

DÉJEUNER-CONFÉRENCE

PRINCIPES ET DÉCISIONS RÉCENTES PORTANT SUR LES ACTIVITÉS INCOMPATIBLES AVEC L'EMPLOI

Par
Me Geneviève Dechêne et
Me Geneviève Lapointe

Le 27 avril 2017

- 1. Objectifs de la présentation**
- 2. Rappel des principes applicables**
- 3. Exemples et analyse d'activités incompatibles avec l'emploi**
 - 3.1 Le double emploi**
 - 3.2 Les activités politiques et les opinions exprimées par le salarié**
- 4. Conclusion**

1. OBJECTIFS DE LA PRÉSENTATION

2. RAPPEL DES PRINCIPES APPLICABLES

L'obligation de loyauté

Code civil du Québec, article 2088 :

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.

L'obligation de loyauté

- L'obligation de loyauté varie selon la nature des fonctions et les responsabilités du salarié;
- La présence d'une directive ou politique peut avoir un impact sur la portée de l'obligation;
 - Elle pourrait prévoir que le salarié doive dénoncer les situations potentielles ou réelles de conflit d'intérêts;

La liberté d'expression

Charte des droits et libertés de la personne – article 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.

Charte canadienne des droits et libertés – article 2

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.

La liberté d'expression

R. c. Sharpe, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 21.

« Au nombre des droits les plus fondamentaux que possèdent les Canadiens figurent la liberté d'expression. Celle-ci rend possible notre liberté, notre créativité ainsi que notre démocratie, et ce, en protégeant non seulement l'expression qui est « bonne » et populaire, mais aussi celle qui est impopulaire, voire offensante. Le droit à la liberté d'expression repose sur la conviction que la libre circulation des idées et des images est la meilleure voie vers la vérité, l'épanouissement personnel et la coexistence pacifique dans une société hétérogène composée de personnes dont les croyances divergent et s'opposent. Si nous n'aimons pas une idée ou une image nous sommes libres de nous y opposer ou simplement de nous en détourner. En l'absence de justification constitutionnelle suffisante toutefois, nous ne pouvons empêcher une personne de l'exprimer ou de la présenter, selon le cas. »

Le droit à la vie privée

Charte des droits et libertés de la personne – article 5

Toute personne a droit au respect de sa vie privée.

Code civil du Québec – article 3

Toute personne est titulaire de droits de la personnalité, tels le droit à la vie, à l'inviolabilité et à l'intégrité de sa personne, au respect de son nom, de sa réputation et de sa vie privée.

2. RAPPEL DES PRINCIPES APPLICABLES

L'obligation de loyauté peut justifier de limiter les droits fondamentaux du salarié :

Charte des droits et libertés de la personne, article 9.1

Charte canadienne des droits et libertés, article 1

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, p. 854 :

« Comme la liberté d'expression est protégée par les chartes, elle devrait a priori l'emporter sur l'obligation de loyauté dont l'assise n'est pas de nature constitutionnelle. Pourtant, dans l'évaluation ponctuelle que commandent les conflits entre ces deux valeurs, les tribunaux tendent paradoxalement à donner préséance à l'obligation de loyauté. »

Ainsi, lorsque l'employé exerce une activité incompatible, bien que protégée par la liberté d'expression et/ou son droit à la vie privée, l'employeur peut être justifié d'intervenir en vertu de l'obligation de loyauté du salarié.

3. EXEMPLES ET ANALYSE D'ACTIVITÉS INCOMPATIBLES AVEC L'EMPLOI

Le double emploi

- En principe, l'employé n'a pas d'obligation de divulguer le 2^e emploi qu'il occupe (sous réserve de directive ou autre de l'employeur);
- Par ailleurs, il peut être abusif d'exiger l'exclusivité de service du salarié selon le cas.

Guyline VALLÉE, *Les nouvelles formes d'emploi et le brouillage de la frontière entre la vie de travail et la vie privée : jusqu'où va l'obligation de disponibilité des salariés?*, (2010) 15-2 Lex Electronica, en ligne, p. 29:

« Plusieurs décisions ayant examiné le caractère abusif de clauses établissant des obligations de disponibilité ont fait ressortir leur impact sur la liberté de travail des travailleurs occasionnels, sur appel, temporaires ou à temps partiel. Les clauses qui ont été jugées abusives [...] sont celles qui désavantageaient les travailleurs d'une manière excessive et déraisonnable en ce qu'il leur est impossible d'occuper un autre emploi même si, en vertu de leur contrat de travail, ils ne travaillaient pas à temps plein ou sur une base régulière et ne touchaient pas un revenu suffisant pour vivre. »

Le double emploi

- Le 2^e emploi ne doit toutefois pas être incompatible avec l'emploi du salarié. Cette incompatibilité peut être de deux ordres :
 - De par sa nature :
 - Les situations de conflits d'intérêts;
 - Les situations ayant un impact sur l'image de l'employeur...
 - De par son effet :
 - Les situations ayant un impact sur la prestation de travail de l'employé.

Le double emploi

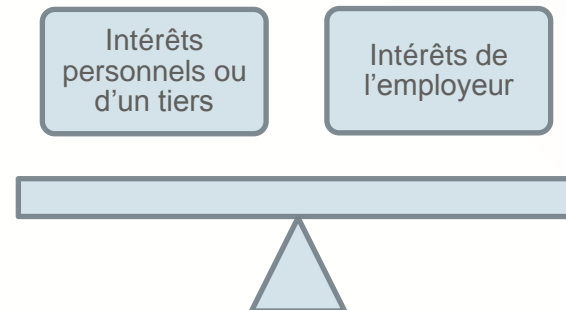
Guylaine VALLÉE, *Les nouvelles formes d'emploi et le brouillage de la frontière entre la vie de travail et la vie privée : jusqu'où va l'obligation de disponibilité des salariés?*, (2010) 15-2 Lex Electronica, en ligne, p. 29:

« [...] En l'absence d'une clause d'exclusivité de service, un employeur ne peut reprocher à un salarié d'occuper un autre emploi, sauf si la prestation de travail du salarié en est *qualitativement et quantitativement* perturbée, ce qui pourrait être le cas d'un salarié qui refuserait de travailler pendant certaines périodes à la demande de l'employeur parce qu'il occupe un autre emploi. »

Le conflit d'intérêts

Fernand MORIN, Jean-Yves BRIÈRE, Dominic RIOUX et Jean-Pierre VILLAGGI,
Le droit de l'emploi au Québec, 4^e éd., 2010, p. 358 :

«Il y aurait un possible conflit quand le salarié se place en situation d'équilibre instable entre la sauvegarde de ses intérêts et les intérêts légitimes de l'employeur. Il se peut que cette situation réelle ou apparente de conflit résulte de faits qui lui sont étrangers ou qu'il n'a nullement recherchés, et de semblables éléments certes être pris en considération à la phase de la recherche d'une solution idoine.»



Le conflit d'intérêts

- Il est préférable de prévoir dans une politique l'obligation de divulguer les conflits d'intérêts.
- Situation potentielle ou réelle de conflit d'intérêts
 - La seule crainte d'un préjudice potentiel est suffisante
- L'analyse du conflit d'intérêts – et incidemment l'importance de divulguer les situations – variera en fonction de la nature des tâches et responsabilités.

Exemple jurisprudentiel : conflit d'intérêts

Syndicat des travailleuses et travailleurs de Distribution Multi-Markes-Laval (CSN) et Boulangerie Canada Bread Limitée, 2013 CanLII 57, M. Jacques Doré, arbitre, le 4 janvier 2013.

Grief contestant une directive de l'employeur interdisant le double emploi si cet emploi :

- Est auprès d'une compagnie rivale/concurrente;
- Place l'employé en situation de conflits d'intérêts ou conflits d'horaire avec l'employeur;
- Affecte le rendement de l'employé.

Syndicat des travailleuses et travailleurs de Distribution Multi-Markets-Laval (CSN) et Boulangerie Canada Bread Limitée.

- Employeur : entreprise œuvrant dans la production et la distribution de pains et autres produits de boulangerie.
- Certains salariés de l'employeur travaillaient chez des compagnies distributrices des produits de l'employeur, ou encore concurrentes.

Syndicat des travailleuses et travailleurs de Distribution Multi-Markes-Laval (CSN) et Boulangerie Canada Bread Limitée.

Les parties posent plus précisément la question suivante à l'arbitre en regard de la politique :

Est-ce que le fait de travailler à «placer du pain» pour un distributeur de l'employeur ou d'un concurrent place un salarié de l'employeur en situation de conflit d'intérêts?

Le placeur de pains est celui qui place le pain dans les étagères, retire et récupère les produits non vendus et fait la présentation des produits en magasin.

Quant au salarié en cause, il est soit classeur (chargé de préparer les commandes) ou expéditeur-receveur (chargé de la réception et de l'expédition des marchandises).

Syndicat des travailleuses et travailleurs de Distribution Multi-Markes-Laval (CSN) et Boulangerie Canada Bread Limitée.

Sur les principes en matière de conflits d'intérêts :

«[87] Une entreprise, c'est un ensemble de personnes et de biens orientés vers une fin commune. Les personnes comprennent les salariés, les cadres, les dirigeants et les actionnaires. Les biens comprennent les biens physiques, édifices, machines, camions, mais aussi la technologie et les connaissances nécessaires au fonctionnement de l'entreprise. L'organisation de l'entreprise faite de politiques et de règles, de savoir-faire et de recettes, d'un nom et d'une réputation fait aussi partie des actifs de l'entreprise.

[88] La loyauté dont le salarié et les dirigeants doivent faire preuve s'exerce à l'endroit de chacun de ces éléments. Elle est nécessaire à la poursuite du but commun. Sans loyauté de la part de ses salariés, l'entreprise ne pourra atteindre les objectifs de dispensation de biens ou de services qui justifient son existence. Une entreprise de distribution de produits de pain comme celle de l'employeur ne saurait prospérer si ses salariés ne collaborent pas dans ce but.»

Syndicat des travailleuses et travailleurs de Distribution Multi-Markets-Laval (CSN) et Boulangerie Canada Bread Limitée.

Sur les principes en matière de conflits d'intérêts :

«[89] C'est dans ce cadre que se situe la notion de conflit d'intérêts. Comme l'écrivent mes collègues dans les décisions citées par les parties (voir l'Annexe), le conflit d'intérêts est d'abord une situation qui survient lorsque la loyauté du salarié risque d'être divisée entre celle qu'il doit à l'entreprise et celle qu'il peut se devoir à lui-même, à sa parentèle ou à une autre entreprise. Comme l'écrivait le regretté Roland Tremblay dans une décision *Ville de Montréal* cité par Me Jean-Louis Dubé (*Service de sécurité de l'Estrie*, voir l'Annexe) : «*La situation de conflit d'intérêts est celle dans laquelle une personne se trouve dans l'obligation ou dans la possibilité d'avoir à choisir entre deux intérêts.*» Un observateur impartial doutera alors que la loyauté du salarié soit nécessairement et toujours toute entière acquise à son employeur.»

Syndicat des travailleuses et travailleurs de Distribution Multi-Markes-Laval (CSN) et Boulangerie Canada Bread Limitée.

La décision :

- Les faits ne permettent pas de conclure qu'un employé classeur « placeur de pain » chez un distributeur est en situation potentielle ou réelle de conflits d'intérêts.
- Toutefois, il faut demeurer prudent!

«[98] [...] Faire tout le travail du distributeur peut placer un salarié de l'employeur en conflit d'intérêts, c'est indéniable. Car le distributeur peut avoir des intérêts contradictoires avec ceux de l'employeur. Le salarié qui accepterait de faire un travail où cette contradiction peut survenir se placerait alors en conflit d'intérêts. [...]»

Syndicat des travailleuses et travailleurs de Distribution Multi-Markes-Laval (CSN) et Boulangerie Canada Bread Limitée.

La décision :

- Pour ce qui est du « placeur de pain » chez un concurrent plutôt qu'un distributeur :

« [99] En revanche, le salarié qui place du pain pour un concurrent de l'employeur se trouve, à mon avis, en situation de conflit d'intérêts. M. Perron a expliqué la concurrence que se livrent les boulangeries industrielles chez nous. Le lieu privilégié de cette concurrence est l'épicier détaillant. C'est là que, par le travail fait notamment par les placeurs de pain de tous bords, s'affrontent les concurrents. Placer du pain pour l'employeur a du sens car le salarié travaille toujours à la même cause, celle de l'employeur. Mais dès qu'il place du pain pour le concurrent, il travaille contre son employeur. Il s'agit donc d'une situation qui le place en conflit d'intérêts et qui justifierait l'employeur de sévir. »

Syndicat des travailleuses et travailleurs de Distribution Multi-Markes-Laval (CSN) et Boulangerie Canada Bread Limitée.

« [100] Le syndicat allègue que les placeurs de pain n'ont aucune marge de manœuvre et feraient un job mécanique. Ce n'est pas ce que j'ai entendu des témoins syndicaux. Ces derniers nous ont décrit un travail requérant de la précision, la connaissance des produits et des règles prévalant dans les épiceries, voire de la créativité, qualités qui sont incompatibles avec un travail robotisé. Je ne crois donc pas que travailler comme placeur de pain pour un distributeur soit un travail mineur. Lorsqu'il le pratique à l'avantage d'un concurrent de l'employeur, le salarié se place en situation de conflit d'intérêts. »

Syndicat des travailleuses et travailleurs de Distribution Multi-Markes-Laval (CSN) et Boulangerie Canada Bread Limitée.

En conclusion :

«[101] Être salarié d'un employeur n'est pas un sacerdoce qui engagerait la personne dans une forme d'exclusivité de service. L'obligation de loyauté qui incombe au salarié le contraint cependant à exercer son jugement suivant les paramètres cités plus haut. Dans notre cas, placer du pain pour l'employeur, s'il ne s'agit que de cette activité, ne crée pas de conflits d'intérêts car le distributeur demeure le bras de l'employeur jusque dans les épiceries. Cependant si un salarié exerçait d'autres tâches chez le distributeur, il lui incombera de s'assurer que ces autres tâches ne le mettent pas en conflit d'intérêts.»

Exemple jurisprudentiel : image de l'employeur

L'affaire *Syndicat Canadien de la Fonction Publique – Section locale 3812 et Sécur inc.*

- Messenger sécuritaire (fonctions de transport d'argent) depuis une quinzaine d'années
- La clientèle qu'il dessert comprend notamment les restaurants, les bars/clubs et les marchés.
- Le salarié avait déjà été suspendu dans le passé, au motif qu'il dansait nu dans les bars. Le salarié s'était engagé à ne plus danser.

Sécur et Syndicat Canadien de la Fonction Publique – Section locale 3812, AZ-02142105 (T.A.), Me Nicolas Cliche, arbitre, le 29 juillet 2002.

- En 2001, le salarié est sous enquête en lien avec une histoire de vol survenu dans un établissement commercial.
- Dans le cadre de l'enquête, le vol est écarté, mais l'employeur apprend que le salarié a repris ses activités de danseur nu. Le salarié est congédié pour cette raison.

Sécur et Syndicat Canadien de la Fonction Publique – Section locale 3812 (2002).

La décision :

- Le congédiement est annulé et l'arbitre y substitue une suspension de 18 mois.
- L'arbitre considère :
 - Ses 16 années d'ancienneté;
 - Son dossier disciplinaire vierge;
 - La qualité de son travail.

Sécur et Syndicat Canadien de la Fonction Publique – Section locale 3812 (2002).

«Le plaignant doit comprendre, une fois pour toute, qu'il ne peut pas danser nu dans les bars pendant tout le temps où il sera à l'emploi de Sécur. L'employeur est justifié d'imposer cette exigence car il n'est pas contredit que les bars de danseurs et danseuses nus sont des endroits hautement criminalisés généralement opérés par le monde interlope.»

«Monsieur Baaklini doit comprendre qu'il travaille pour une entreprise où la confiance doit être sans faille. Sécur est une entreprise qui transporte des titres et des valeurs souvent pour des montants considérables. Sécur opère à l'aide d'employés armés qui manipulent de fortes sommes d'argent. Les clients doivent avoir pleinement confiance dans l'entreprise qui transporte les valeurs.»

«L'arbitre est convaincu que cette fois-ci, Monsieur Baaklini aura compris la leçon. S'il veut occuper un deuxième emploi pour augmenter ses revenus, il devra occuper un deuxième emploi aucunement incompatible avec le travail chez Sécur.»

À la suite de la sentence de 2002 :

- Le salarié a été réintégré
- Il a tout de même continué ses activités de danseur à l'extérieur du travail.
- L'employeur le congédie à nouveau et les parties retournent en arbitrage.

Syndicat Canadien de la Fonction Publique – Section locale 3812 et Sécur inc., 2005 CanLII 25772, Me Marcel Morin, arbitre, le 15 juillet 2005.

Prétentions du Syndicat :

- La sentence de l'arbitre Cliche n'a plus d'effet, car une clause d'amnistie est prévue à la convention collective. Le délai étant dépassé, l'employeur ne peut invoquer la sanction qui en résulte.
- Les activités extérieures du salarié font partie de sa vie privée et il y a atteinte à ce droit fondamental, car ses activités sont exercées à l'extérieur des heures de travail, dans ses temps libres.
- Il n'y a pas chez l'employeur de politique/code de déontologie/règles se rapportant à la situation en cause.

Syndicat Canadien de la Fonction Publique – Section locale 3812 et Sécur inc. (2005).

Prétentions de l'employeur :

- L'employeur vend la sécurité et la confiance à ses clients et les établissements fréquentés par le salarié comme danseur sont pour la grande majorité contrôlés par le crime organisé.
- La sentence de l'arbitre Cliche énonce clairement que la réintégration constituait une dernière chance pour le salarié.
- Le congédiement est justifié en raison notamment de cette dernière sentence qui lui imposait une suspension de 18 mois. De plus, le salarié a tenu des versions contradictoires et mensongères.
- Contrairement aux prétentions du Syndicat, il n'y a aucune atteinte à la vie privée du salarié, car en dansant nu dans un bar, il a renoncé à ce droit et ne peut prétendre avoir une expectative de vie privée.

Syndicat Canadien de la Fonction Publique – Section locale 3812 et Sécur inc. (2005).

La décision :

Le congédiement est confirmé.

L'arbitre s'estime lié par l'affirmation de l'arbitre Cliche suivant laquelle danser nu constitue pour le plaignant une activité incompatible avec ses fonctions. Il mentionne tout de même partager cette conclusion.

Il conclut de plus que la sentence de l'arbitre Cliche comporte un engagement de ne plus danser nu.

Syndicat Canadien de la Fonction Publique – Section locale 3812 et Sécur inc. (2005).

« [55] Comme le soussigné partage également l'opinion qu'un agent de messagerie sécuritaire ne peut danser nu dans des bars et clubs dont la majorité sont contrôlés par le crime organisé, il importe de préciser que l'incompatibilité est une question de fait et qu'en principe une personne peut se livrer à ce type d'activité qui n'est pas illégal en soi pour une personne majeure dans le respect de la loi. Si le plaignant était boucher dans un marché d'alimentation j'aurais beaucoup de difficulté à concevoir pourquoi il ne pourrait exercer ce métier dans ses temps libres. Le droit à la vie privée est un droit fondamental reconnu tant par les deux Chartes que par le Code civil du Québec. Toutefois, ce droit n'est pas absolu comme le fait ressortir la jurisprudence des tribunaux supérieurs. D'autre part, l'existence d'un contrat de travail ne peut permettre d'amoindrir ce droit fondamental à moins que l'employeur y soit justifié par des motifs raisonnables. [...]»

Syndicat Canadien de la Fonction Publique – Section locale 3812 et Sécur inc. (2005).

«[58] [...] Danser nu dans ces établissements crée un lien qu'une personne raisonnablement informée peut considérer préjudiciable à l'employeur sachant les responsabilités confiées à un agent de messagerie sécuritaire. Ainsi, le plaignant a témoigné que dans leurs fonctions des agents de messageries sécuritaires doivent se rendre dans des établissements (bars et clubs) qu'on considère contrôlés par le crime organisé pour aller chercher des sommes d'argent. Est-il possible qu'au hasard des affectations un agent puisse se présenter en uniforme le lendemain de sa prestation sur la scène de ce club? C'est sûrement possible et s'il avait été discret sur son occupation principale, il est fort possible que ce ne soit plus le cas par la suite. Cette information a pu être donnée ou vendue à une personne de l'organisation criminelle qui verrait quel profit tirer de cette information. Il n'est pas nécessaire d'être scénariste de film de série B pour envisager la suite. Je ne dis pas que l'agent va céder à une proposition alléchante qui pourrait lui être faite mais il risque d'en recevoir une. Et c'est ce risque que l'employeur veut avec raison anéantir à la source. »

Syndicat Canadien de la Fonction Publique – Section locale 3812 et Sécur inc. (2005).

« [59] L'imposition d'une sanction disciplinaire tient compte d'une série de facteurs qui sont soit atténuants soit aggravants. Dans le cas en l'espèce, le plaignant savait que cette activité était incompatible avec son emploi d'agent chez Garda et avait vu son congédiement transformé en une longue suspension de dix-huit mois. Un employé ne peut oublier une telle période de sa vie. Mais indépendamment de cette suspension, le fait de récidiver en exerçant une active incompatible en la sachant telle, fait perdre le bénéfice de « l'ignorance » de l'incompatibilité. Et c'est ce qui est le plus grave en l'espèce. [...]»

Constat : peu de décisions récentes...

- Ententes entre les parties
- Plusieurs dossiers souvent médiatisés (affaire *Candy Kiss*, *Samantha*, etc.)

Les activités politiques

- L'expression d'opinions politiques est protégée par la liberté d'expression et commande un haut degré de protection constitutionnelle.

(*Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827, par. 84.)

- Une règle interdisant toute activité politique partisane porte atteinte au droit à la liberté d'expression.

(*Osborne c. Canada*, [1991] 2 R.C.S. 69.)

- De même, une règle interdisant à un employé d'exprimer publiquement certaines de ses opinions, politiques ou autres, peut porter atteinte au droit à la liberté d'expression.

3.2 ACTIVITÉS POLITIQUES ET OPINIONS

- En exprimant ses opinions personnelles publiquement, le salarié doit être prudent. Il ne doit pas engager son employeur sans son consentement.
- Ainsi, l'employeur peut intervenir si la situation peut raisonnablement porter le public à penser que les opinions exprimées par l'employé sont partagées par l'employeur.
- L'analyse des propos tenus doit se faire en fonction de la mission de l'organisme ou la destination/l'objet de l'entreprise.
- Seront notamment pertinents :
 - Le cadre dans lequel l'opinion est exprimée (dans l'exercice des fonctions du salarié ou non, en son nom personnel ou non...)
 - La visibilité et le statut du salarié.

Exemple #1 : opinion exprimée dans le cadre du travail

Société canadienne des postes et Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes, AZ-51022156 (T.A.), Me Harvey Frumkin, arbitre, le 21 novembre 2013.

- Facteur porte le carré rouge sur son uniforme, dans l'exercice de ses fonctions.
- Son employeur lui demande de retirer son carré rouge et l'employé refuse.
- Une politique interdit le port du carré rouge.
- L'employeur impose une suspension d'une journée.

Société canadienne des postes et Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes.

« [31] Le plaignant, comme facteur portant un uniforme dans ses interactions avec le public, véhicule l'image que l'employeur projette auprès du public. En affichant sur cet uniforme un symbole favorable à un point de vue politique sur une question très controversée, il peut fort bien créer la perception que l'employeur qu'il représente est également en faveur de ce point de vue. C'est sans doute ce qui explique que ce dernier a reçu un certain nombre de plaintes de ses clients (qui croyaient que comme institution publique il devait faire preuve de neutralité sur cette question) au sujet du carré rouge porté par le plaignant à ce moment-là.

« [32] [...] Les droits fondamentaux que le plaignant peut revendiquer en vertu de la Charte dans la présente affaire ne l'autorisent pas à donner à penser que l'employeur partage son point de vue ou ses opinions. Selon le tribunal, l'exigence mentionnée dans les causes jugées à laquelle un employeur doit satisfaire pour qu'une restriction imposée au droit à la liberté d'expression soit justifiée est clairement remplie dans la présente cause.»

Société canadienne des postes et Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes.

« [33] À son avis, le tribunal a devant lui le cas évident d'une initiative d'un employé, sous l'apparence d'un droit à la liberté d'expression protégé par la Charte, qui pouvait fort bien avoir pour effet d'associer ses idées et ses opinions concernant une question politique très controversée à celles de son employeur en amenant sa clientèle à penser que l'employeur partage ces idées et opinions. Pour cette raison, la décision de ce dernier d'imposer une mesure disciplinaire était raisonnable et justifiée dans les circonstances, étant donné que le plaignant ne s'est pas conformé à la directive générale de l'employeur concernant le port du carré rouge pendant la livraison du courrier et que par la suite il a refusé d'obéir à un ordre direct de son supérieur l'enjoignant de retirer le carré rouge de son uniforme alors qu'il effectuait sa livraison le 8 juin 2012.»

La sanction est jugée raisonnable et justifiée.

Situation similaire plus récemment...

Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 574 et Librairie Renaud-Bray inc., 2017 CanLII 1695, Me André Sylvestre, arbitre, le 12 janvier 2017.

- Commis à la réception chez Renaud-Bray (visibilité du public), également représentant syndical
- Il participe au mouvement «carré rouge» et porte celui-ci dans l'exercice de ses fonctions, en plus d'écrire sur son blogue à ce sujet.
- L'employeur a reçu une plainte d'une cliente et demande donc au salarié de retirer son carré rouge en lui disant « tu l'enlèves ou tu t'en vas ».
- L'employé refuse de le retirer à maintes reprises et dénonce la demande de l'employeur sur son blogue. Les articles sont largement diffusés.
- L'employeur impose une suspension de 3 jours en raison des propos tenus.

Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 574 et Librairie Renaud-Bray inc.

Sur le droit de l'employeur de demander le retrait du carré rouge, l'arbitre retient:

« [136] [...] De plus, il est clair que le plaignant a rédigé ses textes en réaction au refus de monsieur Beaubien de tenir compte de ses revendications personnelles. Il tenait à porter le carré rouge pour afficher sa solidarité avec le mouvement étudiant qui avait déclenché une grève de longue durée. Pourtant, son patron lui avait fait valoir, lors de leurs nombreux échanges, qu'une entreprise comme Renaud-Bray devait afficher une attitude de neutralité et voulait éviter que son personnel laisse l'impression qu'elle favorisait la contestation étudiante. Mais monsieur Beauregard ne voulait pas en démordre. Comme il l'a exposé dans son témoignage, Renaud-Bray est une entreprise à vocation culturelle et devrait donc, à l'instar du Théâtre d'Aujourd'hui et des Francofolies, permettre le port de cet insigne.

[137] L'arbitre ne peut partager les propositions du plaignant. L'employeur exploite une entreprise commerciale même si elle évolue, comme soulevé dans son communiqué du 18 juin, dans un milieu de culture et d'échange. Au jugement du soussigné, l'employeur était tout à fait justifié d'exiger de ses employés de demeurer neutres lorsqu'ils étaient en fonction. [...]»

Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 574 et Librairie Renaud-Bray inc.

Quant à l'immunité syndicale, le syndicat ne l'invoque pas pour justifier le droit de porter le carré rouge, mais plutôt pour justifier la dénonciation faite par l'employé de la demande de l'employeur sur son blogue :

« [138] Pour tout conclure, le plaignant a avancé qu'à titre de délégué syndical, il bénéficiait d'une immunité relative. La preuve a plutôt révélé qu'il a agi à titre personnel car il n'acceptait pas la directive donnée par monsieur Beaubien de se départir de son carré rouge. [...]»

Exemple #2 : opinion exprimée dans le cadre du travail

Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux et Centre de santé et de services sociaux de Trois-Rivières, Me Carol Jobin, arbitre, le 23 janvier 2009.

- Organisateur communautaire au CSSS.
- Tâches : identifie et analyse les problématiques et les besoins de la population ou de groupes d'un milieu donné, conçoit, coordonne et actualise les programmes, activités et ressources.
- Le salarié participe à un organisme-projet nommé «La Démarche des premiers quartiers» dont le mandat est la mise en place de projets visant à améliorer les conditions de vie dans certains quartiers.
- Le CSSS est un partenaire impliqué dans l'organisme.

Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux et Centre de santé et de services sociaux de Trois-Rivières.

- L'organisme subit un déficit important.
- Le salarié adresse une lettre au Maire de Trois-Rivières au sujet de ce déficit et de l'implication de la Ville au sein de l'organisme. Il la rédige sur le papier entête du CSSS de Trois-Rivières, sans l'accord de l'employeur.
- Le D.G. de la ville répond à l'employeur du salarié.
- L'employeur reproche au salarié d'avoir engagé le CSSS en se servant du papier entête pour faire valoir ses idées au Maire et en signant la lettre à titre d'organisateur communautaire à son emploi.
- Le CSSS a une politique en matière de communication.
- L'employeur impose une suspension disciplinaire de 5 jours.

Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux et Centre de santé et de services sociaux de Trois-Rivières.

« [43] Dans ce dossier où chacun a fait état de ses perceptions, il m'apparaît important de débiter l'analyse en rappelant certains faits et en les situant par rapport aux rôles et/ou statuts des acteurs impliqués :

- a) le Plaignant a bel et bien utilisé du papier à lettre à entête du CSSS et en signant à titre d'organisateur communautaire à l'emploi de l'établissement;
- b) en s'identifiant de la sorte, le Plaignant ne pouvait ignorer qu'il engageait l'image et la responsabilité de son Employeur;
- c) la lettre s'adresse à monsieur Yves Lévesque à titre de maire de la Ville de Trois-Rivières que le Plaignant savait être en partenariat avec le CSSS non seulement dans le cadre de La Démarche mais aussi dans d'autres domaines et dossiers;

[...]

Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux et Centre de santé et de services sociaux de Trois-Rivières :

[...]

d) le rôle du Plaignant à l'intérieur de La Démarche, si important qu'il était, tenait à son statut de représentant du CSSS, un des partenaires de La Démarche;

e) même si le Plaignant a agi exclusivement dans l'intérêt de La Démarche, il reste que cet organisme a ses instances et un coordonnateur;

f) la lettre du Plaignant au maire et, à travers lui, à la Ville constitue une initiative prise hors de la connaissance et sans demande ou mandat des instances et du coordonnateur de La Démarche (témoignage de M. Aubin). »

Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux et Centre de santé et de services sociaux de Trois-Rivières.

« [44] Ces quelques faits démontrent que la lettre ne constitue pas une communication personnelle mais une communication de partenaire à partenaire. L'Employeur a raison de prétendre que l'initiative prise par le Plaignant engageait implicitement le CSSS et qu'en s'adressant pour le compte de La Démarche à une tierce partie, il s'était écarté de sa mission première qui était de supporter La Démarche en tant que représentant du CSSS. »

Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux et Centre de santé et de services sociaux de Trois-Rivières.

« [55] En somme, je retiens de la preuve que les manquements suivants ont été établis : le Plaignant a manqué à ses obligations de loyauté et de civilité et a outrepassé son rôle d'organisateur communautaire en prenant l'initiative d'écrire aux autorités municipales une lettre dénotant un manque de jugement quant à son ton et comportant certaines prétentions et jugements de valeur pouvant raisonnablement être considérés comme sans fondement ou comme manquant de respect et engageant implicitement son Employeur. »

Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux et Centre de santé et de services sociaux de Trois-Rivières.

Toutefois, la sanction est jugée excessive et disproportionnée :

- Circonstances atténuantes :
 - Bonne foi du salarié, sans intention malveillante, dans l'intérêt de l'organisme *La Démarche*;
 - 20 ans d'ancienneté;
 - Dossier disciplinaire vierge
- La suspension est substituée par une réprimande.

Exemple : activités politiques extérieures

Edith Gendron et Conseil du trésor, 2006 CRTFP 27, Sylvie Matteau, arbitre, le 9 mars 2006.

Faits :

- La salariée travaille au ministère du Patrimoine canadien et a pour fonctions d'appliquer un programme visant l'unicité canadienne et la dualité linguistique, en plus de représenter le Ministère dans des négociations en lien avec ce programme.
- L'employeur soutient que les activités exercées par la salariée au sein de l'organisme *Le Québec, un pays!*, à titre de présidente, sont incompatibles avec son emploi, car il y a conflit d'intérêts.
- La salariée est congédiée après que l'employeur lui ait demandé d'abandonner ses activités extérieures et que la salariée n'ait pas obtempéré.

Edith Gendron et Conseil du trésor.

« [127] Quel est donc l'état du droit et de la jurisprudence en regard de ces concepts : le droit à la participation du fonctionnaire à la vie politique du pays et plus précisément les limites permises à la liberté d'expression garantie par la *Charte* par le biais du devoir de loyauté des fonctionnaires, ainsi que des principes du conflit d'intérêts? »

Edith Gendron et Conseil du trésor.

L'arbitre considère que l'acceptation par la fonctionnaire de la présidence de l'organisme constituait une prise de position publique. Or, cet organisme a des visées contraires à celles de l'employeur :

« [164] La jurisprudence a développé un schéma analytique pour déterminer l'existence d'un conflit d'intérêts. D'une part, tel qu'indiqué dans l'arrêt *Threader*, cette détermination doit se faire du point de vue d'un tiers raisonnable et raisonnablement informé et, d'autre part, par un examen de l'impact des activités personnelles du fonctionnaire sur sa capacité d'accomplir ses tâches et sur la crédibilité des programmes ou politiques que met en œuvre le fonctionnaire au nom de l'employeur (*Fraser et Osborne*). »

Edith Gendron et Conseil du trésor.

« [176] Aucun fonctionnaire n'a l'obligation de faire siennes les convictions de l'employeur. Il s'agit d'un choix personnel pour le fonctionnaire d'accepter un poste qui fait évoluer des valeurs et des intérêts « corporatifs » qui peuvent être en contradiction avec ses valeurs et intérêts personnels. Toutefois, un fonctionnaire ne peut, par devoir de loyauté, laisser ses propres actions affecter de façon néfaste l'accomplissement de son travail ou la crédibilité des actions de son employeur, directement ou indirectement, ou créer une telle perception. En effet, selon la convention constitutionnelle reconnue par la Cour suprême du Canada dans les affaires *Fraser* et *Osborne*, un fonctionnaire a le devoir de préserver une perception réelle et apparente d'une fonction publique impartiale et efficace. C'est pour cette raison que des limites légitimes à certaines activités peuvent être imposées aux fonctionnaires, comme à tout autre employé. »

Edith Gendron et Conseil du trésor.

« [179] Par conséquent, la question de savoir si dans les faits la fonctionnaire croit pouvoir exécuter ses fonctions de façon neutre et efficace, n'est pas pertinente. En conclusion, l'employeur était justifié d'être d'avis que les activités extérieures de la fonctionnaire à titre de représentante d'un organisme qui vise la promotion de la souveraineté et ses responsabilités comme fonctionnaire, à titre d'analyste principale au sein du PALO et représentante du ministère à l'égard de ce programme de promotion de l'unité nationale, étaient incompatibles et pouvaient avoir un impact néfaste pour l'employeur. Par ses actions, la fonctionnaire s'est placée dans une situation qui créait une perception raisonnable que ses activités personnelles étaient susceptibles d'affecter la crédibilité des objectifs et programmes pour lesquels elle agit à titre de représentante du PALO et envers lesquels elle a un devoir de loyauté. »

Edith Gendron et Conseil du trésor.

- La mesure est jugée excessive et injustifiée, car elle ne porte pas atteinte de façon minimale au droit à la liberté d'expression de l'employée.
- En effet, l'employeur devait rechercher une solution qui permettrait l'exercice des droits d'expression de la fonctionnaire au sein de l'organisme tout en préservant les intérêts de l'employeur et la crédibilité de son programme. Ainsi, il aurait dû offrir un autre poste, moins visible et moins directement lié à l'objectif d'unité canadienne mis de l'avant par le ministère.

Exemple : candidat politique

L'affaire *Émilie Taman et le Procureur du Canada*

Faits :

- Procureure fédérale au service de la Direction des poursuites réglementaires et économiques et de la gestion (relève du Service des poursuites pénales du Canada).
- Elle s'occupe des poursuites intentées en vertu de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, la *Loi sur les pêches*, la *Loi de l'impôt sur le revenu* et la *Loi sur le lobbying*.
- Elle désire obtenir un congé sans solde afin de se présenter comme candidate à la prochaine élection.

Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, article 114 :

114 (1) Le fonctionnaire désireux d'être choisi, avant ou pendant la période électorale, comme candidat à une élection fédérale, provinciale ou territoriale doit demander et obtenir la permission de la Commission.

(2) Le fonctionnaire qui a été choisi comme candidat à une élection fédérale, provinciale ou territoriale doit, pour la période précédant la période électorale, demander et obtenir la permission de la Commission.

(3) Le fonctionnaire désireux de se porter candidat à une élection fédérale, provinciale ou territoriale doit, pour la période électorale, demander à la Commission et obtenir d'elle un congé sans solde.

(4) La Commission n'accorde la permission aux termes des paragraphes (1) ou (2) que si elle est convaincue que la capacité du fonctionnaire d'exercer ses fonctions de façon politiquement impartiale ne sera pas atteinte ou ne semblera pas être atteinte.

(5) La Commission n'accorde le congé aux termes du paragraphe (3) que si elle est convaincue que le fait pour le fonctionnaire d'être candidat pendant la période électorale ne portera pas atteinte ou ne semblera pas porter atteinte à sa capacité d'exercer ses fonctions de façon politiquement impartiale.

(6) Pour prendre sa décision, la Commission peut tenir compte notamment de la nature des fonctions du fonctionnaire, du niveau et de la visibilité de son poste et de la nature de l'élection.

3.2 ACTIVITÉS POLITIQUES ET OPINIONS

- L'employeur refuse, car il est d'avis que « le fait de briguer l'investiture d'un parti politique dénote une forte allégeance envers le parti et son programme. On pourrait croire que cette allégeance mine la capacité de Mme Taman d'exercer ses fonctions relatives aux poursuites de manière indépendante, en particulier dans les dossiers à caractère politique [...]».
- La Commission de la fonction publique donne raison à l'employeur et rejette la demande de Mme Taman.

Émilie Taman et le Procureur du Canada, décision rendue par la Commission de la fonction publique le 16 décembre 2014.

- La Commission craint que la capacité de Mme Taman d'exercer ses fonctions de façon politiquement impartiale puisse être atteinte ou semble atteinte.
- Facteurs considérés :
 - La nature de ses fonctions;
 - La visibilité et la publicité liée à son désir de se porter candidate;
 - Une allégeance à un parti pourrait miner l'indépendance des fonctions de son bureau en matière de poursuite.

- Mme Taman conteste la décision devant la Cour fédérale.

Émilie Taman et le Procureur du Canada, 2015 CF 1155, juge Kane, le 13 octobre 2015.

La Cour fédérale rejette la demande de contrôle judiciaire.

« [164] La question ultime consiste à savoir si la décision de la Commission protège le plus possible les droits que la Charte garantit à la demanderesse ou, en d'autres termes, si elle les restreint le moins possible, eu égard aux objectifs prévus par la loi. En l'espèce, il était impossible de protéger entièrement le droit de la demanderesse à la liberté d'expression et celui de se livrer à des activités politiques ou de se porter candidate à une élection, tout en lui permettant de conserver son poste et de le réintégrer après l'élection, en cas d'échec de sa part. Il ne lui est pas interdit de poursuivre ses droits, mais le coût d'une telle option est la perte de son poste en tant que procureure et fonctionnaire au sein de la fonction publique fédérale. »

***Émilie Taman et le Procureur du Canada*, 2015 CF 1155 .**

La décision de la Cour fédérale :

« [165] [...] La Commission s'est dite non convaincue que la mise en candidature de la demanderesse ne porterait pas atteinte ou ne semblerait pas porter atteinte à sa capacité d'exercer ses fonctions d'une manière politiquement impartiale, soit avant l'élection, soit après son retour au travail. L'analyse de la Commission reflète, dans une grande mesure, les conseils donnés aux décideurs dans l'arrêt Doré. »

« [166] La décision de la Commission est le fruit d'une mise en balance proportionnée, et elle est de ce fait raisonnable. »

Émilie Taman et le Procureur du Canada, 2017 CAF 1, les Juges Nadon, Pelletier et Scott, le 6 janvier 2017.

La décision de la Cour d'appel fédérale :

« [35] J'ai l'impression que l'analyse de la Commission a consisté à mettre en équation, d'une part, l'autonomie, le pouvoir discrétionnaire et la visibilité et, d'autre part, l'atteinte à la capacité de M^{me} Taman d'exercer ses fonctions de façon politiquement impartiale. La Commission semble également avoir admis sans réserve la prétention du DPP selon laquelle la candidature d'une procureure et l'allégeance importante à un parti politique et à son programme que dénote cette candidature minent l'indépendance du Bureau. »

« [36] Je ne dis pas qu'il est impossible que ces conclusions puissent finir par être jugées raisonnables. Je dis seulement que la Commission ne les a pas justifiées. Elle semble avoir fondé son raisonnement sur des liens de causalité qui lui paraissaient évidents. »

Émilie Taman et le Procureur du Canada, 2017 CAF 1.

La décision de la Cour d'appel fédérale :

« [41] Cela dit, comment son affiliation politique, dorénavant connue publiquement, influencerait-elle sur la perception quant à sa capacité d'exécuter ses fonctions de façon politiquement impartiale? Il importe d'opérer une distinction entre une affiliation politique connue et une activité politique en milieu de travail. Il faut présumer que Mme Taman s'abstiendrait de toute activité politique au travail, de sorte que la seule cause d'apparence de partialité dans l'exercice de ses fonctions constituerait son affiliation politique connue. La question que devait se poser la Commission était celle de savoir si le fait que l'affiliation politique d'une fonctionnaire devienne notoire constitue en soi un motif suffisant pour refuser à celle-ci la permission de briguer une charge électorale. »

[...]

Émilie Taman et le Procureur du Canada, 2017 CAF 1.

La décision de la Cour d'appel fédérale :

« [45] Malgré la haute estime que j'ai pour l'opinion du DPP, un fonctionnaire respecté, il n'est pas évident que la candidature de Mme Taman aurait soulevé la question de l'indépendance de la poursuite dans le sens évoqué précédemment. La question que la Commission devait examiner concernait, non pas l'indépendance de la poursuite, mais sa partisanerie. Quelle était la probabilité que Mme Taman, après avoir brigué en vain une charge électorale, adopte une conduite qui serait empreinte de partisanerie politique ou qui prêterait le flanc à des allégations de partisanerie politique? »

Émilie Taman et le Procureur du Canada, 2017 CAF 1.

La décision de la Cour d'appel fédérale :

« [47] En résumé, la Commission n'a pas justifié son refus d'accorder la permission à M^{me} Taman de briguer une charge électorale. Elle a évoqué les facteurs énumérés à la LEFP sans démontrer comment ces facteurs étayaient sa conclusion. La Commission n'a pas fait de distinction entre une atteinte réelle à la capacité de M^{me} Taman d'exercer ses fonctions de façon politiquement impartiale et une apparence d'atteinte. Si ces omissions révèlent une lacune dans l'élaboration des motifs de la Commission, elles laissent également paraître des erreurs de raisonnement qui rendent la décision déraisonnable. Autrement dit, la décision est lacunaire sur les plans de la justification, de la transparence et de l'intelligibilité. »

Incidences de clauses prévues à la convention collective qui prévoient des congés pour accomplir une charge publique?

4. CONCLUSION

4. CONCLUSION

- Droits fondamentaux : sujet sensible, mais l'obligation de loyauté demeure.
- Chaque situation doit être évaluée et toutes les circonstances doivent être prises en compte.
- L'existence d'une politique est un atout important.