

**MÉMOIRE PRÉSENTÉ À LA
COMMISSION DE L'ÉCONOMIE ET DU TRAVAIL
DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC**

par

Alain Barré, professeur
Département des relations industrielles
alain.barre@rtl.ulaval.ca

Université Laval
15 mai 2018

RÉSUMÉ

L'auteur rappelle ici un certain nombre de principes qui doivent guider le législateur dans la rédaction de la loi nouvelle.

Tenant pour acquis que plusieurs intervenants se chargeront de présenter des observations à propos du niveau des conditions de travail contenues au *Projet de loi n° 176*, l'auteur s'abstient de se prononcer sur l'opportunité économique des nouvelles normes du travail, prises séparément ou cumulativement.

Au regard de la terminologie utilisée, l'auteur constate que le terme « entreprise » est utilisé de manière impropre. En droit du travail, l'entreprise n'est jamais considérée comme un sujet de droit. Il recommande donc de substituer le terme « client » au vocable « entreprise cliente ».

Estimant que l'encadrement envisagé entourant l'étalement conventionnel des heures de travail n'est pas suffisamment costaud, l'auteur recommande qu'il soit supprimé ou remplacé par un encadrement respectueux du principe de protection inhérent au droit du travail.

L'auteur suggère l'ajout d'une véritable indemnité de départ devant être versée à tout salarié lors de son licenciement. Cette indemnité serait un droit distinct de l'indemnité compensatrice de préavis. Il souligne que dans le droit du travail en vigueur au Québec, lorsque l'employeur respecte les préavis de licenciement individuel et collectif, le salarié ne peut prétendre à une indemnisation pour ses années passées à son service.

L'auteur suggère aussi de modifier la *Loi sur les normes du travail* pour qu'elle soit réputée faire partie intégrante de toute convention collective. Une modification devrait aussi être apportée au *Code du travail* pour permettre à l'arbitre de griefs d'interpréter et d'appliquer les lois sur les droits de la personne ainsi que les autres lois sur l'emploi. De la sorte, l'arbitre de griefs deviendrait ainsi le seul forum compétent pour décider de toute réclamation portant sur le contenu explicite ou le contenu implicite de la convention collective.

PLAN

Introduction

1. Éléments du Projet de loi n° 176
 - 1.1 Les agences de placement de personnel
 - 1.1.1 Distinction entre l'employeur et l'entreprise
 - 1.1.2 Domaine d'application
 - 1.1.3 Détermination du véritable employeur
 - 1.1.4 Solidarité entre l'agence de placement et le client
 - 1.1.5. Contenu de la réglementation des agences de placement
 - 1.2 Étalement conventionnel des heures de travail
2. Éléments non réglementés par le Projet de loi n° 176
 - 2.1 Indemnité de départ
 - 2.2 Application des normes du travail par l'arbitre de griefs

INTRODUCTION

Nous nous abstiendrons ci-dessous de porter tout jugement sur l'opportunité économique de chacune des mesures nouvelles – prises isolément les unes des autres – découlant du Projet de loi n° 146. Partant de la prémisse que les employeurs seraient en mesure d'assumer la charge financière (le poids économique) générée par chacun de ces droits lorsqu'ils sont envisagés séparément, nous nous abstiendrons aussi de nous prononcer sur cette même question relativement au cumul (ou à l'addition) de ces nouveaux droits : si chacun d'eux, pris isolément, peut créer une charge salariale nouvelle acceptable pour l'employeur, la totalité de ces droits nouveaux crée-t-elle, en 2018, une charge (un fardeau) trop lourde pour l'employeur ? En d'autres termes, nous ne tenterons pas de répondre à la question de savoir si l'impact cumulatif de ces droits nouveaux « devient un obstacle à la compétitivité de nos entreprises » (voir Véronique Proulx dans Isabelle Massé, « Réforme des normes du travail. Les syndicats satisfaits, les patrons maugréent », *LaPresse* +, 21 mars 2018, section affaires; voir aussi dans le même sens les propos de Martine Hébert rapportés par Anne Drolet, « Les PME feront les frais des 'cadeaux' aux salariés », *Le Soleil*, 22 mars 2018, p. 23.)

Toutefois, nous sommes d'avis que pour répondre à cette question, il faut prendre en compte non seulement les droits nouveaux découlant du *Projet de loi n° 176*, mais aussi de l'augmentation du salaire minimum et de la hausse des contributions patronales au *Régime des rentes du Québec*. Nul doute que d'autres intervenants s'en chargeront. Tenant pour acquis que les arbitrages économiques ont été correctement administrés, notre propos sera limité aux difficultés de mise en application des nouveaux droits. Selon nous, la question essentielle dans l'application de la *Loi sur les normes du travail* est d'abord et avant tout celle de la non-application de la loi.

Lorsque l'on discute d'une loi portant sur les conditions minimales de travail, comme la *Loi sur les normes du travail*, il ne faut jamais perdre de vue son arrière-plan contractuel. Après avoir constaté que la loi octroie des droits à un « salarié » au sens de la loi, non à un employeur, cet « arrière-plan contractuel » signifie que si la loi n'octroie pas un certain droit au salarié, il ne faut pas en conclure que l'employeur n'est jamais tenu de lui octroyer cet avantage. Si la loi n'octroie pas nommément un avantage au salarié, il ne

faut pas, dès lors conclure que l'employeur n'est jamais tenu de le lui verser : ce salarié peut fort bien y avoir droit en vertu d'un contrat de travail au sens du *Code civil du Québec*, ou en vertu d'une convention collective au sens du *Code du travail*. En d'autres termes, si le salarié n'y a pas droit en vertu d'une source légale, il peut l'avoir en vertu d'une source purement conventionnelle.

À titre d'illustration, le salarié ne jouit pas, en vertu de la loi, du droit de choisir la date de son départ en vacances, toutefois, un tel droit peut lui être reconnu par son contrat de travail ou la convention collective. Autre illustration : le « cadre », au sens de l'article 54 (3) L.n.t., n'a pas droit, en vertu de la loi, à une majoration pour ses heures de travail supplémentaires effectuées. Toutefois, de nombreux cadres y ont droit en vertu de leur contrat de travail.

En Ontario, le dépôt d'un projet de loi sur ce même sujet a tout d'abord été précédé d'un large processus de consultation mené par deux experts indépendants : C. Michael Mitchell et John C. Murray. Leur rapport final, daté du 23 mai 2017, est intitulé *Examen portant sur l'évolution des milieux de travail*. Ce rapport comporte 173 recommandations, dont 129 concernent la *Loi de 2000 sur les normes d'emploi*, L.O. 2000, c. 41, le pendant ontarien de la *Loi sur les normes du travail*. Les 44 autres recommandations proposées portent sur le contenu de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, c. 1, le pendant ontarien du *Code du travail*.

Par la suite, le 1^{er} juin 2017, le gouvernement de l'Ontario a procédé au dépôt en première lecture du *Projet de loi 148*. Sanctionné le 27 novembre 2017, ce projet devient la *Loi de 2017 pour l'équité en milieu de travail et de meilleurs emplois*, L.O. 2017, c. 22. De plus, l'annexe 1 est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018 (a. 72). Nous constatons que la réforme mise en œuvre en Ontario a été précédée d'un long processus de gestation. Nous pensons qu'il aurait été bon qu'il en soit ainsi au Québec au motif que les normes du travail représentent une matière des plus contentieuses, une matière de nature à être soumise à une interprétation judiciaire dès les premiers mois de son entrée en vigueur. Pourquoi ne pas prendre un peu plus de temps pour clarifier la portée de certaines de ses dispositions ?

Dans l'élaboration d'une loi nouvelle, le légiste devrait s'astreindre à l'inévitable principe d'uniformité : chaque mot ou expression ne devrait avoir qu'un seul et même sens. Le droit a recours à une langue éminemment technique. La plus petite variation dans l'expression signifie une référence à un autre concept. Les termes utilisés par le législateur sont « réputés avoir le même sens dans chacune des dispositions d'une même loi » (voir *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 255, p. 298). Ce principe d'uniformité s'applique aussi au regard des lois connexes (voir sur ce point Pierre-André Côté, Stéphane Beaulac, Mathieu Devinat, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 2009, par. 1272, où les auteurs disent que « lorsque l'auteur d'une loi élabore celle-ci, il tient compte des lois qui sont alors en vigueur, spécialement de celles qui portent sur la même matière, et qu'il façonne la nouvelle loi de manière à ce qu'elle s'intègre convenablement dans le droit existant [...] »; voir aussi Louis-Philippe Pigeon, *Rédaction et interprétation des lois*, 1965, p. 35). Lorsque le législateur modifie la *Loi sur les normes du travail*, il devrait aussi prendre en compte une loi connexe comme le *Code du travail*. Enfin, au-delà des lois connexes, l'auteur de la loi devrait prendre en compte la jurisprudence : le sens donné à un mot par les tribunaux ne peut être ignoré, surtout lorsqu'il s'agit d'un arrêt de la Cour suprême du Canada.

Au-delà des mots utilisés et des lois connexes existantes, il faut, dans l'interprétation de la loi nouvelle, présumer qu'au stade de son élaboration le législateur possédait une parfaite connaissance des principes fondamentaux de la branche concernée. Or, le droit du travail en vigueur au Québec, en dépit de son caractère épars, comporte, encore aujourd'hui, un ensemble de principes fondamentaux qui lui sont propres. Il importe donc, à l'occasion de l'élaboration de lois nouvelles dans cette branche du droit, de veiller au respect de ces principes. Il s'agit d'une considération essentielle qui nous a guidé dans la rédaction du présent mémoire. Le contenu du *Projet de loi n^o 176* touche à deux de ces principes fondamentaux du droit du travail : le principe de continuité des rapports de travail lors d'un changement dans l'identité de l'employeur par suite de l'aliénation ou de la concession de l'entreprise, ainsi que le principe de protection qui se réalise par l'adoption de lois établissant des conditions minimales d'ordre public (voir Pierre Verge, « Une codification du droit régissant le travail au Québec : un objectif à poursuivre ? », (2005) 46 *Les Cahiers de Droit* 77, p. 84).

1. Observations portant sur le contenu du Projet de loi n° 176

1.1 Les agences de placement de personnel

1.1.1 Distinction entre l'employeur et l'entreprise

Dans le cadre de la réglementation des agences de placement, le *Projet de loi n° 176* fait référence à l'« entreprise cliente » (voir les nouveaux articles 41.2, 92.6, 92.7 (1) et (5) et 95 al. 2). Il s'agit là d'une erreur. Et pour la raison suivante. Le droit du travail en vigueur au Québec distingue – et l'a toujours fait d'ailleurs – nettement l'*employeur* de l'*entreprise*. L'employeur est une personne physique ou, plus fréquemment, une personne morale (une société par actions ou une corporation de droit public). L'employeur est l'acteur juridique : il possède des droits et assume des obligations. Le salarié, lui, conclut un contrat de travail avec un employeur (a. 2085 C.c.Q.), et non pas avec une entreprise. Le syndicat est accrédité pour représenter les salariés d'un employeur (a. 21 al. 1 C.t.). Ce dernier exploite une « entreprise » (en anglais, « *enterprise* », « *undertaking* » ou « *business* »), c'est-à-dire une activité économique organisée (a. 1525 C.c.Q.). Le professeur Pierre Verge rappelait que « l'entreprise [...] n'a jamais été elle-même un sujet de droit et d'obligations et elle ne le sera vraisemblablement pas » (voir Pierre Verge, « L'adaptation du droit du travail à nouvelle entreprise », dans *L'incessante évolution des formes d'emploi et la redoutable stagnation des lois du travail*, LVI^e Congrès des relations industrielles, Québec, P.U.L., 2001, p. 24). Bref, l'entreprise n'est pas l'acteur juridique. En dépit de ce fait, une tendance lourde du droit du travail moderne – tendance à laquelle participe notre droit du travail – consiste à rattacher le régime de travail (ou une partie de celui-ci) à l'entreprise, non à la personne de l'employeur. Si l'entreprise se continue sous une nouvelle direction (avec un nouvel employeur), le régime de travail doit alors être maintenu.

Au Québec, le droit du travail participe de cette tendance depuis le 10 juin 1961, jour de l'entrée en vigueur de l'article 10a de la *Loi des relations ouvrières* (voir *Loi modifiant la Loi des relations ouvrières*, S.Q. 1960-61, c. 73, a. 1 et 12). Cet article est l'ancêtre immédiat de l'article 45 C.t. C'est principalement dans le cadre de cet article que les travaillistes du Québec ont développé cette habileté à distinguer l'employeur de

l'entreprise. Cette tendance s'est aussi manifestée lors de l'entrée en vigueur des articles 96 et 97 de la *Loi sur les normes du travail* le 16 avril 1980. Il est donc extrêmement étonnant de constater que le nouvel article 95 al. 2 cherche à faire de l'entreprise un sujet de droit alors que les articles 96 et 97 donnent au mot « entreprise » une acception totalement différente... pourtant il existe une présomption... En 1990, dans le cadre d'une importante réforme de la *Loi sur les normes du travail* (voir *Loi modifiant la Loi sur les normes du travail et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1990, c. 73), le législateur avait modifié l'article 124 L.n.t. : les mots « chez un même employeur » avaient alors été remplacés par « dans une même entreprise ». Voilà la démonstration la plus nette qui soit : les mots employeur et entreprise possèdent très clairement un sens juridique distinct. On ne peut donc les utiliser de façon interchangeable. Depuis le 1^{er} janvier 1991, date de l'entrée en vigueur de cette réforme, le salarié justifiant « de [deux] ans de service continu dans une même entreprise » peut diriger une plainte de congédiement fait sans cause juste et suffisante au sens de l'article 124 L.n.t. directement contre celui qui continue l'exploitation de l'entreprise. En d'autres termes, le législateur consacrait de façon marquée le rattachement du salarié à l'entreprise, non plus à la personne de l'employeur. Il ne le faisait toutefois qu'au seul bénéfice du salarié justifiant deux ans de service continu, ainsi qu'au regard de la seule faculté de procéder au dépôt d'une plainte de congédiement au sens de l'article 124 L.n.t.

Enfin, la plus importante modification législative mettant en cause la distinction entre l'employeur et l'entreprise est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1994 lors de l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64. Depuis lors, l'acquéreur, dans les cas d'aliénation de l'entreprise, se trouve désormais lié par les contrats de travail en cours au moment de l'aliénation. Plusieurs commentateurs y ont vu le changement « le plus spectaculaire » en matière de contrat de travail lors de l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*.

Il est intéressant de noter que la *Loi de 2000 sur les normes d'emploi*, L.O. 2000, c. 41, définit l'« agence de placement temporaire » comme un « employeur qui emploie des personnes afin de les affecter à l'exécution d'un travail à titre temporaire pour ses clients ». Elle définit aussi le « client » comme étant « la personne ou de l'entité qui

conclut avec l'agence un arrangement aux termes duquel l'agence convient d'affecter ou de tenter d'affecter un ou plusieurs de ses employés ponctuels à l'exécution d'un travail pour la personne ou l'entité à titre temporaire » alors que l' « employé ponctuel » est défini comme un « employé qu'une agence de placement temporaire emploie afin de l'affecter à l'exécution d'un travail à titre temporaire pour des clients de l'agence ». Au Québec, en l'absence d'un texte de loi qui fixe la terminologie devant être utilisée, les auteurs ont recours aux vocables « employés d'agence » ou « salariés d'agence » pour désigner un salarié recruté par les services d'une agence de location de personnel. Dans l'ensemble de la réglementation en vigueur en Ontario (a. 74.2.1 à 74.18), on se réfère aux « clients » de l'agence, et non pas à des « entreprises clientes ». Le texte de loi en vigueur en Ontario n'est pas pour autant moins clair ou moins précis que le texte du *Projet de loi n° 176*... tout en ayant l'immense avantage de ne pas recourir au terme « entreprise » (en anglais « *business* ») dans un sens impropre. La loi ontarienne précise que le terme « entreprise » « s'entend notamment d'une activité, d'un métier ou d'une exploitation ». Il s'agit bien du sens donné à ce terme dans les articles 96, 97 et 124 L.n.t.

Dans le *Projet de loi n° 176*, le terme « entreprise » n'a pas le sens qu'on lui attribue dans nos lois du travail, et ce, de manière constante depuis 1961.

En conséquence, nous recommandons donc que le terme « client » soit substitué aux termes « entreprise cliente » dans les nouveaux articles 41.2, 92.6, 92.7 (1) et (5), et 95 al. 2.

1.1.2 Domaine d'application

À défaut de l'avoir fait directement dans la loi, il importera de préciser, par voie réglementaire, le domaine d'application de la réglementation nouvelle des agences de placement de personnel. Une agence de placement de personnel peut se livrer à deux types d'activités : elle peut faire du *recrutement* de personnel ou de la *location* de personnel. Bien entendu, elle peut faire les deux à la fois. Dans ce cas, la personne recrutée par les services d'une agence de placement a vocation à conclure un contrat de travail avec la cliente de l'agence de placement : elle deviendra un salarié de la cliente et sera rémunérée par cette dernière. Une relation de travail sera alors créée entre le salarié recruté par les services de l'agence et le client de cette dernière. Il n'y a donc pas, en ce

cas, de relation de travail tripartite ou triangulaire. L'agence qui procède à du recrutement de personnel devra quand même être titulaire d'un permis délivré par la Commission conformément à l'article 92.5 (nouveau), puisque cette agence est certainement une « agence de placement de personnel » au sens strict du terme. Agence de placement de personnel n'est synonyme d'agence de location de personnel. Si le législateur ne vise que la *location* de personnel, il devrait pouvoir le dire dans un langage approprié. La question sera tranchée dans la réglementation à venir (voir a. 92 (7) (nouveau)). Nous croyons toutefois que cela aurait pu être avantageusement précisé dans la loi.

Par ailleurs, les agences de placement de personnel peuvent procéder à de la *location* de personnel, par opposition à du *recrutement*. La location de personnel peut être à titre temporaire ou sans limitation de durée. Le *Projet de loi n° 176* n'utilise pas le vocable « placement temporaire ». Si une agence fait du placement de personnel dans le sens qu'elle offre des services de location de personnel, nous pensons qu'il n'y aurait pas lieu de distinguer selon que la location est à titre temporaire ou sans limitation de durée : les deux aspects de la location de personnel devraient être soumis à une réglementation. Un éventuel règlement qui tendrait à limiter le domaine d'application de la loi au seul placement temporaire pourrait, par ailleurs, être déclaré *ultra vires*. Si l'on souhaite limiter la portée de la loi au « placement temporaire » (comme le fait la loi de l'Ontario), il faudrait que le législateur le dise expressément.

À propos de la location de personnel sans limitation de durée, il est pertinent de citer Cathy Belzile :

« [...] les caractéristiques des emplois occupés par les salariés d'agences de location de personnel semblent correspondre davantage à celles d'emplois permanents à temps complet qu'à celles d'emplois temporaires ponctuels qui sont censés constituer le créneau des agences de location de personnel. »

(« Le travail intérimaire des agences de location de personnel : lorsque le respect des normes minimales de travail rime avec défi », dans Mircea Vultur et Jean Bernier (éd.), *Les agences de travail temporaire. Leur rôle et leur fonctionnement comme intermédiaires du marché du travail*, Québec P.U.L., 2014, p. 103).

Par ailleurs, la section VIII.2 comporte un premier paragraphe dont le titre est « agences de placement et agences de recrutement ». On peut donc y voir un argument permettant de retenir que les mots « agence de placement » signifient, en définitive, l'agence dont les activités consistent dans la location de personnel. En effet, il serait permis de prétendre que les termes « agence de placement » n'englobent pas « agence de recrutement », puisque lorsque le législateur a voulu viser les agences recrutement, il s'est senti obligé de les désigner nommément comme dans le titre du premier paragraphe l'article 92.5. On peut donc retenir que les termes « agences de placement de personnel » sont synonymes d'« agences de location de personnel ».

En Ontario, la loi définit l'« agence de placement temporaire » (a. 1 (1)) comme l'« employeur qui emploie des personnes afin de les affecter à l'exécution d'un travail à titre temporaire pour ses clients ». La loi semble bien exclure de sa portée les activités de location de personnel sans limitation de durée ou à titre indéterminée, et ce, par opposition « à titre temporaire ».

1.1.3 Détermination du véritable employeur

Lors de la rédaction d'un projet de loi, le législateur est présumé connaître parfaitement l'état du droit positif dans lequel devra s'insérer la loi nouvelle (voir notre introduction). À propos de la question des agences de placement de personnel, il faut de toute évidence présumer que le législateur connaît non seulement l'existence de l'arrêt *Pointe-Claire (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)*, [1997] 1 R.C.S. 1015, mais aussi l'état du droit qui en résulte. Depuis cet arrêt *Ville de Pointe-Claire*, un syndicat accrédité peut, « en tout temps » en vertu de l'article 39 du *Code du travail*, s'adresser au Tribunal administratif du travail afin de faire établir si un salarié est compris dans l'unité de négociation au regard de laquelle il est accrédité. Plus précisément, dans le contexte d'un employeur qui a recours à des salariés d'agence, alors que ses propres salariés sont représentés par un syndicat accrédité, ce dernier peut s'adresser au Tribunal administratif du travail afin de faire établir qui est l'employeur, aux fins de l'application du *Code du travail*. Par l'application d'un certain nombre de critères discutés dans l'affaire *Ville de Pointe-Claire*, l'instance compétente désignera qui est l'employeur. Si la société utilisatrice est désignée en ce sens, les salariés d'agence seront compris dans l'unité de

négociation au regard de laquelle le syndicat est accrédité, et ce, avec toutes les conséquences juridiques prévues à la loi, notamment l'application de la convention collective chez cet employeur.

Les dispositions du *Projet de loi n° 176* ne modifient aucunement l'état du droit. Elles sont compatibles avec le droit antérieur. En ce sens, un syndicat accrédité jouira toujours de la faculté de s'adresser au Tribunal administratif du travail afin de faire établir que les salariés d'agence qui exécutent des tâches visées par son accréditation sont en fait des salariés de la société utilisatrice, la société cliente de l'agence de placement.

Il est intéressant de noter que le droit en vigueur en Ontario semble, en apparence, être différent de celui en vigueur au Québec. En effet, depuis 2009, l'article 74.3 de la *Loi de 2000 sur les normes d'emploi* établit formellement que l'agence de placement temporaire est l'employeur de la personne affectée à l'exécution d'un travail à titre temporaire pour le client de l'agence. Toutefois, la loi n'a pas pour effet de faire obstacle à l'application de l'arrêt *Ville de Pointe-Claire* en Ontario dans le secteur des rapports collectifs du travail, à tout le moins dans le contexte d'une relation d'emploi tripartite ou triangulaire à titre temporaire, et ce, parce que la loi ne vise que du travail temporaire. En Ontario, un syndicat peut toujours prétendre faire inclure les employés d'agence dans l'unité de négociation au regard de laquelle il est accrédité.

Nous sommes d'avis qu'il ne faudrait pas remettre en question le principe de l'arrêt *Ville de Pointe-Claire*, et ce, pour les raisons suivantes.

Il faut s'entendre sur une chose : l'objet du *Code du travail* est de permettre aux salariés qui possèdent des intérêts communs de négocier ensemble leurs conditions de travail. À la lumière de l'arrêt *Ville de Pointe-Claire*, il ne fait aucun doute que les salariés d'agence partagent des intérêts communs avec les salariés de la société utilisatrice. Ils partagent une communauté d'intérêts avec eux, et cette communauté se définit par référence à leurs conditions de travail.

Le *Code du travail* ne fait certes pas obstacle à ce que les salariés d'une agence donnée puissent faire le choix de se regrouper aux fins de la négociation collective. Toutefois, à notre connaissance, cette solution est peu pratiquée. La raison se comprend

facilement. Lorsqu'il est question de regrouper dans une seule unité de négociation des salariés relevant de plusieurs établissements distincts d'un même employeur, il est de jurisprudence constante qu'il doit y avoir une mobilité des salariés entre ces divers établissements. Des salariés qui ne se rencontrent jamais ne peuvent évidemment pas constituer une véritable unité de négociation viable aux fins de la négociation collective. Dans le contexte d'une agence de placement, dont les salariés sont répartis géographiquement chez ses nombreux clients, la même logique devrait s'appliquer. Contraindre les salariés d'agence à se regrouper ensemble pour les fins de l'application du *Code du travail* équivaudrait, en définitive, à la négation de leur liberté d'association, liberté fondamentale protégée par la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Il est intéressant d'observer que l'article 41.2 (nouveau) pourrait être interprété comme la volonté du législateur de faire le même choix. Il semble lui aussi favorable au principe de l'arrêt *Ville de Pointe-Claire*. Ainsi, en obligeant les agences à consentir les mêmes taux de salaire que ceux consentis par le client à ses salariés, il suggère nettement que les intérêts de ces salariés s'assimilent à ceux du groupe dans lequel ils s'intègrent. Bref, il ne fait que constater qu'il y a là communauté d'intérêts.

Après l'entrée en vigueur du *Projet de loi n° 176*, deux changements seront susceptibles d'intervenir dans la pratique des relations du travail à propos de la question du recours aux services des agences de placement de personnel.

En tout premier lieu, de nombreux employeurs pourront choisir de réviser leur modèle d'affaires. Ils pourront alors réévaluer le recours aux services de salariés d'agence, compte tenu de l'exigence de l'article 41.2 (nouveau). Étant désormais contraintes de payer leurs salariés au même taux que celui payé par leurs clients à leurs propres salariés, l'incitatif financier aurait désormais un objet plus limité. Plus encore, recruter un salarié par le biais d'une agence de location de personnel pourrait, dans de nombreux cas, avoir un coût de reviens plus élevé, compte tenu des frais d'agence à payer. Ne serait-il pas moins coûteux pour le client de l'agence d'embaucher directement les salariés dont il a besoin ? Il faut toutefois comprendre que le recours aux agences de placement pourrait être motivé par des considérations autres que financières. Ainsi, face à

un besoin ponctuel de personnel imputable à des absences imprévues, l'employeur pourrait recourir aux services d'une agence pour un besoin ponctuel.

En second lieu, un plus grand nombre de syndicats accrédités pourront choisir d'exercer le recours prévu à l'article 39 du *Code du travail* dans le but de rendre applicable aux salariés d'agence l'intégralité de la convention collective, compte tenu que ces salariés doivent désormais recevoir un taux de salaire non inférieur à celui consenti aux salariés de la cliente « qui effectuent les mêmes tâches dans le même établissement » (a. 41.2 nouveau).

1.1.4 Solidarité entre l'agence de placement et le client

L'article 34 du *Projet de loi n° 176* établit que toute agence de placement de personnel et son client sont « solidairement responsables des obligations pécuniaires fixées par la présente loi ou par les règlements ». La solidarité entre débiteurs implique que le salarié d'agence sera en droit de réclamer, au débiteur de son choix, la totalité de son dû soit à l'agence de placement, soit au client de cette dernière, c'est-à-dire à la société utilisatrice de ses services. Il faut comprendre que les « obligations pécuniaires fixées par la présente loi » doivent inclure l'obligation d'accorder au salarié d'agence le même taux de salaire que celui « consenti aux salariés de la [société] cliente qui effectuent les mêmes tâches dans le même établissement » (a. 41.2 nouveau). L'article 41.2 (nouveau) énonce d'ailleurs clairement une « obligation pécuniaire » au sens de l'article 95 al. 2 (nouveau).

La solidarité aura aussi pour effet d'atténuer les conséquences négatives du partage des prérogatives patronales entre l'agence de placement et son client. À titre d'illustration en matière de congé férié et chômé, selon l'article 65 L.n.t., un salarié « ne doit pas s'être absenté du travail, sans l'autorisation de l'employeur ou sans une raison valable, le jour ouvrable qui précède ou qui suit ce jour ». Si le salarié obtient du client de l'agence l'autorisation de s'absenter la veille d'un jour férié, l'agence pourra-t-elle se retrancher derrière son statut d' « employeur » ou derrière les termes de son contrat commercial pour refuser d'indemniser le jour férié au motif qu'il lui revenait d'autoriser l'absence du salarié.

Dans une telle situation, la solidarité entre ceux qui se partagent l'autorité patronale permettra-t-elle au salarié de réclamer à l'un ou à l'autre des débiteurs le paiement de l'indemnité afférente au jour férié ? Il y a bien une « obligation pécuniaire » fixée par la loi qui n'a pas été satisfaite. Si la réponse à cette question devait être positive, celui qui aura payé l'indemnité au salarié aurait, bien entendu, la faculté de « répéter » (d'exercer un recours en remboursement contre l'autre débiteur) la somme versée s'il revenait à l'autre débiteur d'autoriser l'absence du salarié la veille du congé. Le salarié n'a pas à faire les frais de ce débat. En fait, le partage des prérogatives patronales entre deux entités ne devrait jamais avoir d'incidence négative sur l'application des lois du travail. Le cas échéant, selon la portée qui sera attribuée au second alinéa de l'article 95 (nouveau), il sera peut-être opportun d'ajouter un autre alinéa qui ferait clairement en sorte – au-delà de la solidarité dans les obligations pécuniaires fixées par la loi – que les faits et gestes de l'un soient réputés les faits et gestes de l'autre. Dans le cadre d'un rapport a priori binaire, la décision de procéder au partage des prérogatives patronales entre deux entités ne devrait pas comporter de conséquences négatives pour l'autre partie, le salarié.

La solidarité entre débiteurs n'a rien de nouveau en droit du travail. Depuis 1980, elle existe à l'article 96 de la *Loi sur les normes du travail* entre l'ancien employeur et le nouveau – les employeurs successifs - lors d'une aliénation ou d'une concession totale ou partielle d'une entreprise. Dans ce cas, elle a pour objet une réclamation civile découlant de l'application de la *Loi sur les normes du travail*, ou d'un règlement, lorsque cette réclamation n'a pas été payée au moment de l'aliénation ou de la concession. Son objet est donc nettement limité aux réclamations portant sur des dettes antérieures à l'aliénation ou à la concession. En conséquence, les dettes postérieures à l'aliénation ou à la concession relèvent de la seule responsabilité du nouvel employeur.

La responsabilité solidaire existe aussi en vertu de l'article 154 de la *Loi sur les sociétés par actions*, RLRQ, c. S-31.1, entre les administrateurs d'une société à l'endroit des salaires devant être versés aux employés « pour les services rendus à la société pendant leur administration respective ». Une telle responsabilité solidaire entre les

administrateurs d'une société existe aussi dans le droit fédéral : *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44, a. 119 (1).

Il existe toutefois une différence significative entre la responsabilité solidaire des administrateurs d'une société et la responsabilité solidaire envisagée dans l'article 95 al. 2 (nouveau). En effet, avant d'engager la responsabilité solidaire des administrateurs, le créancier est tenu d'obtenir un jugement contre le débiteur au regard du salaire dû. Si au cas où le jugement ne peut être exécuté, la responsabilité des administrateurs se trouve alors engagée. Le salarié peut exiger l'intégralité de sa dette salariale à l'administrateur de son choix.

La situation est toutefois différente dans la mise en œuvre de la responsabilité solidaire de l'agence de placement et de la société cliente dans le cadre de l'article 95 al. 2 (nouveau). Dès la naissance d'une obligation pécuniaire au sens de la loi, la responsabilité solidaire entre les deux acteurs – l'agence et sa cliente – naît directement de la loi, sans l'obtention d'un jugement préalable contre l'agence de placement de personnel. Le salarié a alors le choix. Il peut s'adresser à l'un ou l'autre des débiteurs pour exiger la totalité de la dette découlant de la *Loi sur les normes du travail* ou d'un règlement.

1.1.5 Contenu de la réglementation des agences de placement de personnel

L'article 92.7 (nouveau) prévoit que le gouvernement peut, par règlement, « prévoir les obligations qui incombent à [la société] cliente lorsqu'elle retient les services d'une agence ». Nous pensons que cet article devrait aussi comporter un paragraphe permettant au gouvernement de préciser, par règlement, les obligations qui incombent à l'agence de placement (voir ci-après), et ce, au-delà des obligations générales qui incombent aux employeurs en vertu du droit commun et du régime légal.

Sans prétendre être exhaustif, nous pourrions suggérer certaines mesures qui pourraient aisément s'insérer dans une réglementation future des rapports juridiques entre les trois acteurs. Voici celles qui nous semblent les plus significatives :

- les autorités publiques devraient produire un document comportant tous les renseignements pertinents sur les droits et les obligations du salarié d'agence, y

- incluant ceux de l'agence de placement de personnel et du client de l'agence; ce document devrait être remis au salarié par l'agence avant sa première affectation (voir *Loi de 2000 sur les normes d'emploi*, L.O. 2000, c. 41, a. 74.7);
- interdire à l'agence de réclamer des frais à un salarié d'agence relativement à son engagement par l'agence, à son affectation chez un client de l'agence, à l'aide ou aux conseils donnés par l'agence pour la rédaction d'un curriculum vitae ou la préparation à des entrevues d'emploi (voir *Loi de 2000 sur les normes d'emploi*, L.O. 2000, c. 41, a. 74.8 (1));
 - interdire à l'agence d'imposer à un salarié des restrictions visant à l'empêcher d'établir une relation d'emploi avec un client de l'agence (voir *Loi de 2000 sur les normes d'emploi*, L.O. 2000, c. 41, a. 74.8 (1));
 - interdire à l'agence de demander des frais à un salarié d'agence relativement à l'établissement d'une relation d'emploi avec un client (voir *Loi de 2000 sur les normes d'emploi*, L.O. 2000, c. 4, a. 74.8 (1));
 - interdire à l'agence de placement d'imposer à un client des restrictions visant à l'empêcher d'établir une relation d'emploi avec un salarié d'agence (voir *Loi de 2000 sur les normes d'emploi*, L.O. 2000, c. 41, a. 74.8 (1));
 - interdire à l'agence d'imposer des frais à un client relativement à l'établissement d'une relation d'emploi avec un salarié d'agence, sauf pendant une affectation (avec un plafond à déterminer) (voir *Loi de 2000 sur les normes d'emploi*, L.O. 2000, c. 41, a. 74.8 (1));
 - maintenir le statut de salarié d'agence entre deux affectations (voir *Loi de 2000 sur les normes d'emploi*, L.O. 2000, c. 41, a. 74.4 (3));
 - obliger l'agence à donner un préavis écrit d'une semaine (ou paiement d'une indemnité tenant lieu de préavis) s'il est mis fin avant terme à une affectation dont la durée estimative était d'au moins trois mois (voir *Loi de 2000 sur les normes d'emploi*, L.O. 2000, c. 41, a. 74.10).

La pratique des agences « à deux têtes » permettrait de contourner l'obligation légale de payer les heures supplémentaires de travail au sens de l'article 55 L.n.t. Cette pratique est bien décrite par Véronique de Tonnancour, « Quelques difficultés soulevées par l'intervention des agences de travail temporaire en milieu syndiqué et non syndiqué »,

dans Mircea Vultur et Jean Bernier (éd.), *Les agences de travail temporaire. Leur rôle et leur fonctionnement comme intermédiaires du marché du travail*, Québec, P.U.L, 2014, p. 149-151. Elle peut être présentée schématiquement comme suit. Dans le cadre de cette pratique, les heures de travail fournies par un salarié d'agence sont facturées par deux agences : l'agence principale (l'acteur juridique apparent aux yeux du salarié) facture au client les heures correspondant à la semaine normale de travail, soit 40 heures, alors que les heures de travail effectuées au-delà de ce seuil (les heures supplémentaires de travail) le sont par une sous-agence (agence chapeauté par l'agence principale). Le salarié reçoit alors deux chèques : un de l'agence principale pour ses heures normales de travail et un deuxième par une sous-agence (généralement, compagnie à numéro sans véritable existence matérielle) pour les heures de travail effectuées au-delà de quarante. Cette sous-agence est, en définitive, un acteur juridique non apparent aux yeux du salarié.

Cette pratique, et la terminologie utilisée pour la décrire, sont aussi bien connues des avocats de la C.N.E.S.S.T. Afin d'assurer l'effectivité des droits reconnus par la loi, une réglementation des agences de placement devrait y mettre fin. La laisser perdurer, nous apparaît inconcevable.

Nous recommandons le renforcement du dispositif légal envisagé pour permettre un étalement conventionnel des heures de travail (voir *infra*). À défaut de pouvoir le faire avant l'adoption du *Projet de loi n° 176*, nous recommandons de ne pas autoriser, pour l'instant, l'étalement conventionnelle de heures de travail. Si notre recommandation n'est pas retenue, nous proposons, à titre subsidiaire, que les agences de placement soient soustraites des règles permettant l'étalement conventionnel des heures de travail. Deux raisons nous amènent à penser ainsi. D'abord, la violation systémique des règles relatives à l'indemnisation des heures supplémentaires décrites ci-haut commande la prudence au législateur. Ensuite, le besoin de se référer à l'essence même du concept de « étalement des heures de travail ». L'étalement des heures de travail prend en compte les besoins de l'entreprise exploitée par l'employeur. Selon la nature de l'entreprise, ses besoins, évalués en nombre d'heures de travail travaillées, peuvent varier d'une semaine à l'autre. Incontestable. L'entreprise dont il s'agit ici est l'entreprise exploitée par le client de

l'agence, non celle exploitée par l'agence. Il nous semble contre nature que l'agence puisse ainsi conclure avec un salarié une entente d'étalement des heures de travail.

De plus, il faut envisager le cas du salarié d'agence qui fournit dans une même semaine des prestations de travail chez plusieurs clients de l'agence. Il peut fournir un nombre limité d'heures de travail chez chacun des clients de l'agence. C'est le total des heures travaillées chez ces salariés qui pourra excéder les 40 heures. Il reviendra, en ce cas, à l'agence d'assumer l'indemnisation de toutes les heures travaillées. Un étalement conventionnel des heures de travail, dans tel contexte, deviendrait rapidement inextricable.

Enfin, il faut prendre en compte le nouvel article 41.2 qui édicte que l'agence « ne peut accorder à un salarié un taux de salaire inférieur à celui consenti aux salariés de la [société] cliente ». Cette nouvelle exigence n'aura certainement pas pour effet d'inciter les agences de placement à respecter davantage les exigences de la loi à propos du paiement à taux majoré des heures supplémentaires de travail. On peut même anticiper qu'elle aura l'effet contraire. Raison de plus, selon nous, d'éliminer cette voie de contournement des protections de la loi en matière d'heures supplémentaires.

1.2 Étalement conventionnel des heures de travail

Dans le rapport de travail, il y a inégalité économique entre les parties. Les lois du travail prennent en compte cette réalité en adoptant un principe de protection qui se réalise par l'adoption de « lois établissant des conditions minimales de travail d'ordre public » (voir Pierre Verge, « Une codification du droit régissant le travail au Québec : un objectif à poursuivre ? », (2005) 46 *Les Cahiers de Droit* 77, p. 84). La *Loi sur les normes du travail* n'y fait pas exception (a. 93 L.n.t). Par ailleurs, il s'agit d'un ordre public minimal, puisqu'une convention « peut avoir pour effet d'accorder à un salarié une condition de travail plus avantageuse [...] » (a. 94 L.n.t.).

Le dispositif légal encadrant l'étalement conventionnel des heures de travail – celui résultant d'une convention intervenue entre l'employeur et le salarié – nous semble insuffisant. Il pourrait créer une brèche significative dans l'un des principes fondateurs du droit du travail. Si le texte n'était pas modifié, en l'absence d'un syndicat accrédité dans

un milieu de travail, un observateur pourrait-il conclure à la disparition du concept même d'heures supplémentaires ? À tout événement, la durée maximale de l'accord (six mois) manque de réalisme : le nombre d'heures travaillées à chaque semaine pourrait différer sensiblement du nombre initialement prévu plusieurs mois auparavant. Par exemple, les aléas de la température dans l'industrie touristique peuvent faire varier le besoin de main-d'œuvre du jour au lendemain. La demande des biens produits et des services fournis par l'entreprise exploitée par un employeur peut aussi varier de manière significative pendant la durée de l'accord.

Si l'étalement conventionnel devait être maintenue, nous recommandons *a)* que la durée de la convention corresponde à la base de l'étalement choisie par les parties, *b)* que cette ne puisse excéder quatre semaines, *c)* que la convention soit écrite, *d)* qu'elle intervienne sur un formulaire accessible sur le site de la Commission ou sur le site du Secrétariat du travail, *e)* que le formulaire indique clairement les semaines sur lesquelles les heures de travail seront étalées et *f)* que la convention ne puisse prévoir une semaine de travail qui excède de plus de 10 heures la durée normale du travail. Si au cas où une semaine de travail excèderait de plus de 10 heures la semaine normale de travail, la convention deviendrait sans effet : le salarié aurait droit à sa majoration pour toutes les heures supplémentaires effectuées.

Enfin, notre compréhension du projet de loi implique que l'étalement conventionnel (entre un salarié et l'employeur) des heures de travail ne pourrait exister qu'en l'absence d'un syndicat accrédité dans le milieu de travail en question. En présence d'un syndicat accrédité, l'étalement des heures de travail ne pourrait avoir lieu que dans le seul cadre défini par l'article 53 al. 2 L.n.t. Le monopole de la représentation syndicale fait irrémédiablement obstacle à ce qu'une négociation individuelle puisse avoir cours dans le cadre défini à l'article 53 al. 3 (nouveau). Pour arriver à un résultat contraire, il faudrait alors recourir à un texte parfaitement explicite.

2. Éléments non réglementés par le *Projet de loi n° 176*

2.1 Indemnité de départ

On a maintes fois répété qu'il était plus facile (moins coûteux pour l'employeur) de fermer son entreprise (ou un établissement) au Québec qu'il ne l'était ailleurs au Canada. Au Québec, lorsque l'employeur satisfait à toutes les prescriptions légales en matière de préavis – individuel ou collectif –, les coûts de fermeture sont en fait relativement limités (sous réserve de l'obligation découlant de l'application de l'article 84.0.11 L.n.t.). Aucune indemnisation n'est due au salarié en raison des nombreuses années qu'il aurait passées à son service, sous réserve, bien entendu, des dispositions d'une convention collective. Par ailleurs, le droit à une indemnité de départ n'est pas quelque chose de récurrent contrairement à une semaine additionnelle de vacances qui doit être indemnisée tous les ans, le paiement d'une indemnité de départ n'est pas une obligation récurrente. Son addition au contenu de la loi ne devrait pas bouleverser de manière significative les arbitrages économiques réalisés avant la présentation du *Projet de loi n° 176*.

L'article 235 C.C.T. prévoit le paiement d'une indemnité de départ (en anglais, « *severance pay* ») lorsqu'un employeur licencie un employé qui a complété au moins douze (12) mois d'emploi continu (notre traduction pour « *continuous employment* ») à son service, nonobstant la cession de l'entreprise (a. 237 C.C.T.). L'employé n'a cependant pas droit à cette indemnité lorsque son congédiement est justifié (en anglais, « *dismissal for just cause* »). Pour les fins de l'application de l'article 235 C.C.T., la mise à pied est assimilée à un licenciement « sauf disposition contraire d'un règlement » (a. 235 (2) a) C.C.T.). Les mises à pied visées par l'article 30 du *Règlement du Canada sur les normes du travail* ne donnent pas ouverture au versement d'une indemnité de départ. Toutefois, si le licenciement intervient pendant la durée de la mise à pied, l'employé a alors droit au versement de son indemnité. Bien entendu, l'employé qui a mis volontairement fin à son emploi (démission) n'a droit à aucune indemnité, car il n'a pas été licencié.

Cette indemnité de départ doit être égale au plus élevé des deux montants suivants (a. 235 (1) C.C.T.) :

- deux jours de salaire au taux régulier pour les heures normales de travail à l'égard de chaque année d'emploi continu au service de l'employeur ;
- cinq jours de salaire au taux régulier pour le nombre d'heures de travail normal.

En d'autres termes, l'indemnité minimale de cinq jours ne s'applique qu'aux employés qui n'ont pas complété trois ans d'emploi continu, à la condition, toutefois, d'avoir complété un an d'emploi continu. Un employé comptant trois ans d'emploi continu (ou plus) a droit à une indemnité correspondant à deux jours de salaire par année de service. Ainsi, à titre d'illustration, l'employé comptant de 30 années de service aura droit à une indemnité de 60 jours de salaire, soit 12 semaines de salaire dans l'hypothèse que son horaire de travail est réparti sur cinq jours du lundi au vendredi.

L'indemnité de départ (ou indemnité de fin d'emploi) doit être distinguée de l'indemnité compensatrice de préavis. Dans la pratique, il est fréquent de recourir au vocable « indemnité de départ » pour désigner l'« indemnité compensatrice de préavis ». Cette désignation est toutefois erronée. Le droit à une indemnité de départ est un droit totalement distinct du droit à une indemnité compensatrice de préavis. Cette dernière vise à compenser l'absence ou l'insuffisance du préavis. Si l'employeur a donné au salarié le préavis légal de licenciement, il n'a donc pas à lui verser une indemnité compensatrice de préavis. En revanche, le versement de l'indemnité de départ ne vise pas à compenser l'absence ou l'insuffisance du préavis. L'indemnité de départ a pour objet de remercier le salarié licencié pour les nombreuses années passées au service de l'employeur.

S'agissant d'un droit distinct, le montant versé à titre d'indemnité de départ ne doit jamais être déduit du montant de l'indemnité compensatrice de préavis octroyé pour compenser l'absence ou l'insuffisance du préavis légal de licenciement. Le même raisonnement doit être tenu dans le cadre d'une réclamation fondée sur les règles du droit civil en vigueur au Québec : le délai de congé raisonnable au sens de l'article 2091 C.c.Q. ne doit pas être amputé d'une véritable indemnité de départ versée par l'employeur.

L'indemnité de départ est communément qualifiée de « paye de séparation ». L'expression est boiteuse puisqu'il s'agit d'un anglicisme provenant de l'anglais « *severance pay* ».

En Ontario, depuis le 1^{er} janvier 1981, jour de l'entrée en vigueur du *Employment Standards Amendment Act*, S.O. 1981, c. 22, s. 2, (aujourd'hui, la *Loi de 2000 sur les*

normes d'emploi, L.O. 2000, c. 41), l'employeur doit verser à un salarié une « indemnité de cessation d'emploi » (en anglais « *severance pay* ») lorsqu'il met fin à son emploi après cinq ans de service (a. 64 (1) L.N.E.) à la condition que la cessation d'emploi résulte de l'interruption permanente de l'entreprise exploitée ou d'une partie de celle-ci. Cette indemnité correspond au salaire normal de l'employé pour une semaine normale de travail (à l'exclusion des heures supplémentaires) multiplié par le « nombre d'années complètes d'emploi de l'employé » (a. 65 (1) L.N.E.), sans toutefois excéder le salaire correspondant à 26 semaines normales de travail (a. 65 (5) L.N.E.). En d'autres termes, l'employé a droit, à titre d'indemnité de cessation d'emploi, à une semaine de salaire par année de service sans excéder 26 semaines de salaire. À l'instar du droit fédéral, le droit à une indemnité de départ est nettement distinct de tout autre droit découlant de la *Loi de 2000 sur les normes d'emploi* ou découlant du contrat de travail (a. 65 (7)).

2.2 Application des normes du travail par l'arbitre de griefs

L'arbitre de griefs jouit d'une compétence exclusive pour interpréter ou appliquer une convention collective (a. 100 C.t.). En ce sens, la Cour suprême du Canada a fait référence au « modèle de la compétence exclusive » (voir *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929. Dans l'exercice de sa compétence, l'arbitre de griefs peut être appelé à interpréter et appliquer un texte de loi, comme le reconnaît implicitement l'article 100.12 par. a) C.t. Trois situations peuvent être envisagées. En premier lieu, la norme prévue à la convention collective peut entrer en conflit avec l'ordre public légal. En second lieu, l'exercice des droits de gérance peut être limité par un texte de loi, mais ne pas l'être par la convention collective. En troisième lieu, la compétence de l'arbitre de décider d'un grief portant sur un objet totalement en marge de la convention collective. Les deux premières hypothèses sont certainement couvertes par l'article 100.12 par. a) C.t. [À cet égard, on peut affirmer d'emblée que la *Loi sur les normes du travail* est certainement la loi la plus fréquemment invoquée devant l'arbitre de griefs.]

Trois grandes étapes ont été observées dans l'évolution du droit. Elles correspondent à des arrêts de la Cour suprême du Canada : l'affaire *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517; l'affaire *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O.*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157 (ci-après l'affaire «

Parry Sound »); l'affaire *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Procureur général du Québec*, 2010 CSC 28, [2010] 2 R.C.S. 61 (ci-après l'affaire « *SFPQ* »).

Dans le premier, l'affaire *McLeod*, un salarié avait été sanctionné en raison de son refus de travailler plus 48 heures par semaine. Aucune disposition de la convention collective ne limitait expressément le droit de l'employeur d'exiger qu'un salarié travaille plus de 48 heures par semaine. Selon la Cour suprême du Canada, la clause relative aux droits de gérance ne permettait pas à l'employeur d'exercer son droit de gérance sans tenir compte de la durée maximale du travail prévue à la loi. Depuis lors, le droit de gérance de l'employeur est subordonné non seulement aux dispositions expresses de la convention collective, mais aussi à toutes les lois sur l'emploi. L'arbitre est donc tenu d'interpréter et d'appliquer toute loi relative aux questions discutées dans un grief.

L'arrêt *McLeod* étant antérieur à l'entrée en vigueur de l'article 100.12 par. a) du *Code du travail*, cette situation relève désormais de l'application de cet article. Au Québec, l'arbitre de grief placé dans un contexte factuel analogue à celui de l'affaire *McLeod* doit retenir qu'il lui est « nécessaire » de prendre en compte le contenu d'une loi pertinente à la matière du grief. En d'autres termes, le droit de gérance de l'employeur doit être exercé conformément au contenu de la convention collective, mais doit tenir compte également de toute loi d'ordre public applicable à la situation.

Dans l'arrêt *Parry Sound*, une salariée en période d'essai avait été congédiée au retour d'un congé de maternité. Elle avait contesté son congédiement par voie de grief. Selon l'employeur, ce congédiement n'était pas sujet à arbitrage puisque la convention collective lui reconnaissait le droit de congédier un salarié à l'essai « à son entière discrétion », et qu'« une telle mesure ne [pouvait] pas faire l'objet d'un grief ». La Cour suprême du Canada a décidé que le grief était sujet à arbitrage au motif que les droits et obligations substantiels prévus dans les lois sur les droits de la personne et dans les autres lois sur l'emploi « sont incorporés implicitement dans chaque convention à l'égard de laquelle l'arbitre a compétence » (par. 28; voir aussi les par. 23, 38, 41, 49, 55 et 61).

Selon l'employeur, le pouvoir d'appliquer la loi « n'existe que lorsqu'il y a incompatibilité directe entre la convention collective et la loi ». La réponse de la Cour suprême fut très nette : « l'existence d'une incompatibilité entre une convention collective et une loi sur l'emploi n'est pas une condition préalable à l'exercice [par

l'arbitre] du pouvoir permettant de mettre la loi en application » (par. 44; voir aussi le par. 89 où le juge Major, dissident, retient que « toutes les protections prévues par la loi sont donc arbitrables en vertu de la convention collective [...] ». Le juge Major avait parfaitement compris la portée du jugement majoritaire dans cette affaire *Parry Sound* !).

Depuis lors, les praticiens des relations du travail distinguent entre le contenu *explicite* de la convention collective et son contenu *implicite*. En toute logique, une mésentente portant sur le contenu explicite ou implicite de la convention peut faire l'objet d'un grief. Or tout grief relève de la compétence exclusive de l'arbitre de griefs (a. 100 C.t.). De nombreuses décisions de justice ont reconnu la compétence exclusive de l'arbitre de griefs pour décider d'une réclamation dont le fondement n'est pas dans le contenu explicite de la convention collective, mais seulement dans son contenu implicite.

Enfin, dans l'arrêt *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Procureur général du Québec*, 2010 CSC 28; [2010] 2 R.C.S. 61, les juges furent unanimes pour rejeter la théorie de l'intégration implicite des lois sur l'emploi dans toute convention collective à l'égard de laquelle l'arbitre de griefs a compétence... sans pour autant écarter expressément l'arrêt *Parry Sound* (par. 36 et 100). Selon la Cour suprême du Canada, cette théorie « ne tient pas compte des techniques de rédaction législative adoptées par le législateur québécois » (par. 36). Sur ce point, le « facteur déterminant » serait l'article 81.20 L.n.t. Ainsi, lorsque le législateur a voulu intégrer à la convention collective une norme d'origine législative, il l'a dit expressément comme il l'a fait en matière de harcèlement psychologique à l'article 81.20 L.n.t. (par. 37 et 113).

De plus, les juges ont constaté une différence fondamentale entre l'article 100.12 par. a) du *Code du travail* et l'article 48 (12) j) de la *Loi de 1995 sur les relations du travail*, L.O. 1995, c. 1, ann. A, (par. 103 et 107). L'interprétation généralement conférée à l'article 100.12 par. a) C.t. « présuppose que le grief a un fondement dans [le contenu explicite de] la convention collective » (par. 101). En Ontario, l'article 48 (12) j) prévoyait – et prévoit toujours en 2018 – que l'arbitre a compétence « pour interpréter et appliquer les lois ayant trait aux droits de la personne ainsi que les autres lois ayant trait à l'emploi ». De plus, l'article 64.5 (1) de la *Loi sur les normes d'emploi*, L.R.O. 1990, c. E.14 (aujourd'hui, l'article 99 de la *Loi de 2000 sur les normes d'emploi*), prévoyait que « la loi s'applique à l'employeur [...] comme si elle faisait partie de la convention

collective ». La technique législative utilisée en Ontario permettait aisément à la Cour suprême de retenir le résultat selon lequel les droits et obligations substantiels prévus par les lois sur les droits de la personne et les lois sur l'emploi « sont contenus implicitement dans [toute] convention collective à l'égard de laquelle l'arbitre [de griefs] a compétence » (par. 28 et 38). La Cour suprême nous dit en 2010 : « le législateur québécois n'a pas fait ce choix à l'art. 100.12 par. a) C.t. » (par. 103). Maintenant, qu'est-ce qui fait obstacle à ce que législateur québécois fasse lui aussi ce choix en 2018 ? Voilà la question à laquelle il faut répondre !

Dans une sentence arbitrale récente, un arbitre de griefs, se basant sur l'arrêt *SFPQ*, s'est déclaré incompétent pour appliquer l'article 82 L.n.t. réglementant la question du préavis que l'employeur doit donner au salarié lors d'une mise à pied pour plus de six mois (voir *Industries B&X inc. c. Syndicat des métaux, section locale 2008*, Tribunal d'arbitrage, 12 juillet 2017, 2017 QCTA 530). En l'espèce, la convention collective prévoyait que les mises à pied se faisaient par ordre d'ancienneté, et ce, sans obliger l'employeur à donner un quelconque préavis au salarié mis à pied pour plus de six mois. L'arbitre de griefs n'aurait compétence que pour trancher un litige découlant d'une disposition expresse de la convention collective. Dans cette affaire, la convention collective étant muette à propos de la question du préavis de mise à pied qui excède six mois, aucun grief ne pouvait être soumis à l'arbitre (par. 59). L'arbitre ajoutait toutefois que si la convention collective, dans son contenu explicite, avait prévu un préavis de mise à pied d'une durée inférieure à ceux prévus par la loi, il se serait reconnu compétent pour rendre la disposition conventionnelle conforme à la loi sur la base du principe de « l'effet de la hiérarchie des sources de droit [...] en droit du travail » retenue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *SFPQ* (par. 60).

Le salarié se devait, soit de procéder au dépôt d'une plainte pécuniaire au sens de l'article 102 L.n.t. auprès de la Commission des normes, de l'équité et de la santé et de la sécurité du travail, soit d'exercer, à titre personnel, un recours devant le tribunal civil (selon toute vraisemblance, la division des petites créances de la Cour du Québec). Au regard de l'administration de la justice, nous pensons que ce résultat est gravement inadéquat.

Si le même grief avait comporté un volet relatif au respect de la règle d'ancienneté prévue à la convention collective, en sus du volet préavis de mise à pied de l'article 82 L.n.t., l'arbitre aurait alors été le seul tribunal compétent pour sanctionner la violation de la règle d'ancienneté faisant partie du contenu explicite de la convention collective, alors que seul le tribunal civil aurait été compétent pour entendre ce second volet de la réclamation. Il s'agit d'une illustration patente d'un résultat contraire à la bonne administration de la justice auquel on en arrive par le biais de l'application des enseignements de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *S.F.P.Q.* L'administration de la justice aurait été beaucoup mieux servie si l'arbitre de griefs avait été en mesure de trancher l'ensemble du litige : le volet lié à la norme conventionnelle à propos du respect de la règle d'ancienneté, ainsi que celui lié à une norme d'ordre public faisant partie du contenu implicite de la convention collective.

Avant l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle modifiant la *Loi sur les normes du travail*, il nous apparaît absolument impératif d'identifier le tribunal compétent pour mettre en œuvre les dispositions de la loi nouvelle dans le champ des rapports collectifs du travail. À notre avis, dans le droit des rapports collectifs du travail, seul l'arbitre de griefs devrait être compétent pour entendre une réclamation fondée sur le contenu de la *Loi sur les normes du travail*, et ce, même dans les cas où la convention collective serait muette à propos des nouveaux droits reconnus par la loi.

Pour en arriver là, il faudrait revenir à *Parry Sound*. Pour ce faire, il faudrait recourir à la technique législative utilisée en Ontario. Cette technique a été examinée par la Cour suprême du Canada en 2003 dans l'affaire *Parry Sound* : le résultat est probant. Contrairement à toute autre modification législative qui n'a pas encore subi le test de l'interprétation judiciaire, nous savons déjà qu'en procédant de la sorte, il sera possible, dès le jour 1 de l'entrée en vigueur de la loi, d'affirmer que toute mésentente portant sur le contenu explicite ou implicite de la convention collective relèvera de la compétence exclusive de l'arbitre de griefs. En d'autres termes, les lois sur les droits de la personne, ainsi que les autres lois sur l'emploi, sont présumées faire partie du contenu implicite de la convention collective à l'égard de laquelle l'arbitre de griefs a compétence. La prévisibilité de la règle de droit sera alors maximale.

En conséquence, nous recommandons que la *Loi sur les normes du travail* soit modifiée afin d'établir que la loi peut être appliquée contre un employeur comme si elle faisait partie de la convention collective. Nous recommandons aussi que le *Code du travail* soit modifié afin de remplacer le par. a) de l'article 100.12 par le suivant : « d'interpréter les lois ayant trait aux droits de la personne, ainsi que les autres lois ayant trait à l'emploi, malgré toute incompatibilité entre ces lois et les conditions de la convention collective ».

En guise de mesure de concordance, nous recommandons aussi la modification de l'article 102 L.n.t. afin de préciser que le salarié représenté par un syndicat accrédité ne puisse déposer auprès de la Commission de plainte portant sur violation alléguée de la *Loi sur les normes du travail* (voir a. 99 (2) L.n.e.).

Bibliographie

- BÉLIVEAU, Nathalie-Anne, *Les normes du travail*, 2^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2010.
- BELZILE, Cathy, « Le travail intérimaire des agences de location de personnel : lorsque le respect des normes minimales de travail rime avec défi », dans Mircea Vultur et Jean Bernier (éd.), *Les agences de travail temporaire. Leur rôle et leur fonctionnement comme intermédiaires du marché du travail*, Québec, P.U.L., 2014, p. 91-112.
- CÔTÉ, Pierre-André, BEAULAC, Stéphane, DEVINAT, Mathieu, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 2009.
- DE TONNANCOUR, Véronique, « Quelques difficultés soulevées par l'intervention des agences de travail temporaire en milieu syndiqué et non syndiqué », dans Mircea Vultur et Jean Bernier (éd.), *Les agences de travail temporaire. Leur rôle et leur fonctionnement comme intermédiaires du marché du travail*, Québec, P.U.L., 2014, p. 91-112.
- DROLET, Anne, « Les PME feront les frais des 'cadeaux' aux salariés », dans *Le Soleil*, 22 mars 2018, p. 23.
- LABROSSE, Alexis, *La présence syndicale au Québec en 2016*, secrétariat du Travail, Direction de l'information sur le travail, janvier 2018.
- LÉVESQUE, Léa, « Division autour du partage des pourboires », dans *Le Soleil*, 20 février 2018, p. 28.
- MASSÉ, Isabelle, « Réforme des normes du travail. Les syndicats satisfaits, les patrons maugréent », dans *La Presse +*, 21 mars 2018, section affaires.
- MITCHELL, C. Michael, MURRAY, John C., *Examen portant sur l'évolution des milieux de travail*, gouvernement de l'Ontario, 2017.
- PELLETIER, Benoît, « La Loi modifiant sur les normes du travail et d'autres dispositions législatives », (1991) 22 *Revue générale de droit* 195-215.
- PIGEON, Louis-Philippe, *Rédaction et interprétation des lois*, Québec, 1965, 56 pp.
- VERGE, Pierre, « Une codification du droit régissant le travail au Québec : un objectif à poursuivre? » (2005) 46 *Les Cahiers de Droit* 77-88.
- VERGE, Pierre, « L'adaptation du droit du travail à nouvelle entreprise », dans *L'incessante évolution des formes d'emploi et la redoutable stagnation des lois du travail*, LVI^e congrès des relations industrielles, Québec, P.U.L., 2001, p. 21-42.