

Du contrat individuel de travail en droit québécois : essai en forme de point d'interrogation

Marie-France Bich

Volume 17, numéro 1-2, 1986

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

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1059322ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1059322ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Bich, M.-F. (1986). Du contrat individuel de travail en droit québécois : essai en forme de point d'interrogation. *Revue générale de droit*, 17(1-2), 85–134.
<https://doi.org/10.7202/1059322ar>

Résumé de l'article

Le droit civil du travail, c'est-à-dire le droit de la relation contractuelle employeur-employé, a peu changé depuis le début de ce siècle et l'on applique encore aujourd'hui des règles qui, souvent, n'entretiennent guère de rapport avec les réalités contemporaines du travail. Cela, pourtant, n'est pas irrémédiable, notre droit civil, tel qu'incarné dans le *Code civil*, possédant un dynamisme qui permet d'espérer, et même de justifier, une nécessaire évolution. L'auteur tente d'illustrer cette proposition au moyen d'une remise en question des règles relatives au caractère *intuitu personae* du contrat de louage de services et à l'impossibilité d'obtenir judiciairement la réintégration de l'employé congédié sans motif. Cette remise en question est fondée à la fois sur l'observation des phénomènes actuels du travail et sur des arguments strictement juridiques.

Du contrat individuel de travail en droit québécois : essai en forme de point d'interrogation

MARIE-FRANCE BICH

Professeur adjoint à la Faculté de droit
de l'Université de Montréal

RÉSUMÉ

Le droit civil du travail, c'est-à-dire le droit de la relation contractuelle employeur-employé, a peu changé depuis le début de ce siècle et l'on applique encore aujourd'hui des règles qui, souvent, n'entretiennent guère de rapport avec les réalités contemporaines du travail. Cela, pourtant, n'est pas irrémédiable, notre droit civil, tel qu'incarné dans le Code civil, possédant un dynamisme qui permet d'espérer, et même de justifier, une nécessaire évolution. L'auteur tente d'illustrer cette proposition au moyen d'une remise en question des règles relatives au caractère intuitu personæ du contrat de louage de services et à l'impossibilité d'obtenir judiciairement la réintégration de l'employé congédié sans motif. Cette remise en question est fondée à la fois sur l'observation des phénomènes actuels du travail et sur des arguments strictement juridiques.

ABSTRACT

Since the beginning of this century, there have been very small changes in labour law, particularly in the contractual relations between an employer and his employees. Although rules which do not reflect present realities of the labour world are still applied, this situation can be remedied because our Québec civil law, as expressed in the Civil Code, is dynamic enough to allow for hope for changes. The author illustrates that idea by questioning rules regarding the intuitu personæ character of the contract of lease or hire of services and the impossibility of obtaining from a court the reinstatement of the employee dismissed without a cause. This paper is based on both facts and legal arguments.

SOMMAIRE

I. Caractère <i>intuitu personæ</i> du contrat de travail	91
A. Caractère <i>intuitu personæ</i> , résiliation unilatérale et réintégration.....	92
B. Caractère <i>intuitu personæ</i> et aliénation d'entreprise.....	94
C. Étude critique du caractère <i>intuitu personæ</i> du contrat de travail	96
1. Définition du caractère <i>intuitu personæ</i>	96
2. Caractère <i>intuitu personæ</i> et données factuelles	97
3. Affirmation législative du caractère <i>intuitu personæ</i>	100
a) Dispositions législatives pertinentes.....	100
b) Réflexions critiques	102
4. Caractère <i>intuitu personæ</i> : question de faits.....	107
II. Contrat individuel de travail et exécution forcée en nature	108
A. Exécution forcée en nature des obligations de faire incombant à l'employé.....	111
1. Injonction et exécution forcée.....	112
2. Liberté humaine et exécution forcée	114
B. Exécution forcée des obligations de faire incombant à l'employeur.....	115
1. Obligation de fournir le travail et participation personnelle de l'employeur.....	118
2. Liberté humaine et exécution forcée	119
a) Évolution des règles générales relatives aux obligations de faire et de ne pas faire.....	120
b) Politique jurisprudentielle et évolution du concept de liberté humaine.....	122
3. Réciprocité des obligations, exception d'inexécution et concept de <i>mutuality</i>	125
C. Juridiction des tribunaux supérieurs et réintégration.....	127
Conclusion.....	130

Les quatre dernières décennies ont été celles de la collectivisation des rapports employeurs-employés. Des pressions sociales, inspirées ou canalisées par les organismes syndicaux, aux interventions législatives, fort nombreuses, l'accent a été mis sur l'édification d'une structure dans le cadre de laquelle on tente d'assurer l'égalité véritable des parties, en présence. L'union faisant la force, nous enseigne le proverbe, cette structure se caractérise par le regroupement des travailleurs sous la houlette d'associations couramment appelées « syndicats » : les employés, représentés par ces syndicats, jouissent alors collectivement d'une puissance qui leur permet d'entretenir avec l'employeur des rapports égaux caractérisés par la négociation véritable des conditions de travail et la limitation des prérogatives patronales. C'est là du moins l'objectif visé.

Depuis l'origine, les mécanismes qui, au plan législatif, composent cette structure ont été sans cesse modifiés, raffinés, complexifiés¹.

1. Au 1^{er} novembre 1985, 31 lois ont modifié le *Code du travail* de 1964.

Nombreuses ont été et sont encore les revendications, parfois spectaculaires, relatives à l'amélioration du régime ainsi créé². Ce dernier, sans conteste, est depuis longtemps au centre des préoccupations de tous ceux qu'intéresse le monde du travail : les organisations syndicales et patronales en ont fait et en font toujours l'objet de leurs luttes, les regroupements de travailleurs non-syndiqués le but ultime de leur action et le législateur y a consacré une énergie remarquable. On s'est dans le même temps assez peu intéressé au cadre purement civil et contractuel de la relation employeur-employé, sinon pour en dénoncer le caractère inadéquat³. La jurisprudence et la doctrine ont généralement fait écho à cette situation. Le nombre des décisions rendues par les tribunaux supérieurs⁴ au sujet du régime collectif de travail dépasse ainsi de beaucoup celui des décisions traitant des aspects purement civils de la relation employeur-employé⁵. Quant à la littérature scientifique, qu'elle soit l'œuvre de juristes ou de spécialistes en relations industrielles, elle s'est surtout attachée à décrire, critiquer ou commenter la structure collective du travail, à suggérer changements et modifications ou en étudiant l'impact : si l'on excepte quelques textes essentiellement descriptifs⁶, la doctrine a donc délaissé l'étude civile et contractuelle des rapports employeurs-employés.

Les préoccupations des tribunaux s'expliquent aisément par l'effervescence du monde collectif du travail, alors qu'employeurs et syndicats n'ont pas hésité à recourir à la justice pour faire valoir et défendre leurs droits. De même, on comprendra parfaitement que la doctrine ait eu le souci de refléter et, souvent, de précéder l'activité politique et législative entourant le régime collectif. Récemment, d'ailleurs, le législateur, convaincu comme bien d'autres de l'inaptitude du *Code civil* à assurer l'équité dans ces rapports, a préféré l'intervention législative directe au

2. L'une des dernières revendications en date est celle qui concerne la syndicalisation sectorielle, objet de nombreux débats devant la commission consultative sur le travail du Québec, mieux connue sous le nom de commission Beaudry.

3. Caractère auquel le législateur a, dans une certaine mesure, tenté de remédier en adoptant la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., chap. N-1.1 et, avant elle, la *Loi du salaire minimum*, S.R.Q. 1964, chap. 144.

4. Et nous nous limitons à ceux-là seulement.

5. Par exemple, au cours de la période 1955-1965, on compte, dans les recueils de la Cour supérieure, de la Cour d'appel et de la Cour suprême (affaires émanant du Québec seulement), 120 jugements traitant seulement du régime collectif et 66 mettant en cause l'aspect civil et contractuel de la relation employeur-employé. Au cours de la période 1980-1984, on recense dans les mêmes recueils judiciaires, pour les mêmes tribunaux, 143 jugements relatifs au régime collectif pour 17 relatifs à l'aspect civil de l'emploi.

6. Ceux que Faribault ou D'Aoust ont écrit, par exemple : L. FARIBAUT, *Traité de droit civil du Québec*, tome 12, Montréal, Wilson & Lafleur, 1951, pp. 16-51 et 288-361 ; C. D'Aoust, *Le contrat individuel de travail en droit québécois*, Montréal, La librairie des Presses de l'Université de Montréal, 1970. Voir également L.-M. GOUIN, « Du contrat de travail », *Revue trimestrielle canadienne*, vol. 50, n° 31, mars 1935, p. 27 et suiv.

développement, parfois lent il faut en convenir, de solutions civiles; ainsi a-t-il adopté, en 1979, la *Loi sur les normes du travail*⁷, qui vise à suppléer aux carences réelles ou supposées du régime civil en la matière. On peut regretter cependant le peu d'intérêt accordé aux fondements mêmes de la relation employeur-employé : le *Code civil* et la règle civile, prééminents en d'autres époques, ont en quelque sorte été évacués sinon de la scène juridique, du moins de l'actualité juridique. Pourquoi cette éclipse du droit civil, cette mise à l'écart de l'analyse strictement contractuelle de la relation employeur-employé? Plusieurs motifs, juridiques, politiques et sociaux, l'expliquent sans doute.

La théorie classique du contrat de louage de service personnel, nom par lequel le *Code civil* désigne la relation employeur-employé, a été pour l'essentiel élaborée avant les années 30 et repose sur les assises que lui donnait déjà le droit français au XIX^e siècle. Or, même à cette époque, l'évolution des pratiques du travail au Québec faisait ressortir le caractère désuet ou incomplet de certaines des règles traditionnelles : plus exactement, la vision civile de la relation employeur-employé ne semblait plus correspondre aux données d'un monde moderne. De plus, le *Code civil*, alors, a mauvaise presse : l'égalité contractuelle qu'il postule entre employeurs et employés est, pour la plupart, une vue de l'esprit, démentie par la réalité quotidienne; il s'agit là de l'instrument premier de l'oppression de la masse des travailleurs par le patronat. Tout, depuis le poids grandissant des mouvements ouvriers (dont la puissance est tributaire de la collectivisation des rapports employeurs-employés) jusqu'à l'idéal social-démocrate⁸ et la force des exemples américains, français ou britanniques, concourt donc à favoriser l'émergence d'un régime de travail qui soit le plus éloigné possible du régime traditionnel : on veut redonner au travailleur la force et la dignité que semble lui nier ce dernier. On assiste donc à l'établissement du régime collectif du travail, auquel devrait être ultimement intégré l'ensemble des travailleurs. On aurait sans doute pu, parallèlement aux revendications collectivistes, s'efforcer de faire évoluer les règles civiles, de manière à ce que les employés œuvrant en dehors de la structure collective jouissent d'un régime meilleur. On ne l'a toutefois pas fait, probablement en raison d'une représentation assez manichéenne des choses : les règles issues du *Code civil* sont mauvaises, les abus du passé, indéniables, en font foi; l'organisation collective est bonne et constitue l'objectif à atteindre. Les premières sont donc rejetées, le salut étant dans

7. L.R.Q., chap. N-1.1.

8. Même lors des années 40, pourtant sombres en termes syndicaux, le législateur n'a pas échappé tout à fait à une certaine contamination libérale : c'est en 1944 que fut adoptée la première loi générale sur les relations de travail, prélude à l'adoption, en 1964, de notre actuel *Code du travail*. Voir la *Loi sur les relations ouvrières*, S.Q. 1944, chap. 30; S.R.Q. 1941, chap. 162A.

la seconde. Les commentateurs eux-mêmes n'ont pas échappé à cette conception, alors qu'ils ont surtout mis en relief les failles des règles civiles traditionnelles et, comme palliatif, ont suggéré la seule voie collective. C'est là un point de vue qui fait bien peu de cas de la vitalité propre au droit civil (dont on a prouvé en d'autres domaines qu'il est loin d'être statique⁹), et qui accrédite le mythe du caractère irrémédiablement inadéquat du *Code civil* en matière de travail.

Car c'est bien d'un mythe dont il s'agit, qui explique cependant la sclérose dont souffre le droit civil au chapitre des rapports employeurs-employés : les règles classiques n'ayant jamais été remises en question, puisqu'on a préféré une toute autre voie, les tribunaux se sont habituellement contentés et se contentent généralement toujours d'appliquer la théorie traditionnelle comme si l'interprétation des dispositions pertinentes du *Code civil* avait été établie une fois pour toutes, sans changement possible. Les tribunaux, il est vrai, ne sont pas les seuls que l'on puisse blâmer : on peut en effet se demander où ils auraient puisé l'inspiration de raisonnements nouveaux, alors que ni les plaideurs ni les auteurs, il faut bien l'admettre, ne se montrent particulièrement inventifs en la matière. Mais nous ne croyons pas que cette sclérose de la théorie classique du contrat de louage de service personnel soit congénitalement inscrite au *Code civil*. Il nous semble qu'à côté de l'exposé des vicissitudes incontestables du droit civil à ce sujet, il y a place à une discussion qui mette en relief le potentiel évolutif que nous évoquions plus haut. Il ne s'agit nullement pour nous de contester la valeur du régime collectif ou de condamner les interventions législatives, jurisprudentielles ou doctrinales des dernières années. La nécessité de celles-ci s'impose en effet indiscutablement à bien des égards, le développement de solutions civiles ne permettant pas toujours de refléter les choix strictement politiques ou sociaux qui doivent être faits à l'occasion¹⁰. Toutefois, cela ne doit pas nous faire oublier que le droit civil est encore l'instrument premier de la définition juridique des rapports employeurs-employés. On ne peut donc le considérer

9. Voir à ce sujet J.-L. BAUDOUIN, *Les obligations*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1983, pp. 19-22 (n° 1 à 6); M. TANCELIN, *Des obligations*, Montréal, Wilson & Lafleur/Sorej Ltée, 1984, p. 8 (n° 12); C. ATIAS, *Le droit civil*, Paris, P.U.F. « Que sais-je ? », 1984, pp. 7 et 8.

Le droit de la concurrence, celui de la responsabilité médicale, de la responsabilité sportive, le droit des personnes et de la famille (avant les récentes réformes législatives), le droit de la vente (notamment en matière de recours direct et de servitude administrative), pour ne nommer que ceux-là, sont des domaines qui mettent en évidence le potentiel évolutif du droit civil.

10. Ainsi, le régime collectif que l'on connaît n'était pas susceptible d'être le fruit d'un développement purement civiliste. De même, à certains égards, les règles fondamentales édictées par la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.R.Q., chap. S-21, nécessitaient l'intervention directe du législateur.

comme le vestige d'une époque révolue; on doit tâcher, plutôt, d'en faire ressortir le dynamisme.

C'est à cela que nous nous efforcerons dans les pages qui suivent, en offrant certaines réflexions critiques sur l'état actuel du droit civil en matière de louage de service personnel. Nous ne nous intéresserons à vrai dire qu'à deux des règles civiles, qui nous semblent illustrer davantage nos propos : nous examinerons ainsi la question du caractère *intuitu personæ* du contrat de louage de service et celle de la réintégration de l'employé congédié sans motif.

Notre choix s'explique par plusieurs considérations. Le caractère *intuitu personæ* de la relation employeur-employé, par exemple, est traditionnellement élevé à la hauteur d'un principe absolu, sur lequel reposent d'autres règles fort importantes, relatives, entre autres, à la faculté de résiliation unilatérale du contrat de louage de service et à la terminaison de ce contrat en cas d'aliénation d'entreprise. Or, il nous semble que ce principe est, comme nous le verrons, éminemment controversable. Or, si l'on est capable de contester le caractère *intuitu personæ* du contrat de louage de service, on devra remettre en question plusieurs des règles établies sur cette base ou à tout le moins leur trouver d'autres fondements. Les conséquences de pareille démonstration, à supposer que celle-ci soit correcte, sont telles que nous avons cru bon de nous y intéresser.

La réintégration de l'employé congédié sans motif pose des problèmes d'un autre ordre. La théorie classique enseigne que l'employé ne peut obtenir cette réintégration, l'article 1065 C.c.B.-C. ne permettant pas l'exécution forcée en nature de l'obligation contractuelle qu'a rompue l'employeur en remerciant sans motif l'employé de ses services. Il y aurait là « une question de liberté humaine »¹¹ contre laquelle le droit ne pourrait rien faire. Le caractère *intuitu personæ* de la relation employeur-employé s'y opposerait également. On a même à une certaine époque affirmé que, de toutes façons, les tribunaux supérieurs ne jouissent pas, procéduralement parlant, des moyens et des pouvoirs qui leur permettraient d'ordonner la réintégration. Or, sous chacun de ces chefs, la règle qui édicte l'impossibilité de la réintégration est contestable : s'il est un concept susceptible d'évoluer, c'est bien celui de la liberté humaine, qui n'est pas nécessairement aujourd'hui ce qu'il était dans les années 30; côté *intuitu personæ*, la discussion est de mise; enfin, sous l'aspect procédural, l'existence de l'injonction mandatoire est susceptible de réduire à néant les obstacles invoqués autrefois. Autant de raisons, donc, de s'attaquer à la règle.

Notre but n'est donc pas de faire l'état du droit positif en la matière, mais simplement de partager avec le lecteur les quelques commentaires qu'il nous inspire. Il s'agit donc ici véritablement d'un essai, au sens où l'entend le dictionnaire, c'est-à-dire d'un exercice qui traitera,

11. *Dupré Quarries Ltd. c. Dupré*, [1934] R.C.S. 528, p. 531.

sans l'épuiser, du sujet sous étude. On voudra par ailleurs noter que, pour fins de concision et afin de nous mettre au diapason de la doctrine contemporaine¹², nous utiliserons, pour désigner ce que le *Code civil* nomme le « contrat de louage de service personnel », les termes « contrat individuel de travail » ou « contrat de travail ».

I. CARACTÈRE *INTUITU PERSONÆ* DU CONTRAT DE TRAVAIL

On enseigne traditionnellement que le contrat de travail possède un caractère *intuitu personæ* : ce serait là une de ses caractéristiques fondamentales. Ainsi, à propos du louage d'ouvrage en général, dont le contrat de travail est une espèce, Mignault affirme péremptoirement que :

Tout est personnel en cette matière¹³.

Sans être énoncé explicitement, le caractère *intuitu personæ* du contrat de travail est l'une des données sous-jacentes à l'exposé de Faribault¹⁴. Daoust, lui, décrit comme suit ce caractère du contrat de travail :

Le contrat individuel de travail est :

[...]

5. à titre personnel ou « intuitu personæ », en ce qui concerne le salarié. L'identité même du travailleur est un élément déterminant dans la décision du patron de le prendre à son service, le contrat est parfois personnel du côté de l'employeur¹⁵.

Doucet s'exprime à ce sujet de la manière suivante :

Il [le contrat de travail] est aussi, comme son nom l'indique, personnel. Ce caractère d'*intuitu personæ* est considéré par la jurisprudence comme prédominant¹⁶.

Gagnon déclare quant à lui que :

12. C. D'AOUST, *Le contrat individuel de travail en droit québécois*, Montréal, Librairie des presses de l'Université de Montréal, 1970, p. 1; R. DOUCET, « La résiliation du contrat de travail en droit québécois », (1974) *R.J.T.* 249; R.P. GAGNON, *Droit du travail*, 7 (1984-1985), C.F.P.B.Q. 1984-85, p. 213; *Dictionnaire de droit privé*, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Montréal, 1985, « Locateur d'ouvrage », p. 119; G.H. CAMERLINCK, G. LYON-CAEN, J. PÉLISSIER, *Droit du travail*, 12^e éd., Paris, Dalloz (Précis Dalloz), 1984, p. 169 (n° 165). Voir en général l'utilisation faite de cette expression dans F. MORIN, *Rapports collectifs du travail*, Montréal, Éditions Thémis Inc., 1982.

13. P.B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, tome 7, Montréal, Wilson & Lafleur, 1906, p. 220.

14. L. FARIBAULT, *op. cit.*, note 6, pp. 16-51 et 288-361.

15. C. D'AOUST, *op. cit.*, note 6, p. 7.

16. R. DOUCET, *loc. cit.*, note 12, p. 256.

C'est en outre un contrat « *intuitu personæ* », c'est-à-dire qui intervient en considération de l'identité des contractants particulièrement de l'employé pour l'employeur et, aussi parfois de l'employeur pour l'employé¹⁷.

De la même manière, lorsqu'ils définissent le contrat *intuitu personæ* ou en traitent, les ouvrages généraux relatifs aux obligations en donneront fréquemment pour exemple le contrat individuel de travail¹⁸. Notre jurisprudence confirme elle aussi le caractère *intuitu personæ* du contrat de travail¹⁹.

La doctrine québécoise récente²⁰, on l'aura remarqué, apporte quelques nuances à l'énoncé du caractère *intuitu personæ* du contrat individuel de travail : celui-ci serait toujours *intuitu personæ* pour l'employeur ; il ne le serait que dans certains cas pour l'employé, suivant les circonstances particulières de chaque espèce. Cette distinction n'est toutefois pas encore complètement entrée dans nos mœurs, et les tribunaux supérieurs, faute d'occasion sans doute, n'en ont pas encore parlé. On en reste donc habituellement à l'affirmation générale du caractère réciproquement *intuitu personæ* du contrat individuel de travail et l'on précise qu'il en est l'un des traits fondamentaux.

Si l'existence du caractère *intuitu personæ* du contrat individuel de travail relève davantage de l'assertion que de la démonstration et ne fait donc pas l'objet d'études élaborées, les effets de ce caractère, eux, ont été abondamment commentés. Ainsi, deux des règles les plus importantes du droit civil du travail sont fondées sur ce caractère *intuitu personæ* : le droit de résiliation unilatérale et l'impossibilité de la réintégration, d'une part ; la cessation du contrat en cas d'aliénation d'entreprise, d'autre part.

A. CARACTÈRE *INTUITU PERSONÆ*, RÉSILIATION UNILATÉRALE ET RÉINTÉGRATION

Le droit de résiliation unilatérale reposerait, entre autres, sur le caractère *intuitu personæ* du contrat : on ne saurait forcer une partie qui ne le désire plus à travailler avec ou pour un cocontractant dont la personne,

17. R.P. GAGNON, *op. cit.*, note 12, p. 215 ; voir également A. ROUSSEAU, « Le contrat individuel de travail », dans N. MALETTE (éd.), *La gestion des relations du travail au Québec*, Montréal, McGraw-Hill, 1980, p. 16.

18. Voir par exemple J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 9, p. 103 (n° 396) ; A. LAROCHE, *Les obligations*, tome 1, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1982, p. 148 (n° 129) ; M. TANCELIN, *op. cit.*, note 9, p. 61 (n° 123).

19. Voir par exemple : *Dupré Quarries Ltd. c. Dupré*, [1934] R.C.S. 528, p. 531 ; *Syndicat national des travailleurs de la pulpe et du papier de La Tuque c. Commission des relations ouvrières*, [1958] B.R. 1, p. 28 et suiv. ; *Asselin c. Industries Abex Limitée*, [1985] C.A. 72, p. 88 ; *Cie Charles A. Julien Ltée c. Auger*, (1917) 52 C.S. 472, pp. 475-477.

20. Voir notamment C. D'AOUST, *op. cit.*, note 6, p. 7 ; R.-P. GAGNON, *op. cit.*, note 12, p. 215 ; A. ROUSSEAU, *loc. cit.*, note 17, p. 16.

à tort ou à raison²¹, a cessé de lui convenir²². On doit donc laisser à cette partie, employeur ou employé, le loisir de mettre fin unilatéralement (mais sous réserve de sa responsabilité civile) au contrat. Ce droit de résiliation unilatérale est exercé et prend effet sans nécessité d'une intervention judiciaire quelconque. On en trouverait une manifestation au troisième alinéa de l'article 1668 C.c.B.-C.

En corollaire du droit à la résiliation unilatérale, la théorie civile classique, telle qu'élaborée par nos tribunaux et par la doctrine, enseigne que l'employé victime de la résiliation du contrat ne peut obtenir, par voie judiciaire, d'être réintégré dans son emploi. Il ne serait d'ailleurs pas davantage possible à l'employeur d'obtenir judiciairement que l'employé qui a résilié le contrat soit obligé à l'exécution de sa prestation de travail²³. Il y aurait dans les deux cas non seulement une question de « liberté humaine »²⁴ mais également d'obstacles au caractère *intuitu personæ du contrat* : là encore on ne saurait forcer une partie qui ne le désire plus à continuer à travailler ou à reprendre à son emploi un cocontractant dont la personne, à tort ou à raison, a cessé de lui convenir.

Si la jurisprudence contient assez peu d'arrêts relatifs au cas où un employeur cherche à obtenir, par voie judiciaire, que l'employé accomplisse sa prestation de travail²⁵, elle abonde en cas où l'on a refusé la réintégration à l'employé renvoyé, c'est-à-dire victime de l'exercice par l'employeur de la faculté de résiliation unilatérale. Dans l'affaire *Dupré Quarries Ltd. c. Dupré*²⁶, dont on admet généralement qu'elle a posé une règle toujours valide, la Cour suprême déclare ce qui suit :

Mais le contrat de louage de service, à cause du caractère personnel des obligations qu'il comporte, ne se prête pas à une condamnation à l'exécution spécifique. [...] L'appelante ne pouvait être physiquement contrainte à garder l'intimé à son service, pas plus que l'intimé ne pouvait être physiquement contraint à rester au service de l'appelante [...]. Le recours de l'intimé, s'il a été congédié sans droit, consistait donc dans une réclamation pour les

21. Évidemment, la partie qui résilierait le contrat alors que rien, sinon ses propres sympathies ou antipathies, ne le justifie engage sa responsabilité civile; ceci n'affecte toutefois pas son droit de résilier. Voir *Jolicœur c. Lithographie Montréal Ltée*, [1982] C.S. 230, pp. 234-235.

22. Voir à ce sujet : *Carson c. Longueuil Meat*, [1946] R.L. n.s. 294 (C.S.); *Dupré Quarries Ltd. c. Dupré*, [1934] R.C.S. 528; J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 9, pp. 222-223 (n° 357); DOUCET, *loc. cit.*, note 12, pp. 272-274; R.P. GAGNON, *op. cit.*, note 12, p. 229.

23. Voir : *Dupré Quarries Ltd. c. Dupré*, [1934] R.C.S. 528, p. 531; L. FARIBAUT, *op. cit.*, note 6, p. 331.

24. *Dupré Quarries Ltd. c. Dupré*, [1934] R.C.S. 528, p. 531. Voir également : J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 9, p. 392 (n° 702); G. MASSÉ, *L'injonction et le droit privé québécois, une mésalliance*, Thèse, Université de Montréal, 1978, pp. 3-4 et 40-41.

25. Voir par exemple : *Société anonyme des théâtres c. Lombard*, (1906) 15 B.R. 267; *Pitre c. Association Athlétique d'amateurs nationale*, (1910) 11 R.P. 336 (B.R.).

26. [1934] R.C.S. 528.

dommages-intérêts qui en résultaient. Il ne pouvait demander à la cour de contraindre l'appelante à la garder à son service. C'était là une sanction impossible. [...] ²⁷.

(italiques ajoutés)

Nombreuses sont les affaires où l'on reprend le même raisonnement, reproduit largement par la doctrine ²⁸.

B. CARACTÈRE *INTUITU PERSONÆ* ET ALIÉNATION D'ENTREPRISE

Certains ont également tiré du caractère *intuitu personæ* du contrat individuel de travail, doublé des règles de l'effet relatif des obligations ²⁹, le principe que l'aliénation d'entreprise entraîne la résiliation automatique et de plein droit du contrat individuel de travail liant l'employeur-cédant à chacun de ses employés ³⁰. Le cessionnaire de l'entreprise n'est donc pas lié par ces contrats et il ne peut en exiger l'exécution. Les employés, eux, ne sont tenus d'aucune obligation envers le cessionnaire ³¹.

La théorie générale des obligations nous enseigne que les ayants cause à titre particulier, acquéreur ou cessionnaire d'un bien ou d'un droit déterminé, ne sont en principe pas liés par les obligations contractées par leur auteur, ceci en vertu de la règle qu'énonce l'article 1023 C.c.B.-C. Il y aurait toutefois exception à ce principe lorsque les obligations en question seraient intimement liées au bien ou au droit transmis. Voici comment le professeur Larouche s'exprime à ce sujet :

Les droits accessoires sont donc transmis en même temps que le droit principal lorsqu'ils sont intimement liés à lui, et ont été créés dans l'intérêt sinon exclusif, au moins primordial de ce droit.

[...]

27. *Id.*, p. 531.

28. Voir par exemple *Asselin c. Industries Abex Ltée*, [1985] C.A. 72; *Renda c. Lachine*, C.S.M., n° 500-05-004601-777, 21 février 1983, DTE 83T-228. Voir également BAUDOUIN, *op. cit.*, note 9, p. 382 (n° 702); DOUCET, *loc. cit.*, note 12, p. 311 et suiv.; C. D'Aoust, *op. cit.*, note 6, p. 61; R.-P. GAGNON, *op. cit.*, note 12, p. 229 (note 76).

29. Voir l'article 1023 C.c.B.-C., sous réserve des articles 1028 à 1030 C.c.B.-C.

30. Voir les notes du juge Choquette, dissident, dans *Syndicat national des travailleurs de la pulpe et du papier de La Tuque*, [1958] B.R. 1, p. 28 et suiv. Voir aussi *Cie Charles A. Julien Ltée c. Auger*, (1917) 52 C.S. 472. Voir également J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 9, p. 234 (n° 276).

31. *Ibid.* Le cessionnaire peut cependant s'être engagé contractuellement envers le cédant à garder les employés de celui-ci à son service. De même, les employés peuvent choisir de demeurer au service du cessionnaire : il y a à ce moment conclusion d'un nouveau contrat de travail.

Ce sont donc les cas où il y a un lien très étroit entre la créance et la chose transférée, la créance a été créée en raison de la possession de la chose, *intuitu rei*.

Ces droits doivent donc passer à l'acquéreur, sinon, ils perdraient, après l'aliénation, une grande partie de leur utilité. En raison de cet état de choses qui fait que la créance est attachée plus à la possession de la chose qu'à personne [sic] du débiteur même s'il s'agit d'un droit personnel, on présume que les parties ont voulu transporter ce droit à l'acquéreur avec la chose, le cas échéant³².

Dans les cas où l'aliénation d'une entreprise résulte, par exemple, d'une vente, ne pourrait-on, à la lumière des remarques qui précèdent, prétendre que l'acheteur, ayant cause à titre particulier du vendeur, est lié par tous les contrats individuels de travail conclus par le vendeur en rapport avec cette entreprise, contrats dont il pourrait exiger l'exécution : n'existe-t-il pas en effet un lien intime et étroit entre l'objet même de la vente, l'entreprise, et ces contrats, sans lesquels la première ne saurait fonctionner³³ ?

Ces prétentions, toutefois, ne sont pas retenues. On peut, il est vrai, discuter longtemps du caractère à la fois accessoire et indispensable des contrats individuels de travail par rapport à l'entreprise aliénée. Toutefois, dans la théorie classique, le caractère *intuitu personæ* du contrat individuel de travail fait obstacle de manière déterminante à la transmissibilité des obligations en pareilles circonstances : on ne saurait forcer l'acheteur à faire affaires avec des employés qu'il n'a pas choisis et dont la personnalité, essentielle au contrat, lui est parfaitement étrangère ; on ne saurait davantage forcer l'employé à travailler pour un individu qu'il n'a pas choisi et avec lequel il ne désire pas nécessairement faire affaires. On ne peut donc obliger ni l'un ni l'autre contre son gré³⁴.

32. A. LAROCHE, *op. cit.*, note 18, pp. 221-222 (n° 186). Voir également BAUDOUIN, *op. cit.*, note 9, p. 238 (n° 397) ; M. TANCELIN, *op. cit.*, note 9, p. 201 (n° 285).

33. Le professeur D'Aoust donne de pareille situation l'exemple suivant :

Ce problème [celui de la cessation du contrat d'emploi lors du transfert d'entreprise] peut avoir une grande importance pratique quand la majeure partie de la valeur totale d'une entreprise représente le capital humain c'est-à-dire la main-d'œuvre. Prenons le cas d'une équipe professionnelle d'un sport quelconque. Que vaudrait au nouvel acquéreur l'équipe des Globetrotters si tous les joueurs démissionnaient le jour du transfert de propriété ? Le même problème se présente, dans des proportions réduites sans doute, chaque fois que l'entreprise vendue emploie une main-d'œuvre spécialisée, c'est-à-dire chaque fois que l'identité des travailleurs est une variable importante.

Voir C. DAOUST, *op. cit.*, note 6, p. 61. De manière générale d'ailleurs, même lorsque l'identité des travailleurs n'est pas en soi un facteur déterminant, imagine-t-on une entreprise fonctionner sans employés ? Voilà qui illustre le rapport intime existant entre l'entreprise et les contrats de travail, les seconds étant conclus en raison de l'exploitation de la première.

34. Il est à noter que l'intransmissibilité du contrat individuel de travail à l'acheteur

C. ÉTUDE CRITIQUE DU CARACTÈRE
INTUITU PERSONÆ DU CONTRAT DE TRAVAIL

Ces exemples nous montrent l'importance que revêt l'affirmation du caractère *intuitu personæ* du contrat individuel de travail. On doit pourtant constater que, malgré cette importance, la jurisprudence et la doctrine ont rarement discuté des fondements de cette affirmation. On s'accorde le plus souvent à dire que les deux premiers alinéas de l'article 1668 *C.c.B.-C.*, qui prévoient la terminaison du contrat par le décès de l'employé et, parfois, celui de l'employeur, font indiscutablement foi du caractère *intuitu personæ* du contrat individuel de travail. On cite également l'article 1142 *C.c.B.-C.*³⁵, qui donnerait un caractère *intuitu personæ* à la plupart des obligations de faire, dont celles résultant du contrat individuel de travail³⁶. Bref, ce caractère *intuitu personæ* serait de la nature même du contrat individuel de travail et, peut-être plus, de son essence. Or, il nous semble que ces explications sont à certains égards contestables.

Nous ne sommes pas en effet persuadés que le *Code civil* énonce aussi clairement qu'on le lui fait apparemment dire le caractère *intuitu personæ* du contrat individuel de travail. Nous ne sommes pas davantage sûrs de la légitimité d'une opération intellectuelle qui a transformé en une règle juridique absolue ce qui nous paraît avant tout une question de faits, c'est-à-dire la question de savoir si, dans chaque espèce, l'une des considérations *déterminantes* du contrat est ou n'est pas la personnalité des cocontractants. Il nous semble enfin que l'affirmation générale du caractère nécessairement *intuitu personæ* du contrat individuel de travail néglige complètement les réalités contemporaines du monde de l'emploi.

1) Définition du caractère *intuitu personæ*

À quoi reconnaît-on un contrat *intuitu personæ*? À cette question, la théorie générale des obligations répond de la manière suivante : un contrat possède le caractère *intuitu personæ* chaque fois que la personne

d'une entreprise n'est pas seule à l'origine de la résiliation qui en résulte. En effet, le contrat de travail ne pourrait-il subsister entre l'employé et le vendeur? La réponse à cette question se trouve dans le fait qu'en vendant son entreprise, le vendeur se met dans l'impossibilité d'exécuter les prestations qui résultent du contrat (entre autres celle de fournir le travail convenu), d'où la résiliation de celui-ci, sous réserve de la responsabilité civile du vendeur : cf. articles 1071, 1138b, 1202, 1668 *C.c.B.-C.* Voir aussi FARIBAULT, *op. cit.*, note 6, p. 317; C. D'Aoust, *op. cit.*, note 6, pp. 64-65.

35. L'article 1142 *C.c.B.-C.* se lit comme suit : « L'obligation de faire ne peut être acquittée par un tiers, contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même. »

36. Voir par exemple : J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 9, p. 353 (n° 624).

même, les qualités, les aptitudes, l'identité du cocontractant sont la considération déterminante, ou l'une des considérations déterminantes, de sa conclusion. Par l'expression « considération déterminante », on entend le motif principal de la volonté d'engagement de l'un ou l'autre des cocontractants, la raison même qui a poussé, décidé ceux-ci à s'obliger mutuellement. On donne fréquemment en exemple d'un tel contrat celui qui lie un artiste de renom à l'individu dont il doit faire le portrait et qui a contracté principalement en raison de la réputation de l'artiste en question³⁷.

Le contrat de travail posséderait, on l'a vu, un caractère doublement *intuitu personæ*³⁸. La volonté d'engagement de l'employeur et son consentement seraient déterminés principalement par les qualités personnelles et professionnelles du futur employé, qualités qu'on ne retrouverait pas chez un autre; de même, la volonté d'engagement et le consentement de l'employé seraient déterminés principalement par les qualités personnelles et professionnelles (caractère, honnêteté, solvabilité, etc.) du futur employeur. La Cour supérieure, dans l'affaire *Compagnie Charles A. Julien Limitée c. Auger*³⁹ déclare ainsi que :

En s'associant tel ou tel ouvrier, le patron a pu avoir en vue des qualités ou habiletés à lui personnelles et qui ne se rencontreraient pas au même degré chez son remplaçant. Si c'est vrai pour le patron, c'est également vrai pour l'ouvrier qui peut avec raison et même sans raison, — les motifs de ses préférences sont indiscutables — croire que son patron est plus honnête, plus solvable et plus expérimenté que le nouveau maître; qu'il offre plus de garantie quant à la prospérité de l'industrie, le paiement des gages futurs, surtout dans les engagements à long terme, comme dans le cas qui nous occupe⁴⁰.

2) Caractère *intuitu personæ* et données factuelles

À l'époque où la grande entreprise ne connaissait pas encore au Québec l'essor qui est aujourd'hui le sien; à l'époque où l'employeur désireux d'embaucher s'inquiétait encore de l'assiduité de ses futurs employés aux messes dominicales; à l'époque où même le mariage d'une servante était considéré comme une cause suffisante de congédiement, l'état de femme mariée s'accordant peu à la disponibilité avec laquelle la servante doit accomplir ses tâches auprès du maître⁴¹; à cette époque, donc, il était sans doute normal que l'on conclue au caractère *intuitu personæ* du contrat individuel de travail. Les rapports, mêmes professionnels, connaissaient alors un degré d'intimité qu'on ne retrouve plus

37. M. TANCELIN, *op. cit.*, note 9, p. 140 (n° 282).

38. Certains auteurs ne partagent pas cette vision des choses : voir *supra*, note 20.

39. (1917) 52 C.S. 472.

40. *Id.*, p. 477.

41. *Mawson c. Burstall*, (1878) 4 R.L. 686 (Cour de circuit).

aussi généralement aujourd'hui et qui incite certains à dénoncer la théorie classique en la matière. Doucet⁴² et D'Aoust⁴³ sont de ceux-là. En effet, notre société moderne semble avoir, de manière générale, fortement, sinon même complètement, dépersonnalisé les rapports employeurs-employés, sauf peut-être dans la petite entreprise. Ainsi, la considération déterminante de la volonté d'engagement de l'employeur serait, la plupart du temps, uniquement la nécessité « d'obtenir un travail de qualité moyenne »⁴⁴, correspondant bien sûr au poste à combler : l'identité ou la personnalité même du futur employé importerait somme toute assez peu : elle ne serait en tous cas pas déterminante au sens traditionnel du mot.

On objectera immédiatement que, si l'employeur actuel n'est pas intéressé à la moralité de son futur employé ou à la personnalité de celui-ci, il demeure tout de même intéressé aux qualités professionnelles de ce dernier, qualités qui seraient bel et bien la considération déterminante du contrat. L'existence de ces qualités serait en effet essentielle pour l'employeur : comment pourrait-il autrement s'assurer que son futur employé fournira effectivement le « travail de qualité moyenne » en vue duquel il contracte ? En ce sens, le contrat individuel de travail conserverait donc son caractère *intuitu personæ*. À l'encontre de cette objection, il est cependant possible de faire valoir l'argument suivant : l'employeur désireux d'embaucher ne cherche pas d'abord un individu, il cherche avant tout un instrument de travail. Or il appert que cet instrument est un être humain d'un certain type, dont il existe beaucoup d'exemplaires dotés des mêmes qualités. Tout ce qui importe à l'employeur, c'est donc de mettre la main sur l'un des exemplaires de ce type humain, sans égard, sinon de manière minimale, à la personnalité de ce dernier. Tous les individus appartenant à ce type sont également désirables pour l'employeur et, à la limite, ils sont parfaitement interchangeables. De ce point de vue, le contrat individuel de travail ne se distinguerait absolument pas de n'importe quel autre contrat : chaque fois que l'on contracte avec quelqu'un, on le fait évidemment en fonction, c'est-à-dire en considération, de ce que le cocontractant saura accomplir ses obligations et possède les aptitudes et les qualités nécessaires à l'accomplissement de celles-ci. Par exemple, lorsqu'un individu achète un système téléphonique autre que celui fourni par la compagnie Bell Canada, il le fait avant tout en raison des qualités supérieures de cet autre système téléphonique. Bien sûr, il contracte également parce qu'il croit en la capacité professionnelle de cet autre fournisseur, qu'il a choisi parmi plusieurs. Cela suffit-il à conférer au contrat un caractère *intuitu personæ* ? La chose est douteuse : la considération de la personne même du fournisseur est certes présente mais elle n'est pas nécessairement

42. R. DOUCET, *loc. cit.*, note 12, p. 315.

43. C. D'Aoust, *op. cit.*, note 6, p. 31.

44. *Ibid.*

déterminante. Ce qui importe davantage, c'est la qualité même de la chose fournie. Pareillement, on peut dire qu'importe à l'employeur moins la personne même de son employé que la qualité du travail accompli, qui est la chose ici fournie. Bien sûr, les aptitudes de l'employé sont pertinentes en ce qu'elles offrent une certaine garantie de qualité... tout comme les aptitudes du fournisseur du système téléphonique garantissent la qualité de celui-ci. Il nous semble qu'il en faut bien plus avant que l'on ne puisse conclure au caractère *intuitu personæ* d'un contrat⁴⁵.

D'ailleurs, la réalité des grandes ou des moyennes entreprises s'accorde assez peu avec l'affirmation du caractère systématiquement *intuitu personæ* du contrat de travail. Pensons aux employeurs qui comptent des centaines et même des milliers d'employés; songeons à la pratique quotidienne de l'embauche dans bien des entreprises, où le candidat-employé se contente généralement de remplir et remettre un formulaire, sans jamais rencontrer le responsable de l'embauche, qui n'est lui-même bien souvent que le détenteur d'une autorité fort limitée, appliquée sans grande discrétion. On peut difficilement affirmer que le contact personnel entre l'employeur et l'employé est prépondérant, et ce tant au moment de l'embauche, c'est-à-dire de la conclusion du contrat, que subséquemment. On ne peut pas dire non plus que la personne du futur employé soit déterminante : quant à ses qualités professionnelles, on s'en assurera en cours d'emploi, après une analyse sommaire à l'embauche. Et même, lorsqu'il s'agit d'emplois subalternes, nécessitant des habiletés minimales, le choix du candidat se fera souvent au hasard, parmi le bassin de ceux qui possèdent en apparence les habiletés en question, ou sur la base du « premier arrivé, premier servi ».

S'il semble donc que le contrat de travail n'ait pas nécessairement, pour l'employeur, un caractère *intuitu personæ*, il peut en être dit autant de l'employé. Il n'est certes plus guère fréquent⁴⁶ qu'un futur employé fasse de la personnalité même de son cocontractant, l'employeur, une considération déterminante au sens où l'entend la théorie générale des obligations. Le futur employé cherche avant tout un poste qui convienne à ses aptitudes et à ses besoins et qui lui garantisse un revenu adéquat. À cet égard, la nature du poste, bien plus que la personne même de l'employeur, importe⁴⁷. Certes, la personne de cet employeur est susceptible d'affecter la décision du futur employé mais pas à la manière d'une

45. La quantification de l'importance de la personnalité du cocontractant dans la volonté d'engagement est, évidemment, une opération difficile. À partir de quel degré la considération de cette personnalité devient-elle déterminante? Nous sommes bien conscients du problème que présente cette démarche nécessaire. Nous nous contenterons de suggérer (et sans doute ainsi d'éviter le problème...) que chaque cas est un cas d'espèce, que nos tribunaux devront résoudre à la lumière des règles de preuve ordinaires.

46. On peut d'ailleurs se demander si ce fut déjà le cas, sauf sans doute pour les domestiques, gouvernantes, précepteurs et autres employés du même genre.

47. Parions en effet que, particulièrement dans l'actuel contexte de rareté du travail,

considération déterminante : le futur employé peut sans doute avoir à cœur la solvabilité ou l'honnêteté de son employeur, pour reprendre les mots de l'affaire *Auger*⁴⁸, mais nous doutons qu'il s'agisse là de considérations suffisamment importantes pour donner au contrat individuel de travail un caractère *intuitu personæ*⁴⁹. Si c'était le cas, il nous semble que, logiquement, tous les contrats devraient porter cette étiquette, puisque la solvabilité et l'honnêteté sont des qualités que les cocontractants recherchent toujours l'un chez l'autre⁵⁰.

Bref, nous ne croyons pas, pour ces motifs, que l'affirmation générale du caractère essentiellement *intuitu personæ* du contrat individuel de travail soit justifiée dans le contexte actuel. Toutefois, il ne suffit pas d'affirmer seulement que la réalité dément le caractère foncièrement personnel du contrat individuel de travail. Il se pourrait en effet que le *Code civil* lui-même décrète ce caractère : la réalité n'y pourrait alors rien changer. Ce déphasage entre l'état véritable des choses et une règle de droit qui n'y correspond plus serait regrettable mais on devrait, du point de vue juridique, reconnaître la validité de la règle.

S'il n'est pas une donnée pratique, enracinée dans la réalité, le caractère personnel du contrat individuel de travail serait-il alors une donnée juridique, émanant explicitement ou implicitement du *Code civil* et dont on ne puisse faire abstraction? C'est la question à laquelle nous nous intéressons maintenant.

3) Affirmation législative du caractère *intuitu personæ*

a) Dispositions législatives pertinentes

Certains⁵¹ ont vu dans le terme même par lequel le *Code civil* désigne le contrat individuel de travail la preuve ou la source du caractère *intuitu personæ* de ce dernier. Le *Code civil* parle en effet, aux articles 1666, 1667 et 1670, de *louage de service personnel* (articles 1666 et 1667) ou de *bail du service personnel* (article 1670). L'utilisation du mot « personnel » consacrerait législativement le caractère *intuitu personæ* du contrat.

D'autres trouvent dans l'article 1668, alinéas 1 et 2, *C.c.B.-C.* la confirmation du caractère *intuitu personæ* du contrat de travail⁵². Ce

la personnalité de l'employeur n'est pas la considération prédominante chez les demandeurs d'emploi!

48. *Cie Charles A. Julien Limitée c. Auger*, (1917) 52 C.S. 472, p. 477.

49. On peut même se demander si le candidat-employé n'a pas à cœur la personnalité de ses futurs collègues de travail bien plus que celle de l'employeur lui-même.

50. Il s'agit en effet là d'une sorte de garantie de l'exécution des obligations.

51. Voir par exemple R. DOUCET, *loc. cit.*, note 12, p. 256.

52. Voir C. D'AOUST, *op. cit.*, note 6, pp. 62-63; A. ROUSSEAU, *loc. cit.*, note 17, p. 16.

dernier, suivant les dispositions en question, se termine par le décès de l'employé ou, dans certains cas, celui de l'employeur : les héritiers de l'employé ne sont jamais liés par le contrat conclu par leur auteur; il en va de même, parfois, des héritiers de l'employeur. L'article 1668 *C.c.B.-C.* illustrerait ainsi la seconde partie de l'article 1030 *C.c.B.-C.*, qui stipule ce qui suit :

1030. On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et représentants légaux, à moins que le contraire ne soit exprimé, ou ne résulte du contrat.
(italique ajouté)

L'intransmissibilité des obligations étant l'une des conséquences juridiques du caractère *intuitu personæ* de n'importe quel contrat⁵³, on remonterait alors de l'effet à la cause pour conclure que les stipulations de l'article 1668, alinéas 1 et 2, *C.c.B.-C.* ne sont explicables que par le caractère *intuitu personæ* du contrat individuel de travail.

Le premier alinéa de l'article 1668 *C.c.B.-C.* édicte d'autre part que le contrat de travail se termine lorsque « sans sa faute », l'employé devient « incapable de remplir le service convenu ». Ceci serait également la manifestation du caractère *intuitu personæ* du contrat individuel de travail. Dans un contrat *intuitu personæ* visant une obligation de faire, le créancier n'a en effet aucun intérêt à ce que la prestation du débiteur incapable soit accomplie par un tiers⁵⁴. Le débiteur, quant à lui, est libéré de ses obligations et n'a pas à offrir d'exécuter celles-ci par l'intermédiaire d'un tiers ou autrement. En l'absence de faute, il ne saurait en outre être tenu au paiement de dommages-intérêts⁵⁵. L'article 1668 *C.c.B.-C.* serait simplement l'illustration particulière des règles posées par les articles 1138, 1202,

53. J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 9, p. 237 (n° 396); M. TANCELIN, *op. cit.*, note 9, p. 140 (n° 282).

54. Voir l'article 1142 *C.c.B.-C.* Voir J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 9, p. 353 (n° 624); M. TANCELIN, *op. cit.*, note 9, p. 415 (n° 808).

55. Voir les articles 1138, 1202, 1071 et 1072 *C.c.B.-C.* qui se lisent respectivement comme suit :

- Art. 1138. L'obligation s'éteint :
 - Par le paiement;
 - Par la novation;
 - Par la remise;
 - Par la compensation;
 - Par la confusion;
 - Par l'impossibilité de l'exécuter;
 - Par la libération du débiteur en vertu de la section VIII du présent chapitre;
 - Par le jugement d'annulation ou de rescision;
 - Par l'effet de la condition résolutoire qui a été expliquée au chapitre qui précède;
 - Par la prescription;
 - Par l'expiration du terme fixé par la loi ou par les parties pour sa durée;
 - Par la mort du créancier ou du débiteur en certains cas;

1071, 1072 et 1142 C.c.B.-C., dans leur application aux contrats *intuitu personæ*. Encore une fois, on remontera alors de l'effet à la cause : si le législateur a cru bon, à l'article 1668, d'illustrer l'effet des dispositions susnommées, c'est qu'il reconnaît le caractère intrinsèquement *intuitu personæ* du contrat individuel de travail.

Enfin, on pourrait être tenté de fonder sur l'article 1142 C.c.B.-C. seulement le caractère *intuitu personæ* du contrat de travail. Cet article se lit comme suit :

1142. L'obligation de faire ne peut être acquittée par un tiers contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même.

D'une part, la théorie classique du contrat de travail enseigne que l'employé a l'obligation d'exécuter lui-même les tâches convenues et l'employeur a tout intérêt à ce que cette prestation soit accomplie par l'employé lui-même⁵⁶. D'autre part, la théorie générale des obligations enseigne que l'article 1142 C.c.B.-C. a son effet dans les contrats comportant un élément d'*intuitu personæ*⁵⁷. Le rapport s'établit de lui-même : l'obligation qu'a l'employé d'exécuter personnellement sa tâche découle de l'article 1142 C.c.B.-C. qui consacre indirectement le caractère *intuitu personæ* du contrat de travail.

b) Réflexions critiques

Que penser de ces prétendus fondements législatifs du caractère *intuitu personæ* du contrat de travail? À propos de la dénomination du contrat individuel de travail, notons tout d'abord que, contrairement à

Par des causes spéciales applicables à certains contrats, et qui sont expliquées en leurs lieux respectifs.

Art. 1202. Lorsque l'exécution d'une obligation de faire une chose est devenue impossible sans le fait ou la faute du débiteur, et avant qu'il soit en demeure, l'obligation est éteinte et les deux parties sont libérées; mais si l'obligation a été exécutée en partie au profit du créancier, ce dernier est obligé jusqu'à concurrence du profit qu'il en reçoit.

Art. 1071. Le débiteur est tenu des dommages-intérêts, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution de l'obligation provient d'une cause qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.

Art. 1072. Le débiteur n'est pas tenu de payer les dommages-intérêts lorsque l'inexécution de l'obligation est causée par cas fortuit ou force majeure, sans aucune faute de sa part, à moins qu'il ne s'y soit obligé spécialement par le contrat.

56. Obligation que reconnaissent généralement la doctrine et la jurisprudence. Voir par exemple : C. D'Aoust, *op. cit.*, note 6, p. 28; L. Faribault, *op. cit.*, note 6, pp. 330 et 332; A. Rousseau, *loc. cit.*, note 17, p. 16.

57. J.-L. Baudouin, *op. cit.*, note 9, p. 353 (n° 624); M. Tancelin, *op. cit.*, note 9, p. 415 (n° 808).

Doucet, qui s'en exprime d'ailleurs en une seule phrase, de surcroît fort brève⁵⁸, nous ne sommes pas convaincus que le terme « louage de service *personnel* », employé par le législateur au *Code civil* pour désigner le contrat de travail, signifie nécessairement que ce dernier a un caractère *intuitu personæ*. Il nous semble qu'en utilisant, au *Code civil*, l'expression « louage de service *personnel* », le législateur a simplement voulu préciser l'*objet* du contrat et non pas conférer à celui-ci une caractéristique relevant de la *considération* des obligations contractées. Le contrat individuel de travail a pour *objet* le louage de la force de travail propre à un individu⁵⁹ et rien d'autre. Cela ne signifie pas nécessairement, au chapitre de la considération, que la personne même de chaque cocontractant soit la raison principale de leur volonté respective d'engagement.

Il ne faut pas oublier, en effet, que notre *Code civil* reprend en matière de contrat de travail, les règles venues du Code Napoléon, elles-mêmes édictées en réaction à certaines des formes du travail en vogue à l'époque de la Révolution française et auxquelles celle-ci a voulu mettre fin⁶⁰ au profit d'un libéralisme contractuel et économique complet. Chacun peut contracter comme il lui plaît, avec le vis-à-vis de son choix : ce principe vaut aussi bien pour le contrat de travail que pour les autres. Tous les êtres humains ont ainsi le droit de choisir le type de leur travail, de s'engager dans la voie professionnelle qui leur convient et d'en changer par la suite à leur gré. Cette liberté humaine s'oppose donc à ce que les obligations contractées par un individu aux termes d'un contrat de travail passent à ses héritiers ou à des tiers : si c'était le cas, ce serait nier à ces derniers la liberté donnée à tous, ce serait à toutes fins pratiques en revenir au servage ou à certaines pratiques corporatistes basées sur l'hérédité des charges.

Dans cette perspective, l'objet même du contrat de travail est limité : ce que peut louer l'employeur, c'est le service *personnel* d'un individu, la force de travail de ce dernier, seulement. Ce que peut louer l'employé à l'employeur est cette force de travail-là et nulle autre. Il n'est pas étonnant alors que le législateur ait reflété cette réalité dans le nom même (« louage de service *personnel* ») donné, au *Code civil*, au contrat de travail. Nous ne croyons toutefois pas que, de cette seule dénomination, l'on puisse déduire le caractère *intuitu personæ* de ce contrat.

Dans le même ordre d'idées, il est possible d'expliquer les deux premiers alinéas de l'article 1668 *C.c.B.-C.* autrement que par le caractère *intuitu personæ* du contrat de travail : les propos que nous tenions au

58. R. DOUCET, *loc. cit.*, note 12, p. 256.

59. Voir L. FARIBAULT, *op. cit.*, note 6, p. 330.

60. Si esclavage et servage n'étaient plus de mise (du moins dans le droit), certaines formes analogues du travail étaient encore fréquemment usitées. Voir A. BRUN et H. GALLAND, *Droit du travail*, tome 1, 2^e éd., Paris, Sirey, 1978, pp. 4-7 (n° 7 et 8).

sujet de l'objet même du contrat dans une perspective de libéralisme économique peuvent être repris ici intégralement. Ces deux dispositions législatives nous semblent plutôt la confirmation du principe de la liberté humaine en matière de travail que l'affirmation juridique du caractère *intuitu personæ* du contrat de travail. Le législateur a voulu y traduire la réalité du caractère restreint de l'objet du contrat mais non qualifier la *considération* principale à l'origine de celui-ci.

Le deuxième alinéa de l'article 1668 C.c.B.-C. peut encore se justifier d'une autre manière. Les commissaires, dans leur rapport sur le *Code civil*, déclarent avoir dû stipuler cette disposition afin de faire échec aux règles générales des obligations, dans le cadre desquelles le décès n'est pas une cause d'extinction des contrats. Voici comment ils s'expriment à ce sujet :

L'article 63 [qui correspond aux deux premiers alinéas de l'article 1668 C.c.] ne se trouve pas dans le Code Napoléon; mais comme l'extinction du contrat par décès est une exception à la règle générale des obligations, elle doit être déclarée⁶¹.

Or, la théorie classique des obligations reconnaît pourtant que le contrat *intuitu personæ* prend fin avec le décès de l'un ou l'autre des cocontractants : l'article 1030 C.c.B.-C. s'en fait implicitement l'écho, comme d'ailleurs l'article 1138 ou les articles 1200 à 1202 C.c.B.-C. Doit-on conclure de leur propos que, selon les commissaires, le contrat individuel de travail n'avait pas obligatoirement un caractère *intuitu personæ*, ce qui rendait alors nécessaire, impérativement, de stipuler le deuxième alinéa de l'article 1668 C.c.B.-C., afin de garantir dans tous les cas, la liberté du travail? On serait tenté de le croire.

Dernier commentaire enfin : puisque l'objet du contrat individuel de travail est restreint au service de l'employé lui-même, pour des motifs rattachés à la liberté humaine plutôt qu'au caractère *intuitu personæ*, on comprend mieux que l'employé ait l'obligation d'exécuter personnellement la tâche que lui confie l'employeur, obligation justifiée traditionnellement par le caractère *intuitu personæ* du contrat et l'article 1142 C.c.B.-C.⁶². Si l'employé pouvait confier à un tiers l'exécution de sa tâche et obliger l'employeur à accepter cette substitution, il changerait l'objet du contrat de travail, avec les conséquences qui s'ensuivent, dont la rupture de ce contrat : en effet, il louerait alors les services d'autrui, et non les siens propres. Cela n'aurait plus rien à voir avec le cadre tracé par les articles 1666 à 1670 C.c.B.-C.

61. *Code civil du Bas-Canada*, Rapports des Commissaires, 4^e et 5^e rapports, Québec, Georges E. Desbarats, 1865, p. 31.

62. Voir *supra*, p. 22 et note 56.

Qu'est-ce en effet que le contrat individuel de travail? Il s'agit, suivant l'article 1666 *C.c.B.-C.* d'une des espèces de louage d'ouvrage, que l'article 1665a *C.c.B.-C.* définit de la manière suivante :

1666a. Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel le locateur s'engage à faire quelque chose pour le locataire moyennant un prix.

Cette définition fort générale ne rendant pas bien compte de la nature particulière du contrat individuel de travail, la doctrine et la jurisprudence québécoises, à l'instar de leurs vis-à-vis français, ont proposé nombre de définitions⁶³, qui varient peu en l'essence et se distinguent surtout par le vocabulaire employé. On peut tenter la synthèse de ces définitions en disant que le contrat individuel de travail est celui en vertu duquel une personne, l'employé, met pour un temps limité ses capacités professionnelles au service d'une autre personne, l'employeur, au bénéfice et sous la direction de laquelle elle travaille, moyennant une rémunération, le salaire. Cette définition, comme les autres, fait ressortir les éléments caractéristiques et essentiels du contrat de travail : l'élément travail (celui de l'employé), l'élément subordination (le pouvoir de direction exercée par l'employeur sur l'employé) et l'élément salaire (versé par l'employeur à l'employé). Si l'un de ces éléments manque au contrat, il ne s'agit pas d'un contrat individuel de travail, bien qu'il puisse s'agir d'une autre forme de louage d'ouvrage.

La possibilité qu'un tiers exécute le travail en lieu et place de l'employé est incompatible avec la définition du contrat de travail, telle que proposée ci-dessus. Deux situations peuvent ici être envisagées :

- l'employé prend l'initiative de se substituer une tierce personne (consentante) à qui il confie l'exécution des tâches auxquelles il s'est obligé vis-à-vis de l'employeur;
- une tierce personne désireuse d'avantager l'employé se prévaut de l'article 1141 *C.c.B.-C.* et offre à l'employeur d'exécuter le travail auquel s'était engagé l'employé en question.

Mise à part l'in vraisemblance pratique de ces situations⁶⁴, la possibilité qu'un tiers exécute à la place de l'employé la prestation de travail de celui-

63. C. D'Aoust, *op. cit.*, note 6, p. 5; L. Faribault, *op. cit.*, note 6, p. 34; R.P. Gagnon, *op. cit.*, note 12, p. 213; F. Morin, *op. cit.*, note 12, p. 37; P. Verge, L. LeBel, R. Gagnon, *Droit du Travail en vigueur au Québec*, Québec, P.U.L., 1971, p. 23; O.R.C.C., *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 1, Éditeur officiel, 1977, art. 667. En droit français, voir : A. Brun et H. Galland, *op. cit.*, note 60, p. 287 (n° 281) G.H. Camerlynck, G. Lyon-Caen et J. Péliissier, *op. cit.*, note 12, p. 170 (n° 166).

64. On peut se demander, en effet, dans quel cas un employé aurait intérêt à se substituer une tierce personne tout en prétendant maintenir son contrat de travail. De même, à moins qu'il ne s'agisse d'un dépannage temporaire, motivé par des considérations gratuites (l'amitié par exemple), quel avantage un tiers pourrait-il retirer de l'article 1141 *C.c.B.-C.*, dans le cas bien précis du contrat individuel de travail?

ci pose d'insurmontables difficultés juridiques. À vrai dire, le contrat de travail n'y saurait survivre. Voyons pourquoi.

Envisageons la première de nos hypothèses : l'employé fait exécuter son travail par un tiers. Se pose immédiatement la question de la subordination, caractéristique fondamentale du contrat de travail : sur qui l'employeur exercera-t-il son pouvoir de direction ? Sur l'employé, qui se charge alors de les transmettre au tiers ? L'employé sera-t-il responsable des erreurs de transmission ? Ou de la mauvaise exécution par le tiers ? On voit immédiatement les inconvénients pratiques d'une telle situation : on conçoit mal, en effet, comment une entreprise pourrait fonctionner alors que le pouvoir de direction de l'employeur serait exercé sur des employés qui n'exécutent pas le travail mais chargent autrui de le faire. Et quel est le statut de l'employé à l'égard du tiers à qui il transmet les directives de l'employeur ? Celui d'un simple porte-voix, celui d'un entrepreneur ou un statut *sui generis* analogue à celui d'un employeur ? D'autre part, si l'employeur à qui on impose le tiers exerce directement sur celui-ci son autorité, comment admettre alors que le contrat individuel de travail subsiste entre cet employeur et un employé sur lequel il n'exerce aucun pouvoir de direction, la tâche étant assumée par un autre ?

L'embrouillamini juridique s'accroît encore quand on passe à l'aspect rémunération. À qui, dans un tel cas, l'employeur doit-il verser la rémunération convenue ? Au tiers qui accomplit la tâche ? Mais en ce cas, il ne saurait subsister de contrat de travail entre l'employeur et l'employé qui a chargé le tiers d'exécuter la tâche : l'existence d'une rémunération versée à l'employé est en effet une condition essentielle à l'existence d'un contrat individuel de travail. Et que se passe-t-il si l'employeur verse la rémunération à l'employé ? On peut supposer que ce dernier verse alors au tiers une partie de la somme reçue : la situation juridique tripartite qui s'établit alors n'a cependant plus grand chose à voir avec le contrat individuel de travail. Elle s'apparente plutôt à ce que la *common law* nomme le *contract for services*⁶⁵, par lequel une personne loue les services d'autrui à un cocontractant : on a un exemple parfait de ce type de convention dans les contrats qui unissent les entreprises de dépannage de secrétariat à leurs clients. Les mêmes problèmes se posent lorsque c'est le tiers qui, de sa propre initiative et à l'avantage de l'employé, exécute en lieu et place de celui-ci la prestation de travail. S'ajoute en plus la difficulté de la subrogation (à moins que pour le tiers, il ne s'agisse d'un acte gratuit) : le tiers peut-il être subrogé dans les droits de l'employeur⁶⁶ vis-à-vis de l'employé ?

65. Voir I. CHRISTIE, *Employment Law in Canada*, Toronto, Butterworths, 1980, pp. 21-24.

66. Employeur qui devrait consentir à la subrogation, suivant l'article 1155, 1^{er} alinéa, C.c.B.-C.

Ce sont là quelques-unes seulement des questions⁶⁷ que soulève l'hypothèse de l'exécution par un tiers des obligations incombant à l'employé : les réponses qu'on peut y apporter créeront entre les parties impliquées une situation juridique d'une complexité telle qu'elle confine à l'absurde. De fait, on doit, il nous semble, constater que la possibilité qu'un tiers exécute à la place de l'employé la tâche de celui-ci dénature à un tel point le contrat individuel de travail que ce dernier ne saurait continuer d'exister entre l'employeur et l'employé en question : on ne retrouverait dans ce genre de situation rien, ou presque, des éléments qui caractérisent le contrat individuel de travail et rien non plus de la réalité quotidienne qu'a voulu traduire le législateur.

La nature et l'objet mêmes du contrat individuel de travail exigent donc que l'employé exécute personnellement sa tâche, seul cas dans lequel les éléments subordination et rémunération peuvent jouer. Il n'est pas besoin de recourir à l'affirmation du caractère *intuitu personæ* du contrat individuel de travail pour en arriver à cette conclusion. Inversement, le caractère *intuitu personæ* du contrat de travail ne saurait être déduit de l'obligation d'exécution personnelle qui incombe à l'employé.

4) Caractère *intuitu personæ* : question de faits

De tout cela nous concluons que l'affirmation du caractère systématiquement *intuitu personæ* du contrat individuel de travail semble sinon fausse du moins sujette à controverse. Nous croyons plutôt que le contrat individuel de travail peut avoir un caractère *intuitu personæ*, souvent d'ailleurs à sens unique⁶⁸, mais qu'il ne le possède pas obligatoirement : ce serait là simplement une question de faits, laissée à l'appréciation des tribunaux. Quels critères ceux-ci devraient-ils appliquer ? La preuve du caractère *intuitu personæ* incomberait bien sûr à celui qui l'invoque et l'on s'en remettrait aux règles de preuve habituelles. Tout est donc possible, encore que certaines présomptions de faits ou de sens commun puissent faciliter cette preuve. Par exemple, on se doute bien que les contrats de

67. Par exemple, qu'en est-il du devoir de loyauté qui incombe à l'employé aux termes du contrat de travail ? Le tiers est-il tenu à ce devoir vis-à-vis de l'employeur ? L'employé se porte-t-il garant de la loyauté de son remplaçant à l'égard de l'employeur ? Qu'advient-il par ailleurs de l'obligation qui incombe à l'employé d'assurer la santé et la sécurité de ses employés ? L'employeur est-il à cet égard lié au tiers ? En reste-t-on au plan délictuel ?

68. C'est-à-dire que le contrat sera *intuitu personæ* pour l'une des parties et non pour l'autre. Voir à ce sujet *Syndicat national des travailleurs de la pulpe et du papier de La Tuque c. Commission des relations ouvrières*, [1958] B.R. 1, J. Choquette (diss.), pp. 36 et 37. Voir Jean LÉPARGNEUR, « De l'effet à l'égard de l'ayant cause particulier des contrats générateurs d'obligations relatifs aux biens transmis », (1924) 23 *R.T.D.C.* 481, p. 540.

travail conclus par l'employeur qui exploite une petite entreprise ont probablement un caractère *intuitu personæ*, plus accentué en tous cas que dans les entreprises où, en raison du grand nombre d'employés ou de la dissémination géographique de ceux-ci, les rapports employeurs-employés sont plutôt anonymes. On peut également penser que la personnalité même des cocontractants est une considération déterminante du contrat que concluent l'employeur et un futur cadre, c'est-à-dire un futur employé dont le poste est haut placé dans la hiérarchie de l'entreprise. En effet, à ce niveau, l'employeur ne recherche pas seulement un instrument de travail : il recherche avant tout un collaborateur, à qui il délègue une partie de son autorité, attribue une large discrétion et, même, consent le pouvoir d'agir à l'égard des tiers. Dans ce contexte, on comprend que la personnalité des parties ait une importance qu'elle n'a pas au bas de l'échelle. Il faut pourtant encore là faire les nuances qui s'imposent : il est bien évident que le contrat de travail qui unit l'employeur à un cadre subalterne n'a pas nécessairement le caractère de celui qui unit une compagnie à son président. Tout est donc question de degré, degré dont nous admettons volontiers qu'il est difficile à fixer.

II. CONTRAT INDIVIDUEL DE TRAVAIL ET EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE

Dans l'hypothèse où l'on admet que le contrat individuel de travail n'a pas nécessairement un caractère *intuitu personæ*, on doit changer forcément l'approche classique de certains problèmes posés par la relation contractuelle employeur-employé et remettre certaines règles en question, notamment celle relative à l'exécution forcée en nature des obligations incombant aux parties. C'est ce à quoi nous nous intéresserons maintenant.

La théorie classique en la matière veut que chacune des parties puisse à son gré et de plein droit résilier le contrat individuel de travail qui les unit : on parle familièrement de congédiement lorsque la rupture est le fait de l'employeur et de démission lorsqu'elle est celle de l'employé. L'exercice de cette faculté de résiliation est cependant susceptible d'engager la responsabilité civile de l'une ou l'autre des parties. En effet, si l'employeur congédie l'employé sans que celui-ci ait commis quelque faute⁶⁹ que ce soit dans l'exécution de ses obligations, cet employé pourra se prévaloir de l'article 1065 C.c.B.-C. et réclamer, en cas de préjudice, des dommages-intérêts à l'employeur en question. De même (en théorie du moins car la jurisprudence n'en donne guère d'exemples), l'employeur non-fautif pourrait réclamer des dommages-intérêts à l'employé démis-

69. Faute qui consisterait à n'avoir pas ou à avoir mal exécuté les obligations qui, explicitement ou implicitement, lui incombent aux termes du contrat de travail.

sionnaire. L'évaluation du préjudice subi suivra en principe les règles énoncées à l'article 1073 C.c.B.-C.⁷⁰, dont l'application au contrat individuel présente certaines particularités liées à l'exercice même de la faculté de résiliation⁷¹. D'autre part, l'exercice de cette faculté n'est bien sûr pas susceptible d'engager la responsabilité civile de son auteur lorsque la résiliation est justifiée en termes contractuels par la faute de l'autre partie⁷².

L'existence de cette exceptionnelle faculté de résiliation⁷³ obéit, suivant la jurisprudence et les auteurs, à plusieurs motifs. On invoque ainsi le caractère *intuitu personæ* du contrat de travail : la partie qui, à tort ou à raison, ne désire plus travailler avec l'autre doit, sous réserve de sa responsabilité civile, pouvoir mettre fin au contrat⁷⁴. On invoque également des raisons de commodité juridique et pratique⁷⁵. Lorsqu'il s'agit d'un contrat de travail à durée indéterminée, certains font en outre valoir

70. Nous ne traiterons pas ici de l'« abus de droit » dont on parle depuis peu en droit du travail, côté civil : cf. *Thomas Cook Overseas Ltd. c. McKee*, C.A.M., n° 500-09-000805-804, 5 juillet 1983, DTE 83T-572; *Maheu c. Catalytic Enterprises Ltd.*, C.S.M., n° 500 05-005115-835, 8 juin 1984, J.E. 84-679; *Foisy c. Bell Canada*, [1984] C.S. 1164.

71. S'il s'agit d'un contrat à durée déterminée (c'est-à-dire dont le terme a été fixé dès la conclusion du contrat), l'employé a droit, sous réserve de son obligation de mitiger, à un montant égal à la rémunération qui lui aurait été versée par l'employeur depuis la date du congédiement jusqu'à l'expiration du terme. Ni la jurisprudence ni la doctrine n'indiquent comment, dans le cadre de pareil contrat, on liquiderait les dommages subis par l'employeur victime de la démission avant terme de l'employé.

S'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée, la situation est assez différente. L'exercice, par l'une ou l'autre partie, de la faculté de résiliation devra se faire de manière civile : chaque partie doit éviter de causer préjudice à l'autre. Par conséquent, on exigera que cet exercice du droit de résiliation s'accompagne d'un préavis raisonnable. La partie désireuse de résilier le contrat doit donc en aviser l'autre et lui laisser, avant que la résiliation ne devienne effective, une période de temps qui lui permettra de remédier d'avance aux inconvénients de la rupture. Pendant la durée de ce préavis, chacune des parties continue à exécuter les obligations que lui impose le contrat. Cependant, si une partie désire mettre immédiatement fin au contrat, sans être tenue au préavis, elle devra en verser l'équivalent monétaire à l'autre partie. Cet équivalent monétaire, dans les cas de congédiement, est apprécié en fonction du salaire de l'employé et de la durée du préavis auquel il aurait normalement eu droit. Si l'employeur qui congédie ne donne pas le préavis requis ou n'en verse pas l'équivalent monétaire, l'employé pourra réclamer en justice des dommages-intérêts qui seront précisément égaux au montant de cet équivalent monétaire, sous réserve de la mitigation. La durée du préavis est alors fixée par le tribunal, suivant les circonstances de chaque espèce ou, lorsqu'elles s'appliquent, suivant les dispositions du troisième alinéa de l'article 1668 C.c.B.-C. et de l'article 82 de la *Loi sur les normes du travail*. Théoriquement, car l'évaluation du préjudice est difficile, l'employeur victime de la démission intertempore de son employé pourrait poursuivre celui-ci en dommages-intérêts : cf. MIGNAULT, *op. cit.*, note 13, p. 372.

72. Sur toute cette question, voir *Jolicœur c. Lithographie Montréal Ltée*, [1982] C.S. 243 (en appel).

73. Faculté qui n'existe généralement pas de plein droit en matière contractuelle.

74. Voir *Dupré Quarries Ltd. c. Dupré*, [1934] R.C.S. 528, p. 531. Voir également *supra*, p. 10. Voir aussi R. DOUCET, *loc. cit.*, note 12, p. 272-273.

75. Voir *Dupré Quarries Ltd. c. Dupré*, [1934] R.C.S. 528, pp. 531-533.

l'argument suivant : en raison de ce qu'elles se sont engagées l'une envers l'autre pour une durée indéterminée, on présumera que les parties ont implicitement voulu se réserver la faculté de se libérer en tout temps de leurs engagements⁷⁶. En l'absence de cette faculté, en effet, les parties seraient théoriquement liées l'une à l'autre pour la vie, ce qui, du point de vue de l'employé, violerait le principe d'ordre public incarné dans l'article 1667 C.c.B.-C.⁷⁷.

Ceci dit, on doit tout de même se demander si, au lieu de dommages-intérêts, la partie victime de la résiliation injustifiée⁷⁸ ne pourrait, se prévalant en cela de l'article 1065 C.c.B.-C., réclamer en justice l'exécution forcée en nature des obligations de son cocontractant. Pour l'employé congédié sans motif (même avec préavis), cette possibilité se traduirait en termes de réintégration dans l'emploi occupé au moment du congédiement; pour l'employeur dont l'employé a démissionné sans raison, il s'agirait d'obtenir du tribunal une ordonnance forçant l'employé en question à reprendre son poste et exécuter la prestation de travail à laquelle il s'était engagé.

À cette question, la jurisprudence et la doctrine répondent traditionnellement par la négative : aussi bien dans le cas de l'employé que celui de l'employeur, l'exécution forcée en nature ne peut être ni demandée ni, *a fortiori*, obtenue : l'article 1065 C.c.B.-C. ne prévoit en effet l'exécution forcée en nature que « dans les cas qui le permettent », cas dont le contrat individuel de travail ne serait pas⁷⁹. On en donne généralement trois raisons, que l'on peut résumer comme suit :

76. Voir C. D'AOUST, *op. cit.*, note 6, p. 87; A. LAROCHE, *op. cit.*, note 18, p. 68 (n° 51), pp. 207-208 (n° 179). Voir par ailleurs A. BRUN et H. GALLAND, *op. cit.*, note 60, p. 811; G.H. CAMERLYNCK, G. LYON-CAEN et J. PÉLISSIER, *op. cit.*, note 12, p. 300 (n° 266).

77. Voir C. D'AOUST, *op. cit.*, note 6, p. 87 (et en particulier la note 230); A. BRUN et H. GALLAND, *op. cit.*, note 60, p. 811 (n° 633).

78. C'est-à-dire la résiliation qui n'est pas motivée par la faute du cocontractant.

79. Voir notamment : *Dupré Quarries Ltd. c. Dupré*, [1934] R.C.S. 528 (arrêt de principe en la matière); *General Motors c. Brunet*, [1977] 2 R.C.S. 537, p. 544; *Ville de Trois-Rivières c. Syndicat national des employés de Trois-Rivières*, [1962] B.R. 510; *Asselin c. Industries Abex Ltée*, [1985] C.A. 72; *Martel c. Commissaires d'écoles de Wendover*, [1961] C.S. 491; *Renda c. Cité de Lachine*, C.S.M., n° 500-05-004601-777, 21 février 1983, DTE 83T-228. Voir aussi : J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 9, p. 393 (n° 703); TANCELIN, *op. cit.*, note 9, pp. 372-373 (n° 725); C. D'AOUST, *op. cit.*, note 6, p. 61; R. GAGNON, L. LEBEL, P. VERGE, *op. cit.*, note 63; R.P. GAGNON, *op. cit.*, note 12, pp. 227 et 229; A. ROUSSEAU, *loc. cit.*, note 17, pp. 20-21. Mignault est du même avis pour ce qui est de l'exécution en nature contre l'employé qui est impossible. Il semble toutefois que ce juriste ait cru que l'exécution en nature fut possible contre l'employeur : c'est du moins l'interprétation qu'on peut faire d'une brève phrase qu'on retrouve dans P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, note 13, p. 372. On doit constater que la doctrine et la jurisprudence subséquentes lui ont sur ce point donné tort et plutôt affirmé l'impossibilité pour l'employeur et l'employé d'obtenir par voie judiciaire l'exécution en nature.

On notera que la situation, jusqu'en 1973, était la même en France : voir

1. Le caractère *intuitu personæ* de la relation contractuelle employeur-employé s'oppose à ce que l'on oblige à se côtoyer des personnes qui, avec ou sans raison, ne veulent plus travailler l'une avec l'autre⁸⁰;
2. l'exécution forcée en nature d'une obligation de faire implique l'exercice d'une contrainte physique sur le débiteur, ce qui contrevient aux principes de la liberté individuelle et du respect de la personne humaine : les tribunaux répugnent donc à l'usage de ce recours préférant plutôt appliquer l'adage *nemo præcise potest cogi ad factum*⁸¹;
3. les difficultés afférentes à l'injonction (moyen issu du droit anglais) en droit civil et l'incertitude rattachée à l'article 957 du *Code de procédure civile* de 1897 ont convaincu les tribunaux et la doctrine antérieure à 1965 de l'impossibilité quasi-absolue d'ordonner l'exécution forcée en nature des obligations de faire et, en conséquence, de celles qui résultent du contrat de travail. La jurisprudence et la doctrine postérieures ont de manière générale entériné cette façon de voir, et ce malgré les dispositions de l'article 751 *C.p.c.* La *common law*, qui voit dans l'exécution en nature et l'injonction un remède exceptionnel d'application limitée, alors que les dommages-intérêts seraient la sanction normale de l'inexécution de toute obligation, a également influencé nos tribunaux, qui ont établi, pour les obligations de faire, semblable hiérarchie entre les recours prévus par l'article 1065 *C.c.B.-C.*⁸².

Les obligations de faire qui échoient aux parties en raison du contrat individuel de travail qui les unit, ne sont donc pas, dans la théorie civile classique, susceptibles d'exécution forcée en nature. Voilà une règle qui appelle un certain nombre de remarques critiques, à la fois sous l'angle de l'exécution forcée de l'obligation de faire incombant à l'employé et sous celui de l'obligation de faire incombant à l'employeur.

A. EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE DES OBLIGATIONS DE FAIRE INCOMBANT À L'EMPLOYÉ

Quelles obligations de faire le contrat individuel de travail impose-t-il à l'employé? La plus importante consiste à exécuter la prestation de travail prévue au contrat. Les autres obligations de l'employé

G.H. CAMERLYNCK, G. LYON-CAEN et J. PÉLISSIER, *op. cit.*, note 12, pp. 332-333 (n° 292). La loi du 13 juillet 1973 est venue remédier partiellement à la situation dénoncée par de nombreux auteurs, en donnant aux tribunaux le pouvoir, en certains cas, de suggérer la réintégration de l'employé remercié sans cause de ses services.

80. Voir J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 9, p. 393 (n° 703).

81. Voir : *Dupré Quarries Ltd. c. Dupré*, [1934] R.C.S. 528, p. 531; M. TANCELIN, *op. cit.*, note 9, p. 328 (n° 635); J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 9, pp. 392-393 (n° 702-703); A. LAROCHE, *op. cit.*, note 18, p. 314 (n° 253).

82. Sur toute la question de l'usage de l'injonction en matière d'obligations de faire, on consultera avec profit le mémoire de G. MASSÉ, *op. cit.*, note 24. On consultera égale-

sont liées à la manière d'exécuter cette prestation et découlent de la nature même du contrat : ainsi, l'employé doit obéissance à l'employeur, auquel il doit complète loyauté. Le devoir d'obéissance est l'incarnation du lien de subordination qui unit l'employé à l'employeur et se manifeste à l'occasion de l'exécution du travail par l'employé; le devoir de loyauté relève de la bonne foi qui est de mise dans l'exécution de tout contrat et s'accorde à la nature particulière de la relation contractuelle employeur-employé et aux usages en vigueur dans le monde du travail⁸³.

Qu'en est-il, dans ce contexte, de l'impossibilité de l'exécution forcée en nature des obligations de faire de l'employé? Elle nous paraît raisonnable⁸⁴ : il nous semble toutefois que, des motifs avancés à son soutien par la doctrine et la jurisprudence, seul l'argument de la contrainte physique et de la liberté humaine justifie véritablement la règle. Pour les raisons évoquées au chapitre précédent, le caractère *intuitu personæ* du contrat de travail n'en paraît pas le fondement principal. Nous voyons par ailleurs mal comment, à la lumière des dispositions actuelles du *Code de procédure civile* en matière d'injonction mandatoire, on pourrait prétendre que nos tribunaux ne disposent pas des moyens nécessaires à l'émission d'une ordonnance qui contraindrait une personne à exécuter son obligation de faire. Examinons la question en commençant par l'injonction, pour terminer avec l'argument de la liberté humaine.

1) Injonction et exécution forcée

L'article 751 *C.p.c.* se lit comme suit :

L'injonction est une ordonnance de la Cour supérieure ou de l'un de ses juges, enjoignant à une personne, à ses officiers, représentants ou employés, de ne pas faire ou de cesser de faire, ou, dans les cas qui le permettent, d'accomplir un acte ou une opération déterminés, sous les peines que de droit.

Cette disposition donne à nos tribunaux supérieurs l'outil procédural nécessaire à l'émission d'une ordonnance d'exécution forcée en matière d'obligation de faire⁸⁵. Il est vrai cependant que l'article 751 *C.p.c.*, lorsqu'il

ment l'excellente critique que le professeur Tancelin, dans son ouvrage sur les obligations, fait de la théorie classique en la matière : Voir M. TANCELIN, *op. cit.*, note 9, pp. 373-376 (n° 727 à 729).

83. À ce sujet, voir l'article 1024 *C.c.B.-C.*

84. Il faut cependant admettre que le quotidien des relations collectives de travail nous montre la possibilité pratique de forcer un employé à exécuter ses tâches (ex. : injonction en cas d'arrêt illégal de travail). Il est vrai que le contexte n'est pas le même. Toutefois, on démontre peut-être par là que l'interdit classique placé sur l'exécution forcée des obligations de faire de l'employé subit déjà quelques accrocs.

85. Outil que les tribunaux ne se privent pas d'utiliser en matière de droit collectif du travail : à preuve, par exemple, ces cas innombrables où un retour au travail est ordonné à des salariés grévistes.

traite de l'injonction mandatoire, parle des « cas qui le permettent », ce qui laisse sous-entendre l'existence de cas qui ne le permettent pas. La question se pose alors de savoir si une espèce toute entière de contrat peut être exclue du champ d'action de l'injonction mandatoire, comme c'est actuellement le cas du contrat individuel de travail. À l'instar du professeur Tancelin⁸⁶, nous croyons que lorsque le législateur parle de « cas qui le permettent » et donc, implicitement, de « cas qui ne le permettent pas », il veut simplement laisser au tribunal la discrétion d'ordonner l'injonction mandatoire, suivant les circonstances particulières à chaque affaire et non suivant le genre ou l'espèce de contrat dont il est question. À cela, on objectera immédiatement que le tribunal possède la même discrétion en matière d'injonction prohibitive⁸⁷ et ce, sans que le législateur ait cru utile de parler de « cas qui le permettent » : puisqu'il a fait cette précision pour l'injonction mandatoire, c'est qu'il voulait par là énoncer quelque chose d'autre que la seule discrétion judiciaire. On peut, à l'encontre de cette objection, proposer plusieurs moyens.

Tout d'abord, le fait d'avoir, à propos de l'injonction mandatoire, parlé des « cas qui le permettent » peut refléter la prudence d'un législateur qui introduisait dans notre droit une institution juridique qui n'y existait jusqu'alors pas formellement. D'autre part, on peut prétendre que l'emploi de cette expression est superflue : le législateur, malgré l'adage au contraire, aurait parlé pour ne rien dire, puisque, et c'est l'évidence même, un tribunal n'ordonnerait vraisemblablement pas l'injonction mandatoire dans un cas qui ne le permet pas. Le préciser ajoute peu à la disposition législative.

Mais plus encore, s'il faut se fier au rapport des commissaires⁸⁸, le législateur aurait voulu refléter l'article 1065 C.c.B.-C. qui, au chapitre de l'exécution en nature, emploie également l'expression « dans les cas qui le permettent ». Dans la perspective qui est sienne, l'injonction mandatoire est en effet strictement un moyen de procédure destiné à assurer la sanction du droit substantif. Or l'exécution en nature d'une obligation est une question de droit substantif, régie par l'article 1065 C.c.B.-C., auquel il convenait de faire écho. Si les obligations de faire, et notamment celle de l'employé, ne sont pas susceptibles d'exécution forcée en nature, les déficiences de notre *Code de procédure civile* n'en sont donc pas la raison : contrairement à la période antérieure à 1965⁸⁹, les tribunaux supérieurs

86. M. TANCELIN, *op. cit.*, note 9, p. 372 (n° 723).

87. Voir généralement : G. MASSÉ, *op. cit.*, note 63, p. 17 et p. 49 et suiv. ; R.J. SHARPE, *Injunction and Specific Performance*, Toronto, Canada Law Book, 1983.

88. *Rapport des commissaires*, C.p.c. 1965, livre 5^e, Titre 1, ch. III, art. 751. Voir : *Propriétés Cité Concordia Ltée c. Banque Royale du Canada*, [1982] C.S. 812, p. 814 (appel rejeté le 23 novembre 1983). Voir G. MASSÉ, *op. cit.*, note 24, pp. 52 et 53.

89. Voir *Acte pourvoyant à ce que le bref d'injonction puisse être obtenu en certains cas et réglant la procédure à cette fin*, (1878) 41 Vic., chap. 14. Cette loi introduisait

possèdent aujourd'hui, procéduralement parlant, le moyen de pourvoir à l'exécution forcée de toute obligation de faire. C'est donc uniquement dans le droit substantif qu'il faut chercher le fondement de l'impossibilité d'exécution forcée attachée aux obligations de faire résultant du contrat de travail.

2) Liberté humaine et exécution forcée

Reste donc le dernier des arguments proposés par la doctrine et la jurisprudence : notre droit civil, qui postule la liberté humaine, ne permet pas que la contrainte physique soit exercée contre celui qui n'exécute pas une obligation de faire et il ne permet pas non plus qu'on le prive de sa liberté. C'est cela que l'on résume généralement par l'adage *nemo praeceps potest cogi ad factum*⁹⁰. Cette règle, que consacrerait selon certains⁹¹ l'article 1065 C.c.B.-C., ne saurait cependant avoir la portée absolue qu'on lui donne souvent. Si c'était le cas, il faudrait conclure que le législateur, en adoptant l'article 751 C.p.c., a édicté avec l'injonction mandatoire, qui vise précisément les obligations de faire, une procédure parfaitement inutile, qui ne serait jamais susceptible d'être employée puisque le droit substantif s'y opposerait toujours. Le *Code civil* et le *Code de procédure civile* entretenant tout de même certains liens, il faut bien admettre qu'il existe des obligations de faire dont l'exécution en nature puisse être ordonnée : il y a, sûrement, « des cas qui le permettent »⁹², comme il existe des cas qui ne le permettent pas. Toutefois, au nombre de ces derniers, il semble bien que l'on doive encore compter celui de l'employé qui n'exécute pas ses obligations de faire. Pourquoi? Parce que le contrat de travail, en raison du caractère particulier de la relation qu'il crée entre débiteur et créancier, met à cet égard en jeu un des postulats de base de notre droit en la matière, postulat incompatible avec la perspective d'une exécution forcée des obligations de faire de l'employé. La théorie classique aurait donc sur ce point raison. Voyons ce qu'il en est.

Notre droit civil, en matière de contrat de travail, est l'héritier direct du droit civil français post-révolutionnaire. Il est, on l'a vu plus haut⁹³, fondé sur le rejet absolu de l'esclavage, du servage, du corporatisme héréditaire ou des formes du travail apparentées à l'un ou l'autre,

dans notre droit l'injonction prohibitive, de nature interlocutoire. Voir d'ailleurs le chap. XXXVIII du *Code de procédure civile* de 1897.

90. Voir J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 9, p. 392 (n° 702).

91. Voir : *The Central Railway Company of Canada c. Wills*, (1914) 23 B.R. 126; *Union des employés c. Légaré*, [1973] C.A. 577, p. 578. Cf. également *Dupré Quarries Ltd. c. Dupré*, [1934] R.C.S. 528.

92. Ces cas ne sauraient être restreints aux obligations légales, visées à l'article 1057 C.c.B.-C., et auxquelles s'applique l'article 1065 C.c.B.-C.

93. Voir *supra*, p. 23.

formes que l'on trouvait encore fréquemment sous l'Ancien Régime⁹⁴. Ce rejet se manifeste, entre autres, à l'article 1667 *C.c.B.-C.*, qui interdit à tout employé de s'engager pour la vie. Or, accepter que l'exécution forcée en nature soit imposée à l'employé qui refuse ou cesse (même sans raison) d'exécuter sa prestation de travail équivaut en pratique à enchaîner cet employé à l'employeur et à réserver à ce dernier l'initiative de la rupture du contrat. Ce serait là, somme toute, une forme d'esclavage, foncièrement incompatible avec la liberté humaine et la liberté de travail, qui ne sauraient admettre un tel assujettissement⁹⁵. Ces valeurs sont, de nos jours encore, fondamentales, et les enfreindre signifierait violer l'ordre public que nos tribunaux doivent sanctionner.

Du reste, on n'imagine guère comment il serait possible, en pratique, de physiquement contraindre un individu, dont la participation est essentielle, à accomplir sa prestation de travail. On dira bien sûr que l'injonction offre à cet égard un moyen de contrainte indirect : l'emprisonnement ou l'amende qui punirait éventuellement l'employé récalcitrant pourrait convaincre celui-ci de s'exécuter. Pour être réaliste, toutefois, il y aurait certainement lieu de s'inquiéter de la façon dont l'employé exécuterait alors sa tâche. D'ailleurs, on peut penser que l'employeur, de manière générale, n'a aucun intérêt à obtenir les services d'un employé qui s'exécuterait sous la menace d'un emprisonnement ou d'une amende : voilà qui n'offrirait aucune garantie quant à la qualité de la prestation⁹⁶ et serait vraisemblablement le prélude à d'autres litiges. Ce n'est pas de cette manière qu'un employeur peut faire fonctionner son entreprise.

On voit donc que, mise à part l'évidente inutilité pratique d'un tel recours pour l'employeur, le postulat civil de la liberté humaine et de la liberté de travail justifie pleinement l'impossibilité d'obtenir l'exécution forcée en nature des obligations de faire qui incombent à l'employé. Il ne s'agit donc pas ici d'un des « cas qui le permettent », au sens de l'article 1065 *C.c.B.-C.* Qu'en est-il cependant des obligations de faire incombant à l'employeur ?

B. EXÉCUTION FORCÉE DES OBLIGATIONS DE FAIRE INCOMBANT À L'EMPLOYEUR

Les obligations incombant à l'employeur sont, pour l'essentiel, au nombre de deux : 1° il doit fournir à l'employé le travail convenu et 2° il doit verser à l'employé la rémunération convenue. Parfois, on rattache

94. Voir A. BRUN et H. GALLAND, *op. cit.*, note 60, p. 811 (n° 633).

95. MIGNAULT et FARIBAUT l'ont d'ailleurs noté. En *common law*, voir I. CHRISTIE, *op. cit.*, note 65, p. 385 et jurisprudence citée à la note 482.

96. Voir R.-P. GAGNON, *op. cit.*, note 12, p. 227.

également au contrat de travail l'obligation qu'a l'employeur d'assurer la santé et la sécurité des travailleurs⁹⁷, obligation qui pour d'autres relève plutôt du domaine délictuel et quasi-délictuel⁹⁸.

L'exécution forcée de l'obligation de rémunérer ne pose évidemment pas de problème : l'employé a droit d'exiger, par voie judiciaire, le versement du salaire dû pour le travail accompli⁹⁹. L'exécution en nature de l'obligation d'assurer la santé et la sécurité se pose en des termes différents. D'autre part, indépendamment de la nature contractuelle ou délictuelle de cette obligation, l'employé accidenté aura droit à une indemnité, de type dommages-intérêts¹⁰⁰. Si, par contre, il s'agit de contraindre l'employeur à adopter des mesures préventives, la situation est plus complexe. La *Loi sur la santé et la sécurité du travail*¹⁰¹, adoptée en 1979, a établi un régime dont la pierre angulaire est justement la prévention et qui édicte en conséquence toute une gamme de mécanismes sophistiqués, fonctionnant sous l'aile tutélaire d'un organisme administratif, la Commission de la santé et de la sécurité du travail, chargé de voir à l'application de la loi. Cette loi succédait à une série de lois ou dispositions législatives particulières visant l'hygiène et la sécurité dans certains milieux de travail¹⁰². Il faut, pour retrouver l'époque où n'existait aucune de ces lois, remonter si loin dans le temps qu'on en arrive à l'ère où, l'injonction mandatoire n'ayant pas été incorporée à notre droit, les tribunaux auraient de toutes façons, faute de moyens procéduraux, refusé l'exécution forcée en nature de l'obligation de santé et sécurité incombant à l'employeur. De surcroît, comme à cette époque on plaçait de manière générale le débat sur le plan délictuel ou quasi-délictuel¹⁰³, la question de la prévention ne se posait pas de manière distincte.

Il ne s'agit donc plus que de traiter de l'obligation de fournir le travail convenu. Traditionnellement, la question que soulève l'exécution

97. Par l'effet de 1024 C.c.B.-C. Voir R.-P. GAGNON, *op. cit.*, note 12, p. 218; C. D'Aoust, *op. cit.*, note 6, p. 42.

98. Voir par exemple : *Diabo c. Canadian Shade Tree Service*, [1961] B.R. 501; J.-L. BAUDOUIN, *La responsabilité civile délictuelle*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1973, pp. 393-394; P.A. CRÉPEAU, « Le contenu obligationnel d'un contrat », (1965) 43 R. du B. Can. 1, pp. 18-22; A. ROUSSEAU, *loc. cit.*, note 17, p. 27.

99. Il s'agit en effet de l'exemple type de l'obligation de donner, qui est toujours, en principe, susceptible d'exécution forcée. Voir J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 9, p. 31 (n° 22) et p. 393 (n° 704).

100. Voir la *Loi sur les accidents du travail*, L.R.Q., chap. A-3.001 et les lois qui l'ont précédée. En l'absence de toute disposition législative, cette indemnité, calculée en fonction du préjudice subi, serait fondée sur l'article 1053 C.c.B.-C. ou l'article 1065 C.c.B.-C., suivant les écoles.

101. L.R.Q., chap. S-2.1.

102. La *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.R.Q., chap. S-2.1, abolit ou remplace 72 dispositions législatives relatives à la sécurité des travailleurs et à l'organisation des structures administratives y afférentes.

103. Voir *supra*, p. 41 et note 98.

forcée en nature de cette obligation est la suivante : l'employeur qui, sans motif¹⁰⁴, congédie l'employé (refusant donc de lui fournir du travail et, accessoirement de le rémunérer) peut-il être forcé de reprendre cet employé à son service c'est-à-dire de le réintégrer dans le poste occupé au moment du congédiement? À cette question, tout aussi traditionnellement, la jurisprudence et la doctrine répondent par la négative, pour des motifs qui, rappelons-le, tiennent au caractère *intuitu personæ* du contrat individuel de travail, à la liberté humaine et à l'adage *nemo præcise potest cogi ad factum*, ainsi qu'à certaines difficultés procédurales.

Nous avons déjà discuté du caractère *intuitu personæ* du contrat individuel de travail¹⁰⁵ : nous n'y reviendrons donc pas. Nous avons aussi, à la section précédente, traité des difficultés procédurales, afférentes à l'injonction mandatoire. Les réflexions que nous faisons alors valent ici tout autant, comme leur conclusion : les tribunaux, avec l'injonction mandatoire, disposent des moyens procéduraux nécessaires¹⁰⁶. Reste donc, ici comme dans le cas de l'employé, le dernier des arguments avancés, qui repose sur la liberté humaine et l'interdit de la contrainte physique. Or, si l'impossibilité d'obtenir l'exécution forcée en nature est sur ce point justifiée lorsqu'il s'agit de l'obligation de faire de l'employé, il n'en va pas de même, croyons-nous, lorsqu'il s'agit de celle de l'employeur.

Nous ferons valoir au soutien de cette affirmation les arguments suivants :

- L'obligation de fournir le travail n'est pas une obligation de faire qui implique, de la part de l'employeur, une participation personnelle aussi intime que celle requise de l'employé par l'obligation d'exécuter le travail. Par conséquent, liberté humaine et interdit de la contrainte physique ne jouent pas ici de la même manière;
- Les concepts de liberté humaine, de liberté individuelle et de contrainte physique évoluent avec les années. La réintégration, inacceptable et donc impossible il y a quelques décennies, n'est plus incompatible avec les concepts en question, surtout lorsqu'on tient compte de l'émergence de valeurs comme le droit au travail, la stabilité dans l'emploi et l'établissement d'une égalité véritable entre les parties;
- Ni le principe de la réciprocité des obligations, ni le caractère synallagmatique des contrats, ni les fondements de l'exception d'inexécution n'empêchent la réintégration d'un employé congédié sans motif : le concept de *mutuality*, utilisé en *common law* pour refuser la réintégration, ne peut être invoqué en droit québécois.

104. Car bien sûr, si le congédiement est motivé par une cause suffisante, l'employeur a valablement exercé son droit de résiliation. L'employé est alors sans recours.

105. Voir *supra*, pp. 8-31.

106. Voir *supra*, pp. 36-38.

1) Obligation de fournir le travail et participation personnelle de l'employeur

Le professeur Baudouin, dans son traité sur les obligations, définit ainsi l'obligation de faire :

L'obligation de faire est celle pour la satisfaction de laquelle le débiteur doit accomplir un acte positif (livrer un objet, construire un édifice, soigner une personne). *Certaines obligations de faire emportent une participation personnelle du débiteur*. Ainsi en est-il d'un acteur qui s'engage à jouer une pièce, d'un sportif qui s'engage à jouer pour une équipe déterminée. *D'autres n'ont pas cette caractéristique*, en ce sens que l'acte peut être fait sans différence pour le créancier, par l'intermédiaire d'un tiers. Ainsi l'obligation de réparer un objet peut en principe être accomplie aussi bien par le débiteur lui-même que par son représentant (comme l'ouvrier à qui il confie la tâche)¹⁰⁷.

(italiques ajoutées)

À laquelle de ces catégories d'obligations de faire l'obligation de fournir le travail appartient-elle? Pour répondre à la question, rappelons d'abord ce en quoi consiste cette obligation.

Le contrat de travail a pour objet l'exécution de certaines tâches définies par l'employeur et dont celui-ci confie l'exécution à l'employé : il s'agit essentiellement pour l'employeur de permettre à l'employé d'accomplir le travail convenu c'est-à-dire de donner à l'employé l'occasion et le moyen d'effectuer ce travail. Cela signifie donc que l'employeur donne à l'employé les directives qui s'imposent quant aux modalités d'exécution du travail¹⁰⁸, lui laisse libre accès aux lieux de travail, lui fournit au besoin matériaux et outils, etc. C'est là vraiment tout le contenu de l'obligation de fournir le travail qui incombe à l'employeur.

L'accomplissement de cette obligation doit-il être le fait personnel de ce dernier? L'employeur ne peut-il déléguer à autrui, un autre employé par exemple, le soin d'exécuter l'obligation (dont il demeure juridiquement responsable)? Assurément : cette délégation est d'ailleurs habituelle au monde du travail où, du reste, elle s'impose chaque fois que l'employeur est une personne morale. Bref, dans la plupart des cas, l'employeur agit par l'intermédiaire de représentants et c'est par eux qu'il accomplit son obligation de fournir le travail. Il n'aura même bien souvent aucune relation personnelle avec l'employé et leurs rapports seront, généralement, caractérisés par l'anonymat le plus complet. Ainsi, l'exécution de l'obligation de fournir le travail ne nécessite pas une participation personnelle, intime ou physique, de la part de l'employeur. Cela contraste avec la situation de l'employé qui ne peut accomplir son obligation qu'en mettant, littéralement, son propre corps et son propre cerveau au service

107. Voir J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 9, p. 30 (n° 20).

108. D'ailleurs, il s'agit là de la manifestation du lien de subordination juridique qui unit les parties.

d'autrui. On doit de cela conclure que l'obligation de fournir le travail appartient à la seconde catégorie d'obligations de faire décrites par Baudouin¹⁰⁹. Dans cette mesure, le principe de la liberté humaine ou l'interdit de la contrainte physique, dans leur acception traditionnelle, ne sauraient avoir ici l'impact qu'on doit leur donner lorsqu'il s'agit de l'exécution en nature des obligations contractées par l'employé. Plus précisément, ils ne sauraient supplanter le principe de la force obligatoire du contrat et le droit du créancier, en l'espèce l'employé, à l'exécution de l'obligation du débiteur, en l'espèce l'employeur. Que ce dernier, lorsqu'il viole son obligation de faire, soit judiciairement forcé de fournir à l'employé le travail convenu (ce qui signifie réintégration) n'implique pas un degré de contrainte physique tel qu'on doive passer outre aux règles ordinaires d'exécution des contrats. L'ordre public n'est nullement atteint ici (alors qu'il l'est dans le cas d'un employé forcé de demeurer à l'emploi d'un employeur particulier). Nous admettons par ailleurs volontiers que le caractère *intuitu personæ* revêtu dans certains cas par le contrat de travail¹¹⁰ puisse à l'occasion faire obstacle à la réintégration d'un employé : ce ne devrait cependant pas être la règle.

Par ailleurs, certains ont vu dans la règle de la non-réintégration l'effet nécessaire de la liberté d'entreprise, corollaire de la liberté humaine¹¹¹ : l'employeur serait libre de diriger son entreprise comme il l'entend, puisqu'elle lui appartient, et il serait donc libre d'embaucher et de congédier à sa guise les employés à qui il permet de travailler à sa chose. S'il est vrai que notre société reconnaît la liberté d'entreprise, on doit constater toutefois qu'elle lui impose un certain nombre de limites. Le *Code civil* lui-même (à l'article 1668) et la jurisprudence limitent cette liberté en obligeant l'employeur à donner un préavis à l'employé qu'il congédie malgré que le comportement professionnel et personnel de ce dernier ne le justifie en rien. Ne peut-on concevoir dès lors une autre limite à la liberté d'entreprise et permettre la réintégration de l'employé congédié sans motif? En effet, il nous semble que le concept de la liberté d'entreprise ne doit pas avoir priorité sur les règles qui régissent l'exécution des contrats et, notamment, sur l'article 1065 *C.c.B.-C.*, qui en prévoit la sanction.

2) Liberté humaine et exécution forcée

La Cour suprême, dans l'arrêt *Dupré Quarries* affirmait que la réintégration forcée d'un employé ne pouvait être ordonnée car il y avait

109. Voir *supra*, p. 44.

110. Voir *supra*, pp. 30-31.

111. Voir G.H. CAMERLYNCK, G. LYON-CAEN et J. PÉLISSIER, *op. cit.*, note 12, p. 333 (n° 292).

là « une question de volonté et de liberté humaine contre lesquelles l'exécution directe est impuissante¹¹² ». La Cour faisait renvoi, sans le reproduire dans son jugement, à l'extrait suivant des œuvres de Laurent :

Ainsi, l'exécution directe de l'obligation est la règle pour toute espèce d'obligations. La règle ne reçoit d'exception que s'il y a impossibilité de poursuivre l'exécution directe. Cette impossibilité existe plus souvent dans les obligations de faire, que dans les obligations de donner; c'est une différence de fait plutôt que de droit. Il y a cependant une différence de droit qui touche à la liberté humaine. La liberté est hors de cause, quand il s'agit d'une obligation de donner; la force publique s'adresse à la chose, et non à l'homme. Dans les obligations de faire, la liberté de l'homme est en jeu, en ce sens que l'obligation ne peut pas être exécutée en faisant violence au débiteur. Il va sans dire que l'on ne peut pas séquestrer celui qui s'est obligé à ne pas faire, ce serait un attentat à la liberté, un crime. Mais alors même que le débiteur ne serait pas privé de sa liberté, on ne pourrait user de violence pour l'empêcher de faire ce qu'il s'est obligé à ne pas faire. Un acteur s'engage à ne pas jouer sur tel théâtre; il manque à son engagement; peut-on, pour l'empêcher d'y manquer, le faire enlever de la scène par la force publique? Le tribunal de la Seine a jugé que l'on pouvait recourir à la force. Tous les auteurs critiquent cette décision et, il nous semble, avec raison. L'homme est libre de ne pas remplir ses engagements, sauf à supporter les conséquences de cette inexécution; on ne peut pas lui enlever cette liberté en employant la violence. Il est vrai que le texte de la loi ne le dit pas, mais l'esprit de la loi ne laisse aucun doute. En expliquant l'article 1142, l'orateur du gouvernement dit : « Le motif est que nul ne peut être contraint dans sa personne à faire, ou à ne pas faire, une chose et que, si cela était possible, ce serait une violence qui ne peut pas être un mode d'exécution des contrats. »¹¹³.

Les propos de la Cour supérieure, tel qu'étayés par le commentaire de Laurent, ont été tenus en 1934 : les tribunaux civils qui, postérieurement, ont eu à se pencher sur le même problème, ont systématiquement repris cet énoncé, sans jamais le remettre en question. On en a un exemple récent avec le jugement rendu par la Cour d'appel dans l'affaire *Asselin c. Industries Abex Ltée*¹¹⁴. Or, cette fidélité est pour le moins remarquable, lorsqu'on songe au contexte social contemporain et à l'évolution du droit au cours des dernières années, facteurs qui auraient dû amener nos tribunaux (et ceux qui plaident devant eux), sinon au rejet de l'ancienne règle, du moins à une réflexion plus poussée sur le sujet.

a) *Évolution des règles générales relatives aux obligations de faire et de ne pas faire*

Comparons tout d'abord le cas des obligations de ne pas faire à celui des obligations de faire. Laurent, on l'a vu ci-dessus, voulant illustrer le respect suprême que l'on doit à la liberté humaine dans le cas

112. *Dupré Quarries c. Dupré*, [1934] R.C.S. 528, p. 531.

113. 16 Laurent, 3^e éd., p. 258, n° 198.

114. [1985] C.A. 72, pp. 88-89. Voir notes du juge Nolan, pp. 30 et 31.

de certaines obligations, nous donne l'exemple de l'acteur qui s'est engagé à ne *pas* jouer sur la scène d'un théâtre. Or, il viole son engagement et se produit sur cette scène. Selon Laurent, il serait impossible d'obtenir contre cet acteur l'exécution forcée en nature, puisque cette exécution nécessiterait que violence soit faite à la personne de l'acteur, ce qui porterait atteinte à sa liberté humaine. Or, ce genre d'obligations, que Laurent classe généralement parmi les obligations de faire, et que nous nommons « obligations de ne pas faire », est aujourd'hui régulièrement l'objet d'ordonnances d'exécution en nature, sous la forme d'injonctions prohibitives, sans que jamais (ou alors bien rarement) ne soit invoquée la « liberté humaine » des débiteurs¹¹⁵. Or, si l'injonction est acceptable dans le cas des obligations de ne pas faire, malgré la peine d'emprisonnement, contrainte indirecte, à laquelle elle peut éventuellement conduire, on peut à bon droit se demander pourquoi elle serait automatiquement inacceptable dans tous les cas d'obligations de faire. Notons d'ailleurs les propos que tient justement à ce sujet la Cour supérieure dans l'affaire *Propriétés Cité Concordia Ltée c. Banque Royale du Canada*¹¹⁶ :

Ce survol de la doctrine terminé, nous constatons que les principes du droit substantif, à notre avis, ne s'opposent pas à l'exécution spécifique en nature d'une obligation de faire. Ce sont plutôt les Tribunaux qui à l'analyse des circonstances propres à chaque cas, tout en s'inspirant des précédents issus du *common law*, ont été fort prudents, sans que l'on ne puisse pour autant nier l'existence de cas 'dits exceptionnels', mais depuis lors le législateur québécois est intervenu en 1965 en modifiant le *Code de procédure civile*. Notons encore que si l'injonction tire son origine du *common law* dont on peut s'inspirer, il ne faut pas confondre la procédure et le fond ni l'exécution spécifique en nature de l'article 1065 C.C. avec le *specific performance* du droit anglais.

Cet ajout au *Code de procédure civile* doit recevoir un accueil positif qui vise à lui faciliter l'atteinte de son objectif et une interprétation libérale qui lui reconnaisse sa pleine signification et lui permette de répondre au malaise envisagé par le législateur. C'est ainsi que nous comprenons les propos de la Cour d'Appel et ceux de la Cour supérieure dans les deux arrêts suivants :

— *Crawford c. Fitch*, déjà cité :

L'injonction mandatoire du nouveau *Code de procédure civile* nous vient du droit anglais. Comme il appert à la lecture du rapport des commissaires, ce n'est pas un recours de caractère exceptionnel. C'est un recours mis à la disposition des justiciables pour faire respecter un droit.

115. Voir par exemple : *Nault c. Canadian Consumers Co. Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 533 (exécution forcée d'une clause de non-concurrence); *Trudel c. Clairiol of Canada*, [1972] C.A. 53; [1975] 2 R.C.S. 236 (exécution forcée d'une clause par laquelle le débiteur s'engageait à ne pas vendre au détail un produit qu'il s'obligeait par ailleurs à vendre en gros). Il faut d'ailleurs placer en perspective les propos de Laurent, qui écrit en fonction d'un droit dans lequel l'injonction n'existe pas.

116. [1981] C.S. 812, pp. 816-817. Voir également : *Association des propriétaires des Jardins Taché c. Entreprises Das Ken*, [1974] R.C.S. 2; *Germain c. Farrah*, [1982] C.S. 502 (porté en appel, sous le n° 200-09-000283-827, et rejeté sur requête le 1^{er} octobre 1982, pour défaut de production du mémoire).

— *Propriétés Cité Concordia Ltée c. Banque royale du Canada* :

En permettant l'injonction mandatoire 'dans les cas qui le permettent', le législateur a modifié les règles traditionnelles en matières de sanction des obligations. Une plus grande justice dans les rapports entre les personnes est susceptible de résulter de l'application intelligente de cette nouvelle sanction en ce qu'elle assure le respect de l'obligation elle-même.

Ces propos nous semblent particulièrement appropriés aux cas où il est question d'obliger l'employeur à réintégrer l'employé. Pourquoi, en effet, automatiquement exclure le contrat de travail des règles régissant généralement l'exécution en nature des obligations de faire?

*b) Politique jurisprudentielle et
évolution du concept de liberté humaine*

Dans son ouvrage sur les obligations, le professeur Tancelin, à propos de la réticence des tribunaux à accorder l'injonction en matière d'obligation de faire, écrit ce qui suit :

La raison en est que l'injonction met en cause des considérations aussi capitales que le respect de la parole donnée et la force obligatoire des contrats, d'une part, et le respect de la personne humaine et le principe de la liberté individuelle, d'autre part. Suivant que l'on met l'accent sur l'un ou l'autre ordre de préoccupations, on accordera l'injonction plus ou moins libéralement. *Il y a donc là matière à une politique jurisprudentielle tenant compte de la conscience sociale à un moment donné, plutôt qu'à l'application stricte d'une règle juridique ferme*¹¹⁷. (italique ajouté)

Les mêmes remarques valent bien sûr pour l'article 1065 C.c.B.-C. qui confère aux tribunaux une certaine discrétion en matière d'exécution forcée des obligations de faire : l'exécution sera ordonnée « dans les cas qui le permettent » et la définition de ceux-ci peut certes être fonction d'une politique jurisprudentielle qui tienne compte de la conscience sociale du moment. Or, si les propos que la Cour suprême, dans l'affaire *Dupré Quarries*, tenait au sujet de la réintégration convenaient à la conscience sociale de 1934, ils ne correspondent plus guère à la conscience sociale actuelle¹¹⁸, qui demande le changement de la politique jurisprudentielle traditionnelle.

L'observation, même sommaire, du monde du travail nous démontre en effet le caractère de plus en plus commun du phénomène de la réintégration. Le *Code du travail*, au niveau collectif, en fait le mode

117. M. TANCELIN, *op. cit.*, note 9, p. 370 (n° 721).

118. Conscience sociale parfois déterminée non par un consensus populaire mais par les choix politiques du législateur. Voir la remarque que fait à ce sujet P. VERGE, « La protection du travail par l'injonction », [1981] 41 R. du B. 605, p. 622.

habituel de réparation du préjudice causé à l'employé congédié sans cause juste et suffisante : on verra ainsi les articles 15 *C.Tr.* (congédiement pour activités syndicales) ou 100.12, alinéa f), *C.Tr.* (pouvoirs de l'arbitre de grief)¹¹⁹. Le législateur, de même, a édicté les articles 122 à 123.1 et 124 à 135 de la *Loi sur les normes du travail*¹²⁰, dont l'objectif premier est la réintégration de l'employé congédié illégalement ou sans cause juste et suffisante.

On objectera tout de suite que si le législateur a expressément énoncé, dans ces lois, le moyen de la réintégration, c'est en raison de son inexistence en droit civil. On pourra à cela rétorquer que si le législateur est intervenu au moyen de dispositions prescrivant expressément la réintégration, c'est plus à cause de l'attitude restrictive des tribunaux face à l'exécution en nature qu'en raison d'une déficience intrinsèque du droit civil. En outre, son intervention était absolument nécessaire dans la mesure où il s'agissait de confier le pouvoir de réintégrer à un organisme administratif, qui n'a qu'une juridiction déléguée¹²¹.

À tout événement, l'intervention du législateur a fait de la réintégration un remède communément employé et communément ordonné par les tribunaux administratifs, même lorsque ceux-ci jouissent de toute la discrétion à cet égard¹²². Il ne semble pas que le législateur, ni ensuite les organismes chargés d'appliquer sa volonté, se préoccupent beaucoup de la « liberté humaine ». Or, si ce principe ne s'impose plus en la matière, c'est peut-être que, sociologiquement parlant, on ne le perçoit plus comme incompatible avec la réintégration forcée de l'employé ou c'est qu'alors on accorde à la réintégration (en cas de congédiement injustifié) une valeur plus grande qu'à la liberté de l'employeur. On fait plutôt prévaloir le droit à l'exécution du contrat et, somme toute, le droit à l'emploi. C'est cette

119. Voir à ce sujet *General Motors c. Brunet*, [1977] 2 R.C.S. 537, p. 544.

120. L.R.Q., chap. N-1.1.

121. Cela ne signifie pas que les tribunaux supérieurs ne possèdent pas ou n'ont jamais possédé la faculté (c'est-à-dire la juridiction) d'ordonner la réintégration, faculté qu'ils se sont toutefois abstenus d'exercer en matière de contrat individuel de travail. Voir *infra.*, pp. 56-60, où cette question est discutée.

122. Les statistiques de la Commission des normes du travail font état des données suivantes, à propos du nombre de réintégrations ordonnées par les arbitres en vertu de l'article 128 de la *Loi sur les normes du travail*, pour la période allant du 16 avril 1980 (date d'entrée en vigueur de la loi) au 31 décembre 1984 :

Nombre total de décisions favorables à l'employé	326
Nombre de décisions ordonnant réintégration	136
Nombre de décisions ordonnant seulement le paiement d'une indemnité	160
Nombre de décisions particulières	30

Notons que, lorsque les arbitres n'ordonnent pas la réintégration malgré qu'ils donnent raison à l'employé, ils le font généralement pour des motifs tenant à l'importance du poste occupé par l'employé et à l'atmosphère de travail qui régnerait advenant son retour. Les tribunaux supérieurs, s'ils ordonnaient la réintégration, pourraient exercer leur discrétion en utilisant semblables critères.

perception que refléteraient les tribunaux administratifs compétents et c'est certainement de cette même perception que s'autorise l'intervention du législateur en la matière.

On doit noter enfin que les tribunaux supérieurs eux-mêmes ont à l'occasion ordonné la réintégration d'un employé dans des affaires accessoires à l'application du *Code du travail* ou de conventions collectives. Comme le souligne justement le professeur Verge à ce sujet, les tribunaux ont alors eux-mêmes amorcé « le recul [...] de la position civiliste traditionnelle concluant, dans une perspective libertaire, à l'impossibilité d'assurer en nature l'exécution de la prestation de travail »¹²³. Par exemple, la Cour supérieure a ordonné que des employés apparemment congédiés soi-disant en raison de leurs activités syndicales soient réintégrés à leurs postes jusqu'à ce que le commissaire du travail se soit prononcé sur la plainte qu'ils avaient formulée en vertu de l'article 15 *C.Tr.*¹²⁴ : *Union des employés de commerce* (503) c. *Baribeau*¹²⁵; *Ledoux c. Dart Industries Canada Ltd.*¹²⁶; *Syndicat des employés de Montréal Hardware (C.S.N.) c. Montréal Hardware Mfg. Co. Ltd.*¹²⁷. La Cour fonde ces décisions sur le caractère irréparable du préjudice que le congédiement causait aux activités syndicales légitimes des employés concernés : ceux-ci, même éventuellement réintégrés par le commissaire du travail, auraient été privés, pendant la période où leur congédiement était en pratique effectif¹²⁸, d'un droit que leur reconnaît le *Code du travail*. Il n'en reste pas moins vrai qu'en ordonnant, dans ce contexte, la réintégration, la Cour supérieure accordait au droit à l'activité syndicale primauté sur la liberté habituellement reconnue à l'employeur : après tout, la Cour aurait très bien pu refuser la réintégration demandée au motif que la plainte prévue en pareil cas par le législateur, plainte qui relève de la juridiction exclusive du commissaire du travail, est le seul recours dont dispose l'employé, la Cour devant quant à elle respecter la règle *nemo præcise potest cogi ad factum* (fondée sur le concept de liberté humaine). Ce dernier raisonnement, d'ailleurs, avait, au début des années soixante, reçu l'aval de la Cour d'appel¹²⁹. Les arrêts plus récents, quoique encore peu nombreux, s'écartent donc de la tradition civile afin d'assurer le respect de droits dont l'exercice leur

123. P. VERGE, *loc. cit.*, note 118, p. 622.

124. À cette époque, l'article 14 du *C.t.* (Voir état du Code avant les modifications.)

125. [1978] R.P. 351 (C.S.). Ce jugement fut rendu en 1976.

126. [1975] R.D.T. 508.

127. [1971] R.D.T. 321 (C.S.); [1971] R.D.T. 343 (C.A.).

128. C'est-à-dire pendant l'instance devant le commissaire du travail.

129. En 1962, le juge Choquette, en raison de cette règle qui selon lui limitait le pouvoir des tribunaux supérieurs, refuse l'injonction demandée qui aurait eu pour effet d'obliger l'employeur à garder en poste des employés congédiés, en attendant que l'arbitre se prononce sur le(s) grief(s) par eux formulés : voir *Cité de Trois-Rivières c. Syndicat national catholique des employés municipaux de Trois-Rivières*, (1962) B.R. 510, p. 513.

semble vouloir protection. Ils signalent peut-être ainsi le développement d'une nouvelle politique jurisprudentielle, pour reprendre l'expression du professeur Tancelin¹³⁰, mieux adaptée au contexte actuel tout en étant par ailleurs compatible et avec le texte de l'article 1065 C.c.B.-C. et avec les moyens procéduraux (notamment l'injonction mandatoire) dont disposent aujourd'hui les tribunaux supérieurs.

En fait, parler, comme on l'a fait traditionnellement de « liberté humaine », c'est parler somme toute d'ordre public : or, s'il existe en notre droit un concept protéiforme, c'est bien celui-là¹³¹. L'ordre public d'aujourd'hui n'est plus nécessairement celui de 1934. Nous ne voulons pas par là dire que les tribunaux supérieurs devraient systématiquement ordonner la réintégration de l'employé congédié sans motif : nous croyons toutefois que la possibilité de la réintégration ne devrait pas, elle, être systématiquement exclue *a priori*. Les tribunaux devraient plutôt décider chaque cas au mérite¹³².

3) Réciprocité des obligations, exception d'inexécution et concept de *mutuality*

En droit anglais, comme dans les autres provinces canadiennes, la réintégration de l'employé n'est pas, règle générale, accordée par les tribunaux. Le professeur Christie résume comme suit les raisons habituellement invoquées au soutien de cette règle¹³³ :

130. Voir *supra*, p. 51.

131. Voir J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 9, pp. 70 à 74 (n° 85).

132. Des éléments tels le caractère possiblement *intuitu personæ* du contrat de travail liant les parties, le genre de dommages subis par l'employé, le poids relatif des inconvénients, le sort de l'employé et de l'employeur après une éventuelle réintégration, pourraient ainsi être pris en considération.

133. On peut y ajouter une autre raison, qui relève des principes relatifs aux obligations en droit anglais. Le *specific performance* que peut ordonner le tribunal, en matière d'obligations contractuelles, prend en effet la forme de l'injonction. Celle-ci est un *remedy*, façonné par les cours d'*equity*, alors que l'unique remède prévu par la *common law* en cas de violation d'obligations est le recours en dommages-intérêts. En raison des rapports de complémentarité existant entre les *remedies* de *common law* et les *remedies* d'*equity*, l'injonction, remède d'*equity*, ne sera octroyée que dans les cas où le préjudice allégué est absolument irréparable par la voie des dommages-intérêts, remède usuel de *common law*. L'injonction a donc ici un caractère tout à la fois exceptionnel et subsidiaire. Voir G. MASSÉ, *op. cit.*, note 24, pp. 14-15. On comprend donc que le droit anglais et anglo-canadien n'ait dans ces circonstances pas toujours fait grand usage de l'injonction mandatoire et ce, particulièrement dans le domaine du contrat individuel de travail où des considérations d'un autre ordre se sont ajoutées aux réserves procédurales, rendant traditionnellement l'injonction impossible en cette matière : *Vine c. National Dock Labour Board*, [1957] A.C. 488, conf. (1956) 1 Q.B. 658, p. 674.

Il faut se garder, toutefois, d'importer trop rapidement en droit civil québécois ces

It has long been established that the Court will not order an employee to specifically perform his contract of employment, either on the ground that the courts in equity will not make an order that requires constant supervision or because such an order reduces employees to a state tantamount to slavery. *On grounds of "mutuality" this has been used to justify refusing specific performance of the employer's obligations to wrongfully dismissed employees.* The courts have also emphasized that it would be contrary to public policy to compel an employer to maintain the service of an employee where mutual confidence no longer subsists [. . .]¹³⁴. (italique ajouté)

Nous ne nous arrêterons pas à la question du *mutual confidence*, sujette aux critiques que nous formulons plus haut à propos du caractère *intuitu personæ* du contrat de travail¹³⁵. Le concept de *mutuality*, lui, est plus intéressant : puisque, pour des considérations d'ordre public, l'employé ne peut être judiciairement contraint à l'exécution en nature de son obligation, il doit en aller de même pour l'employeur. On veut ainsi apparemment préserver l'équilibre (au moins sur le plan juridique) des parties et assurer qu'aucune de celles-ci ne jouisse d'un droit que l'autre n'aurait pas.

Cette règle de *mutuality* ne connaît pas d'équivalent dans notre droit civil. Songe-t-on à l'exception d'inexécution, fondée sur le caractère réciproque des obligations résultant d'un contrat synallagmatique ? Cette exception permet à une partie de ne pas exécuter son obligation¹³⁶ tant que l'autre n'exécute pas les siennes et d'invoquer ce défaut du cocontractant en défense à une action intentée en vertu de l'article 1065 C.c.B.-C.¹³⁷. On voit immédiatement que ce type de situation n'a rien à voir avec le concept de *mutuality*. En vertu de celui-ci, la réintégration est refusée sans égard au fait que l'employé exécute ou non ses obligations propres : ce refus est fondé uniquement sur ce que, dans l'hypothèse où l'employé n'aurait pas exécuté ses obligations, l'employeur n'aurait pu en obtenir l'exécution forcée en nature. C'est là un concept qui n'existe pas

réserves propres au système anglais. Même si, chez nous, on reconnaît généralement un caractère exceptionnel à l'injonction, il ne faudrait pas oublier que l'article 1065 C.c.B.-C. au niveau du droit substantif, met sur un pied d'égalité le recours en dommages-intérêts et l'exécution en nature (même si nos tribunaux ont adopté à cet égard une politique plutôt restrictive) : voir M. TANCELIN, *op. cit.*, note 9, p. 374 (n° 728). Le problème ne se pose donc pas en droit québécois tout à fait de la même manière que dans le système anglais dont ont hérité les provinces voisines. D'ailleurs, en Angleterre, la règle reconnue par l'arrêt *Vine*, précité, commençait dès les années 70 à être battue en brèche : voir *Hill c. C.A. Parsons Ltd.*, (1972) 1 Ch. 305 (rendue en 1971). Le législateur anglais intervenait quelque temps après en édictant statutairement un droit à la réintégration : *Industrial Relations Act, 1971* (U.K.), chap. 72, entré en vigueur la même année.

134. Innis CHRISTIE, *op. cit.*, note 65, pp. 385-386.

135. Voir *supra*, pp. 8-31.

136. Sauf, bien sûr, si elle s'est engagée à exécuter son obligation la première.

137. Pour une étude de l'exception d'inexécution, voir : J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 9, pp. 260 à 264 (n° 443 à 451); A. LAROCHE, *op. cit.*, note 18, pp. 325-329 (n° 261 à 264); M. TANCELIN, *op. cit.*, note 9, pp. 350-352 (n° 681 à 686).

dans notre droit et qui jamais, à notre connaissance, n'a été invoqué pour justifier l'impossibilité de la réintégration : il n'y a d'ailleurs aucune raison d'importer cette institution étrangère, incompatible avec l'article 1065 C.c.B.-C., qui ne prévoit ni n'autorise rien de tel.

C. JURIDICTION DES TRIBUNAUX SUPÉRIEURS ET RÉINTÉGRATION

À supposer que l'on se range aux propos ci-dessus et que l'on accepte la possibilité de la réintégration en matière de contrat individuel de travail, on devra tout de même se demander si, du point de vue de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les tribunaux supérieurs possèdent la juridiction nécessaire au prononcé d'une ordonnance de réintégration. La question de prime abord semble futile : si, en effet, on accepte que l'article 1065 C.c.B.-C. permette la réintégration et puisque les tribunaux supérieurs disposent, avec les articles 751 et 55 C.p.c., du moyen procédural nécessaire, comment prétendre que ces mêmes tribunaux sont privés de la juridiction nécessaire à la mise en œuvre du droit commun en la matière? Les propos que tiennent les juges Nolan et L'Heureux-Dubé dans l'affaire *Asselin c. Industries Abex Ltée*¹³⁸ nous incitent pourtant à nous poser cette question. Voyons pourquoi.

L'arrêt *Asselin* met en cause la constitutionnalité de l'article 128 de la *Loi sur les normes du travail*. Cet article confère divers pouvoirs décisionnels à l'arbitre saisi d'une plainte formulée en vertu de l'article 124 de la même loi et, notamment, celui d'ordonner la réintégration de l'employé congédié sans cause juste et suffisante¹³⁹. L'arbitre avait en l'espèce

138. [1985] C.A. 72.

139. Les articles 124 et 128 de la *Loi sur les normes du travail* se lisent comme suit :

124. Le salarié qui justifie de cinq ans de service continu chez un même employeur et qui croit avoir été congédié sans une cause juste et suffisante peut soumettre sa plainte par écrit à la Commission dans les 30 jours de son congédiement, sauf si une procédure de réparation, autre que le recours en dommages-intérêts, est prévue ailleurs dans la présente loi, dans une autre loi ou dans une convention.

128. Si l'arbitre juge que le salarié a été congédié sans cause juste et suffisante, il peut :

1. ordonner à l'employeur de réintégrer le salarié;
2. ordonner à l'employeur de payer au salarié une indemnité jusqu'à un maximum équivalant au salaire qu'il aurait normalement gagné s'il n'avait pas été congédié;

3. rendre toute autre décision qui lui paraît juste et raisonnable, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire.

Cependant dans le cas d'un domestique, l'arbitre ne peut qu'ordonner le paiement au salarié d'une indemnité correspondant au salaire et aux autres avantages dont l'a privé le congédiement pour une période maximum de trois mois.

ordonné la réintégration des plaignants de même que le versement de certaines indemnités. En évocation devant la Cour supérieure, où il obtient gain de cause, puis ensuite devant la Cour d'appel, l'employeur prétend que l'article 128 tout entier est inconstitutionnel puisqu'il confie à un tribunal inférieur des pouvoirs qui, en 1867, auraient appartenu exclusivement aux tribunaux supérieurs québécois. La Cour d'appel rejette cette prétention et reconnaît la constitutionnalité de l'article 128 et particulièrement, celle du pouvoir de réintégration que le législateur y édicte.

S'inspirant du test constitutionnel élaboré par la Cour suprême du Canada dans les affaires *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*¹⁴⁰ et *Grondin c. Atelier 7*¹⁴¹, le juge Nolan procède à l'analyse historique des pouvoirs respectivement dévolus, en 1867, aux tribunaux supérieurs et inférieurs en matière de relations employeurs-employés. Il en arrive à la conclusion qu'en 1867 les tribunaux supérieurs et inférieurs étaient, au chapitre des indemnités liées au contrat de travail, investis d'une juridiction concurrente :

It is clear from the above that before Confederation, the Commissioners courts, Recorder's courts and justices of the peace had jurisdiction to adjudicate disputes between masters and servants and were vested with the right to award damages to an employee who was illegally dismissed.

In view of the above, it cannot be said that the Superior and Circuit Courts had exclusive jurisdiction before Confederation in relations between master and servant or relations between employer and employee.

It is clear that the inferior courts also had jurisdiction in the same area although their jurisdiction was limited in amount¹⁴².

En conséquence, rien ne s'oppose à ce que le législateur québécois, comme il le fait à l'article 128 de la *Loi sur les normes du travail*, confère aujourd'hui à un tribunal inférieur, en l'espèce un arbitre, le pouvoir d'octroyer certaines indemnités en matière de congédiement injustifié.

Sur la question de la réintégration, toutefois, le juge Nolan déclare ce qui suit :

Respondent urges that such a reinstatement order is by nature a recourse in specific performance in virtue of article 1065 C.c.; and that as no provision of law in 1867 granted an inferior tribunal jurisdiction to order specific performance, this jurisdiction belonged exclusively to the Superior Court which before the Confederation was the court of original general jurisdiction of Lower Canada.

Unfortunately for Respondent its opinion is not shared by the courts. They have consistently held that a labour contract does not lend itself to specific performance as the following cases show [. . .].

140. [1981] 1 R.C.S. 714.

141. [1983] 2 R.C.S. 364.

142. *Asselin c. Industries Abex Ltée*, [1985] C.A. 72, p. 88 (j. Nolan).

There is no doubt therefore that the power granted to the arbitration under sub-section (1) of s. 128 of the Labour Standards Act was not a power which the s. 96 courts could exercise in lower Canada before Confederation¹⁴³.

Et le juge L'Heureux-Dubé, partageant sur ce point l'avis de son collègue, écrit à son tour que :

C'est particulièrement vrai pour la *Loi sur les normes du travail* qui crée pour l'employé un droit à son emploi, indépendamment de son contrat de travail individuel, et donne à l'arbitre des pouvoirs étendus, dont celui de réintégrer l'employé, ce dernier pouvoir inconnu et non reconnu par nos cours de justice en 1867, comme le démontre amplement mon collègue Nolan¹⁴⁴.

La Cour d'appel affirme donc bel et bien que la Cour supérieure, en 1867, ne possédait pas, constitutionnellement parlant, (c'est-à-dire en fonction de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*), le pouvoir d'ordonner la réintégration.

En tout respect pour la Cour d'appel, il nous semble que cette proposition des juges Nolan et L'Heureux-Dubé confond deux choses différentes : d'une part l'*existence* du pouvoir d'ordonner la réintégration, manifestation du pouvoir d'exécution en nature conféré généralement par l'article 1065 *C.c.B.-C.*, et d'autre part l'*exercice* de ce pouvoir en matière de contrat individuel de travail. Généralement, la Cour supérieure a toujours possédé le pouvoir d'ordonner l'exécution en nature de toutes les obligations : qu'elle ait choisi, pour des considérations d'ordre public, de ne pas exercer ce pouvoir en matière de contrat individuel de travail, est un fait qui sort, nous semble-t-il, du champ d'analyse de l'article 96 et qui n'est pas susceptible d'influencer l'application de cet article.

Du reste, même en admettant que la Cour supérieure, en 1867, n'ait pas eu cette juridiction, en raison notamment de l'absence d'une procédure idoine¹⁴⁵, ne peut-on arguer qu'à partir de 1965, elle a acquis,

143. *Id.*, pp. 88-89 des notes du juge Nolan. À l'appui de cet énoncé, le juge Nolan cite évidemment l'arrêt *Dupré Quarries Ltd. c. Dupré*, [1934] R.C.S. 528, de même que deux arrêts plus récents : *General Motors c. Brunet*, [1977] 2 R.C.S. 537, p. 544; *United Last Company c. Tribunal du travail*, [1973] R.D.T. 423 (C.A.).

144. *Asselin c. Industries Abex Ltée*, [1985] C.A. 72, p. 90 (J. L'Heureux-Dubé).

145. L'impuissance des tribunaux supérieurs en 1867 est d'ailleurs à certains égards controversable. Contrairement à ce qu'a longtemps connu la *common law*, qui s'exprime par l'adage "no right without a remedy", le droit civil investit le tribunal de tous les pouvoirs nécessaires à la sanction des droits d'une partie : où il y a un droit, il y a un recours. Or dès l'origine le *Code civil*, en son article 1065, prévoyait, « dans les cas qui le permettent », l'exécution en nature. Dès 1866, les tribunaux supérieurs devaient donc implicitement être dotés des moyens nécessaires pour ordonner l'exécution en nature des obligations de faire ou de ne pas faire, indépendamment de l'inexistence à cette époque de l'injonction prohibitive (introduite en 1878) ou de l'injonction mandatoire (qui remonte à 1965). Affirmer le contraire revient à appliquer la règle de *common law*, ce à quoi répugne notre droit. Le professeur Prujiner montre ainsi qu'avant 1878 les tribunaux supérieurs ont parfois eu recours, pour assurer l'exécution en nature des obligations de faire

avec les articles 751 et suivants *C.p.c.*, la juridiction qui lui faisait jusque-là prétendument défaut? Certainement le législateur québécois peut augmenter les pouvoirs de la Cour supérieure, ce qu'il a fait en adoptant les dispositions en question.

Ainsi, dans la mesure où ni le caractère *intuitu personæ* ni la liberté humaine n'y feraient obstacle, il nous semble que les tribunaux supérieurs québécois possèdent le pouvoir d'ordonner la réintégration : qu'ils exercent ou non ce pouvoir, suivant les circonstances, est une tout autre question¹⁴⁶.

CONCLUSION

Carbonnier, dans *Flexible droit*¹⁴⁷, pose l'hypothèse évolutionniste du droit, hypothèse admise, nous dit-il, par la plupart des écoles de sociologie juridique : le droit, ainsi, progresse et se transforme. Il n'évolue

et de ne pas faire à des techniques analogues, sans en être, à l'injonction : voir A. PRUJINER, « Origines historiques de l'injonction en droit québécois », (1979) 20 *C. de D.* 249, p. 256. Ils ont même tenté, par la seule voie jurisprudentielle, d'introduire l'injonction (*id.*, pp. 258-262). Ces tentatives, fort controversées, furent répudiées dans *Carter c. Breakey*, (1877) 3 R.J.Q. 113 (C.S.) : ce jugement ne prétendait toutefois pas que l'exécution forcée en nature des obligations de faire et de ne pas faire fut impossible, en elle-même. Il affirmait seulement que l'injonction, *remedy d'equity*, n'existait pas, dans notre droit, pour arriver à ces fins. Le législateur québécois mettait de toute façon fin à la controverse en édictant, en 1878, une loi permettant l'utilisation en certains cas de la procédure d'injonction prohibitive : voir *supra*, note 89.

Les efforts des tribunaux avant 1877 traduisent bien en tous cas leur volonté de ne pas subordonner le droit à la procédure. On peut regretter que les tribunaux, après cette date, n'aient pas eu, particulièrement en matière de contrat de travail, le même souci ou la même créativité ou qu'ils n'aient pas fait usage des moyens que mettait à leur disposition l'Ancien Droit Français. Voir généralement, sur l'existence du pouvoir des tribunaux d'ordonner l'exécution en nature et l'inutilité de l'injonction comme telle : G. MASSÉ, *op. cit.*, note 24, pp. 87-94 et notamment les pages 87 et 88. Voir enfin *Germain c. Farrah*, [1982] C.S. 502 (voir *supra*, note 116) où la Cour supérieure, à la page 509, tient le langage suivant :

Les articles 1065 et 1066 du *Code civil* accordent au Tribunal la latitude nécessaire pour ordonner qu'un état des faits préjudiciable à un demandeur soit corrigé et il n'est pas nécessaire que l'ordre ainsi émis s'intitule « injonction » même s'il enjoint une destruction comme l'autorise l'article 1066.

De toutes façons, les Tribunaux ont reconnu à plusieurs reprises le principe qu'une injonction peut être émise sous les dispositions de l'article 1065 du *Code civil* et ce, même avant que l'injonction mandatoire ne soit reconnue officiellement par le Code de procédure.

Voilà qui offre matière à réflexion et pourrait être source d'inspiration lorsqu'il s'agit de traiter de la réintégration d'un employé.

146. Reconnaître le pouvoir de réintégration des tribunaux supérieurs, comme modalité d'exercice du pouvoir d'ordonner l'exécution en nature des obligations de faire, sous 1065 *C.c.B.-C.*, signifie cependant peut-être que l'on devra reconsidérer la question de la constitutionnalité des pouvoirs de réintégration accordés à certains tribunaux inférieurs...

147. Jean CARBONNIER, *Flexible droit*, 5^e édition, Paris, Librairie générale de droit

bien sûr pas à la vitesse de l'informatique, son rythme (si l'on excepte les chambardements législatifs épisodiques) serait plutôt celui de la tortue de la fable. Néanmoins, le droit mue et change, la règle de droit n'est pas figée.

Le contrat individuel de travail nous semble un domaine particulièrement propice à la vérification de cette hypothèse et c'est essentiellement ce que nous avons voulu démontrer au moyen de l'exercice qui précède. Après tout, en 1878, le mariage d'une servante justifiait, en lui-même, un congédiement¹⁴⁸ : parions qu'aucun tribunal ne rendrait aujourd'hui cette décision¹⁴⁹. Il y a donc eu évolution. De la même manière, pourquoi les règles relatives au caractère *intuitu personæ* du contrat de travail ou à la réintégration n'évolueraient-elles pas elles aussi? La première ne correspond plus guère à la réalité contemporaine du travail et les éléments qui la justifient traditionnellement (dénomination officielle du contrat de travail, article 1668 *C.c.B.-C.*, obligation faite à l'employé d'exécuter lui-même sa tâche) s'expliquent tous autrement. La seconde est elle aussi critiquable. Indépendamment du caractère *intuitu personæ* ou non du contrat de travail, on peut penser que le concept de liberté humaine et la valeur de ce concept en droit du travail ne suffisent plus à la justifier. Affirmer le contraire, c'est oublier l'évolution que pareil concept, éminemment subjectif, subit nécessairement, c'est oublier que ce qui, il y a cinquante ans, paraissait l'expression absolue de l'ordre public peut ne l'être plus dans le monde contemporain. Celui-ci d'ailleurs nous offre maints exemples de ce changement des valeurs : changement parfois imposé par le législateur mais dont le résultat est qu'on observe couramment aujourd'hui un phénomène, la réintégration, littéralement inconcevable autrefois. La politique jurisprudentielle devrait refléter cette nouvelle réalité : après tout, lorsque, à propos de l'exécution en nature, l'article 1065 *C.c.B.-C.* parle « des cas qui le permettent », il n'est pas dit que ces cas ont été déterminés une fois pour toutes en 1866. L'évolution du droit civil à cet égard, par l'intermédiaire des décisions des tribunaux, est non seulement possible mais nécessaire, ce qui n'implique nullement que les tribunaux, qui conservent toute discrétion en la matière, doivent se départir d'une saine prudence judiciaire dans l'octroi du remède demandé¹⁵⁰.

et de jurisprudence, 1983, pp. 10-16. Voir également J.C. SMITH, David N. WEISSTUB, *The Western Idea of Law*, Toronto, Butterworths, 1983, pp. vii-xi.

148. *Mawson c. Burstall*, (1878) 4 R.L. 686 (Cour de circuit). Faribault, en 1954, commente brièvement cet arrêt en disant que :

Il est bien évident que son nouvel état [celui de femme mariée] ne lui permet plus de remplir de la même manière le service convenu.

Voir L. FARIBAUT, *op. cit.*, note 6, p. 314.

149. Sauf, sans doute, si l'on prouvait que, dans les faits, le mariage en question a, en l'espèce, rendu la servante incapable de remplir sa prestation de travail.

150. Indirectement, le fait de reconnaître la possibilité de la réintégration en matière

Nous aurions pu, afin d'illustrer nos propos, choisir d'autres exemples : la question du pouvoir disciplinaire de l'employeur, notamment, incarnation même du développement avorté de la règle civile. On admet couramment que l'employeur détient ce pouvoir, dont les conventions collectives, lorsqu'il en est, régissent habituellement l'exercice et qu'on rattache parfois au lien de subordination juridique qui unit l'employeur et l'employé, ce dernier étant, au chapitre de l'exécution de sa tâche, contractuellement soumis à l'autorité du premier. Mais l'on va rarement plus loin dans l'analyse de ce pouvoir, de sorte que l'on n'en sait pas trop les effets juridiques véritables. Prenons l'exemple de la suspen-

de contrat individuel d'emploi a pour conséquence la restriction du droit de résiliation unilatérale que l'on reconnaît généralement à l'employeur dans le cadre du contrat individuel à durée indéterminée, droit dont l'exercice, traditionnellement, ne connaît pas de limites, sauf celle du préavis raisonnable (qui doit être donné, rappelons-le, chaque fois que le droit de résiliation est exercé pour des motifs qui n'ont rien à voir avec le comportement contractuellement répréhensible de l'employé).

En effet, si la réintégration peut être ordonnée, l'employeur ne peut plus exercer son droit de résiliation que dans les cas où il est justifié de le faire en raison des manquements de l'employé à ses propres obligations. Dans les autres cas, l'employeur risquerait d'être contraint par voie judiciaire de reprendre l'employé, ce qui, effectivement, réduit à néant sa faculté de résiliation. Or celle-ci n'est-elle pas expressément reconnue par l'alinéa 1668(3) *C.c.B.-C.* ? Oui et non ! l'article 1668 ne visant que certaines catégories d'employés, son application est fort limitée ; pour ces catégories-là du moins, la reconnaissance possible de la réintégration pose incontestablement problème. Pour les autres catégories, cependant, ce n'est pas sur l'alinéa 1668(3) qu'a été assis le droit de résiliation unilatérale, avec ou sans préavis suivant le cas : l'affirmation de ce droit est bien antérieure à l'adoption, en 1949, du troisième alinéa de l'article 1668 et découle plutôt d'une application particulière de l'article 1073 *C.c.B.-C.* (dommages-intérêts en matière contractuelle). Voir L. FARIBAUT, *op. cit.*, note 6, p. 321.

Il est vrai par ailleurs que la reconnaissance, au niveau civil, de la réintégration en matière de contrat de travail brise la symétrie qui caractérisait jusque là le droit de résiliation des parties : au droit illimité de l'employé correspondrait dorénavant le droit limité de l'employeur. Le premier s'explique par des considérations d'ordre public ; le second s'expliquerait maintenant davantage par les règles de l'exception d'inexécution appliquées de la manière qui convient à la nature particulière du contrat de travail.

Il est vrai également que la reconnaissance de la réintégration crée en pratique, en faveur de l'employé, une espèce de droit à l'emploi, droit qui n'est pourtant inscrit nulle part. Il faut y voir plutôt la garantie de la stabilité du contrat de travail (valeur fort prisee dans le domaine des contrats en général) et du respect de la parole donnée (autre valeur fondamentale). Qu'accessoirement, cette garantie se traduise, dans le contrat de travail, par une forme de « droit à l'emploi » ne devrait pas être un obstacle à la reconnaissance de la réintégration.

On pourrait également se demander ce qu'il advient de la réintégration lorsque le congédiement de l'employé est motivé uniquement par des impératifs économiques ou administratifs (cette forme de rupture du contrat est chez nous couramment appelée « licenciement »). Voir Gérard Dion, *Dictionnaire des relations de travail*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1976, p. 211) dont l'employeur peut faire la preuve. Outre les règles liées à l'impossibilité d'exécution (art. 1138 *C.c.B.-C.*) ou aux forces majeures (auxquelles on peut dans certains cas imputer les déboires économiques d'un employeur), il y aurait vraisemblablement là matière à exercice de la sagesse et de la discrétion judiciaires.

sion : l'employeur a-t-il vraiment, au plan contractuel, le droit d'infliger une suspension à l'employé auquel il reproche quelque faute plus ou moins vénielle qui, à ses yeux, ne justifie pas un renvoi immédiat ? Cette suspension a-t-elle l'effet d'une rupture de contrat ? L'employé peut-il se prévaloir de l'article 1065 *C.c.B.-C.* ? Peut-on concevoir le maintien d'un contrat de louage de service alors même qu'une des parties empêche l'autre d'exécuter sa tâche, en refusant de lui fournir du travail, et refuse également de la rémunérer ? L'employé doit-il consentir à la suspension pour que celle-ci ait l'effet de maintenir un lien juridique *sui generis* entre les parties ? De manière générale, la règle civile n'apporte aucune réponse à ces questions : pourtant, l'exercice du pouvoir disciplinaire, en dehors même du cadre collectif, se manifeste quotidiennement dans les milieux de travail, revêtant aussi bien la forme de la suspension que celle de la coupure de salaire, de la rétrogradation, du déplacement, du retrait de certains privilèges, de l'imposition d'amendes, etc. Les conséquences du mutisme du droit civil sur cet aspect des choses sont l'ignorance des justiciables à propos de leurs droits respectifs et le développement, en marge du *Code civil*, d'une espèce de droit coutumier auquel employeurs et employés adhèrent plus ou moins implicitement. Incontestablement, le droit civil peut et doit aborder ces problèmes : nous croyons même que le *Code civil* contient les outils nécessaires à l'élaboration de règles sur ce point.

Nous aurions pu aussi traiter des effets de l'aliénation d'entreprise (autrement qu'en fonction du caractère *intuitu personæ* du contrat de travail), de l'obligation de mitigation qui incombe à l'employé congédié même sans motif, de l'abus de droit, de la survivance du contrat individuel de travail en régime collectif. Nous aurions pu, enfin, aborder le problème du licenciement et tenter de cerner ce phénomène, et ses effets, au moyen de concepts purement civils. Comme on le voit, ce ne sont pas les sujets de réflexion qui manquent.

L'évolution du droit du travail, en général, est caractérisé par l'accroissement de la protection accordée à l'employé et le recul de l'autonomie de la volonté et des pouvoirs de l'employeur : n'est-ce pas là une tendance à laquelle le droit civil du travail, dans la mesure où le *Code civil* lui en laisse la latitude, doit être perméable ? Cela semble d'autant plus facile que la théorie classique du contrat de travail est avant tout le résultat d'une politique jurisprudentielle rendue nécessaire par le laconisme des dispositions législatives en la matière : celles-ci étant plutôt générales, on se prend à espérer que les tribunaux se sentent libres d'élaborer une nouvelle politique jurisprudentielle.

Bref, il faut en la matière douter de tout, des règles trop bien établies comme des curieux silences de la théorie classique du contrat individuel de travail. Celle-ci nous semble en tous cas avoir besoin, sinon d'une cure de rajeunissement, du moins d'un bon dépoussiérage qui remettrait à jour les capacités de développement inhérentes au droit civil en la

matière. Les réalités de la vie courante ne sont bien sûr pas toutes, ni toujours, réductibles à des équations juridiques : on ne peut cependant pas admettre que le droit civil reste complètement à l'écart de phénomènes qui, dans les faits, modifient considérablement les rapports contractuels employeurs-employés.