une autre façon. La dimension individualiste d'une communication publique pourrait faire en sorte que le décideur fasse moins intervenir d'autres normes dans son raisonnement (puisque la critique et la dénonciation concernent des aspects personnels au salarié) et se concentre plutôt sur le fait de déterminer si le manquement à l'obligation de loyauté en est vraiment un et s'il peut être justifié par la liberté d'expression du salarié²⁴⁷.

Relativement aux décisions rendues par les décideurs de notre échantillon, le **Tableau 3.2.26** a été constitué.

Tableau 3.2.26 — Décisions rendues selon la TNC utilisée par le salarié

| TNC | Taux de succès des salariés (décision) | | | |
|-----------------|--|---------------|-------------|------------|
| | Favorable | Partiellement | Défavorable | Total |
| Facebook | 0 (0 %) | 6 (37,5 %) | 10 (62,5 %) | 16 (100 %) |
| Autres | 6 (40 %) | 2 (13,3 %) | 7 (46,7 %) | 15 (100 %) |
| Aucune | 15 (38,5 %) | 6 (15,4 %) | 18 (46,2 %) | 39 (100 %) |
| Total | 21 (30 %) | 14 (20 %) | 35 (50 %) | 70 (100 %) |

²⁴⁷ Dans notre échantillon, 38 des 42 décisions (90,5 %) où nous notons un message à dimension collective ont une présence d'autres considérations dans le raisonnement du décideur et 20 des 28 décisions (71,4 %) à message à dimension individuelle ont une présence d'autres considérations.

Ce qui saute aux yeux de ces résultats c'est l'absence de décisions totalement favorables pour les salariés qui se sont exprimés par l'entremise de Facebook ; l'ensemble des décideurs qui devaient se prononcer sur un litige impliquant ce réseau social a convenu que le salarié a manqué à son obligation de loyauté et que dans une certaine mesure, l'employeur était justifié de sévir envers ceux-ci. Ces chiffres contrastent avec les décisions impliquant d'autres technologies ou médias numériques de communication où 60 % (13,3 % et 46,7 %) des décideurs ont conclu à l'existence d'une conduite déloyale et les décisions n'impliquant pas l'utilisation d'une telle technologie ou d'un tel média où 61,6 % (15,4 % et 46,2 %) des décideurs ont conclu à l'existence d'une conduite déloyale. Force est de constater que les décideurs devant se prononcer sur un litige impliquant l'utilisation de Facebook ont été assez sévères envers le salarié qui s'est exprimé par l'entremise de cette plateforme.

II.2.2 – Bilan

Récapitulons, à ce stade-ci. Les litiges, dans les deux plus récentes périodes ciblées, ont impliqué fortement l'utilisation d'une technologie numérique de communication et la préférée des salariés fut Facebook. Une proportion considérable des salariés ayant utilisé Facebook l'a fait dans une perspective de communiquer une situation d'ordre nettement plus individuel que collectif. Enfin, ces salariés ont, selon les décideurs, en totalité transgressé leur obligation de loyauté, d'une manière ne pouvant pas être justifiée par, notamment, la liberté d'expression (qu'ils ont impliquée davantage dans leurs raisonnements que d'autres décideurs).

Nous pouvons donc observer que l'introduction de Facebook ou, à un moindre degré, des technologies numériques de communication ont significativement influencé la jurisprudence. Les litiges avec la présence de Facebook et les autres présentent-ils des comportements indiscutablement plus déloyaux que les autres litiges ou bien les décideurs sont-ils plus sévères lorsque le « facteur Facebook » entre en jeu ? Nous aurions tendance à croire à l'hypothèse que les comportements des salariés utilisant Facebook pour

s'exprimer publiquement sont indiscutablement plus déloyaux que, par exemple, ceux des salariés ayant utilisé la voie proposée par le journalisme traditionnel pour s'exprimer. D'une part, l'absence de modération : une critique virulente et potentiellement vexatoire aura probablement de fortes chances d'être « filtrée » par le journaliste, alors qu'une critique effectuée par l'entremise d'un réseau social pourra être publiée sur le coup de l'émotion et atteindre librement l'audimat. Que l'employé se rétracte par la suite et efface ses propos publiés sur la plateforme — en considérant que leur suppression totale est une possibilité — n'a que très peu d'effet sur l'aspect déloyal de ceux-ci et à la limite pourrait représenter un facteur atténuant servant à mitiger la mesure disciplinaire qu'imposera l'employeur. D'autre part, il nous semble que les expressions publiques d'ordre collectif ont davantage été perçues par les acteurs (autant les décideurs que les employeurs, les salariés et les syndicats) comme des revendications plus légitimes que leur contrepartie individuelle. Leur représentation importante dans les décisions mettant en œuvre les technologies numériques de communication pourrait expliquer les scores peu favorables envers les salariés dans ces décisions.

II.3 – Troisième question de recherche

Pour notre troisième question de recherche, qui concerne la protection accordée par les paragraphes (7) et (10) à (17) de l'article 122 de la L.n.t. à un salarié qui divulgue un acte répréhensible, nous aborderons les résultats relatifs au raisonnement juridique des décideurs (II.3.1) : l'établissement de la présomption, la détermination d'une autre cause juste et suffisante motivant l'imposition de la mesure disciplinaire et les autres éléments présents dans le raisonnement des décideurs et pouvant intervenir dans l'appréciation des faits ayant mené à l'imposition de la mesure disciplinaire. Ensuite, il sera question des résultats relatifs à la protection offerte au salarié (II.3.2) : les éléments contextuels, les arguments des parties et le taux de succès des parties. Nous terminerons comme les précédentes sections avec un bilan abordant les principaux constats découlant de nos résultats (II.3.3).

II.3.1 – Résultats relatifs au raisonnement juridique

L'établissement de la présomption et la détermination d'une autre cause juste et suffisante

Notre première catégorie de critères d'analyse visait le raisonnement des décideurs concernant l'établissement de la présomption qu'un acte répréhensible a été divulgué par le salarié et qu'une mesure disciplinaire a été imposée par l'employeur en concomitance avec la divulgation et l'analyse d'une autre cause juste et suffisante motivant la mesure disciplinaire. Pour deux des cinq décisions de l'échantillon, la présomption a été reconnue par les décideurs. Dans la décision *Beaulieu*, un technicien en administration au Centre de services partagés du Québec (CSPQ) fut suspendu pour trois jours à la suite d'une divulgation à son syndicat de ce qu'il croyait être une pratique répréhensible de son employeur : la non-application de pénalités à des compagnies de télécommunication lorsque celles-ci ne se conforment pas à leurs obligations contractuelles (par exemple, lorsqu'elles ne transmettent pas un fichier de consommation à la date convenue). Le décideur convient que la présomption voulant que le salarié a été suspendu pour un motif illicite établi par l'article 122 s'applique dans ce litige. C'est aussi le cas de la décision *Gélinas* où un vice-recteur de l'Université du Québec à Trois-Rivières (UQTR) a été congédié pour avoir notamment divulgué des informations confidentielles et effectué de nombreuses sorties médiatiques discréditant l'employeur. À l'inverse, pour les trois décisions de l'affaire *Rochon*, les décideurs n'ont pas jugé que la présomption était établie. Le litige mettait en cause une analyste informatique travaillant à l'Université TÉLUQ (anciennement Télé-Université) qui fut suspendue pendant six mois pour avoir, selon elle, dénoncé son employeur à l'UPAC ou pour, selon son employeur, avoir transmis à 600 usagers sa dénonciation effectuée auprès de l'UPAC, dénonciation qui concernait la présence de contenu restreint par le droit d'auteur qui aurait à ses yeux été plagié par l'employeur. Pour le décideur de première instance, le TAT, c'est la concomitance entre l'exercice protégé et la mesure disciplinaire qui est ici manquante :

La dénonciation d'un acte répréhensible au sens de la Loi concernant la lutte contre la corruption constitue un droit protégé. Toutefois, plus d'une année s'est écoulée entre la dénonciation faite par la plaignante en vertu de cette loi, en juillet 2014, et sa suspension en septembre 2015. Cette période de temps est beaucoup trop longue pour conclure à l'existence d'un lien temporel entre ces deux événements. D'autant plus qu'il n'y a pas d'indice permettant d'établir ce lien. L'employeur savait depuis septembre 2014 que la plaignante avait adressé une dénonciation à l'UPAC et rien ne permet de croire qu'il aurait attendu tout ce temps pour réprimer l'exercice de ce droit.²⁴⁸

L'absence de lien temporel entre les deux événements (la dénonciation et la suspension) est confirmée en révision judiciaire, où le juge de la Cour supérieure cite un passage de la décision *Brabant c. Ville de Gatineau* qui dicte des critères d'appréciation de l'aspect de la concomitance en matière disciplinaire²⁴⁹. Pour les juges de la Cour d'appel, cette fois-ci, il n'est pas non plus question d'une présomption alors qu'ils devaient se prononcer sur cette question : « Est-il correct de ne pas accorder la présomption, lorsque le motif illicite dénoncé dans la plainte selon l'article 122 de la *Loi sur les normes du travail* entache la décision disciplinaire, et que tous les critères de la présomption sont établis à l'exception de la concomitance temporelle ? »²⁵⁰.

Pour la détermination d'une autre cause juste et suffisante, les décideurs des cinq décisions ont tous convenu de son existence dans leurs causes respectives. Dans la décision *Beaulieu*, c'est bien la transmission au syndicat du salarié qui constitue l'autre cause juste

²⁴⁸ Décision *Rochon* du TAT, préc., note 215, p. 10-11

²⁴⁹ *Brabant c. Ville de Gatineau*, 2011 QCCRT 0066 : « En droit du travail, la notion temporelle de la simultanéité est plus extensible que la simple apparition en même temps d'événements ou de faits. Ainsi, un événement qui se produit dans les jours qui suivent l'exercice d'un droit peut être jugé concomitant à l'exercice de ce droit. Qu'en sera-t-il de l'événement qui survient deux semaines plus tard ou bien d'un autre qui arrive dans les mois suivants ? Bien que l'on puisse soutenir que le temps n'a pas de limite, en droit il en a. Habituellement défini en jours ou en années, le temps pour faire reconnaître un droit est normalement déterminé par le législateur. Là où il ne l'a pas fait, il faut établir des balises pour les déterminer. Il en est ainsi pour qualifier la période de temps nécessaire pour conclure à une concomitance entre des événements ou des faits. Cependant, compte tenu de la multitude de situations et de faits, il paraît ardu d'établir des règles strictes de durée de temps maximale entre la survenance de deux événements. On peut certainement conclure que moins il y a d'indices liant ces deux événements plus on s'éloigne de la concomitance ». Cité dans la décision *Rochon* de la Cour supérieure, préc., note 215, p. 9.

²⁵⁰ Décision *Rochon* de la Cour d'appel, préc., note 215, p. 4

et suffisante : manquant à ses obligations de loyauté et de discrétion, « s’il s’était limité à une dénonciation ou une collaboration avec l’UPAC, aucune mesure disciplinaire ne lui aurait été imposée »²⁵¹. Dans la décision *Gélinas*, le décideur qualifie le dénommé Gélinas « d’artisan de son propre malheur » : le harcèlement par courriels et par SMS de ses collègues et la divulgation des clauses d’une entente de type transaction et quittance à des tiers (le salarié était au moment de l’entente en congé de maladie et avait porté des allégations de harcèlement envers la rectrice de l’UQTR) ont été des éléments contributifs au congédiement du travailleur, ces agissements ne pouvant être tempérés par l’état de santé mentale de Gélinas puisque celui-ci n’en a pas fait la preuve²⁵². Dans l’affaire *Rochon*, les décideurs mobilisés ont aussi déterminé que l’envoi de 600 courriels aux usagers de l’Université TÉLUQ, si la présomption avait été établie, consisterait en une autre cause juste et suffisante, et ce, même s’il n’était pas requis que les décideurs se prononcent là-dessus. En somme, comme nous pouvions raisonnablement nous y attendre en matière de l’article 122, les décideurs de ce court échantillon ont appliqué les préceptes de la présomption et de l’autre cause juste et suffisante. Dans l’ensemble de ces cinq décisions, ceux-ci ont considéré la gravité des contraventions à l’obligation de loyauté pour motiver l’imposition d’une mesure disciplinaire, malgré la présomption voulant que les mesures disciplinaires aient pu être imposées pour avoir divulgué un acte répréhensible (du moins, pour deux décisions sur cinq).

Les autres éléments présents dans le raisonnement des décideurs

Dans cet échantillon de décisions relatives à l’article 122 de la L.n.t., il serait pertinent de vérifier si des considérations similaires aux décisions plus générales impliquant la critique ou la dénonciation de l’employeur ont pu être présentes dans leur raisonnement : spécifiquement, les décideurs se sont-ils référés à l’obligation de loyauté, à la liberté d’expression ou à d’autres considérations ? L’examen de notre échantillon nous a permis de constater que les décideurs se sont contentés d’analyser l’article 122 et ont été

²⁵¹ Décision *Beaulieu*, préc., note 39, p. 9. Le juge du TAT paraphrase ici les prétentions de l’employeur.

²⁵² Décision *Gélinas*, préc., note 215, p. 43

plutôt circonspects avec les autres éléments qui pourraient s'appliquer à ce type de litiges. Trois décisions ont mentionné l'obligation de loyauté : ce sont les trois décisions du TAT, les décisions *Beaulieu*, *Gélinas* et *Rochon* du TAT. Dans *Beaulieu*, le décideur affirme que « l'article 27 de la *Loi concernant la lutte contre la corruption* permet au fonctionnaire de faire fi de ses obligations lors d'une dénonciation effectuée en vertu de cette loi » et que l'article 32 de cette même loi interdit l'imposition de mesures disciplinaires contre un salarié ayant effectué une dénonciation ou collaborant à une vérification ou une enquête²⁵³. Cependant, comme il fut relaté précédemment, le décideur a considéré qu'une autre cause juste et suffisante a rendu licite la mesure disciplinaire et que cette autre cause juste et suffisante prenait source dans le comportement déloyal et indiscret du salarié lorsqu'il communiqua des informations confidentielles à son syndicat. Dans *Gélinas*, le décideur a déterminé que le comportement du travailleur était absolument déloyal et ne correspondait pas au niveau de loyauté attendue d'une personne occupant les fonctions de cadre supérieur. Nous pouvons tirer un constat semblable de la décision *Rochon* du TAT où l'envoi des 600 courriels fut jugé déloyal, alors que les suites n'ont pas mentionné explicitement l'obligation de loyauté, la raison pouvant être qu'elles ciblaient des questions de droit plus précises (en l'occurrence, l'établissement de la présomption).

Ce sont des résultats que nous ne trouvons guère peu surprenants en considérant que l'autre cause juste et suffisante devrait normalement s'appuyer sur l'obligation de loyauté dans les litiges qui mettent en scène la dénonciation de l'employeur. Ce qui nous apparaît au contraire assez surprenant, c'est que les décideurs n'ont dans aucune de ces causes, analysé ou même simplement mentionné la liberté d'expression du salarié (les salariés de ces décisions ne l'ont d'ailleurs pas mentionnée non plus). Même si elle revêtait possiblement le rôle d'argument secondaire à celui de l'interdiction de mesure disciplinaire pour motif illicite, la liberté d'expression aurait pu avoir sa place dans l'analyse des faits pertinents à la compréhension du litige et de l'état du droit. Sa non-présence nous semble être matière à discussions futures.

²⁵³ Décision *Beaulieu*, préc., note 39, p. 10

Enfin, d'autres considérations se sont glissées dans le raisonnement du décideur. Dans *Beaulieu*, le décideur s'appuie également sur les articles 5 et 6 de la *Loi sur la fonction publique*²⁵⁴ et sur les articles 3 et 4 du *Règlement sur l'éthique et la discipline dans la fonction publique*²⁵⁵ pour préciser les devoirs de loyauté et de discrétion du fonctionnaire. Nous retrouvons également une analyse de l'article 124 de la L.n.t. dans *Gélinas*, puisque le travailleur avait également utilisé ce recours pour contester sa fin d'emploi. À ce sujet, bien que le TAT s'est interrogé sur son statut de salarié, celui-ci juge tout de même que la plainte en vertu de l'article 124 n'est pas fondée : le non-respect de la politique contre le harcèlement, la divulgation d'informations confidentielles et le reniement de ses engagements ont irrémédiablement rompu le lien de confiance, justifiant ainsi le congédiement²⁵⁶. En somme, nous notons que les décideurs n'ont pas invoqué un large éventail de considérations autres à l'analyse de l'article 122 et l'obligation de loyauté, même si l'échantillon de ces décisions est petit pour en tirer des conclusions générales. Jusqu'à présent, les décisions portant sur ce type de recours se sont limitées à appliquer que les normes juridiques s'opposant directement (la divulgation d'actes répréhensibles et l'obligation de loyauté) sans en faire intervenir d'autres qui peuvent influencer cette opposition.

II.3.2 – Résultats relatifs à la protection offerte au salarié

Les éléments contextuels

En raison du faible échantillon, nous avons regroupé sous la forme d'un tableau l'ensemble des éléments contextuels d'où proviennent les litiges de notre deuxième échantillon (**Tableau 3.2.27**). Ces éléments contextuels sont les mêmes que ceux utilisés dans le premier échantillon.

²⁵⁴ RLRQ, c. F-3.1.1, art. 5 et 6

²⁵⁵ RLRQ, c. F-3.1.1, r. 3, art. 3 et 4

²⁵⁶ Décision *Gélinas*, préc., note 215, p. 47

Tableau 3.2.27 — Éléments contextuels des décisions impliquant l'article 122 de la L.n.t.

| | Éléments contextuels | | |
|----------------------|----------------------|---------------------|------------------|
| Décisions | Secteur d'activité | Représentant syndi. | Technologie num. |
| <i>Beaulieu</i> | Public | Oui | Non |
| <i>Gélinas</i> | Public | Non | Oui |
| <i>Rochon (TAT)</i> | Public | Non | Oui |
| <i>Rochon (C.S.)</i> | Public | Non | Oui |
| <i>Rochon (C.A.)</i> | Public | Non | Oui |

La décision *Beaulieu* se distingue des quatre autres à la fois, car c'est la seule où le salarié occupait des fonctions syndicales et la seule où le salarié n'a pas utilisé une technologie numérique de communication pour effectuer sa dénonciation (ou lors d'autres manquements allégués). Le salarié *Beaulieu* était effectivement délégué de son unité d'accréditation syndicale ainsi que membre d'un comité paritaire de la gestion de la sous-traitance chez son employeur. Pour les décisions *Gélinas* et *Rochon* et ses suites, l'utilisation d'une technologie numérique de communication a été notée dans les faits respectifs menant aux litiges : l'utilisation de courriels et de SMS pour *Gélinas* avec lesquels l'employeur allègue que le travailleur a harcelé ses collègues et l'envoi de 600 courriels de dénonciation à des tiers pour *Rochon* et ses suites.

Les arguments des parties

Toutes ces décisions impliquent une plainte en vertu du paragraphe (7) de l'article 122 de la L.n.t. : nous rappelons que le paragraphe (7) établit que le congédiement et les autres mesures disciplinaires sont des pratiques interdites lorsqu'un salarié effectue une dénonciation « d'un acte répréhensible au sens de la *Loi concernant la lutte contre la corruption* [...], d'un manquement à une loi visée à l'article 7 de la *Loi sur l'encadrement du secteur financier* [...] ou de sa collaboration à une vérification ou à une enquête portant

sur un tel acte ou un tel manquement »²⁵⁷. Ainsi, nous sommes plutôt sûrs que depuis le début de la période cible du 1^{er} septembre 2011 au 27 juin 2021, aucune autre plainte que celles relatives au paragraphe (7) n'a fait l'objet d'une décision par les tribunaux parmi les paragraphes (7) et (10) à (17)²⁵⁸. Mentionnons toutefois que des salariés ont pu plaider d'autres paragraphes de l'article 122 que les paragraphes (7) et (10) à (17) dans des litiges impliquant l'expression publique du salarié en contexte de travail. C'est le cas des décisions *Durocher-Lalonde* et *9096-0469 Québec inc.*²⁵⁹ et *Oukaci et Centre de la petite enfance Les Maisons enjouées*²⁶⁰, présentes dans notre premier échantillon.

Concernant les arguments autres que la plainte en vertu de l'article 122, ils sont le reflet exact de ce que par la suite ont été les raisonnements des décideurs : lorsque les parties ont plaidé par exemple l'obligation de loyauté, le décideur l'a intégré dans son analyse. Ce qui veut dire que les parties n'ont pas plaidé la liberté d'expression du salarié dans ces litiges. Les salariés auraient-ils eu l'intérêt de plaider la liberté d'expression, en considérant les taux de succès plus avantageux de cet argument, selon les résultats du premier échantillon et ceux de *Samson et Brunelle*? Encore une fois, il est difficile d'affirmer une telle chose avec certitude, mais nous voudrions attirer l'attention sur le fait que les affaires *Gélinas* et *Rochon* présentent des caractéristiques communes avec de nombreuses décisions de notre premier échantillon : le salarié s'est exprimé publiquement dans l'optique d'y rejoindre un vaste auditoire (en accordant des entrevues journalistiques dans la première décision et en envoyant massivement des missives électroniques dans la

²⁵⁷ Article 122 L.n.t., par. 7

²⁵⁸ À moins, bien sûr, que des plaintes sur les autres paragraphes n'aient pas été répertoriées dans les banques CanLII et SOQUIJ que nous avons consultées.

²⁵⁹ *Durocher-Lalonde* et *9096-0469 Québec inc.*, 2018 QCTAT 3044. Dans cette brève décision du TAT, la salariée a invoqué le paragraphe (4) de l'article 122 (congédiement pour la raison qu'une salariée est enceinte) après que l'employeur a mis fin à sa période d'essai. L'employeur a plaidé plutôt que c'est l'usurpation de l'identité numérique d'une collègue (son compte Facebook) et ensuite la publication avec cette identité de messages dénigrants envers l'employeur qui ont mené au congédiement, ce que confirme le tribunal.

²⁶⁰ *Oukaci et Centre de la petite enfance Les Maisons enjouées*, 2018 QCTAT 3044. Cette fois-ci, la salariée a plaidé le paragraphe premier de l'article 122 puisqu'elle affirma avoir été congédiée à la suite d'une convalescence pour une intervention chirurgicale. L'employeur alléguait plutôt que c'est une campagne publique de dénigrement qui a entraîné son congédiement, explication aussi retenue par le tribunal. Comme nous pouvons le voir, cette décision ainsi que la précédente s'éloignent assez dans leurs faits de la divulgation d'actes répréhensibles.

seconde). Ils auraient ainsi pu très bien plaider la liberté d'expression en amont de la pratique interdite de l'article 122.

Le taux de succès

Comme nous l'avons possiblement sous-entendu plus tôt dans cette section, aucune décision de ce deuxième échantillon ne fut à l'avantage du salarié. En fait, seul le décideur dans *Lacroix* et *Ville de Chambly*, une décision que nous avons écartée, car elle n'impliquait pas une expression publique d'un salarié, a accueilli la plainte en vertu du paragraphe (7) de l'article 122²⁶¹. Que pouvons-nous comprendre de cela ? Ces résultats préliminaires pourraient suggérer que si le recours en vertu des paragraphes (7) et (10) à (17) d'un salarié qui s'est exprimé publiquement devrait habituellement se conclure par un échec, ce ne serait pas le cas pour le salarié qui ne s'est pas exprimé publiquement. Dans la première situation où le salarié s'est exprimé publiquement, le manquement à l'obligation de loyauté (initié par l'expression publique) s'avère une cause juste et suffisante motivant l'imposition d'une mesure disciplinaire. Puisque le grief et le recours fondé sur l'article 124 de la L.n.t. permettent aux décideurs de rendre des jugements partiellement avantageux en remplaçant une mesure disciplinaire (ou un congédiement pour l'article 124) par une autre plus appropriée, ces avenues conviennent-elles mieux au salarié qui s'est exprimé publiquement, même s'il s'agissait d'une divulgation d'un acte répréhensible au sens de la L.n.t. ? Rappelons que le TAT n'a pas ce pouvoir lorsqu'il entend un recours en matière de pratique interdite. Le TAT ne peut non plus, lors d'un recours en matière de pratique interdite, octroyer une indemnité de fin d'emploi lorsque la réintégration est impossible, ce qui est particulièrement commun à la suite d'une dénonciation d'actes répréhensibles. En effet, le recours de l'article 122 permet uniquement la réintégration ; son manque de popularité pourrait être également expliqué par cette limite.

²⁶¹ *Lacroix* et *Ville de Chambly*, préc., note 216

II.3.3 – Bilan

Les résultats très fragmentaires que nous avons obtenus à l'aide du deuxième échantillon ne favorisent évidemment pas la réalisation d'une analyse approfondie. Néanmoins, nous tenterons de répondre à notre troisième question de recherche et de répondre aux autres questions lui étant associées.

Si nous doutions que le recours à l'encontre d'une pratique interdite soit plus limitatif dans les situations où il s'applique que les autres recours analogues (le grief ou la plainte en vertu de l'article 124 de la L.n.t.), nous pensions que les paragraphes (7) et (10) à (17) de l'article 122 de la L.n.t. permettraient à un nombre considérable de salariés ayant dénoncé publiquement leur employeur de s'en prévaloir. Il faut admettre que très peu de ces salariés ont depuis 2011 (l'année de l'introduction de la première de ces dispositions) choisi cette voie. Bien sûr, bon nombre de salariés s'étant exprimés au travail ne pouvaient recourir à l'article 122 pour faire invalider une mesure disciplinaire. La proportion de 5 décisions comprenant les recours en vertu des paragraphes (7) et (10) à (17) de l'article 122 sur un total de 51 décisions portant sur l'expression publique d'un salarié et rendues entre le 1^{er} septembre 2011 et le 26 juin 2021 (9,8 %) est tout de même étonnante.

Des raisons expliquant cette faible utilisation peuvent-elles être identifiées ? Au risque de nous répéter, nous pensons en premier lieu que les conditions permettant d'exercer le recours à l'encontre d'une pratique interdite pour les salariés dénonciateurs sont trop restreintes pour permettre une utilisation plus vaste de celui-ci. Les expressions publiques qui ne sont pas au sens propre des divulgations d'actes répréhensibles sont disqualifiées automatiquement. C'est le cas de la critique de l'employeur, puisqu'un acte répréhensible n'a pas été perpétré préalablement à l'expression publique. De plus, la divulgation d'un acte répréhensible doit s'effectuer dans le cadre précis d'une des lois visées, ce qui réduit davantage l'accessibilité à ce recours. L'article 122 ne permet pas non plus au décideur d'annuler une mesure disciplinaire et de la remplacer par une mesure disciplinaire moins sévère s'il considère que la mesure disciplinaire initiale était

disproportionnée avec le manquement commis. L'article 122 consiste en un recours selon l'approche « tout ou rien ».

Les décideurs du TAT font-ils référence à des critères utilisés dans le cadre d'autres recours au moment d'évaluer le bien-fondé d'un recours à l'encontre d'une pratique interdite? Il est difficile de statuer en raison du faible échantillon, mais nous avons remarqué que l'ensemble de ces décideurs ont accordé à l'obligation de loyauté une place au niveau de leur raisonnement. Sans qu'il soit explicitement spécifié que l'autre cause juste et suffisante motivant l'imposition d'une mesure disciplinaire malgré la présomption est un manquement à l'obligation de loyauté, les décideurs ont quand même évoqué des manquements usuellement inclus dans la définition d'un manquement à l'obligation de loyauté : dans *Beaulieu*, c'était d'avoir transmis des informations confidentielles au syndicat qui constituait l'autre cause juste et suffisante, alors que dans *Rochon* du TAT, c'est la conduite subséquente au verdict de la plainte transmise par la plaignante (des fausses accusations envers l'employeur par courriels). Pour *Gélinas*, la preuve est plus complexe, mais nous pouvons retenir les sorties médiatiques du plaignant comme l'une des autres causes justes et suffisantes s'inscrivant dans l'obligation de loyauté. Si l'obligation de loyauté s'efface lorsqu'il s'agit de la divulgation proprement dite²⁶², elle est en revanche bien présente lorsqu'il s'agit cette fois de manquements commis parallèlement à cette divulgation. Pour revenir à notre question, les décideurs, selon notre échantillon, semblent accorder une importance à l'obligation de loyauté lors de la détermination d'une autre cause juste et suffisante. Nous n'avons pu vérifier si précisément la dénonciation à l'interne était toujours préalable à la dénonciation externe (même si dans le cas de la dénonciation interne, le décideur devrait techniquement ne pas en tenir compte si nous nous fions aux lois balisant la divulgation d'actes répréhensibles).

²⁶² Cet effacement a été mentionné par les décideurs comme ce passage de la décision *Beaulieu* l'illustre : « Par ailleurs, l'article 27 de la *Loi concernant la lutte contre la corruption* permet au fonctionnaire de faire fi de ses obligations [de loyauté et de discrétion] lors d'une dénonciation effectuée en vertu de cette loi. Puis, à l'instar de l'article 122 de la LNT, son article 32 "interdit d'exercer des mesures de représailles contre une personne qui fait une dénonciation ou contre celle qui collabore à une vérification ou à une enquête concernant un acte répréhensible" ».

Enfin, l'analyse de l'efficacité du recours prévu à l'article 122 passe nécessairement par une comparaison de celui-ci avec les autres recours qui s'offrent, de façon générale, au salarié dénonciateur. À ce sujet, nous avons émis la proposition selon laquelle il serait plus avantageux pour le salarié de se prévaloir d'un recours à l'encontre d'une pratique interdite que de plaider sa liberté d'expression dans le cadre d'un autre recours. Nous ne pouvons évidemment confirmer positivement cette proposition à la lumière des résultats défavorables aux salariés ayant choisi ce recours (rappelons qu'un taux de succès de 55 % est associé au fait de plaider la liberté d'expression pour l'ensemble de l'échantillon). Mais, certaines nuances doivent être apportées. Il nous apparaît qu'un salarié qui se contente de participer à une enquête ou de divulguer des informations dans le cadre des lois visées par l'article 122 sera adéquatement protégé. La protection dont il bénéficie s'avère insuffisante pour tout ce qui dépasse le cadre restreint permis par la loi : c'est le cas d'une transmission d'une information à un tiers (*Beaulieu*), d'une dénonciation publique de l'employeur (*Rochon* du TAT) et d'une entrevue dans les médias traditionnels (*Gélinas*). En considérant que nous nous intéressons particulièrement à la protection de l'employé qui s'exprime publiquement et qui divulgue un acte répréhensible, lorsqu'il s'exprime publiquement, le taux de succès du salarié qui plaide l'atteinte à la liberté d'expression est meilleur que celui qui s'est exprimé publiquement et qui plaide plutôt qu'une pratique interdite a été faite par l'employeur selon les paragraphes (7) et (10) à (17) de l'article 122. Notre proposition s'est révélée inexacte.

CHAPITRE IV – DISCUSSION DES RÉSULTATS

Cet ultime chapitre de notre recherche vise à discuter de la contribution de celle-ci à l'état des connaissances et, plus généralement, aux recherches futures en relations industrielles. Nous l'aborderons à l'aide de trois sections distinctes : les contributions que notre recherche apportera au niveau du droit du travail et des relations industrielles (I) ; les forces et limites que nous avons identifiées à cette recherche (II) ; et les pistes de recherche futures possibles en lien avec elle (III).

I – Contribution à la recherche

Nous devons débiter en rappelant que notre recherche partait d'un point de départ précis : l'étude de Samson et Brunelle que nous avons citée tout au long de ce texte. Le problème résidait dans le fait que cette étude datait quelque peu, que les récentes modifications apportées par le législateur n'y figuraient évidemment pas ainsi que les changements s'étant effectués non seulement dans la jurisprudence, mais aussi dans la société : les interactions au travail, les technologies, la montée de l'individualisme, etc. C'est à ces lacunes précises que nous avons voulu contribuer en nous intéressant à la question du salarié qui s'exprime publiquement à propos de son travail, d'un point de vue jurisprudentiel. Nous avons identifié trois éléments qui méritaient d'être pris en compte au niveau de la recherche, mais qui en étaient absents ou devaient être actualisés : la constitutionnalisation du droit du travail, l'utilisation des technologies numériques de communication et l'introduction des lois encadrant la divulgation d'actes répréhensibles par le législateur québécois. Nous proposons d'aborder ces sujets dans cette section à tour de rôle pour ainsi énoncer comment chacun de ces sujets (que nous considérons comme les plus originaux ou les plus fondamentaux de notre recherche) contribuera à l'avancée des connaissances. Chacun de ces trois sujets sera présenté dans une sous-section qui lui est propre. Ces trois sujets correspondent à nos trois questions de recherche.

L'effet de la constitutionnalisation du droit du travail

Phénomène ayant une incidence sur plusieurs aspects touchant le droit du travail, la constitutionnalisation du droit du travail à laquelle nous avons consacré une partie de notre recherche se limite cependant à la question de l'expression publique du salarié : la critique ou la dénonciation de l'employeur. Nous ne pourrions apporter des considérations plus globales relativement à celle-ci. Ceci étant dit, nous considérons que nous avons pu vérifier efficacement si la constitutionnalisation était toujours en phase avec la jurisprudence récente des quinze dernières années s'appliquant à l'expression publique du salarié. Nous avons remarqué que cette constitutionnalisation du droit du travail n'a pas progressé au point de changer complètement le cadre d'analyse des décideurs lorsqu'ils doivent statuer sur ce type de litiges. Comme nous l'avons évoqué dans le chapitre précédent, ce phénomène n'a pas restructuré l'analyse des décideurs ainsi que l'argumentaire des parties vers des analyses et des argumentaires où nous noterions une utilisation dominante des chartes. Il s'agit toujours de déterminer un équilibre entre la liberté d'expression des salariés et leur obligation de loyauté, des normes se retrouvant pourtant à des échelons différents au niveau de la hiérarchie des sources de droit. La constitutionnalisation pourrait avoir progressé jusqu'à un certain niveau et ensuite être restée stable à celui-ci. Nous prêchons par prudence, mais il nous semble que c'est ce qui dégage des résultats de notre recherche. Rien n'indique que des affirmations différentes, voire contradictoires, aux nôtres pourraient être dites à propos d'une autre facette du droit du travail : par exemple, pour la question de la discrimination à l'embauche, l'observation selon laquelle la progression des chartes aurait atteint un état de stagnation nous apparaît plutôt incongrue. Cette considération, celle où la constitutionnalisation du droit du travail a évolué jusqu'à un certain niveau pour le cas des salariés qui s'expriment publiquement à propos de leur travail, est une des idées principales que nous aimerions que notre recherche ait apportée à l'état des connaissances. Particularismes ou observation applicable à d'autres éléments de la relation d'emploi, nous ne pourrions cependant trancher. Tout porte à croire cependant que le tandem est là pour de bon.

Au sujet de l'étude de Samson et Brunelle et de leurs principales observations, ceux-ci avaient noté que l'effet de constitutionnalisation du droit du travail est plutôt modéré dans les cas où le salarié s'est exprimé publiquement : les décideurs mobilisés sont, pour leurs périodes analysées, assez stricts envers ces salariés. Nos résultats démontrent que généralement ceux-ci se sont « adoucis » comparativement aux décideurs de l'étude de Samson et Brunelle. Bien que dans les décisions avec une utilisation d'une technologie numérique de communication, c'est le constat inverse. Nos résultats démontrent également une utilisation relativement importante de la liberté d'expression des chartes par les parties et les décideurs. L'impact de la présence d'une telle considération constitutionnelle est également à considérer : elle est bien associée à un taux de succès supérieur pour le salarié, mais ce taux n'est que légèrement supérieur à celui associé à son absence. Enfin, le nombre de décisions portant sur l'expression publique du salarié à propos du travail est resté à un niveau similaire à celui de Samson et Brunelle, il se peut cependant qu'une forte majorité de ces litiges survenant en contexte de travail n'aient pas été judiciarisés.

L'effet des technologies numériques de communication

Ce sujet modifie selon nous considérablement le tandem obligation de loyauté et liberté d'expression. Nous notons un « effet Facebook » qui a divisé notre échantillon à deux périodes distinctes sur le plan des caractéristiques ayant mené à des litiges avec approximativement, l'année 2011 comme point où les litiges divergent. Avant 2011, nous notons que les litiges relatifs à la liberté d'expression du salarié et à l'obligation de loyauté avaient comme caractéristique prédominante d'être des litiges ayant pour origine un contexte syndical et dont le média de communication de masse favorisé était le journalisme traditionnel (presse écrite ou télévision) ou des modes d'expression associés avec l'activité syndicale. Les décisions *Poulin* et *Société de transport de Sherbrooke (STS)*²⁶³ (distribution de tracts) et *Petitclerc* et *Société immobilière du Québec*²⁶⁴ (entrevue journalistique) sont des décisions caractéristiques de la première période que nous avons identifiée. La seconde

²⁶³ *Poulin* et *Société de transport de Sherbrooke (STS)*, 2007 QCCRT 0556

²⁶⁴ *Petitclerc* et *Société immobilière du Québec*, 2008 QCCRT 0042

période est plutôt caractérisée par un nombre important de décisions impliquant l’usage des technologies numériques de communication, notamment Facebook qui a atteint son zénith vers cette période. Les litiges qui caractérisent cette seconde période portent sur des expressions publiques de travailleurs sur des situations ayant une dimension individuelle et à l’aide des canaux de communication que permettent les technologies numériques de communication, en particulier les réseaux sociaux. Des décisions caractéristiques de cette période pourraient être *Transport ferroviaire Tshiuetin inc.* et *Syndicat des métallos, section locale 7065-75*²⁶⁵ (Facebook) et *Digital Shape Technologies Inc. c. Mikulec*²⁶⁶ (sites d’évaluation de l’employeur).

Ce changement dans la nature de ces litiges s’est répercuté réciproquement dans l’attitude des décideurs. S’ils manifestaient une certaine complaisance lorsqu’ils devaient déterminer l’existence ou non d’un manquement à l’obligation de loyauté pour des salariés ayant exprimé une revendication syndicale, ils se sont montrés impitoyables lorsque des salariés se sont exprimés sur une base individuelle pour critiquer ou dénoncer publiquement leur employeur à l’aide des technologies numériques de communication. C’est sur cet élément précis que nous voulons attirer l’attention : si les normes entrant en jeu sont essentiellement restées les mêmes durant ces quinze années, les acteurs (et les litiges) ne sont plus les mêmes. Nous voudrions et nous croyons que cet élément complète ce que les travaux antérieurs avaient recensé par rapport à la question du salarié s’exprimant publiquement à propos du travail : ces travaux ne pouvaient prendre en considération un changement technologique qui occasionnerait également des changements dans les mœurs des individus. La question de l’utilisation de ces technologies dans le contexte qui nous intéresse et analysée au niveau de la jurisprudence québécoise est en phase avec les événements médiatiques que nous avons mentionnés en introduction. Avec un nombre croissant de litiges où des travailleurs s’expriment par l’entremise d’une technologie numérique de communication (phénomène qui, selon nous, devrait poursuivre sa progression), les données que nous avons colligées pourraient permettre ultérieurement une

²⁶⁵ *Transport ferroviaire Tshiuetin inc.* et *Syndicat des métallos, section locale 7065-75*, préc., note 232

²⁶⁶ *Digital Shape Technologies Inc. c. Mikulec*, préc., note 222

recherche où elles seront utilisées comme point de départ ou comme élément de comparaison.

L'effet des lois encadrant la divulgation d'actes répréhensibles

Il pourrait être surprenant de considérer les résultats de notre troisième question de recherche comme possiblement contributifs à l'avancement des connaissances. La raison qui explique que nous pensons qu'ils sont pertinents relève justement du fait que cette recherche n'a pas été concluante au niveau de la taille de l'échantillon collecté : nous avons ici un indice que ce nouveau cadre législatif n'a pas été utilisé massivement par les parties et conséquemment par les décideurs, la raison pouvant être les lourdes conditions d'accès à ces recours. Avec une jurisprudence aussi faible numériquement, il est logique que la doctrine n'ait pu faire état de l'impact des lois encadrant la divulgation d'actes répréhensibles. Nous espérons que cette courte recherche exploratoire sera perçue comme une amorce à une étude de plus grande envergure. La question des lanceurs d'alerte sera d'autant plus pertinente puisque ce phénomène devrait selon nous continuer à s'intensifier. Terminons en mentionnant que la présente législature a promis lors de la dernière campagne électorale d'adopter de nouvelles protections pour les travailleurs qui dénoncent leur employeur et qui, au moment d'écrire ces lignes, n'ont pas été réalisées²⁶⁷. Il y a donc matière à de futurs écrits, comme nous en discuterons bientôt.

Plus généralement, nos résultats pour les deux échantillons démontrent que la prise de parole publique dans les milieux de travail (dont la dénonciation) est une réalité bel et bien présente dans la relation d'emploi actuelle et que ces résultats sont cohérents avec les prétentions des auteurs que nous avons cités dans notre premier chapitre. Cet aspect que nous considérons d'une haute importance au sein de notre recherche devrait s'ajouter aux constats similaires déjà présents dans la doctrine.

²⁶⁷ L'engagement avait été réitéré par le premier ministre du Québec à la suite d'excuses qu'il a présentées au lanceur d'alerte Louis Robert.

II – Forces et limites de la recherche

Certains éléments n'ont pu être analysés comme nous le souhaitions, d'autres ont à l'inverse pu être appréhendés avec succès. Nous discuterons donc dans cette section des éléments que nous considérons des forces et des éléments que nous considérons des limites. Ceux-ci peuvent être associés à l'une des trois questions de recherche ou indistinctement aux trois.

D'abord, nous nous attendions à obtenir des résultats aussi clairs et catégoriques en ce qui concerne l'utilisation des technologies numériques de communication par les salariés qui critiquent ou dénoncent leurs employeurs. Nous ne nous attendions cependant pas à ce que cette nouvelle réalité au travail ait autant d'effets sur les décisions rendues. Constaté que les décisions recensées soient traitées différemment selon le canal de communication utilisé par le salarié (traditionnel ou numérique) a permis de détecter des différences intéressantes. Cette recherche a été en mesure de permettre une compréhension plus vaste de l'impact de ces technologies chez les acteurs à la relation d'emploi et chez les décideurs. Notre recherche aura donc la prétention modeste d'avoir pu dresser le portrait de cet aspect pour la période s'étalant de l'année 2006 à 2021.

L'analyse de l'impact de ces technologies de communication de masse se limitait cependant à l'aspect jurisprudentiel. Des questions d'ordre sociologique ne pouvaient être traitées en conséquence du choix de conduire ce type d'analyse. Pourtant, pour tenter de prédire ce phénomène et de voir en quoi consistera son incidence dans les organisations et dans le droit du travail, il aurait fallu considérer ces questions sociologiques dans notre analyse, ce qui était évidemment impossible de faire sans complexifier notre recherche et nous écarter de notre démarche initiale, soit l'analyse jurisprudentielle. C'est ainsi que nos résultats concernent un portrait rétrospectif dudit phénomène (et des autres auxquels nous nous sommes intéressés), alors que ce phénomène est sujet à nombreux changements rapides. L'analyse sociologique aurait permis notamment d'envisager à quoi nous pourrions nous attendre au sujet du salarié qui s'exprime au travail à l'aide d'outils numériques : devrait-il s'exprimer davantage de cette façon dans les années à suivre ? Car,

nous n'avons pu spéculer sur l'évolution du phénomène qu'avec ce qui nous semblait le plus raisonnable et qui provenait des analyses présentes dans notre mémoire. Un constat similaire peut être apporté lorsque nous avons frôlé la question des nouvelles générations, de leur prétendu individualisme se révélant au travail. Des analyses extérieures à l'analyse jurisprudentielle pourraient confirmer, infirmer ou nuancer nos affirmations. L'analyse que nous avons retenue ne pouvait que constater le raisonnement des décideurs, le contexte et les prétentions des parties et lorsque nous voulions interpréter ce que nous avons constaté, au risque de nous répéter, nous avons spéculé. Il s'agit ainsi d'une limite que nous devons mentionner.

Sur le plan de notre analyse, nous avons dans la majorité des cas utilisé le nombre de décisions total de notre échantillon et non le nombre de litiges ou d'affaires différents pour nos résultats. Certains résultats ont donc possiblement présenté des tendances plus accentuées que si nous avions considéré dans notre analyse uniquement les 55 litiges différents, notamment lorsqu'il s'agit des facteurs relatifs aux représentants syndicaux ou à la période. La raison expliquant ce choix de conserver une analyse sur l'ensemble des décisions est que Samson et Brunelle ont aussi décidé de présenter leurs résultats en n'effectuant aucune distinction entre les décisions et les litiges ou affaires différentes. Nous voulions ainsi pouvoir faciliter la comparaison de nos résultats avec les leurs, en utilisant un objet d'analyse commune. Dans un même ordre d'idées, l'utilisation des mots-clés « obligation de loyauté » et « liberté d'expression » ont fait en sorte que nécessairement les décisions trouvées dans les bases de données se rapportaient à l'une ou l'autre (ou les deux) de ces normes. Nous sommes sûrs que notre échantillon est représentatif de l'ensemble des litiges relatifs à l'expression publique du salarié, voir constitue l'essentiel ou la totalité de ces litiges. Mais, nous ne pouvons écarter la possibilité que des décisions où n'interviennent pas l'obligation de loyauté et la liberté d'expression aient pu ne pas être prises en compte. Nous pensons notamment aux expressions publiques en contexte d'activités syndicales où le décideur aurait uniquement interprété et appliqué le Code du travail. Ces décisions auraient incontestablement offert un apport autre et non négligeable à notre étude.

Une dernière limite pourrait résider dans les notions de critique de l'employeur et de dénonciation de l'employeur au niveau de notre premier échantillon. Nous avons combiné les deux notions puisque nous avons considéré qu'il est difficile de distinguer les situations se rapportant à chacune des notions ; souvent, une situation particulière pouvait se confondre dans les deux notions. Il aurait été alors nécessaire que nous décidions arbitrairement à laquelle des notions se rapporte chacun des litiges, comme nous l'avons fait avec la dimension collective et la dimension individuelle d'une prise de parole. Une solution aurait pu consister en l'établissement d'une liste de critères afin de pouvoir départager les deux types d'expression publique. Cependant, à notre connaissance la doctrine et la jurisprudence ont peut-être défini ce qu'est la dénonciation de l'employeur dans le cadre du Code civil, mais n'ont pas défini en contrepartie la critique de l'employeur outre de l'associer ipso facto à un manquement à l'obligation de loyauté. Il aurait été néanmoins pertinent d'effectuer cette distinction, dans le but que le raisonnement des décideurs puisse être analysé pour y repérer potentiellement des différences selon les deux notions.

III – Pistes de recherche futures

Une étude sociologique sur l'utilisation des technologies numériques de communication comme moyen d'expression au travail, tout juste évoquée dans la section consacrée aux forces et limites de notre recherche, constitue une avenue intéressante qui peut venir combler les lacunes que nous avons identifiées : la compréhension des motivations des travailleurs à recourir à un tel mode d'expression, l'intérêt pour ceux-ci de rejoindre un large audimat dans leur extériorisation des problèmes au travail et les différences entre le travailleur type qui s'exprime à l'aide des méthodes traditionnelles et le travailleur qui s'exprime à l'aide de ces nouvelles technologies. Nous pouvons penser également à « l'omerta » décrite par les travailleurs du réseau public de santé : avant que les situations de travail découlant de cette omerta se retrouvent au niveau des tribunaux, il serait utile de s'attarder à cette problématique afin de pouvoir bien la discerner et la comprendre.

Les nouvelles technologies de communication foisonnent de possibilités de recherche au niveau du droit du travail. Nous pouvons penser à la question du télétravail ou de l'intégration du numérique dans les méthodes du travail, petites et grandes révolutions soulevant forcément des enjeux relatifs au droit. Mais, pour ces questions et les nôtres, les technologies numériques étant constamment matière à changements, les résultats sont pour ainsi dire condamnés à une obsolescence après un certain temps, au même titre que les technologies numériques étudiées. Ainsi, à l'instar de notre démarche vis-à-vis de l'étude de Samson et Brunelle, nos résultats pourront être à leur tour comparés ultérieurement et actualisés (à la vitesse à laquelle s'effectue ces changements, il est probable qu'ils devront être vérifiés plus rapidement que sur une période de trente années pour l'étude de Samson et Brunelle ou bien quinze années pour notre étude).

Finalement, davantage de travailleurs devraient avoir eu recours aux lois encadrant la divulgation d'actes répréhensibles durant les années qui suivront. Il serait envisageable que des résultats plus complets puissent être soustraits des éléments d'analyse sur lesquels nous nous sommes penchés. Ce sujet en particulier, les lois encadrant la divulgation d'actes répréhensibles, pourrait faire l'objet d'une étude à ce moment et indépendamment de la question plus générale de l'expression du salarié en contexte de travail. Notons que nous avons également étudié les décisions relevant de ces lois uniquement lorsque le salarié s'est exprimé publiquement. Nous n'avons donc pas étudié l'efficacité des divulgations lorsque le salarié se limite à communiquer avec les autorités compétentes pour recevoir la divulgation, des autorités qui peuvent se retrouver à l'interne ou à l'externe de l'organisation. Ce champ d'analyse est pour l'instant inexploré.

CONCLUSION

Cette recherche s'est intéressée à l'application et l'interprétation de l'obligation de loyauté et de la liberté d'expression par les décideurs canadiens et québécois dans des causes relatives à l'expression publique du salarié en contexte de travail. Nous voulions déterminer quel arbitrage s'effectuait entre ces deux normes et en regard de divers facteurs pouvant influencer le raisonnement des décideurs. Corrélativement, nous nous sommes questionnés sur l'impact que les technologies numériques de communication avaient pu avoir dans ces litiges : le raisonnement des décideurs lorsque les salariés qui ont critiqué ou dénoncé leurs employeurs l'ont fait par le moyen d'une technologie numérique de communication était-il le même que lorsqu'il y a absence de ces technologies ? Enfin, nous ne pouvions omettre l'adoption par le législateur québécois de nouvelles protections accordées aux salariés divulguant des actes répréhensibles commis par l'employeur. Protections accompagnées d'un contexte social d'où émerge le phénomène des lanceurs d'alerte, nous considérons qu'elles étaient susceptibles d'avoir introduit un nouveau paradigme au traditionnel tandem de l'obligation de loyauté et de la liberté d'expression. C'est pourquoi le raisonnement des décideurs mobilisés dans ces décisions et l'efficacité des protections méritaient notre attention.

Notre première question de recherche a donc porté sur l'analyse du raisonnement des décideurs devant se prononcer sur des cas de critique ou de dénonciation de l'employeur. Quelles étaient les sources de droit que ceux-ci ont mobilisées afin d'en arriver à une décision et dans quelle mesure les décisions qu'ils ont prises se sont-elles conclues à l'avantage des salariés ? Nous avons considéré les perspectives offertes par la constitutionnalisation du droit du travail, selon laquelle les décideurs ont dû en principe intégrer de façon progressive et constante les chartes et la liberté d'expression au sein de leur raisonnement, et une étude des juristes Samson et Brunelle effectuée il y a quinze années et portant sensiblement sur le même sujet que le nôtre comme point de départ de notre démarche. Nous avons donc vérifié à l'aide d'un échantillon de 70 décisions trouvées sur les deux principales banques de données juridiques (SOQUIJ et CanLII) le raisonnement de ces décideurs en fonction de divers facteurs dits contextuels : le secteur

d'activité de l'employeur, le statut de représentant syndical du salarié, la période où la décision a été rendue, le type de décideur mobilisé et les arguments des parties. Nous avons observé qu'il existe des différences selon les facteurs, notamment le secteur d'activité où les décideurs se prononçant sur un employeur du secteur privé ont été plus sévères que les autres et le type de décideur où les juges administratifs ont conclu assez catégoriquement en une conduite déloyale du salarié. Corollairement, bien que la présence chez les parties et les décideurs de la liberté d'expression ait augmenté comparativement aux résultats de Samson et Brunelle, le raisonnement dominant reste toujours basé sur l'obligation de loyauté.

Notre deuxième question de recherche consistait ensuite en l'analyse de la question précise de l'utilisation des technologies numériques de communication par le salarié qui s'est exprimé publiquement à propos de son travail. Nous voulions déterminer si cette utilisation a pu influencer elle aussi le raisonnement des décideurs de notre échantillon, selon les mêmes paramètres que les autres facteurs analysés. Nous avons obtenu le résultat que les décisions impliquant l'utilisation d'une technologie numérique de communication, en particulier le réseau social Facebook, sont associées à une présence plus importante de la liberté d'expression dans le raisonnement des décideurs et à des décisions qui ont toutes conclu au manquement à l'obligation de loyauté de la part du salarié. De plus, nous avons remarqué que la nature des messages véhiculés dans les décisions impliquant l'utilisation des technologies numériques de communication avait majoritairement une forte dimension individuelle au salarié, contrairement à des messages impliquant des situations ou des problèmes communs à un groupe de salariés.

Notre dernière question de recherche avait enfin pour sujet les nouvelles protections aux divulgateurs d'actes répréhensibles apportées par le législateur québécois : le raisonnement des décideurs mobilisés et l'efficacité des protections. Un deuxième échantillon de décisions a été constitué. Ces protections ont été très peu utilisées par les salariés dénonciateurs : nous avons répertorié dans les bases de données juridiques seulement 5 décisions portant sur le recours en vertu du paragraphe (7) et des paragraphes (10) à (17) du premier alinéa de l'article 122 de la L.n.t. L'ensemble des décideurs ont

rejeté les plaintes des salariés ayant reçu une mesure disciplinaire après qu'ils ont allégué avoir dénoncé leur employeur. La présomption a été établie dans deux des trois affaires différentes, mais, ultimement, d'autres manquements perpétrés par le salarié dénonciateur ont été retenus par les décideurs comme une autre cause juste et suffisante. Si nous avons remarqué que l'obligation de loyauté n'était effectivement pas présente lorsqu'il s'agissait de déterminer la présomption, elle l'était lorsqu'il s'agissait de déterminer si la mesure disciplinaire était motivée par une autre cause juste et suffisante.

TABLE DE LA LÉGISLATION

Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [1982, R.-U., c. 11)]

Charte de la Ville de Montréal, RLRQ, c. C-11.4

Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C -12

Code civil du Québec, RLRQ, c. CCQ-1991

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46

Code des professions, RLRQ, c. C-26

Code du travail, RLRQ, c. C-27

Dodd–Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (Loi Dodd-Frank), Pub. L. 111–203, 124 Stat. 1376, enacted July 21, 2010

False Claims Act, Pub. L. 111–21, 123 Stat. 1625, enacted May 20, 2009

Loi concernant la lutte contre la corruption, RLRQ, c. L -6.1

Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, 1982, c. 11

Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics, RLRQ, c. D-11.1

Loi instituant le Tribunal administratif du travail, RLRQ, c. T-15.1

Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, RLRQ, c. A-2.1

Loi sur la fonction publique, RLRQ, c. F-3.1.1

Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles, L.C. 2005, c. 46

Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé, RLRQ, c. P-39.1

Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, c. 5

Loi sur la santé et la sécurité au travail, RLRQ, c. S-2.1

Loi sur l'Autorité des marchés publics, RLRQ, c. A-33.2.1

Loi sur le bâtiment, RLRQ, c. B-1.1

Loi sur l'encadrement du secteur financier, RLRQ, c. E-6.1

Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.C. 2003, c. 22

Loi sur l'emploi dans la fonction publique, LRC 1985, c. P-33

Loi sur les cités et villes, RLRQ, c. C-19

Loi sur les normes du travail, RLRQ, c. N-1.1

Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction, RLRQ, c. R-20

Loi sur les services de garde éducatifs à l'enfance, RLRQ, c. S-4.1.1

Loi sur l'éthique et la déontologie en matière municipale, RLRQ, c. E-15.1.0.1

Loi visant à lutter contre la maltraitance envers les aînés et toute autre personne majeure en situation de vulnérabilité, RLRQ, c. L-6.3

Règlement sur l'éthique et la discipline dans la fonction publique, RLRQ, c. F-3.1.1

Sarbanes-Oxley Act of 2002, Pub.L. 107–204, 116 Stat. 745, enacted July 30, 2002

Securities Exchange Act of 1934, Pub. L. 73–291, 48 Stat. 881, enacted June 6, 1934

Whistleblower Protection Act of 1989, Pub.L. 101-12, 103 Stat. 16, enacted April 10, 1989

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

2413-8760 Québec inc. (Maison des Encans de Montréal) c. Forand, D.T.E. 2008T-378, [2008] n° AZ-50486352 (C.S.)

Association professionnelle des ingénieurs du Gouvernement du Québec c. Procureure générale du Québec, 2019 QCCA 1171

Association professionnelle des ingénieurs du gouvernement du Québec et Québec (Gouvernement du) (Direction des relations professionnelles, Conseil du Trésor), 2015 QCCRT 0460

Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng, [1989] 2 R.C.S. 429

Beaulieu et Centre de services partagés du Québec, 2015 QCCRT 0432

Brabant c. Ville de Gatineau, 2011 QCCRT 0066

Canadian Aero Service Limited c. Thomas M. O'Malley, J. M. (George) Zarzycki, James E. Wells et Terra Surveys Limited, [1974] R.C.S. 592

Cégep Garneau et Syndicat du personnel de soutien du Cégep Garneau, 2019 QCTA 292

City of Nanaimo c. International Association of Firefighters, local 905, (2002) 109 L.A.C. (4th) 408 (B.C.)

Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. British Columbia Government and Service Employees' Union (B.C.G.S.E.U.) [1999] 3 R.C.S. 3

Digital Shape Technologies Inc. c. Mikulec, 2020 QCCS 691

Digital Shape Technologies Inc. c. Walker, 2018 QCCS 4374

Douglas Aircraft Co. of Canada c. McConnell, [1980] 1 R.C.S. 245

Durocher-Lalonde et 9096-0469 Québec inc., 2018 QCTAT 3044

Éditions CEC inc. c. Hough, D.T.E. 2008T-810 [2008] n° AZ-50514157 (C.S.)

Émond c. Société des casinos du Québec inc., D.T.E. 2003T-261, [2003] n° AZ-50163267 (C.S.)

Fédération interprofessionnelle de la santé du Québec (SPSSRY) et Centre de santé et de services sociaux Richelieu-Yamaska (Jeannine Lévesque), 2014 QCTA 458

Freetime Omnimedia inc. c. Weekendsk France, 2009 QCCS 24

Ford c. Québec (Procureur général), [1988] 2 R.C.S. 712

Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique, [1985] 2 R.C.S. 455

Gélinas et Université du Québec à Trois-Rivières, 2017 QCTAT 632

Gestion Marie-Lou inc. c. Lapierre, D.T.E. 2003T-864, [2003] n° AZ-5019001 (C.A.)

Groupe Bocenor inc. c. Drolet, D.T.E. 2007T-711, [2007] n° AZ-50441995 (C.S.)

Haydon c. Canada (1ère inst.), [2001] 2 C.F. 82

Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn c. Colombie-Britannique, [2007] 2 R.C.S. 391

Hydro-Québec et Syndicat professionnel des ingénieurs d'Hydro-Québec (SPIHQ), D.T.E. 2012T-195, [2012] n° AZ-50832379 (T.A.)

Improthèque Inc. c. St-Gelais, [1995] n° AZ-95021751 (C.S.)

Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général), [1989] 1 RCS 927

Lacroix et Ville de Chambly, 2019 QCTAT 2208

Langlois et Molson Canada 2005, 2017 QCTAT 1578

Lépine c. Réseau de transport de la Capitale, 2005 QCCRT 0466, [2005] n° AZ-50330303

McDuff-Champoux c. 154205 Canada inc., D.T.E. 2001T-912, [2001] n° AZ-50098501 (C.T.)

MF Composites inc. c. Morin, D.T.E. 2007T-597, [2007] n° AZ-50437613 (C.S.)

Ministre de l'économie, de l'innovation et des exportations et Syndicat des professionnelles et professionnels du Gouvernement du Québec, 2017 QCTA 1011

Osborne c. Canada (Conseil du Trésor), [1991] 2 R.C.S. 69

Oukaci et Centre de la petite enfance Les Maisons enjouées, 2018 QCTAT 3044

Parenteau et Villa du Boisé inc., 2010 QCCRT 0591

Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324, [2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42

Pavillon du Parc inc. c. Syndicats des employées et employés du C.E.V. d'Aylmer (C.S.N.),
D.T.E. 2003T-1190 (T.A.)

Petitclerc et Société immobilière du Québec, 2008 QCCRT 0042

Positron Inc. c. Desrochers, D.T.E. 88T-498, [1988] n° AZ-88021297

Poulin et Société de transport de Sherbrooke (STS), 2007 QCCRT 0556

Pro-quai inc. c. Tanguay, D.T.E. 2006T44, [2006] n° AZ-50346814 (C.A.)

Marcotte c. Ville de Trois-Rivières, 2004 QCCRT 0332

McKinney c. Université de Guelph, [1990] 3 R.C.S. 229

Québec (Procureure générale) c. Commission des relations du travail, Division des relations du travail, 2016 QCCS 5095

R. c. Keegstra, [1996] 1 R.C.S. 458

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103

Re Simon Fraser University and Association of University and College Employees, Local 2
(1985), 18 L.A.C. (3d) 361

Rochon c. Télé-Université, 2019 QCCA 1956

Rochon c. Tribunal administratif du travail, 2017 QCCS 5202

Rochon et Télé-Université, 2016 QCTAT 4389

Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan, [2015] 1 R.C.S. 245

Société canadienne des postes c. Dulude, 2011 QCCS 1970

Société canadienne des postes et Syndicat des travailleuses et travailleurs des postes, [2012] n° AZ-50830487 (T.A.)

Srivastava c. Hindu Mission of Canada (Quebec) Inc., 2001 CanLII 27966 (QC CA)

Stewart c. Conseil du Trésor (Ministère des approvisionnements et services), non rapportée, 12 août 1975

Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec (SFPQ) c. Gouvernement du Québec (Ministère du Développement durable, de l'Environnement et de la Lutte contre les changements climatiques), 2017 QCTA 617

Syndicat de l'enseignement de la région du Fer c. Commission scolaire du Fer, [2003] R.J.D.T. 1898 (T.A.)

Syndicat de l'enseignement de l'Ouest de Montréal et Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys (griefs individuels, Ann Synnett et un autre), D.T.E. 2007T-912, [2007] n° AZ-50454011 (T.A.)

Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 574 (SEPB-CTC-FTQ) et Librairie Renaud-Bray inc., 2017 QCTA 26

Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 574 (SEPB-CTC-FTQ) c. Sylvestre, 2018 QCCS 2987

Syndicat des travailleuses et travailleurs de la santé et des services sociaux de Sept-Îles — CSN et Centre de santé et de services sociaux de Sept-Îles, D.T.E. 2014T-262 (T.A.)

Teamsters Québec, local 106 et Autobus Citadelles (Gatineau), 2017 QCTA 815

Transport ferroviaire Tshiuetin inc. et Syndicat des métallos, section locale 7065-75, 2014 QCTA 723

Trudeau c. Fraternité des policières et policiers de Montréal, 2013 QCCA 2079

Union des facteurs du Canada c. Société canadienne des postes, (1988) 88 CLLC 14,445 [16,064] (C.C.R.T.)

Villa d'Argenteuil 1996 inc. c. Union des employées et des employés de service, section locale 800, D.T.E. 2002T-446 (T.A.)

BIBLIOGRAPHIE

Monographies et ouvrages collectifs

GANSHOF, F., *Qu'est-ce que la féodalité ?*, 5e éd., Paris, Éditions Tallandier, 1982

HÉBERT, F., *Contenu de l'obligation du salarié en vertu du contrat individuel de travail en droit québécois*, mémoire de maîtrise en droit, Université de Montréal, 1994

HÉBERT, F., *L'obligation de loyauté du salarié*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1995

MORIN, F., J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX et J.-P. VILLAGGI, *Le droit de l'emploi au Québec*, 4e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010

Articles de revue et études d'ouvrages collectifs

BCF, « Le contrat de travail » dans Collection de droit 2019-2020, Barreau du Québec, vol. 9, *Droit du travail* (2019), Montréal, Éditions Yvon Blais, EYB2019CDD196, p. 1 (PDF) (La référence)

BERNATCHEZ, S., « La signification du droit à la liberté d'expression au crépuscule de l'idéal », (2012) 53 *C. de D.* 687

BICH, M.-F., « Contrat de travail et Code civil du Québec — Rétrospective, perspectives et expectatives », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail* (1996), t. 78, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 189

BICH, M.-F., « Le contrat de travail », dans *La réforme du Code civil*, vol. 2, textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 741

BIRON, J. et S. ROUSSEAU, « Whistleblowing, dénonciation, divulgation... Vers une meilleure surveillance des sociétés ? » (2012) 91 *R. du B. can.* 657

BONHOMME, R. et S.-P. PAQUETTE, « Existe-t-il vraiment un conflit entre l'obligation de loyauté et l'obligation de divulgation interne et externe en milieu de travail ? » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail (2006)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, EYB2006DEV1167, p. 1 (PDF) (La référence)

BOSSET, P. et M. COUTU, « Acte fondateur ou loi ordinaire ? Le statut de la Charte des droits et libertés de la personne dans l'ordre juridique québécois », (2015) hors-série *R.Q.D.I.* 38

BRUNELLE, C., M. COUTU et G. TRUDEAU, « La constitutionnalisation du droit du travail : un nouveau paradigme », (2007) 48 *C.de D.* 5

BRUNELLE, C. et M. SAMSON, « La liberté d'expression au travail et l'obligation de loyauté du salarié plaident pour un espace critique accru », (2005) 46 *C.de D.* 847

BUSSIÈRES, H., « Exécution du travail avec prudence et diligence, obligation de loyauté et de discrétion en cours et après la fin de l'emploi », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit du travail », *Rapports individuels et collectifs du travail*, fasc. 20, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, par. 6 [à jour au 27 mai 2014]

DUBÉ, L. et G. TRUDEAU, « Les manquements du salarié à son obligation d'honnêteté et de loyauté en jurisprudence arbitrale », dans G. TRUDEAU, G. VALLÉE et D. VEILLEUX (dir.),

Études en droit du travail à la mémoire de Claude D'Aoust, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 51

DUGAS, R., « Divulgence d'actes répréhensibles et protection contre les représailles : les expériences fédérale et québécoise » dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail (2013)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, EYB2013DEV1970, p. 1 (PDF) (La référence).

FOREST, F. et G. LÉVESQUE, « La diffamation et les rapports collectifs de travail : état du droit et discussions quant à la preuve du préjudice et les pouvoirs de réparation des arbitres », *Développements récents en droit du travail (2018)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, EYB2018DEV2590, p. 1 (PDF) (La référence)

GAGNON, P., « Le représentant syndical doit-il être loyal » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail (2002)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, EYB2002DEV616, p. 1 (PDF) (La référence)

GARANT, P., « La liberté politique des fonctionnaires à l'heure de la Charte canadienne ». (1990) 31 *C. de D.* 409

GUAY, H., « Les droits de la personnalité » dans Collection de droit 2019-2020, Barreau du Québec, vol. 3, *Personnes et successions (2019)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, EYB2019CDD107, p. 1 (PDF) (La référence)

KARIM, V., « La règle de la bonne foi prévue dans l'article 1375 du Code civil du Québec : sa portée et les sanctions qui en découlent », (2000) 41 *C. de D.* 435

LACROIX, M., « Une conceptualisation novatrice de la diffamation en droit privé à la lueur de la *Charte des droits et libertés de la personne* et du *Code civil du Québec* », (2015) 93 *R. du B. can.* 676

MASSE, C., « La responsabilité civile », dans *La réforme du Code civil*, vol. 2, textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 235

MORIN, F., « Le devoir de loyauté ! Le salarié serait-il seul à l'assumer ? » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail (2000)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, EYB2000DEV161, p. 1 (PDF) (La référence)

MORIN, J.-Y., « La constitutionnalisation progressive de la *Charte des droits et libertés de la personne* », (1987) 21 *R.J.T.* 25

MORIN, J.-Y., « Une charte des droits de l'homme pour le Québec », (1963) 9 *R.D. McGill* 273

NADEAU, D., « L'arbitrage de griefs : vecteur d'intégration des droits de la personne dans les rapports collectifs du travail », dans Tribunal des droits de la personne et Barreau du Québec (dir.), *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p.153

O'BOMSAWIN, F., « La divulgation d'actes répréhensibles » dans Conférence des arbitres du Québec, *Débats d'actualité*, vol. 2, Montréal, Wilson & Lafleur, 2014, p. 79

SAMSON, M. et C. BRUNELLE, « La liberté d'expression au travail et l'obligation de loyauté du salarié : étude empirique de l'incidence des chartes », (2007) 48 *C. de D.* 281

SASSEVILLE, A. et G. SAMOISSETTE FOURNIER, « L'employé sonneur d'alarme dans la lutte contre la corruption : outil efficace ou obstacle à la gestion des ressources humaines » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail (2017)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, EYB2017DEV2482, p. 1 (PDF) (La référence)

TROTTIER, C., « Le rapport au travail et l'accès à un emploi stable, à temps plein, lié à la formation : Vers l'émergence de nouvelles normes ? », dans G. FOURNIER et B. BOURASSA (dir.), *Les 18 à 30 ans et le marché du travail : Quand la marge devient la norme...*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 2000, p. 35

VALLÉE, G. et D. GESUALDI-FECTEAU, « La constitutionnalisation du droit du travail : une menace ou une opportunité pour les rapports collectifs de travail ? », (2007) 48 *C. de D.* 153

VERGE, P. « La liberté d'expression est-elle en phase avec l'action syndicale ? », (2012) 53 *C. de D.* 813

ANNEXES

Annexe 1

Premier échantillon

Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux (APTS) et Centre de santé et de services sociaux Jardins-Roussillon, D.T.E. 2011T-660, [2011] n° AZ-50786619 (T.A.)

Association of Professors of Bishop's University et Bishop's University, D.T.E. 2007T-783, [2007] n° AZ-50447809 (T.A.)

Association professionnelle des ingénieurs du Gouvernement du Québec c. Procureure générale du Québec, 2019 QCCA 1171

Association professionnelle des ingénieurs du gouvernement du Québec et Québec (Gouvernement du) (Direction des relations professionnelles, Conseil du Trésor), 2015 QCCRT 0460

Bolduc et Collège de Montréal, 2010 QCCRT 0130

Cégep Garneau et Syndicat du personnel de soutien du Cégep Garneau, 2019 QCTA 292

Centre de la petite enfance Allô mon ami et Syndicat de La Nouvelle Union (CSQ), 2015 QCTA 749

Centre intégré de santé et de services sociaux des Laurentides et Syndicat des travailleuses(eurs) du Centre de santé et de services sociaux de Thérèse-de-Blainville, 2017 QCTA 454

Centre intégré universitaire de santé et services sociaux (CIUSSS) Centre-Sud de Île de Montréal c. Fédération interprofessionnelle de la santé du Québec, 2018 CanLII 152972 (QC SAT)

CHSLD Vigi Brossard et Syndicat des salariés du Centre d'hébergement Montérégie (FSSS-CSN), A.A.S. 2007A-97, [2007] n° AZ-50446006 (T.A.)

Collège du Vieux-Montréal et Syndicat des employées et employés du Cégep du Vieux-Montréal, D.T.E. 2009T-527, [2009] n° AZ-50557945 (T.A.)

Desfossés c. Société de transport de Sherbrooke, 2011 QCCA 119

Digital Shape Technologies Inc. c. Mikulec, 2020 QCCS 691

Digital Shape Technologies Inc. c. Walker, 2018 QCCS 4374

Durocher-Lalonde et 9096-0469 Québec inc., 2011 QCCRT 0490

Exeltor inc. et Syndicat national de l'automobile, de l'aérospatiale, du transport et des autres travailleurs du Canada, section locale 956 (TCA), [2008] n° AZ-50520674 (T.A.)

Fédération interprofessionnelle de la santé du Québec (SPSSRY) et Centre de santé et de services sociaux Richelieu-Yamaska, 2014 QCTA 458

Fraternité des policières et policiers de Montréal c. Trudeau, 2013 QCCS 348

Gouvernement du Québec — Direction des relations professionnelles — Conseil du Trésor et Larochelle, 2018 QCTAT 3483

Hydro-Québec et Syndicat professionnel des ingénieurs d'Hydro-Québec (SPIHQ), D.T.E. 2012T-195, [2012] n° AZ-50832379 (T.A.)

Langlois et Molson Canada 2005, 2017 QCTAT 1578

Larochelle et Gouvernement du Québec, Direction des relations professionnelles, Conseil du Trésor, 2018 QCTAT 207

L'Éplatténier et Collège LaSalle inc., 2007 QCCRT 0047

L'Éplatténier et Collège LaSalle inc., 2007 QCCRT 0414

L'Eplatténier c. Commission des relations du travail, 2009 QCCS 2205

Marcotte et Agence du revenu du Québec, 2016 QCTAT 5139

Marcotte et Agence du revenu du Québec, 2017 QCTAT 893

Mathieu et Centre de santé et de services sociaux de Vaudreuil-Soulanges, 2015 QCCRT 0283

Ministre de l'économie, de l'innovation et des exportations et Syndicat des professionnelles et professionnels du Gouvernement du Québec, 2017 QCTA 1011

Oukaci et Centre de la petite enfance Les Maisons enjouées, 2018 QCTAT 3044

Parenteau et Villa du Boisé inc., 2010 QCCRT 0591

Petitclerc et Société immobilière du Québec, 2008 QCCRT 0042

Petitclerc et Société immobilière du Québec, 2008 QCCRT 0302

Petitclerc c. Commission des relations du travail, 2009 QCCS 2687

Poulin et Société de transport de Sherbrooke (STS), 2007 QCCRT 0556

Procureure générale du Québec c. St-Arnaud, 2018 QCCS 537

Québec (Procureure générale) c. Commission des relations du travail, Division des relations du travail, 2016 QCCS 5095

Société canadienne des postes c. Dulude, 2011 QCCS 1970

Société canadienne des postes et Syndicat des travailleuses et travailleurs des postes, [2012] n° AZ-50830487 (T.A.)

Société canadienne des postes et Syndicat des travailleuses et travailleurs des postes, D.T.E. 2010T-663, [2010] n° AZ-50665746 (T.A.)

Société de transport de Sherbrooke c. Commission des relations du travail, 2009 QCCS 600

Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec (SFPQ) et Gouvernement du Québec (Ministère du Développement durable, de l'Environnement et de la Lutte contre les changements climatiques), 2017 QCTA 617

Syndicat de l'enseignement de la Haute-Yamaska et Commission scolaire du Val-des-Cerfs, D.T.E. 2013T-694, [2013] n° AZ-51002104 (T.A.)

Syndicat de l'enseignement de l'Ouest de Montréal et Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys (griefs individuels, Ann Synnett et un autre), D.T.E. 2007T-912, [2007] n° AZ-50454011 (T.A.)

Syndicat de l'enseignement des Deux-Rives et Commission scolaire des Découvreurs, 2018 QCTA 902

Syndicat de l'enseignement des Vieilles-Forges (CSQ) et Commission scolaire du Chemin-du-Roy, D.T.E. 2008T-52, [2007] n° AZ-50461611 (T.A.)

Syndicat démocratique des salarié(e)s de la Résidence St-Jude (CSD) et Résidence St-Jude (9210-9719 Québec inc.), 2018 QCTA 593

Syndicat des chargées et chargés de cours de l'Université de Sherbrooke (SCCCUS) et Université de Sherbrooke, 2018 QCTA 617

Syndicat des chargées et chargés de cours de l'Université du Québec à Montréal (CSN) et Université du Québec à Montréal (UQAM), 2014 QCTA 200

Syndicat des employé-es de la Station Mont-Sainte-Anne (CSN) et Station Mont-Sainte-Anne, 2016 QCTA 686

Syndicat des employées et employés de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000, Syndicat canadien de la fonction publique (FTQ) et Hydro-Québec, D.T.E. 2013T-603, [2013] n° AZ-50994528 (T.A.)

Syndicat des employées et employés du RSSS de la MRC de Maskinongé (FSSS-CSN) et Centre de santé et de services sociaux de Maskinongé, e.v. Résidence Avellin-Dalcourt, [2006] n° AZ-50393942 (T.A.)

Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 574 (SEPB-CTC-FTQ) c. Sylvestre, 2018 QCCS 2987

Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 574 (SEPB-CTC-FTQ) et Librairie Renaud-Bray inc., 2017 QCTA 26

Syndicat des employés municipaux de la Ville de Sorel-Tracy CSN c. Ville de Sorel-Tracy, 2019 QCTA 209

Syndicat des fonctionnaires municipaux de Montréal (SCFP- 429) et Montréal (Ville de), 2014 QCTA 902

Syndicat des infirmières et infirmiers du Nord-Est québécois (SIISNEQ) et CSSS de Jonquière (M.R.), A.A.S. 2009A-38, [2009] n° AZ-50548836 (T.A.)

Syndicat des pompiers et pompières du Québec (SPQ), section locale Granby et Ville de Granby, 2017 QCTA 40

Syndicat des salariés de Structures CPI, Lac St-Jean (CSD) et Structures CPI inc., 2017 QCTA 686

Syndicat des travailleuses et travailleurs de la santé et des services sociaux de Sept-Îles — CSN et Centre de santé et de services sociaux de Sept-Îles, D.T.E. 2014T-262, [2013] n° AZ-51060101 (T.A.)

Syndicat des travailleuses et travailleurs de l'Hôpital Charles-LeMoyne (CSN) et Hôpital Charles-LeMoyne, A.A.S. 2010A-57, [2010] n° AZ-50649023 (T.A.)

Syndicat des travailleuses et travailleurs du CIUSSS Centre-Sud Montréal (Anciennement STT du CSSS Jeanne-Mance) (CSN) et Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux du Centre-Sud-de-l'Île-de-Montréal, 2019 QCTA 288

Syndicat international des travailleurs et travailleuses de la boulangerie, confiserie, tabac et meunerie (SITTBCTM) - section locale 350-T et Hershey Canada inc. (auparavant Allan Candy), 2021 QCTA 109

Syndicat professionnel des scientifiques à pratique exclusive de Montréal et Montréal (Ville de), 2015 QCCRT 0699

Teamsters Québec, local 106 et Autobus Citadelles (Gatineau), 2017 QCTA 815

Transport ferroviaire Tshiuetin inc. et Syndicat des métallos, section locale 7065-75, 2014
QCTA 723

Trudeau c. Fraternité des policières et policiers de Montréal, 2013 QCCA 2079

Unifor, section locale 666 et Niobec inc., 2020 QCTA 570

Union des chauffeurs de camions, hommes d'entrepôt et autres ouvriers Teamsters Québec, section locale 106, FTQ et Autobus Citadelles inc. (Gatineau), D.T.E. 2011T-678, [2011] n° AZ-50788250 (T.A.)

Union des employées et employés de service, section locale 298, FTQ et CHSLD Vigi Dollard-des-Ormeaux, 2015 QCTA 1026

Annexe 2
Deuxième échantillon

Beaulieu et Centre de services partagés du Québec, 2015 QCCRT 0432

Gélinas et Université du Québec à Trois-Rivières, 2017 QCTAT 632

Rochon c. Télé-Université, 2019 QCCA 1956

Rochon c. Tribunal administratif du travail, 2017 QCCS 5202

Rochon et Télé-Université, 2016 QCTAT 4389

Annexe 3
Grille d'analyse A

| IDENTIFICATION | | |
|--------------------------|------------------------------------|--------------|
| NOM DES PARTIES | | |
| RÉFÉRENCE NEUTRE | | |
| INSTANCE | | |
| DATE | | |
| FAITS | | |
| | | |
| ÉLÉMENTS CONTEXTUELS | | COMMENTAIRES |
| SECTEUR D'ACTIVITÉ | PRIVÉ / PUBLIC | |
| REPRÉSENTANT SYNDICAL | OUI / NON | |
| PÉRIODE | 2006-2011 / 2011-2016 / 2016-2021 | |
| TYPE DE DÉCIDEUR | ARBITRE / J. ADM / J. COMMUN | |
| UTILISATION D'UNE TNC | OUI / NON | |
| ARGUMENTS DES PARTIES | | COMMENTAIRES |
| OBLIGATION DE LOYAUTÉ | OUI / NON | |
| LIBERTÉ D'EXPRESSION | OUI / NON | |
| ATTEINTE JUSTIFIÉE | OUI / NON | |
| AUTRES CONSIDÉRATIONS | OUI / NON | |
| RAISONNEMENT DU DÉCIDEUR | | COMMENTAIRES |
| OBLIGATION DE LOYAUTÉ | OUI / NON | |
| LIBERTÉ D'EXPRESSION | OUI / NON | |
| ATTEINTE JUSTIFIÉE | OUI / NON | |
| AUTRES CONSIDÉRATIONS | OUI / NON | |
| SORT DE LA DEMANDE | ACCUEILLIE / REJETÉE / MODIFIÉE | |

Annexe 4
Grille d'analyse B

| IDENTIFICATION | | |
|--------------------------------------|----------------------|--------------|
| NOM DES PARTIES | | |
| RÉFÉRENCE NEUTRE | | |
| INSTANCE | | |
| DATE | | |
| PARAGRAPHE VISÉ DE L'ART. 122 L.N.T. | | |
| FAITS | | |
| | | |
| ÉLÉMENTS CONTEXTUELS | | COMMENTAIRES |
| SECTEUR D'ACTIVITÉ | PRIVÉ / PUBLIC | |
| REPRÉSENTANT SYNDICAL | OUI / NON | |
| UTILISATION D'UNE TNC | OUI / NON | |
| ARGUMENTS DES PARTIES | | COMMENTAIRES |
| ARTICLE 122 | OUI / NON | |
| OBLIGATION DE LOYAUTÉ | OUI / NON | |
| LIBERTÉ D'EXPRESSION | OUI / NON | |
| ATTEINTE JUSTIFIÉE | OUI / NON | |
| AUTRES CONSIDÉRATIONS | OUI / NON | |
| RAISONNEMENT DU DÉCIDEUR | | COMMENTAIRES |
| PRÉSOMPTION | OUI / NON | |
| CAUSE JUSTE ET SUFFISANTE | OUI / NON | |
| OBLIGATION DE LOYAUTÉ | OUI / NON | |
| LIBERTÉ D'EXPRESSION | OUI / NON | |
| ATTEINTE JUSTIFIÉE | OUI / NON | |
| AUTRES CONSIDÉRATIONS | OUI / NON | |
| SORT DE LA DEMANDE | ACCUEILLIE / REJETÉE | |