

Les Cahiers de droit



KATHERINE LIPPEL, STÉPHANIE BERSTEIN ET MARIE-CLAUDE BERGERON, *Le retrait préventif de la travailleuse enceinte ou qui allaite : réflexions sur le droit et la médecine*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, 224 p., ISBN 2-89451-047-0.

Benoit Lussier

Volume 38, Number 1, 1997

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043439ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043439ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this review

Lussier, B. (1997). Review of [KATHERINE LIPPEL, STÉPHANIE BERSTEIN ET MARIE-CLAUDE BERGERON, *Le retrait préventif de la travailleuse enceinte ou qui allaite : réflexions sur le droit et la médecine*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, 224 p., ISBN 2-89451-047-0.] *Les Cahiers de droit*, 38(1), 235–238.
<https://doi.org/10.7202/043439ar>

Montesquieu, dans l'*Esprit des lois*, et, enfin, une justification ultime de lecture sur le thème « Tout était dans Montesquieu ». C'est cette dernière justification qui constitue la vraie conclusion où l'auteur parle pour lui-même et non pour Montesquieu. Mentionnons à cet égard l'aveu même de l'auteur où il souligne ceci : « Notre intérêt personnel dans la matière de l'*Esprit des lois*, ainsi que dans la manière de son auteur, réside primordialement dans ce qui le fait sociologue (avant le terme) ou, si l'on veut, en date le premier théoricien empirique des grands ensembles politiques » (p. 261).

Ce qui retient notre attention dans ce livre, c'est bien le manque de distance, sinon d'esprit critique, dans le processus de lecture accompagnée de Montesquieu. Admettons qu'une lecture accompagnée peut être utile et bénéfique pour des personnes n'ayant pas la formation nécessaire pour lire l'œuvre même : il nous semble pourtant qu'un tel projet aurait profité largement d'une réflexion substantielle sur l'œuvre. Une lecture accompagnée aurait mieux accompli son devoir pédagogique, comme nous le voyons, si Bergeron avait pu évaluer et situer la pensée de Montesquieu à la fois dans son siècle et selon un angle précis de réflexion.

Nous aurions ainsi pu voir que, loin de l'image héroïque, novatrice et « moderne » que nous donne l'auteur, Montesquieu est beaucoup plus ambigu. Sur le plan de la pensée, nous devons plutôt désigner Montesquieu comme « néo-féodal », comme un de ces théoriciens fortement opposés à toute réforme « juridique », qui justifient les privilèges, etc. Bref, il est de la trempe des magistrats bas-aristocratiques français qui s'opposent à l'hégémonie absolutiste motivée par le fait que toute réforme juridique veut les déposséder de leurs privilèges. C'est le néo-féodalisme qui, avant la Révolution de 1789, a bloqué toute réforme juridique et qui a poussé la « bourgeoisie » à faire ladite révolution. Une pensée plus critique de l'œuvre du baron de Montesquieu nous aurait ainsi été plus utile. Mais il aurait fallu quitter alors la pensée non critique et sociologique adoptée

par Bergeron au bénéfice d'une réflexion sur le droit.

Ajoutons que nous ne trouvons presque rien chez l'auteur de ce qui, selon nous, représente l'aspect le plus intéressant chez Montesquieu, savoir les différentes stratégies de relecture que Montesquieu a subies au cours de l'histoire de la pensée juridique. Par exemple, comment est-il devenu, contre sa volonté, le théoricien du « partage de compétences » au sens moderne là où il n'a fait que plaider pour ses propres privilèges et ceux du parti « néo-féodal » français ?

Comme nous l'avons dit précédemment, l'ouvrage de Bergeron est né d'une affection et d'une admiration à l'endroit de Montesquieu. Nous le recommandons donc à tous ceux qui ont envie de partager cette admiration pour Montesquieu. Mais à une condition : faire ensuite une lecture critique de Montesquieu.

Bjarne MELKEVIG
Université Laval

KATHERINE LIPPEL, STÉPHANIE BERSTEIN ET MARIE-CLAUDE BERGERON, *Le retrait préventif de la travailleuse enceinte ou qui allaite : réflexions sur le droit et la médecine*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, 224 p., ISBN 2-89451-047-0.

Par l'adoption de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*¹ en 1979, le législateur a voulu assurer aux travailleurs québécois un environnement de travail plus sain et plus sécuritaire. Cette intention se reflète particulièrement dans un droit unique à la législation québécoise, soit le droit au retrait préventif pour la travailleuse enceinte ou qui allaite². Contrairement aux autres dispositions relatives à la maternité qui visent à préserver la sécurité d'emploi et de revenu des travailleuses enceintes, ce droit a pour objet de protéger la santé de la future mère et de son enfant. Pour faciliter et déjudiciariser l'exercice de ce recours, le législateur a établi comme moyen

1. *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.R.Q., c. S-2.1.

2. *Id.*, art. 40 et suiv.

de preuve du danger la production d'un certificat médical. Cette interaction forcée entre divers concepts (p. 1) tant médicaux et juridiques que scientifiques est toutefois source de confusion. C'est cette situation que tentent de clarifier les auteures dans leur ouvrage qui se veut un essai de réflexion.

Pour tracer le portrait juridique de ce droit, les auteures ont effectué une analyse comparative des lois et des réglementations ainsi que de la jurisprudence et de la doctrine relatives au retrait préventif. Leur étude porte plus précisément sur la relation droit-médecine dans ce domaine. Les auteures ont ainsi analysé plus de 349 décisions rendues par la Commission d'appel en matière de lésions professionnelles et divers tribunaux. Elles ont pu ainsi mieux délimiter le rôle du médecin dans ce processus de retrait.

Dans la première partie de l'ouvrage, les auteures traitent des conditions nécessaires pour que la travailleuse enceinte ou qui allaite puisse se prévaloir du retrait préventif. L'analyse des notions d'« employeur », de « travailleur » et d'« établissement » dans la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* fait ressortir le caractère essentiel, pour l'exercice de ce droit, de l'existence d'un contrat de louage de services professionnels. Pour que les tribunaux concluent qu'une personne peut se prévaloir du retrait préventif, il faut également que le lien d'emploi soit toujours actif et que la travailleuse ait l'obligation de travailler. Sur ce point, les auteures traitent respectivement de la mise à pied et du congédiement, des vacances, du congé de maladie et de maternité. Le retrait préventif vise dans les faits à préserver la santé de la travailleuse, que ce soit en éliminant le danger qui la menace, en la réaffectant à un autre emploi ou en la retirant complètement du travail. Enfin, le retrait préventif constituant l'ultime étape du processus ayant pour objet de protéger la travailleuse enceinte ou qui allaite d'un milieu de travail dangereux, il faut que cette dernière soit en mesure d'accepter la solution proposée et disposée à le faire. Selon les auteures, l'inaptitude d'une personne et le fait de soulever des obstacles logistiques ou de nature

contractuelle, au regard d'une réaffectation, sont des éléments pouvant restreindre le recours au retrait préventif.

Dans la deuxième partie, les auteures consacrent leurs efforts à circonscrire la notion de danger pour la travailleuse ou l'enfant à naître. Le législateur n'ayant pas défini les « conditions de travail comportant des dangers physiques »³, il y a lieu pour les différentes instances décisionnelles de les interpréter. Il est important de noter, comme le font remarquer les auteures, que la situation réelle n'est pas celle que laisse supposer le fait que les tribunaux refusent majoritairement les demandes de retrait préventif. En effet, le certificat médical constituant la preuve du danger, ce n'est que lorsque celui-ci est contesté que les tribunaux ont à se prononcer sur la notion de danger et dans ces circonstances, devant une instance judiciaire, il est normal que le retrait soit plus souvent refusé. Depuis 1988, les juges et les commissaires ont déterminé quelques critères. Ainsi, pour permettre l'ouverture du droit, le danger doit être démontré et plausible (p. 43). Cette notion varie naturellement selon les commissaires : certains demandent que le danger soit plus qu'une vague inquiétude⁴ (p. 57), d'autres, qu'il constitue un danger réel et non virtuel⁵. La commissaire Elaine Harvey va même jusqu'à demander qu'il soit probable que le danger appréhendé s'actualise⁶.

La rencontre entre la médecine et le droit amène une interrogation relativement complexe sur le degré de certitude qui doit exister pour accorder un retrait préventif. La Cour suprême⁷ ayant déjà statué, sur un litige ayant pris naissance au Nouveau-Brunswick, que le degré de certitude nécessaire en matière de responsabilité civile était moindre que celui exigé en matière médicale, les tribunaux québécois ont repris le principe en l'appliquant

3. *Id.*, art. 40.

4. *Asselin et Garderie Trotteurs Inc. et C.S.S.T.*, [1989] C.A.L.P. 484.

5. *Blais et Ministère de l'Énergie et des Ressources*, [1990] C.A.L.P. 940.

6. *Hôpital du Sacré-Coeur de Montréal et Legault*, C.A.L.P. 34006-62-9111, 05/01/93.

7. *Farrelle c. Snell*, [1990] 2 R.C.S. 311, 330.

au droit civil. Toutefois, l'analyse de la jurisprudence fait ressortir une autre distinction : le degré de certitude exigé pour le droit au retrait préventif est moindre que celui requis pour une réclamation en dommages-intérêts (p. 71). L'esprit de prévention entourant le concept du retrait préventif doit en effet prévaloir. Les commissaires seront donc enclins à mettre de côté les prétentions des experts tendant à faire appliquer le degré de certitude scientifique dans une demande de retrait préventif.

En dernier lieu, la notion de danger peut tenir compte de la condition personnelle de la travailleuse et lui être propre. Ainsi, le retrait pourra être refusé à une personne et accordé à une autre qu'une situation analogue n'empêche pas de travailler.

Dans la troisième partie de l'ouvrage, les auteures mettent en évidence les conditions qui justifient le retrait préventif pour la travailleuse qui allaite. La notion de danger est ici uniquement axée sur la protection de l'enfant allaité. Du fait que l'objet du premier certificat n'est plus, il y a nécessité, lors de la demande de ce retrait préventif, de produire un nouveau certificat médical. Une situation dangereuse pour une travailleuse enceinte ne l'est pas nécessairement pour la travailleuse qui allaite ou l'enfant allaité. Se devant toujours d'être disponible pour le travail afin de se prévaloir du retrait préventif, la travailleuse enceinte pourrait donc théoriquement y avoir droit au lendemain de l'accouchement.

Les exigences en matière de preuve constituent l'objet de la quatrième partie la réflexion des auteures. Le législateur ayant confirmé le certificat médical comme moyen de preuve, elles y ont consacré une partie importante de leur étude. Pour avoir force probante, ce certificat devra répondre aux exigences réglementaires. Ainsi, une mention attestant « que les conditions de travail de la travailleuse comportent des dangers physiques pour l'enfant à naître ou pour elle-même à cause de son état de grossesse » (pp. 105-106) devra obligatoirement être présente, sous peine de voir la demande de retrait refusée. De plus, comme les auteures le souli-

gnent, un médecin du réseau public devra être consulté avant la délivrance de ce certificat pour évaluer, entre autres, les conditions de travail de la personne et leur effet possible sur sa santé.

Les auteures traitent par la suite des situations où les exigences du certificat n'ont pas été respectées. Ainsi nous est-il permis de mieux saisir la position de la Commission d'appel en matière de lésions professionnelles dans les cas où la consultation préalable n'a pas eu lieu ou encore lorsque la mention relative au danger est imprécise ou incomplète. Enfin, le certificat constituant une preuve en soi, il permet d'éviter un défilé de témoins. Seules les demandes judiciairisées nécessiteront la présentation de témoins experts comme les médecins traitants, les médecins du réseau public et de l'établissement ou d'autres spécialistes tels des pharmaciens, des ergonomes, des épidémiologistes.

La cinquième partie de l'ouvrage tente de circonscrire les rôles des principaux intervenants dans le processus de retrait préventif. Le rôle du médecin traitant, qui doit examiner la travailleuse et remplir correctement le certificat médical, est analysé par les auteures tout comme celui des médecins du réseau public et de l'établissement, qui doivent opiner quant aux conditions de travail. L'étude de la décision *Cité de la santé de Laval et Houle*⁸ indique clairement que les intervenants de la Commission de la santé et de la sécurité du travail (CSST) ne peuvent aller à l'encontre du contenu du certificat « à moins de détenir une preuve déterminante et concluante à l'effet contraire » (p. 127). La CSST et ses intervenants, comme le démontrent les auteures, ne sont toutefois pas confinés dans un rôle passif. Ils communiquent avec les médecins traitants et font témoigner des experts pour infirmer l'opinion du médecin (p. 127).

Les auteures consacrent la sixième partie de leur ouvrage à ce qui constitue l'essence même du retrait préventif de la travailleuse enceinte ou qui allaite, soit l'affectation pro-

8. *Cité de la santé de Laval et Houle*, [1988] C.A.L.P. 843.

prément dite. La condition principale de la réaffectation est la réception par l'employeur d'un certificat médical valide. L'employeur devra répondre à cette demande implicite de retrait (p. 133) et offrir de réaffecter la travailleuse à un emploi qui ne comporte pas les dangers mentionnés dans le certificat. L'offre devra permettre au médecin traitant et à la travailleuse de constater que les dangers ont bel et bien été éliminés. Même si la question relative aux obligations de l'employeur ne fait que rarement l'objet des décisions des commissaires, il est établi qu'un employeur n'a pas l'obligation de réaffecter la travailleuse à un poste dans un autre établissement si celui où elle travaillait est fermé⁹ (p. 135). Les auteures indiquent par la suite que la nature même du retrait préventif n'implique pas toujours un changement de poste : l'élimination des dangers peut suffire pour redonner à la travailleuse un environnement de travail sain. Les auteures analysent ensuite les décisions rendues dans les cas de contestation d'affectation. Il y est notamment question des affectations où les dangers n'ont pas été éliminés, de celles qui comportent de nouveaux dangers et de celles où la travailleuse dit ne pas avoir la capacité raisonnable d'accomplir les nouvelles tâches qui lui sont confiées.

La dernière partie de l'étude porte sur les avantages économiques. L'article 43 de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* protège les droits de la travailleuse qui est réaffectée à un poste ou retirée de son travail. L'article 36 de la même loi régit les « indemnités payables à la travailleuse bénéficiant d'un retrait préventif ». Sous ce titre, les auteures traitent de l'interprétation à donner à l'expression « cinq premiers jours ouvrables de cessation de travail », du « versement des quatorze jours d'indemnités suivant les cinq jours initiaux » et du calcul de l'indemnité de remplacement du revenu.

Le retrait préventif de la travailleuse enceinte ou qui allaite : réflexions sur le droit et la médecine est somme toute un excellent outil de référence en droit du travail. Utile

tant pour les acteurs du secteur de la santé et de la sécurité au travail que pour les praticiens dans le domaine, cet ouvrage permet une analyse approfondie des circonstances entourant le retrait préventif de la travailleuse enceinte. De plus, l'ouvrage de M^{mes} Lippel, Bernstein et Bergeron a gardé depuis juin 1995, date où il était à jour, toute sa pertinence. Il reproduit parfaitement, deux ans plus tard, les courants décisionnels de la Commission d'appel en matière de lésions professionnelles et des tribunaux supérieurs. Les décisions qui ont été rendues après la publication de leur ouvrage ne viennent que confirmer les conclusions soutenues par les auteures. Ainsi, les principes quant à l'inopposabilité à l'employeur des obligations professionnelles ou personnelles de la travailleuse¹⁰, à l'absence de littérature scientifique¹¹, à la présence, après réaffectation, des dangers mentionnés dans le certificat¹², au renversement du certificat médical¹³ et à l'indemnité pour la période des 14 premiers jours suivant le retrait préventif¹⁴ ne sont que quelques exemples où les courants décisionnels énumérés dans l'ouvrage sont toujours applicables.

Benoit LUSSIER
Université Laval

ISSE OMANGA BOKATOLA, *L'Organisation des Nations Unies et la protection des minorités*, Bruxelles, Bruylant, 1992, 291 p., ISBN 2-8027-0578-4.

L'ouvrage de M. Bokatola vient à point nommé. Si l'Organisation des Nations Unies avait longtemps fondu le problème des minorités dans la protection universelle des droits

10. *Hôpital La Providence et Boily*, [1996] C.A.L.P. 87.

11. *Samson et Nouvelliste T.R. Offset*, [1996] C.A.L.P. 93.

12. *Lachance et CLSC des Trois-Saumons*, [1996] C.A.L.P. 970.

13. *Caron et Gestion Informa*, [1995] C.A.L.P. 812 et *Lessard et Hôtel-Dieu de Lévis*, [1996] C.A.L.P. 1071.

14. *Roy et Société des alcools du Québec et C.S.S.T.*, [1995] C.A.L.P. 579.

9. *Proviggo distribution Inc. et Blanchet et C.S.S.T.*, [1992] C.A.L.P. 1246, 1249.