

LES RAPPORTS ENTRE LA PROTECTION DES TRAVAILLEURS ET LA LIBERTÉ D'ENTREPRENDRE : DES PRINCIPES AUX MANIFESTATIONS ACTUELLES

Guylaine Vallée*

La quête incessante de flexibilité des entreprises, accentuée par la mondialisation, se traduit par des changements importants dans leurs modes d'exploitation, notamment par des réorganisations pouvant impliquer des fermetures d'établissements ou un recours accru à la sous-traitance. Dans ce contexte, le droit du travail atteint-il toujours son objectif de protection des travailleurs? Plutôt que de traiter de cette question de manière générale, le présent article examine la protection des salariés dans trois situations différentes : lors de la cessation totale ou partielle des activités d'une entreprise, lors de la réorganisation de sa production autour de réseaux contractuels et lors de sa restructuration engendrée par une situation d'insolvabilité. Des constats de portée générale traitent, en conclusion, de la capacité du droit du travail de saisir ce qu'est devenue l'entreprise, condition essentielle à la réalisation de sa finalité de protection. Des parallèles sont esquissés avec d'autres domaines du droit où cette réalité de l'entreprise semble mieux prise en compte.

Heighten by globalization, the endless search for flexibility translates into major changes in terms of how firms operate, notably through restructuring which can entail plant closures or further resort to subcontracting. In these conditions, is Labour and Employment Law still achieving its goal of protecting the workers? Rather than treating this question in general terms, this paper looks at workers' protection in three

* Professeure de droit du travail, École de relations industrielles, Université de Montréal, Membre du Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT). Cet article reprend, en le mettant à jour, l'essentiel d'un texte intitulé *Les rapports entre la protection des travailleurs et la liberté d'entreprendre: des principes aux manifestations actuelles*, préparé pour la Conférence de FJP nationale en droit du travail/droit de l'emploi et en droit administratif de l'Association du Barreau canadien (ABC) le 18 novembre 2005. L'auteure remercie Pierre Moreau, avocat du bureau Rivest Schmidt, pour ses commentaires sur la version initiale du texte ainsi que Gilles Trudeau, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, pour ses commentaires sur sa version mise à jour. Le contenu du texte n'engage cependant que l'auteure. Il s'inscrit dans un projet de recherche intitulé *Travail vulnérable et nouveaux modes d'organisation des entreprises et de l'État : enjeux pour le droit du travail et de la sécurité sociale*, subventionné par le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada (CRSH).

different contexts: In case of the termination of a firm's operations, either in whole or in part; in case of the reorganization of its production around contractual networks; and in case of its restructuring resulting from a situation of insolvency. Overall conclusions will look at the capacity of Labour and Employment Law to grasp what has become of the firm, as a precondition to achieving its goal of protection. Parallels are then drawn with other fields of Law in which this reality of the firm seems to be better taken into account.

Introduction

Les postulats classiques qui fondent la légitimité du droit du travail, tant au Canada que dans les instruments internationaux, mettent en évidence sa finalité de protection des travailleurs. Le rôle du droit du travail serait de « civiliser » le fonctionnement du marché du travail, soit en favorisant l'organisation collective des travailleurs, soit en comprenant des normes minimales de travail protégeant tous les salariés, qu'ils soient ou non syndiqués. Rappelons que le principe voulant que « le travail ne doit pas être considéré comme une marchandise ou un article de commerce » a été affirmé dès 1919 dans le *Traité de Versailles* qui constitue l'un des textes fondateurs de l'*Organisation internationale du travail*¹. Ce principe s'oppose à une analyse économique qui ne concevrait le travail que comme une ressource, un facteur de production :

What does this slogan mean? It suggests that although the market economy drives employers to purchase labour like any other commodity used in production, the human beings who provide labour should not be treated as commodities to be bought and sold by the employer at the most favourable price. Workers should be able to choose for whom they work, and the labour market should be controlled to ensure that it produces a reasonable standard of living for a worker and dependants. More fundamentally, employers should treat workers with dignity and respect².

Il en est ainsi parce qu'il est impossible de séparer la force de travail de la personne qui l'accomplit³. C'est pourquoi il revient au droit du travail non seulement de garantir l'équité de l'échange salarial, mais aussi la

¹ Voir le *Traité de Versailles de 1919*, art. 427; Jean-Michel Servais, *Normes internationales du travail*, Paris, L.G.D.J., 2004 à la p. 7.

² Hugh Collins, K.D. Ewing et Aileen McColgan, *Labour Law : Texts and Materials*, 2^e éd., Oxford, Hart Publishing, 2005 à la p. 5. Voir aussi : David Beatty, « Labour is not a Commodity » dans Barry J. Reiter et John Swan, dir., *Studies in Contract Law*, Toronto, Butterworths, 1980, 313.

³ Pierre Verge et Guylaine Vallée, *Un droit du travail? Essai sur la spécificité du droit du travail*, coll. « Le droit aussi », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997 aux pp. 15-16; Thierry Revet, *La force de travail (étude juridique)*, Paris, Litec, 1992.

protection de la *personne* du travailleur en assurant sa dignité, sa sécurité physique ainsi que sa sécurité économique⁴.

Mais s'il est clair que la protection des travailleurs est l'une des finalités affichées du droit du travail⁵, est-ce bien toujours son effet réel⁶ compte tenu des transformations du travail et des entreprises? La quête incessante de flexibilité de la part des entreprises, accentuée par la mondialisation des marchés, de la production et de la finance, se traduit par des changements importants dans leurs modes d'exploitation: recours à de nouvelles formes d'emploi, changements dans leurs structures juridiques par fusion, division ou acquisition, réorganisations de la production pouvant impliquer des fermetures d'établissements, des délocalisations ou un recours accru à la sous-traitance, etc... Dans ce contexte, le droit du travail atteint-il toujours son objectif de protection des travailleurs? Parvient-il à imposer la prise en compte du principe voulant que le travail ne doit pas être considéré comme une marchandise ou un objet de commerce dans ces décisions? Vaste sujet que celui-là, mais que l'actualité récente du droit du travail impose de considérer de nouveau.

La décision de réorganiser, de restructurer ou de fermer une entreprise est une manifestation de la liberté d'entreprendre que reconnaît le droit civil au Québec, la *common law* pour ce qui est des autres provinces canadiennes ainsi que les nombreuses lois provinciales et fédérales qui composent le droit des affaires. Contrairement au droit européen où la liberté d'entreprendre a une portée communautaire⁷ et au droit français où elle a un statut constitutionnel⁸, elle n'a pas, au Canada, de statut fondamental⁹. Cette liberté d'entreprendre n'est pas absolue : elle ne peut

⁴ Alain Supiot, *Le droit du travail*, Paris, PUF, 2004 aux pp. 116-24.

⁵ Plusieurs travaux précisent que le droit du travail n'a pas uniquement une fonction de protection : Jean Pélissier, Alain Supiot et Antoine Jeammaud, *Droit du travail*, 23^e éd., Paris, Dalloz, 2006 aux para. 31-33; Verge et Vallée, *supra* note 3 aux pp. 31-68.

⁶ Alain Supiot, « Pourquoi un droit du travail? » (1990) *Dr. soc.* 485.

⁷ Pélissier, Supiot et Jeammaud, *supra* note 5 aux para. 91-92.

⁸ Antoine Lyon-Caen, « Le droit du travail et la liberté d'entreprendre » (2002) 3 *Dr. soc.* 258. Cet auteur souligne le danger de mise en cause des droits consacrés par l'État social (réglementation des contrats, normes établissant des garanties minimales, protection de la santé des travailleurs) dans la mesure où ils porteraient une atteinte disproportionnée ou manifestation excessive à liberté d'entreprise constitutionnellement garantie.

⁹ Les « droits économiques, généralement englobés par le terme « biens » et le droit économique d'exploiter une entreprise, de gagner sa vie d'une manière particulière ou de se livrer à une activité professionnelle particulière, ne sont pas dans le champ d'application du droit garanti par l'article 7 » de la *Charte canadienne des droits et libertés* [partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11] portant sur les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité : *Recueil de décisions relatives à la Charte canadienne des droits et libertés*, Commentaires de Graham

contrevenir à l'ordre public, notamment aux dispositions d'ordre public du droit du travail, ni être exercée abusivement¹⁰. Reste à voir dans quelle mesure les dispositifs du droit du travail parviennent effectivement à imposer la prise en compte des intérêts des salariés dans ces décisions.

Plutôt que de traiter de cette question de manière générale, nous examinerons trois manifestations précises de la liberté d'entreprendre en recherchant, pour chacune d'elles, la place qui est laissée à la protection des travailleurs. Nous traiterons successivement de la cessation, totale ou partielle, des activités d'une entreprise (I), de la réorganisation de ses activités de production d'un bien ou d'un service (II) ou de sa restructuration engendrée par une situation d'insolvabilité (III), avant de formuler, en conclusion, des constats de portée plus générale découlant de ces trois cas de figure.

I. La cessation des activités d'une entreprise

La décision de cesser les activités d'une entreprise représente peut-être l'ultime illustration de la liberté d'entreprendre. Une entrepreneur peut-il être sanctionné parce qu'il décide de cesser ses activités, même pour des motifs contraires à l'ordre public, par exemple des motifs anti-syndicaux? Bien sûr, la saga judiciaire ayant fait suite à la fermeture du magasin Wal-Mart de Jonquière invite à se poser la question. Celle-ci est aussi suggérée par une décision unanime de la Cour suprême du Canada dans une autre affaire¹¹, décision qui a eu une influence sur celles qui ont été rendues dans le dossier *Wal-Mart* en dépit du fait que ces affaires ne présentaient pas une grande « proximité factuelle »¹². Ces deux affaires seront présentées succinctement (A), avant d'aborder de manière critique certaines questions qu'elles soulèvent du point de vue de la protection des travailleurs dans le contexte de la cessation des activités d'une entreprise (B).

A. Des décisions controversées

Dans l'affaire *A.I.E.S.T. local de scène n° 56 c. Société de la Place des Arts de Montréal*¹³, il s'agissait pour la Cour d'examiner la légalité d'une cessation partielle d'activités dans le contexte très spécifique des dispositions québécoises « anti-briseurs de grève ». L'employeur, la

Garton, Q.C., Ministère de la Justice, Ottawa, 2004 à la p. 68.

¹⁰ Voir pour le Québec : *Code civil du Québec*, art. 7 [C.c.Q.].

¹¹ *A.I.E.S.T. local de scène n° 56 c. Société de la Place des Arts de Montréal*, 2004 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 43, 235 D.L.R. (4^e) 202.

¹² Pierre Verge, « Un employeur a-t-il le droit de fermer son entreprise pour un motif anti-syndical? » (2005) 37:5 J. Barreau 1.

¹³ *Supra* note 11.

Société de la Place des Arts de Montréal (SPA) avait pour objet, en vertu de sa loi constitutive, « d'exploiter une entreprise de diffusion des arts de la scène et d'administrer la Place des Arts de Montréal [des salles de spectacle] ou tout autre établissement dont le gouvernement lui confie la gestion »¹⁴. Les baux qui liaient la SPA à cinq sociétés (théâtre, orchestre symphonique, danse, opéra) logeant en permanence à la Place des Arts prévoyaient que la SPA fournissait aux locataires les services des techniciens de scène syndiqués dont ils avaient besoin dans leurs productions. Suivant la convention collective conclue entre la SPA et le syndicat représentant ces techniciens de scène, la SPA ne devait embaucher que des techniciens de scène fournis par le syndicat et tout travail de scène dans la salle de spectacle devait être accompli par des techniciens membres du syndicat. Les baux entre la SPA et les cinq locataires prévoyaient que ceux-ci devaient rembourser à la SPA les salaires versés aux techniciens.

Près de quatre mois après l'expiration de la convention collective entre la SPA et le syndicat des techniciens, celui-ci déclenchait une grève qui a eu pour effet de ralentir considérablement les activités de la Place des Arts, puisque le *Code du travail*¹⁵ prohibe le recours à des salariés de remplacement (*briseurs de grève*) et n'autorise que le travail de remplacement effectué par les cadres de l'employeur. Quatre mois après le déclenchement de la grève, la SPA décidait de cesser de fournir les services techniques à ses locataires : les baux étaient modifiés en conséquence et il revenait désormais aux locataires d'embaucher leurs propres techniciens de scène. Le syndicat soutenait que cette décision violait l'article 109.1 par. b) du *Code du travail*, d'ordre public, qui interdit à un employeur dont les salariés sont en grève d'utiliser les services d'une personne à l'emploi d'un autre employeur pour remplir les fonctions d'un salarié faisant partie de l'unité de négociation en grève. Il a déposé une demande d'injonction permanente afin de faire cesser cette violation.

La Cour Suprême du Canada ne retient pas le point de vue du syndicat. Elle considère que la Place des Arts n'a fait qu'user du droit que lui reconnaît le droit québécois de cesser ses activités en tout ou en partie : « on doit avoir à l'esprit le droit des entreprises régies par le Code de cesser leurs activités en tout ou en partie. Ce droit leur est clairement conféré en droit québécois »¹⁶. La Cour cite ensuite, avec approbation, un jugement du Tribunal du travail rendu en 1981 dans le contexte d'une fermeture d'entreprise reposant sur des motifs antisyndicaux :

¹⁴ *Loi sur la Société de la Place des Arts de Montréal*, L.R.Q. c. S-11.03, art. 20.

¹⁵ *Code du travail*, L.R.Q. c. C-27, art. 109.1 [C.t.].

¹⁶ *A.I.E.S.T. local de scène n° 56 c. Société de la Place des Arts de Montréal*, *supra* note 11 au para. 28.

Dans notre système d'économie libérale, il n'existe aucune législation obligeant un employeur à demeurer en affaire [...] Si un employeur, pour quelque raison que ce soit, décide par conséquent de véritablement fermer boutique, les congédiements auxquels il procède sont causés par la cessation des activités, ce qui est une raison économique valable de ne pas engager de personnel, même si cette cessation est mue par des motifs condamnables socialement. Ce qui est interdit, c'est de congédier des salariés qui font des activités syndicales, ce n'est pas de fermer définitivement une entreprise parce qu'on ne veut pas transiger avec un syndicat ou qu'on ne peut lui briser les reins, même si cela a pour effet secondaire de congédier les salariés.»¹⁷

Cette décision de la Cour suprême du Canada allait avoir une influence certaine sur le traitement judiciaire de la fermeture du magasin Wal-Mart de Jonquière en avril 2005, à la suite de l'accréditation d'un syndicat regroupant les salariés de cet établissement en août 2004. Invoquant la situation financière difficile de ce magasin, Wal-Mart en annonçait la fermeture en février 2005, au moment où le ministre du Travail acceptait de nommer un arbitre de différends pour déterminer les termes de la première convention collective. Cette annonce a eu lieu dans un contexte où d'autres campagnes d'organisation syndicale très contestées — comme l'illustrent les multiples recours concernant notamment les établissements de Gatineau¹⁸, de Saint-Hyacinthe¹⁹ et de

¹⁷ *City Buick Pontiac (Montréal) Inc. c. Roy*, [1981] T.T. 22 à la p. 26.

¹⁸ Sans même prétendre à l'exhaustivité, les références qui suivent montrent que les requêtes en accréditation ont donné lieu à des contestations multiples, tant sur la compétence de la C.R.T. que sur différents éléments de procédure, qui ont considérablement ralenti le cheminement des dossiers. Ainsi, en est-il de l'établissement de Gatineau où ont eu lieu des campagnes visant l'accréditation des employés de garage et des employés de magasin. L'unité d'accréditation accordée par la C.R.T. aux employés de garage a été contestée par Wal-Mart qui reprochait à la C.R.T. de ne pas avoir considéré le critère de la communauté d'intérêt. La requête en révision judiciaire a été rejetée : *Compagnie Wal-Mart du Canada c. Commission des relations du travail*, 2006 QCCS 930, J.E. 2006-2276, D.T.E. 2006T-1045 (C.S.). Voir l'instance antérieure : *Travailleuses et travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 486 et Wal-Mart Canada Corp.*, 2005 QCCRT 371 (C.R.T.). Concernant la requête visant les employés de magasin, la Cour d'appel, statuant sur une requête pour permission d'appel, a considéré que la C.R.T. n'avait pas commis d'erreur en annulant une ordonnance de vote au scrutin secret faisant suite au désistement du syndicat requérant puisque l'employeur n'est pas partie intéressée en ce qui a trait à la détermination du caractère représentatif du syndicat en vertu de l'article 32 C.t. : *Compagnie Wal-Mart du Canada c. Travailleuses et travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 486*, 2006 QCCA 1578, J.E. 2007-90, D.T.E. 2007T-1 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 31840 (3 mai 2007). Voir les instances antérieures : *Wal-Mart Canada Corp. et Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, local 486*, 2005 QCCRT 383 conf. par *Compagnie Wal-Mart du Canada c. Commission des relations du travail*, 2006 QCCS 5437, D.T.E. 2007T-60 (C.S.).

¹⁹ Dans le cadre de la campagne du magasin de St-Hyacinthe, la décision de la

Brossard²⁰ — étaient menées par différentes sections locales des Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce (TUAC). Prévues le 6 mai 2005, la fermeture du magasin de Jonquière a finalement eu lieu le 29 avril 2005. Cent quatre-vingt-dix (190) salariés perdaient ainsi leurs emplois. Cette fermeture de l'établissement de Jonquière a donné lieu à plusieurs recours différents²¹.

C.R.T. relative à l'inclusion de certains salariés dans l'unité de négociation a été contestée par Wal-Mart en Cour supérieure mais la requête en révision judiciaire a été rejetée : *Travailleuses et travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501 et Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2005 QCCRT 17, D.T.E. 2005T-260, conf. par *Compagnie Wal-Mart du Canada c. Commission des relations du travail*, 2006 QCCS 1886 (C.S.). Au cours de la procédure, la Cour supérieure et la Cour d'appel ont déterminé qu'une partie n'a pas à se prévaloir du recours en révision devant la C.R.T. avant de pouvoir présenter une requête en révision judiciaire en Cour supérieure : *Compagnie Wal-Mart du Canada c. Commission des relations du travail*, J.E. 2005-1545, D.T.E. 2005T-758 (C.S.) conf. par 2006 QCCA 422, [2006] R.J.Q. 950, [2006] R.J.D.T. 521, J.E. 2006-697, D.T.E. 2006T-367 (C.A.). Dans le même sens : *Compagnie Wal-Mart du Canada c. Commission des relations du travail*, 2006 QCCS 930, *supra* note 18.

²⁰ S'agissant de l'établissement de Brossard, la C.R.T. a d'abord accueilli une requête d'ordonnance provisoire de sauvegarde enjoignant l'employeur de cesser d'appliquer sa directive qui interdisait toute sollicitation auprès des employés sur les lieux de travail ou à domicile : *Travailleuses et travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501 et Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2004 QCCRT 493, [2004] R.J.D.T. 1573, D.T.E. 2004T-1128 (C.R.T.). Toutefois, la décision du commissaire du travail de réunir les deux dossiers pendants entre les parties, soit celui relatif à la requête en accréditation et celui relatif à la requête afin d'obtenir une ordonnance provisoire et une ordonnance permanente alléguant entrave à la campagne d'accréditation de la part de l'employeur, a été contestée par Wal-Mart devant la Cour supérieure : *Compagnie Wal-Mart du Canada c. Commission des relations du travail*, 2005 CanLII 2178 (C.S.).

²¹ Outre les ordonnances provisoires, interlocutoires et permanentes de sauvegarde, la requête pour autorisation de recours collectif et les plaintes fondées sur l'article 15 et s. du *Code du travail* que nous verrons ci-après, des plaintes ont aussi été déposées par trois salariés de Jonquière pour harcèlement psychologique à la suite de la fermeture. La C.R.T. a rejeté l'objection de l'employeur à vouloir qu'il y avait litispendance entre ces plaintes et les recours fondés sur les articles 15 et 59 *C.t.* faisant suite à la fermeture et a reporté l'audience sur le fond : *Plourde et Compagnie Wal-Mart du Canada (établissement de Jonquière)*, 2006 QCCRT 159, D.T.E. 2006T-358 (C.R.T.). Par ailleurs, la plainte du syndicat fondée sur l'article 59 *C.t.* alléguant que la fermeture de l'entreprise constitue une modification illégale aux conditions de travail est rejetée, l'arbitre accueillant l'objection soulevée par l'employeur à l'effet que le litige relevait de la compétence exclusive de la C.R.T. puisqu'il portait sur des contraventions au *Code du travail* pour entrave à la syndicalisation : *Travailleuses et travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 et Compagnie Wal-Mart du Canada – Établissement de Jonquière (grief syndical)*, [2006] R.J.D.T. 1665, D.T.E. 2006T-891 (T.A.). La Cour supérieure a toutefois accueilli la requête en révision judiciaire : *Travailleuses et travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 c. Ménard*, 2007 QCCS 5704.

D'une part, dès l'annonce la fermeture, les différentes sections locales impliquées dans les campagnes d'organisation syndicale d'établissements de Wal-Mart au Québec demandaient à la Commission des relations du travail l'émission d'une ordonnance interlocutoire et permanente visant notamment à empêcher d'éventuelles fermetures ou annonces de fermeture de l'un ou l'autre des établissements de Wal-Mart au Québec²² ; à cette requête principale s'est ensuite ajoutée une requête pour ordonnance provisoire faisant suite à la fermeture du magasin de Jonquière. Dans une décision interlocutoire rendue le 11 mai 2005, la Commission des relations du travail rejetait cette demande d'ordonnance provisoire de sauvegarde en vue de la réouverture du magasin de Jonquière le temps qu'une décision de fond sur la requête interlocutoire et permanente soit rendue²³. Les arguments des requérants, tels que rapportés par la C.R.T.²⁴, étaient de deux ordres : la fermeture était fondée sur des motifs anti-syndicaux et elle avait des effets négatifs sur les autres campagnes d'accréditation en cours. S'agissant d'une demande d'ordonnance provisoire, la C.R.T. a jugé que les requérants n'avaient pas établi qu'il y avait apparence de droit suffisante pour obtenir la conclusion qu'ils recherchaient : au contraire, s'appuyant sur la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Société de la Place des Arts de Montréal (SPA)*, la C.R.T. rappelle le droit non équivoque d'un employeur de fermer son entreprise, quels qu'en soient les motifs²⁵ et quels qu'en soient les effets sur les campagnes d'organisation en cours dans d'autres établissements de l'entreprise. La demande de révision de cette décision était rejetée par la C.R.T. le 7 juillet suivant²⁶, tout comme la requête en révision judiciaire de ces deux décisions par la Cour supérieure le 2 août 2007²⁷. De l'avis de plusieurs, c'est sous l'angle

²² Les conclusions recherchées par les requérants (les sections locales 501, 503 et 486 des Travailleuses et travailleurs unis de l'alimentation et du commerce ainsi que des salariés de plusieurs magasins de Wal-Mart) contre les intimés (Wal-Mart Canada ainsi que les magasins de Saint-Hyacinthe, Brossard, Saint-Bruno, Rouyn, Val-d'Or, Jonquière, Sainte-Foy, Gatineau et Hull) sont reproduites dans la décision suivante : *Boutin et Wal-Mart Canada Inc.*, 2005 QCCRT 225 (C.R.T.). Cette décision portait sur les moyens préliminaires présentés par Wal-Mart pour s'opposer à la requête. La demande de radiation d'un allégué de la requête a été accueillie (aux para. 5-14). La demande de rejet sommaire de la demande a été accueillie en partie seulement, la C.R.T. estimant qu'elle n'a pas compétence pour faire une recommandation d'accréditation « remédiate » qui était l'un des réparations demandées par les requérants (aux para. 29-35).

²³ *Boutin c. Wal-Mart Canada Inc.*, 2005 QCCRT 269, [2005] R.J.D.T. 886, D.T.E. 2005T-495 (C.R.T.).

²⁴ *Ibid.* au para. 33.

²⁵ *Ibid.* au para. 39.

²⁶ *Boutin c. Wal-Mart Canada Inc.*, 2005 QCCRT 385, D.T.E. 2005T-702.

²⁷ *Travailleuses et travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501 c. Commission des relations du travail*, 2007 QCCS 3797, J.E. 2007-1702, D.T.E. 2007T-748 (C.S.).

de l'atteinte à la liberté d'association protégée par la *Charte des droits et libertés de la personne*²⁸ que la légalité (ou l'apparence d'illégalité, s'agissant d'une ordonnance provisoire...) de la fermeture du magasin Wal-Mart de Jonquière aurait aussi dû être examinée²⁹. Mentionnons toutefois, à la décharge de la C.R.T., que rien dans ces décisions n'indiquait que l'atteinte à la liberté d'association des salariés au sens de la *Charte québécoise* avait été plaidée à ce stade : à tout le moins, elle n'est pas discutée par la C.R.T.³⁰

Cet argument sera cependant au cœur de la requête en autorisation d'exercer un recours collectif déposée en Cour supérieure par un salarié ayant perdu son emploi à la suite de la fermeture de l'établissement de Jonquière. Invoquant notamment que la fermeture de l'établissement constituait une atteinte illicite et intentionnelle aux droits fondamentaux et à la liberté d'association protégés par la *Charte québécoise*, ce salarié demandait l'autorisation d'exercer un recours collectif au nom des 190 salariés touchés par la fermeture afin d'obtenir réparation pour cette atteinte. Wal-Mart s'opposait à cette requête, arguant que la Cour supérieure ne peut entendre un litige qui relève de la compétence exclusive de la Commission des relations du travail. La Cour supérieure³¹ ainsi que la Cour d'appel³² ont toutes deux retenu l'argumentation de Wal-Mart et rejeté la requête en autorisation de recours collectif. La compétence exclusive de la Cour supérieure en matière de recours collectifs³³ ne lui permet pas d'entendre un litige qui relève de la compétence exclusive d'un

²⁸ L.R.Q. c. C-12, art. 3 [*Charte québécoise*].

²⁹ Guylaine Vallée, Gilles Trudeau et Gregor Murray, « Relations du travail : le cas Wal-Mart. Quelle responsabilité sociale? » *Le Devoir* (15 février 2005) 7; Verge, *supra* note 12; Michel Coutu, « Décision de la Commission des relations du travail sur Wal-Mart – Le droit de propriété, seul droit fondamental ? » *Le Devoir* (1^{er} juin 2005) 7.

³⁰ L'audition de la demande d'ordonnance interlocutoire et permanente a depuis été maintes fois interrompue, la C.R.T. ayant dû se prononcer sur la recevabilité d'une preuve de Wal-Mart qui aurait conduit à dévoiler l'identité des salariés appartenant au syndicat. Wal-Mart demandait que l'article 36 *C.t.*, qui protège la confidentialité des adhésions syndicales, soit déclaré inopérant parce que contrevenant au droit que lui reconnaît l'article 23 de la *Charte québécoise* à une défense pleine et entière. Cet argument n'a été retenu ni par la C.R.T., ni par la Cour supérieure ou la Cour d'appel : *Boutin et Wal-Mart Canada Inc.*, 2006 QCCRT 208, D.T.E. 2006T-465 (C.R.T.). Voir aussi : *Boutin et Wal-Mart Canada Inc.*, 2005 QCCRT 503, [2005] R.J.D.T. 1636, D.T.E. 2005T-837 (C.R.T.), conf. par *Wal-Mart Canada Inc. et Boutin*, 2005 QCCRT 699 et *Compagnie Wal-Mart du Canada c. Commission des relations du travail*, 2006 QCCS 5272, D.T.E. 2006T-1066 (C.S.), permission d'appeler refusée par la C.A., AZ-50404017 (17 novembre 2006).

³¹ *Pednault c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, J.E. 2005-2086, D.T.E. 2005T-1055 (C.S.).

³² *Pednault c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2006 QCCA 666, [2006] R.J.Q. 1266, D.T.E. 2006T-511 (C.A.).

³³ *Code de procédure civile*, L.R.Q. c. C-25, art. 1000 [*C.p.c.*].

autre tribunal. C'est le cas en l'espèce, la C.R.T. ayant compétence exclusive en ce qui a trait à l'exercice des droits des salariés prévus au *Code du travail*, notamment le droit d'association. La Cour d'appel estime que « [l]e fait d'invoquer une atteinte à un droit protégé par la Charte n'a pas pour effet d'altérer la compétence exclusive de la C.R.T. »³⁴ et que celle-ci, tout comme l'arbitre de griefs, peut appliquer ou interpréter la Charte et « accorder les réparations utiles pour atteinte aux droits fondamentaux »³⁵. La Cour d'appel souligne aussi la filiation entre les deux textes : le *Code du travail* est « l'une des manifestations »³⁶ de la liberté d'association protégée par la Charte : une mesure patronale ne pourrait porter atteinte à la liberté d'association affirmée par la Charte sans contrevenir du même souffle aux mesures prévues par le *Code du travail* qui ont pour effet, suggère-t-elle, de protéger positivement ce droit.

Il revient donc à la C.R.T. d'examiner si la fermeture de l'établissement de Wal-Mart porte atteinte à la liberté d'association des salariés en cause. Cette question a été abordée dans deux décisions de la C.R.T. rendues le 15 septembre 2005³⁷ et le 25 avril 2006³⁸, dans le cadre de plaintes fondées sur les articles 15 et suivants du *Code du travail*. Les salariés plaignants estimaient avoir perdu leur emploi en raison de l'exercice par eux d'un droit protégé par le *Code du travail*, en l'occurrence des activités syndicales. Puisque dans les deux décisions, certains plaignants avaient réussi à satisfaire à la preuve requise pour

³⁴ *Pednault c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, supra note 32 au para. 33. Cet arrêt est aussi invoqué par l'arbitre dans le dossier relatif à la plainte fondée sur l'article 59 C.t.: *Travailleuses et travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 et Compagnie Wal-Mart du Canada – Établissement de Jonquière (grief syndical)*, supra note 21.

³⁵ *Pednault c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, supra note 32 au para. 34.

³⁶ *Ibid.* au para. 35.

³⁷ *Bourgeois et Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2005 QCCRT 502, [2005] R.J.D.T. 1629, D.T.E. 2005T-840 (C.R.T.). Cette décision a fait l'objet d'une requête en révision devant la C.R.T. qui a été rejetée : *Compagnie Wal-Mart du Canada et Ratté*, 2006 QCCRT 209, D.T.E. 2006T-443 (C.R.T.). Elle a aussi fait l'objet d'une requête en révision judiciaire devant la Cour supérieure, qui a été rejetée : *Compagnie Wal-Mart du Canada c. Commission des relations du travail*, 2006 QCCS 3784, D.T.E. 2006T-711 (C.S.). La Cour d'appel a accueilli la requête pour permission d'appel de cette décision de la Cour supérieure le 17 octobre 2006.

³⁸ *Plourde et Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2006 QCCRT 207, [2006] R.J.D.T. 803, D.T.E. 2006T-466 (C.R.T.). Cette décision a fait l'objet d'une requête en révision judiciaire devant la Cour supérieure, qui a été rejetée : *Plourde c. Commission des relations du travail*, 2007 QCCS 3165, J.E. 2007-1438, D.T.E. 2007T-614 (C.S.). La Cour d'appel a rejeté la requête pour permission d'appeler de cette décision le 14 septembre 2007 : *Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada Inc.*, 2007 QCCA 1210, J.E. 2007-1856, D.T.E. 2007T-838 (C.A.). Une requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême a été déposée le 13 novembre 2007, (32342).

bénéficier de la présomption établie par le *Code*³⁹, il revenait à Wal-Mart de démontrer que la perte de leurs emplois reposait sur une autre cause juste et suffisante, en l'occurrence la fermeture réelle, véritable et définitive de l'établissement. Dans la première décision, la C.R.T. donne raison aux salariés tout en réservant sa décision quant aux remèdes appropriés, alors que dans la deuxième, elle rejette la plainte du salarié. Deux motifs distincts sont examinés par la C.R.T. dans ces décisions pour déterminer si Wal-Mart a fait la preuve d'une autre cause juste et suffisante : le caractère réel, sérieux et définitif de la fermeture du magasin, et l'atteinte à la liberté fondamentale d'association des salariés en cause.

En vertu du premier motif, il s'agissait pour Wal-Mart de démontrer que la fermeture de l'établissement de Jonquière avait le « caractère réel véritable ou définitif exigé par la jurisprudence pertinente » pour constituer une cause juste et suffisante susceptible de renverser la présomption établie en faveur des salariés⁴⁰. Dans sa décision de septembre 2005, la C.R.T. estime qu'aucune preuve n'indiquait qu'à la suite de la fermeture du magasin de Jonquière, Wal-Mart avait cherché à résilier le bail de location de l'immeuble où le commerce était exploité (bail d'une durée de 20 ans) ou à le sous-louer⁴¹ : « il s'agit là d'une indication que l'exploitant se garde une porte ouverte pour reprendre la même entreprise, surtout si, comme en l'espèce, il n'offre aucune explication »⁴². Dans sa décision d'avril 2006, Wal-Mart apporte toutefois des éclaircissements qui réussissent à convaincre la C.R.T. du caractère réel, véritable et définitif de la fermeture. L'entreprise démontre que le bail concernant l'immeuble a été résilié en décembre 2005, même si la C.R.T. précise que cette preuve n'aurait pas suffi à elle-seule à la convaincre du caractère réel et définitif de la fermeture du magasin compte tenu des liens pour le moins étroits entre le locataire et le locateur⁴³. La preuve de Wal-Mart fait de plus état des efforts du directeur des immeubles de Wal-Mart Canada, appelé à titre de témoin, pour sous-louer l'immeuble dès avril 2005, soit quelques jours avant la cessation des activités du magasin. Il semble bien que ce témoignage ait

³⁹ *C.t.*, art. 17.

⁴⁰ *Bourgeois et Compagnie Wal-Mart du Canada*, *supra* note 37 au para. 61.

⁴¹ *Ibid.* au para. 50.

⁴² *Ibid.* au para. 60. S'agissant d'un recours fondé sur l'article 15 *C.t.*, les plaignants bénéficiaient d'une présomption et le fardeau de la preuve d'une autre cause juste et suffisante appartenait à Wal-Mart. Dans la demande d'ordonnance provisoire de sauvegarde ayant donné lieu à la première décision, le fardeau de la preuve appartenait aux requérants. La C.R.T. souligne cette différence peut-être pour expliquer des décisions qui sont, en apparence, contradictoires (*ibid.* au para. 56).

⁴³ *Plourde et Compagnie Wal-Mart du Canada*, *supra* note 38 aux para. 28, 43-44. Voir aussi les commentaires de la C.R.T. sur l'insuffisance d'une preuve de résiliation de bail dans sa décision sur la demande de révision de la décision de septembre 2005 : *Compagnie Wal-Mart du Canada et Ratté*, *supra* note 37 aux para. 40-41.

fait la différence⁴⁴. Ce sont les efforts de sous-location entrepris par le locataire de l'immeuble, Wal-Mart Canada, qui ont convaincu la C.R.T. que la fermeture du magasin de Jonquière était réelle, définitive et véritable. Pourtant, soulignons que ces efforts ne changent rien au fait qu'objectivement, Wal-Mart Canada demeurerait l'actionnaire majoritaire de Développement Centre du Saguenay ltée, le locateur de l'immeuble. Le contrôle objectif de Wal-Mart Canada sur les destinées éventuelles de l'immeuble demeurerait inchangé.

L'atteinte à la liberté d'association des travailleurs est le deuxième motif de fond soulevé dans ces affaires, et examiné en particulier dans la décision rendue en avril 2006⁴⁵. L'enjeu est de déterminer si une fermeture d'entreprise motivée par une violation de la liberté fondamentale d'association peut constituer une « autre cause juste et suffisante » au sens de l'article 17 du *Code du travail*. La C.R.T., approuvée tant par la Cour supérieure que par la Cour d'appel, considère que « la liberté d'association, protégée par les Chartes, n'empêche pas un employeur de fermer son entreprise quels que soient ses motifs »⁴⁶. Elle ajoute que ce principe, établi par le Tribunal du travail en 1981⁴⁷ et réaffirmé par la Cour suprême dans l'arrêt *Société de la Place-des-Arts*⁴⁸, ne serait pas remis en cause par les arrêts de la Cour suprême relatifs à la liberté d'association⁴⁹ qui ne portaient pas sur des fermetures d'entreprise⁵⁰. Il en résulte qu'aucune de

⁴⁴ *Plourde et Compagnie Wal-Mart du Canada, ibid.* aux para. 42, 45.

⁴⁵ Cet argument n'est pas examiné en détail dans la décision de septembre 2005, la C.R.T. ne s'étant pas prononcée, vu ses autres conclusions, sur la légalité des motifs ayant entraîné la fermeture de l'établissement, notamment sur la violation du droit d'association protégé par l'article 3 de la *Charte québécoise : Bourgeois et Compagnie Wal-Mart du Canada, supra* note 37 aux para. 31, 62.

⁴⁶ *Plourde et Compagnie Wal-Mart du Canada, supra* note 38 au para. 66. Dans le même sens : *Plourde c. Commission des relations du travail, supra* note 38 aux para. 36-47; *Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada Inc., supra* note 38 aux para. 4-6.

⁴⁷ *City Buick Pontiac (Montréal) Inc. c. Roy, supra* note 17.

⁴⁸ *A.I.E.S.T. local de scène n° 56 c. Société de la Place des Arts de Montréal, supra* note 11.

⁴⁹ La C.R.T. renvoie aux décisions suivantes de la Cour suprême du Canada : *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, 38 D.L.R. (4^e) 161; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016 [*Dunmore*]. En révision judiciaire, la Cour supérieure, mentionnant aussi l'arrêt *Dunmore*, en arrive à la même conclusion : *Plourde c. Commission des relations du travail, supra* note 38 au para. 46. L'arrêt récent de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Ass. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27 ne remettrait pas en cause cette analyse suivant la Cour d'appel qui a rejeté la permission d'appel dans cette affaire : *Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada Inc., supra* note 38 au para. 6.

⁵⁰ *Plourde et Compagnie Wal-Mart du Canada, ibid.* au para. 55.

ces décisions ne permet « d'inférer, ni de près ni de loin, que le respect de la liberté d'association puisse obliger un employeur à rester en affaire contre son gré. Autrement, la liberté d'association dont jouissent les employés n'assure ni la survie ni la poursuite de l'entreprise pour laquelle ils travaillent »⁵¹. La fermeture étant réelle et définitive, il y a preuve d'une autre cause juste et suffisante renversant la présomption.

Qu'il nous soit permis de souligner qu'en décidant ainsi, la C.R.T. dispose d'un argument fondé sur la violation d'une liberté fondamentale sans répondre à la question de droit qu'il soulève, c'est-à-dire sans examiner si une *fermeture d'entreprise pour des motifs antisyndicaux porte atteinte à la liberté d'association* garantie par la Charte. Pour ce faire, elle aurait dû, comme le requiert le test usuel dès lors qu'une liberté fondamentale est en cause, déterminer s'il y a atteinte à une liberté fondamentale et, le cas échéant, si cette atteinte est justifiée au sens de l'article 9.1 de la Charte⁵². Au contraire, le raisonnement de la C.R.T. établit plutôt que *dès lors qu'une cessation d'activités est réelle, véritable et définitive, il n'y a pas lieu d'examiner les motifs de cette cessation, même si ceux-ci portent atteinte à des libertés fondamentales*. Bref, si on devait retenir cette méthode d'analyse, la décision de fermer une entreprise pourrait être prise, quel qu'en soit le motif, en toute impunité et en violation des libertés fondamentales des travailleurs en cause, dès lors qu'elle est véritable et définitive. Les libertés fondamentales s'effaceraient alors devant la liberté d'entreprendre, au mépris de la hiérarchie des sources du droit du travail.

B. La protection des salariés lors d'une fermeture d'entreprise

Ces décisions soulèvent deux questions relativement au droit régissant la fermeture d'entreprise, questions qui affectent directement la capacité du droit du travail de protéger les salariés touchés : elles tiennent à la nature du *droit fondamental* protégé dans ces affaires (1), ainsi qu'au cadre de référence permettant de conclure à une situation de fermeture (2).

1. Quel droit fondamental?

Les décisions de la C.R.T. dans l'affaire *Wal-Mart*, de même que la

⁵¹ *Ibid.* au para. 55.

⁵² L'article 9.1 de la *Charte québécoise* est interprété et appliqué de la même manière que l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* : *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, 152 D.L.R. (4^e) 577. Or la C.R.T. n'examine pas s'il y a atteinte en l'espèce, se contentant d'évoquer que s'il y avait eu matière à examiner la question sous cet angle, le juge Lesage du Tribunal du travail l'aurait fait dans la décision *City Buick Pontiac* en 1981 : *Plourde et Compagnie Wal-Mart du Canada, supra* note 38 au para. 61.

décision de la Cour suprême dans l'affaire *Société de la Place des Arts de Montréal*, ont un effet pour le moins curieux : elles semblent conférer à la liberté d'entreprendre un statut « fondamental » qu'elle n'a pourtant formellement ni au Canada, ni au Québec⁵³ et laissent du même souffle en suspens une question soulevant clairement le respect d'une liberté fondamentale ou d'une disposition d'ordre public : le fait de fermer une entreprise pour un motif anti-syndical, comme dans l'affaire *Wal-Mart*, ou pour contourner les effets de l'exercice légitime d'un droit syndical, comme dans l'affaire *Place-des-Arts*, constitue-t-il une atteinte à la liberté fondamentale d'association dont toute personne est titulaire en vertu de la *Charte québécoise*⁵⁴?

Les décisions rendues par la C.R.T. dans le cadre des plaintes fondées sur les articles 15 et suiv. du *Code du travail* dans l'affaire *Wal-Mart* étant actuellement examinées par les tribunaux supérieurs (requête pour autorisation d'appel à la Cour d'appel accueillie dans un cas et requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada dans l'autre⁵⁵), il est permis d'espérer que ces tribunaux affirmeront que la C.R.T., comme l'arbitre de griefs, a non seulement le pouvoir mais le devoir d'appliquer la *Charte*⁵⁶ et qu'il lui revient d'examiner si, en l'espèce, la fermeture porte atteinte à la liberté d'association des salariés garantie par la *Charte*. La liberté d'association protégée par la *Charte* recouvre notamment le droit des travailleurs de constituer un syndicat ou d'y appartenir et le droit d'être protégés contre les pratiques déloyales de travail (tentative de domination ou d'entrave quant à la formation, les activités ou le financement d'une association, intimidation, menaces ou représailles imposées à un travailleur exerçant des activités syndicales) qui auraient pour effet d'anéantir tout exercice réel de ce droit⁵⁷. Il nous semble que tel est l'effet de la fermeture, tant pour les travailleurs de Jonquière que pour les autres travailleurs de l'entreprise au Québec et ailleurs⁵⁸.

⁵³ Voir ci-dessus les notes 7-9 et texte correspondant; Guylaine Vallée, « Quelle responsabilité sociale pour l'entreprise? Le cas du Canada » dans P. Auvergnon, dir., *Quelle responsabilité sociale pour l'entreprise? Approches juridiques nationales et comparatives*, Actes du séminaire international de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale, Bordeaux, Comptrasec, 2005, 62; Pierre Verge et Dominic Roux, « Fermer l'entreprise : un « droit »... absolu? » dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit du travail (2006)*, vol. 245, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, 223.

⁵⁴ Art. 3.

⁵⁵ Voir ci-dessus les notes 37, 38.

⁵⁶ C'est d'ailleurs ce que suggère l'analogie que fait la Cour d'appel entre la C.R.T. et l'arbitre de griefs dans *Pednault c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, *supra* note 32 au para. 34. Dans le même sens : Coutu, *supra* note 29.

⁵⁷ *Dunmore*, *supra* note 49.

⁵⁸ Sur l'effet de la fermeture de l'établissement de Jonquière sur les travailleurs

Cette analyse doit être distinguée de celle relative aux remèdes qui pourraient être imposés dès lors qu'une telle violation serait constatée : la « difficulté, voire l'impossibilité, d'assurer la reprise de l'activité de l'entreprise ne devrait pas masquer l'illégalité du geste »⁵⁹. La C.R.T., en vertu des larges pouvoirs juridictionnels que lui reconnaît maintenant le *Code du travail*⁶⁰, pourrait user d'une « panoplie de moyens civils d'intervention et de réparation (...) de nature à conduire à des solutions appropriées »⁶¹. Considérant la configuration de l'entreprise en cause, ne serait-il pas approprié d'imposer le reclassement des salariés de l'établissement de Jonquière qui le désirent dans d'autres magasins de la région qui appartiennent à la même entité juridique et qui desservent un même marché régional⁶²? Et ne serait-il pas légitime que les salariés ayant perdu leur emploi puissent obtenir une indemnité compensatrice, indépendamment de leur réintégration, maintenant difficile? Des mesures de redressement par équivalent comparables ont déjà été imposées par des commissions de relations du travail en Amérique du Nord, comme le démontrait une étude de la *Commission de coopération dans le domaine du travail* réalisée en 1997⁶³. De telles mesures de réparation seraient

américains : « Discounting Rights. Wal-Mart's Violation of US Workers' Right to Freedom of Association » (Mai 2007) 19:2(G) Human Rights Watch 143 aux pp. 143-44.

⁵⁹ Pierre Verge, Gilles Trudeau et Guylaine Vallée, *Le droit du travail par ses sources*, Montréal, Éditions Thémis, 2006 à la p. 413.

⁶⁰ Art. 118-119.

⁶¹ Verge, *supra* note 12. Rappelons toutefois que la C.R.T. a estimé n'avoir pas compétence pour faire une recommandation d'accréditation « remédiate » qui porterait atteinte, a-t-elle décidé, à la liberté d'association des salariés : *Boutin et Wal-Mart Canada Inc.*, *supra* note 22 aux para. 29-35.

⁶² Les suites de la fermeture d'un restaurant McDonalds situé dans la ville de St-Hubert à la suite du dépôt d'une requête en accréditation syndicale visant les salariés du restaurant permettent d'en arriver à un semblable constat. Ce restaurant appartenait à un franchisé qui opérait six autres franchises au Québec. Alors que la séquence des événements pouvait permettre de penser que la fermeture du restaurant obéissait à des motifs anti-syndicaux, l'état du droit québécois alors applicable faisait en sorte qu'aucune mesure de redressement ne pouvait être imposée, par exemple le reclassement des salariés ayant perdu leur emploi dans les autres restaurants détenus par le franchisé. Non seulement le franchisé, mais aussi le franchiseur se dégageaient ainsi de toute responsabilité. La requête en accréditation a bel et bien été accordée au syndicat requérant mais le restaurant était fermé : *Communication du public sur des questions relatives à la législation du travail survenant au Canada (Québec)* au Bureau administratif national (BAN) des États-Unis en vertu de l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail (ANACT)*, *Violations des obligations et des principes prévus à l'ANACT dans l'affaire du restaurant McDonald's de Saint-Hubert*, soumise par l'International Brotherhood of Teamsters, Teamsters Canada, les Teamsters local 973, la Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec et l'International Labor Rights Fund au Bureau administratif national (BAN) des États-Unis, le 19 octobre 1998.

⁶³ Commission de coopération dans le domaine du travail, *Fermetures d'usines et*

adaptées à l'envergure de l'entreprise Wal-Mart comme *organisation économique*, comme le suggère la section suivante⁶⁴.

2. *Quelle fermeture? Quelle entreprise?*

Les décisions examinées ici mettent en effet directement en cause la notion d'entreprise qui est retenue à titre de référence pour apprécier la réalité d'une fermeture d'entreprise ou d'une cessation d'activités. En effet, ces deux cas concernaient des cessations d'activités de la part d'entités structurellement ou contractuellement liées à des entités plus vastes.

Commençons par l'affaire *Wal-Mart*. Simplement posée, la question est la suivante : peut-on considérer qu'il y a bel et bien eu *fermeture d'entreprise*? Les activités de l'entreprise Wal-Mart dans la région en cause n'ont pas cessé, puisque Wal-Mart y exploite deux autres magasins à quelques kilomètres de distance⁶⁵. Pour déterminer s'il y a fermeture d'entreprise ou cessation de ses activités dans ce cas, on raisonne comme si l'établissement de Jonquière était indépendant et sans considérer le fait qu'il s'insère dans une entreprise de vente au détail dont les activités n'ont pas cessé dans la région en cause⁶⁶. Or, traiter ceci comme une fermeture

droits des travailleurs, Rapport pour le Conseil Ministériel sur les répercussions des fermetures d'usines soudaines sur la liberté d'association et le droit d'organisation au Canada, au Mexique et aux États-Unis (1997), en ligne : Commission de coopération dans le domaine du travail <<http://www.naalc.org/french/study7.shtml>>. Voir aussi *B.N.C. c. Union des employés de commerce*, [1984] 1 R.C.S. 269, [1985] 14 Admin. L.R. 23 : dans le contexte d'une fusion de deux banques ayant entraîné la réorganisation de leurs activités, la fermeture d'une succursale nouvellement syndiquée et l'intégration des services qu'elle assurait dans une autre succursale – non syndiquée, le Conseil canadien des relations du travail avait considéré que la fermeture obéissait à des motifs antisyndicaux et avait ordonné différents remèdes. La contestation portait sur deux de ces remèdes : un fonds en fidécommissé destiné à promouvoir les objectifs du *Code canadien du travail* auprès des employés (*ibid.* aux pp. 285-93) et une lettre signée par le président de la Banque et destinée à tous les employés dont le contenu, faisant référence à l'existence de ce fonds, était formulé par le Conseil (*ibid.* aux pp. 293-94). La Cour suprême a jugé que ces remèdes ne relevaient pas de la compétence du Conseil.

⁶⁴ Marie-Laure Morin, « Le droit du travail face aux nouvelles formes d'organisation des entreprises » (2005) 144 :1 *Revue internationale du travail* 5.

⁶⁵ Un argument de cette nature a été soulevé par les requérants dans la demande de révision de la décision de la C.R.T. relative à la requête d'ordonnance provisoire : *Boutin c. Wal-Mart Canada Inc.*, *supra* note 26 au para. 6 : « on ne peut conclure à fermeture réelle, véritable ou définitive du magasin de Jonquière alors que la compagnie continue à faire affaire partout ailleurs sans que rien n'y paraisse. » La C.R.T. souligne que cet argument n'a pas été soulevé à l'étape de la demande d'ordonnance de sauvegarde, qu'il n'y a eu ni preuve, ni plaidoirie à ce sujet au moment opportun et qu'il est par conséquent tardif à l'étape de la demande de révision (*ibid.* au para. 19).

⁶⁶ Vallée, Trudeau et Murray, *supra* note 29; Jean-Guy Belley et Patrick Forget, «

d'entreprise revient à « appliquer à Wal-Mart une définition de l'entreprise mésadaptée à sa réalité économique »⁶⁷. À titre d'entreprise de vente, Wal-Mart continue en effet de profiter du bassin de consommateurs de cette région :

une notion d'entreprise adaptée à la réalité du commerce des géants du commerce de détail se rapporterait donc moins au lieu où ils exercent leurs activités qu'à l'écart de temps qui sépare leurs points de vente des consommateurs. Dans le cas présent, vu la proximité des comptoirs de vente de Chicoutimi et d'Alma, la fermeture du magasin de Jonquière n'enlève pas à Wal-Mart la possibilité d'atteindre autrement les résidents de cet arrondissement.⁶⁸

Les magasins Wal-Mart au pays ne sont pas des entités juridiques distinctes de Wal-Mart Canada. Ils en sont des unités administratives⁶⁹. Il n'y a, ni matériellement, ni juridiquement, fermeture d'entreprise, mais bel et bien fermeture d'une de ses unités, sans que la capacité de la chaîne de desservir la population locale ne disparaisse. L'appréhension de l'activité d'une entreprise d'une manière qui correspond à l'envergure de ses activités au plan économique devrait à tout le moins élargir, comme nous le suggérons, la voie des remèdes possibles dès lors que la décision d'affaire est prise en violation des droits des salariés en cause.

Quoique de manière différente, l'affaire *Société de la Place des Arts de Montréal* montre aussi qu'il peut être difficile de faire la différence entre le droit de cesser ses activités et la faculté d'organiser autrement les activités de l'entreprise par le recours à des formes de collaboration contractuelles proches de l'entreprise-réseau. En effet, le résultat concret de la « cessation » des activités de la SPA n'a-t-il pas été la reprise des spectacles présentés dans cette salle sous de nouveaux arrangements contractuels? Les juges de la Cour suprême ont cependant estimé, contrairement aux décisions antérieures de la Cour supérieure et de la Cour d'appel dans cette affaire⁷⁰, que la SPA et ses locataires formaient deux entités juridiquement distinctes ne pouvant être assimilées à une seule et même entreprise.

La fermeture de Wal-Mart n'a pas eu lieu » *Le Devoir* (24 mai 2005) 7.

⁶⁷ Belley et Forget, *ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Société de la Place des Arts de Montréal c. Alliance internationale des employés de scène et de théâtre, du cinéma, des métiers connexes et des artistes des États-Unis et du Canada, local de scène no 56*, D.T.E. 2001T-1025 (C.A.), conf. *Alliance internationale des employés de scène et de théâtre, du cinéma, des métiers connexes et des artistes des États-Unis et du Canada, local de scène no 56 c. Société de la Place des Arts de Montréal*, [2001] R.J.D.T. 607, J.E. 2001-708, D.T.E. 2001T-320 (C.S.).

Quoique les diverses activités menées par la SPA et ses locataires soient financièrement interdépendantes, il n'en demeure pas moins que ce sont des activités exercées par plusieurs entités juridiques distinctes. De même, ces entités supportent les risques économiques et en tirent des bénéfices de manière individuelle en fonction des tâches qu'elles entreprennent et des choix commerciaux qu'elles font. S'il est sans doute souhaitable d'adopter une approche fonctionnelle plutôt que formaliste en droit du travail, cette approche ne doit pas aller jusqu'à occulter la structure juridique et économique réelle d'organisations aussi complexes que la Place des Arts.⁷¹

Cette décision illustre la difficulté d'assurer la mise en œuvre de dispositifs importants du droit du travail lorsque l'exploitation d'une entreprise se fait par des réseaux contractuels. Dans ce cas-ci, la modification du contenu des baux entre deux entités interdépendantes mais juridiquement distinctes a eu pour effet de rendre ineffective une protection importante que le droit du travail québécois accordait à des salariés qui menaient une grève légale⁷². Le droit du travail, pour assurer effectivement sa fonction de protection, doit s'intéresser aux formes juridiques que prennent les nouvelles configurations d'entreprises : à défaut de quoi le cadre juridique est presque une incitation à « externaliser » le travail. C'est cette question qui est abordée dans la deuxième partie.

II. La réorganisation des activités de production d'une entreprise

Restructuration ne signifie pas toujours fermeture. Elle peut aussi se manifester par des changements dans l'organisation de la production qui font en sorte que l'exploitation de l'entreprise, la réalisation de sa finalité de production d'un bien ou d'un service, repose désormais sur un amalgame de contrats ou de liens structurels entre entités distinctes⁷³. Il en

⁷¹ *A.I.E.S.T. local de scène n° 56 c. Société de la Place des Arts de Montréal*, supra note 11 au para. 20.

⁷² Dans le même sens, s'agissant cette fois d'un grief fondé sur l'article 59 *C.t.* dans un contexte factuel similaire à celui prévalant dans *Société de la Place des Arts de Montréal, voir Société du Centre Pierre-Péladeau et Alliance internationale des employés de scène et de théâtre, du cinéma, métiers connexes et des artistes des États-Unis et du Canada (IATSE), section locale 56 (grief syndical)*, [2006] R.J.D.T. 293, D.T.E. 2006T-204 (T.A.) : l'arbitre estime que la décision de l'employeur de cesser d'offrir les services de ses techniciens de scène à ses locataires n'est pas contraire à l'article 59 *C.t.* sur le maintien des conditions de travail des salariés à compter du dépôt d'une requête en accréditation.

⁷³ Marie-France Bich, « De quelques idées imparfaites et tortueuses sur l'intermédiation du travail » dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit du travail (2001)*, vol. 153, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, 257; Pierre Verge avec la participation de Sophie Dufour, *Configuration diversifiée de l'entreprise en droit du travail*, Québec, Presses de l'Université Laval; Walter W. Powell, « The Capitalist Firm in the Twenty-First Century : Emerging Patterns in

est ainsi lorsqu'un entrepreneur a recours à des agences de placement ou à des sous-traitants pour l'exécution d'activités hors de son établissement (*contracting out*)⁷⁴ ou à l'intérieur de celui-ci (*contracting in*, sous-traitance *in situ*, impartition)⁷⁵, lorsque l'exploitation d'une entreprise se fait sous un modèle d'organisation en franchises ou lors de la création de filiales distinctes au sein d'un même groupe. Dans ces configurations d'entreprises⁷⁶, une entité peut bénéficier des fruits du travail de quelqu'un sans en être l'employeur au sens du droit du travail: c'est pourquoi on a pu écrire qu'elles incarnent « le rêve de nombreux employeurs [...] de pouvoir disposer d'une main-d'oeuvre sans avoir de salariés »⁷⁷.

Sous réserve du contenu des conventions collectives, ces nouveaux modes organisationnels prennent place, au Canada, sans que les travailleurs puissent véritablement s'y opposer. Ainsi, lors d'un transfert d'entreprise ayant cours dans un contexte de rapports collectifs de travail, il a été décidé que les salariés ne disposent pas du droit de choisir de rester au service du premier employeur, sauf si la convention collective leur reconnaît clairement ce droit⁷⁸. Ils font en quelque sorte partie des composantes de l'entreprise transférée : ils n'ont pas l'obligation de travailler pour le nouvel employeur mais ils n'ont pas le loisir de choisir de rester au service du premier. Il ne peuvent, pour paraphraser le titre d'un article récent d'Alain Supiot, choisir

Western Enterprise » dans Paul DiMaggio, dir., *The Twenty-First Century Firm : Changing Economic Organization in International Perspective*, Princeton et Oxford, Princeton University Press, 2001, 33; Jean Bernier et al., dir., *L'incessante évolution des formes d'emploi et la redoutable stagnation des lois du travail*, Actes du 56^e congrès des relations industrielles de l'Université Laval, Sainte-Foy, P.U.L., 2001. Sur le développement du « portage salarial » en France, qui relève de trois contrats distincts et qui ne s'inscrit pas d'emblée dans le cadre juridique existant : Jean-Yves Kerbourc'h, « Le portage salarial : prestation de services ou prêt de main-d'œuvre illicite? » (2007) Dr. soc. 72 ; Jean-Jacques Dupeyroux, « Le roi est nu » (2007) Dr. soc. 81. Sur l'implication de ces nouveaux modes organisationnels pour le droit commun des contrats : Louise Rolland, « Les figures contemporaines du contrat et le *Code civil du Québec* » (1999) 44 R.D. McGill 903 aux para. 67-98.

⁷⁴ Bich, *ibid.* Celles-ci peuvent impliquer une délocalisation, c'est-à-dire l'implantation géographique d'une entreprise ou d'une activité économique dans un autre pays : Christophe Radé, « Restructurations et délocalisations » (2006) Dr. soc. 289.

⁷⁵ Bich, *ibid.* Voir aussi : Daniel Mercure, *Le travail déraciné. L'impartition flexible dans la dynamique sociale des entreprises forestières du Québec*, Montréal, Boréal, 1996.

⁷⁶ Terme emprunté à l'ouvrage de Verge et Dufour, *supra* note 73.

⁷⁷ Gérard Lyon-Caen, Jean Péliissier et Alain Supiot, *Droit du travail*, 18^e éd., cité dans Bich, *supra* note 73 à la p. 259. N'est-ce pas le résultat atteint par de grandes entreprises multinationales qui ne réalisent directement aucune activité productive mais qui coordonnent l'activité de multiples producteurs?

⁷⁸ *Association des ingénieurs et scientifiques des télécommunications c. Sylvestre*, [2002] R.J.Q. 879, [2002] R.J.D.T. 497, J.E. 2002-716, D.T.E. 2002T-390 (C.A.).

*de ne pas être vendus*⁷⁹. Dans le contexte particulier de la privatisation des services publics par le recours à la sous-traitance, ce droit de choisir son employeur a pu être reconnu par les tribunaux ou par des lois spécifiques⁸⁰; au Québec, le droit d'un employé de refuser d'être cédé à une entité hors de la fonction publique a été maintenu dans l'entente conclue entre le Gouvernement du Québec et le Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec (SFPQ) en 2005⁸¹. Outre ces cas particuliers, on est loin de la situation prévalant en droit européen où la Cour de justice des Communautés européennes, le droit allemand de même que certains auteurs considèrent que le droit d'un salarié de choisir pour qui il travaille découle du principe fondamental de la liberté de travail⁸². C'est pourquoi les dispositions relatives au maintien du contrat de travail lors d'un transfert d'entreprise devraient être interprétées exclusivement dans l'intérêt des salariés : leur imposer « l'obligation de se soumettre au cessionnaire [...] serait contraire aux principes de dignité et de liberté du travail »⁸³.

Pourtant, le recours à ces modes d'organisation des entreprises n'est pas sans effet, loin s'en faut, sur la réalisation effective de la finalité de protection du droit du travail⁸⁴. Dans ces entreprises, l'employeur devient

⁷⁹ Alain Supiot, « Les salariés ne sont pas à vendre » (2006) Dr. soc. 264.

⁸⁰ Dans ce contexte, on a ainsi considéré qu'un salarié ne pouvait être dépouillé du droit que lui confère la common law de choisir son employeur : *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Industrial Relations Council)*, (1988) 33 B.C.L.R. (2d); 34 Admin. L.R. 269 (S.C.); Donald D. Carter *et al.*, *Labour Law in Canada*, 5^e éd., Kluwer Law International Butterworths, 2002 au para. 554.

⁸¹ Antoine Robitaille, « Les fonctionnaires acceptent la sous-traitance » *Le Devoir* (11 novembre 2005); Syndicat de la fonction publique du Québec (SFPQ), « Entente de principe sur les conditions de travail », *infoNÉGO* n^o 30 (16 novembre 2005) aux pp. 1, 5. Ces clauses, si elles protègent la sécurité d'emploi des salariés actuels en matière de sous-traitance, ne protègent pas celle des futurs salariés qui seront directement embauchés par le nouvel employeur pour exécuter des services auparavant assurés par le secteur public.

⁸² Alain Supiot rattache cette position de la Cour de justice des Communautés Européennes et du droit allemand « aux valeurs de portée universelle, expressément consacrées dans divers instruments internationaux et communautaires », notamment « le libre choix de son travail » consacré par l'article 23 de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* [Rés. AG 217(III)], Doc. off. AG NU, 3^e sess. supp. n^o 13, Doc. NU A/810 (1948) 71] et « l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire » consacré par l'article 2 de la *Déclaration de 1998 relative aux principes et droits fondamentaux au travail* de l'Organisation internationale du travail : Supiot, *supra* note 79 aux pp. 265-67. Voir aussi, dans le cadre de la chronique *Controverse* de la *Revue de Droit du travail* les points de vue opposés d'Yves Chagny et de Pierre Rodières sur le thème « Faut-il reconnaître au salarié la faculté de refuser le transfert de son contrat de travail? » : Yves Chagny, « La sagesse de la Cour de cassation » (2007) R.D.T. 216; Pierre Rodière, « Pour un droit d'opposition des salariés au transfert de leur contrat » (2007) R.D.T. 219.

⁸³ Supiot, *ibid.* à la p. 267.

⁸⁴ Il s'agit de l'hypothèse au cœur du projet de recherche *Travail vulnérable et*

difficile à localiser parce que *le pouvoir de disposer du travail d'autrui* n'est plus concentré entre les mains d'une seule personne. Ce pouvoir est éclaté, diffus, disséminé : dispose-t-on en droit du travail des concepts requis pour identifier l'employeur ou les employeurs *réels* dans ces nouvelles configurations d'entreprises? Nous rappellerons les deux méthodes employées à cette fin (A) avant de montrer, à l'aide d'exemples, qu'elles ne permettent pas toujours de cerner l'organisation du pouvoir de direction et des modes de subordination propres aux nouvelles configurations d'entreprise (B).

A. *Les méthodes de détermination de l'employeur*

La déclaration d'un *employeur unique* (1) et la détermination de l'*employeur véritable* (2) sont les deux méthodes utilisées pour identifier l'employeur.

1. *L'employeur unique*

La déclaration d'employeur unique, possible en vertu de l'article 35 du *Code canadien du travail*⁸⁵ et des lois existant dans plusieurs juridictions canadiennes, représente un moyen de reconnaître un seul et même employeur dans de telles configurations d'entreprises aux fins des rapports collectifs du travail. La raison d'être de cette déclaration est liée à la finalité du droit des rapports collectifs de travail :

[...] corporate law may indeed treat each of the entities as separate bodies. However, treating them as separate employers for labour law purposes may mean that the union which represents employees in the subordinate entity is unable to bargain with the entity that has the real control over the entire operation.⁸⁶

Pour être considérées comme un seul et même employeur :

[I]es activités de ces deux entités doivent cependant être associées ou connexes (c'est-à-dire être d'une même nature ou être nécessaires l'une à l'autre) et relever d'une commune direction, qui se distingue du commun contrôle. Alors que ce dernier naît des liens corporatifs ou financiers entre les entités en cause, la direction commune (qui est

nouveaux modes d'organisation des entreprises et de l'État : enjeux pour le droit du travail et de la sécurité sociale, subventionné par le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada (CRSH) et mené par les professeurs Guylaine Vallée (Université de Montréal), Stephanie Bernstein (UQAM), Urwana Coiquaud (HEC-Montréal), Laurence Léa Fontaine (UQAM) et Lucie Morissette (HEC-Montréal) avec la collaboration d'Esther Paquet (Au bas de l'échelle).

⁸⁵ L.R.C. (1985), c. L-2 [C.c.t.].

⁸⁶ The Labour Law Casebook Group, *Labour & Employment Law : Cases Materials, and Commentary*, 7^e éd., Toronto, Irwin Law, 2004 au para. 6:530.

généralement celle de l'acteur le plus lourd dans la relation) renvoie plutôt à l'intégration fonctionnelle de leurs opérations et peut résulter simplement de liens contractuels.⁸⁷

Jusqu'à maintenant, la déclaration d'employeur unique, à tout le moins dans le contexte du *Code canadien du travail*, a surtout été utilisée pour éviter l'érosion de syndicats existants, notamment dans des situations de recours à la sous-traitance ou à des agences de travail temporaire⁸⁸. Elle a aussi permis de considérer un franchiseur et un franchisé comme un seul et même employeur aux fins de la négociation collective à cause du contrôle qu'exerçait le franchiseur sur les activités du franchisé par le contrat de franchise⁸⁹.

Cette notion pourrait être utilisée à des fins plus « offensives » et déborder le champ d'application des rapports collectifs du travail, comme c'est le cas dans les lois régissant les normes minimales du travail de certaines juridictions canadiennes⁹⁰. Plusieurs s'en inspirent pour recommander, par exemple, que les tribunaux soient compétents pour déclarer que l'entreprise utilisatrice et l'agence de travail temporaire ne font qu'un seul et même employeur chaque fois que la situation le commande⁹¹. Il en est ainsi lorsque les travailleurs d'agence occupent des postes répondant aux besoins permanents de l'entreprise utilisatrice plutôt que des postes temporairement vacants⁹² ou encore lorsque le droit dont un salarié d'agence réclame l'application n'est pas une obligation pécuniaire, par exemple, un recours à l'encontre d'un congédiement injuste⁹³.

⁸⁷ Bich, *supra* note 73 à la p. 299.

⁸⁸ Verge et Dufour, *supra* note 73 aux pp. 51-53 ; Carter *et al.*, *supra* note 80 au para. 548.

⁸⁹ *White Spot Ltd v. British Columbia (Labour Relations Board)*, [1997] B.C.J. n° 1440 (S.C.) (QL), reproduit en partie et commenté dans : The Labour Law Casebook Group, *supra* note 86 au para. 6:530. Voir aussi cette décision rendue par le Conseil canadien des relations du travail : *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 141 et Coopérative des travailleurs routiers, Trans-Coop*, [1996] D.C.C.R.T. n° 22, 101 d.i. 159.

⁹⁰ Carter *et al.*, *supra* note 80 au para. 173.

⁹¹ Jean Bernier, Guylaine Vallée et Carol Jobin, *Les besoins de protection sociale des personnes en situation de travail non traditionnelle, Rapport final du Comité d'experts chargé de se pencher sur les besoins de protection sociale des personnes vivant une situation de travail non traditionnelle*, Gouvernement du Québec, 2003 aux pp. 507-09; Katherine Lippel, Stephanie Bernstein et Karen Messing, « "Travail atypique" : Protection légale des conditions minimales d'emploi et de la santé » dans *Le travail atypique, la mutualisation du risque, la protection sociale et les lois du travail, Rapport final soumis au FQRSC dans le cadre du programme d'Actions concertées*, Université du Québec à Montréal (UQAM) (31 mars 2004) à la p. 40.

⁹² Bernier, Vallée et Jobin, *ibid.* à la p. 508 et, dans certaines situations pour ce qui est des rapports collectifs aux pp. 509-12.

⁹³ Lippel, Bernstein et Messing, *supra* note 91 aux pp. 39-40.

La conception de l'employeur unique qui découle de ces textes est assez différente de celle beaucoup plus restrictive que retiennent les tribunaux québécois lorsqu'ils doivent déterminer, en l'absence de toute reconnaissance législative d'une notion d'employeur unique, si des entités distinctes peuvent constituer un seul et unique employeur aux fins, principalement, du *Code du travail*⁹⁴. Il y a employeur unique lorsque les activités de deux entités juridiques faisant « partie d'un même groupe corporatif ou associatif [...] sont étroitement intégrées l'une à l'autre sous une direction *de facto* commune »⁹⁵. Outre une commune appartenance à une même structure corporative, il doit y avoir *osmose* entre ces entités, celle-ci se manifestant « notamment par le fait que les entités en question ont des activités identiques ou interreliées, partagent un établissement, et usent indistinctement des salariés embauchés par l'une ou l'autre »⁹⁶. Ainsi, a-t-on jugé que même si deux entités juridiques distinctes, une Ville et une corporation sans but lucratif (un Centre culturel), pouvaient être associées au sens large et s'avantager mutuellement et que l'une était l'actionnaire majoritaire de l'autre et « contrôlait » la nomination de quatre des sept membres de son conseil d'administration, il n'y avait pas *osmose* entre elles du point de vue de la gestion des ressources humaines. En effet, la directrice du Centre exerçait seule les prérogatives de l'employeur en matière d'embauche, de supervision et de détermination des conditions de travail, avec, dans ce dernier cas, le conseil d'administration⁹⁷. Il en est de même dans le cas d'une coopérative oeuvrant dans le secteur agricole ayant confié à une société en commandite dont elle est l'unique commanditaire les activités de distribution de produits pétroliers qu'elle opérait auparavant⁹⁸. Le fait que la nouvelle société en commandite et la coopérative aient des liens étroits au niveau de leur structure corporative, que le commandité et le commanditaire soient dirigés par les mêmes

⁹⁴ Bich, *supra* note 73 aux pp. 297 (aux notes 123-24 et texte correspondant), 301; Verge et Dufour, *supra* note 73 aux pp. 48-50.

⁹⁵ Bich, *ibid.* à la p. 297.

⁹⁶ *Ibid.* aux pp. 297-98.

⁹⁷ *Windsor (Ville de) c. Syndicat des employés municipaux de Windsor*, D.T.E. 2005T-47 (T.T.). Voir toutefois : *Syndicat des employées et employés de l'Hôtel Plaza Québec (C.S.N.) et Syndicat des travailleuses et travailleurs de produits manufacturés et de services, section locale 525*, 2004 QCCRT 281, D.T.E. 2004T-765 (C.R.T.), où la C.R.T. a retenu qu'une compagnie exploitant un hôtel et le sous-traitant qui possède le contrat de gestion hôtelière doivent être considérés comme un employeur unique aux fins d'une procédure d'accréditation, même si ces deux entités n'appartenaient apparemment pas à un même groupe corporatif, du fait de l'absence d'autonomie du sous-traitant gestionnaire. La jurisprudence applicable dans le cas particulier de ces contrats de gestion hôtelière ou de mise en valeur d'immeubles recherche généralement l'employeur véritable, soit le client ou le sous-traitant et retient l'un ou l'autre : Bich, *ibid.* à la p. 287.

⁹⁸ *Syndicat des employés de Purdel Bic (CSN) et Purdel, Coopérative agro-alimentaire*, 2007 QCCRT 206, D.T.E. 2007T-456 (C.R.T.).

administrateurs, à l'exception d'un seul, et que la société en commandite soit installée dans des locaux appartenant à la coopérative ne suffisait pas pour conclure qu'elles constituaient un seul et même employeur. Ces entreprises opéraient de manière indépendante au plan comptable et fiscal et il n'y avait pas d'interchangeabilité dans l'utilisation de leur personnel. Elles ne formaient pas, par osmose, une seule et même entreprise.

La notion d'employeur unique découlant du *Code canadien du travail* paraît mieux adaptée à la recherche de l'employeur au sein de nouvelles configurations d'entreprises. D'une part, deux entités distinctes pourront être considérées comme un employeur unique au sens du *Code canadien du travail* s'il y a un « degré suffisant d'interdépendance et d'intégration de leurs activités »⁹⁹, sans exiger, comme dans l'approche jurisprudentielle québécoise, que le pouvoir de direction des salariés des deux entités provienne d'une seule et même source. On recherche la connexité plutôt que l'osmose des entités en cause. D'autre part, en vertu du *Code canadien du travail*, ces entités distinctes peuvent être liées entre elles par des liens contractuels sans appartenir à un même groupe associatif ou corporatif¹⁰⁰. Même si, écrit Marie-France Bich, la jurisprudence rendue en vertu du *Code canadien du travail* porte la plupart du temps sur des entités relevant d'un même groupe corporatif ou associatif, « cette commune appartenance ne paraît pas essentielle »¹⁰¹:

En ce sens, on va encore plus loin dans la reconstitution de l'entreprise : on avait compris qu'une seule et même entreprise pouvait se cacher dans une structure corporative ou associative à degrés multiples, on comprend maintenant qu'une seule entreprise peut se cacher dans une structure plus informelle, dont les composantes résultent de rapports essentiellement contractuels.¹⁰²

2. L'employeur véritable

Dans l'affaire *Pointe-Claire (Ville de) c. Québec (Tribunal du travail)*¹⁰³, la Cour suprême du Canada a établi la méthode qui doit prévaloir pour identifier l'employeur véritable lors de relations de travail triangulaires et lorsque, comme en l'espèce, la déclaration d'employeur unique n'est pas prévue par la loi. Elle a proposé une « approche globale », largement appliquée depuis à de multiples situations, laquelle invite à rechercher qui détient le pouvoir de contrôler quotidiennement le travail du salarié tout en tenant compte d'autres facteurs comme la rémunération, la discipline, le

⁹⁹ Verge et Dufour, *supra* note 73 à la p. 45.

¹⁰⁰ Bich, *supra* note 73 aux pp. 298-99.

¹⁰¹ *Ibid.* à la p. 301.

¹⁰² *Ibid.* à la p. 301.

¹⁰³ [1997] 1 R.C.S. 1015, 146 D.L.R. (4^e) 1.

sentiment d'intégration à l'entreprise¹⁰⁴. En principe, cette approche considère, outre l'exercice effectif d'un contrôle immédiat de la prestation de travail du salarié, ce que l'auteure Marie-France Bich a appelé le « métacontrôle » [par exemple, celui qu'exerce l'agence de placement et qui s'exprime notamment dans l'acte même de détachement qui relève de son autorité et non de celle de l'entreprise utilisatrice¹⁰⁵]. En contexte de rapports collectifs de travail, cette approche, où la subordination juridique a tout de même un poids prédominant, conduit généralement à désigner l'entreprise-cliente comme le véritable employeur du salarié, et ce même si d'autres critères peuvent être considérés¹⁰⁶.

B. La détermination de l'employeur dans les nouveaux modèles d'entreprise

Appliquée à de nouvelles configurations d'entreprises et à de nouvelles manières de livrer les services publics, ces méthodes ont des résultats plus ou moins heureux comme le montrent les deux exemples de nature fort différente qui suivent.

Le premier exemple concerne la détermination de l'employeur véritable dans une entreprise organisée en franchises. Qui d'un franchiseur qui détermine les grandes orientations de gestion des ressources humaines ou d'un franchisé qui les applique au quotidien doit être considéré comme l'employeur d'un salarié? Dans une affaire traitée par la Commission des relations du travail du Québec, une salariée - qui contestait le congédiement qui lui avait été imposé en se fondant sur la *Loi sur les normes du travail*¹⁰⁷ - considérait que le franchisé et le franchiseur constituaient un seul et unique employeur. Le franchiseur estimait ne pas être l'employeur de la plaignante et la décision a donc porté uniquement sur cette question.

Il vaut la peine de s'arrêter aux faits rapportés par la C.R.T. car ceux-ci montrent que la détermination des conditions de travail applicables à la salariée relevait d'un système complexe faisant appel à la fois au franchisé et au franchiseur. Ainsi, si certaines normes étaient imposées par le franchiseur (par exemple des normes minimales relatives au temps des pauses et des repas, à l'évaluation du personnel, à la confection des payes)¹⁰⁸, d'autres étaient « facultatives » puisqu'elles découlaient d'un

¹⁰⁴ *Ibid.* aux pp. 1049-53.

¹⁰⁵ Bich, *supra* note 73 à la p. 273; L'auteure s'inspire des travaux d'Isabelle Vacarie, *L'employeur*, Paris. Sirey, 1979 à la p. 65.

¹⁰⁶ Gilles Trudeau, « Temporary Employees Hired Through a Personnel Agency : Who is the Real Employer? » (1997) 5 C.L.E.L.J. 359; Bich, *ibid.* à la p. 277.

¹⁰⁷ L.R.Q., c. N-1.1, art. 122, 124 [*L.n.t.*]

¹⁰⁸ *Charbonneau et 9042-2270 Québec Inc.*, 2004 QCCRT 144, D.T.E. 2004T-407

service-conseil en matière de gestion des ressources humaines que chaque franchisé était libre de recevoir moyennant un coût additionnel¹⁰⁹. En ce qui concerne l'embauche, chaque franchisé était libre, sous réserve du respect des consignes relatives à l'affichage et à la période d'essai, d'afficher un poste vacant dans son établissement ou au sein de tout le réseau du franchiseur. L'employé muté d'une franchise à l'autre au sein du réseau conservait son taux de salaire et son ancienneté dite de réseau¹¹⁰; chaque salarié disposait aussi d'une ancienneté de succursale ou d'unité (laquelle peut correspondre à une franchise) aux fins du choix de la période de vacances, de l'affichage de postes, de la mise à pied ou du rappel au travail. Dans le cas d'une mutation, le franchisé qui embauchait un salarié d'une autre succursale devait rembourser l'équivalent de deux semaines de salaire à l'autre franchisé pour compenser les inconvénients causés par le départ du salarié¹¹¹. Enfin, il revenait au franchisé seul de prendre les décisions en matière d'embauche, de congédiement ou de mouvements de personnel ayant cours au sein des succursales, de déterminer la structure des postes, le recours aux heures supplémentaires ou l'évaluation du rendement. Il lui revenait aussi d'imposer des mesures disciplinaires aux employés en suivant une progression établie dans le *Guide des employés*; l'employé pouvait contester la sanction lui ayant été imposée auprès de la direction de la succursale, puis, en cas d'échec, auprès du directeur des ressources humaines du franchiseur.

Pour répondre à la question qui lui est posée, la C.R.T. ne cherche pas, comme l'y invite la plaignante, s'il y a en l'espèce *employeur unique*¹¹².

(C.R.T.) aux para. 10, 19.

¹⁰⁹ Ce service-conseil comprenait un *Guide des employés* élaboré par le service des ressources humaines du franchiseur en collaboration avec une demi-douzaine de franchisés et qui était remis à chaque employé et y servait de « contrat de travail » comprenant notamment les normes relatives « à l'affichage de postes, l'ancienneté, la procédure de transfert d'une succursale (franchise) à l'autre, le positionnement dans l'échelle de salaire, la période d'essai, les horaires de travail, la prime de fin de semaine, les mises à pied et les rappels, la santé et sécurité, les congés divers, les vacances, la politique salariale, les échelles de salaire, les commissions, les escomptes à l'achat, les frais de déplacement, l'assurance collective, le régime de retraite, la formation, les uniformes, les déficits de caisse, la politique concernant le harcèlement sexuel, les absences et les retards, la discipline, etc. » (*ibid.* au para. 13). Ce Guide semblait avoir une certaine portée contraignante pour le franchisé : par exemple, il ne pouvait payer un taux de salaire différent de celui que prévoit le Guide pour chaque catégorie d'emploi, sous peine de recevoir un « avis d'infraction à son contrat de franchise » (*ibid.* au para. 15), même s'il est libre de déterminer l'échelon de salaire d'un nouvel employé.

¹¹⁰ Laquelle détermine la durée des vacances, le droit aux avantages sociaux, la progression salariale et le préavis en cas de mise à pied.

¹¹¹ *Ibid.* au para. 16.

¹¹² *Ibid.* au para. 42. Dans l'affaire *Syndicat des travailleuses et travailleurs du McDonald's (CSN) et Restaurants McDonald's du Canada*, 2003 CanLII 6678, D.T.E.

S'appuyant plutôt sur l'affaire *Ville de Pointe-Claire*, elle conclut que le franchisé est l'employeur de la plaignante parce qu'il est le titulaire des principaux attributs de l'employeur : « il sélectionne, embauche, évalue, discipline, supervise, assigne les tâches, détermine la structure du personnel, rémunère, et ainsi de suite »¹¹³. La C.R.T. considère que les consignes imposées aux franchisés ne changent pas le fait que le franchisé demeure « le principal voire l'unique interlocuteur des salariés à son service » et que le fait que « le franchiseur cherche à établir une certaine uniformité d'une succursale à l'autre en matière de conditions de travail ne signifie pas pour autant que le franchisé a perdu toute latitude face à ses employés »¹¹⁴. La plaignante s'étant désistée de ses plaintes, l'affaire n'a finalement pas été entendue sur le fond. Il reste que si l'affaire avait été poursuivie, seul le franchisé aurait été tenu responsable des obligations de l'employeur en dépit du fait, comme le montrent les faits, qu'il ne détenait pas un total contrôle sur la *définition* des règles de gestion des ressources humaines qu'il devait appliquer, lesquelles découlaient de sa relation commerciale avec le franchiseur. Qu'arriverait-il si les normes de gestion imposées par un franchiseur portaient atteinte à des normes d'ordre public dans le domaine du travail? Est-ce à dire que seul le franchisé en serait tenu responsable dans la mesure où il lui reviendrait, en vertu du contrat de franchise, de les appliquer? Et que dire des réclamations pécuniaires d'un salarié à l'encontre d'un petit franchisé dont la situation financière est précaire : le franchiseur ne devrait-il pas pouvoir être tenu solidairement responsable, avec le franchisé, des obligations pécuniaires découlant de la loi ou du contrat de travail¹¹⁵? L'efficacité de ces recours n'est-elle pas affectée lorsque le franchiseur n'est pas partie au litige?

La question de la détermination de l'employeur a aussi été soulevée dans un contexte fort différent, celui de l'organisation des services délivrés directement ou indirectement par l'État, comme le montre une affaire¹¹⁶

2003T-891 (T.T. Qué.), le Tribunal du travail en arrive à une conclusion semblable, jugeant même que les notions de « franchise » et d'« osmose » sont incompatibles (*ibid.* aux para. 20-26).

¹¹³ *Charbonneau et 9042-2270 Québec Inc.*, *ibid.* au para. 39.

¹¹⁴ *Ibid.* au para. 41.

¹¹⁵ Comme le prévoit l'article 95 *L.n.t.*, *supra* note 107, lorsqu'une entreprise a recours à un sous-traitant ou à un sous-entrepreneur, en ce qui concerne les obligations pécuniaires fixées par la loi ou les règlements.

¹¹⁶ *Syndicat des travailleuses et des travailleurs du CLSC Alfred Desrochers c. Centre de santé Memphrémagog*, 2003 QCCRT 77 (C.R.T.). Dans le même sens : *Syndicat des accompagnateurs(trices) et interprètes de la CSDM c. Commission scolaire de Montréal*, 2003 QCCRT 213 (C.R.T.), où on a jugé qu'une commission scolaire ne pouvait être considérée comme l'employeur des interprètes et accompagnateurs dont les services étaient requis par des étudiants handicapés afin qu'ils puissent poursuivre leurs études et qui étaient rémunérés à même une bourse attribuée à ces étudiants par le ministère de

ayant porté sur l'identification de l'employeur véritable de « personnes ressources » qui assuraient des services d'aide à domicile (soins personnels, gardiennage) à des personnes handicapées ou âgées en perte d'autonomie. La question était au cœur d'une requête fondée sur l'article 39 du *Code du travail* portant sur la détermination de la portée d'une accréditation existante qui régissait les travailleurs d'un Centre local de services communautaires (CLSC). La C.R.T. en dispose en utilisant la méthode globale élaborée par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Ville de Pointe-Claire*.

Encore ici, l'un des intérêts de la décision est d'illustrer la complexité du système de gestion du travail de ces personnes-ressources. Il revenait au Centre local de service communautaire (CLSC) d'évaluer le nombre d'heures de services d'aide à domicile pour lesquelles les bénéficiaires pouvaient obtenir un financement et de leur attribuer des sommes d'argent (allocations directes) pour ces services à partir d'une enveloppe globale dont il avait la gestion. Le CLSC inscrivait aussi les bénéficiaires à qui des services à domicile étaient autorisés à un mécanisme centralisé de gestion des sommes qui leur étaient versées¹¹⁷, ce qui leur évitait d'avoir à payer directement les personnes ressources. Si les employés du CLSC ont pu, à l'occasion, faciliter le contact entre les bénéficiaires et des personnes ressources, notamment par une liste de personnes ressources, il revenait aux bénéficiaires de choisir la personne qui leur donnerait les soins. Il appartenait aussi au bénéficiaire de mettre fin à la relation contractuelle, même si les employés du CLSC pouvaient les aider au besoin. La question au cœur de cette décision était de déterminer si le Centre local de services communautaires (CLSC), qui a pour mission en vertu de la loi d'assurer ces services à domicile, était l'employeur des personnes ressources.

Appliquant les critères élaborés dans l'affaire *Ville de Pointe-Claire*, la C.R.T. conclut que le CLSC n'exerçait pas les attributs d'un employeur, puisqu'il ne procédait ni à l'embauche, ni au contrôle de la prestation de travail, ni à la cessation d'emploi des personnes ressources. En vertu de ces critères axés sur la nature du contrôle, ce sont les personnes handicapées ou âgées qui requièrent des services à domicile qui sont considérées comme les employeurs de ces personnes ressources. Cette solution a pour effet de conférer le statut d'employeur à des personnes elles-mêmes

l'Éducation. L'« intermédiation » assurée par la Commission scolaire – mettre en contact les personnes et les bénéficiaires, assister le bénéficiaire voulant mettre fin à la relation contractuelle, administrer la subvention consentie à l'étudiant – ne faisait donc pas d'elle l'employeur des personnes ressources, les éléments usuels de contrôle de leur travail étant inexistant même si la prestation de travail était exécutée à l'école et pendant les heures de classe.

¹¹⁷ Le « chèque emploi-service » où les Caisses Desjardins agissent comme « gestionnaires de la paye » pour chacun des bénéficiaires.

vulnérables et dépendantes des services qu'elles reçoivent de la part de leurs « salariés ». Peut-on véritablement considérer que ces personnes possèdent les attributs d'un entrepreneur - employeur lorsqu'elles ne font que choisir et congédier la personne qui leur délivrera des services essentiels et personnels à partir de fonds qui leur sont alloués par un organisme public après évaluation de leur condition? Et que penser de la protection des salariés (d'ailleurs plutôt des salariées) dans cette relation contractuelle¹¹⁸? Peuvent-elles véritablement jouir des droits que leur confère leur statut, par exemple celui de s'associer? Comment le feraient-elles, elles qui oeuvrent généralement pour plusieurs bénéficiaires vulnérables? Se syndiquer auprès de chacun d'eux? La solution qui se dégage de cette décision montre le poids que peuvent prendre les dimensions du contrôle immédiat de la prestation de travail dans la méthode globale élaborée dans l'arrêt *Ville de Pointe-Claire*, laissant dans l'ombre le « métacontrôle » exercé par le CLSC. Notons toutefois que la Commission des normes du travail, saisie de plaintes pécuniaires provenant de travailleuses à domicile, a pour sa part considéré que le CLSC était l'employeur¹¹⁹.

Ces décisions permettent d'illustrer le caractère imparfait des outils sur lesquels le décideur peut s'appuyer pour identifier l'employeur dans ces modèles organisationnels où le contrôle « global » du travail d'un salarié est réparti entre plusieurs personnes ou entités juridiques. Or, en vertu de la méthode élaborée par la Cour suprême dans l'affaire *Ville de Pointe-Claire*, « l'on continue toujours à chercher *le* véritable employeur, c'est-à-dire celui qui exerce globalement le plus grand contrôle sur le salarié »¹²⁰ et pour ce faire, on confère un poids déterminant aux indices de contrôle immédiat de la prestation de travail. Bien que la Cour suprême invite à emprunter une méthode globale, on dispose de bien peu d'indices permettant d'identifier les situations où le « métacontrôle » est tel qu'il conduirait à reconnaître le statut d'employeur à l'entité qui l'exerce plutôt qu'à celle qui contrôle quotidiennement le travail. Cela est d'autant plus difficile que ce contrôle est souvent partagé entre plusieurs entités.

La protection spécifique des salariés n'est pas totalement assurée lorsque leurs conditions de travail et d'emploi sont redéfinies dans le cadre du processus de restructuration d'une entreprise insolvable : ces décisions

¹¹⁸ Sur la situation des travailleuses des services d'aide à domicile au Québec et la complexité de l'organisation de ces services : Louise Boivin, avec la collaboration de Rollande Pinard, *Les femmes dans l'engrenage mondialisé de la concurrence. Étude de cas sur les travailleuses des services d'aide à domicile au Québec*, Montréal, Conseil d'intervention pour l'accès des femmes au travail (CIAFT), 2007.

¹¹⁹ *Ibid.* à la p. 75.

¹²⁰ Bich, *supra* note 73 à la p. 278.

se prennent aussi, comme nous le verrons, à des niveaux de l'entreprise que le droit du travail atteint difficilement.

III. Les règles régissant la faillite et l'insolvabilité

Lors de la faillite ou de la restructuration d'une entreprise insolvable, les salariés sont-ils considérés comme les autres créanciers de l'entreprise? Pour répondre à cette question, il convient d'examiner deux hypothèses différentes: dans la première, les actifs de l'entreprise sont liquidés et distribués entre les créanciers suivant un ordre qui accorde une certaine protection aux employés (A); dans la seconde, la négociation d'une entente entre l'entreprise (la personne insolvable ou la compagnie, suivant la loi en cause) et ses créanciers en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*¹²¹ ou de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*¹²² est favorisée en vue d'en assurer la survie, auquel cas la protection des employés varie considérablement¹²³(B).

A. Les salaires impayés : des créances prioritaires

Le plan de répartition établi à la suite de la faillite d'une entreprise en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* rend prioritaires, sous réserve des droits des créanciers garantis, « les gages, salaires, commissions ou rémunération de tout commis, préposé, voyageur de commerce, journalier ou ouvrier, pour services rendus au cours des six mois qui ont précédé la faillite jusqu'à concurrence de deux mille dollars dans chaque cas »¹²⁴. Les lois qui établissent la responsabilité conjointe et solidaire des

¹²¹ L.R.C. (1985), c. B-3 [L.f.i.].

¹²² L.R.C. (1985), c. C-36 [L.a.c.c.].

¹²³ Pour un exposé détaillé et complet des différents régimes juridiques pouvant intervenir lors de l'insolvabilité d'un employeur, voir : Jacques Deslauriers et Pierre Verge, « L'insolvabilité de l'employeur et l'application des lois régissant les rapports collectifs de travail » (2003) 63 R. du B. 415. Il faut toutefois tenir compte des changements apportés par la *Loi édictant la Loi sur le Programme de protection des salariés et modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et d'autres lois en conséquence*, L.C. 2005, c. 47 [*Loi modificative*], sanctionnée le 25 novembre 2005, non encore en vigueur, et des amendements qui pourraient découler du projet de loi P.L. C-12, *Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, la Loi sur le Programme de protection des salariés et le chapitre 47 des Lois du Canada (2005)*, 39^e Parl., 2007 (adopté par la Chambre des communes le 29 octobre 2007 et renvoyé par le Sénat, le 15 novembre 2007, pour étude devant le Comité permanent des banques et du commerce). Notons qu'un projet de loi semblable et portant le même titre, le projet de loi C-62, avait été présenté au cours de la dernière session parlementaire : il avait été adopté par la Chambre des communes et était à l'étude au Sénat lors de la fin de la session parlementaire.

¹²⁴ *L.f.i.*, art. 136(1)d). Ces créances viennent au quatrième rang des créances non

administrateurs d'une personne morale prévoient aussi des règles spécifiques concernant les salaires impayés¹²⁵. L'existence de ces dispositions témoigne d'une certaine prise en compte de la situation de vulnérabilité des travailleurs lors de difficultés financières de l'entreprise. Encore récemment, le juge Forget de la Cour d'appel rappelait, s'appuyant sur un ouvrage classique de l'auteur Marie-Louis Beaulieu lui-même cité par la Cour suprême dans une autre affaire, que la disposition de la loi québécoise relative à la responsabilité des administrateurs « vise à protéger les personnes les plus vulnérables dans l'entreprise qui n'ont généralement aucune voix au chapitre de la prise de décision »¹²⁶. Cette philosophie protectrice explique aussi que les employés soient considérés comme des créanciers prioritaires lors de la répartition des montants provenant des biens d'une entreprise en faillite suivant la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*¹²⁷.

Or, les effets protecteurs concrets de ces dispositions laissent à désirer. Ainsi, la majorité des salariés ne recevraient rien à la suite d'une faillite de l'entreprise pour laquelle ils travaillaient compte tenu du rang qu'ils occupent, après les créanciers garantis et certains autres créanciers prioritaires. Au total, en vertu du système actuel, la grande majorité des travailleurs, soit 79%, n'obtiennent rien pour leur créance salariale lorsque

garanties. L'article 88 de la *Loi modificative* [*supra* note 123] propose de modifier l'article 136(1)d) de la *L.f.i.* pour tenir compte de la « superpriorité » accordée par l'article 67 de la *Loi modificative* : voir ci-dessous, note 130.

¹²⁵ La *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), c. C-44, art. 119 prévoit que « (1) Les administrateurs sont solidairement responsables, envers les employés de la société, des dettes liées aux services que ceux-ci exécutent pour le compte de cette dernière pendant qu'ils exercent leur mandat, et ce jusqu'à concurrence de six mois de salaire » alors que la *Loi* [québécoise] *sur les compagnies*, L.R.Q. c. C-38, art. 96 établit que « 1. Les administrateurs de la compagnie sont solidairement responsables envers ses employés, jusqu'à concurrence de six mois de salaire, pour services rendus à la compagnie pendant leur administration respective ».

¹²⁶ *Wright c. Syndicat des techniciennes et techniciens du cinéma et de la vidéo du Québec*, [2004] R.J.Q. 7, R.J.D.T. 26, J.E. 2004-210, D.T.E. 2004T-79 (C.A.) au para. 61. Le juge Baudouin considérait toutefois que ce texte, « qui vise légitimement à protéger des employés contre certains abus et permet donc de leur assurer des débiteurs additionnels probablement plus solvables, crée un régime d'exception par rapport au droit commun. Il impute la dette d'une personne morale à un ou plusieurs individus qui ne l'ont pas contractée, levant ainsi ce qu'on a appelé le voile corporatif » (*ibid.* au para. 155) et doit recevoir une interprétation « sinon restrictive, du moins qui ne soit pas large au point de la dénaturer » (*ibid.*). C'est pourquoi il considère que des individus constitués en société pour offrir leurs services ne doivent pas être considérés comme des employés au sens de la loi.

¹²⁷ *Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau. Examen de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, Rapport du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, novembre 2003 à la p. 106.

leur employeur fait faillite puisque seulement 13 % des créances salariales seraient recouvrées et, dans ces cas, à l'issue de procédures qui peuvent être fort longues¹²⁸. Par ailleurs, les sommes qui peuvent être recouvrées en vertu de ces dispositions comprennent les indemnités de congé et les salaires impayés, mais non l'indemnité de licenciement ou les cotisations de retraite¹²⁹. Une loi récente, la *Loi édictant la Loi sur le Loi modificative* adoptée et sanctionnée mais non entrée en vigueur, traite de certaines de ces questions¹³⁰.

B. Le redressement d'une entreprise insolvable

L'insolvabilité de l'entreprise peut aussi conduire à sa restructuration, laquelle peut se faire si une entente intervient entre l'entreprise insolvable et ses créanciers soit dans le cadre d'une proposition concordataire établie en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*¹³¹, soit en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*¹³². Comme l'ont montré quelques expériences récentes, les « pressions qui s'exercent en

¹²⁸ Données tirées de Industrie Canada, « Questions et réponses : Projet de loi visant à adopter une loi sur le Programme de protection du salaire et à modifier la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* », Le gouvernement du Canada dépose un projet de Loi sur l'insolvabilité et la protection des salariés, en ligne : <<http://ic.gc.ca/cmb/welcmeic.nsf/d2ba51d479ae569a852564ca0064238a/85256a5d006b972085257015004b283f!OpenDocument>>

¹²⁹ Voir, en ce qui concerne la *L.f.i.* : Rapport du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, *supra* note 127 aux pp. 97-110. En ce qui concerne la responsabilité des administrateurs pour les salaires impayés : *Wright c. Syndicat des techniciennes et techniciens du cinéma et de la vidéo du Québec*, *supra* note 126 aux para. 85-131 (motifs du juge Forget, au nom de la majorité sur ce point); aux para. 160-73 (motifs du juge Baudouin) et au para. 175 (motifs du juge Biron); Robert P. Gagnon, *Le droit du travail du Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003 au para. 148. Par ailleurs, dans l'affaire *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, 152 D.L.R. (4^e) 1, para. 59-71, la Cour suprême a considéré qu'une indemnité pour congédiement injustifié est un « traitement, salaire ou autre rémunération d'une personne qui l'emploie » soustrait du patrimoine d'un individu en faillite destiné à ses créanciers en vertu de l'article 68 *L.f.i.* Voir sur ce point : Gagnon (*ibid.*) au para. 125.

¹³⁰ Cette loi (*Loi modificative*, *supra* note 123) établit une « superpriorité limitée » pour les créances salariales par rapport aux créances garanties sur les actifs à court terme des employeurs (inventaires, comptes débiteurs, argent comptant) (*ibid.*, art. 67 ajoutant les articles 81.3 et 81.4 à la *L.f.i.*); instaure un programme de protection des salariés (PPS) permettant aux travailleurs de toucher jusqu'à 3000 \$ en paiement du salaire et des congés annuels gagnés au cours des six mois précédant la faillite, programme financé par les recettes fiscales générales et placé sous la gouverne du ministre du Travail et du Logement (*ibid.*, art. 1) et octroie un statut prioritaire aux cotisations régulières au régime de retraite qui n'auraient pas été versées au moment de la faillite (*ibid.*, art. 67 ajoutant les articles 81.5 et 81.6 à la *L.f.i.*).

¹³¹ *L.f.i.*, *supra* note 121, art. 50-66.

¹³² Cette loi ne s'applique à une compagnie ou aux compagnies appartenant au

faveur d'un abandon de la protection des intérêts des travailleurs de l'entreprise en difficulté financière »¹³³ peuvent être importantes dans ces circonstances, d'où l'intérêt de rechercher l'existence, dans ces lois, de mécanismes de protection des employés.

*1. Le recouvrement des créances salariales pour services rendus avant les procédures de redressement*¹³⁴

Ce sont les plans d'arrangement négociés dans le cadre de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* ou les propositions concordataires établies en vertu de la *Loi sur la faillite et sur l'insolvabilité* qui disposeront des créances salariales pour les services déjà rendus par les employés. Le plan d'arrangement et la proposition concordataire, suivant le cas, doivent être approuvés par les créanciers, suivant des modalités différentes dans chacune des deux lois¹³⁵. Il doivent aussi recevoir l'approbation du tribunal qui a la discrétion de les rejeter même s'ils ont reçu l'approbation d'une majorité des créanciers¹³⁶, suivant des modalités qui diffèrent selon la loi en cause. Dans le processus d'approbation d'une proposition concordataire¹³⁷, le tribunal doit considérer les priorités conférées aux créanciers en matière de faillite, notamment celles concernant les créances salariales. Ainsi, le tribunal ne peut approuver la proposition concordataire visant un employeur que si elle prévoit « le paiement aux employés - actuels ou anciens - [...] de montants égaux à ceux qu'ils seraient en droit de recevoir en application de l'alinéa 136 (1) d) si l'employeur était devenu un failli à la date du dépôt de l'avis d'intention ou, à défaut, de la proposition... » et que s'il est convaincu « que l'employeur est en

même groupe que si le montant des réclamations contre elle(s) est supérieur à cinq millions de dollars : *L.a.c.c.*, *supra* note 122, art. 3 (1).

¹³³ Propos de la professeure Janis Sarra, rapportés dans le Rapport du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, *supra* note 127 à la p. 100.

¹³⁴ C'est-à-dire avant le dépôt d'un avis d'intention ou de la proposition en vertu de la *L.f.i.* ou avant que l'entreprise n'obtienne du tribunal d'être placée sous la protection de la *L.a.c.c.*

¹³⁵ *L.a.c.c.*, *supra* note 122, art. 6 (vote des créanciers); *L.f.i.*, *supra* note 121, art. 54.

¹³⁶ Rapport du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, *supra* note 127 à la p. 166 : alors que la *L.f.i.* comporte « des directives sur la marche à suivre pour faire approuver un plan de restructuration, la *L.a.c.c.* est presque totalement muette à ce sujet. »

¹³⁷ *L.f.i.*, *supra* note 121, art. 59. Pour disposer d'une demande d'approbation d'une proposition, le tribunal doit sopeser l'intérêt de trois parties : la proposante, les créanciers et le public : *Re Stone* (1976), 22 C.B.R. (N.S.); *Re Mernick* (1994), 24 C.B.R. (3d) 8, rappelés dans *Emballage Jomat Inc. c. Cit Financial Ltd.*, 2004 CanLII 5144 (C.S. Qué.).

mesure d'effectuer, et effectuera » ces paiements¹³⁸. Cette disposition agit un peu comme un plancher afin que les employés n'aient pas moins, à l'issue de la proposition concordataire, que ce à quoi ils auraient pu prétendre en cas de faillite. Toutefois, aucune règle comparable ne s'impose au tribunal chargé d'homologuer un plan d'arrangement au sens de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*¹³⁹. Aux dires de Ronald C. Cuming, « [i] est difficile d'apporter une justification à la disparité de traitement des créances salariales des employés entre les deux lois »¹⁴⁰. Par ailleurs, la situation n'est pas différente lorsque les obligations non exécutées par l'employeur pour des services antérieurs découlent d'une convention collective : dans ces cas, il est aussi disposé de ces créances « dans le cadre du plan de réorganisation ou à défaut, de la faillite »¹⁴¹. Il en est ainsi en ce qui concerne la perte du bénéfice des avantages sociaux, des

¹³⁸ *L.f.i., ibid.*, art. 60 (1.3). L'article 39(1) de la *Loi modificative, supra* note 123 propose de remplacer l'article 60 (1.3) a) par le suivant :

a) celle-ci prévoit que sera effectué le paiement aux employés — actuels et anciens —, dès son approbation, de sommes égales ou supérieures, d'une part, à celles qu'ils seraient en droit de recevoir en application de l'alinéa 136(1)d) si l'employeur avait fait faillite à la date du dépôt de l'avis d'intention ou, à défaut, de la proposition [...].

¹³⁹ *L.a.c.c., supra* note 122, art. 6, 7. Toutefois, l'article 126 de la *Loi modificative, ibid.* prévoit que l'article 6 *L.a.c.c.* devient le paragraphe 6(1) et est modifié notamment par l'adjonction d'un sous-paragraphe (4) pour faire en sorte, que le tribunal ne puisse homologuer la transaction ou l'arrangement « que si, à la fois :

a) la transaction ou l'arrangement prévoit le paiement aux employés — actuels et anciens — de la compagnie, dès son homologation, de sommes égales ou supérieures, d'une part, à celles qu'ils seraient en droit de recevoir en application de l'alinéa 136(1)d) *L.f.i.* si la compagnie avait fait faillite à la date à laquelle une demande initiale est présentée à son égard et, d'autre part, au montant des gages, salaires, commissions ou rémunérations pour services fournis entre cette date et celle de son homologation, y compris les sommes que le voyageur de commerce a régulièrement déboursées dans le cadre de l'exploitation de la compagnie entre ces dates.

b) il est convaincu que la compagnie est en mesure d'effectuer, et effectuera, les paiements prévus à l'alinéa a).»

L'article 126 ajoute aussi au paragraphe 6.1 les sous-paragraphe (5) et (6) qui comprennent des règles relatives au contenu de la transaction ou de l'arrangement en ce qui concerne les cotisations impayées à un régime de retraite.

¹⁴⁰ Ronald C. Cuming, *Meilleure application des règles relatives aux créances salariales en vertu de la législation canadienne sur la faillite et la mise sous séquestre*, Industrie Canada, Document de référence, 30 avril 1998 à la p. 84. Cet auteur recommande que la *L.a.c.c.* soit modifiée afin qu'une proposition prévoie obligatoirement le paiement aux employés du montant qu'ils auraient été en droit de recevoir en vertu de l'article 136(1)d) *L.f.i.* si l'entreprise avait fait faillite, ce qui est proposé dans la *Loi modificative, ibid.* : voir ci-dessus n. 139.

¹⁴¹ *Syndicat national de l'amiante d'Asbestos Inc. c. Mines Jeffrey Inc.*, [2003] R.J.Q. 420, [2003] R.J.D.T. 23, J.E. 2003-346, D.T.E. 2003T-211 (C.A.) au para. 62.

indemnités pour les jours de congés accumulés et du versement des cotisations aux régimes de retraite.

2. *Les conditions de travail applicables à la poursuite des activités : le cas particulier de la convention collective*

À quelles conditions se poursuivra le travail si l'entreprise de l'employeur insolvable demeure active pendant la période de redressement? Cette question soulève des enjeux particuliers lorsqu'il existe un syndicat accrédité et une convention collective dans l'entreprise. Encore ici, les deux lois diffèrent de manière assez importante.

Puisque la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* se veut un « outil flexible pour la réorganisation des entreprises insolvable »¹⁴², elle confère au tribunal de larges pouvoirs d'ordonnance¹⁴³. Les tribunaux se sont vus de plus reconnaître une « compétence inhérente » qui leur permet d'émettre des ordonnances portant sur les éléments qu'ils jugent nécessaires au maintien du statu quo le temps d'en arriver à un arrangement avec les créanciers et qui se situent « au-delà des seules mentions spécifiques de la loi »¹⁴⁴. Ces ordonnances reconnaissent généralement le droit pour la compagnie débitrice de résilier des contrats à exécution successive comme des baux, des contrats d'approvisionnement ou des contrats de travail, pour sauvegarder les intérêts de l'entreprise en difficulté.

Ce pouvoir de résiliation unilatérale permet-il à une entreprise ou au contrôleur qui agit à sa place pendant la négociation du plan d'arrangement de mettre fin unilatéralement à la convention collective ou encore d'en modifier unilatéralement les termes? Cette question était au cœur de la décision rendue par la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Mines Jeffrey*¹⁴⁵. Mines Jeffrey, une compagnie spécialisée dans l'exploitation et la transformation de l'amiante, exploitait une mine à ciel ouvert à Asbestos. En octobre 2002, elle se prévaut de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* et un contrôleur est désigné par le tribunal pour conserver les actifs de l'entreprise et en continuer l'exploitation pendant la période de négociation d'un plan d'arrangement avec les créanciers. Le jour même, le contrôleur procède au licenciement collectif de 220 employés de Mines Jeffrey. Le lendemain, il en réembauche 90, dont 60 salariés régis par l'une des trois conventions

¹⁴² Deslauriers et Verge, *supra* note 123 à la p. 420.

¹⁴³ *L.a.c.c.*, *supra* note 122, art. 9-11.7.

¹⁴⁴ Deslauriers et Verge, *supra* note 123 à la p. 420.

¹⁴⁵ *Syndicat national de l'amiante d'Asbestos Inc. c. Mines Jeffrey Inc.*, *supra* note 141.

collectives existant dans l'entreprise, en leur faisant signer un contrat individuel de travail établissant leurs conditions de travail. Quelques semaines plus tard, aux fins de l'exécution d'un contrat entre Mines Jeffrey et un nouveau client, le tribunal émet une nouvelle ordonnance dans laquelle il est déclaré que le contrôleur « n'est pas lié par les conventions collectives convenues entre Mines Jeffrey Inc. et ses ex-employés syndiqués et qu'il n'est conséquemment pas tenu d'en respecter les dispositions »¹⁴⁶ dans le cadre de l'exécution de ce contrat. Deux cent vingt salariés sont embauchés et chacun signe un contrat individuel de travail. Dans tout ce processus, aucune négociation n'a lieu avec les trois syndicats accrédités dans le but de modifier les conventions collectives existantes ou d'en suspendre l'application.

La Cour d'appel considère unanimement que la compétence inhérente très large qui est reconnue aux tribunaux ne leur permet pas de faire fi du régime de rapport collectif en place dans l'entreprise et du monopole de représentation syndicale qui découle des accréditations syndicales auxquelles les ordonnances n'ont pas mis fin et estime que « la signature de contrats individuels avec des personnes appelées à occuper l'un ou l'autre des postes visés par les accréditations viole le monopole de représentation (...) et est illégale »¹⁴⁷. La Cour d'appel estime de plus que « le pouvoir du contrôleur, *avec ou sans autorisation du tribunal*, de terminer un contrat [...] apparaît difficilement applicable à une convention collective en raison de l'encadrement législatif, fédéral ou provincial, selon le cas, s'y appliquant et qui en fait plus qu'un simple contrat bilatéral, mais un instrument véritablement original » [nos italiques]¹⁴⁸. Par conséquent, les conditions de travail des salariés rappelés au travail par le contrôleur doivent être conformes à la convention collective ou encore être le fruit d'une négociation entre le contrôleur et les syndicats accrédités. Il en serait de même de toute modification des conditions de travail dans les plans d'arrangements. Le contrôleur n'est pas devenu l'employeur des salariés puisqu'il est désigné pour agir à sa place pendant la période de négociation des arrangements, mais il est lié par les conventions collectives qu'il a conclues.

Il ressort de cette décision que « l'employeur était tout à fait libre de se prévaloir ou de refuser de se prévaloir du travail régi par la convention collective. S'il s'en prévalait, comme dans l'espèce, il assumait alors d'en payer le prix convenu avec le syndicat »¹⁴⁹. Cette décision, toutefois, ne concerne que la contrepartie salariale établie par la convention collective

¹⁴⁶ *Ibid.* au para. 22.

¹⁴⁷ *Ibid.* au para. 46.

¹⁴⁸ *Ibid.* au para. 53.

¹⁴⁹ Deslauriers et Verge, *supra* note 123 aux pp. 422-23.

et ne traite pas « d'autres aspects de la convention collective »¹⁵⁰, notamment de l'obligation de respecter l'ordre de préséance établi dans les conventions collectives en ce qui concerne le rappel au travail. En l'espèce, les règles de la convention collective avaient été suivies par le contrôleur pour le rappel au travail, sans le concours du syndicat¹⁵¹.

Selon Jacques Deslauriers et Pierre Verge, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* établit un cadre tout à fait différent eu égard aux conditions de travail applicables lors de la poursuite des activités d'une entreprise jusqu'à l'approbation d'une proposition concordataire puisque « le régime légal de la proposition [concordataire] ne postule aucune dérogation à la législation du travail pour ce qui est de son application au travail exécuté à la suite de la proposition »¹⁵².

L'une des pièces centrales de la *Loi édictant la Loi sur le Programme de protection des salariés et modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et d'autres lois en conséquence*¹⁵³ sanctionnée le 25 novembre 2005 est toutefois d'instaurer une procédure de réouverture des négociations collectives pratiquement similaire dans les deux lois. Une entreprise (personne insolvable ou compagnie, suivant les termes des deux lois) qui se restructure, soit en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, soit en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, pourrait demander au tribunal une ordonnance l'autorisant à transmettre à l'autre partie un avis de négociation en vue de la révision de la convention collective. Le tribunal ne pourrait rendre une telle ordonnance que s'il était convaincu, à la fois, qu'aucune proposition, transaction ou arrangement viable ne pourrait être fait compte tenu des dispositions de la convention collective, que l'entreprise a tenté de bonne foi d'en négocier de nouveau les dispositions et qu'elle subirait vraisemblablement des dommages irréparables s'il ne la rendait pas¹⁵⁴. Si,

¹⁵⁰ *Ibid.* à la p. 422.

¹⁵¹ *Ibid.* à la p. 421. Voir dans le même sens, concernant cette fois un régime de participation aux bénéfices de l'entreprise négocié entre l'employeur et des syndicats accrédités : *Uniforét Inc. et 9027-1875 Québec Inc.*, [2003] R.J.Q. 2073, J.E. 2003-1407, D.T.E. 2003T-747 (C.A.).

¹⁵² Deslauriers et Verge, *supra* note 123 à la p. 419. Précisons que les deux lois prévoient la suspension des procédures, par effet de la loi (*L.f.i.*, *supra* note 121, art. 69.1-69.2) ou d'une ordonnance du tribunal (*L.a.c.c.*, *supra* note 122, art. 11(3)-11(4)). Sur la portée de cette suspension en matière de recours naissant de la convention collective ou de lois du travail : Deslauriers et Verge (*ibid.*) aux pp. 420 (concernant la *L.f.i.*), 423 (concernant la *L.a.c.c.*).

¹⁵³ *Loi modificative*, *supra* note 123.

¹⁵⁴ *Ibid.*, art. 44 ajoutant l'article 65.12 à la *L.f.i.*, art. 131 ajoutant l'article 33 à la *L.a.c.c.* Pour une comparaison avec le modèle américain, dans lequel la résiliation

à l'issue de la réouverture des négociations, aucune entente n'intervenait pour modifier la convention collective, il incomberait aux créanciers d'accepter ou de rejeter le plan de réorganisation dans le cadre de la convention collective existante qui ne pourrait être unilatéralement modifiée. Si une entente intervenait pour modifier la convention collective, toute concession de l'agent négociateur serait considérée comme une réclamation non garantie (ou une créance chirographaire, suivant la L.a.c.c.) dans le processus de restructuration.

Conclusion

Le présent article portait sur l'entreprise et sur la capacité du droit du travail d'en saisir la réalité, condition essentielle pour qu'il puisse y imposer des normes qui, conformément à ses finalités, concilient intérêt de l'entreprise et protection des salariés. À cette fin, trois cas de figure reflétant différentes situations de restructuration d'entreprises ont été étudiés. Le principe voulant que le travail ne doit pas être considéré comme une marchandise ou un objet de commerce a-t-il une influence lors de la réorganisation, de la restructuration ou de la fermeture d'une entreprise? Au vu des cas de restructuration présentés, la réponse ne saurait être sans nuances.

La finalité de protection du droit du travail a pu être réalisée lorsque le modèle classique de l'entreprise conçue comme une organisation productive hiérarchisée¹⁵⁵ était dominant. L'entreprise correspond alors à un ensemble organisé des moyens humains, matériels ou intellectuels, variables d'une entreprise à l'autre, réunis à des fins précises : la production d'un bien ou d'un service. Cette organisation obéit à une logique hiérarchique¹⁵⁶: l'employeur est celui qui détient le pouvoir d'agencer les éléments qui la composent et, en particulier, de contrôler le travail. Simon Deakin a bien montré que la figure du contrat de travail correspondait à cette vision de l'entreprise intégrée verticalement où il est relativement facile d'identifier l'employeur, c'est-à-dire le responsable des protections établies par le droit du travail à l'égard des salariés¹⁵⁷.

unilatérale de la convention collective est soumise à une procédure préalable hautement codifiée en vertu de l'article 1112 du *U.S. Bankruptcy Code*, voir : Marvin Baer, *Les droits contractuels dans les cas d'insolvabilité*, Industrie Canada, Document de référence, juin 1998 aux pp. 38-39; Keith Yamauchi, « Collective Agreements in the Context of Corporate Reorganization : The Canadian and American Models » (2004) 11 C.L.E.L.J. 207. Le Rapport du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, *supra* note 127 à la p. 156 proposait aussi de permettre, à certaines conditions, la résiliation de contrats exécutoires, notamment des conventions collectives.

¹⁵⁵ Morin, *supra* note 64 aux pp. 7-8; Verge et Dufour, *supra* note 73 aux pp. 2-3.

¹⁵⁶ Verge et Dufour, *ibid.* à la p. 3.

¹⁵⁷ Simon Deakin, *Renewing Labour Market Institutions*, International Labour

Toutefois, les exemples que nous avons étudiés illustrent le fait que cette conception de l'entreprise ne peut plus totalement prévaloir en droit du travail. Il en est ainsi, d'une part, à cause des changements qui affectent l'entreprise comme organisation productive (1) et, d'autre part, parce que celle-ci ne peut plus être conçue uniquement comme une organisation productive (2).

1. L'entreprise comme *organisation productive* change. Comme le suggère la deuxième partie de notre texte, des entités juridiques distinctes réunies par des liens contractuels ou structurels peuvent exploiter en commun une entreprise dont les contours sont de plus en plus flous, comme l'écrit Marie-France Bich :

Mais où est l'entreprise dans une organisation de type « réseau », où la production et la réalisation des biens ou des services se fait par l'agrégation des activités de personnes juridiquement distinctes, parfois situées dans des juridictions nationales différentes, liées entre elles par contrat? L'entreprise correspond-elle aux contours de l'activité de chacune des personnes juridiques engagées dans ce processus commun de production [...] ou les dépasse-t-elle? Que devient l'entreprise dans la mesure où les activités de production ou de réalisation des biens ou des services ne sont plus concentrées entre les mains d'une seule personne mais réparties entre celles d'un groupe plus ou moins mouvant de personnes?

On pourrait dire qu'en quelque sorte, l'entreprise est passée de l'unité (de production, de contrôle, de direction) et de l'unicité (de personnalité) à la communauté, c'est-à-dire à la collaboration (dans la production, le contrôle, la direction) et à la pluralité (de personnalités)¹⁵⁸.

Le pouvoir de commander, de contrôler le travail, au sein de cette entreprise n'est plus concentré entre les mains d'une seule personne ou entité, d'où la difficulté d'y retrouver un seul employeur ou d'identifier les véritables bénéficiaires du travail d'une personne.

Pourtant, il ne fait aucun doute que les salariés qui travaillent au sein de ces nouvelles configurations d'entreprises ont des besoins de protection particuliers¹⁵⁹. Leur sécurité physique est altérée, les recherches démontrant que « le travail à haut risque est souvent effectué par des salariés d'agences de travail temporaire ou des salariés temporaires, ou

Organization (ILO) – Genève, International Institute for Labour Studies, 2004.

¹⁵⁸ Bich, *supra* note 73 à la p. 303.

¹⁵⁹ Pour une remarquable démonstration du décalage entre le système juridique et les pratiques d'externalisation dans le secteur français du bâtiment : Nicolas Jounin, « L'illégalité sous-traitée? Les conséquences du recours à des employeurs intermédiaires dans le secteur du bâtiment », (2007) *Dr. soc.* 38.

confié en sous-traitance à des petits entrepreneurs ayant ou non des salariés à leur emploi »¹⁶⁰. Leur sécurité économique l'est aussi lorsque l'« employeur véritable » désigné en vertu des règles actuelles est lui-même vulnérable ou le plus fragile économiquement¹⁶¹. Or, la méthode actuelle de détermination de l'employeur dans ces cas ne permet pas toujours de faire porter la responsabilité pour ces risques du travail sur l'ensemble des entités qui en bénéficient.

Des instruments de l'*Organisation internationale du travail* fournissent des pistes de solution intéressantes à cet égard. Ainsi, la *Convention sur le travail à domicile* (C 177) et la *Recommandation sur le travail domicile* (R 184) adoptées en 1996 proposent des moyens de reconnaissance d'une responsabilité élargie, rejoignant tant l'employeur que les intermédiaires, à l'égard du travailleur à domicile¹⁶². La *Recommandation concernant la*

¹⁶⁰ Lippel, Bernstein et Messing, *supra* note 91 à la p. 17; Katherine Lippel, « Le travail atypique et la législation en matière de santé et sécurité du travail » dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en santé et sécurité du travail*, vol. 201, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, 307; Richard Johnstone, Michael Quinlan et David Walters, « Statutory Occupational Health and Safety Workplace Arrangements for the Modern Labour Market » (2005) 47:1 J.I.R. 93 ; Peter Hasle, « Outsourcing and Employer Responsibility. A Case Study of Occupational Health and Safety in the Danish Public Transport Sector » (2007) 62 :1 R.I. 96. C'est pourquoi l'idée d'interdire « l'externalisation » du travail à risque par le recours à la sous-traitance ou aux agences de travail temporaire est soulevée dans plusieurs travaux : Bernier, Vallée et Jobin, *supra* note 91 à la p. 481 ; Lippel, Bernstein et Messing (*ibid.*) à la p. 17.

¹⁶¹ D'où l'idée, avancée dans certains travaux, que les agences de travail temporaire et les entreprises utilisatrices, tout comme les entreprises principales et les sous-traitants, puissent être tenues solidairement responsables des obligations pécuniaires découlant des lois du travail. Voir par exemple, la responsabilité solidaire de l'entreprise principale et du sous-traitant en ce qui a trait aux obligations pécuniaires découlant de la loi : *L.n.t.*, *supra* note 107, art. 95; *Loi sur les décrets de convention collective*, L.R.Q. c. D-2, art. 14. (Bernier, Vallée et Jobin, *supra* note 91 à la p. 504; Lippel, Bernstein et Messing, *supra* note 91 aux pp. 16, 39).

¹⁶² La *Convention sur le travail à domicile*, 1996 (C 177) définit l'employeur comme « toute personne physique ou morale qui, directement par un intermédiaire, que l'existence de ce dernier soit ou non prévue par la législation nationale, donne du travail à domicile pour le compte de son entreprise », et précise que « [I]lorsqu'il est admis d'avoir recours à des intermédiaires aux fins du travail à domicile, les responsabilités respectives des employeurs et des intermédiaires doivent être fixées, conformément à la pratique nationale, par voie de législation ou de décisions de justice » (*ibid.*, art. 1c), 8). La *Recommandation sur le travail à domicile*, 1996 (R 184) précise que « [I]lorsqu'un intermédiaire est utilisé, celui-ci devrait être tenu solidairement responsable avec l'employeur du paiement de la rémunération due aux travailleurs à domicile, conformément à la législation et à la pratique nationales » (*ibid.*, art. 18). Il s'agit d'instruments intéressants parce qu'ils « retiennent [...] la relation de travail bilatérale et en élargissent les conditions, qui sont au cœur de la norme de l'emploi tout en favorisant la responsabilisation

*relation du travail (R 198)*¹⁶³ adoptée en 2006, précise aussi qu'il revient aux États, dans le cadre de leurs politiques nationales, de « combattre les relations de travail déguisées », notamment lorsque « des arrangements contractuels ont pour effet de priver les travailleurs de la protection à laquelle ils ont droit »¹⁶⁴. À cette fin, les politiques nationales devraient « assurer que les normes applicables à toutes les formes d'arrangements contractuels établissent *qui est responsable* de la protection qu'elles prévoient » [nos italiques]¹⁶⁵. Le message est clair : l'effectivité du droit du travail tient à sa capacité de saisir la réalité de ce qu'est devenue l'entreprise comme organisation productive et d'identifier en son sein le ou les responsable(s) des protections qu'il établit. Un examen des règles existant dans d'autres domaines du droit — esquissé ici pour le droit de la consommation et le droit régissant les transports - montre qu'il ne s'agit pas là d'une tâche impossible.

Le droit de la consommation comprend ainsi, depuis plusieurs années déjà, des règles étendant la responsabilité en matière de produit dangereux au-delà du lien de droit contractuel entre un consommateur et un commerçant. Les règles du droit civil et du droit de la consommation régissant la responsabilité du fabricant et du vendeur professionnel montrent qu'il est possible de saisir juridiquement la chaîne de production et de distribution d'un bien reposant sur un amalgame de contrats ou de liens structurels entre entités distinctes. En vertu de ces règles, le fabricant d'un bien - tout comme les détaillants, les grossistes et autres distributeurs, c'est-à-dire tout fournisseur placé dans la chaîne de distribution - est responsable pour un dommage causé par un défaut de sécurité ou un vice caché affectant ce bien même s'il n'est pas lié contractuellement à la victime du dommage¹⁶⁶, laquelle peut être l'acquéreur initial du bien, ses

du sommet de la chaîne de sous-traitance » : Leah Vosko, « La réglementation du travail précaire dans le CIT » dans *Contester la norme : la condition féminine et la réglementation internationale du travail précaire*, Commission du droit du Canada, document de recherche, juillet 2004.

¹⁶³ *Recommandation R198 concernant la relation de travail*, adoptée le 15 juin 2006.

¹⁶⁴ *Ibid.*, art. 4b).

¹⁶⁵ *Ibid.*, art. 4d).

¹⁶⁶ La responsabilité du fabricant et du vendeur professionnel d'un bien se fonde sur trois régimes se trouvant dans la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q. c. P-40.1 [L.p.c.] ainsi que dans les règles du *C.c.Q.*, *supra* note 10 régissant la responsabilité extracontractuelle relative au défaut de sécurité d'un bien ou la responsabilité contractuelle relative au vice caché d'un bien. Pour une présentation claire des grandes caractéristiques de ces trois régimes : Claude Masse, « La responsabilité civile » dans *La réforme du Code civil. Obligations, contrats nommés*, textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, vol. 2, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, 235 aux para. 69-87.

acquéreurs subséquents ou parfois même un tiers qui l'utilise¹⁶⁷. La *Loi sur la protection du consommateur* prévoit que lorsque le fabricant d'un bien n'a pas d'établissement au Canada, la notion de fabricant est étendue à la personne qui importe ou distribue les biens fabriqués au Canada¹⁶⁸.

Cette responsabilité du fabricant (ou, en Europe, du producteur) n'est pas sans lien avec le droit du travail, comme l'écrit Alain Supiot : « devant répondre en aval de tout dommage causé par les produits qu'il met en circulation sur le marché », ce producteur ou ce fabricant « doit s'assurer en amont de la qualité de l'entier processus de fabrication de ces produits, et donc de la qualité du travail de tous ceux qui ont concouru à sa réalisation »¹⁶⁹. Difficile, dans un tel contexte de séparer la responsabilité du fabricant à l'égard du produit du « métacontrôle » qu'il exerce sur l'exécution du travail dans les différentes unités de la chaîne de production¹⁷⁰.

Ce lien entre le contrôle sur le travail et la sécurité d'un produit et d'un service ressort aussi d'un arrêt récent de la Cour d'appel du Québec¹⁷¹ rendu dans le domaine très particulier des transports et portant sur l'interprétation de la *Loi concernant les propriétaires et exploitants de véhicules lourds*¹⁷². Cette loi assujettit les propriétaires et les exploitants de véhicules lourds à des règles particulières « dans le but d'accroître la sécurité des usagers sur les chemins ouverts à la circulation publique et de préserver l'intégrité de ce réseau »¹⁷³. En l'espèce, une entreprise

¹⁶⁷ Masse, *ibid.* aux para. 72, 74.

¹⁶⁸ *L.p.c.*, *supra* note 166, art. 1g).

¹⁶⁹ Alain Supiot, « Revisiter les droit d'action collective » (2001) *Dr. soc.* 687 à la p. 698.

¹⁷⁰ Ne peut-on pas penser qu'une obligation générale de sécurité des services (et non plus des biens ou des produits) pourrait conduire à analyser de semblable manière le cadre dans lequel ils sont livrés et la responsabilité des différentes entités qui concourent à leur production? Sur l'obligation générale de sécurité des produits et des services existant dans le code français de la consommation et sur les divers régimes de réparation applicables en matière de service : Jean Calais-Auloy et Frank Steinmetz, *Droit de la consommation*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2003 aux para. 249-95. Voir aussi : Françoise Maniet, « Qualité et sécurité des produits de consommation au Québec » dans Françoise Maniet, dir., *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec, Actes du colloque de la Fondation Claude Masse*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005 aux pp. 108-09. Pour un aperçu de différents régimes régissant la qualité et la sécurité des biens et des services au Québec : Daniel Germain et Jorge Passalacqua, « La protection du consommateur. Une mission essentielle de l'État québécois » dans Maniet (*ibid.*) aux pp. 29, 38-39.

¹⁷¹ *RCI Environnement Inc. c. Commission des transports du Québec*, 2007 QCCA 666, [2007] R.J.Q. 1152, J.E. 2007-1012 (C.A.).

¹⁷² L.R.Q. c. P-30.3.

¹⁷³ *Ibid.*, art. 1.

spécialisée dans le transport et l'enlèvement de déchets solides et d'ordures ménagères contestait une décision de la Commission des transports du Québec qui, compte tenu du dossier routier de l'entreprise, avait conclu qu'elle mettait « en danger la sécurité des usagers de la route »¹⁷⁴. La Commission lui avait par conséquent ordonné « de faire suivre à tous les chauffeurs, employés ou conducteurs des sous-traitants, à temps plein ou partiel, des cours de formation »¹⁷⁵. L'entreprise avait contesté devant le Tribunal administratif du Québec la portion de l'ordonnance relative aux sous-traitants et aux conducteurs employés par les sous-traitants. Elle prétendait ne pas être un exploitant de véhicules lourds puisqu'elle n'était ni propriétaire, ni locataire des véhicules en cause, qui appartiennent aux sous-traitants. Elle estimait être un intermédiaire entre ces sous-traitants et les clients, et ne pas avoir le pouvoir de contrôler la formation de leur main-d'œuvre¹⁷⁶.

Cet argument n'est retenu ni par le Tribunal administratif du Québec, ni par la Cour supérieure en révision judiciaire, ni par la Cour d'appel. Cette dernière estime que les instances spécialisées n'ont pas rendu une décision déraisonnable en considérant qu'un exploitant n'est pas nécessairement le propriétaire des véhicules lourds et qu'en l'espèce, le rôle de l'entreprise ne se limitait pas à celui d'intermédiaire entre les clients et les sous-traitants. L'entreprise offrait directement des services de transport et contrôlait l'utilisation des véhicules lourds ainsi que l'organisation et l'exécution du transport ou du déplacement à effectuer¹⁷⁷.

¹⁷⁴ *RCI Environnement Inc. c. Commission des transports du Québec*, supra note 171 au para. 15.

¹⁷⁵ *Ibid.* au para. 8.

¹⁷⁶ L'entreprise en cause dans cette affaire est un bel exemple d'une entreprise opérant avec peu de salariés et d'équipements lui appartenant en propre (voir les données relatives à cette entreprise pour 2003 et 2004 : *ibid.* au para. 11), mais à la tête d'un réseau contractuel élaboré. En effet, une fois conclu un contrat avec un client au sujet des services de collecte et de transport des déchets, l'entreprise assigne le travail à des employés ou des sous-traitants, ces derniers assurant environ 90% de ces services. Les sous-traitants possèdent un ou plusieurs véhicules lourds. Ils sont eux-mêmes constitués en corporation et peuvent avoir des salariés à leur service. Les contrats entre l'entreprise et les sous-traitants prévoient que ces derniers n'ont pas le droit de sous-traiter l'exécution des services à d'autres entreprises parce que l'entreprise veut conserver un contrôle sur l'exécution du contrat et sur la qualité des services (*ibid.* au para. 12). Les sous-traitants ne sont pas liés par une clause d'exclusivité et ils peuvent offrir leurs services à d'autres clients, même si cette possibilité est largement théorique compte tenu des particularités et de la spécialisation des équipements (les véhicules lourds sont notamment identifiés au nom et aux couleurs de l'entreprise) et des autres clauses du contrat d'entreprise (*ibid.* au para. 14). Or, cette structure contractuelle n'empêche pas que l'entreprise qui contracte auprès de clients et qui distribue le travail auprès des sous-traitants soit considérée comme la responsable des obligations de sécurité et la cible des sanctions.

¹⁷⁷ *Ibid.* au para. 14.

Bien que la notion de contrôle dans l'utilisation d'un véhicule lourd n'apparaisse pas dans la loi, la Cour d'appel juge que c'est à bon escient que ce critère a été utilisé pour interpréter la notion d'exploitant prévue à la loi :

Pour la Commission [des transports du Québec], la notion de contrôle est intimement liée à la définition d'exploitant, et ce, pour des raisons qui tiennent à la finalité de la LPEVL : l'objectif de sécurité prévu à la LPEVL ne saurait être atteint que dans la mesure où les sanctions et mesures de correction applicables sont imposées à la personne qui a un contrôle réel sur le transport.

Le recours par la Commission et le T.A.Q. aux règles de l'interprétation téléologique était approprié. Il permettait au décideur administratif de rechercher l'interprétation susceptible d'assurer l'accomplissement de l'objet de la LPEVL et son exécution (art. 41 de la Loi d'interprétation). En l'espèce, il n'avait pas pour effet d'ajouter un critère non prévu à la loi.¹⁷⁸

La Commission avait estimé qu'« on ne peut par contrat, aussi étanche soit-il pour les fins d'établir les relations du travail, passer outre ou contrevenir à une loi d'intérêt public telle que la *Loi concernant les propriétaires et exploitants de véhicules lourds* »¹⁷⁹. Bref, même si l'entreprise n'était pas juridiquement l'employeur des sous-traitants et/ou de leurs chauffeurs au sens du droit du travail (ce qui, rappelons-le, n'était pas l'objet du litige), elle exerçait un contrôle sur l'organisation et l'exécution du service qui en faisait la responsable des obligations et des sanctions prévues par la *Loi concernant les propriétaires et exploitants de véhicules lourds*.

Ces deux exemples - tirés du droit de la consommation et du droit relatif aux transports - montrent que l'objectif de sécurité du public (qu'il s'agisse des consommateurs ou usagers d'un produit de consommation ou des usagers de la route) peut justifier de rechercher, au-delà des montages contractuels, l'entité qui exerce le véritable contrôle sur l'*organisation* de la production d'un bien ou d'un service, puisque seule cette entité peut garantir le respect des normes de sécurité ou en être responsable en cas de violation. Issus de lois particulières, ces exemples ne sont pas directement « exportables » en droit du travail. Ils suggèrent toutefois qu'une telle perspective réaliste pourrait aussi prévaloir pour assurer pleinement l'atteinte des objectifs du droit du travail qui comporte, lui-aussi, des normes d'ordre public. Le droit du travail, rappelons-le, protège la sécurité physique et économique ainsi que la dignité et les droits fondamentaux de la personne au travail. Pour être pleinement réalisé, cet objectif devrait

¹⁷⁸ *Ibid.* aux para. 67-68.

¹⁷⁹ *Ibid.* au para. 14.

autoriser une interprétation large de ce qu'est un employeur (ou les employeurs lorsque le contrôle est partagé) dans les nouveaux modèles d'entreprise.

Il s'agit là d'un premier défi pour le droit du travail : être capable de saisir ce qu'est devenue l'entreprise comme organisation productive. L'autre défi est de saisir l'entreprise dans ses autres dimensions, ce qui appelle à un travail de réflexion encore à faire.

2. En effet, l'entreprise comporte différents niveaux d'organisation auxquels correspondent des centres de décision distincts. Elle ne peut plus être conçue uniquement comme une *organisation productive*, même éclatée. Elle est aussi une *organisation économique* dont le principe organisateur « n'est plus la production mais le pouvoir de décision économique par rapport au marché »¹⁸⁰ et un *groupe financier*, ce niveau étant « celui qui hiérarchise les autres, en ce sens que la décision économique est moins dominée par le marché des produits que par l'impératif de la création de valeur pour l'actionnaire »¹⁸¹. Nul n'ignore les incidences qu'ont sur le travail des décisions prises en vue de maintenir ou d'augmenter la valeur de l'action ou des décisions de délocalisation afin de cibler de nouveaux marchés ou de diminuer les coûts : ces décisions qui affectent l'*organisation productive* se prennent à des niveaux de l'entreprise que le droit du travail, du moins au Canada, n'atteint pas ou peu¹⁸². Les règles qui régissent les fermetures d'entreprise, étudiées dans la première partie du texte¹⁸³, ou les restructurations en cas de faillite et d'insolvabilité, étudiées dans la troisième partie du texte¹⁸⁴, le démontrent. Rien d'étonnant dès lors à ce que le travail soit, à ces niveaux, considéré comme une marchandise, un objet de commerce ou une « ressource » comme une autre.

¹⁸⁰ Morin, *supra* note 64 à la p. 8.

¹⁸¹ *Ibid.* à la p. 10.

¹⁸² Il revient alors aux acteurs sociaux de mobiliser des règles qui se situent hors du domaine du droit du travail. Voir l'exemple des campagnes d'actionnaires : Guylaine Vallée, « Les codes de conduite des entreprises multinationales et l'action syndicale internationale : réflexions sur la contribution du droit étatique » (2003) 58:3 R.I. 363.

¹⁸³ La fermeture de l'établissement de Jonquière de Wal-Mart peut-elle être assimilée à une fermeture d'entreprise? Rappelons que Wal-Mart continue, par ses autres établissements situés à proximité, à desservir le même marché régional. Voir ci-dessus nn. 64-69 et texte correspondant.

¹⁸⁴ Il n'existe pas, avons-nous vu, de représentation organisée et spécifique des salariés, autrement que comme créanciers, lors de négociations relatives à la restructuration d'une entreprise en situation d'insolvabilité. Par ailleurs, il faut noter l'absence d'une représentation spécifique et organisée des travailleurs dans les organes de direction des entreprises, ce qui ne leur permet pas d'être consultés, ni même informés, au sujet de décisions d'affaires ayant des incidences sur le travail.

La pertinence de la finalité de protection du droit du travail n'est pas remise en cause ici. On peut même penser qu'avec les transformations du travail et de l'entreprise, elle est plus que jamais nécessaire. C'est l'atteinte de cet objectif de protection compte tenu des transformations économiques des sociétés qui est le véritable défi du droit du travail¹⁸⁵. Pour ne pas devenir un instrument de segmentation du marché du travail, le droit du travail doit cerner les nouvelles configurations d'entreprises et tenter d'imposer la prise en compte des intérêts des travailleurs à tous les niveaux de l'entreprise.

¹⁸⁵ En effet, « [l]abour law represents the field where this political tradition of respect for the individuals clashes most directly with the operation of market » : Collins, Ewing et McColgan, *supra* note 2 à la p. 5.