

LE POUVOIR RÉPARATEUR DU JUGE DE DROIT COMMUN EN MATIÈRE DE CONGÉDIEMENT

Claude D'Aoust

Volume 15, numéro 1, 1984

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1109389ar>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/19732>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (imprimé)

2561-7087 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

D'Aoust, C. (1984). LE POUVOIR RÉPARATEUR DU JUGE DE DROIT COMMUN EN MATIÈRE DE CONGÉDIEMENT. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 15(1), 233–243. <https://doi.org/10.17118/11143/19732>

Commentaire

LE POUVOIR RÉPARATEUR DU JUGE DE DROIT COMMUN EN MATIÈRE DE CONGÉDIEMENT

par Claude D'AOUST*

Le contrat individuel de travail est conclu à terme¹ ou pour une durée indéterminée, et selon qu'il s'agit de l'une ou de l'autre espèce, il prend fin automatiquement ou sur notification de l'autre partie moyennant le préavis fixé par la loi².

Par ailleurs, le contrat à terme peut contenir une clause de renouvellement automatique qui dans les faits (et dans une moindre mesure en droit) le rapproche du contrat à durée indéterminée³. D'autre part, le contrat d'engagement des instituteurs est obligatoirement à terme et d'une durée d'un an, mais la *Loi de l'instruction publique*⁴ les place pratiquement sur un pied d'égalité, en ce qui a trait à la cessation d'emploi, avec n'importe quel travailleur syndiqué qui ne peut être renvoyé sans cause juste et suffisante.

On ne peut donc traiter de la cessation d'emploi sans d'abord déterminer si la modalité en a été prévue au contrat lui-même, à savoir s'il a été conclu pour une durée déterminée ou non, et dans le premier cas s'il contient une clause de renouvellement ou si les dispositions légales de la tacite reconduction sont entrées en action.

D'autre part, l'analyste doit déterminer si l'employeur a procédé à la résiliation unilatérale avant l'arrivée du terme ou sans préavis,

* Professeur titulaire, École de relations industrielles de l'Université de Montréal.

1. Voir cependant les réticences du droit français lorsque le terme consiste en l'arrivée d'un événement dont le moment n'est pas connu à l'avance: Guillaume H. CAMERLYNCK, "L'allergie du droit du travail à la notion civiliste de *dies incertus*", in *Études de droit du travail offertes à André Brun*, Collectif diffusé par la Librairie sociale et économique, Paris, 1974, p. 101-7.
2. Nous ne discuterons pas ici de la notion de préavis ni surtout de sa détermination, cette question complexe ne faisant pas l'objet de la présente note.
3. Voir par exemple *Association des architectes de la Province de Québec c. Sarrazin*, [1969] B.R. 321.
4. L.R.Q., c. I-14, art. 208.

selon la nature du contrat. La brusque rupture (la *summary dismissal* en *common law*) doit être justifiée⁵.

La charge de la preuve appartient initialement au salarié qui réclame son salaire à l'échéance ou qui réclame des dommages pour renvoi injustifié. Dans un cas comme dans l'autre, l'employeur ripostera en demandant la résolution judiciaire du contrat⁶.

Mais en ce cas, le tribunal de droit commun pourra-t-il apprécier la gravité de la faute, c'est-à-dire appliquer le principe de proportionnalité, comme c'est le cas en arbitrage de grief? C'est dans cette optique que la décision *Malabre c. Idi Electric (Canada)*

5. Le vocabulaire, en la matière, est mal fixé. La brusque rupture est la résiliation unilatérale du contrat de travail, peu importe qu'il soit à durée déterminée ou non. Voir Raymond GUILLIEN et Jean VINCENT, *Lexique de termes juridiques*, 2e édition, Paris, Dalloz, 1972, p. 300.

C'est un cas particulier de résiliation contractuelle.

D'autre part, en matière de résiliation d'un contrat à durée déterminée, on pourra parler de rupture "prématurée" ou "anticipée". Cf. Guillaume H. CAMERLYNCK, *Le contrat de travail*, 2e édition, Paris, Dalloz, 1982, p. 672-3.

Enfin, vu les réformes du licenciement de 1973 et 1982, en France, Rivero et Savatier écrivent:

"Il serait préférable de ne pas utiliser les termes de congédiement abusif pour désigner les congédiements sans motifs réels et sérieux afin de mieux marquer la différence avec le droit antérieur. On pourrait parler de congédiements injustifiés. Mais la force des habitudes joue en sens contraire".

Jean RIVERO et Jean SAVATIER, *Droit du travail*, 9e édition, Collection Thémis, Paris, P.U.F., 1984, p. 516.

La technique de la rupture abusive est (ou était) un tempérament important à la faculté de résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée, de même qu'une protection contre le non-renouvellement du contrat à durée déterminée, l'ensemble des contrats successifs étant considéré sans détermination de durée. C'est une application particulière de la théorie de l'abus des droits dont la sanction est l'octroi de dommages-intérêts.

6. Tel est du moins l'enseignement de Gouin, en matière de contrat à durée déterminée. Voir: Léon-Mercier GOUIN, "Du contrat de travail", (1936) *Revue trimestrielle canadienne* 82 et seq.; Léon FARIBAULT, *Traité de droit civil du Québec*, Tome XI, Montréal, Wilson et Lafleur, 1951, p. 318-9.

En cas de contrat à "durée indéterminée", le salarié renvoyé sans avis réclamera l'indemnité tenant lieu de préavis et l'employeur invoquera, en défense, la cause justifiant le congédiement et donc, le dispensant du préavis ou de son équivalent.

Si au contraire, l'employeur prend l'initiative de demander la résolution judiciaire, c'est encore lui qui a le fardeau de démontrer la cause de renvoi.

Limited prend tout son intérêt⁷.

L'action est une poursuite en dommages-intérêts par un employé lié par contrat à durée indéterminée renvoyé aux motifs "d'insubordination et de défaut de se conformer aux politiques de la compagnie relativement aux règlements du travail"⁸. Il est donc question ici d'indemnité tenant lieu de délai-congé, et nullement de réintégration, assortie ou non d'une autre sanction (e.g. d'une compensation pour salaires perdus).

Jusque-là, on n'avait rien à lui reprocher, tant sur le plan disciplinaire que professionnel⁹. Le motif de renvoi se résume donc à un double incident:

- i) le 12 mars 1979, le demandeur réclame du directeur général de l'entreprise la rectification de son chèque de paie à propos d'une absence. Vérification faite au bureau de la paie, la demande est refusée. L'employé réagit violemment par des accusations de discrimination, des injures et invectives, à la suite de quoi un avis écrit lui est adressé le menaçant de congédiement en cas de récidive;
- ii) le 5 avril, l'employé demande à son supérieur immédiat la permission de s'absenter pour l'après-midi, ce qui lui fut accordé. Le lendemain, le directeur général lui fait reproche de ne pas s'être conformé à sa note du 12 mars lui indiquant qu'il devait s'adresser à lui-même pour obtenir un permis d'absence à l'avenir. Le salarié réagit de la même façon que la première fois et est congédié dans les jours qui suivent¹⁰.

Au-delà des contradictions de la preuve — e.g. le degré de violence verbale était, le 12 mars, plus ou moins élevé selon les

7. C.S., district de Montréal, no 500-05-018050-797, 4 mai 1984, M. le juge Denis LÉVESQUE. Retenue pour publication dans [1984] C.S. et résumée à D.T.E. 84T-476.

8. *Id.*, 2.

9. Rappelons ici la distinction traditionnelle, succinctement présentée par RIVERO et SAVATIER, *op. cit.*, note 5, 513:

"Licenciements disciplinaires et non disciplinaires. — Parmi les licenciements pour motifs personnels, certains ont un caractère disciplinaire. Ils sont alors soumis, au moins partiellement, aux règles du droit disciplinaire (v. *supra*, 204). Cela suppose qu'une faute puisse être reprochée au salarié. Ce n'est pas le cas dans certains licenciements pour motifs personnels, comme ceux pour inaptitude physique ou insuffisance professionnelle".

10. *Malabre c. Ildi Electric (Canada) Limited*, C.S. Montréal, no 500-05-018050-797, 4 mai 1984, pp. 4-5 (Juge Denis LÉVESQUE).

versions des principaux intéressés — la question de droit est relativement simple: y avait-il motif à congédiement?

D'abord qu'en est-il du motif du "défaut de se conformer aux politiques de la compagnie relativement aux règlements du travail"¹¹? Comme le remarque M. le juge Lévesque, la preuve n'a révélé l'existence d'aucun règlement général, écrit et publié¹²; il ne s'agit donc en l'occurrence que d'une directive particulière contenue dans un avis écrit, à savoir la note du 12 mars¹³. La seule faute du salarié à l'encontre d'une directive est donc d'avoir demandé la permission de s'absenter à son supérieur immédiat plutôt qu'au directeur général, conformément à l'avis du 12 mars.

Tenant pour acquis, comme semble le faire M. le juge Lévesque¹⁴, que la directive était valide, dans les circonstances le salarié n'était pas tenu de s'y conformer. En effet, l'absence du directeur général ainsi que le sérieux et l'urgence du motif (conduire son enfant à l'hôpital), justifiaient le salarié de s'adresser à son supérieur immédiat.

Le "véritable motif du congédiement" aux yeux du Tribunal, ne peut être que l'insubordination invoquée dans la lettre de renvoi¹⁵. S'en remettant aux auteurs ayant traité de la jurisprudence arbitrale de grief¹⁶, il retient, dans l'espèce, que l'insubordination s'entend dans

11. Traduction par la Cour de "failure to comply with company policies as to work regulations", motif indiqué, en plus de l'insubordination, dans la lettre de renvoi intitulée "Termination for Cause". *Id.*, 4.

La traduction est fidèle, mais allez trouver le moyen de faire du bon beurre avec du petit lait!

12. "La défenderesse n'a jamais eu de réglementation écrite, ni d'exposé systématique de ses politiques soumis aux salariés ou affichés" (*Malabre c. Ildi Electric (Canada) Limited*, C.S. Montréal, no 500-05-018050-797, 4 mai 1984, 9 (Juge Denis LÉVESQUE).

13. Justement, on peut se demander si la directive particulière n'était pas discriminatoire.

L'avis "écrit" du 12 mars précise: "from now on you will report directly to me..." (*ibid.*). La ligne d'autorité hiérarchique était ainsi court-circuitée entre le directeur général et le salarié. Ce genre de directive convenait davantage aux préfets de discipline de nos anciens collèges classiques qu'à un chef d'entreprise moderne.

14. *Id.*, 11-12. C'est là, nous semble-t-il, une interprétation raisonnable de la logique du jugement dont la facture, par ailleurs, est quelque peu embrouillée.

15. *Id.*, 13.

16. Dans l'ordre où ils sont cités: Claude D'AOUST, Louis LECLERC et Gilles TRUDEAU, *Les mesures disciplinaires: étude jurisprudentielle et doctrinale*,

le sens du langage injurieux ou abusif à l'égard d'un supérieur et il ajoute: "les auteurs affirment qu'il est rare que cette catégorie soit susceptible de congédiement"¹⁷.

Prise isolément, cette proposition doctrinale, bien que juste, est sans grande portée. Mais allons-y voir. Elle recèle le principe de proportionnalité entre la faute et la sanction, lequel est lourd de conséquences. Au bas de la même page, on lit: "... [i]l faut dès lors se demander si le demandeur ne méritait pas une sanction disciplinaire *autre que le renvoi...*" (italiques ajoutés). Or, quel est l'éventail des mesures disciplinaires: elles vont du simple avertissement verbal au congédiement, en passant par la suspension, pour ne mentionner que les plus connues. Si donc le Tribunal décide que l'"autre" sanction méritée est la suspension, quelles en sont les conséquences *i.e.* quels sont les pouvoirs de la Cour? M. le juge Lévesque a bien posé le problème: s'il juge la sanction disproportionnée, "est-ce que le Tribunal de droit commun a le pouvoir d'appliquer la sanction appropriée"¹⁸? Il est d'avis qu'il le peut.

Pour fonder son raisonnement, le Tribunal s'appuie sur une citation de Harris:

"Recent jurisprudence has, however, provided indications of a third alternative. In such cases where the impropriety is proven, yet not shown to be sufficient to justify termination, the court may exercise its discretion in determining that the plaintiff is nonetheless entitled to a period of notice and yet proceed to reduce that period to a lesser figure as a result of the proven misconduct.

The principle that the employee's conduct should influence such as assessment of the notice period is by no means novel. In cases where the work performance has proven to be efficient and productive, such a finding has regularly enhanced the employee's entitlement to a period of notice (*Carey v. F. Drexel Co. Ltd.* [1974] 4 W.W.R. 492). The application of the corollary to this principle would thus be a logical extension of this ratio.

Such a fact situation came before Morrison, J. of the Nova Scotia Supreme Court in the recent decision of *Smith v. Dawson Memorial Hospital* [1978] 3

Monographie n° 13, École de relations industrielles, Université de Montréal, 1982, p. 32 *et seq.*; Donald J.M. BROWN et David M. BEATTY, *Canadian Labour Arbitration*, The Canada Law Book Company, Agincourt, Ontario, 1977, p. 359; Earl E. PALMER, *Collective Agreement Arbitration in Canada*, Butterworths, Toronto, 1978, p. 256.

(Ces deux derniers ouvrages ont fait l'objet d'une seconde édition, en 1984 et 1983, respectivement).

17. *Malabre c. Idi Electric (Canada) Limited*, C.S. Montréal, no 500-05-018050-797, 4 mai 1984, 14 (Juge Denis LÉVESQUE).

18. *Id.*, 15.

A.C.W.S. 222. The Court applied the foregoing logic, holding the alleged cause unworthy of summary discharge yet of such a nature to warrant a reduction of the notice period. The Court concludes.

'I take into consideration the fact that Mr. Smith was an employee for over seventeen years with the defendant hospital; that he had a long period of training and gave many years of satisfactory service. I also bear in mind that over the years he advanced to the position of Chief X-ray Technician. After his discharge he was on unemployment insurance for a short period of time and then was able to find permanent employment at another hospital although at a lesser salary. I must weigh these factors against the fact that the employee's work had apparently been deteriorating at the Dawson Hospital, the fact he was not getting along very well with the staff and that he did actually submit time sheets for unauthorized pay. In the circumstances, I think that reasonable notice would be six months.'

The need for such a moderating principle is long overdue. The essential difficulty in defending or prosecuting an action in which cause is realistically shown to some extent, lies in the difficulty to assess how a court may apply the unpredictable general principles of previously developed case law.

The essential difficulties around which this action has centered, where some degree of cause has been shown, are two-fold. The first has been the absence of any need for progressive punishment, a problem that has been remedied to some extent by the body of developing case law holding that there is incumbent upon the employer a duty to warn the employee of the misconduct in question. The second inherent problem in such a fact situation is that the traditional principle has demanded that one of two extreme positions prevail — an awkward and unjust result that would appear to have a reasonable and logical solution.

It will, of course, remain for further case law to refine and develop these principles¹⁹.

19. *Id.*, 16. Citation tirée de: David HARRIS, *Wrongful Dismissal*, 2nd edition, Don Mills, Ontario, Richard De Boo Limited, 1980, pp. 64-65.

Les deux paragraphes qui précèdent l'extrait l'expliquent et en atténuent la portée, cependant:

"The most cumbersome problem where cause is asserted arises in situations where, although there may exist some form of impropriety on the part of the plaintiff, it is questionable whether such conduct would be of such a degree to justify summary dismissal. Apart from the general principles of what conduct may and may not constitute grounds for dismissal, as enunciated in such frequently quoted cases as *Pearce v. Foster*, (1886) 17 Q.B.C. 536, and *Clouston v. Corry*, [1906] A.C. 122, in practice it is frequently a very difficult decision whether the alleged impropriety is 'inconsistent with the fulfillment of the expressed or implied conditions of service' (*Clouston v. Corry*, as cited with approval in *Charlton v. B.C. Sugar Refining Co.*, (1924) 4 D.L.R. 1182 at 1186).

Il convient de remarquer qu'il s'agit ici d'ajouter aux autres facteurs entrant en ligne de compte dans la détermination du préavis raisonnable, un dernier facteur négatif, à savoir la faute ou le manquement reproché au salarié. Mais logiquement, l'attribution de l'indemnité tenant lieu de délai-congé présuppose que le Tribunal a jugé qu'il n'y avait pas cause de renvoi car autrement le salarié n'aurait droit à aucun préavis. Le raisonnement amènerait un tout autre résultat dans l'hypothèse d'un contrat à terme qui n'est pas visé par la "théorie de l'avis raisonnable".

Très nettement, le tribunal de droit commun qui trouve une cause motivant le renvoi n'a pas discrétion de casser la décision de l'employeur même s'il trouve que dans les circonstances, il aurait pu ou dû utiliser ses pouvoirs avec moins de rigueur. Il se trouve à peu près dans la même position que l'arbitre de grief au moment de l'arrêt *Port Arthur Shipbuilding*²⁰, encore que ce dernier ait disposé du pouvoir d'ordonner la réintégration en l'absence de cause, tandis que nos tribunaux de droit commun n'ont jamais eu ce pouvoir.

M. le juge Lévesque fait aussi appel à la doctrine française en matière de rupture abusive, entendons l'usage abusif du droit de résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée. Il s'appuie sur certains auteurs pour soutenir que "la retenue de salaire, la suspension et les dommages sont des moyens de sanction reliés à la faute contractuelle". Peut-être cela signifie-t-il que l'employeur peut, par exemple, suspendre un salarié fautif plutôt que de le renvoyer;

In the absence of any present statutory control over the disciplinary process, it is evident that the court obviously has no jurisdiction to effect an alternative form of discipline in the event the alleged misconduct, even though proven, is of such a nature as to be still unworthy of summary dismissal. Hence the traditional position at common law has effected a polarization of two alternatives — either cause be shown or cause not be shown, each bearing its resultant consequence at respectively opposite ends of the spectrum..."

20. *Port Arthur Shipbuilding Company c. Harry W. Arthurs et al.*, [1969] R.C.S. 85. À la page 89, on y lit en substance qu'une faute qui n'est pas frivole peut justifier le renvoi et qu'un conseil d'arbitrage ne peut substituer son jugement à la discrétion de l'employeur en pareil cas.

Il est vrai que la Cour suprême a depuis laissé entrevoir qu'il serait peut-être opportun de réviser sa décision de 1969: *The Newfoundland Association of Public Employees et Le Procureur général de la province de Terre-Neuve*, (1978) 1 R.C.S. 524. Mais ces opinions furent clairement énoncées en *obiter dictum*. Cf. pp. 530 et 537. Il est à noter que la Cour fédérale, Division d'appel, a déjà considéré que l'arrêt *Newfoundland Assoc'n* enlevait peut-être (*perhaps*) son autorité à l'arrêt *Port Arthur*. Voir: *Re Deputy Attorney-General of Canada and Gauthier*, 113 D.L.R. (3d) 419, 421.

cela ne signifie pas que le juge pourrait substituer une suspension au congédiement. En tout cas, deux auteurs cités (sans mention d'édition) sont explicites dans leur plus récente édition:

“Avant la loi du 13 juillet 1973, c'est par la théorie du congédiement abusif que la jurisprudence avait apporté des limitations au droit de résiliation unilatérale du contrat de travail appartenant à l'employeur. Le travailleur prétendant avoir été licencié injustement devait établir que l'employeur avait commis une faute dans l'exercice de son droit de licenciement. Une jurisprudence très abondante s'était formée à propos de l'usage abusif de son droit par l'employeur. Elle admettait qu'une légèreté blâmable dans le recours au licenciement ou l'invocation de motifs fallacieux pouvaient constituer des fautes obligeant l'employeur à réparer les conséquences dommageables du licenciement. Mais les tribunaux se refusaient à apprécier la gravité des griefs de l'employeur contre le salarié ou le bien-fondé des décisions de compression de personnel pour motifs économiques. L'employeur était seul juge des mesures à prendre pour la gestion de son entreprise. D'autre part, les juges du fond étaient libres de fixer les dommages-intérêts accordés au travailleur licencié. Enfin, celui-ci avait la charge de la preuve de la faute commise par l'employeur”²¹.

Sous l'angle du remède que le salarié qui se croit injustement renvoyé peut espérer obtenir, la théorie de l'abus des droits ne donne ouverture qu'à des dommages-intérêts²².

Poursuivant son raisonnement²³, le Tribunal rappelle la règle du droit des rapports collectifs qui permet à l'arbitre de substituer son

21. RIVERO et SAVATIER, *op. cit.*, note 5, 515. Consulter également: Daniel AUTIÉ, *La rupture abusive du contrat de travail*, Paris, Dalloz, 1955. Cet ouvrage périmé en raison des lois françaises subséquentes mais valable quant à notre droit commun du contrat de travail — montre l'inexistence du contrôle de proportionnalité et du pouvoir d'ordonner la réintégration, son ultime prolongement. D'autre part, indemnité de préavis et indemnité de résiliation abusive se distinguent par leur fondement juridique et leur finalité. La notion de rupture abusive est un tempérament au droit de mettre fin unilatéralement au contrat de travail et non un tempérament à la rigueur de l'autorité patronale lorsqu'une faute justifie le renvoi.

22. Sur l'abus des droits en général, consulter pour le Québec: Antonio PERRAULT, “La théorie de l'abus des droits”, (1949) *Revue du Barreau* 361-78; Albert MAYRAND, “L'abus des droits en France et au Québec”, (1974) 9 *Revue juridique Thémis* 321-40; Robert SOUCY, “Étude sur les abus de droit”, (1979) *Revue légale* 1-140. En matière de contrat de travail, voir: René DOUCET, “La résiliation du contrat de travail en droit québécois”, (1974) 9 *Revue juridique Thémis* 249, 289 et seq. Voir également *L'Administration de pilotage des Laurentides et La Guilde de la marine marchande du Canada c. Guy Gagnon*, (1981) C.A. 431, 457 et seq. Cette décision a été cassée par la Cour suprême du Canada, sur un autre point, par un jugement unanime du 7 juin 1984.

23. *Malabre c. Idi Electric (Canada) Limited*, C.S. Montréal, no 500-05-018050-797, 4 mai 1984, 14 (Juge Denis LÉVESQUE).

jugement à celui de l'employeur et de réduire une sanction jugée exagérée et s'interroge:

"... Si un conseil d'arbitrage détient ce pouvoir en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés, pourquoi le Tribunal supérieur de droit commun ne jouirait-il pas de [la] même compétence dans l'optique du droit nord américain..."²⁴.

Cette question peut s'envisager sous l'angle du droit positif ou du droit normatif.

En droit positif, la réponse du Tribunal est claire: il prétend avoir ce pouvoir. Mais en l'espèce, comme le salarié ne demande que des dommages-intérêts, le jugement de disproportionnalité de la sanction n'a contribué qu'à augmenter la longueur du préavis qui aurait dû être donné, en l'absence de faute passible de renvoi, et donc à gonfler l'importance des dommages en tenant lieu²⁵.

Pour ma part, je suis d'avis que la Cour supérieure n'a pas le pouvoir de substituer son jugement à celui de l'employeur et qu'elle ne l'a jamais eu, pas plus que celui d'ordonner la réintégration. Bien plus, la législation moderne a confirmé cette règle en donnant ce pouvoir à des tribunaux d'exception, dont le dernier exemple est celui de l'article 124 de la *Loi sur les normes du travail*²⁶.

D'autre part, la Cour supérieure n'avait pas jusqu'ici tenté de s'approprier cette compétence.

24. *Id.*, 18. Notons que "l'optique du droit nord américain" ne peut se rapporter qu'au droit des rapports collectifs. En effet, aux États-Unis, le régime du contrat individuel de travail soumet le sort de celui-ci au bon plaisir de l'employeur selon l'*employment-at-will doctrine*. Cf. sur ce point le numéro spécial du *Journal of Law Reform*, Vol. 2, n° 2, Winter 1983, 199-464.

Quant à la *common law* des autres provinces, nous y reviendrons tantôt.

25. *Id.*, 9 et 10. "Dans le cas présent, le demandeur n'étant plus intéressé à revenir au travail et ne réclamant que des dommages-intérêts, il y a lieu de traduire en montant d'argent la pénalité qui aurait dû être imposée et diminuer sa réclamation d'autant."

À mon avis, le réclamant ne pouvait pas demander la réintégration à la Cour supérieure. L'option entre deux recours que suggère la citation n'existe pas, en droit commun. Il ne faut pas confondre ici la conclusion alternative qu'il aurait pu prendre contre le défendeur, soit de le reprendre à son service ou à défaut de lui payer tel montant.

26. L.R.Q., c. N-1, art. 1.

Voir aussi, au même effet, l'article 61.5 du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, c. L-1.

Quant aux tribunaux des provinces de *common law*, leurs emprunts au droit des rapports collectifs du travail les ont amenés non pas à évaluer la sanction prise par l'employeur en regard de la gravité de la faute (et éventuellement à réduire ou annuler cette mesure), mais à juger de la sévérité de la sanction et de la manière dont l'employeur a usé de son pouvoir, pour déterminer l'indemnité de préavis. Cela fait une énorme différence. Ainsi, dans l'affaire *Pilato c. Hamilton Place Convention Centre*²⁷, la Cour a tenu compte du fait que le salarié avait été renvoyé pendant ses vacances et n'avait donc pas eu l'occasion de se défendre (adaptation du principe *audi alteram partem* au droit privé?)²⁸ pour octroyer des dommages punitifs en sus de l'équivalent des six mois de salaire auxquels il aurait eu droit en cas de renvoi injustifié, quelle qu'en soit la cause.

Dans une autre affaire, il a été décidé que si un salarié est renvoyé pour cause, l'employeur est tenu de lui en fournir les motifs²⁹. Autrement, le congédiement est vicié dans sa forme et en conséquence³⁰ le demandeur a droit à la pleine indemnité de préavis.

Dans tous ces cas, la conclusion que le salarié n'a pas commis de faute justifiant le renvoi ou que l'employeur a commis une faute dans sa manière de procéder au renvoi n'affecte que l'octroi et l'évaluation des dommages³¹. Les pouvoirs de l'arbitre sont fort différents.

Sous l'angle du droit normatif, il est clair qu'il faudrait une disposition législative expresse pour donner à la Cour supérieure le droit de substituer à la décision de l'employeur la sienne propre de manière à ce que le salarié conserve son emploi. Est-ce désirable? Cela dépend de la conception que l'on se fait de la "citoyenneté industrielle"³² dans l'entreprise et des droits qui s'y rattachent. Il me

27. 84 CLLC, parag. 14, 039, Supreme Court of Ontario, April 11, 1984.

28. Cette maxime est invoquée *verbatim* dans une autre affaire: *Reilly c. Steelcase Canada Ltd.*, (1980) 26 O.R. (2d) 725, 729 (High Court of Justice).

29. *Pulsifer c. GTE Sylvania Canada Limited*, (1982) 51 N.S.R. (2d) 298 (Nova Scotia Supreme Court).

30. Sur les formalités de l'avis de congédiement en droit des rapports collectifs, voir: Claude D'AOUST, "Effets de l'annulation d'un avis de congédiement par un arbitre", (1984) *Relations industrielles* 365.

31. Dans un cas parmi d'autres la Cour d'appel d'Ontario refusa les dommages parce que le demandeur aurait pu éventuellement être réintégré. Mais il s'agissait d'un chef de police destitué dont le droit éventuel à recouvrer sa charge était d'origine légale (*statutory*) plutôt que contractuelle. Voir: *Brown c. Waterloo Regional Board of Commissioners of Police*, 150 D.L.R. (3d) 729.

32. Sur ce concept, voir: Harry W. ARTHURS, "Developing Industrial Citizenship:

semble que de nos jours les fondements de l'exception permettant à l'employeur de se faire justice à lui-même sont quelque peu fragiles³³. Le caractère personnel du contrat de travail qui empêche que la relation de travail persiste au-delà de la mésentente survenue entre patron et salariés s'est estompée. Aussi, serait-il possible d'envisager que la relation de travail ne puisse qu'être suspendue plutôt que rompue unilatéralement, quand l'employeur en vient à la conclusion qu'il est opportun de se défaire des services d'un individu³⁴.

En second lieu, il paraît inadmissible qu'une des parties contractantes ait un pouvoir discrétionnaire tel qu'un manquement la justifie de mettre fin unilatéralement à un contrat bilatéral dans sa formation, sans qu'un tiers n'ait juridiction pour réviser cette décision.

Enfin, il semblerait plus opportun de confier ces nouvelles fonctions à des instances spécialisées, quitte à ce qu'elles soient soumises au contrôle de juridiction des tribunaux supérieurs. C'est d'ailleurs la direction suivie par le législateur dans la *Loi sur les normes du travail*³⁵.

a Challenge for Canada's Second Century", (1967) *Canadian Bar Review* 786.

33. Distinguer ici entre se faire justice en un premier temps, quitte à soumettre sa décision à l'approbation postérieure du tribunal et la situation où il n'y a pas de contrôle véritable de la décision de l'employeur.
34. En droit des rapports collectifs, certaines conventions vont plus loin par les clauses dites de *statu quo ante* qui empêchent la décision de l'employeur de prendre effet avant qu'un arbitre ne l'ait entérinée.
35. Voir *supra*, note 26.

Dans la mesure où la période de cinq ans de service continu serait réduite pour avoir accès au recours de l'article 124 et dans la mesure où cet article couvrirait les sanctions moindres que le renvoi, le problème ne se poserait pratiquement plus qu'en terme de juridiction à savoir si celle-ci devrait être conférée aux tribunaux de droit commun plutôt qu'à un arbitre.

Sur le fond, l'arbitre agissant sous l'empire de l'article 124 a des pouvoirs analogues à ceux de l'arbitre de grief sous l'article 100.12f) *C.t.* plutôt qu'à ceux, limités, du commissaire du travail agissant dans le cadre des articles 15 et suivants *C.t.*

Ce dernier apprécie la faute du salarié un peu à la manière du tribunal de droit commun. Il vérifie son existence et si elle est le véritable motif de la décision patronale; il n'apprécie pas la proportionnalité entre l'une et l'autre.