

Le rapport juridique entre la Couronne et son préposé

Claude D'Aoust and Monique Desrochers

Volume 17, Number 1-2, 1986

Hommage à J.-Gaston Descôteaux : le droit du travail dans l'ordre juridique actuel

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1059323ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1059323ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

D'Aoust, C. & Desrochers, M. (1986). Le rapport juridique entre la Couronne et son préposé. *Revue générale de droit*, 17(1-2), 135–150.
<https://doi.org/10.7202/1059323ar>

Article abstract

This paper discusses the nature of the legal relationship between the Crown and its servant as seen by authors and courts. The question is examined in its positive and normative aspects.

In positive law, the matter is not settled, although one observes a jurisprudential trend towards assimilating such a relationship to the contractual one of master and servant. However, attention must be paid to *obiter dicta* as opposed to *rationes decidendi*.

Likewise, some authors have evolved in the same direction, as have those of the present essay.

Regarding collect labour relations, various statutes place the State (*i.e.* Her Majesty in the rights of Canada or of a Province) on the same foot as private employers, for all *essential purposes*; the Legislator, we believe, would be well advised to regulate individual labour relations similarly. The Crown should be considered as a private citizen, but for specific exceptions, contrary to prevailing legal rules. In this respect (though the point is barely mentioned in this article) the evolution of the Crown's liability in tort should be used as a model for building a modern system of contractual liability in general and more specifically concerning the contract of employment or of services.

Le rapport juridique entre la Couronne et son préposé

CLAUDE D'AOUST

École de relations industrielles

et

MONIQUE DESROCHERS

École de bibliothéconomie et des sciences de l'information

Université de Montréal

RÉSUMÉ

Cet article traite de la nature du lien juridique qui unit la Couronne et son préposé en se fondant sur la doctrine et la jurisprudence. La question est examinée tant sous l'angle du droit positif que normatif.

En droit positif, la question n'est pas réglée bien qu'on note une évolution de la jurisprudence tendant à assimiler ce lien à la relation contractuelle entre salariés et employeurs privés. Cependant, il faut ici garder en mémoire la différence qui sépare l'obiter dictum de la ratio decidendi.

De la même façon, on trouve en doctrine des prises de positions allant dans le même sens. C'est dans ce courant que s'inscrivent les auteurs de cet essai.

Sur le plan des rapports collectifs, l'État (entendons Sa Majesté aux droits du Canada ou des provinces) a été assimilé, pour l'essentiel, à un employeur privé par diverses lois; le législateur devrait faire de même, selon les auteurs, quant aux rapports individuels du travail. La

ABSTRACT

This paper discusses the nature of the legal relationship between the Crown and its servant as seen by authors and courts. The question is examined in its positive and normative aspects.

In positive law, the matter is not settled, although one observes a jurisprudential trend towards assimilating such a relationship to the contractual one of master and servant. However, attention must be paid to obiter dicta as opposed to rationes decidendi.

Likewise, some authors have evolved in the same direction, as have those of the present essay.

Regarding collect labour relations, various statutes place the State (i.e. Her Majesty in the rights of Canada or of a Province) on the same foot as private employers, for all essential purposes; the Legislator, we believe, would be well advised to regulate individual labour relations similarly. The Crown should be considered as a private citizen, but for specific exceptions, contrary to prevailing legal rules. In this respect (though the point is barely mentioned in

Couronne devrait être traitée comme un particulier, sauf exceptions spécifiques, contrairement aux règles de droit actuellement en vigueur. À cet égard, (bien que les auteurs se soient contentés de mentionner la question), l'évolution du droit de la responsabilité civile délictuelle de la Couronne devrait servir de guide dans l'élaboration d'un nouveau régime de responsabilité civile contractuelle en général et dans le domaine du contrat de travail ou de service en particulier.

this article) the evolution of the Crown's liability in tort should be used as a model for building a modern system of contractual liability in general and more specifically concerning the contract of employment or of services.

SOMMAIRE

Introduction.....	136
I. La prérogative royale	139
II. La disposition législative particulière.....	140
III. Le pouvoir dérivé de la <i>common law</i>	141
IV. La portée de la législation particulière	144
V. La permanence	147
Conclusion.....	149

The exact legal nature of the Crown-servant relationship has never been unquestionably established.

DOUGLAS STANLEY

INTRODUCTION

Le rapport juridique entre la Couronne et ses serviteurs, qu'on appelle plus volontiers fonctionnaires de nos jours, a été quelque peu clarifié et modernisé il y a une vingtaine d'années. Du moins en a-t-il été ainsi pour la majorité d'entre eux.

L'Honorable Jean Lesage, Premier ministre du Québec, avait bien résisté à la syndicalisation de la fonction publique. Le 19 février 1962, lors de la présentation d'un mémoire de la Confédération des syndicats nationaux, il affirmait avec force qu'il ne saurait y avoir de véritable convention collective entre la Souveraine et ses sujets¹. Quelques années

1. Voir *La Presse*, le 20 février 1962, pp. 1-2; *Le Devoir*, le 20 février 1962, pp. 1-2 et p. 14; *Le Devoir*, le 22 février 1962, p. 7.

À cette époque, le Premier ministre reconnaissait aux fonctionnaires le droit d'association, mais non le droit de négocier ni de s'affilier à une centrale syndicale.

plus tard, le gouvernement allait corriger son tir². En somme, la législation ajustait la nature juridique de ses rapports avec ses sujets à la réalité moderne³.

De la même façon, les salariés des sociétés de la Couronne ont depuis longtemps reçu le droit d'association, négociant de véritables conventions collectives, et ont même le droit de grève.

D'autre part, certains « employés de l'État » qui ne sont pas des fonctionnaires au sens strict leur sont parfois assimilés ou non, du point de vue de la négociation, selon l'ordre de compétence législative qui les régit. Les membres de la Gendarmerie royale du Canada et de la Sûreté du Québec en sont de bons exemples⁴.

Reste le cas des fonctionnaires non syndiqués, qu'il s'agisse de cadres, d'employés surnuméraires, de salariés à terme (dits « contractuels »), etc. Toutes ces personnes n'étant pas couvertes par une convention collective, il convient de se demander quelles règles de droit régissent leur relation avec leur employeur.

Dans une décision récente, la Cour suprême endosse unanimement le principe, mis de l'avant par l'Honorable juge Beetz, qu'à moins de dispositions législatives à l'effet contraire ou encore de dérogation issue de la prérogative royale, le lien qui unit un salarié à la Couronne doit s'analyser selon les principes du droit commun⁵.

2. Le Bill 54, projet de *Code du travail*, fut d'abord présenté à la session de 1963. Dans une version remaniée, présentée lors de la session suivante, en février 1964, l'article 1, par. 1) incluait Sa Majesté dans la définition d'« employeur ». Ce n'est qu'en 1965, par l'adoption de la *Loi de la fonction publique*, S.Q., 1965, chap. 14, sanctionnée le 6 août 1965, que le régime syndical de la fonction publique fut arrêté complètement.

Pour un exposé succinct de ces faits, consulter : Maurice LEMELIN, *Les négociations collectives dans les secteurs publics et parapublics*, Les Éditions Agence d'ARC Inc., Montréal, 1984, pp. 67 et suiv.

3. Il en fut de même en matière de responsabilité civile par suite d'une faute d'un agent de la Couronne. La maxime *The King can do no wrong* ne résista pas davantage à la modernisation du droit des rapports juridiques entre la Couronne et les citoyens que celle voulant que « La Reine ne négocie pas avec ses sujets ».

4. Comparer la *Loi sur la Gendarmerie Royale du Canada*, S.R.C. 1970, chap. R-9 (notamment les articles 13, 21 et 22) à la *Loi du régime syndical applicable à la Sûreté du Québec*, L.R.Q. chap. R-14.

5. *Le procureur général de la province de Québec c. Labrecque et al.*, [1980] 2 R.C.S. 1057, p. 1080 et suiv.

Notons que la Cour (p. 1081) prend grand soin d'indiquer qu'elle ne se prononce que dans le cas d'espèce sous étude. Cela ne diminue en rien la généralité des propos qui suivent et de là leur portée. René DUSSAULT et Louis BORGEAT, *Traité de droit administratif*, deuxième édition, tome I, P.U.L., 1984, p. 608, sont d'avis que la portée de la décision est grandement réduite du fait que les employés occasionnels, comme Labrecque, sont désormais régis par convention collective, selon l'article 83, deuxième alinéa de la *Loi sur la fonction publique*, L.R.Q., chap. F-3.1.1. À notre avis cela réduit le nombre possible de cas d'application de l'arrêt mais ne change en rien l'interprétation qu'on peut donner à l'arrêt sur l'avis de la Cour relativement à la nature des relations juridiques entre la Couronne et ses préposés.

Quant à la pertinence du droit commun en ce qui concerne la relation entre les fonc-

Dans une autre affaire, la Cour suprême décide majoritairement que le pouvoir de la Couronne de congédier à volonté peut être restreint contractuellement⁶. Il est vrai que le « contrat » dont il est ici question est une convention collective autorisée par une loi particulière. Mais une loi pourrait tout aussi bien permettre une dérogation par contrat individuel de travail. De plus, le juge Laskin retient l'opinion que ce droit de congédier à volonté tire sa source de la *common law* et non d'une prérogative royale. Or, on peut faire échec à une règle de *common law* par entente individuelle tandis que la prérogative ne cède le pas que devant une loi⁷.

Pour les fins de notre exposé, nous laisserons de côté les employés publics syndiqués, tenant pour acquis qu'ils ont valablement négocié une convention collective en vertu d'une loi⁸ et que cette convention circonscrit le pouvoir de congédier de Sa Majesté. Ce sont les autres cas qui nous intéressent.

Notons aussi que le pouvoir de congédier à volonté implique celui de suspendre, de déplacer ou de muter un fonctionnaire ou un autre employé public⁹. Le plus comprend le moins et le pouvoir de prendre une mesure extrême comporte celui de prendre une mesure de moindre importance.

tionnaires et l'État, il semble qu'elle gagne des adeptes. Un auteur cite en effet un article de la *Loi sur la fonction publique* du Nouveau-Brunswick prévoyant que la cessation de l'engagement d'un *deputy head or employee* sera régie par les règles ordinaires du contrat, en l'absence de disposition légale expresse à l'effet contraire : William A.W. NEILSON, « Service at the pleasure of the crown : the law of dismissal of senior public servants », (1984) 57 *Canadian Public Administration* 572, note 58.

6. *The Nova Scotia Government Employees Association and John Wilson c. The Civil Service Commission of Nova Scotia et al.*, [1981] 1 R.C.S. 211, p. 222.

7. La prérogative ne toucherait que le renvoi d'un membre des forces armées. Ce n'est que par extension qu'on l'aurait appliquée, sans distinction, à tous les serviteurs de la Couronne. *Id.*, p. 222.

8. Sur la portée d'une convention négociée dans de telles conditions voir l'arrêt *The Nova Scotia Government Employers Association and Wilson*, *supra*, note 6.

9. À cet effet, voir Peter W. HOGG, *Liability of the Crown*, The Law Book Company Limited, Sydney, Australia, 1971, p. 150, note infrapaginale 10.

Selon lui, les mesures moindres s'analysent en un renvoi suivi d'un ré-engagement, auquel l'employé n'est pas obligé de souscrire. En ce sens, même la diminution de salaire serait permise.

Pour Richardson, la suspension et le renvoi à discrétion demeurent des pouvoirs distincts dont l'un peut subsister lorsque l'autre est implicitement ou expressément écarté. De même, certains juges ont rejeté la proposition voulant que le pouvoir de suspendre soit un corollaire de celui de congédier à volonté. Voir Ivor L.M. RICHARDSON, "Incidents of the Crown-Servant Relationship", (1955) 33 *R. du B. can.* 424, pp. 440-443.

Douglas STANLEY, « Prerogative in Private and Public Employment », (1972) 20 *McGill Law Journal* 394, pp. 405-406), mentionne lui aussi le droit ancien de suspendre qui appartiendrait à la Couronne en vertu du droit commun et qu'elle exerçait sans l'associer à un renvoi ou à la perte du salaire. Cependant, il explique cette dissociation par la notion de propriété attachée autrefois à la fonction ou au titre conféré par la Couronne.

Quant au pouvoir de déplacer ou muter il est aussi distinct de celui de congédier et n'en découle pas. Il peut donc continuer d'exister alors que la loi a aboli le pouvoir de congédier sommairement.

Par ailleurs, le fait que l'individu soit « nommé » à un poste en vertu d'une loi¹⁰ importe peu. Selon les mots du juge Beetz, « [i]l faudrait beaucoup plus que cette expression pour écarter les principes généraux du droit commun »¹¹. Ce qu'il faut, en réalité, c'est la présence d'une prérogative royale, une disposition législative ou encore un pouvoir dérivé de la *common law*.

I. LA PRÉROGATIVE ROYALE

La prérogative royale résulte d'une exception, reconnue par les tribunaux anglais, à la règle suivant laquelle les pouvoirs de la Couronne sont régis par le droit et peuvent être restreints ou abolis par une loi¹². Elle a pour objet le bon fonctionnement de l'État plutôt que d'être un privilège établi au profit du Souverain¹³.

Par conséquent, si elle n'est pas essentielle au bon fonctionnement de l'État, la prérogative royale n'a plus sa raison d'être. On peut à juste titre se demander si le pouvoir de congédier à volonté entre dans cette catégorie. Autrement dit, pourquoi le renvoi d'un fonctionnaire devrait-il dépendre uniquement de la discrétion du gouvernement, sans contrôle extérieur du motif de renvoi? Certes, le renvoi n'est qu'une modalité parmi d'autres de cessation de la relation de commettant à préposé, qu'il s'agisse d'une relation de droit privé ou du Service de l'État. Cependant, nous mettons l'accent sur le renvoi parce que c'est l'élément critique qui distingue l'une de l'autre.

Historiquement, la prérogative du renvoi à discrétion s'appliquait aux forces armées et ce n'est que par extension qu'on l'applique aux fonctionnaires de tous ordres¹⁴.

10. Voir par exemple la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, *supra*, note 4, art. 5 et 7; *Loi sur la fonction publique*, *supra*, note 5, art. 51.

11. Arrêt *Labrecque*, *supra*, note 5, p. 1083.

12. E.C.S. WADE et G. Godfrey PHILLIPS, *Constitutional and administrative law*, Ninth Edition by A.W. BRADLEY, Longman Group Limited, London, 1977, p. 231.

13. *Id.*, p. 233.

Richardson (*loc. cit.*, note 9, pp. 428-429) qui défend pourtant la place de l'intérêt public comme justification du renvoi à volonté dit bien que l'intérêt public ne requiert pas que tous les employés civils soient soumis à ce régime. Par ailleurs, il existe également un intérêt public à respecter le caractère sacré du contrat (*sanctity of contract*), à plus forte raison s'il engage le gouvernement plutôt que des individus. S'il s'agit de sécurité publique, celle-ci peut tout aussi bien être sauvegardée par l'utilisation de la suspension ou du transfert.

14. Voir HOGG, *op. cit.*, note 9, p. 150. L'honorable juge Laskin semble accepter cette explication dans l'arrêt *The Nova Scotia Government Employees Association*, *supra*, note 8, p. 222.

Neilson (*loc. cit.*, note 5, p. 407) cite trois décisions rendues en Grande-Bretagne entre 1866 et 1877. Ces jugements, mettant en cause des officiers militaires, seraient à l'origine de l'état actuel du droit qui maintient le principe du renvoi à volonté pour les fonctionnaires civils. Blair endosse cette position et se fait défenseur d'un même traitement pour les militaires et les employés civils en soutenant que leur statut est analogue. Cependant, relativement à la sécurité d'emploi au service de l'État, il est difficile de soutenir qu'à l'époque actuelle un simple soldat soit plus important qu'un commis au ministère de la Défense. Voir Leo BLAIR, "The Civil Servant — A Status Relationship?", (1958) 21

Si l'on peut accepter la nécessité de la prérogative du Souverain, chef suprême des forces armées, à l'endroit des militaires — particulièrement en temps de guerre — la justification est moins évidente en ce qui concerne les fonctionnaires civils.

En somme, la question se résume à savoir si l'analogie est plus étroite avec les employés privés plutôt qu'avec les militaires. Poser la question, c'est y répondre.

S'il n'y a pas de contrat entre la Couronne et les militaires¹⁵, il est concevable qu'il en existe un entre les employés civils et l'État.

La prérogative royale dérive de la *common law*, mais d'autres pouvoirs de la Couronne tirant leur origine de la *common law* sont également reconnus aux citoyens ordinaires; en ce dernier cas, on ne parle pas de prérogative royale. Tel est, par exemple, le pouvoir général de contracter¹⁶.

La prérogative royale étant exceptionnelle par rapport au droit commun, on doit l'écarter chaque fois que le droit commun explique raisonnablement une situation juridique donnée. C'est la position retenue par la Cour suprême dans l'affaire *Labrecque*¹⁷.

II. LA DISPOSITION LÉGISLATIVE PARTICULIÈRE

Certaines lois permettent le renvoi à volonté d'un fonctionnaire ou d'un employé assimilé.

Tel était le cas de l'article 57 du *Civil Service Act* de Nouvelle-Écosse¹⁸. Mais en l'espèce, une autre loi permettait de neutraliser ce pouvoir par l'entremise d'une convention collective¹⁹. Dans un cas semblable, la mise en échec de la règle du renvoi discrétionnaire n'a été rendue possible que parce qu'une loi le permettait et que l'entente (une convention collective) remplissait les conditions prévues par cette dernière. Tout autre type d'entente, y compris une entente individuelle, aurait été sans effet.

On peut mentionner aussi le cas de la Gendarmerie royale du Canada. L'article 13, paragraphe (1) de la *Loi sur la gendarmerie royale du Canada* édicte qu'un officier détient ses fonctions au gré du gouverneur

The Modern Law Review 265. Cependant, Richardson (*loc. cit.*, note 9, p. 426) recommande la plus grande prudence dans les comparaisons entre les deux groupes d'employés de la Couronne et maintient que leur position juridique diffère puisque l'un possède un statut et l'autre s'engage par contrat.

15. Cette proposition paraît indiscutable en temps de conflit. En effet, la conscription supplée (parfois) à l'engagement volontaire; par ailleurs, la démission unilatérale est prohibée et est qualifiée de désertion.

16. WADE and PHILLIPS, *op. cit.*, note 12, p. 233.

17. *Supra*, note 5, p. 1022-1023.

18. R.S.N.S. 1967, chap. 34.

19. *The Nova Scotia Government Employers Association and Wilson*, *supra*, note 8.

en conseil²⁰. Quant au membre ordinaire, « il peut être congédié ou renvoyé en tout temps avant l'expiration de la durée de son engagement »²¹. Dans ces deux cas, aucune entente ne peut écarter la règle puisqu'aucune loi ne le permet.

Remarquons que, même si une loi permet le renvoi à volonté, l'employeur a une obligation de suivre les préceptes de justice naturelle, d'agir équitablement (c'est le *duty to act fairly*²²). Il est vrai que ce devoir n'existe pas, en droit positif, lorsque la personne est employée à titre amovible. Mais dans une perspective normative, nous retenons l'opinion du juge Laskin, qui, commentant l'état du droit ancien gouvernant le renvoi des policiers, écrit :

[...] il convient de réexaminer l'ancienne règle de *common law*, qui dérive essentiellement du droit de la Couronne et qui porte que le titulaire d'une charge à titre amovible peut être destitué sans motif et sans préavis. C'est un anachronisme à l'époque des conventions collectives qui se sont répandues dans les emplois des secteurs publics et privés et protègent largement de la destitution arbitraire les employés qui ne peuvent invoquer le statut de titulaires de charge [...]²³.

Si l'on applique ces remarques au fonctionnaire sujet au renvoi à volonté, cela signifie qu'il devrait, entre autres, être informé du motif de son renvoi (ce qui n'implique pas le droit à la révision au fond de ce motif), avoir la possibilité de faire des représentations, etc.

III. LE POUVOIR DÉRIVÉ DE LA *COMMON LAW*

Si l'on pose comme prémisse que la Couronne a, en vertu de la *common law*, le pouvoir général de contracter, on peut admettre qu'elle ait le pouvoir particulier de s'engager contractuellement vis-à-vis d'un

20. *Supra*, note 4.

21. *Id.*, art. 13, par. (2). Un membre renvoyé pour inaptitude au service, après avoir refusé de se plier à une affectation dans une nouvelle localité peut être renvoyé sans être entendu au sens de la règle *audi alteram partem*. Voir *Kedward c. La Reine et al.*, [1973] C.F. 1142, conf. en appel à [1976] 1 C.F. 57.

22. *Nicholson c. Haldimand Norfolk Regional Board of Commissioners of Police et al.*, [1979] 1 R.C.S. 311. Il s'agissait du renvoi d'un policier à l'essai. Mais dans le jugement majoritaire, le juge Laskin remarque, en *obiter* : "We are not concerned in this case with any involvement of the Crown, with the holding of an office under the Crown, assuming that this would make any difference today." (Italiques ajoutées; p. 319).

23. *Id.*, pp. 322-323. Dans le même sens, voir les décisions publiées dans David HARRIS, *Wrongful dismissal*, 2nd édition, Richard De Boo Publishers, Don Mills, Ontario, 1984, pp. 2-102 et 2-103.

fonctionnaire²⁴. Dans ce cas, elle aura le pouvoir de le renvoyer aux mêmes conditions que le pourrait un employeur privé.

Or, celui-ci a le droit, par exception aux règles du droit commun, de se faire justice à lui-même et de renvoyer l'employé dont il est insatisfait. Cette exception se justifie, traditionnellement, par le caractère personnel du contrat de travail, encore que dans un contexte de production de masse, la relation personnelle entre l'individu et le chef d'une entreprise soit des plus ténue, sinon inexistante. Aussi tente-t-on d'expliquer ce droit, de nos jours, par sa nécessité, vu que la direction assume la responsabilité d'assurer la bonne marche de l'entreprise.

Quoi qu'il en soit, l'initiative du renvoi appartient à l'employeur, quitte à ce que le salarié mécontent s'adresse au tribunal compétent pour obtenir des dommages-intérêts²⁵. S'il y a un motif justifiant le renvoi, aucun préavis n'est nécessaire, peu importe que l'engagement ait été conclu pour une durée déterminée ou non.

On voit par là que la nécessité d'une bonne administration ou encore la sauvegarde de l'intérêt public pourraient être reconnues sans que ne le soit le pouvoir de renvoi à volonté. Ainsi, les règles de la *common law* auraient donné lieu à une solution satisfaisante dans l'affaire *Dunn* où un agent consulaire « engagé » pour une période de trois ans avait été renvoyé sommairement avant terme²⁶, son insuffisance professionnelle constituant une juste cause de renvoi.

24. Dès 1884, le Conseil privé reconnaissait que la Couronne du chef du Canada pouvait s'engager contractuellement vis-à-vis d'un avocat québécois, pour défendre ses intérêts devant une Commission des pêcheries instituée en application d'un traité international. Qui plus est, le Conseil privé décidait que le contrat, en l'espèce, était régi par le droit du Bas-Canada (Québec) : *The Queen c. Doure*, (1883-84) 9 A.C. 745, particulièrement aux pages 752-753. Il faut reconnaître qu'il ne s'agissait pas d'un contrat de travail proprement dit, avec subordination juridique notamment, mais la décision ne fait pas cette distinction. Sur la question du droit applicable aux contrats conclus par la Couronne du chef du Québec, voir Andrée LAJOIE, *Contrats administratifs : jalons pour une théorie*, Les Éditions Thémis, Montréal, 1984, notamment aux pages 46 et suiv.

De même, dans un *obiter dictum*, Lord Atkin suggérait en 1934 que l'occupation d'un poste créé par une loi était, au moins en partie, d'origine contractuelle : *Reilly c. The King*, [1934] A.C. 176, p. 179.

25. Nous songeons ici au renvoi justifié (*i.e.* pour cause) qui prend effet immédiatement. Il se distingue du renvoi avec préavis dans le cas d'un contrat à durée indéterminée.

voir M.R. FREDLAND, *The Contract of Employment*, The Clarendon Press, Oxford, 1976, pp. 194 et suiv. ; Innis CHRISTIE, *Employment Law in Canada*, Butterworths, Toronto, 1980, pp. 359 et suiv.

26. *Dunn c. The Queen*, [1896] 1 Q.B. 116. La Couronne avait plaidé que les actes d'un préposé de la Couronne pourraient, s'il n'était susceptible de renvoi, causer une guerre, en certains cas.

Ce raisonnement n'est pas convaincant : le renvoi en effet n'est plus utile une fois la guerre déclarée. Il faudrait donc renvoyer le salarié avant la faute, ce qui ne paraît pas équitable. Par ailleurs, l'inaptitude ou l'insuffisance professionnelle, permettant de présu-

Comme Wade le fait remarquer, les tribunaux ont généralement décidé que le service public ne relève pas du droit commun et il commente :

[. . .] Yet the reasons put forward for this policy will not really bear examination. It is said that the public interest demands that public servants should be subject to summary dismissal because of the damage that it may be in their capacity to do. But any employer can always dismiss a servant: the only question is whether, if he does so, he should pay damages. No master can be compelled to employ a servant, any more than a servant can be compelled to serve a master. The argument that the Crown could not otherwise relieve the public of an undesirable servant therefore falls to the ground. The question is merely one of monetary compensation. It may be said that the Crown should not be put in the dilemma of ignoring the public interest or else committing a breach of contract-for a breach of contract, despite Mr. Justice Holme's famous theory to the contrary, is a wrongful act. But to that it can be answered that it is of even greater importance that engagement expressly entered into should at least be honoured in the breach, if not in the observance. The Crown should be an honest man, and if driven to breach its contract ought to pay damages, as it does for breach of other contracts [. . .]²⁷.

Rappelons qu'il n'y a pas de dommages à payer si le renvoi est justifié par une cause juste et suffisante.

Le pouvoir de renvoi à volonté peut s'analyser autrement si on le considère comme une condition implicite du contrat d'engagement²⁸. En ce cas, il pourrait être écarté par une clause explicite²⁹.

Quoi qu'il en soit, malgré la confusion qui entoure la question de la relation entre la Couronne et son préposé, il ne paraît pas faire de doute qu'elle soit de nature contractuelle³⁰. Toute la question est de savoir dans quelle mesure les droits et obligations des parties sont ainsi déterminés, *i.e.* quelle est exactement l'aire contractuelle. Mises à part les règles législatives, notre thèse veut que l'on réduise au strict minimum la différence entre les droits de l'employeur public et de l'employeur privé

mer la commission de fautes éventuelles justifie elle-même le renvoi.

Au surplus, en cas de doute, l'employeur peut procéder à une suspension lui permettant de faire enquête et de mûrir sa décision.

Pour la question de la suspension ou de la réaffectation : HOGG, *op. cit.*, note 9, p. 155.

27. H.W.R. WADE, *Administrative Law*, fifth edition, The Clarendon Press-Oxford University Press, 1982, p. 65.

28. WADE and PHILLIPS, *op. cit.*, note 12, p. 626; HOGG, *op. cit.*, note 9, pp. 152 et 155.

29. HOGG, *op. cit.*, note 9, p. 155. Toutefois, cet auteur reconnaît qu'il y a des précédents à l'effet contraire (pp. 153 et 155), dont une décision de la Cour d'appel d'Angleterre. Il souhaite que ces précédents soient mis de côté par les tribunaux d'ordre supérieur dans la hiérarchie ou par législation.

Le Conseil privé, dans l'affaire *Reilly*, note 24, avait posé la règle : "[...] If the terms of the appointment definitely prescribe term and expressly provide for a power to determine "for cause" it appears necessarily to follow that any implication of a power to dismiss at pleasure is excluded [...]" (p. 179).

30. WADE, *op. cit.*, note 27, pp. 66-67.

à l'endroit de leurs préposés, ces différences n'étant plus justifiées, si jamais elles l'ont été.

Si l'on accepte que le lien contractuel entre la Couronne et son préposé relève du droit commun, il nous reste deux points à discuter : la portée de la législation particulière et la question de la permanence.

IV. LA PORTÉE DE LA LÉGISLATION PARTICULIÈRE

Pour ce qui a trait à la législation, nous toucherons les lois qui incluent la fonction publique en particulier. De plus, nous ne parlerons que de deux lois générales, la *Loi sur les normes du travail* et le *Code canadien du travail*³¹.

L'article 1, paragraphe 7, de la *Loi sur les normes du travail* définit l'employeur comme « quiconque fait exécuter un travail par un salarié ». On n'y retrouve pas l'expression « y compris sa Majesté », comme dans le *Code du travail*³². De plus, le paragraphe 3 de l'article 2 inclut une série d'organismes gouvernementaux mentionnés à l'annexe I³³. Par application de la règle *inclusio unius, exclusio alterius*, cette loi ne s'appliquerait donc pas aux ministères et sociétés de la Couronne non mentionnés à cette annexe. Le législateur fédéral s'est comporté autrement et la partie III du *Code canadien du travail*³⁴ s'applique aux sociétés de la Couronne sans autre exception que les ministères proprement dits.

31. L.R.Q., chap. N-1.1 et S.R.C. 1970, chap. L-1, respectivement.

32. L.R.Q., chap. C-27, art. 1, parag. 1).

33. En voici le texte :

ANNEXE 1

Raffinerie de sucre du Québec

Régie du Grand-Théâtre

Régie de la Place des Arts

Société de cartographie du Québec

Société générale de financement et ses filiales

Société parc-autos du Québec métropolitain

Société québécoise d'exploration minière

Société québécoise d'initiatives agro-alimentaires

Société québécoise d'initiatives pétrolières

Société de récupération, d'exploitation et de développement du Québec

L'examen des lois constitutives de ces organismes révélerait sans doute qu'ils sont autonomes pour la plupart et que, partant, le droit commun s'y appliquerait, en matière de contrat individuel de travail, conformément à la règle jurisprudentielle. Cf. *The Canadian National Railways c. Lévesque et al.*, (1925) 39 B.R. 165, *Washer c. British Columbia Toll Highways and Bridges Authority*, (1966) 53 D.L.R. (2nd) 620.

Voir aussi David HARRIS, *op. cit.*, note 23, pp. 2-103 et suiv., qui émet une opinion partagée.

34. La Partie III traite en particulier des plaintes pour congédiement injuste, à l'article 61.5. Or, le paragraphe 27(2) énonce :

Cependant, il faut noter que sous la nouvelle *Loi sur la fonction publique*³⁵, un fonctionnaire non couvert par une convention collective dispose d'un appel devant la Commission de la fonction publique en cas de mesure disciplinaire ou de relevé provisoire (article 22, mesure administrative)³⁶. La Commission peut alors annuler la décision, à la manière d'un arbitre³⁷, sauf qu'elle est un organisme interne, dont toutefois l'indépendance est protégée par la loi³⁸.

La loi institue aussi la classe d'« administrateur d'État » pour les fonctionnaires supérieurs³⁹. Ceux-ci sont nommés par le gouvernement

« La présente Partie s'applique à toute corporation établie pour remplir une fonction ou une attribution pour le compte du gouvernement du Canada, à l'exception d'un ministère ou département au sens de la *Loi sur l'administration financière*. »

35. L.R.Q., chap. F-3.1.1.

36. Le texte intégral se lit :

« **33.** À moins qu'une convention collective de travail n'attribue en ces matières une juridiction à une autre instance, un fonctionnaire peut interjeter appel devant la Commission de la fonction publique de la décision l'informant :

- 1° de son classement lors de son intégration à une classe d'emploi nouvelle ou modifiée;
- 2° de sa rétrogradation;
- 3° de son congédiement;
- 4° d'une mesure disciplinaire;
- 5° qu'il est relevé provisoirement de ses fonctions.

Un appel en vertu du présent article doit être fait par écrit et reçu à la Commission dans les 30 jours de la date d'expédition de la décision contestée.

Le présent article, à l'exception du paragraphe 1° du premier alinéa ne s'applique pas à un fonctionnaire qui est en stage probatoire conformément à l'article 13. »

37. Les pouvoirs de la Commission sont définis à l'article 34 :

« **34.** La Commission de la fonction publique peut maintenir, modifier ou annuler une décision portée en appel en vertu de l'article 33.

Lorsque la Commission modifie une telle décision, elle peut y substituer celle qui lui paraît juste et raisonnable compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire.

Lorsque la Commission maintient la rétrogradation d'un fonctionnaire ou transforme un congédiement en rétrogradation, elle peut ordonner que l'appelant soit rétrogradé à une classe d'emploi déterminée par l'Office des ressources humaines compte tenu de ses aptitudes. »

38. Voir le deuxième alinéa de l'article 106 de la Loi :

« [...] Les membres sont nommés, sur proposition du Premier ministre, par résolution de l'Assemblée nationale approuvée par au moins les deux tiers de ses membres [...] »

ainsi que l'article 108 :

« Un membre de la Commission peut en tout temps démissionner en donnant un avis écrit au président de l'Assemblée nationale.

Il ne peut être destitué que par une résolution de l'Assemblée approuvée par au moins les deux tiers de ses membres. »

39. L'article 35 se lit :

sur proposition du Premier ministre et alors ils sont fonctionnaires⁴⁰ ou ils sont engagés à contrat et ne sont pas fonctionnaires⁴¹. Quant à l'administrateur engagé à contrat, le sens littéral clair de l'article 57 permet de conclure qu'il est régi par le droit commun des contrats et qu'il jouit de la même protection que ce droit accorde à tout salarié, quel que soit l'employeur.

Par ailleurs, le deuxième alinéa de l'article 83 de la *Loi sur la fonction publique* ne permet plus de soustraire de l'application des conventions collectives des catégories d'employés, tels les employés occasionnels⁴², de sorte que la presque totalité des employés de l'État sont aujourd'hui protégés par un régime « contractuel », qu'il s'agisse d'un contrat individuel ou d'une convention collective⁴³. L'exception notable reste celle des fonctionnaires à l'essai qui peuvent être démis de leurs fonctions à volonté⁴⁴.

« Une personne acquiert le classement d'administrateur d'État lorsqu'elle est nommée :

1° secrétaire général ou secrétaire général associé du Conseil exécutif;

2° secrétaire ou secrétaire adjoint ou associé du Conseil du trésor;

3° sous-ministre ou sous-ministre adjoint ou associé;

4° président ou vice-président de l'Office des ressources humaines. »

40. Voir l'article 56.

41. Voir l'article 57 qui se lit en partie :

« [...] Lorsque le gouvernement engage à contrat une personne pour être titulaire d'un emploi énuméré à l'article 55, celle-ci n'a pas le classement d'administrateur d'État et n'est pas fonctionnaire [...] »

De ce texte, on infère *a contrario* que l'administrateur d'État nommé par le gouvernement est un fonctionnaire et jouit en conséquence du recours prévu à l'article 33.

L'article 54 laisse également entendre que l'administrateur est un fonctionnaire.

L'article 59 fournit un autre argument voulant que l'administrateur d'État a en principe accès à l'appel auprès de la Commission de la fonction publique, puisqu'il fait exception en cas de mutation à un autre corps d'emploi.

En outre, l'administrateur d'État n'est clairement pas nommé à titre amovible, l'article 62 spécifiant que « [le] gouvernement peut [...] congédier un administrateur d'État pour une cause juste et suffisante ». *Contra* : NEILSON, *loc. cit.*, note 5, p. 573, note 64, qui est d'avis que s'il n'y a pas cause juste et suffisante, il faut donner un préavis ou des dommages en tenant lieu.

Enfin, l'article 63 parle par lui-même :

« Dans la mesure où elles sont conciliables avec le présent chapitre, les dispositions des autres chapitres s'appliquent aux administrateurs d'État sauf les articles 13 à 15, 17 à 20, 23 à 27, 42 à 54, 79 à 127.

42. Cf. l'arrêt *Labrecque*, *supra*, note 5, et la réserve faite à cette note.

L'article 28 soustrait toutefois certains hauts fonctionnaires de l'application de la loi. Ce sont ceux qui exercent des fonctions politiques (*i.e.* le personnel de cabinet).

43. L'article 127 prévoit l'établissement d'un recours pour ceux qui ne sont pas régis par une convention collective ni ne disposent d'un recours en vertu de la *Loi sur la fonction publique*. Ainsi, les administrateurs d'État liés contractuellement pourraient éventuellement être dotés d'un tel recours spécial.

44. Voir l'article 19 qui ne leur accorde qu'un préavis de 15 jours en cas de renvoi.

V. LA PERMANENCE

La permanence de l'emploi dans la fonction publique peut-elle faire problème? Écartons, encore une fois, les clauses de conventions collectives qui en traiteraient⁴⁵ puisque le régime juridique qui retient ici notre attention échappe à leur emprise.

La permanence est une notion reconnue dans la *Loi sur la fonction publique*. L'article 20 oppose le fonctionnaire à l'essai à celui qui a acquis la permanence, en cas de manque de travail⁴⁶. D'ailleurs, le 3^e alinéa de l'article 78 traite de la mise en disponibilité, et non du congédiement, des fonctionnaires permanents en surplus⁴⁷.

Une autre disposition prévoit le placement et éventuellement le recyclage des fonctionnaires permanents mis en disponibilité⁴⁸.

Mises à part ces règles, la loi ne dit rien du renvoi d'un fonctionnaire permanent. Qu'en est-il du droit commun? Replaçons-nous dans la perspective de notre analyse qui postule qu'un fonctionnaire est jugé indésirable à cause de son incompétence ou de son comportement déviant.

Considérée comme absolue, la permanence implique l'immovibilité de l'employé. Autrement dit, il est engagé pour la durée de sa propre vie ainsi que de celle de son employeur. Au delà des principes, dont celui de l'incompatibilité de la servitude avec les libertés fondamentales, des raisons pratiques s'opposent à une conception aussi rigide. Il n'est pas concevable qu'un tel lien juridique soit indissoluble.

En *common law*, on peut valablement engager un salarié pour sa vie entière⁴⁹. C'est ce qu'on a décidé dans l'arrêt *Salt c. Power Plant*

45. L'article 70, paragraphe 3 inclut la permanence dans les sujets négociables y compris — croyons-nous — les droits qui s'y rattachent.

46. L'article 20 se lit :

« Un fonctionnaire qui n'a pas acquis le statut de permanent peut être congédié pour manque de travail, sans autre procédure ni formalité que celle d'un avis écrit préalable de 15 jours. »

A contrario, la disposition laisse entrevoir ou que le fonctionnaire permanent ne peut pas être renvoyé pour manque de travail ou que s'il est renvoyé pour ce motif, le préavis de 15 jours n'est pas approprié *i.e.* il a d'autres droits, dont certes un appel en vertu du paragraphe 3 de l'article 33.

47. « [Le Conseil du trésor] fixe [...] les conditions et les modalités pour l'identification, la mise en disponibilité et le placement des fonctionnaires permanents qui sont en surplus dans un ministère ou un organisme. »

48. *Loi sur la fonction publique*, article 100.

49. Voir Rowland J. HARRISON, "Termination of Employment", (1972) *Alberta Law Review* 250, p. 256; M.R. FREEDLAND, *The Contract of Employment*, The Clarendon Press, Oxford, 1976, pp. 158-159 (avec la réserve qu'un tel contrat prend nécessairement fin à l'âge normal de la retraite); Charles D. DRAKE, *Labour Law*, 2nd edition, Sweet & Maxwell, London, 1973, p. 227.

Pour le Québec, noter l'article 3.1 de la *Loi sur les normes du travail*, *supra*, note 31, qui interdit au gouvernement du Québec de renvoyer un préposé en raison de son âge (mise à la retraite).

*Company, Ltd.*⁵⁰. Le contrat d'engagement du demandeur avait été renouvelé pour une période de trois ans. Faute d'un préavis de six mois mettant fin au contrat avant le 31 décembre suivant ce terme, l'engagement resterait en vigueur *as a permanent one*. L'employeur donna un préavis plusieurs années après l'arrivée du terme.

Le contrat fut jugé valable pour la vie entière du salarié. Il n'aurait pu être renvoyé qu'en raison d'un rendement insuffisant, conformément à une clause explicite de sa lettre de réengagement⁵¹.

Dans une décision subséquente⁵², la demanderesse avait répondu à un appel de candidatures publié dans un journal de Belfast. La description de poste spécifiait qu'après une période d'essai, l'engagement deviendrait *permanent and pensionable*. Elle fut engagée en juillet 1948 et, le mois suivant, on lui montra copie d'un document relatif aux conditions du service⁵³. L'article 12 du règlement intérieur spécifiait que les employés pouvaient être renvoyés pour mauvaise conduite ou incapacité.

Lord Goddard se dit d'avis que ces conditions n'impliquaient pas un poste à vie mais que, prises ensemble, elles signifiaient qu'aucun autre motif que ceux mentionnés ne pouvait justifier le renvoi⁵⁴.

50. [1936] 3 All E.R. 322 (Court of Appeal).

51. « [...] subject to [her] continuing to perform [her] duties to the satisfaction of the directors. » (*Id.*, p. 322).

52. *McLelland c. Northern Ireland General Health Services Board*, [1957] 2 All E.R. 129 (H. of L.).

53. Ce document peut être considéré comme un règlement intérieur ou d'entreprise. Le contrat en faisait expressément mention (*id.*, p. 132).

Quant aux conditions décrites dans l'appel de candidatures, elles faisaient partie du contrat par incorporation (*id.*, p. 132). *Contra* : opinion de Lord Tucker, p. 135. Quant à Lord Keith of Avonholm, il estime cette question non pertinente (p. 136).

Lord Goddard est d'avis pour sa part que la permanence mentionnée dans l'annonce n'empêche pas la résiliation éventuelle du contrat. Cette opinion fut suivie par l'Honorable juge Meredith dans la décision *MacDonald c. White Rock Waterworks Co. Ltd. et al.*, (1973) 38 D.L.R. (3rd) 763, p. 765 (B.C.S.C.).

54. *Id.*, pp. 138-139. Selon lui, la clause 12, en raison de son titre très général, devait être considérée exhaustive.

Lord Goddard ajoute que les conditions convenues conféraient à la demanderesse une sécurité d'emploi équivalente à celle d'un fonctionnaire qui, bien qu'employé selon bon plaisir, est *en fait* assuré de conserver son poste — sa période d'essai terminée et autres conditions remplies — jusqu'à la retraite, moyennant bonne conduite et capacité de remplir ses fonctions (*id.*, p. 134).

La clause 12 se lisait :

« 12. Dismissal and reduction in rank, and termination of employment otherwise : The board may dismiss any officer for gross misconduct and may dismiss any officer who is proved to their satisfaction to be inefficient and unfit to merit continued employment. Except where an officer has been guilty of gross misconduct, the board shall give at least one month's notice of their intention to exercise their powers of dismissal under this rule. As an alternative to dismissal, the board may order the reduction in rank of an officer who is

Quant à Lord Tucker, il affirma que le mot *permanent* n'impliquait pas un engagement à vie, mais simplement que les postes disponibles faisaient partie du personnel régulier et donnaient accès à un fonds de pension⁵⁵.

Lord Evershed fut également d'avis que la mention qu'un poste est *permanent and pensionable* n'en fait pas un poste à vie⁵⁶.

Il ressort de l'ensemble de la décision que le terme *permanent* n'est pas un mot magique, un « Sésame, ouvre-toi » donnant accès à un emploi à vie. D'autres mentions contractuelles ou réglementaires expresses sont nécessaires pour produire cet effet⁵⁷. D'autre part, cette condition de durée n'est pas incompatible avec l'existence de motifs de renvoi, telles la mauvaise conduite ou l'insuffisance professionnelle.

CONCLUSION

Nous avons porté notre attention, dans cet article, sur la nature juridique de la relation entre la Couronne et son fonctionnaire et plus particulièrement sur les règles entourant la rupture de ce lien. Nous ne

found by them to be unfit to discharge the duties of the grade in which he has been employed. One month's notice in writing shall be given by all permanent officers who wish to terminate their employment with the board. »

(*Id.*, pp. 130-131).

55. *Id.*, p. 134. Il ajoute (p. 134) :

“It is, in my view, impossible to hold that these words conferred on her a contractual right to a freehold tenure of the post of senior clerk [...]”

Cependant, la clause 12 “*conferred on her a status of irremovability*” (*id.*, p. 135).

56. *Id.*, p. 140.

57. En droit civil québécois, l'engagement à vie du salarié, ou toute condition de durée équivalente, entraîne la nullité du contrat. À cet effet : Léon-Mercier GOUIN, « Du contrat de travail », *Revue trimestrielle canadienne*, mars 1936, pp. 69 et suiv.; Léon-Mercier GOUIN, *Cours de droit industriel*, Tome I, École des Hautes Études Commerciales, Montréal, 1937, pp. 76 et suiv.; Pierre BEULLAC, « La rupture du contrat de travail », (1942) 2 *Revue du Barreau*, p. 307; Léon FARIBAULT, *Traité de droit civil du Québec. Du louage*, Tome douzième, Wilson et Lafleur, Montréal, 1951, pp. 303-304.

Rien n'empêcherait toutefois l'employeur de s'engager à garder son préposé à vie, celui-ci demeurant libre de quitter son emploi et donc conservant sa liberté : FARIBAULT, *op. cit.*, note 57, pp. 303-304; GOUIN, *loc. cit.*, note 57, p. 72. De plus, l'employeur peut lui-même se lier pour la durée de sa propre vie : GOUIN, *loc. cit.*, note 57, p. 72. Toutefois, le salarié ne peut s'engager pour la vie de son maître si cela équivaut à le lier lui-même pour sa propre vie; un tel contrat ne serait valide que s'il contenait une clause réservant au salarié la faculté de démissionner. Si cette dernière était assortie de conditions, celles-ci devraient être raisonnables *i.e.* à la portée du salarié. Enfin, n'équivaut pas à un lien à vie l'engagement à servir une personne dont l'espérance de vie est sensiblement plus courte que celle du préposé.

Il n'y a donc pas d'obstacle en droit civil à la « permanence » de l'emploi. Mais il faut conserver à l'esprit que notre analyse n'est axée que sur la durée de l'emploi *i.e.* une condition relative au temps et donc à la quantité des services rendus. Toute autre est la question de la qualité des services rendus ou de leur prestation pure et simple. En d'autres termes, la durée de l'emploi et les motifs de rupture unilatérale sont des questions d'ordre différent.

prétendons pas avoir épuisé le sujet. Nous croyons toutefois avoir démontré qu'il est devenu aujourd'hui superflu d'appliquer à cette relation des règles exorbitantes de celles du droit commun.

Il ne s'agit pas ici de nier les impératifs de la Couronne en matière de saine administration et de protection de l'intérêt public. Au contraire! Nous soutenons seulement que ces mêmes impératifs seront aussi bien rencontrés en assujettissant le lien entre la Couronne et son préposé aux dispositions du droit commun.

Cet assujettissement aurait l'avantage d'uniformiser le droit applicable en matière d'emploi. Ainsi, un même droit régirait des prestations de travail et, plus généralement, des situations sociales somme toute semblables malgré la différence dans la nature juridique des employeurs. De plus, l'analyse de la situation juridique du fonctionnaire face à son employeur serait grandement simplifiée.

Enfin, si le besoin de souligner la particularité ou la spécificité de la situation de certains fonctionnaires se faisait sentir, le recours à la législation serait toujours possible. N'est-ce pas d'ailleurs ce qui a été fait, au Québec, dans le domaine des rapports collectifs du travail entre fonctionnaires et gouvernement!