

## EYB 2019-319753 – Résumé

### Cour d'appel

*Syndicat des travailleurs et travailleuses du CSSS Vallée-de-la-Gatineau (CSN) c.  
Centre de santé et de services sociaux de la Vallée-de-la-Gatineau*  
[500-09-026106-161](#) (approx. 27 page(s))  
3 octobre 2019

### Décideur(s)

Doyon, François  
Savard, Manon  
Rancourt, Jocelyn F.

### Type d'action

APPEL d'un jugement de la Cour supérieure ayant accueilli un pourvoi en contrôle judiciaire. REJETÉ, avec dissidence.

### Indexation

TRAVAIL; *CODE DU TRAVAIL*; ARBITRAGE DE GRIEFS; ADMISSIBILITÉ DE LA PREUVE; DROITS ET LIBERTÉS; *CHARTRE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE*; DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE; PREUVE CIVILE; RECEVABILITÉ; PREUVE OBTENUE ILLÉGALEMENT; VIOLATION D'UN DROIT FONDAMENTAL; bande vidéo; filature d'une salariée en invalidité; preuve jugée inadmissible par l'arbitre; ADMINISTRATIF; CONTRÔLE JUDICIAIRE; APPEL; NORME DE CONTRÔLE; erreur de la Cour supérieure; norme de contrôle applicable étant celle de la décision raisonnable; erreur non déterminante; décision arbitrale déraisonnable quant au second volet de l'analyse; dissidence;

### Résumé

Le juge **Rancourt, dissident**. Dans le cadre d'un grief contestant un congédiement, l'employeur a voulu déposer la bande vidéo recueillie lors de la filature de la salariée, mais l'arbitre a conclu que cette preuve était inadmissible. Sur le fond, il a conclu que l'absence au travail de la salariée était médicalement justifiée et que l'employeur n'avait pas établi qu'elle avait menti sur son état de santé dans le but de bénéficier sans droit de prestations d'assurance salaire. La Cour supérieure a annulé cette décision et a retourné le dossier à l'arbitre en lui ordonnant d'admettre en preuve la bande vidéo. L'appel doit être accueilli.

C'est à tort que la juge de première instance a appliqué la norme de la décision correcte. La question de savoir si un employeur était fondé à entreprendre une filature des activités de son salarié est au coeur de la compétence de l'arbitre de griefs et fait partie de son champ d'expertise. Le fait que, pour trancher cette question, l'arbitre doive

appliquer l'art. 5 de la Charte québécoise et l'art. 2858 C.c.Q. ne change pas ce fait. C'est la norme de la décision raisonnable qu'il fallait appliquer.

L'arbitre conclut que l'employeur possédait un motif rationnel pour faire suivre la salariée et que la surveillance a été conduite par des moyens raisonnables. Par contre, après avoir analysé l'ensemble de la preuve, il estime que l'employeur n'avait pas de motif raisonnable pour entreprendre la filature. Appliquant les enseignements de l'arrêt *Bridgestone*, il conclut à l'absence d'une convergence de faits permettant à l'employeur de raisonnablement croire à une fraude ou à un comportement reprochable de la salariée. Il met sérieusement en doute les observations du médecin de l'employeur, qui est celui qui avait recommandé la filature à la suite de l'examen de septembre 2010. Il s'étonne que le médecin ait pu évaluer le mouvement d'abduction de la salariée avec autant de précision à partir du rétroviseur de sa voiture. Il ajoute que, après avoir lu ses rapports et les notes sténographiques de son interrogatoire, il en arrive à la conclusion que le médecin avait vraisemblablement un préjugé défavorable envers la salariée avant même de la rencontrer. L'arbitre fait grand cas du fait que, au terme d'un examen qu'il avait fait un mois plus tôt, le médecin avait recommandé le retour au travail allégé de la salariée, une recommandation que non seulement l'employeur n'a pas suivie, mais qui n'a même pas été communiquée à la salariée. En somme, il conclut que l'employeur ne disposait d'aucun motif raisonnable lui permettant de mettre en doute l'honnêteté de la salariée et que, faute d'un tel motif, il ne pouvait entreprendre la filature des activités de celle-ci. Son processus décisionnel est intelligible et sa décision sur ce point répond aux attributs de la raisonabilité.

L'arbitre n'a pas non plus commis d'erreur révisable en déterminant ensuite que la preuve de l'employeur était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Il estime que la motivation de l'employeur était de vouloir « court-circuiter un arbitrage médical toujours possible, dans l'espoir sans doute de prendre son employée en défaut ». Il insiste sur le fait que l'employeur avait à sa disposition d'autres moyens moins attentatoires que celui de filer sa salariée, dont celui de l'informer des conclusions du médecin au terme de l'examen médical effectué en août et de lui demander de revenir au travail. Cette conclusion est parfaitement raisonnable. En effet, il est tout à fait indiqué d'exiger d'un employeur qu'il informe son salarié des conclusions de son médecin désigné sur sa capacité à accomplir ses tâches et qu'il invite ce salarié à reprendre ses activités professionnelles *avant* d'entreprendre une filature de ses activités de la vie quotidienne. Dans ces circonstances, la décision de l'arbitre d'exclure la preuve participe d'une démarche rationnelle et fait certainement partie des issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. Ses motifs quant au fond du grief sont également limpides et étayés par la preuve.

Les juges **Doyon** et **Savard**. La juge de première instance a effectivement appliqué la mauvaise norme de contrôle. Cependant, cette erreur n'a aucun impact et l'appel doit être rejeté.

Comme le prévoit l'art. 2858 C.c.Q., pour déterminer si un élément de preuve doit être rejeté lorsque les droits fondamentaux sont en jeu, l'analyse est en deux temps : il faut d'abord décider si l'élément a été obtenu dans des conditions qui portent atteinte aux droits et libertés fondamentaux, puis déterminer ensuite si son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Ce n'est pas un choix : le décideur doit conclure que ces deux critères sont remplis. Un décideur qui passe outre à cette exigence et qui ne procède qu'à l'une ou l'autre des deux facettes de l'analyse ne respecte pas une règle impérative et sa décision ne peut être qualifiée de raisonnable. Cette question se pose dans le présent dossier.

En ce qui a trait au premier volet de l'analyse, le juge Rancourt estime que la décision de l'arbitre est raisonnable. Les soussignés sont loin d'en être convaincus. L'analyse de l'arbitre porte essentiellement sur les rapports du médecin de l'employeur, sur sa conduite et sa crédibilité. Ainsi, sa conclusion selon laquelle l'employeur ne possédait pas de motifs raisonnables d'entreprendre la filature se fonde en grande partie sur la décision de l'employeur de croire son médecin. Or, rien ne permettait à l'employeur de douter des conclusions de son médecin. Précisons que, dans son rapport de septembre, le médecin fait plus que rapporter l'incident du stationnement ; il précise que son examen *objectif* est incompatible avec les plaintes subjectives de la salariée. Quant au préjugé défavorable, il était tout à fait raisonnable pour l'employeur, tout comme pour son médecin, de prendre en considération le fait que la salariée avait fait de fausses représentations sur son état de santé en 2009. En fait, l'arbitre dénature en partie la preuve émanant du médecin, qui dit avoir constaté en septembre des discordances importantes entre les limitations physiques et les symptômes mentionnés par la salariée, ce qui le mène à croire qu'elle limite volontairement ses mouvements et exagère ses symptômes. Le médecin refuse d'approuver le diagnostic de capsulite dès le 6 août et il fait état d'incompatibilité entre les douleurs décrites par la salariée et les résultats des examens auxquels il s'est livré. Ne reste donc que son absence de crédibilité. Or, à moins d'une démonstration que l'employeur devait en venir lui aussi à la conclusion que son médecin n'était pas crédible, il est difficile de voir comment on peut retenir ce constat de fait pour conclure à l'absence de motifs raisonnables chez l'employeur. Il est vrai que l'arbitre mentionne qu'il considère aussi que l'employeur avait d'autres options avant d'entreprendre la filature. Cependant, son raisonnement est essentiellement le suivant : comme le droit à la vie privée de la salariée a été enfreint, la filature ayant eu lieu sans motifs raisonnables, mais plutôt sur la base d'impressions, l'arbitre ne se croit pas autorisé à admettre la preuve. Or, cette analyse est contraire à la règle de droit édictée à l'art. 2858 C.c.Q. L'arbitre limite son examen au premier volet de l'analyse, sans aborder de quelque manière le second. Selon lui, dès que les droits fondamentaux sont enfreints, l'élément de preuve doit être exclu. Ce n'est pas l'état du droit. Il fallait appliquer le test de la proportionnalité et considérer la gravité de la violation aux droits fondamentaux, tant en raison de sa nature, de son objet, de la motivation et de l'intérêt juridique de l'auteur de la contravention que des modalités de

sa réalisation pour savoir s'il est « inacceptable qu'une cour de justice autorise la partie qui l'a obtenue de s'en servir pour faire valoir ses intérêts privés ». De plus, la recherche de la vérité doit l'emporter si les circonstances ne sont « ni suffisamment graves ni suffisamment exceptionnelles pour que l'on déroge à la règle voulant que toute preuve pertinente soit en principe recevable ». Bref, l'arbitre se méprend sur l'analyse que dicte l'art. 2858 à l'égard du second volet. Le seul motif invoqué ici pour exclure la preuve vidéo est contraire à la règle de droit. Or, en pareilles circonstances, la déférence ne peut prévaloir. On ne peut donc, comme le suggère le juge Rancourt, accorder ici de l'importance à ce qui pourrait être implicite ou, encore, considérer le dossier dans son ensemble pour apprécier le caractère raisonnable du résultat. Ajoutons que, même en faisant cet exercice, on ne pourrait conclure au caractère raisonnable de la conclusion de l'arbitre.

### Décision(s) antérieure(s)

- C.S. Gatineau, no 550-17-007014-135, 27 avril 2016, j. Carole Therrien, [EYB 2016-265065](#)

### Jurisprudence citée

1. *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, [2013] 2 R.C.S. 559, 2013 CSC 36, [EYB 2013-223432](#), 2013 CSC 36, J.E. 2013-1121
2. *Amzallag c. Ville de Sainte-Agathe-des-Monts*, [EYB 2018-301931](#), 2018 QCCA 1439 (C.A.)
3. *Amzallag c. Ville de Sainte-Agathe-des-Monts*, C.S.C., no 38536, 4 juillet 2019
4. *Bellefeuille c. Morisset*, [EYB 2007-117913](#), [2007] R.J.D.T. 365, [2007] R.J.Q. 796, 2007 QCCA 535, J.E. 2007-899 (C.A.)
5. *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, [2018] 2 R.C.S. 230, 2018 CSC 31, [EYB 2018-295338](#)
6. *Commission scolaire Kativik c. Association des employés du Nord québécois*, [EYB 2019-312135](#), 2019 QCCA 961 (C.A.)
7. *Doré c. Barreau du Québec*, [2012] 1 R.C.S. 395, 2012 CSC 12, [EYB 2012-203967](#), J.E. 2012-672
8. *Droit de la famille - 182568*, [EYB 2018-305079](#), 2018 QCCS 5311 (C.S.)
9. *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, 2008 CSC 9, [EYB 2008-130674](#), J.E. 2008-547
10. *Forages CCL 1993 inc. (Les) et Dumont*, T.A.T., no 604478-01A-1604, 16 mars 2017, 2017 QCTAT 1358
11. *Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis inc.*, [2007] 1 R.C.S. 591, 2007 CSC 14, [EYB 2007-116734](#), J.E. 2007-618

12. *Maison St-Patrice inc. et Cusson*, [EYB 2016-264422](#), 2016 QCTAT 482 (T.A.T.)
13. *Mascouche (Ville) c. Houle*, [REJB 1999-13538](#), 1999 CanLII 13256, [1999] R.J.Q. 1894, J.E. 99-1554 (C.A.)
14. *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, [2011] 3 R.C.S. 708, 2011 CSC 62, [EYB 2011-199662](#), J.E. 2012-46
15. *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, [2011] 3 R.C.S. 616, 2011 CSC 59, [EYB 2011-198928](#), J.E. 2011-2079
16. *Syndicat des travailleurs (euses) de Bridgestone Firestone de Joliette c. Trudeau*, [REJB 1999-14156](#), [1999] R.J.Q. 2229, [1999] R.J.D.T. 1075, J.E. 99-1786 (C.A.)
17. *Syndicat des chauffeurs d'autobus, opérateurs de métro et employés des services connexes au transport de la STM, section locale 1983 (SCFP) et Société de transport de Montréal*, T.A., 27 avril 2012, arb. Faucher, 2012 CanLII 105264
18. *Syndicat des employés de magasins et de bureaux de la Société des alcools du Québec (CSN) et Société des alcools du Québec (SAQ)*, [EYB 2018-302265](#), SA 18-06025, 2018 QCTA 308 (T.A.)
19. *Syndicat des employées et employés de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP/FTQ) et Hydro-Québec*, T.A., 29 juin 2005, arb. Tremblay, D.T.E. 2005T-881
20. *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 574, SEPB, CTC-FTQ c. Groupe Pages jaunes Cie*, [EYB 2015-252479](#), 2015 QCCA 918, J.E. 2015-997 (C.A.)
21. *Syndicat des fonctionnaires municipaux de Québec c. Québec (Ville de)*, [EYB 2017-276059](#), 2017 QCCA 218 (C.A.)
22. *Syndicat des salariés de Dubé et Loiselle (C.S.D.) et Dubé et Loiselle*, [EYB 2017-277280](#), AZ-51361568, SA 17-01008, 2017 QCTA 51 (T.A.)
23. *Syndicat des salarié(es) des croustilles Yum Yum (CSN) c. Croustilles Yum Yum enr. (division des Aliments Krispy Kernels inc.)*, [EYB 2017-279734](#), 2017 QCCA 810 (C.A.)
24. *Syndicat national de l'automobile, de l'aérospatiale, du transport et des autres travailleuses et travailleurs du Canada, section locale 1362 (TCA Canada) et Nova Bus*, [EYB 2011-198812](#), [2011] AZ-50786037, [2011] R.J.D.T. 1243, S.A.G 11-08048, D.T.E. 2011T-657 (T.A.)
25. *Syndicat national des travailleurs de l'aluminium de Beauharnois inc. (TCA - local 1951) et Rio Tinto Alcan, usine Beauharnois*, [EYB 2011-192018](#), AZ-50747153, S.A.G. 11-04041 (T.A.)
26. *Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 500 c. Alimentation D.M. St-Georges inc.*, [EYB 2017-284093](#), 2017 QCCA 1317

(C.A.)

27. *Ville de Montréal c. Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal, local 301*, [EYB 2018-295489](#), 2018 QCCA 1010 (C.A.)
28. *Université Concordia et Syndicat des employées et employés de soutien de l'Université Concordia*, [EYB 2010-187562](#), 2010 CanLII 102247, AZ-50678745, D.T.E. 2010T-762 (T.A.)

#### **Doctrine citée**

1. DYZENHAUS, D. et TAGGART, M., « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », (1997) *The Province of Administrative Law* 279, 304

#### **Législation citée**

1. *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. [5](#)
2. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. [3](#), [35](#), [36](#), [2858](#)

**Syndicat des travailleurs et travailleuses du CSSS Vallée-de-la-Gatineau (CSN) c. Centre de santé et de services sociaux de la Vallée-de-la-Gatineau**

**2019 QCCA 1669**

## **COUR D'APPEL**

CANADA  
PROVINCE DE QUÉBEC  
GREFFE DE MONTRÉAL

N° : 500-09-026106-161  
(550-17-007014-135)

DATE : 3 octobre 2019

---

**CORAM : LES HONORABLES FRANÇOIS DOYON, J.C.A.  
MANON SAVARD, J.C.A.  
JOCELYN F. RANCOURT, J.C.A.**

---

**SYNDICAT DES TRAVAILLEURS ET TRAVAILLEUSES DU CSSS VALLÉE-DE-LA-GATINEAU (CSN)**

APPELANT – mis en cause

c.

**CENTRE DE SANTÉ ET DE SERVICES SOCIAUX DE LA VALLÉE-DE-LA-GATINEAU**

INTIMÉ – requérant

et

**CLAUDE MARTIN**, en sa qualité d'arbitre de griefs

MIS EN CAUSE – intimé

---

ARRÊT

---

[1] L'appelant se pourvoit à l'encontre d'un jugement<sup>1</sup> rendu le 27 avril 2016 par la Cour supérieure, district de Gatineau (l'honorable Carole Therrien), qui accueille le pourvoi en contrôle judiciaire de l'intimé de la décision arbitrale<sup>2</sup> rendue par le mis en cause qui annulait le congédiement de la salariée.

[2] Pour les motifs conjoints des juges Doyon et Savard, **LA COUR** :

[3] **REJETTE** l'appel avec les frais de justice;

[4] Pour sa part, le juge Rancourt aurait accueilli l'appel, infirmé le jugement de la Cour supérieure et rétabli la décision arbitrale du mis en cause avec les frais de justice tant en appel qu'en Cour supérieure contre l'intimé.

---

FRANÇOIS DOYON, J.C.A.

---

MANON SAVARD, J.C.A.

---

JOCELYN F. RANCOURT, J.C.A.

Me Isabelle Lacas  
Laroche, Martin, Service juridique de la CSN  
Pour l'appelant

Me Nadine Bigras  
Me François Simard  
RPGL avocats  
Pour l'intimé

Date d'audience : 18 avril 2018

---

<sup>1</sup> *Centre de santé et de services sociaux de la Vallée de la Gatineau c. Martin*, 2016 QCCS 1927 [Jugement entrepris].

<sup>2</sup> *CSSS de la Vallée-de-la-Gatineau c. STT du CSSS Vallée de la Gatineau (CSN)*, 2013 CanLII 9074 (T.A.) [Sentence arbitrale].

---

## MOTIFS DU JUGE RANCOURT

---

[5] L'appelant (« Syndicat ») se pourvoit à l'encontre d'un jugement rendu le 27 avril 2016 par la Cour supérieure, district de Gatineau (l'honorable Carole Therrien), qui accueille le pourvoi de l'intimé (l'« Employeur ») en contrôle judiciaire de la décision arbitrale rendue par le mis en cause (l'« Arbitre ») qui annulait le congédiement de madame Sylvie Turpin (« Salariée »).

[6] La Salariée étant absente du travail depuis un peu plus de deux mois, l'Employeur croit qu'elle reçoit sans droit des prestations d'assurance salaire. Suivant en cela la recommandation de son médecin désigné, il décide de filer la Salariée. La bande vidéo recueillie montre que cette dernière se livre à des activités incompatibles avec son état de santé allégué selon l'opinion de son médecin désigné. Invoquant un manquement grave à ses obligations de loyauté et d'honnêteté, l'Employeur congédie la Salariée.

[7] À l'audience devant l'arbitre, le Syndicat s'oppose à la recevabilité de la bande vidéo. L'arbitre tranche l'objection en sa faveur. Il détermine que l'Employeur n'a pas démontré l'existence d'un motif raisonnable lui permettant d'entreprendre la filature. Appliquant le deuxième volet de l'article 2858 C.c.Q. et d'avis que cet élément de preuve est constitué au mépris du droit de la Salariée à la vie privée, l'arbitre conclut à l'inadmissibilité en preuve de la bande vidéo. Sur le fond du grief, il estime que l'absence de la Salariée était médicalement justifiée et que l'Employeur n'a pas établi qu'elle a menti sur son état de santé, d'où l'annulation de la mesure de congédiement.

[8] La juge de première instance applique la norme de la décision correcte. Elle conclut, contrairement à l'arbitre, que l'Employeur possède un motif raisonnable de soumettre la Salariée à une filature. Selon elle, l'admission en preuve de la bande vidéo n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice au sens de l'article 2858 C.c.Q. Elle casse la décision arbitrale, renvoie le dossier à l'arbitre, lui ordonne d'admettre en preuve la bande vidéo, incluant toute la preuve afférente, et lui demande de rendre la décision appropriée en considération de ces éléments.

[9] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi du Syndicat, d'infirmer le jugement de la Cour supérieure et de rétablir la décision de l'Arbitre.

## LE CONTEXTE

### Les faits

[10] La Salariée occupe la fonction de préposée aux bénéficiaires chez l'Employeur depuis 1999. Elle exécute ce travail malgré un problème arthrosique aux deux épaules connu depuis 2008.

[11] Le 25 mai 2010, elle consulte la chirurgienne-orthopédiste Odette Perron pour une lésion à l'épaule gauche. Dans son rapport de consultation, la docteure Perron signale un accrochage important du membre supérieur gauche avec une légère faiblesse lorsque le membre est en abduction et rotation externe contre résistance. Elle prescrit une fragmentation sous scopie, intervention consistant à faire éclater les calcifications incommodantes de l'épaule par anesthésie.

[12] Le radiologiste Martin Lecompte procède le 8 juillet 2010 à la fragmentation sous scopie. La Salariée s'absente à compter de cette date. Elle consulte ensuite son médecin traitant, le docteur Saint-Georges, les 9 et 23 juillet, de même que le 2 août 2010. Ce dernier pose les diagnostics de tendinopathie calcifiée de l'épaule gauche et de capsulite. Il prolonge l'arrêt de travail.

[13] Le 6 août 2010, l'Employeur convoque la Salariée chez son médecin désigné, le docteur Marc Couturier. Un rapport est rédigé. Il écrit sous la rubrique « Diagnostic » les mentions « Tendinopathie calcifiante de la coiffe des rotateurs gauche; Statut post fragmentation; Tendinite de la coiffe des rotateurs gauche post fragmentation possible; Capsulite non exclue ». Il indique qu'il serait pertinent de procéder à une arthrographie de distension pour confirmer le diagnostic de capsulite. Il estime que la condition actuelle de la Salariée lui permettrait de retourner à des activités professionnelles dans des tâches allégées. Enfin, il suggère des limitations fonctionnelles temporaires dont la durée est de trois à quatre semaines<sup>3</sup>.

[14] La preuve révèle que l'Employeur ne donne pas suite à la recommandation visant le retour au travail en tâches allégées. Il n'en glisse aucun mot à la Salariée.

[15] Le 24 août 2010, la Salariée revoit la docteure Odette Perron. L'examen démontre une restriction de mouvement passive et active, signature d'un diagnostic de capsulite. Elle prolonge l'arrêt de travail et prescrit une arthrodistension<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Pièce R-2 : Rapport d'expertise du docteur Marc Couturier, 6 août 2010.

<sup>4</sup> Pièce R-7 : Rapport de l'arthrodistension, 27 septembre 2010. L'arthrodistension est pratiquée le 27 septembre 2010. Le radiologiste Martin Lecompte conclut qu'il n'y a radiologiquement pas de signe significatif de capsulite.

[16] Le 25 août 2010, la Salariée consulte son médecin traitant qui prolonge sa période d'invalidité, tout en inscrivant le diagnostic de capsulite. Sa note clinique réfère également à l'arthrodistension prochaine.

[17] L'Employeur requiert à nouveau la présence de la Salariée pour une expertise médicale auprès de son médecin désigné, le docteur Couturier. La rencontre se tient le 17 septembre 2010.

[18] Le 20 septembre 2010, le docteur Couturier livre ainsi son opinion et ses recommandations administratives à l'Employeur :

Opinion :

Il est évident que madame simule. Nous avons été en mesure de l'observer descendre de son véhicule automobile, mobiliser son bras gauche dans des amplitudes normales pour placer sa bourse sur son épaule gauche. Il n'y avait aucun inconfort objectivable ni aucune hésitation à cette mobilisation normale selon nous.

Par conséquent, madame ne présente pas un diagnostic de capsulite de l'épaule gauche. Nous sommes d'avis que l'intervention par arthrographie distension est une intervention inutile.

Nous suggérons fortement que ce dossier fasse l'objet d'une filature rapide d'ici les prochains jours avant que l'arthrographie distension ne soit effectuée.

Nous rappelons que madame avait déjà été en invalidité, que nous contestée, et notre opinion avait été maintenue par l'arbitre médical.

Nous sommes à nouveau d'avis que madame simule l'ensemble des symptômes allégués et qu'elle est tout à fait fonctionnelle dans sa vie quotidienne.

Recommandations administratives :

- Considérer madame apte à reprendre ses activités professionnelles;
- Considérer une filature dans ce dossier;
- Tenter peut-être d'acheminer le dossier en arbitrage médical malgré que madame doit avoir une arthrographie distension dans les prochains jours;
- Acheminer la première partie du présent rapport au médecin traitant.<sup>5</sup>

[Reproduction textuelle]

---

<sup>5</sup> Pièce R-3 : Rapport d'expertise du docteur Marc Couturier, 17 septembre 2010.

[19] Sur la foi de cette opinion et des recommandations administratives formulées par le docteur Couturier, l'Employeur décide de filer la Salariée. La surveillance des activités de la vie quotidienne de la Salariée est effectuée le 23 septembre 2010. La bande vidéo permet de constater que la Salariée se déplace en automobile et fréquente un établissement commercial et un marché d'alimentation ouvert au public.

[20] Le 4 octobre 2010, le docteur Couturier présente à l'Employeur un rapport de visionnement de la bande vidéo. Il est d'avis que : « Ce dossier comporte de la simulation et Madame ne présentait, le 17 septembre 2010 ou le 23 septembre 2010 aucune problématique à l'épaule gauche »<sup>6</sup>.

[21] Le 19 octobre 2010, l'Employeur met un terme à l'emploi de la Salariée pour les motifs précisés dans la lettre suivante :

Madame Turpin,

Vous êtes en absence pour invalidité depuis le 9 juillet 2010 et dans le cadre de cette absence, vous bénéficiez de prestations d'assurance salariale depuis le 9 juillet 2010.

À plusieurs reprises, pendant votre absence, vous avez rencontré vos médecins et spécialistes ainsi que notre médecin désigné. À chacune de ces visites médicales, vous avez réitéré souffrir des mêmes incapacités physiques et des mêmes douleurs, et que ces restrictions physiques vous empêchaient de fonctionner, tant dans votre vie personnelle que dans votre vie de travailleuse.

Pour tenter de convaincre notre médecin désigné, vous avez prétendu avoir des incapacités et des douleurs qui ne concordaient pas avec votre état de santé. Lors de votre plus récente rencontre, le 17 septembre 2010, vous lui avez décrit des difficultés quotidiennes relativement importantes : obligation d'être accompagnée de votre conjoint pour aller à l'épicerie à cause d'un problème à la hanche qui nous empêche de fonctionner normalement et incapacité d'utiliser votre membre supérieur gauche pour vous laver les cheveux à moins de garder le bras collé le long du corps et de fléchir votre tête pour pouvoir atteindre le cuir chevelu. Vous lui avez aussi mentionné que si vous deviez saisir avec votre main gauche, vous garderiez la partie proximale de votre bras gauche le long de votre corps et vous feriez un transfert rapide de la charge à votre main droite.

Vous lui avez également mentionné que déposer des assiettes et/ou de la verrerie dans une armoire de cuisine un peu élevée nécessitait aussi que vous gardiez votre bras collé le long de votre corps en tentant d'atteindre la tablette en question. Vous lui aurez aussi mentionné que vous conduisiez votre véhicule

---

<sup>6</sup> Pièce R-5 : Rapport d'expertise du docteur Marc Couturier, 4 octobre 2010.

principalement de la main droite et que vous pouviez fonctionner sans trop utiliser votre membre supérieur gauche, que vous utilisiez le gauche pour conduire, mais en gardant le bras le long du corps, la main sous la partie inférieure du volant.

L'employeur, suite à l'analyse de votre dossier et aux incompatibilités de certaines affirmations, a procédé à une filature. Cette démarche nous a démontré très clairement que vous avez effectué des activités personnelles incompatibles avec l'incapacité que vous alléguiez.

L'écart entre ce que vous mentionniez pouvoir accomplir et les activités quotidiennes réellement accomplies sont flagrantes et ne peuvent être imputables qu'à une volonté de tromper. Les résultats de cette filature contredisent vos affirmations et nous forcent à conclure que vous avez menti aux médecins que vous ont examiné quant à votre capacité réelle d'effectuer vos tâches.

Suite à cette filature, les activités accomplies lors de celle-ci viennent confirmer nos conclusions à l'effet que vous avez exagéré vos limitations.

Par ailleurs, advenant le cas où certaines limitations seraient reconnues, vous auriez tout de même commis une faute grave en exerçant des activités incompatibles avec votre état de santé, qui auraient pu compromettre votre réhabilitation.

Votre attitude dans ce dossier constitue un manquement grave à l'obligation de loyauté et d'honnêteté que vous devez avoir à l'égard de votre employeur. Vous avez agi de manière frauduleuse. Considérant tous ces faits et motifs, nous n'avons d'autre choix que de procéder à votre congédiement puisque le lien de confiance est définitivement rompu.<sup>7</sup>

[Reproduction textuelle]

[22] Un grief contestant le congédiement est déposé le 21 octobre 2010.

[23] En tout temps pertinent avant le congédiement, la preuve révèle que l'Employeur n'entreprend aucune démarche auprès de la Salariée pour lui demander de reprendre le travail régulier conformément à la recommandation formulée par son médecin désigné le 20 septembre 2010. La Salariée, son médecin traitant et la docteure Perron ne sont pas davantage informés des conclusions de l'évaluation médicale du docteur Couturier.

---

<sup>7</sup> Pièce R-6 : Lettre de congédiement, 19 octobre 2010.

## La décision arbitrale

[24] En introduction à ses motifs, l'Arbitre revient sur les faits de l'affaire *Syndicat des travailleurs(euses) de Bridgestone Firestone de Joliette (CSN) c. Trudeau*<sup>8</sup> (« *Bridgestone* ») et rappelle les principes juridiques en découlant<sup>9</sup>.

[25] Selon l'Arbitre, l'Employeur possède un motif rationnel<sup>10</sup> de faire suivre la Salariée et la surveillance est conduite par des moyens raisonnables. Son analyse de l'arrêt *Bridgestone* le mène cependant à distinguer le « motif rationnel », portant sur l'objectif légitime poursuivi par un employeur de contrôler l'invalidité, du « motif raisonnable »<sup>11</sup> lié aux raisons qui l'amènent à s'interroger sur le caractère possiblement malhonnête de l'absence. Il précise que sa lecture des sentences arbitrales rendues postérieurement à *Bridgestone* lui fait conclure qu'un « motif sérieux ou raisonnable » « est constitué d'une convergence de faits qui permettent raisonnablement de croire à une fraude ou à un comportement reprochable »<sup>12</sup>.

[26] Il est d'avis que l'Employeur n'a pas de motif raisonnable d'entreprendre la filature et d'ainsi « violer le droit fondamental de la Salariée à la protection de sa vie privée »<sup>13</sup>.

[27] Il s'en explique de la façon suivante.

[28] La décision de l'Employeur de procéder à la filature résulte du rapport du 20 septembre 2010 rédigé par son médecin désigné. La recommandation de ce dernier découle de son observation depuis le rétroviseur de son automobile, de son désaccord avec le diagnostic retenu par les médecins de la Salariée et de son opinion suivant

---

<sup>8</sup> *Syndicat des travailleurs(euses) de Bridgestone Firestone de Joliette (csn) c. Trudeau*, [1999] R.J.Q. 2229, [1999] R.J.D.T. 1075 (C.A.).

<sup>9</sup> Sentence arbitrale, *supra*, note 2, paragr. 49-58.

<sup>10</sup> Bien que l'Arbitre utilise le mot « raisonnable » au paragr. 59 de la décision, on doit comprendre de son analyse de l'arrêt *Bridgestone* que c'est à un motif « rationnel » qu'il réfère, à savoir le droit pour l'Employeur de s'assurer que la Salariée a effectivement droit à des prestations d'assurance dont il assume le coût.

<sup>11</sup> L'Arbitre utilise indistinctement les concepts « motif sérieux » et « motif raisonnable » pour référer aux raisons amenant l'Employeur à s'interroger sur le caractère possiblement malhonnête de l'absence. Voir paragr. 60-61, 63 et 67-69 de la sentence arbitrale, *supra*, note 2.

<sup>12</sup> Sentence arbitrale, *supra*, note 2, paragr. 60-61. Il cite *Syndicat des chauffeurs d'autobus, opérateurs de métro et employés des services connexes au transport de la STM, section locale 1983 (SCFP) et Société de transport de Montréal (Dominique Jodoin)*, 2012 CanLII 105264 (T.A.); *Syndicat national de l'automobile, de l'aérospatiale, du transport et des autres travailleuses et travailleurs du Canada, section locale 1362 (TCA Canada) et Nova Bus (Yves Daunais)*, [2011] R.J.D.T. 1243 (T.A.); *Syndicat national des travailleurs de l'aluminium de Beauharnois inc., section locale 1951 (TCA) et Rio Tinto Alcan, usine Beauharnois (Jean-Sébastien Prévost)*, AZ-50747153 (T.A.); *Syndicat des employées et employés de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP/FTQ) et Hydro-Québec (Hélène Meunier)*, D.T.E. 2005T-881, AZ-50334934 (T.A.).

<sup>13</sup> Sentence arbitrale, *supra*, note 2, paragr. 63.

laquelle l'absence de la Salariée se prolongeait au-delà de la période normale de rétablissement. L'Arbitre juge étonnant que le docteur Couturier ait pu évaluer avec autant de précision le mouvement d'abduction de la Salariée à partir de son rétroviseur d'autant que c'est par hasard que cela a été fait. Il ajoute qu'à la lecture des rapports de ce dernier et des notes sténographiques de son interrogatoire, le médecin avait vraisemblablement un préjugé défavorable envers la Salariée, avant même de la rencontrer<sup>14</sup>.

[29] Il mentionne que le docteur Couturier recommande le retour au travail allégé de la Salariée, en date du 6 août 2010. Or, souligne-t-il, la preuve est silencieuse quant aux démarches entreprises par l'Employeur pour communiquer avec celle-ci, son médecin traitant ou la docteure Perron pour les informer des conclusions de son médecin désigné<sup>15</sup>. La preuve est aussi silencieuse quant aux démarches de l'Employeur pour informer la Salariée que le docteur Couturier est d'avis qu'elle peut reprendre son travail régulier<sup>16</sup>.

[30] Puis, l'Arbitre identifie des éléments additionnels portant sur le diagnostic de capsulite, la nécessité d'une arthrodistension, le caractère sérieux des limitations fonctionnelles, la collaboration de la Salariée et l'inexistence d'activités incompatibles. Ces éléments renforcent son opinion selon laquelle l'Employeur ne possédait aucun motif raisonnable pour entreprendre une filature<sup>17</sup>.

[31] Après avoir considéré que la filature entreprise contrevient aux garanties fondamentales du droit à la vie privée de la Salariée, l'Arbitre se demande si l'utilisation de cet élément de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice au sens de l'article 2858 C.c.Q.

[32] Il répond oui à la question et formule son opinion en ces termes :

[68] Je ne crois pas que le deuxième volet de l'article 2858 C.c.Q. m'autorise à recevoir la preuve à laquelle l'Employeur veut avoir recours. Je fais mien, à cet égard, le raisonnement de l'arbitre Brault dans *Université Concordia*. Permettre que soit utilisé, dans la présente affaire, un élément de preuve constitué au mépris du droit de la Plaignante à sa vie privée, alors que j'en suis venu à la conclusion que l'Employeur n'avait même pas un motif raisonnable pour entreprendre une filature, banaliserait l'atteinte à un droit fondamental et laisserait entendre qu'une preuve autrement inadmissible le deviendrait

---

<sup>14</sup> *Id.*, paragr. 63-64.

<sup>15</sup> *Id.*, paragr. 66.

<sup>16</sup> *Id.*, paragr. 69.

<sup>17</sup> *Id.*, paragr. 67.

simplement parce qu'elle confirme possiblement, *a posteriori*, un soupçon ou une impression. [...]<sup>18</sup>

[Renvoi omis]

[33] Il ajoute que l'Employeur possédait d'autres options qu'il a préféré écarter. Il aurait pu dire à la Salariée que l'intervention proposée par la docteure Perron n'était pas indiquée et lui demander de reprendre le travail. Il aurait pu également recourir à la disposition de la convention collective lui permettant d'informer la Salariée qu'il la considère dorénavant apte à reprendre ses tâches. Il a plutôt choisi d'agir hâtivement, voulant court-circuiter un arbitrage médical, « dans l'espoir sans doute de prendre son employée en défaut »<sup>19</sup>.

[34] Après avoir statué à l'inadmissibilité en preuve de la bande vidéo, l'Arbitre analyse les motifs du congédiement pour conclure à son annulation. Le congédiement est à ses yeux injustifié et intempestif. La Salariée n'a pas menti son état de santé. À l'époque pertinente, son épaule était toujours blessée. Elle pouvait croire que son absence était avalisée puisque le médecin désigné de l'Employeur avait également recommandé une arthrodistension. L'Arbitre insiste à plusieurs reprises sur le devoir de l'Employeur d'informer la Salariée qu'il la considérait apte à retourner au travail avant de mettre un terme à son emploi, ce qu'il n'a pas fait<sup>20</sup>.

## LE JUGEMENT ENTREPRIS

[35] La juge applique la norme de contrôle de la décision correcte à l'égard de laquelle les parties sont d'accord<sup>21</sup>.

[36] Elle résume ainsi les deux questions en litige :

[...]

I. L'Employeur avait-il des motifs suffisants pour mettre en doute l'honnêteté du comportement de l'Employée?

II. Le cas échéant, l'admission en preuve de la vidéo est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice?<sup>22</sup>

[37] À la question de savoir si l'Employeur a des motifs suffisants pour mettre en doute l'honnêteté du comportement de la Salariée, la juge énumère les éléments disponibles à l'Employeur au moment de prendre sa décision. L'Employeur prend appui

---

<sup>18</sup> *Id.*, paragr. 68.

<sup>19</sup> *Id.*, paragr. 68-69.

<sup>20</sup> *Id.*, paragr. 91, 95 et 97-98.

<sup>21</sup> Jugement entrepris, *supra*, note 1, paragr. 8.

<sup>22</sup> *Id.*, paragr. 16.

sur les observations et l'opinion professionnelle de son médecin. Ce dernier opine que les mouvements accomplis par la Salariée sont incompatibles avec un diagnostic de capsulite, qu'elle exagère ses symptômes et que ceux-ci avaient déjà été mis en doute auparavant. Cela suffit pour fonder la croyance honnête et sérieuse que la Salariée exagère ses limitations<sup>23</sup>. Selon la juge, l'Arbitre a tort de remettre en question la crédibilité des observations du médecin désigné de l'Employeur. La preuve ne permet pas de conclure que l'Employeur aurait pu exprimer des doutes sur les observations du médecin désigné ni qu'il a fait montre de négligence dans sa prise de décision<sup>24</sup>.

[38] La juge traite ensuite de l' « option » ouverte à l'Employeur d'informer la Salariée des conclusions de l'expertise et de lui demander de reprendre son travail. Estimant que la parole de la Salariée est mise en doute et que les limitations fonctionnelles et la douleur ressentie par cette dernière sont difficilement observables autrement que par une observation de son comportement, elle décide que le moyen de surveillance est nécessaire. Ainsi, contrairement à l'Arbitre, la juge conclut que l'Employeur avait des motifs raisonnables de procéder à la filature de la Salariée et que la vidéo ainsi captée ne viole pas son droit à la vie privée<sup>25</sup>.

[39] Malgré cette conclusion, la juge répond à la question de savoir si l'admissibilité en preuve de la bande vidéo est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Elle reprend les principes élaborés par la Cour dans l'arrêt *Mascouche (Ville de) c. Houle*<sup>26</sup> et note que la décision arbitrale sur laquelle se fonde l'Arbitre<sup>27</sup> porte sur des faits bien différents du cas à l'étude<sup>28</sup>.

[40] Selon la juge, l'atteinte du droit à la vie privée se situe au bas de l'échelle de la gravité puisque la filature est conduite de manière raisonnable<sup>29</sup>. Au sujet de l'équité du procès, la juge écrit que l'objet de cette vidéo pouvait être recueilli ou présenté autrement, notamment par le témoignage de proches ou de tiers ayant côtoyé la Salariée dans sa vie courante. Conséquemment, l'équité du procès est préservée<sup>30</sup>. Puis, en ce qui a trait à la motivation et à l'intérêt juridique de l'auteur de la contravention (l'Employeur), la juge estime que le Syndicat n'est pas parvenu à établir une motivation autre que celle d'établir la vérité sur les symptômes et limitations de la Salariée<sup>31</sup>.

---

<sup>23</sup> *Id.*, paragr. 34-43.

<sup>24</sup> *Id.*, paragr. 44-49.

<sup>25</sup> *Id.*, paragr. 50-53.

<sup>26</sup> [1999] R.J.Q. 1894, 1999 CanLII 13256 (C.A.).

<sup>27</sup> *Université Concordia c. Syndicat des employé-e-s de soutien de l'université Concordia*, D.T.E. 2010T-762, 2010 CanLII 102247 (T.A.).

<sup>28</sup> Jugement entrepris, *supra*, note 1, paragr. 54-61.

<sup>29</sup> *Id.*, paragr. 62-63.

<sup>30</sup> *Id.*, paragr. 64-65.

<sup>31</sup> *Id.*, paragr. 66-68.

[41] Cela étant, la juge conclut qu'« une personne raisonnable et bien informée considérera favorablement une administration de la justice qui permet la découverte de la vérité »<sup>32</sup>. La vidéo en cause permet d'établir les réelles capacités et limitations de la Salariée, ce qui constitue un élément au cœur du litige entre les parties. Par conséquent, son admission en preuve n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice<sup>33</sup>.

## L'ANALYSE

[42] Comme le souligne la Cour suprême dans *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, le rôle d'une cour d'appel qui examine un jugement sur un pourvoi en contrôle judiciaire est de déterminer si le juge de révision a choisi la norme de contrôle appropriée et s'il l'a appliquée correctement<sup>34</sup>. Dans l'hypothèse où le choix de la norme de contrôle par le juge de la Cour supérieure serait erroné, la Cour doit alors procéder à l'analyse de la décision administrative en fonction de la norme appropriée<sup>35</sup>.

### La norme de contrôle applicable

[43] La juge de révision choisit ici la norme de la décision correcte, car « l'erreur alléguée réfère à l'application des Chartes et du Code civil »<sup>36</sup>. Le droit au respect de sa vie privée consacré à l'article 5 de la *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>37</sup> (« Charte ») et le rejet d'un élément de preuve obtenu dans des conditions portant atteinte aux droits et libertés fondamentaux et dont l'utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice sont les sujets visés par l'affirmation de la juge. Ces dispositions prévoient que :

#### *Charte :*

**5.** Toute personne a droit au respect de sa vie privée.

**5.** Every person has a right to respect for his private life.

#### *Code civil du Québec :*

**2858.** Le tribunal doit, même d'office, rejeter tout élément de preuve obtenu dans des conditions qui portent atteinte aux droits et libertés fondamentaux et dont l'utilisation est

**2858.** The court shall, even of its own motion, reject any evidence obtained under such circumstances that fundamental rights and freedoms are violated and whose use would tend to

<sup>32</sup> *Id.*, paragr. 71.

<sup>33</sup> *Id.*, paragr. 69-72.

<sup>34</sup> *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, paragr. 47.

<sup>35</sup> *Id.*, paragr. 46.

<sup>36</sup> *Id.*, paragr. 8.

<sup>37</sup> RLRQ, c. C-12.

susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

bring the administration of justice into disrepute.

Il n'est pas tenu compte de ce dernier critère lorsqu'il s'agit d'une violation du droit au respect du secret professionnel.

The latter criterion is not taken into account in the case of violation of the right of professional secrecy.<sup>38</sup>

[44] Je ne partage pas le point de vue de la juge sur le choix de la norme de contrôle.

[45] L'Arbitre était saisi d'un grief de congédiement nécessitant l'interprétation de la convention collective. En début d'instance, les parties sont convenues d'administrer la preuve sur toutes les circonstances de l'affaire et ont requis de l'Arbitre qu'il se prononce à la fois sur la recevabilité en preuve de la bande vidéo et sur le congédiement au fond<sup>39</sup>.

[46] Il est acquis que le tribunal d'arbitrage des griefs est un tribunal spécialisé protégé par une clause privative étanche. La décision rendue par un arbitre qui interprète sa loi constitutive ou une loi qui se rapproche de son mandat commande la déférence<sup>40</sup>. Dans une telle situation, la décision est présumée assujettie à la norme de la décision raisonnable<sup>41</sup>.

[47] La question de savoir si l'Employeur était justifié d'entreprendre une filature des activités de la Salariée est au cœur de sa compétence et fait partie de son champ d'expertise en relations du travail.

[48] Le fait que, pour trancher cette question, l'arbitre doive recourir à l'application de valeurs consacrées par la *Charte*, en l'occurrence le droit à la vie privée, et à une disposition du *Code civil du Québec*, change-t-il pour autant la donne? Je ne le crois pas.

<sup>38</sup> Il y a également lieu de considérer les articles 3, 35 et 36 C.c.Q. qui traitent du droit à la vie privée et des atteintes à ce droit.

<sup>39</sup> Sentence arbitrale, *supra*, note 2, paragr. 3.

<sup>40</sup> *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, paragr. 42; *Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 CSC 14, paragr. 20; *Commission scolaire Kativik c. Association des employés du Nord québécois*, 2019 QCCA 961; *Ville de Montréal c. Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal, local 501*, 2018 QCCA 1010, paragr. 7; *Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 500 c. Alimentation D.M. St-Georges inc.*, 2017 QCCA 1317, paragr. 45; *Syndicat des salarié(es) des croustilles Yum Yum (CSN) c. Croustilles Yum Yum enr. (division des Aliments Krispy Kernels inc.)*, 2017 QCCA 810, paragr. 22; *Syndicat des fonctionnaires municipaux de Québec (FISA) c. Ville de Québec*, 2017 QCCA 218, paragr. 11-12.

<sup>41</sup> *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2018 CSC 31, paragr. 27.

[49] Dans *Doré c. Barreau du Québec*, la Cour suprême traite de la norme de contrôle applicable dans une situation mettant en jeu les valeurs consacrées par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Après avoir souligné que le décideur administratif est, compte tenu de son expertise et sa spécialisation, particulièrement au fait des considérations en jeu dans la mise en balance des valeurs consacrées par la *Charte* et qu'il occupe une position privilégiée pour élaborer une approche fonctionnelle des droits et libertés, la Cour s'exprime ainsi :

Quoi qu'il en soit, comme la juge en chef McLachlin l'a souligné dans *Catalyst*, « le caractère raisonnable de la décision s'apprécie dans le contexte du type particulier de processus décisionnel en cause et de l'ensemble des facteurs pertinents. Il s'agit essentiellement d'une analyse contextuelle » (par. 18). Il continue donc à être justifier [sic] de faire preuve de déférence à l'endroit du décideur administratif compte tenu de son expertise et de sa proximité aux faits de la cause puisque, même quand les valeurs consacrées par la *Charte* sont en jeu, il sera généralement le mieux placé pour juger de l'incidence des valeurs pertinentes de ce type au regard des faits précis de l'affaire. Cela étant dit, tant les décideurs que les tribunaux qui procèdent à la révision de leurs décisions doivent analyser les questions qui leur sont soumises en gardant à l'esprit l'importance fondamentale des valeurs consacrées par la *Charte*.<sup>42</sup>

[Soulignements ajoutés]

[50] À mon avis, la question soulevée par le pourvoi en est justement une que l'Arbitre, en raison de son expertise et de sa proximité aux faits, était en mesure de trancher et que la décision en émanant commandait la déférence. Ceci le plaçait aux premières loges pour appliquer la disposition de la *Charte* portant sur le droit à la vie privée.

[51] C'est à partir des faits établis en preuve que l'Arbitre a décidé que l'Employeur ne disposait d'aucun motif raisonnable pour entreprendre la filature, que la bande vidéo recueillie portait atteinte au droit à la vie privée de la Salariée et déconsidérerait l'administration de la justice. Il n'avait pas à déterminer la signification du droit au respect de la vie privée, mais plutôt à reconnaître si les faits portés à son attention emportaient comme conséquence une contravention de celui-ci et un rejet de la preuve, le cas échéant.

[52] Dans ces circonstances, j'estime que la juge a eu tort d'appliquer la norme de la décision correcte.

### **L'application de la norme de la décision raisonnable**

---

<sup>42</sup> *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, paragr. 54. Voir également *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 574, SEPB, CTC-FTQ c. Groupe Pages jaunes Cie*, 2015 QCCA 918

[53] Cela étant, il faut maintenant déterminer si la décision de l'Arbitre répond aux attributs de la norme de contrôle de la raisonnable.

[54] Dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, la Cour suprême souligne que le caractère raisonnable de la décision administrative tient à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel et à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit<sup>43</sup>.

[55] Quelques années plus tard, l'arrêt *Newfoundland and Labrador Nurses Union c. Terre-Neuve et Labrador Conseil du trésor* précise que les motifs du décideur doivent être globalement examinés en corrélation avec le résultat et permettre de savoir si ce résultat fait partie des issues possibles acceptables<sup>44</sup>. La Cour suprême souscrit également aux observations du professeur David Dyzenhaus sur le rapport entretenu entre le caractère raisonnable et les motifs, observations que j'estime utile de reproduire :

[TRADUCTION] Le « caractère raisonnable » s'entend ici du fait que les motifs étayent, effectivement ou en principe, la conclusion. Autrement dit, même si les motifs qui ont en fait été donnés ne semblent pas tout à fait convenables pour étayer la décision, la cour de justice doit d'abord chercher à les compléter avant de tenter de les contrecarrer. Car s'il est vrai que parmi les motifs pour lesquels il y a lieu de faire preuve de retenue on compte le fait que c'est le tribunal, et non la cour de justice, qui a été désigné comme décideur de première ligne, la connaissance directe qu'a le tribunal du différend, son expertise, etc., il est aussi vrai qu'on doit présumer du bien-fondé de sa décision même si ses motifs sont lacunaires à certains égards.<sup>45</sup>

[Soulignements ajoutés]

[56] Les juges de révision doivent, pour reprendre les termes de la juge Abella, « accorder une « attention respectueuse » aux motifs des décideurs et se garder de substituer leurs propres opinions à celles de ces derniers quant au résultat approprié en qualifiant de fatales certaines omissions qu'ils ont relevées dans les motifs »<sup>46</sup>.

[57] Qu'en est-il en l'espèce?

<sup>43</sup> *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, paragr. 47.

<sup>44</sup> *Newfoundland and Labrador Nurses Union c. Terre-neuve et Labrador Conseil du trésor*, 2011 CSC 62, paragr. 14-16

<sup>45</sup> David Dyzenhaus, « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », dans Michael Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 304.

<sup>46</sup> *Newfoundland and Labrador Nurses Union c. Terre-neuve et Labrador Conseil du trésor*, *supra*, note 44, paragr. 17.

[58] Pour répondre à la question de la recevabilité en preuve de la bande vidéo, l'Arbitre s'appuie sur l'arrêt de la Cour rendu dans l'affaire *Bridgestone*. Alors juge à la Cour, le juge LeBel écrit à propos de la surveillance des activités d'un salarié :

En substance, bien qu'elle comporte une atteinte apparente au droit à la vie privée, la surveillance à l'extérieur de l'établissement peut être admise si elle est justifiée par des motifs rationnels et conduite par des moyens raisonnables, comme l'exige l'article 9.1 de la *Charte québécoise*. Ainsi, il faut d'abord que l'on retrouve un lien entre la mesure prise par l'employeur et les exigences du bon fonctionnement de l'entreprise ou de l'établissement en cause. Il ne saurait s'agir d'une décision purement arbitraire et appliquée au hasard. L'employeur doit déjà posséder des motifs raisonnables avant de décider de soumettre son salarié à une surveillance. Il ne saurait les créer a posteriori, après avoir effectué la surveillance en litige.

Au départ, on peut concéder qu'un employeur a un intérêt sérieux à s'assurer de la loyauté et de l'exécution correcte par le salarié de ses obligations, lorsque celui-ci recourt au régime de protection contre les lésions professionnelles. Avant d'employer cette méthode, il faut cependant qu'il ait des motifs sérieux qui lui permettent de mettre en doute l'honnêteté du comportement de l'employé.

Au niveau du choix des moyens, il faut que la mesure de surveillance, notamment la filature, apparaisse comme nécessaire pour la vérification du comportement du salarié et que, par ailleurs, elle soit menée de la façon la moins intrusive possible. Lorsque ces conditions sont réunies, l'employeur a le droit de recourir à des procédures de surveillance, qui doivent être aussi limitées que possible : [...] <sup>47</sup>

[Soulignements ajoutés; référence omise]

[59] L'Arbitre indique que la filature est justifiée par un motif rationnel<sup>48</sup> en ce que l'Employeur avait le droit de s'assurer que la Salariée avait droit à des prestations d'assurance dont il assume le coût. Il précise également que la filature entreprise par l'Employeur a été conduite par des moyens raisonnables puisque réalisée dans des lieux publics et sans que la Salariée soit piégée.

[60] Une fois cela constaté, il se demande si l'Employeur possédait un motif raisonnable pour douter de l'honnêteté de la Salariée. À l'analyse de décisions arbitrales rendues postérieurement à *Bridgestone*, l'Arbitre caractérise le motif raisonnable comme étant « constitué d'une convergence de faits qui permettent raisonnablement de croire à une fraude ou à un comportement reprochable »<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> *Syndicat des travailleurs(euses) de Bridgestone Firestone de Joliette (csn) c. Trudeau*, [1999] R.J.Q. 2229, [1999] R.J.D.T. 1075, p. 27 (C.A.).

<sup>48</sup> L'Arbitre utilise le mot « raisonnable ». Il voulait sûrement dire « rationnel », comme l'exprime le juge LeBel dans *Bridgestone*.

<sup>49</sup> Sentence arbitrale, *supra*, note 2, paragr. 61.

[61] Y avait-il ici une telle convergence de faits permettant à l'Employeur de raisonnablement croire à une fraude ou à un comportement reprochable de la Salariée? L'Arbitre répond non à cette question et s'en explique méticuleusement.

[62] Il met d'abord en doute les observations effectuées par le docteur Couturier le 17 septembre 2010. Il trouve étonnant que ce dernier ait pu évaluer avec autant de précision les mouvements effectués par la Salariée depuis le rétroviseur de son véhicule. Il ajoute, sur la foi de la lecture des rapports et des notes sténographiques de l'interrogatoire du docteur Couturier, que celui-ci avait vraisemblablement un préjugé défavorable à l'endroit de la Salariée avant même de la rencontrer. Pour justifier cet énoncé, il s'appuie sur le témoignage du docteur Couturier qui, une année plus tôt, avait examiné la Salariée pour un problème au dos. Il avait alors indiqué à l'Employeur que « Madame amplifiait sérieusement ses symptômes » et que « mon examen démontrait des signes de simulation »<sup>50</sup>.

[63] L'Arbitre relate ensuite les motifs invoqués par le docteur Couturier pour justifier une surveillance rapide des activités de la Salariée. Une invalidité de deux mois et demi, des déclarations portant sur ses limitations et une recommandation non suivie de retour au travail régulier lors d'une invalidité antérieure le justifiaient de conclure ainsi : « Donc, c'est une dame qui semblait ne pas être très motivée à revenir à son travail donc, d'où la recommandation de faire de la filature »<sup>51</sup>.

[64] L'Arbitre n'est pas d'accord avec les motifs avancés par l'Employeur. Il souligne que l'Employeur n'a pas avisé la Salariée de la suggestion d'un retour au travail allégé formulé par le docteur Couturier le 6 août 2010; dès lors, la preuve que la Salariée a refusé de revenir travailler est inexistante.

[65] En outre, il cible cinq éléments révélés par la preuve qui l'amènent à conclure à l'inexistence d'un motif raisonnable d'entreprendre une filature des activités de la Salariée : 1) le docteur Couturier avait refusé d'exclure le diagnostic de capsulite lors de son examen du 6 août 2010, de sorte que le médecin traitant de la Salariée l'avait repris et que, sur la foi de ce diagnostic, une arthrodistension avait été prescrite par l'orthopédiste Perron; 2) si le docteur Couturier disait que cette intervention n'était pas indiquée le 17 septembre 2010, il l'avait néanmoins lui-même recommandée six semaines plus tôt; 3) les limitations fonctionnelles prescrites par le docteur Couturier le 6 août 2010 étaient sérieuses et rien dans la preuve ne suggère que la Salariée se soit livrée à des activités incompatibles avec celles-ci; 4) la Salariée a toujours collaboré avec l'Employeur en fournissant tous les documents requis et rien n'indique qu'elle mentait au docteur Couturier; et 5) l'Employeur ne détenait aucune information en

---

<sup>50</sup> *Id.*, paragr. 64.

<sup>51</sup> *Id.*, paragr. 65.

provenance de tiers pouvant laisser croire que la Salariée s'était livrée à des activités incompatibles avec sa condition médicale<sup>52</sup>.

[66] En somme, l'Arbitre est d'avis que l'Employeur ne disposait d'aucun motif raisonnable lui permettant de mettre en doute l'honnêteté de la Salariée. Faute d'un tel motif, il pouvait certes conclure que l'Employeur ne pouvait entreprendre la filature des activités de la Salariée le 23 septembre 2010 et que la constitution de la bande vidéo comportait une atteinte à la protection de son droit à la vie privée.

[67] Cette détermination, arimée dans la preuve reposant sur le seul témoignage du médecin désigné de l'Employeur et conforme à l'enseignement de la Cour dans l'arrêt *Bridgestone*, témoigne du caractère intelligible du processus décisionnel de l'Arbitre et répond aux attributs de la raisonnable.

[68] L'Arbitre vérifie ensuite si l'utilisation de cette preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, conformément à l'article 2858 C.c.Q.

[69] Dans *Mascouche (Ville) c. Houle*, le juge Gendreau décrit ainsi le rôle du décideur appelé à déterminer si l'utilisation d'un élément de preuve est de nature à déconsidérer l'administration de la justice :

Le juge du procès civil est convié à un exercice de proportionnalité entre deux valeurs : le respect des droits fondamentaux, d'une part, et la recherche de la vérité, d'autre part. Il lui faudra donc répondre à la question suivante : La gravité de la violation aux droits fondamentaux, tant en raison de sa nature, de son objet, de la motivation et de l'intérêt juridique de l'auteur de la contravention que des modalités de sa réalisation, est-elle telle qu'il serait inacceptable qu'une cour de justice autorise la partie qui l'a obtenue de s'en servir pour faire valoir ses intérêts privés? Exercice difficile s'il en est, qui doit prendre appui sur les faits du dossier. Chaque cas doit donc être envisagé individuellement. Mais, en dernière analyse, si le juge se convainc que la preuve obtenue en contravention aux droits fondamentaux constitue un abus du système de justice parce que sans justification juridique véritable et suffisante, il devrait rejeter la preuve.<sup>53</sup>

[70] Bien que l'Arbitre ne se livre pas à une analyse exhaustive de la pondération entre les valeurs que sont la protection des droits fondamentaux et la recherche de la vérité<sup>54</sup>, il est permis, au regard des motifs détaillés et du résultat atteint, de déceler son empreinte dans la décision.

---

<sup>52</sup> *Id.*, paragr. 67.

<sup>53</sup> *Mascouche (Ville) c. Houle*, [1999] R.J.Q. 1894, 1999 CanLII 13256 (C.A.).

<sup>54</sup> *Id.*, opinion du juge Gendreau.

[71] L'Arbitre a décidé que l'Employeur n'avait aucun intérêt juridique ou motif raisonnable pour entreprendre la filature de la Salariée. Et bien que l'Arbitre reconnaisse que les modalités de la réalisation de la bande vidéo étaient raisonnables, il conclut que la motivation de l'Employeur était de vouloir « court-circuiter un arbitrage médical toujours possible, dans l'espoir sans doute de prendre son employée en défaut »<sup>55</sup>.

[72] L'Arbitre juge inconséquent d'autoriser en preuve l'utilisation de la bande vidéo alors même que l'Employeur n'a aucun motif de douter de l'honnêteté de la Salariée et que la seule raison invoquée par celui-ci pour la rendre admissible est l'impression de son médecin désigné, une preuve qu'il a jugé non fondée. Faisant sien le raisonnement de l'arbitre Brault dans la décision *Université Concordia*<sup>56</sup>, il voit dans l'utilisation de la bande vidéo un mépris et une banalisation du droit à la protection de la vie privée de la Salariée qui témoignent certainement de la gravité de la violation.

[73] Il renchérit en insistant sur le fait que l'Employeur avait d'autres « options » avant d'entreprendre la filature, mais qu'il a préféré les écarter. Il fait ici référence à la première recommandation administrative formulée par le docteur Couturier à l'Employeur dans son rapport du 20 septembre 2010 qui énonce que : « Considérer madame apte à reprendre ses activités professionnelles »<sup>57</sup>. Selon l'Arbitre, l'Employeur aurait pu informer la Salariée de son aptitude à reprendre ses activités professionnelles ou encore recourir au texte de la convention collective pour l'aviser qu'il la considérait apte à reprendre ses tâches. Dans la même veine, l'Arbitre s'appuie sur la preuve pour déterminer que la véritable motivation de l'Employeur, en entreprenant la filature, était de vouloir « court-circuiter un arbitrage médical toujours possible, dans l'espoir sans doute de prendre son employée en défaut »<sup>58</sup>.

[74] En clair, l'Arbitre estime que la mesure de surveillance de la filature n'apparaissait pas nécessaire pour vérifier le comportement de la Salariée le 20 septembre 2010. Cette vérification se prêtait à un moyen beaucoup moins attentatoire qui consistait à l'informer des conclusions de son médecin désigné et à requérir le retour à ses activités professionnelles. Dit autrement, l'Arbitre estime que le devoir

---

<sup>55</sup> Jugement entrepris, *supra*, note 1, paragr. 69.

<sup>56</sup> *Université Concordia c. Syndicat des employé-e-s de soutien de l'université Concordia*, D.T.E. 2010T-762, 2010 CanLII 102247 (T.A.). Cette décision reflète l'expression d'un courant minoritaire dans la jurisprudence des tribunaux administratifs suivant lequel une preuve de filature obtenue sans motif raisonnable est exclue puisqu'elle déconsidère d'emblée l'administration de la justice. Pour une analyse des deux courants de pensée, voir notamment Syndicat des employés de magasins et de bureaux de la Société des alcools du Québec (CSN) et Société des alcools du Québec (SAQ) (Jan Michel Pimentel), 2018 QCTA 308, paragr. 131-136; *Forages CCL 1993 inc. (Les) et Dumont*, 2017 QCTAT 1358, paragr. 130-131; *Syndicat des salariés de Dubé et Loiselle (CSD) et Dubé et Loiselle inc. (Réjean Paquin)*, 2017 QCTA 51, paragr. 171 à 185 et *Maison Saint Patrice inc. et Cusson*, 2016 QCTAT 482, paragr. 39-56.

<sup>57</sup> Pièce R-3 : Rapport d'expertise du docteur Marc Couturier, 17 septembre 2010.

<sup>58</sup> Sentence arbitrale, *supra*, note 2, paragr. 69.

premier de l'Employeur était d'informer la Salariée et de requérir le retour à ses activités professionnelles avant de la soumettre à une surveillance. Une surveillance qui, de surcroît, ne s'appuyait sur aucun motif raisonnable de douter de son honnêteté et sous-tendait comme réelle motivation de court-circuiter l'arbitrage médical pour mieux la prendre en défaut. Visiblement indisposé de constater que l'Employeur entreprend néanmoins cette filature, ces trois raisons (l'absence de motif raisonnable de douter de l'honnêteté de la Salariée, l'omission d'aviser la Salariée et la réelle motivation de l'Employeur) ont conduit l'Arbitre à privilégier le respect des droits fondamentaux de la Salariée et à juger comme étant abusive ou déconsidérant l'administration de la justice l'utilisation de la bande vidéo obtenue sans justification juridique véritable et acceptable.

[75] J'estime que cette analyse de l'Arbitre résiste à l'examen de la norme de la décision raisonnable. Au risque de me répéter, la filature d'une Salariée comporte une atteinte apparente au droit à la vie privée. C'est la raison pour laquelle l'Employeur doit, avant de choisir cette méthode de surveillance, avoir un motif raisonnable de douter de son honnêteté. La filature doit également apparaître nécessaire pour vérifier le comportement de la Salariée. Ici, aux yeux de l'Arbitre qui a entendu toute la preuve, aucune de ces conditions n'est satisfaite, de sorte que l'utilisation de la bande vidéo comporte une grave atteinte à son droit à la vie privée et déconsidère l'administration de la justice.

[76] Tout comme lui, j'incline à penser, en toute justice pour la Salariée, qu'il était tout à fait indiqué d'exiger de l'Employeur qu'il l'informe des conclusions de son médecin désigné sur sa capacité à accomplir ses tâches et l'invite à reprendre ses activités professionnelles avant même d'entreprendre une filature de ses activités de la vie quotidienne.

[77] Dans ces circonstances, la décision de l'Arbitre d'exclure la preuve de la bande vidéo participe d'une démarche rationnelle et fait certainement partie des issues possibles acceptables au regard des faits et du droit.

[78] Quant au fond du grief, j'estime que les motifs de l'Arbitre sont limpides et étayés par la preuve. Le fardeau d'établir l'existence d'une faute justifiant le renvoi de la Salariée appartient à l'Employeur. Ce dernier devait convaincre l'Arbitre que la Salariée recevait des prestations d'assurance invalidité sans droit ou sous de faux prétextes. Or, l'Arbitre retient que la Salariée souffre d'une lésion objectivée aux tendons de l'épaule et qu'elle est en attente d'une chirurgie. Elle n'a pas, à son avis, menti sur son état de santé ni trompé ou cherché à induire l'Employeur à cet effet. Le congédiement survient alors que l'absence médicale de la Salariée est justifiée. L'Arbitre, comme je l'ai souligné plus haut, s'insurge également du fait que l'Employeur, qui considérait la Salariée apte à retourner au travail, ne l'ait pas informée de cet état de fait avant de la sanctionner.

[79] Tout compte fait, la décision de l'Arbitre est raisonnable. Le processus décisionnel est transparent, intelligible et la conclusion retenue fait partie des issues possibles acceptables au regard des faits et du droit.

[80] Je propose d'accueillir l'appel, d'infirmer le jugement de la Cour supérieure et de rétablir la décision arbitrale du mis en cause, avec les frais de justice tant en appel qu'en Cour supérieure contre l'Intimé.

---

JOCELYN F. RANCOURT, J.C.A.

---

MOTIFS DES JUGES DOYON ET SAVARD

---

[81] Nous partageons l'avis de notre collègue le juge Rancourt : la norme de contrôle doit être celle de la décision raisonnable et non celle de la décision correcte comme en a décidé la juge de la Cour supérieure : *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 574, SEPB, CTC-FTQ c. Groupe Pages jaunes Cie*, 2015 QCCA 918. En revanche, nous estimons que cette erreur n'a aucun impact et que l'appel doit néanmoins être rejeté.

[82] Comme le prévoit l'article 2858 C.c.Q., pour déterminer si un élément de preuve doit être rejeté lorsque les droits fondamentaux sont en jeu, l'analyse est en deux temps : il faut d'abord décider s'il a été « obtenu dans des conditions qui portent atteinte aux droits et libertés fondamentaux / *obtained under such circumstances that fundamental rights and freedoms are violated* », puis, si son « utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice / *use would tend to bring the administration of justice into disrepute* ».

[83] Ce n'est pas un choix : le décideur doit impérativement conclure que les deux critères de l'article sont satisfaits : *Amzallag c. Ville de Sainte-Agathe-des-Monts*, 2018 QCCA 1439 (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée (C.S. Can., 2019-07-04) 38536 et 38537). Un décideur qui passe outre à cette exigence et qui ne procède qu'à l'une ou l'autre des deux facettes de l'analyse ne respecte pas une règle impérative et sa décision ne peut être qualifiée de raisonnable.

[84] Cette question se pose dans le présent dossier.

[85] En ce qui a trait au premier volet de l'analyse, notre collègue estime que la décision est raisonnable. Nous sommes loin d'en être convaincus.

[86] L'arbitre décide que l'employeur n'avait aucun motif raisonnable (ou sérieux) lui permettant de mettre en doute l'honnêteté du comportement de la salariée avant de procéder à la surveillance. Pour conclure de la sorte, l'arbitre met en doute la crédibilité du médecin de l'employeur (D<sup>r</sup> Couturier) lorsque ce dernier décrit la scène dont il a été témoin dans le stationnement et l'arbitre estime qu'il était animé d'un préjugé défavorable à la salariée. Il ajoute que l'employeur n'a pas avisé la salariée de la suggestion de retour au travail pourtant formulée par le D<sup>r</sup> Couturier. Enfin, comme le précise notre collègue, l'arbitre identifie d'autres éléments de preuve qui, selon lui, démontrent l'inexistence de motifs raisonnables avant d'entamer la filature. Nous les reprenons pour faciliter la lecture : le D<sup>r</sup> Couturier n'a pas exclu le diagnostic de capsulite lors de son évaluation du 6 août; le 17 septembre, à la suite du deuxième

examen, le médecin dit qu'une arthrodistension n'est pas indiquée, alors qu'il l'avait pourtant recommandée dans son rapport du 6 août; rien ne permet de croire que la salariée s'est livrée à des activités incompatibles avec les limitations fonctionnelles décrites par le médecin dans son rapport du 6 août et aucune preuve en provenance de tiers n'existe à cet égard; la salariée a toujours collaboré et rien n'indique qu'elle a menti au D<sup>r</sup> Couturier.

[87] On voit donc que l'analyse de l'arbitre porte essentiellement sur les rapports du médecin, sur sa conduite, et essentiellement sur sa crédibilité, de sorte que la conclusion selon laquelle l'employeur ne possédait pas de motifs raisonnables se fonde en grande partie sur la décision de l'employeur (erronée, faut-il penser, selon l'arbitre) de croire son médecin.

[88] C'est pourtant la connaissance qu'avait l'employeur qui importe. Or, rien ne lui permettait de ne pas ajouter foi aux rapports de son médecin.

[89] De plus, dans son rapport du 17 septembre, le médecin fait plus que rapporter l'incident du stationnement; il précise que son examen objectif est incompatible avec les plaintes subjectives de la salariée. Comment reprocher à l'employeur de se baser sur cette opinion?

[90] Par ailleurs, l'arbitre laisse entendre que l'absence de corroboration par des tiers de l'existence d'activités incompatibles de la salariée sert à démontrer l'absence de motifs raisonnables. Pourtant, cela n'est pas une exigence retenue par la jurisprudence.

[91] Quant au préjugé défavorable, il était tout à fait raisonnable pour l'employeur, tout comme pour le D<sup>r</sup> Couturier, de prendre en considération le fait que la salariée avait fait de fausses représentations sur son état de santé en 2009. Ne pas en tenir compte relèverait d'un angélisme inapproprié.

[92] L'arbitre dénature en partie la preuve émanant du D<sup>r</sup> Couturier qui, le 17 septembre, dit avoir constaté des discordances importantes entre les limitations physiques et les symptômes mis de l'avant par la salariée, ce qui le mène à croire qu'elle limite volontairement ses mouvements et exagère ses symptômes. Le médecin refuse d'approuver le diagnostic de capsulite dès le 6 août, et il fait état d'incompatibilité entre les douleurs décrites par la salariée et les résultats des examens auxquels il s'est livré.

[93] Ne reste donc que l'absence de crédibilité du médecin retenue par l'arbitre. À moins d'une démonstration que l'employeur devait en venir lui aussi à cette conclusion, il est difficile de voir comment on peut retenir ce constat de fait pour conclure à l'absence de motifs raisonnables chez l'employeur.

[94] Il est vrai qu'un représentant de l'employeur n'a pas témoigné pour expliquer avoir fait confiance au médecin, que l'arbitre n'a pas cru. C'est vraisemblablement la seule justification qui pourrait, peut-être, permettre de conclure au caractère raisonnable de cet aspect de la décision.

[95] Cela étant, nous sommes d'avis qu'une conclusion formelle à cet égard n'est pas nécessaire tant le caractère déraisonnable de la décision est par ailleurs démontré au deuxième volet de l'analyse relative à l'exclusion de la preuve (déconsidération de l'administration de la justice), tenant pour acquis que la décision est raisonnable sur le premier volet.

[96] Même si notre collègue identifie dans la décision de l'arbitre des passages qui pourraient expliquer pourquoi la preuve est exclue (il y a un danger, ce faisant, de réécrire la décision pour lui faire dire plus que ce l'arbitre a dit, ce qui n'est pas le rôle de la Cour), il reste qu'un seul paragraphe de la décision porte sur cette question :

[68] Je ne crois pas que le deuxième volet de l'article 2858 C.c.Q. m'autorise à recevoir la preuve à laquelle l'Employeur veut avoir recours. Je fais mien, à cet égard, le raisonnement de l'arbitre Brault dans *Université Concordia*. Permettre que soit utilisé, dans la présente affaire, un élément de preuve constitué au mépris du droit de la Plaignante à sa vie privée, alors que j'en suis venu à la conclusion que l'Employeur n'avait même pas un motif raisonnable pour entreprendre une filature, banaliserait l'atteinte à un droit fondamental et laisserait entendre qu'une preuve autrement inadmissible le deviendrait simplement parce qu'elle confirme possiblement, *a posteriori*, un soupçon ou une impression. Dans les circonstances de la présente affaire, je suis d'avis que la seule impression du médecin consultant de l'Employeur ne constituait pas un motif raisonnable duquel il pouvait s'autoriser pour entreprendre la filature du 23 septembre. Je suis par conséquent d'avis que la pièce E-4, le DVD-R réalisé par le témoin Lapointe de la firme Bélanger & Associés, est inadmissible en preuve.

[97] Quoique l'arbitre ajoute par la suite que l'employeur avait d'autres options avant d'entreprendre la filature (par exemple dire à la salariée qu'elle était en mesure de reprendre son travail), il reste que l'essence de sa motivation se trouve au paragraphe 68 et que la suite n'est que périphérique. Or, qu'en est-il de ce paragraphe 68?

[98] D'abord, il vaut de préciser que la sentence de l'arbitre Brault (*Université Concordia et Syndicat des employées et employés de soutien de l'Université Concordia (K.S.)*, AZ-50678745), sur laquelle se fonde l'arbitre, ne lui est pas d'un grand secours. En effet, comme le souligne la juge de la Cour supérieure, il s'agit d'une filature d'une durée de huit jours, assortie d'un enregistrement vidéo de plus de 75 heures, mise en branle au motif que l'employeur, selon ses propres mots, « soupçonne » que la salariée travaille malgré sa dépression, et « trouve étrange » que la salariée ait obtenu de son médecin traitant une prolongation de son congé d'invalidité. On est loin d'une filature

d'une journée déclenchée après des semaines d'absence sur la base de rapports médicaux objectifs contredisant les allégations de la salariée qui au surplus, par le passé, a déjà exagéré la gravité de ses symptômes. Par ailleurs, dans sa sentence, l'arbitre Brault écrit : « la sanction judiciaire normale de cette atteinte est l'inadmissibilité en preuve de faits recueillis à l'occasion de ces manquements ». Bref, un autre cas où l'exclusion est quasi-automatique, sans autre examen, ce qui ne nous éclaire pas davantage sur la motivation de l'arbitre dans le présent dossier.

[99] Le raisonnement de l'arbitre ici est circulaire : comme le droit à la vie privée a été enfreint, la filature ayant eu lieu sans motifs raisonnables, mais plutôt sur la base d'impressions, l'arbitre ne se croit pas autorisé à admettre la preuve.

[100] L'analyse décrite dans le paragraphe 68 est contraire à la règle de droit (art. 2858 C.c.Q.). L'arbitre limite son examen au premier volet de l'analyse, sans aborder de quelque manière le second. En d'autres termes, selon lui, dès que les droits fondamentaux sont enfreints, l'élément de preuve doit être exclu. Ce n'est pas l'état du droit, et ce n'est pas parce que d'autres arbitres auraient conclu de la sorte que la décision devient pour autant raisonnable.

[101] Il fallait appliquer le test de la proportionnalité et considérer « [l]a gravité de la violation aux droits fondamentaux, tant en raison de sa nature, de son objet, de la motivation et de l'intérêt juridique de l'auteur de la contravention que des modalités de sa réalisation » pour savoir s'il est « inacceptable qu'une cour de justice autorise la partie qui l'a obtenue de s'en servir pour faire valoir ses intérêts privés? » : *Mascouche (Ville de) c. Houle*, [1999] R.J.Q. 1894 (C.A.), motifs du juge Gendreau, p. 42 et 43.

[102] De plus, la recherche de la vérité doit l'emporter si les circonstances ne sont « ni suffisamment graves ni suffisamment exceptionnelles pour que l'on déroge à la règle voulant que toute preuve pertinente soit en principe recevable (art. 2757 C.c.Q.) » : *Bellefeuille c. Morisset*, 2007 QCCA 535, paragr. 77.

[103] Somme toute, l'arbitre se méprend sur l'analyse que dicte l'article 2858 C.c.Q. à l'égard du second volet (déconsidération de l'administration la justice).

[104] Dans *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, [2011] 3 R.C.S. 708, la Cour reprend avec approbation les propos suivants du professeur Dyzenhaus quant au caractère raisonnable des motifs. Elle écrit :

[12] Il importe de souligner que la Cour a souscrit à l'observation du professeur Dyzenhaus selon laquelle la notion de retenue envers les décisions des tribunaux administratifs commande [TRADUCTION] « une attention respectueuse aux motifs donnés ou qui pourraient être donnés à l'appui d'une

décision ». Dans son article cité par la Cour, le professeur Dyzenhaus explique en ces termes **comment le caractère raisonnable se rapporte aux motifs** :

[TRADUCTION] Le « caractère raisonnable » s'entend ici du fait que les motifs étayent, effectivement ou en principe, la conclusion. Autrement dit, **même si les motifs qui ont en fait été donnés ne semblent pas tout à fait convenables pour étayer la décision**, la cour de justice doit d'abord chercher à les compléter avant de tenter de les contrecarrer. Car s'il est vrai que parmi les motifs pour lesquels il y a lieu de faire preuve de retenue on compte le fait que c'est le tribunal, et non la cour de justice, qui a été désigné comme décideur de première ligne, la connaissance directe qu'a le tribunal du différend, son expertise, etc., **il est aussi vrai qu'on doit présumer du bien-fondé de sa décision même si ses motifs sont lacunaires à certains égards**. [Je souligne.]

(David Dyzenhaus, « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », dans Michael Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 304)

[...]

[Caractères gras ajoutés]

[105] On ne peut voir dans la sentence des « motifs lacunaires » ou encore « pas tout à fait convenables pour étayer la décision », qualificatifs auxquels la Cour suprême réfère. Nous y voyons plutôt une situation où le seul motif invoqué pour exclure la preuve vidéo est contraire à la règle de droit. À notre avis, la déférence ne peut prévaloir en pareilles circonstances. On ne peut donc accorder, comme notre collègue le suggère, de l'importance à ce qui pourrait être implicite ou encore considérer le dossier dans son ensemble pour apprécier le caractère raisonnable du résultat.

[106] Nous ajoutons par ailleurs que même si nous devons nous livrer à cet exercice, le caractère raisonnable de la conclusion de l'arbitre ne ressort pas du dossier.

[107] Ici, la motivation de l'employeur était tout à fait légitime, comme en convient l'arbitre, et sa bonne foi n'est pas remise en question.

[108] L'employeur n'a pas décidé de procéder à la surveillance tout de go, directement, sans précaution. Au contraire, il a attendu plusieurs semaines après la confection de deux rapports par son médecin.

[109] Les moyens mis en place sont raisonnables, comme en convient également l'arbitre : la filature n'a duré qu'une journée, alors que la salariée était dans des endroits publics, à la vue de tous. Les attentes en matière de vie privée sont moindres lorsqu'il s'agit de lieux publics puisque, même sans la vidéo, des témoins auraient pu décrire les

activités de la salariée. Nous notons que la Cour supérieure a autorisé le dépôt d'une preuve de filature d'une durée de six jours, alors que la personne était sur sa propriété privée, mais à la vue d'autrui (voir *Droit de la famille – 182568*, 2018 QCCS 5311).

[110] Il n'y a eu aucun piège ni autre forme d'incitation pour pousser la salariée à se conduire de manière à contredire ses allégations. Il aurait certes été préférable que l'employeur demande à la salariée de revenir au travail avant de procéder à la filature. Une telle omission ne peut toutefois être déterminante puisque celle-ci mentionne au D<sup>r</sup> Couturier, le 17 septembre, ne pas avoir repris le travail, même léger, vu le refus de son médecin traitant de l'autoriser à ce faire avant l'arthrodistension. Rien ne permet de croire que la situation aurait été différente si elle avait été interrogée par l'employeur. De même, il est difficile de voir dans cette décision de l'employeur une tentative de « court-circuiter l'arbitrage médical », comme l'arbitre l'indique. Cet arbitrage n'aurait rien ajouté au dossier vu l'impossibilité qu'il puisse avoir lieu avant la date prévue de l'arthrodistension.

[111] Enfin, la conduite antérieure de la salariée doit être prise en compte.

[112] Dans ce contexte, pour citer la juge de la Cour supérieure, non seulement « une personne raisonnable considérera favorablement une administration de la justice qui permet la découverte de la vérité », mais en plus, il nous paraît établi que la décision de l'arbitre était déraisonnable, à tout le moins sur le second volet de l'analyse.

[113] C'est pourquoi nous rejeterions l'appel, malgré l'erreur de la juge de la Cour supérieure sur la norme de contrôle.

---

FRANÇOIS DOYON, J.C.A.

---

MANON SAVARD, J.C.A.