

La récession économique et le droit québécois de la cessation d'emploi

Gilles TRUDEAU**¹

INTRODUCTION	2
I. LE DROIT COMMUN	4
II. L'AVIS DE CESSATION D'EMPLOI EXIGÉ PAR LA LOI SUR LES NORMES DU TRAVAIL	9
III. LE RECOURS À L'ENCONTRE D'UN CONGÉDIEMENT SANS CAUSE JUSTE ET SUFFISANTE	17
CONCLUSION	24

¹ Professeur, École de relations industrielles, Université de Montréal, Montréal, Québec. L'auteur tient à remercier ses collègues Marie-France Bich, Claude D'Aoust et Guylaine Vallée, tous de l'Université de Montréal, pour les précieux commentaires qu'ils ont formulés à la suite de la lecture d'une première version de ce texte. La recherche nécessaire à la réalisation de ce texte fut rendue possible grâce à des subventions du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada et du Fonds F.C.A.R. pour l'aide et le soutien à la recherche.

Le travail salarié a connu un essor phénoménal au cours du 20^e siècle, pour devenir la principale forme de prestation de travail humain dans nos sociétés occidentales contemporaines. D'un point de vue juridique, cette forme de travail se concrétise dans un contrat par lequel une partie, le travailleur, loue son travail contre rémunération à l'autre partie, l'employeur, sous l'autorité duquel elle se place pour exécuter la prestation convenue. Compte tenu de l'importance primordiale - tant sociale qu'économique - que revêt le travail pour l'individu,¹ le droit applicable à la terminaison d'emploi s'est développé de façon particulière et continue encore aujourd'hui d'évoluer.

La conjoncture économique de la dernière décennie constitue un des principaux facteurs de l'évolution récente de ce droit. L'économie canadienne a d'abord connu une sérieuse récession en 1981-1982.² Après une longue période de reprise, une nouvelle récession a frappé la fédération canadienne à partir du début de l'année 1990.³ Par ailleurs, les marchés intérieurs québécois et canadien sont exposés aujourd'hui à un niveau de concurrence internationale jusqu'alors inconnu, phénomène consacré notamment par les différents traités internationaux auxquels le Canada est partie, dont celui de libre-échange avec les États-Unis. Enfin, même les organisations relevant directement de l'État ont subi des contraintes inusitées, conséquence des compressions budgétaires imposées par les différents gouvernements depuis le début des années quatre-vingt.

Cette nouvelle conjoncture a amené plusieurs employeurs à revoir leur stratégie en matière d'emploi. La rationalisation des effectifs, menant généralement à une diminution de la main-d'oeuvre, est devenue une opération nécessaire dans plusieurs cas. Le droit du travail a dû s'ajuster à une brusque augmentation des licenciements pour motifs économiques.

Derrière cette question s'affrontent deux impératifs tout aussi importants l'un que l'autre. D'une part, les employeurs exigent que le droit leur reconnaisse la flexibilité nécessaire en matière de gestion des ressources humaines afin d'affronter efficacement la nouvelle conjoncture économique. D'autre part, les travailleurs recherchent une protection accrue de leur emploi, le marché du travail rendant plus difficile l'obtention d'un nouvel emploi.⁴

Comment le droit québécois a-t-il répondu à ces intérêts en apparence irréconciliables? C'est une réponse à cette large question que nous voulons esquisser dans les pages qui suivent. Pour ce faire, nous nous intéresserons principalement aux règles juridiques applicables à la main-d'oeuvre non-syndiquée. C'est par rapport à celle-ci qu'au cours des dix dernières années, le droit de la cessation d'emploi a connu son évolution la plus marquée. En effet, il y a déjà longtemps que les conventions collectives ont établi un mécanisme permettant aux parties de concilier leurs intérêts respectifs en matière de sécurité d'emploi.⁵ Par ailleurs, est-il utile ici de souligner qu'une majorité de la main-d'oeuvre n'est pas assujettie à une convention collective actuellement au Québec?⁶

Notre analyse portera sur trois domaines distincts du droit québécois de la cessation d'emploi. D'abord, nous cernerons comment le droit commun traite la conjoncture défavorable ou les difficultés économiques de l'employeur lorsqu'il les invoque comme motif de terminaison d'emploi. Nous regarderons particulièrement quel est l'effet - s'il en est - des facteurs économiques sur la durée du délai-congé que doit donner l'employeur qui résilie unilatéralement pour ces motifs un contrat individuel de travail à durée indéterminée. Toujours dans la perspective de notre objet d'étude, nous décrirons par la suite l'évolution récente des règles substantives établies par la *Loi sur les normes du travail*⁷ et la jurisprudence afférente en matière de cessation d'emploi. Enfin, nous discuterons des difficultés économiques de l'employeur comme motif de cessation d'emploi invoqué en défense au recours à l'encontre d'un congédiement imposé sans cause juste et suffisante que contient la même loi.

I. LE DROIT COMMUN

Il faut ici distinguer le contrat individuel de travail à durée déterminée de celui à durée indéterminée. Le premier, conclu pour une période de temps limitée et prédéterminée, prend fin automatiquement à l'arrivée du terme. Cependant, on ne peut le rompre unilatéralement avant son

échéance, sauf en présence d'un cas fortuit ou de force majeure ou encore d'une faute équivalant à l'inexécution du contrat de la part d'une partie.⁸

Le contrat est à durée indéterminée lorsque, à sa formation, les parties n'ont prévu aucune échéance. Chacune des parties peut en tout temps le résilier unilatéralement et sans cause moyennant un avis à cet effet donné au préalable à l'autre partie. La durée de l'avis que doit donner l'employeur à son employé varie considérablement selon que ce dernier est assujéti à l'article 82 de la *Loi sur les normes du travail*, à l'article 1668 du *Code civil du Bas-Canada* ou au droit commun d'origine prétorienne.⁹ Nous y reviendrons. Ce contrat peut aussi être rompu par une des parties pour cause ou à la suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure.

Les tribunaux ont clairement établi qu'un motif d'ordre économique ne constitue pas une cause de congédiement libérant l'employeur de ses obligations contractuelles.¹⁰ L'inverse aurait été surprenant, les motifs d'ordre économique ne pouvant d'aucune manière être imputables à l'employé qui, par hypothèse, demeure apte à rendre sa prestation de travail de façon inchangée. Nous avons bien retracé quelques décisions rendues dans la foulée de la récession de 1981-1982 qui pouvaient laisser croire que de tels motifs justifiaient le congédiement. Cependant, le contenu particulier de chaque décision n'a pas permis la création d'un courant jurisprudentiel significatif dans ce sens.¹¹

De la même manière, les tribunaux ont refusé d'assimiler la récession économique et les difficultés qui en découlent pour l'entreprise à un cas fortuit ou à une force majeure. En effet, ces phénomènes conjoncturels ne rencontrent généralement pas les conditions propres au cas fortuit ou à la force majeure, notamment les caractères d'imprévisibilité et d'irrésistibilité.¹²

Si les difficultés d'ordre économique ou la récession ne libèrent pas l'employeur de ses obligations contractuelles, peuvent-elles agir sur la durée du délai-congé qu'il doit donner à l'employé dont il entend résilier le contrat? Avant d'aborder cette question, rappelons brièvement les principales règles du droit commun en la matière.

Ce sont d'abord les tribunaux de droit commun qui ont développé et appliqué les règles concernant le délai-congé.¹³ Le législateur est cependant intervenu pour établir la durée du préavis pour plusieurs catégories d'employés. Aujourd'hui, on peut sommairement affirmer que seuls les cadres supérieurs échappent aux dispositions nouvellement amendées de l'article 82 de la *Loi sur les normes du travail* ou de l'article 1668 du *Code civil du Bas-Canada*.¹⁴ Cependant, la Cour d'appel a récemment décidé qu'un employé pouvait, selon les circonstances, exiger un délai-congé plus long que celui établi par l'article 82 de la *Loi sur les normes du travail*, qui ne constitue qu'un minimum à cet égard.¹⁵ Bref, les tribunaux sont encore aujourd'hui appelés à déterminer la durée du délai-congé à partir de critères jurisprudentiels dans un grand nombre de cas.¹⁶

La jurisprudence de droit commun, depuis l'arrêt *Columbia Builders Supplies Co. c. Bartlett*,¹⁷ applique dans les cas non prévus par la loi la théorie du délai raisonnable, dont la durée est établie par les tribunaux selon les circonstances propres à chaque cas. Dans l'affaire *Surveyer, Nenniger et Chênevert Inc. c. Short*,¹⁸ la Cour d'appel rappelait ainsi les différents facteurs utilisés pour fixer la durée du préavis:

Selon la jurisprudence, de nombreux facteurs d'importance inégale, entrent en ligne de compte dans l'établissement de délai-congé raisonnable. Les circonstances de l'engagement, la nature du travail, l'intention des parties, l'âge du salarié, l'abandon d'un emploi certain et rémunérateur, la difficulté de trouver un autre emploi satisfaisant, la durée d'emploi, les raisons du congédiement, etc.

La Cour d'appel soulignait non seulement l'importance inégale des facteurs entre-eux, mais aussi la valeur relative de chacun. C'est ainsi qu'un facteur sera déterminant dans un cas et d'importance secondaire dans un autre. En somme, aucune règle ne permet d'établir la durée du préavis de façon mathématique: chaque cas en est un d'espèce.

Cette dernière affirmation est aussi vraie en ce qui concerne l'impact des difficultés économiques de l'employeur ou de la conjoncture économique défavorable sur la durée du délai-

congé: aucune règle générale ne se dégage de notre étude de la jurisprudence. Les tribunaux ont considéré ces facteurs mais de différentes façons et avec une intensité variable selon les cas.

Au risque de nous répéter, rappelons que l'employeur et l'employé ont des intérêts complètement divergents à préserver lorsque la conjoncture économique est mauvaise. Le premier cherche plus de flexibilité dans la gestion de son personnel, notamment à l'égard de la terminaison de l'emploi, afin de réagir efficacement aux pressions provenant de l'extérieur. Le second a intérêt à obtenir une plus grande protection de son emploi, la perte de celui-ci pouvant s'avérer plus onéreuse qu'en période de croissance économique. Les tribunaux ont dans l'ensemble reconnu ces deux impératifs. Ils ont cependant tenu compte tantôt de l'un, tantôt de l'autre ou des deux dans leurs décisions.

Ainsi, on a affirmé que le préavis ne devait pas être d'une durée telle qu'il rende pratiquement impossible l'exercice par l'employeur de son droit de résiliation unilatérale. Le passage suivant de la décision de la Cour supérieure dans *Benson c. Brown Boveri Canada Ltd.* est explicite à ce sujet:

La Cour ne doit pas fixer un délai-congé d'une durée tellement longue qu'elle rendrait illusoire ou, à tout le moins, tellement onéreux l'exercice du droit par l'employeur de mettre fin au contrat de travail d'un employé, surtout si elle [sic] le fait de bonne foi et pour des motifs de saine gestion.¹⁹

Dans une autre décision de la Cour supérieure, on considère même les difficultés économiques éprouvées par l'employeur comme un facteur contribuant à diminuer la durée du délai-congé.²⁰

À l'inverse, d'autres décisions reconnaissent qu'il est plus difficile et plus long de trouver un autre emploi dans le contexte d'une récession économique.²¹ Puisque la difficulté de retrouver un emploi comparable constitue un des facteurs traditionnellement utilisés pour déterminer la longueur du délai-congé, on a même souligné que la récession pourrait en prolonger la durée dans

certains cas.²² Cependant, le temps nécessaire pour retrouver un emploi équivalent ne saurait supplanter les autres facteurs.²³ Ainsi, on ne doit pas rechercher une corrélation automatique et parfaite entre la période de temps nécessaire à l'obtention d'un nouvel emploi et la durée du délai-congé.²⁴

Les tribunaux ont refusé de faire supporter les conséquences de la récession économique par une seule partie.²⁵ À cet effet, le juge Martin de la Cour supérieure écrivait:

Furthermore, no one factor is controlling [le juge faisait ici allusion à la difficulté de retrouver un emploi]. To decide otherwise would be to impose on the employer the obligation of shouldering the consequences of the very situation which it is attempting to salvage and to sanction for all practical purposes the principle of security of employment which does not exist under our Law.²⁶

Dans cette perspective, on a souligné à quelques reprises que les difficultés financières éprouvées par l'employeur ou la réduction récente du personnel à laquelle il a procédé devraient être perçues par l'employé comme un signe d'incertitude quant à la durée de son emploi,²⁷ voire même comme le début du délai-congé auquel il a droit.²⁸

Dans une décision, la Cour supérieure, tenant compte des intérêts divergents des parties, a souligné que la conjoncture économique joue dans deux directions opposées dont l'effet sur la durée du préavis s'annule: elle peut rendre la recherche d'emploi plus difficile tout en justifiant davantage la rupture d'emploi.²⁹ C'est peut-être là la solution la plus sage.

Que retenir de tout cela? Les tribunaux prennent de toute évidence en considération la conjoncture économique défavorable ou les difficultés financières de l'employeur dans l'évaluation de la durée du délai-congé.³⁰ Ils ont cependant noté que ni l'employeur, qui doit pouvoir continuer d'opérer efficacement son entreprise, ni l'employé, qui est alors confronté à un marché du travail plus difficile, ne doit supporter seul le poids du ralentissement économique. C'est ainsi qu'on a refusé de faire de la difficulté rencontrée par le salarié pour se replacer un facteur transcendant tous

les autres dans la détermination de la durée d'un délai-congé raisonnable. Au contraire, chaque cas en demeure un d'espèce où la conjoncture économique et ses effets, tant sur l'employeur que l'employé, seront analysés comme un facteur parmi les autres. Il nous apparaît donc que, somme toute, l'effet réel des conditions économiques sur la durée du préavis a été fort mitigé jusqu'à maintenant.³¹

Ces considérations illustrent par ailleurs que les tribunaux québécois se sont passablement éloignés du but premier du délai-congé qui est de permettre au travailleur (ou à l'employeur, le cas échéant) de trouver une solution de remplacement à la rupture du contrat de travail. Dans cette perspective, les tribunaux auraient conclu logiquement et inéluctablement que le facteur prédominant, sinon le seul, c'est l'état du marché du travail particulier dans lequel se trouve le salarié remercié. Au contraire, les tribunaux ont pris en compte une variété d'autres facteurs qui n'ont pas tous, à première vue, un effet direct sur la capacité du salarié de se relocaliser. Ce faisant, ils ont transformé le délai-congé en une institution dont la finalité reste à définir.³²

II. L'AVIS DE CESSATION D'EMPLOI EXIGÉ PAR LA LOI SUR LES NORMES DU TRAVAIL

Le législateur québécois a, dans le cadre de la *Loi sur les normes du travail* adoptée en 1979,³³ déterminé la durée minimale du délai-congé que doit donner un employeur pour résilier unilatéralement un contrat individuel de travail à durée indéterminée ou pour mettre un salarié à pied pour une période de six mois ou plus. La durée du délai-congé varie selon les états de service continu du salarié dans l'entreprise: d'une semaine à l'égard de celui qui justifie de moins d'un an de service continu, elle est de huit semaines dans le cas du salarié qui a accumulé dix ans ou plus de service continu. Les articles 82 et 83 de la loi de 1979 ont été substantiellement modifiés en 1990 lors des nombreux amendements apportés à la *Loi sur les normes du travail*.³⁴ Dans les prochaines pages, nous analyserons comment ces modifications de même que la jurisprudence récente concernant ces dispositions ont affecté le droit de l'employeur de rompre le contrat individuel de travail pour des motifs économiques.

Pour bénéficier du délai-congé de l'article 82, il faut être un salarié au sens de la *Loi sur les normes du travail*.³⁵ Par ailleurs, tant en vertu des anciennes dispositions que des nouvelles, l'avis de cessation d'emploi n'est pas dû au salarié qui justifie de moins de trois mois de service continu ni à celui dont le contrat de travail est rompu pour une faute grave ou à la suite d'un cas fortuit. Le nouvel article 82.1 établit aussi que l'avis n'a pas à être transmis au salarié dont le contrat de travail à durée déterminée expire, c'est-à-dire lorsque survient son terme.³⁶

Trois questions reliées aux articles 82 et 83 de la loi sont abordées dans le cadre de notre analyse. Premièrement, le délai-congé établi par ces dispositions constitue-t-il une norme minimale ou, au contraire, une règle dont le respect libère l'employeur de tout autre préavis qu'il aurait à donner en vertu du droit commun? Deuxièmement, le salarié mis à pied a-t-il droit à l'avis de l'article 82 lorsque sa mise à pied se transforme en un licenciement définitif? Enfin, la troisième question a trait au débat entourant l'application de l'exception du cas fortuit en période de récession. Nous analyserons ces trois points dans l'ordre.

L'évolution à notre avis la plus significative relativement aux articles 82 et 83 de la *Loi sur les normes du travail* a été provoquée par une décision récente de la Cour d'appel reconnaissant le caractère minimal du contenu de l'article 82.³⁷ Cette décision a mis fin à une longue controverse jurisprudentielle: certaines décisions appliquaient la durée légale comme un maximum alors que d'autres y voyaient plutôt une norme minimale dont le respect ne libérait pas automatiquement l'employeur de ses obligations de droit commun en matière de délai-congé.³⁸ Sous la plume de madame le juge Rousseau-Houle, il fut unanimement décidé que le salarié «congedié sans cause juste et suffisante a le droit de recevoir un préavis de congé d'une durée raisonnable, et non seulement le préavis prévu à l'article 82 de la *Loi sur les normes du travail*».³⁹

Cette décision aura des effets importants notamment lorsque l'employeur voudra, pour des motifs d'ordre économique, se départir d'un ou de plusieurs employés dont le contrat de travail est à durée indéterminée. Comme de tels motifs ne peuvent constituer une cause de congédiement libérant l'employeur de ses obligations contractuelles,⁴⁰ celui-ci devra fournir un délai-congé dont

la durée demeure assujettie aux prescriptions du droit commun. Or, cette durée peut excéder substantiellement celle de l'avis de l'article 82 de la *Loi sur les normes du travail*, notamment pour les employés remplissant des fonctions de direction.⁴¹

Par ailleurs, la récession économique et les difficultés particulières qu'elle provoque chez un employeur peut amener ce dernier à transformer une mise à pied en un licenciement définitif ou encore à prolonger la mise à pied au delà de six mois. Dans de telles circonstances, l'employeur est-il tenu de donner aux salariés mis à pied l'avis de cessation d'emploi de l'article 82?

Dans l'arrêt la *Compagnie de Sable Ltée c. Commission des normes du travail*,⁴² la Cour d'appel avait décidé que, dans la mesure où l'employeur était de bonne foi, un salarié déjà mis à pied ne pouvait bénéficier de l'avis de l'article 82 si la mise à pied se transformait en un licenciement définitif. Le juge Nichols écrivait au nom de la Cour que «la nature des relations juridiques qui subsistent [lors d'une mise à pied] est tellement modifiée que le lien contractuel n'impose plus aux parties les mêmes obligations».⁴³ La Cour d'appel reconnaissait ainsi implicitement que le salarié mis à pied n'était plus un salarié au sens de la *Loi sur les normes du travail* puisqu'il n'existe alors ni prestation de travail, ni rémunération, deux éléments essentiels à la condition de salarié.⁴⁴

La Cour d'appel, dans une suite de décisions qu'elle a rendues en 1989,⁴⁵ a implicitement atténué la rigueur de ce principe. Elle y a en effet reconnu qu'un salarié mis à pied sans préavis pour une période indéterminée peut valablement réclamer l'avis de l'article 82 (ou son équivalent pécuniaire) lorsque, dans les faits, la durée de cette mise à pied excédait six mois. Dans l'affaire *Internote Canada Inc.*, elle précise d'ailleurs que le délai de prescription d'une telle réclamation ne peut débiter qu'au moment où le salarié constate que la durée de sa mise à pied dépasse six mois.⁴⁶ C'était donc reconnaître à tout le moins qu'un tel salarié ne perdait pas son droit de réclamation en vertu de la *Loi sur les normes du travail* parce qu'il était en période de mise à pied.⁴⁷

En dépit de cette ouverture, une certaine jurisprudence a appliqué postérieurement à ces arrêts de la Cour d'appel le principe établi dans l'affaire de la *Compagnie de Sable Ltée* et a refusé le droit au préavis à des salariés dont la mise à pied s'est transformée en licenciement définitif.⁴⁸ On y mentionne qu'un tel salarié ne pouvait recevoir l'avis puisqu'il n'était plus au travail au moment où il aurait dû être donné.

Malheureusement, les amendements apportés à la *Loi sur les normes du travail* en 1990 contiennent une solution qui risque de susciter un nouveau débat. D'une part, le nouvel article 82 précise que l'avis de cessation d'emploi donné à un salarié qui est en mise à pied est nul.⁴⁹ D'autre part, l'article 83 tel que modifié impose à l'employeur qui n'a pas transmis l'avis de l'article 82 de verser au salarié l'indemnité correspondant au préavis soit lorsque la mise à pied excède six mois soit lorsque l'emploi se termine.⁵⁰

Doit-on interpréter l'article 82 comme établissant une impossibilité de rompre le lien d'emploi du salarié déjà mis à pied? Une interprétation littérale de la disposition mène à cette constatation si on postule que l'avis de cessation d'emploi est nécessaire à la rupture définitive du contrat de travail. Un tel résultat choque cependant le sens commun.

Ne pourrait-on pas prétendre que l'article 82 empêche plutôt l'employeur de rompre le lien d'emploi du salarié mis à pied au moyen du délai-congé qui y est spécifié? En d'autres termes, le législateur aurait voulu éviter que le salarié mis à pied ne perde son emploi en recevant simplement un préavis alors qu'il est sans rémunération. C'est l'article 83 qui s'appliquerait alors, forçant l'employeur à verser au salarié l'indemnité tenant lieu de préavis.⁵¹ En fait, dans une telle situation, l'avis de cessation d'emploi devient une véritable indemnité de départ. C'est l'interprétation que nous privilégions puisqu'elle donne tout son sens à l'article 83.

Quelle que soit l'interprétation retenue, les amendements de 1990 ont amélioré la situation juridique du salarié mis à pied. En effet, dans la première hypothèse, il ne peut être licencié alors qu'il est mis à pied tandis qu'en vertu de la seconde, il reçoit une indemnité tenant lieu de préavis.

Enfin, si la mise à pied dont il est la victime se prolonge au-delà de six mois, il a alors indiscutablement droit à l'indemnité prévue à l'article 83.

Ceci nous amène au troisième point. Un employeur aux prises avec des difficultés économiques ne pourrait-il pas, pour se libérer de l'obligation de donner l'avis de cessation d'emploi, invoquer l'exception du cas fortuit? L'article 83, dans sa facture originale de 1979, libérait en effet de cette obligation l'employeur victime d'un cas fortuit. Aujourd'hui, c'est l'article 82.1 qui établit que l'article 82 ne s'applique pas à l'égard d'un salarié dont le contrat de travail ou la mise à pied résulte d'un cas fortuit. Les tribunaux ont mentionné dans quelques cas spécifiques que les difficultés d'ordre économique rencontrées par l'employeur ne pouvaient être assimilées à un cas fortuit, celles-ci ne revêtant pas les caractères d'imprévisibilité, d'extériorité et d'irrésistibilité nécessaires à une telle qualification.⁵² Mais c'est surtout dans le contexte de la mise à pied à durée indéterminée que la Cour d'appel a précisé le sens du cas fortuit de l'article 83 dans trois décisions rendues en 1989.⁵³

Toutes ces décisions portent sur des faits présentant une trame commune. L'employeur met d'abord à pied ses salariés pour une période indéterminée sans leur donner l'avis de l'article 82. Rappelons que cette disposition exige que l'avis soit transmis dans le cas d'une mise à pied dont la durée excède six mois. Par la suite, cette mise à pied se prolonge au delà de six mois à cause des difficultés provoquées par la conjoncture économique défavorable du début des années quatre-vingt. Dans tous les cas, l'employeur a invoqué le cas fortuit pour se libérer de l'obligation de donner l'avis qu'il aurait dû respecter au moment de la mise à pied. La Cour d'appel devait donc décider si la conjoncture économique constituait un cas fortuit qui avait empêché l'employeur de prévoir correctement la durée de la mise à pied.

C'est dans la décision *Campeau Corporation* que le juge Chevalier fixe les principes entourant l'exception du cas fortuit lorsqu'on veut l'appliquer à une mise à pied d'une durée à l'origine indéterminée. Il écrit d'abord:

*Au contraire, j'estime qu'est valable et exonératoire une défense qui serait fondée sur une erreur commise de bonne foi par un employeur dans ses prévisions quant à la durée éventuelle de la mise à pied et, à plus forte raison, sur la survenance, après le début de la mise à pied, d'événements imprévus et non normalement prévisibles, même si de tels événements ne constituent pas un cas fortuit au sens strict de cette expression.*⁵⁴

La Cour impose à l'employeur de se comporter dans sa prévision quant à la durée de la mise à pied comme le ferait un débiteur avisé placé dans les mêmes circonstances. La preuve que devra alors soumettre l'employeur est difficile à faire car il y aura faute de sa part «non seulement s'il ne tient pas compte d'une *probabilité*, mais s'il néglige d'agir alors qu'il existe une *sérieuse possibilité* que le manque de travail excède la durée limite».⁵⁵ Dans cette perspective, la Cour reconnaît que la conjoncture économique peut, dans certains cas, constituer un moyen d'exonération. À ce sujet le juge Chevalier ajoute:

*À mon avis, le tribunal saisi d'une telle preuve pourra tenir compte de la différence entre une situation de détérioration de l'économie qui se produit à l'échelle du pays ou d'une province, par opposition à celle qui sévira dans la région immédiate où l'employeur exploite son industrie ou son commerce. Il en sera de même dans le cas d'une détérioration générale de cette économie par opposition à celle qui peut survenir dans le secteur de l'activité commerciale ou industrielle de l'employeur. **À priori**, il m'apparaît que l'on devrait être plus exigeant pour cet employeur et lui faire faute de n'avoir pas prévu ce qui survient dans son environnement immédiat ou dans le secteur d'activité avec lequel il est présumé être familial.*⁵⁶

Enfin, chaque cas en est un d'espèce comme le souligne le même juge:

*À ces commentaires, je m'empresse d'ajouter que l'application des critères relatifs au cas fortuit ne doit pas se faire **in abstracto**. Pour juger de leur existence et de leur portée, il faut tenir compte des circonstances particulières à chaque affaire et ne pas tenter de généraliser ou de comparer la situation soumise à une autre qui, à l'examen, peut se révéler n'avoir qu'une similarité souvent artificielle. Ce qui pour un débiteur ne saurait être un cas fortuit est susceptible de le devenir pour un autre, et seule une analyse sérieuse de chaque situation factuelle permet de déterminer jusqu'à quel point il y a lieu d'être exigeant quant à la preuve requise de l'existence de caractères nécessaires à la formation du cas fortuit.*⁵⁷

Cette jurisprudence ouvrait une porte intéressante pour l'employeur de bonne foi aux prises avec des difficultés économiques non anticipées. Il faut cependant faire attention de ne pas sortir indûment les propos de la Cour d'appel du contexte où ils furent prononcés. Il s'agissait de mises à pied prolongées au-delà de six mois alors que la conjoncture économique était difficile. L'exception du cas fortuit alléguée visait spécifiquement la prolongation de la durée des mises à pied. De plus, la Cour d'appel devait contourner sa décision antérieure dans l'arrêt *Compagnie de Sable Ltée* pour accueillir la réclamation des salariés mis à pied. Pour ce faire, elle a placé l'analyse que doit faire l'employeur quant à la durée de la mise à pied au moment où il décide de recourir à celle-ci, non pas au moment où elle excède la limite de six mois.

La possibilité d'invoquer le cas fortuit pour se libérer du préavis lorsqu'une mise à pied, initialement d'une durée indéterminée ou inférieure à six mois, excède dans les faits la limite de six mois ou se transforme en un licenciement définitif, n'aurait pas été éliminée par les amendements apportés à la *Loi sur les normes du travail* en 1990. C'est du moins une conclusion qu'on peut avancer à la lecture des nouvelles dispositions. En effet, selon l'article 82.1 (4), l'article 82 ne s'applique pas si «la fin du contrat de travail ou la mise à pied résulte d'un cas fortuit». Puisque l'article 82 ne s'applique pas s'il y a cas fortuit, *a fortiori* l'indemnité en tenant lieu que prévoit l'article 83 n'a pas à être versée.

Par contre, une interprétation plus littérale des articles 82.1 et 83 peut soutenir l'argument à l'effet que l'employeur ne peut plus se libérer en invoquant le cas fortuit dans le cas de prolongation au-delà de six mois de la mise à pied imposée initialement sans avis. En effet, l'article 82.1 établit que l'article 82 ne s'applique pas lorsque la mise à pied ou la fin du contrat résulte d'un cas fortuit. Il ne mentionne pas que cela vaut aussi dans le cas de la prolongation d'une mise à pied. Or, lorsqu'une mise à pied excède six mois à cause d'un cas fortuit, ce n'est pas la mise à pied en soi qui résulte du cas fortuit mais plutôt sa prolongation. Dès lors, l'exception du cas fortuit ne serait applicable que lorsque la mise à pied se transforme en une cessation définitive de l'emploi.

Quel que soit le champ d'application exacte de l'exception du cas fortuit, pour l'invoquer, il faut que la situation en soit une de véritable cas fortuit. Ceci nous ramène à la question soulevée plus haut:⁵⁸ les difficultés économiques rencontrées par l'employeur peuvent-elles constituer un cas fortuit au sens du nouvel article 82.1 de la *Loi sur les normes du travail*? Pour bénéficier de cette exception, l'employeur aux prises avec des difficultés économiques devra établir à la satisfaction du tribunal que ces difficultés étaient telles que l'employeur normalement diligent n'aurait pu prévoir qu'elles le forceraient à recourir subitement, sur le champ, au licenciement ou à la mise à pied pour plus de six mois des salariés visés. Une telle preuve est bien difficile à réaliser. À notre avis, la conjoncture économique difficile ne peut pas être considérée en soi comme un cas fortuit. Pour bénéficier de l'exception, l'employeur doit démontrer que la conjoncture a eu un effet particulier sur son entreprise, effet qui lui-même était imprévisible, irrésistible et extérieur.

Il y a en effet lieu ici d'invoquer les propos du juge Chevalier dans la décision *Campeau Corporation* à l'effet qu'en cette matière, chaque cas est un cas d'espèce auquel on ne peut appliquer les critères du cas fortuit *in abstracto*.⁵⁹ C'est pourquoi on peut penser que des circonstances d'ordre économique très particulières pourraient constituer un cas fortuit à l'égard d'un employeur donné.⁶⁰

Cette section dénote un certain lien entre la récession du début des années quatre-vingt, les difficultés qu'elle a provoquées chez certains employeurs et l'évolution des règles applicables à l'avis de cessation d'emploi de la *Loi sur les normes du travail*. Cette évolution s'est d'abord faite dans la jurisprudence, principalement celle de la Cour d'appel du Québec. La présence de difficultés d'ordre économique a amené les tribunaux à imaginer des solutions originales à partir de dispositions législatives laconiques. Pour répondre à cette nouvelle jurisprudence, le législateur a par la suite raffiné et précisé les règles applicables à l'avis de cessation d'emploi lors des amendements de 1990. Cette intervention législative n'a malheureusement pas solutionné tous les problèmes qui se posent. Malgré tout, cette évolution s'est principalement faite dans la recherche d'une plus grande protection des intérêts des salariés dont l'employeur est aux prises avec des difficultés économiques.

III. LE RECOURS À L'ENCONTRE D'UN CONGÉDIEMENT SANS CAUSE JUSTE ET SUFFISANTE

La *Loi sur les normes du travail* de 1979⁶¹ innovait au Québec en instituant un recours permettant au salarié de contester un congédiement qu'il croit sans cause juste et suffisante. Cette procédure donne aux travailleurs salariés non syndiqués une protection contre le congédiement semblable à celle qu'on retrouve généralement dans les conventions collectives. Elle incorpore notamment dans la relation individuelle de travail la notion de cause juste et suffisante de congédiement développée par les arbitres de griefs et propose la réintégration comme le remède principal.⁶² Ce recours s'intente par le dépôt d'une plainte auprès de la Commission des normes du travail qui, à la demande du salarié, envoie le dossier au commissaire du travail pour qu'une décision soit rendue.

Le recours a subi des modifications importantes à la suite de l'adoption, en décembre 1990, de la *Loi modifiant la Loi sur les normes du travail*.⁶³ Ainsi, c'est dorénavant un commissaire du travail, plutôt qu'un arbitre de griefs, qui décide du bien-fondé de la plainte du salarié. De plus, le législateur abaisse graduellement à trois ans dans la même entreprise l'exigence antérieure de cinq ans de service continu chez le même employeur pour se qualifier au recours.

Pour bénéficier de cette protection, il faut, aux termes de l'article 124, que le salarié croie «avoir été congédié sans une cause juste et suffisante». Toutefois, la loi ne précise pas ce qu'est un congédiement. Dès les premières années d'application du recours, une controverse jurisprudentielle apparut concernant la portée de l'exigence d'avoir été «congédié». On s'est notamment demandé si l'article 124 donnait la compétence à l'arbitre d'entendre aussi les plaintes contestant une perte d'emploi imposée pour des motifs d'ordre économique, ce que certains appellent un licenciement.⁶⁴ La question revêtit une certaine importance puisqu'il s'agit en fait de déterminer les pouvoirs d'intervention de l'arbitre - aujourd'hui du commissaire du travail - en matière de licenciement économique.⁶⁵

D'un côté, certains arbitres ont rejeté la distinction entre le congédiement et le licenciement pour se donner compétence complète dès qu'une plainte conteste une rupture d'emploi, quelle qu'en soit la nature. Cette approche permet ainsi à l'arbitre de réviser la décision de l'employeur de procéder à un licenciement et même d'imposer des mesures correctives s'il juge que les motifs économiques démontrés ne justifient pas la mesure patronale contestée.⁶⁶

D'un autre côté, plusieurs arbitres ont reconnu au contraire qu'ils n'ont compétence qu'en matière de congédiement. Cependant, comme il pourrait exister un congédiement «déguisé» sous la forme d'un licenciement, l'arbitre doit tout de même recevoir une preuve visant les motifs économiques allégués par l'employeur. La plainte du salarié ne sera rejetée que si l'arbitre conclut qu'il s'agit d'un véritable licenciement. Or, les arbitres ne sont pas unanimes quant à la preuve à exiger de l'employeur en cette matière. Ainsi, plusieurs, en plus de requérir la preuve de l'existence réelle des motifs économiques, scrutent la façon dont l'employeur a sélectionné le ou les salariés affectés par le licenciement. Par exemple, on conclura au congédiement déguisé si l'employeur est incapable de démontrer qu'il a procédé à cette sélection à l'aide de critères objectifs qui ne sont ni déraisonnables, ni discriminatoires. Dans cette perspective, l'ancienneté peut jouer un rôle important, certains arbitres ayant même reconnu un droit de préférence aux salariés de plus de cinq ans de service continu chez le même employeur.⁶⁷

Quel que soit le courant retenu, on voit que l'arbitre examine toujours jusqu'à un certain point les motifs économiques invoqués par l'employeur. C'est ce qui a fait dire aux auteurs Dubé et DiIorio que les nuances entre les deux thèses sont finalement de peu d'intérêt.⁶⁸ Quoi qu'il en soit, cette question a régulièrement été portée devant les tribunaux supérieurs, plusieurs décisions arbitrales sur le sujet ayant fait l'objet d'une requête en évocation. Or, la jurisprudence qui en résulte est loin d'être fixée encore aujourd'hui.

À plusieurs reprises, la Cour supérieure a fait la distinction entre le congédiement et le licenciement pour ne reconnaître à l'arbitre agissant en vertu des articles 124 et suivants qu'une

compétence en matière de congédiement.⁶⁹ Quelques décisions de la même instance sont par contre à l'effet contraire.⁷⁰

La Cour d'appel a aussi eu l'occasion de se prononcer sur la question. Malheureusement, ses décisions n'ont pas à ce jour permis de dénouer la controverse dénotée chez les arbitres et dans la jurisprudence de la Cour supérieure.

Malgré quelques décisions rendues antérieurement,⁷¹ c'est plutôt récemment que les hésitations de la Cour d'appel sont vraiment apparues. En fait, depuis la décision *Donohue Inc. c. Simard*⁷² on aurait pu croire que la question était réglée et que la compétence de l'arbitre s'arrêta au moment où il décidait que la perte d'emploi découlait de raisons économiques.

Dans cette affaire, des motifs d'ordre économique avaient forcé l'employeur à abolir un poste de cadre. Cependant, plutôt que de licencier le titulaire du poste, l'employeur avait préféré muter ce dernier dans un autre poste et remercier le détenteur, moins ancien, de ce deuxième poste, conformément à une politique préétablie. L'arbitre saisi de la plainte se déclara satisfait de la preuve patronale quant à la nécessité d'éliminer le poste. Il annula cependant le renvoi parce que l'employeur avait été abusif et déraisonnable en remerciant le plaignant plutôt que le cadre qui, dans les faits, détenait le poste aboli. Pour l'arbitre, ce renvoi ne pouvait constituer un licenciement puisqu'il n'y avait pas de lien direct entre les modifications technologiques apportées et le départ du plaignant. Il s'agissait plutôt d'un congédiement sans cause juste et suffisante. Infirmant la décision de la Cour supérieure, la Cour d'appel a cassé la décision de l'arbitre parce qu'il aurait commis une erreur juridictionnelle en s'ingérant dans les critères de sélection utilisés par l'employeur pour décider du salarié à être licencié.

Le juge Chevalier, au nom de la Cour, reconnaît d'abord la distinction entre un congédiement et un licenciement:

La démonstration de la différence entre congédiement et licenciement n'est plus à faire. Tant les auteurs de doctrine que la jurisprudence de nos tribunaux, administratifs comme judiciaires, en ont reconnu l'existence et les particularités.

En principe, on peut dire que le «licenciement» est «un acte par lequel l'employeur met fin d'une façon permanente au contrat individuel de travail chez l'un, plusieurs ou l'ensemble des membres de son personnel pour des motifs d'ordre économique ou technique». [Gérard Dion. Dictionnaire canadien des relations de travail. 2^e éd. Québec: P.U.L., 1986. P. 277.]

Par ailleurs, le terme «congédiement» utilisé à l'article 124 de la Loi sur les normes du travail ne vise que les ruptures de la relation de travail causées par des motifs subjectifs liés aux caractéristiques propres du salarié. [Pierre Laporte, Le recours à l'encontre des congédiements sans cause juste et suffisante. Montréal: Wilson & Lafleur, 1985. P. 131.]⁷³

Il déclare aussi que les interdictions de congédier qu'on trouve dans la *Loi sur les normes du travail* ne s'appliquent pas au licenciement:

Au contraire, dans le cas où s'imposent un ou des licenciements pour motifs d'ordre économique, le fardeau de prouver l'existence de tels motifs incombant au départ à l'employeur, ce n'est pas l'individu qui est visé, mais bien l'ensemble de la structure organisationnelle de l'entreprise. Partant, celui qui en est éventuellement la victime n'est pas protégé par des normes établies par la loi en question. Il n'a à sa disposition que deux moyens de défense, savoir: 1) la contestation du motif allégué; 2) la démonstration qu'à son égard la décision prise constitue un congédiement déguisé, par opposition à un licenciement. S'il ne réussit pas dans l'un ou l'autre de ces moyens, il n'est admis à contester ni le choix spécifique auquel en est arrivé l'employeur ni le motif allégué pour le déterminer.⁷⁴

Devant le silence de la loi à l'égard de la personne victime d'un licenciement (sauf en ce qui concerne l'avis de cessation d'emploi), il faut conclure que la discrétion de l'employeur demeure totale dans la sélection du salarié à être affecté. Le passage suivant démontre à quel point la Cour est réfractaire à l'idée de confier à l'arbitre le pouvoir d'imposer des critères de sélection:

En décider autrement équivaldrait à mettre à la disposition de l'arbitre un pouvoir de déterminer lui-même quels sont les critères applicables en matière d'attribution de postes, en cas de diminution de personnel. Ces critères n'étant énoncés nulle part dans un texte législatif, la discrétion en serait laissée à l'arbitre de les choisir lui-même de toutes pièces.

On voit d'ici la belle pagaille que pourrait produire une telle faculté, chaque arbitre ayant la possibilité de créer, à son gré, et suivant sa propre mentalité et ses opinions personnelles, les priorités que chaque employeur devrait appliquer dans le choix du cadre qui va partir et de celui qui va rester. Il n'y a qu'à constater les différences d'opinions auxquelles en arrivent les arbitres sur le seul sujet de l'ancienneté comme facteur de sélection pour se rendre compte de la désorganisation qu'un tel pouvoir à eux accordé produirait dans les relations entre les employeurs et l'ensemble de leurs cadres.⁷⁵

Selon la Cour, l'arbitre doit se limiter à vérifier si, derrière les motifs d'ordre économique, il ne se cache pas un congédiement déguisé. Ce faisant, il pourra scruter les critères de sélection utilisés par l'employeur, dont l'ancienneté. La Cour souligne cependant qu'il ne s'agit alors pour l'arbitre que de s'assurer que le licenciement a été arrêté de bonne foi. Cette décision de la Cour d'appel semblait donc régler définitivement la question, du moins quant à la compétence de l'arbitre en matière de licenciement.

Cependant, dans l'affaire *Lamy c. Kraft Ltée*,⁷⁶ la Cour d'appel, toujours sous la plume du juge Chevalier, a formulé quelques remarques susceptibles de relancer le débat. Dans cette affaire, l'arbitre n'avait pas cru les raisons d'ordre économique avancées par l'employeur pour justifier la rupture d'emploi, concluant ainsi à l'existence d'un congédiement. Le juge de première instance⁷⁷ a cassé cette décision parce que l'arbitre s'était trompé en ne croyant pas l'employeur quant à l'existence d'un manque de travail. Puisque la preuve n'avait révélé aucune faute grave de la part du plaignant, l'arbitre aurait dû décider qu'il s'agissait d'un licenciement. La Cour d'appel critique cette démarche du juge qui se fonde sur une application trop étroite de la distinction entre le congédiement et le licenciement.

Au sujet de cette distinction, le juge Chevalier cite deux longs passages de l'ouvrage publié en 1987 par les auteurs Gagnon, LeBel et Verge⁷⁸ dans lesquels ils contestent la pertinence de la distinction entre le licenciement et le congédiement, distinction qui peut écarter dès le point de départ la compétence de l'arbitre sur le renvoi dont le salarié est victime. Selon eux, toute rupture d'emploi à l'initiative de l'employeur devrait être qualifiée de licenciement et ce terme ne devrait

pas s'opposer au congédiement. Approuvant ces passages sans aucune réserve, le juge Chevalier ajoute:

Il m'apparaît donc que l'arbitre n'avait pas essentiellement à se demander si la décision de rompre le lien contractuel était nécessairement motivée par des circonstances relevant d'un contexte économique ou si au contraire elle avait été nécessairement arrêtée comme une sanction d'une conduite répréhensible de l'employé. Il n'avait qu'à se poser la question de savoir si l'employeur avait satisfait au fardeau d'établir une cause juste et suffisante.⁷⁹

Dans le cas d'une plainte déposée selon l'article 124, la Cour décrit ainsi les deux questions auxquelles doit répondre l'arbitre: 1) l'employeur a-t-il pris une décision qui équivaut à rompre le lien contractuel entre lui et le plaignant? 2) si oui, avait-il une cause juste et suffisante pour le faire?⁸⁰ De plus, la première question, tout en étant factuelle, est préliminaire et attributive de compétence. En somme, dans cette affaire, la Cour d'appel propose de ne pas faire de distinction entre le congédiement et le licenciement et de considérer les motifs d'ordre économique et ceux reliés exclusivement à la vie de l'entreprise comme une cause juste et suffisante de congédiement.

De prime abord, les décisions de la Cour d'appel dans l'affaire *Donohue* et dans l'affaire *Lamy* s'opposent. Mais au-delà des apparences, l'opposition n'est peut être pas complète. Dans l'affaire *Donohue*, l'arbitre avait d'abord conclu que l'abolition du poste était justifiée et par la suite il avait révisé les critères de sélection utilisés par l'employeur. Il s'était en fait substitué à l'employeur dans ce qui est, selon la Cour, une prérogative patronale non limitée par la loi. Dans l'autre cas, l'arbitre n'avait pas cru à l'existence des motifs d'ordre économique invoqué par l'employeur. Dès lors, l'intervention de l'arbitre se situait sur un autre terrain et la situation se comparait difficilement à celle du premier cas. De plus, la Cour d'appel reproche avant tout au juge de première instance dans l'affaire *Lamy* de ne pas avoir fait preuve de retenue dans son rôle en révision judiciaire et d'avoir substitué son opinion à celle de l'arbitre.

Quoi qu'il en soit, la question demeure confuse et laisse le justiciable dans l'incertitude quant au degré de contrôle que peut exercer le commissaire du travail agissant en vertu des articles

124 et suivants sur le licenciement d'ordre économique. Une telle situation est intolérable et doit être rapidement réglée.

Selon nous, cette question relève avant tout du législateur. En effet, l'impact de la solution à venir peut être énorme et mérite une étude approfondie de la part des membres de l'Assemblée nationale. Actuellement, les employeurs ont les coudées relativement franches dans les décisions à prendre en matière de licenciement économique. À tout le moins, l'opportunité de ces décisions ne peut être révisée par l'arbitre (maintenant le commissaire du travail). Renverser la vapeur à cet égard pourrait causer des remous qui méritent d'être analysés. Cette analyse, qui exige nécessairement de soupeser et d'accommoder des intérêts divergents dans notre société, revient avant tout à la législature.

Malheureusement, les amendements apportés à la *Loi sur les normes du travail* en 1990 laissent les dispositions légales inchangées à cet égard. En attendant une initiative législative en ce sens, il est souhaitable que les tribunaux clarifient leur position le plus rapidement possible.⁸¹

CONCLUSION

Nous voulions vérifier dans quelle mesure la mauvaise conjoncture économique du début des années quatre-vingt avait influencé l'évolution du droit de la cessation d'emploi au Québec. Pour ce faire, nous avons considéré le développement récent de quelques règles qui nous semblaient particulièrement importantes dans le droit applicable en la matière. Nous n'avons aucunement la prétention d'avoir été exhaustif, loin de là. Cependant quelques observations et conclusions s'imposent d'ores et déjà.

Il apparaît évident que la mauvaise conjoncture économique a eu un impact majeur sur le développement du droit de la cessation d'emploi dans la dernière décennie au Québec. Le simple fait que la jurisprudence regorge de jugements traitant de la conjoncture économique comme motif de cessation d'emploi le démontre. Comme quoi le droit ne se développe pas en vase clos mais

plutôt par rapport à la réalité sociale de laquelle il provient et à laquelle il s'applique. Il est plus difficile cependant de dégager la direction dans laquelle le droit a évolué à la lumière des changements observés dans l'environnement économique.

Une partie de cette difficulté s'explique par le fait que le droit de la cessation d'emploi au Québec n'origine pas d'une source unique. Ce n'est pas un droit monolithique mais plutôt un droit éclaté. Cette réalité nous a forcé à regarder séparément différentes facettes de ce droit pour tenter d'en percevoir l'évolution. Résumons nos observations quant aux trois facettes étudiées plus haut.

La détermination de la durée du préavis de cessation d'emploi en droit commun a toujours été laissée à la discrétion des tribunaux, si ce n'est l'article 1668 C.c.B.-C. qui vise certaines catégories d'emplois subalternes. Cette durée, qui doit être raisonnable compte tenu de toutes les circonstances, est fixée à partir de plusieurs facteurs dont l'importance varie d'un cas à l'autre. La mauvaise conjoncture économique et les difficultés qu'elle peut causer à l'employeur ont été analysées comme un des nombreux facteurs, une des circonstances que le juge doit considérer, sans plus.

Nous avons vu que ce facteur n'a pas joué de la même façon dans toutes les décisions étudiées. À l'occasion, il a prolongé la durée du préavis, compte tenu des difficultés supplémentaires qu'il causait à l'employé licencié dans la recherche d'un nouvel emploi. Dans d'autre cas, il a été utilisé dans la direction inverse, vu l'incapacité pour l'employeur de rencontrer des charges financières accrues dans une période de difficultés économiques.

Somme toute, il se dégage de la jurisprudence une attitude générale de souplesse et de réalisme de la part des tribunaux. Malgré la preuve d'une conjoncture économique difficile, chaque cas demeure un cas d'espèce qui doit être analysé à la lumière de toutes les circonstances qu'il présente. Les intérêts particuliers de chaque partie pourront à chaque fois être soupesés par le tribunal qui n'est lié par aucune règle préétablie en la matière. La mauvaise conjoncture

économique n'a donc pas entraîné une évolution marquée des règles applicables à cette partie du droit de la cessation d'emploi.⁸²

La constatation est différente lorsqu'on analyse l'évolution des règles établies par la *Loi sur les normes du travail* en matière de préavis de cessation d'emploi. L'évolution dans ce secteur a été beaucoup plus marquée. Il faut dire qu'on était ici en présence d'une loi nouvellement adoptée: indépendamment de la conjoncture économique dans laquelle elle s'est appliquée, on devait s'attendre à ce que la jurisprudence joue un rôle important dans le processus d'implantation de la loi. À cet égard, la conjoncture économique ne représentait qu'un des nombreux facteurs favorisant une évolution rapide de ce secteur du droit.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence contient des jugements importants sur des questions étroitement reliées à la conjoncture économique. Nous pensons particulièrement aux décisions de la Cour d'appel sur le caractère minimal de l'avis de cessation d'emploi de l'article 82 de la loi, sur la qualité juridique du travailleur qui est licencié alors qu'il est déjà l'objet d'une mise à pied et sur la notion de cas fortuit et son application dans le cadre d'une mise à pied dont la durée est indéterminée. Dans son ensemble, cette jurisprudence s'avère favorable aux salariés. À l'inverse, elle reconnaît des obligations accrues à l'endroit des employeurs même si les licenciements auxquels ils ont recours découlent des difficultés économiques rencontrées. Il semble que la Cour d'appel ait adopté une approche progressiste visant à donner plein effet à une loi dont la vocation est avant tout sociale.⁸³

Cette évolution a été reprise et complétée jusqu'à un certain point par le législateur qui a amendé la *Loi sur les normes du travail* de façon importante en 1990. Concernant l'avis de cessation d'emploi, ces amendements s'adressaient notamment à des questions qui étaient l'objet de certaines décisions de la Cour d'appel. Par exemple, il est maintenant évident qu'un salarié mis à pied sans avis peut réclamer l'indemnité qui en tient lieu s'il est licencié sans être auparavant retourné au travail. En ce sens, le législateur a poussé un peu plus loin que la Cour d'appel la reconnaissance des droits des salariés mis à pied.

L'ensemble des amendements apportés en 1990 à la *Loi sur les normes du travail* visait à améliorer les conditions des travailleurs assujettis à ce régime minimal. Ceci est particulièrement sensible en ce qui concerne le recours à l'encontre d'un congédiement sans cause juste et suffisante des articles 124 et suivants. Malheureusement, le législateur n'a pas cru bon clarifier le pouvoir et la nature de l'intervention du Commissaire du travail (antérieurement l'arbitre) lorsque la raison à la base du renvoi du salarié relève essentiellement de l'entreprise, comme des difficultés d'ordre économique par exemple.

Nous avons vu comment la jurisprudence demeure incertaine dans ce domaine. Particulièrement névralgique est la question des facteurs sur lesquels l'employeur peut fonder son choix des salariés à être affectés par le licenciement. Jusqu'à quel point le commissaire du travail peut-il réviser la décision patronale et y substituer, le cas échéant, ses propres critères? À défaut de règles légales sur le sujet, la réponse appartient pour l'instant aux tribunaux.

Mais les tribunaux constituent-ils l'instance appropriée pour trancher cette question? À notre avis, une réponse négative s'impose. En fait, la jurisprudence relative à ce point démontre les limites du pouvoir judiciaire comme organe créateur de droit. La première, c'est la contradiction dénotée dans la jurisprudence. Quoi de pire pour les justiciables que de ne pas pouvoir connaître la règle de droit qui leur est applicable dans une situation donnée? Or, l'incertitude de la jurisprudence sur la question du licenciement produit ce résultat.

Il est normal et souhaitable que la règle du précédent ne soit pas appliquée de façon rigide dans notre système juridique. Ceci laisse toutefois la voie libre à l'existence de décisions contradictoires sur une même question. Pour éviter les désavantages que peut produire une jurisprudence contradictoire, la loi doit être précise et claire, à tout le moins dans ses dispositions les plus importantes. On peut dire que la *Loi sur les normes du travail* n'est pas un modèle à cet égard, surtout en ce qui concerne la question du licenciement.

L'autre limite, encore plus sérieuse que la première, c'est l'impossibilité pour les tribunaux de prendre en compte les intérêts particuliers des différents groupes de citoyens qui seront affectés par la règle de droit d'origine prétorienne. Comment un juge ou un tribunal peut-il, à l'intérieur d'une instance particulière, soupeser adéquatement le pour et le contre de telle ou telle règle générale qu'il s'apprête à établir? Par exemple, comment un tribunal pourrait-il évaluer l'impact sur la compétitivité des entreprises québécoises qu'aurait la reconnaissance de l'ancienneté comme critère principal dans tous les cas de licenciement? Comment pourrait-il évaluer l'impact de la généralisation de ce critère sur l'emploi de groupes traditionnellement défavorisés dans le marché du travail comme les femmes et les minorités ethniques?

Nos propos peuvent sembler simplistes. Ils n'ont pour seul but de démontrer qu'il est des questions qui devraient idéalement relever du législateur dans notre société. C'est lui seul qui a les outils nécessaires pour considérer les intérêts divergents qui s'affrontent sur un point donné. Et surtout, c'est lui seul qui est investi de la légitimité nécessaire pour favoriser tels intérêts au détriment de tels autres.

Mais les tribunaux doivent intervenir et trancher dans les situations où la loi est muette ou imprécise. Ils doivent le faire avec les outils dont ils disposent. Or, par leurs imprécisions et leurs omissions, les amendements de 1990 à la *Loi sur les normes du travail* laissent encore beaucoup de place à l'intervention judiciaire. Dans cette perspective, les tribunaux auront encore un rôle primordial à jouer dans la création des règles entourant la cessation d'emploi.

Notre étude démontre que l'utilisation de la conjoncture économique défavorable comme motif de cessation d'emploi a forcé une évolution du droit applicable en la matière. Cette évolution a jusqu'à maintenant été principalement l'oeuvre des tribunaux. Cependant, compte tenu des intérêts aussi importants que divergents en présence, il nous apparaît souhaitable que le législateur intervienne pour clarifier et unifier une fois pour toute le régime juridique du licenciement pour motifs économiques.

FOOTNOTES

1. Voir à ce sujet: D. M. Beatty, «Labour is not a Commodity» dans B. J. Reiter et J. Swan, eds., *Studies in Contract Law*, Toronto, Butterworths, 1980 aux pp. 313 à 355.
2. Dans R. J. Gordon, C. A. Carrier et J. Pottier, *Macroéconomie*, Chicoutimi, Gaëtan Morin, 1984, on trouve la définition suivante de la récession, à la p. 804: «Période au cours de laquelle l'activité économique réelle diminue.» La récession est souvent définie comme une période où le PNB réel diminue pendant au moins deux trimestres consécutifs. Une récession commence après que l'expansion précédente ait atteint son «sommet» et se poursuit jusqu'à ce que l'économie atteigne son «creux», après quoi une reprise débute.

Le produit national brut canadien a diminué de façon continue à partir du troisième trimestre de 1981 jusqu'au dernier trimestre de 1982 inclusivement. Voir: *Revue statistique du Canada*, Statistique Canada, janvier 1984, à la p. 8.
3. Pour une analyse des indicateurs dénotant un ralentissement des activités économiques au Canada au cours de l'année 1990, consulter: Banque du Canada, *Rapport annuel du gouverneur au ministre des Finances et relevé de comptes pour l'année 1990*, aux pp. 17 et s.
4. Ainsi, le taux de chômage au Québec a connu une montée en flèche avec la récession de 1981 pour atteindre un plafond de près de 16% en 1982. Il a chuté de 1982 à 1987 pour se stabiliser autour de 10%. Il a repris son ascension au début 1990. Voir: *Revue de la Banque du Canada*, Ottawa, Banque du Canada. Par ailleurs, les effets néfastes de la récession sur l'emploi peuvent perdurer au-delà du moment où elle est techniquement terminée. Ainsi, en 1991, cinq mois après que le produit intérieur brut ait cessé son déclin, la situation de l'emploi demeurait toujours mauvaise. Voir «Hard to see recovery: Labor market slow to improve after recession» *The Financial Post* (Mercredi le 18 septembre 1991) 4.
5. Le mécanisme de sécurité d'emploi généralement retrouvé dans les conventions collectives comporte deux volets. D'abord, l'employeur peut diminuer la taille de sa main-d'oeuvre selon les impératifs de la production. Dans la sélection des travailleurs affectés, il devra cependant recourir aux critères énumérés dans la convention collective (où l'ancienneté joue souvent un rôle déterminant). De plus, l'employeur doit alors procéder à des mises à pied plutôt qu'à des licenciements définitifs et reprendre tous les salariés inscrits sur la liste de rappel et compétents pour exécuter les tâches disponibles avant d'embaucher des travailleurs de l'extérieur. Le second volet contrôle l'exercice du pouvoir disciplinaire patronal en le soumettant à l'exigence de la cause juste et suffisante. Ainsi, l'employeur ne pourra congédier un salarié dans la mesure où il pourra démontrer l'existence d'une telle cause.
6. Voir: F. Racine, «La syndicalisation au Québec en 1990» (1990) *Encart Le marché du travail* 21.
7. L.R.Q., c. N-1.1 [ci-après *Loi sur les normes du travail* ou L.n.t.].
8. Consulter de façon générale sur le sujet: A. Rousseau, «Le contrat individuel de travail» dans N. Mallette, ed., *La gestion des relations du travail au Québec*, Montréal, McGraw-Hill, 1980, aux pp. 13 à 23. Une modification apportée en 1990 par la *Loi modifiant la Loi sur les normes du travail* (L.Q. 1990, c. 73) à la *Loi sur les normes du travail* mérite ici d'être

signalé. On y a ajouté l'article 82.1 dont le deuxième alinéa édicte que l'obligation de donner l'avis de cessation d'emploi ne s'applique pas au salarié «dont le contrat pour une durée déterminée ou pour une entreprise déterminée expire.» Ceci pourrait suggérer à certains que, contrairement aux règles provenant du droit commun, le contrat à durée déterminée peut être rompu unilatéralement et sans cause en tout temps avant son expiration au moyen de l'avis de l'article 82 de la loi. Nous croyons plutôt que le législateur a voulu indiquer dans un langage simple que le contrat à durée déterminée se termine à son échéance sans nécessité de donner un préavis. Il ne faudrait donc pas voir dans cette disposition une modification d'une règle fondamentale de notre droit commun.

9. L'employé est aussi tenu d'aviser son employeur de son intention de résilier le contrat. La durée de cet avis est cependant plus difficile à établir, celle-ci n'étant pas déterminée par la loi et la jurisprudence étant discrète sur la question.
10. Les décisions suivantes concernent toutes des réclamations d'une indemnité de départ pour tenir lieu de déai-congée en matière de contrat à durée indéterminée. Le même raisonnement s'applique aussi au contrat à durée déterminée. Voir: *Benson c. Brown Boveri Canada Ltd.*, [1983] C.S. 229; *Couture c. Volcano Inc.* (2 mai 1984), Montréal 500-05-015531-807, D.T.E. 84T-449 (C.S.); *Auger c. Albert Dyotte Inc.* (15 novembre 1984), Montréal 500-05-002176-830, D.T.E. 85T-2 (C.S.); *Morency c. Swecan International Ltée* (4 avril 1986), Joliette 705-02-002540-847, D.T.E. 86T-582 (C.P.); *Loiselle c. Brunet, Lasalle Corporation*, [1987] R.J.Q. 2536 (C.S.) (portée en appel); *Denis Péroin Automobiles Ltée c. Longchamps* (31 août 1988), Québec 200-09-000350-832, D.T.E. 88T-852 (C.A.); *Perron c. Cie Minière Québec Cartier* (23 janvier 1989), Mingan (Sept-Îles) 650-05-000108-853, D.T.E. 89T-290 (C.S.). Voir aussi à cet effet: R. Breton, «L'indemnité de congédiement en droit commun» (1990) 31 C. de D. 1 à la p. 53; G. Audet et R. Bonhomme, *Le congédiement en droit québécois en matière de contrat individuel de travail*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1988 aux pp. 58 à 61.
11. Voir: *Chamlian c. Schok Béon Québec Inc.* (14 décembre 1984), Montréal 500-05-004620-835, D.T.E. 85T-290 (C.S.) (même si la récession économique permet de licencier le salarié elle ne libère pas l'employeur de son obligation de donner le déai-congée; *Goulet c. Équipement de bureau Astro-Tech Ltée*. (30 mars 1984), Hull 550-05-001414-823, D.T.E. 84T-329 (C.S.) (même si la suppression de poste pour un motif d'ordre économique semble constituer un motif valable de congédiement, on reconnaît malgré tout l'obligation de donner un préavis); *Leduc c. Union Carbide du Canada Ltée* (31 juillet 1984), Beauharnois 760-05-000557-825, D.T.E. 84T-713, (C.S.) (une mise à pied collective pour motifs économiques ne constitue pas un congédiement. C'est sur cette base que l'action est rejetée, le plaignant ayant reçu un préavis suffisant pour sa mise à pied).
12. *Surveyer, Nenniger et Chénevert Inc. c. Thomas* (18 mai 1989), Montréal 500-09-000194-852, D.T.E. 89T-640 (C.A.) (récession économique: l'employeur n'a pas prouvé le caractère d'irrésistibilité nécessaire); *Barrette c. Wabasso Inc.* (14 décembre 1987), Trois-Rivières 400-05-000217-852, D.T.E. 88T-256 (C.S.) (les difficultés économiques causées par la concurrence internationale et la politique tarifaire du gouvernement du Canada en matière d'importation du textile ne constituent pas un cas fortuit ou de force majeure); *Labelle c. Experts-conseils Shawinigan Inc.* (1^{er} juin 1984), Montréal 500-05-015890-823, D.T.E. 84T-547 (C.S.) (une crise économique n'est ni imprévisible, ni irrésistible). Voir aussi Audet et Bonhomme, *supra* note 10 aux pp. 61 à 64. Soulignons cependant qu'en relation avec une mise à pied imposée à cause des difficultés économiques de l'entreprise, la Cour d'appel du Québec a interprété plus largement la notion de cas fortuit dans le cadre de l'article 83 de la

Loi sur les normes du travail tel qu'il se lisait avant les modifications de 1990. Voir notamment: *Commission des normes du travail c. Campeau Corporation*, [1989] R.J.Q. 2108 (C.A.). Nous verrons cette question plus en détail dans la prochaine section. Le droit français refuse également d'assimiler des motifs d'ordre économique à un cas de force majeure. Le chef d'entreprise doit assumer la responsabilité de l'évolution de la conjoncture économique. G. Lyon-Caen et J. Pèssier, *Droit du Travail*, 15^e éd., Paris, Dalloz, 1990 à la p. 328.

13. Voir C. D'Aoust, *Le contrat individuel de travail en droit québécois*, Montréal, Presses de l'Université Montréal, 1970 aux pp. 89 et s.
14. Pour bénéficier de l'avis de cessation d'emploi de l'article 82 de la *Loi sur les normes du travail*, il faut être un salarié au sens de cette loi. Son article 1, paragraphe 10 le définit de façon très large: «salarié une personne qui travaille pour un employeur et qui a droit à un salaire; ce mot comprend en outre le travailleur partie à un contrat en vertu duquel [suit ici l'énumération de trois conditions qui caractérisent le travailleur qualifié d'entrepreneur dépendant en droit du travail]». L'article 3 de la loi exclut toutefois certains travailleurs de la notion de salarié dont les «cadres supérieurs». Avant les modifications apportées à la loi en 1990 (*supra* note 8 pour la référence à la loi modificatrice), tous les cadres étaient exclus de l'article 82. Quant à l'article 1668 C.c.B.-C., il vise les catégories suivantes d'employés: domestiques, serviteurs, compagnons et journaliers. Nous reviendrons sur les conditions d'application des articles 82 L.n.t. et 1668 C.c.B.-C. dans la deuxième section de ce texte.
15. *Domtar inc. c. St-Germain*, [1991] R.J.Q. 1271 (C.A.).
16. Cette intervention des tribunaux de droit commun en matière de préavis risque de s'élargir davantage avec l'adoption du Projet de loi 125 concernant le nouveau *Code civil du Québec* déposé à l'Assemblée nationale en décembre 1990. L'article 2081 du Projet établit que le délai-congé nécessaire pour mettre fin à un contrat à durée indéterminée doit être raisonnable et tenir compte des circonstances propres à l'emploi. Cette règle généralisée de la «théorie de l'avis raisonnable» sonne le glas de la «théorie du taux de salaire» faisant dépendre la durée du préavis de la période de temps inhérente à la notion de «taux» (par exemple: tant par mois; tant par année).
17. [1967] B.R. 111.
18. *Surveyer, Nenniger et Chênevert Inc. c. Short* (12 novembre 1987), Montréal 500-09-001835-834, D.T.E. 88T-4 (C.A.) à la p. 3 du texte intégral. La Cour d'appel référait aussi à deux décisions qui ont fait jurisprudence en la matière: l'affaire *Columbia*, *supra* note 17 et *Lecompte c. Steinberg's Ltd.*, [1981] C.S. 211, conf. par [1985] C.A. 223.
19. *Benson c. Brown Boveri Canada Ltd.*, [1983] C.S. 229 à la p. 235.
20. *Gagnon c. Thetford Transport Ltée* (30 juillet 1987), Frontenac 235-05-000061-854, D.T.E. 87T-935 (C.S.).
21. *Surveyer, Nenniger et Chênevert Inc. c. Jackson* (8 juillet 1988), Montréal 500-09-000764-852 D.T.E. 88T-667 (C.A.); *Baillargeon c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de Dorchester* (18 décembre 1984), Québec 200-05-000912-837, D.T.E. 85T-289 (C.S.); *Breeze c. Federal Business Development Bank* (12 octobre 1984), Montréal 500-05-021058-829, D.T.E. 84T-848 (C.S.).

22. *Labelle c. Experts-Conseils Shawinigan Inc.*, supra note 12; *Paquet c. Laurier Auto Inc.* (16 novembre 1984), Québec 200-05-002118-839, D.T.E. 85T-16 (C.S.) (laquelle cite avec approbation la décision précédente); *Loiselle c. Brunet, Lasalle Corporation* supra, note 10 (cite la décision *Labelle* en obiter dictum).
23. *Breeze c. Federal Business Development Bank*, supra note 21.
24. Cette précision des tribunaux est d'autant plus nécessaire que, généralement, le temps qu'a mis la partie demanderesse à retrouver un emploi est connu au moment du procès. Voir sur cette question: *Surveyer, Nenniger et Chênevert Inc. c. Jackson*, supra note 21; *Surveyer, Nenniger et Chênevert Inc. c. Short*, supra note 18; *Broersma c. Canatom Inc.* (2 juillet 1986), Montréal 500-05-011307-848, D.T.E. 86T-738 (C.S.). Voir aussi *Steinberg's Ltd. c. Lecompte*, supra note 18, où, traitant de ce facteur, la Cour d'appel reprend avec approbation les propos suivants du juge de première instance à la p. 225: «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.» Enfin, à ce propos, voir Breton, supra note 10 à la p. 13.
25. *Surveyer, Nenniger et Chênevert Inc. c. Jackson*, supra note 21; *Cloutier c. Ingersoll-Rand Canada Inc.* (4 juillet 1984), St-François 450-05-000921-839, D.T.E. 84T-673 (C.S.).
26. *Breeze c. Federal Business Development Bank*, supra note 21 aux pp. 6 et 7 du texte intégral. Le même juge tient les mêmes propos dans *Bordeleau c. Union Carbide of Canada Ltd.*, [1984] C.S. 974.
27. *Cloutier c. Ingersoll-Rand Canada Inc.*, supra note 25.
28. *Barrette c. Wabasso Inc.*, supra note 12. Voir aussi Audet et Bonhomme, supra note 10 aux pp. 68 et 69.
29. *Broersma c. Canatom Inc.*, supra note 24.
30. Dans cette perspective, on a souligné à quelques reprises que le juge avait connaissance judiciaire de la conjoncture économique difficile et du piètre état du marché de l'emploi. Voir: *Benson c. Brown Boveri Canada Ltd*, supra note 10; *Baillargeon c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de Dorchester*, supra note 21.
31. Il semble bien que la jurisprudence des provinces canadiennes de common law soit sensiblement au même effet que la jurisprudence québécoise quant à l'impact de la conjoncture économique difficile sur la durée du déai-congé On y rencontre les mêmes courants jurisprudentiels et les mêmes préoccupations qu'au Québec en cette matière. Voir: E. E. Mole, *Wrongful Dismissal Practice Manual*, Toronto and Vancouver, Butterworths, 1984 aux pp. 965 et 1001 et s.; H. A. Levitt, *The Law of Dismissal in Canada*, Aurora, Canada Law Book Inc., 1985 aux pp. 150 et s.
32. Voir à ce propos Breton, supra note 10 aux pp. 8 et s.
33. L.Q. 1979, c. 45, art. 82 et 83. Actuellement, il s'agit des articles 82 à 83.2, L.R.Q., c. N-1.1. Sur l'avis de cessation d'emploi de l'article 82 en général, on peut consulter les ouvrages suivants: J.-L. Dubé et N. Dilorio, *Les normes du travail*, Sherbrooke, Éditions de la

- Revue de Droit, Université de Sherbrooke, 1987 aux pp. 99 à 138; G. Hébert et G. Trudeau, *Les normes du travail au Canada et au Québec*, Cowansville, Yvon Blais, 1987 aux pp. 142 à 147. Audet et Bonhomme, *supra* note 10 aux pp. 297 à 342.
34. *Loi modifiant la Loi sur les normes du travail*, L.Q. 1990, c. 73.
 35. Voir à ce sujet *supra* note 14.
 36. À ce sujet, voir nos remarques *supra* note 8. Il est aussi important d'ajouter que l'article 82, tel qu'il se lisait avant les amendements de 1990, excluait d'emblée le contrat de travail à durée déterminée des dispositions concernant l'avis de cessation d'emploi. Ceci donne un argument supplémentaire à ceux qui voudraient soutenir que l'employeur peut aujourd'hui rompre unilatéralement et sans cause le contrat à durée déterminée avant son échéance en donnant l'avis de l'article 82. Un tel argument sera particulièrement précieux pour l'employeur aux prises avec des difficultés économiques.
 37. *Domtar Inc. c. St-Germain*, *supra* note 15.
 38. Pour de nombreuses références jurisprudentielles au sujet de cette controverse, consulter la décision de la Cour d'appel, *supra* note 37 à la p. 10 du texte intégral.
 39. *Domtar Inc. c. St-Germain*, *supra* note 15 à la p. 1278 du texte intégral. Cette décision fut rendue en vertu des articles 82 et 83 tels qu'ils se lisaient avant 1990. Le nouvel article 82 établit maintenant qu'il n'a pas pour effet de priver le salarié d'un droit qui découle d'une autre loi. Ce sera le cas si on insère dans le nouveau *Code civil du Québec* l'obligation pour l'employeur de donner un préavis d'une durée raisonnable. Voir *supra* note 16.
 40. Voir *supra* note 10. De tels motifs ne peuvent non plus constituer une faute grave au sens de l'article 83 de la *Loi sur les normes du travail* (aujourd'hui art. 82.1) dont la commission prive le salarié de son droit à l'avis de l'art. 82. Une telle «faute grave» est nécessairement imputable au salarié lui-même. Sur la signification de ce concept, voir: P. Arguin, N. Brissette et R. L. Rivest, «La notion de faute grave en matière de congédiement sans préavis» (1989) 49 R. du B. 375.
 41. Cette durée peut atteindre jusqu'à 12 mois selon les circonstances. Voir A. E. Aust, *Le contrat d'emploi*, Cowansville, Yvon Blais, 1988 aux pp. 165 à 174. Rappelons que depuis les amendements apportés à la *Loi sur les normes du travail* en 1990, seuls les cadres supérieurs ne sont pas assujettis aux articles 82 et suivants. (en vertu du nouvel article 3(6)). Auparavant, les cadres de tous les niveaux hiérarchiques en étaient exclus.
 42. *Compagnie de Sable Ltée c. Commission des normes du travail*, [1985] C.A. 281 [ci-après *Compagnie de Sable Ltée*]. Permission d'appel refusée par la Cour suprême du Canada le 27 juin 1985, [1985] 1 R.C.S. vii.
 43. *Ibid.* à la p. 285.
 44. Voir la définition de salarié au sens de la *Loi sur les normes du travail*, *supra* note 14.
 45. *Internote Canada Inc. c. Commission des normes du travail du Québec*, [1989] R.J.Q. 2105 (C.A.) [ci-après *Internote Canada Inc.*]; *Commission des normes du travail du Québec c. Campeau Corporation*, [1989] R.J.Q. 2108 (C.A.) [ci-après *Campeau Corporation*];

Commission des normes du travail du Québec c. Hawker Siddeley Canada Inc., [1989] R.J.Q. 2123 (C.A.).

46. *Internote Canada Inc.*, *supra* note 45 à la p. 2104.
47. En fait, la Cour d'appel spécifie que pour juger de la violation ou non de l'article 82, il faut se replacer au moment où l'employeur décide de procéder à la mise à pied. Il est évident qu'à ce moment, le travailleur a la qualité de salarié au sens de la loi.
48. *Commission des normes du travail du Québec c. Baribeau & Fils Inc.* (19 juin 1990), Québec 200-05-000604-889, D.T.E. 90T-992 (C.S.) (en appel); *Labanowska c. Grands magasins Towers Inc.*, [1991] R.J.Q. 1157 (C.Q.).
49. La disposition mentionne cependant que l'avis est valable «dans le cas d'un emploi dont la durée n'excède habituellement pas six mois à chaque année en raison de l'influence des saisons» .
50. L'article 83.1 établit cependant un régime quelque peu différent pour le salarié qui bénéficie d'un droit de rappel au travail pour une durée de plus de six mois en vertu d'une convention collective.
51. Le nouvel article 83 se lit ainsi:

L'employeur qui ne donne pas l'avis prévu à l'article 82 ou qui donne un avis d'une durée insuffisante doit verser au salarié une indemnité compensatrice équivalente à son salaire habituel [...]. Cette indemnité doit être versée au moment de la cessation d'emploi ou de la mise à pied prévue pour plus de six mois ou à l'expiration d'un délai de six mois d'une mise à pied pour une durée indéterminée ou prévue pour une durée inférieure à six mois mais qui excède ce délai.
52. Dubé et Dilorio, *supra* note 33 à la p. 121. En droit civil québécois, le cas fortuit est aujourd'hui synonyme de la force majeure. Il s'agit d'un élément revêtant les éléments d'imprévisibilité, d'irrésistibilité et d'extériorité. Voir: J. Pineau et D. Burman, *Théories des obligations*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1988 aux pp. 446 à 448; M. Tancelin, *Des obligations, contrat et responsabilité* 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1988 aux pp. 363 à 368; J.-L. Baudouin, *Les Obligations*, 3^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1989 aux pp. 440 à 446.
53. Voir les trois décisions citées *supra* note 45.
54. *Campeau Corporation*, *supra* note 45 aux pp. 2119 et 2120.
55. *Ibid* à la p. 2120.
56. *Ibid.* aux pp. 2120 et 2121.
57. *Ibid.* à la p. 2120.
58. *Supra* note 52 et le texte correspondant.
59. *Campeau Corporation*, *supra* note 45 à la p. 2120.

60. Ainsi, on a décidé que, alors que l'entreprise éprouvait de graves difficultés financières, la perte subite de la clientèle due au départ inopiné du principal vendeur constituait un cas fortuit au sens des anciens articles 82 et 83 de la loi. Voir *Commission des normes du travail du Québec c. Baribeau et Fils Inc.*, supra note 48.
61. L.Q. 1979, c. 45, art. 124 à 135.
62. Au sujet de ce recours, voir de façon générale: P. Laporte, *Le recours à l'encontre des congédiements sans cause juste et suffisante*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1985; Dubéet Dilorio, supra note 33 aux pp. 236 à 336; Hébert et Trudeau, supra note 33 aux pp. 160 à 177; Audet et Bonhomme, supra note 10 aux pp. 209 à 295.
63. Supra note 34. Ces changements sont entrés en vigueur le 1^{er} juin 1991.
64. La distinction entre le congédiement et le licenciement est reconnue par plusieurs. Ceux-ci définissent le licenciement comme une rupture d'emploi imposée par l'employeur pour un motif relié à l'entreprise alors que le congédiement est plutôt perçu comme une terminaison d'emploi imposée par l'employeur à cause d'un changement survenu dans les caractéristiques du salarié. Voir par exemple les définitions de congédiement et de licenciement dans G. Dion, *Dictionnaire canadien des relations du travail*, 2^e éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 1986. L'opportunité d'établir une telle distinction est cependant contestée par d'autres. Voir à ce sujet: R. Gagnon, L. LeBel et P. Verge, *Droit du travail*, 2^e éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 1991 aux pp. 96 et 97.
65. Il n'est pas question ici de faire une étude détaillée de la jurisprudence arbitrale sur le sujet. Nous référons plutôt le lecteur aux ouvrages suivants: Laporte, supra note 62 aux pp. 131 à 139; Dubéet Dilorio, supra note 33 aux pp. 300 à 308; Audet et Bonhomme, supra note 10 aux pp. 237 à 244 et surtout J.-L. Dubé «La congédiement administratif et disciplinaire et le licenciement dans le cadre de l'article 124 de la Loi sur les normes du travail» dans *Conférences commémoratives Meredith 1988*, Cowansville, Yvon Blais, 1989 aux pp. 241 à 282.
66. Ainsi certains arbitres ont exigé que l'employeur réaffecte selon diverses modalités les employés dont le poste avait été aboli à cause de difficultés financières. Dubé souligne toutefois qu'il s'agit là de décisions isolées. Voir Dubé supra note 65 aux pp. 267 et 268.
67. Par les amendements législatifs de 1990, cette exigence de cinq ans fut abaissée à quatre ans le 1^{er} janvier 1991 et passera à trois ans à compter du 1^{er} janvier 1992: *Loi modifiant la Loi sur les normes du travail*, supra note 34, art. 59. Quant au droit de préférence dont jouiraient les salariés de plus de cinq ans de service continu, il a reçu l'aval de la Cour supérieure dans *Imprimerie Laprairie Inc. c. Doucet*, [1989] R.J.Q. 1283 (15 mars 1983), Roberval 160-05-000423-815 (C.S.).
68. Dubéet Dilorio, supra note 33 à la p. 260.
69. Voir parmi d'autres les décisions suivantes: *Léonce Harvey Ltée c. Girard* (15 mars 1983), Roberval 160-05-000423-815, D.T.E. 83T-239 (C.S.); *Lavalin inc. c. Deslières*, [1983] C.S. 470; *Corp. de crédit commercial Ltée c. Ladouceur* (8 mars 1984), Montréal 500-05-015546-839, D.T.E. 84T-541 (C.S.); *Veillette et Deschênes Ltée c. Commission des normes du travail*, (27 septembre 1984), Chicoutimi 150-05-000166-837, D.T.E. 84T-825 (C.S.); *Murs Secs Jalap Inc. c. Dupuis* (31 août 1987), Montréal 500-05-005342-868, D.T.E. 87T-

- 843 (C.S.) (en appel); *Imprimerie Laprairie Inc.*, *supra* note 67; *Canada Inc. c. Beetz* (23 novembre 1989), Montréal 500-05-007226-895, D.T.E. 90T-108 (C.S.).
70. Audet et Bonhomme, *supra* note 10, nous renvoient à cet effet à deux décisions non publiées: *Ross c. Michaud* (28 novembre 1983) 200-05-003203-83 (C.S.); *Electro Vox Inc. c. Lefebvre* (12 septembre 1984) 500-05-009006-840 (C.S.), et à *London Life, Cie d'assurance-vie c. Bolduc* (21 septembre 1984), Montréal 500-05-005584-840, D.T.E. 85T-187 (C.S.). Plus récemment, dans *Union des employés du transport local et industries diverses, local 931 c. Beetz*, [1990] R.J.Q. 1358, la Cour supérieure soulignait que la qualification de la perte d'emploi contestée n'est pas une question préalable à la compétence de l'arbitre et ajoutait qu'on ne devait pas établir de distinction entre le congédiement et le licenciement, les motifs d'ordre économique constituant plutôt une cause juste et suffisante de congédiement.
71. Par exemple, dans *Investissement Trizec Ltée c. Hutchison* (21 août 1987), Montréal 500-09-001323-857, D.T.E. 87T-764 (C.A.), la Cour d'appel précise qu'il appartient à l'arbitre exclusivement de déterminer si la perte d'emploi contestée constitue ou non un congédiement. De plus, le juge Paré mentionne que la notion de congédiement est très large et qu'elle peut englober le licenciement. La Cour a répété dans *Polysos c. Wallmaster Cleaning Services Ltd.*, [1987] R.D.J. 448 (C.A.), que la qualification de la perte d'emploi (congédiement ou licenciement) relève de la compétence exclusive de l'arbitre.
72. *Donohue Inc. c. Simard*, [1988] R.J.Q. 2118 (C.A.) [ci-après *Donohue*].
73. *Ibid.* à la p. 2121.
74. *Ibid.* à la page 2122.
75. *Ibid.*
76. *Lamy c. Kraft Ltée* (12 décembre 1990), Montréal 500-09-001227-875, D.T.E. 91T-49 (C.A.) [ci-après *Lamy*].
77. La décision de première instance est rapportée à [1987] R.J.Q. 2636.
78. Gagnon, LeBel et Verge, *supra* note 64. La cour référait à la première édition de l'ouvrage publié en 1987.
79. *Supra* note 76 aux pp. 16 et 17.
80. *Ibid.* aux pages 11 et 12 du texte intégral du jugement.
81. La Cour d'appel aura peut-être à le faire sous peu dans l'affaire *Canstar Sports Group Inc. c. Laporte* (26 novembre 1990), Montréal 500-05-012392-906, D.T.E. 90T-1393 (C.S.). Dans cette cause, présentement en appel, l'arbitre avait conclu que le renvoi du plaignant à la suite d'une réorganisation administrative constituait un congédiement plutôt qu'un licenciement parce que l'employeur n'avait pas prouvé qu'il avait utilisé des critères objectifs, impartiaux et appliqués de façon uniforme pour déterminer les personnes affectées et qu'il avait tenté de réaffecter ces personnes. Le juge de première instance a cassé cette décision parce que l'arbitre n'avait compétence qu'en matière de congédiement. Après avoir retenu la distinction entre les deux formes de renvoi, le juge écrit à la p. 14:

L'arbitre a erré en droit imposant à l'employeur des obligations qui ne sont pas prévues dans la Loi sur les normes du travail et il a interprété erronément cette loi.

L'obligation de relocaliser l'employé et l'examen des critères relatifs au choix du salarié licencié n'entre pas dans le cadre de la juridiction de l'arbitre agissant en vertu de l'article 124, vu que la réorganisation administrative de l'entreprise a été prouvée de façon prépondérante. Il aurait dû conclure à un licenciement et par voie de conséquence, à absence de juridiction.

On voit que cette affaire fournit les éléments qui permettraient à la Cour d'appel de reprendre la question et de trancher en faveur de l'un ou l'autre des courants formant actuellement la jurisprudence.

82. Notre conclusion doit cependant comporter une réserve. Nous n'avons procédé à aucune analyse quantitative de l'évolution de la durée du préavis raisonnable à travers le temps. Une telle étude révélerait peut-être une évolution marquée, à la hausse ou à la baisse, de cette durée en dépit de la façon modérée dont les règles jurisprudentielles tiennent compte de la conjoncture économique difficile.
83. Voir sur la raison d'être et le rôle de la *Loi sur les normes du travail*, G. Trudeau, «Les normes minimales du travail: bilan et éléments de prospective» dans R. Blouin, dir., *Vingt-cinq ans de pratique en relations industrielles au Québec*, Cowansville, Yvon Blais, 1990 aux pp. 1085 à 1116.