

Faut-il « nommer » le contrat de travail?

Pierre Verge

Volume 29, Number 4, 1988

La réforme du droit des obligations

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042921ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042921ar>

[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. (1988). Faut-il « nommer » le contrat de travail? *Les Cahiers de droit*, 29(4), 977–992. <https://doi.org/10.7202/042921ar>

Article abstract

The proposed regime governing the individual contract of employment ignores the radical effect of a collective labour agreement concluded under labour legislation applicable in Québec. Accordingly, any critical analysis of its contents, in furtherance of relevancy to contemporary employment practices and legislative cohesion, can only be meaningful in the absence of such a collective agreement. Then, in particular, the reaffirming of the employer's faculty of dismissal with notice is outdated. Finally, does the individual contract of labour not naturally fall within the ambit of an authentic labour code ?

La réforme du droit des obligations

Faut-il « nommer » le contrat de travail ?

Pierre VERGE*

Le régime proposé du contrat de travail méconnaît la portée exhaustive de la convention collective conclue selon les lois du travail applicables au Québec. Aussi, l'examen critique de son contenu, en fonction d'objectifs d'adéquation à la réalité du travail contemporain et de cohésion législative n'a-t-il de sens qu'en l'absence d'une telle convention collective. En particulier, la rétentioin de la faculté de l'employeur de mettre fin unilatéralement au rapport indéterminé moyennant préavis paraît alors anachronique. Enfin, le contrat de travail n'entre-t-il pas dans le domaine naturel d'un véritable code du travail ?

The proposed regime governing the individual contract of employment ignores the radical effect of a collective labour agreement concluded under labour legislation applicable in Québec. Accordingly, any critical analysis of its contents, in furtherance of relevancy to contemporary employment practices and legislative cohesion, can only be meaningful in the absence of such a collective agreement. Then, in particular, the reaffirming of the employer's faculty of dismissal with notice is outdated. Finally, does the individual contract of labour not naturally fall within the ambit of an authentic labour code ?

* Professeur titulaire, Faculté de droit, Université Laval.

| | <i>Pages</i> |
|---|--------------|
| 1. Y a-t-il place pour le contrat de travail? | 979 |
| 1.1. Présence d'un régime de rapports collectifs de travail | 979 |
| 1.2. Absence de régime collectif | 984 |
| 2. La place de la solution contractuelle | 988 |
| Conclusion | 992 |

Cet *Avant-projet de Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*, déposé en 1987, range le contrat de travail parmi les contrats nommés de son deuxième titre. Les quatorze articles du septième chapitre de ce titre, intitulé « Du contrat de travail » identifient ce contrat, précisent les obligations qui en découlent naturellement à la charge de l'employeur et de l'employé ; ils aménagent également sa terminaison, tout en faisant alors montre d'un souci singulier envers la stipulation de non-concurrence.

La vingtaine d'années de gestation de ces textes en a, dans le détail, précisé et épuré le contenu. La proposition fondamentale demeure toutefois inchangée. Comme le voulait déjà le rapport initial du Comité du contrat de travail de l'Office de Révision du Code civil, publié en 1969, selon l'article 2157 projeté : « Le contrat de travail peut être complété par des décrets, ordonnances, règlements ou conventions collectives »¹. Ainsi donc, dans la perspective de la réforme du Code civil, ce contrat de travail se présente toujours comme la réalité juridique primordiale, l'assise même du régime de travail de l'employé ; il intègre, de façon complémentaire, le contenu de ces instruments juridiques, énumérés dans cette dernière disposition. L'existence d'une telle institution, ce contrat individuel de travail traditionnel issu du droit civil, se justifie-t-elle toujours dans l'ensemble de l'ordre juridique ? Si la réponse est affirmative, appartient-il bien au Code civil d'en établir le régime ?

1. La disposition correspondante dans le *Rapport du Comité du contrat de travail*, Office de révision du Code civil, Montréal, 1969, était l'article 4 suivant :

Le contrat de travail peut être complété par des décrets, ordonnances, règlements ou conventions collectives existant sous l'empire de lois diverses, prévoyant des normes pour certaines prestations.

Leurs dispositions prévalent alors et se substituent à toute stipulation qui y contreviendrait au détriment de l'employé.

Voir notamment, la critique suivante de ce rapport : R.-P. GAGNON, L. LEBEL et P. VERGE, « Du soi-disant contrat de travail », (1970) 11 C. de D. 282.

1. Y a-t-il place pour le contrat de travail ?

La réponse à cette première question dépend de l'existence (1.1), ou non (1.2), d'un régime de rapports collectifs de travail.

1.1. Présence d'un régime de rapports collectifs de travail

Cette première situation est d'occurrence fréquente : au Québec 42.4 % du salariat se trouve actuellement régi par des conventions collectives². Selon l'Avant-projet, le rôle de la convention consiste alors à « compléter », le contrat individuel de travail de tout salarié visé, contrat au contenu significatif, puisqu'il lie les parties quant à tout ce qui en découle d'après la loi (C.c.Q., art. 1481, Avant-projet de loi). Tout comme le contenu de différents décrets, ordonnances ou règlements, le contenu de la convention collective vient, en définitive, fixer celui du contrat individuel. La position n'est pas nouvelle. Il s'agit d'un retour aux énoncés initiaux de la Cour d'appel du Québec, au lendemain de l'introduction au Québec, en 1944, de l'aménagement législatif des rapports de travail qui y prévaut toujours, soit le régime commun de la négociation collective d'entreprise obligatoire avec le représentant collectif des salariés, le syndicat officiellement majoritaire dans l'unité de négociation³. Or, ce présupposé d'incorporation du contenu de la convention collective dans le contrat individuel ne respecte pas — pas plus qu'il ne le respectait alors — le régime de rapports collectifs de travail.

En premier lieu, sur un plan proprement factuel, la thèse précédente méconnaissait la nature véritable de la convention collective comme on la pratique en milieu nord-américain. Dès ses origines, celle-ci est, en effet, l'expression d'un marché global, non pas entre l'employeur et chacun de ses salariés, mais bien plutôt entre l'employeur et le représentant d'une collectivité de salariés. Cet énoncé paraît aujourd'hui tellement élémentaire et acquis, compte tenu notamment des énoncés de la loi régissant depuis l'après-guerre les rapports du travail, qu'il s'est sans doute affadi. Implicitement — cette réalité se manifeste toutefois de façon éclatante à l'occasion — toute négociation collective en contexte nord-américain est l'expression d'une coalition des salariés en cause. Le syndicat, qui regroupe à tout le moins le plus grand nombre de ceux-ci « vend », pour ainsi dire, une force de travail à l'employeur, à certaines conditions. Le prix global est l'ensemble des engagements,

2. Voir notamment : G. FLEURY, dans « Les relations du travail en 1986 », *Le marché du travail*, février 1987, p. 3, à la p. 12.

3. *Association catholique des institutrices rurales du district n° 60 c. Commissaires d'écoles de St-Pascal*, (1948) R.L. 97, p. 109 (C.A.).

salariaux et autres, de l'employeur, obligations arrêtées dans la convention collective.

Bien avant toute intervention législative, ce régime syndical et collectif de travail s'imposait intégralement dans plusieurs milieux de travail par la pratique des formes courantes d'atelier fermé ou d'atelier syndical⁴. Quelles que soient les préférences idéologiques à cet égard, la vérité toute simple est que dans cette tradition historique nord-américaine, dans les milieux où elle s'est implantée, la protection de l'individu passe par l'action collective; le syndicat exerce alors tout son contrôle sur la force collective de travail du groupe de salariés, ce qui lui permet d'en arriver à une réglementation privée et uniforme du régime de travail dans les différentes entreprises. La réalité d'une force collective de travail proposée à l'employeur, à l'encontre d'un « prix » global, soit l'accord collectif, est à ce point présente qu'il arrivait initialement au syndicat d'exercer lui-même le pouvoir disciplinaire à l'endroit des salariés, à la place et au bénéfice de l'employeur, qui se voyait ainsi assuré, en retour des conditions de travail qu'il avait convenu de pratiquer, du rendement collectif convenu⁵ ! La négociation collective au Québec s'inscrit bien dans cette tradition historique.

En bref, indépendamment de tout droit étatique, cette notion de marché syndical et collectif paraît refléter l'essence de la tradition centenaire nord-américaine de négociation et de convention collective. Elle se démarque radicalement de celle pratiquée, dans certains pays de l'Europe continentale, la France notamment. Ce dernier type de convention collective, dont l'aire d'application est alors typiquement beaucoup plus étendue, ne s'y impose pas avec la même intensité de contenu et d'effets au niveau de l'entreprise que celui qui a cours en milieu nord-américain. Conclue, à la différence d'ici, dans un contexte de pluralisme syndical, la convention collective n'y marque pas l'aboutissement d'un marché collectif exclusif. Elle coexiste alors sans difficulté avec des contrats individuels significatifs, dont elle vient alors, effectivement « préciser » le contenu.

Au Québec, au contraire, selon le vécu traditionnel des milieux syndiqués, la convention collective se substitue tout simplement au contrat individuel. Elle représente un régime de travail complet et intégré (sous réserve, d'un point de vue juridique, de l'ordre public). Mais, cette tradition n'est pas immuable, face au souverain pouvoir du législateur. La seule question qui se

4. Exemple québécois : *Barbeau c. Fraternité des plombiers électriciens de Québec*, (1936) 74 C.S. 286, p. 288.

5. Voir à ce sujet : S. PERLMAN, *A Theory of the Labor Movement*, Philadelphia, Porcupine Press, 1979 (réimpression de l'édition initiale de 1928 chez MacMillan), p. 262 s.

pose, à ce stade initial, est celle de la définition d'une saine politique législative : en l'absence d'objectifs contraignants, le droit ne doit-il pas tendre à respecter la réalité, plutôt que de lui imposer une construction artificielle ?

Juridiquement, maintenant : les différents législateurs américains et canadiens ont, à une certaine époque, misés sur cette réalité préexistante de la convention collective. Ils l'ont traduite sur le plan juridique, avec tout son radicalisme, par l'adoption du régime de la négociation collective obligatoire avec le syndicat majoritaire, textes des différentes lois des relations de travail adoptées au pays à l'issue du second conflit mondial, trop connus pour qu'il soit ici même utile d'en résumer la portée et dont l'expression actuelle au Québec se trouve dans les dispositions clés des actuels *Code du travail* et *Code canadien du travail* (partie V)⁶. Le pouvoir légal de représentation collective exclusive, conféré au syndicat accrédité (ou à l'« agent négociateur », selon le cas) et exercé à l'occasion de la négociation collective, conduit à une entente collective qui, dans une perspective juridique cette fois, ne laisse plus de place au contrat individuel de travail, puisque le domaine des « conditions de travail » est arrêté, tout comme dans la perspective historique précédente, entre l'employeur et ce représentant collectif exclusif des salariés. Ces salariés sont « liés » par la convention collective, qui détermine, par catégories, leurs conditions de travail.

Le jeu, bien connu, des données juridiques à la base des codes du travail qui prévalent au Québec conduisent à l'affirmation suivante :

... lorsqu'une convention collective est en vigueur, on peut difficilement concevoir que quelque chose lui échappe à l'exception peut-être de l'embauchage.⁷

Mais, un contrat individuel ne naît-il pas précisément, à ce stade de l'embauchage, du fait de la manifestation de volonté réciproque de l'employeur et du nouveau salarié, à l'effet d'être régis l'un envers l'autre par la convention collective, que cette expression de volonté soit expresse, ou même, tout simplement, implicite ? Une réponse affirmative ne fait pas progresser le débat. S'il y a ainsi contrat, il ne peut s'agir que d'un acte purement formel, sans apport propre. La convention collective n'en représente pas un complément, comme le voudrait l'Avant-projet de loi. C'est elle qui est la source de l'entier régime de travail conventionnel du salarié, selon les tractations entre l'employeur et le représentant légal de ses salariés, non seulement actuels, mais aussi

6. *Code du travail*, L.R.Q., c. C-27 ; *Code canadien du travail*, S.R.C., 1970, c. L-1, Au sujet des origines de ces lois, voir notamment : P. VERGE, « Bref historique de l'adoption du monopole de la représentation syndicale au Québec », (1971) 12 *C. de D.* 303.

7. Cité dans *McGavin Toastmaster Limited c. Ainscough*, [1976] 1 R.C.S. 718, p. 727.

« futurs »⁸. D'ailleurs, le législateur de l'un et l'autre codes du travail ne font pas appel à la technique contractuelle pour expliquer l'effet « réglementaire » de la convention collective à l'endroit du personnel de l'unité de négociation. La réalisation concrète, dans chaque cas, des éléments qui composent la notion légale de « salarié », soit essentiellement l'accomplissement d'un travail subordonné et rémunéré, suffit à déclencher l'application de la convention collective. Cette situation peut même, dans certains cas, se produire sans qu'il y ait eu véritable embauchage direct du salarié par l'employeur, mais plutôt « attribution à cet employeur de la main-d'œuvre demandée », selon les termes d'une clause d'atelier syndical de la convention collective⁹. En somme, indépendamment de ces dernières situations particulières, la convention collective dans la perspective juridique, représente bien ce tout indissociable d'obligations établies entre l'employeur et le syndicat accrédité. Il paraît donc incorrect de poser qu'une partie de ce tout vienne s'incorporer, en le complétant, dans un contrat individuel de travail¹⁰.

Mais ne s'agit-il là que d'une position théorique, dénuée de portée juridique pratique ? La solution contraire conduit à des contradictions juridiques précises. Par exemple, s'il s'agit de mettre fin à l'emploi du salarié, la solution de principe de l'Avant-projet de loi est claire : dans le cas d'un contrat à durée indéterminée, « chacune des parties peut y mettre fin en donnant à l'autre un avis de congé »¹¹. Or, la norme de la convention collective est toute autre. S'il s'agit d'un motif relié à la vie de l'entreprise, le choix du salarié qui devra la quitter procédera typiquement de la considération de son ancienneté ; le préavis ne pourra dispenser de celle-ci. S'il s'agit d'un motif relié au salarié, le licenciement (ou congédiement) postulera l'existence d'une juste cause de renvoi. L'exigence en est une de fond, qui dépasse la procédure de renvoi. D'un point de vue juridictionnel cette fois, la coexistence du contrat individuel avec celle de la convention collective ne conduirait-elle pas à substituer le tribunal civil ordinaire au forum arbitral, pourtant imposé par le législateur pour assurer, dans tous les cas, l'application et l'interprétation de la convention collective¹² ? Solution, inadmissible au regard de la convention collective, mais solution à laquelle incline la thèse voulant que le contrat de travail soit le

8. C.t., art. 67.

9. *Association internationale des débardeurs, section locale 273 c. Association des employeurs maritimes*, [1979] 1 R.C.S. 120, p. 126.

10. À l'effet que les « conditions de travail » de la convention collective ne se démarquent pas ainsi entre elles : *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec c. La compagnie Paquet Ltée*, [1969] R.C.S. 206, p. 210.

11. (C.c.Q., art. 2150 — Avant-projet).

12. C.t., art. 100. Sur l'exclusivité de juridiction de l'arbitre : *General Motors of Canada Ltd. c. Brunet*, [1977] 2 R.C.S. 537.

réceptacle de cette partie de son contenu qui touche directement le salarié : si le substrat du régime de travail de ce dernier est le contrat individuel de travail, c'est bien les juridictions civiles ordinaires qui sont compétentes à son sujet¹³. Plus généralement, au regard de l'ensemble du contenu de la convention collective, l'obligation légale de paix pendant toute sa durée empêche, comme la Cour suprême du Canada l'a indiqué, l'application de *l'exceptio non adimpleti contractus*, inhérente au contrat civil en cas d'inexécution de l'une ou l'autre des obligations qu'elle comporte ; la partie lésée, qui doit ainsi s'exécuter, ne peut que se pourvoir à l'arbitrage¹⁴. La structure même de l'appareil contractuel est atteinte !

La solution proposée, respectueuse de la tradition nord-américaine de la convention collective et des principes directeurs de la loi sur les rapports collectifs du travail, consisterait à poser simplement que le régime du contrat individuel de travail résultant de l'Avant-projet de loi ne s'applique pas en présence d'une convention collective. Il n'interviendrait qu'en l'absence de celle-ci, ou, s'il y a une, qu'une fois ses effets épuisés. Dans ce dernier cas, le contenu du contrat individuel est celui dont les parties peuvent convenir expressément. Dans l'hypothèse contraire, il correspond implicitement au régime de travail dont le salarié jouissait pendant la convention collective.

Le maintien de cette position postulerait idéalement de compléter le régime de la convention collective dans les codes du travail en y explicitant les obligations traditionnellement liées au rapport individuel de travail : obligation réciproque de fournir le travail, de loyauté de l'employé, etc. L'application de la convention collective conduit les arbitres à affirmer couramment ces obligations, qui ne figurent pas expressément dans les conventions collectives, solution commodément admise par tous, mais néanmoins théoriquement faible¹⁵.

Enfin, pour ce qui est de l'application des lois normatives du travail, il y aurait lieu de s'assurer qu'elle repose, elle aussi, uniformément sur la simple

13. Déjà, même la reconnaissance occasionnelle d'un certain rôle limité au contrat de travail dans certains jugements, en présence d'une convention collective, c'est-à-dire, le fait de l'affirmer en tant qu'acte d'embauchage a conduit le tribunal civil à substituer son intervention à celle de l'arbitre de grief, la justification apportée étant la nécessité de vérifier la validité du consentement de l'employeur : *Ville d'Anjou c. Patry*, [1988] R.J.Q. 502 (C.S. — en appel) ; *Ville de Montréal Est c. Gagnon*, [1978] C.A. 100 : traitement civiliste d'une question conduisant à des résultats pratiques autres que ceux généralement apportés par la solution arbitrale, basée sur une étude plus circonstanciée et factuelle des comportements du salarié et de l'employeur.

14. *McGavin Toastmaster Limited c. Ainscough*, *supra*, note 7, p. 726.

15. Pour des exemples, voir : C. D'AOUST, L. LECLERC et G. TRUDEAU, *Les mesures disciplinaires : étude jurisprudentielle et doctrinale*, Montréal, École des relations industrielles, 1982, Monographie 13, 44 s.

réalisation de la notion de « salarié » que renferme très souvent ces lois, sans recourir à cet égard à l'exigence formelle d'un contrat individuel de travail, comme le veulent certains textes discordants de lois québécoises ¹⁶.

1.2. Absence de régime collectif

En l'absence de convention collective, l'option contractuelle, bien qu'elle ne soit pas la seule qui permette d'aménager juridiquement le rapport employeur-employé, offre une possibilité de construction juridique cohérente ¹⁷. Le contrat de travail, comme on l'a fort bien démontré, est une institution capable d'une certaine adaptation, sous l'effet, en longue portée, de la jurisprudence et de la doctrine ¹⁸. Les principes généraux du droit contractuel suffisent très souvent à expliciter ainsi sa structure essentielle. L'intervention du législateur demeure toutefois nécessaire pour imposer une solution spécifique qui déroge à ces principes généraux, comme par exemple, pour affirmer, comme on le fait dans l'Avant-projet de loi, le maintien du lien contractuel à l'endroit d'un tiers, en l'occurrence, l'acquéreur de l'entreprise dans laquelle travaille le salarié (C.c.Q., art 2156 — Avant-projet). Le mérite de la solution contractuelle dépendra pour une bonne part de la valeur du régime qui y correspond. D'où certaines observations particulières quant au contenu de l'Avant-projet de loi.

D'abord, son champ d'application : il doit permettre d'embrasser l'ensemble du salariat, sauf dans la mesure, bien entendu, où une convention collective y pourvoit. Sont des salariés toutes ces personnes qui s'« intègrent à l'entreprise d'autrui » dans l'exécution de leur travail, au lieu d'être leur propre employeur. Comme l'ensemble de la jurisprudence des lois du travail le démontre, le pouvoir de prescrire la façon d'exécuter le travail n'est plus le critère exclusif de l'employeur. L'employé de haut niveau jouit souvent de la plus grande latitude à cet égard dans l'entreprise moderne. L'accomplissement de sa prestation pour autrui n'en fait pas moins un salarié ; l'acceptation d'un

16. Ainsi, la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1, (L.n.t.) qui fonde généralement son application sur la réalisation de la définition du « salarié » qu'elle apporte, (art. 1, 10°), postule toutefois exceptionnellement l'existence d'un contrat de travail pour que certaines de ses dispositions puissent s'appliquer (ex., art. 82 et 124 ; en raison de la notion de « service continu », définie elle-même à l'art. 1, 12°) ; et art. 84. Voir aussi plus généralement, la définition de « travailleur » dans la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.R.Q., c. S-2.1, art. 1.

17. Sur la possibilité de s'en remettre à cet égard à une notion légale de relation d'emploi, voir : R.-P. GAGNON, L. LEBEL et P. VERGE, *supra*, note 1.

18. Voir : M.-F. BICH, « Du contrat individuel de travail en droit québécois : essai en forme de point d'interrogation », (1986) 17 *R.G.D.* 85.

cadre général de travail, imposé par le bénéficiaire du travail, traduit cette réalité de dépendance¹⁹. Mais, le phénomène actuel ne se limite pas à ces emplois relativement élevés. Les situations où le lien de subordination devient moins apparent se propagent avec le développement de la technologie, qui permet notamment l'exécution de plusieurs travaux à domicile (télétravail), de même qu'avec l'implantation de formes plus participatives de gestion dans les entreprises (cercles de qualité de vie au travail)²⁰. Or, le libellé de la définition proposée du contrat de travail, à l'article 2144, est indûment restrictif. Il exige, non seulement la direction ou le contrôle « d'une autre personne, mais aussi le fait pour l'employeur de "donner des instructions". Une exigence souple de contrôle serait une exigence suffisante.

La terminaison du contrat ne satisfait pas, non plus, aux exigences de la réalité contemporaine. La réalité la plus courante est celle du contrat à durée indéterminée. Comment prend-il fin selon l'Avant-projet de loi ? À l'initiative de l'une ou l'autre partie, moyennant un avis de congé suffisant (article 2150), simple exigence de procédure, qui disparaît elle-même en certaines circonstances particulières, soit, manifestement, le décès de l'employé (art. 2151), ou encore, l'existence d'un motif sérieux de résilier le contrat (art. 2152) : solution du siècle passé, d'un libéralisme intégral, expression d'une artificielle symétrie consensuelle.

Le consensus universel reflète autrement la réalité : d'ordinaire, la fin de l'emploi est plus lourde de conséquences pour l'employé que pour l'entreprise. Aussi, moyennant un certain nombre d'exceptions, notamment le cas des travailleurs engagés à titre occasionnel pour une courte période, un réel contrat à durée déterminée, ou encore, la nécessité de prévoir une période d'essai d'une durée raisonnable au moment de l'engagement, toute cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur doit-elle procéder d'« 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 ». Tel est le langage de la *Convention (n° 158) concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur*, adoptée par la Conférence générale de l'Organisation internationale du travail en 1982. (Elle reprenait elle-même la teneur d'une recommandation qui avait eu cours pendant une vingtaine d'années).

19. Voir notamment sur cette question : R.-P. GAGNON, L. LEBEL, P. VERGE, *Droit du travail*, Québec, P.U.L., 1987, p. 9 s. et la jurisprudence citée.

20. Voir notamment : K. NEWTON, « La qualité de la vie au travail au Canada », p. 79 s. dans : *La coopération ouvrière-patronale, Études pour la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada*, Ottawa, Approvisionnements et services, 1986.

Le Canada, bien que membre de l'O.I.T., n'a pas encore ratifié cette convention, sans doute parce que, précisément, la législation interne n'en a pas encore atteint uniformément le niveau. Il n'en demeure pas moins anachronique et socialement inadéquat que le législateur québécois puisse s'apprêter à perpétuer, du moins à titre de principe initial, la faculté de licencier à volonté dans le régime de droit commun. En réalité, d'importantes mesures contenues dans les lois du travail réduisent considérablement la portée de ce choix, au point que l'on peut se demander si, dans les faits, la nécessité d'une cause juste et suffisante de renvoi n'est pas devenue la norme d'application la plus fréquente²¹ ; le problème en devient alors un de cohérence législative, ce dont il sera question ci-après. De plus, une conception assez souple de l'abus de droit pourrait permettre d'accentuer cette tendance à l'effet d'exiger un motif valable de renvoi, l'observation purement formelle de l'exigence de préavis ne pouvant, en définitive, permettre de fermer les yeux devant l'arbitraire²². Mais alors, devant ces exceptions cumulées, l'inadéquation du principe énoncé à l'article 2150 ne paraît que plus évidente !

Le libellé de certains textes relatifs à la fin du contrat à durée indéterminée soulève par ailleurs, quelques difficultés particulières, somme toute, beaucoup moins fondamentales que cette faculté pour l'employeur de résilier à volonté ce contrat²³.

21. Il s'agit ici de l'effet cumulatif des multiples interdictions de congédiement dans plusieurs lois, traitant ou non directement du travail, dans les législations québécoise et fédérale ; il s'agit aussi, dans ces deux systèmes, de contrôle arbitral de caractère juste et suffisant de la cause de renvoi d'employés dont le service continu est d'un an au fédéral (C.c.t., art. 61.5) et de cinq ans au Québec (L.n.t., art. 124). Pour une présentation d'ensemble de la question, voir notamment R.-P. GAGNON, L. LEBEL et P. VERGE, *supra*, note 19, p. 78 s.

22. Exemples : *Thomas Cook Overseas Ltd. c. McKee*, C.A. (Montréal) 500-09-000805-792, 28 mars 1983, D.T.E. 83T-572 ; *Loiselle c. LaSalle Corporation*, [1987] R.J.Q. 2536 (C.S. — en appel).

L'article 2153 de l'Avant-projet de loi fait aussi allusion à l'abus de droit, mais lie son éventualité (*et*), contrairement à l'état actuel du droit, à l'existence d'un préavis insuffisant, manquement qui, à lui seul, rend pourtant le renvoi illicite.

23. Art. 2150 : le calcul du préavis devrait aussi pouvoir découler, selon l'état actuel du droit, de certains facteurs qui n'y sont pas expressément énoncés, en particulier, la nature de l'emploi quitté pour venir assumer celui auquel il est mis fin ;

Art. 2151 : l'inaptitude totale de l'employé, ne devrait-elle pas entraîner, si les circonstances le justifient, la perte de son droit à la rémunération tenant lieu de préavis ? D'ailleurs, ne s'agit-il pas là d'un « motif sérieux » permettant à l'employeur de résilier unilatéralement le contrat sans préavis, selon l'art. 2152 ?

Art. 2152 : ce motif sérieux permettant à une partie de se libérer unilatéralement de son engagement ne doit-il pas nécessairement être offert par l'autre partie. Sinon, sauf le véritable cas fortuit, il s'agirait-là d'un affaiblissement excessif de l'engagement contractuel.

Quant au contrat à durée déterminée, d'occurrence beaucoup moins fréquente, l'Avant-projet dispose de sa tacite reconduction possible. Elle donne lieu elle-même, de préciser l'article 2149, à un contrat à durée fixe²⁴. Mais compte tenu des contradictions jurisprudentielles à ce sujet et, surtout, de la nécessité pour la règle de droit de s'élever au-dessus du formalisme pour considérer la situation réelle, le nouveau code devrait aussi envisager expressément la succession ininterrompue de plusieurs contrats à durée déterminée : n'en arrivent-ils pas à équivaloir souvent, à un rapport de travail, en fait, de durée indéterminée pour le salarié ? Le mode de terminaison devrait alors correspondre à celui d'un tel contrat à durée indéterminée²⁵.

L'Avant-projet se juge aussi par ce qu'il ne contient pas. Devrait y figurer, un énoncé théorique de la suspension de l'exécution de certaines prestations du contrat de travail en diverses circonstances : absence pour maladie, congés divers, etc. La jurisprudence en est même réduite à reconnaître, même en l'absence de tels textes, la réalité de la mise à pied à la suite d'une baisse de l'activité de l'entreprise²⁶, de même que la suspension disciplinaire (ce, en l'absence de toute convention collective)²⁷. Comment, expliquer théoriquement, sans un texte précis, qu'un employeur puisse aussi se libérer de son obligation de fournir le travail convenu à l'employé ?²⁸ Par ailleurs, quelle place réserver, dans une optique quelque peu évolutive, au facteur primordial de l'ancienneté, si fondamental en milieu conventionné : sa prise en compte ne devrait-elle pas être généralisée, sauf stipulation expresse contraire des parties, à l'occasion de certaines décisions, comme la mise à pied et le rappel au travail ?²⁹

24. Encore faudrait-il préciser que l'employeur, à l'arrivée du contrat initial, doit continuer de fournir le travail aux mêmes conditions que celles prévues à ce dernier, pour qu'il y ait tacite reconduction : *Jean c. Groupe Promodor Inc.*, C.S. (Québec) 200-05-002808-835, 28 novembre 1984, J.E. 85-141 (infirmé partiellement, mais sous un autre angle : C.A. (Québec) 200-09-000012-853, 13 mai 1987, D.T.E. 88T-189).

25. Voir sur la question : M. COUTU, « Le non-renouvellement du contrat à durée déterminée : évolution comparée du droit du travail français et de la jurisprudence québécoise récente », (1986) 46 *R. du B.* 57. De plus, il y a lieu de tenir compte de l'effet des art. 124 L.n.t. et 61.5, C.c.t., mentionnés *supra*, note 21.

26. *Laurier Auto Inc. c. Paquet*, C.A. (Québec) 200-09-000932-845, 23 février 1987.

27. *Malabre c. IDI Electric (Canada) Ltd.*, [1984] C.S. 563. Voir cependant : *Maheu, Noiseux et associés c. Roneo Vickers Canada Ltd.*, C.A. (Québec) 200-09-000514-841, 13 juin 1988.

28. Voir notamment : G. COUTURIER, « Les techniques civilistes et le droit du travail », *Dalloz* 1975, Chron. 221, p. 223.

29. Voir un pas en ce sens, mais l'occasion toutefois de la détermination de la légalité d'un renvoi : *Commission des normes du travail c. Mia Inc.*, C.A. (Montréal) 500-09-000539-841, 10 juillet 1985, D.T.E. 85T-590 (autorisation d'appel refusée par la Cour suprême, 28 octobre 1985).

Le régime du contrat de travail ne doit pas se limiter à disposer de la pratique contractuelle la plus simple ; il doit aussi reconnaître la place de certains autres modes contractuels qui, bien que qualifiés d'atypiques, n'en sont pas moins devenus relativement fréquents. À l'instar d'autres juridictions, le législateur québécois devrait en profiter pour tracer le cadre général de la relation de travail établie par des entreprises dites de travail temporaire et pour préciser les droits essentiels du salarié mis à la disposition d'une filiale à l'intérieur du réseau de l'entreprise ramifiée, quitte à laisser place à des aménagements contractuels complémentaires dans l'un et l'autre cas³⁰.

Certes, l'énoncé général de l'article 1481 de l'Avant-projet, qui réitère la règle de l'article 1024, C.c.B.-C., quant au contenu obligationnel implicite des contrats, permet d'éviter l'insertion, au regard des différents contrats nommés, de dispositions trop spécifiques. Pour ce qui est du contrat de travail, à côté de certaines précisions heureuses (comme, par exemple, l'explicitation, à l'article 2145, de l'obligation de l'employeur de fournir le travail convenu, ou encore, le maintien du lien contractuel advenant vente, concession ou transmission de l'entreprise (art. 2156)), il y aurait ainsi place pour traiter d'importants aspects de la vie professionnelle salariée.

Mais, un régime moderne et complet du contrat de travail, qui se justifie en l'absence de convention collective, est-il à sa place dans le Code civil ?

2. La place de la solution contractuelle

Le dilemme n'est pas nouveau : intégration du régime du contrat de travail au droit des obligations du Code civil ou insertion dans un véritable *Code du travail*. Avec l'Avant-projet de loi, la première solution acquiert une longueur d'avance sur la seconde dans la conjoncture législative. Cette dernière ne semble portée par aucun courant particulier dans le présent contexte législatif. Cette absence de volonté politique à ce sujet rend impérieux de remettre en cause la proposition d'intégration du régime au Code civil ; elle risque, en définitive, de disposer de la question par défaut, sans considération des avantages et désavantages relatifs de l'une et l'autre solution.

30. À titre comparatif, le *Code du travail* français comporte des textes précis à ce sujet : art. L. 124.1 s. (travail temporaire) et L. 122-14-8, (salarié mis au service d'une filiale étrangère). Voir aussi : M. GRANT et P. LAPORTE, « Analyse de la jurisprudence du Tribunal du travail, concernant les entreprises de "placement de main-d'œuvre" », (1987) 47 *R. d B.* 1205. Sur la nécessité de tenir compte des nouvelles formes de travail : Lord WEDDERBURN, « Labour Law : Autonomy from the Common Law ? », (1988) 9 *Comp. Lab. L. J.* 219, p. 225.

Cette absence momentanée de projet législatif actif visant à doter le Québec d'un véritable *Code du travail*, par opposition à ce qui n'est présentement, sous ce vocable, qu'une loi régissant les rapports collectifs du travail, ne résulte pas d'un constat d'inopportunité de la formule, ou encore, de la présence de difficultés majeures que pourrait susciter sa mise en œuvre. Aucun débat méthodique et public n'a encore eu lieu à ce sujet ; nous sommes plutôt en présence d'une incapacité gouvernementale chronique à poursuivre en longue portée et dans une perspective d'intérêt public, une œuvre d'édification d'un corpus intégré de législation du travail. L'élan de la Révolution tranquille des années 1963 et 1964, qui amorça, audacieusement pour l'époque, un projet législatif en ce sens — dont on retrouve un plan dans l'actuelle loi régissant les rapports collectifs du travail³¹ — n'est plus là ! Pourtant, tout au cours du quart de siècle écoulé depuis ces années animées d'une volonté de bâtir les institutions sociales québécoises, les incitations précises et documentées de continuer d'agir en ce sens n'ont pas fait défaut ! On est même rendu à faire l'histoire des projets de code du travail au Québec³² ! Pour les intéressés, il suffit de consulter l'abondante littérature consacrée à l'ensemble de ce sujet³³. Aussi, nous bornons-nous ici à soulever les seuls grands aspects relatifs à la détermination du contexte approprié du régime contractuel.

Les deux grandes orientations évoquées sont donc possibles. Des expériences étrangères en témoignent : insertion des textes de base relatifs au contrat de travail dans le Code civil en Allemagne de l'Ouest³⁴ ; *Code du travail* intégré en France, notamment³⁵. Il doit toutefois être entendu au départ que le second modèle ne postule aucunement une dissociation du régime ainsi rattaché à un code du travail de l'application supplétive des principes généraux du droit civil. Comme pour l'ensemble de la législation du travail d'ailleurs, sous réserve des impératifs de la *Loi d'interprétation*^{35.1},

31. Voir : G. HÉBERT, « La genèse du présent Code du travail », p. 13 s. dans : *Le Code du travail du Québec*, (1965), Québec, P.U.L., 1965.

32. Voir ainsi : C. JOBIN, « Harmonisation des lois et règlements du travail », p. 135 s ; *La déréglementation des relations du travail*, du septième Congrès des relations du travail, Montréal, Université de Montréal, 1987.

33. Voir notamment : F. MORIN, *Un véritable Code du travail, un projet réalisable*, étude accompagnant le *Rapport de la Commission consultative sur le travail et la révision du Code du travail* intitulé *Le travail, une responsabilité collective*, Québec, ministère des Communications du Québec, 1985 ; l'Annexe D de ce rapport, p. 357 s. : *Projet de codification des principales lois du travail* ; P. VERGE, « Vision d'une révision du Code du travail », (1979) 20 *C. de D.* 901.

34. B.G.B., art. 611 à 615.

35. La Commission de codification, à l'origine du Code qui précède l'actuel, établie par une loi du 2 janvier 1973, avait été nommée dès 1901.

35.1 L.R.Q., c. 1-16.

l'arrière-plan demeure bien l'un ou l'autre des systèmes de droit commun qui prévalent au Québec, selon les aspects envisagés. Et même, d'une façon beaucoup plus spécifique, sous réserve, des dérogations que pourrait contenir la loi du travail à ce sujet, il est bien concevable, comme l'illustre le *Code du travail* français, de prévoir dans un éventuel chapitre du *Code du travail* relatif au contrat individuel de travail, que ce dernier demeure « soumis aux règles du droit commun »³⁶.

Quels sont alors les avantages du rattachement au *Code du travail*?

Il s'agit d'abord d'un véhicule législatif qui, idéalement du moins, paraît plus sensible à l'évolution des grands milieux de travail. Cette codification peut refléter spécifiquement cette scène évolutive du travail. Elle empêche ainsi une dissociation graduelle — pourvu qu'elle fasse elle-même l'objet d'une révision périodique — de l'armature juridique essentielle du contrat de travail du contenu plus détaillé des différentes mesures législatives du travail. Par exemple, pour reprendre certaines observations relatives au présent Avant-projet de loi, la notion même de contrat de travail doit tenir compte de l'atténuation du lien de subordination, ou encore, la définition du contenu obligationnel essentiel doit aussi refléter le développement de formes courantes de travail.

Dans une perspective législative cette fois, l'intégration du régime du contrat à un véritable Code du travail conduit à une simplification de la législation dans son ensemble. Par voie de contraste, l'Avant-projet relatif au droit des obligations a pour conséquence, tantôt une répétition abusive des textes sur un même sujet, tantôt une disparité de solutions, tant de fond que juridictionnelle, troublante pour le citoyen en cause. Ainsi, pourquoi trois affirmations du droit à la sécurité et à l'intégrité de l'employé : l'article 46 de la *Charte des droits et libertés de la personne*^{36.1}, l'article 9 de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*^{36.2} et l'article 2145 de ce chapitre projeté du Code civil ? Le certificat de travail est-il primordial au point de faire l'objet de deux obligations distinctes, l'une trouvant sa source dans l'article 84 de la *Loi sur les normes du travail*, l'autre, dans l'article 2155 de l'Avant-projet de loi ?

36. *Code du travail*, art. L. 121-1. (Certaines des règles du droit commun de contrats ne sont pas nécessairement opportunes relativement au contrat de travail. Par exemple, le principe énoncé à l'art. 1477 de l'Avant-projet de loi, à l'effet que « dans le doute, le contrat s'interprète toujours en faveur du débiteur et contre le créancier de l'obligation, à moins que celui-ci n'ait été appelé à adhérer au contrat », pourrait être confronté à celui d'une interprétation favorable à l'employé.)

36.1 L.R.Q., c. C-12.

36.2 L.R.Q., c. S-2.1.

La coexistence de dispositions à tout le moins apparentées dans le Code civil et dans la législation du travail conduit aussi parfois à des subtilités discutables, voire à des contradictions. Ainsi, advenant l'aliénation de l'entreprise, la solidarité entre le vendeur et l'acquéreur s'impose relativement aux importantes obligations découlant de la *Loi sur les normes du travail* (art. 96 de cette loi), mais elle n'est pas prescrite, quant aux obligations contractuelles, par l'article 2156 de l'Avant-projet. Le préavis de licenciement doit-il être bicéphale : d'une part, issu de la *Loi sur les normes de travail* et calculé en fonction de la durée du service continu (L.n.t., art. 82) et, d'autre part, selon le droit commun, établi de manière à tenir compte du contexte général de l'emploi (art. 2150 de l'Avant-projet de loi) ? La prescription de la créance de salaire soulève la même difficulté, selon qu'elle trouve sa source dans la loi du travail (L.n.t., art. 115) ou dans le contrat de travail (C.c.B.-C., art. 2260)...

Enfin, si, avec raison, les codificateurs du droit civil doivent généralement prendre soin, compte tenu de son universalisme, de ventiler le droit selon qu'il ressortit au fond ou à son actualisation juridictionnelle, pour ne retenir que le premier aspect, le même souci, appliqué, cette fois, au droit relatif au travail conduit à des résultats indésirables. La portée pratique de la règle de droit est alors étroitement liée à d'autres données juridiques, telles l'existence de présomptions, d'avenues procédurales particulières. Les modes d'intervention de la juridiction compétente, l'étendue de ses pouvoirs sont des aspects primordiaux qui doivent prolonger l'énoncé de la règle matérielle. Une présentation complémentaire de ces différents éléments paraît indiquée. Ainsi, par exemple, le licenciement devrait être l'occasion de l'élaboration d'un système le plus intégré possible. Or, pour ce qui est du contentieux de droit commun auquel il peut donner lieu, l'Avant-projet de loi n'apporte que l'énoncé de la règle de fond. De surcroît, savons-nous, cette règle doit coexister, si l'on envisage l'ensemble de la législation pertinente actuelle, avec une multiplicité de recours spécifiques issus de diverses lois. Ces différents régimes particuliers, en dépit de leurs idéosyncraties, présentent aussi le trait commun de se préoccuper au premier chef, avons-nous vu, à la différence du droit civil, de la cause du renvoi.

Mais, en contrepartie des avantages qu'il semble comporter, le rattachement du régime de contrat de travail au droit du travail codifié en réduirait-il la portée d'un point de vue constitutionnel, en ce sens qu'il ne serait pas applicable aux employés des entreprises relevant de la compétence législative du Parlement, tandis que, rattaché au droit civil, il les engloberait également dans sa portée ? Il nous semblerait à ce sujet que la forme législative ne puisse masquer la substance du droit en cause : le contenu obligationnel de base du contrat de travail, à la charge réciproque de l'employeur et de l'employé,

ressortissent au domaine des conditions de travail et des relations de travail³⁷. La législation québécoise ne peut altérer à cet égard le droit commun préconfédératif à l'endroit d'entreprises qui relèvent de la compétence du Parlement. La généralité du support législatif, en l'occurrence la codification du droit civil, par opposition à celle de portée plus spécifique, celle du droit du travail, ne paraît pas, en dépit des apparences, une considération de taille à renverser cette donnée.

Conclusion

L'exhaustivité de la convention collective quand elle s'applique, la cohésion du droit et son adaptation à la réalité du travail, dans l'hypothèse contraire, inclinent à suggérer la suppression du chapitre relatif au contrat de travail dans ce titre du Code civil consacré aux contrats nommés. Ce geste négatif marquerait d'une façon éminemment positive, la volonté du législateur de se remettre à la tâche de codification du droit du travail.

37. *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Bell Canada*, arrêt de la Cour suprême du Canada, 26 mai 1988.