

Vision d'une révision du Code du travail

Pierre Verge

Volume 20, Number 4, 1979

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042351ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042351ar>

[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

Verge, P. (1979). Vision d'une révision du Code du travail. *Les Cahiers de droit*, 20(4), 901–934. <https://doi.org/10.7202/042351ar>

Article abstract

Would a codification of labour law — in the Continental meaning of the word, and not a mere consolidation of existing statutes — enhance the development of this field of law ? Would the resulting instrument be likely to generate more appropriate ways of dealing with labour situations, whether or not they pertain to a collective bargaining context ?

Adjective as well as substantive law would have to be involved in such an exercise. The latter aspect raises the fundamental issue of the proper relationship between the general law — civil law essentially — and labour law. What degree of autonomy is necessary to the integrity of the specialized law ? Conversely, to what extent is the general law to be relied upon to provide the necessary second-line set of legal provisions ? For instance, the two sets of legal rules entertain different views as to the termination of the employment relationship and as to the effect of a collective agreement. A well-integrated body of labour law should, in the author's opinion, govern comprehensively labour situation. The codifying process would also aim at eliminating internal discrepancies and a simpler, more accessible legal subsystem would emerge.

As to the adjective aspects of labour law, the identification of desirable forms of third-party intervention relating to both collective bargaining and labour standards legislation could lead to appropriate jurisdictional arrangements. In the case of industrial conflicts, of particular interest are the flexible powers of intervention with which the Canada and British Columbia labour boards are endowed. Consideration should also be paid to certain European models — namely the Conseil de prud'hommes — which allow both conciliation and adjudication to take place in the solving of normative law conflicts of application. A full-fledged Labour Code would indeed invite the setting up of a more authentic Labour Court.

Vision d'une révision du Code du travail

Pierre VERGE *

Would a codification of labour law — in the Continental meaning of the word, and not a mere consolidation of existing statutes — enhance the development of this field of law? Would the resulting instrument be likely to generate more appropriate ways of dealing with labour situations, whether or not they pertain to a collective bargaining context?

Adjective as well as substantive law would have to be involved in such an exercise. The latter aspect raises the fundamental issue of the proper relationship between the general law — civil law essentially — and labour law. What degree of autonomy is necessary to the integrity of the specialized law? Conversely, to what extent is the general law to be relied upon to provide the necessary second-line set of legal provisions? For instance, the two sets of legal rules entertain different views as to the termination of the employment relationship and as to the effect of a collective agreement. A well-integrated body of labour law should, in the author's opinion, govern comprehensively labour situation. The codifying process would also aim at eliminating internal discrepancies and a simpler, more accessible legal subsystem would emerge.

As to the adjective aspects of labour law, the identification of desirable forms of third-party intervention relating to both collective bargaining and labour standards legislation could lead to appropriate jurisdictional arrangements. In the case of industrial conflicts, of particular interest are the flexible powers of intervention with which the Canada and British Columbia labour boards are endowed. Consideration should also be paid to certain European models — namely the Conseil de prud'hommes — which allow both conciliation and adjudication to take place in the solving of normative law conflicts of application. A full-fledged Labour Code would indeed invite the setting up of a more authentic Labour Court.

* Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université Laval.

	<i>Pages</i>
Introduction	902
1. Le droit substantif	904
1.1. Intégralité	905
1.1.1. Influence excessive du droit commun	905
1.1.1.1. Détermination nécessaire d'un droit prépondérant	905
1.1.1.2. Conséquences de l'option	908
1.1.1.3. Portée d'une codification éventuelle	912
1.1.2. Fonction supplétive du droit commun	914
1.2. Cohérence	915
1.2.1. Définition du salarié	916
1.2.2. Congédiement	917
1.2.3. Protection de la maternité	918
2. Aspects juridictionnels	920
2.1. Nature des fonctions	921
2.1.1. Contexte de rapports collectifs	921
2.1.2. Contexte statutaire	928
2.2. Aménagements	931
2.2.1. Contexte de rapports collectifs	931
2.2.2. Contexte statutaire	933
Conclusion	934

Introduction

Traiter d'une révision du Code du travail peut sembler inopportun depuis la présentation d'un récent rapport au ministre du Travail et de la main-d'œuvre¹. Une appréciation du contexte patronal-syndical au Québec y faisait conclure que des études particulières étaient plus indiquées qu'un travail d'ensemble en la matière. Ce rapport faisait état de réticences de certains milieux syndicaux, pour lesquels un tel travail d'envergure ne pouvait qu'être dilatoire par rapport à un certain nombre de problèmes urgents à résoudre : l'accréditation multipatronale, l'exercice du droit de grève en matière de grief, sauf entente contraire, voire le régime syndical des cadres... Pour des porte-parole patronaux, au contraire, le cadre envisagé était trop étroit : après l'introduction des mesures anti-briseurs de grève, après les amendements relatifs à la négociation collective dans les secteurs public et para-public², le temps était à une remise en cause véritable de la

1. *Rapport de monsieur André Thibodeau sur l'opportunité de la création d'une commission d'étude et de révision du Code du travail du Québec*, Direction des communications, Ministère du Travail et de la Main-d'œuvre, Québec, 1978.

2. *Loi modifiant le Code du travail et la Loi du ministère du travail et de la main-d'œuvre*, L.Q. 1977, c. 41; *Loi modifiant le Code du travail*, L.Q. 1978, c. 52.

« philosophie sociale » fondant le présent ordre des rapports collectifs : s'interroger sur les « coûts sociaux » des grèves ; déborder le Code lui-même et inclure notamment le régime propre à l'industrie de la construction... En somme, de conclure l'auteur du rapport, comment en arriver, compte tenu de telles divergences, à ce minimum de consensus entre les principaux agents sociaux nécessaires à un tel travail de révision globale du Code ? Prudemment, selon lui, il y avait donc lieu de laisser le tout se décanter à la suite des amendements de 1977 et de 1978, de se contenter pour l'instant de l'étude particulière de certaines questions.

Une telle convergence des grands courants sociaux est manifestement désirable, pour ne pas dire indispensable, dès lors qu'il y a véritable remise en cause des valeurs qui sous-tendent un système juridique. Ce fut le cas notamment lors de la genèse de l'actuel *Code du travail* en 1963 et 1964³. Le législateur peut aussi parfois juger nécessaire de trancher, en l'absence d'un tel consensus, comme il l'a fait, par exemple, en interdisant en principe l'utilisation des briseurs de grève. Tôt ou tard, il faudra prendre position relativement aux sujets évoqués précédemment et à d'autres qui auront surgi. Notre propos n'est pas ici de traiter directement de ces importantes questions de fond, mais plutôt d'indiquer que, quels que soient ces choix, il faudra en venir, inévitablement, à prendre également position quant à l'orientation formelle du droit québécois du travail.

Il semble en effet indiqué à cet égard de ne pas se contenter d'envisager isolément l'actuel *Code du travail*. Celui-ci, en dépit de son appellation, n'est en définitive qu'une des grandes lois du travail parmi d'autres, soit celle régissant l'exercice du droit d'association en vue de la négociation collective. Il ne régit point, notamment, le régime individuel de travail, lot, encore, de la très grande majorité des salariés⁴. D'une façon générale, il convient aussi de reconnaître l'importance grandissante des régimes normatifs d'ordre public⁵. C'est par rapport à un tel ensemble de lois du travail que s'établit le besoin d'une révision méthodique. Le droit substantif du travail devrait en être l'objet (1.). On ne saurait pour autant, pour des raisons à la fois d'ordre théorique et pratique, négliger de revoir aussi méthodiquement ses principaux modes d'application. Les formes d'intervention exercent, en effet, une

3. G. HÉBERT, « La genèse du présent code du travail », pp. 13 ss., in : *Le Code du travail du Québec (1965)*, Les Presses de l'Université Laval, Québec, 1965.

4. F. MORIN, « Pour un titre deuxième au Code du travail portant sur la relation individuelle de travail », (1974) 20 *McGill L.J.*, 414. Déjà en 1964, lors de l'adoption du *Code*, le ministre Fortin entrevoyait l'adjonction d'autres titres au titre unique qu'il contenait alors et auquel il se confine toujours : *Débats de l'Assemblée législative du Québec*, 1964, p. 4818.

5. *Loi sur les normes du travail*, L.Q. 1979, c. 45 ; *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, projet de loi no 17, trente et unième législature, quatrième session, 1979.

influence considérable, d'une façon immédiate, sur la qualité des solutions apportées concrètement aux différentes espèces et, en longue portée, sur l'évolution même du droit du travail dans son ensemble. Au surplus, quant à ces aspects juridictionnels eux-mêmes (2.), on a avantage à ne pas les envisager isolément. Ils sont, au contraire, en quelque sorte, le prolongement naturel du droit substantif, dont ils contribuent à réaliser l'objet.

1. Le droit substantif

Une révision formelle du droit du travail, nous tenterons de l'illustrer, serait susceptible d'influer sur la nature et la qualité des solutions découlant de l'application des règles que l'on regroupe actuellement, avec plus ou moins d'exactitude parfois, sous le vocable « droit du travail ». Devrait-on se contenter à cet égard d'une simple réunion, la plus concordante possible, des principales lois du travail, d'une « consolidation »? Devrait-on songer, au contraire, à une véritable codification du droit du travail, c'est-à-dire, à une codification de type « continental »⁶, de la nature de celle du Code civil du Québec? L'identité des solutions juridiques que l'on voudrait voir s'établir dans les rapports de travail, individuels aussi bien que collectifs, commanderait-elle d'en venir à consacrer un ordre juridique cohérent qui soit propre à ces rapports?

6. La codification « continentale », du moins au sens entier du terme, se traduit en l'élaboration d'un « véritable système de normes autonomes », lequel, notamment par l'esprit propre qui l'anime, conduit en jurisprudence et en doctrine, à l'élaboration de solutions juridiques qui lui sont conformes, pour ce qui est des situations non expressément prévues. Voir notamment G. COUTURIER, « La codification du droit du travail », rapport national français, dans les *Actes du neuvième Congrès de la Société internationale de droit du travail et de la sécurité sociale*, Munich, 1978. (Le rapport québécois a été présenté par C. d'Aoust et F. Morin. Les rapports ayant trait à ce thème ont été résumés par W. SZUBERT, « La Codification du droit du travail », (1978) *Recht der Arbeit* 319).

La codification, au sens du droit anglais, a une portée beaucoup plus restreinte. Elle ne se distingue de la simple consolidation ou réunion de lois qu'en ce qu'elle se substitue également en principe à la jurisprudence pertinente qui lui est antérieure. À cette différence près, la loi ainsi codifiée s'interprète selon les règles ordinaires, comme toute autre loi; partant, cette interprétation ne peut être aussi « créatrice » que celle à laquelle donne lieu un code de type continental. Voir notamment *Craies on Statutes*, 7^e éd., 1971, Londres, Sweet and Maxwell, aux pp. 59, 364 et 365; au même effet MAXWELL, *Interpretation of Statutes*, 12^e éd., 1969, Londres, Sweet and Maxwell, pp. 20 à 27. Sans une manifestation de volonté expresse de la part du législateur québécois, la notion continentale de codification ne saurait se réaliser dans un contexte d'interprétation des lois d'inspiration britannique. Sur la réception de la notion continentale de codification en droit québécois, voir notamment: J.-L. BAUDOUIN, « L'interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada », (1975) 53 *R. du B. can.*, 715, à la p. 735.

Certes, les différentes lois du travail poursuivent des objets propres, dans une certaine mesure. L'opération envisagée devrait en conséquence respecter leur spécificité, tout en cherchant à éliminer des discordances inutiles entre ces textes issus de diverses époques. Rien, à cet égard, n'interdira de différencier au besoin les parties d'une éventuelle codification. Il n'en demeure pas moins qu'en principe, des conflits de valeur résultant d'un ensemble juridique plus ou moins bien intégré risquent d'en affaiblir l'efficacité. C'est d'ailleurs ce qui se produit actuellement à certains égards en matière de « droit du travail », assemblage de règles tantôt propres, tantôt empruntées à d'autres ordres juridiques, souvent axées sur des valeurs différentes. Un Code du travail véritable, c'est-à-dire relativement autonome, atteindrait plus facilement ses fins. Envisagée en elle-même cette fois, la législation du travail doit faire montre de cohérence interne. Ces deux grands objectifs d'intégralité et de cohérence d'une codification du droit du travail permettraient du même coup d'atteindre une plus grande proximité de la loi et du citoyen, une certaine « déprofessionnalisation » du droit, particulièrement désirable dans ce domaine.

1.1. Intégralité

Il s'agit ici des rapports que doit entretenir le droit du travail avec le droit commun. La question se pose essentiellement en regard du droit civil, encore que des problèmes analogues, quoique beaucoup moins nombreux, peuvent aussi surgir par rapport aux régimes généraux de droit public et de droit pénal. À ce sujet, on pourrait être tenté de reconnaître une influence excessive au droit commun ; en revanche, on ne saurait lui nier toute fonction supplétive.

1.1.1. Influence excessive du droit commun

Un dilemme est inévitable : il faudra déterminer la prééminence générale, ou du droit commun, ou du droit spécialisé par rapport aux situations de travail ; la façon de le résoudre est lourde de conséquences ; ce qui précède devrait donc orienter le sens d'une codification possible du droit du travail.

1.1.1.1. Détermination nécessaire d'un droit prépondérant

En substance, le droit civil a-t-il vocation à régir primordialement le travail ? La législation du travail serait alors dérogatoire à ce substrat de droit commun. Ou encore, comme l'explique l'Office de révision du Code civil : « [...] Plutôt qu'un phénomène développé en marge du Code civil, toute

la législation du travail apparaît dès lors comme le prolongement des normes qu'il consacre »⁷. Certes, dans l'hypothèse d'une interprétation libérale, conforme à son objet — ce qui n'est pas toujours acquis — la loi du travail produira son effet dans la mesure où son auteur aura été suffisamment explicite. Le droit civil manifesterait toutefois son dynamisme propre relativement à toute situation de travail dont n'aurait pas disposé autrement le législateur. Même, plus généralement, l'influence de ses principes généraux, conformément à son esprit, celle également de ses techniques, pourra légitimement se faire sentir dans toute situation de travail.

On doit opter : l'agencement que l'on vient de décrire — le droit du travail, une excroissance du droit civil — ou, au contraire, la définition d'un domaine propre, celui du salariat, que l'on confierait entièrement en principe, à un droit spécialisé correspondant. La définition d'une telle zone primordialement soumise, en principe, à l'influence du droit du travail n'exclut pas, comme on le verra ultérieurement, l'application supplétive du droit commun. Toutefois, la perspective se trouve renversée par rapport à la première : s'exprimant lui-même dans une véritable codification, le droit du travail étend alors sans difficulté l'influence de ses principes directeurs, de son esprit et de ses techniques, non seulement aux situations expressément prévues, mais aussi à toutes celles que l'on peut raisonnablement inclure dans son champ d'application. Toutes ces situations, il les régit entièrement ; le droit commun n'intervient que dans la mesure où la codification du droit du travail le permet, ou encore, ce qui élargit l'exception, il joue un rôle proprement supplétif à défaut de portée expresse ou implicite du Code du travail.

Les philosophies du système civiliste et du droit du travail sont différentes, on l'a maintes fois décrit. Ce dernier, dans ses parties normatives, est essentiellement un droit protecteur du salarié. Il se rapproche alors en esprit et en objet de systèmes européens de droit du travail ; on pourrait dans cette mesure, sans trop d'écart, transposer en général certaines attitudes dominantes d'interprétation élaborées dans ces contextes, attitudes qui mettent en relief cette finalité d'une telle législation du travail⁸. Par ailleurs, dans la mesure où le droit du travail est axé sur la négociation collective —

7. Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, Éditeur officiel, Québec, 1977, Volume II, Commentaires, p. 753, au sujet du chapitre sur le contrat de travail, art. 669. Bien qu'il ne s'agisse pour l'instant que d'un projet de Code civil, il orientera vraisemblablement le cours futur du droit privé québécois ; d'où la nécessité de prendre position dès à présent quant à son contenu.

8. Voir notamment ; A. BRUN et H. GALLAND, *Droit du travail*, 2^e édition, Paris, Sirey, 1978, Titre III « Les caractères du droit du travail », tome I, pp. 129 et sq.

tel est le cas de l'actuel « *Code du travail* » — il repose, selon la tradition nord-américaine, sur la reconnaissance par le législateur de l'action collective en tant que mode d'établissement des régimes de travail, donc de la « paix du travail »⁹. Ceci se traduit essentiellement en ce monopole légal de la représentation de l'ensemble des salariés d'un groupe distinct qu'exerce le syndicat majoritaire aux fins de la négociation et de l'application de l'entente collective, pouvoir de représentation qui est indépendant, une fois établi, de la volonté individuelle des salariés¹⁰. Imposition alors également d'une obligation de négocier de bonne foi ; du contenu même d'une convention collective en certaines circonstances exceptionnelles ; affirmation, maintenant, d'une notion de grève « totale », qui fait offense au principe individualiste de liberté du travail...¹¹. En somme, ici également, affirmation d'un autre esprit distinct du droit du travail par rapport au droit civil¹².

Un droit spécialisé — et non le droit civil — semble donc doublement appelé à régir en principe le travail, sinon exclusivement, du moins primordialement. On devrait de la même façon s'interroger quant au rôle respectif du droit pénal et du droit du travail¹³, ou encore, quant à la pertinence dans un contexte de travail de certains principes fondamentaux de droit public¹⁴. D'une façon générale, le risque de confrontation paraît, *a priori*, moins généralisé dans ces derniers cas.

9. *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works Ltd.*, [1949] A.C. 134, à la p. 150.

10. *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec v. La Cie Paquet Ltée*, [1959] R.C.S. 206, en part. aux pp. 214 et 215.

11. *Code du travail*, L.R.Q., 1977, c. C-27, art. 97a et *sq.* (numérotation S.R.Q., 1964).

12. Esprit propre du droit du travail exprimé notamment par J.-R. CARDIN, « La philosophie du Code du travail », in : *La Politisation des relations du travail*, XXVIII^e Congrès des Relations industrielles de l'Université Laval, Québec, P.U.L., 1973, pp. 79 et *sq.*

13. D'une façon générale, il aurait lieu de constater l'inefficacité, souvent, de la sanction pénale dans un contexte de rapports collectifs : une forme appropriée de tierce intervention peut alors mieux assurer la cessation de la conduite dérogatoire. L'ordre public, franchement compromis, pourra néanmoins, en certaines circonstances, rendre nécessaire la prééminence de la solution pénale d'application générale. Voir à ce sujet *infra*, Partie 2, à la p. 926.

14. À titre illustratif, le principe fondamental du contradictoire, *audi alteram partem*, doit tenir compte dans son application de ce que la représentation des salariés est essentiellement l'affaire des salariés, à l'exclusion de l'employeur (*Code du travail*, *supra*, note 11, art. 32 et 129). Cette règle doit par ailleurs se concilier, pour ce qui est cette fois des rapports entre les salariés et le syndicat accrédité qui les représente, avec l'étendue du pouvoir de représentation conféré à ce dernier. Voir *Hoogendoorn v. Greening Metal Products and Screening Equipment*, local 62-66, [1968] R.C.S. 30. Le *Code du travail* reconnaît maintenant un droit d'intervention général du salarié dans l'arbitrage des griefs (art. 88e — numérotation S.R.Q., 1964), ce qui pourrait être difficile à concilier avec le principe de l'accès initial exclusif de syndicat qui le représente, qu'affirme l'art. 100 (anc. art. 88).

1.1.1.2. Conséquences de l'option

L'option précédente en faveur d'un droit spécialisé n'est pas que théorique, puisque les procédés mêmes du droit civil et du droit du travail divergent souvent. Les deux illustrations suivantes soulèvent des aspects fondamentaux. Elles ont trait, l'une au régime normatif et minimal de travail, d'application plus générale, l'autre à celui issu d'un contexte de rapports collectifs.

Première illustration : le fondement du droit du salarié à son travail ainsi qu'aux autres prestations de l'employeur qui s'y rattachent. Pour le droit civil, il repose sur la réalisation, puis le maintien d'un accord de volonté entre l'employeur et l'employé. Conséquence de cette conception purement contractuelle : il sera toujours loisible au premier, s'agissant du cas le plus fréquent, à savoir un engagement à durée indéterminée, de mettre fin à l'emploi du dernier en rompant le concours initial de volonté. Il suffira alors d'un préavis suffisant, sans que l'on ait à démontrer l'existence d'une juste cause de licenciement¹⁵. Certes, il y a place à l'effet possible d'un décret ou d'une convention collective : ceci n'écarte aucunement celui de cette prise de position consensuelle en l'absence d'une telle « disposition contraire dans un décret ou une convention collective ». Le droit du travail, protecteur de l'emploi, conçoit pour sa part différemment le droit au travail. Une fois le lien d'emploi établi d'une façon permanente — techniquement, l'étendue de la période probatoire reconnue par la loi peut varier, encore que l'évolution générale tend à l'abrégier¹⁶ — il se maintiendra même à l'encontre de la volonté de l'employeur. Ce dernier ne saurait en effet prétendre, dans ces circonstances, invoquer un préavis suffisant pour mettre fin à l'emploi. Seule l'existence d'une juste cause de congédiement sera libératoire. À une notion contractuelle de l'emploi se substitue un certain droit à l'emploi, basé sur l'ancienneté dans l'entreprise. Au surplus, cette fois dans une perspective d'ordre public, se multiplient, surtout en droit du travail, les « situations protégées », c'est-à-dire dont on ne saurait exciper pour établir une cause juste et suffisante de congédiement : exercice d'un droit résultant du *Code du travail* y compris celui du droit d'association ou du droit de grève, ou encore,

15. Le *Rapport sur le Code civil du Québec*, *supra*, note 7, est fidèle à cette conception consensualiste de l'emploi : art. 674 et 675.

16. En l'absence de convention collective, la *Loi sur les normes du travail*, *supra*, note 5, établit à « cinq ans de service continu chez un même employeur » la période permettant d'exiger l'existence d'une cause juste et suffisante de congédiement (art. 124). Le *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, c. L-1, art. 61.5, la fixe, en l'absence de convention collective, à « douze mois consécutifs d'emploi continu au service d'un employeur ». Les conventions collectives, généralement, s'expriment en termes de quelques mois, au-delà desquels on exigera l'existence d'une juste cause de congédiement.

exercice d'un droit résultant de la loi établissant des conditions minimales de travail, maternité, etc.¹⁷.

La rétention de la formule traditionnelle du contrat individuel de travail à durée indéterminée est ainsi en désaccord avec le courant du droit du travail; on pourrait aussi constater le caractère inapproprié, voire injuste, qui découle de la formule du contrat individuel à durée déterminée. Correctement, dans une optique civiliste, la durée de l'engagement ne saurait dépasser celle du terme convenu¹⁸. Toutefois, ce raisonnement risque de masquer la réalité dans certaines circonstances. En effet il peut parfois arriver que des contrats successifs à durée déterminée forment, en réalité, un ensemble à durée indéterminée pour l'employé. On devrait alors disposer de la situation en conséquence, c'est-à-dire exiger, la période probatoire écoulée, l'existence d'une juste cause de licenciement pour mettre fin au lien d'emploi, que la reconduction du contrat ait été expresse ou tacite¹⁹.

Au fond, en matière de licenciement, le droit du travail pourrait utilement se passer de toute la mécanique conceptuelle associée au contrat individuel de travail, pour s'en remettre uniquement à la durée de l'exécution d'un travail subordonné pour autrui. Le licenciement serait subordonné, à l'intérieur d'une période initiale ou probatoire définie par la convention collective, ou, à défaut, par la loi, à l'exigence d'un préavis suffisant, sauf cause suffisante de renvoi et sous réserve de la possibilité de ne retenir

17. *Code du travail*, *supra*, note 11, art. 15 ss.; *Loi sur les normes du travail*, *supra*, n. 5, art. 122; *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, *supra*, note 5, art. 227; *Code canadien du travail*, *supra*, note 16, art. 59.4 (grossesse); 61.3 (saisie-arrêt), 69 et 71, 97(1)d) (sécurité). Le *Rapport sur le Code civil du Québec*, *supra*, note 7, au chapitre du contrat de travail, prévoit seulement le congé de maternité (art. 672).

18. *Rapport sur le Code civil du Québec*, art. 673, *a contrario*.

19. La jurisprudence française accepte ainsi de voir dans une succession de contrats à durée déterminée un ensemble indéterminé, dans certaines circonstances. Voir A. BRUN et H. GALLAND, *supra*, note 8, pp. 800 à 803. Au Québec, la Cour d'appel, à la différence du Tribunal du travail, a refusé d'adopter une telle attitude s'agissant de l'application des art. 15 ss. du *Code du travail*, *supra*, note 11, dans : *Procureur-général de la province de Québec v. Tribunal du Travail*, [1978] C.A. 103. Voir aussi : *Cassane v. Grolier Limitée*, C.A. Mont., 09-000230-763, 11 octobre 1979, *Express* no 79-945, conf. [1976] C.S. 564. On peut par ailleurs déplorer le fait que la *Loi sur les normes du travail*, *supra*, note 15, ait exclu absolument toute possibilité d'exiger un préavis à l'intérieur d'une période « probatoire » relativement longue, dès lors qu'un salarié se trouve régi par un contrat à durée déterminée (art. 82).

Enfin, observons que le *Rapport sur le Code civil du Québec*, *supra*, note 7, art. 673, rompt même avec la jurisprudence civiliste actuelle (*Stewart v. Hanover Fire Insurance Co.*, [1936] R.C.S. 177) en écartant l'obligation d'un préavis pour mettre fin à un contrat de travail tacitement reconduit.

initialement les services du salarié que pour une durée déterminée, situation plutôt exceptionnelle. Une fois la période probatoire écoulée, seule une cause juste et suffisante de licenciement pourrait autoriser ce dernier.

En corollaire, on peut observer que le droit du travail se soucie d'assurer le maintien du lien d'emploi nonobstant les vicissitudes de l'entreprise à laquelle se rattache le salarié; contrairement au droit civil traditionnel, un nouvel employeur sera subrogé automatiquement dans les droits et obligations de l'employeur précédent en ce qui a trait à l'application, le cas échéant, de l'accréditation ou de la convention collective²⁰; il n'y aura point, non plus, de rupture dans la « continuité de l'application des normes du travail »²¹. Également, le droit du travail a recours à la théorie de la suspension de l'exécution des prestations se rattachant au statut de salarié, donc au maintien de l'existence de ce dernier, en diverses circonstances: grève ou lock-out²²; congé de maternité²³, ou encore, lors d'une mise à pied selon une convention collective²⁴.

Seconde illustration: cette faveur naturelle du droit civil envers le contrat individuel, lequel, selon lui, conditionne en définitive l'application de tout régime de travail, le porte à méconnaître la nature véritable de la convention collective. Le projet de Code civil de l'Office de révision voudrait, quant au contenu, assurer la primauté du contrat individuel de travail sur la convention collective, à moins que cette dernière ne soit plus

20. *Code du travail*, *supra*, note 11, art. 45. La généralité des termes utilisés dans la disposition a permis à la jurisprudence de fixer graduellement sa portée, par exemple d'assurer la permanence du régime collectif dans l'entreprise lorsque la franchise qui s'y rattache passe d'un concessionnaire à un autre. Ainsi: *Dauphin de l'automobile v. Syndicat des employés de garages de Charlevoix-Est*, [1978] T.T. 338. Il s'agit d'un texte dont le laconisme rappelle quelque peu celui de l'article L. 122-12 du Code du travail français: « S'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise. »

21. *La Loi sur les normes du travail*, *supra*, note 5, art. 96 et 97. Le *Rapport sur le Code civil du Québec*, *supra*, note 7, pourvoit également au maintien du contrat individuel de travail, contrairement au droit civil actuel, advenant l'aliénation ou la concession de l'entreprise: art. 678.

22. *Code du travail*, *supra*, note 11, art. 110. Sur les origines de la disposition: *Commercial Photo Service Inc. v. Lafrance*, [1978] T.T. 8. Le Code français du travail pour sa part énonce: « La grève ne rompt pas le contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié » (art. L-521-1).

23. *Ordonnance générale no 17 concernant les congés de maternité*, A.C. 3500-78, 2 novembre 1978, (1978) 110 G.O.Q. II. 6391 art. 19. Voir aussi l'art. 122 de la *Loi sur les normes du travail*, *supra*, note 5.

24. *Air Care v. United Steel Workers of America*, [1976] 1 R.C.S. 2.

favorable à l'employeur²⁵. Cette position, reflet d'une liberté individuelle de contracter, contredit la pratique nord-américaine de la convention collective, régime catégoriel de travail d'une unité de négociation. En fait, on conçoit généralement les conditions de travail de la convention, non point comme un substrat, mais bien comme le seul régime de travail des salariés liés. Sur le plan juridique, l'attitude civiliste est en désaccord avec l'octroi du monopole de la représentation de tous les salariés d'un groupe conféré à l'association accréditée. Sauf volonté contraire de cette dernière, il lui revient en exclusivité de négocier les conditions de travail de tous les salariés qu'elle représente. D'ailleurs, le *Code du travail* n'énonce-t-il pas péremptoirement : « La convention collective lie tous les salariés actuels ou futurs visés par l'accréditation »²⁶? Laisser cours, sans la participation de l'association accréditée, aux ententes individuelles plus favorables que la convention risquerait d'affaiblir considérablement la portée de celle-ci ; elle serait vite ravalée au rang de régime minimal de travail dans l'entreprise. Comme l'ont affirmé des juges de la Cour suprême, en présence du syndicat accrédité et d'une convention collective, il n'y a plus de place pour la négociation individuelle²⁷ !

Pour ce qui est de l'application de la convention collective, son caractère obligatoirement successif, pour une durée déterminée, joint à l'interdiction concomitante, en principe, de recourir à la grève, rend inapplicable l'*exceptio non adimpleti contractus* qui jouerait autrement en droit civil : la partie lésée par la non-exécution de l'autre peut avoir recours à l'arbitrage ; elle n'est pas dispensée de l'exécution de ses propres prestations²⁸. L'arbitrage lui-même conduit à apprécier de façon circonstanciée et pragmatique le grief ; le résultat est parfois différent de celui qui découlerait de l'application stricte du principe civiliste. À titre d'exemple parmi bien d'autres, comment disposer, parfois après plusieurs années, d'un congédiement motivé par de fausses déclarations lors de l'embauchage ? Faudrait-il conclure, dans une perspective civiliste, à une absence de juridiction de l'arbitre, au motif qu'il

25. *Rapport sur le Code civil du Québec*, *supra*, note 7, art. 669. On explique à ce sujet (Volume II, tome 2, p. 753) : « Ainsi le Projet reconnaît que parfois le contenu du contrat puisse être déterminé par les clauses d'une convention collective, dont les dispositions bénéficient de façon plus avantageuse à l'employé. »

26. *Code du travail*, *supra*, note 11, art. 67.

27. *Syndicat catholique des employés de magasins du Québec v. La Cie Paquet Ltée*, [1959] R.C.S. 206, à la p. 214, position réitérée par le juge en chef Laskin, majoritaire dans : *McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough*, [1976] 1 R.C.S. 718. Voir notamment : P. VERGE, « Le problème des ententes individuelles plus favorables que la convention collective », (1967) 22 *Rel. ind.*, 281.

28. *McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough*, *supra*, note 27. Compar. la position majoritaire aux notes de M. le juge de Grandpré, dissident.

n'y aurait pas matière à grief, un vice de consentement ayant *ab initio* empêché la formation du contrat individuel nécessaire à l'application de la convention? Ne vaut-il pas mieux, selon l'ensemble de la jurisprudence arbitrale, notamment celle des États-Unis, décider du bien-fondé du congédiement factuellement, c'est-à-dire, de manière à tenir compte d'éléments tels la gravité du fait dissimulé, sa pertinence par rapport au travail dont il s'agit, le temps écoulé depuis l'omission, la qualité du dossier du salarié, les représentations faites à ce dernier au moment de l'embauchage...²⁹?

1.1.1.3. Portée d'une codification éventuelle

Ce qu'il conviendrait en conséquence de poser pour assurer l'efficacité du droit du travail, c'est la nécessité d'une certaine dose d'autarcie, à définir méthodiquement. Un même ensemble de textes, moyennant des divisions appropriées, régirait l'ensemble du travail salarié, dans un contexte de rapports collectifs ou non. Le premier geste devrait consister à supprimer dans le projet de Code civil de l'Office le chapitre VI intitulé : « Du contrat de travail ». De telles dispositions sont inutiles lorsqu'il y a convention collective ; dans la négative, un régime normatif exhaustif disposerait du travail de la très grande majorité des salariés non régis par des conventions collectives. Enfin, quant à la minorité de salariés pour qui l'établissement d'un régime individuel de travail est significatif, l'éventuel Code du travail devrait incorporer les textes destinés à encadrer juridiquement l'établissement de ces contrats individuels plus favorables que le régime statutaire d'ordre public³⁰.

Le Code du travail envisagé devrait contenir ses propres définitions, notamment celle de « salarié » déterminant son champ d'application³¹, de même que certains canons d'interprétation propres.

29. La Cour d'Appel a préféré la première solution dans : *Ville de Montréal-Est v. Gagnon*, [1978] C.A. 100. Pour ce qui est d'une illustration de la seconde, outre la décision de l'arbitre dans l'affaire précitée, voir en droit américain : *Commonwealth of Pennsylvania and American Federation of State, County and Municipal Employees District Council 85*, 76-Arb parag. 8186 ; *Reichold Chemicals Inc. and United Steelworkers of America*, local 13314, 76-2 Arb parag. 8380.

30. Par exemple, les articles 681 à 683 du *Rapport sur le Code civil du Québec*, *supra*, note 7, traitant des clauses de non-concurrence.

31. *Code du travail*, *supra*, note 11, art. 1, 1. La rétention du statut de salarié, au lieu de l'existence d'un contrat individuel de travail, en tant que facteur d'application de la loi du travail nécessiterait par ailleurs dans celle-ci l'explication des différentes obligations découlant implicitement du contrat de travail, tant à la charge de l'employeur (par exemple, celle de fournir le travail convenu, ou encore, l'obligation d'assurer la sécurité du salarié), qu'à celle du salarié (par exemple, obligation de correction et de discrétion).

Certaines règles d'interprétation contractuelles de droit civil seraient substantiellement transposables en droit du travail, par exemple celle voulant que les « clauses d'un contrat s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier »³². On songe aussi à cette règle qui étend les effets d'un contrat à « toutes les conséquences qui en découlent, d'après sa nature et suivant l'équité, l'usage ou la loi »³³. D'autres règles, au contraire, seraient, aux fins du droit du travail, d'un contenu plus discutable. Ainsi, pourrait-il en être de l'énoncé voulant que, dans le doute, on interprète le contrat « contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation »³⁴. Elle trouve un certain prolongement, il est vrai, dans l'ensemble de la jurisprudence arbitrale canadienne, québécoise en particulier, qui se rallie à la théorie dite « des droits résiduels de la direction » : l'employeur conserve ses prérogatives telles qu'elles existaient avant la venue du syndicat accrédité dans l'entreprise, sauf dans la mesure où il aura consenti à les restreindre dans la convention collective. On pourrait éventuellement s'interroger sur le bien-fondé de cette règle. Représente-t-elle véritablement une position de départ équitable après l'introduction du régime de rapports collectifs dans l'entreprise ?³⁵ Dans la mesure où l'élaboration de règles d'interprétation propres au droit du travail devrait ainsi conduire à une remise en cause d'aspects majeurs du système actuel des rapports du travail — en l'occurrence, le droit d'action unilatéral de l'employeur relativement à des sujets non prévus dans la convention collective — l'entreprise de codification atteindrait le fond du droit et aurait une portée plus que formelle. Il y aurait lieu alors à la réalisation préalable d'un consensus entre les agents sociaux, ainsi que nous l'avons vu³⁶.

L'élaboration de telles dispositions, de portée générale, propres à un droit du travail véritablement codifié, faciliterait l'application des différentes règles qui le composeraient. Elles serviraient de fondement à son explicitation jurisprudentielle et doctrinale, de la même manière que les principes

32. *Code civil*, art. 1018.

33. *Idem*, art. 1024. À titre comparatif, quant à certaines attitudes possibles relativement à la survie et à la portée des pratiques en matière de travail, voir ; F. SCHMIDT, *Law and Industrial Relations in Sweden*, Stockholm, Almqvist and Wiksell, International, 1977, pp. 132 ss. (interprétation d'accords collectifs par Tribunal suédois du travail).

34. *Ibid.*, art. 1019.

35. Voir l'attitude de l'arbitre B. LASKIN dans : *United Electrical, Radio and Machine Workers of America, local 527 in re Peterboro Lock Mfg. Co. Ltd.*, (1953) 4 *Lab. Arb. Cas.* 1499, à la p. 1502, attitude qui n'a pas su rallier l'ensemble de la jurisprudence canadienne par la suite.

36. Une entreprise de révision du *Code du travail* actuel serait illusoire, cette fois, sans un concours syndical, s'agissant d'y réglementer plus méthodiquement la vie interne des syndicats, comme en droit fédéral américain, ou encore la pratique des piquets de grève, comme en Colombie-Britannique.

généraux du droit civil sont eux-mêmes générateurs de solutions appropriées par rapport à ce droit ³⁷.

Techniquement, le législateur québécois, dans la mesure où il serait désireux de reconnaître les traits et l'esprit distinctifs du droit du travail par rapport au droit commun, devrait le faire manifestement. Certes, on doit interpréter une loi de façon libérale, de manière qu'elle atteigne pleinement son objet. Toutefois, le *Code civil*, véhicule du droit privé, est assimilable pour autant au droit commun ; il a, de ce fait, une influence qui dépasse celle d'une loi ordinaire ; de surcroît, il y a lieu de tenir compte du rayonnement inhérent à la méthodologie civiliste, qui lui permet de régir aisément les situations non directement visées par les autres lois ³⁸. Un droit du travail codifié ne saurait donc régir en exclusivité les situations auxquelles il s'adresse à moins que sa rédaction ne traduise une intention nette de son auteur en ce sens. Il s'agit, en effet, d'en arriver à définir le plus clairement possible le rôle respectif des divers types de droit relativement au travail subordonné.

1.1.2. Fonction supplétive du droit commun

Malgré un tel « particularisme » — ce qui précède ne fait que l'illustrer — le droit du travail ne pourra jamais prétendre à une autonomie complète. Son application continuera d'exiger le recours, à titre supplétif, au droit commun, qu'il s'agisse du droit civil ou du droit public, selon les cas. Cela est nécessaire pour éviter une fragmentation excessive de l'ordre juridique. Il peut même s'agir d'assurer l'efficacité de la règle propre au droit du travail elle-même. Enfin, l'ordre public peut être en cause.

Les deux premiers aspects établissent surtout ce que pourrait être le rôle supplétif du droit civil. On voit mal pourquoi se priver dans l'application du droit du travail des dispositions du droit civil réglementant la personnalité juridique, du régime des sûretés — en matière de protection du salaire —, du mécanisme de la prescription, de la plupart des aspects du régime général des obligations, notamment leurs modalités ³⁹. Plus particu-

37. La codification devrait être également soucieuse d'exhaustivité. Ainsi, à l'instar du *Code du travail français*, n'y aurait-il pas lieu de se préoccuper du licenciement du salarié par une filiale étrangère (L-122), du travail temporaire (L-124) ou à domicile (L-721)... ?

38. Voir notamment : J.-L. BAUDOUIN, *supra*, note 6 ; L. BAUDOUIN, « Méthodes d'interprétation du Code civil du Québec », (1950) 10 *R. du B.*, 397.

39. Exemple : la réparation du préjudice moral, à l'occasion d'un congédiement vexatoire. Voir à ce sujet *Chartrand v. Résidence Parc central du Canada*, C.S. Mont., 05-004-438-782, 5 juillet 1979, *Express* no 79-797. Et quant aux modalités des obligations, le recours à la condition suspensive, relativement à une convention collective : *Steinberg's Limitée v. Comité paritaire de l'alimentation, région de Montréal*, [1968] R.C.S. 971.

lièrement, s'agissant d'une situation nécessitant l'établissement de la responsabilité délictuelle à l'occasion d'une grève illégale, la règle de droit actuelle semble incontestable ; le débat, s'il y avait lieu, se ramènerait plutôt à l'appréciation concrète de la situation selon cette norme⁴⁰.

Si le droit civil est ainsi appelé nécessairement à jouer un certain rôle supplétif dans des contextes de travail, un droit du travail codifié s'insérerait nécessairement par ailleurs dans tout l'arrière-plan du droit public qui, notamment, régit l'ordre constitutionnel, ou encore, qui préside au fonctionnement des instances administratives ou judiciaires nécessaires au fonctionnement de tout système juridique. Enfin, certains contextes du travail peuvent revêtir une dimension criminelle — par exemple, un méfait à l'occasion d'une grève : le droit criminel intervient alors ; même, l'application d'un régime pénal dont est assorti la loi du travail appelle le recours, toujours de façon supplétive, aux grandes techniques du droit pénal⁴¹.

Malgré ces réserves importantes quant au rôle supplétif du droit commun, une véritable codification du droit du travail permettrait à ce dernier, de se dégager d'une emprise parfois excessive de celui-ci : il revient au droit spécialisé de régir primordialement l'ensemble du travail salarié.

1.2. Cohérence

Non seulement le droit du travail doit-il former un tout intégré dans l'ensemble juridique ; il doit aussi, de façon interne cette fois, faire montre de la plus grande cohérence possible. Point n'est besoin d'insister sur l'opportunité d'un tel objectif d'une véritable révision du droit du travail ; il suffira, pour illustrer le profit éventuel de l'opération à cet égard, de présenter les quelques illustrations suivantes de la discordance entre les lois du travail actuelles.

40. Exemple : *Société canadienne de métaux Reynolds Ltée v. Confédération des syndicats nationaux*, C.S. Montréal, n° 5811, 6 février 1979.

41. À titre d'illustration et à propos de la nécessité ou non d'établir la *mens rea* relativement à l'infraction d'avoir participé à une grève illégale, voir : *Strasser v. Roberge*, Cour suprême du Canada, 2 octobre 1979. Autres exemples, le recours à la notion d'« offense incluse » : *Association professionnelle des technologistes médicaux du Québec v. Centre hospitalier d'Asbestos*, C.A. Mont., 10-000244-77, 29 janvier 1979 (conf. C.S., rapporté à [1978] R.P. 431) ; la détermination de l'intensité de la preuve de la poursuite : *D'Amours v. Les produits Metal Diamond Ltée*, [1978] T.T. 412.

1.2.1. La définition du « salarié », facteur de rattachement aux principales lois du travail

Bien sûr, il serait possible de s'attaquer à une question de fond, à savoir la disparité de traitement des cadres, selon les lois dont il s'agit. Est-il toujours politiquement désirable de continuer d'exclure ceux-ci du bénéfice de la loi favorisant l'exercice du droit d'association et de la négociation collective, le *Code du travail*, de s'en tenir toujours au syndicalisme « de classe » de l'après-guerre ? Une prise de position à ce sujet, visant à aligner la définition de « salarié » de ce Code sur celle d'une loi, dont les objectifs peuvent être différents, la *Loi sur les normes du travail*, par exemple, supposerait une modification des règles du jeu actuelles, partant, normalement, la réalisation préalable d'un minimum de consensus chez les « partenaires » sociaux. Aussi n'est-ce pas à une telle uniformisation que nous aspirons nécessairement ici. Au minimum, il y aurait lieu de suggérer la suppression de disparités formelles, à savoir la rétention, dans certaines lois, d'une conception « contractuelle » du salarié, au lieu d'une notion uniquement statutaire, comme dans le *Code du travail*⁴² ou encore, comme dans la récente *Loi sur les normes du travail*⁴³. Il est, en effet, pour le moins surprenant de voir le projet de loi n° 17, *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, définir le « travailleur » en se référant au « contrat de louage de services personnels »⁴⁴. L'utilisation d'une technique différente peut engendrer des résultats divergents : on peut être salarié selon le *Code du travail* du seul fait de l'exécution d'un travail subordonné ; il faudrait, au contraire, qu'un véritable contrat de travail intervienne, expressément ou tacitement, pour que l'on puisse prétendre aux avantages d'une loi qui postule l'existence d'une telle entente, d'où certaines difficultés dans des situations de nullité du contrat⁴⁵. Postuler l'existence de ce dernier pourrait

42. *Code du travail*, *supra*, note 11, art. 1, 1). Cette notion de salarié a déjà permis notamment d'appliquer la loi du travail à des personnes exerçant des professions libérales dans l'entreprise (exemple : *Association des avocats du contentieux de la Ville de Montréal v. Ville de Montréal*, [1970] T.T. 257).

On pourrait s'interroger sur la portée éventuelle à cet égard de la distinction nette que propose l'Office de révision dans son *Rapport sur le Code civil du Québec*, *supra*, note 7, entre le « contrat de travail » d'une part et le « contrat de services », d'autre part (art. 698 ss). En effet, ces personnes, tout en conservant « le choix des moyens d'exécution » de leur art se trouvaient assujetties à un certain cadre de travail, lequel témoignait de leur statut de « salariés ».

43. *Loi sur les normes du travail*, *supra*, note 5, art. 1, 10°.

44. Projet de loi n° 17, *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, *supra*, note 5, art. 1.

45. Il y aurait toutefois à tenir compte de l'art. 8 du Livre cinquième du *Rapport sur le Code civil du Québec*, *supra*, note 7 qui stipule : « ... la partie contractante qui poursuit un but illicite ou immoral inconnu de son cocontractant ne peut lui opposer la nullité qui en découle ».

aussi permettre de tenter de contourner certaines interdictions de congédiement au moyen d'un préavis terminatif⁴⁶. Enfin, la rétention du contrat individuel de travail est susceptible, dans certains cas, de donner naissance à des conflits juridictionnels. Si, en effet, le contenu de la convention collective s'incorporait dans un véritable contrat individuel, ne pourrait-on pas, se fondant sur ce dernier, prétendre saisir une juridiction ordinaire de ce qui serait, au fond, un grief, domaine qui ressortit pourtant au tribunal d'arbitrage⁴⁷? Par ailleurs, est-il toujours nécessaire de définir le salarié à partir d'une énumération, comme dans la *Loi des décrets de convention collective*⁴⁸? En somme, pourquoi ne pas envisager, pour ce qui est de l'application d'un éventuel véritable Code du travail, qui intégrerait les principales lois actuelles, une définition unique de « salarié », quitte à insérer comme le fait notamment le *Code canadien du travail*, les précisions voulues, au besoin, quant à son utilisation par rapport à tel ou tel de ses titres ou chapitres⁴⁹?

1.2.2. La multiplication des interdictions de congédiement

On les prévoit lorsque l'on a posé le geste en raison de l'« activité syndicale »⁵⁰; à cause de l'exercice par un salarié d'un droit résultant de la *Loi sur les normes du travail* ou d'un de ses règlements⁵¹; parce qu'une saisie-arrêt a été pratiquée à l'égard du salarié⁵²; pour la raison qu'une salariée est enceinte⁵³; parce que le salarié ne connaît pas suffisamment une langue autre que le français⁵⁴; parce qu'une personne est assignée ou agit comme juré⁵⁵; parce qu'un travailleur exerce un droit lui résultant de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*⁵⁶.

46. Voir les notes de M. le juge Gagnon dans *United Last Company Ltd. v. Tribunal du travail*, [1973] R.D.T. 423 (C.A.), aux pp. 432 ss..

47. Exemple de difficultés de cette nature: *Canadian Car and Foundry Co. Ltd. v. Dinham*, [1960] R.C.S. 3.

48. *Loi des décrets de convention collective*, L.R.Q., 1977, c. D-2, art. 1, j).

49. Voir par exemple dans le *Code canadien du travail*, *supra*, note 16, Partie III, art. 27: « employés soustraits à l'application de la Division I ». Également, la *Loi sur les normes du travail*, *supra*, note 5, soustrait les cadres de l'application de certaines de ses dispositions, par exemple, celle prescrivant la durée de la semaine normale (art. 54), ou encore, celle énonçant le droit au préavis de licenciement (art. 82).

50. *Code du travail*, *supra*, note 11, art. 15 ss..

51. *Ibid.*

52. *Ibid.*; à noter à ce sujet le manque de concordance quant au remède dans ce cas avec l'article 650 du *Code de procédure civile*, lequel, à la différence de la *Loi sur les normes du travail*, ne donne ouverture qu'à des dommages-intérêts, non à la réintégration du salarié.

53. *Ibid.*

54. *Charte de la langue française*, L.R.Q., 1977, c. C-11, art. 45.

55. *Loi modifiant la Loi des tribunaux judiciaires et la Loi sur les jurés*, L.Q. 1977, c. 17, art. 11.

56. *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, *supra*, note 5, art. 227 et sq.

Ne pourrait-on pas en venir à un régime unifié du licenciement ?⁵⁷ Il poserait comme règle générale la nécessité d'une cause juste et suffisante de congédiement, la période probatoire franchie⁵⁸. Il interdirait par ailleurs ce geste dans un certain nombre de « situations protégées » ; il comporterait finalement un remède approprié, soit la réintégration et l'indemnisation, dans le cas d'un congédiement illégal. Une même juridiction spécialisée veillerait uniformément à l'application de ce train de mesures⁵⁹. Seule la spécificité véritable d'un objectif particulier, par exemple, la répression de la discrimination sous diverses formes dans la société, au sens de la *Charte des droits et libertés de la personne*, pourrait justifier le maintien d'un régime de protection distinct. La dimension sociale de l'emploi justifie en soi l'affirmation du droit qui y correspond.

1.2.3. La protection de la maternité

La sollicitude relativement récente du législateur envers la salariée enceinte a conduit à une profusion soudaine de mesures protectrices, en vigueur ou à l'état de projet. La récente *Loi sur les normes du travail*, on l'a vu, interdit de congédier une salariée pour la raison qu'elle est enceinte ; elle permet par ailleurs au gouvernement de fixer, par règlement, des normes portant sur « le droit à un congé de maternité et, le cas échéant, l'indemnité afférente à ce congé... » et de façon générale, les droits et avantages accordés à une salariée enceinte lorsqu'elle est au travail ou réputée l'être⁶⁰. Pour l'instant, continue d'avoir effet l'*Ordonnance générale n° 17* portant sur les congés de maternité adoptée selon l'ancienne *Loi du salaire minimum*⁶¹. Elle détermine les conditions d'admissibilité au congé, le préavis à donner, la durée du congé, le droit de la salariée à son poste régulier au retour, en principe. À son tour, le projet de loi n° 17, *Loi sur la santé et la sécurité du*

57. Voir en ce sens : F. MORIN, « Un Code du travail, carcan ou moyen de libération ? », in : *La réforme des lois du travail*, Neuvième colloque, École des relations industrielles, U. de M., Montréal, 1979, p. 32 ss., en part., p. 36.

58. À l'intérieur de celle-ci, dont il déterminerait la durée, le congédiement serait subordonné au préavis, sauf cause suffisante de rupture du lien de salariat. Voir la Recommandation n° 119 de l'O.I.T. (*Recommandation concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur*, 1963). L'art. 2 dispose, en principe : « Aucun licenciement ne devrait intervenir sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service. »

59. Voir *infra*, à la page 928.

60. *Loi sur les normes du travail*, *supra*, note 5, art. 89 et 122.

61. *Idem.*, art. 151 et *supra*, note 23.

travail, voudrait consacrer, dans certaines situations de dangers physiques pour la salariée elle-même ou pour l'enfant à naître, le retrait préventif de la travailleuse enceinte, avec la conservation des droits et privilèges se rattachant à son poste régulier, dispositions qui devront s'agencer avec ce passage de la *Loi sur les normes du travail* imposant à l'employeur de déplacer une salariée enceinte dans de telles situations, à la demande de cette dernière⁶². Enfin, le projet de Code civil de l'Office de révision établirait un congé sans solde dans un cas de grossesse et d'accouchement, congé dont la durée serait inférieure à celle déjà pratiquée en vertu de l'Ordonnance précitée, laquelle par conséquent continuerait de prévaloir, selon l'économie générale du chapitre portant sur le contrat de travail du Rapport de l'Office de révision du Code civil⁶³. Que toutes ces dispositions soient concordantes — ce qui n'est pas acquis — la question demeure : la multiplicité des textes n'est-elle pas elle-même une source de confusion pour le citoyen ?

Recherche, donc, par un processus de codification des grandes lois actuelles du travail, de simplification, de cohérence interne, d'accessibilité de surcroît. Un tel régime unifié devrait régir le plus universellement, à l'intérieur de la compétence législative du Québec, le travail subordonné. Il serait sans doute indiqué de chercher à étendre l'application des données générales de ce Code du travail à des secteurs qui pourraient par ailleurs continuer de justifier l'existence de dispositions particulières, complémentaires ou dérogoires : la fonction publique, certainement, la construction, vraisemblablement. L'entreprise de codification devrait étudier vigoureusement la justification de tels régimes d'exception par rapport au droit du travail général.

Cette codification se révélerait-elle par la suite un facteur de rigidité indue pour ce qui est de l'application du droit du travail à des circonstances changeantes, ou encore, quant à l'évolution de ce secteur juridique lui-même ? Il s'agit là, sans doute, du seul véritable danger de l'entreprise. Dans la mesure cependant où l'on aura su départager le particulier du général, pour ne retenir en principe que les règles d'une certaine envergure, une réglementation complémentaire facilitera leur adaptation ultérieure à ces contextes changeants. De plus, il ne faut pas perdre de vue l'importance de l'apport conventionnel, essentiellement collectif, en tant que source continue et flexible de droit du travail.

En résumé, les observations précédentes voulaient démontrer :

- qu'un travail d'intégration véritable des lois actuelles du travail, qu'un objectif, partant, de codification du droit québécois du travail, serait concevable, voire indiqué, même en l'absence de tout changement

62. *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, *supra*, note 5, art. 40 ss. ; art. 122.

63. *Rapport sur le Code civil du Québec*, *supra*, note 7, art. 672 et 669, respectivement.

d'importance par rapport aux politiques législatives qui le sous-tendent présentement ;

- qu'à plus forte raison, un tel objectif s'imposerait si l'on jugeait opportun de remettre en cause, en totalité ou en partie, les valeurs et les objectifs de la législation actuelle, auquel cas l'entreprise de codification devrait être nécessairement le résultat de la consultation poussée des milieux directement intéressés ;
- que la codification du droit du travail, pour respecter non seulement le style législatif propre au milieu québécois, mais surtout de manière à affirmer dans la mesure nécessaire, l'autonomie du droit du travail par rapport au droit commun devrait s'exprimer en un style dit « continental », à la manière de la codification du droit civil.

Enfin, une telle codification du droit substantif ne saurait se faire isolément des aspects procéduraux et juridictionnels.

2. Les aspects juridictionnels

Assez naturellement, une codification éventuelle du droit du travail déboucherait donc sur la recherche des juridictions les plus aptes à l'appliquer⁶⁴. S'agirait-il alors de tenter de déterminer lequel du magistrat d'un tribunal spécialisé ou, au contraire, des tribunaux ordinaires, est le plus apte à « juger d'un litige du travail » ? Il arrive, à l'occasion, par rapport à un problème particulier du travail qu'une instance ordinaire paraisse avoir disposé plus adéquatement d'un tel litige qu'une des actuelles juridictions spécialisées du travail⁶⁵. L'inverse peut s'illustrer également...⁶⁶ Plus généra-

64. La problématique n'est pas nouvelle. Ainsi, le seizième Congrès des relations industrielles de l'Université Laval y était consacré. Voir : *Les juridictions du travail*, Québec, P.U.L., 1961 ; aussi : A. ROUSSEAU, « Le tribunal du travail », (1970) 25 *Rel. ind.*, 302.

65. À titre illustratif, la Cour d'appel a jugé qu'il pouvait y avoir lieu à une ordonnance de « réintégration » selon l'article 107 de la *Loi sur les relations du travail dans l'industrie de la construction*, L.R.Q., 1977, c. R-20, pour forcer un employeur à embaucher un salarié qu'il refusait illégalement d'embaucher, ce qu'avait refusé un tribunal d'arbitrage à partir d'une interprétation littérale de la disposition : *Le Centre des syndicats démocratiques v. A.P. Green Refractories (Canada) Limited*, C.A. Mont., n° 500-09-000327-783, 27 juillet 1979. Autres exemples de prises de position de la part de juridictions ordinaires tout à fait en accord avec les objets des lois du travail en cause : *United Last Company Ltd. v. Tribunal du travail*, [1973] R.D.T. 423 (C.S. et C.A., en part. les notes du J. Gagnon, sur l'assimilation d'un non-rappel au travail à un congédiement, dans certaines circonstances) ; l'extension de l'effet de l'art. 97a (numérotation S.R.Q., 1964) du *Code du travail*, *supra*, note 11 (mesures anti-briseurs de grève) au travail effectué par les salariés d'un cocontractant à l'occasion d'une demande d'injonction : *Métallurgistes unis d'Amérique, syndicat local 6833 (F.T.Q.) v. Société d'énergie de la Baie James*, C.S. Mont., 2 août 1979, n° 05-012-371-793 (J. Benoit), *Express*, n° 79-837.

66. Le refus de faire bénéficier des ex-salariés du salaire majoré selon une nouvelle convention

lement, on pourrait comparer les avantages respectifs de la spécialisation et de la non-spécialisation du travail judiciaire. La diversité des litiges dont se trouvent saisis les juges des tribunaux ordinaires n'est-elle pas de nature à rendre ceux-ci plus aptes à apprécier les comportements, à saisir les différents angles d'une situation ; ne sont-ils pas plus facilement imbus des principes généraux du droit ? Par contre, le juge du travail aurait acquis une plus grande familiarité des lois et des règlements qu'il applique quotidiennement, de même que des situations-types de travail...

De semblables considérations s'imposeraient parmi d'autres, s'il devait s'agir le plus souvent de l'exercice d'une pure fonction judiciaire. Or, ceci n'est pas acquis. Il importe donc de déterminer préalablement la nature des fonctions que devraient exercer les personnes appelées à intervenir dans le contentieux du travail. C'est cette nature qui, principalement, devrait permettre d'identifier les aménagements juridictionnels appropriés.

2.1. Nature des fonctions

À défaut d'une analyse portant spécifiquement sur chaque grand type de litige du travail, ce qui s'imposerait véritablement, nous nous limiterons ici à essayer de dégager quelques constantes de l'intervention appropriée dans ces conflits. Il est utile, à tout le moins, de distinguer ceux-ci selon qu'ils surviennent, ou non, dans un contexte de rapports collectifs de travail, la seconde hypothèse se ramenant essentiellement à l'application d'une ou de plusieurs normes minimales découlant de la loi.

2.1.1. Contexte de rapports collectifs

Les salariés ont alors exercé leur droit d'association ou, à tout le moins, ils tentent de le faire. Sur cette vaste scène, différents types de conflits peuvent surgir : difficulté d'exercice du droit d'association, détermination de la représentativité des associations, refus de négocier une convention collective, recours visant à mettre fin à certains gestes — grève, lock-out, piquet, boycottage illégaux — ou à réparer les dommages découlant de ceux-ci, ou encore, à obtenir la fidèle application d'une convention collective...

pour la période de rétroactivité de celle-ci s'étendant au moment où ces personnes ont quitté leur emploi, avant l'entrée en vigueur de la convention : *Trait v. Le Petit Journal* (1968) Ltée, [1971] R.D.T. 188 (C.S.). Compar. à l'approche du *Board* de la Colombie-Britannique en semblable situation : *Re Penticton and District Retirement Service and Hospital Employees' Union, local 180*, (1977) 16 L.A.C. (2d) 97. Un jugement récent rendu par la Division des petites créances de la Cour provinciale va d'ailleurs en ce sens : *Seaborn v. Compagnie Paquet Inc.*, C.P. Qué., 215-32-002611-785, 18 avril 1979 (J. Beaudet).

Ce qui frappe est l'extrême diversité des conflits pouvant survenir dans ce contexte de rapports collectifs. Une première réaction serait de tenter de les réduire en quelques grandes catégories générales, auxquelles correspondraient ensuite des distinctions juridictionnelles. En fait, les résultats risqueraient d'être artificiels. La distinction bien connue entre le « conflit individuel » et le « conflit collectif » serait ainsi sujette à caution. Ainsi, une mesure qui ne frappe directement qu'un seul salarié, son congédiement, par exemple, peut fort bien, en réalité, constituer un élément parmi d'autres d'une conduite antisyndicale d'un employeur et, partant, revêtir une dimension collective au même titre qu'une difficulté de négociation collective concomitante. La distinction entre le « conflit d'intérêt » et le « conflit de droit », utile d'un point de vue juridique — elle conduit notamment à la distinction entre l'arbitrage de différend et celui de grief — n'est pas toujours aussi nette en réalité. Elle traduit une conception à la fois statique et périodique de la négociation collective, soit celle retenue par le *Code du travail* actuel du Québec, par opposition à une formule de négociation institutionnalisée et continue, à laquelle on pourrait juger opportun de laisser cours en certaines circonstances⁶⁷. Cette réserve faite, il est ici essentiellement question de l'application, sous une forme ou sous une autre, d'une norme juridique préexistante.

Variés, les conflits dont il s'agit sont issus, comme on l'a souventes fois fait observer, de rapports continus entre ceux qui s'opposent à un stade donné de leur vie plus ou moins commune. De ce point de vue, les rapports du travail présentent une certaine analogie avec ceux de la famille, ou encore, avec les relations internationales... On pourrait aussi les comparer aux liens d'affaires étroits entre des commerçants, qui leur font préférer le compromis rapide à l'application stricte de la règle de droit en certaines circonstances pour assurer la continuité, précisément, de leurs rapports. En somme, les difficultés reliées à la présence syndicale dans la vie de l'entreprise ne sont pas, règle générale, assimilables au *lis* traditionnel qui oppose des justiciables

67. Un cas intéressant et plutôt isolé de négociation continue dans la législation québécoise. *Loi sur le régime syndical applicable à la Sûreté du Québec*, L.R.Q., 1977, c. R-14, art. 8. Voir aussi le traitement du changement technologique dans le *Code canadien du travail*, *supra*, note 16, art. 143 ss.

D'une façon générale, quant à l'artificialité de la distinction : O. KAHN-FREUND, *Labour and the Law*, 2^e éd., Londres, Stevens and Sons, 1977, pp. 52 ss. ; G. Lyon-Caen dans : « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », (1974) 72 *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 229, à la p. 242 se demande, à partir du contexte social français, si, à la limite, le droit du travail ne devrait pas être un droit de la négociation plutôt qu'un droit axé sur la détermination du contenu d'ententes momentanément réalisées.

qui redeviendront, au lendemain, étrangers l'un par rapport à l'autre⁶⁸. Enfin, ces conflits du travail qui surgissent au sein de l'entreprise syndiquée ou en voie de l'être, bien que se traduisant sur le plan procédural en des recours distincts, mûs par l'un ou l'autre des protagonistes, sont en réalité très souvent imbriqués. Ainsi — les modes d'intervention selon différentes lois canadiennes en témoignent⁶⁹ — l'interrelation en certaines circonstances, entre une grève illégale, une allégation de négociation de mauvaise foi, des congédiements (ou un lock-out), partant, entre les différents recours auxquels ces gestes peuvent donner lieu, pourrait être manifeste.

Les considérations générales qui précèdent pourraient justifier une remise en cause du caractère plutôt exclusif de la solution judiciaire classique — qu'elle émane d'un tribunal ordinaire ou, au contraire, d'une des actuelles juridictions spécialisées du travail — en tant que formule de tierce intervention dans les litiges se rattachant à un contexte de rapports collectifs⁷⁰.

Il serait en conséquence d'intérêt de vérifier l'opportunité de formes d'interventions plus souples, du moins au stade initial, dans certains conflits. Concrètement, par rapport à chacune de ces situations, ne devrait-on pas jouir de latitude, d'un pouvoir d'appréciation quant à la manière de rétablir la « paix industrielle », objet de la loi axée sur la négociation collective ? Une telle latitude, à l'intérieur de paramètres définis par la loi, rendrait désirable à son tour la définition de politiques générales d'intervention. En somme, on doit être en mesure de prendre une vue d'ensemble d'une même situation conflictuelle. Il s'agit aussi d'établir la forme d'agir la plus opportune par rapport aux différentes phases de chaque conflit dont il peut s'agir.

On pourrait ici notamment s'interroger sur la fréquence et l'efficacité de la conciliation à laquelle le Conseil canadien des relations du travail peut recourir à l'occasion de plaintes en matière de pratiques déloyales imputées à l'employeur ou au syndicat⁷¹. Il n'« instruira » et « jugera » alors la plainte que faute d'un règlement raisonnable dans les circonstances. Il s'agit alors de

68. Ainsi, a-t-on refusé d'utiliser l'*exceptio non adimpleti contractus* s'agissant de l'exécution d'une convention collective dont l'effet obligatoire s'étendait à la durée prescrite par la loi : notes majoritaires, *McGavin Toastmaster v. Ainscough*, *supra*, note 27.

69. Voir *infra*, p. 924 ss.

70. Sous réserve, bien entendu, de la conciliation ou de la médiation s'agissant d'une véritable situation de négociation collective, laquelle n'est pas vraiment l'objet du présent texte. Voir dans ces cas : *Code du travail*, *supra*, note 11, art. 55 ; *Loi du ministère du travail et de la main-d'œuvre*, L.R.Q. 1977, c. M-33, art. 3a (numérotation S.R.Q., 1964). Voir aussi la latitude dont jouit initialement le « Conseil d'arbitrage » chargé d'intervenir à l'occasion d'un différend portant sur la négociation d'une première convention collective, *Code du travail*, art. 81c (numérotation S.R.Q., 1964).

71. *Code canadien du travail*, *supra*, note 16, art. 187 et 188.

matières telles un défaut de négocier de bonne foi, une modification aux conditions d'emploi interdite par la loi, des situations d'ingérence patronale dans les affaires d'un syndicat, ou encore d'intimidation à l'endroit d'employés qui exercent leurs droits syndicaux, ou tentent de le faire, ou encore, de conduite discriminatoire de la part d'un syndicat envers des employés qu'il doit représenter d'une façon égale. D'ailleurs, les amendements de 1977 au *Code du travail* du Québec ont entrouvert la porte à une certaine forme d'intervention conciliatrice, préalable à un stade d'adjudication, dans certaines situations conflictuelles ⁷².

D'une façon plus large, le responsable de l'application de la loi ne devrait-il pas disposer d'une véritable « panoplie » de moyens d'intervention ? Son intervention ne devrait-elle pas être polymorphe, de manière qu'il puisse, pour ainsi dire, véritablement « gérer » le conflit, compte tenu des circonstances de son évolution ?

Telle est la position du *Board* chargé de l'application des principaux aspects de la loi des relations du travail de la Colombie-Britannique ⁷³. D'une part, il a la haute main à la fois sur l'exercice du droit d'association, la représentativité des associations, le déroulement des négociations, le contrôle de la légalité des différents moyens de pression dans les conflits de négociation collective, y compris la réglementation des principaux aspects du piquetage ⁷⁴, de même que sur l'intervention arbitrale à l'occasion de griefs ⁷⁵. Ceci lui permet, quant au fond, de prendre une vue d'ensemble de la situation, c'est-à-dire de consolider, s'il le juge à propos, les différents aspects que les parties lui en présentent isolément par leurs demandes d'intervention respectives. D'autre part, il lui est possible de choisir la forme d'intervention la plus utile à une phase d'un conflit, voire de conjuguer les

72. *Code du travail*, *supra*, note 11, art. 38c (numérotation S.R.Q., 1964) : un enquêteur doit d'abord tenter de régler une plainte portant sur le défaut d'une association de représenter également un salarié à l'occasion d'un congédiement ou d'une mesure disciplinaire ; art. 97d (numérotation S.R.Q., 1964) : dans le cas des mesures anti-briseurs de grève, le ministre peut nommer un enquêteur chargé de vérifier le respect de la loi ; bien que cette nomination soit facultative et bien que l'enquêteur n'ait pas un rôle de conciliation, l'impact pratique de son intervention peut être significatif. Voir aussi l'art. 105 de la *Loi sur les relations de travail dans l'industrie de la construction*, *supra*, note 65 : un enquêteur tente initialement de régler une plainte en matière de discrimination dans l'embauchage, faute de quoi il y aura arbitrage.

73. *Labour Code of British Columbia*, S.B.C. 1973 (Second Session), c. 122. Voir notamment : P.C. WEILER, « The Administrative Tribunal: A View from the Inside », (1976) 26 *U. of T.L.J.*, 193.

74. *Id.*, art. 31.

75. *Id.*, art. 96 (sauf exclusion de son application par les parties, art. 97 et 108).

modes d'intervention : enquête immédiate sur place par un de ses fonctionnaires, médiation, menace d'une ordonnance déclaratoire quant à l'illégalité d'une situation, ou encore, d'une ordonnance de cesser une pratique interdite...⁷⁶ La loi impose même l'obtention d'une permission préalable du *Board* à qui veut intenter une poursuite en dommages-intérêts à la suite d'un piquet, d'une grève ou d'un lock-out en contravention de la loi⁷⁷.

Bien que non habilité à régir le piquet de grève, le Conseil canadien des relations du travail peut semblablement tenir compte de l'interrelation des différents éléments d'un conflit⁷⁸. Ainsi, à l'occasion d'une grève ou d'un lock-out illégal, il pourra menacer d'émettre, émettre ou, au contraire, refuser d'émettre une ordonnance déclaratoire, ou encore prohibitive⁷⁹. Son intervention pourra aussi porter, à la fois, sur d'autres aspects du conflit. Ainsi, dans une espèce⁸⁰, où il était question simultanément, d'accréditation syndicale, de grève et de lock-out illégal, de recrutement syndical au temps et lieu du travail, de coercition dans le recrutement, de congédiements pour activité syndicale, de modification illégale des conditions de travail, une

76. *Id.*, art. 28, 29 (possibilité, notamment en matière d'accréditation, d'une décision conditionnelle), 90 (déclaration relative à un boycottage). D'une façon générale, l'art. 91 consacre le pouvoir du *Board* de refuser d'émettre une ordonnance s'il est d'avis qu'un tel refus est juste et équitable, compte tenu des agissements de la partie qui le sollicite. Un exemple intéressant de *cease and desist order* en situation de grève du zèle : *City of Victoria and Victoria Fire Fighters*, (1977) 1 C.L.R.B.R. 383.

77. *Id.*, art. 32(4).

78. Voir : H. LEBEL, « Les tribunaux de droit commun prennent-ils trop de place ? », pp. 62 ss., in : *La réforme des lois du travail*, supra, note 57 ; J. ARCHAMBAULT, « Injonctions et conflits de travail », (1979) 34 *Rel. ind.*, 140.

79. Un juge de la Cour fédérale, division de première instance, reconnaissait ainsi la spécificité de l'intervention du Conseil en matière de grève, par rapport au remède de l'injonction : « [...] il me semble que la Cour peut et doit tenir compte, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de l'intention que le Parlement a manifesté de voir ce genre de litige réglé par le Conseil sur la base des principes qu'il applique pour réaliser les objets de la loi, plutôt que par les tribunaux. Peut-être n'est-il pas nécessaire d'ajouter que les injonctions des tribunaux ne se sont pas révélées, la chose est notoire, un mécanisme des plus heureux pour harmoniser les relations ouvrières ou régler les conflits de cette espèce ? [...] » (*McKinlay Transport Limited v. Goodman*, [1979] 1 C.F. 760, aux pp. 763 et 764). Dans le cas d'un semblable pouvoir d'intervention conféré cette fois à un organisme provincial, alors que se posait le problème de sa validité constitutionnelle en regard de l'article 96 de l'A.A.N.B., le juge en chef de la Cour suprême du Canada voyait semblablement dans le pouvoir d'une commission des relations de travail d'émettre une ordonnance de cesser une grève illégale un moyen parmi d'autres pour celle-ci d'accomplir son rôle d'agent de contrôle de la politique législative en la matière : *Tomko v. Labour Relations Board (N.-E.)*, [1977] 1 R.C.S. 112, en part. aux pp. 122 et 123.

80. *Association canadienne des employés du transport aérien et North Canada Air Ltd.*, Dossiers du Conseil 555-1248 et al., 10 août 1979. Toujours à titre illustratif, voir l'étude d'ensemble

ordonnance unique impartit au syndicat de mettre fin aux méthodes illégales de recrutement, à l'employeur, de réintégrer les employés abusivement congédiés, détermina l'unité de négociation appropriée et décréta la tenue d'un scrutin. En pratique, les parties auront tout intérêt à obtempérer aux ordonnances d'un organisme qui continuera de régir leurs rapports par la suite, la loi prévoyant par ailleurs la mise à exécution forcée de ces ordonnances à la suite de leur dépôt au greffe d'une cour supérieure⁸¹.

Une telle souplesse d'intervention dans les situations contentieuses n'empêche évidemment pas l'intervention « administrative » par rapport à des situations qui ne le sont point, le cas échéant, par exemple en matière d'accréditation⁸². À l'inverse, l'organisme chargé de l'application de la loi conserve toujours la possibilité de trancher d'autorité la difficulté dont on l'a saisi à défaut d'avoir pu la résoudre autrement. De tout cela résulte une certaine économie de l'intervention judiciaire dans les rapports collectifs du travail, contrairement à ce qui a généralement cours selon le *Code du travail* actuel⁸³. Cette « déjudiciarisation », si elle devait se produire en droit québécois, se ferait-elle parfois aux dépens de l'ordre public? Surtout, ce qui peut fonctionner efficacement dans un contexte socio-politique différent à certains égards de celui qui a cours au Québec, y serait-il transposable avec une même assurance d'efficacité? Seules des analyses appropriées permettraient de vérifier jusqu'à quel point cette « judiciarisation » actuelle des rapports de travail au Québec, qui paraît excessive, n'est pas inéluctablement liée aux façons d'agir d'un milieu... Enfin, chaque fois qu'il devrait y avoir adjudication de la part de l'organisme spécialisé, le déroulement de l'« instance » devrait évidemment respecter les principes fondamentaux du droit; une souplesse procédurale que consacraient des règles

de la situation conflictuelle faite par le Conseil avant de décider d'imposer les termes d'une première convention collective dans: *Syndicat général de la radio (C.J.M.S. C.S.N.)* et *C.J.M.S. Radio Montréal Limitée*, (1978) 27 D.L. 796.

Observons par ailleurs que si une grève ou un lock-out illégal peut donner lieu à l'imposition d'une peine par le tribunal ordinaire, on doit avoir obtenu préalablement le consentement de poursuivre du Conseil: *Code canadien du travail*, *supra*, note 16, art. 194. Le défaut de négocier, les modifications illégales des conditions d'emploi et d'une façon générale les « pratiques déloyales » ne donnent lieu qu'à l'introduction d'une plainte devant le Conseil: *id.*, art. 187 et 191.

81. Dans le cas du Conseil fédéral, *id.*, art. 123.

82. Voir par exemple, le rôle de l'agent d'accréditation selon le *Code du travail*, *supra*, note 11, art. 28.

83. Ainsi, un défaut de négocier de bonne foi ne peut donner lieu qu'à une plainte pénale (art. 141) contrairement à ce qui a cours selon la législation fédérale.

de pratique appropriées, paraîtrait généralement de mise⁸⁴. Les juridictions ordinaires continueraient de connaître exceptionnellement de certains litiges résultant des rapports collectifs du travail : l'économie générale des systèmes juridiques continuera de leur confier l'application des dispositions pénales du *Code criminel*⁸⁵ ; le tribunal de droit commun continuera d'être compétent pour apprécier la responsabilité civile découlant de grèves illégales, par exemple, voire pour émettre des injonctions à tout le moins à l'occasion de gestes illégaux portant atteinte à l'intégrité des personnes ou des biens⁸⁶.

La nature des griefs de convention collective milite dans le sens du maintien, dans une bonne mesure du moins, d'un mode de règlement propre à ces mésententes : l'arbitrage. Certes, ce dernier, par rapport à sa conception originaire, s'est, lui aussi, avec le temps, grandement « judiciarisé »⁸⁷. Il continue néanmoins de refléter, en ce qui a trait à la composition du tribunal d'arbitrage et à l'étendue de ses pouvoirs décisionnels notamment, la nature privée de l'accord collectif qu'il a pour mission d'interpréter et d'appliquer. Cette possibilité d'adaptation du forum de la convention collective à la réalité de l'entreprise paraît opportune. La substitution d'une juridiction

84. Exemple d'une transposition excessive d'une règle régissant le tribunal ordinaire, s'agissant d'un contexte collectif de travail, en l'occurrence, l'application de la règle de l'*ultra petita* en matière d'accréditation syndicale : *Fraternité canadienne des cheminots, employés des transports et autres ouvriers, local 281 v. Auberge de la Chaudière*, T.T. Mont., n° 500-28-000037-796, 23 octobre 1979. La Cour suprême avait d'ailleurs censuré une attitude rigoriste en matière d'accréditation. Il s'agissait également de la détermination du groupe : *Association internationale des commis du détail, FAT-CIO-CTC, local 486 v. Commission des Relations de travail du Québec*, [1971] R.C.S. 1043.

85. Ainsi en serait-il notamment des articles 52, 380, 381, 382, 387 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, c. C-34.

86. Ainsi, une loi qui, en principe, écarte l'intervention des tribunaux ordinaires dans les situations autrement confiées à un organisme spécialisé, comme le fait la loi de la Colombie-Britannique, *supra*, note 73, y laisse néanmoins cours, très exceptionnellement, en matière de piquet de grève, notamment « *where a wrongful act or omission in respect of which a proceeding is commenced causes an immediate danger of serious injury to any individual or causes an actual obstruction or physical damage to property* ». On permet aussi les recours civils en dommages, moyennant toutefois la permission du *Board*, a-t-on vu (art. 32).

87. Voir à ce sujet : H.D. WOODS, « Shadows over Arbitration », (1978) 33 *Rel. ind.*, 685 ; aussi : P. VERGE, « The Ambiguity of Collective Agreement Arbitration in Canada », pp. 328 et *sq.*, in : *Aspects du droit administratif anglo-canadien et québécois*, Travaux du Laboratoire de recherche sur la justice administrative (n° 3), Québec, Faculté de droit, Université Laval, 1979. (Même le *Code de procédure civile*, qui régit l'arbitrage conventionnel en général, introduit dans son déroulement un certain nombre d'éléments coercitifs qui le « publicisent » d'autant. Ainsi en est-il, par exemple, de l'imposition de la sentence homologuée (art. 950). Dans le cas de l'arbitrage des griefs, selon le *Code du travail*, *supra*, note 11, art. 100 ss., les amendements de 1977, *supra*, note 2, sont venus expliciter, sinon accentuer, une telle conception judiciaire de l'institution.)

spécialisée du travail, qui serait publique ou étatique à tous égards, notamment en ce qui a trait à la nomination des personnes qui y siègeraient, pourrait néanmoins avoir lieu sans inconvénient, voire avec avantages, s'agissant des secteurs publics et para-publics, fortement institutionnalisés, où se présente d'ailleurs les problèmes les plus sérieux d'engorgement⁸⁸. Elle semblerait aussi exceptionnellement indiquée, par rapport à toute forme d'entreprise dès lors qu'il s'agirait d'un grief portant sur le droit individualisé à l'emploi. Comment, en effet, du moins dans un marché de travail raréfié, ne pas traiter du droit à l'emploi avec toutes les garanties d'indépendance judiciaire possibles? À cet égard, l'absence d'inamovibilité de l'arbitre constitue une déficience importante dans ces cas, du moins en principe.

Un véritable tribunal du travail devrait donc avoir la responsabilité de l'application d'un droit unifié du licenciement, même en présence d'une convention collective, tout comme dans les cas, plus fréquents d'ailleurs, où la protection découle, en l'absence d'une telle convention, de la législation minimale d'ordre public.

2.1.2. Contexte statutaire

Une législation à caractère minimal, d'ordre public, constitue l'unique source du régime de travail du plus grand nombre des salariés, à savoir la presque totalité de ceux qui ne sont pas régis par des conventions collectives. Le contentieux auquel pourrait donner lieu l'application d'un tel régime statutaire intégré aurait pour objet l'existence du statut de salarié, condition de son application, de même que l'exécution des prestations usuelles réciproques qui s'y rattachent. Le premier aspect en particulier, incluerait notamment le contrôle du licenciement, c'est-à-dire l'application des règles relativement unifiées que pourrait renfermer à ce titre un droit codifié.

Une intervention proprement administrative, sous forme d'inspection principalement, à un stade initial, permet d'alléger le volume global d'un tel contentieux, du moins celui ayant trait à l'exigibilité des prestations relatives au travail. La récente *Loi sur les normes du travail* reconduit à cet égard un mécanisme éprouvé⁸⁹. S'agissant par ailleurs de la répression des situations de congédiement, illégal ou injuste, elle a recours à des instances spécialisées du travail bien connues, soit, dans le premier cas, le commissaire du travail,

88. Voir: J. DUPONT, « Le système d'arbitrage de grief est-il devenu désuet au Québec? », pp. 171 ss. in: *Le Code du travail du Québec, 15 ans après...*, Rapport du trente-quatrième Congrès des Relations industrielles de l'Université Laval, Québec, P.U.L., 1979.

89. *Loi sur les normes du travail*, *supra*, note 5, en part. art. 5 (rôle général de surveillance de la mise en œuvre et de l'application des normes de travail confié à la Commission); art. 39; 105; 109; 111 à 113.

réitération du mode d'intervention prévu au *Code du travail* en matière de « congédiement pour activités syndicales »⁹⁰ et, dans le second, à l'arbitrage statutaire, substantiellement semblable à l'arbitrage des griefs⁹¹. Sous réserve d'un appel au Tribunal du travail de la décision finale du commissaire du travail dans le cas des congédiements illégaux — c'est-à-dire ceux survenus dans l'une ou l'autre des « situations protégées » par la loi, un état de grossesse, par exemple —, le législateur a donc choisi de n'imposer aucune exigence particulière de formation à ceux ainsi appelés à juger de la licéité des congédiements. Quant au degré d'indépendance requis, on observe à nouveau, dans le cas du commissaire du travail, que le titulaire de la fonction juridictionnelle n'a qu'un statut de fonctionnaire ; pour ce qui est de l'arbitre appelé à intervenir à l'occasion d'une situation de congédiement injuste, il est, tout comme son homologue en matière de griefs, tout à fait amovible, sa juridiction n'étant établie qu'en fonction du litige particulier dont on l'a saisi. Dans l'un et l'autre cas, il s'agit pourtant manifestement de l'exercice d'une fonction d'ordre judiciaire : vérification de la réalisation, dans chaque espèce, de l'exigence impartie par la loi pour pouvoir congédier, soit, en substance, l'existence d'une juste cause de congédiement ; prononcé d'une ordonnance de réintégration du salarié et d'indemnisation de celui-ci, s'il y a lieu.

Ce stade proprement juridictionnel est précédé d'une mission de conciliation, confiée à la Commission des normes du travail, lorsqu'il s'agit d'un congédiement injuste⁹². Il y aurait lieu de vérifier à cet égard si l'extension d'une telle étape initiale de conciliation dans le cas des congédiements survenant dans une « situation protégée » par la loi risquerait ou non d'affaiblir l'intégrité de l'ordre public alors en cause, par une incitation excessive au règlement. Il est d'intérêt à ce sujet de constater que certaines solutions étrangères imposent généralement, et avec succès semble-t-il, une étape initiale de conciliation, avant l'intervention juridictionnelle du tribunal du travail. On songe ici en particulier aux conseils de prud'hommes, juridiction « laïque », paritaire et élective, prévue au Code du travail français et dont la compétence s'étend à tous « les différends qui peuvent s'élever à

90. *Id.*, art. 122 et 123.

91. *Id.*, art. 124.

92. *Id.*, art. 125. Le *Code canadien du travail*, *supra*, note 16, prévoit à la suite d'un congédiement injuste qu'un inspecteur doit initialement « s'efforcer d'aider les parties à régler la plainte » (art. 61.5). Les situations de congédiements illégaux, c'est-à-dire, à l'encontre des « situations protégées » par la loi sont du ressort des juridictions ordinaires, sans étape préalable de conciliation (art. 71).

l'occasion de tout contrat de travail »⁹³. Compte tenu de l'importance prééminente de ce contrat en tant que facteur d'application des normes législatives et de celles issues des conventions collectives en droit du travail français, cela revient à poser que le double mode d'intervention prescrit s'impose, en principe, à l'ensemble du contentieux identifié aux rapports individuels du travail dans ce système. Les conseils de prud'hommes, dans cette mesure, « jugent les différends à l'égard desquels la conciliation n'a pas abouti »⁹⁴. En Angleterre, les *Industrial Tribunals* jouissent également d'une compétence étendue en ce qui a trait aux litiges individuels. Elle s'est développée graduellement, d'une façon empirique⁹⁵. Notamment, c'est devant un *Industrial Tribunal* que l'on recherchera justice dans les cas de congédiements injustifiés, y compris les congédiements pour motifs inadmissibles, par exemple, pour activité syndicale, ou encore, en matière de discrimination basée sur le sexe dans les contrats de travail ou d'éligibilité à des indemnités de licenciement pour surplus de personnel. Là également, on note la nécessité d'une phase de conciliation préalable à l'intervention du *Tribunal*; elle se déroule toutefois devant un organisme distinct de ce dernier, à la différence de ce qui a cours en France.

La nature des fonctions à exercer, à l'occasion de litiges nés tant d'un contexte de rapports collectifs que de l'application d'un régime statutaire, l'existence, d'autre part, dans d'autres systèmes, de juridictions du travail à vocation relativement étendue, incitent à s'interroger sur les aménagements juridictionnels qui assureraient la meilleure application d'un droit du travail codifié.

93. *Code du travail*, art. L. 511-1 ss., tels que remplacés par l'art. 1^{er} de la loi n° 79-44 du 18 janvier 1979 (J.O. 19 janv. p. 163). D'une façon générale, sur les prud'hommes, voir notamment; A. BRUN et H. GALLAND, *Droit du travail*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1978, Vol. I, pp. 219 à 250 de même qu'un numéro spécial de *Droit social*, février 1974, portant sur les juridictions du travail. Voir aussi: X. BLANC-JOUVAN, « The Settlement of Labor Disputes in France », pp. 3 ss., in: B. AARON, ed., *Labor Courts and Grievance Settlement in Western Europe*, U.C.L.A. Press, Berkeley, 1971; l'ouvrage classique de W.H. MCPHERSON et F. MEYERS, *The French Labor Courts: Judgment by Peers*, U. of Illinois, Urbana Press, 1966; une synthèse récente de B.W. NAPIER, « The French Labour Courts — An Institution in Transition », (1979) 42 *Modern L.R.*, 270.

94. *Idem*. L'art. 515-1 prévoit que chaque section de conseil de prud'hommes (ou chaque chambre, le cas échéant) comprend au moins un bureau de conciliation et un bureau de jugement.

95. D'une façon générale, voir: B.A. HEPPLE et P. O'HIGGINS, *Employment Law*, 2^e éd., 1977, Londres, Sweet and Maxwell, c. 22, pp. 285 et sq.; *Halsbury's Laws of England*, 4th ed., Vol. 16, parag. 1011 ss.; K.R. WHITESIDES et G. HAWKER, *Industrial Tribunals*, 1975, Londres, Sweet and Maxwell.

2.2. Aménagements

Recherche, donc, de l'appareil juridictionnel permettant le meilleur exercice des modes d'intervention appropriés aux différentes situations conflictuelles ; respect, partant, de la spécificité des litiges, mais dans la mesure seulement où celle-ci paraît essentielle. Il y a également lieu, en effet, de rechercher l'élimination des conflits de juridiction, de viser les structures les plus simples, de manière à assurer, au fond, l'application la plus efficace de la règle de droit⁹⁶. Tout modèle précis serait téméraire ; ce qui précède, tant dans le cas des conflits se situant dans un contexte de rapports collectifs que de ceux se rattachant à un contexte statutaire, conduit aux observations générales suivantes.

2.2.1. Contexte de rapports collectifs

La variété des fonctions à exercer, allant du pôle de la conciliation à celui de la fonction proprement judiciaire, rend désirable une diversité correspondante d'aptitudes chez les intervenants, qu'il s'agisse des mêmes individus, ou, au contraire, que cela présuppose une certaine spécialité de fait parmi ceux-ci. En somme, un dénominateur commun : la familiarité par rapport aux milieux de travail et une connaissance des règles qui les régissent, auquel se superpose la capacité d'intervenir « politiquement » ou, au contraire, d'une façon juridictionnelle — au sens large — dans le conflit. Dans ce dernier cas — il pourrait s'agir, par exemple, d'une situation controversée d'accréditation ou encore d'une pratique déloyale — une qualité essentielle réside dans le statut d'indépendance de l'intervenant, qu'il s'agisse, pour se référer à des titulaires actuels de telles fonctions, de commissaires du travail ou de juges du Tribunal du travail selon l'actuel *Code du travail*, ou encore de membres de conseils de relations de travail comme ceux qui siègent selon les autres lois canadiennes. Il n'est pas du tout nécessaire, pour en arriver à ce résultat, d'adopter le modèle d'un tribunal classique⁹⁷.

96. Exemple, parmi d'autres, de la complexité actuelle de l'aménagement juridictionnel en matière de travail, la détermination de la compétence respective de la Commission des droits de la personne, du commissaire du travail et du tribunal d'arbitrage à l'occasion de certains congédiements : *Les ateliers d'ingénierie Dominion Limitée v. Commission des droits de la personne*, C.A. Mont., 500-09-000337-782, 15 décembre 1978 ; *Quebec Poultry Ltée v. Commission des droits de la personne du Québec*, [1979] C.A. 148. Voir en général : R. BEAUDRY, « Le dédale des instances quasi judiciaires en matière de travail », pp. 58 ss. in : *La réforme des lois du travail*, *supra*, note 57.

97. D'un point de vue historique, voir la substitution du *Board* d'Ontario à la *Labour Court* : J.A. WILLES, *The Ontario Labour Court, 1943-1944*, Research and Current Issues Series no 37, Kingston, Ont., Queen's University Industrial Relations Centre, 1979.

Certes, certains conflits ont une teneur plus hautement juridique que d'autres. Ils requièrent l'assurance d'une formation adéquate chez l'intervenant. Même là, néanmoins, il serait périlleux de prétendre dissocier, pour ce qui est de leur solution, les éléments de fait des aspects proprement juridiques d'une même réalité. Ceci milite dans le sens d'une forme d'intervention collégiale, le plus souvent. Le banc, bien composé, sera de nature à assurer une pleine compréhension et des faits et du droit. La lourdeur apparente de la formation est relative : quelle est l'importance, d'un point de vue social, par exemple, d'une situation de congédiement pour activité syndicale, de la représentativité d'une association ou encore, d'une situation de grève illégale ? De plus, une intervention immédiatement adéquate pourrait avoir pour contrepartie l'élimination d'un palier d'appel, plus distant de la situation conflictuelle réelle, sinon en raison d'une certaine hypertrophie juridique aux dépens des aspects factuels, du moins, dans le temps, par le report de la solution finale qu'il impose. Ceci laisse néanmoins nécessairement cours par ailleurs à l'exercice du pouvoir général de surveillance et de contrôle de la part du tribunal de droit commun, relativement aux véritables situations d'excès de juridiction de la part de l'organisme spécialisé.

Une telle diversité d'aptitudes, voire une telle collégialité, se retrouvent naturellement, quoique selon des modalités parfois différentes, dans les différents conseils des relations du travail, de tradition canadienne, dont le Conseil fédéral et celui de la Colombie-Britannique, auquel on a fait allusion précédemment⁹⁸. Bien que le contexte ait considérablement évolué depuis le remplacement, en 1969, de la Commission des relations du travail du Québec par des fonctionnaires et un Tribunal du travail à juridiction limitée, lesquels ont œuvré d'une façon fort importante depuis, il conviendrait sans doute de tenter d'évaluer le plus scientifiquement possible l'impact de l'aménagement juridictionnel qui prévaut depuis⁹⁹. La formule du *Board*, peu importe ses variantes, n'assurerait-elle pas naturellement cette polyvalence de fonctions que semble requérir l'intervention dans les conflits dont il s'agit ? Un tel

98. Dans ce dernier cas, cinq des vingt et un membres actuels de cet organisme ont, en fait, une formation juridique, bien qu'aucune exigence en ce sens ne découle de la loi ; voir *Labour Code of British Columbia*, *supra*, note 73, art. 12 ss.

99. *Loi modifiant le Code du travail*, L.Q. 1969, c. 47 et *Loi modifiant le Code du travail et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1969, c. 48. Voir : *Débats de l'Assemblée nationale*, quatrième session, 28^e Législature, 1969, Vol. 8, n^o 57, 11 juin 1969, pp. 2742 ss. ; *Commission permanente du travail et de la main-d'œuvre*, 15 octobre 1969, pp. 3661 ss. ; aussi : F. MORIN, « Aperçu général et critique de la Loi modifiant le Code du travail — 13 juin 1969 », (1969) 24 *Rel. ind.*, 623.

organisme, en outre, n'est-il pas mieux placé pour définir, à l'intérieur de la loi, des politiques d'intervention appropriées ?¹⁰⁰

2.2.2. Contexte statutaire

L'application d'un régime normatif unifié de travail pourrait donner lieu également, a-t-on vu, à l'exercice, selon le cas, d'une fonction de conciliation ou d'adjudication. Une variété correspondante d'aptitudes devrait se manifester chez les tiers appelés à intervenir à ces titres dans ces litiges. En particulier, s'agissant de décider d'une situation de congédiement, un statut d'indépendance devrait correspondre à l'exercice important, là aussi, de la fonction judiciaire.

L'importance de ces derniers litiges, l'imbrication alors des faits et du droit, pourrait militer en faveur de la collégialité, « garantie de pondération »¹⁰¹. On pourrait par contre se montrer relativement moins exigeant par rapport à des demandes de moindre importance, des réclamations strictement pécuniaires, peut-être. Par ailleurs, si on jugeait trop lourde cette collégialité, là où elle devrait autrement prévaloir, à tout le moins devrait-on la retrouver à un palier d'appel, lequel devrait permettre de reprendre globalement, en fait et en droit, l'examen de la situation.

Enfin, cette forme de juridiction spécialisée du travail pourrait tout aussi bien, sur le plan de l'efficacité, avoir pour mission de disposer également du contentieux relatif au contrat individuel de travail, dans ces cas relativement rares où ce dernier a véritablement un contenu propre, distinct de celui du régime normatif¹⁰². Il y aurait toutefois alors lieu d'écarter préalablement, dans le cas de certains de ces litiges, l'obstacle constitutionnel à ce dernier aspect de la compétence d'un véritable tribunal du travail¹⁰³.

*
* *

100. Par exemple, le *Board* de la Colombie-Britannique, le 24 février 1976, précisait, en vertu de l'art. 27 de sa loi constitutive, le rôle qu'il entendait jouer en matière de griefs selon l'art. 96 du *Labour Code of British Columbia*, *supra*, note 73.

101. J. VINCENT, *Procédure civile*, 18^e éd., Paris, Dalloz, 1976, p. 136.

102. Telle est, notamment, l'étendue de la compétence des conseils de prud'hommes en France ; voir *supra*, p. 929.

103. Portée de l'art. 96 de l'A.A.N.B. ; le tribunal de droit commun connaissait du contentieux traditionnel du contrat individuel de travail en 1867.

En résumé, une codification du droit du travail, malgré les difficultés inhérentes à l'entreprise, pourrait permettre d'affirmer véritablement son « particularisme », si souvent évoqué, tout en respectant un ordre juridique plus vaste. Un tel système de règles mieux intégrées inviterait naturellement à la spécialisation et à la simplification de ses procédés de mise en œuvre : recherche d'une justice doublement accessible.