Document généré le 17 juil. 2025 08:38

Les Cahiers de droit

L'indemnité de congédiement en droit commun

Réjean Breton

Volume 31, numéro 1, 1990

URI : https://id.erudit.org/iderudit/043001ar
DOI : https://doi.org/10.7202/043001ar

Aller au sommaire du numéro

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)
1918-8218 (numérique)

Découvrir la revue

Citer cet article

Breton, R. (1990). L'indemnité de congédiement en droit commun. *Les Cahiers de droit*, *31*(1), 3–80. https://doi.org/10.7202/043001ar

Résumé de l'article

C'est dans ce mouvement de la redécouverte de l'individu que vient frapper, avec un peu de retard, comme toujours en droit, cette vague de décision sur le congédiement de droit commun. Les nombreuses interventions de la Cour d'appel depuis deux ans sont la meilleure illustration du déplacement important qui s'opère du côté du droit individuel du travail.

Depuis le début des années quatre-vingt les conditions économiques ont imprégné les relations de travail, sont devenues une composante majeure dans le dossier de la résiliation unilatérale du contrat. Dans une proportion importante de décisions elles viennent jeter un nouvel éclairage dans le débat sur le préavis suffisant.

Nouvelles conditions économiques qui remodèlent l'organisation de l'entreprise et conséquemment les relations de travail, individuelles et collectives ; conditions de travail en mutation accélérée et, s'agissant de la résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée, redécouverte de la portée des conditions implicites à travers l'usage et l'équité. Enfin un concept relativement nouveau, l'abus de droit en matière contractuelle, dont les contours sont encore très mal définis, ce qui en explique l'usage immodéré mais peut susciter les plus grands espoirs chez ceux qui sont préoccupés d'humaniser l'exercice par l'employeur de la faculté de résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée.

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 1990

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

https://www.erudit.org/fr/

L'indemnité de congédiement en droit commun

Réjean BRETON *

C'est dans ce mouvement de la redécouverte de l'individu que vient frapper, avec un peu de retard, comme toujours en droit, cette vague de décision sur le congédiement de droit commun. Les nombreuses interventions de la Cour d'appel depuis deux ans sont la meilleure illustration du déplacement important qui s'opère du côté du droit individuel du travail.

Depuis le début des années quatre-vingt les conditions économiques ont imprégné les relations de travail, sont devenues une composante majeure dans le dossier de la résiliation unilatérale du contrat. Dans une proportion importante de décisions elles viennent jeter un nouvel éclairage dans le débat sur le préavis suffisant.

Nouvelles conditions économiques qui remodèlent l'organisation de l'entreprise et conséquemment les relations de travail, individuelles et collectives ; conditions de travail en mutation accélérée et, s'agissant de la résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée, redécouverte de la portée des conditions implicites à travers l'usage et l'équité. Enfin un concept relativement nouveau, l'abus de droit en matière contractuelle, dont les contours sont encore très mal définis, ce qui en explique l'usage immodéré mais peut susciter les plus grands espoirs chez ceux qui sont préoccupés d'humaniser l'exercice par l'employeur de la faculté de résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée.

It has been with a somewhat belated swing towards rediscovery of the individual — as so often occurs in law — that we observe a rash of recent decisions on common law dismissals. The numerous interventions of the Court of Appeal over the past two years provide the best illustration of this important shift in individual labour law.

---

* LL.D., professeur, Université Laval, Québec. L'auteur tient à remercier M. Yves N. Picard, assistant de recherche, pour sa contribution à la préparation de ce texte qui fut écrit en juillet 1989.

Since the beginning of the 1980's, economic conditions have set the pace in labour relations and have become a major component in the unilateral termination of contracts. In an important proportion of decisions, they shed new light on the debate over reasonable notice.

New conditions which reshape the corporate structure and in doing so, remake individual and group labour relations; working conditions and accelerated transfers and, in the case of unilateral termination of a contract of indeterminate duration, rediscovery of the scope of implied terms through common practice and natural justice. And finally, a relatively new concept, abuse of right (sometimes mental distress) in contractual matters, the limits of which are still a bit fuzzy which explains its inordinate usage, but which also raises the greatest hopes among those who are concerned with humanizing the employer's recourse to unilateral termination of a contract of indeterminate duration.

Pages

1. Facteurs classiques 6
1.1. La difficulté pour l'employé de trouver une autre position d'égale importance 8
1.2. Nature et importance du travail 16
1.3. Les circonstances de l'engagement 19
1.4. Le fait que l'employé a quitté un emploi certain et rémunérateur 22
1.5. L'intention des parties 26

2. Facteurs d'influence statutaire 29
2.1. Dossier de l'employé 30
2.1.1. La faute contributoire de l'employé 31
2.1.2. Les caractéristiques de l'employé 37
2.1.3. Ancienneté 39
2.1.4. Âge 41
2.2. Dossier de l'employeur 43
2.2.1. Les caractéristiques de l'entreprise 43
2.2.2. Manière de congédier 44
2.2.2.1. Le cas de la mise à pied 46
2.2.2.2. Le cas du congédiement déguisé 47
2.2.3. Les raisons du congédiement 50

3. Nouvelles réalités socio-économiques : concepts renouvelés ou concepts nouveaux 51
3.1. Conditions économiques 52
3.2. Conditions implicites 56
3.3. Abus de droit 61
3.3.1. Contenu du droit de congédier 62
3.3.2. Abus du droit de congédier 65
3.3.2.1. Congédiement avec cause raisonnable et l'abus de droit 66

3.3.2.2. Congédiement sans cause raisonnable, avec préavis suffisant, et l'abus de droit 70

Conclusion 77

En même temps que les chartes nous font redécouvrir les droits individuels, vient déferler une vague de décisions sur le congédiement de droit commun. Les nombreuses interventions de la Cour d'appel depuis deux ans sont la meilleure illustration du déplacement important qui s'opère du côté du droit individuel du travail.

La résiliation du contrat de travail à durée indéterminée est d'une importance centrale parce que c'est à ce stade qu'intervient presque toujours le juge qui ne connaît alors le contrat de travail qu'à travers le prisme des données entourant sa rupture par l'employeur. Mais, c'est un sujet extrêmement complexe, parce que se situant au confluent de toutes les influences et de toutes les contradictions qui peuvent naître d'un amalgame de droit français et nord-américain, individuel et collectif, civil et statutaire.

L'indemnité de préavis que devra débourser l'employeur, qui, en l'absence de cause raisonnable, a congédié sans avis-congé ou avec un avis-congé insuffisant, est fonction d'un nombre toujours grandissant de facteurs qui viennent le déterminer. L'arrêt *Columbia Builders* de la Cour d'appel [1], en 1967, a proposé cinq (5) facteurs qui, continuellement repris depuis par la jurisprudence, sont devenus des classiques.

Dans l'entretemps les relations collectives de travail connaissaient un développement spectaculaire, au point d'ailleurs d'éclipser le droit commun du travail, comme l'illustre le peu de doctrine en la matière depuis la fin des années soixante. Cette vitalité du collectif ne pouvait pas ne pas se répercuter sur le droit individuel de travail. Si le législateur a assumé le relais à travers la *Loi sur les normes du travail*, il faut bien reconnaître que le droit commun est longtemps resté en arrière. Mais les années quatre-vingt, sous l'effet de la crise économique, nous semblent marquer le retour en force des relations individuelles de travail. C'est dans ce courant que viennent s'inscrire les facteurs d'influence collectiviste et statutaire auxquels les tribunaux ont senti le besoin de recourir devant l'insuffisance des cinq (5) facteurs traditionnels dégagés dans *Columbia Builders*. À une nouvelle réalité socio-économique doit correspondre, au mieux, un nouvel encadrement juridique, ou comme pis-aller, des normes qui auront été mises à jour, renouvelées.

1. *Columbia Builders Supplies Co. v. Bartlett*, [1967] B.R. 111, p. 119.

Les tiraillements de la jurisprudence, qui oscille entre les facteurs classiques de détermination du préavis et ceux qui subissent l'influence du collectif et du statutaire, pourraient trouver leur aboutissement dans le recours plus systématique à un concept bien connu, celui des conditions implicites du contrat de travail, et dans une utilisation plus modérée, rigoureuse, d'un nouveau concept en droit contractuel, celui de l'abus de droit. La crise économique aura provoqué une remise en question des vieux postulats et accéléré la mise-en-marche d'un renouvellement du droit en matière d'indemnité de préavis.

Facteurs classiques de détermination du préavis raisonnable, facteurs d'influence collectiviste et statutaire, analysés à la lumière des conditions implicites du contrat de travail et de l'abus du droit de congédier, voilà le chemin par où nous semble devoir passer cette difficile opération de dire ce qu'est le préavis auquel a droit le travailleur[2] qui assiste, impuissant, à la résiliation unilatérale par l'employeur de son contrat de travail à durée indéterminée.

1. Facteurs classiques

En contexte de contrat de travail à durée indéterminée, l'employeur doit l'indemnité de préavis au travailleur congédié sans cause raisonnable. Comment déterminer cette indemnité ou, plus concrètement, comment arrêter une longueur, une durée raisonnable pour ce préavis ? Parce qu'il ne faut jamais perdre de vue que le contrat de travail rompu unilatéralement en est un à durée indéterminée. Cette dimension éclipse toutes les autres et les juges n'ont cessé de le rappeler : l'employeur doit pouvoir mettre fin à ce contrat à durée indéterminée[3]. Autrement, on tombe dans la durée illimitée, et le droit répugne à cette façon de faire.

---

2. Nous n'entrerons pas dans ce débat touchant le caractère minimum ou maximum de l'article 82 de la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q. c. n-1.1. Il serait tout de même paradoxal qu'une législation, qui vise à poser un plancher protecteur pour les travailleurs, joue un rôle de plafond, se voit imposer cet effet pervers de nier à la majorité des travailleurs une des protections les plus importantes, l'indemnité de préavis raisonnable, et ce, au nom précisément d'une loi de protection minimale. Où serait donc passé l'article 41 de la *Loi d'interprétation du Québec*. Un avant-projet de loi a été présenté qui viendrait clarifier cette situation. (Loi modifiant la Loi sur les normes du travail et d'autres dispositions législatives, 1989, deuxième session, trente-troisième législature). Son article 31, prévoit ce qui suit en son dernier paragraphe : « Le présent article n'a pas pour effet de priver un salarié d'un droit qui lui est conféré par une autre loi. » Voir sur le sujet, A. Edward AUST, *Le Contrat d'emploi*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais Inc., 1988, p. 138 à 142.

3. *Benson* c. *Brown Boveri Canada Ltd.*, [1983] C.S. 229 ; *Lecompte* c. *Steinberg's Ltd.*, [1981] C.S. 211, confirmé par [1985] C.A. 223 ; *Columbia Builders Co. Supplies Co. v. Bartlett, supra*, note 1.

Une certaine jurisprudence a pu voir dans ce droit reconnu à l'employeur de congédier sans cause raisonnable avec préavis un souci d'équilibre, puisque l'employé peut toujours, de son côté, démissionner, « — on a depuis longtemps aboli l'esclavage — »[4]. Cette vision passéiste des choses du travail doit faire place à la préoccupation de réconcilier protection du travailleur et faculté de résiliation de l'employeur, dans cette tâche d'arrêter les composantes de ce que sera le préavis raisonnable. L'équilibre à rechercher n'est pas celui qui oppose congédiement à démission, ce qui suppose une égalité qui n'existe pas, comme le démontrent toutes les législations du travail depuis cinquante ans, mais bien celui qui prend en compte les droits et obligations de la direction tels que perçus à travers les usages en cette fin de siècle, ce qui implique nécessairement une protection accrue du travailleur co-contractant. Cette protection accrue du travailleur, qui se traduit par un rallongement des préavis accordés par les juges et par un élargissement des types d'indemnités, doit pouvoir s'expliquer et se justifier en droit à travers des concepts et des techniques qu'il nous faut adapter aux nouvelles réalités et aux tendances qui se dégagent.

Le concept de préavis et les techniques qui servent à le déterminer ont subi de profondes transformations ces dernières années. Aussi demandent-ils à être dépoussiérés et rénovés en profondeur pour être en mesure de faire face aux mutations accélérées que connaîtra le milieu de travail avec le millénaire qui se pointe déjà. La détermination du préavis raisonnable nous oblige à nous pencher sur les raisons qui ont conduit le droit du contrat de travail à en faire une réponse appropriée au droit de résiliation unilatérale.

Une analyse systématique du sujet nous oblige à étudier isolément chacun de ces facteurs si l'on veut prétendre à une compréhension du préavis. Ne pas isoler chacun des principaux facteurs et les aborder en grappe ne peut que nous mener à des approximations. Nous comprenons qu'il n'est pas toujours possible d'isoler chacune des variables principales d'une situation et que l'opération comporte une bonne part d'artificiel en regard d'une réalité qui, elle, est globale, mais la compréhension passe nécessairement par la dissection, par l'analyse individuelle de chacune des composantes d'un phénomène. Quitte, bien sûr, à ne jamais oublier ce que comporte d'artificiel cette opération de fragmentation de la réalité pour fins d'étude et de compréhension.

L'étude de chacun des principaux facteurs de détermination du préavis nous conduit à faire des regroupements naturels de ceux-ci, ce qui nous permettra de faire ressortir des catégories de facteurs répondant à des préoccupations et à des influences différentes. Cet exercice ne peut que nous conduire à une meilleure compréhension de ce concept du préavis.

---

4. *Lecompte* c. *Steinberg's Ltd.*, *id.*, p. 215.

Pour les fins d'un compte rendu de la jurisprudence le plus fidèle possible, il importe dans un premier temps d'analyser les facteurs comme ils se sont présentés historiquement à nous au Québec, en prenant comme point de départ moderne le jugement *Columbia Builders*[5] de 1967 dans lequel le juge Rinfret identifie cinq (5) facteurs :

> Dans cette nouvelle perspective, je ne crois pas qu'il soit hors d'ordre pour les tribunaux ayant à décider de cas « de ceux qui occupent un rang dans la hiérarchie des employés » de considérer les circonstances de l'engagement, la nature et l'importance du travail, le fait que l'employé a quitté un emploi certain et rémunérateur, l'intention des parties, la difficulté pour l'une et l'autre des parties de trouver soit un remplaçant, soit une autre position d'égale importance et, au regard de ces considérations, de fixer pour l'avis de congé un délai raisonnable.[6]

Les cinq (5) facteurs avancés par la Cour d'appel seront étudiés dans l'ordre suivant :

1. La difficulté pour l'employé de trouver une autre position d'égale importance.
2. Nature et importance du travail.
3. Les circonstances de l'engagement.
4. Le fait que l'employé a quitté un emploi certain et rémunérateur.
5. L'intention des parties.

1.1. La difficulté pour l'employé de trouver une autre position d'égale importance

S'interrogeant sur l'objet du délai-congé, le juge Rinfret cite Planiol et Ripert :

> Le délai-congé est un délai que doit respecter celui qui prend l'initiative de la rupture ; il s'écoule entre le moment où il signifie cette rupture à l'autre partie et le moment où il rompt avec elle toutes relations de travail...
>
> Cette institution a pour objet d'éviter à l'autre partie le préjudice résultant de la brusque cessation du travail : ainsi prévenu à l'avance, l'employeur peut embaucher en temps utile un nouvel employé pour remplacer celui qui part, sans qu'il y est interruption dans le travail ; dans les mêmes conditions, *l'employé a le temps de chercher une nouvelle place et d'éviter le chômage...* (nous soulignons).[7]

Les règles du contrat de travail à durée indéterminée sont à l'effet que l'employeur peut y mettre fin en donnant à l'employé un préavis suffisant.

---

5. *Columbia Builders Suppliers Co. v. Bartlett, supra*, note 1.
6. *Id.*, p. 119.
7. *Id.*, p. 113.

C'est dire que l'employeur n'a aucune obligation de continuer à fournir du travail à un employé et, sans cause raisonnable, il peut mettre fin au contrat en tout temps, pour autant qu'il satisfasse à cette obligation de fournir le préavis raisonnable ou encore le paiement du salaire en tenant lieu. Pour ce type de contrat, la question de droit qui se pose d'abord n'est pas celle de savoir si l'employeur avait le droit de mettre fin au contrat, à moins bien sûr que l'employeur n'invoque la cause raisonnable, mais bien plutôt celle portant sur le préavis auquel avait droit l'employé dans les circonstances. Cette indemnité de préavis accordée éventuellement par le juge vient corriger les dommages résultant de la faute de l'employeur qui a mis fin au contrat sans remplir son obligation de préavis suffisant, étant entendu qu'il n'avait pas cause raisonnable de renvoi.

La principale raison qui amène un employeur à devoir donner un préavis suffisant est de permettre à l'employé de se chercher un nouvel emploi. La logique commande d'ailleurs que ce facteur de la période de temps nécessaire pour trouver un autre emploi équivalent soit le facteur le plus important. Dans un contexte économique favorable, on peut même dire que ce facteur vient transcender tous les autres qui se ramènent alors à des éléments convergeant tous en sa direction. Mais une question se pose: ce préavis raisonnable, en regard de qui doit-il s'analyser?

Raisonnable pour qui? Pour l'employé bien sûr, et c'est de lui seulement dont nous parlons quand nous nous penchons sur ce facteur de la difficulté de trouver un autre emploi équivalent [8]. Mais n'oublions pas qu'il s'agit d'un contrat et en conséquence, le préavis doit être raisonnable pour l'employeur également [9]. Ce qui doit être une période raisonnable pour permettre à un employé de se trouver un nouvel emploi équivalent peut être davantage que ce qu'on serait en droit de demander à un employeur de payer. Si la période de préavis est trop rallongée, la faculté pour l'employeur de résilier le contrat pour une cause qui n'est pas la cause raisonnable peut être remise en question ou simplement rendue illusoire. Les juges n'ont pas manqué de soulever cette dimension de la question:

> Toute indemnitaire que soit la règle de l'avis suffisant, il ne faut pas en faire une règle qui prive l'employeur de son droit de mettre fin à l'engagement, comme ce serait le cas si on forçait l'employeur à indemniser l'employé de toutes les pertes qui sont reliées au renvoi. [10]

Mais alors, qu'entend-on par préavis raisonnable? Ce serait le préavis suffisant dans le cours ordinaire des affaires pour permettre à l'employé de se

8. Voir *Benson* c. *Brown Boveri Canada Ltd., supra*, note 3, *Loiselle* c. *Brunet, Lasalle Corporation* [1987] R.J.Q. 2536, p. 2538 (C.S.).
9. Voir *Benson* c. *Brown Boveri Canada Ltd., id.*
10. *Lecompte* c. *Steinberg's Ltd, supra*, note 3, p. 214.

relocaliser dans un emploi équivalent. L'employé ne doit pas s'attendre à tirer bénéfice du fait qu'il a été renvoyé. À ce propos, l'obligation de mitigation faite à l'employé jouera un double rôle : elle forcera l'employé à réduire ses dommages lui résultant de la résiliation du contrat, et elle constituera en même temps une indication fort utile du niveau de difficulté pour être réembauché.

La responsabilité de l'employeur est de prévoir que l'employé n'encourt pas de perte salariale par sa faute et c'est pourquoi il doit donner le préavis suffisant. De fait, s'il a donné ce préavis raisonnable avant de mettre fin à l'emploi ou, au moment du congédiement, s'il a donné l'équivalent en salaire, alors il n'aura pas à débourser au-delà de ce qu'il a déjà donné.

> ... les dommages doivent être calculés sur la base du revenu perdu durant la période du « délai-raisonnable » qui aurait dû être accordé aux demandeurs pour se trouver un emploi. [11]

Le paiement du préavis ne doit couvrir que le préjudice effectivement encouru.

> La durée du préavis s'apprécie en fonction du préjudice causé : cette règle de l'avis suffisant est de caractère indemnitaire. [12]

Ce facteur majeur du temps requis pour se relocaliser dans un emploi comparable nous amène sur le terrain économique de l'offre et de la demande. Là où la demande pour une catégorie de travailleurs est forte, les employés concernés auront droit à un préavis moindre que dans des secteurs d'activités qui fonctionnent au ralenti [13]. La même conclusion vaut au plan géographique selon que des emplois semblables ou équivalents sont plus ou moins disponibles pour les employés congédiés [14]. Les secteurs d'activités et les régions peuvent avoir une incidence sur la durée du préavis ; dans le même ordre d'idée et au niveau individuel cette fois, les employés qui occupent des postes inhabituels, auront normalement droit à un préavis plus long. De même, plus un emploi sera spécialisé et plus il sera difficile à son détenteur d'en trouver un autre semblable, d'où un rallongement en conséquence de la durée du préavis [15].

Le cas de l'emploi spécialisé nous permet de faire une observation importante. Cette spécialisation de l'employé lui vient-elle de son séjour chez l'employeur concerné ou bien la possèdait-il lors de son entrée en fonction ?

---

11. *Lavigne* c. *Sabex Internationale ltée*, J.E. 80-887 (C.S.), p. 10.
12. *Lecompte* c. *Steinberg's Ltd.*, *supra*, note 3.
13. *Id.*
14. *Société Hôtelière Canadien Pacifique* c. *Hoeckner*, C.A. (Québec) 500-09-001125-855, 10 juin 1988, D.T.E. 88T-548.
15. Voir Howard A. LEVITT, *The Law of Dismissal in Canada*, Canada Law Book, 1985, p. 145 s.

En d'autres termes, l'employeur doit-il assumer dans tous les cas les conséquences d'une spécialisation qui se répercutent sur la durée du préavis ou bien doit-on le disculper pour cette portion du préavis qui découlerait du niveau de spécialisation de l'employé, quand cette spécialisation ne lui serait pas « imputable » ? N'oublions pas que le préavis auquel sera éventuellement condamné l'employeur est de caractère indemnitaire.

À l'inverse les employés qui n'ont pas la formation ou l'instruction possédée par la plupart des employés dans des postes équivalents ont plus de chance de se voir accorder une plus longue période de préavis puisqu'il leur sera plus difficile d'être réembauchés [16]. Ici encore se pose la question de l'imputabilité. À qui la faute si l'employé n'a pas la formation qui correspond au niveau du poste qu'il occupait chez l'employeur qui l'a renvoyé ? La Cour d'appel semble pencher en faveur de ce type d'employés mais il est difficile de savoir si la raison en est que l'on tienne responsable l'employeur pour cette plus grande difficulté qui en résulte pour cet employé de se placer ailleurs. La Cour d'appel nous a habitués à une énumération en vrac d'une série de facteurs jouant sur la durée du préavis et il est extrêmement difficile d'isoler et d'identifier la part jouée par chacun d'eux, surtout que la jurisprudence se défend contre toute tentation d'isoler un seul facteur [17], ce qui est un procédé commode de décider, en même temps qu'un réflexe qui veut tenir compte d'une réalité dont on ne peut sous-estimer la complexité.

Des employés rémunérés à la commission trouveront plus facilement un autre emploi similaire, parce qu'on considère que l'employeur assume un risque moins grand en engageant des salariés à commission plutôt qu'à salaire fixe [18] ; les préavis seront raccourcis en conséquence. Le comportement de l'employeur et de l'employé lors du congédiement sans cause raisonnable, et, suite à ce congédiement peut avoir une incidence sur le préavis. Si l'employé ne se préoccupe pas suffisamment de se relocaliser, l'indemnité de préavis pourra être révisée à la baisse.

> ... et la question de savoir s'il a paressé ou s'il a vraiment cherché un autre emploi aurait aussi une incidence sur la question des dommages. [19]

L'incidence en question devrait jouer logiquement à l'étape de la mitigation des dommages, mais il n'est pas inopportun de procéder en une seule étape pour arrêter un préavis qui soit en même temps mitigé, surtout quand l'on sait que la réalisation de cette obligation peut être un excellent instrument de mesure de la difficulté de trouver un nouvel emploi équivalent.

---

16. *Drouin* c. *Electrolux Canada Ltée*, [1988] R.J.Q. 950 (C.A.).
17. *Société Hôtelière Canadien Pacifique* c. *Hoeckner, supra*, note 14, J. Gendreau, p. 11.
18. LEVITT, *supra*, note 15, p. 149.
19. *Jolicœur* c. *Lithographie Montréal*, [1982] C.S. 230, p. 239.

L'employé peut s'être traîné les pieds pour se chercher du travail, comme l'employeur peut rendre plus difficile l'obtention d'un nouvel emploi par sa manière de congédier [20].

> ... mais de plus le traitement infligé au demandeur lors de son départ est impardonnable, chassé et humilié comme s'il avait eu une conduite criminelle dont il fallait se méfier,... plus encore, et plutôt que de donner le véritable motif du congédiement, le comité paritaire a tenté d'en inventer un... Le tribunal comprend pourquoi, malgré sa bonne volonté et ses efforts pour se trouver un nouvel emploi, M. Carle a pris plus de onze (11) mois pour se relocaliser. [21]

La manière de congédier ressort surtout au titre de l'abus de droit auquel nous réservons un traitement particulier en regard de son importance, mais elle peut encore se traduire par son incidence sur la durée de préavis. On n'a qu'à penser bien sûr à la mauvaise réputation que peut faire un employeur à son employé congédié, pour comprendre ce que cela peut signifier comme impasse future, surtout quand « il s'agit d'une industrie très fermée où les nouvelles se propagent assez rapidement » [22].

Par contre, l'employeur qui congédie avec toutes les précautions d'usage et en apportant aide et support au travailleur touché pourra voir la durée du préavis réduite en conséquence.

> ... tel que convenu entre les parties, l'intimé, tout en se présentant au travail jusqu'à la fin de février 1981, s'absentait pour chercher un emploi... Pendant cette même période, les appelantes ont versé la somme de $ 8,000 pour le bénéfice de l'intimé à des conseillers spécialisés dans la réaffectation des cadres ;... [23]

Dans cette affaire le juge de première instance avait accordé douze (12) mois, alors que l'employé avait effectivement bénéficié d'un avis de congé de sept (7) mois payé par l'employeur ; la Cour d'appel, à la majorité, devait ramener le préavis suffisant à sept (7) mois.

> Dans le présent litige, je suis d'opinion qu'un délai de sept mois est raisonnable tenant compte de la somme de $ 8,000 payée par les appellantes à des conseillers, ce qui représente un mois additionnel de salaire. [24]

---

20. *Miron Inc.* c. *Des Cheneaux* ; [1988] R.L. 636 (C.A.) ; *Carle* c. *Comité paritaire du vêtement pour dames*, [1987] R.J.Q. 2553 (C.S.) ; *Société Hôtelière Canadien Pacifique* c. *Hoeckner, supra*, note 14.
21. *Carle* c. *Comité paritaire du vêtement pour dames, id.*, p. 2557.
22. *Société Hôtelière Canadien Pacifique* c. *Hoeckner, supra*, note 14, juge Fortin (*ad hoc*), p. 12.
23. *Surveyer, Nenniger & Chenevert Inc.* c. *Jackson*, C.A. (Montréal) 500-09-000764-852, 18 juillet 1988, D.T.E. 88T-667, p. 2.
24. *Id.*, p. 7.

Toujours dans ce même litige, le juge Rothman, dissident, rappelait un principe d'une grande importance :

> ... I do not believe one can always expect a mathematical correlation between the reasonableness of an indemnity for unjustified dismissal and the time required to find a new job. [25]

Paradoxalement, le juge dissident, après avoir tenu ces propos, maintient les douze (12) mois de préavis décidé par le juge de la Cour supérieure [26] ; il répondait alors à la prétention de l'employé qui revendiquait quatorze (14) mois de préavis, soit toute la période pendant laquelle il avait été sans emploi.

Il ressort de tout ce qui a été dit précédemment que la difficulté de se trouver un autre emploi équivalent peut provenir tant du fait de l'employeur que de celui de l'employé, ou encore des deux à la fois avec une certaine dominance. Ce qu'il faut bien cerner, c'est le degré d'imputabilité. Mais en même temps, l'employé congédié ne doit pas s'attendre à être indemnisé pour la totalité des dommages résultant du congédiement, tout comme l'employeur ne doit pas être privé « de son droit de mettre fin à l'engagement, comme ce serait le cas si on forçait l'employeur à indemniser l'employé de toutes les pertes qui sont reliées au renvoi » [27].

À quoi imputer la difficulté plus grande d'un employé à se relocaliser ?

> son âge et sa faible instruction n'étaient pas des actifs aux fins de trouver un nouvel emploi. [28]

On ne peut tout de même pas tenir rigueur à un employeur de l'âge de l'employé qu'il congédie, non plus que de sa faible scolarité. Bien sûr la considération d'autres facteurs vient jeter l'éclairage nécessaire et fera pencher le juge d'un côté ou de l'autre [29]. Nous ferons les nuances qui s'imposent à mesure que nous aborderons l'analyse des différents facteurs. Qu'il nous suffise pour l'instant d'avoir soulevé cette facette de l'imputabilité. Nous verrons qu'il en est beaucoup d'autres qui doivent être considérées, et c'est là toute la difficulté de la détermination du préavis.

Jusqu'ici nous avons raisonné comme s'il était entendu que le travailleur congédié se relocaliserait. Il s'agissait alors de mesurer la suffisance du préavis en regard du temps requis pour se trouver un autre travail équivalent.

---

25. *Id.*, dissidence J. Rothman, p. 5.
26. *Id.*
27. *Lecompte* c. *Steinberg's Ltd.*, *supra*, note 3.
28. *Drouin* c. *Electrolux Canada Ltée*, *supra*, note 16, p. 954.
29. Comparer *Drouin* c. *Electrolux Canada Ltée*, *id.*, et *Habitations populaires Desjardins de Lanaudière* c. *Boyer*, C.A. (Montréal) 500-09-000485-854, 20 mai 1988, D.T.E. 88T-550. ; voir aussi *Surveyer, Nenniger & Chenevert* c. *Short*, [1987] R.L. 605 (C.A.).

Mais, de même qu'en économique il est souvent irréaliste de prendre pour acquis que les courbes de l'offre et de la demande se déroulent librement, de même en droit du contrat individuel de travail à durée indéterminée il peut être souvent irréaliste de poser comme déterminant le facteur de la difficulté pour se trouver un autre emploi de même niveau. Parce qu'il arrivera assez fréquemment, comme l'illustre la jurisprudence, que certains employés congédiés ne pourront tout probablement pas, de fait, se retrouver un emploi équivalent.

> ... la demanderesse n'avait pas encore réussi à trouver un emploi lors de l'audition des 21 et 22 mai 1987, malgré de sérieux effort,... [30]
>
> ... aujourd'hui, il est peu probable que le demandeur puisse se retrouver un poste équivalent,... [31]
>
> le demandeur sera — selon toute vraisemblance — incapable de se trouver un autre emploi équivalent et même de se trouver un emploi,... [32]

De même que certains travailleurs prendront plus de temps que d'autres pour se réemployer, il arrivera aussi que certains travailleurs ne trouveront probablement plus de travail.

Pour ceux qui ont peu de chances de pouvoir se trouver un emploi équivalent, on peut penser qu'ils seront de moins en moins autorisés à restreindre leur champ de recherche aux seuls emplois similaires, et qu'ils devront accepter des emplois comparables. On peut avoir l'impression ici de patauger au beau milieu de la Loi de l'assurance-chômage. Un débat sur cette question relève davantage de l'obligation de mitigation faite à l'employé, mais nous voyons qu'elle jette un éclairage indispensable sur la détermination du préavis, en ce qu'elle conditionne notre perception de la période de temps requis pour obtenir un autre emploi. Plusieurs décisions ont mentionné que l'employé ne s'était pas trouvé un autre emploi, sans spécifier qu'il s'agissait d'un emploi similaire ou comparable [33]; on peut se demander si les juges feront éventuellement obligation au travailleur d'accepter un emploi différent pour satisfaire à cette obligation de mitigation [34].

Pour ceux qui ont très peu ou pas de chance du tout de se relocaliser, la situation se pose en des termes complètement différents et questionne carrément la pertinence du facteur que nous sommes en train d'analyser: il ne s'agit plus du niveau de difficulté pour se trouver un autre travail équivalent, mais bien plutôt de son impossibilité.

---

30. *Loiselle* c. *Brunet, Lasalle Corporation, supra*, note 8.
31. *Dupuis* c. *Centre Hospitalier Georges-Frédéric* (1987) R.J.Q. 1157 (C.A.).
32. *Benson* c. *Brown Boveri Canada Ltd., supra*, note 3, p. 236.
33. *Supra*, note 3.
34. *Lesiuk v. British Columbia Forest Products Ltd*, (1987) 33 D.L.R. (4th), 1 (B.C.C.A.).

Comment, dans pareilles conditions, qui bousculent tout ce qui vient d'être dit, déterminer ce qui est alors le préavis suffisant ? En fait, la question, de manière plus prosaïque, doit être formulée autrement. À partir du moment où le préavis suffisant du juge ne parvient plus, loin s'en faut, à rejoindre le temps réellement requis par l'employé pour se retrouver un nouvel emploi, nous nous retrouvons devant un facteur qui cesse d'être opérationnel parce que coupé de la réalité. Quand, de surcroît, il s'agit du facteur jusque-là le plus important, celui à travers lequel se rejoignent tous les autres, il y a là matière à sérieuse remise en question.

Nous savons et comprenons aisément que si le temps pour réemploi d'un travailleur est relativement court, de moins de six (6) mois par exemple, le juge pourra assez facilement faire coïncider la durée du préavis avec le temps qu'a mis l'employé à se réembaucher ; il aura d'ailleurs plutôt tendance à couper la poire en deux, en accordant quatre (4) mois de préavis là où il a fallu six (6) mois à l'employé, un peu comme l'arbitre de grief qui substitue une suspension de trois (3) mois à la décision de l'employeur, contestée par le syndicat, de suspendre pour six (6) mois.

Mais voilà, il arrive de plus en plus souvent, comme l'illustre la jurisprudence, que le préavis du juge ne peut rejoindre d'aucune manière la durée d'une période de chômage indéfinie. Au mieux l'on peut affirmer qu'il y a de plus en plus souvent décalage sérieux entre le préavis jugé suffisant et la période non travaillée par l'employé, lequel décalage a d'ailleurs été l'objet d'un constat par les tribunaux qui se sont empressés de poser la règle que le préavis ne saurait en principe équivaloir au temps requis pour être réembauché, qu'il ne saurait être question, à travers le préavis suffisant, de compenser l'employé congédié de toutes les pertes encourues suite à ce congédiement. Ce serait là, nous dit la jurisprudence, priver l'employeur de son droit de mettre fin à l'engagement [35], en rendant cet exercice trop onéreux.

À partir du moment où le préavis suffisant ne peut plus rejoindre la durée pour réemploi, il se crée alors un espace où devront intervenir d'autres facteurs que ceux se rattachant au temps requis pour être réembauché. D'autres facteurs qui feront ressortir d'autres dimensions du préavis que celles attenantes au facteur du temps pour réemploi.

Le juge est forcément amené à introduire d'autres préoccupations dans le débat de préavis. Il ne s'agit plus alors exclusivement d'arrêter ce que devrait être le temps requis pour trouver un autre travail. En fait, il ne s'agit même plus de débattre ce que serait le temps requis pour réemploi, puisque tout le monde sait, au moment du débat sur le préavis suffisant, lequel débat

35. *Lecompte* c. *Steinberg's Ltd.*, *supra*, note 3.

survient deux, trois, voire quatre ans après le congédiement, que l'employé ne s'est toujours pas trouvé un nouvel emploi [36].

Pratiquement parlant, ce facteur majeur, le plus important en théorie, ce facteur premier, quand les règles du préavis trouvent normalement application, perd toute sa signification quand appliqué dans une situation d'impossibilité de réemploi. Dans ce dernier cas, ce facteur devient « caduc » comme dirait Arafat. Alors, le débat du préavis ne tient plus vraiment compte de la difficulté de réemploi ; on fait plutôt semblant, comme si, mais en fait on n'y croit plus vraiment. Quand il est devenu peu réaliste de s'interroger sur le temps requis pour réemploi, il faut alors se tourner vers des facteurs de substitution (pour rester dans le domaine économique). C'est ainsi que les juges ont été forcés d'élargir l'éventail des facteurs de détermination du préavis, d'introduire d'autres facteurs, plus ou moins étrangers au facteur premier. La crise économique et les restructurations d'entreprises qui ont suivi ont secoué le monde de l'emploi ; il était normal que le contrat de travail et le préavis en subissent le contrecoup. Le préavis et son super-facteur ne sont plus les mêmes depuis [37].

1.2. Nature et importance du travail

Les auteurs français Planiol et Ripert, d'entrée de jeu, nous indiquaient déjà la direction en 1954, et leurs propos asseoient la perception du délai-congé que se fait la Cour d'appel en 1967 dans la célèbre affaire *Columbia Builders Supplies Co.*

> Cette institution ne concerne pas seulement le petit personnel d'une entreprise. Elle existe aussi pour ceux qui occupent un rang dans la hiérarchie des employés, même s'ils touchent des appointements considérables, dès lors qu'ils sont liés par un contrat de travail à durée indéterminée. Les délais sont généralement plus longs pour les employés qui occupent des situations importantes. Un directeur d'usine peut avoir droit à un délai de six mois, ou même d'un an. [38]

Au début des années quatre-vingt, le niveau de préoccupation n'avait pas changé.

> Il y a donc une corrélation directe entre l'importance du poste occupé et la longueur du délai-congé. Même s'il y a une certaine discrimination à ce niveau, il ne faut pas oublier, en contrepartie, que généralement l'insécurité dans l'emploi augmente avec l'importance du poste occupé dans la hiérarchie des employés. [39]

---

36. *Loiselle* c. *Brunet, Lasalle Corporation, supra*, note 8 ; *Lecompte* c. *Steinberg's Ltd., supra*, note 3.
37. Un traitement particulier sera réservé plus loin à l'influence des conditions économiques sur la durée du préavis.
38. *Columbia Builders Supplies Co.* c. *Bartlett, supra*, note 1, p. 113.
39. *Lavigne* c. *Sabex Internationale ltée, supra*, note 11, p. 11.

Que voilà une bonne nouvelle pour les petits employés qui, par ailleurs, se voient dénier par une jurisprudence majoritaire le droit à un préavis de droit commun qui dépasse en général les minimas de quelques semaines édictés par l'article 82 de la *Loi sur les normes du travail*[40]. Comme quoi toutes les bonnes nouvelles sont pour les mêmes.

La jurisprudence a clairement indiqué de quel côté se situaient ses préoccupations. D'après les juges de droit commun, on s'attend à ce qu'un employé de haut niveau dans la hiérarchie de l'entreprise prenne davantage de temps pour se trouver un autre emploi équivalent que ceux se situant aux niveaux plus bas. Un peu comme l'air qui se raréfie à mesure qu'on s'élève dans la montagne. D'où des préavis sensiblement rallongés pour les cadres intermédiaires et surtout supérieurs. La jurisprudence s'est faite du facteur de la nature et de l'importance du travail une conception d'abord hiérarchique, comme semblaient l'y inviter autant Planiol et Ripert que la décision *Bartlett*. Ce qui expliquerait cette place tenue par le statut, devenu un autre facteur de préavis, venant se surajouter, pour ne pas parler de dédoublement, à celui qui est présenté comme le facteur transcendant et que nous avons étudié en premier lieu. À l'origine le principe fut posé qu'il était plus difficile pour un cadre supérieur d'être réembauché au même niveau[41]. Mais il faut croire que ce principe n'a bientôt plus suffi aux tribunaux pour expliquer leurs larges compréhensions à l'égard de ceux qui dirigeaient ; alors ils ont cru opportun d'y ajouter le statut de l'employé comme facteur autonome de détermination du préavis[42]. Dès lors, pour ceux qui ne se laisseraient pas convaincre que c'est plus difficile pour un cadre supérieur d'être réembauché dans un poste équivalent, ceux-là pourront toujours se satisfaire du statut de l'employé promu au rang de facteur autonome du préavis, alors qu'il ne devrait constituer qu'une application du premier facteur.

Très concrètement, l'employé de niveau supérieur qui touche un salaire conséquemment supérieur aura droit à un préavis supérieur du fait de son statut supérieur à salaire supérieur. Le facteur multiplicateur, si cher aux économistes, s'est trouvé d'ardents supporteurs dans la magistrature. En termes monétaires, cela signifie brutalement que la personne qui gagne deux, trois ou cinq fois plus qu'un employé ordinaire aura droit à un préavis plus long du fait précisément qu'elle gagne déjà deux, trois ou cinq fois plus.

Pourtant, il en est de plus curieux que d'autres qui se sont demandés s'il était toujours vrai de nos jours (à supposer que ce le fut jamais en d'autres

40. Voir *supra* note 2.

41. *Société Hôtelière Canadien Pacifique* c. *Hoeckner*, *supra*, note 14, j. Fortin, (*ad hoc*) p. 3.

42. *Lavigne* c. *Sidbec-Dosco Inc.* [1985] C.S. 26 ; comparer *Surveyer, Nenniger & Chenevert Inc.* c. *Jackson*, *supra*, note 23, avec *Surveyer, Nenniger & Chenevert Inc.* c. *Short*, *supra*, note 29.

jours) qu'il était plus difficile pour un cadre supérieur de se trouver un emploi équivalent que pour un simple employé sans statut. Dans une décision de l'Ontario, la célèbre affaire *Bohemier*[43], le procureur d'un employé ordinaire a plaidé qu'en contexte de difficultés économiques il était tout aussi ardu pour un simple employé de se reloger dans un nouvel emploi que pour un cadre de haut niveau de se replacer dans un poste équivalent. Le juge s'est laissé convaincre, du moins en partie ; sans doute a-t-il entrevu la difficulté de continuer à faire comprendre au monde ordinaire qu'il était plus difficile pour un supérieur de se remettre à l'abri.

D'ailleurs, en y pensant bien, il nous semble que maintenant, avec le niveau de sophistication des instruments d'analyse statistique, il serait possible, sinon facile, de confronter cette vieille assertion, probablement contraire à la réalité socio-économique d'aujourd'hui, pour vérifier enfin le bien-fondé de cette situation privilégiée faite aux cadres supérieurs en matière de préavis.

Le tribunal, qui affirme que c'est plus difficile pour un cadre supérieur de se trouver un autre emploi équivalent, pose un jugement socio-économique, se mêle de faire sa lecture de cette réalité socio-économique ; et sur ce terrain, on s'attend à ce qu'il comprenne que ses assertions soient questionnées en regard des données connues en cette matière. Et s'il s'avère que l'assertion ne se vérifie pas, ou même qu'elle n'est pas particulièrement concluante, il n'y a évidemment plus de raison de continuer à imposer un facteur inconséquent ou non probant.

Les tenants du statu quo pourraient soutenir qu'il s'agit là d'une constance jurisprudentielle qui ne peut être remise en question parce qu'une conjoncture économique donnée a pu rendre plus difficile pour l'ensemble des employés la recherche d'un emploi. On peut se demander s'il n'y a pas là quelque chose qui ressemble à la situation de la femme délaissée habituée à un train de vie confortable. C'est un peu comme si on raisonnait de la façon suivante : le cadre supérieur est habitué à un gros train de vie qui doit demeurer le même suite à son congédiement et ce, pour un bon bout de temps. Mais s'agissant d'un employé ordinaire, c'est comme si, *a contrario*, on assumait le raisonnement qu'il est habitué à en avoir peu et qu'il peut continuer avec encore un peu moins...

Nature et importance du travail est un facteur qui a subi les déviations tenant à une approche trop formelle du monde du travail. Il serait temps de s'attacher davantage à la réalité socio-économique, plutôt qu'au statut. Ainsi une simple gérante de boutique, qui maintient le contact avec une clientèle aisée et assure ainsi la continuité de l'entreprise pendant la période critique

43. *Bohemier v. Storwal International Inc.*, (1983) 142 D.L.R. (3d) 8 (Ont. H.C.J.).

d'un changement de propriétaire, est en droit de s'attendre à un préavis substantiel si elle est renvoyée peu de temps après avoir assuré la transition [44]. Parce que, précisément, ses fonctions étaient alors fort importantes.

Comment ignorer ce rôle joué par l'employée quand il faudra arrêter le préavis suffisant auquel sera tenu le nouvel employeur qui l'a congédiée quelques mois plus tard ? Une analyse fouillée du « vécu » du contrat aura plus de chances de déboucher sur une correcte indemnisation de la gérante que le recours à des facteurs dont plusieurs pourraient être qualifiés « d'externes », en ce sens qu'ils ne ressortent pas à la composition de ce contrat, à ce qui le constitue intimement en regard du préavis à donner. Ils sont « externes » parce qu'ils sont davantage objectifs, impersonnels, participant du raisonnable et donc parachutés par les juges, plutôt que subjectifs, personnels, participant de la volonté des parties et, comme tels, tirés du vivier qu'est l'exécution du contrat de travail.

Rappelons le danger de faire jouer un facteur isolément, en vase clos. D'autres facteurs peuvent venir expliquer le plus long préavis du cadre supérieur, en termes de lois du marché du travail s'entend, mais il demeure qu'une analyse systématique de ce seul facteur du statut de l'employé nous amène à conclure pour le moment que sa pertinence pose de sérieux points d'interrogation. L'étude des trois facteurs qui suivent ajoutera beaucoup à la compréhension de celui-ci en ce qu'ils nous font pénétrer dans l'univers des motivations, des intentions qui ont pu ou auraient dû habiter l'une et/ou l'autre partie au contrat. Univers tout de clair-obscur qui explique d'ailleurs toute la difficulté de rester cohérent jusqu'au bout dans le processus de détermination du préavis, alors que le contrat en est un à durée indéterminée.

1.3. Les circonstances de l'engagement

Il est intéressant de relever que c'est là le premier facteur énuméré dans *Columbia Builders* dans la liste des cinq (5) qui ont alors été mis de l'avant.

> Dans cette nouvelle perspective, je ne crois pas qu'il soit hors d'ordre pour les tribunaux ayant à décider de ces cas « de ceux qui occupent un rang dans la hiérarchie des employés » de considérer les circonstances de l'engagement, la nature et l'importance du travail, le fait que l'employé a quitté un emploi certain et rémunérateur, l'intention des parties... [45]

Il aurait sans doute été souhaitable que la jurisprudence attache un peu plus d'importance à l'ordre de présentation desdits facteurs ; les développements

44. *Chisholm* c. *Bossé, Charbonneau Inc.*, C.S. (Montréal), 28 mai 1984, 500-05-012738-819, J.E. 84-561.

45. *Columbia Builders Supplies Co. v. Bartlett, supra*, note 1.

qui suivent tendront à démontrer que ce n'est sans doute pas l'effet du hasard si les circonstances de l'engagement viennent en premier lieu.

L'analyse de ce facteur va nous permettre de nous introduire dans ce qui constitue la nature intime du contenu du contrat de travail. La description de trois situations représentatives du milieu du travail et les réflexions qu'elles suscitent illustreront notre propos. Les situations d'embauche peuvent varier à l'infini : elles vont du jeune travailleur peu formé et inexpérimenté, jusqu'au spécialiste consommé, très recherché par un employeur, parce qu'au sommet de sa carrière.

La jeune fille, qui entre à l'emploi d'une banque, au sortir de son cours secondaire, a peu de choses à offrir à son employeur si ce n'est sa bonne volonté, son esprit de travail et une intelligence qui reste à développer. Renvoyée au bout d'un an ou deux, voire même un peu plus, elle ne peut normalement s'attendre à un préavis substantiel. Pourquoi? Parce qu'à vingt ans ou moins, il devrait lui être possible de se relocaliser ailleurs assez rapidement, et le premier facteur étudié, ce super facteur, viendra normalement jouer, comme aussi le deuxième que nous venons de survoler. Mais la jeune fille pourra mettre plus ou moins de temps à se réembaucher parce qu'elle n'est pas fonceuse, ou qu'elle ne se « vend » pas bien, ou encore, tout bêtement, parce que le marché de l'emploi dans son domaine, ou en général, lui est plus ou moins défavorable.

Le cas de cette jeune fille peut sembler relativement simple et, pourtant, des circonstances diverses sont susceptibles d'intervenir qui le rendront déjà plus compliqué. Après avoir rencontré toutes les exigences de la banque et même au-delà, voilà qu'elle est renvoyée deux ans plus tard parce que la conjoncture ne lui est plus favorable pour son type de compétence. Il lui sera alors difficile de se relocaliser, pour des raisons qui lui sont plus ou moins étrangères.

Ici, la conjoncture économique était favorable à la jeune fille lors de l'embauche, ce qui n'est plus le cas lors de son renvoi. Il serait facile d'invoquer par contre l'argument qu'elle a eu la possibilité de commander un salaire plus élevé du fait précisément de cette conjoncture qui lui était alors favorable, et qu'elle en a donc déjà bénéficié, ce qui pourrait expliquer qu'elle n'ait pas droit à un plus long préavis pour cette seule raison.

Retenons que cette jeune fille, selon les indications que nous fournit la jurisprudence actuelle, n'aura normalement pas droit à un préavis significatif, si elle est renvoyée au bout de deux ou trois ans. Et encore, il lui faudrait d'abord traverser cette première épreuve de convaincre le juge de droit commun de l'entendre sur son recours, puisqu'une jurisprudence actuellement majoritaire dénie aux non-cadres le droit de revendiquer au-delà des maigres

semaines de préavis accordées par l'article 82 de la *Loi sur les normes du travail*[46]. Ce qui explique qu'il n'existe pas de jurisprudence sur ce type de situations, sans compter les frais et le temps que peut exiger pareil recours.

Prenons maintenant le cas d'un homme d'une trentaine d'années, excellent vendeur d'assurance, embauché par une entreprise importante qui est ravie d'une telle opportunité. Ici, l'employé peut rechercher davantage la sécurité, en échange d'un salaire moindre. Précisons qu'il n'y a pas eu sollicitation par l'employeur qui n'a fait que vanter normalement les avantages d'une grande entreprise plus stable, plus solide qu'une autre de moyenne ou de petite stature. Notre homme opte finalement pour cette importante compagnie parce qu'il s'attend à plus de stabilité, de sécurité, et cet employeur ne dit rien qui pourrait venir troubler ces attentes. Dans ce cas, en termes économiques, ce vendeur bénéficie d'une forte demande pour ses services au moment où il fait son choix. Et sa décision est grandement fonction des conditions de travail qui lui sont faites par son nouvel employeur. Ici, il choisit son entreprise en privilégiant la sécurité. Mais, il ne s'agit pas d'un contrat à durée déterminée, et le délai de préavis n'est pas abordé.

Ce travailleur est renvoyé deux ans plus tard, parce que son type de personnalité ne cadre plus avec le nouveau style de la maison, sans compter que les affaires commandent une baisse des effectifs. Il mettra dix-huit mois à se relocaliser dans un poste beaucoup moins intéressant, à un salaire nettement inférieur. A-t-il fait le mauvais choix, en connaissance de cause, ou l'employeur doit-il être tenu en partie responsable des dommages encourus ? Cet employeur aurait-il dû prévoir et mettre les bémols en conséquence ? Est-ce à l'éventuel employé de s'informer suffisamment et d'exiger les garanties nécessaires ? C'est faire bien peu de cas du déséquilibre dans le rapport de force qui donne au contrat de travail toutes les allures du contrat d'adhésion et ce, malgré une conjoncture qui peut être favorable à l'employé. Il faudra bien, dans les années qui viennent, que ce contexte de l'embauche soit davantage pris en compte par les tribunaux[47], et que les responsabilités soient analysées de manière beaucoup plus serrée que maintenant.

Arrivons-en à un dernier cas un peu extrême : l'ingénieur, ou le publicitaire, ou la spécialiste de mise en marché, âgée de quarante ans, qui a atteint le sommet de son art, qui se situe parmi les meilleurs ou les très bons dans son domaine, lequel est en pleine expansion au moment où elle choisit de « tester le marché ». Parce que cette femme a le choix, elle est très en demande. Dans ces conditions, il est bien possible que toutes les promesses, que toutes les

46. *Supra*, note 2.
47. Pour un exemple d'une telle analyse : voir *Surveyer, Nenniger & Chenevert* c. *Short*, *supra*, note 29.

attentes ne soient pas comblées. Ici, plus encore que dans l'exemple précédent, il est fort probable que cette quadragénaire veuille d'abord « s'installer » chez son éventuel employeur pour y couronner et achever sa carrière. Elle sait comment il peut être difficile de se trouver un emploi en milieu ou, pis encore, en fin de quarantaine.

Elle opte pour une société fort bien établie, parce que, précisément, cette entreprise se présente comme solide et stable, et donc sécuritaire. Cette société profite largement de ses compétences pendant six ou sept ans, puis, un bon matin, lui signifie que ses services ne sont plus requis, parce que son champ de compétence est moins en demande ou bien que les exigences se sont sournoisement déplacées.

Cette femme peut être la victime autant de son employeur que de la société dont elle subit les bouleversements. Jusqu'à quel point les circonstances de son embauche doivent-elles jouer dans la détermination du préavis? Jusqu'à quel point le préjudice qu'elle subit lors de son renvoi doit-il s'analyser à la lumière de la situation qui était la sienne lors de son engagement? Qui, de l'employeur ou de l'employée et dans quelles proportions, doit en assumer les coûts? En s'efforçant de ne jamais perdre de vue qu'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée où les parties n'ont jamais abordé de front, ouvertement, la question de la sécurité d'emploi et du préavis[48].

Les situations d'embauche, les circonstances d'un engagement peuvent varier autant qu'il y a de types d'entreprises et de travailleurs, et elles sont appelées à un niveau de différenciation toujours plus élevé à mesure que le monde du travail se sophistiquera. Aussi faut-il commencer à prévoir dès maintenant des méthodes d'analyse et d'appréciation de ces circonstances pour être en mesure de leur faire tenir la vraie place qui leur revient dans la détermination des responsabilités, lors de la résiliation unilatérale du contrat de travail à durée indéterminée par l'employeur.

Le facteur qui suit nous amène plus avant dans cette exploration.

1.4. Le fait que l'employé a quitté un emploi certain et rémunérateur

Nous trouvons ici une variation du facteur précédent qui se trouve alors beaucoup mieux précisé. Plutôt que de faire référence à des circonstances dont les contours demeurent flous, ambigus, l'employé qui a quitté un emploi certain et rémunérateur peut s'appuyer sur un fait particulièrement significatif qui parlera de lui-même.

---

48. Voir les motifs du juge Fortin dans *Société Hôtelière Canadien Pacifique* c. *Hoeckner*, *supra*, note 14, p. 3; et dans *Surveyer, Nenniger & Chenevert* c. *Jackson*, *supra*, note 23, p. 4.

> ... Pour rendre son jugement, dans cette cause-ci comme dans toute autre cause, il (le juge) aurait pu tirer des faits les présomptions qui en résultaient [48.1]

L'affaire *Columbia Builders* illustre parfaitement ce quatrième facteur que nous procédons à analyser.

> Dans sa déclaration, le demandeur [...] affirme que, pour accepter cette position, il a dû abandonner un emploi de $ 10,000 par année qu'il occupait depuis longtemps;... [49]

Dans l'affaire *Short* [50], un ingénieur de profession est licencié après dix-huit (18) mois de service. L'employeur avait obtenu ses services à la suite d'une campagne de recrutement en Angleterre où le plaignant demeurait et exerçait son occupation professionnelle. Le plaignant Short a été licencié essentiellement suite à la récession économique qui sévissait en 1982 et 1983 et qui entraîna chez l'employeur une réduction des effectifs de 1 500 personnes sur les 5 400 que comptait l'entreprise en 1981 [51]. Suivant la politique d'ancienneté, le plaignant embauché récemment fut remercié parmi les premiers. La compagnie, conformément à des barèmes mis en vigueur pour l'ensemble des personnes remerciées, offrait au plaignant 5 semaines de délai-congé et une indemnité de 10 000 $ pour frais de retour dans son pays d'origine. Le plaignant a réclamé un délai-congé de 18 mois et divers autres montants.

Le premier juge lui accorde six (6) mois de délai-congé et une somme de 13 543 $ pour frais de retour en Angleterre. Après avoir rappelé l'âge du plaignant, 37 ans, la Cour d'appel retient qu'auparavant il travaillait depuis quatre (4) ans dans une importante entreprise qui éprouvait cependant des difficultés et qui avait entrepris de réduire son personnel de façon importante. La Cour signale donc que l'emploi du plaignant n'était pas en danger immédiat mais devenait incertain à moyen terme. Chez Surveyer, Nenniger & Chenevert Inc., le plaignant a travaillé comme simple ingénieur chimiste si l'on excepte quelques mois où il a dirigé une équipe de deux (2) personnes. La Cour fait ensuite remarquer que l'intention des parties était sûrement un emploi de longue durée, ce qui se serait réalisé n'eut été de la récession économique de 1982 : « La difficulté pour le plaignant de trouver un emploi comparable au Québec ou ailleurs dans le pays résulte principalement de cette récession économique indépendante de la volonté de l'une comme de l'autre des parties » [52]. La Cour relève encore que cette difficulté découlait aussi, mais

48.1 *Asbestos Corporation Ltd. v. Cook* [1933] R.C.S. 86, p. 90.

49. *Columbia Builders Supplies Co. v. Bartlett, supra*, note 1, p. 111-112.

50. *Surveyer, Nenniger & Chenevert Inc.* c. *Short, supra*, note 29.

51. *Id.*, p. 607.

52. *Id.*, p. 608.

dans une faible mesure, de la connaissance imparfaite du français de M. Short. Tenant compte de tous ces facteurs d'importance relative mais surtout de la durée d'emploi, la Cour conclut que le délai-congé de six (6) mois accordé par le juge d'instance est nettement exagéré au point de justifier son intervention ; elle substitue un délai-congé de trois (3) mois.

Dans cette affaire, la question de savoir si l'employé avait été incité à venir travailler au Canada a été traitée par la Cour d'appel en relation avec les frais de déménagement. Comme nous le savons déjà, l'employeur avait offert au plaignant une somme de 10 000 $ comme compensation pour ses frais de déménagement vers son pays d'origine. La Cour d'appel constate que la compagnie n'a pas exercé plus d'insistance que celle qu'on peut normalement anticiper d'une campagne de recrutement. Elle note que rien ne prouve que l'employeur ait exercé sur le plaignant personnellement une pression particulière. Ce dernier aurait été tenté par l'aventure canadienne et sciemment, librement, aurait répondu favorablement à l'offre de la compagnie. La Cour conclut sur ce chapitre que le plaignant, en homme sérieux, devait peser les risques et aléas que comportait un changement d'emploi dans le domaine industriel, accompagné d'une immigration dans un pays étranger. Dès lors, il doit assumer au moins partiellement les conséquences défavorables qui en découlent.

Dans *Short*, la Cour d'appel retient qu'il n'y a pas eu incitation de la part de l'employeur. Cet élément doit retenir l'attention. Dans notre analyse du facteur précédent, nous avons sciemment omis de traiter de la question de savoir si la décision du travailleur de se tourner vers un nouvel emploi venait principalement de lui, ou si plutôt, elle lui avait été fortement suggérée par son employeur éventuel qui l'avait incité à le faire.

Si c'est le travailleur seul qui s'embarque dans cette aventure et qui entreprend de répondre à une offre d'emploi qui lui est proposée sans insistance, sans pression particulière, par une entreprise qui ne fait qu'afficher sa demande pour des postes donnés, nous comprenons que ce travailleur doive assumer en bonne partie les risques d'un tel choix, et cela dans la mesure où c'est sa décision opérée librement, sans incitation ni promesses exagérées ou fausses de la part de son éventuel employeur.

Nous voyons qu'il serait artificiel de ne pas traiter ici de cette dimension qu'est l'incitation dans la décision d'opter pour un nouvel emploi.

Entre l'offre impersonnelle d'emploi dans un journal et l'insistance personnelle que met un vice-président d'entreprise à convaincre un responsable des cuisines de laisser un bon emploi pour se joindre à lui, il y a un éventail considérable de situations possibles qui se rapprochent en dernier essor davantage de l'un ou de l'autre des deux extrêmes. Mais il s'agit d'un

continuum qu'il est artificiel de découper en deux parties distinctes et étrangères. Dès lors, si le choix d'un travailleur d'opter pour un nouvel emploi est surtout le résultat d'une opération menée par son nouvel employeur pour l'amener chez lui, cette incitation de ce dernier doit lui être imputable. L'employeur qui tente de convaincre un travailleur d'abandonner un emploi plutôt sécuritaire ne pourra normalement réussir qu'en échange de promesses allant dans le sens d'une amélioration du sort de l'employé.

Dans une vieille décision de la Cour suprême, *Asbestos Corporation Limited v. Cook*, la dissidence du juge Cannon comporte déjà ce passage au sujet de « l'impossibilité de penser qu'un homme de bon sens aurait déménagé pour occuper une position précaire qu'on aurait pu lui enlever chaque mois, suivant le caprice de la compagnie » [53].

Dans un cas comme l'affaire *Hoeckner* récemment décidée par la Cour d'appel [54], une foule de questions nous viennent à l'esprit. Le plaignant a quitté un très bon emploi ; il a été sollicité pour ce faire par le vice-président de la compagnie. On doit se demander si, dans cet emploi antérieur, il était assuré d'y demeurer pour longtemps. Quelles sont les promesses qu'on lui a faites pour qu'il délaisse pareil poste et accepte de venir travailler au Château Champlain ? A-t-il accepté cette fonction de directeur de la restauration comme un nouveau défi, avec les risques normaux que cela comportait ? Est-ce qu'il ressortait des propos du vice-président l'incitant à venir travailler avec lui qu'il était embauché pour une longue durée ? Est-ce que le plaignant a perçu cette opportunité de travailler à cet hôtel comme un tremplin vers d'autres postes plus intéressants au sein de l'organisation du Canadien Pacifique ? Il faudrait encore parler des habitudes dans le milieu : est-il fréquent de voir un directeur de la restauration changer d'hôtel ? On nous dit que c'est un milieu fermé ; c'est là un élément dont il faut évaluer la portée.

Dans ce cas, le plaignant, malgré de grandes difficultés, a pu se trouver un autre travail dans un hôtel chez nos voisins du sud. Mais essayons d'imaginer un instant qu'il ait été âgé de 52 ans et qu'il ne soit pas parvenu à se faire réembaucher. Nous n'avons pas trouvé de décision où un employé aurait été incité à quitter un emploi certain et ne se serait pas relocalisé au moment de l'audition ; nous serions curieux de connaître la réaction des tribunaux en pareil cas, quand ce ne serait que pour vérifier si le jeu des facteurs peut s'additionner, et surtout, jusqu'à quel niveau.

---

53. *Supra*, note 48.1, p. 105.
54. *Supra*, note 14.

1.5. L'intention des parties

Les juges incluent le plus souvent l'intention des parties dans leur énumération des facteurs qui viendront déterminer la durée du délai-congé. Comment faire autrement? Ce qui doit nous étonner par contre, c'est cette impression que nous laissent les tribunaux que l'intention des parties est ramenée aux dimensions étroites d'un des nombreux facteurs devant servir dans la détermination du préavis suffisant. Plutôt que de tenir ce facteur comme l'une des composantes parmi tant d'autres du délai-congé, ne faudrait-il pas d'abord interroger cette intention des parties?

Ce ne devrait être qu'en l'absence d'indications de l'intention des parties sur ce que devrait être le préavis, que les juges pourraient alors se rabattre sur des facteurs de détermination tenant davantage du « raisonnable » que de ce qui aurait pu être envisagé par les parties elles-mêmes. Il nous semble qu'une telle façon de procéder, en deux temps bien démarqués, contribuerait à jeter un peu de lumière sur ce qui apparaît actuellement comme un coup de dés. Il suffirait, pour ce faire, de se concentrer d'abord exclusivement sur toutes les circonstances entourant la naissance du contrat, soit l'embauche, et son déroulement, ce qui pourrait s'appeler le « vécu » du contrat de travail.

Il est d'ailleurs symptomatique de relever que les quatre premiers facteurs sur les cinq avancés par *Columbia Builders* se raccrochent à l'intention des parties alors que le cinquième est ce super-facteur que nous avons étudié en premier lieu. N'était-ce pas là une indication sur la façon de procéder pour arrêter le préavis suffisant? La multiplication des facteurs retenus par la suite a sans doute contribué à cacher le caractère essentiel de ce facteur de l'intention des parties.

Pourtant, certaines décisions semblent se pencher en priorité sur ce fameux « vécu » du contrat.

> Si le comité paritaire avait le droit, même sans cause raisonnable, de congédier le demandeur, il n'avait pas le droit [...] de ne pas lui donner un avis de congé d'une durée raisonnable après lui avoir fait miroiter, peu de temps auparavant, une permanence assurée. [55]

Il y a vingt ans, le juge Rinfret de la Cour d'appel nous indiquait la voie à suivre désormais :

> J'estime, au contraire, que le nouvel ordre est déjà arrivé et que le législateur a indiqué clairement par cette modification son intention de substituer à la période de paiement du salaire (*pay period*) qui avait cours précédemment la durée de l'engagement comme base de calcul. [56]

---

55. *Carle* c. *Comité paritaire du vêtement pour dames, supra*, note 20, p. 2557.
56. *Columbia Builders Supplies Co.* v. *Bartlett, supra*, note 1, p. 119.

Se référant à cette modification de l'article 1668 C.c. du 10 mars 1949 où le législateur a ajouté le paragraphe 3, le juge applique de la façon suivante le nouveau texte :

> ... la base du calcul est dorénavant la durée de l'engagement : « si l'engagement », et non le versement des gages, « est à la semaine, au mois ou à l'année ». [57]

Ce qui, à première vue, peut apparaître une opération fort simple s'avère en fait une équation très difficile à établir correctement, tellement les données qui la composent empruntent à des préoccupations aussi diverses que contradictoires. La périodicité du salaire était une variable objective, facilement observable ; malheureusement, comme tout ce qui est présenté comme facile à appliquer en sciences sociales, cet instrument de calcul était artificiel, ne collait pas du tout à la réalité socio-économique qu'on prétendait lui faire mesurer.

Le nouvel instrument de mesure, celui de la période de l'engagement, celui de « la durée de l'engagement », recèle en son sein toutes les contradictions qui tiennent précisément à la nature ambiguë du contrat de travail à durée indéterminée. Comment établir un préavis suffisant pour l'employé, raisonnable, là où il faudrait par ailleurs préserver cette faculté de résiliation unilatérale de l'employeur qui ressortirait à ses prérogatives de direction, à sa marge de manœuvre, à son espace vital de fonctionnement.

Le juge Rinfret nous dit : « ... la base de calcul est dorénavant la durée de l'engagement » [58] ; il a raison mais en même temps on pourrait l'accuser de faire preuve d'une relative inconscience. Comment poser comme base de calcul une durée d'engagement alors même que cette durée est indéterminée par nature, puisque c'est là le caractère essentiel du contrat dont il est question ? Comment poser comme base de calcul une durée d'engagement alors qu'il s'agit précisément de tendre à découvrir des indices qui seront autant d'indications de la durée présumée du contrat, laquelle viendra par la suite éclairer le débat sur le préavis devant en conséquence être fourni par l'employeur qui a congédié sans cause raisonnable ? C'est là le formidable défi que pose cette nouvelle base de calcul constatée par la Cour d'appel qui débouchait sur un « nouvel ordre. »

Ce « nouvel ordre » annoncé en 1967 devait vivre les années suivantes dans l'ombre de l'ordre collectif en train de s'installer, ce qui explique en bonne partie que le « nouvel ordre » individuel nous demeure toujours aussi peu connu plus de vingt ans après que sa venue ait été annoncée ; il a dû subir un purgatoire forcé, une mise au congélateur imposée par l'ordre collectif qui

57. *Id.*, p. 118 *in fine* et 119 *in limine*.
58. *Id.*

ne souffrait pas la concurrence. Et voilà que la concurrence redevient une vertu, avec tout ce qu'elle implique au plan de la valorisation individuelle. Et nous redécouvrons l'individuel, et le contrat de travail qui le régit. Et cela nous ramène à ce « nouvel ordre » annoncé il y a vingt ans. Il nous faut maintenant refaire nos devoirs et nous mettre à la recherche de la période de l'engagement qui nous éclairera sur la détermination du préavis suffisant. C'est un travail excessivement difficile à mener avec cohérence et réalisme. Jugeons-en un peu.

Le tribunal, dans sa recherche de l'insondable intention des parties, doit éviter d'ajouter aux conditions acceptées par l'employeur et le travailleur. On doit penser que les co-contractants ont exprimé oralement ou par écrit toutes les conditions importantes voulues par elles comme devant gouverner leurs relations de travail. Mais, en même temps, il est des situations où manifestement des conditions de travail doivent être inférées si l'on veut éviter que l'intention des parties ne soit frustrée, des conditions dont on pourrait penser qu'elles vont de soi, des conditions non exprimées (ou exprimées d'une façon telle qu'en droit elles n'ont pas cette signification ou cette portée d'être exprimées) mais nécessaires pour donner à l'entente toute son efficacité, tout son sens, comme les parties l'ont convenu, à défaut de s'en être exprimées ouvertement ou clairement.

Cela ne veut pas dire que le juge peut entreprendre la reformulation du contrat en ayant à l'esprit ce que les parties, selon la Cour, auraient dû raisonnablement envisager. On doit inévitablement recourir à l'implicite pour donner effet à l'intention des parties, et cela est encore plus vrai en matière de relations de travail à durée indéterminée. Mais les tribunaux n'ont pas à réécrire le contrat pour les parties. Leur terrain est celui de l'interprétation [59]. Cependant, leur espace est d'autant plus large que les parties au contrat, comme le législateur par ailleurs, leur laisse davantage de marge de manœuvre en les encadrant fort peu.

> Autrement dit les parties qui n'ont ni clairement écarté la nécessité de donner un préavis ni clairement spécifié la durée d'un tel préavis ont consenti à l'avance à s'en remettre aux principes reconnus par les tribunaux. [60]

Un terme implicite ne doit pas être ajouté parce que le juge croit qu'il serait raisonnable de l'insérer au contrat. Ce terme doit être nécessaire pour rendre compte de toute la vitalité du contrat, pour le rendre opérationnel.

Il ne faudrait pas cependant exiger qu'une condition de travail, pour être tenue pour implicite, rencontre des standards tellement élevés qu'on débouche

59. *Société Hôtelière Canadien Pacifique* c. *Hoeckner, supra*, note 14, j. Fortin, p. 3, « c'est ajouter au contrat une clause contraire à la volonté des parties. »
60. *Drouin* c. *Electrolux Canada Ltée, supra*, note 16, p. 953.

sur le terrain de l'évidence ; on pourrait se demander alors qu'elle est la place tenue par l'interprétation. Il ne faut pas perdre de vue, en matière de contrat, que les parties ont pu envisager une éventualité et ne pas être tombées d'accord sur une clause expresse à ce propos, chacune des parties préférant prendre la chance de s'en remettre à la cour pour régler ce différend, s'il devait éventuellement survenir[61]. Encore que cette perception des choses ne tient pas tellement compte d'une autre réalité, celle-là plus brutale : quand on sait les coûts et le temps fou nécessités pour la délivrance d'une décision judiciaire, il y a matière à hésitation. À moins que les parties ne prennent l'habitude de s'entendre sur l'interprétation à donner « aux principes reconnus par les tribunaux. » Par ailleurs, n'y aurait-il pas là tout un espace à occuper pour l'arbitrage individuel, qui viendrait prendre le relais des tribunaux de droit commun, qui en seraient d'autant décongestionnés. Sans compter que ça nous changerait du processus habituel, en matière de relations de travail, qui trop souvent mène à l'évocation. Ici, le juge de droit commun dégagerait les principes, fournirait l'encadrement dans un domaine de sa juridiction, et l'arbitre conventionnel viendrait opérer à l'intérieur des balises ainsi posées.

En dernier ressort, on peut se demander si les conditions implicites inférées des circonstances entourant la naissance du contrat et son déroulement ne participent pas davantage de la nature des conditions raisonnables, objectives, impersonnelles, parachutées par le juge comme s'imposant aux co-contractants comme les conditions sur lesquelles ils auraient dû s'entendre s'ils avaient été un employeur et un employé raisonnables. En cours d'opération, le juge est presque fatalement amené à dépasser la seule intention vérifiable des deux parties, parce que précisément, il n'y a pas eu véritable accord de volonté sur ces conditions dont on se demande si elles sont implicites.

Nous avons pour le moment terminé l'étude des facteurs dits traditionnels, dont nous savons maintenant qu'ils s'articulent pour l'essentiel autour de cette intention des parties, de ces conditions implicites du contrat de travail. Il nous appartiendra, dans une troisième partie, de contribuer à un effort nécessaire de clarification des principaux concepts juridiques en matière de résiliation unilatérale du contrat de travail à durée indéterminée, et ce concept des conditions implicites est l'un des plus importants.

2. Facteurs d'influence statutaire

Retour des choses. Revirement de l'histoire. Les événements de 1989 sont là pour nous démontrer que la capacité de rebondissement de l'individu comporte des limites qu'on ne connaît toujours pas. Le vent a tourné. Reagan

61. *Id.*

a dit non aux aiguilleurs du ciel, inconscient sans doute qu'il venait de poser là une borne historique. Et les syndicats n'ont plus jamais été les mêmes en Occident (ni d'ailleurs à l'est où l'individu explose à travers le syndicat), qui ont commencé à parler surtout de droits acquis et à s'y cramponner contre vents et marées.

Les chartes sont devenues les institutions majeures des années quatre-vingt, comme les syndicats dans les années soixante. Pas étonnant que le système de relations de travail mis en place au Québec dans les années soixante, qui a connu son zénith dans les années soixante-dix, soit maintenant questionné ou carrément remis en question au seuil des années quatre-vingt-dix.

Des brèches sérieuses risquent d'ébranler l'édifice: le monopole de représentation du syndicat, pierre angulaire du système, et les règles de l'ancienneté, fondement de la convention collective, vont devoir passer, eux aussi, le test de la démocratie et de la non-discrimination. Si le vent a tourné, cela ne signifie pas que tout sera balayé et encore moins qu'il ne reste rien de ce qui fut dans les années soixante. Les « yuppies » sont en place et le système de relations collectives de travail est leur système, celui qui les a portés au temps de leur période romantique et qui les porte maintenant au temps de leur période pragmatique, moins marquée de générosité, maintenant qu'ils devraient y aller de leurs poches.

Ce système de relations collectives encore en place repose sur des lois et des institutions qui génèrent à leur tour des modes de pensée et des réflexes qui ne peuvent pas ne pas se répercuter au niveau des relations individuelles de travail. Il y a eu bien sûr la *Loi sur les normes du travail* à laquelle on pense tout de suite, mais il y a maintenant, et il y aura surtout dans les prochaines années, le réseau des relations individuelles de droit commun qui risque fort de se renouveler dans le sillon d'un droit collectif du travail attaqué et remis en question.

Paradoxalement, il y a fort à parier que ce droit individuel et civiliste empruntera de plus en plus aux concepts et techniques du droit collectif et statutaire, comme il a d'ailleurs déjà commencé à le faire ces dernières années. L'analyse des facteurs qui suivent nous fournira un aperçu de cette tendance. Nous les avons regroupés dans les dossiers de l'employé et de l'employeur.

2.1. Dossier de l'employé

La personne de l'employé, son comportement analysé en regard de son renvoi, la qualité de son travail, sa compétence, les années consacrées à l'entreprise, son âge sont autant de facteurs qui ne sauraient être neutres quand vient le moment de fixer le préavis raisonnable.

2.1.1. La faute contributoire de l'employé (*Near Cause*)

Nous savons qu'en contexte de contrat à durée indéterminée, l'employeur peut toujours mettre fin au contrat en donnant un préavis raisonnable, à moins que l'employé ait commis une faute justifiant le congédiement sans préavis, libérant du même coup l'employeur de l'obligation de l'indemniser.

Selon le modèle formel en droit, ou existe une cause raisonnable de congédiement, et l'employé n'a droit à aucun dédommagement, ou n'existe pas pareille cause, et le juge doit se tourner vers les divers facteurs servant à la détermination du préavis suffisant. S'il y a eu comportement fautif de l'employé, mais qui ne soit pas d'une telle gravité qu'il justifie un congédiement, alors le juge doit par la suite, au niveau de la détermination du préavis, faire abstraction de cette faute insuffisante de l'employé, pour décider d'un préavis qui ne devrait pas être moins long que pour un employé dont le rendement et le comportement auraient été sans reproche.

La Cour d'appel s'est prononcée dans ce sens en décidant qu'il ne saurait y avoir place pour un moyen terme : ou la faute est libératoire de l'obligation de donner préavis parce que justifiant le congédiement, ou alors il n'y a pas matière à congédiement, et ce sont les seuls termes du préavis qui doivent jouer, sans qu'il soit possible de faire suivre le dossier de discipline et de rendement de l'employé au stade de la détermination du préavis [62].

Cette attitude peut se comprendre si l'on s'en tient au but du préavis qui serait de permettre à l'employé d'être indemnisé pendant le temps raisonnable qu'il prendra pour se trouver un autre emploi équivalent. Parce que cette période de temps qui lui sera nécessaire pour se réemployer n'a rien à voir normalement avec le fait que son comportement n'ait pas été sans tache lors de son congédiement ; nous disons bien « normalement », parce qu'il pourra arriver qu'une notation de rendement déficient de l'employé qui n'a pas justifié le congédiement pourra influencer de potentiels employeurs ultérieurs, et retarder le moment où cet employé trouvera à se replacer. Mais quand l'on sait que ce facteur ne joue que dans une certaine mesure et qu'il n'est plus le super-facteur qu'il était [63], il est permis de s'interroger sur la pertinence de maintenir intacte une logique formelle qui a abandonné en cours de route des composantes importantes de son théorème : ou le préavis s'aligne sur la durée que mettra normalement l'employé à se trouver un nouvel emploi comparable, et en conséquence le comportement déficient de l'employé n'est plus pertinent au dossier, ou alors le préavis s'analyse en fonction d'une foule de facteurs dont plusieurs n'ont rien à voir avec la période de temps que mettra l'employé

62. *Maheu, Noiseux* c. *Ronéo Vickers Canada Ltd.*, [1988] R.J.Q. 1597 (C.A.).
63. Voir *supra* section 1.1.

à se replacer, comme l'ancienneté par exemple et, dans ce dernier cas, il sera plus difficile de faire accepter que le comportement de l'employé renvoyé n'a rien à voir avec la durée du préavis auquel il a droit.

Cette résistance de la Cour d'appel s'explique à notre avis par des considérations qui font référence aux relations de travail et à la convention collective. L'ancienneté joue un rôle important comme facteur atténuant la gravité de la faute ou la sévérité de la sanction en relations collectives de travail. Nous verrons que l'ancienneté est souvent déterminante dans la longueur du préavis, et le pas n'est pas long à franchir pour y voir l'influence des relations collectives de travail.

Il n'y a pas de quoi s'en scandaliser, tout au contraire ; il n'y a pas de raison autre que celles tenant à la logique formelle qui fasse que les régimes du contrat individuel et de la convention collective obéissent à des règles complètement différentes. Mais si cette logique formelle ne résiste pas au test de la réalité socio-économique, ni même à l'application de ses propres règles (la durée pour se trouver un autre emploi peut difficilement servir de facteur concluant et rationnel dans certaines situations), on est en droit de se demander s'il ne serait pas temps de s'ajuster carrément à cette nouvelle réalité sociale.

Et cette réalité commande que le comportement, l'attitude, le rendement de l'employé ne puissent être ignorés quand vient le temps de fixer le préavis. Bien sûr il sera toujours possible de rappeler que, puisqu'il n'y a pas cause de congédiement, l'employeur doit assumer pleinement, et plus que moins, les conséquences de sa décision de congédier, mais évitons à l'employé d'être encore pénalisé au niveau du préavis.

Nous devons savoir que de nombreuses décisions de la Cour supérieure se sont éloignées des règles générales du contrat dans ce que l'on pourrait appeler le domaine de la faute contributoire [64]. Ces décisions impliquent qu'il existe un espace, un moyen terme entre la faute libératoire de préavis pour l'employeur et cette faute insuffisante pour congédier, à laquelle la théorie classique du contrat n'attache plus aucune conséquence, en ce que l'employé insuffisamment coupable ne saurait en subir les moindres effets au niveau du préavis.

Ce moyen terme contient une espèce de droit de suite pour l'employeur qui pourra toujours se rattraper au niveau de la durée du préavis, à défaut

64. *Villeneuve* c. *Soutien-Gorge Vogue Inc.* D.T.E. 86T-739 (C.S.) ; *Arbour* c. *Zurich du Canada*, J.E. 85-79 (C.S.) ; *Thorneloe* c. *C.S.R. Eastern Townships*, J.E. 84-1018 (C.S.) ; *Malabre* c. *Idi Electric (Canada) Ltd.*, [1984] C.S. 563 ; *Maclellan* c. *Liné Canada Machine-Outil ltée*, D.T.E. 83T-540 (C.S.) ; On parle de *Near-Cause* dans les provinces anglaises.

d'avoir convaincu le juge qu'il y avait matière à congédiement. Cette théorie de la faute contributoire (*near cause*) peut se décrire de la manière suivante.

Il s'agit d'une situation où les deux parties ont eu un comportement fautif. Trancher dans le vif, décider dans un sens ou dans l'autre, en ignorant alors la faute de la partie gagnante, c'est ignorer la zone grise pour se cantonner résolument dans l'univers monolithique et sans nuance du tout ou du rien, du blanc ou du noir. Les tenants de la théorie de la faute contributoire ont choisi la solution intermédiaire où l'employé congédié sans cause suffisante, mais qui a été fautif, aura droit à un délai raisonnable dans les circonstances, mais qui sera moindre que ce délai qui lui aurait été accordé selon la théorie du tout ou du rien qui prévaut traditionnellement en matière contractuelle. C'est ainsi que le juge dira par exemple que l'employé aurait normalement eu droit à douze (12) mois, mais qu'il réduit le préavis à six (6) mois pour tenir compte du comportement fautif de l'employé [65].

La cour aura alors deux avenues: soit inclure carrément la faute contributoire de l'employé comme l'un des facteurs dont il faille tenir compte dans la durée du préavis, soit déterminer dans un premier temps le préavis raisonnable puis réduire ce préavis en s'appuyant sur cette donnée considérée isolément de la faute contributoire de l'employé. Il semble que la majorité des jugements qui ont choisi la voie du moyen terme privilégient la première démarche, ce qui signifie que la faute contributoire de l'employé serait un facteur parmi d'autres à considérer dans la durée du préavis.

S'il y a les tenants du moyen terme, il y a aussi ceux qui s'y opposent au nom même des grands principes du contrat. Encore ici, dans cette querelle sur l'admissibilité du moyen terme, on a avancé des solutions mitoyennes; on pouvait s'y attendre! Pourquoi ne pas limiter l'application de la faute contributoire de l'employé dans la détermination du préavis aux seules situations où cette faute de l'employé a causé une perte financière à l'employeur? La diminution du préavis serait alors fondée sur la perte ou le dommage imputable à la conduite de l'employé et l'on pourrait alors parler de compensation pour la perte subie. De cette manière, l'on évite d'imposer à l'employeur une pénalité pour une conduite de l'employé déjà jugée insuffisamment fautive pour justifier le congédiement [66].

Pourquoi ne pas réserver l'application de la théorie de la faute contributoire aux seuls cas de manquements volontaires de la part de l'employé, s'agissant bien sûr de manquements jugés insuffisants pour entraîner congédiement. C'est ainsi que le préavis ne pourrait être réduit dans les cas d'incompétence.

---

65. *Maheu, Noiseux* c. *Ronéo Vickers Canada Ltd., supra*, note 62.
66. LEVITT, *supra*, note 15, p. 165.

Dès lors la qualité du travail de l'employé ne jouerait pas dans la durée du préavis : ou celle-ci est acceptable et alors il aura droit à un préavis raisonnable, ou elle ne l'est pas et l'employeur peut le renvoyer sans préavis. Si non, à la limite, il faudra prévoir une autre grille de préavis selon les divers niveaux de rendement des employés congédiés.

Ce qu'il faut retenir pour le moment, c'est l'affirmation catégorique de la Cour d'appel à l'effet qu'il ne saurait y avoir de moyen terme. Dans une affaire récente, le juge Gendreau s'est exprimé ainsi :

> ... il ne peut y avoir en cette matière de solution mitoyenne : le congédiement est justifié ou il ne l'est pas. En l'espèce, contrairement au rôle dévolu aux arbitres de griefs, le juge de la Cour supérieure, saisi de ce recours contractuel, n'avait pas à examiner la valeur relative des torts de l'employé. C'est pourquoi, à l'égard des circonstances de l'affaire. si le juge était d'avis que l'employeur était fautif, il devait rejeter le recours. Si, au contraire, il croyait le congédiement abusif, le demandeur devait réussir. [67]

Le premier juge avait décidé que le plaignant avait été déloyal envers son employeur mais avait conclu à l'insuffisance du motif.

Dans cette affaire qui risque d'être souvent invoquée, la démarche du juge d'instance et la qualification des faits par la Cour d'appel appellent deux remarques qui nous semblent réduire la portée de l'affirmation faite par le juge Gendreau à l'effet « qu'il ne peut y avoir en cette matière de situation mitoyenne... » [68]. La formulation du juge de première instance revêt les contours suivants : il n'y a pas matière à congédiement, mais l'employé a commis une faute significative, même si elle ne justifiait pas le renvoi. L'avis du douze (12) mois qui aurait autrement été raisonnable sera, en conséquence, réduit à six (6) mois.

La Cour d'appel, confrontée à une telle démarche, y voit là un comportement d'arbitre de grief ; elle s'empresse de rappeler sommairement qu'il s'agit d'un recours contractuel, à l'intérieur duquel le juge de la Cour supérieure « ... n'avait pas à examiner la valeur relative des torts de l'employé » [69] ? Mais n'est-ce pas davantage une question de formulation qu'une question de principe incontournable ? La Cour supérieure donne l'impression de traiter le congédiement avec préavis comme l'arbitre aborde un congédiement disciplinaire. Et la Cour d'appel veut lui rappeler qu'elle ne peut se comporter comme un arbitre, qui lui, a reçu des parties et/ou du législateur le pouvoir de se substituer à l'employeur dans l'appréciation de la cause juste et suffisante de congédiement, et de remplacer une sanction disciplinaire par une autre

67. *Maheu, Noiseux* c. *Ronéo Vickers Canada Ltd.*, *supra*, note 62, p. 1599.
68. *Id.*
69. *Id.*

moins sévère, comme un suspension de deux (2) mois à la place d'une suspension de six (6) mois. La Cour d'appel nous dit que nous ne sommes pas en matière disciplinaire, mais en matière contractuelle. Concrètement, cela signifie qu'il y avait ou n'y avait pas matière à rupture du contrat du fait de la faute de l'employé, mais que les règles du contrat individuel de travail ne permettent pas de voir à la fois une faute insuffisante pour justifier l'employeur de mettre fin au contrat et une faute qui autorise le juge, et donc qui justifie l'employeur, à réduire la durée du préavis raisonnable de douze (12) à six (6) mois. Ce faisant, nous dit la Cour, le juge de première instance opère comme s'il se trouvait en matière disciplinaire, avec pouvoir de contrôle sur l'opportunité de la sanction prise par l'employeur.

Mais alors, dirons-nous, peut-être faudrait-il retourner au vieux langage formaliste qui parle de rupture du contrat de travail et non de congédiement ! Au-delà de la sémantique, il nous semble qu'il est possible de réconcilier les principes du contrat de travail avec une prise en charge du comportement de l'employé par le juge. Si le juge de la Cour supérieure avait d'abord conclu à un préavis de douze (12) mois comme il l'a fait, pour ensuite décider qu'il opérait compensation d'un certain montant en faveur de l'employeur pour tenir compte des dommages subis par ce dernier du fait de la déloyauté de l'employé qui, par ailleurs, ne justifiait pas la rupture du contrat, le juge aurait pu arriver au même résultat pratique sans offenser les gardiens de l'orthodoxie civiliste.

Mais il y a plus, dans cette affaire, qui indisposait la Cour d'appel. Transportons-nous maintenant au stade de la qualification des faits. La Cour d'appel ne voit aucune déloyauté dans le comportement de l'employé puisque l'employeur lui-même (employeur précédent) avait incité l'employé à former sa propre entreprise. Dès lors qu'il n'y a pas faute de l'employé, bien sûr il ne saurait y avoir matière à réduction du préavis. Bref, dans ce cas, la Cour d'appel n'avait pas à se prononcer sur la faute contributoire de l'employé en matière de préavis, puisque, selon elle, il n'y avait aucune faute. Il demeure qu'elle l'a fait et l'on pourrait penser que cela a d'autant plus de poids que ce n'était pas nécessaire. On peut croire qu'elle sentait d'autant plus le besoin de le faire, qu'elle n'avait pas à le faire. De cette façon, elle rejoignait les Cours d'appel de plusieurs provinces.

> Notwithstanding the strong argument of defence counsel I do not adopt the near cause approach set out in two Nova Scotia cases: Smith v. Dawson Memorial Hosp. (1978), 29 N.S.R. (2nd) 277, 45 A.P.R. 277 (T.D.) and Morrell v. Grafton-Fraser Inc. (1981), 44 N.S.R. (2nd) 289, 83 A.P.R. 289, affirmed 51 N.S.R. (2nd) 138, 102 A.P.R. 138 (C.A.). The concept of just cause almost having been established, or that the plaintiff in some way contributed to the firing does not appeal to me as appropriate. I rather prefer the traditional approach followed in this province where just cause is either established or it is

> not. I have concluded that in the circumstances the appropriate notice period be 18 months. [70]

La position intransigeante de la Cour d'appel peut s'expliquer par certains écarts de juges qui sont carrément débarqués sur le terrain de l'arbitre de grief. Jugeons-en par quelques exemples :

> ... il s'agit d'une sanction hors de proportion avec la faute. Un simple avertissement aurait suffi. [71]

> Le tribunal de droit commun, tout comme un tribunal d'arbitrage, peut certes considérer ce qu'aurait fait dans les circonstances un employeur prudent et rendre la décision qui aurait été rendue par ce dernier... [72]

> La compagnie aurait pu sévir autrement que par un congédiement immédiat. Le demandeur a droit à un préavis de fin d'emploi que le tribunal fixe à deux (2) mois de salaire, en tenant compte de la conduite fautive du demandeur... [73]

La Cour d'appel demande aux tribunaux de première instance de contrôler leurs réflexes d'arbitre de grief, mais il est ironique de relever que cette même Cour d'appel a repris à son compte les propos du juge Dugas dans l'affaire *Lecompte* c. *Steinberg Ltée* :

> Les tribunaux jouent ici un rôle d'arbitre. [74]

Mais voilà, ce qui risque de faire problème, c'est le cas de l'excellent employé. Parce que, de même que la faute contributoire de l'employé ne doit pas jouer, selon la Cour d'appel, dans la durée du préavis, de même, en toute logique, le rendement excellent d'un employé ne devra pas jouer s'il est congédié sans cause. Il faut reconnaître ici que la jurisprudence a souvent affirmé que l'employeur était en droit de s'attendre à un bon rendement de son employé et qu'en conséquence il n'y aurait pas lieu d'en faire un facteur devant influencer la durée du préavis [75]. Pour rejoindre cette réalité de l'excellence comme de la médiocrité, le juge d'instance devra éviter de se comporter ouvertement comme un arbitre de grief.

---

70. *Helbig v. Oxford Warehousing Ltd. et al.*, [1983] 1. C.C.E.L. 217 (Ont. H.C.J.) cité dans LEVITT, *supra*, note 15, p. 166.
71. *Villeneuve* c. *Soutien-Gorge Vogue Inc.*, *supra*, note 64.
72. *Malabre* c. *Idi Electric (Canada) Ltd.*, *supra*, note 64.
73. *Dupuis* c. *Centre Hospitalier Georges-Frédéric*, *supra*, note 31, p. 1168.
74. *Société Hôtelière Canadien Pacifique* c. *Hoeckner*, *supra*, note 14, j. Gendreau, p. 10.
75. *Broersma* c. *Canatom Inc.*, D.T.E. 86-T-738 (C.S.), où l'arrêtiste résume ainsi : « La qualité du travail et du rendement de l'employé ne doivent (sic) pas nécessairement affecter la durée de l'avis, l'employé étant payé pour donner un rendement satisfaisant. » ; voir aussi : *Gagné* c. *Matériaux Frigon Ltée*, J.E. 84-1019 (C.S.).
Cependant, voir à l'effet contraire : *Turcot* c. *Conso Graber Inc.*, D.T.E. 87T-668 (C.S.).

2.1.2. Les caractéristiques de l'employé

Les caractéristiques de l'employé recoupent une foule de données qui empruntent à diverses facettes du travailleur. À titre d'exemples, signalons la formation, l'expérience professionnelle, la compétence, l'assiduité, la disponibilité, l'ardeur au travail, la capacité à apprendre et à s'adapter, la timidité [76] et même le nombre d'enfants [77].

Ce ne sont là qu'une dizaine d'éléments d'un ensemble qui peut être indéfini. Ce qui nous importe, c'est l'imputabilité. Un travailleur est-il devenu moins compétent par sa négligence ou par la faute de l'entreprise ? Si son incompétence n'est pas telle qu'elle justifie un congédiement, elle peut rendre son réemploi chez un autre employeur plus difficile, voire problématique ; la négligence d'un employé peut là encore ne pas être la cause raisonnable de son congédiement, mais rallonger le temps qu'il lui faudra pour trouver un autre emploi, surtout s'il opère dans un milieu relativement fermé.

La Cour d'appel nous dit qu'une fois décidé qu'il n'y avait pas cause raisonnable à congédiement, là s'arrête le rôle joué par le dossier de l'employé qui, désormais, ne doit plus servir pour atténuer ou aggraver l'indemnité de préavis. En d'autres termes, ce dossier de l'employé joue au stade de la détermination de la cause raisonnable du congédiement, mais une fois décidé qu'il n'y avait pas cause raisonnable, il doit disparaître du « dossier » du juge qui, désormais, doit s'attacher exclusivement à la détermination du préavis suffisant, en ignorant ce qui s'est dit sur la cause raisonnable de congédiement. C'est ainsi que le préavis ne pourra être raccourci si l'employé a eu un comportement fautif qui n'a pas constitué la cause raisonnable, de la même manière que le préavis ne pourra être rallongé parce que l'employé a fourni un rendement exceptionnel, ou supérieur à la moyenne [78].

Et pourtant, comment ignorer toutes ces décisions où des facteurs relevant du dossier de l'employé ont joué dans l'établissement du préavis.

> Dans ces circonstances, compte tenu que le demandeur avait consacré douze (12) ans de sa vie à la défenderesse et lui a fourni d'année en année et d'un poste à l'autre un rendement exceptionnel, [...], je fixe à douze (12) mois la période d'avis préalabe. [79]

> Compte tenu [...] que son rendement n'a jamais été mis en cause, [...] la Cour fixe à douze (12) mois l'indemnité pour délai-congé. [80]

---

76. *Breeze* c. *Federal Business Development Bank*, J.E. 84-963 (C.S.).
77. *Loiselle* c. *Brunet, Lasalle Corporation, supra*, note 8.
78. *Supra*, note 62.
79. *Lecompte* c. *Steinberg's Ltd., supra*, note 3, p. 216.
80. *Rajotte* c. *McCarthy Transport Inc.*, J.E. 82-487 (C.S.).

> Ainsi, pour disposer de la durée suffisante du délai-congé, je considérerai que le demandeur était un haut cadre dont les services ont toujours été appréciés par la défenderesse,... [81]

Comment ignorer que la Cour d'appel elle-même, encore récemment, comptait « les raisons du congédiement » comme l'un des facteurs du préavis [82], et soulignait l'importance du dossier de l'employé.

> ... il n'est pas inutile de rappeler qu'il avait toujours eu d'excellentes évaluations annuelles, y compris pour l'année 1982. C'est pourquoi, dans ces circonstances, après huit (8) ans de service continu, l'appelant avait droit à un avis-congé de six (6) mois. [83]

Ce qui risque de faire problème en regard de la position intransigeante de la Cour d'appel dans *Maheu, Noiseux* [84], c'est qu'il est assez fréquent que des éléments du dossier d'un employé s'inscrivent naturellement dans le débat sur la cause raisonnable et dans celui sur le préavis.

Ainsi, le travailleur négligent devenu incompétent, mais pas au point de justifier son congédiement ; l'employeur sera condamné à verser le préavis suffisant, lequel sera fonction du temps que l'employé mettra à se relocaliser. Si son incompétence et sa négligence sont connues dans le milieu, il se peut, surtout s'il a cinquante ans, qu'il soit toujours sans emploi lors de l'audition de son affaire. Ainsi, si le juge ne peut faire suivre le dossier au stade de la détermination du préavis, cet employé touchera une indemnité importante du fait précisément de son incompétence et de sa négligence qui lui rendent plus difficile la recherche d'un nouvel emploi.

Ironiquement, dans un cas comme celui-là, c'est l'employeur qui doit payer pour la négligence de l'employé, laquelle ne constituait pas par ailleurs la cause raisonnable libératoire de préavis. Par contre, il ne faut pas perdre de vue que c'est l'employeur qui a décidé de se prévaloir de sa faculté de résiliation unilatérale et, en cela, il doit en porter la responsabilité.

C'est dire que cette incompétence relative du travailleur, qui lui est imputable, mais qui ne constitue pas la cause raisonnable de congédiement, pourra lui servir à obtenir un préavis rallongé du fait d'une plus grande difficulté de réemploi, mais ne pourra pas le desservir, parce que le juge n'a pas juridiction pour assurer le suivi de son dossier de négligence et d'incompétence jusqu'au stade de la détermination du préavis, où il pourrait alors « se souvenir » que cet employé a contribué à son congédiement par sa négligence qui a entraîné son incompétence relative.

---

81. *Dupuis* c. *Centre Hospitalier Georges-Frédéric, supra*, note 31, p. 1167.
82. *Société Hôtelière Canadien Pacifique* c. *Hoeckner, supra*, note 14, *Surveyer, Nenniger & Chenevert Inc.* c. *Short, supra*, note 29.
83. *Langlois* c. *Farr Inc.*, [1988] R.J.Q. 2682 (C.A.), p. 2688.
84. *Supra*, note 62.

Cet exemple extrême démontre qu'il peut être artificiel de vouloir ignorer le dossier de l'employé dans la détermination du préavis quand une même dimension de ce dossier participe intimement et du débat sur la cause raisonnable et de la détermination du préavis suffisant. Par contre, il faut se souvenir que la jurisprudence sur le préavis suffisant se refuse d'isoler un seul facteur de détermination [85] ; tant qu'elle se cantonnera dans une énumération sans analyse d'une série de facteurs, il sera toujours loisible à un juge d'assurer « le suivi du dossier » sans le dire ouvertement ou même sans le laisser transparaître. » Tout est dans la manière, et la Cour d'appel elle-même nous dit que c'est le résultat qui importe [86].

2.1.3. Ancienneté

Facteur ambigu que celui-là. Cela doit tenir à sa nature collectiviste, celle que nous connaissons si bien pour l'avoir vue, omniprésente, en relations collectives de travail. Nous comprenons facilement que l'ancienneté ne puisse jouer parallèlement au super-facteur de l'accessibilité à un emploi équivalent. Comment, en effet, peut-on établir une corrélation entre les années passées au service d'une entreprise et la difficulté de trouver un autre emploi équivalent ? Et pourtant, le temps requis pour se réemployer demeure cet étalon en regard duquel peut se mesurer objectivement le montant des dommages causés par l'employeur du fait d'un congédiement sans préavis (ou avec préavis insuffisant) en contexte de contrat de travail à durée indéterminée.

Facteur ambigu, difficile à manœuvrer, pour qui la logique du système doit être préservée [87]. Et pourtant, on a vivement l'impression qu'il est devenu un facteur très important [88]. Comment a-t-on pu en arriver là alors que l'ancienneté n'était même pas mentionnée dans *Columbia Builders* ? Comment expliquer ce rôle déterminant que tient désormais la longueur des services dans la détermination du préavis ? Parce qu'il nous faut une justification, une explication en droit, au-delà du simple constat.

Comment expliquer par exemple que deux employés de cinquante ans, de formation et d'expérience similaires, se verront accorder des préavis de longueur sensiblement différente du fait précisément d'une différence sensible

85. *Société Hôtelière Canadien Pacifique* c. *Hoeckner, supra*, note 14, cité dans *Surveyer, Nenniger & Chenevert Inc.* c. *Jackson, supra*, note 23, j. Fortin (*ad hoc*), p. 6.
86. *Société Hôtelière Canadien Pacifique* c. *Hoeckner, id.*, j. Fortin (*ad hoc*) ; p. 4.
87. *Id.*, p. 3.
88. Voir en particulier : *Guenette* c. *Centre Hospitalier St-Jean de Dieu*, [1987] R.L. 561 (C.A.) ; *Drouin* c. *Electrolux Canada Ltée, supra*, note 16 ; *Lavigne* c. *Sabex Internationale, supra*, note 11.

de leur ancienneté ? Pourquoi est-ce si différent si l'un d'eux compte vingt-cinq ans d'ancienneté et l'autre seulement deux ? Nous ne disons pas que ce n'est pas là une réaction saine qui ne se justifie pas. Nous nous demandons comment l'expliquer, la rationnaliser en droit. À quelle notion, à quel concept du droit du contrat de travail à durée indéterminée peut-on se raccrocher pour expliquer et justifier légalement pareille démarche et pareille conclusion des tribunaux.

Pourquoi l'âge jouera grandement quand conjugué à l'ancienneté [89], et beaucoup moins lorsque combiné avec peu d'années de service [90] ? La réponse qui surgira spontanément fera ressortir qu'il n'est que normal de ne pas oublier les états de service d'un employé quand un employeur le congédie sans cause raisonnable. Ce n'est là que reconnaître la signification de ce qui fut de bons et loyaux services [91]. Ce caractère de légitimité de l'ancienneté n'explique toujours pas en droit sa prise en charge par le juge comme facteur important du délai-congé.

Le préavis a un but, une fin spécifique, identifié dès les premières décisions sur la question [92]. Ce but premier du délai-congé, devenu en conséquence le facteur principal qui le détermine, ne peut s'analyser autrement qu'en une donnée à prime abord étrangère à l'ancienneté. L'ancienneté c'est donc autre chose, quelque chose qui diffère de la difficulté de se réembaucher. Plus encore, quelque chose d'étranger. L'ancienneté soulève manifestement une autre dimension dans la problématique du préavis. Il ne s'agit plus alors de tenir compte exclusivement des données attenantes au niveau de difficulté de réembauche quand les juges font appel à des considérations comme les années de service. Il s'agit d'autre chose mais en même temps, paradoxalement, de la même chose. Faudrait voir à s'expliquer.

Il s'agit d'autre chose parce que ancienneté et difficulté de réemploi sont deux considérations plutôt étrangères l'une à l'autre. Mais, ces deux données,

---

89. Voir notamment *Drouin* c. *Electrolux Canada Ltée, supra*, note 16 ; *Lecompte* c. *Steinberg's Ltd, supra*, note 3 ; *Benson* c. *Brown Boveri, supra*, note 3.

90. *Habitations Populaires Desjardins de Lanaudière Inc.* c. *Boyer, supra*, note 29, *Surveyer, Nenniger & Chenevert Inc.* c. *Short, supra*, note 29, *Nolan* c. *Rémi Carrier Inc.*, C.S. (Montréal), 23 juin 1983, 500-05-008408-799, J.E. 83-829.

91. Mais la jurisprudence nous dit par ailleurs que l'employeur est en droit de s'attendre aux bons services et que cela ne saurait influer sur le préavis, voir *supra*, à la fin de la section 2.1.2.

92. *Asbestos Corporation v. Cook, supra*, note 48.1, p. 94 et 95 ; *Dubois v. J.R. Ouimet Ltée*, [1959] C.S. 573, p. 576 ; et surtout, *Columbia Builders Supplies Co. v. Bartlett, supra*, note 1, p. 113 où le juge Rinfret cite le passage suivante de Planiol et Ripert : « Cette institution a pour objet d'éviter à l'autre partie le préjudice résultant de la brusque cessation du travail : ainsi prévenu à l'avance, [...], l'employé a le temps de chercher une nouvelle place et d'éviter le chômage. ».

apparemment étrangères, finissent par se rejoindre dans le débat sur le préavis, à partir du moment où le préavis suffisant du juge ne parvient plus à se rapprocher de la période de temps réellement requise par l'employé pour se retrouver un nouvel emploi équivalent. C'est d'ailleurs ce qui explique encore que l'ancienneté soit devenue le facteur important que l'on connaît aujourd'hui, du fait de cette distorsion constatée par la jurisprudence [93] dans des affaires du début des années quatre-vingt, alors que frappait la crise économique que l'on sait.

Comment ne pas voir là l'influence des relations collectives de travail? Comment les juges de droit commun pourraient-ils continuer d'ignorer ce qui constitue la pierre angulaire des conditions collectives de travail? Peut-on concevoir une convention collective qui ignorerait l'ancienneté? Peut-on même concevoir, en 1990, des conditions individuelles de travail d'où seraient absentes toutes considérations des années de service?

Ainsi, si l'ancienneté est devenue un facteur de l'importance que l'on sait, il ne faudrait toutefois pas commettre l'erreur de le poser comme fondamental, celui par qui le préavis doit nécessairement passer. On peut concevoir le cas où une personne, qui n'a pas encore commencé à travailler pour une entreprise, pourra avoir droit à un long préavis suite à la décision de l'employeur de ne pas concrétiser sa décision de l'embaucher. Mais la Cour d'appel semble avoir emprunté cette direction d'une ancienneté qui viendrait déterminer le préavis lorsqu'elle dit:

> Les parties nous ont soumis plus de soixante-dix décisions, en grande partie de la Cour supérieure et de la Cour d'appel, rendues de 1981 à 1988 concernant des cadres. L'engagement varie de quatre mois à plus de dix ans. Dans aucun cas le délai-congé dépasse la durée de l'emploi, sauf deux où un délai de six mois a été accordé pour quatre mois d'emploi; pas un ne dépasse douze mois pour des emplois d'une durée de un an à quarante ans. [94]

2.1.4. Âge

L'âge est un élément souvent capital dans un dossier. Pensons à tout ce débat entourant la retraite obligatoire. Il est de plus en plus souvent mentionné dans les décisions et fait partie des « majors », cette liste de facteurs énumérés par la jurisprudence et qui sont, pour l'essentiel, toujours les mêmes. La seule difficulté de réemploi n'est plus le facteur déterminant dans certains cas, autrement l'ancienneté n'ajouterait rien au fait que l'employé congédié soit

93. Voir *supra*, p. 7 s.
94. *Société Hôtelière Canadien Pacifique* c. *Hoeckner*, *supra*, note 14, j. Fortin, p. 3 *in fine* et 4 *in limine*.

âgé de cinquante ans. Et pourtant, quand il joue parallèlement à l'ancienneté, ce facteur de l'âge se traduit par de longs préavis, souvent d'une année[95].

Une affaire étonnante de la Cour d'appel, rendue en décembre 1987, va même jusqu'à accorder dix-sept (17) mois de préavis à un capitaine de police licencié en même temps que tout le corps policier. Le juge de première instance, comme la Cour d'appel, ont estimé que l'employeur, le Centre Hospitalier St-Jean de Dieu, était «justifié» de licencier le corps policier comme il l'a fait. Pour le dédommager, l'employeur «lui a donné un préavis de plus de cinq (5) mois et, en plus, lui a versé trois (3) mois de salaire après son départ.»

La Cour d'appel décide comme suit:

> En arbitrant la réclamation de l'appelant sur ce point, tenant compte de son *âge*, de l'excellence de ses services, du fait qu'il avait raison de croire qu'il serait employé dans sa même position jusqu'à la fin de sa carrière, je fixerais la compensation de départ à douze (12) mois de salaire. (Nous soulignons)[96]

Si l'on additionne ces douze (12) mois de salaire aux «plus de cinq (5) mois» de préavis déjà reçu, cela donne dix-sept (17) mois. D'ailleurs la Cour d'appel indique bien qu'il s'agit-là d'une condamnation à payer «un montant supplémentaire de neuf (9) mois de salaire»[97] qui viennent donc s'ajouter aux trois (3) mois déjà versés et aux plus de cinq mois de préavis.

Il est symptomatique que le plus long préavis accordé jusqu'ici, et par la Cour d'appel de surcroît, vienne s'inscrire dans un contexte de voisinage, de proximité de relations collectives de travail.

> Les subordonnés de l'appelant, Marcel Guenette, c'est-à-dire les agents policiers sous ses ordres étaient couverts par une convention collective et par conséquent, ils n'ont pas souffert de l'abolition du corps de police en question: mais l'appelant faisant partie des cadres n'était pas protégé par la convention collective et en conséquence, il est évident qu'il en subit un préjudice considérable:...[98]

Nous disions précédemment que l'âge et l'ancienneté doivent être conjugués pour trouver un écho dans le délai-congé. L'affaire *Boyer* illustre bien que l'âge seul ne suffit pas:

> Eu égard à la durée de ses services de deux mois et demi,... il faut convenir que l'âge de Boyer, soit 52 ans, ne revêt pas une importance considérable relativement

95. *Vigeant* c. *Canadian Thermos Products Ltd*, D.T.E. 88T-295 (C.S.); *Stock* c. *Best Form Brassière Canada Inc.*, D.T.E. 87T-47 (C.S.); *Bergeron* c. *Emballages Purity Ltée*, D.T.E. 84T-731 (C.S.); *Thomas Cook Overseas Ltd. v. John C. McKee*, C.A. (Montréal) 28 mars 1983, 500-09-000805-804, D.T.E. 83T-572.

96. *Guenette* c. *Centre hospitalier St-Jean de Dieu, supra*, note 88, j. Dubé, p. 566.

97. *Id.*

98. *Id.*, p. 563.

à la durée raisonnable du préavis. Bien différentes sont les circonstances lors d'emploi d'une durée de quelques vingt (20) ans suivi par un congédiement, alors que l'employé a atteint un âge relativement avancé. [99]

2.2. Dossier de l'employeur

Nous entrons sous cette catégorie les caractéristiques propres à l'entreprise qui pourraient se répercuter sur la carrière future de l'employé, à supposer que ce dernier ait encore un avenir, de même que le comportement de l'employeur lors du congédiement.

2.2.1. Les caractéristiques de l'entreprise

Un employé conduit dans l'impasse d'une spécialisation qui disparaît en même temps qu'il est licencié devrait pouvoir demander à son ex-employeur d'en rendre compte. Des distinctions s'imposent, comme par exemple dans le cas d'un employé qui pouvait difficilement ne pas savoir, et devait en conséquence prévoir, que son travail était appelé à disparaître [100].

Cet élément de spécialisation, de compétence opérationnelle soulève une dimension qui oblige à élargir le débat. Si un employé, après avoir travaillé un bon moment dans une entreprise, en arrive à développer une compétence de plus en plus pointue, une spécialisation qui lui ferme toujours davantage des horizons sur le marché du travail, cette dégradation de sa compétence ouverte doit-elle être imputée à l'employeur, et se traduire par un préavis en conséquence s'il devait y avoir congédiement sans cause raisonnable ? La réponse qui nous vient spontanément à l'esprit est positive, mais la difficulté demeure entière, parce qu'il s'agit surtout de décider dans quelle mesure cet élément de compétence ou de spécialisation fermée jouera pour arrêter le préavis. Nous savons déjà que les juges rebutent à isoler un facteur ou un élément de détermination du préavis. Quel que soit le poids donné à cet élément de spécialisation dans l'appréciation du préavis, il demeure que cette dimension du préavis nous déporte sur le terrain miné de la conception de l'entreprise, terrain que l'on ne peut contourner dès que l'on entreprend de creuser plus à fond en droit du travail.

Nous avons tous compris que ce débat de la compétence pointue ou élargie d'un employé dans une entreprise pose la question de la responsabilité contractuelle, voire sociale de cette entreprise. L'employeur est-il tenu de maintenir ouverte la compétence de ses employés, et dans quelle mesure une dégradation de cette compétence découlant de la manière de fonctionner

99. *Habitation populaires Desjardins de Lanaudière Inc.* c. *Boyer, supra*, note 29, p. 8.
100. *Freeme De Wallens* c. *Visirecords Systems Canada*, J.E. 81-548 (C.S.).

d'une entreprise doit-elle être versée au passif de l'employeur à travers une responsabilité qui serait sienne?

Question délicate et difficile s'il en est. Nous ne devons pas nous attendre à ce que les juges la tranchent d'un grand trait net. Il ne leur appartient pas de dire ce que doit être l'entreprise de cette fin de siècle. Tout au plus peuvent-ils nous fournir des indications sur l'orientation qu'ils souhaitent voir prendre par l'entreprise de demain. Mais l'employeur qui s'efforcerait de camoufler la venue de changements technologiques pour maintenir la motivation des travailleurs devrait être tenu d'en payer le prix.

Il y a encore le cas de l'entreprise isolée, ou hors des grands centres, qui attire sa main-d'œuvre avec des promesses alléchantes. Le préavis à payer devrait tenir compte des inconvénients et des dépenses tenant au fait que l'employé congédié se retrouve installé dans un endroit où il lui est d'autant plus difficile de se réemployer.

2.2.2. Manière de congédier

Dans tout ce débat sur le préavis, il nous faut éviter de perdre de vue que c'est l'employeur qui prend la décision, unilatéralement, de mettre fin au contrat de travail à durée indéterminée. Nul n'est censé se faire justice lui-même : c'est là un principe fondamental en droit, l'assise de la règle de droit. Permettre à l'employeur d'exercer sa faculté de résiliation unilatérale, c'est poser une exception d'un genre particulier. On rétorquera que l'employé peut lui aussi mettre fin unilatéralement au contrat de travail, en donnant sa démission, mais le marxisme nous aura au moins sensibilisé à cette réalité première qu'il est socialement grossier de poser comme prémisse à l'équation du contrat de travail le principe de l'égalité des parties, et cela n'est jamais si vrai qu'au stade de l'embauche et de la terminaison d'emploi.

La manière de faire de l'employeur, lors de l'exercice de sa faculté de résiliation, peut avoir des répercussions sur le temps que mettra l'employé renvoyé à se relocaliser, et dans ce sens, on ne peut s'étonner que ce facteur des circonstances du congédiement, lié à la manière de faire de l'employeur, soit considéré par la Cour d'appel.

> Dans un contexte de compétence et de satisfaction de l'employeur quant aux services rendus, la façon brusque et imprévisible avec laquelle le congédiement a été décrété a créé un préjudice inutile à la carrière de madame Des Cheneaux et a rendu difficile pour elle la recherche d'un nouvel emploi dans le domaine spécialisé où elle avait œuvré,... [101]

101. *Miron Inc.* c. *Des Cheneaux, supra*, note 20, p. 637 *in fine* et 638 *in limine*.

Dans l'affaire *Hoeckner*, la Cour d'appel cautionne le juge d'instance en ces termes :

> C'est en considérant tous ces aspects affectant la durée de l'avis, en plus de l'inutile préjudice fait à la carrière de l'intimé et de l'exceptionnelle difficulté de trouver un nouvel emploi causée par la façon dont on a procédé au renvoi, que le juge a alloué une somme globale équivalente à dix (10) mois de traitement... [102]

Le juge Fortin est d'accord avec le juge Gendreau sur le montant total des indemnités mais diffère d'opinion quant aux chefs des dommages : plutôt que dix (10) mois de préavis, il accorderait quatre (4) mois, convertissant la différence en dommages moraux au chef d'une conduite abusive de l'employeur lors du congédiement.

> ... le juge de première instance a combiné avec l'avis-congé la faute de l'employeur résultant de son comportement vexatoire et de sa conduite abusive lors du congédiement, évaluant le tout à dix (10) mois de salaire (24 166 $). Il resterait donc 14 500 $ pour le préjudice moral. [103]

Si le juge Fortin distingue l'indemnité de préavis des dommages moraux, il laisse l'impression regrettable que préavis et dommages moraux sont interchangeables, se situant dans des vases communiquants indifférenciés ou qui ne valent pas la peine de l'être. Pourquoi distinguer si le résultat doit être le même avec ou sans distinction semble nous indiquer cette jurisprudence ?

Et pourtant, comment nier que les catégories sont fondamentales en droit ? Le droit ne peut opérer que sur la base de concepts clairement établis. Le droit tend d'abord vers la clarification des concepts. Autrement, comment justifier, comment expliquer, comment rationaliser la règle de droit ? Le préavis et l'abus de droit participent de deux préoccupations différentes. De nature différente, ils comportent des régimes distincts et débouchent sur des indemnités qui ne répondent pas aux mêmes finalités. Qu'ils puissent se recouper à l'occasion ne saurait impliquer qu'ils se confondent [104]. Cette attitude de la Cour d'appel n'est que le reflet de la jurisprudence en la matière.

Depuis l'arrivée de la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle, la confusion n'a cessé de croître. Nous sommes maintenant confrontés à une catégorie passe-partout à laquelle il est devenu bien commode de recourir quand il s'agit d'éviter les analyses et les explications trop serrées.

---

102. *Société Hôtelière Canadien Pacifique* c. *Hoeckner*, *supra*, note 14, j. Gendreau, p. 12.
103. *Id.*, j. Fortin, (*ad hoc*), p. 4.
104. *Surveyer, Nenniger & Chenevert Inc.* c. *Jackson*, *supra*, note 23, j. Fortin, à la p. 8 : « Nous devons distinguer les jugements motivés uniquement par l'application de l'article 1668 C.c. de ceux qui tiennent compte en outre dans le délai-congé d'autres motifs, entre autres, d'abus de droit,... »

Nous verrons maintenant deux situations qui posent avec acuité la question de la manière de résilier le contrat de travail, soit la mise à pied et le congédiement déguisé.

2.2.2.1. Le cas de la mise à pied

Nous connaissons tous l'importance de ce sujet en droit collectif du travail. Il ne l'est pas moins en droit individuel [105].

On peut se demander si la mise à pied est logique en contexte de contrat individuel de travail. Nous savons que l'employeur s'engage à fournir un travail plus ou moins défini en échange d'un salaire qui, lui, est normalement mieux cerné. Qu'arrive-t-il si l'employeur cesse de fournir le travail convenu ? Cette situation devrait être traitée comme un bris de contrat donnant droit à des dommages dont le montant correspondra à la durée du préavis. Mais voilà que l'employeur invoque qu'il n'a pas mis fin au contrat en cessant de fournir le travail convenu, mais qu'il n'a fait que suspendre momentanément l'application dudit contrat.

Devant le juge, il affirmera que l'employé n'a pas été congédié, mais seulement mis à pied, qu'il aurait été rappelé au travail s'il n'avait pas perçu erronément cette mise à pied comme un congédiement. Bref, ce qui n'était au départ qu'une mise à pied, s'est transformée en rupture du contrat, non pas par le congédiement, mais bien plutôt par la démission de l'employé qui n'a pas eu la patience ni l'intelligence d'attendre d'être rappelé au travail, comme il aurait dû, s'il avait fait une lecture correcte de la situation. Ce serait un peu facile. Et l'employé, plutôt que de toucher le préavis, et, éventuellement, des dommages moraux s'il y a abus de droit, s'en retournerait chez lui en apprenant qu'il a démissionné sans le savoir. Heureusement, l'employeur ne pourra s'en tirer aussi aisément.

L'employé pourra toujours invoquer modification substantielle du contrat équivalent à bris [106]. Car l'employeur qui décide un bon matin de renvoyer son employé en invoquant mise à pied devra par la suite faire la preuve que cette possibilité faisait partie des conditions de travail du contrat, à travers le contenu implicite. Et cette preuve ne sera possible que si l'employeur peut

---

105. *Entreprise de Pipe-Line universel Ltée* c. *Prévost*, C.A. (Montréal) 30 juin 1988, 500-09-000520-858, D.T.E. 88T-549.

106. Voir, *id.*, où la Cour d'appel semble avoir retenu cette approche lorsqu'elle conclue qu'il y a eu rupture du lien contratuel. Ainsi, à la page 6, le juge Lévesque affirme :

> Même s'il est vrai comme le souligne l'appelante que ses activités étaient réduites au moment où elle a informé l'intimé de sa mise-à-pied, il n'en reste pas moins qu'elle n'a jamais expliqué de façon satisfaisante pourquoi elle s'était départie de sa politique de retenir l'intimé à son emploi comme elle l'avait fait auparavant...

démontrer que cette éventualité avait déjà été envisagée, ou alors que c'était connu de tous les employés que cela pourrait arriver. Bref, l'on comprend que l'entreprise doive avoir une « histoire » ou une politique de mise à pied qui fasse que l'employé pouvait s'y attendre pour cette raison bien simple qu'il s'agissait là d'une condition de travail [107].

Voilà pourquoi l'employeur ne saurait soulever inopinément, comme par magie, l'argument de la mise à pied s'il ne s'agit pas là d'une situation faisant partie des conditions de travail de l'employé renvoyé chez lui. En d'autres termes, l'on pourrait dire que l'employeur ne pourra l'invoquer si cette situation ne fait pas partie des usages de l'entreprise.

Mais le jeu de la mise à pied ne s'arrête pas là. Nous savons que l'employé doit mitiger les dommages découlant d'un préavis inexistant ou insuffisant. Qu'arrive-t-il si l'employeur offre à l'employé qu'il a congédié sans cause ni préavis de le reprendre à son emploi. Bref, de le rappeler au travail, si on parle le langage de la réalité socio-économique. L'employé est-il tenu d'accepter, parce que tenu de mitiger les dommages ?

L'employeur qui a congédié pour ensuite rappeler au travail au bout de quelques semaines, histoire de se couvrir au niveau de l'indemnité de préavis, se verrait reconnaître un droit démesuré si le juge, à travers une conception étroitement technique de la mitigation, imposait à l'employé l'obligation de retourner travailler chez cet employeur sans autres compensations que les quelques jours de préavis auxquels il aurait droit du fait d'un rappel rapide au travail.

Nous voyons le danger d'une telle conception de l'obligation de mitigation. L'employé serait réduit à la dimension d'un yoyo entre les mains de l'employeur qui pourrait le renvoyer et le ramener à volonté. Si tout le droit des contrats à durée indéterminée se ramenait au droit de congédier sans cause avec préavis et à l'obligation faite à l'employé de mitiger les dommages, cette obligation, mal comprise socialement parlant, équivaudrait à toutes fins pratiques à livrer l'employé au bon vouloir et à l'arbitraire de l'employeur.

2.2.2.2. Le cas du congédiement déguisé

Le congédiement déguisé, en contexte de contrat individuel de travail, se ramène, le plus souvent, à un changement des conditions de travail (c'est

107. Dans *Laurier Auto Inc.* c. *Paquet*, [1987] R.J.Q. 804, p. 806, le j. Tyndale indique bien que cette technique de la mise à pied ne découle pas du contrat de travail et doit, en conséquence, être envisagée par les parties :

> Articles 1667 and following of the *Civil Code of Lower Canada* dealing with the contract of lease and hire of personal service do not specifically contemplate temporary suspension of such a contract, or layoff; however, there is nothing to prevent a valid agreement to that effect, and it is clear to me that such an agreement was made in this case.

amusant de retrouver un concept typiquement collectif en contexte individuel). Le *Code du travail* le défend à l'employeur, sauf permission du syndicat ou en période d'ouverture à la grève ; il n'est donc pas étonnant que les règles du contrat de travail viennent encadrer cette faculté de l'employeur de modifier les conditions de travail telles que prévues au contrat.

Le contrat de travail n'est pas écrit habituellement, et même quand il l'est, il ne comporte encore, dans la très grande majorité des cas, que des indications larges quant au contenu des obligations respectives des parties. Paradoxalement, ce contrat de travail sera fait davantage de la façon dont il aura été exécuté, que des termes, que des conditions qui auront pu ou qui auraient pu avoir été préalablement fixés. C'est d'ailleurs une des dimensions majeures qui font du contrat de travail un contrat pas comme les autres et qui commandent qu'on ne le passe pas dans le moule commun de la théorie générale des contrats [108].

Ainsi, ce seront les conditions de travail telles que vécues par l'employé qui détermineront ses droits et ses obligations, plutôt que des textes « encadreurs », comme c'est le cas en contexte de relations collectives de travail. Mais cette absence de texte ne signifiera pas, bien évidemment, absence d'obligations de part et d'autre, et ici, celles que nous retiendrons davantage sont celles de l'employeur.

Les conditions de travail auxquelles les parties débouchent pratiquement revêtent une signification légale qui commande aux parties de respecter les obligations en résultant. C'est ainsi que l'employeur, qui a confié à un employé telle ou telle responsabilité qui définit désormais les fonctions de cet employé, ne peut plus, du jour au lendemain, lui enlever ces responsabilités sans changer ses conditions de travail, et un changement important, significatif des conditions de travail d'un employé équivaut à une dénonciation unilatérale du contrat et comme telle, doit être traitée comme la rupture, comme la résiliation unilatérale du contrat de travail.

Mais voilà, et c'est là que résident tout l'intérêt et l'importance de la question, l'employeur prétendra le plus souvent qu'il n'a jamais entendu rompre le contrat quand il a procédé à cette modification des responsabilités de l'employé. Il n'aurait fait, selon lui, qu'exercer ses prérogatives d'employeur responsable de la bonne gestion de l'entreprise. Mais la saine gestion de l'entreprise doit d'abord passer par le respect des droits de l'employé, et les

108. Depuis déjà fort longtemps le droit du travail revendique cette autonomie par rapport aux règles traditionnelles du contrat civiliste du fait de son caractère différent. Voir en particulier : J.R. CARDIN, « Le particularisme et l'esprit propre du droit du travail », dans les tribunaux du travail, 16e Congrès des relations industrielles, Québec, Université Laval, 1969, 115.

droits et obligations de ce dernier, s'ils ne sont pas définis dans un écrit, ressortent à la pratique de l'exécution de ce « non-écrit ».

Il s'agira donc, dans un premier temps, de cerner ce que sont ces droits et obligations de l'employé qui lui sont nés de l'exécution même de son contrat de travail. Il faudra donc inventorier et analyser la pratique de ce contrat, comment il a été vécu. C'est à travers l'analyse de son déroulement que l'on pourra arrêter ce qu'étaient les obligations principales de l'employeur et s'il les a respectées ou non quand il a procédé à telle redéfinition des tâches de l'employé. Et s'il s'agit d'une modification substantielle des conditions de travail de l'employé, le refus par ce dernier de pareille modification ne pourra être traité par l'employeur comme un acte d'insubordination, et mieux encore, le refus par l'employé de continuer à travailler selon les conditions de travail modifiées ne pourra être reçu par l'employeur comme un acte de démission.

Nous sommes appelés à connaître une croissance fulgurante de ces cas dans les années qui viennent, autant par suite d'une meilleure connaissance et d'une plus forte affirmation de leurs droits par les employés, que comme conséquence du blocage que connaît le système collectif de travail qui ferme ses portes à ceux et celles qui n'ont pas eu la chance de naître au bon moment, c'est-à-dire dans la douzaine d'années qui ont suivi la mise en marche de la Révolution tranquille. D'ailleurs la jurisprudence de *common law* témoigne de l'ampleur du phénomène, elle qui connaît un éventail déjà large de « beaux cas » de congédiement déguisé, ce qui n'est pas encore la situation au Québec.

Pour avoir un aperçu de l'importance de cette matière, qu'il suffise de mentionner qu'elle recoupe, à l'échelle individuelle, tout le champ du normatif en contexte collectif, tout ce qui concerne les conditions de travail susceptibles d'être l'objet d'une mésentente sur l'interprétation et l'application de la convention collective, d'être l'objet d'un grief. Avec cette particularité essentielle que, dans le cadre du contrat individuel de travail, la mésentente doit porter sur une modification substantielle des conditions de travail, puisque le débat se situe au stade extrême du congédiement. Il faut savoir que l'employé victime d'une modification de ses conditions de travail devra apporter la preuve que cette modification revêtait une importance telle que les données, que les conditions de travail s'en trouvaient substantiellement changées. D'où le droit pour l'employé de refuser pareille modification ; d'où son droit de refuser de continuer à travailler sous ces nouvelles conditions de travail qui diffèrent significativement de celles qui étaient implicitement convenues jusque-là. Et ce refus de travailler sera considéré par le juge comme un congédiement ou comme une démission selon qu'il aura d'abord décidé qu'il y a eu ou non modification substantielle des conditions de travail, à supposer bien sûr que l'employé n'ait pas accepté ces changements.

Comme le plus souvent en droit, le cadre théorique, les principes et les techniques de base ne présentent pas les plus grandes et surtout les plus nombreuses difficultés. Le principe à l'effet qu'une modification substantielle d'une condition de travail importante soit perçue comme une dénonciation unilatérale du contrat ne fait pas problème au seul stade de son énoncé. Il en va tout autrement de son application.

Deux difficultés majeures risquent de se présenter dans des situations concrètes : comment tracer la ligne de démarcation entre une modification substantielle d'une condition de travail et une modification qui, sans l'être, serait grandement ressentie par l'employé ? Cette première question résolue, demeure celle souvent aussi difficile de départager le cas où l'employé a eu un comportement, une attitude qui témoignent d'une acceptation implicite de la modification, de celui où il ressortirait davantage que l'employé n'a pas voulu accepter le changement intervenu.

Sans compter que les années qui viennent seront celles des restructurations d'entreprise qui sont souvent l'occasion de congédiements déguisés et qui, en fait, posent les cas les plus difficiles en cette matière. Le juge de droit commun se trouve alors écartelé entre une conception étroite et formelle, en même temps que traditionnelle des obligations des parties au contrat de travail, et une perception plus large des obligations de l'employeur, conçues dans la perspective des droits de la direction, responsable de la bonne marche et de la saine administration de l'entreprise.

Jusqu'ici, nous nous en sommes tenus à la manière de congédier ; voyons maintenant les raisons du congédiement.

2.2.3. Les raisons du congédiement

Cette distinction entre la manière de congédier et les raisons du congédiement ne ressort pas toujours clairement, loin de là; souvent les deux dimensions de ce qui est un même mouvement se recoupent et peuvent difficilement être isolées.

Nous avons l'impression que la Cour d'appel emploie de plus en plus « les raisons du congédiement » quand elles se situent sur le terrain du préavis, alors que le terme plus large des « circonstances du congédiement » inclurait également des éléments de dommages moraux ressortant à la manière de congédier. Si nous nous risquions plus avant, nous dirions que, récemment, la Cour d'appel a réservé le terme des « raisons du congédiement » à des cas où l'employeur était justifié économiquement [109] ou socialement [110] de mettre fin

109. *Surveyer, Nenniger & Chenevert Inc.* c. *Jackson, supra*, note 23 ; *Surveyer, Nenniger & Chenevert Inc.* c. *Short, supra*, note 29.

110. *Guenette* c. *Centre hospitalier St-Jean de Dieu, supra*, note 88.

à l'emploi du plaignant. Des affirmations comme la suivante expliquent notre impression.

> Comme le juge de première instance, il me paraît évident que l'intimé était justifié de licencier le corps policier comme il l'a fait. [111]

Dans cette affaire *Guenette*, Madame la juge dissidente Tourigny rejoint la majorité qui avait constaté le caractère «justifié» du congédiement, mais conclut que les trois mois de salaire versés au moment de la cessation d'emploi, qui s'ajoutaient à plus de six mois d'avis donné avant la fin de l'emploi, faisaient que l'employeur était sans reproche ; souvenons-nous que les juges majoritaires avait reçu l'appel du plaignant et ajouté une indemnité de neuf (9) mois de salaire à être versés par l'employeur. Madame la juge Tourigny fait précisément référence, pour expliquer sa dissidence, à l'affaire *Short* où un ingénieur recruté en Angleterre avait été licencié après dix-huit (18) mois pour des raisons économiques [112].

Dans l'affaire *Jackson*, qui implique le même employeur, le juge Fortin, pour la majorité, pose la distinction qui suit :

> ... nous devons distinguer les jugements motivés uniquement par l'application de l'article 1668 de ceux qui tiennent en outre compte dans le délai-congé d'autres motifs, entre autres, d'abus de droit,... [113]

Là où l'employeur serait justifié économiquement de mettre fin à l'emploi, le préavis serait d'un ordre différent des situations d'abus de droit par l'employeur, qui par ailleurs commandent d'autres réparations.

Depuis le début des années quatre-vingt, les conditions économiques ont imprégné les relations de travail, sont devenues une composante majeure dans le dossier de la résiliation unilatérale du contrat. Dans une proportion importante de décisions, elles viennent jeter un nouvel éclairage dans le débat sur le préavis suffisant.

3. Nouvelles réalités socio-économiques : concepts renouvelés ou concepts nouveaux

Nous avons vu que le premier facteur étudié, celui de la difficulté de réemploi [114], n'est plus le facteur dominant [115] qu'il a déjà été.

> ... la difficulté pour l'intimé de trouver un emploi comparable au Québec ou ailleurs dans le pays résulte principalement de *cette récession économique*

111. *Id.*, j. Dubé, p. 566.
112. Voir *supra*, note 29.
113. *Surveyer, Nenniger & Chenevert Inc.* c. *Jackson, supra*, note 23, j. Fortin (*ad hoc*), p. 8.
114. Voir *supra*, section 1.1.
115. En Common Law, on parle de «governing factor», voir LEVITT, *supra*, note 15, p. 148.

> *indépendante de la volonté* de l'une comme de l'autre des parties. (Les soulignés sont de nous.) [116]

Déjà en 1983, dans *Benson* c. *Brown Boveri* [117] souvent cité, la Cour supérieure se démarque de la position de la Cour d'appel dans *R.C.A.* c. *Cohen* [118] rendu en 1978 parce que « Même si ce jugement est relativement récent, la Cour croit pouvoir prétendre à une connaissance judiciaire de la situation difficile de l'emploi » [119].

Les conditions économiques présentent cette caractéristique essentielle qu'elles sont « indépendantes de la volonté des parties » ; elles ne sont pas imputables à l'employeur, même si les juges leur refusent le statut de force majeure [120]. Les conditions implicites viennent fournir l'éclairage essentiel à la détermination du préavis et des dommages moraux, ce qui implique et commande que leur nature et leur portée soient mieux connues. L'implicite est le « langage » du contrat individuel de travail. Conditions implicites, préavis et abus de droit sont les trois paramètres majeurs par où passe nécessairement tout débat sur la rupture unilatérale du contrat de travail à durée indéterminée, si l'on veut rejoindre la réalité socio-économique.

La Cour d'appel a opéré, en 1987, un élargissement considérable de la notion d'abus de droit : le seul comportement maladroit est désormais couvert et la preuve de l'intention malicieuse n'est plus indispensable [121]. Une ouverture de cette importance risque fort de renouveler le droit en la matière.

3.1. Conditions économiques

Pour déterminer la durée du préavis exigible, il faut d'abord considérer ce qui est raisonnable dans les circonstances pour l'employé ; mais une autre dimension doit aussi être prise en considération : s'agissant d'un contrat, le préavis doit être raisonnable pour l'employeur également [122]. Ce qui serait une période raisonnable pour permettre de se trouver un nouvel emploi peut déborder la capacité de payer d'un employeur. Un employeur peut renvoyer

---

116. *Surveyer, Nenniger & Chenevert Inc.* c. *Short, supra*, note 29, p. 608.
117. *Benson* c. *Brown Boveri Canada Ltd. supra*, note 3.
118. *R.C.A. Ltd.*, c. *Cohen*, [1978] C.A. 212.
119. *Benson* c. *Brown Boveri Canada Ltd. supra*, note 3, p. 236.
120. Voir notamment : *R.C.A. Ltd.* c. *Cohen, supra*, note 118 ; *Benson* c. *Brown Boveri, supra*, note 3 ; *Rajotte* c. *McCarthy Transport Inc., supra*, note 80 ; *Harkans* c. *Hercules Canada Ltée*, J.E. 84-678 (C.S.) ; *Goulet* c. *Équipement de Bureau Astrotech Ltée*, J.E. 84-364 (C.S.).
121. *Banque Nationale du Canada* c. *Houle* (1987) R.J.Q. 1518 (C.A.).
122. Voir *Benson* c. *Brown Boveri, supra*, note 3, p. 232 : « La cour s'est longuement interrogée pour savoir si la cause raisonnable du congédiement pouvait être considérée du point de vue de l'employeur. »

pour cause raisonnable sans préavis, mais les contraintes économiques de l'entreprise ne constituent pas une cause raisonnable de renvoi [123]. Si le préavis est trop rallongé, la possibilité de licencier pour raisons économiques peut être sérieusement remise en question, voire même rendue illusoire.

Nous comprenons, surtout en cette période d'intégration économique mondialisée, qu'il faut préserver la possibilité pour un employeur de continuer à fonctionner dans un climat économique défavorable. L'entreprise doit pouvoir, lorsque jugé nécessaire, réduire ses effectifs à un coût raisonnable. Si elle ne le peut pas, l'alternative risque d'être la faillite. C'est pourquoi il doit y avoir certaines limites à la durée du préavis.

Dans ces conditions, comment arrêter un délai-congé raisonnable pour les deux parties au contrat? Le test suivant pourrait être employé: si, au moment de l'embauche, l'employeur et l'employé s'étaient posés la question du préavis, quelle aurait été leur réaction [124]? Il n'aurait pas été raisonnable de la part de l'employeur d'accepter un préavis suffisant pour permettre au travailleur, par temps économiques difficiles, de se relocaliser. La réclamation de l'employé se fonde, en partie à tout le moins, sur le contrat [125], et il n'est pas raisonnable de croire que l'employeur aurait accepté dans les circonstances un préavis jusqu'au réemploi ou même qui s'en rapproche.

Doit-on retourner au moment de l'embauche comme période de référence pour tenter de dégager ce qu'était l'intention des parties à propos de la période de préavis appropriée? Si cette approche était la bonne, on peut alors plaider que des événements futurs imprévisibles, telles les difficultés économiques ou la maladie de l'employé, ne peuvent être considérés comme des éléments pertinents pour déterminer le préavis approprié. Cependant, cette approche ne tient pas compte du fait que le contrat de travail est en perpétuelle évolution. Quand un employé se voit accorder une promotion, le contrat de travail subit alors des modifications importantes et il est normal, dans ces conditions, que les termes du contrat relatifs à la fin d'emploi soient aussi changés. En d'autres termes, les conditions de travail ne sont pas fixées de

123. *Denis Pépin Automobiles Ltée* c. *Longchamps*, C.A. (Québec) 31 août 1988, 200-09-000350-832; *Surveyer, Nenniger & Chenevert* c. *Jackson, supra*, note 23; *Brown* c. *Gordon Capital Corporation* [1986] R.J.Q. 1459 (C.S.); *Rajotte* c. *McCarthy Transport Inc., supra*, note 80; *Harkans* c. *Hercules Canada Ltée, supra*, note 120.

124. On prévoit une telle démarche dans l'arrêt *Dubois v. J.R. Ouimet Ltée, supra*, note 92, (cité dans *Columbia Builders Supplies Co. v. Bartlett, supra*, note 1 : « Le demandeur ne pouvait prévoir qu'un si court avis lui serait donné... »

125. Plusieurs décisions affirment que l'obligation de préavis provient de la loi (voir, entre autres, *Surveyer, Nenniger & Chenevert Inc.* c. *Jackson, supra*, note 23, juge Fortin, p. 4) mais, en même temps la jurisprudence s'appuie sur plusieurs facteurs qui relèvent de l'intention des parties.

façon définitive au moment de l'embauche, au moment de la formation initiale du contrat de travail, d'où il est important de s'en tenir au moment de la terminaison d'emploi comme période de référence pour déterminer le préavis approprié. Dès lors, la question qu'il faut se poser est la suivante : au moment de l'embauche, sur quel préavis les parties se seraient entendues si elles avaient tenu compte des facteurs existants au moment de la terminaison d'emploi ?

Tenter de faire ressortir l'intention des parties en matière de préavis, n'est-ce pas là substituer artificiellement une vision objective, raisonnable, à ce qui a été la vision subjective, toute personnelle, équivoque des deux parties au contrat de travail. D'ailleurs, le préavis raisonnable est le préavis généralement reçu, c'est un commun dénominateur, une abstraction, comme le bon père de famille. À la limite, c'est une norme, et quand le juge Fortin affirme que « l'obligation de donner un avis de congé, dans le cas d'engagement pour un temps indéfini, naît de la loi qui a fixé des paramètres pour des emplois spécifiés » [126], il privilégie cette dimension normative du préavis dont la nature emprunte aussi à l'intention des parties du fait qu'il s'inscrit dans le cadre d'un contrat.

Les conditions économiques difficiles ont bouleversé les données du préavis et se répercutent au niveau de l'obligation de mitigation faite à l'employé congédié. Comme le travailleur a moins de chances de se trouver un emploi comparable, on peut penser qu'il lui sera moins loisible de restreindre son champ de recherche aux seuls emplois similaires pour devoir accepter éventuellement des emplois comparables [127]. N'est-ce pas là demander aux employés plus de souplesse pour permettre aux entreprises d'affronter la concurrence étrangère en opérant les restructurations nécessaires ? Serait-ce la tendance des prochaines années ? D'un côté, il sera demandé aux employés une plus grande souplesse dans le contenu des emplois et, de l'autre, il sera demandé aux employeurs de supporter des préavis plus longs du fait d'un contexte économique insécurisant.

Mais cette façon de voir qui se traduit par un rallongement du délai-congé du fait de conditions économiques plus difficiles doit connaître les tempéraments que l'on sait. En droit du travail collectif comme individuel, il y a toujours ce moment de vérité qui est celui de la capacité de payer. Les affaires récentes décidées là-dessus en Cour d'appel ne nous permettent pas de prévoir de quel côté elle pencherait s'il advenait qu'elle doive choisir entre

126. *Surveyer, Nenniger & Chenevert Inc.* c. *Jackson, id.*, p. 4.

127. Voir *supra*, section 1.1 *in fine* ; c'est encore là remettre en question le premier facteur tel que traditionnellement formulé.

la santé économique d'une entreprise et un coussin de sécurité financière décent pour les employés [128].

Puisque nous sommes dans le domaine du contrat de travail, pourquoi ne pas recourir éventuellement, dans les cas extrêmes, à cette technique qui a connu son apogée à l'époque dorée des relations collectives de travail. Nous voulons parler, bien sûr, de la balance des inconvénients qui vient guider le tribunal qui doit décider d'une requête en injonction. Dans la situation qui nous intéresse, il s'agirait de mettre en balance l'intérêt de l'employé de recevoir un préavis suffisant en regard de l'intérêt de l'employeur de réduire sa force de travail à un coût non prohibitif. C'est dire que le tribunal tiendra compte de la situation dans laquelle se trouve l'employeur et de sa capacité de payer en regard de la difficulté pour l'employé de se trouver un autre emploi équivalent ou même similaire.

Il ne faut pas croire que l'entreprise devra se trouver au bord de la faillite pour que le tribunal tienne compte des conditions économiques; il pourra réduire le préavis même dans les cas où la compagnie n'est pas dans une situation précaire. Les juges qui pencheront de ce côté pourront considérer qu'un préavis plus court constitue une condition implicite du contrat de travail dans le cas où l'employé est renvoyé pour manque de travail. Dans le même ordre d'idées, il pourrait encore être plaidé que l'employé aurait dû savoir qu'il était probable qu'on le licencie compte tenu du contexte économique de l'entreprise [129].

Dans le cas de surplus de personnel, on peut se demander jusqu'à quel point la théorie des difficultés économiques peut jouer pour réduire la durée du préavis. Doit-on exiger que la compagnie fasse alors la preuve qu'elle se trouve dans une position proche de l'incapacité de payer? La logique du préavis pourra-t-elle encore être préservée si l'on veut trop tenir compte de l'incidence des conditions économiques? Décider d'accorder un préavis moindre dans un contexte de conditions économiques difficiles, alors qu'il est manifestement plus difficile de se relocaliser, voilà qui, en définitive, équivaut à nier le principe fondamental du droit de l'employé congédié sans cause raisonnable à un préavis suffisant [130].

---

128. Dans les cas de *Surveyer, Nenniger & Chenevert* c. *Short, supra*, note 29, et *Surveyer, Nenniger & Chenevert* c. *Jackson, supra*, note 23, il n'est pas mentionné que l'entreprise était menacée; dans *Guenette* c. *Centre hospitalier St-Jean de Dieu, supra*, note 88, la largesse de la Cour d'appel peut s'expliquer par la nature publique de l'entreprise concernée, un centre hospitalier.

129. *Freeme de Wallens* c. *Visirecords Systems Canada, supra*, note 100.

130. LEVITT, *supra*, note 15, p. 154.

L'employeur, confronté à des conditions économiques difficiles, est souvent conduit à demander la collaboration de ses employés. Ceux-ci pourront être mis à contribution à travers des conditions de travail modifiées à la baisse. Or, nous savons qu'une modification substantielle des conditions de travail peut être reçue par l'employé comme un congédiement déguisé en ce qu'elle constitue une dénonciation unilatérale du contrat par l'employeur. Le plus souvent, ce sera la pratique qui dira ce que sont ces conditions essentielles de travail que l'employeur ne peut modifier sans le consentement de l'employé.

Il n'y a pas de quoi se surprendre de ces contradictions au plan de la logique : quand un secteur du droit subit des bouleversements importants, il est normal qu'il mette un certain temps à ajuster ses principes et ses règles à la nouvelle réalité socio-économique qu'il a fonction de normaliser. Les ajustements se feront progressivement tant au niveau des règles que des concepts. L'article 1024 C.C.B.-C. est là précisément pour jouer ce rôle.

3.2. Conditions implicites

Ce sont ces conditions que l'on peut inférer du contrat, par exemple de la nature même du contrat ou de circonstances entourant sa passation ou son déroulement. Ces conditions implicites peuvent facilement prêter flanc à l'équivoque. Ainsi, on peut être tenté de les assimiler carrément à l'intention des parties, cette intention commune qui aurait été laissée dans le clair-obscur pour une foule de raisons dont celle que le contrat individuel de travail fonctionne souvent « sur la gueule ».

C'est là qu'il vaudrait mieux être prudent. Des concepts, comme l'intention commune des parties, l'intention des parties et l'usage, participent tous des conditions implicites du contrat de travail, mais il nous semble qu'ils doivent recevoir un traitement différent qui devrait conduire à des démarches qui collent à leur nature spécifique. Quand un juge entreprend de rechercher la commune intention des parties, il sonde, il introspecte le contrat, il le soumet à une analyse fouillée qui tend à faire ressortir, à mettre en lumière ce qui, autrement, demeurerait la face cachée du contrat. Ce faisant, le juge ne doit pas ajouter au contrat parce qu'il jugerait qu'il serait plus raisonnable d'y inclure telle ou telle clause. Une condition sera implicite de la commune intention des parties seulement si elle est nécessaire pour rendre le contrat opérationnel. On est même allé jusqu'à dire qu'il doit s'agir d'une condition, d'un terme du contrat dont on aurait pu dire sans hésitation, à l'époque où le contrat fut négocié, que si quelqu'un avait demandé aux parties « Qu'est-ce qui arrive dans telle situation? — », elles auraient toutes deux répondu,

« Évidemment, telle et telle chose se passera ; nous n'avons pas pris la peine d'en parler, c'est trop évident » [131].

Il nous semble que c'est là restreindre à un corridor beaucoup trop étroit la possibilité pour le juge de remonter la filière, les sentiers sinueux empruntés par les parties au contrat. Le contrat de travail est très particulier et il faut éviter de le fondre dans le moule universel du contrat. On a beaucoup parlé du particularisme du droit du travail à l'époque de la prolifération des relations collectives de travail, mais ce particularisme ne doit pas être tenu pour exclusif au droit statutaire du travail. C'est tout le contrat de travail, dans sa dimension autant individuelle que collective, qui échappe aux catégories traditionnelles du contrat.

C'est ainsi que le contrat de travail ne saurait se réduire à l'application de quelques principes rigides d'interprétation quand vient le moment d'analyser son contenu. L'employeur et l'employé vivent une relation tellement étroite, tellement continue, qui implique une telle promiscuité contractuelle, qu'il n'est pas possible d'ignorer les tendances, les lignes de force qui se dégagent de cette relation de tous les jours. Comment peut-on prétendre fixer cette réalité en constante mouvance dans le moule rigide du contrat en général et décider que l'entente des parties se ramène aux frontières sommaires et formelles qu'ont pu se donner les parties à un moment de leur relation? Comment ignorer que cette entente des parties ne saurait se réduire à quelques considérations explicites qui ne constituent que la pointe de l'iceberg dans l'ensemble des conditions de travail ressortant au contrat de travail ? Les termes de la négociation permanente et de l'entente entre les parties sont déterminés par leur comportement, par leur attitude durant le déroulement même du contrat, par la pratique, par le vécu de ce contrat, tellement plus que par la négociation et les ententes conscientes qui peuvent intervenir.

Le contrat de travail, pour l'immense majorité des travailleurs non syndiqués, en est un construit essentiellement sur et avec de l'implicite. Les conditions expresses se ramènent sommairement au salaire et à l'horaire de travail ; même le travail à faire reste souvent peu défini. Les conditions expresses, sur lesquelles les parties se sont entendues, ne sont que la pointe de l'iceberg. Toutes ces conditions de travail qui ne sont pas exprimées doivent faire l'objet de recherches de la cour qui doit remonter à travers l'histoire du contrat telle que vécue par les parties pour en inférer ces fameuses conditions implicites dont est fait le contrat de travail [132].

---

131. Voir à ce propos *Longman v. Federal Business Development Bank* (1982) 131 D.L.R. (3d) 533 (B.C.S.C.) pour un exemple des conditions implicites (implied terms) du contrat de travail en Common Law.

132. *Asbestos Corporation Ltd. v. Cook, supra*, note 48.1

Encore une fois, il nous faut insister sur la nature très particulière du contrat de travail qui vient encadrer une réalité extrêmement mouvante, qui évolue, en même temps que le travailleur se modèle plus ou moins sur l'entreprise. Juger de ce contrat de travail sans se pencher sur cette matière implicite dont il est fait, c'est faire comme si ce contrat opérait à vide, indépendamment du contenu qu'il recèle, de la chair et du sang dont il est constitué.

Mais la difficulté tient précisément à la nature même de ces conditions implicites. Contrairement à l'impression que l'on peut avoir, ces conditions ne proviennent pas d'une seule et même source, à savoir les parties. Il en est plusieurs de ces conditions qui viennent se superposer à l'entente intervenue entre l'employeur et l'employé, qui sont parachutées de l'extérieur par la loi et par la jurisprudence. Mais la plus grande difficulté nous semble venir des parties elles-mêmes du fait des ententes équivoques dont elles tissent le contrat. Un exemple facile illustrera ce propos.

L'employeur laisse entendre à un employé, pour l'inciter à se consacrer davantage à l'entreprise, qu'il jouit d'une espèce de sécurité d'emploi, qu'il est là pour longtemps, qu'il n'a pas à s'inquiéter pour son avenir ; il va même jusqu'à convaincre l'employé d'accepter un salaire moindre que chez les concurrents parce qu'en échange il bénéficiera d'une sécurité d'emploi informelle ; comment faut-il interpréter pareille manifestation d'intention de l'employeur ?

Comment lire pareille entente ? Quel est le contenu de cette offre faite par l'employeur et jusqu'à quel point oblige-t-elle la partie qui l'a faite ? Il faudrait encore se demander si l'employé a donné son accord à pareille offre, sur quoi les deux parties se sont véritablement entendues. Est-ce que l'employeur avait à l'esprit l'éventualité d'une récession économique, ou d'une concurrence devenue plus forte, ou de changements technologiques comme autant de composantes dont il fallait tenir compte dans l'appréciation de son offre ? Était-ce autant de conditions qui, si elles se réalisaient, libéraient l'employeur des obligations contractées lors de son offre.

Et l'employé lui, comment a-t-il « lu » cette offre ? L'a-t-il comprise comme signifiant que son employeur s'engageait fermement envers lui, indépendamment de toutes conditions suspensives, comme des difficultés économiques par exemple ? Ou bien l'a-t-il reçue comme l'engagement de l'employeur de faire tout en son possible pour le garder à son emploi ?

Ce ne sont là que quelques-unes des interrogations pouvant surgir à l'occasion de pareille offre de conditions de travail ? Elles nous permettent d'entrevoir la difficulté de tenter de cerner ce qu'aurait pu être la commune intention des parties en pareilles circonstances. Il ne s'agit là que d'une des situations laissant entrevoir le terrain de l'implicite dans le contrat de travail.

Ce type d'implicite nous semble participer principalement de l'intention des parties mais, comme nous venons de le voir, il s'agit de cette intention des parties qui n'est pas parvenue clairement au stade achevé de la rencontre des volontés parce que, précisément, il lui manque cette caractéristique essentielle du consensualisme qui tient dans un terrain d'entente qui a été clairement défini. Nous disons « principalement » parce qu'il faut bien rendre compte de cette réalité difficile à cerner qui veut que ce qui est implicite par l'intention des parties ne peut être que la prise en charge par les parties de ce qui est reçu par le juge ou la loi en l'absence d'entente par les co-contractants.

L'implicite au contrat peut donc provenir de la loi et/ou de la jurisprudence, comme il peut tirer sa source de l'intention des parties. Dans ce dernier cas, cette intention des parties peut être plus ou moins achevée en regard de l'accord de volonté qui détermine ce que sont les conditions de travail qui font l'objet du contrat de travail, et ce sera la principale difficulté d'interprétation des termes implicites du contrat que de cerner, à travers cette intention plus ou moins achevée des parties (qui serait la commune intention des parties) ce que sont les conditions de travail en matière de transfert d'emploi ou de préavis par exemple.

Quelle importance accorder à cet implicite provenant de l'intention inachevée des parties, qui ne s'est pas rendue jusqu'au stade de la commune intention des parties s'exprimant clairement en regard de son objet ? Nous ne croyons pas que l'on puisse l'ignorer, même si formellement, il faut bien reconnaître que la rencontre de volonté s'est opérée en un lieu plus ou moins connu. Les juges ne s'y sont pas trompés qui reconnaissent l'intention des parties comme l'un des facteurs avec lesquels composer dans la détermination du préavis. Et quand ils parlent de l'intention des parties comme facteur de préavis, ils ne peuvent faire référence à la *commune* intention des parties, puisqu'il ne s'agirait plus alors d'une durée de préavis à déterminer, parce que les parties se seraient exprimées là-dessus.

Cette « intention des parties » comprise dans la liste indifférenciée, formulée par la jurisprudence, depuis l'affaire *Columbia Builders Supplies Co. v. Bartlett* [133], des facteurs de détermination du préavis raisonnable, est une donnée que les tribunaux vont devoir scruter davantage pour en préciser la nature et la portée.

Il est exclu qu'il s'agisse de la commune intention des parties, auquel cas la cour n'aurait qu'à s'y soumettre intégralement ; ainsi l'employeur qui se serait entendu avec l'employé pour que ce dernier soit à son emploi pour un bon moment, pour aussi longtemps qu'il le désirera, devrait en conséquence

133. *Supra*, note 1.

être tenu à un très long délai de préavis parce que c'est là l'entente qui a été prise, à laquelle il ne devrait pas être possible de se dérober en se camouflant derrière un préavis raisonnable, c'est-à-dire un préavis déterminé objectivement par le juge, en l'absence d'une détermination subjective intervenue entre les parties.

Cette « intention des parties » comme facteur de détermination objectif du délai raisonnable réfère à des manifestations unilatérales de chacune des parties ou alors à des inférences circonstancielles par le juge, du genre de celles que l'on retrouve souvent dans la démarche d'un jugement et qui emprunte ce type de formulation : « Ce faisant, l'employeur n'a pas pu ne pas penser que... » ou « On ne peut imaginer que... » [134]. Ces inférences circonstantielles peuvent également être appliquées aux deux parties en même temps : « Ni l'employeur ni l'employé ne pouvaient avoir l'intention de faire un contrat auquel l'une des parties aurait pu mettre fin à une semaine d'avis » [135]. Mais il faut bien préciser qu'il s'agit alors d'une intention négative des deux parties dont il est difficile de dire qu'elle est commune. C'est le juge qui infère des circonstances que les deux parties n'ont pu alors envisager telle ou telle disposition, mais il ne s'agit pas à proprement parler d'une véritable entente des parties sur le sujet.

Cette « intention des parties » comme facteur de préavis raisonnable pourra même être la lecture que fera le juge de la perception que devait avoir l'employeur, ou encore les deux parties, de l'un ou l'autre des facteurs de durée du préavis ; ainsi un tribunal pourrait, par exemple, s'exprimer de la façon suivante : « l'employeur n'a pas pu ne pas envisager qu'un employé qu'il a incité à quitter un emploi assuré et bien rémunéré n'ait pas droit à un préavis important s'il devait être mis fin sans cause à son nouvel emploi ».

Certaines inférences circonstantielles particulièrement probantes vont nous permettre de mieux faire ressortir les divers niveaux de l'intention des parties. Imaginons le cas d'un employé qui occupe un emploi certain comme il en est peu de comparable, et qu'une entreprise le convainque de venir travailler chez elle, pour ensuite le congédier. Il est bien possible que le juge confronté à une telle situation de congédiement emprunte les chemins suivants d'interprétation de l'intention des parties : s'il avait été envisagé que l'employeur puisse mettre fin au contrat de travail moyennant seulement un préavis de courte durée, une telle disposition aurait dû être faite en des termes clairs et exprès [136].

134. *Id.*, p. 120.
135. *Id.*
136. *Drouin* c. *Electrolux Canada Ltée*, *supra*, note 16.

L'on comprend dans ce dernier cas que l'inférence circonstantielle était d'une force telle que seule une manifestation claire de l'intention commune des parties aurait pu la renverser et empêcher le juge de ne retenir que ce qui constitue la lecture, l'interprétation raisonnable de ce qu'a pu être l'intention des parties.

L'implicite, comme l'intention des parties, recouvre plusieurs compréhensions. Le plus souvent le juge se réfère à l'intention inachevée des parties ou à ce qu'il perçoit comme ce qui aurait dû raisonnablement avoir été l'intention des parties, et il a tôt fait de la ramener au niveau de l'un des facteurs à considérer pour la durée du préavis.

3.3. Abus de droit

L'employeur, en défaut d'avoir donné un préavis raisonnable, pourra être condamné pour dommages moraux, vexatoires, pour abus de droit, atteinte à la réputation, détresse mentale, etc. Et ces dommages pourront dans certains cas comporter des sommes plus importantes que celles rattachées au défaut de préavis raisonnable. Dans ce dernier cas, l'employeur peut davantage engager sa responsabilité sur son comportement en dehors de sa décision de n'avoir pas donné le préavis suffisant.

Devant cette prolifération de dommages moraux depuis quelques années, on peut dire que l'employeur n'est plus seulement tenu à un préavis raisonnable lors d'un congédiement sans cause, puisque, s'il ne donne pas ce préavis, il peut très bien être trouvé responsable des dommages autres que ceux attenants au seul préavis.

Si l'employeur qui ne donne pas ce préavis peut être tenu responsable de dommages qui n'y sont pas formellement rattachés, tels les dommages pour atteinte à la réputation ou ceux découlant d'un congédiement abusif, on peut comprendre que l'employeur, qui donnerait ce préavis raisonnable, pourrait lui aussi devoir répondre des dommages résultant d'une atteinte à la réputation ou de ceux découlant d'un congédiement abusif.

En bref, ce n'est pas parce que l'employeur donne un préavis raisonnable qu'il est alors autorisé d'agir en toute impunité, sans plus avoir de comptes à rendre à l'employé congédié sans cause. Cette proposition est moins évidente parce que le congédiement abusif ou vexatoire survient le plus souvent en contexte d'absence de préavis raisonnable, et que ce sera bien souvent le degré d'insuffisance du préavis qui conditionnera le juge dans sa détermination des dommages moraux, et on peut difficilement lui en tenir rigueur.

Qu'il y ait relation entre l'absence de préavis raisonnable et les dommages moraux ne doit cependant pas nous faire croire que ces deux dimensions sont

indissociables. Cet accouplement est fréquent, mais cette fréquence rencontrée ne signifie pas que cet accouplement est nécessaire et inéluctable.

On peut très bien comprendre qu'un employeur qui donne un préavis raisonnable ait par ailleurs un comportement vexatoire ou abusif. À cet égard, l'ouverture considérable pratiquée récemment par la Cour d'appel en matière d'abus de droit, en l'élargissant au seul comportement maladroit [137], devrait dans les prochaines années nous fournir un plus grand nombre d'exemples d'employeurs responsables de dommages moraux même s'ils donnent un préavis raisonnable. À la condition cependant que soit abandonnée cette jurisprudence regrettable qui confond les dommages pour défaut de préavis raisonnable et les dommages moraux [138].

Le recours immodéré à l'abus de droit, ces dernières années, a probablement eu pour conséquence de créer un concept passe-partout bien commode, mais qui contribue pour beaucoup à l'état de confusion qui règne en matière de terminaison du contrat de travail à durée indéterminée. L'abus d'un droit commande que l'on cerne d'abord ce droit dont il sera fait abus. Alors seulement sera-t-il possible de tenter de circonscrire les frontières de l'abus de droit.

Nous verrons d'abord à quoi peut correspondre le contenu du droit de congédier, ce qui nous permettra d'aborder plus systématiquement cette difficile question de l'abus du droit de congédier.

3.3.1. Contenu du droit de congédier

Le droit que l'on exerce n'est pas toujours celui que l'on a. Tout le monde aura compris, ici, que celui qui exerce un droit, qui occupe un droit, prend souvent plus d'espace que ce que le système juridique lui accorde en tant que détenteur de ce droit. Un petit peu plus à gauche, ou à droite, ou même un peu plus à gauche et un peu moins à droite, mais il demeure que le détenteur d'un droit en déborde souvent d'un côté ou de l'autre et ce, même quand il n'a pas occupé tout le terrain qui était sien du fait de ce droit.

Ces débordements des détenteurs de droit, trop souvent, n'ont pas été sanctionnés par les juges qui étaient trop obnubilés par leur constat de l'existence d'un droit. Il y a là un droit, disaient-ils, et son détenteur qui l'a exercé ne peut être tenu responsable d'avoir exercé ce droit qu'il avait, tel que constaté. C'était là poser comme prémisses que l'exercice d'un droit recoupe forcément les contours du droit qui est dévolu ; c'était naïvement affirmer

137. *Banque Nationale du Canada* c. *Houle, supra*, note 121.

138. *Société Hôtelière Canadien Pacifique* c. *Hoeckner, supra*, note 14.

qu'un droit est nécessairement exercé de manière correcte. C'était conférer trop de droits à quelqu'un qui souvent en possédait déjà beaucoup.

Dissocier le droit de son exercice, c'est seulement refuser de signer un chèque en blanc à son détenteur. C'est lui rappeler qu'être détenteur d'un droit ne confère pas tous les droits en regard de tout ce qui concerne l'exercice de ce droit. C'est rendre responsable celui qui est propriétaire de ce droit, parce qu'il n'existe pas de raison de l'exempter de pareille responsabilité.

Quel est le contenu du droit de congédier ? En quoi consiste-t-il ? En la seule faculté de mettre fin en tout temps au contrat de travail à durée indéterminée ? Si c'est le cas, l'employeur qui congédie sans cause raisonnable et sans préavis ne fait qu'exercer son droit de congédier. Mais alors comment expliquer que le juge le condamne à verser l'équivalent du préavis raisonnable ? Parce que le congédiement aurait été abusif ? Si c'est le cas, tous les congédiements faits sans cause raisonnable et sans préavis seraient automatiquement abusifs.

Et nous devrons déboucher sur cette constatation qu'il était inutile d'importer cette théorie en contexte de contrat de travail à durée indéterminée puisque les notions de cause raisonnable et de préavis suffisant pouvaient déjà pourvoir à la solution de litiges naissant du défaut de préavis dans un cas de congédiement sans cause. En bref, si le congédiement sans cause fait sans préavis est la même chose que le congédiement abusif, nous avons introduit alors une notion inutile. Point n'est besoin de recourir à l'abus de droit là où il est beaucoup plus facile et plus opérationnel de constater simplement que l'employeur n'avait pas cause raisonnable et qu'il n'a pas donné le préavis suffisant.

Ou alors cette notion de l'abus de droit vient ajouter quelque chose à ce qui existait déjà, ce qui d'ailleurs ne serait que normal. Si l'abus de droit est autre chose que l'absence de cause et de préavis lors d'un congédiement, si le congédiement sans cause et sans préavis n'est pas automatiquement, nécessairement de l'abus de droit, il s'ensuit que le congédiement sans cause et sans préavis ne serait pas l'exercice d'un droit ; parce que, comment expliquer qu'un juge dénonce l'exercice non abusif du « droit » de congédier sans cause et sans préavis autrement que par le fait précisément que l'employeur n'a pas le droit de congédier sans cause et sans préavis.

Le droit de l'employeur, dont il pourra abuser, c'est celui de congédier sans cause avec préavis ou avec cause raisonnable. Sinon, il n'a pas le droit de congédier, et la meilleure preuve, c'est que le juge lui déniera ce droit de congédier tout court, si exercé de manière non abusive mais sans cause raisonnable et sans préavis.

Le droit de l'employeur, ce n'est pas celui de congédier, parce que ce droit ne signifie rien pratiquement sans ses attributs essentiels que sont la cause raisonnable et le préavis suffisant. Parler du droit de congédier de l'employeur, c'est parler d'un droit désincarné, ésotérique, insaisissable, incompréhensible. Le seul droit de congédier que l'on peut appréhender juridiquement, c'est celui qui se voit avec ou sans cause raisonnable, avec ou sans préavis suffisant. La situation qui prévaut en matière de contrat à durée déterminée nous permet, il nous semble, d'illustrer que le droit de congédier de l'employeur, en contexte de contrat à durée indéterminée, ne peut se concevoir comme droit en l'absence de cause raisonnable ou de préavis suffisant.

En effet, comment parler du droit de congédier sans cause raisonnable quand le contrat est à durée déterminée? Comment parler du droit de résiliation unilatérale de l'employeur qui n'a pas cause raisonnable de rupture de contrat à durée déterminée ? En l'absence de cette cause raisonnable, l'employeur n'a pas le droit de congédier, de mettre fin au contrat, il doit attendre, se rendre à la fin du contrat. S'il congédie sans cause raisonnable, il n'exerce pas un droit, puisqu'il n'a pas ce droit. Son droit c'est alors celui de terminer le contrat quand il vient à expiration. C'est ainsi qu'un préavis ne pourra être suffisant ici, à moins bien sûr que la durée de ce préavis couvre la durée du contrat qui reste à courir.

Si le droit de congédier ne se comprend pas autrement que s'accompagnant de la cause raisonnable, s'agissant du contrat à durée déterminée, il ne saurait en aller différemment pour celui à durée indéterminée. Dans ce dernier cas, l'employeur n'a pas le droit de congédier sans cause raisonnable ou sans préavis suffisant. S'il le fait, il congédie sans droit, c'est-à-dire qu'il n'exerce pas son droit de congédier, et non pas qu'il exerce abusivement son droit de congédier. L'exercice d'un droit est une chose, et l'exercice abusif d'un droit en est une autre.

La distinction n'est pas que théorique, encore que des concepts clairs soient essentiels pour nous guider dans la pratique du droit. Concrètement, l'absence du droit de congédier, dans le cas d'un contrat à durée indéterminée, se répercute et se traduit en dommages-intérêts qui prennent la forme d'un préavis suffisant, alors que l'abus du droit de congédier devrait se traduire en dommages moraux. Et nous savons que préavis et dommages moraux répondent à des préoccupations d'ordre différent [139] et, en conséquence, ne devraient pas être confondus [140].

---

139. Même si ces préoccupations peuvent se recouper à l'occasion.

140. *Société Hôtelière Canadien Pacifique* c. *Hoeckner*, *supra*, note 14.

L'état de confusion qui entoure ce droit de congédier de l'employeur est bien illustré dans le passage suivant de l'affaire *Carle*:

> Si le comité paritaire avait le droit, même sans cause raisonnable, de congédier le demandeur, il n'avait pas le droit... de ne pas lui donner un avis de congé d'une durée raisonnable... [141]

Dans un même paragraphe, d'un même souffle, la Cour supérieure reconnaît d'abord à l'employeur le droit de congédier, « même sans cause raisonnable », donc le droit de congédier indépendamment de la cause raisonnable, mais en même temps on lui dénie le droit de ne pas donner le préavis raisonnable. Comment l'employeur peut-il avoir le droit de congédier sans cause raisonnable si on ne lui accorde pas en même temps celui de le faire sans préavis raisonnable? Lui dénier le droit de congédier sans préavis suffisant, n'est-ce pas en toute logique lui dénier le droit de congédier sans cause raisonnable, puisque le défaut d'une cause raisonnable entraîne inévitablement l'obligation de donner le préavis suffisant. Comment, dans ces conditions, parler d'un droit de congédier sans cause raisonnable s'il doit en résulter pour l'employeur une responsabilité lui venant précisément de ce qu'il a congédié sans cause raisonnable? Comment parler d'un droit qui serait conféré à quelqu'un alors même que le détenteur de ce droit serait tenu à verser des dommages-intérêts à chaque fois qu'il exercera ce droit? Comment reconnaître à l'employeur le droit de congédier s'il doit être tenu responsable à chaque fois qu'il congédie sans cause raisonnable et sans préavis?

Quand on a un droit, son exercice normal ne devrait pas entraîner de responsabilité, sinon il y a quelque chose qui cloche dans le contenu de ce droit. Et c'est précisément ce qui arrive avec le droit de congédier. Son contenu est pour le moins étrange. Si le seul contenu du droit de congédier se ramène à cette seule formulation « droit de congédier », alors voilà un droit sans contenu à chaque fois que l'employeur congédie sans cause et sans préavis.

Pourquoi alors ne pas corriger la formulation et parler plutôt du droit de congédier avec cause raisonnable ou sans cause avec préavis suffisant, ce qui fera que le droit ainsi appelé correspondra à un véritable droit à contenu significatif, en ce que son exercice normal, usuel, n'entraînera pas la responsabilité de son détenteur, ce qui, en gros bon sens, doit être la norme s'agissant de l'exercice d'un droit.

3.3.2. Abus du droit de congédier

Jusqu'ici, là où la jurisprudence a parlé d'abus de droit, et elle l'a fait abondamment ces dernières années, c'était dans des cas de comportements

141. *Carle* c. *Comité paritaire du vêtement pour dames, supra*, note 20.

plus ou moins grossiers de la part de l'employeur. Et souvent, le défaut de préavis en l'absence de cause raisonnable, ou le défaut de cause raisonnable, ou encore le défaut de cause valable (cause économique) sont traités comme de l'abus de droit, en même temps que la manière abusive de l'employeur de se comporter lors du congédiement.

Les comportements grossiers n'exigent pas que l'on recourt à des distinctions subtiles pour les encadrer. Il n'était sans doute pas nécessaire d'attendre l'arrivée de l'abus de droit en matière contractuelle pour pouvoir condamner à des dommages l'auteur de pareils comportements.

Par contre, dans les prochaines années, cette notion de l'abus de droit risque de jouer un rôle important dans les situations de congédiement avec cause raisonnable ou valable ou encore avec préavis suffisant. Il nous semble que c'est là que se situe le véritable terrain de l'abus du droit de congédier, à savoir l'exercice abusif du droit de congédier avec cause raisonnable ou alors avec préavis suffisant.

Le défaut de cause raisonnable ou de préavis suffisant n'exclut évidemment pas la présence de l'abus de droit, mais ne saurait être reçu comme une condition préalable à l'application de cette notion. C'est l'impression laissée jusqu'ici par la jurisprudence qui a parlé d'abus de droit dans les seuls cas où il n'y avait pas cause raisonnable ou valable ou encore pas de préavis suffisant. Nous nous attacherons donc à ce qui pourrait être l'apport spécifique de cette notion de l'abus de droit dans le domaine de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée. Quand l'employeur a cause raisonnable de congédiement ou qu'il choisit de donner le préavis suffisant, il exerce alors vraiment son droit de congédier tel qu'il est reçu en droit. Mais, ce faisant, il peut en abuser.

3.3.2.1. Congédiement avec *cause raisonnable* et l'abus de droit

L'employeur qui congédie pour une cause raisonnable n'est pas nécessairement à l'abri de dommages moraux pour des actes abusifs commis à l'occasion de l'exercice de son droit de rupture unilatérale du contrat pour cause. C'est d'ailleurs la raison d'être de la notion de l'abus de droit que de tenir responsables ceux qui précisément causent des dommages en abusant de l'exercice par ailleurs reconnu de leur droit.

L'employeur a évidemment le droit de congédier pour cause raisonnable, tout comme une banque a le droit de retirer une marge de crédit, ou comme un « franchiseur » a le droit d'assujettir la revente d'une franchise par un « franchisé » à une série de conditions acceptées dans le contrat d'octroi de franchise. L'employeur qui exerce son droit de congédier pour cause raisonnable doit le faire à l'intérieur d'un autre cadre juridique qui est celui de ne pas

abuser de son droit de congédier pour cause. En d'autres termes, à l'obligation spécifique faite à l'employeur de congédier pour cause raisonnable seulement, s'ajoute désormais cette autre obligation générale à tous les contrats de ne pas abuser de l'exercice d'un droit découlant de ce contrat.

Il faut insister sur cette dimension essentielle de la notion de l'abus de droit qu'elle impose une obligation *supplémentaire* à celui qui exerce un droit, qui doit déjà s'en tenir aux frontières spécifiques définies par la nature de ce droit. S'agissant du droit contractuel de rupture unilatérale du contrat de travail à durée indéterminée, nous savons que l'employeur peut exercer ce droit de congédier pour autant qu'il rencontre l'obligation qui lui est faite par les règles spécifiques de ce type de contrat de faire la preuve d'une cause raisonnable de rupture à moins, bien sûr, qu'il ne choisisse de se rabattre du côté du préavis raisonnable [142] auquel nous voulons en arriver ensuite.

Une fois que l'employeur a satisfait à son obligation d'une cause raisonnable pour exercer son droit de rupture unilatérale, il ne s'est pas encore libéré de toutes ses obligations, parce que les tribunaux ont jugé nécessaire d'en ajouter une nouvelle. En introduisant la notion d'abus de droit en matière contractuelle, la jurisprudence a ajouté aux obligations de celui qui exerce un droit lui venant de son contrat. En plus de devoir se conformer aux prescriptions spécifiques attenant au droit de rupture unilatérale, l'employeur doit encore, depuis quelques années, respecter les prescriptions générales ressortant aux règles de l'abus de droit en matière contractuelle. Cela signifie concrètement que l'employeur qui a fourni la preuve d'une cause raisonnable de rupture unilatérale doit encore, *en sus*, se soumettre au test de l'abus de droit, satisfaire à l'obligation de ne pas abuser de l'exercice de son droit de congédier pour cause raisonnable.

Si nous insistons tant là-dessus, c'est parce que les tenants du droit traditionnel du contrat de travail vont plaider qu'on ne saurait remettre en question les assises même du droit de résiliation unilatérale du contrat de travail à durée indéterminée en prenant appui sur une notion aussi fuyante que l'abus du droit [143]. Pour eux, le principe que « l'employeur peut unilatéralement mettre fin au contrat de travail pour une cause raisonnable... » [144] doit conserver toute sa signification, et celle-ci veut que l'employeur, qui fait la preuve d'une cause raisonnable, s'est libéré de ses obligations, de toutes ses obligations. Juger autrement voudrait dire que l'on risque de sombrer dans

142. *Infra*, section 3.3.2.2.

143. Un peu comme les défenseurs des droits collectifs du travail n'acceptent pas que tout le système collectif des relations de travail construit en cent ans puisse être remis en question à la lumière des principes individualistes des Chartes.

144. *Jolicœur* c. *Lithographie Montréal, supra*, note 19.

les procès d'intention, si l'abus de droit de type malicieux est soulevé, ou pire encore, que l'on risque de voir les juges envahir le terrain de la saine gestion de l'entreprise si c'est l'abus de droit de type comportement maladroit qui est invoqué par l'employé congédié.

Les juges n'ont toujours pas remis en question l'interprétation traditionnelle du droit de résiliation unilatérale de l'employeur pour cause raisonnable, mais nous pensons que cela peut s'expliquer autrement que par leur adhésion inconditionnelle à cette approche. Nous nous contenterons ici d'avancer une raison d'ordre pratique qui pourrait expliquer pouquoi les tribunaux privilégient toujours, en 1990, l'application classique du droit de résiliation. La notion d'abus de droit en matière contractuelle est relativement récente, et plus encore son élargissement aux actes maladroits. Prouver l'abus de droit là où l'employeur a déjà fait la preuve d'une cause raisonnable de congédiement représente une aventure que seuls les plus téméraires auraient pu affronter.

Et s'ils l'avaient fait, ils en auraient tiré une indemnité symbolique, à supposer bien sûr qu'ils soient parvenus à franchir cet obstacle pratiquement insurmontable qu'est la démonstration de l'intention malicieuse et des dommages moraux en conséquence. Avec, en perspective, pas un seul précédent sur lequel s'appuyer. Il n'est pas surprenant que personne ne s'y soit risqué ! Qui s'engagerait dans pareille entreprise, pour des années, à grands frais, dans de telles conditions ? Comment s'étonner de l'absence de jurisprudence en la matière [145].

L'avènement de la notion de l'abus de droit en matière contractuelle commanderait donc normalement que l'employeur respecte cet autre cadre juridique qui est venu se superposer aux obligations qu'avait déjà l'employeur dans le cadre de son contrat de travail. Ainsi l'employeur qui serait animé d'une intention de nuire sera tenu responsable des dommages moraux en résultant, même si par ailleurs, il avait cause raisonnable de rupture. Nous savons la difficulté de faire une telle preuve, en contexte de cause raisonnable, mais, encore une fois, l'absence de jurisprudence à ce propos s'explique pour les raisons déjà données et ne doit pas nous faire conclure à l'impunité de l'employeur sous ce chef. La situation peut facilement s'imaginer, et il ne manque plus que des exemples vécus de réclamation à ce chapitre, ce qui ne saurait tarder, avec l'avalanche de poursuites qu'on constate depuis quelques années.

145. Au fait, pendant des dizaines d'années, les poursuites de syndiqués contre leur syndicat ont été rarissimes : croire que cela signifiait qu'il n'y avait pas matière à poursuite relèverait de l'angélisme ou d'une méconnaissance grave de cette réalité.

Le comportement maladroit de l'employeur là où il y a cause raisonnable nous apparaît présenter des difficultés d'application autrement plus considérables. Ici l'employeur n'est pas animé de l'intention de nuire, de l'intention malicieuse, malveillante, qui indique un certain acharnement. L'abus de droit de type maladroit recouvre plutôt une inconscience, une ignorance de l'autre et des dommages qu'on peut lui causer. L'un fait preuve de méchanceté, il veut nuire, l'autre ne s'en rend pas compte parce que tourné tout entier et exclusivement sur sa petite personne et ses seuls intérêts, au point de perdre complètement de vue et d'ignorer les dommages qu'il peut causer à l'autre du fait d'un exercice exagéré, outrancier, de ses propres droits.

Cet employeur abuserait de son droit de congédier pour cause raisonnable en ce que, dans l'exercice de ce droit, du fait de son mépris total des intérêts du salarié congédié, il lui causerait des dommages qui débordent ceux qui découleraient normalement d'un congédiement pour cause raisonnable. Ici l'employeur n'est pas méchant, n'est pas animé de l'intention de nuire ; non, il est seulement inconscient des dommages exagérés qu'il cause en exerçant son droit de congédier pour cause raisonnable. Ainsi l'employeur qui manifeste un mépris total et gravement offensant pour l'employé qu'il congédie pour cause raisonnable.

Nous voyons qu'il s'agit quand même là d'un cas grossier ; l'employeur qui congédie correctement pour cause raisonnable ne risque pas, celui-là, d'encourir de responsabilité au chapitre de l'abus de droit de type maladroit. Tout est dans la façon de faire, ce qui pourrait rejoindre un peu ce qu'il est convenu d'appeler la procédure d'imposition de la sanction en droit collectif de travail ; c'est l'aspect *due process* du congédiement pour cause raisonnable. C'est toute la question de savoir si l'employeur qui congédie est tenu de respecter certaines obligations minimales pour ce faire, et quelle serait la teneur de ces obligations [146].

Parce que l'employeur qui a cause raisonnable de rupture « peut unilatéralement mettre fin au contrat de travail » [147]. Nous revenons toujours à cette règle fondamentale dont les contours ne sauraient rester les mêmes avec l'avènement de l'abus de droit en matière contractuelle. L'employeur devrait être tenu à une certaine manière, minimale, de faire en cette fin de XX^{e} siècle et cette notion de l'abus de droit de type maladroit nous apparaît précisément avoir été introduite pour répondre à cette préoccupation.

La question la plus difficile n'a pas encore été abordée. Qu'un employeur qui congédie pour cause raisonnable soit tenu à des dommages moraux pour

146. C. DAOUST et L. DUBÉ, « Le devoir d'équité procédurale de l'employeur privé », (1987) 47 *R. du B.* 667, p. 704 s.

147. *Jolicœur* c. *Lithographie Montréal, supra*, note 19, p. 234.

l'exercice abusif de ce droit, voilà qui ne remet pas en question le pouvoir de direction de l'employeur ; tout au plus lui indique-t-on de faire preuve d'un peu de civilité. Mais il en va tout autrement de la question que nous aborderons maintenant et qui porte sur le congédiement sans cause avec préavis raisonnable : là l'abus de droit de type maladroit nous conduit tout droit sur le terrain de la gestion de l'entreprise.

3.3.2.2. Congédiement sans cause raisonnable, avec *préavis suffisant*, et l'abus de droit

L'employeur qui entreprend de démontrer la cause raisonnable de rupture unilatérale doit nécessairement s'expliquer sur les raisons qui motivent sa décision de congédier l'employé ; ce dernier sait alors les comment et les pourquoi. Tout se passe comme cela doit être entre gens de raison. Tout le débat tourne autour de cette cause invoquée par l'employeur dont il s'agira de juger si elle est raisonnable en regard du congédiement. Des raisons, des motifs doivent être fournis et expliqués. Si le tribunal est convaincu par l'employeur, ce dernier sera libéré de l'obligation de préavis raisonnable, ce qui n'exclut pas automatiquement la possibilité de dommages moraux pour abus de droit comme nous l'avons vu.

Il en va tout autrement si l'employeur choisit de congédier sans cause, en donnant le préavis raisonnable. Dans ce cas, si l'employé conteste la décision de l'employeur quant à la durée du préavis, son caractère raisonnable, le débat se trouve déporté au niveau de la suffisance du préavis. Tout se passe comme si les motifs du congédiement étaient complètement étrangers à ce curieux débat [148].

Dans ce débat, le tribunal fait totalement abstraction du comportement de l'employé. Si c'était un bon employé, le juge dira que ce n'était que normal, que l'employeur était en droit de s'attendre à un bon rendement de sa part et qu'il n'y a pas là de quoi débattre en contexte de résiliation du contrat de travail à durée indéterminée [149]. Et si l'employé avait un comportement déficient sans pour autant que ses lacunes justifient un congédiement, encore là le juge en fera totalement abstraction en s'appuyant sur ce principe de droit commun qu'il y a cause ou non, qu'il ne saurait y avoir de moyen terme, de

148. D'ailleurs une récente décision de la Cour d'appel vient confirmer que la durée du préavis ne saurait être influencée par une faute de l'employé qui n'aurait pas été suffisante pour justifier le congédiement. Voir *Maheu Noiseux* c. *Ronéo Vickers Canada Inc.*, *supra*, note 62.

149. *Broersma* c. *Canatom Inc.*, *supra*, note 75. Voir aussi *Torcot* c. *Conso Graber Inc.*, *id.*, à l'effet contraire.

situation intermédiaire qui pourrait se répercuter sur la durée du préavis à donner par l'employeur [150].

Pourtant, et il y a là paradoxe, le comportement de l'employeur sera pris en compte par le juge qui aura à déterminer le délai raisonnable. Ainsi, si l'employeur a eu un comportement abusif à l'occasion du congédiement, alors la position de la Cour d'appel est à l'effet que la durée du préavis doit être rallongée en conséquence [151]. On peut le comprendre si le comportement de l'employeur a pour effet de rendre plus difficile pour l'employé la recherche d'un nouvel emploi. Mais si ce n'est pas le cas, qu'il y ait octroi de dommages moraux si l'employé peut en faire la preuve, cela se comprend aisément et rejoint notre préoccupation de bien démarquer préavis et dommages moraux [152], mais nous comprenons moins bien pourquoi le préavis pourrait alors s'en trouver rallongé [153], alors même que la Cour d'appel dénonce avec force vigueur l'école de pensée qui voudrait que la faute contributoire de l'employé vienne jouer comme facteur atténuant dans la détermination du délai-congé.

Si on se résume, en situation de congédiement sans cause avec préavis raisonnable, le juge prétend ignorer le comportement de l'employé parce que le débat ne porte plus sur les motifs de congédiement ou sur son caractère raisonnable, mais sur la seule suffisance du préavis, étant pris pour acquis, semble-t-il, que la rupture est irréversible [154] et que, dans ces conditions, ce n'est plus la peine de débattre des motifs ; c'est la politique du fait accompli quoi ! Il y a eu congédiement et si le préavis est raisonnable, là s'arrête la discussion ; tout le reste devient superfétatoire, y compris les pourquoi et les comment du congédiement.

Comment expliquer que subsiste ce droit absolu de congédier sans cause, en se contentant tout simplement d'un préavis raisonnable, dans un monde où la raison serait devenue souveraine ? L'employeur, lui, n'aurait toujours pas de raison à donner, mais seulement un préavis qui (raison oblige) doit être raisonnable. Ce statut particulier de l'employeur se formule de la façon suivante en jurisprudence :

> Il est aussi permis d'y mettre fin (i.e. le contrat individuel de travail à durée indéterminée) sans cause, mais alors la partie qui veut y mettre fin doit donner à l'autre un avis de congé raisonnable d'une durée suffisante. [155]

---

150. *Maheu, Noiseux* c. *Ronéo Vickers Canada Inc., supra*, note 62.
151. Voir *supra*, note 118.
152. Voir *supra*, section 2.2.1.1.
153. *Surveyer, Nenniger & Chenevert Inc.* c. Jackson, supra note 23, p. 8 : *Guenette* c. *Centre hospitalier St-Jean de Dieu, supra*, note 80, J. Tourigny, diss. p. 4.
154. Voir à ce propos M.F. BICH, « Du contrat individuel de travail en droit québécois : un essai en forme de point d'interrogation », (1986) 17 *R.G.D.* 85.
155. *Lecompte* c. *Steinberg's Ltd., supra*, note 3, p. 214.

> En l'absence d'une cause raisonnable de congédiement, l'employeur peut aussi unilatéralement mettre un terme au contrat, mais à la condition cette fois de donner à son employé un avis d'une durée raisonnable (délai-congé). [156]

Il est bon de rappeler ce statut particulier fait à l'employeur, en ce qu'on lui accorde le droit de se faire justice, avant même et sans avoir à passer d'abord devant le juge qui normalement, s'agissant du mode usuel de fonctionnement et de terminaison du contrat, devrait décider de l'annulation.

Là ne s'arrête pas le caractère particulier du contrat de travail à durée indéterminée. L'employeur peut encore y mettre fin unilatéralement sans se justifier d'aucune manière. Quand il est dit et répété inlassablement qu'il est permis à l'employeur de rompre sans cause le contrat sur préavis raisonnable, qu'est-ce que ce principe de base peut bien vouloir dire encore aujourd'hui? Que l'employeur est tenu seulement au préavis raisonnable? Si c'est le cas, nous avons déjà vu qu'il est encore ajouté au statut particulier de l'employeur par l'introduction d'une autre préoccupation de la jurisprudence qui, elle aussi, a été élevée au niveau d'un principe [157].

Si l'employeur est tenu seulement au préavis raisonnable et suffisant, encore faudrait-il que ce soit vraiment le cas. Là aussi, nous avons eu l'occasion de voir que le préavis raisonnable et suffisant comporte des réserves, des restrictions.

L'abus de droit en matière contractuelle, aussi largement reçu que l'illustrent les récentes décisions de la Cour d'appel, peut-il avoir pour conséquence de remodeler ce statut particulier de l'employeur qui congédie sans cause avec préavis suffisant?

Nous connaissons déjà les contours du droit classique en la matière. Tentons de cerner, autant que faire se peut, cette notion d'abus de droit chez le co-contractant. Quel est le contenu de cette obligation faite au co-contractant, ici l'employeur, de ne pas abuser de son droit contractuel de congédier sans cause avec préavis suffisant?

Nous savons que l'abus de droit comporte deux grandes dimensions, celle de type malicieux et surtout celle de type maladroit.

La « malicieuse » ne nous retiendra pas longtemps parce qu'elle ne nous semble pas faire grand problème au plan conceptuel. L'employé qui parviendra

---

156. *Jolicœur* c. *Lithographie Montréal, supra*, note 19, p. 234.

157. Voir *Lecompte* c. *Steinberg's Ltd., supra*, note 3, où il est dit à la p. 214: « S'il est inacceptable de nier à l'employé le droit de quitter un emploi, on a depuis longtemps aboli l'esclavage, il faut en retour établir l'équilibre en reconnaissant à l'employeur le droit de renvoyer l'employé. On ne doit pas stériliser ce droit en en rendant l'usage prohibitif. C'est pourquoi la jurisprudence a développé la notion d'avis de congé *raisonnable*. »

à faire la preuve de dommages moraux encourus en conséquence d'un comportement malicieux de l'employeur lors d'un congédiement sans cause avec préavis suffisant doit être indemnisé de pareils dommages, c'est là la raison d'être de l'instauration de cette notion de l'abus de droit par la jurisprudence.

Cela signifie déjà que le congédiement sans cause avec préavis suffisant, élevé au niveau de principe fondamental de fonctionnement, souffre d'une première limitation qui est celle de ne pas faire preuve de malice, d'intention de nuire à l'occasion de ce congédiement. L'employeur coupable de malice causant dommages moraux aura manqué à cette obligation additionnelle de ne pas abuser de son droit contractuel [158].

Il en aura abusé si les circonstances du congédiement laissent voir qu'il a cherché à nuire à l'employé congédié par-delà, à travers, son droit de congédier sans cause avec préavis suffisant. Il sera tenu responsable parce qu'il ne suffit plus de rencontrer les seuls exigences de préavis suffisant.

L'intention de nuire, l'intention malicieuse, est une preuve très difficile à faire ; dans les faits, elle s'infère de comportements qui ne peuvent s'expliquer autrement que par une telle intention malveillante de l'employeur. Pratiquement, les juges la retrouveront volontiers chez l'employeur qui a congédié sans cause et brutalement, sans aucun égard, tout en omettant de donner le préavis suffisant [159]. Il n'y a pas de raison théorique qui justifierait qu'une telle intention de nuire ne se rencontre pas chez l'employeur qui congédie brutalement et sans cause, tout en donnant le préavis suffisant. Il ne nous manque encore que des décisions judiciaires illustrant cette situation. L'absence d'une telle jurisprudence s'explique de la même manière que l'absence de jurisprudence sur des congédiements avec cause raisonnable s'accompagnant d'un abus de droit [160].

Mais nous pouvons mieux comprendre aussi le niveau de difficulté à surmonter pour l'employé qui entend poursuivre pour abus de droit de type malicieux alors même que l'employeur qui l'a congédié sans cause s'est montré officiellement correct en lui versant le salaire équivalent au préavis jugé suffisant par le juge. Les indices de mauvaise foi, d'intention malveillante ne foisonneront pas comme en contexte de congédiement sans cause et sans préavis. Quand l'employeur invoque des motifs douteux pour se décharger de

158. Ce qui explique d'ailleurs que l'article 82 *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. n-1.1, même pour les « maximalistes », n'empêche pas le recours de droit commun de l'abus de droit. Voir notamment P. LAPORTE, *Le recours à l'encontre des congédiements sans cause juste et suffisante*, Montréal, Éd. Wilson & Lafleur Ltée, 1985.

159. *Carle* c. *Comité paritaire du vêtement pour dames, supra*, note 20.

160. *Supra*, section 3.3.2.1.

la preuve qui lui incombe d'une cause raisonnable de congédiement sans préavis suffisant, le juge a déjà la puce à l'oreille, sans compter que le débat se déroule déjà sur le terrain naturel du congédiement, celui des motifs. Mais si l'employeur choisit de ne pas invoquer de cause raisonnable, de ne pas soulever de motifs du congédiement qui sera dès lors jugé sur le terrain du préavis suffisant, alors là, comment plaider abus alors même qu'aucun motif n'a jamais été avancé par l'employeur? Si l'on veut mieux comprendre la difficulté de cette preuve à faire par l'employé, qu'il suffise de rappeler que le législateur a senti le besoin d'établir une présomption et de renverser en conséquence le fardeau de la preuve pour le salarié qui aurait eu à prouver que l'employeur l'avait congédié pour activités syndicales. Sinon le salarié aurait dû assumer cette mission impossible de prouver l'intention de l'employeur de congédier pour activités syndicales, de démontrer l'intention anti-syndicale, comme il s'agit ici de prouver l'intention de nuire par-delà le préavis suffisant donné par l'employeur.

Quand l'employeur invoque des motifs qui ne résistent pas au test de la réalité des circonstances entourant le congédiement, il s'établit dans l'esprit du juge un début de présomption de fait que l'employeur n'a pas agi « correctement ». Mais dans ce cas, ce que nous devons retenir, c'est que l'employeur n'a même pas alors rencontré ses obligations lui découlant spécifiquement du contrat de travail, puisque le débat démontrera qu'il n'avait pas cause raisonnable de congédiement. On pourrait d'ailleurs se demander s'il s'agit alors d'un véritable abus de droit quand l'employeur n'a déjà pas rempli son obligation de congédier sans préavis avec cause raisonnable. Bref, comment peut-il alors avoir abusé de son droit de congédier sans préavis suffisant alors même qu'il n'avait pas de cause raisonnable ? Comment peut-il abuser d'un droit qu'il n'a même pas, puisqu'il n'a pas le droit de congédier sans préavis suffisant, en l'absence de cause raisonnable ?

Dans de telles conditions, tous les dommages encourus par l'employé devraient peut-être s'analyser dans le seul cadre de la rupture illégale du contrat, et non plus dans ce cadre de l'abus de droit pour cette partie de la réclamation de l'employé qui ressort aux dommages moraux.

À moins que le droit dont il s'agisse soit celui de congédier tout court, indépendamment et de la cause et du préavis, ce qui serait donner une extension considérable au droit de rupture unilatérale de l'employeur. On conçoit mal que pareil droit existe et, si c'était le cas, il y aurait tout lieu de craindre que tout se ramène à de l'abus de droit en matière de rupture de contrat à durée indéterminée. On serait alors passé de l'abus de droit inexistant en matière contractuelle à son omniprésence, et ce, en l'espace de quelques années seulement. Comment alors expliquer que le contrat de travail connaisse de telles accélérations sous certaines dimensions et ne puisse

souffrir la moindre remise à jour sous d'autres, comme cette dimension du droit de congédier sans cause avec délai-congé ?

De toute manière, cette notion de l'abus de droit, quelle que soit la conception que l'on en aura dans les années qui viennent, aura nécessairement comme effet d'entraîner une redéfinition de ce droit de congédier sans cause avec avis-congé.

Parce que l'employeur qui congédie sans cause et sans préavis peut être tenu responsable des dommages supplémentaires résultant de son comportement malicieux ou maladroit du fait de l'abus de droit que cela implique. Il n'y a aucune raison qui pourrait expliquer le refus de voir l'abus de droit là où l'employeur donne l'avis-congé suffisant après avoir congédié sans cause raisonnable, si le droit dont il est alors fait abus n'est pas celui d'avoir seulement congédié sans cause, parce que ce droit de congédier sans cause, l'employeur ne l'a pas. La preuve en est que s'il congédie sans cause en ne donnant pas le préavis raisonnable, il sera tenu à cette indemnité du préavis suffisant que lui imposera le juge.

L'employeur n'a pas le droit de congédier sans cause raisonnable ; il ne devrait pas en conséquence être condamné pour abus de ce droit qu'il n'a pas de congédier sans cause. De même, l'employeur n'a pas le droit de congédier sans cause raisonnable et sans préavis suffisant. Dès lors qu'il manque à l'une ou l'autre de ces deux obligations complémentaires, il opère sans droit, en dehors du droit.

Le droit de l'employeur qui congédie sans cause raisonnable est le droit de congédier sans cause mais avec préavis suffisant. Si le préavis suffisant fait défaut, l'employeur n'est plus à l'intérieur de son droit, et parler alors d'abus de droit nous apparaît conceptuellement erroné.

Mais si le droit de l'employeur, comme nous le pensons, est celui de congédier sans cause avec préavis suffisant (et non celui de congédier tout court), l'abus de droit prendra place là où l'employeur congédiera sans cause avec préavis suffisant [161]. Or c'est précisément la situation où les juges n'ont jamais accordé de dommages pour abus de droit.

---

161. Encore qu'il faut bien noter que l'employeur qui congédie sans cause avec préavis insuffisant amène lui aussi le débat sur le seul terrain de la suffisance du préavis, puisque la Cour d'appel n'accepte pas le *near cause*, la faute contributoire de l'employé. Dès lors le préavis sera jugé suffisant ou non indépendamment de la cause du congédiement. D'où il faut conclure que l'employeur n'a qu'à s'abstenir de plaider cause raisonnable pour éviter qu'on lui pose des questions sur les raisons du congédiement ; tout se déroulera dès lors en dehors des causes du congédiement, sur le seul terrain de la suffisance du préavis, dont les facteurs de détermination de durée n'amèneront pas le juge à être trop curieux sur les motifs de la rupture par l'employeur.

Parce que, du fait d'une conception erronée de l'abus de droit en contexte de contrat de travail à durée indéterminée, les avocats n'ont jamais osé s'aventurer sur ce terrain en partie inexpliqué et tenu caché derrière cet écran de fumée d'un abus du droit de congédier (tout court) qui n'en est pas un.

Si le droit correctement défini de l'employeur est celui de congédier sans cause raisonnable avec préavis suffisant [162], l'abus d'un tel droit revêt des contours complètement différents de ceux qu'on lui prête jusqu'ici. Et le terrain sur lequel se déroule cet abus de droit n'est plus du tout celui auquel nous a habitué la jurisprudence. Parce que, questionner la manière de congédier, le *due process*, l'équité procédurale, n'est-ce pas amener l'employeur à s'expliquer, à répondre aux comment et, éventuellement, aux pourquoi. On cesse d'opérer en seul contexte de la suffisance de l'avis-congé pour être ramené au niveau des raisons qui ont poussé l'employeur à congédier. On serait curieusement ramené sur le terrain miné des causes de congédiement, celui sur lequel tout se joue quand l'employeur choisit de plaider cause raisonnable, celui sur lequel on évolue en droit statutaire du travail, terrain naturel où devrait se dérouler le débat sur la rupture du contrat de travail.

L'employeur qui choisit de ne pas invoquer la cause raisonnable n'aurait pas de compte à rendre sur la seule décision de congédier. Arbitraire ou non, irresponsable ou non, mesquine ou non, cette décision de rupture unilatérale ne regarderait personne d'autre que l'employeur qui n'aurait pas à en répondre. Les seuls comptes qu'on lui demanderait seraient ceux d'un préavis suffisant qu'il aura ou non donné. Et si le préavis s'avère suffisant selon la cour, il ne saurait plus être question d'abus de droit (enfin si l'on en juge par l'absence de cas concluant à l'abus de droit là où le préavis a été suffisant). Ce ne serait que dans l'hypothèse où le délai-congé sera jugé insuffisant que l'abus de droit pourrait être invoqué. Comme si la suffisance ou non du préavis commandait le déclenchement de l'intention malicieuse ou du caractère maladroit équivalent à l'abus de droit. Comme s'il appartenait au tribunal, selon ce qu'il décidera sur la suffisance ou non du préavis, de commander cet autre débat de l'abus de droit. Si l'employeur veut jouer trop serré sur le préavis, il risque d'ouvrir la porte à des dommages moraux découlant de son comportement lors du congédiement qui pourra alors être regardé comme constituant de l'abus de droit. Mais s'il se donne suffisamment d'espace au

162. La preuve que le droit de l'employeur n'est pas celui de congédier, c'est qu'il a toujours été condamné aux dommages correspondant au défaut de préavis suffisant lorsqu'il congédie sans cause et sans préavis, et ce, avant comme après l'acceptation de la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle ; c'est dire ce qu'est le droit de l'employeur en matière de congédiement.

niveau du préavis, les tribunaux nous donnent l'impression que la seule suffisance de ce préavis rend impossible que l'employeur ait eu par ailleurs un comportement abusif, malicieux ou maladroit, lors de ce congédiement dont il ne faut pas oublier qu'il est sans cause raisonnable [163].

Pourtant, que le droit de l'employeur soit celui de congédier sans cause, ou bien comme nous le pensons, celui de congédier sans cause avec préavis raisonnable, dans l'un ou l'autre cas, ce droit de l'employeur peut s'exercer de manière abusive. Si c'est le droit de congédier sans cause, l'employeur pourra abuser de ce droit, qu'il ait ou non donné le préavis suffisant ; il pourra être tenu responsable des dommages résultant de l'exercice de son droit de congédier sans cause, qu'il aura exercé en fournissant ou non l'avis suffisant.

En bref, l'abus de droit ne saurait dépendre de l'extension que l'on donne à un droit. Le droit de rupture unilatérale peut conférer plus ou moins de latitude à l'employeur, il peut s'arrêter au droit de congédier sans cause avec préavis suffisant, comme il peut ne comporter en soi aucune restriction, ce qui voudrait dire que le droit de congédier sans cause avec préavis suffisant serait un droit absolu aussi longtemps qu'il ne serait pas limité par la loi ou par la jurisprudence, un peu comme le droit de propriété. Même là, et ce n'est pas notre conception du droit de congédier, il demeure que l'abus de droit, de par sa notion même, est toujours possible quand l'employeur donne un préavis suffisant. Puisque tout droit, quels qu'en soient les contours, est toujours susceptible d'un usage abusif du fait de l'usage malicieux ou maladroit qui en est fait. La notion même d'abus de droit a été instituée pour pallier les inconvénients sérieux découlant précisément de ces droits exercés avec excès, sans respecter les bornes naturelles qu'implique le terrain même d'exercice d'un droit.

Conclusion

La jurisprudence du droit commun du travail est confrontée à un retour en force des valeurs individuelles qui s'expriment dans un espace qui va s'élargissant des relations individuelles de travail. Les tribunaux judiciaires sont envahis par des travailleurs qui invoquent les droits leur provenant de ce cadre juridique. Par ailleurs, les relations collectives de travail ont atteint un niveau de grande sophistication, pour ne pas parler de leur trop grande rigidité. Les juges de droit commun ne peuvent pas ne pas être influencés par l'environnement du collectif. D'ailleurs, l'article 1024 C.C.B.-C. les y invite instamment, surtout en période de mutation sociale significative.

163. Enfin, l'employeur a choisi de n'en point invoquer.

Cette période de mutation que nous vivons expliquerait d'ailleurs l'état de confusion conceptuelle qui caractérise actuellement la jurisprudence du congédiement judiciaire.

Les règles traditionnelles du contrat de travail de droit commun sont autant de corridors devenus trop étroits pour répondre aux nouvelles exigences d'un minimum de sécurité pour les travailleurs.

Le droit collectif est allé loin dans la protection de l'employé contre l'arbitraire patronal, autant au plan des conditions de travail qu'à celui de la sécurité d'emploi. (Ici on pense surtout au secteur public et parapublic) Pendant ce temps, le droit commun du travail, et plus précisément celui de congédier, continuait de faire du surplace dans un carcan datant d'une autre époque. Cette frontière artificielle entre le droit collectif du travail et le droit commun ne pourra résister encore trop longtemps. Les gens voient derrière le mur, les tribunaux aussi.

Des ajustements sont essentiels, qui fassent que les deux solitudes se rejoignent quelque part. La politique du tout ou du rien, de la syndicalisation ou du laissé-pour-compte, ne pourra plus continuer bien longtemps. Le droit doit prendre acte des tendances, des mouvements qui s'inscrivent dans la réalité socio-économique.

L'arbitraire patronal en matière de congédiement de droit commun n'est pas plus acceptable aujourd'hui que les rigidités de la convention collective qui empêchent l'entreprise de pouvoir s'ajuster à ses besoins en perpétuel changement. Sans aller jusqu'à soumettre l'employeur à l'autorisation de congédiement, ce qui ne saurait être à l'ordre du jour, et ce qu'un gouvernement socialiste français vient de rejeter, il n'est pas utopique d'envisager, pour bientôt, un encadrement minimal à ce pouvoir de congédier, et le droit commun recèle déjà les instruments juridiques pour ce faire, surtout depuis cet élargissement de la notion de l'abus de droit en matière contractuelle opéré en 1987.

Le droit collectif du travail devra se délester de ses rigidités et réserver un espace à l'individu. Le droit individuel du travail, le droit commun, devra s'adapter à la réalité des relations de travail telles que vécues et implantées au Québec depuis la Révolution tranquille.

L'article 1024 C.C.B.-C. est l'instrument tout désigné pour permettre cet ajustement, cette opération d'adéquation entre le droit et cette réalité du congédiement tel qu'on le connaît. Le droit du travail est d'abord usage, et ce n'est jamais si vrai qu'en contexte de contrat individuel de travail à durée indéterminée. Les façons de faire généralisées, en droit collectif, en matière de congédiement, doivent trouver un écho en droit commun. Il n'y a pas de

raison qui explique et justifie le maintien de conceptions vieillottes, si ce n'est une vision figée des concepts traditionnels.

Le droit de congédier ne peut recevoir la même compréhension, à quelques années de l'an 2000, que celle qui avait cours en début ou même en milieu de ce siècle, avant que la Révolution tranquille n'amène la révolution syndicale que l'on sait. Prétendre que le droit de congédier comporte le même contenu en 1990 qu'en 1950, c'est ignorer ce qui s'est fait depuis 1960, c'est couper le droit de la réalité, c'est même refuser de faire jouer un des articles les plus importants du Code civil, l'article 1024, qui a été mis là précisément pour empêcher la sclérose du droit commun, qui a été inséré dans le code pour permettre aux tribunaux d'opérer progressivement les ajustements et éviter ainsi les cassures tellement difficiles à réparer.

Il est à espérer que les tribunaux sauront recourir à cet article 1024 pour amener, sans à-coups brutaux, le droit commun à une hauteur qui se rapproche de celle du droit collectif, ce qui leur permettrait en même temps de bénéficier de toute cette expertise acquise depuis une trentaine d'années. Il y a les usages, mais il y a encore les abus. Ceux-ci doivent être réprimés et la notion de l'abus de droit fournit au juge l'instrument privilégié pour ce faire. À condition d'en faire un usage modéré et rationnel, sinon l'instrument risque de s'émousser.

Ce n'est pas en brandissant l'abus de droit à tout propos et hors de propos que ce concept tout en souplesse pourra jouer le rôle privilégié qui pourrait lui être réservé. L'abus de droit serait cet instrument privilégié qui permettrait au tribunal de droit commun d'entendre le débat portant sur le caractère « maladroit » d'un congédiement. On voit tout de suite où cela peut conduire. Le congédiement pour cause raisonnable ou fait avec préavis suffisant peut toujours être « maladroit », ce qui pourrait constituer un abus du droit de congédier dont l'employeur doive rendre compte.

Que signifie être maladroit pour un employeur qui congédie? Nous voyons l'espace considérable que s'est donnée la Cour d'appel en « ouvrant » la notion de l'abus de droit comme elle l'a fait en 1987. Avec raison, elle s'est réservée une marge de manœuvre confortable. Les tribunaux ne peuvent se permettre d'envahir le terrain très privé du pouvoir de direction de l'employeur. Et pourtant, les tribunaux devront s'y aventurer un peu parce qu'il n'y a pas de contrôle de l'abus de droit de type maladroit sans une appréciation de la « qualité » de la décision de congédier.

Questionner le caractère maladroit de l'exercice du droit de congédier, c'est interroger, indirectement à tout le moins, l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur. Le droit collectif du travail comporte bon nombre de principes sur le sujet qui seraient d'une grande utilité pour le juge de droit

commun. Par le canal de l'article 1024 C.C.B.-C., il pourrait s'y donner accès. Ainsi cette expertise des spécialistes du droit collectif, acquise et développée à grands frais, pourrait servir au profit de tous ceux et celles qui ne sont pas syndiqués, comme ce fut déjà le cas pour l'article 124 de la *Loi sur les normes du travail.*

Obligation de préavis et abus de droit sont deux catégories bien distinctes et le droit individuel de travail devra être gouverné en conséquence. Clarifier les concepts fondamentaux comme droit de congédier, conditions implicites et abus de droit, les adapter aux nouvelles réalités socio-économiques, voilà la tâche qui attend ceux et celles qu'intéresse l'obligation de préavis de l'employeur qui choisit de congédier sans cause raisonnable.