

Occupational Health
and Safety Tribunal Canada



Tribunal de santé et
sécurité au travail Canada

Canada

Date : 2022-01-24
Dossier : 2019-04

Entre :

Jim Heaney, Chris Langman et Mark Love, appelants

et

Service correctionnel Canada, intimé

Indexé sous : *Heaney et autres c. Service correctionnel Canada*

Affaire : Appel interjeté en vertu du paragraphe 129(7) du *Code canadien du travail* à l'encontre d'une décision d'absence de danger rendue par un délégué officiel de la ministre du Travail.

Décision : L'appel est rejeté en raison de son caractère théorique.

Décision rendue par : M. Jean-Pierre Aubre, agent d'appel

Langue de la décision : Anglais

Pour les appelants : M. Kerwin J. Myler, conseiller syndical, CSN

Pour l'intimé : M^e Patrick Turcot, avocat, Services juridiques du Secrétariat du Conseil du Trésor

Référence : 2022 TSSTC 1

MOTIFS DE LA DÉCISION

[1] La décision qui suit porte sur un appel interjeté par les appelants Jim Heaney, Chris Langman et Mark Love, agents correctionnels (AC) à l'emploi de Service correctionnel Canada (SCC) à l'Établissement de Collins Bay (ECB), un établissement à sécurité maximale et moyenne situé à Kingston, en Ontario.

[2] Le présent appel a été interjeté en vertu du paragraphe 129(7) du *Code canadien du travail* (le *Code*) à l'encontre d'une décision d'absence de danger rendue le 23 janvier 2019 par Peter Mahase, délégué officiel de la ministre du Travail (le délégué de la ministre), à l'issue de l'enquête qu'il a menée sur le refus de travailler exercé par les appelants le 16 janvier 2019. Cette décision d'absence de danger concerne une situation survenue à l'ECB, où les appelants ont invoqué leur droit de refuser d'effectuer un travail dangereux à la suite de renseignements obtenus du Service du renseignement de sécurité. Selon ces renseignements, des détenus de l'unité 9 (unité à sécurité moyenne) étaient en possession de munitions (six cartouches de calibre .22), lesquelles, de l'avis des appelants, auraient pu être utilisées comme une arme contre des AC au cours d'une fouille effectuée aux termes de l'article 53 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (la *Loi*), ce qui requiert d'ouvrir la porte des cellules afin d'en faire sortir les détenus.

[3] Au moment de leur refus, les appelants Love et Langman travaillaient dans l'unité à sécurité moyenne de l'ECB et l'appelant Heaney, dans l'unité à sécurité maximale.

[4] Le 12 mars 2021, j'ai tenu une téléconférence avec les parties afin de discuter, entre autres, de la façon de procéder pour entendre l'affaire, compte tenu de la pandémie de COVID-19 et des directives en matière de santé publique. À la suite de la téléconférence, j'ai décidé qu'il était approprié de trancher l'appel à partir d'observations écrites. Ainsi, la décision qui suit a été rendue sur la foi de la preuve qu'a recueillie le délégué de la ministre et de son rapport d'enquête, ainsi que sur la foi de la preuve documentaire et des observations écrites des parties.

Contexte

[5] Le 15 janvier 2019, les agents de renseignements de sécurité (ARS) de l'ECB ont informé le directeur adjoint A. Hale qu'ils avaient reçu des renseignements fiables selon lesquels [traduction] « environ une demi-douzaine de munitions de calibre .22 » se trouvait dans l'unité à sécurité moyenne, allégation qui a été examinée dans le cadre du processus d'Évaluation de la menace et des risques balistiques (EMRB). Cette évaluation a été formalisée et signée par les directeurs adjoints Jack Coimbra et A. Hale le 16 janvier 2019 et, par l'ARS L. Collette le 17 janvier 2019.

[6] Le 15 janvier 2019 vers 14 h 30, le directeur adjoint Hale a rencontré les représentants syndicaux de la section locale pour les informer de la situation, à la suite de quoi il a été décidé de confiner, à leur cellule, les détenus de l'unité à sécurité moyenne afin de

faciliter l'exécution d'une fouille aux termes de l'article 53, aussi appelée fouille en situation de confinement. La fouille devait avoir lieu immédiatement après le dénombrement de 16 h, lequel exige que tous les détenus réintègrent leur cellule aux fins de la prise des présences et de comptabilisation.

[7] Le dénombrement a donné le résultat attendu. Or, les détenus de l'unité à sécurité moyenne sont demeurés confinés à leur cellule, tandis que ceux des unités à sécurité maximale et minimale ont pu poursuivre leurs activités habituelles. Ainsi, le repas des détenus de l'unité à sécurité moyenne a été livré, à la cellule des détenus, par des AC portant un gilet pare-balles qui, avant d'ouvrir la porte de leur cellule, ordonnaient aux détenus de demeurer à l'arrière de la pièce et de garder les mains visibles.

[8] L'EMRB avait conclu à un niveau de menace « faible » au motif que, si les renseignements obtenus portaient sur la présence de munitions, rien cependant n'indiquait la présence d'un mécanisme de propulsion balistique ou d'une intention de mettre une menace à exécution. Ainsi, c'est en application de l'EMRB que le plan d'action, lequel a d'emblée été adopté par l'intimé, prévoyait un confinement et une fouille selon les mêmes modalités que celles prévues à l'article 53. Ce plan indiquait ce qui suit :

[Traduction] L'unité à sécurité moyenne a été confinée. L'évaluation initiale justifiait un confinement et une fouille selon les mêmes modalités que celles prévues à l'article 53. De l'équipement de protection individuelle (c'est-à-dire des gilets pare-balles) sera fourni aux membres du personnel chargé d'effectuer la fouille et de déplacer les détenus hors de la zone ou des unités où existe actuellement une menace. Chaque détenu fera l'objet d'une fouille individuelle à l'aide d'un détecteur de métal portatif et d'un chien renifleur de drogue, ainsi que d'une fouille à nu, avant d'être transféré dans l'unité 4, laquelle a été déclarée exempte de menace balistique. Lorsque tous les détenus auront été retirés de leur unité respective, ces cellules seront fouillées par du personnel qualifié.

[9] L'article 53 de la *Loi* dont fait mention le plan d'action de l'EMRB est ainsi libellé :

53(1) Le directeur peut, par écrit, autoriser la fouille par palpation ou à nu de tous les détenus de tout ou partie du pénitencier s'il est convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de croire, d'une part, que la présence d'un objet interdit menace sérieusement la vie ou la sécurité de quiconque, ou celle du pénitencier, d'autre part, que la fouille est nécessaire afin de saisir l'objet et d'enrayer la menace.

[10] Il ressort du rapport du délégué de la ministre, ainsi que de la description des faits qu'ont donnée les parties en l'espèce, que les membres du personnel opérationnel, y compris les appelants, étaient d'avis que, même avec un gilet pare-balles, l'approche adoptée dans le plan d'action était dangereuse, compte tenu de la présence de munitions réelles ainsi que de la formation insuffisante des employés en matière d'exécution de fouilles dans de telles conditions de menace balistique et, donc, que cette situation constituait une menace sérieuse. En conséquence, le directeur a, à 20 h, sommé l'équipe

d'intervention d'urgence (EIU) de procéder à une fouille aux termes de l'article 53; l'EIU est arrivée sur place à 23 h. À ce moment-là, les chefs de l'EIU ont convenu que, pour exécuter une telle fouille, leurs normes d'activation exigeaient qu'ils soient pourvus d'une arme courte en plus du reste de leur équipement, c'est-à-dire un gilet pare-balles, un casque et un bouclier. Le directeur adjoint Hale a refusé d'accéder à cette demande et, par conséquent, les membres de l'EIU ont refusé de poursuivre leur travail dans ces conditions. L'EIU a donc quitté l'établissement vers 1 h le 16 janvier 2019, sans avoir effectué de fouille aux termes de l'article 53, avisant l'employeur qu'une telle fouille n'était pas nécessaire puisque l'EMRB avait conclu à un risque faible.

[11] Vers 1 h 05 le 16 janvier 2019, comme la fouille aux termes de l'article 53 n'avait toujours pas été exécutée dans l'unité à sécurité moyenne, son confinement a été ordonné, car le personnel maintenait son refus d'effectuer une fouille dans les conditions qui prévalaient. Plus tard dans la journée, le confinement de l'unité à sécurité moyenne a été suivi de celui, à leur cellule, des détenus de l'unité à sécurité maximale puisque le personnel affecté à cette unité refusait également de procéder à la fouille demandée. Les appelants ont formalisé leurs refus de travailler à 8 h 45 le 16 janvier 2019, faisant tous référence à la relative porosité entre les niveaux de sécurité au sein de l'ECB, ce qui suggérait que les munitions auraient pu être déplacées par les détenus dans plusieurs unités, y compris l'unité à sécurité maximale. Ils demandaient donc que la fouille aux termes de l'article 53 soit effectuée par l'EIU, qui est équipée pour faire face aux menaces balistiques.

[12] Alors que l'employeur a, à l'issue de son enquête sur les refus, conclu qu'il n'existait pas de danger, les représentants de l'employeur (Hyndman) et des employés (Bakker), tous deux membres du comité mixte qui, ultérieurement, a mené sa propre enquête, en sont arrivés à des conclusions opposées. En effet, le représentant des employés était d'avis que le danger subsistait tant qu'une fouille aux termes de l'article 53 n'était pas effectuée et que ce danger ne constituait pas une condition normale d'emploi. En revanche, le représentant de l'employeur avait conclu à l'absence de danger et que, si un tel danger existait, il constituait une condition normale d'emploi.

[13] L'enquête qui a suivi, laquelle a été menée par le délégué de la ministre et a conduit à une conclusion d'absence de danger, reposait principalement sur le raisonnement du Tribunal de santé et sécurité au travail Canada (le Tribunal) dans l'affaire *Dan Bradford c. Service correctionnel du Canada*, 2013 TSSTC 38 (*Bradford*), dont les circonstances sont à plusieurs égards similaires et où l'agent d'appel a, au paragraphe 71, conclu ce qui suit :

[71] Par conséquent, à mon avis et en tenant compte du témoignage de l'AC Bradford, les éléments suivants doivent être présents dans une cellule pour qu'un AC soit blessé pendant une fouille de cellule comme celle décrite ci-dessus :

- i. la présence d'une **autre** balle;
- ii. un mécanisme destiné à propulser la balle, comme un pistolet bricolé;
- iii. un détenu prêt à tirer sur un AC.

(non souligné dans l'original)

[14] Sur ces trois éléments, le délégué de la ministre a d'abord convenu, sur la foi du rapport des ARS, de la présence d'un certain nombre de balles de calibre .22 dans l'établissement. Néanmoins, au regard des deux derniers éléments, il a ensuite conclu qu'il n'existait aucune information probante quant à la présence ou à l'existence de pistolets bricolés ou de fortune au sein de l'établissement. Une balle de calibre .22 prise isolément, en l'absence d'arme à feu traditionnelle ou de fortune, n'est pas considérée comme dangereuse ou susceptible de blesser gravement une personne. De surcroît, aucun renseignement de sécurité n'indiquait qu'un détenu avait l'intention de tirer sur un AC, bien que, compte tenu de la nature imprévisible du comportement humain, l'on puisse déduire en toute logique qu'un détenu en possession d'une balle de calibre .22 pourrait spontanément en faire usage pour blesser un AC, s'il en avait les moyens. Finalement, la fouille en question a été exécutée par des gestionnaires correctionnels portant un gilet pare-balles.

Question en litige

[15] Existait-il un danger pour les appelants au moment où l'employeur et intimé, qui avait reçu des renseignements de sécurité indiquant la présence de munitions de calibre .22 (six cartouches) dans l'établissement (l'unité à sécurité moyenne), a ordonné aux employés et appelants, qui portaient un gilet pare-balles, de procéder à une fouille pour trouver lesdites munitions et au cours de laquelle ils devaient ouvrir la porte des cellules et en faire sortir les détenus? Ce qui précède constituerait la question de fond dans le présent pourvoi, laquelle doit être tranchée après avoir dûment examiné le bien-fondé de l'affaire selon la prépondérance des probabilités.

[16] Toutefois, avant de procéder à un tel examen, je devrai d'abord statuer sur la question du caractère théorique de l'appel, laquelle a été soulevée par l'intimé dans ses observations écrites. Normalement, une telle question aurait été traitée à titre de question préliminaire, voire dans une première décision distincte. Compte tenu des circonstances inhabituelles dans lesquelles se trouve le Tribunal, qui doit entendre le présent pourvoi en se fondant sur des observations écrites, il est plus pratique pour le soussigné de présenter ci-après les observations complètes des parties avant de statuer sur la question du caractère théorique de l'appel.

Observations des parties

Observations des appelants

[17] En premier lieu, les appelants contestent la conclusion d'absence de danger à laquelle est parvenu le délégué Mahase. Ils soutiennent que ce dernier a erré en s'appuyant sur le raisonnement du Tribunal et le critère énoncé dans la décision *Bradford*, précitée, de même qu'en les appliquant au présent litige, car, ce faisant, le délégué de la ministre a omis de tenir compte d'une différence fondamentale introduisant

un facteur distinctif déterminant entre les deux affaires. Dans la présente affaire, les munitions soupçonnées et recherchées n'ont pas été trouvées et, par conséquent, il demeurait possible que des détenus soient en leur possession. Or, dans l'affaire *Bradford*, précitée, la seule balle réelle dont l'existence était connue avait bel et bien été trouvée et saisie dès le début de l'incident, ce qui avait amené l'agent d'appel à conclure que, « pour que les circonstances de la situation puissent donner lieu à des blessures, il fallait que d'autres balles se trouvent à l'intérieur de l'établissement ». De même, l'agent d'appel avait estimé qu'aucun élément de preuve laissant croire à la présence d'autres balles à l'intérieur de l'établissement ne lui avait été présenté.

[18] Par conséquent, les appelants étayaient leur argument selon lequel il y aurait une différence fondamentale entre les deux affaires en soulignant qu'en l'espèce, la fouille avait été demandée après avoir reçu des renseignements de sécurité indiquant la présence de munitions (six cartouches) à l'intérieur de l'établissement et en la possession de détenus, alors que dans l'affaire *Bradford*, précitée, il n'existait pas de tel renseignement laissant croire que des détenus étaient en possession de munitions réelles.

[19] Les appelants reconnaissent toutefois que, en ce qui concerne les trois éléments mentionnés dans la décision *Bradford*, précitée, qui doivent être présents pour pouvoir conclure à l'existence d'un danger, les deux affaires sont similaires, car, dans les deux cas, aucun élément de preuve n'indique qu'un dispositif balistique était en la possession de quelque détenu que ce soit. Par conséquent, les appelants font valoir que le délégué Mahase n'a pas pris en considération, de façon adéquate, le risque relativement plus élevé en 2019 quant à l'introduction ou à la fabrication clandestine de dispositifs balistiques dans un milieu carcéral comme l'ECB.

[20] Renvoyant à l'EMRB réalisée, les appelants soulignent que la présence de munitions ou d'un dispositif balistique est un indicateur de seuil ou une exigence minimale pour que soit appliquée l'EMRB par SCC. Ce cadre d'analyse s'applique systématiquement en présence d'une menace balistique. Il s'agit là d'un autre élément distinctif entre la présente affaire et la décision *Bradford*, précitée, où jamais il n'y avait eu d'obligation manifeste de procéder à une EMRB, car l'unique balle en cause avait été trouvée et, donc, aucune présence de munition ne pouvait justifier de recourir à une EMRB. En outre, les appelants laissent entendre que la décision *Bradford*, précitée, constitue un précédent [traduction] « insuffisant », car elle présente une analyse incomplète du troisième élément recherché dans le cadre d'une EMRB, à savoir la présence d'un « détenu prêt à tirer » ou d'une [traduction] « intention de causer un préjudice ». Les appelants proposent plutôt de rechercher des indications sur la marche à suivre en recourant à la décision de la Cour fédérale dans l'affaire *Verville c. Canada (Service correctionnel)*, 2004 CF 767 (*Verville*), ainsi qu'à celle du Tribunal dans l'affaire *Service correctionnel du Canada c. Mike Laycock*, 2017 TSSTC 21 (*Laycock*), confirmée par la Cour fédérale dans la décision *Canada (Procureur général) c. Laycock*, 2018 CF 750 (*Laycock 2*), relativement à la question des agressions spontanées à l'endroit d'AC.

[21] Les appelants font valoir qu'une EMRB peut être déclenchée par la présence de trois éléments, à savoir la présence de munition ou, à titre subsidiaire, la présence d'un

dispositif balistique dans l'établissement ou celle d'une [traduction] « intention de mettre une menace à exécution », c'est-à-dire une intention de causer un préjudice. Ils ajoutent que, dans de telles conditions, la direction de SCC, une fois informée de la présence de munitions réelles à l'intérieur de l'ECB, avait l'obligation de réaliser une EMRB le 15 janvier 2019, ce qu'elle a fait.

[22] Par conséquent, renvoyant aux décisions *Verville* et *Laycock*, précitées, les appelants soutiennent que ces précédents corroborent le point de vue selon lequel, pour déterminer la présence d'une [traduction] « intention de mettre une menace à exécution », la norme en matière de preuve devrait être très peu élevée, et ce, en raison de la nature imprévisible de l'environnement carcéral et du comportement des détenus eux-mêmes. Les appelants avancent donc que, compte tenu des tensions constantes au sein de l'ECB et de son statut d'établissement à sécurité moyenne et maximale, cette norme en matière de preuve était aisément satisfaite. En fin de compte, cela signifie qu'en l'espèce, la seule présence de munitions ou d'un dispositif balistique suffisait à justifier que soit déclenchée une EMRB.

[23] À cet égard, les appelants renvoient à cette remarque de l'agent d'appel dans la décision *Laycock*, précitée : « L'agression d'un agent correctionnel peut survenir sans avertissement, en quelques secondes et sans avoir reçu de renseignements ou d'indicateurs qu'une telle agression était envisagée ». S'appuyant sur la définition du terme « threat » [lire : menace] (« une personne ou une chose considérée comme susceptible de causer un préjudice »), les appelants soutiennent que le recours de la direction à une EMRB indiquait, en soi, que la seule présence de munitions introduites illégalement et dissimulées dans l'établissement représentait quelque chose de susceptible de causer un préjudice. Ils ajoutent que, compte tenu des trois conclusions possibles à l'issue d'une EMRB (risque faible, moyen ou élevé), ce qui exclut dès lors une conclusion d'absence de risque, l'on pourrait logiquement conclure que les AC qui ont refusé de travailler étaient, à tout le moins, exposés à un « risque faible » d'être agressés par une quelconque arme à feu.

[24] De l'avis des appelants, cette conclusion est étayée par le fait que, dès qu'il a été informé de la présence des six cartouches réelles, le directeur adjoint Hale a conclu que, même si la menace balistique présentait un risque faible, elle n'en était pas moins implicitement présente. C'est pourquoi ce dernier a, d'une part, proposé au personnel de porter un gilet pare-balles; ensuite, décidé de faire appel à l'EIU; et finalement, pris la mesure extraordinaire d'équiper les gestionnaires correctionnels de gilets pare-balles pendant qu'ils s'acquittaient de la fouille et des tâches qu'auraient dû exécuter les AC qui avaient refusé de travailler.

[25] Pour étayer leur allégation selon laquelle les six cartouches représentaient une menace sérieuse, les appelants s'appuient sur le *Code* et, notamment, sur la façon dont ce texte législatif aborde la possession non autorisée de munition ainsi que la force avec laquelle il stigmatise et punit sa possession illégale, et ce, même en l'absence d'un dispositif de propulsion. Ces derniers font référence à la reconnaissance implicite du fait qu'« il n'y a pas de fumée sans feu » et laissent entendre que, dans le cas d'un détenu

dans une telle situation de possession illégale, il existe une possibilité réelle qu'un dispositif balistique soit à portée de main, prêt ou incessamment prêt à l'emploi.

[26] Ainsi, les appelants renvoient au paragraphe 88(1) du *Code criminel*, qui a trait au port d'arme dans un dessein dangereux et aux termes duquel commet une infraction quiconque porte ou a en sa possession « des munitions ou des munitions prohibées dans un dessein dangereux pour la paix publique ou en vue de commettre une infraction ». De même, ils soulignent qu'aux termes du paragraphe 92(2) du *Code criminel* « commet une infraction quiconque a en sa possession une arme prohibée, une arme à autorisation restreinte, un dispositif prohibé – autre qu'une réplique – ou des munitions prohibées sachant qu'il n'est pas titulaire d'un permis qui l'y autorise ». Ils ajoutent que tout détenu d'un établissement comme l'ECB serait donc vraisemblablement assujéti à une ordonnance d'interdiction d'avoir en sa possession des armes à feu ou des munitions aux termes de l'article 109 du *Code criminel*.

[27] Les appelants font valoir que la jurisprudence du Tribunal, en particulier les décisions *Service correctionnel du Canada c. Ketcheson*, 2016 TSSTC 19 (*Ketcheson*), *Keith Hall & Sons Transport Limited c. Robin Wilkins*, 2017 TSSTC 1 (*Keith Hall & Sons Transport Limited*) et *Laycock*, précitée, soutient la proposition selon laquelle, pour déterminer la présence d'un danger, l'évaluation du risque doit tenir compte non seulement de la probabilité d'une blessure, mais aussi de la gravité potentielle de la blessure susceptible d'être causée avant la prise de mesures d'atténuation appropriées. À cet égard, il convient de tenir compte du cadre temporel eu égard à la jurisprudence susmentionnée, qui interprète la notion de « menace sérieuse » dans la définition de « danger » au *Code* comme un type de danger pouvant survenir sur une période plus longue, ce qui signifie que le danger peut exister sans caractère immédiat. Cette considération ajoute foi à l'argument voulant qu'en l'espèce, les balles de calibre .22 soient dissimulées dans l'attente de leur rencontre éventuelle avec un quelconque dispositif balistique.

[28] En ce qui concerne la possibilité d'une menace sérieuse découlant du fait que des objets, tels que des munitions prohibées, soient dissimulés, les appelants soutiennent que la situation qui prévalait dans l'affaire *Laycock*, précitée, constitue un exemple éloquent de la distinction entre une « menace sérieuse » et une « menace imminente ». En effet, cette affaire portait sur la disparition constante de ciseaux coupe-fil de l'atelier auquel avaient accès certains détenus, un outil capable de pénétrer les vestes résistant aux armes blanches que portent ordinairement les AC. Or, l'agent d'appel avait conclu que ces vestes ne les protégeaient pas de coups portés au visage, au cou ou aux bras avec cet objet, comme l'atteste le fait qu'un AC s'était fait poignarder au visage avec une [traduction] « tige ».

[29] Ainsi, les appelants soutiennent qu'il en va de même lorsqu'il est question de gilets pare-balles qui n'offrent aucune protection aux AC lorsque des coups de feu sont tirés en direction de la tête, des bras, du cou ou d'autres parties de leur corps. Le problème est également amplifié dans le cas d'une agression par arme à feu, car, à la différence d'une agression à l'arme blanche, elle peut être commise à bonne distance. Par conséquent,

l'agent d'appel a, dans l'affaire *Laycock*, précitée, conclu que [traduction] l'« intention de mettre une menace à exécution », ce qui constitue le troisième élément de justification d'une EMRB, est normalement présente dans les pénitenciers canadiens. L'on peut donc en déduire, selon les appelants, qu'une telle intention pouvait également être présumée avoir été présente à l'ECB le 15 janvier 2019 et les jours suivants.

[30] Par ailleurs, les appelants soutiennent qu'une fouille « sécuritaire » aux termes de l'article 53 en vue de trouver lesdites munitions représentait une étape nécessaire pour que les AC de l'ECB puissent retrouver des conditions normales d'emploi. À l'instar de ce qui avait été fait dans l'affaire *Laycock*, précitée, les appelants en l'espèce reconnaissent que, dans un milieu carcéral comme l'ECB, rien ne garantit qu'une fouille conduira à la découverte de l'objet recherché puisque les détenus pourraient préférer se débarrasser de l'objet interdit plutôt que de se faire prendre. Toutefois, après l'exécution d'une fouille aux termes de l'article 53, la faible possibilité que les munitions aient échappé aux recherches et qu'elles demeurent accessibles pour d'éventuelles fins malveillantes représente, tel qu'il a été souligné dans l'affaire *Laycock*, précitée, un risque résiduel, ce qui peut alors être considéré comme une condition normale d'emploi. Bien que la description du poste d'AC mette l'accent sur les dangers inhérents à celui-ci, l'employeur, en vertu de l'article 124 du *Code*, ne peut se contenter de souligner l'existence de tels risques. Par conséquent, lorsqu'il existe un moyen de les éliminer, par exemple en autorisant les AC à exécuter une fouille en application de l'article 53, l'employeur est tenu d'y avoir recours.

[31] Pour conclure leurs observations, les appelants soulignent que, dans l'EMRB, l'employeur répète que la sécurité est une priorité absolue, une philosophie que partagent les appelants qui, néanmoins, sont d'avis que l'employeur n'a respecté ni cet engagement ni ses obligations aux termes de la partie II (Santé et sécurité au travail) du *Code*. À leur avis, SCC a accordé une importance excessive à l'objectif de minimiser les inconvénients que ce type de fouille était susceptible de causer aux détenus, et ce, en dépit du fait que le rapport de l'EMRB (au point 7) reconnaît explicitement que la protection du personnel [traduction] « doit comprendre la préparation aux dangers collatéraux ou indirects qui peuvent survenir pendant la fouille, tels que des perturbations chez les détenus (des dommages matériels et une escalade de l'agressivité et du niveau de tension chez les détenus) ». L'on peut donc en comprendre qu'une fouille exceptionnelle effectuée pour des raisons exceptionnelles, dans le but de se conformer aux obligations de l'employeur en vertu de l'article 124 du *Code*, causera vraisemblablement aux détenus certains inconforts et inconvénients.

[32] De l'avis des appelants, une telle situation est inévitable. Même en tenant compte du devoir de l'employeur aux termes de la *Loi*, le risque que des poursuites judiciaires soient intentées par les détenus demeure. Néanmoins, les appelants font valoir que le droit des AC à des conditions de travail sécuritaires aux termes du *Code* doit en général prévaloir, et ce, même en tenant compte du devoir de l'employeur en vertu de la loi susmentionnée.

[33] Compte tenu de ce qui précède, les appelants avancent que le Tribunal devrait annuler la décision d'« absence de danger » rendue par le délégué Mahase et, de surcroît, statuer que le danger ne constitue pas une condition normale d'emploi.

Observations de l'intimé

[34] Dans ses observations, l'intimé évoque trois arguments. Premièrement, l'intimé fait valoir que le présent appel devrait être rejeté, car la question soulevée lors du refus est devenue théorique. Deuxièmement, qu'une telle conclusion soit tirée ou non, l'intimé soutient que le soussigné, s'il devait exercer son pouvoir discrétionnaire d'entendre l'appel même après avoir conclu à son caractère théorique, ne peut conclure à l'existence d'un danger sur la seule foi de renseignements concernant la présence de munitions (six cartouches de calibre .22) au sein de l'établissement alors que, au moment du refus de travailler, il n'existait aucun renseignement de sécurité quant à la présence, dans cet établissement, d'un pistolet bricolé ou d'un autre mécanisme permettant de tirer ces munitions, ni quant à l'existence d'une intention de causer un préjudice. Troisièmement, l'intimé soutient que, si le soussigné devait conclure à la présence d'un danger, il reste que les appelants ne pouvaient exercer leur droit de refuser de travailler, car un tel danger constitue une condition normale d'emploi.

[35] En ce qui concerne le premier argument, à savoir le caractère théorique de l'appel, l'intimé avance que le principe directeur au cœur de l'examen de cette question veut que le danger allégué au moment du refus de travailler doit continuer d'exister au moment de l'appel. À l'appui de sa position, il cite la décision du Tribunal dans l'affaire *Service correctionnel du Canada c. Mike Deslauriers*, 2013 TSSTC 41, et, exprimée en d'autres termes, dans l'affaire *Foster c. SCC*, 2018 TSSTC 15, ainsi que celle dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342 (*Borowski*), selon lesquelles un litige actuel doit exister ou demeurer au moment de l'examen de l'appel par le Tribunal.

[36] À cet égard, l'intimé soutient que, depuis les refus de travailler, l'application du Plan de fouille de l'établissement a imposé qu'une fouille des unités résidentielles et des secteurs accessibles aux détenus soit effectuée tous les 30 jours. Il ajoute qu'au total, 50 fouilles, qualifiées de fouilles aux termes de l'article 53 par celui-ci, ont été effectuées depuis janvier 2019 sans qu'aucune n'ait mené à la découverte de munition, d'une arme à feu, d'un pistolet bricolé ou d'un mécanisme similaire ni de l'intention d'un détenu de causer un préjudice.

[37] Selon l'intimé, les appelants eux-mêmes ont fait valoir que toute fouille aux termes de l'article 53 ait invariablement pour conséquence l'élimination, par les détenus, des objets interdits dans les toilettes. Par conséquent, affirme l'intimé, étant donné que les munitions n'ont jamais été trouvées et que plus de deux années se sont écoulées depuis les refus de travailler, la prépondérance des probabilités indique que le danger allégué n'existait plus au moment du présent appel, ce qui justifie une conclusion de caractère théorique, compte tenu de l'absence de litige actuel pouvant entraîner des conséquences sur les droits des appelants.

[38] Renvoyant aux propos de la Cour suprême dans l'affaire *Borowski*, précitée, selon lesquels, même si le Tribunal ou une cour en vient à conclure au caractère théorique d'une affaire, ils conservent néanmoins leur pouvoir discrétionnaire de trancher l'affaire sur le fond. Ainsi, l'intimé soutient que, si le soussigné choisit d'exercer ce pouvoir discrétionnaire, il incombe aux employés ayant refusé de travailler d'identifier les dangers sur lesquels étaient fondés leurs refus.

[39] En ce qui concerne le deuxième argument portant sur la question de savoir s'il existait à ce moment-là un danger de nature à légitimer les refus, l'intimé, renvoyant à la définition de « danger » au paragraphe 122(1) du *Code*, invoque l'alinéa 128(1)b) comme fondement du refus, soit lorsqu'un employé a des motifs de croire qu'il est dangereux pour lui d'effectuer un travail donné. L'intimé est d'avis que le danger invoqué par les appelants est (était) hypothétique et spéculatif.

[40] Selon l'intimé, le Tribunal doit déterminer s'il existait un danger pour les appelants au moment où, après avoir été informés de la présence d'environ six cartouches de calibre .22 à l'intérieur de l'unité à sécurité moyenne de l'ECB, ils ont reçu l'ordre de procéder à des fouilles en l'absence de l'EIU. L'intimé soutient que, pour déterminer si un tel danger existait, le Tribunal doit appliquer le critère en trois volets que ce dernier a établi dans l'affaire *Ketcheson*, précitée, un critère objectif exigeant que la détermination de l'existence d'un « danger » s'appuie sur un ensemble de faits objectifs, comme le souligne le Tribunal dans l'affaire *Hassan c. Ville d'Ottawa (OC Transpo)*, 2019 TSSTC 8.

[41] Ainsi, renvoyant au libellé de la définition de « danger » au *Code*, l'intimé soutient que, pour conclure à l'existence d'un danger, il faut évaluer s'il est (était) vraisemblable que le risque devienne une menace imminente ou sérieuse, ce qui exige d'évaluer (1) la probabilité qu'une personne soit en présence du risque, de la situation ou de la tâche, (2) la probabilité que le risque cause un événement ou une exposition et (3) la probabilité que l'événement ou l'exposition cause un préjudice à une personne. La distinction entre une menace imminente et une menace sérieuse réside dans le fait que la menace imminente est sur le point de causer (incessamment) une blessure, même minime, alors qu'une menace sérieuse présente le potentiel de causer une blessure grave à un moment donné dans l'avenir.

[42] Par conséquent, l'intimé avance que, pour pouvoir conclure au caractère vraisemblable de la possibilité que la menace cause une blessure dans les circonstances de la présente affaire, et non à un danger hypothétique ou spéculatif, il faut faire la preuve de la présence des trois éléments suivants, énoncés par le Tribunal dans sa décision dans l'affaire *Bradford*, précitée, à savoir (1) la présence d'une autre balle, (2) un mécanisme destiné à propulser la balle, comme un pistolet bricolé, et (3) un détenu prêt à tirer sur un AC. Or, l'intimé ne fait aucune distinction entre la situation qui prévalait dans l'affaire *Bradford*, précitée, où une seule balle avait été trouvée avant le refus, et les circonstances en l'espèce où la présence de six cartouches dans l'unité est étayée par des renseignements, mais où aucune d'elles n'a été trouvée ni même cherchée.

[43] En ce qui concerne le premier volet du critère de la décision *Ketcheson*, précitée, l'intimé indique que le risque allégué correspond aux renseignements réels voulant qu'il y ait présence de balles dans l'établissement. Selon l'intimé, ce fait est démontré par le libellé même que les trois appelants ont utilisé dans leur refus de travailler. En effet, ce refus souligne que des renseignements obtenus indiquent la présence desdites balles dans l'unité à sécurité moyenne (l'unité 9); que la taille de ce type de balle en facilite le transport sans détection d'une unité à l'autre, y compris l'unité à sécurité maximale; et que les détenus d'une section peuvent entrer en contact avec ceux d'une autre, car ils peuvent être escortés à travers des secteurs où pourraient être présents des détenus à sécurité maximale ou moyenne, d'autant plus que certains secteurs sont partagés par diverses catégories de détenus. En outre, l'intimé fait valoir que, bien que les appelants aient identifié la circulation de balles de calibre .22 entre les unités à sécurité moyenne et maximale comme constituant un danger, leurs refus de travailler ne font pas mention de l'existence d'une arme à feu, d'un pistolet bricolé, d'un mécanisme de propulsion ou de l'intention d'un détenu d'utiliser les balles en question.

[44] En ce qui a trait au second volet du critère, lequel consiste à déterminer si la menace est imminente ou sérieuse, l'intimé fait d'abord valoir qu'il est invraisemblable qu'une munition, en l'absence d'une arme à feu ou d'un mécanisme similaire ou d'une intention, puisse constituer une menace imminente pour la vie ou la santé d'un AC. Pour que ce volet du critère soit satisfait, il doit y avoir un risque qu'une blessure soit causée incessamment, c'est-à-dire dans les minutes ou les heures suivant le refus. À cet égard, l'intimé soutient que ce n'était pas le cas en l'espèce, puisque la source des renseignements qui a indiqué la présence de balles a également confirmé qu'il n'y avait pas d'arme à feu, de pistolet bricolé ou de composante d'arme, ajoutant qu'elle ne savait pas pourquoi ni comment les munitions avaient été introduites dans l'établissement. De plus, conformément au plan de fouille de l'établissement, une fouille aux termes de l'article 53 de l'ensemble de l'unité à sécurité moyenne avait été effectuée entre le 29 décembre 2018 et le 4 janvier 2019, alors que les renseignements avaient été obtenus peu de temps après, soit le 15 janvier 2019.

[45] L'intimé évoque la situation qui prévalait dans l'affaire *Ketcheson*, précitée, où l'employé (un AC) se croyait tout le temps en danger, ce qui avait amené le Tribunal à affirmer que cet employé ne semblait pas en mesure de faire la distinction entre un risque qui constitue un danger et un risque qui n'en constitue pas. Ainsi, l'intimé fait valoir que cela semble être également le cas dans la présente affaire, puisque les appelants croient que les renseignements qui portent sur la présence de six cartouches dans un établissement de SCC constituent un danger.

[46] De l'avis de l'intimé, la présence de munitions sans un moyen de les propulser et sans une intention de causer un préjudice ne peut vraisemblablement représenter une menace imminente pour la vie ou la santé d'un AC. Elle peut représenter un risque, mais pas un risque qui constitue un danger. L'intimé fait valoir que l'ensemble des trois éléments susmentionnés et énoncés dans la décision *Bradford*, précitée, doivent être présents simultanément pour que le danger soit plus que spéculatif ou hypothétique.

[47] À cet égard, l'intimé soutient qu'aucun élément de preuve selon lequel un détenu avait accès à une arme à feu ou à un pistolet bricolé, ou même savait comment en fabriquer, ni à tout autre mécanisme de propulsion au moment où les employés ont refusé de travailler n'a été présenté. La suggestion des appelants voulant que l'absence de tels renseignements ne signifie pas qu'il n'y avait pas d'arme à feu est tout simplement irrecevable selon l'intimé, car la source qui a communiqué les renseignements sur la présence des balles a confirmé qu'il n'y avait ni arme à feu, ni pistolet bricolé, ni composantes d'arme dans l'établissement et a ajouté qu'elle ignorait pourquoi et comment les balles y avaient été introduites. Cette source a également souligné que, dans la décision *Bradford*, précitée, le fait qu'aucun pistolet bricolé n'ait jamais été trouvé dans l'établissement, de même que l'absence de renseignements indiquant l'existence d'un tel objet, avait amené à conclure que la découverte d'un pistolet bricolé à l'intérieur de l'établissement ne relevait que de la spéculation.

[48] Dans le cas de l'ECB, l'intimé affirme qu'il n'existe aucune preuve crédible qu'un pistolet bricolé n'ait jamais été trouvé dans cet établissement. Il ajoute que ce que les appelants ont présenté à titre de preuve du contraire ne se rapportait pas à un établissement de SCC et, donc, ne constituait rien de plus qu'une manœuvre de diversion qui n'avait rien à voir avec la réalité des établissements correctionnels au Canada. Ainsi, l'intimé est d'avis que les arguments des appelants sont fondés non pas sur des faits, mais sur des spéculations.

[49] Au sujet de l'allégation des appelants selon laquelle un fragment de tuyau métallique provenant de l'atelier de métal de CORCAN aurait pu être subtilisé pour servir à la fabrication d'un pistolet bricolé, l'intimé fait valoir qu'elle constitue une déformation des faits. Il explique en effet que, lors de la fouille de l'atelier effectuée le 21 janvier 2019, ledit tuyau se trouvait bel et bien dans l'atelier de métal où il avait été entreposé de façon appropriée jusqu'à sa sortie de l'établissement; il n'avait donc pas été trouvé en la possession d'un détenu et il était demeuré sous le contrôle de l'établissement. Contrairement à ce que semblent penser les appelants, affirme l'intimé, la fabrication d'un pistolet bricolé n'est pas une tâche facile. En réalité, les mesures de sécurité exhaustives appliquées dans un établissement comme l'ECB, y compris les postes d'observation, les caméras, les fouilles fréquentes, les détecteurs de métal, la sécurité active, les renseignements de sécurité, etc., lorsque combinées, expliquent pourquoi aucun pistolet bricolé n'a jamais été trouvé à l'ECB.

[50] Dans la décision *Bradford*, précitée, le Tribunal a déclaré que devait exister, en plus de la présence de munition et d'un mécanisme de propulsion, une intention de causer un préjudice. De l'avis de l'intimé, cela signifie que les appelants devaient démontrer qu'un détenu de l'ECB avait, au moment du refus de travailler, l'intention de tirer sur un AC. Soulignant que les appelants ont, à l'appui de leur affirmation, invoqué le caractère imprévisible du comportement des détenus, l'intimé, tout en reconnaissant cette imprévisibilité, fait valoir qu'elle ne constitue qu'une spéculation purement hypothétique de la part des appelants qui, sur la question de l'intention, font référence à la décision du Tribunal dans l'affaire *Laycock*, précitée, mais omettent toutefois de citer l'intégralité du jugement du Tribunal. Les appelants ont affirmé à tort que l'imprévisibilité du

comportement pouvait servir à établir l'existence d'un danger imminent, alors que les propos du Tribunal soutiennent plutôt que lorsque l'imminence du danger a été établie, une telle imprévisibilité du comportement s'applique à l'analyse du dernier volet du critère de la décision *Ketcheson*, précitée, lequel sert à déterminer si la menace existera avant que la situation ne soit corrigée ou que le risque ne soit écarté. Ainsi, accepter l'interprétation des appelants reviendrait, selon l'intimé, à contredire la jurisprudence sur les menaces hypothétiques et spéculatives. Dès lors, l'on ne peut se contenter d'invoquer le comportement imprévisible des détenus pour éviter d'avoir à satisfaire à l'exigence que la menace ne soit pas hypothétique.

[51] Sur la question de savoir s'il existait une menace sérieuse pour la vie ou la santé des AC, l'intimé soutient premièrement que ce volet du critère de la décision *Ketcheson*, précitée, exige que le risque, la situation ou la tâche cause des blessures ou une maladie grave à un moment donné dans l'avenir. Deuxièmement, il ajoute qu'en l'absence d'une arme à feu ou d'un autre mécanisme de propulsion similaire et d'une intention de causer un préjudice, une munition ne peut vraisemblablement constituer une menace sérieuse pour la vie ou la santé des AC. Par ailleurs, l'intimé fait remarquer que l'absence de dispositif de propulsion a été confirmée tant par l'entremise de l'EMRB réalisée par le directeur par intérim, laquelle indiquait l'absence de tout renseignement de sécurité à cet effet, que par l'entremise de la fouille aux termes de l'article 53 réalisée entre le 29 décembre 2018 et le 4 janvier 2019, donc à peu près au moment du refus de travailler exercé le 16 janvier 2019.

[52] L'intimé s'appuie également sur le rapport du délégué de la ministre, où il est fait mention d'un inspecteur en explosifs de la Division de la réglementation des explosifs de Ressources naturelles Canada. Ce dernier avait indiqué que, bien qu'une balle de calibre .22 puisse être démantelée sans outil, la quantité totale de poudre sans fumée présente dans les six cartouches en question ne suffirait pas à fabriquer un engin explosif efficace, c'est-à-dire susceptible d'infliger des blessures graves. Bien que le délégué de la ministre reconnaisse que les détenus pouvaient, dans une certaine mesure, avoir accès à des ateliers et à des espaces communs, il avait été informé par l'employeur de l'existence de mesures de contrôle qui, à certains emplacements entre les zones sécurisées, les ateliers et les espaces communs, permettaient de détecter la présence de munition de calibre .22. Enfin, concernant le troisième élément mentionné dans la décision *Bradford*, précitée, soit l'intention de causer un préjudice, l'intimé reconnaît que l'imprévisibilité du comportement des détenus ne doit pas être sous-estimée en l'espèce, mais qu'en tout état de cause, il n'existait aucune information sur une telle intention. Quant au dernier volet du critère de la décision *Ketcheson*, précitée, lequel consiste à déterminer si la menace pouvait exister avant que le risque ne puisse être écarté, l'intimé affirme simplement, dans ses observations, que comme aucune menace n'existait, celle-ci ne pouvait exister avant que le risque ne puisse être écarté. De l'avis de l'intimé, aucune menace n'existait, car il n'y avait ni arme à feu, ni pistolet bricolé, ni mécanisme de propulsion, ni aucune intention de causer un préjudice. De surcroît, si une telle menace avait existé au moment du refus, elle aurait été éliminée lors de la fouille aux termes de l'article 53 qui a été exécutée, mais qui n'a révélé la présence d'aucune munition, d'aucun dispositif de propulsion, ni d'aucune intention de causer un préjudice. L'intimé

fait également remarquer que, depuis que le refus a été exercé à la mi-janvier 2019, plus de 50 fouilles en application de l'article 53 ont été réalisées par l'intimé sans qu'aucune d'entre elles n'ait entraîné la découverte de munition, d'une arme à feu, d'un pistolet bricolé, d'un mécanisme de propulsion ou d'une intention de causer un préjudice.

[53] Enfin, l'intimé souligne que, conformément à l'article 128 du *Code*, un employé ne peut refuser de travailler si le danger allégué constitue une condition normale de son emploi. Dans la présente affaire, affirme l'intimé, même si un danger existait, il demeure qu'il constituait une condition normale d'emploi, car la présence d'objets interdits est une réalité dans tous les établissements correctionnels, et ce, en dépit des nombreuses mesures mises en œuvre par SCC. Ces mesures appropriées sont prises conformément aux politiques établies par SCC et à la *Loi* et visent à réduire au minimum le niveau de risque pour ses employés, de sorte que tout risque restant, le cas échéant, soit résiduel. À l'issue de l'EMRB, ce risque a été qualifié de faible et, avec le concours des ARS, des mesures de contrôle proportionnelles ont été mises en place. Selon les conclusions de l'EMRB et du rapport du comité mixte patronal-syndical de l'ECB, les AC devaient porter un équipement de protection individuelle, dont un gilet pare-balles, pendant qu'ils sortaient les détenus de l'unité 9 de leur cellule.

[54] De plus, les détenus sont fouillés lors de leur admission dans l'établissement, et des fouilles régulières sont effectuées en plus de celles qui peuvent être requises en raison de renseignements de sécurité, des directives du commissaire et du plan de fouille de l'établissement, toujours dans le but de trouver des objets interdits ou non autorisés et d'assurer la sécurité de l'établissement, de son personnel et des détenus.

[55] Dans la dernière partie de ses observations, l'intimé répond aux arguments des appelants. Il renvoie à leur argument selon lequel SCC a omis de tenir compte de la possibilité que des munitions, des armes à feu ou d'autres mécanismes de propulsion puissent être introduits au moyen de drones. L'intimé est d'avis que cet argument est hypothétique et spéculatif et qu'il repose non pas sur des constatations factuelles, mais sur des suppositions et des conjectures. Bien que l'intimé reconnaisse qu'il y ait une augmentation du nombre d'incidents liés à des drones à l'ECB, il fait valoir qu'aucun des éléments de preuve présentés par les appelants ne laisse croire qu'une arme à feu, un pistolet bricolé, des composantes de tels objets ou un mécanisme de propulsion n'aient jamais été largués par drone à l'intérieur de l'ECB. Au contraire, le contenu des largages est principalement des drogues, des accessoires servant à la consommation de drogues, des téléphones cellulaires et des chargeurs ainsi que des lames en céramique qui sont tous des objets interdits. Néanmoins, ces objets ne sont pas visés dans la présente affaire et ne sont mentionnés que pour détourner l'attention de la vraie question en litige.

[56] En ce qui concerne la possible circulation, entre les unités à sécurité moyenne et maximale, des balles à l'origine du litige, l'intimé fait remarquer que la fouille aux termes de l'article 53 qui était prévue devait être effectuée après le dénombrement de 16 h, soit à un moment où les détenus à sécurité moyenne étaient confinés à leur cellule comme il se doit aux fins du dénombrement. Puisque de telles fouilles ne sont généralement pas annoncées à l'avance et que, par conséquent, les détenus n'en sont pas

prévenus, l'intimé avance que, dans de telles circonstances, il était très improbable que des munitions aient pu être déplacées d'une unité à l'autre, ce qui vient conforter la conclusion d'absence de danger relativement à l'appelant Heaney, qui travaillait dans l'unité à sécurité maximale.

[57] Compte tenu de ce qui précède, l'intimé et employeur soutient que ses décisions doivent être fondées sur des faits et des preuves, et non sur des hypothèses et des spéculations. En effet, ces décisions, qui peuvent avoir une incidence sur la santé, la sûreté et la sécurité du personnel, des détenus, de l'établissement et du public, ont des ramifications en matière de sécurité et sur le plan légal. La question est donc devenue théorique, car les quelque 50 fouilles aux termes de l'article 53 réalisées depuis les refus n'ont mené à aucune découverte de munition, d'arme à feu, de pistolet bricolé ou de mécanisme de propulsion, ni quant à l'intention d'un détenu de causer un préjudice. De l'avis de l'intimé, l'appel devrait pour ce motif être rejeté. Toutefois, fait valoir l'intimé, selon la doctrine du caractère théorique, si le soussigné devait décider de trancher l'appel sur le fond, le pourvoi devrait être rejeté en raison de l'absence de danger ou, si l'existence d'un danger est établie, parce que celui-ci constitue une condition normale d'emploi.

Réplique

[58] Bien que les appelants contestent la conclusion d'absence de danger à laquelle est parvenu le délégué de la ministre, au stade de la présente réplique, ils affirment en premier lieu que l'appel n'est pas théorique. En second lieu, ils ajoutent que si le soussigné n'est pas d'accord avec une telle conclusion et décide d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'entendre l'appel, il demeure que ledit danger n'est ou n'était ni spéculatif ni hypothétique et qu'il ne constituait pas une condition normale d'emploi.

[59] Au cœur des arguments présentés par les appelants se trouve la distinction qu'ils font entre, d'une part, les faits et les circonstances qui constituent le fondement des décisions du Tribunal et de la Cour fédérale dans l'affaire *Laycock*, précitée, et, d'autre part, ceux qui sous-tendent la décision du Tribunal dans l'affaire *Bradford*, précitée. Ils soulignent que dans l'affaire *Laycock*, précitée, il avait été conclu qu'un danger continuait d'exister principalement parce que l'objet (un coupe-fil) qui avait disparu n'avait, en dépit des fouilles et des autres mesures qui avaient été prises, jamais été retrouvé, comme c'est précisément le cas en l'espèce pour les munitions en cause. En revanche, dans la décision *Bradford*, précitée, où il avait été conclu que l'appel était devenu théorique, le droit de refuser de travailler avait été exercé à la suite de la découverte d'une balle unique, sans que les fouilles et les autres mesures prises ultérieurement aient permis de découvrir d'autre munition.

[60] En ce qui a trait au premier segment de leur réplique, les appelants font valoir qu'aucun élément de preuve n'indique que les balles à l'origine du litige ne se trouvent plus dans l'établissement. En effet, si l'intimé peut avancer que les multiples fouilles infructueuses qui ont depuis été menées appuieraient une telle conclusion, ce résultat ne

peut être invoqué pour démontrer le contraire, c'est-à-dire que lesdites balles ou un dispositif balistique ne sont pas restés dans l'établissement.

[61] Les appelants insistent sur le fait que, si l'intimé a lui-même reconnu qu'il avait reçu des renseignements fiables concernant la présence des six cartouches en question, il n'a cependant présenté aucun élément de preuve indiquant que lesdites munitions ne se trouvaient plus dans l'établissement. Bien que les appelants et l'intimé puissent admettre la possibilité que les balles aient été éliminées de façon définitive par un moyen quelconque, il demeure que les appelants sont d'avis qu'il n'existe aucune preuve validant cette hypothèse, sauf peut-être l'écoulement du temps.

[62] D'autre part, les appelants s'appuient sur la décision *Laycock*, précitée, pour faire valoir que le fait que ces objets interdits n'aient pas été découverts pourrait plutôt indiquer qu'ils ont été dissimulés en vue d'une utilisation future. L'agent d'appel avait déclaré ce qui suit :

[105] Par conséquent, nous devons nous rabattre sur les principes de base et l'objectif fondamental du *Code*, qui est de prévenir les accidents et les blessures en milieu de travail. Je suis incapable d'écarter la possibilité avancée par les intimés selon laquelle le coupe-fil s'est peut-être frayé un chemin jusque dans la population carcérale générale ou a été caché intentionnellement pour être utilisé ultérieurement. Je suis en désaccord avec l'affirmation de l'appelant voulant que le risque soit purement hypothétique et spéculatif...

[63] Ainsi, les appelants soutiennent qu'il est hypothétique et spéculatif d'avancer que les munitions ne se trouvent plus dans l'établissement, à plus forte raison si l'on considère l'extraordinaire facilité qu'ont les détenus à dissimuler des objets interdits. En effet, il est aisé de dissimuler occasionnellement, au besoin, des objets de taille aussi réduite que des balles de calibre .22, qui sont les plus petites des munitions les plus répandues, ce qui leur permet d'échapper à la détection pendant de longues périodes.

[64] En ce qui concerne le troisième élément devant être présent selon le critère énoncé dans la décision *Bradford*, précitée, à savoir l'intention d'un détenu de causer un préjudice à un AC, les appelants font observer que l'argument de l'intimé, selon lequel aucune intention semblable n'avait été observée par les ARS au moment du refus ou par la suite, est irrecevable, car une telle intention devrait être présumée. De l'avis des appelants, le Tribunal devrait constater que, dans les établissements à sécurité moyenne et maximale, une telle intention constitue, par opposition à une condition normale d'emploi, une condition latente d'emploi. Cette distinction a été retenue dans la décision *Laycock 2*, précitée, où la Cour fédérale a déclaré que l'agent d'appel avait « reconnu que des dangers sont toujours présents en milieu carcéral » (au paragraphe 4). Par conséquent, les appelants maintiennent que la décision *Laycock*, précitée, étaye leur argument voulant que le Tribunal puisse conclure à l'existence d'une intention de causer un préjudice, compte tenu de la nature imprévisible du comportement des détenus et de leur potentiel de violence, ce qui vient valider la présence de cet élément dudit critère de la décision *Bradford*, précitée.

[65] En ce qui a trait à l'allégation de caractère théorique formulée par l'intimé, les appelants font valoir que ce qui précède sert à démontrer qu'il demeure en l'espèce un litige actuel et un contexte contradictoire, ce qui justifie que le Tribunal maintienne son intervention. De surcroît, comme l'intimé étaye principalement sa position sur la décision *Bradford*, précitée, dont les circonstances factuelles sont, de l'avis des appelants, foncièrement différentes de celles en l'espèce, le Tribunal devrait exercer son pouvoir discrétionnaire d'entendre l'appel au fond, car sa décision fournirait aux parties des indications essentielles en matière de santé et de sécurité et clarifierait ou écarterait ledit critère de la décision *Bradford*, précitée.

[66] Selon les appelants, le choix de cette voie par le Tribunal serait particulièrement utile, car sa décision dans l'affaire *Bradford*, précitée, remonte à une époque où les drones et d'autres types de technologie, comme les imprimantes 3D, étaient encore peu répandus. Ces technologies ont considérablement facilité l'introduction et la dissimulation d'armes à feu dans des établissements comme l'ECB. En outre, les appelants estiment que le simple écoulement du temps et le cours normal des activités ne devraient pas servir de motifs pour empêcher qu'une décision ne soit rendue en l'espèce.

[67] Par ailleurs, les appelants soutiennent que, si l'agent d'appel conclut au caractère théorique du pourvoi, il ferait néanmoins une utilisation judicieuse des ressources en rendant une décision au fond, car, le cas échéant, le Tribunal devra exercer son pouvoir discrétionnaire de trancher les questions soulevées dans l'appel. Autrement, l'intimé ne trouvera devant lui aucun obstacle l'empêchant, à l'avenir, d'invoquer systématiquement le même argument du caractère théorique dans des circonstances factuelles similaires. Compte tenu de la relative facilité avec laquelle des munitions peuvent être introduites dans un établissement, ne serait-ce que par la méthode traditionnelle de la « projection d'objets par-dessus la clôture », les appelants estiment fort probable que les parties se retrouvent à nouveau face à face dans le cadre d'autres litiges du même ordre. Par conséquent, une décision sur le fond constituerait une utilisation très utile des ressources judiciaires, et l'utilité d'une telle décision constitue une autre raison pour laquelle le Tribunal devrait exercer son pouvoir discrétionnaire de trancher l'appel sur le fond.

[68] Les appelants font valoir, sur le bien-fondé de l'affaire, que le danger n'est ni hypothétique ni spéculatif et que l'intimé, en déclarant que [traduction] « le risque de blessure doit être plus probable qu'improbable », ce qui sous-entend que le risque doit être évalué selon la prépondérance des probabilités, présente le fardeau de la preuve de façon erronée. Les appelants soutiennent qu'aucune des décisions *Robitaille c. Air Canada*, 2019 TSSC 1, et *Keith Hall & Sons Transport Limited*, précitée, invoquées par l'intimé à cet égard, ne laisse entendre que tel soit le fardeau de la preuve dont il faut s'acquitter pour établir la présence d'une menace imminente ou sérieuse plutôt que son « caractère vraisemblable ». En ce qui concerne les « conséquences indésirables potentielles » évoquées dans cette jurisprudence, les appelants sont d'avis que le fait de se faire tirer dessus par une ou plusieurs balles de calibre .22 constitue la menace la plus sérieuse que l'on puisse imaginer. Par conséquent, un tel facteur doit être pris en compte pour déterminer le fardeau de la preuve approprié à imposer, lequel doit, contrairement à ce que fait valoir l'intimé, être [traduction] « bien inférieur à la prépondérance des

probabilités » lorsqu'il est question de l'existence d'une menace sérieuse. En fait, les appelants considèrent que plus les conséquences potentielles de la menace sont sérieuses, moins le fardeau de la preuve¹ requis pour établir que la menace se concrétisera doit être exigeant.

[69] De l'avis des appelants, les mesures prises par l'intimé sont conformes à la présence d'une menace imminente ou sérieuse. À cet égard, l'intimé a bel et bien évalué la menace en procédant à une EMRB et a conclu qu'elle présentait un risque « faible », en dépit de son opinion quant à l'absence d'information sur l'intention de causer un préjudice ou à l'existence d'un quelconque dispositif balistique. Un risque « faible », par opposition à un risque zéro, habilite les appelants à bénéficier des protections du *Code*. Pour les appelants, l'intimé devait de toute évidence avoir estimé que le risque était suffisant, puisqu'il avait pris la décision exceptionnelle d'équiper les AC de gilets pare-balles pour effectuer une fouille et, à titre subsidiaire, avait fait appel à l'EIU de l'établissement pour réaliser ladite fouille. Il s'ensuit, de l'avis des appelants, qu'un risque « faible » de possibles conséquences sérieuses, voire catastrophiques, suffit pour donner ouverture aux protections que prévoit le *Code*, sans égard à la validité ou à l'applicabilité du critère de la décision *Bradford*, précitée. Par conséquent, le danger n'était pas de nature spéculative.

[70] En outre, selon les appelants, l'application que fait l'intimé du critère de la décision *Bradford*, précitée, à la présente affaire est erronée et inappropriée, d'abord en raison des différences fondamentales entre les éléments factuels de ces deux affaires. Dans l'affaire *Bradford*, précitée, une balle avait été trouvée et aucune autre information n'avait été obtenue quant à la présence d'autre munition alors qu'en l'espèce, l'intimé disposait de renseignements fiables indiquant la présence de six cartouches de calibre .22 à l'intérieur de l'établissement au moment du refus de travailler, sans aucune preuve que ces munitions ne soient pas restées dans l'établissement. À cet égard, les appelants attirent l'attention sur la décision *Laycock*, précitée, appuyant la thèse selon laquelle lesdites munitions auraient pu être dissimulées pour une utilisation future contre des AC. Toutefois, les appelants font valoir que, si le Tribunal conclut en faveur de l'application du critère de la décision *Bradford*, précitée, il doit considérer que le premier élément de ce critère a été rempli, puisqu'il a été prouvé que des munitions sont ou étaient présentes à l'intérieur des murs et qu'aucun élément de preuve n'a été présenté pour établir qu'elles ne s'y trouvaient plus.

[71] Les appelants sont du même avis en ce qui concerne le deuxième élément du critère de la décision *Bradford*, précitée, qui, selon eux, a également été rempli, compte tenu des propos du Tribunal dans l'affaire *Laycock*, précitée, au sujet du caractère latent de l'intention des détenus de causer un préjudice. Par conséquent, ils réfutent la thèse de l'intimé selon laquelle ils se sont appuyés sur l'imprévisibilité du comportement des détenus pour établir que le danger était imminent. Ils estiment plutôt que cette imprévisibilité mène à conclure raisonnablement qu'une telle intention de causer un préjudice est présente, à plus forte raison dans un établissement à sécurité moyenne ou maximale comme l'ECB où, comme peuvent en attester les appelants, les tensions sont

¹ Ce qui est appelé ici « fardeau de la preuve » devrait plutôt être désigné par le terme « norme de preuve ».

exacerbées. De l'avis de ces derniers, puisque les ARS éprouvent des difficultés ne serait-ce qu'à détecter des objets interdits, on ne peut s'attendre à ce qu'ils réussissent haut la main à déceler les intentions des détenus. Ainsi, faire d'un tel élément un critère pour déterminer, comme cela a été fait dans la décision *Bradford*, précitée, si les AC peuvent bénéficier des protections qu'offre le *Code* est ridicule et en dit long sur la validité de ce critère.

[72] Au sujet du troisième élément du critère de la décision *Bradford*, précitée, qui porte sur la présence d'un dispositif balistique, les appelants font valoir qu'ils ont principalement fait référence à l'introduction d'une arme à feu par projection par-dessus la clôture, dissimulation ou largage par drone plutôt qu'à des pistolets bricolés. De plus, la fréquence croissante de ces largages, l'utilisation accrue des drones et les avancées technologiques réalisées dans ce domaine viennent contredire l'allégation de l'intimé selon laquelle il ne s'agit que d'une technique de diversion, d'autant plus que l'intimé a reconnu que les drones pouvaient être utilisés pour introduire des « lames en céramique ». Ainsi, il est possible que des drones soient déjà utilisés pour introduire des dispositifs balistiques ou des composantes de tels dispositifs, surtout lorsqu'il est possible de produire des armes à feu en plastique qui sont opérationnelles et capables d'échapper à la détection pendant de longues périodes.

[73] Les appelants font donc valoir qu'il n'est pas déraisonnable de conclure qu'un dispositif balistique capable de tirer des projectiles de calibre .22 se trouve ou se trouvait déjà à l'intérieur de l'ECB. En somme, l'argument des appelants au sujet du troisième élément du critère veut que la possibilité de l'introduction éventuelle d'un dispositif balistique soit si grande que le troisième élément du critère de la décision *Bradford*, précitée, devrait être abandonné, compte tenu du risque de conséquences catastrophiques. À la lumière de leurs observations au sujet des deux autres éléments du critère, les appelants soutiennent que ledit critère « n'est plus approprié sur le plan juridique en 2020 et au-delà ». Essentiellement, ils avancent que la présence de munitions, conjuguée à l'intention latente de causer des blessures à des AC et à la possibilité de conséquences catastrophiques liées à une arme à feu, leur confère le droit de bénéficier de toutes les protections accordées par le *Code* et, par conséquent, de faire invalider la conclusion du délégué de la ministre.

[74] Les appelants appuient cette conclusion sur la décision *Laycock 2*, précitée, où la Cour fédérale affirmait que « [s]i la perte d'un objet létal, potentiellement dans la population carcérale en général, ne justifie pas la prise de mesures d'atténuation complètes, on peut se demander quand de telles mesures devront être prises ». Renvoyant à cette affirmation de la Cour, les appelants expliquent que, si une telle déclaration est jugée applicable à ce qu'ils décrivent comme une arme de combat au corps à corps, comme le coupe-fil dans l'affaire *Laycock*, précitée, elle devrait également s'appliquer à une munition de calibre .22 qui, associée à un dispositif balistique, représente un risque beaucoup plus important pour les AC, étant donné que son utilisation n'est pas limitée à une distance rapprochée.

[75] Pour conclure leur réplique, les appelants contestent la position de l'intimé, selon laquelle les interactions avec des détenus qui ont accès à des munitions constituent une condition normale d'emploi, la qualifiant d'irrecevable et s'appuyant sur le fait que l'intimé a élaboré une politique en cas d'urgence, adéquate ou non, pour faire face à ce type de situation, à savoir l'EMRB. Ainsi, les appelants soulèvent la question suivante : s'il s'agissait d'une condition normale d'emploi, pourquoi l'intimé devrait-il mobiliser son EIU? Pour les appelants, la réponse évidente est que la situation en l'espèce ne constitue pas une condition normale d'emploi, ce qui est confirmé par le fait que l'intimé, en plus d'avoir d'abord demandé l'aide de son EIU, a ensuite proposé aux agents des opérations ordinaires de les équiper de gilets pare-balles au lieu des gilets à l'épreuve des armes blanches qu'ils portent habituellement.

[76] En conclusion, les appelants demandent au Tribunal d'annuler la conclusion d'absence de danger du délégué de la ministre et de conclure que le danger n'était pas une condition normale d'emploi.

Analyse

[77] Conformément à la jurisprudence, le processus instruit par un agent d'appel est un processus *de novo*. Les parties à la présente affaire ne l'ont pas contesté. Il est vrai que, dans le cadre du processus d'appel et pour rendre ma décision, je ne suis pas limité à la preuve fournie au délégué Mahase qui fait enquête sur les refus des appelants. Ainsi, il m'est loisible d'inclure tout renseignement pertinent ou élément de preuve dont ne disposait peut-être pas le délégué de la ministre à ce moment-là. Or, il n'en demeure pas moins que toute information présentée au Tribunal à titre de preuve aux fins de la décision doit avoir une valeur probante de menace allant au-delà de la simple hypothèse, de la spéculation ou du postulat, laquelle valeur sera analysée et évaluée selon la prépondérance des probabilités.

[78] À cet égard, les remarques suivantes du Tribunal dans la décision *Keith Hall & Sons Transport Limited*, précitée, conservent toute leur pertinence :

[40] ... [P]our conclure qu'il y a présence d'un danger, il faut donc qu'il y ait plus qu'une menace hypothétique. Une menace n'est pas hypothétique si elle peut vraisemblablement causer un préjudice, ce qui signifie, dans le contexte de la Partie II du *Code*, qu'elle peut causer des blessures à des employés ou les rendre malades.

[41] Pour qu'il y ait présence d'un danger, il faut donc qu'il y ait une possibilité raisonnable que la menace alléguée se matérialise, c'est-à-dire que la situation, la tâche ou le risque causeront bientôt des blessures à une personne ou la rendront malade [...] ou qu'elle causera des blessures sévères à une personne ou la rendra gravement malade à un moment donné dans l'avenir...

[79] Le présent appel a été interjeté en vertu du paragraphe 129(7) du *Code* et concerne, comme indiqué précédemment, la décision qu'a rendue le délégué Mahase au sujet du refus de travailler qu'ont exercé les appelants en vertu de l'alinéa 128(1)b) du *Code*,

décision dans laquelle le délégué a, conformément au paragraphe 129(4) et à l'alinéa 128(13)c) du *Code*, conclu à l'absence de danger. Par conséquent, les appelants n'étaient pas selon lui exposés à un danger au moment du refus.

[80] Avant d'aller plus loin, il est à mon avis important de décrire succinctement la question en litige sous l'angle de l'incidence des refus et de circonscrire les éléments qui, de façon générale, ont été au cœur des divergences de points de vue exprimées par les parties. À ce titre, il convient de rappeler que les trois appelants ont fondé leurs refus sur l'alinéa 128(1)b) du *Code*, alléguant qu'au moment de leur refus existait ou était présente, dans leur lieu de travail, une situation qui constituait pour eux un danger. En effet, cet alinéa de la loi prévoit que les employés qui refusent de travailler, et uniquement eux, peuvent invoquer un refus motivé par une telle raison (la situation constituant un danger). Or, il ne peut être invoqué relativement à un ou des employés exerçant un refus « et un autre ou d'autres employés ». Il est également nécessaire de comprendre quelle était la « situation » alléguée par ces employés. Cette « situation », brièvement exposée ici et manifestement décrite de façon plus exhaustive par les parties dans leurs observations, se résume ainsi : l'employeur avait obtenu des renseignements (de la part d'un détenu), renseignements qu'il a, aux fins de la présente affaire, jugés crédibles, concernant la présence d'un certain nombre (six) de cartouches dans son unité à sécurité moyenne. Après avoir évalué, par l'intermédiaire d'un processus appelé EMRB, que le niveau de risque que présentait la situation pour les AC était « faible », l'employeur a ordonné au personnel opérationnel (les AC) de procéder, dans chaque unité pertinente sous confinement, cellule par cellule, à une fouille du même type que celle aux termes de l'article 53, en portant un équipement de protection individuelle approprié, y compris un gilet pare-balles.

[81] Les refus des appelants ont été formalisés après que l'EIU, qui avait été convoquée aux fins de cette fouille après que des employés ont fait part de leurs inquiétudes au sujet de la réalisation de la fouille telle qu'elle était prévue par l'EMRB, a choisi, en l'absence de l'autorisation de porter une arme courte, de ne pas procéder à la fouille, et ce, en indiquant que son intervention n'était pas nécessaire, car l'EMRB avait conclu à un risque « faible ». Il convient ici de préciser que, dans le cadre du processus d'EMRB, lequel peut servir à déterminer si un risque de menace est faible, moyen ou élevé, ce n'est qu'en présence d'un risque élevé que l'EIU est tenue, dans un environnement confiné, de procéder à l'extraction et à la fouille des détenus en portant un équipement de protection balistique complet. Or, les deux autres niveaux de risque exigent que ce soit le personnel opérationnel qui effectue cette tâche, et ce, en portant un équipement de protection individuelle approprié, y compris un gilet pare-balles.

[82] De toute évidence, bien que l'EMRB ait conclu à un risque « faible », les employés qui ont refusé de travailler et demandé que la fouille soit exécutée par l'EIU voulaient que la présence alléguée des six cartouches soit considérée comme une menace à risque « élevé ». Sur ce point particulier, les circonstances de la présente affaire sont pratiquement identiques à celles sur lesquelles s'est récemment penché le Tribunal dans l'affaire *Kelsch et al. c. Service correctionnel du Canada*, 2021 TSSTC 5 (*Kelsch*).

[83] Dans le libellé des observations des parties sur le bien-fondé de l'appel, une question que l'on pourrait qualifier de préliminaire a été soulevée par l'intimé, question à laquelle les appelants, qui ne l'avaient pas abordée dans leurs observations initiales, ont répondu dans leur réplique aux observations de l'intimé. En substance, selon ladite question soulevée par l'intimé, le soussigné ne devrait pas examiner le présent appel sur le fond, au motif que la question ou la situation à l'origine du refus de travailler exercé par les trois employés est devenue théorique.

[84] Par conséquent, je traiterai d'abord de la question du caractère théorique soulevée par l'intimé. À cet égard, il est utile de rappeler, dans une certaine mesure, ce en quoi consistent les pouvoirs d'un agent d'appel en vertu du *Code*. Pour ce faire, les propos suivants du Tribunal dans la récente décision *Kelsch*, précitée, sont pertinents :

[150] En ma qualité d'agent d'appel, ma compétence aux termes de l'article 146.1 du *Code* se limite à mener une enquête sommaire sur les circonstances particulières de l'affaire ou la situation qui ont donné lieu à l'appel en vue de rendre une décision sur lesdites circonstances, et non pas de chercher à formuler des motifs destinés à avoir un effet ou une application de nature plus large ou plus générale. La notion ou doctrine du caractère théorique a été abordée à d'innombrables reprises dans les décisions du Tribunal, qui reconnaissent la capacité de ce dernier d'invoquer cette doctrine dans l'exercice de sa propre compétence. Elle repose sur le principe selon lequel le pouvoir d'un tribunal de rendre une décision est mieux servi lorsqu'il règle un litige actuel sauf si, en l'absence d'un tel litige, le tribunal choisit néanmoins de rendre une décision dans l'affaire en question.

[85] La Cour suprême a, dans l'arrêt *Borowski*, précité, posé la pierre angulaire de cette doctrine dans le système juridique canadien. Dans cet arrêt, la Cour a adopté une analyse en deux étapes. La première étape consiste, pour n'importe quel tribunal devant lequel cette doctrine est invoquée, à déterminer si le différend tangible ou le litige actuel à l'origine de l'affaire dont le tribunal est saisi a disparu, rendant ainsi la question, le litige ou le différend théorique. En ce qui concerne cette notion particulière de différend tangible ou de litige actuel, la Cour la décrit comme un « élément essentiel » qui doit être présent non seulement lorsque la procédure est engagée, mais aussi lorsque le tribunal est appelé à rendre une décision. Il est vrai qu'à cet égard, la Cour a effectivement reconnu que certains problèmes peuvent, étant donné leur nature, être de courte durée, de sorte que le litige n'existe plus au moment où il est porté en appel, rendant ainsi le recours théorique.

[86] Dans la présente affaire, c'est précisément ce que les appelants ont invoqué comme l'une des raisons pour lesquelles le Tribunal ne devrait pas accueillir la requête en déclaration de caractère théorique de l'intimé, alors qu'il s'est écoulé près de trois ans entre la décision du délégué de la ministre, laquelle a été émise quelques jours seulement après les refus, et le présent examen et prononcé de la décision par le soussigné. Ainsi, les questions possiblement redondantes dont est saisi le Tribunal pourraient être susceptibles de disparaître ou d'avoir disparu et être devenues théoriques au moment où l'appel est entendu. À ce qui précède, je répondrai simplement en soulignant le fait que le

présent Tribunal, en tant qu'entité administrative investie de pouvoirs décisionnels, est maître de sa propre procédure. Par conséquent, outre l'obligation qui lui incombe en vertu du *Code* de mener sans délai une enquête sommaire au sujet de toute affaire dont il est saisi, rien ne l'empêche assurément d'accueillir une demande de l'une ou l'autre des parties afin de procéder plus rapidement, voire de façon accélérée et abrégée, dans le but d'éviter une telle situation où une question en litige devient théorique du fait de l'écoulement du temps. J'ajouterai à cet égard que, à la connaissance du soussigné et compte tenu de son expérience à titre d'agent d'appel, aucune demande à cette fin n'a jamais été présentée.

[87] À la deuxième étape de cette doctrine, le Tribunal, s'il a préalablement conclu au caractère théorique de l'appel pour cause d'absence de litige actuel, serait tenu de décider s'il doit néanmoins exercer son pouvoir discrétionnaire de trancher les questions dont il a été saisi. Pour disposer de cette question, il faudra tenir compte des trois éléments ou facteurs suivants :

- l'existence d'un contexte contradictoire;
- la préoccupation pour l'économie des ressources judiciaires;
- la nécessité pour tout tribunal de se montrer, du point de vue de l'efficacité et de l'efficience, sensible à sa fonction juridictionnelle dans notre structure politique.

[88] En ce qui concerne cette deuxième étape, la Cour fait remarquer qu'il ne s'agit pas d'un processus machinal. Or, les principes pourraient ne pas tous tendre vers la même conclusion et, de même, la présence d'un ou deux facteurs pourrait être annihilée par l'absence du troisième, et vice versa. Concernant l'applicabilité de ces facteurs, en particulier celui de l'économie des ressources judiciaires, il convient de souligner l'opinion exprimée par la Cour selon laquelle « [l]e simple fait, cependant, que la même question puisse se présenter de nouveau, et même fréquemment, ne justifie pas à lui seul l'audition de l'appel s'il est devenu théorique. Il est préférable d'attendre et de trancher la question dans un véritable contexte contradictoire, à moins qu'il ressorte des circonstances que le différend aura toujours disparu avant d'être résolu ». Cette déclaration de la Cour met en perspective dans la présente affaire les observations ci-dessus du soussigné au sujet du pouvoir du Tribunal de tenir, sur demande, une audience plus tôt que prévu ou plus rapidement.

[89] Pour la première étape de l'analyse du caractère théorique, je me suis fondé sur l'ensemble de la preuve relative à la situation sur le lieu de travail qui a été exposée dans les refus de travailler, ainsi que sur les observations des deux parties. J'en suis venu à la conclusion que la question soulevée par les appelants est devenue théorique.

[90] Pour évaluer si la question est théorique, il faut prendre en considération la décision du délégué de la ministre et les motifs de celle-ci, et ce, même si elle est contestée en appel. Dans l'affaire *Kelsch*, précitée, les employés avaient refusé de travailler après la découverte d'une balle unique (de calibre .22) dans l'établissement. En désaccord avec la conclusion de l'EMRB, les employés avaient demandé qu'une fouille, selon le protocole applicable aux menaces à risque élevé, soit réalisée par l'unité spécialisée aux fins de la

recherche d'autres balles, en se fondant sur le postulat voulant que puisqu'une balle avait été trouvée, il devait y en avoir d'autres à l'intérieur de l'établissement (aucune autre balle n'a jamais été trouvée). Les employés qui avaient refusé de travailler avançaient également que les détenus avaient accès, à l'interne, à du matériel susceptible de pouvoir servir à fabriquer un mécanisme de propulsion, ou qu'ils étaient capables d'introduire clandestinement de tels mécanismes ou une arme à feu, que ce soit par projection par-dessus la clôture, largage par drone ou par un autre moyen. En outre, les employés avaient fait valoir que l'intention, au sein de la population carcérale, de causer un préjudice à des AC était généralement présente en raison du caractère imprévisible du comportement des détenus. Or, dans l'établissement en cause dans cette affaire, il n'existait aucun antécédent de présence ou d'utilisation d'un mécanisme de propulsion ou d'une arme à feu.

[91] En l'espèce, les employés ont exercé leur droit de refuser de travailler, parce qu'ils étaient en désaccord avec la conclusion de risque faible de l'EMRB, laquelle a été effectuée après avoir obtenu des renseignements de sécurité selon lesquels six cartouches (de calibre .22) étaient présentes dans l'établissement. La conclusion de l'existence d'un risque faible aurait eu pour conséquence la réalisation d'une fouille aux termes de l'article 53 par le personnel opérationnel portant un équipement de protection individuelle approprié, y compris un gilet pare-balles, plutôt que par l'EIU (dont la présence est nécessaire lorsque l'EMRB conclut à un risque « élevé »). Ce qui précède s'ajoute à l'allégation générale voulant que les détenus aient accès à du matériel leur permettant de fabriquer un mécanisme de propulsion ou qu'ils puissent se procurer clandestinement un tel mécanisme ou une arme à feu, que ce soit par projection par-dessus la clôture, largage par drone ou par un autre moyen et, pareillement, s'ajoute également à l'allégation générale voulant qu'il existe, au sein de la population carcérale, une intention latente de causer un préjudice aux AC. À l'évidence, les différences entre les deux affaires sont suffisamment minimales pour être négligeables.

[92] Dans la décision *Kelsch*, précitée, le soussigné faisait observer, au paragraphe 153, et cette remarque s'applique également à l'espèce, que l'examen de la décision de la déléguée de la ministre et des motifs de celle-ci « doit d'une certaine façon mettre en correspondance les éléments retenus par la déléguée de la ministre pour rendre sa décision et les arguments qu'ont fait valoir les parties à l'appel afin de déterminer si les arguments qui ont été présentés au Tribunal sont essentiellement plus probants ou convaincants au point à amener le Tribunal, après analyse, à une conclusion différente dans la présente affaire ». Cela a été d'autant plus vrai en l'espèce, car l'essentiel des prétentions des parties met en correspondance deux décisions du Tribunal, l'une étant l'affaire *Bradford*, précitée, qui sert principalement de fondement au raisonnement du délégué de la ministre et de l'intimé, et l'affaire *Laycock*, précitée, qui, parce que cette jurisprudence correspond mieux aux faits en l'espèce selon les appelants, serait plus utile à la décision que rendra le soussigné.

[93] En ce qui concerne cette « confrontation » jurisprudentielle, alors que les appelants ont fait valoir que ce qu'ils appellent le critère de la décision *Bradford*, précitée, [traduction] « n'est plus approprié sur le plan juridique en 2020 et au-delà » et que le

Tribunal devrait, dans la présente affaire, estimer que le raisonnement suivi dans la décision *Laycock*, précitée, est déterminant, je m'empresse d'affirmer mon désaccord avec cette conclusion, car je ne vois aucune contradiction entre les deux. En l'espèce, les balles à l'origine du litige n'ont pas été trouvées, comme ce fut le cas dans l'affaire *Laycock*, précitée, pour le coupe-fil à l'origine du litige. Or, tel n'a pas été le cas dans l'affaire *Bradford*, précitée, où la découverte d'une seule balle avait été à l'origine de la situation. Il existe donc une différence fondamentale entre les deux affaires. Comme l'ont reconnu les parties en l'espèce, une balle n'est pas en soi un objet qui représente un risque, car il est nécessaire de lui associer un mécanisme de propulsion ou une arme à feu pour qu'elle en devienne un aux mains d'un détenu ayant l'intention de causer un préjudice. Or, un détenu qui a l'intention de causer un préjudice à un AC peut le faire simplement en manipulant un objet, comme le ciseau coupe-fil qui était au centre de la situation en cause dans l'affaire *Laycock*, précitée, sans qu'aucun autre objet ne soit nécessaire lorsque sont présents tous les autres éléments requis, comme l'intention latente d'un détenu de causer un préjudice, si celle-ci peut être acceptée comme un facteur généralement existant.

[94] De l'avis du soussigné, la position avancée par les appelants ne s'est pas révélée plus convaincante que celle défendue par l'intimé, laquelle, comme il a déjà été souligné, est pour l'essentiel calquée sur celle qui est à la base de la décision du délégué de la ministre. Cette décision suivait fidèlement, comme susmentionné, ledit critère à trois éléments de la décision *Bradford*, précitée. En effet, le délégué de la ministre a tenu pour crédibles : les renseignements reçus indiquant la présence de six cartouches dans l'établissement (lesquelles n'ont jamais été trouvées), l'absence de tout renseignement au sujet de l'existence d'un quelconque mécanisme de propulsion, l'inefficacité du contenu des balles démantelées quant à son utilisation comme engin explosif, ainsi que la pertinence de l'imprévisibilité du comportement des détenus à titre de facteur à prendre en considération pour évaluer l'intention de causer un préjudice. À la lumière de ces considérations, le délégué de la ministre a conclu qu'il était [traduction] « logique de déduire qu'un détenu en possession d'une balle de calibre .22 peut spontanément utiliser cette balle pour causer un préjudice à un AC, s'il en a les moyens », rendant ainsi la dangerosité de la balle conditionnelle au fait d'avoir la capacité matérielle de la tirer.

[95] En revanche, les appelants ont cherché à obtenir une conclusion de présence de danger qui validerait leur allégation selon laquelle, dans les circonstances, ils n'auraient pas dû être tenus d'exécuter une fouille aux termes de l'article 53 et, donc, que celle-ci devrait ou aurait dû être faite par l'EIU. Les appelants fondaient leurs prétentions sur les renseignements détenus par l'employeur, sur la possibilité de la présence d'une arme à feu ou d'un mécanisme de propulsion grâce à l'inventivité des détenus ou à une intervention de l'extérieur permettant une introduction clandestine ou un largage par drone, ainsi que sur ce qui devrait être accepté comme une intention latente de causer un préjudice à un AC, intention qui doit être considérée comme généralement présente chez tout détenu. Il convient de souligner qu'aucun élément de preuve à cet effet n'a été présenté.

[96] En référence au raisonnement suivi dans la décision *Laycock*, précitée, qu'il s'agisse de celui de l'agent d'appel ou de la Cour fédérale, les appelants ont accordé beaucoup de poids à la suggestion selon laquelle les balles, dont la présence est jugée crédible bien que celles-ci n'aient jamais été trouvées, auraient pu être efficacement dissimulées en attendant l'acquisition, d'une quelconque façon, d'un mécanisme de propulsion permettant, à un quelconque moment, la concrétisation d'une menace qui ne pouvait être ignorée compte tenu de l'intention latente de causer un préjudice, ce qui justifiait l'exécution d'une ou de plusieurs fouilles plus exhaustives. Certes, un tel scénario est possible puisque tout est possible dans un certain sens, en particulier dans un milieu carcéral. Néanmoins, un scénario « possible » n'est pas un scénario « probable » et ne satisfait pas au seuil du caractère vraisemblable requis en vertu du *Code* qui devrait être appliqué si je devais examiner l'affaire sur le fond. J'ajouterais que, même si l'on convient qu'une ou que plusieurs balles considérées isolément ne constituent pas un danger, pour atteindre un tel niveau, il n'en demeure pas moins qu'il faut disposer d'un moyen de propulser ces balles et d'une cible sciemment choisie, un AC en l'occurrence. Or, dans la présente affaire, aucune preuve factuelle, par opposition à une preuve spéculative ou hypothétique, d'une probabilité raisonnable que ces conditions soient remplies n'a pu être présentée, alors qu'une telle preuve constituait, à toutes fins pratiques, l'objet de la fouille que les appelants ont refusé d'exécuter et qu'ils souhaitaient voir réaliser par l'EIU.

[97] Quel que soit l'angle sous lequel on examine cette affaire, les appelants, en définitive, demandent essentiellement qu'une nouvelle évaluation du risque, distincte ou différente, soit effectuée. En effet, ils cherchent sensiblement à obtenir une conclusion d'existence de « danger » alors que, au moment du refus, l'employeur leur demandait d'exécuter une fouille qui, selon eux, aurait dû être effectuée dans le cadre des modalités qui sont prévues lors de l'évaluation d'un niveau de risque élevé, soit par l'EIU en l'occurrence. Ainsi, une nouvelle évaluation du risque, effectuée en tenant compte des circonstances qui prévalaient, aurait nécessairement mené, à ce moment-là et à l'avenir dans les mêmes circonstances, à l'exécution d'une fouille différente.

[98] À ce stade, il convient de souligner que, pour pouvoir accueillir une requête en déclaration de caractère théorique, la question initiale en litige doit encore exister au moment de l'examen de ladite requête. En revanche, si l'affaire doit être tranchée sur le fond, ce sont les circonstances qui prévalaient au moment du refus qui doivent servir de fondement pour déterminer s'il existait un danger au moment dudit refus.

[99] Sur cette question, le soussigné a, dans la décision *Kelsch*, précitée, déclaré ce qui suit :

[156] Si le soussigné, après avoir dûment examiné le bien-fondé de l'affaire, en venait à conclure à l'existence d'un « danger » parce que la fouille demandée par l'appelant n'a pas été effectuée, il existerait une obligation, aux termes de l'alinéa 146.1(1)b) du *Code*, d'envisager de donner toute instruction que le soussigné juge indiquée en vertu du paragraphe 145(2) ou (2.1) du *Code*. De telles instructions données par le soussigné, découlant de la conclusion de l'existence d'un « danger »,

viseraient à l'évidence à exiger que la situation représentant le « danger » soit corrigée c'est-à-dire, essentiellement, que soit réalisée une nouvelle EMRB prenant en considération tous les éléments mis de l'avant par les parties. Si j'ai peut-être le pouvoir d'ordonner qu'une telle EMRB soit effectuée, je n'ai indubitablement pas celui de dicter les résultats d'une telle évaluation.

[100] À mon avis, le même raisonnement s'applique en l'espèce. Par ailleurs, j'ajouterais que, même si le but ultimement était de faire exécuter une nouvelle fouille, un tel exercice serait futile puisque la fouille que les appelants avaient refusé d'effectuer a, en définitive, été réalisée par des gestionnaires correctionnels portant des gilets pare-balles et que, depuis, plus de 50 fouilles ont été exécutées sans qu'elles ne permettent de découvrir aucune balle.

[101] Par conséquent, je n'ai aucune difficulté à conclure que mon pouvoir de redressement, dans les circonstances de la présente affaire, est minime, voire inexistant. Rien ne garantit qu'une nouvelle EMRB aboutirait à une conclusion différente. Encore une fois, je suis d'avis que les observations du Tribunal dans la décision *Kelsch*, précitée, trouvent ici application :

[157] ... Conclure autrement signifierait aussi que l'employeur perdrait toute latitude dans ses conclusions à l'issue d'une EMRB; en effet, alors qu'une telle évaluation peut donner lieu à une conclusion de risque élevé, modéré ou faible, la position adoptée par l'appelant ferait en sorte que toute EMRB se traduirait systématiquement par une conclusion de risque élevé sans égard aux circonstances, la fouille spéciale qu'entraînerait une telle conclusion **servant à tenter de valider celle-ci**.

(non souligné dans l'original)

[102] L'on ne peut non plus ignorer l'élément temporel dans l'analyse visant à examiner si la question soulevée dans l'appel est devenue théorique. Si l'on considère le libellé du paragraphe 146.1(1) du *Code*, qui prévoit que l'enquête sur les circonstances de l'affaire doit être menée « sans délai », une telle obligation inscrite dans la législation par le Parlement atteste, à mon avis, de l'intention que le pouvoir de redressement conféré aux agents d'appel demeure important. Par conséquent, l'on ne doit pas passer sous silence le fait que, au moment de la rédaction de la présente décision, près de trois ans se sont écoulés depuis le début de l'exercice des refus à l'origine du présent appel. Autrement, cela reviendrait à fermer les yeux sur la réalité en agissant comme si les circonstances qui prévalaient au moment des refus n'avaient pas considérablement changé, sous oublier que, depuis l'exercice de ces refus, de nombreuses fouilles aux termes de l'article 53 ont été exécutées sans aucune preuve que les balles à l'origine du litige n'aient jamais été trouvées. Dans cette optique, j'ajouterais que l'on ne peut continuellement s'appuyer sur l'hypothèse voulant que les balles aient pu être dissimulées pour pouvoir les utiliser ultérieurement.

[103] Enfin, la nature de l'EMRB est un élément dont on ne peut faire abstraction. Un tel processus est fonction de la situation, ce qui signifie qu'il doit être répété chaque fois que

survient une situation pouvant mettre en cause un aspect « balistique », et ce, au regard des circonstances qui prévalent au moment des refus. Ainsi, si une EMRB ou une autre mesure d'évaluation était effectuée à la suite d'une décision affirmative du soussigné en l'espèce, elle devrait être réalisée en fonction des circonstances qui prévalaient il y a environ trois ans, lesquelles diffèrent sans aucun doute de la situation actuelle. Par conséquent, je conclus que le litige actuel qui prévalait au moment des refus n'est plus.

[104] À la lumière de la conclusion ci-dessus, il reste que le soussigné doit, conformément à l'arrêt *Borowski*, précité, déterminer si je devrais exercer mon pouvoir discrétionnaire de juger la présente affaire sur le fond, en dépit de l'absence de litige actuel. Pour trancher cette question, j'ai pris en considération les trois éléments de la doctrine du caractère théorique énoncés plus haut en gardant à l'esprit, comme l'a fait remarquer la Cour suprême, qu'une décision à cet égard n'exige pas nécessairement de tenir compte des trois éléments. À cet égard, une attention particulière a été accordée à la question de l'économie des ressources judiciaires, alors que les ressources du Tribunal ont été considérablement réduites à la suite de l'entrée en vigueur des modifications récentes apportées au *Code*. J'ai également été particulièrement soucieux de l'efficacité de l'intervention « judiciaire ». J'ai donc décidé de ne pas exercer mon pouvoir discrétionnaire d'entendre l'affaire sur le fond.

[105] Dans la décision *Kelsch*, précitée, le soussigné s'est penché sur la question de l'examen potentiel des questions de cette nature à l'avenir, s'exprimant en ces termes :

[161] Pour en arriver à cette conclusion, j'ai tenu compte du fait que, même s'il a été allégué que la présence d'une munition au sein de l'établissement, qu'il existe ou pas un moyen de propulser celle-ci et une cible définie en la personne d'un agent correctionnel, est peut-être un événement rare qui, selon la preuve présentée, n'est jamais survenu à l'ESM, il ne s'agit cependant pas d'une situation inhabituelle si l'on considère le milieu carcéral à l'échelle du pays. Par conséquent, il existe une possibilité, même lointaine, qu'un problème tel que celui en l'espèce se pose un jour, et que cette affaire fasse l'objet d'un processus d'examen prévu par le *Code*, ce qui signifie qu'elle n'échapperait pas à cet examen.

À mon avis, ce raisonnement trouve une application en l'espèce, en particulier compte tenu des commentaires formulés ci-dessus quant à la possibilité pour les parties de chercher à obtenir une audience plus rapidement afin d'éviter d'être confronté, à maintes reprises, à une allégation de caractère théorique dû à l'écoulement du temps.

[106] J'ajouterais que, si d'autres situations semblables devaient survenir, que ce soit à l'ECB ou dans un autre établissement, une décision sur le fond en l'espèce, fondée sur les circonstances particulières de l'affaire, ne présenterait qu'un intérêt négligeable pour d'autres affaires similaires, puisque ces dernières devraient elles aussi être tranchées en fonction des faits et des circonstances qui leur sont propres. Vu le temps qui s'est écoulé depuis le début de l'exercice des refus, de même que les nombreuses fouilles de toutes sortes qui ont été exécutées depuis lors sans qu'aucun dispositif de propulsion ni aucune autre munition n'aient été trouvés, le soussigné conclut qu'une décision sur le fond

rendue aujourd'hui n'aurait vraisemblablement qu'une incidence minime sur les droits des appelants.

Décision

[107] Pour les motifs susmentionnés, l'appel est rejeté en raison de son caractère théorique.

Jean-Pierre Aubre
Agent d'appel