Bulletin d'information juridique à l'intention des entrepreneurs et des décideurs, Numéro 16

1 mars 2013

Auteur

Guillaume Laberge

Associé, Avocat

SOMMAIRE

Enregistrement des conversations téléphoniques des clients – Quelques conseils pratiques
Les agences de placement de personnel : Qui est responsable des obligations de retenues à la source?
Quels sont vos recours si vous croyez qu'un contrat est sur le point d'être octroyé ou a été octroyé à un autre soumissionnaire que vous?

ENREGISTREMENT DES CONVERSATIONS TÉLÉPHONIQUES DES CLIENTS — QUELQUES CONSEILS PRATIQUES

Guillaume Laberge

De nombreuses entreprises ont recours à l'enregistrement des appels de leurs clients. Les raisons pour recourir à cette pratique sont nombreuses. Pensons notamment à la vérification de la qualité du service, au traitement des plaintes ou encore à la formation des nouveaux employés.

Puisque ces enregistrements contiennent des renseignements personnels sur le client, certaines précautions doivent être prises au regard de la collecte et la conservation de ces renseignements. Soulignons par ailleurs que l'enregistrement et l'utilisation subséquente d'une conversation téléphonique sans consentement préalable peut, selon les circonstances, être considéré comme une atteinte à la vie privée[1].

Au Québec, la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*[2] (**LPRPSP**) ne prévoit pas de dispositions spécifiques pour encadrer cette pratique et à notre connaissance, la Commission d'accès à l'information ne s'est pas prononcée à ce jour sur le sujet.

Le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada a quant à lui publié des *Lignes directrices sur l'enregistrement des appels téléphoniques des clients*[3] destinées aux entreprises oeuvrant dans le secteur privé au Canada. Comme les obligations qui découlent de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*[4] (**LPRPDE**) sont

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

substantiellement similaires aux obligations qui découlent de la LPRPSP, nous sommes d'avis que ces lignes directrices doivent être suivies par les entreprises du Québec.

De l'avis du Commissariat, l'enregistrement des conversations téléphoniques avec les clients est permis en vertu de la LPRPDE à condition de respecter certaines exigences, applicables tant aux appels entrants qu'aux appels sortants.

D'abord, la cueillette de renseignements doit être motivée par un but précis. Au Québec, la LPRPSP mentionne expressément que « *la personne qui recueille des renseignements personnels afin de constituer un dossier sur autrui ou d'y consigner de tels renseignements ne doit recueillir que les renseignements nécessaires à l'objet du dossier* »[5]. Il y a donc lieu de penser que l'utilisation de ces enregistrements à des fins purement administratives serait difficilement justifiable au regard de ce critère. Les représentants du service à la clientèle doivent donc demeurer prudents lors de ces conversations téléphoniques enregistrées et s'abstenir de poser des questions ou d'émettre des commentaires qui entraîneraient la collecte de renseignements qui seraient étrangers aux motifs de cet enregistrement.

Il est également mentionné aux lignes directrices que pour se conformer à la LPRPDE, il est nécessaire d'informer la personne que l'appel pourrait être enregistré, et ce, dès le début de la conversation. À ce sujet, précisons que le consentement du client peut être obtenu de diverses façons. Ce dernier peut être informé verbalement par un enregistrement automatique ou encore par le biais d'un représentant du service à la clientèle. Selon les lignes directrices du Commissariat, la notification pourrait également se faire par l'inscription d'une mention claire à cet effet sur les relevés mensuels envoyés au client.

De plus, un effort raisonnable doit être fait pour s'assurer que la personne est informée des motifs de l'enregistrement. Il est important de retenir que l'entreprise doit énoncer clairement la justification véritable de l'enregistrement. Elle ne doit pas, par exemple, dire qu'elle enregistre la conversation à des fins de contrôle de la qualité si, dans les faits, l'enregistrement est utilisé à d'autres fins, aussi légitimes puissent-elles être.

On peut cependant déduire le consentement tacite de l'interlocuteur si ce dernier, sachant que la conversation est enregistrée et connaissant les buts de l'enregistrement, continue la conversation sans s'y opposer. Si la personne refuse que l'appel soit enregistré, des solutions de rechange valables doivent lui être offertes. Ces solutions pourraient consister à ne pas enregistrer l'appel ou à demander à la personne de se déplacer en personne à une succursale ou un point de vente, ou encore de soumettre sa plainte, sa question ou son commentaire en ligne ou par la poste. Ces alternatives n'ont pas selon nous à être proposées sur-le-champ et peuvent être mentionnées par exemple dans la politique sur la vie privée de l'entreprise ou dans une mention apparaissant sur l'état de compte mensuel du client.

Hormis quelques exceptions, l'appel téléphoniquene peut donc être enregistré qu'avec le consentement, exprès ou tacite, de la personne dont on recueille les renseignements. Parmi ces cas d'exceptions où la LPRPDE ne requiert pas le consentement de l'interlocuteur, mentionnons les appels effectués dans le but de recouvrer une créance ou d'enquêter sur une fraude potentielle.

Dans ces circonstances, l'obtention d'un consentement préalable pourrait nuire à la capacité de l'entreprise d'obtenir des renseignements exacts.

Mentionnons en terminant que ces lignes directrices traitent uniquement de la protection des renseignements personnels des clients. Or, l'enregistrement des conversations téléphoniques peut également avoir un impact sur le droit à la vie privée des employés concernés. Il nous apparaît donc nécessaire que ces employés soient informés de cette pratique et de sa raison d'être.

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

[1] *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 35 et 36.

[2] L.R.Q., c. P-39.1.

[3] Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, *Lignes directrices sur l'enregistrement des appels téléphoniques des clients*, 10 juin 2008, disponible en ligne : [https://www.priv.gc.ca/resource/fs-fi/02_05_d_14_f.asp].

[4] L.C. 2000, c. 5.

[5] Art. 5 LPRPSP.

LES AGENCES DE PLACEMENT DE PERSONNEL : QUI EST RESPONSABLE DES OBLIGATIONS DE RETENUES À LA SOURCE?

Carolyne Corbeil

Les employeurs au Québec ont de plus en plus recours à des agences de placement de personnel afin de répondre rapidement à leur besoin ponctuel de travailleurs. Alors que ce nouveau modèle d'affaires gagne en popularité et offre de nombreux avantages, il bouleverse également la relation d'emploi traditionnelle bipartite « employeuremployé ». Ainsi, l'agence de placement de personnel, à titre d'intermédiaire, avec le client et le travailleur forment dès lors une relation de travail tripartite. Il convient alors de se demander si la relation d'employeuremployé demeure et dans l'affirmative, à qui incombent les obligations de retenues à la source (ci-après, « **RAS** »). C'est à ces dernières questions qu'a récemment répondu la Cour du Québec dans la décision *Agence Océanica inc.* c. *Agence du revenu du Québec*[1].

LES FAITS

L'agence de placement de personnel Océanica (ci-après « **Océanica** ») est une agence de placement de personnel infirmier qui répond aux besoins à court terme des hôpitaux, des CHSLD et des CLSC (ci-après, les « **Clients** »). Océanica agit à titre d'intermédiaire entre les Clients et les infirmiers. Les Clients informent Océanica de leurs besoins en personnel infirmier et Océanica s'occupe du recrutement. Sur les lieux de travail des Clients, les infirmiers répondent aux directives des Clients, notamment quant aux tâches à accomplir et aux méthodes de travail et ils agissent sous la supervision des Clients. Océanica facture aux Clients la rémunération de l'infirmier majorée d'une marge de profit. Il ressort principalement des témoignages des infirmiers travaillant pour Océanica que ceux-ci n'ont pas de contrat de travail écrit avec Océanica, qu'ils n'assument pas de risque de profit ou de perte et qu'ils défraient leur dépense d'emploi eux-mêmes sans être remboursés par Océanica.

Océanica considère les infirmiers à titre de travailleurs autonomes plutôt qu'à titre de salariés. Ainsi, la rémunération versée aux infirmiers ne fait pas l'objet des RAS applicables au Québec, soit celles du RRQ, RQAP, FSS et CNT.

Pour sa part, l'Agence du revenu du Québec (ci-après, l'« **ARQ** ») affirme que les infirmiers ne sont pas des travailleurs autonomes, mais des salariés, et elle cotise de ce fait Océanica pour les droits, pénalités et intérêts relatifs aux RAS mentionnées précédemment sur la rémunération versée aux infirmiers.

Océanica porte alors la cotisation de l'ARQ en appel devant la Cour du Québec afin que celle-ci détermine si les infirmiers agissent à titre de salariés ou de travailleurs autonomes.

LA DÉCISION DE LA COUR DU QUÉBEC

À la suite d'une revue globale des définitions portant sur la notion d'employeur et d'employé en vertu des différentes lois fiscales, la Cour admet que ces définitions sont peu étoffées et qu'elles ne sont

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

pas d'un grand recours afin de qualifier une relation aussi complexe que celle qui unit Océanica et ses infirmiers. Néanmoins, la Cour constate que le versement de la rémunération revêt une importance particulière afin de qualifier d' « employeur » une personne aux fins de la *Loi sur les impôts*[2] (Québec).

Quant aux notions du *Code civil du Québec*[3] portant sur le contrat de travail, la jurisprudence québécoise a discuté à maintes reprises du fait que le contrat de travail s'analyse en lien avec ses trois composantes, soit le travail, la rémunération et la subordination. Le lien de subordination étant le critère principal dans la détermination du statut d'employé. Toutefois, dans le contexte d'une relation tripartite impliquant un intermédiaire plutôt que dans le cadre d'une relation d'emploi classique entre deux parties, la recherche du véritable employeur à la lumière du lien de subordination présente des difficultés. Ainsi, une analyse globale et plus large du critère portant sur la subordination juridique des employés doit être effectuée en y intégrant d'autres critères tels que la sélection, l'embauche, la formation, la discipline, l'évaluation, etc. Or, la Cour adopte une analyse plus globale de la relation entre Océanica et ses infirmiers de sorte qu'elle ne se limite pas aux fonctions des infirmiers et au degré de supervision effectuée par Océanica sur ceux-ci.

Le fait de partager une partie des activités de l'employeur classique (c.-à-d. le recrutement, la formation, la supervision) entre Océanica et les Clients ne modifie pas la nature du travail des infirmiers en soi. En effet, en l'absence des Clients pour offrir l'emploi et d'Océanica pour établir les liens avec les Clients et les infirmiers, les infirmiers ne pourraient pas offrir leur prestation de travail. Les infirmiers sont intégrés dans l'entreprise des Clients et ils agissent sous la supervision des Clients. Les infirmiers n'administrent pas une entreprise. Prétendre que les infirmiers sont des travailleurs autonomes du fait qu'Océanica ne possède pas à elle seule tous les attributs de l'employeur classique engendrerait un résultat absurde. Pour ces raisons, la Cour est d'avis qu'il est erroné de prétendre que les infirmiers d'Océanica sont des travailleurs autonomes.

La Cour conclut donc que les infirmiers sont des salariés d'Océanica. En effet, la Cour affirme qu'en s'intégrant dans la relation classique entre les Clients et les infirmiers, Océanica prend en charge certaines tâches, dont le recrutement et le paiement de la rémunération aux infirmiers. Or, la Cour conclut qu'Océanica agit à titre de mandataire du Client et s'oblige en son nom de sorte qu'Océanica devient responsable des obligations fiscales du Client, en application avec la notion de mandataire prévue au *Code civil du Québec*[4].

COMMENTAIRE

L'approche de la Cour dans le cadre de cette décision est en quelque sorte scindée en deux volets. D'abord, la Cour rejette l'argument d'Océanica à l'effet que les infirmiers sont des travailleurs autonomes. Ensuite, comme les infirmiers sont des employés, la Cour se doit de déterminer qui est redevable des RAS. La Cour accorde alors beaucoup d'importance à la personne qui paie la rémunération pour en arriver à sa conclusion que les infirmiers sont des salariés d'Océanica puisqu'Océanica verse la rémunération directement aux infirmiers.

A priori, cette décision confirme le rôle des agences de placement de personnel à titre d'employeur des travailleurs de même que leurs obligations de prélever les RAS du Québec sur la rémunération versée aux travailleurs. Ainsi, il faut rappeler que les agences de placement de personnel se doivent de demeurer vigilantes relativement au statut de leur personnel et aux charges fiscales qui leurs incombent.

Cependant, la conclusion de la Cour concernant la relation de mandantmandataire entre Océanica et les Clients peut porter à confusion. En effet, cette conclusion nous laisse perplexe face à une situation où l'agence de placement de personnel serait délinquante et ne prélèverait pas les RAS exigibles. Enfin, il est à noter qu'Océanica a inscrit la décision en appel auprès de la Cour d'appel

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

du Québec. En espérant que la Cour d'appel du Québec en profitera pour clarifier la conclusion de la Cour du Québec. Nous suivrons de près ces développements. D'ici là, la prudence est de mise…

---

[1] 2012 QCCQ 5370.

[2] L.R.Q., c. I-3 et mod.

[3] L.Q. 1991, c. 64 (« C.c.Q. »).

[4] Article 2157 du C.c.Q.

QUELS SONT VOS RECOURS SI VOUS CROYEZ QU'UN CONTRAT EST SUR LE POINT D'ÊTRE OCTROYÉ OU A ÉTÉ OCTROYÉ À UN AUTRE SOUMISSIONNAIRE QUE VOUS ?
Julie Cousineau

Des questions concernant la légalité des processus d'appels d'offres sont régulièrement soumises aux tribunaux. Évidemment, lorsque les contrats visés par les appels d'offres sont importants, les entreprises qui se sont soumises aux processus en question ont chacune intérêt et la volonté d'obtenir les contrats visés.

Que faire si votre entreprise n'a pas obtenu le contrat tant convoité ? Vous trouverez ci-après une brève description des recours juridiques disponibles à la lumière de la jurisprudence récente. Il est à noter que les recours décrits ci-après peuvent être entrepris contre toutes entreprises (publique ou privée). Cependant, dans le cas d'un recours contre le gouvernement lui-même, il ne sera pas possible d'entreprendre de recours en injonction contre celui-ci, mais il sera possible d'obtenir une ordonnance de sauvegarde dans des circonstances exceptionnelles. (Nous n'aborderons pas ces circonstances dans le présent texte.)

Avant toute chose, assurez-vous d'avoir répondu à l'intégralité des demandes et formalités de l'appel d'offres. En effet, il va de soi que les tribunaux ne pourront pas sanctionner un donneur d'ouvrage au profit d'un soumissionnaire qui n'a pas respecté les règles établies dans les documents d'appel d'offres[1]

RECOURS GÉNÉRAL : LES DOMMAGES ET INTÉRÊTS
Plusieurs recours s'offrent aux soumissionnaires qui se croient lésés. Le plus souvent, ceux-ci entreprendront un recours en dommages et intérêts pour être compensés de la perte qu'ils ont subie et du profit dont ils sont privés. Les profits perdus devront être prouvés au moyen d'une preuve bien documentée afin que les soumissionnaires concernés puissent obtenir les montants escomptés et ceux-ci ne seront octroyés que s'il est clairement prouvé que le contrat aurait dû leur être octroyé. Il est important de noter que la preuve des dommages se traduit généralement par le dévoilement d'information sensible appartenant à l'entreprise qui se sent lésée, telle que les marges de profit ou les états financiers.

Par ailleurs, advenant qu'un soumissionnaire participe à un second processus d'appel d'offres lancé par le donneur d'ouvrage et qu'il a participé au premier appel d'offres (dans les cas où le premier appel d'offres a été annulé), son recours en dommages et intérêts entrepris ultérieurement pourra être rejeté au motif qu'il aurait renoncé à ce recours en décidant de soumissionner sur le second appel d'offres.[2]

DEMANDE DE JUGEMENT DÉCLARATOIRE OU RECOURS EN NULLITÉ
Parfois, le soumissionnaire qui se croit lésé voudra faire déclarer par la Cour que le processus suivi par le donneur d'ouvrage n'a pas été respecté ou qu'il doit être annulé, notamment dans les cas où ce donneur d'ouvrage est une entité publique soumise à une loi particulière qui prévoit un cadre pour le processus d'appel d'offres (ex. : *Loi sur les cités et villes et Loi sur les contrats des*

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

organismes publics). Dans ces cas, le soumissionnaire pourra entreprendre un recours pour obtenir un jugement déclaratoire ou en nullité pour faire déclarer que le processus entrepris est nul. Le but principal de ces recours est d'obtenir une réponse à une question claire soumise à la Cour.

INJONCTION OU DEMANDE DE SAUVEGARDE

Le soumissionnaire qui se croit lésé pourra également demander à la Cour une ordonnance d'injonction ou de sauvegarde pour faire suspendre le processus enclenché (de façon temporaire et accessoire à un autre recours ou de façon permanente). Il est important de savoir, cependant, qu'il est difficile d'obtenir gain de cause par voie d'injonction notamment parce que les critères établis sont quelque peu difficiles à respecter dans le contexte d'appels d'offres. L'injonction est un recours exceptionnel et les tribunaux ayant discrétion pour l'accorder ou la refuser se garderont d'intervenir dans un processus régi par des règles édictées par la loi ou les parties.

Pour obtenir une ordonnance d'injonction, les critères suivants devront être remplis : apparence de droit, préjudice sérieux ou irréparable et balance des inconvénients.

L'apparence de droit s'applique notamment lorsque le demandeur (soumissionnaire lésé) démontre à la Cour que le processus ne respecte pas les lois applicables (en matière publique notamment) ou que le donneur d'ouvrage n'a pas respecté le processus qu'il a lui-même mis en place, ou qu'il existe une irrégularité majeure dans le processus. En effet, le principe de l'égalité des soumissionnaires est un principe de base en matière d'appel d'offres qui a été réitéré à maintes reprises par les tribunaux. Ce critère n'est généralement pas trop difficile à respecter.[3]

Une fois cette apparence établie, le soumissionnaire devra démontrer qu'il subirait un préjudice irréparable ou sérieux, c'est-àdire qui ne pourrait être compensé par des dommages et intérêts. Ce critère est plus difficile à remplir puisque dans plusieurs cas soumis à la Cour, celle-ci en vient à la conclusion que le préjudice pourra être compensé ultimement par des dommages et intérêts basés sur les profits espérés par le soumissionnaire requérant. Il est à noter que la perte d'expertise, si le contrat n'est pas octroyé au soumissionnaire, mais plutôt à son concurrent, et les difficultés à évaluer le montant des dommages (en raison de calculs mathématiques complexes) n'ont pas été jugés comme des préjudices irréparables.[4] À l'opposé, dans la mesure où le soumissionnaire pourra démontrer que son entreprise risque de fermer, le tribunal sera plus enclin à émettre l'ordonnance.[5]

Enfin, si le tribunal juge que le droit sur lequel se base le requérant n'est pas parfaitement clair, le tribunal devra décider laquelle des parties subirait le plus grand inconvénient si l'ordonnance était rendue. À ce chapitre, dans la mesure où l'appel d'offres concerne un organisme public, il est à noter que celui-ci bénéficiera d'une présomption que le contrat visé par l'appel d'offres est fait dans l'intérêt public et l'organisme aura plus de facilité à faire pencher la balance en sa faveur comparativement à un intérêt privé. Par contre, il existe des cas impliquant des organismes publics où le tribunal, devant l'ampleur de l'illégalité commise par l'organisme public, conclura qu'il est dans l'intérêt des parties et du public que la question de la légalité soit tranchée et qu'entre-temps, le processus soit suspendu.[6]

Enfin, l'urgence de la situation devra être considérée par le tribunal à certaines étapes des demandes pour l'obtention d'ordonnances d'injonction et de sauvegarde.

CONCLUSION

Lorsque vous vous sentez lésés dans un contexte d'appel d'offres, il est important d'évaluer rapidement les solutions qui s'offrent à vous. Dépendant des faits et des questions de droit soulevés, le choix d'un recours ou d'un autre sera plus indiqué. Dans tous les cas, il est nécessaire de ne pas trop attendre avant d'évaluer les solutions qui seront les plus appropriées afin de pouvoir bénéficier de tous les recours disponibles.

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

[1] *Simplex Grinnel inc.* c. *Cégep de Sainte-Foy*, 2012 QCCS 4512.

[2] *Entreprises Léopold Bouchard & Fils inc.* c. St-Tharcisius (*Municipalité de*), 2012 QCCS 4071 (inscription en appel).

[3] *RJR-McDonald inc.* c. *Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, p.46.

[4] *Entrepreneur général Uuchii inc.* c. *Québec* (Procureur général), 2012 QCCS 4500.

[5] *Orthofab inc.* c. *Régie de l'assurance maladie du Québec*, 2012 QCCS 1876.

[6] Idem note 5.

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.