

Les Cahiers de droit



Le statut de la Fonction publique au Québec: à la frontière du droit administratif et du droit du travail

Patrice Garant

Volume 12, Number 3, 1971

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1004931ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1004931ar>

[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 article

Garant, P. (1971). Le statut de la Fonction publique au Québec: à la frontière du droit administratif et du droit du travail. *Les Cahiers de droit*, 12(3), 361–417. <https://doi.org/10.7202/1004931ar>

Tous droits réservés © Université Laval, 1971

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

Érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

Le statut de la Fonction publique au Québec : à la frontière du droit administratif et du droit du travail

Patrice GARANT *

Introduction générale

Le Service public est une vaste entreprise qui ne peut assurer sa mission, « la poursuite des fins supérieures de l'Etat », sans un personnel nombreux, qualifié et stable. Aussi le Droit administratif compte-t-il parmi l'un de ses chapitres les plus importants, l'étude des règles relatives aux fonctionnaires, à leur statut face à l'Etat et face à la collectivité des administrés. A cause du phénomène de la collectivisation des rapports de travail dans les services publics et même des services gouvernementaux, le droit de la Fonction publique n'est plus exclusivement un chapitre du droit administratif traditionnel mais une branche du droit du travail. A cet égard le Québec est sûrement à l'avant-garde de l'évolution du régime juridique du personnel de l'Etat.

Il importe en premier lieu de préciser la notion de « fonction publique ». En un sens, ce terme « fonction publique » est synonyme de charge publique, d'emploi public: l'agent public est celui qui exerce une fonction publique et qui fait partie de la Fonction publique. En un second sens, plus restreint, la « fonction publique » est l'ensemble des employés de l'Administration relevant du pouvoir exécutif et régis soit par un statut général ou par des statuts spéciaux ou particuliers. Enfin en un troisième sens encore plus restreint, « fonction publique » signifie l'ensemble des employés relevant du statut de la Fonction publique, à l'exclusion des employés régis par des statuts spéciaux ou des statuts particuliers; telle est la signification qu'a ce terme dans la loi québécoise de la fonction publique¹.

Le terme « fonctionnaire » est aussi susceptible de plusieurs acceptions. Dans le *Code criminel* il est synonyme d'agent public et désigne

* Professeur à la faculté de Droit.

¹ S.Q. 1965, c. 14, tel que modifié: voir Codification administrative, juin 1970; dans le présent texte nous nous référerons constamment à cette codification.

tous ceux qui de près ou de loin se rattachent au service public². Dans la *Loi du régime de retraite des fonctionnaires*, il signifie un éventail plus ou moins large d'agents comprenant la plupart de ceux qui relèvent de l'Exécutif³. Dans le *Code de procédure civile*, la notion de fonctionnaire de l'État a déjà été interprétée par la jurisprudence comme ne s'appliquant qu'aux employés des ministères ou des organismes qualifiés « d'agents de la Couronne »⁴. Enfin la *Loi de la fonction publique québécoise* définit le fonctionnaire comme « un employé de la fonction publique autre qu'un sous-chef ou un ouvrier »⁵. Lors des débats parlementaires d'août 1965, le premier ministre affirmait que le terme générique doit être « employé de la Fonction publique » et les termes spécifiques « fonctionnaire » et « ouvrier »⁶. Depuis les modifications apportées en décembre 1969 à la *Loi*, il faut distinguer entre le « fonctionnaire », c'est-à-dire « l'employé de la fonction publique autre qu'un ouvrier et un sous-chef », le « fonctionnaire des cadres supérieurs », c'est-à-dire le titulaire d'un emploi dans la liste des emplois supérieurs de chaque ministère ou organisme para-ministériel telle qu'elle est déterminée par la Commission de la fonction publique en vertu de l'article 21 et enfin les ouvriers, c'est-à-dire les gardiens, journaliers, femmes de peine et autres personnes exécutant un travail manuel⁷.

La Commission de la fonction publique du Québec, dans son rapport annuel de 1966-67, après avoir rappelé les « différents plans applicables à chacune des grandes catégories de fonctionnaires », intitule ces catégories : fonctionnaires (personnel technique et auxiliaire administratif), ouvriers, agents de la paix, professionnels et enseignants⁸. Aussi devons-nous conclure que les termes « agent public », agent du Service public, fonctionnaire, employé de la Fonction publique sont couramment utilisés comme synonymes dans certains contextes; par contre dans le cadre précis de telle loi ou de telle disposition, il faudra utiliser tel terme plutôt que tel autre; et le même terme pourra avoir une extension bien différente suivant qu'il est utilisé dans telle ou telle autre loi: ainsi le terme « fonctionnaire » a un sens très différent dans le *Code criminel*, dans la *Loi de la fonction publique* et dans la *Loi du régime de retraite des fonctionnaires*. Signalons de plus que le terme « fonctionnaire » est utilisé par la *Loi de l'Instruction publique* pour désigner les enseignants munis d'un brevet ou inscrits au registre officiel et aptes à enseigner⁹; ceux-ci ne doivent pas être confondus

² *Code criminel*, art. 107 sq. et Jurisprudence citée au LAGARDE, *Droit pénal canadien*, 2^e éd., p. 122 sq.; aussi *Loi des employés publics*, S.R.Q. 1964, c. 12, art. 9.

³ Voir par exemple: *Loi du régime de retraite des fonctionnaires*, S.R.Q. 1964, c. 14, art. 14.

⁴ *Comm. rel. ouvrières v. Can. Ingersol Rand*, [1957] B.R. 673 (678); Ancien *Code de procédure*, art. 332, par. 1; *Code actuel*, art. 308, par. 4.

⁵ Art. 1, al. 6.

⁶ *Débats parlementaires*, 1965, p. 4657.

⁷ *Codification administrative*, art. 1, al. 6, 7, 8 et art. 21.

⁸ *Rapport annuel*, 1966-67, pp. 12-13.

⁹ S.R.Q. 1964, c. 235, art. 1, al. 13.

avec les fonctionnaires-enseignants des écoles gouvernementales ou régis par la *Loi de l'enseignement spécialisé*¹⁰.

Il est enfin étonnant de constater la fantaisie ou l'incohérence du Législateur qui encore dans des lois toutes récentes utilise le terme fonctionnaire dans des cas où il est expressément dit qu'il s'agit d'agents qui ne sont pas régis par la *Loi de la fonction publique*¹¹.

L'étude du droit de la fonction publique dans le contexte actuel comporte d'autres difficultés. Alors que la fonction publique fédérale repose sur un « establishment » et une tradition respectables, la fonction publique québécoise est au lendemain de réformes qui n'ont pas encore fait sentir tous leurs effets. Depuis 1959-60 on assiste à un *aggiornamento* et à une prise de conscience de ce que devrait être la fonction publique dans un état moderne. La *Loi* de 1965 a posé, bien qu'encore timidement, les fondements d'un statut véritable de la fonction publique. Ce statut ne s'inspire plus seulement des précédents anglosaxons, mais grâce à l'œuvre admirable accomplie par la Commission de la Fonction publique et par les experts du gouvernement, il constitue une synthèse d'éléments puisés à diverses sources.

La présente étude n'abordera que deux aspects ou deux chapitres du statut de la fonction publique, soit l'organisation et la gestion de la fonction publique et le régime des rapports collectifs de travail. Ces deux chapitres nous permettront cependant de mesurer l'ampleur du rapprochement entre le Droit administratif et le Droit du travail que l'on y retrouve.

Chapitre I

L'ORGANISATION ET LA GESTION DE LA FONCTION PUBLIQUE¹²

Section I :

LA GENÈSE DE L'ORGANISATION DE LA FONCTION PUBLIQUE

Avant les réformes apportées par la révolution tranquille, le chapitre de la Fonction publique au Québec était l'un des plus obscurs de notre droit administratif. En 1868, l'Etat provincial s'était doté d'une *Loi du Service civil* qui laissait en fait l'employé de la Fonction publique à l'entière discrétion du gouvernement. Après quelques amendements mineurs survenus au fil des années, la première réforme importante fut, en 1943, la création de la Commission du Service civil de qui

¹⁰ S.R.Q. 1964, c. 242.

¹¹ *Loi du Centre de recherche industrielle*, L.Q. 1969, c. 62, art. 11.

¹² Sur cette question, voir: *Rapport annuel*, 1969-70, ministère de la Fonction publique.

on attendait beaucoup. Le gouvernement qui prit le pouvoir en 1944 ne l'entendait pas de la même façon de sorte que la Commission joua un rôle insignifiant pendant le règne de M. Duplessis (1944-59) : la fonction publique était avant tout un instrument de patronage.

En 1959 le gouvernement Sauvé commença d'opérer une revalorisation de la Fonction publique en établissant une nouvelle classification pour remplacer celle de 1925 devenue inadéquate. Dès 1960, le gouvernement Lesage procéda à des revisions importantes des traitements, et la Commission du Service civil inaugura la pratique des concours publics pour le recrutement aux divers postes : ainsi de 1960 à 1965, 948 concours ont été tenus pour 82,500 candidats. En 1960 le gouvernement établissait également le Conseil de la trésorerie à qui il confia la responsabilité d'arrêter les estimations budgétaires nécessaires à la confection des échelles de traitement et de faire des recommandations au Conseil exécutif en matière de nomination, de rémunération, de permutation et de retraite des fonctionnaires et autres employés du gouvernement, à l'exclusion des sous-ministres et autres fonctionnaires de rang équivalent¹³.

Les travaux du Conseil de la trésorerie joints à ceux de la Commission du Service civil préparaient l'élaboration d'un statut moderne de la Fonction publique dont les étapes furent l'adoption de la *Loi de la Fonction publique* en août 1965, complétée par de nombreux règlements de la Commission de la Fonction publique ainsi que par une nouvelle classification entrée en vigueur en 1967.

Parallèlement à cette renaissance de la Fonction publique, la révolution tranquille suscita ou permit une poussée du syndicalisme dans les services publics, poussée qui atteignit même la fonction publique. En février 1961 fut fondée l'Association professionnelle des professeurs de l'enseignement spécialisé (APPES) accréditée par la Commission des Relations ouvrières comme représentant des enseignements des écoles gouvernementales. Un peu plus tard, soit le 14 août 1963, la C.R.O. accorda un certificat de reconnaissance syndicale à l'Association des inspecteurs d'écoles catholiques (A.P.I.E.C.). En 1962 un véritable syndicat, affilié depuis à la Confédération des Syndicats nationaux, s'implanta au point d'éclipser le Conseil général des employés de la province de Québec, association créée en 1944 pour diverses fins socio-professionnelles. En 1963, les deux groupements présentèrent des rapports au gouvernement, l'un réclamant un régime syndical à part entière, l'autre un système de négociation en comité conjoint avec règlement des différends par un tribunal d'arbitrage.

Lors de la discussion du projet de Code du travail au printemps 1964¹⁴, le gouvernement créa un Comité spécial de l'Assemblée législative chargé d'étudier le problème des relations de travail dans les services publics et dans la fonction publique¹⁵. Ce comité déposa son rapport

¹³ S.R.Q. 1964, c. 64, art. 15.

¹⁴ Voir sur cette question HÉBERT, G., « La Genèse du présent Code du travail », in *Le Code du travail*, Québec (1965) P.U.L. 1965, p. 31.

¹⁵ Cf. *Débats de l'Assemblée législative*, Comité spécial des Relations de travail dans les services publics, 16, 17 et 18 mars 1964.

le 10 juin 1964; dans quatre secteurs, soit les hôpitaux, les écoles, les municipalités et la fonction publique, le rapport recommandait le retrait du droit de grève et l'arbitrage obligatoire. Devant la levée de boucliers que souleva cette prise de position, le gouvernement amenda le Bill 54 en juillet et accorda un régime syndical équitable aux employés des services publics à l'exception des instituteurs et des employés de la fonction publique. Le sort des instituteurs devrait être fixé par une loi du 15 mars 1965¹⁶.

A cette époque le gouvernement exprima le désir de voir les fonctionnaires se prononcer sur l'une ou l'autre des conceptions du syndicalisme mises en avant par les groupements rivaux. C'est ainsi que par un vote du 10 novembre 1964, les employés de la fonction publique optèrent à une forte majorité pour le syndicat des fonctionnaires¹⁷. Le gouvernement annonça alors la création d'un « Comité d'étude sur les relations de travail dans la fonction publique », composé de 14 membres dont 7 désignés par le gouvernement et 7 par la partie syndicale (S.F.P.Q., A.P.E.S., S.P.I.G.). Ce comité créé le 3 février 1965 annonçait le dépôt imminent d'une nouvelle législation et la création de deux nouvelles structures administratives: la Direction générale des relations de travail, rattachée au Conseil exécutif et la Direction générale de l'analyse des effectifs et des conditions de travail, rattachée au Conseil de la trésorerie. La nouvelle loi de la Fonction publique fut déposée en Chambre le 29 juillet, passa en deuxième lecture le 3 août et en troisième le 5 août à la fin d'une session surchargée, dans une atmosphère assez surechauffée. Cette loi de 1965 édicte d'une part les éléments de base du statut général de la fonction publique et d'autre part un régime des relations de travail pour les agents de l'Etat c'est-à-dire un régime syndical.

Les premières conventions collectives furent négociées et signées en 1966 pour les unités de négociation suivantes: ouvriers, fonctionnaires, agents de la paix, professionnels, professeurs, agronomes, ingénieurs forestiers, ingénieurs, comptables agréés. A la fin de 1966 et au début de 1967, la Commission de la Fonction publique fit sanctionner la nouvelle classification des ouvriers, fonctionnaires, professionnels et celle des cadres supérieurs; c'est au cours de l'année 1967 que fut poursuivi le reclassement de tous les employés de la fonction publique.

En 1968 furent renégociées les conventions collectives pour la période 1968-71. Le gouvernement énonça alors les principes directeurs de ce qu'on appela la politique salariale de l'Etat à l'égard de tous les services publics émergeant au budget de l'Etat. Il mit sur pied également un comité d'étude sur la gestion du personnel dans la fonction publique.

En 1969 le gouvernement participait à la création de l'Ecole nationale d'administration publique au sein de l'Université du Québec.

¹⁶ S.Q. 1965, c. 50, amendant le *Code du travail*.

¹⁷ Ce vote a une grande importance car c'est sur lui que se fondera le législateur pour accréditer législativement la SFPQ par l'art. 69 de la *Loi de la fonction publique*.

L'Assemblée nationale édicta en novembre la *Loi créant le Ministère de la Fonction publique* et apporta de nombreuses modifications à d'autres lois, notamment la *Loi de la Fonction publique*¹⁸. Cette loi complétait un cycle de réformes d'une importance capitale pour l'évolution de l'Administration publique au Québec; il faut y ajouter enfin la *Loi de l'Administration financière*, édictée en fin de 1970¹⁹.

Section II :

LES TRAITES ESSENTIELS DE L'ORGANISATION DE LA FONCTION PUBLIQUE

Par traits essentiels, nous entendons les caractéristiques fondamentales ou les lignes de force de notre système de fonction publique. Ces caractéristiques soulèvent évidemment quelques-uns des problèmes les plus centraux de notre étude sur lesquels nous reviendrons abondamment.

1^{er} trait : *Dépolitisation de la fonction publique*

La fonction publique doit être dans une large mesure à l'abri des pressions de la politique partisane; il doit y régner un climat d'impartialité qui rendrait possible le déroulement normal de la carrière des agents, qui sont au service de l'Etat et non d'un parti politique. La dépolitisation de la fonction publique est en fait une application particulière de cet impératif de dépolitisation qui s'applique à toute l'Administration publique²⁰. Elle implique l'affirmation de certains principes de base comme ceux de l'égalité d'accès au service public, de l'égalité de traitement, de l'avancement au mérite, de la sécurité d'emploi, etc... Nous verrons que dans une large mesure la fonction publique québécoise doit être considérée comme dépolitisée et que l'on a voulu dans les réformes récentes étendre ces principes à la presque totalité des groupes d'agents publics.

2^e trait : *Le caractère prioritairement statutaire ou réglementaire et non contractuel de la situation juridique du fonctionnaire*

L'agent public de l'Etat ne peut pas être considéré par rapport à l'Etat comme dans une situation strictement contractuelle. L'affirmation que l'on retrouve dans le *Traité de droit civil du Québec* à l'effet que cette situation est régie par les dispositions du *Code civil* relatives au louage de service personnel est juridiquement discutable²¹. La

¹⁸ L.Q. 1969, c. 14.

¹⁹ L.Q. 1970, c. 17.

²⁰ Cf. Sur cette question notre *Essai sur le Service public*, Québec 1966.

²¹ *Code civil*, 1660; *Traité de Droit civil du Québec*, t. IX, p. 288.

jurisprudence aussi bien anglaise que canadienne ne nous éclaire guère cependant sur cette question²².

Le fonctionnaire est d'une part nommé, c'est-à-dire que sa situation juridique est déterminée initialement par un acte unilatéral, soit l'acte de nomination. De plus, en vertu d'un principe fondamental du droit public anglais tout *servant of the Crown* est nommé suivant bon plaisir sauf si le contraire est expressément prévu; or au Québec c'est la loi qui déroge explicitement à ce principe²³. La jurisprudence ancienne faisait reposer ce principe sur la prérogative royale; il semble cependant, suivant le professeur Mitchell, que ce fondement soit discutable²⁴. Chez nous, d'ailleurs, les lois ont complètement éliminé tout résidu de prérogative dans ce domaine. Enfin il existe une règle à l'effet que le pouvoir de nomination comporte celui de destitution à moins qu'il y soit dérogé²⁵ et une autre règle à l'effet qu'un agent de l'Etat reste en fonction tant que sa démission n'est pas acceptée par l'autorité compétente²⁶.

Une conséquence de ce caractère réglementaire ou statutaire est que le statut du fonctionnaire peut être modifié unilatéralement par l'Etat, par les lois nouvelles ou par le gouvernement dans le cadre des lois par des règlements nouveaux, sans que le fonctionnaire ne puisse s'y objecter pour des raisons de nature contractuelle. On pourrait dire la même chose de la convention collective qui peut être négociée et modifiée contre le gré de tel ou tel fonctionnaire qui y est assujéti. Au reste la présence des conventions collectives de travail n'atténue pas le caractère réglementaire de la situation juridique individuelle du fonctionnaire: le texte d'une convention collective est en fait un règlement négocié qui s'ajoute à la loi et aux autres règlements imposés unilatéralement par l'Etat.

Si, à la limite, on voulait retenir l'idée de contrat pour définir le rapport Etat-fonctionnaire, il ne pourrait s'agir que d'un contrat d'adhésion dans la grande majorité des cas. Strictement, cependant, dans un nombre considérable de cas « on peut dire qu'aujourd'hui en France comme à l'étranger, le lien de l'agent et du service, s'il reste encore parfois contractuel dans les apparences n'est plus le résultat d'un débat entre les parties; le contrat a perdu sa substance véritable, il est dénaturé »²⁷. Ce qui prédomine dans la situation du personnel de la Fonction publique c'est qu'elle est objectivement déterminée par des dispositions législatives et réglementaires prises par des autorités publiques et modifiées par elles suivant les nécessités du Service; quant aux conventions collectives elles participent de la nature du règlement même si son mode d'élaboration est contractuel.

²² Comme l'affirmait MITCHELL: « The cases are ambiguous on the issue whether or not the relationship between the Crown and its servants is or is not contractual », in *Contract of Public Authorities*, Londres, 1954, p. 45.

²³ *Loi des Employés publics*, S.R.Q. 1964, c. 12, art. 1.

²⁴ MITCHELL, *op. cit. supra*, note 21, p. 45.

²⁵ *Loi d'interprétation*, S.R.Q. 1964, c. 1, art. 55.

²⁶ *Loi des Employés publics*, S.R.Q. 1964, c. 12, art. 1.

²⁷ PLANTEZ, A., *Traité pratique de la fonction publique*, Paris, L.G.D.J. 1963, tome 1, p. 15.

Ce problème de qualification de la nature du lien de fonction publique mériterait des développements plus élaborés que nous reportons à la section troisième de la présente étude.

3^e trait : *Une fonction publique « de classe » ou « sans classe »*

La fonction publique québécoise est une fonction publique de « classe » au sens sociologique du terme, parce qu'elle distingue les « fonctionnaires » au sens strict et « les ouvriers ou employés manuels ». Le statut de la Fonction publique avec ses privilèges essentiels est conçu en fonction des « fonctionnaires »; eux seuls, faisant partie de corps de fonctionnaires et titularisés, ont une parfaite sécurité d'emploi. Cette conception de la fonction publique s'inspire de la conception européenne.

4^e trait : *Une fonction publique de carrière*

Le nouveau statut de la fonction publique québécoise repose avant tout sur l'idée de carrière juridiquement reconnue. La nouvelle réglementation des corps de fonctionnaires et la permanence reconnue par l'article 45 de la *Loi* confirment cette idée. La simple suppression d'un service ne justifie pas le congédiement des fonctionnaires qui y étaient rattachés; dans un cas semblable l'autorité hiérarchique doit les muter à un autre service.

5^e trait : *Une déontologie administrative*

Le statut de la fonction publique détermine quelles sont les obligations des fonctionnaires à l'égard de l'autorité administrative et de la collectivité ainsi que les sujétions ou limitations à l'exercice de certaines libertés publiques inhérentes à sa situation. Il en résulte un certain code d'éthique ou de déontologie administrative sanctionné par un régime disciplinaire qui dépasse normalement en exigence celui des salariés de l'entreprise privée.

6^e trait : *Un régime de relations de travail*

Le statut actuel de la Fonction publique édicte un système cohérent et complet de rapports collectifs de travail. Il consacre le droit d'association et organise un régime syndical comprenant un ensemble de dispositions relatives à la reconnaissance des unités de négociation, à la négociation des conventions collectives, à l'exercice du droit de grève et à l'arbitrage des conflits.

Alors que le régime de relations de travail de la fonction publique fédérale est un régime spécial, situé complètement en marge du système qui régit les entreprises relevant de la compétence législative fédérale²⁸, au Québec le législateur a laissé la fonction publique dans l'économie

²⁸ Tel qu'édicté par la *Loi sur les relations du travail dans la fonction publique fédérale*, S.R.C. 1970, c. P-35; voir notre article « Le statut de la fonction publique; organisation et gestion », in *Droit administratif canadien et québécois*, R. BARBE Ed., Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1969, p. 419.

générale du droit commun du travail (*Code du travail*) quitte à l'assortir d'un statut particulier relatif au droit d'association, à la reconnaissance syndicale, à la détermination des unités de négociation, à la détermination des matières négociables et à l'exercice du droit de grève. Il résulte des négociations collectives et de la détermination par voie contractuelle d'une partie importante des conditions de travail que le statut de la fonction publique est partiellement imposé par voie d'autorité législative ou réglementaire et partiellement négocié entre l'Etat et la collectivité des fonctionnaires, ce qui constitue une innovation remarquable en Droit administratif moderne.

Section III * :

LA NATURE DU LIEN ENTRE L'ÉTAT ET LE FONCTIONNAIRE

Comme nous l'avons suggéré précédemment, la nature juridique du lien qui relie l'Etat et le fonctionnaire soulève un problème complexe. Il s'agit, pour nous, de savoir si le fonctionnaire se trouve par rapport à l'Etat dans une situation juridique subjective, c'est-à-dire, de façon plus explicite, s'il est lié par contrat à la Couronne qui l'emploie, ou bien s'il est dans une situation juridique objective, s'il se trouve dans une situation légale et réglementaire, régie par le droit public.

Deux théories²⁹ ont été élaborées pour définir la nature juridique de ce rapport; l'une est dominée par la notion de contrat, l'autre par celle de statut. A la théorie du rapport contractuel s'oppose la théorie de l'acte administratif unilatéral déclenchant l'application d'un régime légal ou réglementaire.

Si la relation est contractuelle³⁰ c'est en vertu de son contrat que le fonctionnaire peut recouvrer les arrérages qui lui sont dus; et il est encore possible qu'une clause expresse de ce contrat puisse donner au fonctionnaire un droit d'action s'il est démis de son emploi sans motif. La Couronne, par ailleurs, peut poursuivre le fonctionnaire pour bris de contrat. Par contre, si le rapport est d'ordre statutaire, comme c'est le cas pour les militaires, aucune action ne peut être intentée, ni par la Couronne ni par le fonctionnaire, sur la base d'un pseudo-contrat de service.

Pour élucider ce point décisif, nous allons dans une première sous-section, étudier la valeur de la théorie contractuelle, en exposant sa matière en présentant ses affirmations, en dégagant ses effets et en analysant sa justification. En deuxième sous-section, nous nous pencherons sur la théorie statutaire en respectant, dans la mesure du possible, le même cheminement.

²⁹ Voir *inter alia*: ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de Droit administratif*, 3^e éd., Paris, 1963, pp. 23 ss.

ALAIN PLANTÉY, *Traité pratique de la fonction publique*, *supra*, note 26, pp. 13-14. P. STAINOF, *Le fonctionnaire*, Paris, 1933, pp. 51-89.

³⁰ Sur ce paragraphe, voir: *Chitty on contracts*, 22^e éd. (1961), p. 520.

* Rédigée avec la collaboration de Maurice Harbour, assistant de recherche à la Faculté.

Sous-section 1 :

LA THÉORIE CONTRACTUELLE

Selon M. Stainof, « l'explication la plus ancienne et la plus connue de la nature juridique du lien qui unit le fonctionnaire à l'État a pour point de départ et pour base l'idée de contrat »³¹. Le rapport entre le fonctionnaire et la Couronne est alors conçu comme un contrat de louage de service, ou un contrat de travail individuel, lequel précise les droits et obligations des deux parties contractantes.

La jurisprudence traditionnelle anglaise ainsi que nombre d'auteurs soutiennent cette théorie, non sans quelques hésitations parfois.

Paragraphe 1 : LA JURISPRUDENCE

La question s'est posée en Angleterre lorsque les tribunaux durent expliquer le fondement du principe général de droit anglais voulant que la Couronne puisse révoquer le « civil servant » *at its pleasure*. Déjà, en 1895, dans *Shenton v. Smith*, Lord Hobhouse statuait ainsi :

« Unless in special cases where it is otherwise provided, servants of the Crown hold their office during the pleasure of the Crown ; not by virtue of any special prerogative of the Crown, but as such are the terms of their engagement ».³²

Ce droit dont jouit la Couronne de révoquer un fonctionnaire selon son bon plaisir n'est pas une prérogative spéciale ; il constitue plutôt une clause tacite du contrat de fonction publique. C'est ce qu'affirmera d'ailleurs Lord Herschell l'année suivante, dans *Dunn v. The Queen*, lorsqu'il dira :

« [...] That there must be imported into the contract... the term which is applicable to civil servants in general, namely that the Crown may put an end to the employment at its pleasure ».³⁴

Ce point de vue sera répété plusieurs fois par la suite³⁵ tant en Angleterre qu'au Canada. Toutefois, la Cour de l'Échiquier du Canada, dans l'affaire *C. B. Reilly v. The King*³⁶, en 1932, soutint le contraire en concluant que la relation entre la Couronne et le fonctionnaire n'était pas contractuelle. Ce *dictum* du juge Maclean fut cependant renversé

³¹ P. STAINOF, *op. cit. supra*, note 28, p. 51.

³² *Shenton v. Smith*, [1895] A.C. 229; *Dunn v. The Queen*, [1896] Q.B. 116; *Gould v. Stuart*, [1896] A.C. 575; *Young v. Waller*, [1898] A.C. 661; *Sutton v. Att. Gen.*, (1923) 39 T.L.R. 294; *Lucas v. Lucas and Hish*. Commissioners for India (1943) 2 All. E.R. 110; *Rodwell v. Thomas and others*, [1944] L.R. K.B. 596; *Robertson v. Minister of Pensions*, [1949] K.B. 227.

³³ *Supra*, note 31, aux pp. 234-235.

³⁴ [1896] Q.B. 116.

³⁵ Voir jurisprudence, *supra*, note 31. Aussi, Australie et Nouvelle-Zélande; *Lucy v. The Commonwealth*, (1923) 33 C.L.R. 229; *Coker v. The Queen*, (1898) 16 N.Z.C.R. 193. Canada: *Balderson v. R.*, (1898) 28 R.C.S. 261; *McLean v. Vancouver Harbour Commissioners*, (1936) 3 W.W.R. 657; *Genvis v. The King*, [1937] E.X.C.R. 176; *Reilly v. The King*, [1932] S.C.R. 597.

³⁶ [1932] Ex. C.R. 14.

en Cour suprême³⁷ où l'on considéra l'engagement des fonctionnaires comme un acte contractuel. Le Conseil privé³⁸ saisi de l'affaire ne crut pas devoir exprimer une opinion définitive sur le sujet, pour disposer de l'espèce. De telle sorte qu'en 1956, dans l'arrêt *Inland Revenue Commissioners v. Hambrook*, Lord Goddard trouvera curieux « that there does not appear to be a definite and clear decision whether there is a contract of service between the Crown and its officers in the civil service ».³⁹ Interprétant la décision du Conseil privé relative à l'affaire Reilly, Lord Goddard affirmera « that the trend of their Lordship's opinion seems to be that »,

« in the absence of some special term, such as engagement for a definitively expressed period there is not a contractual relationship ».⁴⁰

Ainsi, selon cette dernière interprétation, il n'y aurait seulement contrat que lorsqu'un terme aurait été préalablement fixé pour la durée des services du fonctionnaire. Nous remarquons donc que la jurisprudence, alors qu'elle affichait une position non équivoque au point de départ, en est venue à se diviser sur la question.

Toutefois, dans la toute récente décision rendue par la Cour supérieure du Québec, *Vautrin v. Le Ministère des finances et le Procureur général de la province de Québec*⁴¹, le tribunal s'est fondé sur la théorie contractuelle pour débouter un fonctionnaire à la retraite, qui réclamait le salaire dont il avait été illégalement frustré. Le tribunal statuait de la façon suivante :

« Le tribunal est d'avis que c'est la prescription de deux ans qui s'applique en cette cause, le demandeur étant un fonctionnaire, tel que défini par la *Loi du service civil* engagé à un traitement annuel, c'est-à-dire, un employé qui a loué des services personnels à l'année ».⁴²

Un peu plus loin, le juge affirme catégoriquement, de façon expresse, que :

« dans la cause sous étude, les obligations des parties ressortent d'un engagement, d'un louage de services acceptés, d'un contrat à titre onéreux ».⁴³

Cependant, on peut trouver malheureux que le tribunal ne se soit pas enquis, au préalable, du fait de savoir s'il était bien en présence d'un rapport contractuel; il est regrettable également, quoique non nécessaire aux fins du litige sous espèce, qu'il n'ait point jugé utile de discuter l'argument invoqué par la défense, à savoir qu'un fonctionnaire n'a pas de recours contre la Couronne pour des traitements non payés.

³⁷ [1932] R.C.S. 597.

³⁸ [1934] A.C. 176.

³⁹ [1956] All. E.R. 807, à la p. 811.

⁴⁰ *Ibid.*, à la p. 811.

⁴¹ [1969] C.S. 390.

⁴² *Ibid.*, p. 394.

⁴³ *Ibid.*, p. 396.

En tout état de cause, l'arrêt *Vautrin* a reconnu officiellement la théorie contractuelle du lien de Fonction publique, sans réticence et sans réserve, reconnaissance qui semble rompre avec les inquiétudes et les nuances de la jurisprudence anglo-saxonne!

Paragraphe 2 : LA DOCTRINE

La doctrine traditionnelle adhère également à la conception contractuelle du lien de fonction publique. Faribault⁴⁴, dans le *Traité de Droit civil du Québec*, range dans la catégorie des locataires de service les fonctionnaires publics, plaçant ces derniers dans la même situation que les commis de magasin et les employés de bureau.

Plus récemment, dans un article, M. Richardson⁴⁵ soutiendra avec force la théorie contractuelle. Griffith and Street abondent également dans le même sens :

« Some writers say that there can be no contractual relation between the Crown and its servants. This is too wide, and seems to derive from an unjustified assumption that the principle that members of the armed forces never have a contract with the Crown applies to civil servants ».⁴⁶

Wade, pour sa part, tient sensiblement le même langage, avec cependant une nuance importante :

« A civil servant [...] has no contractual relationship with his department [...]. Whoever engages him acts merely as the Crown's agent and the contract (such as it is) is between the servant and the Crown ».⁴⁷

Mitchell notera enfin que :

« The cases are ambiguous on the issue whether or not the relationship between the Crown and its servants is or is not contractual ».⁴⁸

Cet auteur ne se prononce pas davantage sur la question.

Paragraphe 3 : LES EFFETS DE LA THÉORIE CONTRACTUELLE

De façon générale, la reconnaissance d'un rapport contractuel entre la Couronne et le fonctionnaire nous incite à appliquer les principes normaux du droit contractuel, notamment l'autonomie des volontés et la liberté contractuelle. Plus particulièrement, on s'attend à

⁴⁴ *Traité de Droit civil du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, (1951), t. XII, pp. 289-290. Notons que l'auteur ne discute pas du bien-fondé de cette classification; il en reste au stade de l'affirmation pure et simple.

⁴⁵ « Incidents of The Crown-Servant Relationship », (1955), *Can. Bar. Rev.*, vol. XXXIII, pp. 424-459.

« Although there is considerable confusion as to whether, in the absence of statutory authority the Crown can engage servants on term other than dismissal at pleasure, it can hardly be doubted that relationship between civil servants of the Crown and the Crown is one of contract ».

⁴⁶ *Principes of Administrative Law*, 4^e éd., London, 1966, p. 271.

⁴⁷ *Administrative Law*, 2^e éd., Oxford, p. 276.

⁴⁸ *Supra*, loc. cit., note 21. Voir aussi: Hood PHILIPPS, *Constitutional and Administrative Law*, 4^e éd., London, 1969, à la p. 329.

voir appliquer les articles 1666 à 1671 du *Code civil* relatifs au louage d'ouvrage, articles qui détermineraient les droits et obligations respectives des parties contractantes. Entre autres règles, mentionnons celle qui veut que lorsque le contrat d'engagement est d'une durée indéterminée chaque partie peut y mettre fin à son gré, pourvu qu'elle donne à l'autre un avis de congé; en cas de renvoi, si ce dernier est injustifié, l'employé peut à son choix réclamer des dommages-intérêts équivalant au montant entier de son salaire jusqu'à la fin de son engagement⁴⁹.

Si nous nous rappelons que l'autonomie des volontés et la liberté contractuelle sont les deux règles d'or en matière de contrat, il devrait donc s'ensuivre, logiquement, que celui qui postule un emploi dans la fonction publique puisse être capable de discuter les termes de son contrat d'engagement. De plus, personne ne peut contester que le contrat, une fois conclu, a force de loi entre les parties, c'est-à-dire qu'il représente la loi que les contractants se sont volontairement donnée et partant, qu'il ne peut être modifié de façon unilatérale. Or, que constatons-nous dans les rapports qu'entretient la Couronne avec ses fonctionnaires?

D'une part, l'on remarque l'absence des éléments de discussion, de compromis et d'accord égalitaire: les conditions de travail sont fixées d'avance par la loi et les règlements relatifs à la fonction publique; les parties ne sont pas juridiquement égales et indépendantes l'une de l'autre. D'autre part, les conditions du contrat de travail qui prévalaient lors de l'accord des volontés peuvent être modifiées de façon unilatérale par l'Etat, sans que le fonctionnaire y consente nécessairement.

Par ailleurs, une série d'indices nous amènent à douter de la théorie contractuelle. En effet, afin de mieux répondre aux exigences du Service public, l'Etat a dû adopter certaines règles défavorables, il va sans dire, aux intérêts particuliers du fonctionnaire. Voici quelques-unes de ces règles qui sont difficilement compatibles avec l'idée de contrat. Ainsi tout fonctionnaire entre dans la fonction publique à la suite d'un acte de nomination⁵⁰. A moins de dispositions contraires, tout fonctionnaire ou employé public reste en fonction durant bon plaisir⁵¹. Les conditions de travail peuvent être modifiées unilatéralement par l'Etat législateur et dans une large mesure par l'autorité gouvernementale. La démission d'un fonctionnaire doit en principe être acceptée pour avoir effet⁵².

Il ressort principalement de cette brève analyse que le fonctionnaire ne pourrait pas prétendre être dans une situation contractuelle

⁴⁹ Voir: FARIBAUT, *op. cit.*, note 43, t. XII.

⁵⁰ *Loi des employés publics*, S.R.Q. 1964, c. 12, art. 1; *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, S.R.C. 1970, c. P-32, art. 23.

⁵¹ *Loi des employés publics*, *supra*, note précédente. Disposition qui est renforcée, par ailleurs, par l'art. 55 de la *Loi d'interprétation du Québec*, S.R.Q. 1964, c. 1, qui se lit comme suit: « Le droit de nomination à un emploi, ou fonction comporte celui de destitution ». *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, S.R.C. 1970, c. P-32, art. 24.

⁵² Voir exemple: *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, *supra*, note précédente.

vis-à-vis l'Etat co-contractant. La possibilité pour l'Etat de changer unilatéralement les conditions du service public, et partant, les conditions mêmes du soi-disant « contrat », semblerait donc démolir toute construction contractuelle.

Que répondent les tenants de la théorie contractuelle face à ces arguments? Essentiellement, ils ont recours au concept de la convention implicite et à l'idée du contrat de fonction publique.

Paragraphe 4 : JUSTIFICATION ET CRITIQUE

Certes, les partisans de la théorie contractuelle n'oublient pas les difficultés rencontrées et qui vont à l'encontre de leur point de vue. On répond généralement que le contrat intervenu entre le fonctionnaire et l'Etat est un contrat tout à fait spécial et qui ne comporte pas les mêmes effets qu'un contrat conclu entre deux particuliers; contrat particulier, donc *sui generis*, à cause de l'idée de l'intérêt public impliqué dans le débat et exprimé ainsi :

« Normally, it is in the best interest of the Crown that it should not bind itself as to its future action ».⁵³

L'on arrivera donc à affirmer que toute modification unilatérale postérieure à la date de la conclusion du contrat de louage de service constitue une convention implicite⁵⁴ existant lors de l'accord des volontés des parties contractantes. Guidé seulement par des considérations d'ordre général, l'Etat fixe seul les clauses du contrat, et il est accepté de tous qu'il peut procéder seul, par la suite, aux changements des droits et obligations des fonctionnaires en service: l'Etat a fait connaître à tous cet état de choses et ceux qui expriment le désir de s'y conformer acceptent par là même le contenu de ce contrat⁵⁵. Il s'agit du contrat dit de fonction publique, où l'égalité des parties n'apparaît pas nécessairement comme un élément primordial.

En résumé, selon le concept de la convention implicite, le contenu du contrat, au moment de l'accord des volontés, serait le suivant: il y a une convention implicite dans le contrat de fonction publique à l'effet que la Couronne peut mettre fin à ce contrat selon son bon plaisir; cette convention implicite peut être expressément ou implicitement exclue; une clause prévoyant le renvoi pour cause seulement annule l'effet de la convention implicite; un engagement pour une période déterminée n'est pas incompatible, avec la mise en jeu de la convention implicite⁵⁶.

Si nous prenons pour acquis que le contrat suppose toujours un accord de volontés, un échange de consentements, lequel ne peut exister

⁵³ RICHARDSON, *loc. cit. supra*, note 44, à la p. 427.

⁵⁴ Voir: STAINOF, *op. cit. supra*, note 38, à la p. 53.

⁵⁵ « The term implied is simply that the Crown has not contracted so as to affect its future freedom of action. Thus in the absence of an express indication in the contract of service, it will be presented that the Crown has not agreed to give up power to dismiss, suspend or transfer the civil servant at its pleasure and that it has not bound itself either to grant pension and leave rights or not to alter the conditions of services without the consent of the civil servant », RICHARDSON, *loc. cit. supra*, note 44, à la p. 431.

⁵⁶ Voir: GRIFFITH and STREET, *op. cit. supra*, note 45, à la p. 272.

qu'entre des volontés juridiquement égales, et si l'on se rappelle que le contrat constitue la loi entre les parties et qu'aucune modification unilatérale ne peut utilement en changer les effets, il y a là matière à douter de la valeur de la théorie contractuelle ou lien de fonction publique. En admettant même que l'égalité des parties contractantes ne soit point essentielle, certaines caractéristiques du lien de fonction publique empêchent la formation d'un contrat parfait; il s'agit principalement de la possibilité pour l'Etat de modifier librement les conditions de ce soi-disant contrat sans exiger le consentement du fonctionnaire et sans avoir à lui accorder de dédommagement; il s'agit d'autre part de l'impossibilité pour le fonctionnaire d'intenter une action en responsabilité contractuelle contre l'Etat pour violation du terme de son contrat.

Il est intéressant toutefois de signaler la décision rendue dans l'arrêt *Vautrin*, où le tribunal donna pleinement effet au jeu contractuel. Le demandeur, un fonctionnaire provincial à la retraite, réclamait à la Couronne une certaine somme d'argent représentant le traitement dont il aurait été privé illégalement, lors de ses années de service au cours desquelles il était un employé engagé pour une année ou plus. La Cour rejeta sa demande en lui appliquant les règles de la prescription telles qu'édictees au *Code civil* pour les locateurs d'ouvrage: si la durée est déterminée pour une année ou plus, la prescription est de deux ans⁵⁷.

Mentionnons cependant que l'arrêt *Vautrin* tranche radicalement avec la jurisprudence traditionnelle qui refuse d'appliquer intégralement les règles du jeu contractuel. Il est vrai toutefois que c'est le seul arrêt québécois, à notre connaissance, qui porte sur le débat.

Le lien de fonction publique, s'il peut être qualifié de contractuel, ne l'est donc que de nom seulement. Comme le fait remarquer M. Plantey⁵⁸:

« On peut dire qu'aujourd'hui [...] le lien de l'agent et du service, s'il reste encore parfois contractuel dans ses apparences, n'est plus le résultat d'un débat entre les parties; le contrat a perdu sa substance véritable, il est dénaturé ».

Cependant on ne peut nier qu'il y ait dans cette situation certains éléments contractuels. Comme le signalait justement le Conseil privé dans l'affaire *Reilly*, « in some offices at least it is difficult to negative some contractual relations »⁵⁹. A défaut donc d'y retrouver un contrat de type classique sommes-nous autorisés, par ailleurs, à parler d'un contrat d'adhésion?

Si, à la limite, l'on tient à retenir l'idée de contrat pour définir les rapports entre l'Etat et le fonctionnaire, il ne pourrait s'agir que d'un contrat d'adhésion. En effet, il n'y a plus de liberté de discussion,

⁵⁷ Voir les arrêts *L'Héroult v. Mathieu*, [1943] C.S. 12; *Lévesque v. Renaud & Cie Inc.*, [1954] B.R. 22, sur lesquels s'appuient fermement l'hon. juge Albert LEBLANC dans l'arrêt *Vautrin* pour décider de la prescription de deux ans.

⁵⁸ *Op. cit. supra*, note 28, p. 15.

⁵⁹ *C. B. Reilly v. The King*, [1934] A.C. 176, à la p. 179.

de pourparlers, de compromis. Dans un tel type de contrat, « la liberté contractuelle est réduite à sa plus simple expression et si le contractant garde encore un choix, ce choix se réduit à celui de contracter ou de ne pas contracter »⁶⁰.

Toutefois, l'idée du contrat d'adhésion ne saurait, elle non plus, résister à l'analyse; car un tel contrat peut être modifié selon l'accord des parties et peut même être rompu moyennant certaines indemnités. Or, dans le lien de fonction publique, nous l'avons constaté, la Couronne peut modifier unilatéralement les conditions du contrat de travail tout en refusant en même temps, du moins en théorie, la démission de son fonctionnaire; par surcroît, elle n'est même pas tenue de lui verser une indemnité au cas où elle devrait le remercier de ses services⁶¹. Par ailleurs, en interprétant un contrat d'adhésion, les tribunaux québécois ont refusé de donner effet à une clause dont l'adhérent n'aurait pas au préalable, pris connaissance⁶².

A cause de la difficulté qu'ils éprouvent à concilier les règles normales du jeu contractuel d'une part, et celles qui s'appliquent dans les rapports entre le fonctionnaire et l'Etat, la jurisprudence et la doctrine récentes ont tendance à écarter la théorie contractuelle pour fonder sur d'autres bases le lien de fonction publique. Comme le souligne Wade:

« The Courts have in fact reduced the contract to vanishing point, at least on the employee's side and the whole tendency of the decisions has been towards the conclusion that Crown service is not contractual at all ».⁶³

En effet, selon la seconde théorie, le fonctionnaire se trouve face à la Couronne, non plus dans une situation contractuelle et subjective, mais bien dans un rapport statutaire et objectif, ce fonctionnaire est placé dans une situation légale et réglementaire de droit public.

Sous-section 2 :

LA THÉORIE DE L'ACTE UNILATÉRAL

Paragraphe 1 : ÉNONCÉ DE LA THÉORIE

Affirmer que le fonctionnaire se trouve dans une situation légale et réglementaire de droit public équivaut à soutenir que sa situation juridique est déterminée d'avance par la loi et par les règlements qui, d'une façon générale et impersonnelle, régissent l'organisation et le fonctionnement du Service public⁶⁴. L'idée de statut implique donc

⁶⁰ Voir: Jean-Louis BAUDOUIN, *Traité élémentaire de Droit civil*, P.U.M. 1970, à la p. 64.

⁶¹ Voir l'affaire *Reilly*, *supra*, note 58, à la p. 180.

⁶² Cf. Pierre AZARD, « Le contrat d'adhésion », (1960) 20 *R. du B.* 337, aux pp. 344-345.

⁶³ WADE, *Administrative Law*, 2^e éd., à la p. 280.

⁶⁴ Les fonctionnaires sont dans une situation législative et réglementaire dont le propre est d'être anonyme, générale, objective et rigide. Alain PLANTEY, *op. cit. supra*, note 28.

qu'il n'y a aucune possibilité pour le fonctionnaire de discuter librement ses conditions de travail; elle implique également que l'Etat peut modifier unilatéralement les dispositions qui sont applicables à l'ensemble des fonctionnaires. Telle est la théorie généralement acceptée en France depuis 1946⁶⁵.

Au Canada, la première affirmation jurisprudentielle de cette théorie remonte en 1932, dans une affaire portée devant la Cour de l'Echiquier. En effet, dans *C. B. Reilly v. The King*⁶⁶, le juge Maclean déclarait que la relation entre la Couronne et le fonctionnaire n'était pas contractuelle: « The settled principle of law is that public office is a distinctive thing and is not contractual in nature »⁶⁷.

Ce point de vue ne fut cependant pas partagé par la Cour suprême⁶⁸. Tandis que le Conseil privé ne crut pas nécessaire, dans cette affaire, d'exprimer « a final opinion in the theory accepted in the Exchequer Court that the relation between the Crown and the holder of a public office are in no degree constituted by contract »⁶⁹.

Il faudra attendre une vingtaine d'années environ pour relancer le débat lors de l'arrêt *Zamulinski v. The Queen*⁷⁰ où le juge Thorson, de la Cour de l'Echiquier, statuera, quoique de façon timide que « [...] the suppliant has no right to any damages for wrongful dismissal. Such claim connotes in its ordinary sense a breach of contract, but, in this case, the suppliant did not have any contract of employment »⁷¹.

Nous devons préciser que, dans cette affaire, le demandeur était un employé temporaire du Ministère des postes et n'avait aucun droit, conséquemment, à un emploi permanent. Il était cependant à l'emploi de l'Etat, qu'on le veuille ou non.

Le juge Thorson, dans l'arrêt *Zamulinski*, ne se prononça pas de façon claire et nette sur la nature juridique du lien de fonction publique, comme l'avait fait son collègue, le juge Maclean, lors de l'arrêt *Reilly*. Toutefois, il semble ne faire aucun doute que le juge Thorson avait à l'esprit le jugement récent rendu en Angleterre un an auparavant, dans *Inland Revenue Commissioners v. Hambrook*⁷² où Lord Goddard s'expliqua de la façon suivante :

« If I may be bold enough to express a conclusion on a matter on which the Judicial Committee hesitated in *Reilly v. R.*, it is that an established civil servant is appointed to an office and is a public officer, remunerated by moneys provided by Parliament, so that his employment depends not on a contract with the Crown but on appointment by the Crown ».⁷³

⁶⁵ Voir notamment André de LAUBADÈRE, *op. cit. supra*, note 28, pp. 23 et ss.; Alain PLANTEY, *op. cit. supra*, note 28, à la p. 15.

⁶⁶ Cf. *supra*, note 35.

⁶⁷ *Ibid.*, à la p. 16.

⁶⁸ [1932] R.C.S. 597.

⁶⁹ [1934] A.C. 176, à la p. 179.

⁷⁰ (1957) 10 Ex. C.R. 685.

⁷¹ *Ibid.*, à la p. 693.

⁷² [1956] 2 Q.B. 641.

⁷³ *Obiter dictum*: (1956) 1 All. E.R., aux pp. 811-812.

Quelques années plus tard, en 1964, le même tribunal prit la même attitude dans l'arrêt *Neta L. Peck v. The Queen*⁷⁴, où un fonctionnaire de l'Etat réclamait sa réinstallation ainsi que des dommages-intérêts à la suite d'un renvoi⁷⁵. Parlant au nom de la Cour, le juge Cattanach reprit textuellement les termes⁷⁶ qu'avait utilisé le juge Thorson dans l'arrêt *Zamulinski*.

Tout comme la jurisprudence traditionnelle se montrait particulièrement laconique sur le caractère contractuel du lien de fonction publique, la jurisprudence moderne, du moins celle de la Cour de l'Echiquier, est aussi avare d'explications quand elle nie ce caractère contractuel. Signalons que dans les trois affaires soumises à cette même Cour (*Reilly, Zamulinski et Peck*), les faits étaient sensiblement les mêmes: il s'agissait de poursuites en dommages-intérêts pour bris de contrat. En fait, les magistrats n'avaient même pas besoin de se prononcer sur la nature du lien de fonction publique, puisqu'il suffisait de rappeler le vieux principe de *common law*, à savoir qu'un fonctionnaire demeure en fonction durant son plaisir et que, par surcroît, ce principe est consacré par une disposition législative: « So far as employees of the Civil Service of Canada are concerned, the right to dismiss them at pleasure is specifically set out in S. 19 of the *Civil Service Act* and no further enquiry into the existence of the right is necessary »⁷⁷; qu'il y ait contrat ou non ne pourrait donc rien changer au dispositif du jugement.

Du côté de la doctrine, il nous semble osé de prétendre que la doctrine moderne considère désormais le fonctionnaire comme le titulaire d'une charge et non comme un employé lié par contrat à son employeur⁷⁸. Si cette affirmation demeure vraie pour la doctrine française, il n'en reste pas moins qu'elle repose, au Canada, sur une jurisprudence minoritaire et par surcroît peu éclairante. Peu d'auteurs, à notre connaissance, se sont prononcés en sa faveur. Tout au plus, en effet, commence-t-on, dans les pays de droit anglo-saxons, à s'interroger sur la nature du lien de fonction publique sans prendre de position définitive. C'est ainsi que, prudemment, Anson écrira:

« The relationship between the Crown and its servants is probably not one of contract at all but of status, as it is in the case of the armed forces ».⁷⁹

⁷⁴ [1964] Ex. C.R., p. 966.

⁷⁵ Il est à noter que dans cette affaire, le fonctionnaire n'était pas un employé temporaire; au contraire, il comptait de nombreuses années à l'emploi du Service civil.

⁷⁶ « I am like wise of the opinion that the suppliant has no right to any damages for wrongful dismissal since such claim connotes in its ordinary sense a breach of contract. In this case the suppliant did not have any contract of employment and certainly not a contract that was not terminal at pleasure », à la p. 990.

⁷⁷ Cf. *Zamulinski v. The Queen*, *supra*, note 69, à la p. 694.

⁷⁸ Yves QUELLET, *La responsabilité extra-contractuelle de l'Etat fédéral au Canada*, Thèse de doctorat, à la p. 226.

⁷⁹ *Anson's Law of Contract*, 22^e éd. (1964).

Halsbury, pour sa part, constatant les différences fondamentales dans la relation Couronne-fonctionnaire avec celle de maître-préposé, conclura, en se rapportant à une certaine jurisprudence :

« It has consequently been said that an established civil servant is more properly described as an officer in the civil employment of Her Majesty ».⁸⁰

Dans *Chitty on Contracts*⁸¹, par ailleurs, on fera mention tout simplement des deux thèses avec les conséquences qui s'y rattachent. M. Ouellet⁸², finalement, affirmera que « nous avons suffisamment d'autorités récentes pour nous permettre de conclure que la nature juridique du lien de fonction publique n'est pas contractuelle, mais statutaire et réglementaire ».

Si l'on analyse les effets de la théorie de l'acte unilatérale, l'on se rend compte qu'à cause de l'inégalité des intérêts en présence, le fonctionnaire est, vis-à-vis de l'Administration, dans une situation statutaire et réglementaire. Le contenu de la situation du fonctionnaire est déterminé à l'avance par voie générale et impersonnelle⁸³, et est uniforme pour tous les fonctionnaires occupant un même rang; de plus, ce contenu peut être modifié à tout instant par l'Etat sans que le fonctionnaire puisse invoquer de prétendus droits acquis. Le fonctionnaire n'a aucun droit au maintien de sa situation et tout manquement de sa part aux obligations qui lui incombent entraînent des mesures disciplinaires.

Par ailleurs, lorsque le fonctionnaire entend rompre le lien de fonction publique qui le relie à l'Etat, strictement on ne peut parler de bris de contrat car la démission d'un fonctionnaire doit être acceptée par l'autorité compétente pour être valable.

Certes, le fonctionnaire mis à pied ou destitué n'est pas dépourvu de tous recours devant les tribunaux, ou les organismes quasi-judiciaires, mais le fondement de ce recours n'est pas strictement un contrat individuel; c'est plutôt la loi, les règlements ou la convention collective.

Paragraphe 2 : CRITIQUE DE LA THÉORIE

On n'en saurait nier les apparences de contrat. Par exemple, celui qui postule un emploi dans la fonction publique, ne fait-il pas une offre de contracter? Si, effectivement, sa candidature est acceptée, comment dès lors qualifier l'acte qui l'introduit et l'intègre au sein de la fonction publique? Bref, quelle est la nature juridique de l'acte de nomination, et comment qualifier l'acceptation du candidat?

L'acte de nomination, selon M. Delaubadère, est « un acte individuel attributif d'une situation générale et impersonnelle »⁸⁴. La nomination du fonctionnaire se fait donc en vertu d'un acte unilatéral dicté

⁸⁰ *Halsburys Laws of England*, 3^e éd., vol. 25, à la p. 449.

⁸¹ 22^e éd. (1961), à la p. 520.

⁸² *Op. cit. supra*, note 77, à la p. 226.

⁸³ Voir sur le sujet : Alain PLANTEY, *op. cit. supra*, note 28, aux pp. 51-53; André de LAUBADÈRE, *op. cit. supra*, note 28, aux pp. 23 et ss.

⁸⁴ *Op. cit. supra*, note 28, à la p. 25.

par un organe compétent de la puissance publique⁸⁵. C'est encore une sorte d'investiture qui ne crée pas d'engagement contractuel mais confère à l'intéressé un statut de droit public⁸⁶. Cependant, pour être parfait, cet acte unilatéral est assorti d'une condition de forme, l'acceptation du candidat. On parlera alors d'un « acte unilatéral affecté d'une condition résolutoire »⁸⁷. Cette condition résolutoire, c'est évidemment le refus possible d'acceptation de la part de l'intéressé. L'acceptation du candidat n'est donc pas un élément créateur de la situation dans laquelle il va se trouver comme fonctionnaire; elle constitue seulement une condition importante de forme pour la perfection de l'acte administratif de nomination⁸⁸.

Ces difficultés étant surmontées, la théorie de l'acte unilatéral, de nature statutaire, semble correspondre davantage aux intérêts et aux exigences du service public⁸⁹. L'affirmation de règles exorbitantes du droit commun est certes mieux conforme aux principes fondamentaux du droit public qu'aux principes du droit contractuel où l'égalité des parties et la liberté de discussion sont de principe. Seuls les besoins impératifs de l'intérêt général guideront l'État dans l'établissement de la situation du fonctionnaire ainsi que dans sa modification.

Conclusion

Même si la théorie contractuelle maintient encore des racines profondes et vivaces, du moins en jurisprudence, une tendance nouvelle a semblé se dessiner en faveur de la théorie de nature statutaire. Qu'il nous soit permis cependant de préciser que les tribunaux ont toujours été peu clairs sur la nature contractuelle du lien de fonction publique; les hésitations du Conseil privé en 1934 en sont la preuve. Par ailleurs, on peut estimer que l'acceptation de l'idée du Service public, qui est à la base du droit administratif contemporain, entraînera inévitablement avec elle la disparition de la théorie contractuelle, vestige d'une époque où le fonctionnaire était attaché à la personne même du Prince ou, affecté à la Maison du Roi, et non au service de l'État.

A priori, on pourrait croire que l'abandon de la théorie contractuelle sera néfaste au fonctionnaire. Cependant, si l'on considère le peu d'utilité pratique du fondement contractuel de lien de fonction publique d'une part⁹⁰, et si nous nous rappelons d'autre part, l'existence de la convention collective de travail qui vient équilibrer le pouvoir discrétion-

⁸⁵ Voir: STAINOF, *op. cit. supra*, note 28, à la p. 70.

⁸⁶ Cf. Yves QUELLET, *op. cit. supra*, note 77, à la p. 229.

⁸⁷ André de LAUBADÈRE, *op. cit. supra*, note 28, p. 25.

⁸⁸ Voir: STAINOF, *op. cit. supra*, note 30, à la p. 72.

« La question de l'acceptation du candidat n'est pas une question de force créatrice de l'acte de nomination mais une question de forme instituée par la loi positive [...]. L'acceptation est une condition de forme pour l'acte administratif initial qui seul joue un rôle créateur pour revêtir du statut légal l'individu devenu fonctionnaire ».

⁸⁹ Cf. *supra*, note 36.

⁹⁰ Voir: *supra*, section 3, paragraphe 3.

tionnaire de l'Etat dans ses rapports avec l'ensemble des fonctionnaires, la reconnaissance de la théorie de l'acte unilatéral ne placera pas nécessairement le fonctionnaire dans une situation plus désavantageuse face à l'Etat.

Il nous paraît impossible de parler de contrat au sens strict, si nous considérons comme élément essentiel du contrat, l'égalité des parties et le consensualisme. La nature même de la situation juridique du fonctionnaire, obligations de fidélité, d'obéissance, réserve, etc., et la situation prépondérante dont jouit l'Etat (pouvoir hiérarchique, pouvoir disciplinaire, pouvoir de modifier le statut des fonctionnaires) répugnent à l'acceptation de la thèse contractuelle.

Section IV :

L'AMÉNAGEMENT INTERNE ET LA GESTION DE LA FONCTION PUBLIQUE

La gestion de la fonction publique est l'activité qui consiste en l'accomplissement des différents actes concernant la situation professionnelle des agents publics. Si cette gestion s'opère dans le cadre des structures administratives de l'Etat, cependant il faut se garder de confondre la structure de la fonction publique avec la structure de l'Administration. La fonction publique a, dans une certaine mesure, sa propre structure de gestion, qui est aménagée sans référence à la structure de l'Appareil administratif et fonctionne suivant des principes et des règles qui ont leur part d'originalité.

Avant d'étudier comment elle se gère, il faut au préalable savoir ce qu'est la fonction publique, quels sont les éléments qui la composent. Cette définition est importante, car elle délimite le cadre d'application du statut de la fonction publique, qu'il s'agisse de la partie déterminée par voie législative ou réglementaire ou de la partie négociée collectivement.

Paragraphe 1 : LA DÉFINITION DE LA FONCTION PUBLIQUE

Le législateur a déterminé le contenu de la fonction publique par une énumération des postes et des organismes qu'elle comprend. Ainsi font partie de celle-ci suivant les articles 1 et 2 de la loi :

a) les sous-chefs, fonctionnaires et ouvriers employés au siège du gouvernement dans les ministères (services intérieurs) ou dans les bureaux déconcentrés des ministères (services extérieurs). Sont qualifiés de « chefs » le ministre qui dirige un ministère, le président de l'Assemblée nationale, ainsi que le président de la Régie des rentes⁹¹; sont qualifiés de « sous-chefs » le secrétaire du Conseil exécutif, le sous-ministre de chaque ministère, ainsi que les sous-ministres associés de l'Éducation, le chef de cabinet du premier ministre, le greffier de l'Assemblée nationale, le surintendant des assurances ainsi que le président

⁹¹ S.Q. 1965, c. 24, art. 19; cette loi lui confert le titre de chef.

ou l'administrateur en chef des organismes ou entreprises publiques dont le personnel relève de la *Loi de la fonction publique*.

Les termes « fonctionnaire » et « ouvrier » sont les deux grandes catégories d'agents de l'Etat couverts sous le vocable générique d'employé de l'Etat ou du gouvernement⁹²; l'ouvrier est celui qui exécute une « fonction manuelle ainsi que les gardiens, journaliers, femmes de ménage »;

b) les fonctionnaires et employés du bureau du lieutenant-gouverneur et ceux de l'Assemblée nationale⁹³;

c) les registrateurs et les officiers de justice recevant un salaire fixe ainsi que leurs subalternes; il en est de même des procureurs de la Couronne ou substitués du Procureur général, à l'exclusion des non permanents⁹⁴;

d) les fonctionnaires et employés du Ministère de la justice affectés à la Sûreté du Québec à l'exclusion des membres de la Sûreté⁹⁵;

e) le personnel, à l'exclusion des membres, des commissions, régies, offices et entreprises publiques para-gouvernementales ou de tout organisme dont la loi ordonne que les fonctionnaires ou employés soient nommés ou rémunérés suivant la *Loi du service civil* ou la *Loi de la Fonction publique*. En sont principalement exclus la Commission des loyers, la Protection civile, l'Hydro-Québec, l'Administration du Commerce des alcools, la Raffinerie de sucre, S.O.Q.U.E.M., S.O.Q.U.I.P., S.I.D.B.E.C., le Centre de recherche industrielle, etc...;

f) les enseignants, fonctionnaires et employés des écoles du gouvernement régies par la *Loi de l'enseignement spécialisé*, des écoles moyennes d'agriculture, de l'Ecole des pêcheries, du Conservatoire de musique et d'art dramatique, des Ecoles de beaux-arts⁹⁶;

g) les secrétaires particuliers et adjoints de secrétaire particulier d'un ministre, chef de l'opposition, président de l'Assemblée nationale, vice-président de l'Assemblée nationale, *whip* en chef du gouvernement et de l'opposition; les sections VI et X de la *Loi* ne s'appliquent cependant pas à ces fonctionnaires à l'exclusion des articles 52, al. 2 et 56⁹⁷;

h) le personnel des délégations générales du Québec à l'exclusion du délégué général⁹⁸ et du personnel recruté sur place à l'étranger qui, en vertu de l'article 3 de la *Loi* et d'un règlement de la Commission de la fonction publique, est assujéti à un statut spécial.

La Commission de la fonction publique est habilitée par la loi à déterminer par règlement le statut des emplois ou fonctions d'un caractère occasionnel et de leurs titulaires ainsi que celui du personnel re-

⁹² Sur cette question voir: J. LESAGE, in *Débats de l'Assemblée législative*, 1965, pp. 46 à 56.

⁹³ Le personnel rattaché au Protecteur du citoyen ne relève pas de la *Loi de la fonction publique*, S.Q. 1968, c. 11, art. 35.

⁹⁴ L.Q. 1969, c. 20, art. 5.

⁹⁵ *Loi de police*, S.Q. 1968, c. 17, art. 41.

⁹⁶ S.R.Q. 1964, c. 242; S.R.Q. 1964, c. 177; S.R.Q. 1964, c. 61; S.R.Q. 1964, c. 243.

⁹⁷ *Loi F.P.*, art. 65 à 67.

⁹⁸ S.R.Q. 1964, c. 208, art. 5.

cruté sur place des délégations générales du Québec et des bureaux du gouvernement à l'étranger.

Conformément au règlement de la Commission⁹⁹, l'emploi d'un caractère occasionnel désigne « celui dont la durée est inférieure à 4 mois pour le fonctionnaire et 3 mois pour l'ouvrier ou celui qui a pour objet l'exécution d'un travail spécifique et occasionnel », telles que l'émission des certificats d'immatriculation, la construction ou la réparation d'un pont, d'une route ou d'un ouvrage, etc... Les titulaires de ces emplois sont nommés par un écrit du ministre qui détermine la nature du travail en tenant compte des conditions applicables dans l'espèce aux employés réguliers de l'unité administrative à laquelle tel titulaire est rattaché. A toute fin pratique, le statut des titulaires de fonctions occasionnelles ne relève que du pouvoir discrétionnaire du ministre. Il faut cependant ne pas confondre employé occasionnel et employé temporaire au sens de l'article 35 de la loi; la confusion entre les deux, pratiquée de façon illégale, déjà a été vivement dénoncée, surtout en ce qui concerne le Ministère de la voirie¹⁰⁰.

Le règlement de la Commission « concernant certains emplois ou fonctions auprès d'un agent ou délégué général de la province » considère comme emploi dont le titulaire est engagé sur place, un emploi à caractère administratif tel qu'employé de bureau, réceptionniste, messenger, chauffeur, personnel de service. Le titulaire de ces emplois est nommé par un écrit du chef ou du sous-chef du Ministère des affaires inter-gouvernementales. Il appartient au chef de ce ministère de déterminer les conditions de travail et la rémunération en tenant compte des conditions applicables dans les régions concernées.

Paragraphe 2 : LES STRUCTURES DE GESTION

La mise en œuvre du statut de la Fonction publique requiert la participation d'organismes ou d'autorités appartenant à l'appareil administratif normal et d'organes spécialisés qui n'ont pour raison d'être que la gestion du personnel de l'Etat. Ceci a pour objet d'opérer une répartition des compétences sur un *plan vertical* et sur un *plan horizontal*.

Plan horizontal

L'autorité suprême sur la Fonction publique au Québec est actuellement détenue principalement par le Conseil du trésor. Certes le Conseil des ministres conserve l'initiative en tout ce qui concerne la législation relative à la fonction publique, mais la *Loi de l'Administration financière* confie au Conseil du trésor les pouvoirs du lieutenant-gouverneur en conseil en tout ce qui concerne l'approbation des plans

⁹⁹ A.C. 1714, du 5 octobre 1966.

¹⁰⁰ Cf. *Le Devoir*, 2 mars 1967; après le 5 juin 1966 quelque 95 des 146 agents à la commission auraient été remplacés par de nouveaux venus. A titre d'exemple d'employé occasionnel, mentionnons le cas des étudiants en vacances, et le cas des émetteurs de plaques d'immatriculation d'automobiles. Le gouvernement a quelque 215 bureaux d'émission dont 38 sont dotés de fonctionnaires permanents. Cent quarante-six seraient tenus par des agents à commission, nommés par simple arrêté ministériel suivant bon plaisir.

d'organisation des ministères et organismes du gouvernement, les effectifs requis pour la gestion de ces ministères et organismes, les conditions de travail de leur personnel ainsi que l'élaboration et l'application de la politique administrative générale suivie dans la fonction publique.

Il exerce aussi les pouvoirs qui sont conférés au lieutenant-gouverneur en conseil en vertu de la *Loi du ministère de la fonction publique*, de la *Loi de la fonction publique* (1965, 1^{re} session, chapitre 14), du *Régime de retraite des fonctionnaires* (Statuts refondus, 1964, chapitre 14) et du *Régime de retraite des enseignants* (1965, 1^{re} session, chapitre 68).

Il ne peut toutefois exercer les pouvoirs que lesdites lois attribuent au lieutenant-gouverneur en conseil relativement à la nomination des sous-ministres ou autres fonctionnaires ou employés, à la retraite des sous-ministres ou autres fonctionnaires de rang équivalent ou à l'approbation ou autorisation d'accords ou ententes¹⁰¹.

Le Ministère de la Fonction publique, sous la direction du ministre de la Fonction publique, a pour fonction d'élaborer et de proposer au gouvernement des mesures propres à accentuer l'efficacité du personnel; de surveiller l'application de ces mesures et d'en coordonner l'exécution¹⁰². Il est chargé de négocier les conventions collectives auxquelles le gouvernement est partie et d'en surveiller l'exécution. Il a la responsabilité de faire des recommandations sur la réorganisation des structures et fonctions des ministères et organismes et de préparer des plans d'organisation portant sur les effectifs requis pour l'administration gouvernementale ainsi que la répartition et l'utilisation de ces effectifs. Il établit et administre les programmes de perfectionnement du personnel.

L'article 21 de la *Loi 23* du 28 novembre 1969, amendement l'article 11 de la *Loi de la Fonction publique*, a opéré un important transfert de compétences de la Commission au ministère; il s'agit des pouvoirs de faire enquête sur les fonctionnaires, de diriger les programmes de perfectionnement des employés, de s'occuper des mutations du personnel excédentaire¹⁰³.

La Commission de la Fonction publique, même si ses attributions ont été apparemment réduites en 1969, demeure encore l'un des organes les plus importants de mise en œuvre du statut de notre Fonction publique. Ses fonctions sont définies aux articles 11, 21 et 17 et consistent à :

- régler les conditions d'accès à la Fonction publique et vérifier l'aptitude des candidats à l'admission, à la mutation et à l'avancement;
- faire le plan de classification du personnel de la Fonction publique;

¹⁰¹ *Loi de l'administration financière*, L.Q. 1970, c. 17, art. 22.

¹⁰² *Loi du ministère de la Fonction publique*, L.Q. 1969, c. 14.

¹⁰³ *Loi de la Fonction publique*, art. 11.

- faire de sa propre initiative ou lorsque des règlements l'exigent¹⁰⁴ enquête et rapport sur le fonctionnement de la *Loi de la fonction publique* et l'observance de ses dispositions et des règlements;
- recommander au gouvernement des normes de rémunération pour le personnel¹⁰⁵;
- s'acquitter de toute autre tâche que lui assigne le Conseil exécutif¹⁰⁶;
- faire pour le Parlement du Québec un rapport annuel sur ses affaires et sur l'organisation et le personnel de la Fonction publique¹⁰⁷.

Les trois autorités dont nous venons de parler se situent à l'étage supérieur de la structure de gestion et leurs compétences s'étendent surtout sur un plan horizontal à toute la fonction publique.

Plan vertical

Au niveau des diverses unités de l'Appareil administratif, d'autres autorités exercent des compétences réparties surtout selon un plan vertical: elles portent le titre de chef, de sous-chef, de supérieur hiérarchique, du supérieur immédiat, de directeur du personnel et d'agents de la gestion du personnel. A ce niveau les organes de gestion sont en même temps des organes de l'Administration, sauf le directeur du personnel et les agents de la gestion du personnel qui sont exclusivement des agents de gestion et dont les attributions ne coïncident pas toujours avec les frontières des unités administratives. Il est important de bien distinguer ici la structure de gestion et la structure administrative proprement dite et de savoir qu'un ministre, qu'un sous-ministre ou un chef de service peuvent agir en tant qu'organe administratif en vertu des pouvoirs qui leur sont dévolus relativement à tel ou tel secteur de l'activité gouvernementale et en tant qu'organe de gestion de la fonction publique en vertu de la *Loi de la Fonction publique* et des autres textes qui lui sont rattachés.

Ont la qualité de « chef » dans la Fonction publique, les ministres de la Couronne qui dirigent un ministère ainsi que le président de l'Assemblée nationale. Le chef a la haute direction de la gestion du personnel qui est confiée effectivement au sous-chef; ce dernier est, conformément à l'article 18 de la loi, l'organe principal de la gestion de la fonction publique au niveau du ministère ou de l'organisme paraministériel concerné. Ont la qualité de sous-chef: le secrétaire général du conseil exécutif, les sous-ministres, le chef du cabinet du premier ministre, le greffier de l'Assemblée nationale, le surintendant des assurances, l'Auditeur de la province et le président ou l'administrateur

¹⁰⁴ Aussi le règlement du Corps des agents de personnel oblige la Commission à faire enquête et rapport sur le fonctionnement des bureaux de gestion du personnel; A.C. 3190, du 23 février 1966.

¹⁰⁵ *Loi de la Fonction publique*, art. 27.

¹⁰⁶ *Ibid.*, art. 11, al. 6.

¹⁰⁷ *Ibid.*, art. 17.

des organismes para-ministériels dont les fonctionnaires et employés relèvent de la *Loi de la Fonction publique*. Il importe de faire remarquer qu'avant 1969, le rapport chef-sous-chef ne coïncidait pas nécessairement avec le rapport ministre-sous-ministre; le « chef » exerçait certaines attributions à l'égard des employés d'organismes qui échappent largement à son contrôle dans l'exercice de leurs compétences propres, ce qui n'était guère compatible avec le principe du Droit administratif à l'effet que les ministres n'ont à l'égard des organismes para-ministériels que les pouvoirs qui leur sont spécifiquement accordés par la loi¹⁰⁸; cette situation a été corrigée par la modification à l'article 33 de la loi.

La *Loi de la Fonction publique* stipule qu'en l'absence du sous-chef, le sous-chef adjoint exerce ses attributions, et qu'en l'absence de celui-ci le chef d'un ministère peut déléguer les pouvoirs du sous-chef à un autre fonctionnaire; il ne s'agit ici que des pouvoirs qu'il exerce en tant que sous-chef.

Le titre de supérieur immédiat est créé par les règlements et les conventions collectives; ce titre appartient au fonctionnaire qui est à la tête d'une unité administrative ou d'un service. La notion de supérieur hiérarchique utilisée surtout dans les circulaires et directives de la D.G.R.T., s'applique au supérieur de ce supérieur immédiat, en l'occurrence le sous-chef ou son représentant.

Le directeur du personnel et les agents de la gestion du personnel sont des organes spécialisés créés par un règlement de la Commission de la Fonction publique¹⁰⁹. Ils ont pour fonction de s'occuper du recrutement et de sélection du personnel, de notation et de formation du personnel, de négociation et d'application de conventions collectives ainsi que des autres questions administratives relatives à la gestion du personnel. Le règlement qui les régit stipule que leurs devoirs et pouvoirs sont définis par le sous-chef de l'organisme dont ils relèvent et qu'ils ont la capacité de recevoir du sous-chef une délégation de signature pour l'administration des affaires courantes concernant la gestion du personnel. Les agents rattachés à un ministère ou organisme constituent un bureau dirigé par celui qu'on désigne sous le nom de directeur du personnel et qui est en rapport direct avec le sous-chef.

Paragraphe 3 : L'AMÉNAGEMENT INTERNE

La fonction publique s'établit évidemment dans les structures administratives en ce sens que le personnel est réparti entre les divers organismes et services de l'Administration. Nous avons vu cependant qu'elle a sa propre structure qui n'épouse pas intégralement la structure administrative, aussi bien au niveau des organes de gestion que de l'aménagement interne du reste.

L'aménagement interne est ce qu'on appelle au Québec la classification générale, qui constitue « un cadre à l'intérieur duquel se déroulent les différentes étapes ou les incidents qui jalonnent la carrière des

¹⁰⁸ Voir sur cette question d'affaire: *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121.

¹⁰⁹ A.C. 319-B, du 23 février 1966.

employés de l'Etat »¹¹⁰. L'un des objectifs de la réforme de 1965 était précisément de refaire cette classification générale afin de rendre possible une politique cohérente de gestion du personnel.

La classification générale de 1959¹¹¹ rendrait difficile l'organisation des carrières du fait qu'elle créerait un lien formel entre l'agent et l'emploi qu'il occupait; il s'agissait du système américain où les tâches et les responsabilités de chaque emploi plutôt que les qualifications de son titulaire déterminent son classement. Comme le titre de classification devait refléter la nature de l'emploi, on en était arrivé à plus de 800 catégories d'emploi, uniquement chez les non-professionnels. Chaque fois qu'intervenait une réforme administrative, il fallait refaire la classification des emplois affectés par cette réforme. De plus ce système ne favorisait guère la mobilité inter-ministérielle, restreignait l'expérience que pouvait acquérir un fonctionnaire et limitait son avancement.

Les premières conventions collectives, signées en mars 1966, prévoyaient que la Commission de la Fonction publique mettrait au point une nouvelle classification avant la fin de 1966, en tenant compte de certaines modalités négociées entre le gouvernement et les syndicats.

La nouvelle classification, unique en son genre en Amérique du Nord, s'inspire à certains égards du système français¹¹². Son objectif principal est de bâtir des corps de fonctionnaires en dissociant le grade et l'emploi. Le grade, « titre attribué personnellement au fonctionnaire et considéré comme indépendant de son emploi »¹¹³, demeure acquis à son titulaire même s'il change d'emploi, même si les structures administratives sont modifiées. Le corps est « un ensemble homogène formé d'une manière à peu près équivalente et affecté à des tâches semblables »¹¹⁴. Il est donc défini par le rapport entre la formation du candidat et l'ensemble des tâches qu'il est susceptible d'accomplir. Le corps est régi par un règlement qui décrète quelles sont ses attributions spécifiques, sa classification interne, son mode de recrutement, de nomination et d'avancement.

Un corps peut être subdivisé en un certain nombre de classes d'après l'importance des tâches et le degré de compétence nécessaire pour bien s'en acquitter. Le passage d'une classe à l'autre ou l'avancement de classe se fait par voie de concours et suivant une liste permanente d'éligibilité. Cependant, on doit tenir compte de la notation faite au dossier du fonctionnaire par le supérieur hiérarchique dans les cas où le règlement l'exige.

La classe est fractionnée en un certain nombre d'échelons auxquels correspond une échelle de traitement. L'échelon est « une unité qui mesure le temps de la carrière passée à chacune des étapes condui-

¹¹⁰ *Rapport Com. Fonction publique*, 1966-67, p. 8.

¹¹¹ Classification établie le 1^{er} nov. 1959 par l'Arrêté en conseil 1192 du 28 octobre 1959 et modifiée par la suite.

¹¹² *Rapport de la commission*, 1966-67, p. 8.

¹¹³ *Rapport de la commission*, 1965-66, p. 12.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 13.

sant au sommet de la classe »¹¹⁵. L'acquisition d'un complément de formation ou le perfectionnement ou un rendement exceptionnel rendent possible l'avancement accéléré.

Voilà comment se présente le nouveau plan de classification de la Fonction publique. Le système de « corps » de fonctionnaires n'est cependant appliqué intégralement chez les employés de la Fonction publique; des modalités particulières modifient le système chez les enseignants et surtout chez les ouvriers. Il y a trois façons de distinguer les « corps », suivant qu'on utilise le critère fonctionnaire — non-fonctionnaire, le critère personnel de direction — personnel subalterne, ou un critère mixte qui tient aussi compte des grands secteurs d'activité: on parle alors de grandes catégories tel le personnel technique et les auxiliaires administratifs, le personnel enseignant, les ouvriers, etc...

Du côté des fonctionnaires et au niveau de la Direction, il y a quatre « corps », celui des cadres supérieurs, des adjoints cadres supérieurs, celui des attachés d'administration et celui du personnel de direction des institutions d'enseignement; du côté des ouvriers au même niveau se situe le personnel de maîtrise des ouvriers. Au niveau subalterne chez les fonctionnaires, on distingue les corps de professionnels, les corps de fonctionnaires proprement dits, le corps des agents de la paix et le corps des enseignants; au même niveau chez les ouvriers, il n'y a qu'un groupe, soit le personnel ouvrier.

Au sommet de la pyramide, en-dessous du sous-chef, les cadres supérieurs¹¹⁶ forment un corps affecté à des fonctions d'études générales de conception et de direction; la fonction de conception consiste à adapter la conduite des affaires administratives à la politique générale du gouvernement, à élaborer les projets de lois ou des règlements et les décisions ministérielles, à préparer les directives nécessaires à leur exécution, à coordonner, à améliorer la marche des services publics; la fonction de direction suppose l'exercice simultané d'un pouvoir de décision, d'un pouvoir hiérarchique et disciplinaire et d'un pouvoir d'organisation et de gestion. Ce corps comprend quatre classes dont chacune est déterminée par l'ampleur des effectifs sous direction, le pourcentage de personnel professionnel, la variété des tâches, le niveau hiérarchique et les autres attributs de l'emploi.

Vient, en deuxième lieu, le corps des adjoints aux cadres supérieurs qui sont des collaborateurs ou assistants immédiats des cadres supérieurs¹¹⁷; ils détiennent généralement un poste de direction et peuvent se voir confier la responsabilité de la réalisation de projets d'une nature ou d'une importance particulière. Ce corps ne comprend qu'une classe répartie en huit échelons.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 13; ainsi le corps des dactylographes comprend une classe divisée en 8 échelons (règlement n° 417), le corps des inspecteurs en hygiène publique comprend deux classes subdivisées en 8 échelons chacune (R. n° 428); le corps des agents de sécurité sociale comprend quatre classes (I, II, III, principales), subdivisées chacune en 8, 10, 9 et 7 échelons (R. n° 409); et ainsi de suite pour les 57 corps de fonctionnaires non professionnels et pour les 26 corps de fonctionnaires professionnels.

¹¹⁶ A.C. 2484, du 20 sept. 1967.

¹¹⁷ A.C. 2483, du 20 sept. 1967.

En troisième lieu, vient le corps des attachés d'administration¹¹⁸ qui, sous l'autorité des cadres supérieurs et de leurs adjoints, participent à la mise en œuvre des politiques gouvernementales; ils sont affectés à des fonctions d'encadrement dans des secteurs d'activité faisant appel à des connaissances spécialisées. Ce corps comprend trois classes, deux de dix échelons et une de sept.

Au niveau inférieur à la gérance proprement dite, chez les fonctionnaires on retrouve les 26 corps de professionnels¹¹⁹ qui se caractérisent par un ensemble d'attributions en rapport direct avec une formation universitaire dans une discipline donnée, l'appartenance à une corporation professionnelle ou une expérience avérée dans une activité professionnelle spécialisée. Chez les fonctionnaires non professionnels, les règlements prévoient 59 corps qui se répartissent suivant des types de fonctions conçues de façon assez large.

Chez les enseignants des écoles gouvernementales les règlements de la Commission distinguent deux groupes qui ne sont pas, à proprement parler, des « corps » de fonctionnaires, soit le personnel de direction¹²⁰ et le personnel enseignant¹²¹. Les attributions de chacun de ces groupes sont déterminées par les lois relatives à l'éducation et par le sous-chef du Ministère de l'éducation dans la mesure permise par les articles 18 et 25 de la *Loi de la Fonction publique*. Le personnel de direction comprend quatre classes: deux classes de directeurs et deux classes de directeurs adjoints réparties suivant le niveau de l'enseignement donné; le personnel enseignant est réparti en vingt classes soit dix classes de professeurs-chefs de section et dix classes de professeurs dont chacune correspond à un nombre d'années de scolarité. La convention collective signée avec le Syndicat des professeurs de l'Etat du Québec complète par ailleurs ces dispositions.

Les agents de la paix de la Fonction publique¹²², à ne pas confondre avec les membres de la Sûreté du Québec qui sont aussi des agents de la paix, sont répartis en neuf corps aux attributions assez caractérisées (agents de pêcheries, constables de la Cour du Bien-être social, garde-chasse et garde-pêche) etc . . .

Le personnel ouvrier n'est pas classé non plus en « corps », mais en deux groupes, soit le groupe de la maîtrise des ouvriers et le groupe des ouvriers. Le premier comprend dans les secteurs d'activités non ou semi-spécialisées, neuf classes de contremaîtres généraux et douze classes de contremaîtres, et dans les secteurs d'activités spécialisées, sept classes de contremaîtres généraux et huit classes de contremaîtres¹²³. Quant aux ouvriers « salariés » au sens du *Code du travail*, ils sont ré-

¹¹⁸ A.C. 3412, du 14 déc. 1967, *Gaz. off.*, 1968, p. 752.

¹¹⁹ A.C. 1104, du 21 avril 1967; A.C. 1819, du 6 juillet 1967 (pilotes d'aéronefs).

¹²⁰ A.C. 1494, du 13 septembre 1966.

¹²¹ A.C. 909, du 18 mai 1966.

¹²² A.C. 184, du 31 janvier 1967, tel que modifié par A.C. 969, du 13 avril 1967.

¹²³ A.C. 3353, du 7 déc. 1967, *Gaz. off.*, dans le secteur non spécialisé où entre la construction des ponts, l'entretien général, les parcs, les ponts, la surveillance des territoires forestiers, etc.; dans l'autre secteur on a l'agriculture, les bâtiments, la mécanique, la menuiserie en atelier, les systèmes électriques.

partis en dix sections comprenant de un à cinq groupes subdivisés en un certain nombre de classes ¹²⁴.

La classification générale de 1966-67 n'est pas intangible en ce sens que l'intérêt du Service public et les transformations rapides de l'Administration publique contemporaine exigent ni plus ni moins qu'une révision permanente. C'est d'ailleurs ce que prévoit les conventions collectives de 1968, ces modifications ne devant toutefois entrer en vigueur que le dernier jour de la convention, soit le 29 mars 1971 ¹²⁵. Si le gouvernement, par ses organes compétents, crée de nouveaux corps de fonctionnaires, ou de nouvelles classes d'emploi, pouvoir que la convention lui confirme du reste, il fixe unilatéralement les échelles de traitements appropriés sur la base des traitements prévus par les conventions collectives de 1968 pour des classes ou corps d'emplois similaires.

Une fois établie la classification générale, qui nous paraît à bien des égards remarquable, la Commission et les organes de la gestion du personnel ont dû, en 1966 et 1967, procéder au reclassement général. L'intégration dans les plans de classification consistait à faire passer individuellement chaque fonctionnaire de la catégorie où il était en vertu de la classification générale de 1959 telle qu'amendée à l'échelon de la classe du corps où il se trouvera suivant la nouvelle classification. Ainsi il a fallu faire le pont chez les fonctionnaires non professionnels entre les classes de 800 catégories d'emplois et les 185 classes de 59 corps actuels pour enfin trouver le bon échelon suivant l'expérience du fonctionnaire.

Les fonctionnaires qui se sont crus lésés par leur classement ont eu le droit d'en appeler à la Commission suivant une procédure prévue par deux règlements du 29 mars 1967 et du 12 juillet 1967. La procédure différait quelque peu chez les professionnels mais elle présentait de grandes garanties d'impartialité ¹²⁶. De nombreux griefs d'échelons ont fait l'objet de cette procédure car le gouvernement avait tout de même une certaine latitude pourvu qu'il respecte l'exigence prévue aux conventions collectives à l'effet qu'il n'en résulte pas de diminutions de traitement ¹²⁷. Ce problème a même fait l'objet de questions en Chambre ¹²⁸. De plus, les tribunaux ont été amenés à se prononcer sur la légalité du règlement. La Cour d'appel a soutenu que si le rapport

¹²⁴ A.C. 185, du 31 janvier 1967.

¹²⁵ Voir par exemple la convention des fonctionnaires, art. 15.02; voir aussi Rapport de la commission, 1968, p. 24.

¹²⁶ Chez les fonctionnaires (A.C. 733, du 29 mars 1967), l'employé avait deux mois pour loger son appel; un comité *ad hoc* formé d'un représentant du gouvernement et d'un représentant syndical était créé par la Commission. Le Comité faisait enquête et rapport à la Commission qui pouvait rendre sa décision sur-le-champ si le rapport était unanime. Sinon un commissaire ou un délégué de la Commission faisait une nouvelle enquête et rapport à la Commission qui rendait une décision finale. Chez les professionnels, A.C. 1968, du 12 juillet 1967. Ici, le comité *ad hoc* était composé de trois membres dont l'un représentait la Commission et deux autres choisis parmi les professionnels de la même discipline dans un ministère autre que celui du professionnel concerné. Le comité procède à une enquête et audition et fait rapport à la Commission qui rend sa décision.

¹²⁷ Voir par exemple la convention des fonctionnaires, 1966, art. 15.02.

¹²⁸ *Débats de l'Assemblée législative*, 1967, pp. 4562 sq.

du comité *ad hoc* est unanime la Commission n'est pas tenue d'entériner ce rapport¹²⁹. Malgré la rédaction plutôt boiteuse du règlement¹³⁰, la Cour d'appel réaffirme qu'un organisme administratif ne peut, par règlement, sous-déléguer son pouvoir d'enquête et de décision; ce serait alors aller à l'encontre de toute la jurisprudence sur la délégation administrative de pouvoirs ou la sous-délégation¹³¹.

Depuis l'entrée en vigueur des conventions collectives de 1968, le classement ou le reclassement est soumis à une procédure différente. Les conventions prévoient que l'employé est informé par écrit de son classement ou reclassement; il ne peut d'ailleurs subir de ce fait aucune diminution de traitement. En cas de conflit sur le classement, il a « un droit de grief quant au corps, à la classe et à l'échelon »¹³².

La classification générale que nous venons de décrire ne comporte que des emplois permanents offrant la possibilité de faire carrière dans l'administration. La *Loi de la Fonction publique* reconnaît par ailleurs l'existence d'emplois ou de fonctions d'un caractère occasionnel et prévoit qu'un règlement de la Commission en détermine le régime juridique¹³³. De plus, dans le « personnel ouvrier », il existe une autre catégorie d'emplois, les saisonniers, dont la liste doit être tenue à jour dans chaque ministère et unité administrative. Les employés saisonniers jouissent d'un droit de rappel en vertu de la convention collective¹³⁴, ce qui signifie qu'une fois la saison terminée, ils reprennent leur rang sur la liste de rappel¹³⁵. Ce sont des employés permanents, mais à titre saisonnier, qu'il ne faut pas confondre avec les employés à titre occasionnel. Les employés saisonniers sont d'ailleurs la préférence d'embauchage pour tout emploi à caractère occasionnel sans perdre leur droit de rappel.

La distinction entre emploi à caractère permanent et à caractère occasionnel, surtout dans le cas des ouvriers, a soulevé certaines difficultés qui ont été soumises à l'arbitrage. La convention collective de 1966 énonçait deux critères, soit « une durée inférieure à trois mois », tel que la construction ou la réparation d'un pont, d'une route ou d'un autre ouvrage, la coupe du foin ou la réfection des routes nécessitée par le dégel. Cette définition de l'emploi à caractère occasionnel ne brille pas par sa clarté. Le juge Péloquin, agissant comme arbitre unique a énoncé la règle suivante: « Il est bien évident que si un ouvrier est embauché pour exécuter un travail spécifique et occasionnel, tel que

¹²⁹ *Commission de la Fonction publique du Québec v. Desbiens*, [1970] C.A. 727, et [1969] C.S. 125.

¹³⁰ Art. 7: « Si le rapport du comité est unanime, la Commission rend une décision qui lie les parties qui en reçoivent copie ».

¹³¹ Voir sur cette question notre commentaire in [1969] R. du B. 608 à 612.

¹³² Convention collective des fonctionnaires, art. 15; les autres conventions contiennent des dispositions similaires.

¹³³ Art. 3 de la loi, et arrêté en conseil 1714, du 5 octobre 1966.

¹³⁴ Convention collective des ouvriers de 1966, art. 16.

¹³⁵ Sur la mise en œuvre de ce droit de rappel: cf. Décision du tribunal d'arbitrage du 24 janvier 1968 (grief Léo-Paul CÔRÉ) rendu par le juge DUMONTIER; décision du 24 janvier 1968 (grief Joseph BOLDOC) rendu par le juge DUMONTIER (etc.).

la construction et la réparation d'un pont donné, d'une route donnée ou d'un autre ouvrage donné et qu'il excède les 15 mois, il demeurera quand même un ouvrier occasionnel; mais lorsque l'ouvrier est embauché pour occuper un emploi donné à différents endroits et dans des circonstances diverses, et cela pendant une période de 15 mois, de façon continue... il y a lieu de conclure que son emploi a un caractère permanent et lui confert le statut de permanent »¹³⁶. Cela est fort habile, mais beaucoup plus facile à dire après coup; si l'on ne réussit pas à trouver des critères plus techniques, on en arrivera à spéculer sur le nombre de ponts ou de routes ou d'ouvrages requis pour distinguer entre les deux catégories d'emploi; ainsi le juge Paul Roy a décidé dans un cas que la coupe d'arbres le long d'une route en construction constituait un emploi occasionnel¹³⁷ alors que la surveillance de la construction d'une route, avait, elle, un caractère permanent (saisonnier)¹³⁸.

Les conventions collectives de 1968 ont tenté de clarifier toutes ces notions. Tout d'abord, l'on n'utilise le terme « employé permanent » que pour les fonctionnaires, puisque les ouvriers n'ont pas, au sens strict, la permanence d'emploi. Le fonctionnaire est, soit un employé permanent, temporaire, à temps partiel ou occasionnel, alors que l'ouvrier est un employé régulier, temporaire, à temps partiel, saisonnier ou surnuméraire.

Le fonctionnaire permanent est celui qui est nommé conformément à la loi après la période de probation prévue par la loi et les règlements « dans un emploi autre qu'un emploi occasionnel ou un emploi à temps partiel »; le fonctionnaire temporaire est celui qui est en probation dans un emploi autre qu'un emploi occasionnel ou un emploi à temps partiel; par emploi la convention collective entend l'emploi « à caractère cyclique ou non, pour accomplir un travail spécifique ou d'une durée de quatre mois ou moins pour parer à un surcroît de travail ou à un événement imprévu ou pour remplacer un employé temporairement absent pour maladie, accident, suspension ou congé d'absence »; par emploi à temps partiel il faut entendre celui pour lequel « la semaine régulière de travail est de 20 heures ou moins ». Il est important de signaler qu'en vertu de la loi actuelle, seuls les occasionnels sont exclus de l'application de la *Loi de la fonction publique*, mais que la convention exclut de l'unité de négociation et les occasionnels et les employés à temps partiel.

Du côté des ouvriers, les « réguliers » sont ceux qui sont nommés après une période de probation de 12 mois dans un emploi de surnuméraire ou à temps partiel; le temporaire est celui qui est aussi en probation. L'ouvrier à temps partiel est celui qui, comme son homologue fonctionnaire, occupe un emploi dont la semaine régulière est de 20 heures ou moins. Quant au « surnuméraire », c'est celui qui est « embauché soit pour parer à un surcroît temporaire de travail ou un événement imprévu, soit pour remplacer temporairement un absent par ma-

¹³⁶ Grief Claude BROWN, du 17 février 1967.

¹³⁷ Grief AUDET et al., du 16 décembre 1966.

¹³⁸ Grief MALTAIS, du 15 décembre 1966.

ladie, accident, suspension ou congé d'absence, soit pour accomplir un travail spécifique tel que la construction d'une route définie, la réparation d'un pont donné, etc . . . et qui doit être licencié lorsque le travail pour lequel il a été embauché est terminé ». Quant au titre du saisonnier, il ne s'applique que pour conserver les droits acquis conférés par la convention collective de 1966 aux ouvriers dont les noms apparaissent sur les listes de rappel établies suivant cette convention, ou qui, embauchés pendant la durée de cette convention, avaient acquis ce statut. Cette terminologie, nettement améliorée, clarifiera des situations laissées jusqu'ici assez confuses.

Chapitre II

LE RÉGIME DES RAPPORTS COLLECTIFS DE TRAVAIL DANS LA FONCTION PUBLIQUE

Dans le passé le statut de la fonction publique gouvernementale et para-gouvernementale a principalement et presque exclusivement été déterminé par voie d'autorité, législative ou réglementaire. Telle était la conception du droit administratif traditionnel fondé sur des principes tels celui de la souveraineté du Parlement, celui du caractère indivisible de l'autorité étatique dont la Couronne est investie. Pendant longtemps on a affirmé que la Reine ne pouvait négocier avec ses sujets.

Ces derniers temps, une conception de plus en plus répandue qui rattache les libertés collectives syndicales au groupe des libertés publiques inhérentes au statut de citoyen a fait naître le phénomène de la syndicalisation non seulement dans les services publics, mais dans la fonction publique même. Par un rapprochement du droit administratif traditionnel et du droit du travail, le législateur a admis que le statut de la fonction publique pouvait devenir au moins partiellement l'objet de négociations collectives entre l'Etat-employeur et ses employés, ou du moins la majorité d'entre eux. C'est ainsi qu'à un statut exclusivement imposé d'autorité s'est substitué un statut partiellement négocié, ce qui constitue sûrement une grande innovation, et place notre système sur un pied comparable aux pays les plus évolués dans ce domaine.

L'introduction de la négociation collective dans la fonction publique soulève tout d'abord des objections d'ordre constitutionnel. Cela porte-t-il atteinte à la souveraineté de l'Etat ou aux pouvoirs souverains de l'Etat sur le plan interne de l'organisation et du fonctionnement de l'appareil étatique ?

Il faut répondre en faisant une distinction entre la « Supremacy of Parliament » et la situation du Pouvoir exécutif ou du gouvernement. Si le Parlement est vraiment tout-puissant, s'il peut même, suivant un vieux dicton, changer un homme en femme, il peut transformer ses fonctionnaires en syndicalistes et permettre la négociation collective ; il pourra cependant toujours défaire demain ce qu'il a fait aujourd'hui

à moins qu'il ait donné une valeur de supra-légalité constitutionnelle à de telles dispositions, ce qui n'est pas le cas chez nous¹³⁹. Ceci signifie que le Parlement n'est lié que politiquement et moralement par les conventions collectives alors que le gouvernement, que l'on pourrait appeler l'Etat-employeur, est lié légalement par les conventions collectives qu'il a signées ou les sentences arbitrales auxquelles il est partie¹⁴⁰. Cette dernière règle pourrait cependant avoir une exception si l'on assimilait la convention collective ou contrat collectif de travail aux contrats administratifs ordinaires : il existe en effet dans le droit administratif des contrats une règle qui veut que l'autorité publique contractante ne peut se lier par un contrat qui aurait pour effet de limiter la liberté que requiert l'exercice de ses pouvoirs dans l'intérêt public ; il s'agit de la règle dite de « freedom of executive action » concernant « a contract which would have the effect of limiting its power of executive action in the future »¹⁴¹. Nous croyons personnellement que la règle dite « freedom of executive action », malgré la controverse qui existe quant à sa signification justifierait dans des circonstances exceptionnelles le gouvernement de passer outre aux conventions collectives ou d'y mettre un terme unilatéralement sans se placer dans l'illégalité ; il s'agit ici d'une application de la théorie des pouvoirs d'urgence en droit administratif.

Cette analyse du rôle du Parlement et du gouvernement nous amène à établir la distinction fondamentale et souvent utilisée entre l'Etat puissance publique et l'Etat-employeur et à faire ressortir les limites auxquelles doit faire face l'Etat-employeur dans la mise en œuvre du système de négociation collective.

La seconde objection d'ordre constitutionnel est relative aux compétences exclusives du Parlement en matière fiscale. Il est une règle de droit constitutionnel édictée au fédéral par la *Loi sur l'Administration financière*¹⁴² et au Québec par la *Loi* du même nom qui veut que le gouvernement ne peut engager le fond du revenu consolidé sans l'autorisation du Parlement donnée annuellement pour les services arrivant en cours de paiement dans l'année financière¹⁴³. La jurisprudence va dans le même sens en faisant « de l'autorisation budgétaire du Parlement une condition essentielle de la validité du contrat administratif »¹⁴⁴ ; l'article 56 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique fédérale* fait d'ailleurs expressément une réserve de l'affectation par le Parlement ou sous son autorité des crédits dont l'employeur peut avoir besoin à cette fin. Les clauses monétaires d'une convention collective comporteraient donc l'obligation pour le gouvernement de

¹³⁹ En France par exemple, le droit de grève est consacré dans le Préambule de la Constitution de 1958 ; il a donc une valeur constitutionnelle.

¹⁴⁰ Cf. CUNNINGHAM, « Public Employment, collective bargaining and the conventional wisdom », 1966 *Rel. Industriel.*, p. 442.

¹⁴¹ Voir sur cette question R. DUSSAULT et Denis CARRIER, « Le contrat administratif en droit canadien et québécois », [1970] *R. du B. can.* 439, à la p. 474.

¹⁴² S.R.C. 1970, c. F-10, art. 24, 25, 30 et 38.

¹⁴³ L.Q. 1970, c. 17, art. 37 à 47.

¹⁴⁴ DUFOUR, André, « L'importance de l'autorisation budgétaire en matière de contrats administratifs », 1965-66, *Cahiers de Droit*, p. 26.

présenter un projet de « loi de subsides » en octroyant à Sa Majesté des deniers requis pour les dépenses du gouvernement pour l'année financière se terminant le 31 mars 19... Cette obligation est au moins implicite bien que dans le droit administratif des contrats il ne soit pas certain qu'une telle obligation existe lorsque le gouvernement s'est engagé au-delà de l'année financière en cours ou pour des montants dépassant la somme des crédits ouverts.

Le Parlement ou la législature conserve donc strictement le pouvoir théorique de refuser de voter une loi de subsides octroyant au gouvernement les sommes suffisantes pour donner aux fonctionnaires les traitements et avantages prévus aux conventions collectives.

*
* *
*

Le législateur, pour organiser un système de rapports collectifs de travail dans la fonction publique, devait en outre faire une option fondamentale. Allait-il créer un régime spécial en marge du droit commun du travail ou bien placerait-il la fonction publique dans l'économie générale du droit du travail en y apportant au besoin des modifications qui auraient figure d'exception; dans ce dernier cas se pose le problème de la portée et de l'ampleur de ces dispositions dérogatoires.

Cette option est rendue nécessaire par la constatation inéluctable du fait que la transposition de l'organisation des rapports collectifs, élaborée dans l'entreprise privée et conçue en fonction de l'entreprise privée capitaliste, ne va pas sans soulever de graves difficultés. Ce système est conçu tout d'abord en fonction de rapports bi-partistes, capital et travail, alors que dans le service public, le rapport est tri-partiste avec l'entrée en scène du public payeur de taxes et destinataire des services qui par leur nature même sont publics. Il s'agit d'autre part de la détermination conjointe de la réglementation des conditions de travail et de la rémunération des travailleurs dans un cadre légal défini par l'Etat qui n'intervient que comme arbitre; or dans la fonction publique, l'Etat est partie en cause comme employeur. Enfin il y a le fait de la structure même de l'appareil étatique, le fait que l'Administration publique peut difficilement être qualifiée d'entreprise à profits, le fait que le *lock-out*, contre-partie du droit de grève, est impensable dans la plupart des services gouvernementaux.

Alors que le fédéral a opté pour un régime spécial conçu en fonction des besoins de la Fonction publique, le Québec a préféré placer la fonction publique sous l'égide du *Code du travail*. Le fédéral a pratiqué le « séparatisme » là où le Québec s'est contenté du « statut particulier »¹⁴⁵. En effet, les dispositions dérogatoires au Code du travail prévues dans la *Loi de la Fonction publique* prennent figure d'un statut particulier.

¹⁴⁵ Discours de M. HEENEY, président du Comité préparatoire, devant le comité mixte de la Chambre et du Sénat in Rapport du comité mixte du 13 octobre 1966, p. 356.

La loi de 1965 marque l'avènement d'un régime syndical dans la fonction publique; c'est là d'ailleurs sa principale originalité. La caractéristique fondamentale de ce régime, c'est qu'il relève du droit commun du travail complété ou modifié par la *Loi de la Fonction publique*. Le fonctionnaire est en principe un salarié au sens du Code du travail qui considère « Sa Majesté » comme un employeur et les fonctionnaires comme des « salariés » de droit commun, sauf exception prévue explicitement¹⁴⁶.

Puisque la fonction publique s'inscrit dans le cadre du droit général du travail, le législateur n'a pas créé d'organismes spéciaux pour la mise en œuvre du régime des négociations collectives, sauf que les compétences des commissaires-enquêteurs et du Tribunal du travail ont sensiblement été modifiées.

Le législateur, s'il soumet la fonction publique au *Code du travail*¹⁴⁷, édicte néanmoins un certain nombre de dispositions dérogatoires qui font figure de ce que nous avons appelé un statut particulier, fondé sur des exigences propres au Service public.

Section I :

PARTICULARITÉS RELATIVES AU DROIT D'ASSOCIATION

Le droit d'association syndical n'est reconnu par le Code du travail à l'article 3 qu'aux salariés au sens de l'article 1m, ce qui exclut :

- les agents qui, au jugement du commissaire-enquêteur, sont employés à titre de gérant, surintendant, contremaître ou représentant de l'employeur dans ses relations avec ses salariés, c'est-à-dire les agents d'autorité ou les cadres¹⁴⁸;
- les agents qui sont administrateurs ou officiers d'une corporation; donc, les membres des régies, commissions et entreprises publiques constituées en corporations;
- les « fonctionnaires » du gouvernement dont l'emploi est au jugement du Tribunal du travail d'un caractère confidentiel, tel que celui d'un conciliateur du Ministère du travail, d'un enquêteur sous le Code du travail, d'un employé du Conseil

¹⁴⁶ Le Québec a cependant pratiqué le séparatisme à l'égard de la Sûreté du Québec; cf. notre article sur le régime syndical applicable à la Sûreté in 1969, *Cahiers de Droit*, p. 199.

¹⁴⁷ Art. 1, al. 1 et m., tel que modifié par l'art. 76 de la *Loi de la fonction publique* — LESAGE, Jean, in *Débats parlementaires*, 1965, p. 4656: « Le Code du travail s'applique dans son entier au personnel de l'Etat, sauf quelques exceptions spécifiques prévues dans le présent bill (Loi de la Fonction publique) ». CARDIN, J. R., in *Relations industrielles*, vol. 21, 1966, p. 25: « En principe donc, la *Loi de la Fonction publique* remplace les fonctionnaires dans l'économie générale du Code du travail et prend figure de texte dérogatoire au Code en apportant certaines modifications... » MORIN, Fernand, in *Relations industrielles*, (23), 1968, p. 169: « A l'exception de quelques points expressément prévus, on peut dire que le gouvernement est assujéti au *Code du travail* et à ses institutions comme tout autre employeur ».

¹⁴⁸ Les seuls cas de syndicalisme de cadres sont prévus au Québec par L.Q. 1970, c. 33 (Hydro-Québec et ville de Montréal).

exécutif, du Conseil de la trésorerie, de la Commission de la Fonction publique, du Cabinet d'un ministre ou d'un directeur de personnel.

Comme nous le verrons plus loin, l'article 1m, al. 1 ne saurait s'appliquer à la Fonction publique sans nuance. D'une part, l'article 71 de la *Loi de la Fonction publique* stipule que c'est le Tribunal du travail qui est compétent, relativement à l'inclusion ou à l'exclusion dans les unités de négociation. D'autre part, il faut tenir compte des règlements de classification de la Commission de la Fonction publique¹⁴⁹. Ceci va à l'encontre de l'article 30 du Code du travail. La jurisprudence de la C.R.T. et des tribunaux d'arbitrage semble appuyer cette règle, et un amendement de 1969, à l'article 21 de la *Loi de la Fonction publique* impose à la Commission le devoir de définir les emplois qui constituent les cadres supérieurs de la Fonction publique¹⁵⁰.

Le droit d'association syndicale est par ailleurs assorti dans la Fonction publique de certaines restrictions ou dérogations par rapport à la situation qui prévaut dans les autres secteurs du monde du travail en ce qui concerne le droit d'affiliation. L'article 73 de la *Loi de la Fonction publique* ne reconnaît ce droit qu'aux syndicats de fonctionnaires qui s'interdisent par leur constitution de faire de la politique partisane ou de participer au financement d'un parti politique; le même article ajoute que la centrale syndicale d'affiliation doit aussi respecter ces mêmes restrictions. Le droit d'affiliation est absolument interdit aux associations de salariés agents de la paix et aux membres de la Sûreté du Québec¹⁵¹. Signalons que la limite au droit d'affiliation dans le cas des syndicats de fonctionnaires ne comporte aucune sanction.

Le droit pour une association de travailleurs de négocier collectivement avec l'employeur ses conditions de travail n'est pas un droit créé par le Code du travail. Ce dernier, cependant, le réglemente, lui donne un encadrement juridique qui le caractérise nettement. De plus, la loi elle-même détermine au moins au point de départ quelles seront les unités de négociation et qui accordera l'accréditation.

Section II :

PARTICULARITÉS RELATIVES À L'ACCRÉDITATION DES UNITÉS DE NÉGOCIATION

C'est au moment où se poursuivaient les dernières discussions sur le *Code du travail* de 1964 que le gouvernement, conscient de la complexité du problème que soulèverait l'application intégrale de ce code pour l'accréditation des unités de négociation dans une aussi vaste entreprise, institua sous la présidence de madame Claire Kirkland-Casgrain, un comité spécial de l'Assemblée législative « aux fins d'étudier les

¹⁴⁹ *Loi de la Fonction publique*, art. 21 à 25.

¹⁵⁰ *Ibid.*, art. 24.

¹⁵¹ *Ibid.*, art. 74; *Loi concernant le régime syndical applicable à la Sûreté du Québec*, S.Q. 1968, c. 19, art. 5.

dispositions qui doivent régir la négociation collective des conditions de travail ainsi que l'arbitrage des différends et griefs dans les services du gouvernement provincial et ceux des hôpitaux, commissions scolaires et municipalités »¹⁵².

Rappelons qu'à cette époque la Commission des relations ouvrières avait déjà émis deux certificats d'accréditation à des groupes de fonctionnaires, soit l'Association professionnelle des professeurs de l'enseignement spécialisé du Québec (APPES) et à l'Association professionnelle des inspecteurs d'écoles catholiques (APIEC), toutes deux accréditées le 14 août 1963. La C.R.O. avait également émis un certificat d'accréditation à un groupe d'ouvriers de l'Office des autoroutes du Québec, soit la Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, Local 2700, accréditée le 14 août 1963. Ce syndicat était affilié à la F.T.Q. Il s'agit là des premières trouées du syndicalisme dans la fonction publique provinciale.

Ainsi, avant l'adoption du Bill 54, la C.R.O. avait déjà défini certaines unités appropriées. Mais c'est au moment des discussions au sujet du Bill 54 et particulièrement lors des auditions du « Comité spécial des relations de travail dans les services publics » que s'est posé le problème de la détermination des unités de négociation dans la fonction publique québécoise.

A une séance du 7 mars 1964, les parties intéressées purent se faire entendre sur cet aspect des relations du travail¹⁵³. C'est la première fois officiellement que les parties, tant patronales que syndicales, ont l'occasion de discuter de la détermination et du contenu des unités de négociation. Leur attitude, à ce moment, peut paraître assez surprenante. En effet, la partie syndicale soutient que chaque ministère devrait être l'unité de négociation appropriée¹⁵⁴. Les représentants syndicaux ont alors à l'esprit les deux accréditations accordées par la C.R.O. (APPES et APIEC) lesquelles accréditations avaient été accordées sur une base ministérielle¹⁵⁵.

A notre avis, ces précédents n'étaient le signe d'aucune indication de la politique de la C.R.O. Celle-ci n'ayant adjugé que sur des cas d'espèce relatifs à la totalité de groupes homogènes à l'intérieur de la Fonction publique et qui, surtout, étaient concentrés au Ministère de la jeunesse et au Département de l'instruction publique.

Du côté gouvernemental, tant du côté ministériel que de celui de l'opposition, une certaine tendance se dessine même si elle ne semblait pas encore très arrêtée. M. Carrier Fortin, alors ministre du Travail, la résumait en ces termes :

¹⁵² *Procès-verbaux de l'Assemblée législative de la province de Québec*, 3^e session de la 27^e législature du Québec, n^o 19, vendredi le 7 février 1964, p. 134.

¹⁵³ Cf. *Débats de l'Assemblée législative du Québec*, 3^e session de la 27^e législature, « Comité spécial des relations de travail dans les services publics », séances des 16, 17 et 18 mars 1964, pp. 66 à 83.

¹⁵⁴ *Ibid.*, particulièrement les témoignages de M. SAUVÉ, p. 77, M. GAUTHIER, p. 78 et M. CHOQUETTE, p. 84.

¹⁵⁵ *Ibid.*, particulièrement le témoignage de M. CHOQUETTE, p. 69.

« Notre pensée ce n'est pas d'avoir un petit syndicat pour les sténographes, ni un syndicat pour les commis. Nous disons qu'il y a des catégories d'employés qui ont exactement les mêmes fonctions dans tous les ministères et par contre dans chaque ministère il y a des fonctions spéciales. Ce que nous voulons, ce que nous suggérons, c'est de négocier avec les employés d'une même fonction pour tous les ministères afin qu'ils aient tous les mêmes conditions de travail. Sans cela, vous allez voir une surenchère entre les ministères et il n'y aura pas moyen d'administrer »¹⁵⁶.

Quelques instants plus tard il laissait deviner l'esprit des articles 69 à 72 de la *Loi de la Fonction publique*, en ajoutant :

« Il ne s'agit pas de donner tous les détails. Plutôt que d'attendre que tout ce travail se fasse par des discussions, des contestations devant la Commission des relations ouvrières, n'y aurait-il pas lieu de mettre dans la loi certains principes de base qui guideront la Commission et les parties dans la détermination des unités de négociation ? C'est ce que nous voulons »¹⁵⁷.

Déjà nous sentons que les jeux sont faits, que les grands objectifs sont fixés. Cependant, il faudra attendre les recommandations du « Comité d'étude sur les relations de travail dans la fonction publique » pour préciser, dans le détail, la détermination et le contenu des unités de négociation.

Le comité parlementaire ayant remis son rapport le 10 juin 1964, le gouvernement annonçait qu'il acceptait la recommandation du comité spécial de l'Assemblée législative à l'effet de soustraire les fonctionnaires au Code du travail et de les soumettre à un régime distinct¹⁵⁸. Le comité recommandait en effet que les employés de l'État soient régis par un régime assez semblable aux « Whitley Councils »¹⁵⁹ britanniques. En cela le Québec suivait l'exemple de cinq autres provinces qui avaient adopté le principe d'un tel régime¹⁶⁰.

Le gouvernement, à cette époque, ne se trouvait pas encore devant un interlocuteur du côté syndical. En effet, deux groupes se partageaient l'allégeance des fonctionnaires : d'une part le « Conseil général

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 81. Cette optique était également celle du Conseil général des employés du gouvernement de la province de Québec. Cf. le mémoire de cet organisme au Comité parlementaire de la fonction publique, en mars 1964, particulièrement aux pp. 3 et 18.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 83.

¹⁵⁸ I. J. Gow, « La nouvelle loi de la fonction publique dans la province de Québec », *Administration publique du Canada*, mars 1966, vol. IX, n° 1, p. 97.

¹⁵⁹ Ces « Whitley Councils » sont des organismes volontaires, c'est-à-dire créés par la volonté des deux parties en cause, en vue de la négociation à différents niveaux, mais surtout au niveau le plus élevé, c'est-à-dire par toute catégorie de fonctionnaires, quitte à se reproduire au niveau inférieur. Ce sont également des organismes chargés de régler les différends du travail et de promouvoir de bonnes relations professionnelles par la réglementation paritaire des conditions d'emploi. (Extrait d'un document anonyme mis à la disposition du Comité spécial des relations de travail dans les services publics). Cf. également *Rapport du Comité préparatoire des négociations collectives dans la fonction publique*, juillet 1965, Ottawa, Imprimeur de la Reine, p. 21.

¹⁶⁰ Il s'agit des provinces suivantes : Ontario, Manitoba, Alberta, Nouveau-Brunswick et Ile-du-Prince-Edouard.

des employés du gouvernement de la province de Québec » (1944), prétendait représenter 10,000 membres et d'un autre côté, le « Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec » (1960), prétendait en représenter 12,000. C'est pourquoi le gouvernement décréta un vote. Celui-ci eut lieu le 30 novembre 1964. Le Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec s'assura la majorité absolue (76%) des votes. 80% des fonctionnaires éligibles s'étaient prévalus de leur droit de vote ¹⁶¹.

Le Comité d'étude sur les relations de travail dans la fonction publique

Une fois les grandes lignes du régime des relations du travail fixées, il fallait songer aux modalités concrètes d'application. A cette fin, le gouvernement créa un « Comité d'étude sur les relations de travail dans la fonction publique ». Ce comité était formé de 14 membres : 7 représentants du gouvernement, 5 représentants du Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec, un représentant de l'APPES et un représentant du Syndicat professionnel des ingénieurs du gouvernement. Le président désigné fut M. Roch Bolduc, alors directeur de la planification à la Commission de la fonction publique ¹⁶².

Si les membres du comité s'entendirent sur certaines mesures transitoires ¹⁶³, ils ne purent s'entendre sur l'ensemble des dispositions qui devaient régir les relations du travail dans la fonction publique ; ainsi les unités de négociation ne purent faire l'objet d'un accord. Nous examinerons maintenant les positions de chaque partie. Après bien des discussions, le Comité en vint momentanément à la conclusion :

« qu'il faudrait déterminer où se situeraient les différents groupes occupationnels parmi les groupes créés statutairement après entente entre les parties, le tout devant être ratifié par le lieutenant-gouverneur. Cette situation prévaudrait pour la durée de la première convention et ensuite un groupe particulier pourrait demander à la Commission des relations de travail d'être muté à un autre groupe. Cependant la Commission des relations de travail ne pourrait créer d'autres groupes à part ceux qui ont été créés statutairement » ¹⁶⁴.

Quelque temps plus tard cette question est reprise et les membres du comité se demandent s'il serait préférable de définir les unités de négociation statutairement ou d'employer la formule déjà étudiée, c'est-à-dire de les déterminer par arrêté ministériel ¹⁶⁵.

Déjà nous remarquons un consensus certain à savoir que les particularités propres à la fonction publique exigent que la détermination

¹⁶¹ I. J. Gow, *loc. cit. supra*, note 157, p. 98.

¹⁶² Arrêté ministériel n° 222, du 3 février 1965, p. 2.

¹⁶³ Le Comité recommanda et le gouvernement accepta d'appliquer certaines mesures transitoires, telles que des congés payés pour activités syndicales, une augmentation générale des salaires, un système de retenue volontaire et révoquant de la cotisation syndicale.

¹⁶⁴ Procès-verbaux du Comité d'étude sur les relations de travail dans la fonction publique, séance du 9 février 1965, p. 3 (documents non publiés).

¹⁶⁵ *Ibid.*, séance du 29 avril 1965, p. 2.

des unités de négociation ne soit pas le fait d'un tribunal mais qu'elles soient, dérogoirement au droit commun du travail, fixées soit par arrêté ministériel, soit par la loi.

Les parties n'ayant pu s'entendre sur certains points, chacune soumit son rapport le 28 mai 1965. Leurs recommandations sur les unités de négociation confirment ce que nous venons d'affirmer. Ainsi la partie gouvernementale recommanda¹⁶⁶ que les unités de négociation soient déterminées statutairement aux dimensions suivantes :

- une unité de négociation groupant les salariés « ouvriers » au sens de la *Loi du service civil*;
- une unité de négociation groupant les salariés « fonctionnaires » au sens de la *Loi du service civil*, à l'exception des groupes qui suivent;
- une unité de négociation groupant les salariés « agents de la paix », tels gardiens de prison, garde-chasse, inspecteur des transports et des autoroutes, etc . . . ;
- une unité de négociation groupant les salariés « enseignants »;
- une unité de négociation groupant les salariés, pour chaque catégorie de « professionnels » visés à l'article 20 du *Code du travail*;
- une unité de négociation groupant les salariés « professionnels » autres que ceux visés à l'article 20 du *Code du travail*; il s'agissait ici des gradués d'universités comme les économistes, les géographes, les géologues, les biologistes, les comptables-vérificateurs, les psychologues, les travailleurs sociaux, les orienteurs, les urbanistes, etc . . . Qu'un comité conjoint de représentants du gouvernement et des syndicats de la fonction publique ait juridiction pour trancher les conflits inter-unités.

Les représentants gouvernementaux recommanderaient également¹⁶⁷ que l'accréditation pour les unités « ouvriers » et « fonctionnaires » soit accordée, du seul fait de la loi, au Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec et que, pour les autres unités, l'accréditation soit accordée par le lieutenant-gouverneur en conseil sur la recommandation d'un comité conjoint *ad hoc*.

Pour sa part, la partie syndicale recommanda que les unités de négociation soient définies statutairement de façon identique¹⁶⁸, sauf qu'elle proposa la formation d'une ou de plusieurs unités de cadres. Les deux parties s'entendirent aussi sur la création d'un comité conjoint qui aurait pour fonction de trancher les conflits entre les unités de négociation.

Soulignons enfin les recommandations de chaque partie au sujet du contenu des unités de négociation.

¹⁶⁶ Rapports du Comité d'étude sur les relations de travail dans la fonction publique, 28 mai 1965, p. 7.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 8.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 30.

La partie gouvernementale proposa¹⁶⁹ que les critères d'exclusion pour toutes les unités soient ceux de la « gérance » au sens du *Code du travail* auxquels il faudra ajouter celui de la « confidentialité » afin que le personnel du Comité exécutif, des cabinets de ministre et des organismes de personnel demeurent exclus ainsi que les conciliateurs du ministère du Travail et les inspecteurs de la Commission des relations de travail.

La partie syndicale, pour sa part, recommanda¹⁷⁰ que les critères d'exclusion des unités « ouvriers » et « fonctionnaires » soient similaires à ceux du *Code du travail*. En ce qui concerne les unités « enseignants » et « professionnels » et des éventuelles unités de « cadres » constituées de salariés exclus des unités « ouvriers » ou « fonctionnaires », les unités seraient objet de négociations collectives. En cas de conflit sur l'exclusion ou l'inclusion effective de tout salarié ou de toute catégorie de salariés des unités « ouvriers » ou « fonctionnaires » la Commission des relations de travail aurait juridiction pour trancher tout tel conflit.

La *Loi de la Fonction publique* déposée devant l'Assemblée le 29 juillet confirma la synthèse de ce rapport; elle fut adoptée rapidement et ce statut particulier ne fut pas remis en cause.

Le législateur a prévu trois types d'accréditation: législative, ministérielle et ordinaire, c'est-à-dire par le Tribunal du travail¹⁷¹.

A - Accréditation législative

Elle est accordée par les articles 69 et 70 de la *Loi de la fonction publique*, au Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec, pour deux groupes distincts: les fonctionnaires et les ouvriers. Le Tribunal du travail a cependant le pouvoir de révoquer cette accréditation et d'en accorder une nouvelle à l'association qui remplirait les conditions prévues au Code du travail.

Cette accréditation a eu pour effet « d'annuler de plein droit » les certificats d'accréditation émis antérieurement par la Commission des relations de travail¹⁷².

B - Accréditation ministérielle

Cette accréditation, aux termes des articles 69, 71 et 72 de la Loi, a été prévue pour trois groupes distincts: les salariés enseignants, les professionnels et les agents de la paix¹⁷³.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 8.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 31.

¹⁷¹ Art. 69 à 72 de la *Loi de la Fonction publique*.

¹⁷² Décision de la C.R.T. du 27 décembre 1966. Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec et Fraternité Unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, Local 2700, et Office des autoroutes (dossier 0-66-483).

¹⁷³ Le deuxième groupe, aux termes des par. b) et c) de l'article 69, comprend d'abord les membres des 16 professions libérales. Ces professionnels sont les avocats, les notaires, les médecins, les dentistes, les techniciens dentaires, les pharmaciens, les optométristes, les opticiens d'ordonnances, les vétérinaires, les agronomes, les architectes, les ingénieurs, les arpenteurs, les ingénieurs forestiers, les chimistes professionnels et les comptables agréés. Le groupe

L'accréditation peut être accordée à une association représentant plus d'une des professions libérales visées au paragraphe b de l'article 69, et ce, du consentement de la majorité des « salariés membres ou admis à l'étude d'une de ces professions ». Cette accréditation est également possible pour l'association qui représenterait en plus des professionnels des corporations libérales, les autres professionnels gradués d'université mais, cette fois, « du consentement de la majorité absolue » de ces derniers ¹⁷⁴.

L'intention du législateur nous semble avoir été de favoriser la représentation syndicale par l'entremise de quatre grands syndicats : celui des fonctionnaires et ouvriers, celui des professionnels, celui des agents de la paix, celui des enseignants. C'est pourquoi il a aménagé un système d'accréditation qui vise à regrouper chacun de ces groupes au sein d'une même unité de négociation.

L'accréditation ministérielle est accordée par le lieutenant-gouverneur en conseil sur la recommandation d'un comité conjoint « constitué à cette fin par le lieutenant-gouverneur en conseil et formé pour moitié de représentants du groupe intéressé » ¹⁷⁵. Cette accréditation « a le même effet qu'une accréditation accordée par le commissaire-enquêteur ». Il appartient cependant au Tribunal du travail de statuer sur « tout conflit relatif à l'exclusion ou à l'inclusion effective de tout employé dans chacun de ces groupes » et il a le pouvoir de « révoquer l'accréditation et d'en accorder une nouvelle aux conditions prévues par le *Code du travail* » ¹⁷⁶.

C – Accréditation ordinaire

Eventuellement le Tribunal du travail deviendra l'organe d'accréditation pour tous les groupes ¹⁷⁷. Il pourra annuler l'accréditation d'un syndicat qui ne réalise plus les conditions prévues par le *Code*.

Sous-par. III : Particularités relatives aux unités de négociation

A – La structure des unités

Le législateur québécois a déterminé la structure des unités de négociation dans la *Loi de la fonction publique*, mais il précise que la Commission des relations de travail ou le Tribunal du travail peut révoquer l'accréditation existante et en accorder une nouvelle. La Com-

des professionnels comprend aussi les autres diplômés d'universités : économistes, géographes, géologues, biologistes, urbanistes, comptables, vérificateurs, psychologues, travailleurs sociaux, orienteurs et autres professionnels. Le troisième groupe comprend les agents de la paix, les gardiens de prisons, les garde-chasse, les inspecteurs des transports, les inspecteurs d'autoroutes et « autres préposés à des fonctions d'agents de la paix », art. 69, par. d).

¹⁷⁴ Art. 72, *Loi de la Fonction publique*; c'est ainsi que le Syndicat des professionnels fut accrédité par A.C. 1180 du 5 avril pour représenter cinq groupes qui détenaient précédemment des accréditations distinctes.

¹⁷⁵ Art. 71, par. 2, *Loi de la Fonction publique*.

¹⁷⁶ Art. 71, par. 3 et 4 de la *Loi de la Fonction publique*.

¹⁷⁷ Art. 70 et 71, *Loi de la Fonction publique*.

mission a pourtant affirmé, malgré ces dispositions de la loi, qu'elle n'était pas compétente pour reviser cette structuration¹⁷⁸. Ce que la loi prévoit, c'est un maximum de 21 unités de négociation et elle prévoit elle-même, en deux étapes, le regroupement possible de certaines de ces unités chez les professionnels. Cette structuration par la *Loi des unités de négociation* est une dérogation expresse du système général établi par le Code du travail.

Le problème de la structure des unités de négociation n'est pas simple à cause précisément du rôle attribué au Tribunal du travail dorénavant. Le législateur ne semble pas s'être aperçu du malaise que pourront ressentir ceux qui chercheront à analyser ses intentions. Car, d'une part, il est évident qu'une fois passée la phase initiale d'accreditation législative ou ministérielle, il s'en remet à la C.R.T. ou au Tribunal du travail, à qui il accorde le pouvoir d'agir conformément aux « conditions prévues dans le *Code du travail* » (art. 71); cela est conforme à l'idée fondamentale que le régime des relations de travail dans la fonction publique fait partie de l'économie générale du Droit du travail. Mais d'autre part, la même législation favorise sans équivoque le regroupement des unités de négociation en autorisant des procédés qui dérogent même du Code du travail; c'est le cas des syndicats interprofessionnels, notamment. Bien plus, comme l'Etat est un employeur d'une polyvalence exceptionnelle puisqu'il y a tout de même près d'une centaine de corps de fonctionnaires exerçant des fonctions nettement différenciées, sans compter les enseignants, l'application des critères mis en œuvre dans l'entreprise privée pour déterminer les unités de négociation, pourrait conduire à une multiplication de ces unités de négociation, qui pourrait être au désavantage des trois parties en cause: fonctionnaire, Etat-employeur et collectivité des administrés¹⁷⁹.

La question n'est pas hypothétique car elle s'est posée devant la C.R.T. qui, par une décision du 30 octobre 1967, a rejeté une requête de l'Association des professeurs du conservatoire de musique et d'art dramatique du Québec visant à fractionner l'unité de négociation des enseignants telle qu'établie par l'art. 69c de la Loi. La C.R.T. a estimé qu'elle ne pouvait altérer les unités de négociation prévues par le législateur aux art. 69 et suivants.

Même si l'intention du législateur n'est pas d'une clarté fulgurante, il semble néanmoins qu'une interprétation raisonnable des textes rende défavorable cette décision de la C.R.T. qui est très lourde de conséquences¹⁸⁰. Ce que la loi met en place, c'est un maximum de 21 unités de négociation et non pas uniquement cinq grandes divisions à

¹⁷⁸ Cf. Ass. des professeurs du conservatoire, C.R.T. 30/10/67; re: les enseignants ne forment qu'une seule unité de négociation.

¹⁷⁹ « Dans les emplois gouvernementaux, où l'imbrication des fonctions, des classes, des grades est si grande, il serait dans notre opinion irréaliste d'utiliser les vieux critères de notre droit du travail traditionnel », CARDIN, J. Réal: « La convention collective et les professionnels salariés au Québec », 1966, *Relations industrielles*, pp. 125 à 138.

¹⁸⁰ Cf. Le commentaire de cette décision par M^e Fernand MORIN, in 1968 (23) *Relations industrielles*, p. 169.

l'intérieur desquelles la C.R.T. pourrait agir à sa guise en se contentant d'observer les conditions prévues au Code du travail. La loi prévoit elle-même en deux étapes le regroupement possible de certaines de ces unités de négociation; il serait alors invraisemblable que le Tribunal du travail, par exemple, puisse refuser, en se fondant sur le Code du travail, ce que la *Loi de la Fonction publique* autorise expressément.

Nous croyons que la structuration des unités de négociation opérée par la *Loi de la Fonction publique* est une dérogation expresse au système établi par le Code du travail, ce qui n'infirmes pas le principe énoncé plus haut à l'effet que le régime des relations de travail dans la fonction publique relève de l'économie générale du Droit du travail. Nous ne saurions trop insister sur le fait que si les employés de la fonction publique gouvernementale sont régis par le Code du travail, ils le sont aussi par la *Loi de la fonction publique* qui, à cet égard, est une loi spéciale qui l'emporte sur le Code du travail. Il y a ici une analogie frappante avec la situation qui a prévalu de 1944 à 1964 dans le cas des rapports entre la *Loi des relations ouvrières* et la *Loi des différends entre les services publics et leurs salariés*¹⁸¹. La *Loi de la fonction publique* est une loi dite spéciale par rapport au Code du travail qui est la loi générale¹⁸² et, de ce fait, il est inadmissible que le Tribunal du travail puisse, en appliquant des critères qui lui sont fournis par le Code du travail, aller à l'encontre des dispositions expresses de la *Loi de la fonction publique*.

Puisqu'un auteur de doctrine a déjà pris position contre la C.R.T. en soutenant qu'à la suite de l'accréditation ministérielle « la C.R.T. reprendrait son rôle ordinaire et complet »¹⁸³, nous tenterons de réfuter les arguments sur lesquels elle se fonde. Premièrement à l'allégation « qu'il est difficile de croire que le législateur voulait effectivement constituer quatre unités de négociation, quasi-immuables... », et « qu'une plus raffinée et plus circonstanciée pourrait être effectuée par la C.R.T. », nous répondons qu'il est plus facile de croire que le législateur n'a pas donné à la C.R.T. plus de pouvoirs qu'en a le lieutenant-gouverneur en conseil; l'article 71, en effet, n'oblige pas ce dernier à suivre les règles du *Code du travail* pour l'accréditation des professionnels, des agents de la paix et des enseignants.

De plus, il nous semble hasardeux, voire erroné de faire une distinction tranchée entre la période des accréditations législative et ministérielle et l'entrée en scène de la C.R.T., la locution « en conséquence » que le législateur a utilisé au début du dernier paragraphe des articles

¹⁸¹ S.R.Q. 1941, c. 162-A et S.R.Q. 1941, c. 169; voir sur cette question, M^e L. BEAULIEU, *Les conflits de droit dans les rapports collectifs de travail*, Québec, P.U.L., 1955, pp. 175 sq.

¹⁸² C'est là une règle fondamentale d'interprétation du droit statutaire, cf. PIGEON, L.-P.: *Rédaction et interprétation des lois*, Québec, 1965, p. 38; Aussi *Crates' on statute law*, 6^e édition, 1963, p. 372; la jurisprudence l'a aussi entendu dans ce sens: Grief LACASSE du 8/2/68 (Juge DUMONTIER); décision LACASSE, C.R.T. 8/2/68; Décision Association des professeurs du Conservatoire de musique et d'art dramatique, C.R.T. 30/10/67.

¹⁸³ F. MORIN, *loc. cit. supra*, note 179.

70 et 71 dans le texte de 1965 ne devant pas être considéré comme synonyme de « subséquemment » ou « dorénavant »¹⁸⁴; elle indiquait plutôt une volonté de conformité logique; il est d'ailleurs révélateur qu'à l'article 71 la locution a été traduite par « accordingly ». La C.R.T. était donc limitée par la logique même du système établi par la *Loi de la fonction publique*. Non seulement, nous semble-t-il, le législateur a-t-il voulu empêcher la C.R.T. d'entremêler fonctionnaires, ouvriers, enseignants, professionnels et agents de la paix, mais il a défini certains cadres d'unités de négociation à partir desquels la C.R.T. devra statuer sur tout conflit relatif à l'exclusion ou à l'inclusion effective de tout employé ou catégorie d'employés dans chacun de ces groupes, et elle a le pouvoir de révoquer l'accréditation et d'en accorder une nouvelle aux conditions prévues au Code du travail. Si la C.R.T. s'était autorisée de ce texte pour multiplier les accréditations pour de nouveaux groupes, elle n'aurait plus agi en conformité avec la structuration voulue expressément par la loi. Même si l'expression « en conséquence » a été abandonnée dans les modifications apportées en novembre 1969, il nous semble que rien n'a été changé quant au fond¹⁸⁵.

Il importe de faire remarquer ici, qu'à cet égard, le système québécois diffère nettement du système fédéral prévu par la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*. La loi fédérale prévoit pour l'Administration gouvernementale des « catégories d'occupation » se subdivisant en « groupes d'occupation » qui peuvent constituer chacun une unité de négociation ou en comprendre plusieurs. La loi fédérale a prévu un cadre plus rigide pour la période initiale d'accréditation qui s'échelonna jusqu'en septembre 1969; mais elle laisse néanmoins une certaine latitude à la Commission des relations de travail dans la fonction publique qui, après cette date, aura à l'égard du découpage des unités de négociation, le même pouvoir qu'avait la C.R.T. au Québec hors de la fonction publique¹⁸⁶.

Le découpage des unités de négociation dans la fonction publique québécoise nous paraît donc être une dérogation expresse au système établi par le *Code du travail* et il échappe, de ce fait, totalement à la juridiction de la Commission des relations de travail¹⁸⁷.

B — Le contenu des unités de négociation

Les articles 70 et 71 de la loi stipulent que l'accréditation législative et ministérielle ont le même effet qu'une accréditation accordée en vertu du *Code du travail*, et la loi accorde au Tribunal du travail

¹⁸⁴ Le second alinéa débutait ainsi: « En conséquence la Commission des relations de travail du Québec doit statuer... ».

¹⁸⁵ Le second alinéa de ces deux articles commence maintenant ainsi: « Le tribunal du travail institué par le *Code du travail* doit statuer... ».

¹⁸⁶ S.R.C. 1970, c. P-32, art. 32, 26 (4).

¹⁸⁷ Dans l'affaire *Héту v. Syndicat des fonctionnaires provinciaux* du 1/4/68, la C.R.T. a confirmé sa propre jurisprudence, c'est-à-dire la décision qu'il avait rendue dans l'affaire *Association des professeurs du Conservatoire de musique et d'art dramatique*, C.R.T. 30/10/67.

le pouvoir de statuer sur les conflits relatifs « à l'exclusion ou à l'inclusion effective » des salariés dans les diverses unités de négociation.

Ces dispositions soulèvent un problème particulièrement complexe à cause de la répartition des compétences propres à la fonction publique et notamment à cause des pouvoirs de la Commission de la Fonction publique en matière de classification et de classement. Ainsi le Tribunal du travail peut-il passer outre aux règlements de la Commission de la fonction publique qui classe tel fonctionnaire dans l'une des 5 grandes divisions prévues aux articles 69 et suivants? En d'autres termes, si la Commission de la fonction publique classe M. X comme professionnel, le syndicat des fonctionnaires peut-il prétendre devant la C.R.T. que M. X est un simple technicien qui devrait faire partie du syndicat des fonctionnaires non professionnels?

La jurisprudence a tout d'abord affirmé que la classification opérée par la Commission de la fonction publique s'imposait à la C.R.T. (maintenant le Tribunal du travail).

Cette obligation pour la C.R.T. ou le Tribunal du travail de se référer à la classification des corps de fonctionnaires opérée par la Commission de la fonction publique a été affirmée en ce qui concerne les professionnels des professions libérales. Par une décision du 8 février 1968, la C.R.T. soutint qu'un ingénieur forestier, membre de la Corporation des ingénieurs forestiers, exerçant une fonction d'agent de développement industriel, et classé comme tel par la Commission de la fonction publique, ne peut prétendre avoir droit de faire partie du syndicat professionnel des ingénieurs forestiers du gouvernement du Québec¹⁸⁸. La classification opérée par la Commission de la fonction publique, en vertu des pouvoirs que lui confèrent les articles 21 et suivants de la loi, lie donc la C.R.T. dans l'exercice de ses pouvoirs que lui confèrent les articles 69 et suivants de la même *Loi de la Fonction publique*¹⁸⁹. Cette règle nous semble avoir un triple fondement.

D'une part, la classification dans la fonction publique est une classification de nature réglementaire édictée en vertu d'un pouvoir délégué; or, le titulaire de ce pouvoir délégué est la Commission de la fonction publique, et nul autre organe dans l'Etat. D'autre part, la *Loi de la fonction publique* établit un rapport nécessaire entre cette classification et les échelles de traitement négociées en vertu des conventions collectives¹⁹⁰, de telle sorte qu'un syndicat d'ingénieurs forestiers n'est habilité qu'à représenter ceux qui exercent la fonction d'ingénieurs forestiers dans la fonction publique et non les membres de la

¹⁸⁸ LACASSE (C.R.T. 8/2/68) re: Ingénieur forestier classé agent de développement industriel (Interprof).

¹⁸⁹ « La juridiction attribuée à la Commission de la Fonction publique est exclusive et il n'est pas du ressort de la Commission des relations du travail de modifier la classification faite par la Commission de la Fonction publique, ni de la réviser »: Syndicat prof. des ing. forest. du gouvernement du Québec et Richard Lacasse, C.R.T. 8/2/68.

¹⁹⁰ *Loi de la Fonction publique*, art. 27; voir sentence du grief DESJARDINS du 9 avril 1969, illustrant le lien existant entre la classification et le taux de rémunération.

Corporation des ingénieurs qui pourraient exercer n'importe quelle fonction¹⁹¹; interprété dans le sens contraire, l'article 69 de la loi conduirait à des absurdités. Il faut toutefois admettre que cet article n'est pas d'une clarté fulgurante et nous eussions préféré que le législateur s'exprimât ainsi: « Les salariés exerçant des fonctions qui exigent d'eux qu'ils soient membres de chacune des professions visées aux chapitres 247 à 249 sq... ». Il y aurait dans cette périphrase une référence aux textes déterminant quelles fonctions exigent l'appartenance à une corporation professionnelle, s'il y a lieu. Enfin, il ne faut pouvoir oublier le principe fondamental que la *Loi de la fonction publique* est une loi d'exception, par rapport au Code du travail, ce qui signifie qu'en cas de conflit ses dispositions l'emportent sur celles du Code; ce principe est déjà bien établi par la jurisprudence comme nous l'avons vu.

Cette règle de la priorité des règlements de la Commission semble cependant avoir été mis en veilleuse récemment. En effet, dans sa dernière décision, la C.R.T., cependant, semble avoir fait un revirement en soutenant que les articles 70 et 71 l'autorisent « à définir ou interpréter une unité de négociation » et à statuer sur un conflit relatif, par exemple, au fait qu'un employé « classé ouvrier » pour les fins de la Commission de la fonction publique, puisse être classé « agent de la paix » pour les fins de négociations collectives¹⁹².

Si l'on admet la règle énoncée dans cette dernière décision, non seulement l'on contredit la logique de la décision Lacasse, mais l'on seulet en quelque sorte au Tribunal du travail de s'ériger à toute fin pratique en tribunal d'appel des décisions de la Commission de la fonction publique en matière de classement, ce qui nous paraît contraire à la logique même du système. Le statut de la fonction publique québécoise est pour partie statutaire et réglementaire et pour partie négociée, or, il serait douteux qu'une autorité qui n'est compétente que pour l'application de la partie négociée puisse s'immiscer dans les attributions des autorités compétentes sous la partie statutaire, ne fût-ce que « par la bande ». La classification et l'appel en matière de classement des fonctionnaires et ouvriers appartiennent à la Commission de la fonction publique¹⁹³ et lorsque la C.R.T. veut savoir si M. Y est ouvrier ou agent de la paix, elle n'a pas à vérifier si son classement a été bien fait¹⁹⁴. C'est ainsi que dans sa décision du 15 mai 1968, la C.R.T. en

¹⁹¹ C'est d'ailleurs ce qu'affirmait l'art. 2.01 de la convention collective du Syndicat des ingénieurs-forestiers de 1966-68. Dans une sentence arbitrale du 23 mai 1967, le juge DUMONTIER avait posé le problème en ces termes, tout en se déclarant incompétent pour le résoudre: *Grief collectif du Syndicat professionnels ingénieurs forestiers de 1966-68*. Dans une sentence arbitrale du 23 mai 23/5/67.

¹⁹² *Syndicat des agents de la paix v. Syndicat des fonctionnaires*, 15 mai 1968.

¹⁹³ Le grief pour lequel on réclame une modification de salaire sera irrecevable s'il a pour effet de modifier la classification, laquelle est de la compétence de la Commission de la fonction publique: grief DESJARDINS, 9/4/69.

¹⁹⁴ Dans le même ordre d'idée et par analogie, le tribunal d'arbitrage s'est déclaré incompétent pour entendre un grief en matière de classement en vertu des conventions collectives de 1968 lorsque sa décision aurait pour effet de transférer un fonctionnaire ou ouvrier d'une unité de négociation à une autre: grief P. A. VAILLANCOURT, 6/4/70.

se demandant si les cuisiniers des institutions pénales étaient des « ouvriers » ou des « agents de la paix », excédait sa juridiction, à notre humble avis.

Section IV :

PARTICULARITÉS RELATIVES À LA MATIÈRE NÉGOCIABLE

Avant novembre 1969, la délimitation de ce qui pouvait être objet de négociation dans la fonction publique demeurait vague. Le législateur avait pris la peine, dans un certain nombre de cas, de faire une référence expresse à la convention collective, en affirmant que telles ou telles conditions de travail pouvaient être régies soit par des règlements, soit le cas échéant par des conventions collectives. Une telle référence apparaissait aux articles 24, 26, 30, 31, 32 et 52. On ne pouvait cependant pas tirer de ce fait une conclusion trop absolue, car il est manifeste que les négociations collectives ont porté dans certains cas sur des points autres que ceux-là : c'est ainsi qu'on retrouve dans les conventions de 1966 des clauses relatives à l'exercice du pouvoir de suspension¹⁹⁵, à l'exercice du pouvoir de nomination¹⁹⁶.

La loi de novembre 1969 a supprimé le terme « convention collective » aux articles 24, 26, 30, 32 et 52 et précisé à l'article 1, al. 10 de la *Loi de la fonction publique* que « convention collective signifie une convention collective au sens du Code du travail ».

En prenant pour point de départ la définition de la convention collective du *Code du travail*, on se rend compte que parmi les conditions de travail dans la fonction publique, certaines sont déterminées par la loi, d'autres par les seuls règlements de la Commission de la fonction publique, et en d'autres cas par ces règlements ou les conventions collectives. On serait alors tenté d'affirmer qu'est matière négociable toute condition d'emploi non fixée par la loi ou dont la détermination n'est pas confiée en exclusivité à la Commission de la fonction publique ou à une autre autorité.

L'article 52a est venu tenter de clarifier cette situation en stipulant que « les fonctionnaires et ouvriers sont régis par les dispositions de la convention collective qui leur est applicable ou, à défaut de telles dispositions, par les dispositions de la présente loi, nonobstant toute loi générale ou spéciale, relativement aux sujets suivants: traitement ou rémunération, congés, règlement des griefs, suspensions, congédiement, appel en matière de classement ». Il appert donc qu'aucune loi générale ou spéciale ne s'applique à la fonction publique dans ces huit domaines. Or, quelles sont les lois visées ici? Certaines de ces lois ne s'appliquent pas parce que le gouvernement n'y est pas spécifiquement mentionné¹⁹⁷:

¹⁹⁵ Vg. Convention des fonctionnaires de 1966, art. 17.01.

¹⁹⁶ Vg. *Ibid.*, art. 16.

¹⁹⁷ En vertu de l'art. 42 de la *Loi d'interprétation*, [S.R.Q.] 1964, c. 1, art. 42.

c'est le cas de la *Loi du Salaire minimum*¹⁹⁸, de la *Loi sur les décrets de conventions collectives*¹⁹⁹. Par contre, d'autres lois, telles que le *Code du travail*²⁰⁰, la *Loi sur la discrimination dans l'emploi*²⁰¹, la *Loi sur les relations de travail dans la construction*²⁰² montrent expressément qu'elles s'appliquent au gouvernement. Pour ces dernières lois, à l'exception du Code du travail, il est facile d'admettre qu'elles ne s'appliquent plus qu'aux organismes gouvernementaux non régis par la *Loi de la fonction publique*, ainsi qu'aux agents de la Couronne, telles l'Hydro-Québec, la Régie des alcools (commerce) . . . Quant au *Code du travail*, nous hésiterions beaucoup à affirmer, après avoir soutenu que le législateur a voulu situer la Fonction publique dans l'économie générale du Code du travail, que les dispositions du *Code* sur le congédiement pour activité syndicale ne s'appliquent pas aux fonctionnaires²⁰³, de même que celles sur le règlement et l'arbitrage des griefs . . .

L'alinéa troisième de cet article 52a ajoute qu'aucun décret ou convention collective conclue en vertu d'un décret ne s'applique à la Fonction publique: ceci n'ajoute rien pour la *Loi des décrets*.

Enfin, le second alinéa stipule que « toutefois, aucune disposition d'une convention collective ne peut porter sur un autre sujet qui, en vertu de la présente loi, relève de la Commission ou du lieutenant-gouverneur à moins que la Commission n'y ait concouru par règlement et qu'un tel règlement n'ait été approuvé par le lieutenant-gouverneur en conseil ». Le Chef de l'opposition estimait qu'il s'agit là d'un « langage assez confus, mais pour ceux qui vivent là-dedans, c'est bien compréhensible! »²⁰⁴ Cette disposition est non seulement confuse mais surprenante. En droit administratif, les pouvoirs des autorités ou organismes administratifs étant des pouvoirs délégués, doivent être exercés par leur titulaire²⁰⁵; un organisme distinct du gouvernement, doté de pouvoirs spécifiques et autonomes, qui n'est en aucune façon l'employeur au sens du Code du travail est appelé ici à « concourir par règlement » à la négociation de clauses de conventions collectives. Et non seulement est-il appelé à concourir lorsqu'il s'agit de ses compétences propres, mais même dans le cas de compétences du lieutenant-gouverneur en conseil! Certes, ce règlement doit être approuvé par le lieutenant-gouverneur en conseil, mais qu'est-ce que cela change?

Signalons que l'article 52a a été ajouté lors de la deuxième lecture du projet de loi. Le Ministre d'état à la Fonction publique a tenté de justifier cette disposition en mentionnant « qu'à l'heure actuelle, les

¹⁹⁸ S.R.Q. 1964, c. 144.

¹⁹⁹ S.R.Q. 1964, c. 143.

²⁰⁰ S.R.Q. 1964, c. 141, art. 1: « ... y compris Sa Majesté ».

²⁰¹ S.R.Q. 1964, c. 142, art. 1: « ... y compris le gouvernement ».

²⁰² S.Q. 1968, c. 45.

²⁰³ *Code du travail*, art. 13 sq.

²⁰⁴ *Débats de l'Assemblée nationale*, 1969, p. 5154.

²⁰⁵ Cette règle a été confirmée récemment par la Cour d'appel dans l'affaire *Commission de la Fonction publique v. Desbiens*, 1970 C.A. 727; notre commentaire in (1969) 20 R. du B., 608 à 612.

représentants gouvernementaux et même des arbitres commencent à tenir le raisonnement qu'aucune stipulation entre le gouvernement et le syndicat sur des matières relevant de la compétence de la Commission de la Fonction publique, la Commission constituant une entité juridique autonome, pourvue de sa propre juridiction, ne serait liée par la convention collective à moins d'intervention de sa part »²⁰⁶. Cette justification est certes bien fondée, mais la technique utilisée est assez originale, voire bizarre . .

Les conséquences de cette législation sont de rendre difficile l'évaluation de la répartition des compétences entre les diverses autorités et la délimitation du champ des matières négociables dans la fonction publique. Par ailleurs, nous doutons que les intéressés se satisfassent longtemps de voir une Commission autonome, non responsable devant l'Assemblée nationale, assumer la responsabilité de faire le partage entre ce qui fera l'objet de négociation et ce qui sera déterminé par voie réglementaire.

Si l'on tente d'évaluer quantitativement ce qui ne peut faire l'objet de négociations collectives dans la fonction publique, il faut d'une part se souvenir de l'article 50 du *Code du travail* qui stipule que la « convention collective peut contenir toute disposition relative aux conditions de travail qui ne sont ni contraires à l'ordre public et prohibées par la loi ». Ainsi, les nombreux devoirs et droits prévus par la *Loi de la fonction publique* ou d'autres lois générales ne peuvent faire l'objet de dérogations dans les conventions collectives; c'est le cas de l'obligation au secret professionnel, du devoir d'intégrité, de la clause d'exclusivité d'emploi, de l'obligation de réserve en matière de politique partisane, etc . . .²⁰⁷. D'autre part, sont de la compétence exclusive de la Commission de la fonction publique ou du lieutenant-gouverneur en conseil :

- a) le recrutement et l'accès à la fonction publique²⁰⁸;
- b) l'exclusion de certaines catégories de fonctions de l'application de la *Loi de la fonction publique*²⁰⁹;
- c) la classification, le classement, l'appel en matière de reclassement, mais non les griefs en matière de classement²¹⁰;
- d) certaines nominations²¹¹;
- e) la détermination de certains droits et devoirs prévus par règlement du lieutenant-gouverneur en conseil²¹².

Tout autre sujet qui n'est pas de la compétence de la Commission de la fonction publique ou du lieutenant-gouverneur en conseil peut donc faire l'objet de négociations collectives même s'il ne s'agit pas de

²⁰⁶ *Débats de l'Assemblée nationale, op. cit.*, p. 4147.

²⁰⁷ *Loi de la Fonction publique*, art. 46-47, 55 à 56b.

²⁰⁸ *Ibid.*, art. 11, 38 à 47.

²⁰⁹ *Ibid.*, art. 3.

²¹⁰ *Ibid.*, art. 21 à 26.

²¹¹ *Ibid.*, art. 33.

²¹² *Ibid.*, art. 54a: [...] « règlement des normes d'éthique et de discipline ».

matières non énumérées à l'article 52a, puisque la convention collective a le même sens ici que sous le *Code du travail*. C'est ainsi que se justifient plusieurs clauses des conventions collectives relatives aux « temporaires » à qui l'on refuse la permanence²¹³, la clause relative à la façon dont doit être épuisée la liste d'éligibilité²¹⁴, les clauses relatives à l'avancement et aux promotions, etc...²¹⁵.

En résumé, les sept sujets énumérés à l'article 52a peuvent toujours faire l'objet de négociations collectives; quant aux sujets entrant dans le champ des compétences de la Commission ou du lieutenant-gouverneur en conseil, il faut le concours de la Commission par voie de règlement; enfin en tout état de cause la convention ne peut contenir de clauses contraires à la loi ou à l'ordre public.

Section V :

PARTICULARITÉS RELATIVES AU DROIT DE GRÈVE

La substitution absolue de l'arbitrage obligatoire à l'exercice du droit de grève dans ce secteur, était devenue au Québec une solution inacceptable, à cause de l'accroissement du secteur public et à cause du fait que les pouvoirs qu'exercent les arbitres risquent de désaisir le gouvernement et les pouvoirs locaux de certaines responsabilités en matière économique et sociale qui leur reviennent en propre²¹⁶. Aussi, la technique de l'arbitrage, avec sentence exécutoire ne doit être utilisée que marginalement, à moins qu'elle ne soit voulue par les syndicats, comme c'est le cas dans la fonction publique fédérale.

Si le droit de grève est accordé aux agents des services publics comme corollaire des libertés d'association et de négociation collective, il ne faut cependant pas oublier que « tant par la personnalité de l'Etat-employeur, que par le but de gêne du public et par ses effets de désorganisation d'un service dont le premier impératif est la continuité, la grève des agents publics est, par sa nature très différente de toute autre grève, et l'on conçoit qu'il lui soit appliqué un régime juridique différent »²¹⁷.

Le syndicalisme dans les services publics est assujéti, au-delà de la poursuite des intérêts professionnels à celle de l'intérêt général; il est marqué par le caractère d'irréductibilité de l'Etat et des services qu'il assume à l'entreprise privée. Le gouvernement a d'ailleurs réaffirmé sans équivoque, en accordant le droit de grève aux fonctionnaires, que la réglementation de la grève dans les services publics était fondée sur

²¹³ Vg. Convention collective des fonctionnaires, 1968, art. 20.03.

²¹⁴ Vg. Convention collective des fonctionnaires, 1966, art. 16.

²¹⁵ Vg. Convention collective des fonctionnaires, 1968, art. 17-18; convention collective des professionnels, 1968, art. 26.

²¹⁶ BELORGEY, *Le droit de la grève et les services publics*, Paris, 1964, éd. Berger-Levrault, p. 102; au sens contraire, FRANKEL: « L'Etat-employeur et la fonction publique », in *18^e congrès des relations industrielles*, Québec, P.U.L., p. 99.

²¹⁷ WALLINE, M., in *Association Henri Capitant*, 1955, t. IX, p. 263; cf. aussi FORTIN, C., in *Journal du travail*, mars 1965, p. 3.

l'idée que « la population a un droit strict et inaliénable à certains services et aucune raison n'est assez bonne pour l'en priver »²¹⁸.

Nous regrouperons l'étude du droit positif québécois actuel autour de trois idées et nous distinguerons les règles concernant le principe même de la grève, celles qui sont relatives aux modalités des grèves et les sanctions de ces règles.

Règles concernant le principe même de la grève

Le droit positif antérieur et actuel définit la grève comme « la cessation concertée de travail par un groupe de salariés »²¹⁹. La notion juridique de grève est donc définie par ses éléments matériels, la cessation du travail, le concert, le groupe de salariés, et non par son but. C'est pourquoi on distingue trois types de grèves : la grève exclusivement professionnelle ou primaire, la grève de sympathie et la grève politique. Mais les conditions auxquelles est soumise l'acquisition du droit de grève, en vertu des articles 40 à 46, 94 et 95 du Code actuel, font en sorte que seule la grève exclusivement professionnelle est légalement possible au Québec.

La grève doit être distinguée de toute autre interruption de travail, car même illégale, elle n'est pas pénalisée par le *Code criminel*, sauf s'il y a un motif raisonnable de croire que les conséquences probables de cette grève seront de mettre en danger la vie humaine, d'infliger des blessures corporelles graves, d'exposer des biens de valeur à une ruine totale ou à de graves dommages, de priver des administrés de leur approvisionnement de lumière, d'énergie, de gaz ou d'eau ou de retarder ou d'empêcher le service d'un voiturier public ferroviaire. Il est important de noter que dans ces cinq derniers cas, les grévistes s'exposent à être déclarés coupables d'un acte criminel et passibles d'un emprisonnement de cinq ans ou coupables d'une infraction sur déclaration sommaire de culpabilité²²⁰. C'est au regard du *Code du travail* et de la *Loi de la F.P.* surtout que s'apprécie la légalité des grèves susceptibles de déclencher l'application du Code criminel (art. 380). Ces dispositions sont peut-être désuètes, difficilement applicables et rarement appliquées, mais elles existent et pourraient constituer une épée de Damoclès sur la tête des syndiqués dans les services les plus essentiels.

La grève au sens strict a aussi pour effet de protéger le salarié dans sa situation juridique par rapport à l'employeur²²¹, ceci implique que dans la fonction publique on ne peut recourir à la destitution pour pénaliser le fonctionnaire qui aurait participé à une grève illégale; le recours à la destitution ne serait possible que pour une interruption de

²¹⁸ Premier ministre, *Débats parlementaires*, Assemblée législative, août 1965, p. 4666.

²¹⁹ *Code du travail*, art. 1.

²²⁰ Il faut le consentement du ministre de la Justice pour mériter une telle action, (380, par. 3 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, c. C-34).

²²¹ *Code du travail*, art. 98.

travail qui n'est pas une grève au sens du Code du travail, ou pour une pseudo-grève d'employés qui ne sont pas des salariés au sens du même Code²²². Par ailleurs le fonctionnaire qui participe à une grève illégale comme à tout arrêt du travail non autorisé, commet une faute qui le rend susceptible de sanctions disciplinaires prévues par le statut de la fonction publique, à l'exclusion bien entendu de la destitution²²³.

Dans la fonction publique provinciale, les fonctionnaires-agents de la paix se voient interdire tout recours à la grève, en vertu de l'article 75 de la *Loi de la fonction publique*. Dans tout État, il est normal que les agents des services de sécurité soient soumis rigoureusement à l'impératif fondamental du service public qu'est la continuité ou le fonctionnement sans défaillance.

Règles concernant les modalités des grèves

Pour qu'il y ait ouverture au droit de grève, il faut qu'il y ait « un différend » ou une mésentente à l'occasion des négociations pour la conclusion, le renouvellement, ou la révision d'une convention collective. Si les négociations se sont poursuivies sans succès pendant 30 jours, ou si l'une des parties ne croit pas qu'elles puissent être complétées dans un délai raisonnable, chaque partie peut en donner avis au Ministre du travail, lui exposant les difficultés rencontrées. Celui-ci charge un conciliateur de voir les parties, qui doivent assister à toutes les réunions où ce dernier le convoque. Le conciliateur fait rapport dans 30 jours ou dans le délai dont les parties conviennent par écrit.

Si la conciliation n'a pas réussi, les parties peuvent soumettre le différend à l'arbitrage, dont la sentence tient lieu de convention collective; elle lie les parties pour une durée n'excédant pas deux ans et peut être exécutée judiciairement, l'arbitrage n'est pas obligatoire pour aucun groupe de salariés même pour les agents de la paix à qui le principe du droit de grève est dénié.

Lorsque les parties ne vont pas à l'arbitrage, le droit de grève est acquis le soixantième jour après la réception de l'avis initial par le ministre, ou le quatre-vingt-dixième jour, s'il s'agit d'une première convention collective; mais il peut être exercé dans les services publics que moyennant un autre avis de huit jours, indiquant le moment où la grève aura lieu²²⁴.

Ces modalités exigées pour faire naître le droit à la grève ne facilitent pas le recours aux grèves-éclair et au « débrayage »; il y a d'ailleurs aucune jurisprudence chez nous sur la durée que doit avoir une grève. Le *Code du travail* ne prévoit aucune disposition expresse pour prévenir la répétition des grèves-éclair, les débrayages aussi bien que

²²² Il est important de faire remarquer que la situation juridique du salarié n'est pas définie en termes de contrat, (art. 1, al. m, et art. 98 du *Code du travail*), ce qui la rend applicable au fonctionnaire qui, comme nous le croyons, n'est pas dans une situation prioritairement contractuelle par rapport à l'État, mais avant tout réglementaire ou statutaire.

²²³ Voir sur cette question: Grief Doris CHARLAND, 10/6/69.

²²⁴ *Code du travail*, art. 99.

la grève perlée ou la grève de zèle, sauf l'interdiction faite à un syndicat ou à toute personne agissant dans l'intérêt d'un syndicat « d'encourager ou d'appuyer un ralentissement d'activités destinées à la production »²²⁵. Il semble, cependant, que s'il n'y a pas cessation concertée, il n'y a même pas « fait de grève », et le pouvoir disciplinaire de l'employeur s'applique, en l'occurrence le régime disciplinaire de la fonction publique.

Le préavis de huit jours doit être donné pour permettre à l'autorité de prendre les mesures exigées par les circonstances. Le *Code* autorise le gouvernement, s'il est d'avis que la grève appréhendée ou une grève en cours met en danger la santé ou la sécurité publique, à constituer une commission d'enquête investie des pouvoirs d'un conseil d'arbitrage, pour faire enquête et rapport sur le différend; celle-ci ne rend aucune décision et ne formule aucune recommandation, mais constate seulement les faits et les prétentions des parties. En constituant cette commission d'enquête, le Ministre de la justice peut requérir d'un juge de la Cour supérieure une injonction, que celui-ci accorde s'il est d'avis que cette grève met en péril la santé ou la sécurité publique; cette injonction prend fin au plus tard vingt jours après l'expiration des soixante jours accordés à la Commission d'enquête pour la production de son rapport, délais qui ne peuvent être prolongés. Dans l'enseignement public ou privé, un amendement de mars 1965 au *Code du travail* a rendu applicables les dispositions que nous venons d'étudier à toute « grève appréhendée ou en cours qui compromet l'éducation d'un groupe d'élèves »²²⁶.

En plus de ces règles applicables à tous les services publics, dans la Fonction publique gouvernementale l'article 75 de la *Loi de la fonction publique* stipule que « la grève est interdite à moins que les services essentiels et la façon de les maintenir ne soient déterminés par entente préalable entre les parties ou par décision du Tribunal du travail! Cette détermination des services essentiels aurait pu être laissée à la libre discussion des parties, comme le prévoyait le premier projet de la loi présenté en juillet 1965; elle aurait pu, comme le proposait la F.T.Q. être prévue par une entente globale et permanente, annexée éventuellement à la loi²²⁷; elle aurait pu, comme c'est le cas en France, dans bien des circonstances, être laissée à la discrétion du gouvernement. Le législateur a choisi un moyen terme. Tenant compte du fait que la détermination des services essentiels à l'action gouvernementale peut varier d'une époque à l'autre, d'une saison à l'autre, et en raison des circonstances de toutes sortes, et ne voulant pas allonger la liste des agents à qui le droit de grève est purement et simplement enlevé, il a préféré qu'on cherche une solution pour chaque cas. Craignant le manque d'impartialité du gouvernement, il a confié à un tribunal administratif, à défaut d'entente entre les parties, la tâche de satisfaire tout le monde.

²²⁵ *Ibid.*, art. 96.

²²⁶ Pour la jurisprudence sur l'art. 99, voir: MORIN et DUPONT, « Annotation et jurisprudence des lois du travail du Québec », Québec, 1969.

²²⁷ Cf. *Le Devoir*, 3 août 1965.

La détermination de ce qu'est un service essentiel n'est pas chose facile comme nous le révèle la décision de la C.R.T. dans l'affaire du Syndicat des professeurs de l'Etat du Québec²²⁸. Il nous semble que le critère de « l'essentialité » adopté par la C.R.T. soit irréprochable, même si son application dans le cas précité est discutable et a fait l'objet de critiques sérieuses. Autant il est facile de définir théoriquement ce critère autant il est difficile de l'appliquer en face d'une situation concrète. Aussi, la C.R.T., à la recherche de la plus grande objectivité possible, a-t-elle la tentation de « jouer à la Cour d'appel », pour utiliser l'expression de M^e Fernand Morin²²⁹. Le gouvernement qui n'a pas à assumer l'odieux de telles décisions s'en lave les mains si elle est mal accueillie dans le grand public, ou s'en félicite discrètement dans les cas contraires ménageant bien dans les deux cas sa cote électorale. Il y aurait peut-être lieu de se demander si l'article 75 de la *Loi de la fonction publique* et l'article 99 du *Code du travail* ne font pas double emploi. Certes dans la plupart des cas l'essentialité d'un service public ne saurait s'apprécier que par référence à la sécurité et à la santé publique ou au tort irréparable qui serait causé par une interruption. Ce n'est cependant pas là le plus important; ce qui nous semble capital dans l'article 75 c'est la finalité de la condition suspensive qu'il comporte. Le législateur impose aux parties l'obligation de déterminer les services essentiels et surtout de prévoir « la façon de les maintenir ». Donc dans la fonction publique, un groupe de salariés, en l'occurrence une unité de négociation, ne peut déclarer valablement la grève avant d'avoir négocié ou d'avoir fait déterminer la façon dont seront maintenus les services jugés essentiels. Cette détermination ne saurait cependant empêcher subséquemment le gouvernement de recourir à l'article 99 du *Code du travail* s'il considère que la grève porte malgré tout atteinte à la sécurité et à la santé publique dans les services qui ne seront pas maintenus de façon satisfaisante.

Signalons, en terminant, que le *Code du travail* prévoit des pénalités très sévères à l'encontre des auteurs de grèves « déclarées ou provoquées contrairement aux dispositions du présent Code »²³⁰. De plus, toute grève illégale est susceptible de donner ouverture à l'injonction pour forcer les grévistes à retourner au travail en tout temps. En droit québécois, celui qui contrevient sciemment à une injonction se rend coupable d'outrage au tribunal et peut être condamné à une amende n'excédant pas \$50,000, avec ou sans emprisonnement pour une durée d'au plus un an et sans préjudice à tous recours en dommages-intérêts²³¹. Enfin une telle grève, même non accompagnée d'actes individuels illé-

²²⁸ *Syndicat des profes. Etat. Québec v. D.G.R.T.*, [1966] *Relations industrielles* 26.

²²⁹ « [...] un service est ou devient essentiel quant à sa discontinuité devient, soit à un moment donné ou à cause de circonstances particulières, la cause de préjudices ou dommages graves, irréparables »; aussi « certains services assurés par l'Etat sont d'une telle importance pour la vie des citoyens que leur arrêt total pour un temps illimité équivaldrait peut-être à un suicide de la collectivité; on peut immobiliser un membre, une artère, mais non le cœur », MORIN, Fernand, « Les services essentiels des professeurs de l'Etat », [1966] *Relations industrielles*, p. 442 à la p. 443.

²³⁰ *Code du travail*, art. 124.

²³¹ *Code de procédure civile*, art. 761.

gaux est un acte fautif susceptible de mettre en cause la responsabilité civile du syndicat, des contrôles syndicaux, des chefs syndicaux et même des simples grévistes²³². Il n'est pas impossible que dans les services publics de telles poursuites émanent non seulement de l'employeur, mais aussi des administrés qui subiraient un préjudice grave du fait d'une grève illégale.

Conclusion

Les quelques aspects du statut de la Fonction publique que nous venons d'étudier nous illustrent bien que le Droit de la Fonction publique est bien un droit mixte comportant des éléments de Droit administratif et de Droit du travail. Si la structure et l'organisation de la Fonction publique est forcément régie par le Droit administratif, il en va tout autrement de la gestion du personnel de l'Etat qui est largement régi par le Droit général du travail bien que le régime des rapports collectifs de travail du fonctionnaire québécois comporte d'importantes particularités que nous avons regroupées sous l'étiquette de « statut particulier ».

La question la plus difficile à répondre à l'heure actuelle est de savoir jusqu'où peut aller l'Etat dans la soumission de son personnel au droit commun du travail et jusqu'où peut-on déplacer la frontière entre ce qui peut être négocié par voie de convention collective et ce qui ne peut ou ne doit pas l'être? A cette question se greffe le problème de la syndicalisation des cadres de la fonction publique.

Il ne fait aucun doute que l'avènement du Droit du travail dans la fonction publique a procuré des avantages considérables aux fonctionnaires syndiqués. Il a contribué à dépolitiser davantage la Fonction publique et il a conféré une protection enviable aux fonctionnaires.

²³² Dans les services publics, cela ne s'est pas encore produit, mais dans l'entreprise privée, cf. *Gaspé Copper Mines v. Steel Worker of America*, [1970] R.C.S. 628; voir aussi: ARTHUR'S, H. W., « Tort liability for strike in Canada », [1960] C.B.R. 346; SHERBANIUK, « Action by and against Trade-Unions in contract and tort », 1958 *Un. of Toronto Law Journal*, 151.