

Minimisation des dommages : sources et application en cas de congédiement

Claude D'Aoust

Volume 22, Number 2, June 1991

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1058123ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1058123ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this note

D'Aoust, C. (1991). Minimisation des dommages : sources et application en cas de congédiement. *Revue générale de droit*, 22(2), 325–342.
<https://doi.org/10.7202/1058123ar>

Article abstract

Mitigation of damages, it is often said, is a common law rule; therefore it does not apply in Quebec. Here, “does not” means “should not”, as debaters confuse positive law and legislative policy. Oddly enough, this argument is made in the field of labour law, seldom in civil law discussions. This is paradoxical in the sense that the Civil code does not enunciate the principle whereas the Quebec *Labour Code* — as well as similar statutes throughout Canada — contains a specific section asserting the principle. A possible explanation is that discussions are usually more extensive and publicized in labour law, due to its collective features. In contrast, mitigation is applied without question in civil litigation and case law takes the principle for granted.

This research note shows that mitigation of damages was the rule in Ancient French Law. Although the French code did not state the rule as such, it is still present through the rule of non-compensation of indirect damages. Thus, the debate has been engaged on shaky grounds. The origin of section 15 can be traced back to civil law. The fact that common law has a similar rule is irrelevant for our purpose.

The true question is: why should an employer, who has violated section 15 benefit from the work of a former employee who was lucky enough to find an alternate job? The answer is that there is no benefit in the sense that a wrongdoer has nothing to pay if no or little damage is suffered. On the other hand, why should the worker be double paid if he is reinstated? Is this a way to introduce punitive damages into this part of our labour law? The truth of the matter is that the whole debate deals with policy under the guise of positive law. Once this is realized — or recognized — the stakes are seen more clearly.

Minimisation des dommages : sources et application en cas de congédiement

CLAUDE D'AOUST

Professeur à l'École de relations industrielles
de l'Université de Montréal

RÉSUMÉ

La minimisation des dommages, dit-on souvent, est une règle de common law: donc, elle ne s'applique pas dans le Québec. En l'occurrence, « ne s'applique pas » signifie « ne devrait pas être appliquée » car les opposants confondent droit positif et droit normatif. Curieusement, la question est surtout débattue en droit du travail, rarement en droit civil. Cela est paradoxal, en ce sens que le Code civil n'exprime pas la règle, tandis que le Code du travail québécois — comme d'autres lois canadiennes similaires — contient un article particulier énonçant la règle explicitement. Le phénomène pourrait s'expliquer par la dimension collective du droit du travail qui tend à amplifier la portée des discussions et à les diffuser dans la population. À l'opposé, la minimisation des dommages est appliquée sans discussion dans les litiges privés et la jurisprudence tient la règle pour acquise.

Cette note de recherche montre que la minimisation des dommages était connue de l'ancien droit français; malgré que les

ABSTRACT

Mitigation of damages, it is often said, is a common law rule; therefore it does not apply in Quebec. Here, "does not" means "should not", as debaters confuse positive law and legislative policy. Oddly enough, this argument is made in the field of labour law, seldom in civil law discussions. This is paradoxical in the sense that the Civil code does not enunciate the principle whereas the Quebec Labour Code — as well as similar statutes throughout Canada — contains a specific section asserting the principle. A possible explanation is that discussions are usually more extensive and publicized in labour law, due to its collective features. In contrast, mitigation is applied without question in civil litigation and case law takes the principle for granted.

This research note shows that mitigation of damages was the rule in Ancient French Law. Although the French code did not state the rule as such, it is still present through the rule of non-compensation of indirect damages. Thus, the debate has been engaged

codificateurs aient décidé de ne pas l'énoncer explicitement, elle a survécu comme cas particulier de la règle de la non-compensation des dommages indirects. Aussi le débat s'est-il engagé sur des bases fragiles. L'origine de l'article 15 remonte au droit civil. Le fait que la common law comporte une règle semblable n'a aucune pertinence, dans la perspective que nous examinons ici.

La véritable question est de savoir pourquoi un employeur ayant contrevenu à l'article 15 devrait bénéficier du travail d'un salarié congédié qui a eu la chance de se trouver un autre emploi? La réponse est qu'il n'y a ici aucun bénéfice, dans le sens où l'auteur d'une faute n'a rien à payer si peu ou pas de dommage n'en est résulté. Par ailleurs, pourquoi le travailleur recevrait-il double salaire s'il est réintégré? Serait-ce une façon d'implanter les dommages punitifs dans cette partie de notre droit du travail? Au fond, tout le débat est d'ordre normatif, sous le couvert du droit positif. Une fois reconnue et acceptée cette assertion, les enjeux apparaissent, plus clairement, sous un jour nouveau.

on shaky grounds. The origin of section 15 can be traced back to civil law. The fact that common law has a similar rule is irrelevant for our purpose.

The true question is: why should an employer, who has violated section 15 benefit from the work of a former employee who was lucky enough to find an alternate job?

The answer is that there is no benefit in the sense that a wrongdoer has nothing to pay if no or little damage is suffered. On the other hand, why should the worker be double paid if he is reinstated? Is this a way to introduce punitive damages into this part of our labour law?

The truth of the matter is that the whole debate deals with policy under the guise of positive law. Once this is realized — or recognized — the stakes are seen more clearly.

SOMMAIRE

Introduction	327
I. Existence de la règle dans l'Ancien droit français	329
II. La règle et la codification	332
III. La règle de l'article 15 du <i>Code du travail</i>	334

IV. La doctrine contemporaine et l'application de la règle au droit du travail.....	337
Conclusion	339

INTRODUCTION

Le droit du travail donne lieu à l'application fréquente du principe de la minimisation des dommages¹ de la part du salarié renvoyé illicitement. Le principe entre en jeu en matière de congédiement pour activités syndicales ou d'indemnisation à la suite d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle².

De la même façon, les arbitres de griefs suivent le principe, dans le dispositif de leur sentence, s'ils concluent à l'absence de cause juste et suffisante de congédiement. Aux griefs proprement dits, il faut ajouter les sentences relatives aux griefs assimilés³ et aux renvois injustes prévus par le *Code canadien du travail*⁴ ou la *Loi sur les normes du travail*⁵.

Enfin, le principe est retenu par les tribunaux ordinaires appelés à déterminer les dommages-intérêts résultant de la brusque rupture du contrat individuel de travail à durée indéterminée ou de la résiliation unilatérale non motivée du contrat à durée déterminée⁶.

1. On parle aussi de la « mitigation » des dommages, expression courante calquée de l'anglais : *duty to mitigate*. Ainsi, le *Vocabulaire juridique* (publié par l'Association Henri-Capitant sous la direction de Gérard CORNU), Paris, P.U.F., 1987, ne parle que de la mitigation des peines. Quant au *Dictionnaire juridique* de Thomas A. QUEMNER, Paris, Éditions de Navarre, 1976, il propose comme traduction de *mitigation of damages* : réduction des dommages-intérêts. Le terme « minimisation » est usité chez nous et il n'y a rien à lui reprocher au plan de la langue. Voir, à titre d'exemple : Jean-Louis BAUDOIN, *Les obligations*, 3^e édition, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1989, n° 715, p. 430.

2. *Code du travail*, L.R.Q., c. C-27, art. 15; *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., c. A-3.001, art. 142. Pour la victime d'un accident du travail, il y a une différence notable entre la règle de droit commun et la règle légale, en ce qui a trait à l'obligation de se soumettre à une intervention chirurgicale. Comparer la décision n° 30 [1982] C.A.S. fascicule 2 et Henri, Léon et Jean MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, sixième édition par André TUNC, Paris, Éditions Montchrestien, n° 1474-2. Qu'en est-il si l'incapacité résultant de la blessure ou de la maladie a déjà été reconnue permanente et qu'un traitement médical ou une intervention chirurgicale nouveaux sont susceptibles d'améliorer la condition du travailleur? Aurait-il un « droit acquis », par comparaison à celui qui, en début d'incapacité, refuserait le traitement, rendant de ce fait son invalidité permanente *i.e.* se faisant l'artisan de son propre malheur?

3. Sur cette notion, voir : Fernand MORIN et Rodrigue BLOUIN, *L'arbitrage des griefs*, Montréal, Les Éditions Yvon Blais, 1986, pp. 130 *et seq.*

4. L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 240.

5. L.R.Q., c. N-1.1, art. 124.

6. Pour un exemple explicite, voir : *Jolicoeur c. Lithographie Montréal Ltée*, [1982] C.S. 230, pp. 238 *et seq.*

Bien que le principe trouve application en d'autres circonstances régies par le droit du travail (et d'autres branches du droit), nous nous en tiendrons, pour illustrer notre propos, à la perte de l'emploi et aux devoirs du salarié relativement au préjudice résultant de la perte de son salaire⁷.

La règle de la minimisation des dommages n'est énoncée par aucun article du Code civil; quant à la doctrine et à la jurisprudence, elles ne sont guère explicites sur la source juridique du principe⁸. La tentation est grande, vu leur ressemblance, d'affirmer que le principe de minimisation des dommages tire son origine du *duty to mitigate damages* de la common law⁹. De là à conclure que, *pour cette raison*, la règle est à rejeter, il n'y a qu'un pas¹⁰. Quels que soient les motifs qui sous-tendent ce genre de

7. La règle de la minimisation du préjudice s'applique à des griefs non disciplinaires, tels ceux relatifs à des réclamations de salaire pour du travail en temps supplémentaire qui aurait dû être confié au réclamant. Voir: *Syndicat des salariés en produits agricoles de Plessisville c. Agropur, Coopérative agro-alimentaire*, [1988] T.A. 100. Celui qui sait que son nom a été omis de la liste des salariés appelés à travailler en temps supplémentaire ne peut rester silencieux et réclamer par la suite son salaire, car ce faisant il fait défaut de minimiser ses dommages. Dans cette sentence, l'arbitre affirme, à bon droit, que le fardeau de prouver que le salarié n'a pas minimisé ses dommages appartient à l'employeur. En effet, il s'agit là d'un moyen de défense (pp. 101-102). À cet égard, l'employeur est dans la position inverse de celle d'un débiteur qui prétend avoir exécuté son obligation (article 1203 C.c., second alinéa).

8. Ainsi, J.-L. BAUDOIN, *op. cit.*, note 1, pp. 430-31 y consacre l'équivalent d'une page complète et toutes les références sont à des décisions judiciaires, sauf à quelques dispositions législatives. De même, les décisions sont principalement motivées en droit par l'invocation de précédents.

Voir toutefois: Anne MICHAUD, «Mitigation of damages in the context of remedies for breach of contract», (1984) 15 R.G.D. 221. Cette étude magistrale qui avait malencontreusement échappé à notre attention, nous a été signalée par un lecteur anonyme, ce dont nous le remercions vivement. Cette étude traite des sources de la règle de la minimisation des dommages en droit civil et recourt à la méthodologie du droit comparé pour établir les points de convergence et de divergence entre droit civil et common law.

Notre étude traite également des sources de la règle. Elle a toutefois pour objet immédiat de prévenir et de régler la discussion dans le contentieux du travail. En effet, c'est une pratique courante de contester la réception d'un concept de common law par le droit québécois. Par exemple, consulter: Claude D'AOUST et Louise DUBÉ, *L'estoppel et les laches en jurisprudence arbitrale*, monographie n° 23, École de relations industrielles, Université de Montréal, 1990, p. 156 et seq.

Dans le cas présent, nous n'aurons pas à discuter de «réception» d'un concept étranger, puisque la règle était déjà reconnue dans l'Ancien droit français. Nous avons modifié quelque peu le texte subséquent pour éviter la duplication inutile de l'étude d'Anne Michaud.

9. Voir par exemple: Luc BERTRAND, *Essai sur le principe de mitigation des dommages en matière d'indemnisation pour congédiement illicite en droit du travail québécois*, mémoire de maîtrise préparé sous la direction de Bernard Brody, École de relations industrielles, Montréal, août 1986, photocopié, 147 pages.

10. Pour des exemples de ce double raisonnement, voir: Georges MARCEAU, «Les "laches" en droit du travail au Québec», (1981) 41 *Revue du Barreau* 778; Claude NADEAU, «L'estoppel dans le contexte du droit civil québécois», (1986) 46 *Revue du Barreau* 599.

raisonnement¹¹, celui-ci ne peut que s'écrouler si la mineure en est fautive (*i.e.* si le principe sous étude n'est pas issu de la common law), indépendamment de la validité de la majeure (toute règle issue de la common law est — et doit rester — étrangère au droit québécois).

Nous dirigerons notre attention sur la seule question de l'origine de la règle de la minimisation des dommages en droit civil français et québécois. Cette question de droit positif est éminemment importante car d'elle dépend la validité d'une règle de détermination des dommages qu'ont appliquée jusqu'ici nos tribunaux, suivis de la doctrine ou encouragés par elle, et qu'a confirmée le législateur à l'occasion. Nous déboucherons ensuite, sur quelques considérations d'ordre normatif.

I. EXISTENCE DE LA RÈGLE DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS

L'obligation de la victime de minimiser les dommages résultant de l'inexécution d'une obligation incombant à autrui — cocontractant ou tiers — était déjà reconnue dans l'Ancien droit français.

Domat affirme qu'en matière de dommages-intérêts, deux questions se posent, à savoir s'il en est dû et en quoi ils consistent, « c'est-à-dire de discerner dans toute l'étendue du dommage qui est arrivé, ce qui doit en être imputé à celui qui est obligé de dédommager, et ce qui ne doit pas lui être imputé »¹². Voici comment il faut départager, selon Domat :

Si le propriétaire d'une vigne, ou autre qui en aurait la jouissance, ayant loué des voitures pour la vendanger à un certain jour, celui qui devait les fournir manque à sa promesse, et qu'il faille en louer d'autres à un plus haut prix, ou que ne s'en trouvant point, et la vigne n'ayant pu être vendangée, il arrive qu'une grêle emporte toute la récolte d'où cette personne attendait sa seule ressource pour payer un créancier qui fait ensuite saisir et vendre son bien, *ce voiturier devra sans doute, dans le premier cas, ce qu'il aura coûté de plus pour d'autres voitures*. Mais dans le second cas de la perte de cette récolte et de cette saisie, ce sera une question de droit de savoir à quoi cet événement pourra l'obliger.

11. En voici une liste partielle :

— l'argument est soutenu pour un motif purement opportuniste, par exemple, pour gagner sa cause devant le tribunal ;

— l'argument a un fondement « nationaliste » *i.e.* vise la préservation de l'intégrité de notre système de droit civil ;

— l'argument est présenté comme une analyse de droit positif, mais en réalité l'exercice est strictement normatif, c'est-à-dire que les effets de la règle étant jugés indésirables, on tente de supprimer ceux-là en niant l'existence de celle-ci.

Tous ces arguments sont faux, ou, en tout cas, n'ont pas valeur absolue car ils nient la légitimité de tout emprunt, fût-il conscient, d'un système juridique à un autre.

12. J. RÉMY, *Oeuvres complètes de J. Domat*, tome 2, Paris, Alex-Gobelet, Libraire, 1835, p. 122. La citation est tirée de son ouvrage publié entre 1689 et 1694 : *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Livre III, titre V, section II.

Et on voit bien que, pour la saisie et vente du bien, c'est une suite trop éloignée du fait de ce voiturier, et qui a d'ailleurs une autre cause dans le désordre où étaient les affaires de cette personne; ce qui fait que cette dernière perte ne doit pas lui être imputée. Car sa condition ne doit pas être plus mauvaise pour avoir manqué à une personne qui était dans la circonstance d'un tel besoin, que si c'eût été une autre personne dont les affaires fussent en meilleur état. Mais pour la perte des fruits, la devra-t-il entière? En devra-t-il une partie? N'en devra-t-il rien? Dira-t-on que c'est un événement imprévu, qui ne doit pas lui être imputé ou qu'il a été naturel de le prévoir, et que l'inexécution de son engagement mérite qu'il en souffre quelque peine, sinon d'une condamnation de toute la perte de cette récolte, au moins de quelque dédommagement? Cette question doit dépendre des circonstances, et il faut considérer si c'était un cas fortuit arrivé à ce voiturier, ou s'il avait été préféré un plus grand profit en un autre lieu, ou par quelle autre cause il n'avait pas exécuté son obligation, *si on pouvait avoir d'ailleurs des voitures*; et, selon ces circonstances et les autres semblables, on jugera s'il sera tenu de quelque dédommagement, ou s'il n'en devra aucun; ce qui serait juste, s'il avait été empêché d'exécuter son engagement par un cas fortuit, dont l'événement ne pût lui être imputé.¹³

Domat oppose clairement le cas où le viticulteur-locataire-créancier peut pallier le manquement à celui où il n'a pas de solution de rechange. Supposons que le viticulteur puisse louer d'autres voitures. Diverses hypothèses peuvent être envisagées et nous allons en examiner quelques-unes pour faciliter la compréhension du texte de Domat.

S'il est possible de louer d'autres voitures, alors de deux choses l'une: ou bien le viticulteur en loue ou bien il n'en loue pas. Dans la première éventualité, le premier voiturier n'est responsable que des frais additionnels qu'a entraînés la seconde location. Mais si le viticulteur néglige d'agir, il n'aurait droit à aucune compensation; en tout cas, la possibilité de se procurer d'autres voitures est une des circonstances mentionnées expressément dans la dernière partie du texte. De cette analyse, il ressort que le créancier d'une obligation est tenu de minimiser les dommages résultant de la défaillance de son débiteur.

Si, par ailleurs, il n'est pas possible de se procurer d'autres voitures, la question n'est pas de savoir *si* le débiteur fautif est responsable des dommages mais *jusqu'à quel point* s'étend sa responsabilité. Il s'agit de déterminer à quel moment se brise le lien de causalité entre la faute et le préjudice¹⁴.

Donc, le texte de Domat énonce, sans les mots, la règle de la minimisation des dommages et celle — distincte — de la causalité directe¹⁵.

13. *Id.*, p. 123 (Les italiques sont les nôtres).

14. De nos jours, on dira plutôt, en ce sens, que la responsabilité est limitée aux dommages directs, immédiats.

15. Sur les théories de la causalité et la terminologie propre à chacune, voir: Geneviève VINEY, *Droit civil*, (sous la direction de Jacques GHESTIN), tome IV, Paris, L.G.D.J., 1982, pp. 407 *et seq.*

Pothier enseigne que même dans le cas où le débiteur assume une obligation de garantie, le créancier ne peut réclamer tous les dommages subis s'il rejette une solution de rechange :

[...] j'ai vendu mon cheval à un chanoine, et il y avait une clause expresse dans le marché, par lequel je me suis obligé de le lui livrer assez à temps pour qu'il pût arriver au lieu de son bénéfice, et à temps pour gagner ses gros-fruits ; si dans ce cas j'ai manqué par ma faute, quoique sans dol, à remplir mon obligation, *et que ce chanoine n'ait pu facilement trouver d'autre cheval, ni d'autre voiture*, je serai tenu des dommages même extrinsèques [...].¹⁶

L'incapacité de minimiser les dommages due à l'absence d'une solution de rechange est présentée ici comme condition du droit à la réparation *intégrale* du dommage subi et dont le débiteur avait assumé le risque. Par ailleurs, l'obligation de chercher une solution de remplacement est présentée comme une simple obligation de diligence.

Appliquant le principe au contrat par lequel un marchand de bétail vend sciemment une vache contagieuse, Pothier se demande si celui-ci est responsable de la ruine du cultivateur qui n'a pu payer ses dettes, en l'absence de récolte due à la mort de ses boeufs de labour¹⁷.

Relativement au contrat de louage de services personnels, Pothier précisera :

Lorsque c'est par l'effet du maître que le serviteur a quitté son service [et que le Juge] condamne le maître à lui payer l'année de ses services, *il doit faire déduction sur cette année de la somme qu'il estimera que le serviteur peut vraisemblablement gagner ailleurs pendant ce qui reste à courir du temps de son service, en faisant cette estimation au plus bas prix*.

[...]

Mais si le maître l'a renvoyé sans que le serviteur l'ait mérité, le maître lui doit ses gages pour le temps entier que devait durer son service, sans la déduction ci-dessus expliquée [...].¹⁸

On ne saurait être plus explicite sur l'existence de la règle de la minimisation, encore qu'il reste à discuter des circonstances dans lesquelles elle s'applique. Ce dernier point reste ambigu malgré le contexte. Une lecture raisonnable serait que le premier alinéa concerne le contrat à durée indéterminée : le maître qui ne paie pas ses gages libère par le fait même son serviteur, à condition de lui verser une indemnité dont seront déduits les gages reçus ailleurs ou qu'il aurait pu recevoir. Le deuxième alinéa

16. *Oeuvres de Pothier. Traité des obligations*, tome III, nouvelle édition, Paris, Beaucé, 1818, n° 162 (d'abord publié en 1761). Anne MICHAUD avait cité ce même passage, *loc. cit.*, note 8, pp. 309-310 — comme nous l'avons constaté par la suite ; par surcroît nous avons mis en italique le même membre de phrase.

17. *Oeuvres de Pothier...*, *id.*, n° 167. L'illustration fait penser à la suite d'incidents cocasses causant la mort de la jument, dans la célèbre chanson « Tout va très bien, madame la marquise » (P. MISRAKI, BACH et LAVERNE, 1934).

18. Robert-Joseph POTHIER, *Traité du contrat de louage*, seconde édition, Paris, Debure, 1766, nos 173-174 (édition originale parue en 1764). (Les italiques sont les nôtres).

s'appliquerait au contrat à durée déterminée résilié sans cause par le maître avant l'arrivée du terme. Nous reviendrons sur ce sujet.

La règle de la minimisation des dommages était reconnue dans l'Ancien droit français¹⁹, du moins de l'avis des deux auteurs qui ont le plus influencé les codificateurs²⁰.

II. LA RÈGLE ET LA CODIFICATION

La codification n'a pas fait disparaître les règles anciennes, même si la Révolution avait aboli l'Ancien droit²¹. Quoiqu'aucun article du Code

19. Voir aussi A. MICHAUD, *loc. cit.*, note 8; p. 309.

20. Sur l'influence de Domat et de Pothier sur les codificateurs, voir, entre autres: Henri, Léon et Jean MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome premier, cinquième édition par Michel de JUGLART, Paris, Éditions Montchrestien, 1972, p. 59; Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *Droit civil*, tome I, deuxième édition, Paris, Sirey, 1972, n° 67; Jacques GHESTIN et Gilles GOUBEAUX, *Droit civil. Introduction générale*, tome I, deuxième édition, Paris, L.G.D.J., 1983, n° 120; Jacques ELLUL, *Histoire des institutions*, tome IV, huitième édition, Paris, P.U.F., 1984, p. 151.

Pour une étude spécialisée, voir: André-Jean ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Bibliothèque de philosophie du droit, volume IX, Paris, L.G.D.J., 1969, xiv, 326 pages.

21. Formellement aboli par l'article 7 de la *Loi du 30 ventôse an XII* (21 mars 1804) portant création du Code civil des Français, l'Ancien droit n'en survit pas moins à travers l'influence exercée par la doctrine sur les codificateurs et par conséquent dans le code même. Il survit aussi en tant que droit supplétif, lequel s'applique en cas de silence ou d'obscurité de la loi: *infra*, note 30.

Au Québec, l'Ancien droit français a suivi un chemin broussailleux, mais qu'il est plus facile d'embrasser d'un seul regard, avec le recul historique.

D'abord l'*Acte de Québec de 1774*, établit clairement le statut du droit civil, dissipant le doute semé par la Proclamation du roi George III de 1763 et les Ordonnances subséquentes du Gouverneur Murray. Cf. *An Act for making more effectual Provision for the Government of the Province of Québec in North America*, 14 Geo. III, c. 83, section 8. Le droit civil français applicable ici avant la conquête, c'était principalement la Coutume de Paris et, dans l'ensemble, l'Ancien droit français.

L'article 2712 du Code civil (originellement 2613) édicte:

Les lois en force, lors de la mise en force de ce code, sont abrogées dans les cas:
Où il contient une disposition qui a expressément ou implicitement cet effet;
Où elles sont contraires ou incompatibles avec quelques dispositions qu'il contient;
Où il contient une disposition expresse sur le sujet particulier de telles lois.
Sauf toujours qu'en ce qui concerne les transactions, matières et choses antérieures à la mise en force de ce code et auxquelles on ne pourrait en appliquer les dispositions sans leur donner un effet rétroactif, les dispositions de la loi qui, sans ce code, s'appliqueraient à ces transactions, matières et choses restent en force et s'y appliquent, et ce code ne s'y applique qu'autant qu'il coïncide avec ces dispositions.

Il ressort de cet article que le droit d'avant la codification continue de s'appliquer à titre supplétif. Ce droit est l'Ancien droit français, comme on l'a vu plus haut. En ce qui concerne précisément la minimisation des dommages, ce sont Domat et Pothier qui font autorité, la Coutume de Paris, par exemple, étant muette sur la question. Sur l'état du droit à l'époque, consulter, entre autres: Pierre Basile MIGNAULT, *Droit civil canadien*, Tome premier, Montréal, C. Théorêt, Éditeur, 1985, pp. 20 et seq.

civil français n'énonce expressément la règle de la minimisation des dommages, il ne s'ensuit pas qu'elle ait disparu du droit civil français. Après la codification, la doctrine est demeurée source de droit²². Pour le sujet qui nous intéresse, voyons ce qu'en disent les principaux commentateurs du Code civil.

Toullier reprend à son compte l'exemple du viticulteur qui a besoin de voitures pour vendanger. Il affirme également que s'il n'a rien fait pour s'en procurer d'autres, cette circonstance limitera la responsabilité du voiturier en défaut. Le locataire doit à cette occasion agir avec diligence et bonne foi²³.

Duvergier, se démarquant de Pothier, affirme que le serviteur renvoyé sans motif n'a pas droit à son plein salaire « si, immédiatement après son expulsion, le domestique trouve une place meilleure »²⁴. Il ne dit pas que le salarié doit se chercher un emploi, mais s'il le fait et qu'il en trouve un, le salaire gagné sera déduit des dommages. À l'opposé de Duranton²⁵, il trouve injuste la déduction des salaires que le salarié *aurait pu* gagner ailleurs, parce qu'elle opère compensation entre « une perte certaine et un gain éventuel et incertain »²⁶.

Troplong, autre commentateur d'une grande autorité, a relevé cette critique et répondu que si le serviteur a de la difficulté à se trouver une place, le juge en tiendra compte pour qu'il ne perde rien eu égard à la période de chômage²⁷. L'auteur rappelle aussi que l'article 114 du projet de Code civil (projet de l'an VIII)²⁸ retenait exactement la solution de

22. L'activité législative, après la codification, fut réduite (jusqu'au dernier quart du XIX^e siècle environ) ce qui donna d'autant plus d'importance à l'École de l'exégèse. Voir : Jacques GHESTIN et Gilles GOUBEUX, *op. cit.*, note 22, n° 142.

Il va sans dire qu'à notre époque de bouillonnement législatif, l'apport de la doctrine est de moindre importance. Elle est même reléguée au rang de source *indirecte* de droit, par l'influence qu'elle peut exercer sur le juge et le législateur. À cet effet : J. GHESTIN et G. GOUBEUX, n° 227. Ces auteurs affirment que la doctrine n'est pas une source formelle de droit, tout en lui reconnaissant un rôle important dans la création du droit par son influence sur le juge et le législateur.

23. C.B.M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome sixième, deuxième édition, Paris, B. Warée, 1819, n° 286, p. 296 (édition originale en 1811).

24. C.B.M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome dix-neuvième, cinquième édition par J.-B. DUVERGIER, Paris, Jules Renouard, 1837, p. 342.

25. M. DURANTON, *Cours de droit civil français suivant le Code civil*, tome dix-septième, quatrième édition, Paris, Thorel et Gilbert, 1844, n° 255. Cet auteur estime que les sommes que le salarié *aurait pu* gagner sont déduites, même si le congédiement a été fait arbitrairement.

26. J.-B. DUVERGIER, *op. cit.*, note 24, n° 298. On trouve exactement la même critique dans : J.-M. BOILEUX, *Commentaire sur le Code Napoléon*, sixième édition, Paris, A. Maresq Aîné, 1866, 158.

27. M. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, tome troisième, Paris, Charles Hingray, 1840, n° 869, p. 111.

28. Sur la préparation du Code civil et les étapes suivies, voir : H. L. et J. MAZEAUD, *op. cit.*, note 20, n° 39.

Pothier; l'article 115, par souci de symétrie, n'imposait au salarié démissionnaire que de rembourser la différence de salaire que le maître aurait dû verser pour le remplacer. Cette solution fut refusée par la Cour d'appel de Nancy qui suggéra plutôt une indemnité forfaitaire. Finalement, aucune disposition ne fut retenue et le *Code Napoléon* (comme notre Code civil) est resté muet sur la minimisation des dommages par le salarié renvoyé sans juste cause²⁹.

Voilà pourquoi, en dépit de l'abolition en bloc de l'Ancien droit, le juge, pour suppléer au silence de la loi, recourra aux anciens auteurs³⁰. La minimisation des dommages entre dans cette catégorie.

À ce stade de notre exposé, il ressort que même si la doctrine civiliste contemporaine est aussi discrète que le *Code Napoléon* ou le Code civil sur le rôle de la victime dans la limitation des dommages, il est faux de prétendre que la *mitigation of damages* n'a pas d'équivalent. Encore faut-il scruter la doctrine pour le découvrir. Pour peu qu'on approfondisse la question, il apparaît clairement que la minimisation des dommages exigée par notre droit a sa source dans le droit français; il n'est pas exclu que l'Ancien droit français et la common law aient puisé le principe à une même source, mais cette question dépasse le cadre de cette note de recherche³¹.

III. LA RÈGLE DE L'ARTICLE 15 DU CODE DU TRAVAIL

Passons maintenant à un rapide examen de l'article 15 du *Code du travail*³², sans nous arrêter aux particularités de la règle de minimisation

29. M. TROPLONG, *op. cit.*, note 27, n° 861.

30. Voir les articles 4 C.N. et 11 C.c. qui interdisent au juge de refuser de juger en cas de silence de la loi. Précisons cependant que si les Codes civils français et québécois ne mentionnent pas explicitement la mitigation, c'est qu'elle est considérée comme une simple application de la règle de causalité directe et immédiate qu'expriment les articles 115 C.N. et 1075 C.c. Voir aussi: A. MICHAUD, *loc. cit.*, note 8, p. 311.

31. Il n'est pas exclu que nos tribunaux se soient inspirés de la common law. Il se peut aussi que certains juges aient cru faire un emprunt légitime à la common law. Il se peut enfin que d'autres n'aient pas mis toute l'ardeur souhaitable à la rédaction de leurs jugements. Rien ne permet d'opter pour l'une ou l'autre de ces hypothèses, ou pour une combinaison d'entre elles, ou d'autres encore. La fréquence des renvois à la common law, en jurisprudence ou en doctrine, est une question que notre étude laisse totalement ouverte.

32. L.R.Q., c. C-27. L'article 15 se lit:

Lorsqu'un employeur ou une personne agissant pour un employeur ou une association d'employeurs congédie, suspend ou déplace un salarié, exerce à son endroit des mesures discriminatoires ou de représailles, ou lui impose toute autre sanction à cause de l'exercice par ce salarié d'un droit qui lui résulte du présent code, le commissaire du travail peut:

a) ordonner à l'employeur ou à une personne agissant pour un employeur ou une association d'employeurs de réintégrer ce salarié dans son emploi, avec tous ses droits et privilèges, dans les huit jours de la signification de la décision et de lui verser, à titre d'indemnité, l'équivalent du salaire et des

qu'impose cet article au salarié congédié pour avoir exercé un droit reconnu par le code³³. D'abord l'article 15 (autrefois l'article 14) tire son origine de l'article 21c de la *Loi des relations ouvrières*³⁴ et cette disposition avait été interprétée par la Commission des relations ouvrières avant la codification de 1963-64³⁵. Or, le législateur a repris essentiellement le principe de l'article 21c; par conséquent, il a « consacré » l'interprétation (quasi) judiciaire qui en avait été faite³⁶.

De plus, l'histoire législative de l'article 15 révèle que le législateur n'a pas voulu modifier le principe de la minimisation des dommages, et ce avec l'assentiment des deux principales centrales syndicales de l'époque³⁷. Même si la règle générale était emprunté à la common law (ce qui n'est pas le cas), il en irait autrement dans le cas particulier de l'article 15 *C.t.*, étant donné les circonstances de la refonte des lois du travail, dont l'article 21c de la *L.R.O.*, en 1964, comme on l'a vu

autres avantages dont l'a privé le congédiement, la suspension ou le déplacement.

Cette indemnité est due pour toute la période comprise entre le moment du congédiement, de la suspension ou du déplacement et celui de l'exécution de l'ordonnance ou du défaut du salarié de reprendre son emploi après avoir été dûment rappelé par l'employeur.

Si le salarié a travaillé ailleurs au cours de la période précitée, le salaire qu'il a ainsi gagné doit être déduit de cette indemnité;

- b) ordonner à l'employeur ou à une personne agissant pour un employeur ou une association d'employeurs d'annuler une sanction ou de cesser d'exercer des mesures discriminatoires ou de représailles à l'endroit de ce salarié et de lui verser à titre d'indemnité l'équivalent du salaire et des autres avantages dont l'ont privé la sanction, les mesures discriminatoires ou de représailles.

33. Le renvoi est l'hypothèse d'application la plus courante et peut-être la seule susceptible de se produire. En effet, le salarié suspendu pour motifs prétendument économiques n'a pas à minimiser les dommages, c'est-à-dire se chercher du travail ailleurs puisque son lien d'emploi n'est pas rompu et en principe son obligation de fidélité l'empêcherait de travailler pour un concurrent de l'employeur, cette réserve étant d'autant plus valable que le travailleur a une compétence spécifique à l'industrie plutôt que générale. De même, on conçoit mal que le salarié muté ou rétrogradé puisse compenser la perte de salaire encourue s'il demeure au service de l'entreprise au même salaire.

34. S.R.Q., 1941, c. 162A. L'article 21c a été adopté en 1959, 8 - 9, *Éliz.* II, c. 8, article 1.

35. *Baillargeon c. Tétreault Shoe*, [1964] R.D.T. 130, pp. 156-68 (C.R.O.) La question avait aussi été abordée en *obiter dictum* dans: *Jean-Paul Duhamel c. Glo-Hill Cutlery Co. Ltd.*, Commission des relations ouvrières, dossier n° 7111, le 19 mars 1962.

36. Voir: Paul-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 2^e édition, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1990, p. 97; Louis-Philippe PIGEON, *Rédaction et interprétation des lois*, troisième édition, Québec, Éditeur officiel, 1986, p. 102; *Encyclopaedia of the Laws of England*, volume III, second edition, London, Sweet and Maxwell, 1907, V° *Consolidation*, par Sir Courtenay P. ILBERT.

37. Voir: DÉBATS DE L'ASSEMBLÉE LÉGISLATIVE, première session, 27^e législature, Comité des relations industrielles, le 20 juin 1963, pp. 127 *et seq.* Lire notamment les remarques de M^c Guy-Merrill Desaulniers, procureur de la C.S.N. et de la F.T.Q. au Comité, et celles de Jean Marchand, alors président de la C.S.N., p. 129.

précédemment. D'un point de vue normatif, évidemment, l'opportunité de cet emprunt pourrait encore être mise en question. L'article 15 et la règle qu'il pose ne sont pas à l'abri de la critique.

Considérons l'hypothèse d'un salarié qui prétend avoir été congédié pour activités syndicales. Cette hypothèse ne sera vérifiée, c'est-à-dire la décision ne sera rendue que plus tard; entretemps, le salarié se trouve dans une situation fâcheuse à l'égard d'employeurs éventuels³⁸. Leur cacher la vérité pourrait susciter des problèmes dans le futur, soit que le nouvel employeur apprenne la chose fortuitement, soit que le salarié réintégré le quitte plus tôt qu'il ne l'avait laissé entrevoir. En d'autres termes, la parfaite honnêteté du salarié risque de diminuer ses chances de se trouver un nouveau poste, tandis que son silence pourra être plus tard interprété comme de la mauvaise foi.

En second lieu, s'agissant d'un renvoi contraire à la loi, on peut trouver immoral que l'employeur tire profit de sa faute, si par son industrie le salarié injustement congédié s'est trouvé un emploi.

Par conséquent, l'on voit que l'argument tiré de l'*origine* civile de la règle de la minimisation des dommages est d'un ordre différent de celui de l'*opportunité* de la règle de l'article 15. Dans le premier cas, il s'agit d'un argument de droit positif; dans le second, la question est d'ordre normatif³⁹.

Sans entrer dans une analyse poussée de droit comparé, nous examinerons brièvement la doctrine française. Cela nous montrera que dans un pays de droit civil — à maints égards le chef de file de la tradition civiliste — la jurisprudence et la doctrine ont écarté ou adouci la règle civiliste de la minimisation des dommages qui leur semblait trop rigoureuse pour le droit du travail⁴⁰.

38. Un employeur de bonne foi a des motifs valables de ne pas embaucher des travailleurs qui ont une moindre probabilité de demeurer longtemps en poste, à cause des coûts inhérents au processus d'embauchage et d'initiation à un nouvel emploi.

Dans le cas qui nous occupe, l'employeur pourrait escompter tirer avantage de l'engagement d'un salarié renvoyé par un concurrent; il pourrait par contre avoir la crainte inverse, vu la possibilité de réintégration. En principe, l'obligation de loyauté du salarié l'empêche de communiquer des informations confidentielles ou stratégiques. Mais rien n'empêche un employeur de profiter de l'accroissement de productivité résultant de l'expérience acquise par le salarié dans une autre entreprise.

39. En résumé, un principe général de droit dont l'existence et la portée sont indiscutables peut néanmoins être critiqué dans son fondement, sa légitimité, sa conformité à la justice naturelle, ses effets sur le plan individuel ou social, etc.

40. La brève analyse que nous suggérons ici ne pose aucun problème du point de vue de la méthodologie du droit comparé. Les critères d'appartenance à une même famille de droit et la similitude des institutions juridiques et sociologiques sont remplis.

La continuité du développement de l'analyse est quelque peu perturbée par cette comparaison. Mais ce détour n'est pas un procédé; c'est plutôt un accident de parcours. En d'autres termes, nous présentons la doctrine française parce qu'elle a un intérêt non négligeable pour le débat qui nous occupe; par bonheur cela n'est nullement en contravention des règles de la méthode du droit comparé.

IV. LA DOCTRINE CONTEMPORAINE ET L'APPLICATION DE LA RÈGLE AU DROIT DU TRAVAIL

En France, la doctrine contemporaine de droit du travail a pris ses distances par rapport au droit civil, sur le point qui nous intéresse. André Brun⁴¹, commentant un arrêt de la Cour de cassation⁴², écrit que les sommes qu'a pu gagner ailleurs le salarié auquel l'employeur a refusé de confier le travail convenu ne profitent pas à ce dernier en allégeant son obligation. Mais l'espèce envisagée concernait un contrat à durée déterminée (pour une entreprise déterminée, à savoir le tournage d'un film). Du moment que le salarié se tient à la disposition de son employeur, il est concevable d'inférer que ce dernier ne pouvant réaliser l'entreprise projetée à cause de difficultés extérieures, libère le salarié dans la mesure de sa propre inexécution. Corrélativement, le salarié peut s'occuper ailleurs, même à des fins lucratives, dans la mesure où il préserve sa capacité de faire convenablement son travail s'il en était requis par l'employeur initial, à l'intérieur de la période prévue au contrat.

En d'autres termes encore, le salarié lié par contrat à durée déterminée ne peut se libérer unilatéralement, sans motif. C'est en raison de cette aliénation de liberté qu'en contrepartie sa rémunération lui serait *garantie*, explication tout à fait compatible avec l'analyse d'André Brun⁴³.

Cette hypothèse est nettement distincte de celle que nous étudions présentement. La durée déterminée du contrat est un élément dont il faut tenir compte car il n'emporte pas à proprement parler dérogation au principe de la minimisation des dommages. L'enrichissement du salarié est en effet extrinsèque au contrat inexécuté en vertu duquel il est déjà rémunéré. Son obligation consistant à demeurer *disponible* à exécuter sa prestation, non à *rester oisif*, il importe peu qu'il s'occupe à une autre activité, rémunérée ou non⁴⁴. À cet égard, les règles relatives à l'emploi secondaire trouvent application — au moins par analogie — en faisant les adaptations nécessaires

41. André BRUN, *La jurisprudence en droit du travail. Grands arrêts*, Paris, Sirey, 1967, p. 341.

42. *Société Méditerranée - Cinéma c. Société Élysées - Films et Charles Vanel*, Recueil Dalloz 1962, 305; l'arrêt est suivi d'un commentaire de Gérard LYON-CAEN. (Reproduit dans A. BRUN, *id.*, p. 73.)

43. A. BRUN, *id.*, p. 341.

44. L'existence du terme prend une singulière importance dans le contexte car, même en common law, et bien que la jurisprudence soit divisée sur ce point, il est admis que le salarié engagé avec une garantie de versement du salaire pour une durée déterminée et renvoyé sans motifs échappe à l'obligation de minimiser le préjudice: *Neilson v. Vancouver Hockey Club Ltd.*, (1986) 29 D.L.R. (4th) 551 (B.C.S.C.). Voir aussi: Ellen E. MOLE, *Wrongful Dismissal Practice Manual*, volume I, Scarborough, Butterworths, 1984, pp. 1211-1212 et la jurisprudence qui y est citée; David HARRIS, *Wrongful Dismissal*, Don Mills, Richard De Boo Publishers, 1987, paragraphe 9.4. Howard A. LEVITT, *The Law of Dismissal in Canada*, Aurora, Ontario, Canada Law Book Inc., 1985, p. 245, laisse entrevoir

à la réconciliation des faits différents et qui sont au nombre de deux : 1° l'emploi secondaire suppose nécessairement un emploi principal dont le salarié exécute les obligations (par exemple, il enseigne la musique et se produit en spectacle); 2° les deux activités s'exercent à des moments distincts (le professeur de musique enseigne le jour et se produit en spectacle le soir). La règle veut que le salarié donne priorité à son emploi principal et cette règle est également valable dans le présent contexte.

Sur un autre plan, traitant du contrat à durée indéterminée, Camerlynck affirme⁴⁵ que l'indemnité compensatrice de délai-congé n'est pas diminuée en raison de gains que le salarié a pu faire ailleurs. L'indemnité versée est forfaitaire; elle remplace le délai-congé ou préavis auquel l'employeur était tenu. Or, durant le préavis, le salarié demeure lié par ses obligations contractuelles, y compris celle de travailler jusqu'à l'expiration de la période de préavis⁴⁶; si l'employeur préfère lui payer l'indemnité compensatrice (parce qu'il désire le voir quitter les lieux immédiatement), il libère le salarié *définitivement*. En ce cas, ce dernier n'a même pas à se tenir à la disposition de l'entreprise et *a fortiori* (comparativement à l'hypothèse du contrat à durée déterminée que l'employeur n'exécute pas) son activité subséquente devient totalement extrinsèque par rapport au contrat de travail initial.

Il faut aussi considérer que le droit du travail français ignore la réintégration forcée⁴⁷. Il n'est donc pas surprenant que la jurisprudence se

que les cas d'exception se regroupent dans la catégorie des contrats de service (experts-conseils et athlètes); ainsi peut-on faire un rapprochement avec l'affaire *Vanel*, *supra*, note 42 et donc entre la common law et le droit civil.

Chez nous, une décision récente indique que le salarié engagé pour une durée déterminée doit demeurer en disponibilité pendant la période du contrat et ne peut se chercher du travail ailleurs, du moins pas avant que l'employeur ne l'ait libéré de ses obligations en résiliant unilatéralement le contrat: *Ducharme c. Construction Fitzpatrick Ltée*, C.A. Montréal, n° 500-09-000036-830, le 20 janvier 1988, DTE n° 88T-255. Le salarié a réclamé la totalité du salaire promis, déduction faite du salaire gagné ailleurs; la Cour ne pouvait donc adjuger *ultra petita*, mais tout indique que la totalité du montant convenu aurait été accordée si elle avait été réclamée. En tout cas, la particularité du contrat à durée déterminée est nettement mise en relief dans cet arrêt. Voir aussi la décision du juge Deschênes: *Mainville c. Brasserie Michel Desjardins Ltée*, C.S. Montréal, n° 500-05-007059-858, le 20 janvier 1988, DTE n° 88T-298. Une personne engagée pour une période de 10 ans et renvoyée sans cause qui lui soit imputable — le projet d'implantation d'une brasserie a été abandonné — se voit accorder la totalité du salaire perdu, pour le passé comme pour l'avenir. Déduction est faite du revenu gagné durant une année en cours d'instance; pour le futur, le demandeur a déclaré, sans être contredit, pouvoir gagner tel revenu annuel et cette estimation a été retenue par le juge.

45. G. H. CAMERLYNCK. *Traité de droit du travail, Contrat de travail*, tome 1, deuxième édition, Paris, Dalloz, 1982, n° 572.

46. *Id.*, n°s 566 et 568 *et seq.*

47. Art. 122-14-2 et 122-14-4 du *Code du travail* français (trop longs pour être reproduits ici). Voyons plutôt l'analyse qu'en font Gérard LYON-CAEN et Jean PÉLISSIER, *Droit du travail*, Précis Dalloz, quinzième édition, Paris, Dalloz, 1990, n° 307:

Le tribunal peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise avec maintien de ses avantages acquis. Cette sanction est très rarement prononcée,

soit montrée favorable à la partie la plus faible, le salarié perdant son emploi. Par la même logique et par comparaison, il faudrait comprendre que la jurisprudence et le législateur québécois se montrent plus enclins à suivre les principes traditionnels de droit alors que, par ailleurs, une exception majeure est consentie en faveur des salariés, à savoir la levée de l'interdit pesant sur l'exécution spécifique (règle *nemo potest praecise cogi ad factum*)⁴⁸. L'article 15 *C.t.*, comme la jurisprudence arbitrale sur la juste cause, redonne son poste au salarié congédié et c'est là une réparation incomparablement plus avantageuse que le remboursement du salaire perdu dans l'intervalle, si l'on songe à la notion de compensation en vue de remettre les parties dans le même état où elles se seraient trouvées si le congédiement illicite n'avait pas eu lieu.

CONCLUSION

Nous avons vu que la minimisation des dommages est un principe général de droit dont la déduction des salaires gagnés depuis le renvoi jusqu'à la réintégration éventuelle n'est qu'un cas particulier; par contre, la dérogation consisterait à faire bénéficier le salarié d'une exception. Cela est peut-être souhaitable; encore faut-il présenter la question sous son vrai jour.

Il ne faut pas exagérer non plus l'exigence de la règle. Certes le salarié, comme tout autre citoyen placé en semblable situation, doit faire la preuve de l'existence des dommages qu'il réclame. La règle de la minimisation lui impose simplement de faire des efforts raisonnables pour se trouver du travail, un travail que le bon père de famille ne refuserait pas, c'est-à-dire qui correspond à la capacité et à l'expérience du salarié, qui n'exige pas un déplacement géographique inhabituel, etc. Bref, ce que la règle exige, c'est que le travailleur fasse exactement ce qu'il aurait fait s'il n'avait pas perdu son emploi ou s'il était devenu chômeur. Est-ce exagéré sur le plan de la justice commutative ou distributive?

Et si, faisant ce qu'en toute autre circonstance sa dignité de personne lui commanderait, le salarié travaille, devrait-il en tirer profit? Il n'est pas aisé de répondre à cette question et à vrai dire nous n'oserions le faire. En revanche, nous croyons savoir ce que n'est pas la réponse: ce

car non seulement il ne s'agit que d'une simple possibilité pour le tribunal, mais surtout la loi prévoit expressément que l'employeur, comme le salarié, peuvent refuser la réintégration proposée par le juge[...]

Encore faut-il ajouter les conditions préalables à une éventuelle *suggestion* de réintégration: taille de l'entreprise égale à onze salariés ou plus, ancienneté d'au moins deux ans et absence de cause réelle et sérieuse. Seule exception: les « employés protégés » représentant le personnel ou le syndicat.

48. Dans le même ordre d'idées, les tribunaux de droit commun ayant mis de l'avant la théorie de l'avis raisonnable — favorable aux salariés — il est difficile de leur reprocher de ne pas avoir aussi jeté par-dessus bord la règle de la minimisation des dommages.

« surplus » ne se justifie pas comme compensation pour des dommages autres que le manque à gagner. D'abord il n'est pas assuré que le « surplus » serait gagné précisément par ceux qui encourraient des dommages additionnels ; au contraire, il est plus probable que ceux dont la santé n'a pas été affectée, dont la famille n'a pas été désintégré, dont l'insertion sociale n'a pas été perturbée, etc. soient justement les mêmes qui réussissent à se trouver du travail, recevant ainsi « double salaire ».

De plus, les dommages accessoires devraient être réparés entièrement par l'employeur selon les règles générales du droit et non par la victime. Si par exemple, le renvoi traumatisait le salarié au point de le rendre invalide pour un temps, non seulement son invalidité le dispenserait de chercher du travail mais encore pourrait-il poursuivre son employeur en responsabilité civile, contractuelle ou délictuelle⁴⁹. Rien en tout cas ne paraît s'y opposer au plan des principes⁵⁰.

49. Pour le renvoi contraire à une loi, par exemple à l'article 15 *C.t.*, constituant une faute entraînant la responsabilité civile, voir : Pierre-Gabriel JOBIN, « La violation d'une loi ou d'un règlement entraîne-t-elle la responsabilité civile? », (1984) *Revue du Barreau*, 222 ; Jean-Louis BAUDOUIN, *La responsabilité civile délictuelle*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1985, nos 106-107 et bibliographie, p. 90. La question est de savoir si des dommages additionnels pourraient être obtenus par un recours de droit commun.

En droit contractuel, la résiliation injustifiée du contrat de travail donne ouverture à une action en dommages-intérêts comprenant non seulement la perte du salaire, mais d'autres dommages, tel le préjudice moral. Voir par exemple : *Miron Inc. c. Des Cheneaux*, C.A. Montréal, n° 500-09-000270-850, le 30 octobre 1987, arrêt résumé au DTE 88T-14, confirmant le jugement du juge SAVOIE de la Cour supérieure rendu le 31 janvier 1985, p. 4.

50. La compensation du défaut de préavis n'empêche pas les autres recours civils, contrairement à la réparation des accidents du travail en application de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., c. A-3.001, art. 438 et 439 : *Reference Workers' Compensation Act 1983 (NFLD)*, [1989] 1 R.C.S. 922, conf. l'opinion de la Cour d'appel de Terre-Neuve, (1988) 67 Nfld. & P.E.I.R. 16, 44 D.L.R. 501 et celle de la Cour suprême de Terre-Neuve, (1986) 61 Nfld. & P.E.I.R. 145.

Mais dans l'affaire *McIntyre v. Atlantic Hardchrome Ltd.*, file No. 63865, le 13 mars 1991, la Nova Scotia Supreme Court Trial division, vient d'accorder des dommages additionnels (*punitive damages*) à une victime d'accident du travail, malgré la clause prohibant les réclamations de droit commun, en se fondant sur la négligence grossière de l'employeur dans la prévention de la cause de l'accident (par opposition aux dommages généraux compensant le préjudice résultant de l'accident même). Au Québec, la Cour d'appel vient de décider à la majorité, qu'une personne, incapable de continuer son travail à cause du harcèlement sexuel dont elle est victime peut réclamer des dommages complémentaires devant un autre tribunal au-delà de l'indemnité compensatrice que lui verse la Commission sur la santé et la sécurité du travail : *Fédération des employés et employés de services publics Inc. (C.S.N.) c. Louise Bélieu St-Jacques et al.*, [1991] R.J.Q. 279 (C.A.).

Par ailleurs, il faut lire dans le contexte l'affirmation de G.H. CAMERLYNCK à l'effet que « le salarié ne pourrait réclamer des dommages-intérêts plus élevés [que le salaire dont il a été privé] en démontrant qu'il a subi un préjudice plus important du fait de son âge, de l'ancienneté dans l'entreprise ou de la difficulté du reclassement », *op. cit.*, note 45, n° 572. Il s'agit toujours de dommages résultant de la perte de l'emploi et non de ceux qui pourraient résulter accessoirement de la rupture considérée en elle-même, rupture fautive parce qu'illicite. Camerlynck raisonne dans l'hypothèse d'une indemnité forfaitaire ; on notera par

La difficulté qui subsiste, au plan normatif, est de déterminer qui va profiter du salaire gagné par le salarié durant sa période de « congé disciplinaire ». Si cette somme n'est pas déduite des dommages compensatoires, cela crée un régime d'exception par rapport au droit commun; ce n'est pas une hérésie, mais il faut y penser à deux fois parce que les régimes d'exception ont une fâcheuse tendance à se multiplier de manière à ce que tous les groupes sociaux se sentent favorisés tour à tour par le législateur.

Par contre, la règle de la minimisation favorise l'employeur, même légalement fautif⁵¹. Dans ce dernier cas, la règle est peu praticable et sujette à critique sur le plan moral.

Reste une autre solution consistant à faire bénéficier les tiers du travail du salarié. Par exemple l'employeur pourrait être forcé de verser l'équivalent de la déduction à l'État. Cette solution paraît utopique, notamment parce qu'elle enlèverait toute incitation au travail durant la période de « congé »; après coup, l'employeur, qui a le fardeau de la preuve en la matière, n'aurait pas intérêt à l'assumer vu les frais directs qui découleraient de l'alourdissement de la procédure.

Selon une solution de rechange, le syndicat subissant la pratique interdite profiterait de la « double rémunération » du salarié, victime immédiate de l'ire patronale⁵². Mais le salarié individuel serait-il plus généreux envers son groupe de travail qu'à l'égard de la société globale? Cela reste à voir. Quant à l'employeur, il est douteux que cette solution

contre que les facteurs qu'il mentionne sont pris en compte par la théorie de l'avis raisonnable. Chez nous, la réparation de dommages accessoires ne fait pas problème; c'est plutôt la juridiction qui a fait l'objet d'une controverse maintenant réglée. Cf. *Bell Canada c. Foisy*, [1989] R.J.Q. 521 (C.A.) (en plus de réintégrer la salariée congédiée injustement avec compensation pour le salaire perdu, l'arbitre est compétent pour accorder des dommages accessoires pour le préjudice d'une autre nature causé par le renvoi, en l'espèce atteinte à sa réputation, perturbation de sa vie sociale, humiliation de se voir refuser des emplois successifs à cause de son état de salariée congédiée, etc.); *Agropur, Coopérative agro-alimentaire c. Lamothe*, [1989] R.J.Q. 1764 (C.A.); *Fédération des employées et employés de services publics Inc. (C.S.N.) c. Béliveau St-Jacques*, [1991] R.J.Q. 279 (C.A.).

51. L'article 15 C.t. impose à l'employeur une « obligation de ne pas faire », encadre sa liberté d'action en vue de protéger le salarié en certaines circonstances. Sans pour autant proposer une hiérarchie des sources d'obligations, celle qui découle de la loi paraît de prime abord plus impérative alors que l'obligation conventionnelle dépend de l'accord des parties, un point sur lequel ces dernières peuvent soulever de nombreuses contestations (rencontre des volontés, précision de l'objet, représentations faites par l'autre partie, etc.) tandis que l'obligation légale est en principe valide et que la contestation, sans être impossible, est passablement lourde (par exemple, le Procureur général doit être mis en cause lorsqu'une partie conteste la constitutionnalité d'une loi, art. 95 C.p.c.).

52. Voir *Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce*, [1984] R.C.S. 269. Le C.C.R.T. avait ordonné à la Banque de créer un fonds destiné à favoriser la connaissance du *Code canadien du travail* et des droits qu'il confère aux salariés. En l'espèce, le syndicalisme tentait une percée dans le secteur bancaire.

souleverait son enthousiasme; encore faut-il noter qu'elle se rapproche de solutions analogues approuvées par la Cour suprême⁵³.

En somme, la règle de la minimisation des dommages comporte des aspects critiquables, particulièrement lorsque le renvoi est motivé par les activités syndicales du salarié. Avant d'en changer toutefois, une réflexion plus profonde s'imposerait. En particulier, il faudrait trouver une solution de rechange acceptable au plan des principes et praticable au plan concret. Nous ne pensons pas l'avoir trouvée.

53. *Ibid.*