

Université de Montréal

**Le droit du travail américain : un droit plus favorable à
l'investissement que le droit du travail québécois ?
Une étude de la question...**

par
Frédéric Paré

Faculté de droit

Thèse présentée à la Faculté de droit
en vue de l'obtention du grade
de docteur en droit (LL.D.)

Septembre 2013

© Frédéric Paré, 2013

Membres du jury de thèse

Renée-Claude Drouin, professeure agrégée

Faculté de droit, Université de Montréal

Président-rapporteur

Gilles Trudeau, professeur titulaire

Faculté de droit, Université de Montréal

Membre du jury (directeur de recherche)

Guylaine Vallée, professeure titulaire

École des relations industrielles, Université de Montréal

Membre du jury

Lance Compa, Senior Lecturer

ILR School, Cornell University

Examineur externe

Résumé

L'auteur s'intéresse à la question de savoir si le droit du travail américain est plus favorable à l'investissement direct étranger (IDE) que le droit du travail québécois dans le contexte de l'ALENA. Pour ce faire, il fait une revue de littérature sur les déterminants de la localisation de l'IDE afin de clarifier l'importance du droit du travail national dans les décisions d'investissement des entreprises multinationales. Celle-ci révèle que la localisation de l'IDE est un processus complexe et multidimensionnel impliquant un grand nombre de facteurs, dont certains sont associés à la demande, d'autres aux coûts, d'autres aux caractéristiques des pays-hôtes, et d'autres, enfin, au risque. Le droit du travail national, bien que revêtant une certaine importance, n'est qu'un facteur parmi d'autres. Elle révèle également que l'importance relative des déterminants de la localisation de l'IDE, incluant le droit du travail national, varie elle-même en fonction d'autres facteurs, comme le secteur d'activité de l'entreprise, sa stratégie, sa taille et la motivation de l'IDE. Ensuite, il fait une étude de droit comparé entre le Québec et le Massachusetts afin d'identifier les principales différences qui existent entre les deux régimes de droit du travail. Cette étude a permis d'identifier des différences importantes entre les deux systèmes étudiés. Ainsi, dans l'ensemble, le droit du travail massachusetts se fonde davantage sur les principes de la liberté contractuelle et du laisser-faire que le droit du travail québécois, qui est beaucoup plus interventionniste. Enfin, l'auteur analyse les différences observées dans le cadre de l'étude de droit comparé à la lumière des conclusions de sa revue de littérature sur les déterminants de la localisation de l'IDE. Il en vient à la conclusion que bien qu'à de nombreux égards le droits du travail québécois s'avère plus avantageux que le droit du travail massachusetts aux fins de la localisation de l'IDE, c'est plutôt ce dernier qui, de façon générale, s'avère le plus avantageux à ce chapitre. En effet, dans l'ensemble, le droit du travail québécois est susceptible d'imposer des coûts de main-d'œuvre supérieurs et de réduire la flexibilité du marché du travail davantage que le droit du travail massachusetts. Or, considérant que le droit du travail national n'est qu'un facteur parmi d'autres dans la décision de localisation de l'IDE, le Québec n'est pas sans moyens. En effet, il possède d'autres avantages comparatifs qu'il peut faire valoir auprès des entreprises

qui œuvrent dans des secteurs d'activités où ces avantages concurrentiels sont valorisés et susceptibles d'être exploités. De plus, considérant que le droit du travail national a une importance relative qui varie elle-même en fonction d'autres facteurs, le droit du travail québécois n'a pas nécessairement le même effet sur tous les investisseurs. Enfin, considérant que le droit du travail remplit des fonctions sociales autant que des fonctions économiques, c'est un faux débat que de mettre l'accent uniquement sur les conséquences « négatives » du droit du travail national sur l'IDE. En effet, c'est faire complètement abstraction de la question des coûts sociaux que le droit du travail permet de prévenir au sein d'une société.

Mots clés : droit du travail; mondialisation; investissement direct étranger (IDE); localisation; déterminants; droit comparé; Québec; Canada; États-Unis; Massachusetts

Abstract

The question under study is whether or not United States Labor and Employment Law is more favorable to foreign direct investment (FDI) than Quebec Labor and Employment Law within the context of NAFTA. To answer that question, the author first makes a literature review of the FDI localization determinants to clarify the importance of national labor and employment law in multinational companies investment decisions. This review reveals that the localization of FDI is a complex and multidimensional process involving a large number of factors, among which some are associated with demand, costs, characteristics of host-countries and risk. The national labor and employment law, although taking on a certain importance, is therefore only one factor among others. The review also reveals that the relative importance of FDI localization determinants, including national labor and employment law, varies according to other factors, such as the business sector of the company, its strategy, its size and the purpose of the FDI. Then, the author makes a comparative law study between Quebec and Massachusetts to identify the main differences which exist between both Labor and Employment Law regimes. This study allowed to identify important differences between both systems. In general, it is to be noted that Massachusetts' Labor and Employment Law bases itself more on the principles of contractual freedom and "laissez-faire" than Quebec Labor and Employment Law, which is much more interventionist. Finally, the author analyzes the differences identified in the comparative law study in the light of the conclusions of his literature review on FDI localization determinants. He concludes that although Quebec Labor and Employment Law is on many aspects more advantageous than Massachusetts Labor and Employment Law for the purposes of FDI localization, it is rather the latter which, in general, turns out to be the most advantageous in this matter. Indeed, Quebec Labor and Employment Law may impose superior costs of labor and reduce labor market flexibility more than Massachusetts Labor and Employment Law. Yet, considering that national labor and employment law is only one factor among others in the FDI localization decision, Quebec is not without means. Indeed, it possesses other comparative advantages that it can assert with the multinational companies that are doing business in sectors where these competitive

advantages are valued and susceptible to be exploited. Furthermore, considering that national labor and employment law has a relative importance which varies according to other factors, Quebec Labor and Employment Law has inevitably no same effect on all the investors. Finally, considering that labor and employment law performs social functions as much as economic functions, it is a false debate to emphasize only the "negative" consequences of the national labor and employment law on FDI. Indeed, it is to completely disregard the question of the social costs which labor and employment law allows to prevent within a society.

Keywords : labor and employment law; globalization; foreign direct investment (FDI); localization; determinants; comparative law; Quebec; Canada; United States; Massachusetts

Table des matières

MEMBRES DU JURY DE THÈSE	I
RÉSUMÉ	III
ABSTRACT	V
TABLE DES MATIÈRES.....	VII
LISTE DES TABLEAUX.....	XIX
LISTE DES FIGURES.....	XXI
LISTE DES SIGLES ET DES ABRÉVIATIONS.....	XXIII
REMERCIEMENTS.....	XXIX
INTRODUCTION	1
I. LE DROIT DU TRAVAIL AMÉRICAIN : UN DROIT PLUS FAVORABLE À L'INVESTISSEMENT QUE LE DROIT DU TRAVAIL QUÉBÉCOIS ?.....	9
A. LES CONCEPTS IMPLIQUÉS	10
1. <i>Le droit du travail</i>	10
a) Définition	10
b) Fonctions.....	15
c) Sources.....	17
d) Portée territoriale	20
2. <i>L'investissement direct étranger</i>	21
a) Définition	22
b) Cadre théorique retenu	24
3. <i>La mondialisation de l'économie</i>	27
a) Définition	27
b) Historique.....	29
c) Mondialisation et rapport de force patronal	30
B. LE DISCOURS TENU PAR CERTAINS GROUPES DE PRESSION ET DE RÉFLEXION À L'ENDROIT DU DROIT DU TRAVAIL QUÉBÉCOIS.....	32
C. LA PROBLÉMATIQUE DE LA COMPÉTITIVITÉ DES RÉGIMES RÉGLEMENTAIRES.....	46
D. L'IMPORTANCE ÉCONOMIQUE DES ÉTATS-UNIS POUR LE QUÉBEC	50

E. LE DROIT DU TRAVAIL AMÉRICAIN : UN DROIT PLUS FAVORABLE À L'IDE QUE LE DROIT DU TRAVAIL QUÉBÉCOIS ?	54
1. <i>Les déterminants de la localisation de l'IDE : une mise au point nécessaire</i>	55
2. <i>Le droit du travail américain : un droit relativement méconnu</i>	56
II. LA DÉMARCHE ET LA MÉTHODOLOGIE RETENUES	63
A. LA DÉMARCHE RETENUE.....	63
1. <i>Une revue de littérature sur les déterminants de la localisation de l'IDE</i>	63
2. <i>Une étude de droit comparé</i>	64
3. <i>Une analyse des résultats de l'étude de droit comparé à la lumière des déterminants reconnus de la localisation de l'IDE</i>	69
B. LA MÉTHODOLOGIE RETENUE	69
1. <i>La méthodologie du droit comparé</i>	69
2. <i>Les fonctions et les objectifs du droit comparé</i>	76
a) Instrument scientifique.....	76
b) Théorie générale du droit et sciences connexes	77
c) Meilleures connaissance et compréhension du droit domestique	78
d) Réforme et amélioration du droit domestique	78
e) Connaissance et compréhension des droits étrangers	80
f) Compréhension internationale	81
g) Droit international privé	81
h) Droit international public.....	82
i) Harmonisation et uniformisation des droits nationaux	83
j) Outil de changement social.....	83
3. <i>La justification du choix de recourir à la méthodologie du droit comparé</i>	84
III. LE DROIT DU TRAVAIL : UN DÉTERMINANT DE LA LOCALISATION DE L'IDE ?	89
A. LES DÉTERMINANTS DE LA LOCALISATION DE L'INVESTISSEMENT DIRECT ÉTRANGER.....	90
1. <i>Le chapitre IV du World Investment Report 1998 de la CNUCED</i>	92
a) Les politiques gouvernementales relatives à l'IDE	93
b) Les mesures facilitatrices et d'aide aux entreprises.....	94
c) Les déterminants économiques de l'IDE	95
(1) Les déterminants économiques traditionnels	96
(2) Les déterminants économiques à l'ère de la mondialisation	97
(a) Les déterminants économiques dans le cadre des stratégies d'intégration simple	97
(b) Les déterminants économiques dans le cadre des stratégies d'intégration complexe.....	98
d) Importance absolue et relative des déterminants de la localisation de l'IDE	100

2.	<i>Le texte « International Investment: Towards the Year 2002 » de F. Hatem publié en 1998</i>	101
3.	<i>Le texte « Canada and foreign direct investment: a study of determinants » de Safarian et Hejazi publié en 2001</i>	106
a)	Les variables associées à la demande	106
b)	Les variables associées à l'offre	108
c)	Les variables associées aux politiques publiques	110
d)	Les variables associées à la stratégie d'entreprise	111
4.	<i>Le texte « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment » de Whyman et Baimbridge, 2006</i>	112
5.	<i>Conclusion</i>	117
B.	LE DROIT DU TRAVAIL À TITRE DE DÉTERMINANT DE LA LOCALISATION DE L'IDE	118
1.	<i>La flexibilité du marché du travail et la localisation de l'IDE</i>	119
2.	<i>Les systèmes de relations industrielles et la localisation de l'IDE</i>	127
3.	<i>La protection d'emploi d'origine législative et la localisation de l'IDE</i>	133
4.	<i>Conclusion</i>	136
IV.	UNE COMPARAISON ENTRE LE QUÉBEC ET LE MASSACHUSETTS	141
A.	LES ASPECTS CONSTITUTIONNELS	142
1.	<i>Situation au Québec</i>	142
a)	Le partage des compétences	142
(1)	La compétence de principe des provinces	142
(2)	La compétence d'exception du fédéral	143
(3)	Des régimes mutuellement exclusifs	144
b)	La Charte canadienne des droits et libertés	146
2.	<i>Situation au Massachusetts</i>	149
a)	Le partage des compétences	150
(1)	Les pouvoirs du Congrès	150
(2)	Les pouvoirs des législatures étatiques	151
(3)	La « Necessary and Proper Clause »	151
(4)	La « Commerce Clause »	151
(5)	La « Suprematie Clause » et le phénomène de la « Preemption »	153
(6)	Des régimes complémentaires	156
b)	Le Bill of Rights et les autres amendements constitutionnels	157
3.	<i>Différences observées</i>	162
a)	Au niveau du partage des compétences	162

(1) La compétence de principe en matière de relations de travail	165
(2) Les rapports entre les régimes législatifs fédéral et fédérés	166
b) Au niveau de la protection des droits et libertés individuels	167
4. <i>Conclusion</i>	170
B. LE DROIT COMMUN.....	175
1. <i>Situation au Québec</i>	175
a) Les caractéristiques générales	178
b) La formation du rapport salarial	179
(1) Les éléments essentiels du salariat	180
(2) La durée du contrat de travail	182
(3) Les conditions de formation des contrats	183
(4) Les conditions particulières quant à la formation du contrat d'adhésion.....	186
c) Le contenu du rapport salarial	187
(1) Les droits et obligations qui découlent directement du droit commun	188
(a) Les obligations de l'employeur.....	188
(b) Les obligations du salarié	192
(2) Les droits et obligations d'origine conventionnelle	198
(3) Les droits et obligations qui découlent implicitement du contrat de travail.....	199
d) La rupture du rapport salarial	202
(1) La fin du contrat de travail	202
(2) La résiliation du contrat de travail.....	203
(3) La survie de certaines obligations	205
(a) Les devoirs de loyauté et de discrétion	205
(b) Les clauses de non concurrence.....	205
2. <i>Situation au Massachusetts</i>	206
a) Les caractéristiques générales	207
b) La formation du rapport salarial	208
(1) Les conditions générales de formation des contrats.....	208
(2) Les conditions particulières à la formation du contrat de travail.....	210
c) Le contenu du rapport salarial	212
d) La rupture du rapport salarial	213
(1) La doctrine de l'employment at-will.....	214
(2) Les limites à la doctrine de l'employment at-will.....	217
(a) Les limites d'origine légale	218
(b) Les limites d'origine jurisprudentielle.....	218
(i) L'exception relative à la « public policy »	220
(ii) L'exception relative au covenant of good faith and fair dealing.....	222

(iii) L'exception relative au « implied contract »	223
(3) La survie de certaines obligations	226
(a) Le devoir de ne pas divulguer de secrets commerciaux	227
(b) Les clauses de non concurrence.....	227
3. <i>Différences observées</i>	228
a) Au niveau du droit commun en général.....	228
b) Au niveau de la formation du rapport salarial	230
c) Au niveau du contenu obligationnel du rapport salarial	232
d) Au niveau de la rupture du rapport salarial	235
(1) La rupture unilatérale du rapport salarial	236
(a) Emploi à durée indéterminée.....	236
(b) Emploi à durée déterminée	240
(2) Les effets de la vente ou de la concession d'entreprise sur le rapport salarial	241
(3) La survie de certaines obligations suite à la fin du rapport salarial	242
4. <i>Conclusion</i>	244
C. LES RAPPORTS COLLECTIFS	248
1. <i>Situation au Québec</i>	248
a) L'importance des rapports collectifs au Québec.....	249
b) Le principe de la libre-négociation collective	251
c) Le <i>Code du travail</i> : la loi cadre des rapports collectifs au Québec	252
(1) Le champ d'application du Code du travail	254
(2) Les autorités d'application	254
(3) La protection du droit d'association.....	258
(4) La procédure d'accréditation	261
(a) La requête en accréditation	261
(b) Le caractère approprié de l'unité de négociation	263
(c) La vérification du caractère représentatif du syndicat	264
(d) Les effets de l'accréditation	266
(e) La transmission de l'accréditation.....	269
(f) La fin de l'accréditation.....	270
(5) La négociation collective	271
(6) L'arbitrage de différends	276
(7) Les moyens de pression	278
(8) La signature et le dépôt de la convention collective	283
(9) La durée et le renouvellement de la convention collective.....	285
(10) L'application de la convention collective	285
d) La convention collective : la pierre angulaire des rapports collectifs.....	291

(1)	Les conditions de validité de la convention collective.....	291
(2)	Les effets de la convention collective.....	292
(3)	Le contenu explicite de la convention collective.....	293
(a)	Les clauses négociées.....	293
(i)	Les clauses contractuelles.....	295
(ii)	Les clauses normatives.....	300
(b)	Les dispositions intégrées par voie législative	306
(4)	Le contenu implicite de la convention collective	307
2.	<i>Situation au Massachusetts</i>	309
a)	L'importance des rapports collectifs au Massachusetts et aux États-Unis	310
b)	Le National Labor Relations Act	312
(1)	La couverture du NLRA.....	315
(2)	Les autorités d'application	316
(3)	Le contenu du NLRA	317
(4)	Les pratiques déloyales	318
(5)	La procédure d'accréditation	323
(6)	La négociation collective	329
(7)	Les moyens de pression	333
(8)	Les règles relatives aux clauses de sécurité syndicale.....	337
(9)	Les Right to Work Laws	340
(10)	L'application de la convention collective	342
c)	La <i>Massachusetts State Labor Relations Law</i>	344
(1)	La couverture de la loi	345
(2)	Les autorités d'application	346
(3)	La procédure d'accréditation	346
(a)	La requête pour la tenue d'élections	347
(b)	La requête en certification par décompte des effectifs	350
3.	<i>Différences observées</i>	351
a)	Au niveau du régime de rapports collectifs.....	351
(1)	Taux de présence syndicale.....	351
(2)	Accréditation du syndicat.....	355
(a)	Pourcentage d'appui requis pour le dépôt d'une requête en accréditation	355
(b)	Détermination du caractère approprié de l'unité d'accréditation	356
(c)	Vérification du caractère représentatif du syndicat	358
(d)	Majorité requise pour l'accréditation du syndicat	361
(e)	Reconnaissance volontaire du syndicat par l'employeur	361
(3)	Sécurité syndicale.....	363
(a)	Financement syndical.....	363

(b)	Appartenance syndicale	365
(4)	Négociation collective	367
(a)	Questions assujetties à l'obligation de négocier de bonne foi	367
(b)	Durée de vie de l'obligation de négocier de bonne foi	369
(c)	Modifications unilatérales des conditions de travail	371
(d)	Arbitrage de la première convention collective en cas de différend	372
(5)	Moyens de pression	374
(a)	Époque où les parties peuvent recourir aux moyens de pression	375
(b)	Utilisation de travailleurs de remplacement pendant un conflit de travail	376
(c)	Protection d'emploi des salariés impliqués dans un conflit de travail	377
(d)	Piquetage secondaire	378
(6)	Application de la convention collective	379
b)	Au niveau de la formation du rapport salarial	382
(1)	La présence d'une clause d'atelier syndical fermé dans la convention collective	383
c)	Au niveau du contenu du rapport salarial	384
d)	Au niveau de la rupture du rapport salarial	386
(1)	Le non-respect par le salarié d'une clause de sécurité syndicale	386
4.	<i>Conclusion</i>	388
D.	L'INTERVENTION DIRECTE DU LÉGISLATEUR DANS LES CONDITIONS DE TRAVAIL	397
1.	<i>Situation au Québec</i>	397
a)	Les normes du travail	398
(1)	Le champ d'application de la L.n.t.	400
(2)	Le salaire	402
(a)	Le salaire minimum	402
(b)	Les modalités de paiement du salaire	403
(c)	Les retenues à la source, les déductions et les frais exigibles du salarié	404
(3)	Le temps de travail	406
(a)	La semaine normale de travail et les heures supplémentaires	406
(b)	Les périodes de repos	409
(c)	La durée maximale du travail	409
(4)	Les congés et les absences protégés	410
(a)	Les jours fériés	410
(b)	Le congé annuel	413
(c)	Les absences pour cause de maladie, d'accident ou d'acte criminel	416
(d)	Les congés et absences pour raisons familiales ou parentales	417
(5)	Le travail des enfants et l'âge minimal requis pour travailler	424
(6)	Le harcèlement psychologique	426
(7)	La protection du lien d'emploi	428

(a)	L’avis de cessation d’emploi et le certificat de travail.....	428
(b)	L’avis de licenciement collectif	430
(c)	Le congédiement fait sans cause juste et suffisante	433
(8)	La mise en œuvre des normes du travail.....	435
b)	La santé et la sécurité du travail	438
c)	Les droits et libertés de la personne	444
(1)	La Charte des droits et libertés de la personne.....	444
(2)	La Loi sur l’équité salariale	453
d)	Les pratiques interdites.....	456
e)	La langue de travail	459
2.	<i>Situation au Massachusetts</i>	462
a)	Les normes du travail.....	463
(1)	Le salaire.....	463
(a)	Le salaire minimum	463
(b)	Les modalités de paiement du salaire.....	467
(c)	Les retenues à la source, les déductions et les frais exigibles du salarié.....	467
(2)	Le temps de travail	469
(a)	La semaine normale de travail et les heures supplémentaires	469
(b)	Les périodes de repos	471
(c)	La durée maximale du travail	473
(3)	Les congés et les absences protégés	473
(a)	Les jours fériés	474
(b)	Le congé annuel	476
(c)	Les congés pour raisons familiales ou médicales	476
(d)	Les autres congés ou absences protégés.....	484
(4)	Le travail des enfants et l’âge minimal requis pour travailler	485
(5)	Le harcèlement psychologique.....	491
(6)	Le préavis de fermeture d’usine ou de mise à pied massive.....	491
(7)	La mise en œuvre des normes du travail.....	497
b)	La santé et la sécurité au travail.....	501
c)	L’interdiction de la discrimination en emploi.....	511
(1)	Le Title VII of the Civil Rights Act of 1964.....	512
(2)	Le Age Discrimination in Employment Act de 1967.....	516
(3)	Le Americans with Disabilities Act de 1990.....	518
(4)	Le Equal Pay Act de 1963.....	521
(5)	L’article 181 du Civil Rights Act de 1866.....	522
(6)	Le Title II of the Genetic Information Non-Discrimination Act de 2008	524
(7)	La Massachusetts Fair Employment Practices Law.....	526

d)	Les pratiques interdites.....	530
3.	<i>Différences observées</i>	534
a)	Au niveau de la formation du rapport salarial	534
(1)	L'âge minimal requis pour travailler.....	535
(2)	Les pratiques interdites en contexte d'embauche	536
(3)	L'interdiction de la discrimination en contexte d'embauche	538
b)	Au niveau du contenu du rapport salarial.....	543
(1)	Les normes du travail	543
(a)	Le salaire minimum	544
(b)	Les modalités de paiement du salaire et déductions.....	546
(c)	La semaine normale de travail et le calcul des heures supplémentaires	546
(d)	La durée maximale du travail.....	547
(e)	Le repos hebdomadaire et les pauses.....	547
(f)	Les congés fériés.....	550
(g)	Le congé annuel	554
(h)	Les autres absences et congés protégés.....	557
(i)	Couverture des règles applicables en la matière	563
(ii)	Nombre de congés et d'absences protégés	564
(iii)	Caractère payé ou non payé des congés et des absences	565
(iv)	Durée des congés et des absences protégés.....	565
(i)	Le travail des enfants	568
(j)	Le harcèlement psychologique	570
(k)	La mise en œuvre des normes du travail.....	571
(2)	La santé et la sécurité du travail.....	571
(3)	L'interdiction de la discrimination en cours d'emploi	573
(4)	Les pratiques interdites en cours d'emploi	574
(5)	La langue de travail	575
c)	Au niveau de la rupture du rapport salarial	577
(1)	Les mesures de protection de l'emploi	577
(a)	L'avis de cessation d'emploi ou de mise à pied.....	577
(b)	L'avis de licenciement collectif	579
(c)	Le congédiement sans cause juste et suffisante	583
(2)	Le paiement de l'indemnité afférente au congé annuel	585
(3)	L'interdiction de la discrimination en contexte de fin d'emploi.....	586
(4)	Les pratiques interdites en contexte de fin d'emploi	586
4.	<i>Conclusion</i>	587
E.	CONCLUSION DE L'ÉTUDE DE DROIT COMPARÉ	596

1.	<i>Les différences observées au niveau de la formation du rapport salarial.....</i>	597
2.	<i>Les différences observées au niveau du contenu du rapport salarial.....</i>	598
3.	<i>Les différences observées au niveau de la rupture du rapport salarial.....</i>	600
4.	<i>Les autres différences observées.....</i>	606
a)	Les différences associées aux aspects constitutionnels du droit du travail	606
b)	Les différences associées aux régimes de rapports collectifs	608
c)	Les différences associées à la tradition juridique des systèmes étudiés.....	615

V. DISCUSSION 617

A.	LES EFFETS POTENTIELS DES DIFFÉRENCES OBSERVÉES AU NIVEAU DE LA FORMATION DU RAPPORT SALARIAL SUR LA LOCALISATION DE L'IDE	621
B.	LES EFFETS POTENTIELS DES DIFFÉRENCES OBSERVÉES AU NIVEAU DU CONTENU DU RAPPORT SALARIAL SUR LA LOCALISATION DE L'IDE.....	627
C.	LES EFFETS POTENTIELS DES DIFFÉRENCES OBSERVÉES AU NIVEAU DE LA RUPTURE DU RAPPORT SALARIAL SUR LA LOCALISATION DE L'IDE	644
D.	LES EFFETS POTENTIEL DES AUTRES DIFFÉRENCES OBSERVÉES SUR LA LOCALISATION DE L'IDE	657
1.	<i>Les différences observées au niveau des aspects constitutionnels</i>	657
2.	<i>Les différences observées au niveau du régime de rapports collectifs.....</i>	661
a)	Taux de présence syndicale	662
b)	Procédure d'accréditation.....	664
(1)	Pourcentage d'appui requis pour le dépôt d'une requête en accréditation	664
(2)	Détermination du caractère approprié de l'unité de négociation.....	665
(3)	Détermination du caractère représentatif du syndicat	665
(4)	Majorité requise pour l'accréditation du syndicat	668
(5)	Reconnaissance volontaire du syndicat par l'employeur	668
c)	Sécurité syndicale	669
d)	Négociation collective.....	672
(1)	Questions assujetties à l'obligation de négocier de bonne foi.....	672
(2)	Durée de vie de l'obligation de négocier de bonne foi.....	673
(3)	Modifications unilatérales des conditions de travail.....	675
(4)	Arbitrage obligatoire de la première convention collective en cas de différend	677
e)	Moyens de pression économiques.....	680
(1)	Époque où les parties peuvent recourir aux moyens de pression.....	680
(2)	Utilisation de travailleurs de remplacement pendant un conflit de travail.....	681
(3)	Protection d'emploi des salariés impliqués dans un conflit de travail	684
(4)	Piquetage secondaire	685
f)	Application de la convention collective	686

3. <i>Les différences observées au niveau de la tradition juridique et du système juridique en général</i>	689
E. CONCLUSION DE LA DISCUSSION	692
CONCLUSION	703
TABLE DE LA LÉGISLATION ET DE LA RÉGLEMENTATION	XXIII
TABLE DES JUGEMENTS	XXIX
BIBLIOGRAPHIE	XLI

Liste des tableaux

Tableau no 1	Synthèse de la littérature relative aux effets des facteurs RI sur la localisation de l'IDE	p. 128-129
Tableau no 2	Motifs de discrimination interdits et couverture pour chacune des lois applicables en matière de discrimination au Québec et au Massachusetts	p. 540-541
Tableau no 3	Congés et absences protégés au sein des territoires étudiés	p. 566-567

Liste des figures

Figure no 1	Déterminants nationaux de l'IDE (CNUCED)	p. 93
Figure no 2	Principales raisons invoquées pour investir à l'étranger (selon Hatem)	p. 102
Figure no 3	Classement des critères de localisation de l'IDE en fonction de leur importance (selon Hatem)	p. 104
Figure no 4	Aperçu des déterminants de l'IDE (selon Hejazi_	p. 107
Figure no 5	Déterminants de l'IDE (selon Whyman et Baimbridge)	p. 114
Figure no 6	Les effets de la flexibilité du marché du travail sur la localisation de l'IDE (selon Whyman et Baimbridge)	p. 123
Figure no 7	Graphique : Taux de présence syndicale, moyenne annuelle, au Québec et au Canada, 1997-2012	p. 251
Figure no 8	Graphique : Taux de présence syndicale, moyenne annuelle, au Massachusetts et aux États-Unis, 2000-2012	p. 310
Figure no 9	Les « Right to Work States » aux États-Unis	p. 341
Figure no 10	Graphique :Taux de présence syndicale, moyenne annuelle, au Québec, au Canada, au Massachusetts et aux États-Unis, 2000-2012	p. 353
Figure no 11	Graphique : Taux de présence syndicale (secteur privé), moyenne annuelle, au Québec, au Canada, au Massachusetts et aux États-Unis, 2000-2012	p. 355

Liste des sigles et des abréviations

AFEP	Association Française des Entreprises Privées (France)
AGO	Attorney General's Office (Massachusetts)
ALE	Accord de libre-échange
ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
ALJ	<i>Administrative Law Judge</i>
BFOQ	<i>Bona Fide Occupational Qualification</i>
C.d.p.d.j.	Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec
C.n.t.	Commission des normes du travail du Québec
C.r.t.	Commission des relations du travail du Québec
C.s.s.t.	Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec
CA	Cour d'appel du Québec
CDD	Contrat de travail à durée déterminée
CDI	Contrat de travail à durée indéterminée
CERB	<i>Commonwealth Employment Relations Board</i> (Massachusetts)
CFR	<i>Code of Federal Regulations</i> (États-Unis)
CGT	Confédération générale du travail (France)
CLP	Commission des lésions professionnelles du Québec
CMR	<i>Code of Massachusetts Regulations</i>
CNUCED	Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement
CPQ	Conseil du patronat du Québec
CQ	Cour du Québec

CS	Cour supérieure du Québec
CSC	Cour suprême du Canada
DHHS	<i>Department of Health and Human Services</i> des États-Unis
DLR	<i>Department of Labor Relations</i> du Massachusetts, anciennement la <i>Division of Labor Relations</i>
DOL	<i>Department of Labor</i> des États-Unis
EEOC	<i>Equal Employment Opportunity Commission</i> des États-Unis
EMN	Entreprise multinationale
EOLWD	<i>Executive Office of Labor and Workforce Development</i> du Massachusetts
EPJ	Exigence professionnelle justifiée
EPL	<i>Employment Protection Legislation</i>
ETA	<i>Employment and Training Administration</i> du <i>Department of Labor</i> des États-Unis
FCEI	Fédération canadienne de l'entreprise indépendante
FDI	<i>Foreign Direct Investment</i>
FEPA	<i>Fair Employment Practices Agency</i> (États-Unis)
FLD	<i>Fair Labor Division</i> du <i>Attorney General's Office</i> du Massachusetts
FTQ	Fédération des travailleuses et travailleurs du Québec
IDE	Investissement direct étranger
IEDM	Institut économique de Montréal
IPAs	<i>Investment Promotion Agencies</i>
IR	<i>Industrial Relations</i>
JLMC	<i>Joint Labor Management Committee for Municipal Police and Fire</i> du Massachusetts

L.R.Q.	Lois refondues du Québec (Recueil des lois et des règlements du Québec)
LMF	<i>Labor Market Flexibility</i>
M&As	<i>Mergers and Acquisitions</i>
M.G.L.	<i>Massachusetts General Laws</i>
MCAD	<i>Massachusetts Commission Against Discrimination</i>
MEDEF	Mouvement des Entreprises de France
MMA	<i>Montreal, Maine and Atlantic Railway Inc.</i>
NACOSH	<i>National Advisory Committee on Occupational Safety and Health</i> des États-Unis
NIOSH	<i>National Institute for Occupational Safety and Health</i> des États-Unis
NLRB	<i>National Labor Relations Board</i> des États-Unis
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OQLF	Office québécois de la langue française
OSHA	<i>Occupational Safety and Health Administration</i> des États-Unis
OSHRC	<i>Occupational Safety and Health Review Commission</i> des États-Unis
PIB	Produit intérieur brut
PME	Petites et moyennes entreprises
R&D	Recherche et développement
RI	Relations industrielles
RQAP	Régime québécois d'assurance parentale
RTW	<i>Right to Work</i>
SJC	<i>Supreme Judicial Court of Massachusetts</i>
TA	Tribunal d'arbitrage
U.S.C.	<i>United States Code</i>

ULP	<i>Unfair Labor Practice</i>
UNCTAD	<i>United Nations Conference on Trade and Development</i>
VAN	Valeur actuelle net
VPP	<i>Voluntary Protection Program</i> adopté en vertu du OSH Act aux États-Unis
WHD	<i>Wage and Hour Division</i> du <i>Secretary of Labor</i> des États-Unis

À mes parents, à mon épouse et à ma fille.

Remerciements

Des remerciements à mes parents, à mon épouse et à ma fille, pour leur présence, leur appui et leur amour indéfectible tout au cours de ce long processus de recherche et de rédaction.

Des remerciements également à mon directeur de recherche, le professeur Gilles Trudeau, pour son soutien, ses conseils et la qualité de son encadrement.

Enfin, des remerciements au *Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail* (CRIMT) et à la *Faculté de droit* et au *Fonds Alan B. Gold* pour leur généreux soutien financier qui a rendu possible la rédaction de cette thèse.

Introduction

Le 14 décembre 2010, un peu plus d'une semaine avant Noël, la multinationale suédoise *Electrolux* annonce son intention de fermer son usine de l'Assomption afin de relocaliser celle-ci à Memphis, au Tennessee¹. En effet, la ville de Memphis, le comté de Shelby et l'État du Tennessee auraient accordé près de 132 millions de dollars en subventions et autres incitatifs, comme des congés fiscaux, afin d'attirer Electrolux chez eux². Selon la direction, la décision de fermer l'usine de l'Assomption était nécessaire afin de permettre à la multinationale de demeurer concurrentielle. Le patron nord-américain d'Electrolux, Billy Benson, aurait affirmé que cette délocalisation s'inscrit dans le mouvement de mondialisation du marché, les principaux fabricants d'électroménagers ayant réduit leur structure de coûts en s'installant dans des marchés à moindre coût³. Electrolux est le numéro deux mondial de l'électroménager. Elle fabrique des réfrigérateurs, des fours et des aspirateurs de marque Electrolux, Eureka ou Frigidaire. Elle emploie près de 51 000 employés à travers le monde. En 2009, son chiffre d'affaires était de 14,3 milliards de dollars américains. L'entreprise, présente à L'Assomption depuis 24 ans, employait quelque 1300 personnes au moment de l'annonce⁴. La fermeture, initialement prévue pour le début 2013, a depuis été reportée au début 2014⁵.

L'annonce de la fermeture a suscité de nombreuses réactions au Québec. Ainsi, le Syndicat des machinistes affilié à la FTQ a dénoncé cette décision et a réclamé l'intervention du gouvernement afin d'empêcher la fermeture. Le Parti québécois et Québec solidaire ont également demandé l'intervention du gouvernement dans ce dossier. Les députés provinciaux et fédéraux, la mairesse de L'Assomption, le centre local d'emploi, Service Canada et la chambre de commerce de L'Assomption se sont mobilisés et ont tenté de trouver des solutions

¹ RADIO-CANADA et LA PRESSE CANADIENNE, « Electrolux fermera son usine de L'Assomption », Radio-Canada, 14 décembre 2010, en ligne : <http://www.radio-canada.ca> (consulté le 15 février 2012).

² Vincent CHAMPAGNE, « Quel avenir pour les employés d'Electrolux? », Radio-Canada, 21 novembre 2011, en ligne : <http://blogues.radio-canada.ca> (consulté le 15 février 2012).

³ Martin VALLIÈRES et André DUBUC, « Fermeture à L'Assomption: Electrolux sacrifie 1300 emplois », La Presse, 14 décembre 2010, en ligne : <http://affaires.lapresse.ca> (consulté le 15 février 2012).

⁴ RADIO-CANADA et LA PRESSE CANADIENNE, « Electrolux fermera son usine de L'Assomption », Radio-Canada, 14 décembre 2010, en ligne : <http://www.radio-canada.ca> (consulté le 15 février 2012).

⁵ Vincent CHAMPAGNE, « Quel avenir pour les employés d'Electrolux? », Radio-Canada, 21 novembre 2011, en ligne : <http://blogues.radio-canada.ca> (consulté le 15 février 2012).

afin d'atténuer les conséquences de cette fermeture sur les travailleurs et la région. Pour sa part, le gouvernement du Québec, par l'intermédiaire du ministre du développement économique de l'époque, M. Clément Gignac, a indiqué qu'il tenterait « d'influencer les dirigeants pour qu'ils reviennent sur leur décision », tout en se demandant si « du côté du syndicat, on est prêt à faire preuve de flexibilité pour qu'on puisse abaisser les coûts? »⁶.

Le 26 janvier 2012, c'était au tour de la multinationale mexicaine *Mabe* d'annoncer son intention de fermer son usine d'électroménagers de Montréal – une usine qui est en opération depuis près de 60 ans – et d'en relocaliser la production dans ses usines américaines et mexicaines. La fermeture complète de l'usine est prévue pour 2014. Près de 740 personnes perdront ainsi leur emploi. Mabe est le plus grand manufacturier d'électroménagers au Canada. Elle fabrique les produits de marque GE et Hotpoint. La forte appréciation du dollar canadien au cours des dernières années et le ralentissement économique aux États-Unis – où sont exportés 90 pour cent de la production de l'usine – seraient à l'origine de cette décision. En effet, malgré des concessions importantes de la part des travailleurs lors de la dernière négociation collective, l'entreprise aurait continué de perdre des sommes d'argent importantes aux cours des dernières années. Déjà, en 2008, une partie de la production avait été transférée au Mexique, et en 2009, des travailleurs avaient été licenciés en raison d'une annulation de commandes par un important client⁷.

Ce ne sont là que deux exemples d'entreprises manufacturières qui relocalisent leurs activités de production du Québec vers les États-Unis. Les groupes de pression qui défendent les intérêts du patronat et les groupes de réflexion qui font la promotion du néolibéralisme

⁶ RADIO-CANADA, LA PRESSE CANADIENNE et AGENCE FRANCE-PRESSE, « Les élus de Lanaudière veulent des réponses », Radio-Canada, 15 décembre 2010, en ligne : <http://www.radio-canada.ca> (consulté le 15 février 2012); PARTI QUÉBÉCOIS, « Fermeture d'Electrolux à L'Assomption : le Parti Québécois demande au gouvernement d'agir rapidement », 14 décembre 2010, en ligne : <http://pq.org> (consulté le 15 février 2012); QUÉBEC SOLIDAIRE, « Québec solidaire dénonce le drame social d'Electrolux et exige le retour des subventions accordées par Québec », CNW Telbec, 20 décembre 2010, en ligne : <http://cnw.ca> (consulté le 15 février 2012).

⁷ RADIO-CANADA et LA PRESSE CANADIENNE, « Plus de 700 emplois seront perdus chez Mabe à Montréal », Radio-Canada, 26 janvier 2012, en ligne : <http://www.radio-canada.ca> (consulté le 15 février 2012); LA PRESSE et LA PRESSE CANADIENNE, « Mabe ferme son usine de Montréal: 740 emplois perdus », La Presse, 26 janvier 2012, en ligne : <http://affaires.lapresse.ca> (consulté le 15 février 2012); ARGENT, « Mabe ferme : 700 emplois perdus », Argent, 26 janvier 2012, en ligne : <http://argent.canoe.ca> (consulté le 15 février 2012).

économique prétendent que ces délocalisations sont dues aux règles du droit du travail québécois qui sont trop rigides et qui ne permettent pas aux entreprises situées au Québec d'être aussi concurrentielles que les entreprises situées ailleurs, et plus particulièrement aux États-Unis. Selon eux, il est normal qu'en contexte d'intégration économique, les entreprises établissent leurs activités au sein des territoires où les règles de droit du travail sont les moins contraignantes, en l'occurrence, les États-Unis.

Le cas d'Electrolux illustre particulièrement bien cette problématique. En effet, la mondialisation des marchés et la nécessité pour l'entreprise de réduire sa structure de coûts sont directement invoquées par l'entreprise afin de justifier la décision de fermer l'usine⁸. Et bien que l'entreprise ne le mentionne pas de façon explicite, on peut croire que la présence d'un syndicat accrédité dans l'entreprise – et les règles particulières qui s'appliquent alors à celle-ci – ont un effet important sur cette structure de coûts. La réponse du gouvernement du Québec à la fermeture de l'entreprise – dans laquelle le ministre responsable du dossier s'interroge sur la possibilité pour le syndicat « de faire preuve de flexibilité pour qu'on puisse abaisser les coûts » – semble d'ailleurs aller dans ce sens. Les coûts élevés qu'impliquait la présence d'un syndicat accrédité au sein de l'entreprise auraient pu jouer un rôle dans la fermeture de l'usine. Or, certains affirment que la présence d'un syndicat dans une entreprise est directement influencée par le caractère plus ou moins favorable des règles législatives et réglementaires applicables en matière de reconnaissance syndicale.

Le cas de *Mabe* illustre également cette problématique. Bien que la version officielle mette surtout l'accent sur l'appréciation rapide du dollar canadien et le ralentissement de l'économie américaine pour justifier la décision de fermer l'usine⁹, certains sont d'avis que la structure de coûts – et, plus particulièrement, les coûts de main-d'œuvre – aurait joué un rôle

⁸ Ceci étant, on peut se demander si ce sont là les véritables facteurs qui ont motivé la décision d'Electrolux ou de simples prétextes. Il semble en effet que d'autres facteurs aient joué un rôle important, voire dominant, dans le cadre de la décision prise par la multinationale, soit les subventions et les incitatifs à l'investissement qui ont été offerts par les autorités de la région de Memphis.

⁹ Le syndicat des travailleurs de l'usine évoque quant à lui un troisième facteur, soit celui du protectionnisme américain. En effet, selon lui, le *Buy American Act* aurait joué un rôle fondamental dans la décision de la multinationale de fermer l'usine de Montréal plutôt que de fermer une usine située aux États-Unis. Voir : SCEP-QUÉBEC, « Annonce de fermeture de l'usine MABE en 2014 : les travailleurs et les travailleuses sont sous le choc », SCEP-Québec, 26 janvier 2012, en ligne : <http://www.scepquebec.qc.ca> (consulté le 15 février 2012).

central dans le cadre de cette décision¹⁰. En effet, les pertes enregistrées par l'usine au cours des dernières années ne résulteraient pas tant des facteurs ci-avant mentionnés que des conditions de travail et des avantages sociaux très (trop) avantageux prévus à la convention collective 2007-2012¹¹. Or cette situation serait engendrée par la législation québécoise du travail, qui exercerait une pression telle sur les entreprises que certaines d'entre elles seraient contraintes d'exploiter leurs établissements avec une rentabilité grandement réduite plutôt que de s'engager dans un conflit de travail ouvert avec leurs salariés. En effet, la législation québécoise du travail déplacerait le point d'équilibre de la négociation collective dangereusement près du seuil de rentabilité, avec le résultat que certaines entreprises accepteraient d'exploiter leurs établissements presque à pertes plutôt que de vivre un conflit de travail qui pourrait s'avérer encore plus coûteux. Ce faisant, elle rendrait les entreprises beaucoup plus vulnérables aux fluctuations du marché, avec les conséquences que l'on connaît pour l'usine de Mabe¹².

Or qu'en est-il réellement ? Les lobbies patronaux et les tenants du discours pro-néolibéral ont-ils raison de pointer du doigt la législation québécoise du travail (et plus généralement, le droit du travail) comme étant responsable des délocalisations vers les États-Unis? Ou encore, exagèrent-ils tout simplement le problème en ne soulevant que les aspects négatifs du droit du travail québécois au détriment des ses aspects positifs ? La question se pose. En effet, il est indéniable que la nouvelle économie exerce des pressions importantes sur les territoires nationaux afin que leur droit du travail national soit le plus compétitif possible,

¹⁰ Frédéric MASSÉ, « MABE or how to Make A Bad Economy worse », Edilex, 26 janvier 2012, en ligne : <http://www.edilex.com> (consulté le 15 février 2012).

¹¹ Convention collective intervenue entre Mabe Canada inc. et Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 501, en vigueur du 5 mars 2007 au 4 mars 2012.

¹² Frédéric MASSÉ, *préc.*, note 10: « *Notre législation du travail (notamment les dispositions anti-briseurs de grève du Code du travail) crée présentement (surtout pour les entreprises manufacturières) un environnement où le point d'équilibre en négociation est dangereusement proche du point de rentabilité (c.-à-d. un environnement où, pour éviter les coûts importants d'un conflit et préserver un retour, même faible, sur mes investissements, je vais accepter de verser à mon personnel des conditions de travail déconnectées de la réalité du marché, mais malgré tout moins dispendieuses qu'une grève...).* Ajoutez à ça un ensemble de sous-facteurs économiques et humains et vous obtenez une situation où une entreprise tolère, pendant plusieurs années, d'opérer presque à pertes ou, si elle subit ne serait-ce qu'un léger contrecoup financier, carrément à pertes (parce qu'elle perd encore plus si elle n'opère pas). »

mais cela signifie-t-il qu'il n'y a plus de place pour des droits du travail nationaux distincts et adaptés aux besoins – et aux valeurs – de la population locale ?

La présente thèse entend apporter un éclairage nouveau à cette problématique. Ainsi, elle tente de déterminer si les différences observées entre les droits du travail québécois et américain ont nécessairement pour effet de décourager l'IDE entrant au Québec en contexte d'intégration économique avec les États-Unis (comme le prétendent certains groupes de pression et de réflexion) ou si, au contraire, elles (ou, à tout le moins, certaines d'entre elles) n'auraient pas plutôt pour effet de favoriser l'IDE entrant au Québec, ou si, tout simplement, elles ne seraient que de peu d'importance. En d'autres termes, notre thèse propose de mieux comprendre les contraintes et les opportunités que le droit du travail québécois offre aux entreprises multinationales comparativement au droit du travail applicable aux États-Unis. Pour atteindre ces objectifs, nous proposons une démarche en trois étapes.

En un premier temps, nous tenterons de clarifier le rôle que joue le droit du travail national dans le cadre des décisions de localisation de l'investissement direct étranger des entreprises multinationales. Pour ce faire, nous effectuerons une revue de littérature afin d'identifier les principaux déterminants de la localisation de l'investissement direct étranger, c'est-à-dire les facteurs que les entreprises multinationales considèrent dans le cadre de ces décisions. Nous effectuerons également une revue de littérature qui portera plus précisément sur le droit du travail à titre de déterminant de l'investissement direct étranger. Celle-ci nous permettra de clarifier l'importance relative du droit du travail dans le cadre des décisions de localisation de l'IDE des multinationales et d'identifier quelles composantes du droit du travail ont les effets les plus importants à ce chapitre, que ceux-ci soient favorables, ou encore, défavorables.

Comme nous aurons l'occasion de le voir, ces revues de littérature indiquent que la décision d'investissement est un phénomène multidimensionnel dans le cadre duquel le droit du travail national n'est qu'un facteur parmi d'autres. Il est vrai qu'il est un facteur important dans le cadre de cette décision, mais son importance n'est pas absolue : elle varie selon différents facteurs, parmi lesquels on compte le secteur d'activité concerné et le type d'investissement effectué, pour ne nommer que ceux-là. En outre, le droit du travail ne

représenterait pas qu'une source de contraintes pour l'entreprise : il pourrait également constituer une source d'opportunités pour celle-ci, tout dépendamment de la stratégie adoptée. Ainsi, un droit du travail très protecteur pourrait déplaire à une entreprise qui mise de façon particulière sur la flexibilité numérique et fonctionnelle de la main-d'œuvre à titre d'avantage concurrentiel, alors qu'il pourrait paraître attrayant à l'entreprise qui cherche à se distinguer en misant sur l'engagement et la responsabilisation des salariés comme moyens d'attirer et de conserver une main-d'œuvre qualifiée, rare et difficilement remplaçable.

En un deuxième temps, nous effectuerons une étude de droit comparé afin de déterminer en quoi le droit du travail québécois diffère du droit du travail américain. Pour ce faire, il est nécessaire de faire une description détaillée des droits du travail nationaux impliqués, puis de les comparer, afin d'en faire ressortir les principales différences. Le droit du travail québécois étant déjà bien connu et ayant déjà été amplement décrit par d'autres auteurs québécois, la principale contribution de notre thèse à cet égard résidera plutôt dans la description et l'analyse approfondie du droit du travail américain. En effet, le droit du travail applicable aux États-Unis est encore relativement méconnu chez nous, ce qui ne manque pas d'étonner compte tenu du fait que les États-Unis sont notre premier partenaire commercial et une puissance économique mondiale. Certaines études se sont déjà intéressées à cette question, mais la plupart d'entre elles ne considèrent qu'un nombre limité de dimensions du droit du travail et, surtout, ne tiennent pas compte du caractère fédéral des États-Unis et du Canada. Or, à la différence de ces études, l'étude de droit comparé que nous effectuons dans le cadre de la présente thèse s'intéresse à un nombre beaucoup plus grand de dimensions du droit du travail et tient compte non seulement du droit du travail de niveau fédéral (à tout le moins, aux États-Unis), mais également du droit du travail de niveau fédéré (i.e. provincial au Canada, étatique aux États-Unis) et, chose à ne pas négliger, au droit commun. Enfin, contrairement aux études réalisées en la matière, la nôtre s'intéresse également aux rapports entretenus entre les régimes fédéral et fédérés des pays étudiés, une question qui relève davantage du droit constitutionnel que du droit du travail, mais qui est particulièrement importante aux fins de déterminer les règles applicables à une situation de travail donnée.

Comme nous aurons l'occasion de le voir, notre étude révèle des différences importantes entre les droits du travail étudiés. Ainsi, le législateur québécois a davantage

tendance à intervenir dans les conditions de travail que le législateur américain et la protection de l'emploi d'origine législative est beaucoup généreuse au Québec qu'elle ne l'est aux États-Unis, où elle est pratiquement inexistante. De plus, les rapports collectifs sont davantage encadrés par la loi au Québec qu'aux États-Unis. À l'inverse, les règles de droit du travail applicables aux États-Unis sont beaucoup moins prévisibles que les règles de droit du travail applicables au Québec et les condamnations monétaires auxquelles sont exposés les employeurs sont beaucoup plus élevées aux États-Unis qu'au Québec.

Enfin, en un troisième temps, nous tenterons d'identifier, à la lumière des résultats de notre revue de littérature sur les déterminants de l'IDE et de notre étude de droit comparé, les effets que les différences observées sont susceptibles d'avoir sur la localisation de l'IDE au sein de l'un ou l'autre des territoires étudiés. Cette dernière étape nous permettra de mieux comprendre les effets que le droit du travail québécois est susceptible d'avoir sur l'investissement direct étranger entrant au Québec en contexte d'intégration économique avec les États-Unis et, par le fait même, de mieux comprendre les contraintes et les opportunités que le droit du travail québécois offre aux entreprises multinationales comparativement au droit du travail applicable aux États-Unis. Comme pourra le constater le lecteur, certaines des différences observées sont effectivement susceptibles de décourager l'investissement direct étranger au Québec. Or, comme nous l'avons déjà évoqué, toutes les entreprises n'accordent pas la même importance à ces différences, même que certaines peuvent voir dans quelques unes de ces différences des opportunités plutôt que des contraintes. En outre, l'exercice nous permet d'identifier des différences qui, contrairement aux premières, sont plutôt favorables à l'IDE entrant au Québec. Or, celles-ci – on comprend facilement pourquoi – sont habituellement passées sous silence par les groupes de pressions qui défendent les intérêts du patronat et les groupes de réflexion qui font la promotion du néolibéralisme.

La contribution de notre thèse à la littérature scientifique est donc multiple. Non seulement permet-elle d'apporter un éclairage nouveau à la problématique des effets du droit du travail québécois sur la localisation de l'IDE en contexte d'intégration économique avec les États-Unis – notre partenaire commercial le plus important et une puissance économique mondiale – mais elle permet de mieux connaître et de mieux comprendre le droit du travail qui y est applicable, de mieux connaître les différences qu'il présente avec notre propre droit du

travail et de mieux saisir les implications de ces différences, plus particulièrement en matière de localisation de l'investissement direct étranger.

I. Le droit du travail américain : un droit plus favorable à l'investissement que le droit du travail québécois ?

Notre thèse s'intéresse à la question de savoir si le droit du travail américain est plus favorable à l'investissement direct étranger que le droit du travail québécois. Elle entend plus précisément analyser si les différences observées entre le droit du travail québécois et le droit du travail américain peuvent décourager l'IDE entrant au Québec en contexte d'intégration économique avec les États-Unis ou si, au contraire, le Québec est capable de tirer son épingle du jeu. En somme, elle propose de mieux comprendre les contraintes et les opportunités que le droit du travail québécois offre aux entreprises multinationales comparativement au droit du travail applicable aux États-Unis.

Cette problématique est très actuelle : elle est constamment évoquée dans le discours des groupes de pressions qui défendent les intérêts patronaux ou qui font la promotion du néolibéralisme économique. Or, si l'on devait se fier uniquement aux discours de ces groupes de pression, on pourrait croire que le droit du travail québécois – contrairement à celui en vigueur aux États-Unis – n'a pratiquement que des effets négatifs sur l'IDE. Il devrait en conséquence être assoupli, au risque de voir les entreprises multinationales délocaliser leurs activités de production déjà présentes sur le territoire québécois vers d'autres lieux, en particulier aux États-Unis.

Le discours tenu par ces groupes de pression n'est toutefois pas dénué de sens. Le contexte économique mondial actuel exerce effectivement des pressions importantes sur les droits du travail nationaux et le droit québécois n'y échappe pas. Ainsi, la mondialisation des marchés (qui comprend l'intégration économique des marchés à l'échelle continentale, comme c'est le cas avec l'ALÉNA) et la présence accrue des entreprises multinationales dans l'économie mondiale font en sorte que les entreprises ne sont plus prisonnières de frontières étatiques comme elles ont déjà pu l'être. Elles sont aujourd'hui libres de localiser leurs activités de production, en totalité ou en partie, dans le ou les territoires qui répondent le plus à leurs attentes. Les frontières étatiques étant désormais perméables autant au capital (libre circulation des capitaux) qu'aux produits et services (commerce international, importations,

exportations), les entreprises multinationales peuvent centraliser leurs activités de production dans le ou les territoires qui répondent le plus à l'ensemble de leurs exigences, sans conséquences sur l'accessibilité au marché régional, puisqu'elles y auront accès où qu'elles soient (plate-forme d'exportation régionale). Ou encore, les entreprises multinationales peuvent localiser une partie de leurs activités de production au sein d'un territoire et une autre au sein d'un autre territoire, et ainsi de suite, en tirant profit des avantages concurrentiels offerts par différents territoires, et ce, pour différents chaînons de la chaîne de production. En somme, le contexte économique mondial actuel fait en sorte que les territoires nationaux sont en concurrence entre eux pour attirer l'IDE des entreprises multinationales, et à l'inverse, les entreprises multinationales s'adonnent à ce qu'il est désormais convenu d'appeler du « *Regime Shopping* ». La question est donc très légitime et se pose avec acuité.

A. Les concepts impliqués

La présente thèse fait essentiellement intervenir trois concepts : le droit du travail national, l'investissement direct étranger et la mondialisation de l'économie. Or, il importe avant tout d'en rappeler les définitions et les principales dimensions théoriques.

1. Le droit du travail

Après avoir vu les principales définitions que peut revêtir le concept de droit du travail (a)), nous en étudierons les fonctions (b)) et les sources (c)), pour conclure avec l'étude de sa portée territoriale (d)) qui, comme nous aurons l'occasion de le constater, est éminemment limitée.

a) Définition

On ne peut faire une étude du droit du travail sans s'intéresser à sa définition. En effet, la définition d'un concept nous permet de comprendre la portée du phénomène qui y est associé. En droit, cependant, l'utilité de cette démarche dépasse celle de la seule compréhension du phénomène étudié : elle nous permet d'en connaître le champ d'application, c'est-à-dire à quelles situations et, éventuellement, à quelles personnes et entités les règles associés à un domaine particulier du droit (en l'occurrence, le droit du travail) s'appliquent.

Les définitions du droit du travail sont nombreuses. Certains le définissent comme l' « ensemble des règles juridiques qui gouvernent les rapports du travail et les institutions qui s'y rattachent »¹³. D'autres le définissent plutôt comme « l'ensemble des règles étatiques s'appliquant à la prestation de travail salariée et qui a comme fonction première la protection du salarié, subordonné juridiquement et, souvent, économiquement à son employeur, contre les iniquités et les abus que peut engendrer le libre marché dans la détermination des conditions de travail »¹⁴. D'autres, encore, le définissent plutôt comme un « amalgame de règles et d'institutions propres et de données empruntées aux grands systèmes de droit privé ou public » qui, « malgré l'importance de quelques grandes lois sur le travail, (...) n'a pas atteint une autonomie complète par rapport à l'ensemble du droit applicable au Québec »¹⁵.

Ceci étant, l'une des définitions du droit du travail les plus générale et les plus récente qu'il nous ait été donné de rencontrer est celle formulée en 2011 par l'auteur Adrian Goldin :

In any case, I will call it the « basic » or « original idea » [of labour law] to distinguish it from « other ideas » [of labour law] that, although within its framework, bear the distinctive marks of the particular legal systems harbouring them and, hence, is lacking that purported quasi-universality.

From this modest perspective, labour law would be the the branch of the legal order that deals with the provision of human labour within the framework of production and service processes organized by another (the job giver), to the benefit of the latter. In that relation the job giver is the holder of a scarce factor (capital), which is fundamental for the working of these processes which the providers need to join to obtain a consideration enabling them to satisfy their needs.

The main concern inspiring labour law has to do with the fact that that service, unlike other exchanged in product markets, is inseparable from the person providing it (...). This inseparability prevents the original dispossession of the service the job giver is

¹³ Gérard DION, *Dictionnaire des relations de travail*, Presses de l'Université Laval, 1986.

¹⁴ Marie-Ange MOREAU et Gilles TRUDEAU, « Le droit du travail face à la mondialisation de l'économie », (1998) 53 *Relations industrielles / Industrial Relations* 55, 56.

¹⁵ Robert P. GAGNON, Louis LEBEL Pierre VERGE, *Droit du travail*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1991, p. 5. Voir également : Pierre VERGE, Gilles TRUDEAU et Guylaine VALLÉE, *Le droit du travail par ses sources*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 4 et 5.

*paying for, which calls for a certain degree of subjection (subordination) to substitute for that inaccessible dispossession*¹⁶.

Ces définitions du droit du travail sont compatibles avec une définition beaucoup plus ancienne, formulée il y a près de 40 ans, par un auteur québécois¹⁷. Mais malgré son âge, toutefois, cette définition mérite qu'on s'y attarde en raison de l'analyse systématique qu'en a fait son auteur à l'époque. Ainsi, le droit du travail serait *l'étude des rapports juridiques prenant naissance à l'occasion de l'exécution d'un travail subordonné*. À noter que le droit du travail est défini ici sous un angle académique et non pratique, d'où la tournure particulière de la définition à titre d'« étude ». Elle comporte trois éléments. Le premier élément, le « facteur de rattachement », est celui de *l'exécution d'un travail subordonné*. Pour qu'une situation soit régie par le droit du travail, il doit y avoir exécution d'un travail par une personne, l'employé, sous la surveillance et le contrôle d'une autre personne, l'employeur. Le second élément, l'« objet formel », est celui de l'étude des *rapports juridiques* comme tels. Le droit du travail se préoccupe de l'aspect juridique des relations de travail à l'exclusion des autres aspects de l'étude du travail pris dans son ensemble. Enfin, le troisième élément, l'« objet matériel », est celui de l'étude des rapports juridiques *qui prennent naissance à l'occasion de l'exécution d'un travail subordonné*. Le droit du travail comprend ainsi les règles qui régissent l'exécution même du travail et établissent, par le fait même, les conditions de travail dans les entreprises. Celles-ci peuvent prendre la forme de réglementation étatique ou d'ententes collectives. Ce sont également les règles juridiques qui ont trait à la formation et à l'activité des associations syndicales.

Quelle que soit la définition particulière retenue, donc, une constante demeure: le droit du travail est le droit qui prend en compte et qui régit le « travail subordonné » pour le compte d'autrui¹⁸. En effet, la notion de subordination joue un rôle central en droit du travail. C'est

¹⁶ Adrian GOLDIN, « Global Conceptualizations and Local Constructions of the Idea of Labour Law », dans Guy DAVIDOV et Brian LANGILLE (dir.), *The Idea of Labour Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 69, à la p. 70.

¹⁷ Pierre VERGE, *Droit du travail*, Faculté de droit, Université Laval, 1968, p. 1.3-1.9.

¹⁸ Alain SUPIOT, *Le droit du travail*, Que sais-je ?, n° 1268, Paris, Presses Universitaires de France, 2004, p. 6 et 67-72 ; Pierre VERGE et Guylaine VALLÉE, *Un droit du travail ? Essai sur la spécificité du droit du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 19 ; P. VERGE, *préc.*, note 17.

elle qui permet de distinguer le contrat de travail des autres formes de contrats synallagmatiques à titre onéreux portant sur une activité économique, comme le sont les contrats de mandat, d'entreprise, de société ou de franchise, pour ne nommer que ceux-là¹⁹. En effet, l'évolution historique du droit du travail a conduit à la construction graduelle d'un statut de salarié qui tient compte des différents aspects de la réalité du travail subordonné et qui s'impose aux parties au rapport de travail, totalement ou en partie, selon la règle en cause²⁰. C'est donc essentiellement par l'intermédiaire du statut de « travailleur salarié » qu'un individu pourra bénéficier de la protection du droit du travail :

Au Québec, comme ailleurs en Occident, le développement (...) du droit régissant le travail subordonné allait viser à traduire la réalité du travail subordonné, à prendre en compte l'assujettissement, physique et moral, du salarié : réception et encadrement de l'autonomie collective par le droit étatique et élaboration d'un droit directement protecteur. De toute cette action législative, il résulte aujourd'hui un « statut » de salarié, au sens plus souple du terme cette fois, ensemble de droits et obligations, procédant de diverses lois ou, à tout le moins, affirmés par elles lorsqu'ils dérivent de la négociation collective²¹.

Ceci étant, ce ne sont pas toutes les règles susceptibles de s'appliquer au travail salarié qui font partie intégrante du droit du travail. Seules celles s'appliquant *de façon spécifique* au travail salarié en feraient partie. À titre d'exemple, le droit positif québécois comporte une multitude de règles et d'institutions susceptibles de s'appliquer aux situations de travail salarié²². Or, ce que l'on entend par l'expression « droit du travail » au Québec correspondrait à la partie du droit positif québécois *spécifiquement applicable aux situations de travail*

¹⁹ A. SUPLOT, *préc.*, note 18, p. 71 ; Marie-France BICH, « Le contrat de travail », dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil, Tome 2, Obligations, contrats nommés*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 741, à la p. 752.

²⁰ P. VERGE et G. VALLÉE, *préc.*, note 18, p. 85 ; Pierre VERGE, « Réalité juridique du rapport de travail », dans Gilles TRUDEAU, Guylaine VALLÉE et Diane VEILLEUX, *Études en droit du travail à la mémoire de Claude D'Aoust*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 343, à la p. 357.

²¹ P. VERGE *préc.*, note 20, p. 347.

²² P. VERGE et G. VALLÉE, *préc.*, note 18, p. 3 : « *Le droit positif québécois contemporain renferme (...) un ensemble de normes et d'éléments institutionnels épars applicables aux situations de travail subordonné. Ce droit, aussi bien matériel que procédural au sens large du terme, est, comme tout autre, de source législative, jurisprudentielle et doctrinale; il est aussi conventionnel, individuellement et collectivement, et peut découler d'usages. Il peut s'agir d'un appel à des éléments de droit commun, privé ou public. Pour ce qui est du droit légiféré, ce dernier résulte certes de lois consacrées spécifiquement au travail, mais il peut aussi résider dans des aspects particuliers de lois se rattachant plus généralement à des contextes autres que celui du travail.* »

subordonné, par opposition à celles qui ne lui sont qu'applicables que d'une façon générale²³. C'est pourquoi de nombreux auteurs s'accordent pour définir le droit du travail comme étant *le droit régissant spécifiquement le travail subordonné*²⁴.

En somme, quelle que soit la définition particulière du droit du travail adoptée, on peut en conclure que le droit du travail est constitué de l'ensemble des règles juridiques qui s'appliquent de façon spécifique au travail subordonné ou, en d'autres termes, au travail effectué par un travailleur salarié²⁵. Ces règles trouvent leur source dans le droit commun, dans les lois du travail et dans les rapports collectifs. Elles comprennent tant les règles d'origine constitutionnelle, légale, réglementaire, jurisprudentielle, conventionnelle que coutumières.

Le concept de « droit du travail » étant défini, il convient maintenant d'apporter certains précisions d'ordre terminologique. En effet, le sens de l'expression « droit du travail » (en anglais « Labor Law ») n'est pas universel. Il est susceptible de varier d'un pays à un autre et, plus particulièrement, d'une tradition juridique à une autre. Ainsi, aux États-Unis – un pays de common law et de langue anglaise – l'expression « Labor Law » a un sens beaucoup plus restreint que l'expression « droit du travail » bien que la première définition constitue en principe la traduction littérale de l'autre. Alors que l'expression « droit du travail » fait référence aux trois sources du droit du travail (i.e. les règles de droit commun applicable au contrat de travail, les rapports collectifs du travail et l'intervention directe de l'État dans les conditions de travail), l'expression « Labor Law » ne fait référence qu'aux rapports collectifs du travail. En fait, on utilise aux États-Unis une deuxième expression – « Employment Law » – pour faire référence aux deux autres sources du droit du travail que sont le droit commun et

²³ *Id.*, p.4 : « Distinguant à même cet ensemble, indépendamment de la nature de leur support formel, les éléments destinés à prendre en compte spécifiquement cette réalité du travail subordonné de ces autres éléments qui ne lui sont qu'applicables, comme à d'autres situations, pour ne retenir que les premiers, on se trouve ainsi, matériellement, en présence d'un corpus présentant potentiellement des caractères ou des traits distinctifs à l'intérieur de l'ensemble juridique. ».

²⁴ P. VERGE et G. VALLÉE, *préc.*, note 18, p. 6 ; P. VERGE *préc.*, note 20, p. 345.

²⁵ A. GOLDIN, *préc.*, note 16; Harry ARTHURS, « Labour Law After Labour », dans G. DAVIDOV et B. LANGILLE, *préc.*, note 16, p. 13; Manfred WEISS, « Re-Inventing Labour Law? », dans G. DAVIDOV et B. LANGILLE, *préc.*, note 16, p. 43.

les lois particulières du travail, et une troisième expression – « Labor and Employment Law » – pour faire référence aux trois sources de façon combinée²⁶.

Mis à part ces différences d'ordre terminologique, toutefois, le droit du travail (i.e. le « Labor and Employment Law ») fait normalement référence aux mêmes politiques publiques et trouve son origine dans les mêmes sources, soit le droit commun, les rapports collectifs du travail et les conditions de travail déterminées directement par l'État. Des différences sont toutefois observées dans la contribution respective de chacune de ces sources au droit du travail national, certains pays s'en remettant davantage à l'intervention directe de l'État dans les conditions de travail, d'autres s'en remettant davantage aux rapports collectifs, et d'autres, enfin, laissant plutôt ces questions au domaine du droit commun.

b) Fonctions

L'étude des fonctions du droit du travail nous permet de mieux comprendre sa raison d'être²⁷. De façon générale, on reconnaît que le droit du travail a pour vocation de protéger les travailleurs salariés. Or, ses fonctions ne s'arrêtent pas là. Ainsi, en plus de son rôle protecteur, le droit du travail a pour principales fonctions de participer au fonctionnement de l'économie, d'organiser les milieux de travail et de participer au développement de l'emploi.

L'inégalité caractéristique du rapport de travail subordonné à laquelle le droit du travail est applicable explique l'apparition et le développement d'un droit qui a pour fonction de protéger la personne même du salarié. En effet, la salarié est contraint de travailler dans une entreprise qui n'est pas la sienne (contrainte physique) et sous les directives d'une autre personne : l'employeur (subordination de la volonté). Cette première fonction du droit du travail est celle qui, historiquement, s'est développée en premier lieu par l'adoption de lois cherchant à assurer la protection physique des salariés et à limiter la durée du travail. De nos jours, toutefois, l'éventail des lois qui remplissent ce rôle est beaucoup plus large²⁸.

²⁶ M. WEISS, *préc.*, note 25, p. 43; H. ARTHURS, *préc.*, note 25, p. 16 et 17.

²⁷ De façon générale, voir sur cette question : P. VERGE et G. VALLÉE, *préc.*, note 18, p. 31.

²⁸ À titre d'exemple, au Québec, en plus des lois en matière de normes minimales du travail, de santé et sécurité au travail et d'indemnisation des victimes de lésions professionnelles, des lois comme le *Code civil du Québec* et

Ceci étant, le droit du travail s'intègre dans une économie de marché capitaliste et doit aussi tenir compte de cette réalité. Il a par conséquent comme seconde fonction de contribuer au bon fonctionnement de l'économie en permettant aux entreprises de fonctionner et de s'adonner au commerce. Pour ce faire, le droit du travail assure la régulation du conflit social inhérent au rapport salarial et aux relations de travail et prend en compte l'intérêt de l'entreprise. Ainsi, en contexte de rapports individuels, le droit du travail assure aux travailleurs des conditions de travail décentes et permet d'éviter les abus. En somme, il rend acceptable (ou supportable) le « rapport de domination » employeur-employé. En contexte de rapports collectifs, où les conditions de travail applicables sont déterminées par les parties elles-mêmes suite à l'exercice de leur rapport de forces respectif, le droit du travail cherche plutôt à assurer la paix industrielle et sociale en limitant les conflits de travail et leurs impacts sur l'économie par le biais d'un encadrement législatif approprié. Enfin, l'intérêt de l'entreprise est également considéré dans le cadre de différentes situations de la relation d'emploi. Ainsi, l'intérêt de l'entreprise peut justifier l'atteinte à certains droits fondamentaux des travailleurs en matière de sélection (par ex. : exigence professionnelle justifiée), module l'intensité de certaines obligations contractuelles du salarié envers l'employeur (par ex. : obligation de loyauté) et est généralement pris en compte dans le cadre des décisions de l'employeur prises en vertu de ses droits de direction (par ex. : licenciements, restructurations).

Le droit du travail participe également à l'organisation des milieux de travail. En effet, il structure les milieux de travail en standardisant les régimes de travail d'une société et en établissant le vocabulaire applicable. Mais plus important encore, le droit du travail établit les fondements de l'autorité dans l'entreprise et en balise l'exercice. Enfin, le droit du travail participe au développement de l'emploi en se souciant de la question de l'accès au travail et de la protection de l'emploi des travailleurs.

la *Charte des droits et libertés de la personne*, qui ne se pas à proprement parler des lois du travail, contiennent des dispositions qui visent à assurer la protection physique et psychologique du salarié.

c) Sources

À notre époque, le droit du travail trouve son origine dans trois sources distinctes, qui se sont développées progressivement depuis l'apparition du travail salarié au XIXe siècle. Ces sources sont le droit commun, les rapports collectifs du travail et l'intervention directe du législateur dans les conditions de travail²⁹.

Ce « triptyque » du droit du travail est particulièrement bien illustré par le passage suivant des motifs de la juge Wilson dans le cadre de l'arrêt *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*³⁰:

La négociation collective est un mécanisme qui permet aux employés, pris individuellement, de s'associer et de former un syndicat qui représentera leurs intérêts. La syndicalisation a, somme toute, pour but de renforcer la position de ces employés afin de contrebalancer le pouvoir des employeurs. Au lieu de se contenter d'adopter des lois destinées uniquement à protéger les travailleurs, pris individuellement, par la réduction et la répression des abus des employeurs (par exemple les lois relatives au salaire minimum, à la santé et à la sécurité au travail, et aux accidents du travail), le gouvernement a établi le régime actuel de négociation collective. Ce système a aussi pour objet de mettre un frein aux excès découlant des règles de common law en matière de relations du travail et d'atténuer ainsi les tensions des relations industrielles. La réalisation de cet objet est possible, non pas par le protectionnisme des lois, mais plutôt par la promotion de l'avancement personnel des travailleurs. Ainsi, ces deux systèmes diffèrent du point de vue des mécanismes adoptés pour réaliser leurs objectifs, mais la loi régissant l'embauche individuelle et celle régissant l'embauche collective visent toutes deux à promouvoir les intérêts d'un groupe vulnérable, celui des travailleurs pris individuellement³¹.

La première source du droit du travail, la plus ancienne, est le *droit commun*. Certains le définissent comme le « droit normalement applicable à un ensemble de rapports juridiques »³². D'autres, le définissent comme le « droit qui sert de base substantielle à l'ensemble d'un système juridique et qui s'applique, en conséquence, à défaut de règles

²⁹ THE LABOR LAW CASEBOOK GROUP, *Labour and Employment Law : Cases, Material, and Commentary*, Eighth edition, 2011, p. 5; Brian LANGILLE, « Labour Law's Back Pages », dans Guy DAVIDOV et Brian LANGILLE (dir.), *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, Oxford, Hart Publishing, 2006, p. 20-26.

³⁰ [1991] 2 R.C.S. 211.

³¹ *Id.*, p. 296.

³² Paul-André CRÉPEAU, Pierre MARTINEAU et Albert MAYRAND, *Dictionnaire de droit privé et Lexiques bilingues*, Les Éditions Yvon Blais, 1991, p. 199.

particulière »³³. Enfin, d'autre le définissent comme les « règles qui s'appliquent en principe à un ensemble de rapports juridiques, à moins de disposition contraire »³⁴. En somme, le droit commun constitue l'arrière-plan ou la trame de fond d'un système juridique donné.

Le droit commun détermine les règles généralement applicables en matière d'obligations et de contrats. Il précise les droits et les obligations réciproques des parties à différents rapports juridiques, incluant les rapports employeur-employé. Ainsi, le droit commun formerait « le substrat du droit du travail » et constituerait « l'assise de tout le construit du rapport employeur-employé »³⁵. Il est donc normal que ce soit cette source qui se soit appliquée au travail salarié en tout premier lieu, en raison de l'inexistence, au milieu du 19^{ème} siècle, de règles particulières applicables à ce nouveau phénomène. Au Québec, le droit commun applicable au rapport salarial est composé du *Code civil du Québec* et de la jurisprudence des tribunaux de droit commun l'ayant appliqué. Il possède donc à la fois une composante législative et une composante jurisprudentielle. Dans les autres provinces canadiennes et dans la quasi-totalité des États fédérés américains, le droit commun est plutôt composé de la common law provinciale ou étatique, selon le cas. Il est donc essentiellement composé de précédents (i.e. de décisions) judiciaires. Alors que le droit civil codifié suppose la présence d'un ensemble prédéterminé de règles d'origine législative (le Code civil) que les juges doivent interpréter et appliquer aux différents litiges dont ils sont saisis, en contexte de common law, les juges fondent plutôt leurs décisions sur les précédents jurisprudentiels ou, à défaut, la Coutume. En effet, ils ne disposent pas d'un tel ensemble prédéterminé de règles pour fonder leurs décisions. En contexte de droit civil, donc, le développement du droit commun est surtout déductif, alors qu'en contexte de common law, il est surtout inductif.

³³ France ALLARD, Marie-France BICH, Jean-Maurice BRISSON, Élise CHARPENTIER, Paul-A. CRÉPEAU, Mathieu DEVINAT, Yaëll EMERICH, Patrick FORGET et Nicolas KASIRER, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues : Les obligations*, Édition Yvon Blais, 2003, p. 124.

³⁴ Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Québec, Wilson et Lafleur, 2004, p. 204-205.

³⁵ Marie-France BICH, « Contrat de travail et *Code civil du Québec* – Rétrospective, perspectives et expectatives », dans S.F.P.B.Q. , *Développements récents en droit du travail (1996)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 189, à la p. 193. Les commentaires de l'auteure visaient plus particulièrement le *Code civil du Québec*, mais ceux-ci demeurent néanmoins applicables à tout « droit commun », quel qu'il soit.

La deuxième source du droit du travail est les *rappports collectifs du travail*. En contexte de rapports collectifs – concept qu'on doit comprendre par opposition au concept de rapports individuels – la négociation des conditions de travail d'un groupe donné de salariés se fait par l'intermédiaire d'un représentant légal : le syndicat. Les rapports collectifs se fondent sur le principe de l'autonomie collective, en vertu duquel les parties à la négociation déterminent elles-mêmes – par le biais d'une convention collective – les principales conditions de travail applicables dans le milieu de travail. Cette source du droit du travail est apparue progressivement afin de faire contrepoids au droit commun, qui était généralement plutôt favorable aux employeurs, les travailleurs n'ayant habituellement pas, sur une base individuelle, un pouvoir de négociation comparable à celui des employeurs³⁶. D'abord informels – à une certaine époque, ils étaient illégaux – les rapports collectifs sont aujourd'hui régis par des lois cadre, qui mettent en place les bases du régime. Des institutions spécialisées sont en outre chargées de voir à l'application de la loi et de trancher les conflits pouvant survenir de temps à autre entre les parties. Selon les pays, voire les continents, les rapports collectifs sont plus ou moins centralisés, c'est-à-dire qu'ils se déroulent à une échelle nationale, régionale ou sectorielle, ou encore, à l'échelle de l'entreprise. Des régimes particuliers peuvent toutefois déroger à ces tendances générales.

La troisième source du droit du travail est l'*intervention directe du législateur dans les conditions de travail*³⁷. En effet, suite à l'apparition du travail salarié, le législateur a adopté plusieurs lois – principalement des lois du travail, mais également des lois d'application générale – par lesquelles il fixe directement certaines conditions de travail et normes de comportement et pour lesquelles les solutions retenues par le droit commun et les rapports collectifs sont jugées insatisfaisantes. Généralement d'ordre public, ces lois établissent par

³⁶ Fernand MORIN, Jean-Yves BRIÈRE, Dominic ROUX et Jean-Pierre VILLAGGI, *Le droit de l'emploi au Québec*, 4^{ème} édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, p. 82; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 2 et 32-45; R. P. GAGNON, L. LEBEL P. VERGE, *préc.*, note 15, p. 17-29; Otto KAHN-FREUND, Paul DAVIES et Mark FREEDLAND, *Kahn-Freund's Labor and the Law*, 3^{ème} édition, Stevens & Sons, Londres, 1983, p. 51 à 64.

³⁷ THE LABOR LAW CASEBOOK GROUP, *préc.*, note 29, p. 20; Judy FUDGE, « Reconceiving Employment Standards Legislation : Labour Law's Little Sister and the Feminization of Labour », (1991) 73 *J. L. & Soc. Pol'y* 73, 87-88.

exemple des normes minimales du travail, des règles en matière de santé et de sécurité au travail et des règles en matières de droits de la personne³⁸.

Dans le cadre de la présente thèse, nous considérerons le droit du travail en fonction de ces trois sources, ce que ne font pas la plupart des autres études comparant le droit du travail québécois ou canadien au droit du travail américain. Nous aurons l'occasion de revenir plus en détail sur cet aspect de notre thèse dans le cadre de notre chapitre méthodologique³⁹.

d) Portée territoriale

Le droit du travail est un phénomène qui, historiquement, s'est principalement développé à l'échelle nationale⁴⁰. Il ne faut donc pas s'étonner si le contenu et la structure du droit du travail – incluant, entre autres, l'importance relative de ses sources – diffèrent d'un territoire national à un autre. En effet, ce caractère essentiellement national du droit du travail fait en sorte qu'il reflète les valeurs et les choix politiques de la société qui l'a développé et à laquelle il s'applique. Il existe donc pratiquement autant de droits du travail qu'il existe d'États-nation.

Ce caractère national du droit du travail lui confère également une portée territoriale limitée, qui s'arrête normalement aux frontières du territoire de l'État qui en a assuré la sanction⁴¹. Or, ceci pose des problèmes d'effectivité importants – en particulier en présence d'entreprises multinationales – puisque le droit du travail ne dispose pas des outils requis pour réguler l'ensemble (i.e. la totalité, l'universalité) des activités de ces entreprises. En effet, alors que l'entreprise multinationale est supranationale dans son action, le droit du travail est

³⁸ F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX et J.-P. VILLAGGI, *préc.*, note 36, p. 78-85; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 2, 32, 33 et 45-54; R. P. GAGNON, L. LEBEL et P. VERGE, *préc.*, note 15, p. 29-32; O. KAHN-FREUND, P. DAVIES et M. FREEDLAND, *préc.*, note 36, p. 37 à 51.

³⁹ *Infra*, Chapitre II.

⁴⁰ Des règles de droit du travail se sont également développées à l'échelle internationale – i.e. le droit du travail international – mais celles-ci relèvent davantage du droit international public et s'appliquent avant tout aux membres de la communauté internationale : les États. Or, la présente section – tout comme la thèse dans son ensemble – traite exclusivement du droit du travail national ; le droit du travail international n'y est pas abordé. Par conséquent, l'expression « droit du travail » est préférée à celle de « droit du travail national », le caractère national du droit du travail y étant présumé.

⁴¹ Gilles TRUDEAU, « Droit international et droit du travail québécois, deux grandes solitudes », *Développements récents en droit du travail (2001)*, vol. 153, Éditions Yvon Blais, p. 145, à la p. 150; Pierre VERGE, « Mondialisation et fonctions du droit du travail national », (1999) 40 *Les Cahiers de droit* 437, 438.

national dans ses effets. Il en résulte donc qu'une même entreprise multinationale ne peut être tenue responsable de l'ensemble de ses activités devant un même droit national. Cette responsabilité est plutôt « morcelée » entre les différents droits nationaux des territoires au sein desquelles elle exerce ses activités, cette responsabilité se limitant à la partie des activités qui se déroulent au sein d'un territoire national donné⁴².

Cette situation confère un avantage important aux EMN sur les États, puisqu'elles peuvent en tout temps quitter un territoire donné au profit d'un autre (ou menacer de le faire), sans que les États puissent les en empêcher. L'investissement des EMN ayant normalement des effets positifs sur l'économie des pays, il est normal que ceux-ci y pensent à deux fois avant d'adopter des politiques publiques (sociale, du travail ou autre) susceptibles de déplaire aux EMN. Appliquée à grande échelle, cette situation est responsable du phénomène du « *Regime Shopping* », phénomène en vertu duquel les territoires nationaux se concurrencent les uns les autres aux fins d'attirer l'investissement des EMN, avec toutes les conséquences que cela est susceptible d'entraîner (et plus particulièrement, la spirale vers le bas dans les conditions de travail).

2. L'investissement direct étranger

L'investissement direct étranger est un concept complexe qui possède un sens technique bien précis. Afin d'en permettre une meilleure compréhension, nous avons jugé nécessaire non seulement d'en donner une définition (a)), mais également de présenter le cadre théorique qui, à nos yeux, en permet la meilleure compréhension pour les fins de notre thèse, soit le paradigme éclectique de la production internationale (b)). Les principaux déterminants de sa localisation (i.e. les différents facteurs considérés par les entreprises au moment de déterminer l'endroit où l'investissement sera effectivement réalisé) seront toutefois étudiés ultérieurement (chapitre III).

⁴² G. TRUDEAU, *préc.*, note 41, p. 150 et 151.

a) Définition

L'« investissement direct étranger » (ci-après « IDE ») est l'un des différents modes d'entrée dont disposent les entreprises pour pénétrer les marchés étrangers, ou encore, pour tirer profit des facteurs de production situés dans des territoires étrangers. En effet, outre l'IDE, les entreprises peuvent recourir à l'exportation, à la licence internationale, à la franchise internationale, à la sous-traitance internationale, au contrat clé-en-main et aux alliances stratégiques. À la différence de l'IDE, toutefois, ces autres modes d'entrée ou de production permettent à une entreprise de s'internationaliser sans devoir investir de capital dans des usines ou autres actifs étrangers⁴³.

L'OCDE définit l'« investissement direct international » comme l'investissement « motivé par la volonté d'une entreprise résidente d'une économie (« investisseur direct ») d'acquérir un intérêt durable dans une entreprise (« entreprise d'investissement direct ») qui est résidente d'une autre économie ». Cette définition précise en outre que « la notion d'intérêt durable implique l'existence d'une relation de long terme entre l'investisseur direct et l'entreprise d'investissement direct et l'exercice d'une influence significative sur la gestion de l'entreprise »⁴⁴. C'est cette définition que nous retiendrons pour les fins de la présente thèse. Toutefois, plutôt que d'utiliser l'expression « investissement direct international », nous utiliserons l'expression « investissement direct étranger », les deux expressions étant synonymes⁴⁵.

L'IDE est l'une des deux formes d'investissement international, l'autre étant l'investissement de portefeuille (en anglais : « *portfolio investment* »). La principale différence entre les deux types d'investissement réside dans la notion de contrôle. L'*investissement de portefeuille* est un investissement « passif » composé de valeurs mobilières (i.e. actions,

⁴³ Ricky W. GRIFFIN et Michael W. PUSTAY, *International Business*, Upper Saddle River, NJ, Prentice Hall, 2010 p. 401; John H. DUNNING et Sarianna M. LUNDAN, *Multinational Enterprises and the Global Economy*, second edition, Edward Elgar Publishing, 2008, p. 17-22.

⁴⁴ ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Définition de référence de l'OCDE des investissements directs internationaux*, Quatrième édition, 2008, p. 56, en ligne : <http://www.oecd.org> (consulté le 20 août 2013).

⁴⁵ L'expression anglaise retenue par l'OCDE pour « Investissement direct international » est « Foreign Direct Investment ». Notons en outre que l'expression « investissement étranger direct » (« IED ») est parfois utilisée dans la littérature.

obligations, débetures, bons, coupons, etc.) qui ne confèrent à leur détenteur aucun contrôle ou droit de gérance à l'endroit de la compagnie émettrice. C'est un placement. Son but est de rapporter à l'investisseur un rendement intéressant à un niveau de risque acceptable, ce qui est généralement accompli par la diversification géographique des investissements. L'IDE, de son côté, est l'investissement par lequel l'investisseur cherche à se porter acquéreur d'actifs étrangers (i.e. usines, équipements, aménagements, etc.) dans le but particulier d'en avoir le contrôle. Ce type d'investissement confère à l'entreprise une bien meilleure mainmise sur ses activités étrangères et lui permet généralement d'augmenter ses profits. Ce contrôle accru est généralement recherché pour l'une ou l'autre des raisons suivantes : l'entreprise a besoin de coordonner les activités de ses filiales étrangères afin de tirer profit de synergies d'ordre stratégique; ou l'entreprise estime que ce contrôle est nécessaire afin d'exploiter au maximum le potentiel économique d'une technologie, de procédés de fabrication ou de toute autre propriété intellectuelle dont elle est l'unique propriétaire⁴⁶.

L'IDE peut prendre plusieurs formes. Il peut s'agir de l'achat des actions d'une compagnie déjà constituée qui permet d'en acquérir le contrôle ou de l'achat des actifs d'une entreprise déjà en opération dans un pays étranger. C'est le cas, par exemple, de l'achat des actions d'une compagnie dans le cadre d'une offre publique d'achat. Ce pourrait également être l'achat de l'ensemble des actifs d'une entreprise à la suite d'un contrat de vente de gré à gré. Dans ces cas, on parlera de fusions et acquisitions (« *Mergers and Acquisitions* ») ou encore « M&As ». L'IDE peut aussi prendre la forme de l'achat de nouveaux actifs à l'étranger (terrain, usine, équipement, etc.), que ce soit directement ou par l'intermédiaire d'une compagnie nouvellement constituée. Dans un tel cas, on parlera de « *greenfield investment* ». Enfin, l'IDE peut prendre la forme d'une simple participation financière à une coentreprise avec un partenaire local (« *joint venture* »).

L'IDE peut avoir différentes motivations, selon la stratégie adoptée par l'entreprise. Ainsi, il peut être motivé par le désir de percer de nouveaux marchés (« *market-seeking FDI* »), par le désir d'avoir accès à des ressources et actifs à bon marché (« *resource/asset-*

⁴⁶ R.W. GRIFFIN et M.W. PUSTAY, *préc.*, note 43.

seeking FDI »), par des considérations d'efficience (« *efficiency-seeking FDI* ») et par des considérations purement stratégiques (« *strategic-asset/capability-seeking FDI* »)⁴⁷.

b) Cadre théorique retenu

Le *paradigme éclectique de la production internationale* ou le *paradigme O-L-I* est l'un des cadres théoriques les plus utilisés pour expliquer le choix d'une entreprise multinationale de produire à l'étranger plutôt que dans son pays d'origine (ce qui signifierait alors le recours à l'exportation), que ce soit directement (investissement direct étranger) ou indirectement (licence internationale, franchise internationale, etc.). En vertu de ce cadre théorique, le choix du mode d'entrée d'une entreprise à l'étranger s'explique en fonction de la présence ou de l'absence d'avantages de trois types: (1) Les avantages liés à la propriété (« *Ownership advantages* »); (2) Les avantages liés au lieu (« *Location advantages* »); et (3) Les avantages liés à l'internalisation (« *Internalization advantages* »)⁴⁸. C'est ce modèle que nous avons retenu pour les fins de notre thèse.

Les avantages liés à la propriété (de type « O ») représentent les ressources particulières dont est propriétaire une entreprise donnée et qui lui confèrent un avantage concurrentiel par rapport aux autres firmes. Pour s'internationaliser, une entreprise, quelle qu'elle soit, doit posséder un avantage concurrentiel unique lui permettant de surmonter les

⁴⁷ J.H. DUNNING et S. M. LUNDAN, *préc.*, note 43, p. 67-76; UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD), *World Investment Report 1998 : Trends and Determinants*, United Nations, New York and Geneva, 1998, p. 91.

⁴⁸ Fiona QUINN, *The Foreign Direct Investment Location Decision: A Contingency Model of the Foreign Direct Investment Location Decision-Making Process*, University of Sydney Business School, 2012, chapitre 2, p. 32-34, en ligne : <http://ses.library.usyd.edu.au/handle/2123/9062> (consulté le 20 août 2013); R.W. GRIFFIN et M.W. PUSTAY, *préc.*, note 43, p. 379; Isabel FAETH, « Determinants of Foreign Direct Investment : A Tale of Nine Theoretical Models », (2009) 23 *Journal of Economic Surveys* 165, 171-174; Peter J. BUCKLEY et Niron HASHAI, « Formalizing Internationalization in the Eclectic Paradigm », (2009) 40 *Journal of International Business Studies* 58; John H. DUNNING, « Location and the multinational enterprise : A neglected factor? » (2009) 40 *Journal of International Business Studies* 5; J.H. DUNNING et S. M. LUNDAN, *préc.*, note 43, p. 95-108 et 318-329; Jonathan JONES et Colin WREN, « Foreign Direct Investment and the Regional Economy », Chapter 2 : Theory, Ashgate, 2006, p. 36-38; John H. DUNNING, « The Eclectic (OLI) Paradigm of International Production : Past, Present and Future », (2001) 8 *International Journal of the Economics of Business* 173; John H. DUNNING, *The Globalization of Business: the Challenges of the 1990s*, Londres et New York, Routledge, 1993. Le paradigme éclectique de la production internationale (ou tout simplement « paradigme éclectique ») porte également le nom de « théorie éclectique », de « modèle OLI », de « paradigme OLI » et de « théorie OLI », les lettres O-L-I correspondant aux trois types d'avantages dont profitent les entreprises multinationales qui s'adonnent à la production internationale en vertu de ce cadre conceptuel.

désavantages liés au fait qu'elle concurrencera des entreprises étrangères sur leur propre territoire. Ce sont des avantages particuliers et intrinsèques à la firme (« *firm-specific advantages* »). La réputation de la firme, les marques de commerce, une technologie ou des procédés de fabrication exclusifs ou des économies d'échelle peuvent constituer des avantages liés à la propriété.

Les avantages liés au lieu (de type « L ») sont les facteurs qui rendent la production dans un pays étranger donné plus désirable que la production dans le pays d'origine. Pour qu'une entreprise s'établisse dans un pays étranger, les activités pratiquées à l'étranger doivent être plus profitables que les mêmes activités pratiquées dans le pays d'origine. Lorsque la production dans le pays d'origine est plus avantageuse que la production dans un pays étranger, l'entreprise aura tendance à préférer le recours à l'exportation. Le niveau des salaires, le coût des terrains, le coût des matières premières, les impôts et les taxes, les barrières tarifaires et non-tarifaires, la capacité de production excédentaire des firmes concurrentes, le niveau de protection de la propriété intellectuelle, les réseaux de transports et les restrictions au rapatriement des profits peuvent, dans cette perspective, constituer des avantages (ou désavantages) liés au lieu.

Les avantages liés à l'internalisation (de type « I ») sont les facteurs qui rendent préférable la production d'un bien ou d'un service à l'étranger par l'entreprise elle-même ou l'une de ses filiales (i.e. à l'interne) plutôt que par un tiers lié par contrat (i.e. à l'externe, sous-traitance, impartition). Le contrôle accru exercé par la firme doit lui être plus bénéfique que le fait de confier la production à une entreprise locale indépendante. L'internalisation de la production survient généralement lorsque les coûts de transaction d'une entente avec un partenaire local sont élevés, c'est-à-dire les coûts liés à la négociation, au suivi et à l'application du contrat. Dans ces cas, l'entreprise aura tendance à privilégier l'IDE comme mode d'entrée (dans la mesure où les autres conditions sont respectées). À l'inverse, l'externalisation de la production survient lorsque les coûts de transaction sont peu élevés et qu'un partenaire local fiable est en mesure de produire à meilleur coût. Dans ces cas, l'entreprise aura tendance à recourir à la franchise ou à la licence internationale. La décision d'une entreprise d'internaliser ou non sa production peut être influencée par la nature particulière des avantages liés à la propriété (« O ») dont elle dispose. Ainsi, une entreprise

disposant d'une bonne réputation et de méthodes de fabrication particulièrement efficaces pourrait avoir avantage à internaliser sa production à l'étranger via l'IDE, alors qu'une firme détenant un brevet sur un produit final pourrait avoir avantage à externaliser sa production via une licence internationale.

Alors que les avantages O et I sont du ressort de l'entreprise, les avantages L, quant à eux, sont du ressort des pays hôtes. En fait, ce sont les seuls facteurs sur lesquels les pays hôtes ont une influence directe. La littérature fait référence à ces facteurs en utilisant l'expression « *host country determinants of foreign direct investment* ». Dans le cadre de la présente thèse, nous utiliserons l'expression « déterminants de la localisation de l'IDE ».

Le paradigme éclectique de la production internationale s'est avéré particulièrement efficace pour expliquer le phénomène de l'IDE, tant dans les pays développés que dans les pays en développement. En vertu de ce cadre théorique, l'IDE survient lorsqu'une firme profite des trois types d'avantages (O, L et I) d'une façon simultanée : (1) elle dispose d'avantages concurrentiels qui lui appartiennent en propre (avantage de type O); (2) le lieu où elle s'installe lui confère des avantages particuliers par rapport aux autres lieux (avantage de type L); et (3) il est plus avantageux pour elle d'entretenir des rapports intra-firme que des rapports contractuels avec une firme indépendante (avantage de type I)⁴⁹.

En fait, l'IDE est la seule forme d'internationalisation combinant les trois formes d'avantages de façon simultanée. En effet, lorsque seule la première forme d'avantages est rencontrée (avantage de type O), les firmes ont généralement recours aux exportations, à la licence internationale ou à la franchise internationale afin de desservir un marché étranger. Mais lorsque la troisième forme d'avantages s'ajoute à la première (avantage de type O + avantage de type I), l'IDE devient alors le mode d'entrée privilégié de l'entreprise. Il ne reste alors qu'à décider de la localisation de l'IDE comme telle, décision dans le cadre de laquelle l'entreprise cherche à bénéficier de la meilleure combinaison possible d'avantages liés au lieu (avantages de type L), compte tenu de sa stratégie générale. En l'absence de tels avantages, l'IDE ne se concrétisera généralement pas. Ce cadre théorique a ouvert la porte à une

⁴⁹ J.H. DUNNING et S. M. LUNDAN, *préc.*, note 43, p. 95-108; UNCTAD, *préc.*, note 47, p. 89.

littérature complexe et volumineuse sur le processus décisionnel entourant la localisation de l'IDE⁵⁰. Il a également ouvert la porte à une littérature volumineuse qui ne s'intéresse pas tant au processus décisionnel comme tel qu'aux différents déterminants de la localisation de l'IDE et à leur importance relative. Nous ferons une étude détaillée de ceux-ci au chapitre III.

3. La mondialisation de l'économie

La mondialisation de l'économie, ce phénomène auquel nous avons assisté au cours des dernières décennies et qui sévit toujours, a eu et a toujours des conséquences importantes sur les entreprises, qui ont dû s'adapter afin de faire face à une concurrence accrue se déroulant désormais à l'échelle mondiale. Elle a également eu des conséquences importantes sur les États, ces derniers devant désormais considérer les effets de leur cadre réglementaire national sur l'activité économique, aucun État ne pouvant demeurer complètement indifférent aux bénéfices des investissements effectués au sein de son territoire. Enfin, elle a eu des conséquences importantes sur les syndicats et, en particulier, sur les travailleurs, puisqu'ils sont nombreux à avoir perdu leur emploi en raison des restructurations d'entreprises, des fermetures d'usines et des coupures de postes qui en ont résulté. Mais qu'est-ce donc que la « mondialisation de l'économie » ?

a) Définition

Certains auteurs définissent la mondialisation de l'économie comme « une internationalisation accrue du commerce, du capital d'investissement, de la finance, des entreprises, de la technologie et de la production »⁵¹. D'autres, la définissent plutôt comme un processus de transformation économique et sociale induit par un ensemble de changements qui se renforcent mutuellement, parmi lesquels on retrouve les avancées importantes dans les technologies de production, la libéralisation du commerce international et la plus grande

⁵⁰ Pour une synthèse de cette littérature, voir : F. QUINN, *préc.*, note 48, p. 26 et suiv.

⁵¹ M.-A. MOREAU et G. TRUDEAU, *préc.*, note 14, 57; Anthony GILES, « Globalization and Industrial Relations », dans Anthony GILES, A.E. SMITH et Gilles TRUDEAU (dir.), *The Globalization of the Economy and the Worker*, Actes du XXXIIe Congrès de l'Association canadienne des relations industrielles, Université Laval, 1996, 3-18; Robert WADE, « Globalization and its Limits : Reports of the Death of the National Economy are Greatly Exaggerated », dans S. BERGER et R. DORE (dir.), *National Diversity and Global Capitalism*, Ithaca et London, Cornell University Press, 1996, p. 6-88.

ouverture des États à aligner leurs propres politiques publiques avec celles des autres États⁵². Une définition que nous considérons particulièrement évocatrice est celle de Jacques Adda, laquelle est particulièrement bien illustrée par le passage suivant de son ouvrage « La mondialisation de l'économie » :

*Expression de l'expansion spatiale du capitalisme, qui épouse désormais les limites du globe, la mondialisation est aussi et avant tout un processus de contournement, délitement et, pour finir, démantèlement des frontières physiques et réglementaires qui font obstacle à l'accumulation du capital à l'échelle mondiale*⁵³.

Katherine V.W. Stone, définit la mondialisation comme l'interpénétration outre-frontières de la vie économique⁵⁴. Elle résulterait de plusieurs facteurs, comme les nouvelles technologies de l'information et des télécommunications et les technologies informatiques (qui permettent aux entreprises de produire, distribuer et mettre en marché à travers le monde entier), les nouveaux régimes de commerce international (qui réduisent les barrières et les restrictions au commerce) et la montée en force des entreprises multinationales et des réseaux de production mondialisés⁵⁵.

Notons qu'il y aurait une distinction à faire entre le concept de mondialisation de l'économie à titre de phénomène réel et observable et ce même concept à titre d'argument idéologique. En effet, le concept de mondialisation tiendrait à la fois du mythe et de la

⁵² Richard P. CHAYKOWSKI et Anthony GILES, « La mondialisation, le travail et les relations industrielles », (1998) 53 *Relations industrielles / Industrial Relations* 3, 3 et 13.

⁵³ Jacques ADDA, *La mondialisation de l'économie, Tome 1 : Genèse*, Sixième édition, Éditions La Découverte, Paris, 2004, p. 3. Voir également : Susan HAYTER, « The Social Dimension of Globalization : Striking the Balance », dans Roger BLANPAIN, *Confronting Globalization*, Bulletin of Comparative Labour Relations no 55, Kluwer Law International, 2005, p. 1. Pour plus de détails sur les caractéristiques de la mondialisation, voir : WORLD COMMISSION ON THE SOCIAL DIMENSION OF GLOBALIZATION, *A Fair Globalization : Creating Opportunities for All*, Geneva, International Labour Office, 2004, p. 25-32.

⁵⁴ Katherine V.W. STONE, « A New Labor Law for a New World of Work : The Case for a Comparative-Transnational Approach », dans Benjamin A. AARON et Katherine V.W. STONE (dir.), *Rethinking Comparative Labor Law*, Vandepias Publishing, 2007, p. 193, à la p. 199 (« Globalization is the cross-border interpenetration of economic life »). Voir également : Katherine V.W. STONE, « Flexibilization, Globalization, and Privatization: Three Challenges to Labour Rights in Our Time », (2006) 44 *Osgoode Hall L.J.* 77, 83-86.

⁵⁵ K.V.W. STONE, « A New Labor Law for a New World of Work : The Case for a Comparative-Transnational Approach », *préc.*, note 54. Bob Hepple a une conception très semblable de la mondialisation. Cependant, il utilise plutôt l'expression « Mondialisation économique » (economic globalisation) pour faire référence à ce phénomène. Voir : Bob HEPPLÉ, *Labour Laws and Global Trade*, Oxford, Hart Publishing, 2005, p. 5.

réalité⁵⁶. Ainsi, selon Moreau et Trudeau, « la mondialisation est tout autant un argument invoqué pour transformer le droit du travail dans le sens de l'idéologie néolibérale qu'un véritable phénomène rendant cette transformation inéluctable. »⁵⁷. En somme, cette dimension discursive de la mondialisation correspond à ce à quoi faisait allusion Harry Arthurs lorsqu'il qualifiait le libre-échange nord-américain de « mécanisme de conditionnement » (*conditioning device*) servant à faire accepter les valeurs et les canons du néo-libéralisme par les acteurs sociaux et la population en général⁵⁸. Ce caractère hybride de la mondialisation est d'ailleurs très présent dans la littérature : alors que certaines études possèdent un caractère scientifique évident et se basent uniquement sur des faits, d'autres laissent une place beaucoup plus grande à l'argumentation idéologique et, par le fait même, au discours.

b) Historique

La mondialisation de l'économie n'est pas un phénomène nouveau. En fait, elle est la troisième d'une série de trois phases de l'internationalisation du capitalisme qui se superposent. La première de ces phases est celle du *commerce international* (i.e. importations/exportations) et, par conséquent, du libre-échange. Les premiers accords du GATT, conclus dès 1947, constituent des exemples concrets de cette première phase. La deuxième est celle de l'*économie internationale*. Elle est étroitement associée à l'essor des entreprises multinationales et à l'accroissement du recours à l'investissement direct étranger dans le but de desservir des marchés locaux étrangers. Elle constitue en quelque sorte une alternative à l'exportation (i.e. au commerce international), les produits et services ne devant plus être exportés, ceux-ci étant désormais produits localement. Elle est apparue au cours des années 60. Enfin, la troisième phase est celle de la *mondialisation de l'économie*, soit celle que

⁵⁶ Pour plus de détails sur cette dualité de la mondialisation, voir : Robert BOYER, « Les mots et les réalités », dans Serge CORDELIÉ (dir.), *La mondialisation au-delà des mythes*, Éditions La Découverte / Poche, Paris, 2000, pp. 13-56; François CHESNAIS, *La mondialisation du capital*, Paris, Syros, 1997, p. 23-28; P. HIRST et G. THOMPSON, *Globalisation in Question : The International Economy and the Possibilities of Governance*, Polity Press, Cambridge, 1996; Christine AFRIAT, *Mythes et réalités de la mondialisation*, Esprit, Paris, 1996.

⁵⁷ M.-A. MOREAU et G. TRUDEAU, *préc.*, note 14, 56; Antoine LYON-CAEN, « La crise actuelle du droit du travail », dans F. COLLIN, R. DHOQUOIS, P.H. GOUTIERRE, Antoine JEAMMAUD, Gerard LYON-CAEN et A. ROUDIL (dir.), *Le droit capitaliste du travail*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1980.

⁵⁸ Harry W. ARTHURS, « Labour law without the state », (1996) 46 *University of Toronto Law Journal* 1, 21-22. Notons que le libre-échange nord-américain est essentiellement une manifestation localisée de la mondialisation de l'économie et que les conclusions que tire Arthurs dans cet article sont directement applicables à celle-ci.

nous connaissons présentement. Elle résulte d'une augmentation sensible à la fois du commerce international et de l'investissement direct étranger, mais à la différence de la phase précédente, l'IDE n'est plus autant effectué afin d'avoir accès à un marché local étranger, mais plutôt afin de réorganiser les activités de production des multinationales selon une logique globale et planétaire. Cette phase est par conséquent directement associée à l'apparition de la chaîne globale de production, dont les différents maillons – des unités de production (i.e. usines) spécialisées – sont positionnés (et repositionnés) stratégiquement à l'échelle de la planète en fonction des besoins propres à chacun, assurant ainsi une rentabilité maximale à la multinationale dont ils font partie. Elle a été rendue possible grâce à une plus grande perméabilité des frontières aux biens, aux services et au capital (i.e. IDE, rapatriement des profits, etc.), au progrès technologique (i.e. nouvelles technologies) et à l'adhésion de la classe politiques aux canons du néolibéralisme⁵⁹.

c) Mondialisation et rapport de force patronal

La mondialisation de l'économie modifie de façon importante la répartition du pouvoir entre les acteurs sociaux en faveur de l'acteur patronal. En abolissant les barrières tarifaires et non-tarifaires au commerce et à l'investissement, elle lui permet de localiser et relocaliser ses activités de production au sein du ou des territoires nationaux qui lui permettent d'obtenir un rendement optimal⁶⁰. En d'autres termes, elle lui confère une réelle possibilité d'« *opting out* », c'est-à-dire la possibilité de retirer ses billes à tout moment du terrain de jeu national, en particulier lorsque les règles ne lui conviennent plus⁶¹.

⁵⁹ G. TRUDEAU, *préc.*, note 41, p. 147-149; Charles-Albert MICHALET, « Les métamorphoses e la mondialisation, une approche économique », dans Éric LOQUIN et Catherine KESSEDJIAN (dir.), *La mondialisation du droit*, Litec, Paris, 2000, pp. 11-57.

⁶⁰ K.V.W. STONE, « A New Labor Law for a New World of Work : The Case for a Comparative-Transnational Approach », *préc.*, note 54, p. 199; K.W. STONE, « Flexibilization, Globalization, and Privatization: Three Challenges to Labour Rights in Our Time », *préc.*, note 54, 83; B. HEPPLÉ, *préc.*, note 55, p. 9 et 10.

⁶¹ M.-A. MOREAU et G. TRUDEAU, *préc.*, note 14; Brian LANGILLE, « General Reflections on the Relationship of Trade and Labour (Or Fair Trade is Fair Trade's Destiny) », dans J.N. BHAGWATI et R.E. HUDEC (dir.), *Fair Trade and Harmonization*, Vol. 2, Cambridge, MA, M.I.T. Press, 1996. Pour plus de détails sur les effets de la mondialisation, voir : WORLD COMMISSION ON THE SOCIAL DIMENSION OF GLOBALIZATION, *préc.*, note 53, p. 35-51.

Cette situation confère à l'employeur un rapport de forces accru par rapport aux autres acteurs sociaux. En effet, contrairement au capital, le syndicalisme, la négociation collective, l'État et la législation nationale sont des institutions qui sont prisonnières des frontières nationales⁶². L'employeur peut donc se servir de sa mobilité accrue pour imposer son agenda dans les négociations qu'il tient avec le mouvement syndical et avec l'État, ce qui se traduit par des conséquences importantes sur ces institutions.

Le syndicalisme et la négociation collective sont particulièrement affectés par cette situation⁶³. En effet, la mondialisation modifie de façon sensible l'équilibre du pouvoir à la table de négociation en faveur de l'employeur, ce qui se traduit par des négociations beaucoup plus difficiles pour les syndicats et par des conditions de travail beaucoup moins avantageuses pour les travailleurs. Or, il en résulte une perte de confiance des travailleurs envers le processus de la négociation collective et les syndicats eux-mêmes, avec les conséquences qu'on peut imaginer sur le mouvement syndical.

La mondialisation de l'économie a également des effets importants sur l'action normative de l'État⁶⁴. En effet, la mobilité accrue du capital fait en sorte que la réglementation étatique nationale est désormais l'un des facteurs considérés par les entreprises aux fins de localiser leur investissement direct étranger. Or, puisque la plupart des États cherchent à attirer les investissements en raison de leurs effets favorables sur l'emploi et le chômage, il en résulte une concurrence directe entre les États à cet égard, et la réglementation nationale fait partie de cette concurrence. Ceci donne lieu au problème de la « compétitivité des régimes juridiques » et à sa contrepartie, la phénomène du « *Regime Shopping* ».

⁶² Sur ce sujet, voir également la section I.A.1.d) ci-avant, qui traite de la portée limitée du droit du travail.

⁶³ K.V.W. STONE, « A New Labor Law for a New World of Work : The Case for a Comparative-Transnational Approach », *préc.*, note 54, p. 199; K.V.W. STONE, « Flexibilization, Globalization, and Privatization: Three Challenges to Labour Rights in Our Time », *préc.*, note 54, 85; M.-A. MOREAU et G. TRUDEAU, *préc.*, note 14, 59 et 60.

⁶⁴ K.V.W. STONE, « A New Labor Law for a New World of Work : The Case for a Comparative-Transnational Approach », *préc.*, note 54, p. 199; Kevin BANKS, « The impact of globalization on labour standards : A second look at the evidence », dans John D.R. CRAIG et S. Michael LYNK, *Globalization and the Future of Labour Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 77, à la p. 91; K.V.W. STONE, « Flexibilization, Globalization, and Privatization: Three Challenges to Labour Rights in Our Time », *préc.*, note 54, 85; M.-A. MOREAU et G. TRUDEAU, *préc.*, note 14, 60-64.

Les conséquences d'une telle concurrence entre les États ne se limitent toutefois pas uniquement aux stocks d'IDE qu'un territoire national donné est en mesure d'attirer et/ou de conserver. Elles se font également sentir sur les politiques publiques en vigueur (ou susceptibles de l'être) aux seins des pays concernés. En effet, le phénomène du « *Regime Shopping* » exerce une pression énorme sur les gouvernements des pays dont la réglementation du travail est socialement avancée pour que celle-ci soit ramenée à un niveau « plus acceptable », soit celui en vigueur dans les pays dont la réglementation du travail est la moins avancée. Dans un tel contexte, donc, les États dont la réglementation du travail est la moins avancée font office d'étalon dans le cadre d'un processus de nivellement par le bas des politiques publiques en matière de travail. Ceci pose un danger de « spirale vers le bas » dans le contenu des réglementations nationales, phénomène mieux connu sous le nom de « *Race to the Bottom* »⁶⁵.

B. Le discours tenu par certains groupes de pression et de réflexion à l'endroit du droit du travail québécois

Comme nous l'avons vu précédemment, la mondialisation est un concept hybride, qui relève à la fois du mythe et de la réalité. En effet, bien que la mondialisation soit un phénomène bien réel avec des effets très concrets, elle possède aussi une dimension discursive importante et, par le fait même, constitue un mécanisme de conditionnement.

La problématique de la compétitivité des régimes juridiques évoquée précédemment n'échappe pas à cette dualité. Ainsi, un discours très répandu dans le milieu des affaires québécois est à l'effet que le droit du travail en vigueur au Québec décourage l'investissement étranger puisqu'il est beaucoup plus contraignant que celui en vigueur chez nos voisins du Sud, ce qui a pour effet de compromettre la compétitivité des entreprises qui y sont installées. Ce discours est tenu autant par des groupes de pression qui défendent les intérêts du patronat (comme le *Conseil du patronat du Québec* et la *FCEI*) que par des groupes de réflexion qui font la promotion du néolibéralisme économique (comme l'*Institut Fraser*, l'*Institut*

⁶⁵ Nous traitons plus abondamment des phénomènes du « *Regime Shopping* » et de la « *Race to the Bottom* » à la section I.C ci-après, ces phénomènes étant centraux à la problématique étudiée.

économique de Montréal ou le Conference Board du Canada). Il a également été tenu par certains groupes de travail mandatés par le gouvernement afin d'étudier des questions précises (comme le *Groupe de travail chargé d'étudier la Partie I du C.c.t.* qui a rédigé le rapport Sims en 1996 ou le *Groupe conseil sur l'allégement réglementaire* qui a rédigé le rapport Lemaire en 1998).

Un exemple patent de ce discours est celui tenu par le *Groupe conseil sur l'allégement réglementaire* dans son rapport du 29 mai 1998⁶⁶. Dans ce document, le Groupe conseil a constaté que l'encadrement législatif et réglementaire québécois du domaine du travail était particulièrement imposant et contraignant comparativement aux cadres réglementaires applicables aux entreprises des juridictions limitrophes :

« La réglementation (...) couvre des aspects de la relation employeur-employé qui ne sont pas réglementés dans les juridictions limitrophes. À cet égard, on peut mentionner, par exemple, les dispositions de la Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé (pour les renseignements personnels du salarié); celles de la Loi favorisant le développement de la formation de la main-d'œuvre qui oblige les entreprises à un niveau de dépenses de formation et à tenir une comptabilité particulière à cette fin; la protection offerte au personnel non syndiqué par la Loi sur les normes du travail, incluant le financement par les employeurs des

⁶⁶ GROUPE CONSEIL SUR L'ALLÈGEMENT RÉGLEMENTAIRE, *Rapport du Groupe conseil sur l'allégement réglementaire au Premier Ministre du Québec*, Gouvernement du Québec, 29 mai 1998 (rapport Lemaire). Il est important de noter que ce rapport traduit essentiellement le point de vue patronal. En effet, les deux membres du Groupe conseil provenant du milieu syndical ont quitté avant même le dépôt du rapport, ne pouvant se rallier aux conclusions et aux recommandations de la majorité. Le Groupe conseil était initialement composé de 11 membres, dont neuf du milieu des affaires et deux du milieu syndical. Cette situation n'est pas sans rappeler ce qui s'était produit en 1996 dans le cadre des activités du groupe de travail chargé d'étudier la Partie I du Code canadien du travail, comité composé d'Andrew Sims, président, de Rodrigue Blouin et de Paula Knopf. En effet, le comité s'est divisé sur la question de l'opportunité d'intégrer ou non des dispositions anti-briseurs de grève à la législation fédérale, à l'instar de la législation québécoise et ontarienne de l'époque. La majorité du groupe s'est exprimée comme suit sur la question, Rodrigue Blouin enregistrant à cet égard une importante dissidence: « *Les employeurs prétendent que l'adoption d'une loi anti-briseurs de grève créera un environnement hostile aux investissements et les privera de sources de capitaux, ce qui entraînera des pertes d'emplois et affaiblira la sécurité d'emploi. [...] Bien des investisseurs comparent, semble-t-il, nos lois avec celles des États-Unis. Actuellement, ces dernières permettent de faire appel, non seulement de façon temporaire mais aussi permanente, à des travailleurs de remplacement. Cependant, elles prévoient aussi une exception lorsque l'employeur commet une pratique déloyale. Si un conflit s'amorce pour un motif illégal, par exemple afin d'éliminer un syndicat d'un lieu de travail, l'employeur ne peut embaucher des travailleurs de remplacement à titre permanent et les employés en grève ont le droit de retourner au travail* » : Andrew C.L. SIMS, Rodrigue BLOUIN et Paula KNOFF, *Vers l'équilibre*, Ministre des Travaux publics et services gouvernementaux Canada, 1996, 284 p., à la page 139 (rapport Sims). Voir également : M.-A. MOREAU et G. TRUDEAU, *préc.*, note 14, 61 et 62.

recours intentés par un salarié en matière de congédiement; et les décrets de condition de travail pour des secteurs entiers d'activité économique.

La législation québécoise dans les domaines plus habituels de la réglementation du travail (Code du travail, normes minimales du travail, réglementation de l'industrie de la construction, santé et sécurité au travail) est par ailleurs souvent plus contraignante que celle des juridictions voisines. À titre d'exemple, on peut mentionner les contraintes au sujet de la sous-traitance dans le Code du travail. Il faut aussi souligner, en matière de santé et sécurité au travail et d'indemnisation des lésions professionnelles, la lourdeur des comités de santé et sécurité au travail, le cumul de présomptions favorables au réclamant et la surindemnisation reconnue de certains travailleurs.

Outre cet encadrement réglementaire déjà relativement lourd, le gouvernement a adopté d'autres mesures qui viendront bientôt accroître les obligations des entreprises dans le domaine du travail. Les entreprises de dix employés et plus devront s'engager dans des mesures d'équité salariale en vertu de la Loi sur l'équité salariale, une loi quasi unique au monde (il y a certes la loi ontarienne, mais sa portée est beaucoup moins grande). Il est aussi anticipé que le ministère du Travail actualisera et renforcera les dispositions de la Loi sur la formation et la qualification professionnelles de la main-d'œuvre en matière de licenciement collectif et introduira d'autres mesures qui toucheront le milieu du travail. Il est question, enfin, de la possibilité de bonifier la Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé. »⁶⁷ (nous soulignons)

En outre, le Groupe conseil estimait que des contraintes réglementaires comme celles que prévoyait l'article 45 du *Code du travail*⁶⁸ à l'époque pouvaient avoir pour effet d'inciter les entreprises québécoises à sous-traiter à l'étranger et à décourager les entreprises étrangères à s'établir au Québec :

« Par ailleurs, la sous-traitance est une approche très utilisée par les entreprises, tant en Amérique qu'en Europe. Selon l'expérience des gens d'affaires membres du Groupe conseil, il ne fait aucun doute que les contraintes actuelles sont plus exigeantes que celles en vigueur dans les juridictions limitrophes et incitent à faire cette concession de fonctions à l'extérieur du Québec afin de pouvoir opérer sur la même base que leurs principaux concurrents lorsque ceci est possible. Ces contraintes sont également considérées par une entreprise dans le cadre de la prise de décisions pour déterminer

⁶⁷ GROUPE CONSEIL SUR L'ALLÈGEMENT RÉGLEMENTAIRE, *préc.*, note 66, p. 10 et 11.

⁶⁸ Il est ici question de l'article 45 du *Code du travail* tel qu'il était rédigé en mai 1998.

la localisation d'un nouvel investissement, car il s'agit d'une contrainte importante et inhabituelle dans la gestion du développement d'une entreprise. »⁶⁹ (nous soulignons)

Un autre exemple de ce discours est celui tenu par le *Conseil du patronat du Québec* (ci-après « CPQ »). En effet, celui-ci dénonce depuis de nombreuses années les « effets pervers » de la réglementation québécoise en matière de travail et d'emploi.

Ainsi, dans un document présenté aux députés de l'Assemblée nationale en décembre 1997, le CPQ affirmait que la réglementation québécoise impose aux entreprises des contraintes qui se traduisent par une augmentation de leurs frais d'exploitation. En outre, il affirmait que la compétitivité des entreprises québécoises et leur capacité de créer des emplois sont inévitablement menacées lorsque les contraintes imposées par la réglementation sont plus sévères au Québec que celles qui pèsent sur les entreprises canadiennes ou américaines qui les concurrencent⁷⁰.

Dans le cadre de ses commentaires sur le projet de loi 47 (*Loi concernant les conditions de travail dans certains secteurs de l'industrie du vêtement et modifiant la Loi sur les normes du travail*) en août 1999, le CPQ se questionnait sur la nécessité de maintenir un régime particulier pour les travailleurs de cette industrie, compte tenu du caractère déjà rigoureux du régime général :

« On peut, en effet, légitimement se poser la question : les protections offertes par la législation du travail seraient-elles considérées comme insuffisantes pour les travailleurs de cette branche de l'économie, alors qu'elles seraient assez généreuses pour la majorité des autres travailleurs du Québec? Pourtant, la Loi sur les normes du travail, le Code du travail, la Loi sur l'équité salariale, la Loi sur la formation de la main-d'œuvre, la Loi sur la santé et la sécurité du travail, la Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, sans oublier la Charte des droits et libertés de la personne confèrent à l'ensemble des citoyens au travail des protections plus étanches que celles que l'on retrouve dans les autres juridictions limitrophes et qui

⁶⁹ GROUPE CONSEIL SUR L'ALLÈGEMENT RÉGLEMENTAIRE, *préc.*, note 66, p. 12. En 2003, le gouvernement du Québec (Jean Charest, Parti Libéral) modifiait l'article 45 du *Code du travail* afin d'en exclure la grande majorité des cas de sous-traitance : L.Q. 2003, chapitre 26 (entrée en vigueur le 1^{er} février 2004).

⁷⁰ CONSEIL DU PATRONAT DU QUÉBEC, *Notes pour une rencontre avec les caucus des députés libéraux et péquistes à l'Assemblée Nationale*, décembre 1997, p. 9.

sont même considérées par plusieurs observateurs économiques comme un encadrement légal particulièrement rigoureux. »⁷¹ (nous soulignons)

Un peu plus loin, le CPQ affirmait que l'encadrement légal du travail au Québec est trop rigide et qu'un allègement s'avère nécessaire :

« Depuis plusieurs années, en effet, et particulièrement depuis les derniers mois, dans le cadre des réflexions des partenaires sur des propositions de réforme de la législation du travail, le Conseil du patronat du Québec a souligné que l'encadrement légal du travail au Québec est plus rigide que chez nos compétiteurs, qu'ils soient voisins immédiats ou plus éloignés. Avec la rapidité et la facilité des échanges multiples, de toute façon, tous les voisins sont maintenant à la porte d'à côté. Ce constat est d'ailleurs partagé par plusieurs observateurs qui ne ratent aucune occasion pour insister sur un nécessaire allègement de notre législation et de notre réglementation. »⁷² (nous soulignons)

Finalement, le CPQ concluait que l'allègement de la réglementation du travail au Québec est incontournable si on souhaite attirer et retenir les investisseurs :

« Le Québec a dramatiquement besoin de dynamiser son économie et de créer des emplois, et nous soumettons qu'il faut donner un coup de barre sérieux en allégeant la réglementation qui entoure notamment les relations du travail afin de permettre à ceux qui veulent investir chez nous, dans tous les sens que peut prendre ce terme, c'est-à-dire avec leur énergie, leur cœur et leurs espoirs autant qu'avec leurs capitaux, de le faire en espérant que leur investissement sera porteur de fruits véritables. »⁷³ (nous soulignons)

En mars 2000, dans le cadre de ses réactions au document ministériel *Pour un code du travail renouvelé*⁷⁴, le CPQ abondait à nouveau dans le même sens. Ainsi, il affirmait :

« (...) Le Code (du travail), dont on dit qu'il ne doit pas être un carcan pour les parties, est déjà, au Québec, un encadrement plus rigide qu'ailleurs et il comporte des ferments de déséquilibre (songeons aux dispositions anti-briseurs de grève, plus

⁷¹ CONSEIL DU PATRONAT DU QUÉBEC, *Commentaires du Conseil du Patronat du Québec sur le projet de Loi concernant les conditions de travail dans certains secteurs de l'industrie du vêtement et modifiant la Loi sur les normes du travail (Projet de loi no 47)*, août 1999, p. 9.

⁷² *Id.*, p. 10.

⁷³ *Id.*, p. 11.

⁷⁴ MINISTÈRE DU TRAVAIL DU QUÉBEC, *Pour un Code du travail renouvelé : Orientations ministérielles*, Gouvernement du Québec, mars 2000.

rigides que dans le Code canadien, dont on s'inspire beaucoup pour cette réforme (...). »⁷⁵(nous soulignons)

Un peu plus loin dans ce même document, le CPQ y allait d'une déclaration très évocatrice :

« Nous avons depuis longtemps souligné que les modifications aux lois du travail doivent être envisagées pour permettre d'accroître la compétitivité des entreprises au Québec. Ce discours a été repris dans tous les rapports de comités ou commissions institués par le gouvernement depuis les dernières années : Mireault, Lemaire, Bédard. Les économistes répètent inlassablement que nos règles sont obsolètes à cet égard. Comment le gouvernement peut-il faire à ce point la sourde oreille aux préoccupations légitimes des employeurs et les obliger à recourir à des solutions très coûteuses, mettant leur compétitivité en cause très souvent, pour arriver à plus de souplesse et d'efficacité dans leurs modes de production ? Combien faudra-t-il qu'il y ait d'entreprises qui lorgnent vers des cieux moins rigides et décident finalement de s'y installer pour que nous réagissions ? »⁷⁶ (nous soulignons)

Dans son mémoire sur le projet de loi 182 (*Loi modifiant le Code du travail, instituant la Commission des relations de travail et modifiant d'autres dispositions législatives*)⁷⁷ présenté à la *Commission de l'économie et du travail* en février 2001, le CPQ rappelait que des lois du travail trop rigides ont pour effet de nuire aux investissements :

« Les vrais problèmes sont ailleurs. Nous sommes nombreux et de diverses provenances à constater que notre marché du travail est déjà encadré par trop de rigidités et que nos lois du travail sont mal adaptées à la concurrence, restreignant, de ce fait, les élans des entrepreneurs québécois. En fait, même si les lois du travail ne constituent pas le seul frein aux initiatives, elles demeurent néanmoins une variable qui peut souvent influencer des décisions d'affaires fondamentales, l'implantation ou l'agrandissement d'une usine, un investissement additionnel ou, ce que nous déplorons tous, un départ. »⁷⁸ (nous soulignons)

⁷⁵ CONSEIL DU PATRONAT DU QUÉBEC, *Réactions du Conseil du Patronat du Québec sur le document ministériel Pour un Code du travail renouvelé*, mars 2000, p. 3.

⁷⁶ *Id.*, pp. 18-19.

⁷⁷ Ce projet de loi est mort au feuillet. Le projet de loi 31 sur la *Loi modifiant le Code du travail, instituant la Commission des relations du travail et modifiant d'autres dispositions législatives* (devenu le chapitre 26 des Lois du Québec 2001), lui a succédé.

⁷⁸ CONSEIL DU PATRONAT DU QUÉBEC, *Mémoire du Conseil du patronat du Québec sur le projet de loi 182, Loi modifiant le Code du travail, instituant la Commission des relations de travail et modifiant d'autres dispositions législatives*, février 2001, p. 2.

Un peu plus loin, le CPQ affirmait que la délocalisation de la production était un phénomène inévitable en présence de cadres législatifs trop stricts :

« Même si elle est loin d'être souhaitable, la délocalisation de la production, et partant des emplois, est inévitable lorsque les conditions de l'environnement ne sont pas favorables. Les entreprises québécoises n'y échapperont pas tant et aussi longtemps que les règles qui les régissent ne seront pas assouplies. Il est triste et décevant de constater que les emplois qui pourraient se créer ici font déjà et feront encore, et de plus en plus, le bonheur des travailleurs outre frontières.

Plusieurs entreprises doivent en effet se résoudre à exporter leurs activités pour profiter de la flexibilité et de la souplesse que leur procurent des environnements législatifs moins hostiles. »⁷⁹ (nous soulignons)

Dans son mémoire sur le projet de loi 31 (*Loi modifiant le Code du travail, instituant la Commission des relations du travail et modifiant d'autres dispositions législatives*)⁸⁰ présenté à la Commission de l'économie et du travail en mai 2001, le CPQ soulignait l'importance des relations de travail dans le cadre des décisions d'investissement des entreprises étrangères :

« Il existe des raisons qui font en sorte que les entreprises étrangères s'installent ailleurs, même si Québec tente des les attirer avec des traitements de faveur. (...) Souvenons-nous que les relations du travail pèsent lourd dans la balance lorsque des entreprises doivent prendre une décision d'investissement. La grande majorité des économistes croient qu'un marché du travail flexible est indispensable pour favoriser la création d'emplois. »⁸¹ (nous soulignons)

Dans son programme d'action 2002-2003 intitulé *Pour bâtir un Québec prospère*, le CPQ affirmait que le cadre réglementaire du travail québécois constitue un frein au

⁷⁹ *Id.*, p. 5.

⁸⁰ À ne pas confondre avec le projet de loi 31 présenté à l'Assemblée nationale en novembre 2003 et sanctionné en décembre 2003 par le gouvernement libéral de Jean Charest, lequel consistait à exclure de façon expresse la sous-traitance de l'application de l'article 45 du *Code du travail*. Ce projet de loi a plutôt reçu un appui inconditionnel du CPQ. Voir : CONSEIL DU PATRONAT DU QUÉBEC, *Vers un plus juste équilibre social et économique : commentaires du Conseil du patronat du Québec sur le projet de loi no 31, Loi modifiant le Code du travail*, novembre 2003.

⁸¹ CONSEIL DU PATRONAT DU QUÉBEC, *Mémoire du Conseil du patronat du Québec sur le projet de loi no 31 : Loi modifiant le Code du travail, instituant la Commission des relations du travail et modifiant d'autres dispositions législatives*, mai 2001, p. 8.

développement et à l'expansion de l'entrepreneuriat. En outre, il soulignait l'importance de desserrer ce « carcan » et de revoir des pans entiers de la législation du travail, dont le *Code du travail* et la *Loi sur les normes du travail*⁸². Dans son programme d'action 2003-2004, le CPQ critiquait le bilan législatif du gouvernement du Parti Québécois en matière de travail et d'emploi :

*« Au lieu de prendre les moyens pour maximiser le rendement du travail, le Québec s'est évertué au fil des dernières années à multiplier les obstacles : augmentation des congés fériés dans la Loi sur les normes du travail; réduction des heures travaillées; alourdissement de la réglementation du travail; resserrement des lois du travail pour rendre encore moins flexible la polyvalence dans les tâches et pour accroître les difficultés d'impartir l'exécution des fonctions essentielles dans plusieurs entreprises en développement. »*⁸³ (nous soulignons)

En outre, il rappelait au gouvernement libéral nouvellement élu⁸⁴ l'importance de revoir les lois du travail au Québec pour les rendre comparables à celles qui s'appliquent aux entreprises établies aux États-Unis de façon à pouvoir réorganiser le travail au sein des entreprises situées au Québec⁸⁵.

Dans son programme d'action 2004-2006, le CPQ félicitait le gouvernement pour les assouplissements apportés à l'article 45 du *Code du travail*, mais lui rappelait qu'il ne fallait pas en arrêter là en matière d'allégement réglementaire⁸⁶. En outre, il mettait en garde le gouvernement contre la tentation de vouloir adopter une réglementation du travail additionnelle au sujet du travail atypique, affirmant qu'il serait illusoire et improductif de

⁸² CONSEIL DU PATRONAT DU QUÉBEC, *Pour bâtir un Québec prospère : programme d'action 2002-2003 du Conseil du patronat du Québec*, septembre 2002, p. 3.

⁸³ CONSEIL DU PATRONAT DU QUÉBEC, *Redonner aux Québécois les moyens d'entreprendre et la liberté de choisir : programme d'action 2003-2004 du Conseil du patronat du Québec*, septembre 2003, p. 4.

⁸⁴ Le gouvernement du Parti Québécois a été défait par les Libéraux aux élections générales tenues au printemps 2003.

⁸⁵ CONSEIL DU PATRONAT DU QUÉBEC, *préc.*, note 83, p. 6.

⁸⁶ CONSEIL DU PATRONAT DU QUÉBEC, *Pour créer la richesse et le mieux-être : programme d'action 2004-2006 du Conseil du patronat du Québec*, septembre 2004, p. 7.

vouloir régler les problèmes de sécurité économique de certains groupes de travailleurs par la législation du travail plutôt que par la législation sociale et les mesures volontaires⁸⁷.

En décembre 2006, le Conseil du patronat du Québec demandait le rejet du projet de loi fédéral C-257, un projet présenté par le Bloc Québécois et qui visait à modifier le Code canadien du travail afin d'interdire aux employeurs visés par le régime fédéral d'embaucher des travailleurs de remplacement pour occuper les fonctions d'employés en grève ou en lockout. Selon le CPQ, ce projet de loi aurait pour effet de déstabiliser complètement le délicat équilibre des pouvoirs qui existent entre employeurs, employés et syndicats dans les secteurs d'activités fédéraux. Ce faisant, il affecterait la productivité des entreprises canadiennes et nuirait à l'investissement direct étranger :

Dans le contexte économique actuel, toute modification au Code doit s'orienter vers la compétitivité des entreprises canadiennes. Or, les amendements proposés alourdissent une législation du travail déjà très contraignante. Ils ne peuvent avoir que des conséquences néfastes sur l'investissement étranger alors qu'il faut tout mettre en œuvre pour inciter les entreprises à s'installer au Canada⁸⁸.

Un peu plus loin, le CPQ ajoute que non seulement le projet de loi C-257 est susceptible de nuire à l'IDE entrant au Canada, mais il est susceptible d'entraîner des délocalisations et des fermetures d'entreprises :

Si des grandes entreprises, voire des multinationales, sont soumises à une loi leur interdisant le recours aux travailleurs de remplacement, elles pourront peut-être faire face à la pression économique engendrée par une grève, par exemple en transférant leur production dans un autre de leurs établissements ou, encore, en fermant la succursale touchée. Cependant, pour ces entreprises, il est beaucoup moins intéressant

⁸⁷ *Id.*, p. 8. Ce faisant, le CPQ tentait vraisemblablement de dissuader le gouvernement du Québec de donner suite au rapport Bernier déposé en janvier 2003, qui proposait un nombre important de modifications aux lois du travail afin de combler l'écart constaté entre les divers régimes de protection sociale existant au Québec et les besoins des personnes vivant une situation de travail non traditionnelle. Voir : Jean BERNIER, Guylain VALLÉE et Carol JOBIN, « Les besoins de protection sociale des personnes en situation de travail non traditionnelle », Rapport final du Comité d'experts chargé de se pencher sur les besoins de protection sociale des personnes vivant une situation de travail non traditionnelle, Québec, janvier 2003 (rapport Bernier).

⁸⁸ CONSEIL DU PATRONAT DU QUÉBEC, *Le projet de loi C-257 : Une menace sérieuse à la sécurité économique des Canadiens. Commentaires du Conseil du patronat du Québec sur le projet de loi C-257, Loi modifiant le Code canadien du travail (travailleurs de remplacement)*, Décembre 2006, p. 1.

*de s'installer dans un endroit où les relations de travail constituent un frein à leur productivité*⁸⁹.

En 2008, dans ses commentaires présentés au Groupe de travail sur l'investissement des entreprises⁹⁰, le CPQ dénonçait la formule d'accréditation et les dispositions anti-briseurs de grève prévues à la réglementation québécoise et soulignait que ces mesures étaient associées à des taux d'investissement plus faibles⁹¹.

En 2009, dans ses commentaires à la ministre du Travail du Canada sur le *Document de discussion sur l'examen des normes du travail du Code canadien du travail*, le CPQ dénonçait que certaines propositions imposaient des contraintes additionnelles aux entreprises. Il rappelait du même coup que la législation du travail influe grandement sur les prises de décision des entreprises en matière d'investissement et que celles-ci recherchent une certaine souplesse en matière de législation du travail⁹².

Plus récemment, dans un mémoire soumis à la Commission de l'économie et du travail de l'Assemblée nationale sur la question de la modernisation des dispositions anti-briseurs de grève prévues au *Code du travail*, le CPQ rappelait sa position à l'égard de la législation du travail québécoise :

À cet égard, plusieurs législations québécoises s'avèrent contraignantes, parfois plus qu'ailleurs au Canada et dans le monde. D'autres sont mal conçues et entraînent des effets pervers imprévus, en contribuant par exemple à réduire l'investissement et l'emploi au Québec. Les lois du travail du Québec, qui comptent déjà parmi les plus

⁸⁹ *Id.*, p. 7.

⁹⁰ Ce groupe de travail a été constitué en octobre 2007 par la ministre des Finances de l'époque en vue d'aider le gouvernement à identifier des moyens d'accroître l'investissement pour soutenir la croissance économique. Voir : *Constitution du Groupe de travail sur l'investissement des entreprises*, Communiqué de presse émis par le Cabinet de la ministre des Finances, des Services gouvernementaux, responsable de l'Administration gouvernementale et présidente du Conseil du trésor, 30 octobre 2007.

⁹¹ CONSEIL DU PATRONAT DU QUÉBEC, *Commentaires du Conseil du patronat du Québec présentés au Groupe de travail sur l'investissement*, 10 janvier 2008, p. 3.

⁹² CONSEIL DU PATRONAT DU QUÉBEC, *Commentaires du Conseil du patronat du Québec soumis à la ministre du Travail du Canada sur le Document de discussion sur l'examen des normes du travail du Code canadien du travail*, Mai 2009, p. 12. Au même effet, voir : CONSEIL DU PATRONAT DU QUÉBEC, *Commentaires du Conseil du patronat du Québec sur le document de consultation Modernisation des normes du travail fédérales – Examen de la partie III du Code canadien du travail*, Septembre 2005, p. 2.

*sévères en Amérique du Nord, sont sans conteste un pan du fardeau réglementaire qui gagnerait à être plus efficace et intelligent*⁹³.

Un peu plus loin, il dénonçait les effets pervers du déséquilibre syndicats-patronat sur l'économie québécoise. Plus précisément, il dénonçait les effets pervers des dispositions anti-briseurs de grève sur la santé de l'économie du Québec, en particulier sur le taux d'investissement et sur le niveau d'emploi :

Compte tenu de cette performance, le Québec a-t-il les moyens d'alourdir, et même de maintenir, des législations qui nuisent à l'investissement? Comme l'écrivait le président du Conseil du patronat dans une lettre ouverte au premier ministre Jean Charest parue dans La Presse du 18 août 2010 :

« Rendre encore plus contraignant le Code du travail constituerait une attaque en règle contre la compétitivité de notre économie. Dans un contexte de concurrence mondiale, cela équivaudrait à inviter les entrepreneurs à investir ailleurs que chez nous; c'est nous procurer un billet de première classe pour la médiocrité économique. »

En somme, depuis de nombreuses années, le CPQ est l'un des groupe de pression les plus critique de la réglementation du travail québécoise et n'hésite pas à faire allusion aux délocalisations, aux fermetures d'usines et à la baisse du taux d'investissement à l'appui de ses prétentions.

Ce discours est également tenu par certains groupes de réflexion (« *Think tanks* »), comme l'*Institut Fraser* et l'*Institut économique de Montréal*. Ces organismes, qui se disent officiellement neutres, non-partisans et à but non-lucratif, ont pour mission de faire la

⁹³ CONSEIL DU PATRONAT DU QUÉBEC, *Les travailleurs de remplacement : le temps est venu de rétablir l'équilibre entre les parties. Mémoire du Conseil du patronat du Québec soumis à la Commission de l'économie et du travail de l'Assemblée nationale dans le cadre du mandat d'initiative sur la modernisation des dispositions anti-briseurs de grève prévues au Code du travail*, Février 2011, p. 5. Pour plus de détails sur la positions du Conseil du patronat sur la réglementation du travail québécoise, voir : CONSEIL DU PATRONAT DU QUÉBEC, *S'allier pour la prospérité. Plateforme 2010-2013*, 2010.

promotion du néolibéralisme et du libre marché dans les rapports sociaux, notamment en contexte d'emploi⁹⁴.

L'*Institut Fraser* est bien connu pour ses nombreuses publications sous forme d'études, de commentaires, d'articles, de magazines et d'infolettres⁹⁵. Pour les fins de la présente thèse, toutefois, ce sont surtout ses études comparatives des cadres réglementaires du travail en vigueur au Canada et aux États-Unis⁹⁶ et ses études comparatives sur le libéralisme économique en Amérique du Nord⁹⁷ qui retiennent notre attention. Dans le cadre de ces

⁹⁴ Pour l'*Institut Fraser*, voir : FRASER INSTITUTE, *Who we are*, 2010, en ligne : <http://www.fraserinstitute.org/about-us/who-we-are/overview.aspx> (consulté le 12 août 2013) ; pour l'Institut économique de Montréal, voir : INSTITUT ÉCONOMIQUE DE MONTRÉAL, *Qui sommes nous ?*, 2013, en ligne : <http://www.iedm.org/fr/31148-qui-sommes-nous-> (consulté le 12 août 2013).

⁹⁵ Les principales publications de l'*Institut Fraser* sont *Fraser Forum*, *Perspectives* (en français), *Insight*, *Fraser Update* et *Research Update*.

⁹⁶ Amela KARABEGOVIĆ, Nachum GABLER et Niels VELDHUIS, *Measuring Labour Markets in Canada and the United States, 2012 Edition*, Studies in Labour Markets, Institut Fraser, septembre 2012; Amela KARABEGOVIĆ, Alex GAINER et Niels VELDHUIS, *Measuring Labour Markets in Canada and the United States, 2011 Edition*, Studies in Labour Markets, Institut Fraser, septembre 2011; Amela Karabegović, Alex GAINER, Milagros PALACIOS et Niels VELDHUIS, *Measuring Labour Markets in Canada and the United States, 2010 Edition*, Studies in Labour Markets, Institut Fraser, septembre 2010; Milagros PALACIOS, Alex GAINER, Amela KARABEGOVIĆ et Niels VELDHUIS, *Measuring Labour Markets in Canada and the United States, 2009 Edition*, Studies in Labour Markets, Institut Fraser, septembre 2009; Amela KARABEGOVIĆ, Alex GAINER et Niels VELDHUIS, *Labour Relations Laws in Canada and the United States: An Empirical Comparison, 2009 Edition*, Studies in Labour Markets, Institut Fraser, août 2009; Keith GODIN, Milagros PALACIOS et Niels VELDHUIS, *Measuring Labour Markets in Canada and the United States: 2008 Report (Canadian Edition)*, Studies in Labour Markets, Institut Fraser, août 2008; Keith GODIN, Milagros PALACIOS, Jason CLEMENS et Niels VELDHUIS, *Measuring Labour Markets in Canada and the United States: 2007 Edition*, Studies in Labour Markets, no 4, Institut Fraser, septembre 2007; Milagros PALACIOS, Jason CLEMENS, Keith GODIN et Niels VELDHUIS, *Union Disclosure in Canada and the United States*, Studies in Labour Markets, no. 3, Institut Fraser, septembre 2006; Keith GODIN, Milagros PALACIOS, Jason CLEMENS, Niels VELDHUIS et Amela KARABEGOVIĆ, *An Empirical Comparison of Labour Relations Laws in Canada and the United States*, Studies in Labour Markets, no 2, Institut Fraser, mai 2006; Amela KARABEGOVIĆ, Milagros PALACIOS, Jason CLEMENS, & Niels VELDHUIS, *The Transparency of Labour Relations Boards in Canada and the United States*, Studies in Labour Markets, no 1, Institut Fraser, septembre 2005; Amela KARABEGOVIĆ, Keith GODIN, Jason CLEMENS et Niels VELDHUIS, *Measuring the Flexibility of Labour Relations Laws in Canada and the United States*, Fraser Institute Digital Publication, Fraser Institute, septembre 2004; Jason CLEMENS, Amela KARABEGOVIĆ et Niels VELDHUIS, *Measuring Labour Markets in Canada and the United States, 2003 Edition*, Institut Fraser, août 2003.

⁹⁷ Nathan J. ASHBY, Avilia BUENO, Fred MCMAHON et Deborah MARTINEZ, *Economic Freedom of North America 2011*, Institut Fraser, novembre 2011; Nathan J. ASHBY, Amela KARABEGOVIĆ, Fred MCMAHON, Avilia BUENO, Noel D. CAMPBELL, Joab COREY, Alex FAYMAN, Deborah MARTINEZ et Tammy ROGERS, *Economic Freedom of North America 2010*, Institut Fraser, août 2010; Amela KARABEGOVIĆ, Fred MCMAHON, Nathan J. ASHBY et Russell S. SOBEL, *Economic Freedom of North America 2008 Annual Report (Canadian Edition)*, Institut Fraser, juillet 2008; Amela KARABEGOVIĆ, Fred MCMAHON et Christy G. BLACK, *Economic Freedom of North America 2006 Annual Report*, Institut Fraser et National Center for Policy Analysis, 2006; Amela Karabegović, Fred McMahon et Glenn Mitchell, *Economic Freedom of North*

études, l'*Institut Fraser* recourt à une grille par laquelle les politiques publiques et les cadres réglementaires sont analysés en fonction des valeurs que cet organisme a pour mission de promouvoir, soit le néolibéralisme et le libre marché. Il ne faut donc pas s'étonner si le Québec – qui intervient davantage dans la régulation du marché du travail que les autres États nord-américains et dont la législation du travail serait l'une des plus protectrice en Amérique du Nord – fait piètre figure dans le cadre des études de cet organisme. En répétant le même message et en reprenant systématiquement les mêmes idées qui sont présentées comme « allant de soi » (néolibéralisme, libre marché, flexibilité, intervention limitée de l'État, etc.), l'*Institut Fraser* cherche à convaincre les décideurs politiques et la population en général du bien-fondé de ses positions, notamment à l'égard du droit québécois. Nous pouvons par conséquent parler d'un véritable « discours » tenu à l'endroit du droit québécois, qui présente celui-ci comme un droit particulièrement contraignant pour les entreprises et, par le fait même, comme étant particulièrement peu favorable à l'investissement.

L'*Institut économique de Montréal* (IEDM) est également connu pour ses nombreuses études et publications dans le domaine des politiques publiques et de la réglementation du travail⁹⁸. Tout comme l'*Institut Fraser*, l'IEDM fait la promotion du néolibéralisme économique et du laisser-faire dans le domaine du travail. Il dénonce la trop grande présence de l'État dans la régulation du marché du travail québécois de même que les effets qu'un droit

America 2005 Annual Report, Institut Fraser et National Center for Policy Analysis, 2005; Amela KARABEGOVIĆ, Fred MCMAHON, Dexter SAMIDA et Glenn MITCHELL, *Economic Freedom of North America 2004 Annual Report*, Institut Fraser, 2004; Amela KARABEGOVIĆ, Fred MCMAHON, Dexter SAMIDA, Glenn MITCHELL et Chris SCHLEGEL, *Economic Freedom of North America*, Institut Fraser et National Center for Policy Analysis, 2002. L'Institut Fraser est également connu par sa série d'études comparatives sur le libéralisme économique à l'échelle de la planète.

⁹⁸ Louis FORTIN, Youri CHASSIN et Michel KELLY-GAGNON, « Le financement et la transparence des syndicats », *Les Cahiers de recherche de l'Institut économique de Montréal*, Institut économique de Montréal, octobre 2011, 30 pages; Louis FORTIN et Michel KELLY-GAGNON, « Le modèle de syndicalisation québécois : une anomalie à corriger », *Les notes économiques*, Collection « Lois du travail », Institut économique de Montréal, février 2011; Marcel BOYER, « Accréditation syndicale : la nécessité d'une mise à niveau en matière de relations de travail au Québec », *Les Cahiers de recherche de l'Institut économique de Montréal*, Institut économique de Montréal, septembre 2009; Nathalie ELGRABLY, « Le salaire minimum et la flexibilité du marché du travail », *Les notes économiques*, Collection « Lois du travail », Institut économique de Montréal, décembre 2006; Norma KOZHAYA, « Les effets de la forte présence syndicale au Québec », *Les notes économiques*, Collection « Lois du travail », Institut économique de Montréal, septembre 2005; Norma KOZHAYA et Guy LEMAY, « Les effets pervers des dispositions anti-briseurs de grève », *Les notes économiques*, Collection « Lois du travail », Institut économique de Montréal, janvier 2005.

du travail contraignant est susceptible d'avoir sur l'investissement. Contrairement à l'*Institut Fraser*, toutefois, qui se contente souvent de comparer les règles en vigueur au Canada aux règles en vigueur aux États-Unis, l'IEDM a plutôt tendance à comparer les règles en vigueur au Québec à celles en vigueur dans plusieurs autres pays occidentaux. L'IEDM demeure néanmoins très critique du droit du travail québécois.

Un tel discours n'est pas tenu uniquement au Québec. C'est également le cas en France, où les associations d'employeurs – notamment le MEDEF et l'AFEP⁹⁹ – sont constamment à la recherche d'une flexibilité accrue et d'une intervention beaucoup plus discrète de l'État dans les relations professionnelles. La question de la flexibilité du marché du travail est à ce point problématique en France qu'en 2012, le gouvernement français a sommé les partenaires sociaux (i.e. le patronat et les syndicats) de trouver un terrain d'entente sur un certain nombre de questions afin de réformer en profondeur le marché du travail français dans la cadre du processus de négociation interprofessionnelle, à défaut de quoi le gouvernement pourrait intervenir unilatéralement. Les questions qui devaient notamment être abordées dans le cadre de ces discussions étaient la flexisécurité (une plus grande flexibilité dans la gestion de la taille de la main-d'œuvre accompagnée d'un meilleur accès à la formation et à l'assurance-chômage), le partage du temps de travail, la baisse des salaires et le recours massif au chômage partiel en temps de crise et la réhabilitation du CDI (contrat à durée indéterminée) comme forme normale d'embauche¹⁰⁰. La pression gouvernementale sur les acteurs sociaux semble avoir eu l'effet escompté, puisque une entente a finalement été conclue le 11 janvier 2013 et l'intervention unilatérale du gouvernement ne fût pas nécessaire¹⁰¹.

⁹⁹ « MEDEF » est un acronyme pour « Mouvement des Entreprises de France »; « AFEP » est un acronyme pour « Association Française des Entreprises Privées ».

¹⁰⁰ Laurent JEANNEAU, « Bientôt une flexisécurité à la française? », *Alternatives Économiques*, no 317, octobre 2012.

¹⁰¹ Guillaume DUVAL, « Ni "compromis historique" ni "accord a minima" », *Alternatives Économiques*, article web, 17 janvier 2013, en ligne : <http://www.alternatives-economiques.fr> (consulté le 25 août 2013). L'accord est disponible via le lien suivant : <http://www.wk-ce.fr/actualites/upload/nego-emploi-11-01-2013.pdf> (consulté le 25 août 2013).

C. La problématique de la compétitivité des régimes réglementaires

En vertu du principe de la souveraineté étatique reconnue en droit international public, les États sont libres d'adopter les politiques publiques et la réglementation nationale qu'ils désirent en quelque matière que ce soit¹⁰². Ils peuvent ainsi adopter des politiques et des lois plus ou moins contraignantes sur des questions pouvant affecter les activités des entreprises, comme la fiscalité, le commerce international, l'investissement étranger et le droit du travail, selon les objectifs qu'ils souhaitent atteindre. En pratique, toutefois, cette liberté de l'État n'est pas aussi absolue qu'on pourrait le croire. En effet, elle dépend fortement du contexte mondial, et notamment du niveau de protectionnisme ou de libéralisme économique qui le caractérise.

En contexte de protectionnisme économique, alors que les barrières tarifaires et non tarifaires limitent de façon importante le commerce international, il y a généralement peu de conséquences à ce qu'un État adopte une réglementation nationale contraignante en ces matières. En effet, les entreprises multinationales sont généralement obligées de s'établir dans les différents pays qu'elles souhaitent desservir et d'y respecter les politiques publiques et les lois en vigueur. La logique est simple : l'entreprise multinationale doit produire les biens et les services dans le pays même où elle souhaite les vendre. En contexte de libéralisme économique et de mondialisation des marchés, toutefois, alors que les barrières tarifaires et non tarifaires sont beaucoup moins nombreuses, la question de l'impact de la réglementation nationale sur les investissements des entreprises multinationales se pose inévitablement. Les biens, les services et les capitaux étant libres de circuler d'un pays à un autre, celles-ci ne sont plus tenues de s'établir au sein de chacun des pays où elles souhaitent vendre leurs produits et services. Elles peuvent localiser leurs activités de production dans un nombre limité de pays stratégiquement choisis – voire un seul – et exporter dans les pays voisins les biens et les services qu'elles désirent y vendre (plate-forme d'exportation), ou encore, organiser leurs chaînes de production à l'échelle de la planète en fonction des avantages et opportunités

¹⁰² Sous réserve toutefois des engagements contractés en vertu des conventions et des traités internationaux.

offerts par différents pays-hôte (i.e. chaînes de production globales). Elles peuvent ainsi réaliser des économies d'échelles substantielles ou produire à moindre coût¹⁰³.

Cette situation entraîne une concurrence directe entre les États aux fins d'obtenir l'investissement direct étranger des entreprises multinationales¹⁰⁴. En effet, ces investissements sont fortement recherchés par les États en raison des bénéfices qui leur sont associés, comme la création d'emplois, le développement économique, la hausse de niveau de vie et les recettes fiscales, et les effets positifs qu'ils ont sur la balance commerciale. Or, les entreprises multinationales n'ayant plus l'obligation de s'établir dans chacun des pays qu'elles souhaitent desservir, le rapport de force est inversé : elles sont libres de localiser leurs activités où elles le veulent, en fonction des critères qu'elles se donnent et des objectifs qu'elles souhaitent atteindre.

Cette concurrence entre les États aux fins d'obtenir l'investissement direct étranger des entreprises multinationales se joue sur différents plans. Elle se joue par exemple en fonction de facteurs comme la stabilité économique et politique du pays, le niveau de développement et la qualité des infrastructures locales, la disponibilité et le coût de la main-d'œuvre, des matières premières, des richesses naturelles et de l'énergie, la taille et le taux de croissance du marché en terme de population et de revenus, les incitatifs à l'investissement, etc.¹⁰⁵. Elle se joue également au niveau des politiques publiques et de la réglementation nationale, comme le droit du travail, le droit environnemental, le droit fiscal et le droit corporatif : c'est la problématique de la compétitivité des régimes réglementaires ou juridiques (« *Regime*

¹⁰³ Harry W. ARTHURS, *Équité au travail. Des normes du travail fédérales pour le XXI siècle*, Commission sur l'examen des normes du travail fédérales, Ressources humaines et Développement des compétences Canada, 2006, p. 25 (rapport Arthurs).

¹⁰⁴ Kevin BANKS, « Must Canada Change Its Labour and Employment Laws to Compete with the United States? », (2013) 38 *Queen's L.J.* 419, 424-426; K. BANKS, *préc.*, note 64; Morley GUNDERSON, *Social and Economic Impact of Labour Standards*, rapport préparé pour la Commission sur l'examen des normes du travail fédérales, 2005, p. 6-8; Morley GUNDERSON, « Harmonization of Labour Policies Under Trade Liberalization », (1998) 53 *Relations industrielles / Industrial Relations* 24, 28; G. BETCHERMAN, *Labour in a More Global Economy*, Ottawa, Human Resources and Labour Canada, 1993, p. 14; J. SCHOTT, « Comment », dans N. LUSTIG, B. BOSWORTH et M. SLAUGHTER (ed.), *North American Free Trade*, Washington, Brookings Institution, p. 239-241, à la p. 240.

¹⁰⁵ Ces facteurs, les déterminants de la localisation de l'investissement direct étranger, seront étudiés de façon plus détaillée au chapitre III ci-après.

Shopping » ou « *regulatory arbitrage* »)¹⁰⁶. En vertu de cette problématique, les entreprises multinationales cherchent généralement à s'établir dans les territoires où les politiques publiques et la réglementation nationale se révèlent les plus favorables à l'exercice de leurs activités, compte tenu de leurs objectifs et de leur stratégie d'entreprise. En d'autres termes, elles recherchent des régimes « concurrentiels » ou, à tout le moins, qui leur permettront d'exploiter au mieux un ou des avantages concurrentiels.

Cette problématique de la compétitivité des régimes réglementaires est importante non seulement en raison des bénéfices qui sont associés à l'investissement direct étranger des entreprises multinationales pour les pays hôtes et leur population, mais également en raison d'une problématique corollaire importante qui lui est rattachée, celle de la spirale vers le bas en matière de réglementation nationale du travail et de l'emploi (« *Race to the Bottom* »)¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Nick PARSONS, « Social and Labour Market Policy: The (Re-) Emergence of Competitive Tensions », dans Jack HAYWARD et Rüdiger WURZEL (dir.), *European Disunion: Between Sovereignty and Solidarity*, Palgrave MacMillan, 2012, p. 200; Harry ARTHURS, « Who's afraid of globalization? Reflections on the future of labour law », dans J.D.R. CRAIG et S.M. LYNK, *préc.*, note 64, p. 51, à la p. 55; B. HEPPLÉ, *préc.*, note 55, p. 266; Franz TRAXLER et Birgir WOITECH, « Transnational Investment and National Labour Market Regimes: A Case of 'Regime Shopping' ? », (2000) 6 *European Journal of Industrial Relations* 141. Voir également: Richard P. CHAYKOWSKI, « Implications of the Changing Structure of the Economy, Labour Market, and Workplace for Canadian Labour Policy: The Case of Pay Equity », (2004) 67 *Saskatchewan Law Review* 459; A.N. LICHT, « Regulatory Arbitrage for Real », (1998) 38 *Virginia Journal of International Law* 563.

¹⁰⁷ K. BANKS, *préc.*, note 104, 426 et 427; Layna MOSLEY et Saika UNO, « Racing to the bottom or climbing to the top? Economic globalization and collective labor rights », (2007) 40 *Comparative Political Studies* 923, 948; K. BANKS, *préc.*, note 64, 77; B. HEPPLÉ, *préc.*, note 55, p. 13; Richard P. CHAYKOWSKI et Morley GUNDERSON, « The Implications of Globalization for Labour and Labour Markets », dans Richard P. CHAYKOWSKI, *Globalization and the Canadian Economy: The Implications for Labour Markets, Society and the State*, Kingston, School of Policy Studies, 2001, p. 27; M. GUNDERSON, *préc.*, note 104; M.-A. MOREAU et G. TRUDEAU, *préc.*, note 14; Anthony GILES et Dalil MASCHINO, « L'intégration économique en Amérique du Nord et les relations industrielles: défis de gestion, de représentation et de régulation », dans Rodrigue BLOUIN et Anthony GILES, *L'intégration économique en Amérique du Nord et les relations industrielles*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1998, p. 5; Gilles TRUDEAU, « Les modes de régulation internationale du travail et de l'emploi: perspective internationale », dans Rodrigue BLOUIN et Anthony GILES, *L'intégration économique en Amérique du Nord et les relations industrielles*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1998, p. 201; H. W. ARTHURS, *préc.*, note 58; Gilles TRUDEAU et Guylaine VALLÉE, « Economic Integration and Labour Law and Policy in Canada », dans Maria L. COOK et Harry C. KATZ (dir.), *Regional Integration and Industrial Relations in North America*, 1994, p. 66; Ian ROBINSON, « How Will the North American Free Trade Agreement Affect Worker Rights in North America ? », dans Maria L. COOK et Harry C. KATZ (dir.), *Regional Integration and Industrial Relations in North America*, 1994, p. 105; Brian LANGILLE, « Canadian Labour Law Reform and Free Trade », (1991) 23 *Ottawa Law Review* 581; Gilles TRUDEAU, « L'impact de l'accord de libre-échange canado-américain sur les relations de travail au Québec et leur encadrement juridique », (1991) 25 *Revue Juridique Thémis* 315; George W. ADAMS, « The U.S.-Canada Free Trade Agreement and Collective Bargaining », (1988) 14 *Canada-United-States Law Journal*

En vertu de ce phénomène, les entreprises établies dans les pays où la législation du travail et de l'emploi est la plus protectrice sont susceptibles de déménager leurs activités – ou de menacer de le faire – dans les pays où cette législation est la moins contraignante afin de produire à moindre coût. Elles peuvent également exercer des pressions directes sur le gouvernement du pays hôte afin que cette même législation soit assouplie. Les pays qui possèdent la législation la plus progressive, tout comme ceux qui possèdent la législation la moins contraignante, sont exposés à cette forme de marchandage, les premiers cherchant à rejoindre les seconds et les seconds cherchant à distancer ou maintenir leur avance sur les premiers. La résultante de cette dynamique est une pression à la baisse sur le niveau de protection de la législation du travail et de l'emploi dans l'ensemble des pays, pression qui peut se traduire éventuellement par une détérioration effective de cette législation¹⁰⁸. Des études plus récentes semblent toutefois indiquer que cet effet, bien que réel, serait moins prononcé que prévu, ce qui laisse entendre que la réalité est beaucoup plus complexe qu'il n'appert à première vue¹⁰⁹. En fait, pour qu'une spirale vers le bas dans les conditions de travail puisse prendre forme, il appert que certaines conditions doivent être rencontrées : (1) les lois du travail et de l'emploi doivent être appliquées de telle façon qu'elle augmentent les coûts et découragent la compétitivité ; (2) ces coûts ne doivent pas être compensés (offset) par les bénéfices qui découlent de ces lois, ou encore, ne doivent pas pouvoir être refilés aux travailleurs; (3) la dimension « réglementation » des coûts de main-d'œuvre doit être un facteur pertinent dans la localisation de l'IDE; et (4) le gouvernement doit répondre aux

41. Cette problématique se pose également entre les provinces ou les états fédérés d'un même pays : Kathryn HARRISON (dir.), *Racing to the Bottom ? Provincial Interdependence in the Canadian Federation*, Vancouver-Toronto, UBC Press, 2006.

¹⁰⁸ K. BANKS, *préc.*, note 104, 426-429; Eric TUCKER, « “Great Expectations” Defeated ? : The Trajectory of Collective Bargaining Regimes in Canada and the United States Post-NAFTA », (2004) 26 *Comparative Labor Law & Policy Journal* 97. Pour un exemple québécois de cette pression à la baisse sur la législation du travail et de l'emploi, voir : Guylaine VALLÉE et Jean CHAREST, « Globalization and the Transformation of State Regulation of Labour. The Case of Recent Amendments to the Québec Collective Agreement Decrees Act », (2001) 17 *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 79.

¹⁰⁹ K. BANKS, *préc.*, note 104, 429-433; H. ARTHURS, *préc.*, note 106, p. 54; E. TUCKER, *préc.*, note 108; Parbudyal SINGH, « NAFTA and Labor : A Canadian Perspective », (2002) 23 *Journal of Labor Research* 433. Toutefois, voir : K. BANKS, *préc.*, note 64.

pressions exercées en baissant le niveau de protection offert par les lois du travail et de l'emploi¹¹⁰.

La problématique de la compétitivité des régimes réglementaires est centrale à notre thèse. C'est en somme la problématique générale dans le cadre de laquelle s'inscrit la problématique particulière propre à notre thèse. En effet, la question de savoir si le droit du travail québécois est susceptible de décourager l'IDE entrant au Québec en contexte d'intégration économique avec les États-Unis suppose que les entreprises multinationales comparent les cadres réglementaires en vigueur au sein de ces territoires avant d'arrêter leur choix sur l'un ou l'autre d'entre eux comme hôte de leurs investissements directs.

D. L'importance économique des États-Unis pour le Québec

On peut s'interroger sur l'opportunité de comparer le droit du travail québécois au droit du travail américain. En effet, dans le contexte actuel de mondialisation de l'économie, ne devrait-on pas plutôt se préoccuper du droit du travail en vigueur au sein de pays comme la Chine ou le Mexique ?

La question est légitime, mais plusieurs facteurs militent néanmoins en faveur d'une comparaison du droit du travail québécois avec le droit du travail applicable aux États-Unis. Ainsi, le fait que les États-Unis soient les voisins immédiats du Québec et du Canada, qu'ils soient le principal partenaire commercial du Québec et du Canada, que la relation commerciale entre le Canada et les États-Unis soit la plus importante au monde, qu'ils soient signataire d'un accord de libre-échange avec le Canada depuis 1989 et qu'ils soient la puissance économique la plus importante au monde sont autant de facteurs qui militent en faveur d'une étude de droit comparé avec les États-Unis. Le discours tenu par les groupes de pression qui défendent les intérêts du patronat et les groupes de réflexion qui font la promotion du néolibéralisme économique est également un facteur qui milite en faveur d'une telle étude.

¹¹⁰ K. BANKS, *préc.*, note 104, p. 430 et 433-435; Rafael GOMEZ et Morley GUNDERSON, « The Integration of Labour Markets in North America », dans George HOBBERG (dir.), *Capacity for Choice : Canada in a New North America*, Toronto, University of Toronto Press, 2002, p. 104.

En effet, le droit du travail américain est souvent cité comme étalon par ceux-ci, comme l'idéal à atteindre.

La proximité géographique du Canada et des États-Unis a toujours été un facteur important pour expliquer le caractère étroit des relations entre les deux pays. Ne dit-on pas que le Canada et les États-Unis partagent la plus grande frontière non protégée au monde¹¹¹? Sept provinces sur dix et un territoire sur trois ne partagent-ils pas une frontière terrestre avec les États-Unis¹¹²? En fait, cette proximité géographique serait d'une importance telle qu'elle pourrait avoir une influence directe sur d'autres facteurs que nous verrons plus loin, comme le fait que les États-Unis soient notre principal partenaire commercial, pour ne nommer que celui-là. Le Québec, quant à lui, bien qu'il possède une frontière d'une longueur limitée avec les États-Unis¹¹³, est le voisin immédiat de quatre États fédérés américains, soit les États de New York, du Vermont, du New Hampshire et du Maine¹¹⁴, soit plus que n'importe quelle autre province canadienne, à l'exception de l'Ontario¹¹⁵.

Un autre facteur qui milite en faveur d'une comparaison avec les États-Unis est l'importance de la relation économique que le Québec et le Canada ont avec eux. En fait, non seulement les États-Unis constituent-ils le principal partenaire commercial du Canada, mais la relation commerciale entre les États-Unis et le Canada est la plus importante au monde. Ainsi,

¹¹¹ Robyn GRAHAM, « The World's Longest undefended Border?' Morality, Anxiety, and the US-Canada Border, 1946-1955 », dans *Canadian-United States Borderlands Colloquium*, 2 April 2010; Steven FICK and Elizabeth SHILTS, « Drawing the line : It took almost a century of negotiation and compromise to establish the world's longest undefended border », *Canadian Geographic*, Juillet/Août 2008, en ligne : <http://www.canadiangeographic.ca> (consulté le 30 août 2013); TRANSPORTS CANADA, *Les transports au Canada 2004, Rapport annuel*, p. 2; CONSEIL DU TRÉSOR DU CANADA, *Le rendement du Canada 2004, Rapport annuel au Parlement*, p. 15; Frank J. CILLUFFO, « La frontière américano-canadienne et le terrorisme », *Isuma*, vol. 2, no. 4, hiver 2001.

¹¹² La Colombie-Britannique, l'Alberta, la Saskatchewan, le Manitoba, l'Ontario, le Québec, le Nouveau-Brunswick et Yukon possèdent une frontière terrestre avec les États-Unis. La Nouvelle-Écosse possède des accès par traversiers, alors que l'Île du Prince-Édouard et Terre-Neuve ne possèdent aucun accès direct. Voir : NATIONAL GEOGRAPHIC SOCIETY, *Atlas of the World*, huitième édition, Washington, D.C., National Geographic Society, 2005, p. 41.

¹¹³ La frontière Québec-États-Unis n'est que de 735 km. Source : SERVICE DU DÉVELOPPEMENT ET DE L'INTÉGRITÉ DU TERRITOIRE, MINISTÈRE DES RESSOURCES NATURELLES ET DE LA FAUNE, QUÉBEC.

¹¹⁴ NATIONAL GEOGRAPHIC SOCIETY, *préc.*, note 112, p. 44.

¹¹⁵ La province de l'Ontario possède une frontière commune avec cinq États américains, soit les États de New York, de la Pennsylvanie, de l'Ohio, du Michigan et du Minnesota.

en 2012, les échanges entre les deux pays se chiffraient à près de 742,5 milliards de dollars canadiens, ce qui correspondait à près de 1,3 millions de dollars en biens et en services traversant la frontière chaque minute¹¹⁶. En 2012, les États-Unis recevaient 73% des exportations canadiennes et contribuaient à 62% des importations canadiennes¹¹⁷. D'ailleurs, le Canada constituait la principale destination d'exportation (i.e. était le principal importateur) pour 38 États fédérés américains¹¹⁸. De son côté, en 2011 (chiffres les plus récents disponibles), le Canada recevait 19% des exportations américaines et contribuait à près de 14% des importations américaines¹¹⁹. En 2012, les États-Unis constituaient le plus important investisseur étranger au Canada avec un peu plus de 289 milliards de dollars canadiens d'investissements directs à l'étranger¹²⁰. En 2011, les investissements directs étrangers du Canada aux États-Unis, de leur côté, ont atteint 211 milliards de dollars américains¹²¹. En ce qui concerne le Québec, près de 69% de ses exportations de biens étaient effectuées aux États-Unis en 2012, pour une valeur totale de plus de 43,5 milliards de dollars canadiens, alors que près de 30% des importations de biens du Québec provenaient des États-Unis, pour une valeur de 25,5 milliards de dollars canadiens¹²².

N'est sûrement pas étranger au succès de la relation commerciale entre le Canada et les États-Unis le fait que les deux pays soient cosignataires de l'Accord de libre-échange nord-américain¹²³. En fait, depuis la mise en œuvre de l'ALE en 1989, le commerce entre les deux pays a plus que triplé, passant de 235,2 milliards de dollars à 742,5 milliards de dollars en

¹¹⁶ GOUVERNEMENT DU CANADA, *Canada et les États-Unis. Relations canado-amérique. Commerce et investissements*, 2013, en ligne : www.can-am.gc.ca (consulté le 30 août 2013).

¹¹⁷ STATISTIQUE CANADA, *Tableaux sommaires. Importations et exportations de bien sur la base de la balance des paiements*, 2013, en ligne : www.statcan.gc.ca (consulté le 30 août 2013).

¹¹⁸ GOUVERNEMENT DU CANADA, *préc.*, note 116.

¹¹⁹ OFFICE OF THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE, *Canada*, 2012, en ligne : www.ustr.gov (consulté le 30 août 2013).

¹²⁰ GOUVERNEMENT DU CANADA, *préc.*, note 116.

¹²¹ OFFICE OF THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE, *préc.*, note 119.

¹²² INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Le Québec : Chiffres en main*, édition 2013, p. 42, en ligne : <http://www.stat.gouv.qc.ca/> (consulté le 9 août 2013). Notons que les exportations du Québec aux États-Unis sont en nette baisse par rapport à 2006, où elles atteignaient 56,7 milliards, soit 77,5% des exportations québécoises totales. Voir également : MINISTÈRE DES FINANCES ET DE L'ÉCONOMIE DU QUÉBEC, *Le calepin Édition juin 2013. Le commerce extérieur du Québec*, 2013.

¹²³ La relation de libre-échange entre le Canada et les États-Unis a débutée par la signature en 1989 de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis (l'ALÉ) et s'est poursuivie par la signature en 1994 de l'Accord de libre-échange nord-américain (l'ALÉNA) entre le Canada, les États-Unis et le Mexique.

2012¹²⁴. De plus, l'ALENA crée une dynamique particulière en matière d'investissement en Amérique du Nord. En effet, cet accord a pour effet de créer une zone de libre échange dont le produit intérieur brut représente tout près de 17 billions de dollars américains et dont la population atteint plus de 445 millions de personnes (2008)¹²⁵. Une telle zone de libre échange a nécessairement pour effet d'attirer les investissements du monde entier. Or, l'accès à cette zone de libre-échange est possible où que l'on soit situé sur le continent nord-américain. De plus, l'ALÉNA permet une libre circulation des capitaux en Amérique du Nord. Les investisseurs peuvent déplacer leurs investissements d'un pays à un autre, sans conséquences quant à l'accès à la zone de libre-échange. Alors pourquoi s'installer au Québec s'il est tout aussi facile de s'installer aux États-Unis et que le droit du travail y est plus favorable aux employeurs ? Une telle mobilité du capital associée à une mobilité tout aussi grande des biens et des services dans la zone de libre-échange a pour effet d'entraîner une concurrence directe entre les pays membres de l'ALÉNA aux fins d'attirer les investissements des entreprises. C'est la problématique de la compétitivité de régimes juridiques qui, comme nous l'avons vu, est susceptible d'entraîner une spirale vers le bas (« Race to the Bottom ») en matière de législation du travail et de l'emploi au sein des États-membres¹²⁶. Une telle situation justifie à elle seule qu'on s'intéresse au droit du travail de nos voisins américains. En effet, notre droit du travail est-il condamné à rejoindre le niveau du droit du travail américain, voire même, éventuellement, du droit du travail mexicain ? C'est une question importante.

Un autre facteur qui milite en faveur d'une comparaison avec les États-Unis est le fait qu'ils sont la puissance économique la plus importante de la planète. Ainsi, en 2011, le produit intérieur brut (PIB) des États-Unis s'élevait à 15 billions de dollars américains, ce qui les situait au premier rang mondial¹²⁷. En fait, cette année là, le PIB des États-Unis

¹²⁴ GOUVERNEMENT DU CANADA, *préc.*, note 116.

¹²⁵ GOUVERNEMENTS DU CANADA, DES ÉTATS-UNIS ET DU MEXIQUE, *Accord de libre-échange nord-américain. Faits saillants*, 2012, en ligne : www.alenaaujourd'hui.org (consulté le 30 août 2013).

¹²⁶ *Supra*, section I.C., p. 46

¹²⁷ EXPORTATION ET DÉVELOPPEMENT CANADA, *Aperçu du pays : États-Unis, Centre d'information économique et politique*, juin 2013, en ligne : www.edc.ca (consulté le 30 août 2013); CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR LE COMMERCE ET LE DÉVELOPPEMENT, *Manuel de statistiques de la CNUCED*, New York et Genève, 2012, p. 412 et 418, en ligne : www.unctad.org (consulté le 30 août 2013).

correspondait à plus de 20% du PIB mondial¹²⁸ et à 34% du PIB total de l'ensemble des trente-quatre pays membres de l'OCDE¹²⁹.

Enfin, un dernier facteur qui milite en faveur d'une comparaison avec les États-Unis est que le droit du travail américain sert d'étalon dans le cadre de nombreuses études de droit comparé réalisées au Canada, et plus particulièrement dans le cadre des études effectuées par ou pour le compte des groupes de pression ou de réflexion qui défendent les intérêts du patronat ou qui font la promotion du néolibéralisme économique. En d'autres termes, l'étude du droit du travail américain s'impose d'elle-même, puisque c'est ce droit qui est cité comme exemple à suivre, comme idéal à atteindre, dans le cadre du discours tenu par les groupes de pression ou de réflexion qui défendent les intérêts du patronat ou qui font la promotion du néolibéralisme économique¹³⁰, comme nous avons d'ailleurs eu l'occasion de le voir ci-avant¹³¹.

E. Le droit du travail américain : un droit plus favorable à l'IDE que le droit du travail québécois ?

Mais le droit du travail en vigueur aux États-Unis est-il aussi favorable à l'IDE que le laissent généralement entendre les groupes de pression pro-patronat et les groupes de réflexion qui font la promotion du néolibéralisme économique? À cet égard, il est important de souligner que le discours tenu par ces groupes de pression et de réflexion n'est pas forcément faux, mais il est vraisemblablement incomplet. En effet, leur rôle n'est pas de faire la lumière sur une problématique donnée, mais plutôt d'orienter les politiques publiques de l'État dans une direction particulière. Il ne s'agit pas, pour ces organismes, d'analyser une situation de

¹²⁸ En 2011, le PIB mondial s'élevait à 70 billions de dollars américains, calculé aux prix et taux de change courants. Voir : CNUCED, *préc.*, note 127, p. 412.

¹²⁹ ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Principaux indicateurs économiques*, Août 2013, p. 239, en ligne : www.oecd.org (consulté le 30 août 2013). Les pays membres de l'OCDE sont l'Allemagne, l'Australie, l'Autriche, la Belgique, le Canada, le Chili, la Corée, le Danemark, l'Espagne, l'Estonie, les États-Unis, la Finlande, la France, la Grèce, la Hongrie, l'Irlande, l'Islande, l'Israël, l'Italie, le Japon, le Luxembourg, le Mexique, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la République slovaque, la République tchèque, le Royaume-Uni, la Slovénie, la Suède, la Suisse et la Turquie.

¹³⁰ K. BANKS, *préc.*, note 104; H. ARTHURS, *préc.*, note 106, p. 57.

¹³¹ *Supra*, section I.B, p. 32.

façon neutre et objective mais plutôt de tenir un discours chargé de valeurs sur une question donnée – un discours chargé de valeurs particulières – afin de rendre ce discours dominant et de favoriser ainsi l’adoption de politiques publiques davantage alignées sur ces valeurs.

Pour répondre à cette question, il est important: (1) de mieux connaître et mieux comprendre les facteurs que les entreprises considèrent aux fins de la localisation de l’investissement direct étranger (i.e. les déterminants de la localisation de l’IDE) afin de déterminer si le droit du travail national est un facteur pertinent à cet égard; et (2) de mieux connaître et mieux comprendre le droit du travail américain afin d’identifier en quoi il diffère du droit du travail québécois. En somme, ce sont là les deux problématiques qui se conjuguent pour former l’objet d’étude de la présente thèse.

1. Les déterminants de la localisation de l’IDE : une mise au point nécessaire

Pour répondre à la question de savoir si le droit du travail américain est plus favorable à l’IDE que le droit du travail québécois, il est nécessaire de documenter les déterminants de la localisation de l’IDE, c’est-à-dire les facteurs auxquels les entreprises accordent de l’importance dans le cadre de leurs décisions de localisation de l’IDE. Plus particulièrement, il est nécessaire de connaître et de comprendre le rôle que le droit du travail national est susceptible de jouer dans le cadre de la décision de localisation de l’IDE.

Malgré la grande quantité d’études réalisées sur la question, l’importance relative des déterminants de la localisation de l’IDE demeure une question mal connue. Ceci pourrait être dû à la nature très variable de l’IDE et à la difficulté conséquente de caractériser par des règles générales un phénomène aussi peu homogène, ou encore, au caractère très morcelé de la littérature sur la question (plusieurs courants de littérature ayant été identifiés par l’auteur) et à la difficulté d’intégrer les résultats obtenus dans le cadre de ces différents courants de littérature en raison des différences d’ordre méthodologiques dont ils font l’objet.

Quoiqu’il en soit, nous tenterons de dresser un portrait le plus complet et le plus juste possible de la situation (du moins, à la mesure de ce qui est requis pour les fins de la présente thèse) en procédant à une revue de littérature exhaustive sur la question. Cette question sera abordée au chapitre III ci-après.

2. Le droit du travail américain : un droit relativement méconnu

Mais pour répondre à la question de savoir si le droit du travail américain est plus favorable à l'IDE que le droit du travail québécois, il est nécessaire d'identifier les principales différences entre le droit du travail américain et le droit du travail québécois. Pour ce faire, une bonne connaissance et une bonne compréhension des droits impliqués s'impose. Or, le droit du travail américain est un droit encore mal connu et mal compris, à tout le moins, à l'extérieur des États-Unis.

Nous croyons ce phénomène principalement dû au fait que la plupart des études de droit comparé réalisées sur la question ne s'intéressent qu'à une partie seulement du droit du travail américain. En effet, rares sont les études qui appréhendent le droit du travail dans son ensemble, la plupart ne s'intéressant qu'à une dimension du droit du travail américain, comme les rapports collectifs du travail ou les normes du travail. De plus, peu d'études accordent au droit du travail des États fédérés américains l'importance qui lui revient : la plupart mettent l'accent sur le droit du travail fédéral et se contentent d'affirmations très générales à l'égard du droit du travail étatique. Enfin, peu d'études recourent à un cadre conceptuel d'analyse qui permet de prendre en compte l'ensemble du droit du travail au sens où nous l'avons défini à la section I.A.1, y compris le droit commun en vigueur dans les États fédérés, la plupart des études se contentant de présenter le droit du travail comme un ensemble de politiques publiques disparates, sans s'intéresser à la logique et à la cohérence sous-jacente du phénomène.

L'une des études de droit du travail comparé Canada-États-Unis les plus connues et les plus influentes à avoir été réalisée à ce jour est sans conteste celle de Weiler en 1980¹³². En plus de dresser un historique complet des systèmes de relations de travail canadien et américain, cette étude fait une analyse approfondie des principales différences observées entre

¹³² Paul WEILER, *Reconciliable Differences : New Directions in Canadian Labour Law*, Toronto, The Carswell Company Limited, 1980. Cette étude n'était pas une étude de droit comparé au sens propre du terme, mais elle permet de faire un parallèle très intéressant entre les deux territoires. Voir également : Paul WEILER, « Promises to Keep : Securing Workers' Rights to Self-Organization Under the NLRA », (1983) 96 *Harv. L. Rev.* 1769; Paul WEILER, « Striking a New Balance : Freedom of Contract and the Prospects for Union Representation », (1984) 98 *Harv. L. Rev.* 351.

les rapports collectifs généralement applicables au Canada et les rapports collectifs généralement applicables aux États-Unis. Elle permet donc une excellente compréhension du droit du travail américain. À l'instar de plusieurs autres études, toutefois, elle ne porte que sur une partie du droit du travail : les rapports collectifs. De plus, elle ne s'intéresse qu'à la législation fédérale américaine. Ceci n'a à première vue rien de surprenant, puisqu'aux États-Unis, les rapports collectifs relèvent principalement du droit fédéral. Or, comme nous le verrons, le droit étatique – dans la mesure où il y en a un – demeure pertinent puisqu'il est susceptible de s'appliquer aux entreprises qui ne sont pas assujetties à la compétence du *National Labor Relations Board*. Enfin, notons que cette étude a été réalisée il y a plus de 30 ans et ne tient donc pas compte des développements qui sont survenus au cours de cette période.

En 1991, l'auteur Trudeau a publié un texte portant sur l'impact potentiel l'*Accord de libre-échange* (ALE) sur les relations de travail au Québec et leur encadrement juridique¹³³. Dans le cadre de cet article, l'auteur fait un parallèle entre les régimes légaux de droit du travail applicables au Québec et aux États-Unis. Cette étude portant autant sur les rapports individuels de travail (droit commun et lois d'application générale, comme les normes minimales du travail, la santé et la sécurité au travail, la discrimination dans l'emploi) que sur les rapports collectifs de travail (protection des droits syndicaux, procédure d'accréditation, négociation collective, moyens de pression et règlement des impasses). L'auteur conclut que l'ALE entraînera nécessairement des pressions afin que le Québec harmonise sa réglementation du travail avec celle des États-Unis. Il estime toutefois que ces pressions devraient être de faible intensité, puisque les deux pays étaient déjà relativement intégrés au plan économique et commercial avant l'entrée en vigueur de l'ALE. Enfin, il est d'avis que ces pressions viendront principalement du lobby patronal et qu'elles se feront davantage sentir sur les pratiques de relations de travail (i.e. sur les syndicats et les travailleurs) que sur les lois du travail (i.e. les législateurs). Cette étude des régimes américain et canadien est très complète. En effet, elle s'intéresse à pratiquement toutes les facettes du droit du travail. En

¹³³ G. TRUDEAU, « L'impact de l'accord de libre-échange canado-américain sur les relations de travail au Québec et leur encadrement juridique », *préc.*, note 107.

outre, elle présente le droit du travail selon un certain cadre conceptuel, soit celui opposant les rapports individuels aux rapports collectifs. De plus, elle distingue les lois du travail des lois d'application générale et présente les rapports collectifs selon leur ordre logique habituel. Ceci étant, exception faite de la question du droit commun, cette étude se limite essentiellement à l'étude de la législation fédérale américaine. Elle ne tient pas compte de la législation étatique du travail et de l'emploi susceptible de s'appliquer.

Une autre étude relativement bien connue est celle réalisée en 2003 par les auteurs Block, Roberts et Clarke¹³⁴. Dans le cadre de cette étude, les auteurs ont développé un index permettant de comparer les conditions de travail d'origine étatique en vigueur au sein de différents pays et l'ont utilisé pour comparer le niveau des conditions de travail d'origine étatique en vigueur au Canada et aux États-Unis. L'index développé dans le cadre de cette étude comportait dix composantes (sous-index), soit le salaire minimum, le temps supplémentaire, les absences et congés payés, l'assurance-emploi, l'indemnisation des accidents du travail et des maladies professionnelles, la négociation collective, la discrimination et l'équité en emploi, le congédiement injuste, la santé et sécurité en emploi et le préavis de licenciement collectif. Cette étude révèle que les normes du travail sont plus élevées au Canada qu'aux États-Unis. En effet, l'index total calculé pour le Canada est de 65.27 sur 100 alors que l'index total calculé pour les États-Unis est de 51.91 sur 100¹³⁵. Ces résultats sont également confirmés par le classement des régimes étudiés entre eux. Ainsi, le classement moyen pour les provinces et territoires canadiens est de 14.92 sur 63, alors qu'il est de 36.02 sur 63 pour les États fédérés américains. En outre, on retrouve 6 provinces ou territoires canadiens parmi les 10 régimes les plus contraignants¹³⁶. Assez curieusement, toutefois, le Québec ne fait pas partie de ces régimes, se classant au 14^{ème} rang des régimes les

¹³⁴ Richard N. BLOCK, Karen ROBERTS et R. Oliver CLARKE, *Labor Standards in the United States and Canada*, Kalamazoo, MI, W.E. Upjohn Institute for Employment Research, 2003, 175 p. La méthodologie utilisée dans cette étude avait déjà fait l'objet d'une publication en 2000 : Richard N. BLOCK et Karen ROBERTS, « Comparison of labour standards in the United States and Canada », (2000) 55 *Relations industrielles / Industrial Relations* 273.

¹³⁵ R. N. BLOCK, K. ROBERTS et R.O. CLARKE, *Labor Standards in the United States and Canada*, préc., note 134, p. 147. Un index plus élevé indique des normes du travail plus contraignantes.

¹³⁶ Ces provinces et territoires canadiens sont la Colombie-Britannique (1^{er} rang), le Yukon (2^{ème} rang), l'Ontario (3^{ème} rang), le Manitoba (4^{ème} rang), la Saskatchewan (5^{ème} rang) et les Territoires du Nord-Ouest (8^{ème} rang).

plus contraignants. Il est intéressant de constater que l'index développé dans le cadre de cette étude porte sur les principales composantes du droit du travail et intègre des éléments de la législation fédérale autant que de la législation des territoires fédérés (états et provinces). Toutefois, procéder à l'aide d'un index fait en sorte que beaucoup d'informations et de nuances sur les règles applicables se perdent au profit de grandes catégories auxquelles on attribue une note sur une échelle numérique. En outre, cette étude ne fait intervenir aucun cadre d'analyse conceptuel permettant d'approfondir notre compréhension des droits du travail impliqués en tant qu'objet d'étude; elle se contente de présenter ceux-ci comme une simple liste de facteurs et l'accent est surtout mis sur le classement des territoires étudiés en fonction de la pondération et des scores attribués à chacun de ces facteurs, ce qui limite grandement l'analyse qu'on peut en faire et les enseignements qu'on peut en tirer.

Block et Roberts ont effectué une étude semblable en 2007¹³⁷. Alors que l'étude de 2003 portait sur dix normes du travail, toutefois, cette dernière étude ne porte que sur six normes du travail, soit le salaire minimum, les heures de travail, les vacances et les congés, le licenciement ou le congédiement individuel, les congés pour maladie ou raisons familiales et le licenciement collectif. Cette étude classe le Québec au premier rang parmi les 63 États, territoires et provinces considérés. Ce faisant, elle identifie le Québec comme l'endroit où la réglementation étatique de la relation d'emploi est la plus large et la plus généreuse en Amérique du Nord. Cette étude possède toutefois les mêmes lacunes et les mêmes limites que l'étude réalisée en 2003, soit de permettre la comparaison uniquement sur la base d'un classement (ce qui limite grandement l'analyse qu'on peut faire et les enseignements qu'on peut tirer de l'étude), de classer les régimes étudiés à l'aide d'un index numérique uniquement (beaucoup d'information et de nuances sont perdues dans le cadre du processus d'évaluation) et de ne recourir à aucun cadre d'analyse conceptuel pouvant permettre de mieux comprendre le phénomène du droit du travail de façon générale.

¹³⁷ Richard N. BLOCK, *Labour Standards In The Canadian Federal Jurisdiction: A Comparison With Canadian Provinces And Territories, States In The United States, And Selected European Nations*, Rapport présenté à la Commission chargée de l'examen des normes du travail fédérales, le 4 novembre 2005.

La Direction de la recherche et de l'innovation en milieu de travail (anciennement la Direction des études et des politiques) du Ministère du Travail du Québec, sous la plume de Pierre Boutet, a publié deux études comparatives sur les normes du travail en vigueur au Québec et aux États-Unis, l'une en 2007 et l'autre en 2009¹³⁸. Ces études comparent les principales normes du travail en vigueur dans certains États américains et au Québec, en considérant non seulement le droit fédéral, mais également le droit étatique. Ces études permettent donc de présenter la grande variabilité des normes du travail potentiellement applicables aux États-Unis, plutôt que de se limiter aux normes du travail généralement applicables sur ce territoire. Ces études ne s'intéressent toutefois qu'à une partie seulement du droit du travail (i.e. les normes du travail) et, au surplus, qu'à un nombre limité de normes du travail (i.e. salaire minimum, durée du travail et heures supplémentaires, congés de maladie, de maternité et parental, licenciements collectifs et fermeture d'entreprise.). Enfin, elles ne font intervenir aucun cadre conceptuel d'analyse comme tel ; elles se contentent de présenter les résultats sous forme de tableaux synoptiques, sans plus. En somme, elles sont purement descriptive.

Dans le cadre d'une étude réalisée en 2007¹³⁹, Bélanger et Trudeau s'intéressent à l'impact d'un cadre réglementaire distinctif en matière d'emploi sur le développement économique. Pour ce faire, ils comparent les droits du travail applicables au Québec et aux États-Unis à l'aide d'un cadre conceptuel d'analyse qui permet d'étudier le droit du travail en fonction de ses différentes sources, soit le droit commun, les rapports collectifs et les conditions de travail directement fixées par l'État. Cette étude permet de dresser un portrait général des différences observées entre les droits du travail québécois et américain, mais va au-delà de la simple comparaison et de la simple identification de ces différences : elle permet de présenter et d'analyser celles-ci en fonction des sources reconnues du droit du travail et, par

¹³⁸ Pierre BOUTET, *Étude comparative de la législation sur les normes minimales du travail dans certains États des États-unis*, Direction de la recherche et de l'innovation en milieu de travail, Ministère du Travail, Québec, février 2009, 57 pages; Pierre BOUTET, *Une étude comparative sur les normes du travail dans certains États des États-Unis*, Direction des études et des politiques, Ministère du Travail, Québec, janvier 2007, 39 pages.

¹³⁹ Jacques BÉLANGER et Gilles TRUDEAU, « Le cadre réglementaire en matière d'emploi : l'industrie manufacturière en contexte d'intégration économique », (2007) 62 *Relations industrielles / Industrial Relations* 433.

conséquent, d'intégrer des dimensions théoriques importantes à la discussion¹⁴⁰. Les auteurs concluent au caractère fondamentalement distinct du cadre réglementaire québécois relativement au cadre américain. En outre, suite à des entrevues tenues auprès de dirigeants d'entreprises situées au Québec et aux États-Unis, ils amorcent une réflexion théorique sur le particularisme institutionnel au sein d'un ensemble économique régional intégré. À cet égard, leur conclusion est qu'il est possible pour le Québec de conserver les particularités de son cadre réglementaire à la condition que celui-ci s'inscrive dans le cadre d'une stratégie de développement de l'industrie manufacturière dans les secteurs à haute valeur ajoutée, qui nécessitent une main-d'œuvre qualifiée. Les résultats de cette étude sont très intéressants pour les fins de la présente thèse. Cependant, sur le plan comparatif, elle s'en tient au « droit du travail généralement applicable aux États-Unis » et met essentiellement l'accent sur le droit fédéral et sur les principes de common law généralement applicables aux États-Unis. Elle ne rend donc pas compte de la grande diversité des règles de droit du travail potentiellement applicables aux États-Unis qui trouvent leur origine dans le droit étatique, ni de la dynamique complexe qui intervient entre les règles du droit fédéral et les règles du droit étatique¹⁴¹.

Les études évoquées ci-avant représentent un échantillon limité de la littérature de droit du travail comparé entre le Québec (dans certains cas, le Canada) et les États-Unis. Elles permettent toutefois de démontrer qu'aucune des études répertoriées, à la fois : (1) comparent

¹⁴⁰ Ceci étant, il est important de noter que cette étude ne se limite pas à une comparaison des droits du travail québécois et américain. En effet, les auteurs s'intéressent à la question de l'impact d'un cadre réglementaire distinctif en matière d'emploi sur le développement économique en contexte d'intégration économique, et pour ce faire, ils ont notamment effectué une série d'entrevues auprès de dirigeants de multinationales ayant des établissements de production à la fois au Québec et aux États-Unis afin de recueillir leur témoignage quant aux effets des différences observées dans les cadres réglementaires applicables sur leurs décisions stratégiques. Or, pour les fins de la présente section, c'est la dimension « droit comparé » qui nous intéresse, ce qui explique que nous limitons nos commentaires à cette question.

¹⁴¹ Dans un article subséquent, Bélanger et Trudeau s'interrogent à savoir si, malgré la mondialisation, le Québec est toujours en mesure de se doter de politiques distinctes en matière de travail et d'emploi. Bien qu'ils reconnaissent que les défis soient grands, les auteurs sont d'avis que les institutions nationale jouent et continueront de jouer un rôle clé dans la régulation de la relation d'emploi. Concluant que le régime québécois est un régime hybride (qui fait appel à la fois au droit civil, au modèle nord-américain de relations de travail et qui intègre des éléments d'une économie libérale et d'une économie coordonnée) et rejetant la thèse en vertu de laquelle les systèmes de droit civil sont moins performants que les systèmes common law, les auteurs ne voient aucune raison pour que le système québécois soit désavantagé dans une économie globalisée. Cependant, l'intégration économique avec les États-Unis et les particularités du partage constitutionnel des pouvoirs au Canada présentent des défis importants. Voir : Jacques BÉLANGER et Gilles TRUDEAU, « The Institutional Specificity of Quebec in the Context of Globalization », (2009) 15 *Canadian Lab. & Emp. L.J.* 49.

le droit du travail dans son ensemble et non seulement une partie de celui-ci; (2) portent sur le droit étatique autant que le droit fédéral américain ; et (3) font intervenir un cadre d'analyse conceptuel permettant d'étudier le droit du travail comme un objet d'étude distinct et autonome et non comme simple regroupement de politiques publiques.

L'étude de droit comparé que nous réalisons dans le cadre de notre thèse présente ces caractéristiques. Elle s'intéresse au droit du travail dans son ensemble plutôt qu'à une partie de celui-ci. Elle étudie le droit du travail fédéral américain¹⁴² et le droit du travail des États fédérés américains¹⁴³ – incluant les règles du droit commun – plutôt que de s'en tenir au premier. Elle s'intéresse d'ailleurs aux rapports entretenus entre les régimes du travail fédéral et fédérés des pays étudiés, une question qui relève davantage du droit constitutionnel que du droit du travail, mais qui est particulièrement importante aux fins de déterminer les règles applicables à une situation de travail donnée. Enfin, elle fait intervenir un cadre conceptuel d'analyse qui permet de comprendre le droit du travail comme un objet d'étude distinct et à part entière, et non comme simple regroupement de politiques publiques. En somme, notre étude nous permet d'avoir une connaissance et une compréhension approfondies du droit du travail américain aux fins d'en permettre une comparaison fine avec le droit du travail québécois.

¹⁴² Comme nous aurons l'occasion de l'expliquer ultérieurement, notre étude ne porte pas sur le droit du travail fédéral canadien. Elle se limite au droit du travail québécois.

¹⁴³ N'ayant ni les ressources ni le temps nécessaire pour effectuer une étude du droit du travail étatique en vigueur dans les 50 États fédérés américains, toutefois, notre étude se limitera à l'étude d'un seul État fédéré : le Massachusetts. Nous aurons l'occasion de revenir et de justifier plus amplement ce choix au chapitre suivant.

II. La démarche et la méthodologie retenues

Dans le présent chapitre, nous présentons la démarche retenue afin de répondre à notre question de recherche, c'est-à-dire les différentes étapes que nous proposons d'accomplir pour ce faire (A). Ensuite, nous présentons la méthodologie sur laquelle repose cette démarche, soit la méthodologie du droit comparé (B).

A. La démarche retenue

Notre thèse tente de répondre à la question de savoir si le droit du travail québécois est susceptible de décourager l'investissement des entreprises multinationales au Québec, comparativement au droit du travail en vigueur aux États-Unis. Afin de répondre à cette question, nous devons identifier en quoi ces droits du travail diffèrent l'un de l'autre et si ces différences sont susceptibles d'avoir des effets sur la localisation des activités des entreprises multinationales au sein d'un territoire plutôt que de l'autre. Pour ce faire, nous proposons une démarche en trois étapes.

1. Une revue de littérature sur les déterminants de la localisation de l'IDE

Tout d'abord, nous tenterons de clarifier le rôle que joue le droit du travail national dans le cadre des décisions de localisation de l'IDE des entreprises multinationales¹⁴⁴. Pour ce faire, nous effectuerons une revue de la littérature relative aux déterminants de la localisation de l'IDE, c'est-à-dire les facteurs que les entreprises multinationales considèrent dans le cadre de ces décisions de localisation. Cette revue de littérature accordera une attention toute particulière au droit du travail. Cette étape nous permettra de documenter l'importance relative du droit du travail dans le cadre de ces décisions et, le cas échéant, d'identifier quelles dimensions du droit du travail sont les plus importantes à ce chapitre.

Il est important de noter qu'il existe de nombreux courants de littérature qui s'apparentent à cette littérature. Nous aurons l'occasion d'en discuter plus amplement au

¹⁴⁴ *Infra*, chapitre III.

chapitre III. Il importe toutefois de comprendre d'ores et déjà que la littérature qui fera l'objet de notre revue de littérature est celle qui s'intéresse *aux effets du droit du travail ou de ses composantes* (ou de phénomènes associés et de leurs composantes, comme le système national de relations industrielles) *sur la localisation de l'IDE*. La littérature plus générale sur les déterminants de l'IDE (littérature qu'il importe de distinguer de la littérature sur les déterminants *de la localisation* de l'IDE puisqu'elle s'intéresse aux facteurs qui expliquent qu'une entreprise choisisse de recourir à l'IDE plutôt qu'à une autre forme d'investissement) et la littérature sur les effets du droit du travail ou des ses composantes sur des phénomènes comme l'emploi, le chômage, le taux de présence syndicale, le commerce (les importations et les exportations) ou autre phénomène économique du genre ne seront pas abordées. Ce qui nous intéresse plus particulièrement dans le cadre de la présente thèse, c'est la littérature économique qui porte sur les déterminants de la localisation de l'IDE, c'est-à-dire la littérature qui s'intéresse aux facteurs qui exercent une influence sur l'endroit ou le lieu où une entreprise multinationale décide de s'établir par le biais de cette forme particulière d'investissement.

2. Une étude de droit comparé

Ensuite, nous effectuerons une étude de droit comparé afin d'identifier les principales différences et similitudes entre le droit du travail québécois et le droit du travail américain¹⁴⁵. Pour ce faire, il est nécessaire de faire une description détaillée des droits du travail nationaux impliqués, puis de les comparer, afin d'en faire ressortir les principales différences et similitudes. Le droit du travail québécois étant déjà bien connu et ayant déjà été amplement décrit par d'autres auteurs québécois, la principale contribution de notre thèse à cet égard résidera plutôt dans la description et l'analyse approfondie du droit du travail américain. En effet, le droit du travail applicable aux États-Unis est peu documenté au Québec, ce qui ne manque pas d'étonner compte tenu du fait que les États-Unis sont notre premier partenaire commercial et une puissance économique mondiale.

Comme déjà évoqué, certaines études antérieures ont porté sur la comparaison des droit du travail américain et canadien, mais la plupart d'entre elles ne considèrent qu'un

¹⁴⁵ *Infra*, chapitre IV.

nombre limité de dimensions du droit du travail et, surtout, ne tiennent pas compte du caractère fédéral des États-Unis et du Canada. Or, à la différence de ces études, l'étude de droit comparé proposée ici s'intéresse à un nombre beaucoup plus élevé de dimensions du droit du travail et tient compte non seulement du droit du travail de niveau fédéral (à tout le moins, aux États-Unis), mais également du droit du travail de niveau fédéré (i.e. provincial au Canada, étatique aux États-Unis) et, chose à ne pas négliger, au droit commun. Enfin, contrairement aux études réalisées en la matière, la nôtre s'intéresse également aux rapports entretenus entre les régimes fédéral et fédérés des pays étudiés, une question qui relève davantage du droit constitutionnel que du droit du travail, mais qui est particulièrement importante aux fins de déterminer les règles applicables à une situation de travail donnée.

Malgré la présence de deux droits du travail au Québec (i.e. le droit du travail fédéral et le droit du travail provincial), notre étude ne porte que sur le droit provincial québécois. En effet, de ces deux régimes, le régime provincial est le régime « de principe » et s'applique à une proportion beaucoup plus grande de travailleurs et d'employeurs. Ainsi, l'*Enquête sur les milieux de travail de compétence fédérale 2004* indique que près de 1 132 000 travailleurs (seulement 8,4 pourcent de la population active canadienne) sont à l'emploi d'employeurs soumis à la compétence fédérale. De ce nombre, près de 840 000 travailleurs (seulement 6 pourcent des employés du Canada) et près de 12 000 entreprises (seulement 1 pourcent des employeurs du Canada) sont visés par la partie III du *Code canadien du travail*¹⁴⁶. En outre, les rapports entretenus entre le droit du travail fédéral et le droit du travail provincial au Canada sont généralement étanches, ces régimes étant mutuellement exclusifs. Il est donc possible d'étudier ces deux régimes de façon isolée, peu d'interactions étant observées entre ceux-ci.

¹⁴⁶ H. W. ARTHURS, *préc.*, note 103 (rapport Arthurs), p. 8, faisant référence à l'*Enquête sur les milieux de travail de compétence fédérale 2004* réalisée par Statistique Canada. Voir également : Monique BISAILLON et Derek ZHICHAO WANG, *Profil des milieux de travail de compétence fédérale*, Ressources humaines et développement social, Canada, 2006.

Aux États-Unis, toutefois, la situation est différente. En effet, les deux régimes n'étant pas complètement autonomes comme c'est le cas au Canada¹⁴⁷, une étude sérieuse du droit du travail américain doit donc porter non seulement sur le droit fédéral, mais également sur le droit étatique, à tout le moins, en partie. En effet, une étude qui porterait uniquement sur l'un ou sur l'autre de ces droits serait nécessairement une étude incomplète. Or, pour des considérations d'ordre pratique, il est impensable de faire une étude détaillée à la fois du droit du travail fédéral américain et du droit du travail des cinquante États fédérés américains. C'est d'ailleurs vraisemblablement la raison pour laquelle la plupart des études de droit du travail comparé qui ont été réalisées par le passé se sont généralement contentées d'étudier le droit du travail fédéral américain. La solution (i.e. le compromis) retenue pour les fins de notre thèse consiste donc à étudier, en plus du droit du travail fédéral américain, le droit du travail étatique d'un seul État fédéré américain, mais de le faire plus en profondeur. Bien qu'une telle approche comporte des limites importantes en termes de généralisation des résultats obtenus, elle nous permet toutefois d'aller au-delà de la plupart des études antérieures en nous intéressant aux interactions et la complexité des rapports entre les régimes fédéraux et étatiques américains et en appréciant davantage l'importante contribution du droit du travail étatique au droit du travail américain.

Lorsque vient le temps d'arrêter notre choix sur l'État fédéré américain qui fera l'objet de notre étude, toutefois, la question devient plus délicate. En effet, quel État retenir parmi les 50 États existants ? Et en vertu de quels facteurs effectuer notre choix ? Tout d'abord, nous sommes d'avis que l'État devant faire l'objet de notre étude doit présenter une certaine *proximité géographique* avec le Québec. Le droit du travail des États de l'Alaska, de la Californie ou des Îles Hawaii est sûrement très intéressant à étudier, mais il y a fort à parier que d'autres facteurs que la flexibilité du droit travail entreront alors en ligne de compte pour un investisseur potentiel, rendant la comparaison ainsi purement théorique. Par « proximité géographique », toutefois, nous n'entendons par nécessairement des États limitrophes ou adjacents au territoire québécois, mais plutôt des États de l'est des États-Unis. Ensuite, nous

¹⁴⁷ Plutôt que d'être mutuellement exclusifs comme c'est le cas au Canada, les régimes de droit du travail fédéral et étatiques aux États-unis sont généralement complémentaires. Pour plus de détails sur cette question, voir : *Infra*, section IV.A.2.a)(6).

sommes d'avis que l'État étudié devrait, dans la mesure du possible, posséder un *niveau de population relativement semblable à celui du Québec*. En effet, nous souhaitons nous en tenir à une « juridiction » relativement comparable du point de vue démographique. L'importance de la relation commerciale avec le Québec (et plus particulièrement le niveau des exportations québécoises) devrait elle aussi être considérée dans le cadre du choix de l'État fédéré à étudier. En effet, dans un contexte de libre-échange, le commerce international (exportations/importations) et l'investissement direct étranger représentent les deux côtés de la même médaille, soit de desservir un marché étranger. On comprendra aisément que plus le niveau des exportations québécoises est élevé dans un État fédéré donné, plus ce dernier est susceptible de faire l'objet d'un investissement direct étranger à titre de substitut aux exportations québécoises. Ceci peut donc se traduire par une perte d'opportunité pour le Québec en matière d'investissement direct étranger et peut même se traduire par une délocalisation des activités des multinationales concernées au profit de l'État fédéré impliqué.

L'État du Massachusetts répond aux critères que nous nous sommes donnés ci-avant. Tout d'abord, c'est un État situé relativement près du Québec. Il fait partie de la Nouvelle-Angleterre, l'une des deux divisions territoriales américaines qui bordent le Québec¹⁴⁸. Sa capitale, Boston, n'est située qu'à un peu plus de 400 kilomètres de la ville de Montréal. Ensuite, la population totale du Massachusetts s'élève à 6,7 millions d'habitants¹⁴⁹, comparativement à 8,1 millions pour le Québec¹⁵⁰. Il y a une différence notable, certes, mais celle-ci demeure dans le même ordre de grandeur. Comparativement, les autres États de la Nouvelle-Angleterre sont généralement moins peuplés. Ainsi, viennent par la suite, dans l'ordre, le Connecticut, avec 3,5 millions d'habitants, le Maine et le New Hampshire, avec 1,3 millions d'habitants chacun, le Rhode Island, avec tout près de 1,1 million, et le Vermont, avec

¹⁴⁸ La division territoriale de la Nouvelle-Angleterre (*New England*) comprend les États du Connecticut, du Maine, du Massachusetts, du New Hampshire, du Rhode Island et du Vermont. L'autre division territoriale, celle du *Middle Atlantic*, qui comprend les États de New York, de la Pennsylvanie et du New Jersey. Voir : U.S. CENSUS BUREAU, *Population estimates. Table 1. Annual Estimates of the Population for the United States, Regions, States, and Puerto Rico: April 1, 2010 to July 1, 2012* (NST-EST2012-01), en ligne : <http://www.census.gov/> (consulté le 9 août 2013). À noter toutefois que l'expression courante de *Middle Atlantic* comprend parfois les États du Delaware, du Maryland, de la Virginie, de la Virginie de l'ouest et le District de Columbia.

¹⁴⁹ U.S. CENSUS BUREAU, *préc.*, note 148.

¹⁵⁰ INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *préc.*, note 122, p. 10.

626 000 habitants. En ce qui concerne la division territoriale du Centre-Atlantique, l'État de New York est au premier rang avec 19,6 millions d'habitants, suivi de la Pennsylvanie, avec 12,8 millions, et du New Jersey, avec 8,9 millions.

De plus, l'État du Massachusetts est généralement reconnu pour le caractère plutôt progressiste de sa législation, du moins, lorsqu'il est comparé aux autres États fédérés américains. Sur cette question, un document du bureau du Secrétaire du Commonwealth du Massachusetts énonce ce qui suit :

« *Progressive Laws*

*(...) The General Court enacted laws, more progressive for their day than any in the nation, to prevent the exploitation of women and minors, and to guard the health of all the workers. The civil rights laws of Massachusetts were also quite progressive at an early stage. »*¹⁵¹

Enfin, il ne faudrait pas oublier l'importance de la relation commerciale entre le Massachusetts, le Canada et le Québec. En 2012, les échanges bilatéraux entre le Canada et le Massachusetts s'élevaient à 11,1 milliards de dollars américains, soit des exportations à destination du Canada de l'ordre de 3,4 milliards et des importations en provenance du Canada de l'ordre de 7,7 milliards. En fait, le Canada est le principal marché d'exportation du Massachusetts¹⁵². Le Québec participe de façon relativement importante à ces échanges bilatéraux. Ainsi, en 2012, les exportations du Québec à destination du Massachusetts se sont élevées à près de 1,3 milliards de dollars américain. En contrepartie, le Massachusetts a exporté au Québec pour un peu moins de 879 millions de dollars canadiens¹⁵³.

¹⁵¹ SECRETARY OF THE COMMONWEALTH OF MASSACHUSETTS, *Massachusetts Facts, Part 2*, en ligne : <http://www.sec.state.ma.us/cis/cismaf/mf2.htm> (consulté le 9 août 2013).

¹⁵² GOUVERNEMENT DU CANADA, *Canada et les États-Unis. Fiches documentaires 2012 sur le commerce avec les États. Massachusetts*, en ligne : <http://can-am.gc.ca/> (consulté le 9 août 2013).

¹⁵³ INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Commerce international en ligne. Commerce québécois et canadien par produit (SH)*, en ligne : http://diffusion.stat.gouv.qc.ca/hkbphp/index_fr.html (consulté le 9 août 2013).

3. Une analyse des résultats de l'étude de droit comparé à la lumière des déterminants reconnus de la localisation de l'IDE

Finalement, nous analyserons les différences observées dans le cadre de notre étude de droit comparé à la lumière des déterminants de la localisation de l'IDE identifiés dans le cadre de notre revue de littérature afin de déterminer les effets qu'elles sont susceptibles d'avoir sur la localisation de l'IDE au sein de l'un ou l'autre des territoires étudiés¹⁵⁴. Cette étape nous permettra de documenter l'impact que le droit du travail québécois est susceptible d'avoir sur l'investissement direct étranger entrant au Québec en contexte d'intégration économique avec les États-Unis et, par le fait même, de mieux comprendre les contraintes et les opportunités que le droit du travail québécois offre aux entreprises multinationales comparativement au droit du travail applicable aux États-Unis et, plus précisément, au Massachusetts. Elle devrait donc nous permettre de répondre à notre question de recherche, avec toutes les nuances et les précisions nécessaires. Cette analyse sera effectuée en fonction des différentes phases du cycle de vie du rapport salarial, soit sa formation (en contexte embauche), son déroulement et son contenu (en cours d'emploi) et sa rupture (en contexte de fin d'emploi), une telle approche permettant de considérer le droit du travail du point de vue de l'investisseur-employeur. Les différences qui ne se rapportent à aucune phase du cycle de vie du rapport salarial seront toutefois analysées de façon distincte.

B. La méthodologie retenue

La méthodologie que nous avons retenue pour les fins de notre thèse est la méthodologie du droit comparé. Après nous être intéressé à la nature de cette méthode et aux différentes formes qu'elle peut emprunter (1), nous en étudierons les fonctions et les objectifs (2) pour finalement justifier notre choix de recourir à cette méthode plutôt qu'à une autre (3).

1. La méthodologie du droit comparé

Depuis près d'un siècle, la doctrine s'est interrogée à savoir si le droit comparé devait être considéré comme une branche autonome de la science du droit ou s'il n'était pas plutôt

¹⁵⁴ *Infra*, chapitre V.

une simple méthode de travail. Or, il semble que ce soit la seconde conception qui a finalement été adoptée par la majorité des comparatistes, bien que le débat semble désormais avoir perdu de son importance¹⁵⁵. Selon cette conception, le droit comparé ne serait pas autre chose que la comparaison des droits, c'est-à-dire la méthode comparative appliquée dans le domaine des sciences juridiques¹⁵⁶. En fait, l'expression « droit comparé » serait une expression malheureuse qu'il aurait mieux valu et qu'il vaudrait mieux éviter. Des expressions comme « comparaison des droits » ou « méthode comparative » seraient préférables¹⁵⁷.

Le droit comparé ne serait pas une branche de la science juridique analogue aux branches telles le droit civil, le droit commercial, le droit administratif ou le droit pénal. Il ne serait pas une partie du droit positif d'une nation quelconque. Il serait d'abord et avant tout une méthode à laquelle les juristes des différentes branches du droit peuvent avoir recours¹⁵⁸ :

(...) le droit comparé ne porte pas son but en lui-même : ce sont les civilistes, les criminalistes, les historiens, les philosophes du droit, les constitutionnalistes qui doivent faire, chacun dans sa branche d'études, usage de la méthode comparative pour mieux pénétrer les principes, les tendances, les possibilités d'amélioration du droit qui les intéressent¹⁵⁹.

Quoi qu'il en soit, c'est cette seconde conception que nous adopterons (i.e. le droit comparé à titre de méthodologie de recherche) dans le cadre de notre thèse, puisque celle-ci est d'abord et avant tout un thèse en droit du travail, et que nous recourons au droit comparé essentiellement à des fins méthodologiques.

¹⁵⁵ René DAVID et Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 2002, p. 2; Léontin-Jean CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, t. 1 « Introduction au droit comparé », Paris, L.G.D.J., 1972, p. 176 à 205.

¹⁵⁶ René DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé. Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, Paris, L.G.D.J., 1950, p. 4; Harold C. GUTTERIDGE, *Le droit comparé. Introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit*, Paris, L.G.D.J., 1953, p. 17.

¹⁵⁷ R. DAVID, *préc.*, note 156, p. 3 et 4; H.C. GUTTERIDGE, *préc.*, note 156, p. 18.

¹⁵⁸ R. DAVID, *préc.*, note 156, p. 3 et 4; H.C. GUTTERIDGE, *préc.*, note 156, p. 17; C.C. EMANUELLI, *Introduction to comparative law*, Halifax, Dalhousie University, 1979, p. 3. Contra, voir : L.-J. CONSTANTINESCO, *préc.*, note 155; Léontin-Jean CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, t. 3 « La science des droits comparés », Paris, L.G.D.J., 1983; Marc ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé: éléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Neuchâtel, Editions Ides et calendes, 1971, pp. 29 à 38.

¹⁵⁹ R. DAVID, *préc.*, note 156, p. 8 et 9.

Le droit comparé consiste à comparer les différents systèmes juridiques du monde en fonction de leurs similitudes et de leurs différences¹⁶⁰. Il doit y avoir un exercice réel de comparaison entre les systèmes étudiés, à défaut de quoi l'étude sera qualifiée d'étude de droit comparé purement descriptive¹⁶¹. Cette comparaison peut être effectuée à plus ou moins grande échelle. Ainsi, le comparatiste peut s'adonner à la macrocomparaison, auquel cas son étude, plutôt que de porter sur des problèmes juridiques particuliers, s'intéressera à l'esprit et au style des différents systèmes juridiques. Il peut aussi s'adonner à la microcomparaison, auquel cas son étude portera sur des institutions ou des problèmes juridiques particuliers. Mais il n'existe pas de ligne de démarcation rigide entre ces deux formes d'études¹⁶².

Le droit comparé sera qualifié de droit comparé descriptif ou de droit comparé appliqué selon les objectifs particuliers visés par l'étude. Il s'agira de droit comparé descriptif lorsqu'une étude se limite à analyser les divergences entre les droits de deux ou plusieurs pays sans chercher à résoudre un problème quelconque, qu'il soit de nature pratique, théorique ou abstraite. Le but de la comparaison se limite alors à fournir des informations¹⁶³. À noter que la simple étude d'un droit étranger ou la seule présentation de données brutes relatives à différents systèmes juridiques ne constituent pas du droit comparé descriptif, faute d'exercice de comparaison¹⁶⁴. À l'inverse, on parlera de droit comparé appliqué lorsque l'étude vise un

¹⁶⁰ David S. CLARK, « Comparative Law Methods in the United States », (2011) 16 *Roger Williams U. L. Rev.* 134, 134; Edward J EBERLE, « The Methodology of Comparative Law », (2011) 16 *Roger Williams U. L. Rev.* 51, 52; Richard HYMAN, « How Can We Study Industrial Relations Comparatively », dans Roger BLANPAIN, William BROMWICH, Olga RYMKEVICH et Sylvia SPATTINI (dir.), *The Modernization of Labour Law and Industrial Relations in a Comparative Perspective*, Bulletin of Comparative Labour Relations no 70, Kluwer Law International, 2009, p. 3; Konrad ZWEIGERT et Hein KÖTZ, *Introduction to comparative Law*, Oxford, Clarendon Press ; Toronto, Oxford University Press, 1998, p. 2 et 4.

¹⁶¹ Konrad ZWEIGERT et Hein KÖTZ, *préc.*, note 160, p. 6 : « *The mere study of foreign law falls short of being comparative law. (...) at most one could call it descriptive comparative law. One can speak of comparative law only if there are specific comparative reflections on the problem to which the work is devoted.* »

¹⁶² Gilles CUNIBERTI, *Grands systèmes de droit contemporains*, 2^{ème} édition, Lextenso éditions, L.G.D.J., 2011, p. 13; Konrad ZWEIGERT et Hein KÖTZ, *préc.*, note 160, p. 4 et 5.

¹⁶³ Matthew V. FINKIN, « Comparative Labour Law », dans Mathias REIMANN et Reinhard ZIMMERMANN (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2006, p. 1131, p. 1139 et 1140.

¹⁶⁴ H.C. GUTTERIDGE, *préc.*, note 156, p. 25.

but particulier autre que la simple obtention d'informations relatives à des droits étrangers¹⁶⁵.
Ce but particulier pourra être d'ordre pratique, théorique ou abstrait :

Ce qui caractérise le droit comparé appliqué, c'est qu'il n'y a plus simple description des différences qui existent entre les concepts, règles ou institutions envisagées, mais on entre plus profondément dans la matière en ayant un objectif précis en vue (...). La comparaison suppose une analyse approfondie et exacte des droits étrangers que l'on considère ; mais ce qui est le plus important, c'est de faire une synthèse, fondée sur les résultats du travail d'analyse, et destinée à élucider tel ou tel problème d'ordre abstrait ou utilitaire. La comparaison peut avoir un but purement scientifique : retracer l'évolution d'une règle de droit ou de quelque institution juridique dans plusieurs systèmes, de manière à faire la lumière sur le développement historique de la même sorte de règle ou d'institutions dans un autre système. (...) Mais le plus souvent, le droit comparé appliqué poursuit un but d'ordre pratique, tel que la réforme du droit ou l'unification de droits dissemblables, et c'est cette forme de recherche comparative qui est le plus répandue et le plus fertile en résultats¹⁶⁶.

Le droit comparé permet de comparer les droit nationaux selon leurs dimensions spatiale (comparer des droits nationaux différents) ou temporelle (comparer le même droit à des moments différents)¹⁶⁷. La comparaison peut porter sur l'ensemble du système juridique, sur un aspect de celui-ci ou sur des dispositions spécifiques¹⁶⁸. Cette comparaison ne doit porter que sur les règles qui accomplissent une même fonction et visent à régir un même problème concret, car seules ces règles peuvent être comparées de façon profitable¹⁶⁹.

Le droit comparé implique une analyse scientifique du droit et de la pratique en les mettant côte à côte et en en identifiant les similitudes et les différences. Il suppose ensuite une tentative d'expliquer les similarités et les différences observées. Il implique enfin une identification des tendances générales et des développements qui surviennent à travers les

¹⁶⁵ Certains parlent de « purposive comparative law » par opposition au « descriptive comparative law ». Voir : M.V. FINKIN, *préc.*, note 163, p. 1140.

¹⁶⁶ *Id.*, pp. 26-27.

¹⁶⁷ Taco Van PEIJPE, « The Usefulness of Comparative Methods in Studying Trends in Labour Law, dans Tom WILTHAGEN (dir.), *Advancing Theory in Labour Law and Industrial Relations in a Global Context*, Amsterdam, Royal Netherlands' Academy of Arts and Sciences, 1998, p. 195; Jean-Michel SERVAIS, *Droits en synergie sur le travail. Éléments de droits international et comparé du travail*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 11.

¹⁶⁸ *Id.*, p. 17.

¹⁶⁹ Yves-Marie LAITHIER, *Droit comparé*, Paris, Dalloz, 2008, p. 25; T. V. PEIJPE, *préc.*, note 167, p. 198; K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, *préc.*, note 160, p. 10.

différents systèmes étudiés¹⁷⁰. Une étude de droit comparé ne doit pas se limiter à la comparaison de la législation. Elle doit s'intéresser au degré d'application de la loi (i.e. à l'effectivité de la législation), à la jurisprudence, à la doctrine et à toutes les manifestations de la pratique du droit¹⁷¹. Elle ne peut non plus se limiter aux questions purement juridiques. Elle doit être effectuée en tenant compte des particularités des pays étudiés, de leur histoire, de leur culture, du pouvoir respectif des différents acteurs sociaux, des contextes politique, philosophique et économique, du rôle de la loi dans la société, etc.¹⁷²

La démarche de droit comparé doit être plus qu'une simple étude parallèle de règles et d'institutions nationales. Elle doit s'intéresser aux mécanismes profonds des droits étudiés, donc aux fonctions assumées et aux facteurs déterminants de création et de développement des règles et des institutions¹⁷³. Le juriste qui examine un droit étranger doit se mettre dans la situation dans laquelle se trouve un juriste du pays étranger étudié. Il doit aborder toute question en recourant aux mêmes sources que celui-ci et en leur attribuant la même valeur et le même poids que lui. En outre, il faut qu'il s'imprègne des conceptions philosophiques, sociales et économiques du pays étudié ou, à tout le moins, qu'il les ait à l'esprit en cours

¹⁷⁰ Nils JANSEN, « Comparative Law and Comparative Knowledge », dans M. REIMANN et R. ZIMMERMANN, *préc.*, note 163, p. 305, p. 306 et 307; Gerhard DANNEMANN, « Comparative Law : Study of Similarities or Differences ? », dans M. REIMANN et R. ZIMMERMANN, *préc.*, note 163, p. 383; Roger BLANPAIN, *Comparative labour law and industrial relations in industrialized market economies*, 8^e édition, The Hague, Kluwer Law International, 2004, p. 4; John C. REITZ, *How to Do Comparative Law*, (1998) 46 *Am. J. Comp. L.* 617, 620.

¹⁷¹ J.-M. SERVAIS, *préc.*, note 167, p. 11.

¹⁷² Arturo BRONSTEIN, *International and Comparative Labour Law. Current Challenges*, International Labour Organization, Geneve, Palgrave MacMillan, 2009, p. 1; Luis APARICIO VALDEZ et Jorge BERNEDO ALVARADO, « The Case for the Comparative and Interdisciplinary Study of Labour Relations », dans R. BLANPAIN, W. BROMWICH, O. RYMKEVICH et S. SPATTINI, *préc.*, note 160, p. 30-32, 34 et 35; Xavier BLANC-JOUVAN, « Lessons from an Experiment in Comparative Labor Law », dans B.A. AARON et K. V.W. STONE (dir.), *préc.*, note 54, p. 29, à la p. 40; J.-M. SERVAIS, *préc.*, note 167, p. 21. Voir également K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, *préc.*, note 160, p. 11 : « *Here too comparative lawyers agree that one must take account not only of legislative rules, judicial decisions, the 'law in the books', and also of general conditions of business, customs, and practices, but in fact of everything whatever which helps to mould human conduct in the situation under consideration.* »

¹⁷³ Y.-M. LAITHIER, *préc.*, note 169, p. 15; E. J. EBERLE, *préc.*, note 160, p. 52; Ralf MICHAELS, « The Functional Method of Comparative Law », dans M. REIMANN et R. ZIMMERMANN, *préc.*, note 163, p. 339; T. V. PEIJPE, *préc.*, note 167, p. 198; J.-M. SERVAIS, *préc.*, note 167, p. 12.

d'exercice¹⁷⁴. Il doit s'assurer de bien connaître la théorie des sources du droit qui prévaut dans le pays étudié. Et non seulement doit-il connaître ces sources, mais il doit en connaître la valeur respective¹⁷⁵. En outre, il ne doit pas considérer comme ayant une valeur universelle les techniques et les méthodes de recherche et d'interprétation auxquelles il est accoutumé. Il doit littéralement étudier le droit étranger comme le ferait le juriste étranger¹⁷⁶. Le juriste qui utilise la méthode comparative doit connaître la structure générale du droit faisant l'objet de l'étude. Il n'a pas à connaître l'ensemble du droit étranger dans ses moindres détails, mais une certaine connaissance de la structure de ce droit, de ses principes généraux et de l'esprit qui l'anime est indispensable¹⁷⁷. Il est en effet dangereux de parler des solutions spéciales d'un droit étranger si l'on ne connaît pas au moins l'économie générale de ce droit¹⁷⁸. Enfin, le juriste qui a recours à la méthode comparative doit bien connaître le milieu dans lequel le droit étudié est appelé à s'appliquer, sinon les règles de ce droit ne pourront être connues sous leur vrai jour. En effet, dans tous les pays, le droit est en étroite relation avec les autres aspects de la vie sociale : on ne peut le comprendre sans connaître la société à laquelle il s'applique et en ignorant les manières d'agir et de penser des membres de cette société. Pour connaître un droit étranger, il faut connaître la société étrangère et le milieu social auxquels il s'applique¹⁷⁹. En outre, il ne faut jamais oublier que le droit n'est qu'un moyen parmi d'autres utilisé par les membres d'une société pour établir des rapports harmonieux entre eux. Ainsi, il se peut qu'une société ait recours au droit pour régler une problématique donnée, alors qu'une autre société aura plutôt recours à un autre facteur d'ordre social pour en arriver au même résultat¹⁸⁰.

¹⁷⁴ E. J. EBERLE, *préc.*, note 160, p. 53; B. BLACK, « Comparative Industrial Relations Theory : The Role of National Culture », (2005) 16 *International Journal of Human Resource Management* 1137; R. DAVID, *préc.*, note 156, p. 10.

¹⁷⁵ A. BRONSTEIN, *préc.*, note 172, p. 4-7.

¹⁷⁶ R. DAVID, *préc.*, note 156, pp. 11-12. Voir également K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, *préc.*, note 160, p. 10 : « [Comparative lawyers] also know that they must cut themselves loose from their own doctrinal and juridical preconceptions and liberate themselves from their own cultural context in order to discover 'neutral' concepts with which to describe such problems or conflicts of interests. »

¹⁷⁷ R. DAVID, *préc.*, note 156, p. 12.

¹⁷⁸ *Id.*, p. 14.

¹⁷⁹ E. J. EBERLE, *préc.*, note 160, p. 53; R. DAVID, *préc.*, note 156, p. 15 et 17.

¹⁸⁰ R. DAVID, *préc.*, note 156, p. 21.

Dans un article récent, Eberle (2011) propose une méthodologie du droit comparé en quatre étapes¹⁸¹. La première est de développer les habiletés du comparatiste. La première habileté consiste à saisir le droit dans son contexte culturel particulier. Pour ce faire, le comparatiste doit se plonger dans la culture étrangère et bien connaître les contextes politique, historique, économique et linguistique qui ont modelé le système juridique étudié et dans lesquels celui-ci opère. La deuxième habileté est d'analyser correctement les données recueillies. Pour ce faire, il doit être en mesure d'évaluer ces données dans leur contexte culturel particulier et analyser celles-ci de façon détachée, objective et neutre. Enfin, la troisième habileté est de pouvoir « traduire » le droit étranger dans toute sa réalité en des termes et des concepts qui soient compréhensibles dans une autre culture : celle du comparatiste¹⁸². La deuxième étape de la démarche consiste à évaluer le droit étranger étudié tel qu'il est exprimé concrètement dans les textes ou la tradition orale, selon le cas (« *external law* »). Pour ce faire, le comparatiste doit identifier les similarités et les différences entre les systèmes comparés. Il doit ensuite comparer les similarités et les différences observées et en faire une analyse¹⁸³. La troisième étape est d'évaluer comment, dans les faits, le droit exprimé concrètement est appliqué au sein de la société étudiée (« *internal law* », « *law in action* »). Ceci est important, puisque le droit énoncé dans les textes ou par la tradition orale peut être appliqué de façon fort différente en pratique. Pour ce faire, le comparatiste doit tenir compte des forces sous-jacentes qui agissent au sein d'une société, forces qui façonnent, influencent et donnent au droit sa substance. La coutume, l'Histoire, la religion, l'éthique, la géographie, la langue, la philosophie, l'interprétation ou la traduction sont des exemples de telles forces sous-jacentes¹⁸⁴. Enfin, la quatrième étape consiste à rassembler les données recueillies et à faire des observations de nature comparative à partir de celles-ci. Ces observations devraient permettre de mieux comprendre non seulement le système étranger étudié, mais également de mieux comprendre le système avec lequel il est comparé (par ex., le système domestique)¹⁸⁵.

¹⁸¹ E. J. EBERLE, *préc.*, note 160, p. 57; Edward J. EBERLE, « The Method and Role of Comparative Law », (2009) 8 *Wash. U. Global Studies L. Rev.* 451, 455.

¹⁸² E. J. EBERLE, *préc.*, note 160, p. 58-61; E. J. EBERLE, *préc.*, note 181, p. 457-460.

¹⁸³ E. J. EBERLE, *préc.*, note 160, p. 61-62; E. J. EBERLE, *préc.*, note 181, p. 460-461.

¹⁸⁴ E. J. EBERLE, *préc.*, note 160, p. 62-65; E. J. EBERLE, *préc.*, note 181, p. 461-464.

¹⁸⁵ E. J. EBERLE, *préc.*, note 160, p. 65-72; E. J. EBERLE, *préc.*, note 181, p. 464-470.

2. Les fonctions et les objectifs du droit comparé

Les intérêts du droit comparé sont multiples, parce que la comparaison des droits en elle-même peut être employée aux fins les plus variées¹⁸⁶. Comme le faisait remarquer David (1950) :

(...) la méthode comparative peut être employée par les juristes aux fins les plus diverses. Les uns y recourent pour chercher à apporter des améliorations à leur droit national ou avec l'idée de parvenir à l'unification, soit nationale soit internationale de plusieurs droits. D'autres feront usage de la méthode comparative pour éclaircir les solutions, ou pour dégager les tendances de leur droit national. D'autres encore appliqueront la méthode en vue de recherches d'ordre historique ou d'ordre philosophique : ils prendront en considération les droits de peuplades arriérées pour deviner, avec moins de chance d'erreur, ce qu'ont pu être le droit romain ou les droits germaniques primitifs, ils prétendront, en comparant l'évolution de nombreux droits, découvrir les règles selon lesquelles les institutions juridiques naissent, se transforment, et meurent ; ils chercheront à établir ou à vérifier de la sorte certaines lois générales qui président au développement de l'humanité¹⁸⁷.

Toutefois, malgré cette grande diversité, certaines fonctions et certains objectifs du droit comparé font l'unanimité plus que d'autres au sein de la littérature. C'est à ceux-ci que nous nous intéressons dans le cadre de la présente section.

a) Instrument scientifique

Le droit comparé apparaît tout d'abord comme un instrument scientifique au service du juriste¹⁸⁸. Il permet de redonner au droit ses lettres de noblesse à titre de science véritable en lui conférant une vocation universelle et non pas uniquement nationale et, ce faisant, permet au droit d'atteindre le niveau des autres sciences¹⁸⁹. En effet, le droit repose sur la

¹⁸⁶ T. V. PEIJPE, *préc.*, note 167, p. 196; R. DAVID, *préc.*, note 156, p. 35.

¹⁸⁷ *Id.*, p. 4.

¹⁸⁸ E. J. EBERLE, *préc.*, note 160, p. 55; N. JANSEN, *préc.*, note 170, p. 318; R. BLANPAIN, *préc.*, note 170 ; K. ZWIEGERT et H. KÖTZ, *préc.*, note 160, p. 6 ; J.-M. SERVAIS, *préc.*, note 167, p. 12; H. Patrick GLENN, « Droit comparé et droit québécois », (1990) 24 *R.J.T.* 341, 345; Eric STEIN, « Uses, Misuses – and Nonuses of Comparative Law », 72 *Nw. U. L. Rev.* 198 (1977).

¹⁸⁹ K. ZWIEGERT et H. KÖTZ, *préc.*, note 160, p. 15; Héctor FIX-ZAMUDIO, « John Henry Merryman and the modernization of comparative legal studies », dans David S. CLARK, *Comparative and private international law : essays in honor of John Henry Merryman on his seventieth birthday*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, p. 25-47, p. 28 ; Hans Albrecht SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Droit comparé : théorie générale*

connaissance. Or, la connaissance ne peut s'arrêter aux frontières d'un territoire. La comparaison s'impose du point de vue épistémologique¹⁹⁰. Le droit comparé favorise également le développement d'un langage juridique international, comme c'est généralement le cas dans les autres disciplines scientifiques. En effet, le droit comparé permet de perfectionner le langage juridique par l'étude des expressions et des notions juridiques utilisées à l'étranger¹⁹¹.

b) Théorie générale du droit et sciences connexes

Pour les mêmes raisons que celles évoquées précédemment, le droit comparé est d'une importance primordiale à la théorie générale du droit¹⁹². En effet, il est pratiquement impossible de penser en arriver à formuler une théorie valable en se fondant uniquement sur une partie seulement du phénomène étudié. Toute théorie du droit développée sans recourir à la méthode comparative possède une valeur extrêmement limitée¹⁹³. Le droit comparé est également très utile dans le cadre des études d'histoire, de philosophie et de sociologie du droit, là aussi, pour les mêmes raisons¹⁹⁴.

et principes, 1978, p. 24 et 25; L.-J. CONSTANTINESCO, *préc.*, note 155, p. 19-20; M. ANCEL, *préc.*, note 158, p. 9; R. DAVID, *préc.*, note 156, p. 214. Pour une critique du droit comparé à titre d'instrument scientifique, voir : R. HYMAN, *préc.*, note 160.

¹⁹⁰ H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *préc.*, note 189, p. 31.

¹⁹¹ Michael BOGDAN, *Comparative Law*, Cambridge, MA, Kluwer, 1994, p. 38 ; H. FIX-ZAMUDIO, *préc.*, note 189, p. 29; Léontin-Jean CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, t. 2 « La méthode comparative », Paris, L.G.D.J., 1974, p. 313-315; H.C. GUTTERIDGE, *préc.*, note 156, p. 160-164.

¹⁹² R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *préc.*, note 155, p. 3 et 4; H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *préc.*, note 189, p. 29; L.-J. CONSTANTINESCO, *préc.*, note 191, p. 306-310; M. ANCEL, *préc.*, note 158, p. 10; H.C. GUTTERIDGE, *préc.*, note 156, pp. 47-48; R. DAVID, *préc.*, note 156, p. 203 et suiv.

¹⁹³ H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *préc.*, note 189, p. 29.

¹⁹⁴ R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *préc.*, note 155, p. 3, 4, 9 et 10; K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, *préc.*, note 160, p. 8-12 ; M. BOGDAN, *préc.*, note 191, p. 38 et 39; C.C. EMANUELLI, *préc.*, note 158, p. 27; George WINTERTON, « Comparative Law Teaching », 23 *American Journal of Comparative Law* 69 (1975), 109-111; H.C. GUTTERIDGE, *préc.*, note 156, p. 48-50; R. DAVID, *préc.*, note 156, p. 187-214.

c) Meilleures connaissance et compréhension du droit domestique

Le droit comparé permet de mieux connaître et de mieux comprendre le droit national¹⁹⁵. Il permet de prendre une certaine distance, de relativiser les options adoptées, de réfléchir aux structures mises en place et aux causes des différences observées avec le droit étranger. Il permet de voir le droit national selon un nouveau de point de vue, une nouvelle perspective¹⁹⁶. Il fait prendre conscience au juriste que les règles en vigueur dans son pays ne sont que des solutions parmi tant d'autres, et invite celui-ci à se questionner et à adopter une vision critique de son propre droit et des conceptions y étant associées. Sans l'aide du droit comparé, un juriste risque de considérer son propre droit national comme allant de soi et comme étant la seule façon de faire les choses. Il risque alors d'avoir une conception étroite et limitée de son propre système juridique. En comparant celui-ci avec les systèmes étrangers, il élargira alors ses horizons et risque de mieux comprendre la nature et l'étendue des problèmes juridiques qui surviennent chez lui¹⁹⁷.

d) Réforme et amélioration du droit domestique

Le droit comparé permet également d'améliorer le droit national¹⁹⁸. En effet, le droit comparé va au-delà de la comparaison des règles juridiques et des institutions nationales : il s'intéresse aux solutions retenues à l'étranger et aux motifs de ces choix¹⁹⁹. Il fournit un

¹⁹⁵ E. J. EBERLE, *préc.*, note 160, p. 53; Y.-M. LAITHIER, *préc.*, note 169, p. 15; R. BLANPAIN, *préc.*, note 170, p. 4 et 5; R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *préc.*, note 155, p. 4-6; Hiram E. CHODOSH, « Comparing Comparisons : In Search of Methodology », 84 *Iowa L. Rev.* 1025 (1999), 1068-1071; K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, *préc.*, note 160, p. 21; M. BOGDAN, *préc.*, note 191, p. 28; H. FIX-ZAMUDIO, *préc.*, note 189, p. 28 et 29; C.C. EMANUELLI, *préc.*, note 158, p. 26; H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *préc.*, note 189, p. 26 et 27; G. WINTERTON, *préc.*, note 194, 115 et 116; L.-J. CONSTANTINESCO, *préc.*, note 191, p. 290 et 291; M. ANCEL, *préc.*, note 158, p. 10; R. DAVID, *préc.*, note 156, pp. 77-98.

¹⁹⁶ R. BLANPAIN, *préc.*, note 170, p. 4; J.-M. SERVAIS, *préc.*, note 167, p. 12; M. BOGDAN, *préc.*, note 191, p. 28.

¹⁹⁷ K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, *préc.*, note 160, p. 21 et 22 ; H. FIX-ZAMUDIO, *préc.*, note 189, p. 29.

¹⁹⁸ Y.-M. LAITHIER, *préc.*, note 169, p. 17-21; L. APARICIO VALDEZ et J. BERNEDO ALVARADO, *préc.*, note 172, p. 31; R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *préc.*, note 155, p. 4-6; H. E. CHODOSH, *préc.*, note 195, 1068-1071; H. P. GLENN, *préc.*, note 188, 345; Bernhard GROSSFELD, *The strength and weakness of comparative law*, Oxford/New York, Clarendon Press / Oxford University Press, 1990, p. 27-32; H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *préc.*, note 189, p. 33; Watson 1974, pp. 16-17; R. DAVID, *préc.*, note 156, p. 113-140.

¹⁹⁹ J.-M. SERVAIS, *préc.*, note 167, p. 12.

éventail beaucoup plus large de modèles de solutions que l'étude du droit d'une seule nation. En effet, les différents systèmes juridiques du monde entier offrent une plus grande variété de solutions que ne pourrait en apprendre le plus éminent des juristes dans son propre système juridique au cours de toute sa vie²⁰⁰.

Le droit comparé est très utile pour le législateur, particulièrement en période de réforme profonde²⁰¹. La méthode comparative lui permet de tirer profit des expériences législatives étrangères et de les mettre au service du droit national. Il semble qu'il ne subsisterait aujourd'hui aucun pays qui n'ait emprunté ou imité certaines institutions ou règles à un autre système de droit²⁰². En fait, quelle législation, aujourd'hui, pourrait se permettre d'ignorer les autres²⁰³? Le droit comparé peut également être très utile pour le juge²⁰⁴. Le cas le plus évident est certainement celui de l'interprétation d'une disposition législative importée plus ou moins directement d'un système juridique étranger ou créée à la suite d'une démarche d'harmonisation ou d'uniformisation. L'étude des droits étrangers concernés a alors une pertinence directe²⁰⁵. Mais le droit comparé peut tout aussi bien être utilisé dans le cas de l'interprétation d'une disposition législative domestique originale, particulièrement en l'absence de précédent jurisprudentiel, ou pour combler les vides juridiques du droit domestique²⁰⁶. Mais on pourrait tout simplement affirmer que le droit comparé est utile pour le juriste en général, que celui-ci soit parlementaire, ministre, juge, avocat, auteur de doctrine ou encore universitaire. En effet, le droit comparé est un puissant stimulant à la réflexion et à la

²⁰⁰ K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, *préc.*, note 160, p. 15.

²⁰¹ R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *préc.*, note 155, p. 4 et 5 ; K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, *préc.*, note 160, p. 16 et 17; J.-M. SERVAIS, *préc.*, note 167, p. 15; B. GROSSFELD, *préc.*, note 198, p. 15-18; C.C. EMANUELLI, *préc.*, note 158, p. 25; H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *préc.*, note 189, p. 32 et 33; Eric STEIN, *préc.*, note 188; G. WINTERTON, *préc.*, note 194, 106 et 107; L.-J. CONSTANTINESCO, *préc.*, note 191, p. 331 et 332; Otto KAHN-FREUND, « On Uses and Misuses of Comparative Law », 34 *Modern Law Review* 1 (1974); H.C. GUTTERIDGE, *préc.*, note 156, p. 58-60; R. DAVID, *préc.*, note 156, p. 114-122.

²⁰² R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *préc.*, note 155, p. 5.

²⁰³ M. ANCEL, *préc.*, note 158, p. 10.

²⁰⁴ R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *préc.*, note 155, p. 5 et 6 ; K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, *préc.*, note 160, p. 18-21; M. BOGDAN, *préc.*, note 191, p. 32 et 33; B. GROSSFELD, *préc.*, note 198, p. 33-35; H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *préc.*, note 189, p. 32-34; G. WINTERTON, *préc.*, note 194, 107; L.-J. CONSTANTINESCO, *préc.*, note 191, p. 332-336; R. DAVID, *préc.*, note 156, p. 122-140.

²⁰⁵ L.-J. CONSTANTINESCO, *préc.*, note 191, p. 368-370.

²⁰⁶ M. BOGDAN, *préc.*, note 191, p. 32; H.C. GUTTERIDGE, *préc.*, note 156, p. 60-64.

créativité²⁰⁷. Il permet à celui qui s'y adonne de sortir des sentiers battus et de proposer des solutions innovatrices et inusitées aux problématiques juridiques qui surviennent dans son propre système, en raison du fait qu'il a vu ce qui se passe ailleurs et qu'il n'est plus limité par des schèmes de pensée purement nationaux²⁰⁸.

Enfin, le droit comparé permet d'identifier les tendances et les développements du droit et de déterminer où le droit national se situe par rapport à ceux-ci. Il peut même nous permettre de prédire quels seront les tendances et les développements futurs du droit et de prendre les mesures qui s'imposent en temps opportun²⁰⁹.

e) **Connaissance et compréhension des droits étrangers**

Le droit comparé permet d'obtenir une meilleure connaissance et une meilleure compréhension des droits étrangers²¹⁰. Dans cette optique, on ne s'intéresse pas au droit étranger afin de mieux connaître ou améliorer son propre droit national, mais bien pour connaître et comprendre le droit étranger comme tel. On s'intéresse à lui à titre principal et non à titre accessoire : c'est la connaissance du droit étranger qui est directement recherchée. Ces formes d'études sont particulièrement utiles pour ceux qui, pour une raison ou pour une autre, nécessitent d'en connaître davantage sur un droit étranger en particulier²¹¹. Elles leur évitent d'avoir à recommencer la recherche depuis le début et leur fournissent des réponses rapidement. Ainsi, les principaux systèmes juridiques ont fait l'objet de nombreuses études et ont été regroupés en familles en fonction de leurs principales caractéristiques, ce qui peut se révéler très pratique pour en apprendre rapidement sur un système donné²¹². C'est le cas

²⁰⁷ J.-M. SERVAIS, *préc.*, note 167, p. 15.

²⁰⁸ M. BOGDAN, *préc.*, note 191, p. 28.

²⁰⁹ R. BLANPAIN, *préc.*, note 170, p. 6.

²¹⁰ E. J. EBERLE, *préc.*, note 160, p. 53; Y.-M. LAITHIER, *préc.*, note 169, p. 15; H. E. CHODOSH, *préc.*, note 195, 1070; K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, *préc.*, note 160, p. 21; M. BOGDAN, *préc.*, note 191, p. 37 et 38; R. DAVID, *préc.*, note 156, p. 37-75. Il peut également permettre une meilleure connaissance et une meilleure compréhension des droits des différents états ou provinces d'un État fédéré : C.C. EMANUELLI, *préc.*, note 158, p. 23 et 24.

²¹¹ G. WINTERTON, *préc.*, note 194, 99-103 ; M. ANCEL, *préc.*, note 158, p. 9 et 10 ; R. DAVID, *préc.*, note 156, p. 40-48.

²¹² M. BOGDAN, *préc.*, note 191, p. 37.

notamment des entreprises multinationales et des syndicats internationaux qui, pour des raisons évidentes, ont besoin de bien connaître les règles juridiques nationales²¹³.

f) Compréhension internationale

Le droit comparé fait plus que de simplement permettre de mieux connaître et de mieux comprendre les droits étrangers : il contribue à hausser le niveau de connaissance et de compréhension de la culture et du mode de vie des peuples étrangers. Ce faisant, il permet une meilleure compréhension entre les peuples et, donc, des rapports plus harmonieux sur la scène internationale²¹⁴.

g) Droit international privé

Le droit comparé joue un rôle particulièrement important en matière de droit international privé²¹⁵. En effet, les études de droit comparé constituent une source d'information particulièrement importante pour les avocats et les tribunaux impliqués dans des causes comportant de telles questions. Ainsi, les décisions d'un tribunal relatives au droit applicable au fond dans le cas d'une cause pendante, à l'application éventuelle du droit étranger par ce même tribunal ou à la reconnaissance et à l'exécution des jugements étrangers nécessitent une certaine connaissance du droit étranger et, jusqu'à un certain point, un exercice de comparaison entre les différentes règles et institutions impliquées²¹⁶.

²¹³ R. BLANPAIN, *préc.*, note 170, p. 6.

²¹⁴ R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *préc.*, note 155, p. 6; H. E. CHODOSH, *préc.*, note 195, 1071 et 1072; K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, *préc.*, note 160, p. 16; M. BOGDAN, *préc.*, note 191, p. 27; H. FIX-ZAMUDIO, *préc.*, note 189, p. 29; G. WINTERTON, *préc.*, note 194, 111 et 112; L.-J. CONSTANTINESCO, *préc.*, note 191, p. 328 et 329; R. DAVID, *préc.*, note 156, p. 38, 39 et 59-75.

²¹⁵ E. J. EBERLE, *préc.*, note 160, p. 53; R. BLANPAIN, *préc.*, note 170, p. 5; R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *préc.*, note 155, p. 7; H. E. CHODOSH, *préc.*, note 195, 1070 et 1072; K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, *préc.*, note 160, p. 6 et 7; M. BOGDAN, *préc.*, note 191, p. 35-37; B. GROSSFELD, *préc.*, note 198, p. 19-23; C.C. EMANUELLI, *préc.*, note 158, p. 23 et 24; H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *préc.*, note 189, p. 90-93; L.-J. CONSTANTINESCO, *préc.*, note 191, p. 358-362; M. ANCEL, *préc.*, note 158, p. 9 et 10; H.C. GUTTERIDGE, *préc.*, note 156, p. 65-87; R. DAVID, *préc.*, note 156, p. 49-59 et 105-111.

²¹⁶ M. BOGDAN, *préc.*, note 191, p. 35-37.

h) Droit international public

Le droit comparé peut également être d'une grande utilité en matière de droit international public²¹⁷. Ainsi, il s'avère particulièrement utile aux fins d'interpréter des concepts aussi vagues et imprécis que les « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées »²¹⁸, concept qui fait référence aux principes juridiques des différents droits nationaux des États. Il est également très utile dans le cadre de la rédaction et de l'interprétation des conventions et traités qui interviennent entre les États²¹⁹.

Le droit comparé s'avère également très utile pour aider à la formulation de règles internationales dont l'application sera assurée par des institutions supranationales²²⁰. À titre d'exemple, le droit du travail comparé contribue à la formulation des normes internationales du travail, que ce soit au niveau régional ou universel²²¹. Ces normes apparaissent bien souvent comme le produit du droit comparé. Elles intègrent des éléments nouveaux, fruits de la recherche et de la discussion, avec ce qu'on pourrait appeler la moyenne des meilleures lois nationales sur une question donnée. Mais non seulement ces normes internationales influencent-elles les législations nationales à titre de modèle ou de référence, elles s'inspirent directement de celles-ci au travers du droit comparé²²². Elles ne surgissent pas du néant et s'inspirent, dans la mesure du possible, des différentes expériences nationales²²³.

²¹⁷ R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *préc.*, note 155, p. 6 et 7 ; H. E. CHODOSH, *préc.*, note 195, 1070 et 1072; K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, *préc.*, note 160, p. 7 et 8; M. BOGDAN, *préc.*, note 191, p. 33-35; C.C. EMANUELLI, *préc.*, note 158, p. 26; H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *préc.*, note 189, p. 81-87; H.C. GUTTERIDGE, *préc.*, note 156, p. 88-100; R. DAVID, *préc.*, note 156, p. 99-104.

²¹⁸ Article 38 du Statut de la Cour internationale de justice, qui traite des sources de droit que peut utiliser la Cour internationale de justice.

²¹⁹ K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, *préc.*, note 160, p. 7 et 8; M. BOGDAN, *préc.*, note 191, p. 33-35; G. WINTERTON, *préc.*, note 194, 105 et 106; L.-J. CONSTANTINESCO, *préc.*, note 191, p. 337-351.

²²⁰ H. E. CHODOSH, *préc.*, note 195, 1072 et 1073.

²²¹ R. BLANPAIN, *préc.*, note 170, p. 7-10 ; J.-M. SERVAIS, *préc.*, note 167, p. 14 et 15.

²²² J.-M. SERVAIS, *préc.*, note 167, p. 14.

²²³ R. BLANPAIN, *préc.*, note 170, p. 8.

i) Harmonisation et uniformisation des droits nationaux

Le droit comparé joue un rôle important dans le cadre des efforts d'harmonisation et d'uniformisation des droits nationaux²²⁴. Ceux-ci peuvent survenir sur les plans régional et international. Ils sont liés en grande partie à la régionalisation et à l'internationalisation croissante des économies nationales. Ils poursuivraient un double objectif, soit un objectif de justice sociale et de libre échange économique²²⁵. Ces démarches comportent de grandes difficultés, dont les principales sont très certainement la méconnaissance et la mauvaise compréhension des schèmes de pensée et des concepts légaux étrangers, d'où l'utilité du droit comparé²²⁶. Le droit comparé serait même indispensable dans le cadre de ces initiatives²²⁷. En effet, l'harmonisation comme l'unification, quels qu'en soient le domaine et les limites géographiques, ne pourraient être accomplies sans l'aide du droit comparé. Celui-ci serait nécessaire pour identifier les points de convergence ou de divergence entre les différents droits. Il serait également nécessaire pour réconcilier les différentes techniques utilisées et faire en sorte que les efforts visant à l'unification ou l'harmonisation soient couronnés de succès²²⁸.

j) Outil de changement social

Enfin, le droit comparé est particulièrement utile aux fins de guider et promouvoir le changement social dans son pays²²⁹. D'une part, il confère une sensibilité et une compréhension accrues aux acteurs sociaux impliqués de près ou de loin dans le processus de législation et d'adjudication, ce qui permet d'adapter de façon adéquate et en temps utile le

²²⁴ Y.-M. LAITHIER, *préc.*, note 169, p. 21-23; John BELL, « Legal Research and the Distinctiveness of Comparative Law », dans Mark VAN HOECKE (dir.), *Methodologies of Legal Research*, Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 155, à la p. 157; E. J. EBERLE, *préc.*, note 160, p. 53; R. BLANPAIN, *préc.*, note 170, p. 9 ; R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *préc.*, note 155, p. 8; H. E. CHODOSH, *préc.*, note 195, 1068-1073 et 1077-1082; K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, *préc.*, note 160, p. 24-28; J.-M. SERVAIS, *préc.*, note 167, p. 13 et 14; M. BOGDAN, *préc.*, note 191, p. 30-32; H. FIX-ZAMUDIO, *préc.*, note 189, p. 29 et 30; H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *préc.*, note 189, p. 33; G. WINTERTON, *préc.*, note 194, 103-106; L.-J. CONSTANTINESCO, *préc.*, note 191, p. 370-379; M. ANCEL, *préc.*, note 158, p. 70-86; H.C. GUTTERIDGE, *préc.*, note 156, p. 186 et suiv.; R. DAVID, *préc.*, note 156, p. 141-185.

²²⁵ J.-M. SERVAIS, *préc.*, note 167, p. 13.

²²⁶ M. BOGDAN, *préc.*, note 191, p. 30 et 31.

²²⁷ R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *préc.*, note 155, p. 3.

²²⁸ *Id.*, p. 8.

²²⁹ R. BLANPAIN, *préc.*, note 170, p. 7 ; H. FIX-ZAMUDIO, *préc.*, note 189, p. 30.

droit national aux principaux changements sociaux. Ceci permet entre autres d'éviter un système juridique statique et rigide pour favoriser plutôt un système dynamique et adaptable²³⁰. D'autre part, le droit étranger est de plus en plus utilisé à titre d'argument dans le cadre d'un débat interne entre les acteurs sociaux nationaux. Ainsi, il est fréquent qu'on ait recours à des comparaisons internationales dans le but de démontrer qu'une disposition ou un système de droit présente plus d'avantages, que les dispositions étrangères correspondent à leur approche des problèmes sociaux, qu'elles aident à la réalisation d'un équilibre social souhaité, etc. Dans ces cas, la comparaison va au-delà de l'analyse de dispositions ou de systèmes : elle suppose l'introduction d'une échelle de valeur à la lumière de laquelle les dispositions et les systèmes seront examinés. Elle possède une dimension politique importante²³¹.

3. La justification du choix de recourir à la méthodologie du droit comparé

Maintenant que nous avons vu en quoi consiste le droit comparé et ses principales fonctions et objectifs, revenons à la question initiale qui consiste à justifier le recours à la méthodologie du droit comparé dans le cadre de la présente thèse.

Tout d'abord, le droit comparé est une méthodologie de recherche particulièrement bien adaptée aux objectifs de la présente recherche. Comme nous l'avons vu, le droit comparé permet d'atteindre des objectifs tant pratiques que théoriques : c'est une méthodologie de recherche très polyvalente. Or, la présente étude vise essentiellement des objectifs d'ordre pratique. En effet, elle permettra d'apporter des éléments de réponse à la question de savoir si le droit du travail québécois est susceptible d'avoir un effet défavorable sur l'investissement des entreprises multinationales comparativement au droit du travail américain et, plus particulièrement, au droit du travail applicable au Massachusetts.

Outre ces considérations d'ordre pratique, le recours au droit comparé est indiqué parce qu'il permet de mieux connaître le droit national en le mettant en perspective avec un droit

²³⁰ H. FIX-ZAMUDIO, *préc.*, note 189, p. 30.

²³¹ J.-M. SERVAIS, *préc.*, note 167, p. 17.

étranger. En effet, quoi de mieux que de mettre le droit du travail québécois en contraste direct avec le droit du travail d'états américains afin d'en évaluer le caractère plus ou moins protecteur et, éventuellement, ses effets sur l'investissement ? L'étude de droit comparé proposée permettra d'identifier les points de convergence et les points de divergence entre les droits étudiés et d'en tirer des conclusions pratiques. Ceci permettra notamment d'en comparer la teneur et l'ampleur. Ainsi, quelles dimensions de la relation de travail sont abordées législativement au Québec et au Massachusetts ? De quelle façon ces différentes dimensions sont-elles traitées ? Quelle protection est offerte aux travailleurs ? Quelles contraintes sont imposées à l'employeur ? Autant de questions auxquelles la présente thèse saura répondre.

Mais non seulement le droit comparé permet-il d'obtenir une meilleure connaissance de son propre droit national, il permet en plus de l'améliorer. Sans aller jusqu'à prétendre que le droit du travail positif américain permettra d'améliorer directement le droit du travail québécois, nous croyons que l'exercice de comparaison en lui-même aura l'avantage de mettre en évidence les forces et des faiblesses des droits étudiés et d'orienter les projets de réforme futurs du droit du travail. En d'autres termes, l'étude du droit du travail américain est susceptible d'améliorer indirectement le droit du travail québécois, ne serait-ce qu'en indiquant quelle(s) voie(s) ne pas emprunter. En outre, il permettra peut-être de relativiser les discours des groupes de pression pro-patronaux et néolibéraux qui réclament un droit du travail québécois moins coûteux et plus flexible. En somme, l'étude de droit comparé proposée permettra peut-être d'« améliorer » le droit du travail québécois en empêchant que celui-ci soit inutilement « détérioré ».

Le droit comparé permet également d'obtenir une meilleure connaissance et une meilleure compréhension du droit étranger. Quoi de mieux pour connaître et comprendre le droit américain que d'étudier en profondeur le droit du travail d'un État fédéré américain à la lumière des dispositions de son propre droit du travail national ? Une telle connaissance du droit américain est d'autant plus importante que les États-Unis constituent le premier partenaire commercial du Canada et du Québec et qu'ils sont cosignataires de l'*Accord de libre-échange Nord-Américain* avec le Canada. Ce contexte particulier a pour conséquence directe de multiplier de façon significative les rapports contractuels comportant des éléments d'extranéité avec les États-Unis, d'où la nécessité de posséder une bonne connaissance du

droit du travail américain. En effet, la connaissance de ce droit risque fortement de bénéficier non seulement aux entrepreneurs, aux organisations syndicales et aux travailleurs eux-mêmes, mais également aux avocats de la pratique privée impliqués dans des causes qui soulèvent des questions de droit international privé, tant du côté syndical que patronal. Enfin, il ne faut surtout pas négliger l'intérêt de la connaissance du droit étranger en soi, ne serait-ce que pour des fins purement académiques.

Mais non seulement l'étude proposée permettra-t-elle d'acquérir de meilleures connaissances sur le droit du travail américain, elle nous permettra vraisemblablement de mieux connaître les États-Unis et la société américaine. En effet, une étude de droit comparé doit aller au-delà de la simple étude des sources traditionnelles du droit. Tel que discuté plus tôt, elle doit être effectuée en tenant compte des particularités des pays étudiés, de leur histoire, de leur culture, du pouvoir respectif des différents acteurs sociaux, des contextes politique, philosophique et économique ainsi que du rôle de la loi dans la société.

Enfin, la méthodologie du droit comparé permet d'obtenir des données objectives et fiables en ce qui concerne les droits étrangers : elle permet d'aller au-delà des discours. Ceci est particulièrement important dans le contexte actuel où, comme nous l'avons souligné plus tôt, le droit étranger est de plus en plus utilisé à titre d'argument dans le cadre d'un débat interne entre les acteurs nationaux. En effet, le droit étranger est souvent invoqué à des fins politiques par ces derniers dans le but avoué de défendre leurs valeurs respectives. Or, c'est justement cette situation qui est au cœur de notre problématique de recherche. En effet, tant la partie syndicale que la partie patronale ont recours au droit étranger à titre d'argument au soutien de leur thèse, soit que le droit du travail est plutôt « un facteur positif », pour la partie syndicale, soit que le droit du travail est plutôt « un facteur négatif », pour la partie patronale. Il est essentiel de prendre conscience de la dimension politique qui se cache derrière ces affirmations et de la prise de position au niveau des valeurs qu'elles sous-entendent. En fait, il faut pleinement prendre conscience que nous avons essentiellement affaire à des discours de part et d'autre et non à des vérités de La Palice.

Le discours qui domine à l'heure actuelle, ou à tout le moins le discours qui semble le plus populaire auprès des gouvernements occidentaux (nous n'avons qu'à regarder la quantité

de réformes législative à saveur néolibérale entreprises au cours des dernières années), est très certainement celui de l'acteur patronal. Ainsi, les organisations patronales québécoises martèlent-elles sans cesse que le droit du travail nuit à la productivité des entreprises, que les « taxes du travail » coûtent cher et que cela se répercute directement au niveau des investissements des entreprises au Québec. Selon elles, la « flexibilisation » du droit du travail québécois est une nécessité, à défaut de quoi l'avenir économique du Québec sombrera dans l'abîme. Il est impératif de ramener la législation québécoise du travail et de l'emploi au même niveau que celui qui prévaut aux États-Unis, avec qui nous sommes en compétition directe en matière d'investissement. En effet, le droit du travail américain est beaucoup plus flexible et beaucoup moins contraignant que le droit du travail québécois et, par le fait même, beaucoup plus attrayant pour les investisseurs. Or, il s'agit là essentiellement d'un discours. Mais chose certaine, une étude de droit du travail comparé approfondie dont le but avoué est d'éclaircir de la façon la plus objective possible la problématique des effets du droit du travail québécois sur la localisation de l'IDE ne peut avoir qu'un effet positif dans le cadre de ce débat.

III. Le droit du travail : un déterminant de la localisation de l'IDE ?

La présente section est consacrée à une revue de la littérature sur les déterminants de la localisation de l'IDE. Cette revue de littérature cherche à d'identifier les principaux facteurs que les entreprises multinationales considèrent dans le cadre de la décision d'investir dans un territoire étranger plutôt que dans un autre (A). Dans le cadre de la présente section, nous effectuons également une revue de littérature qui porte de façon plus précise sur le droit du travail (et les politiques publiques qui lui sont traditionnellement associées) à titre de déterminant de la localisation de l'IDE. Cette revue de littérature porte sur la question de savoir si le droit du travail est un facteur pertinent et déterminant aux fins de la localisation de l'IDE des multinationales à travers le monde (B).

À noter que la présente section porte sur les « déterminants *de la localisation* de l'IDE » et non sur les « déterminants de l'IDE ». Comme nous avons eu l'occasion de le voir précédemment, pour qu'une entreprise multinationale choisisse l'IDE plutôt qu'un autre moyen pour desservir un marché étranger ou produire à l'étranger, elle doit en retirer trois formes d'avantages : des avantages de type « O » (des avantages concurrentiels qui découlent de l'organisation elle-même, qui lui appartiennent en propre), des avantages de type « I » (des avantages liés à l'internalisation des activités, c'est-à-dire des avantages liés au fait qu'il est plus avantageux pour l'entreprise de conserver ces activités à l'interne plutôt que de les faire exécuter par un tiers, à l'externe) et des avantages de type « L » (des avantages liés au lieu, à l'endroit le plus favorable pour réaliser le travail). Les « déterminants de l'IDE » sont donc des facteurs qu'on peut rattacher à l'une ou l'autre de ces catégories d'avantages (i.e. O, L ou I), tandis que les « déterminants *de la localisation* de l'IDE » sont nécessairement des facteurs rattachés aux avantages de type L. En fait, ces derniers ne sont généralement considérés qu'une fois que l'entreprise a décidé de recourir à l'IDE, c'est-à-dire une fois que l'entreprise a conclu à la présence d'avantages de type « O » autant que d'avantages de type « I ». En somme, les déterminants de la localisation de l'IDE permettent de compléter la boucle en conférant à l'entreprise des avantages de type « L », lesquels s'ajoutent aux avantages de type « O » et « I » déjà constatés par l'entreprise.

A. Les déterminants de la localisation de l'investissement direct étranger

La littérature qui s'est intéressée à la question des déterminants de la localisation de l'IDE est complexe, volumineuse et très variée. De façon sommaire, les résultats de cette littérature sont à l'effet que la taille du pays hôte²³², les infrastructures²³³, les « *created assets* »²³⁴ et le poids relatif de l'IDE entrant et du secteur manufacturier²³⁵ ont des effets positifs sur la localisation de l'IDE, tandis que les coûts élevés de main-d'œuvre²³⁶, la distance

²³² Muhammad M. MUGHAL et Muhammad AKRAM, « Does market size affect FDI? The Case of Pakistan », (2011) 2 *Interdisciplinary Journal Of Contemporary Research In Business* 237; H. K. ZHANG, « What attracts Foreign Multinational Corporations to China? », (2008) 19 *Contemporary Economic Policy* 336; L. CHENG et Y. KWAN, « What are the Determinants of the Location of Foreign Direct Investment? The Chinese Experience », (2000) 51 *Journal of International Economics* 379; D. WHEELER et A. MODY, « International Investment Location Decisions: The Case of US Firms », (1992) 33 *Journal of International Economics* 57; T. KOEHLIN, « The Determinants of the Location of USA Direct Foreign Investment », (1992) 6 *Review of Applied Economics* 203; C. COUGHLIN, J. TERZA et V. ARROMDEE, « State Characteristics and the Location of Foreign Direct Investment within the United States », (1991) 73 *Review of Economics and Statistics* 675; F. SCHNEIDER et B. FREY, « Economic and Political Determinants of Foreign Direct Investment », (1985) 13 *World Development* 161; A. SCARPELANDA et R. BALOUGH, « Determinants of US Direct Investment in the EEC », (1983) 21 *European Economic Review* 381; F. ROOT et A. AHMED, « Empirical Determinants of Manufacturing Direct Foreign Investment in Developing Countries », (1979) 9 *Economic Development and Cultural Change* 81.

²³³ Christian BELLAK, Markus LEIBRECHT et Jože P. DAMIJAN, « Infrastructure Endowment and Corporate Income Taxes as Determinants of Foreign Direct Investment in Central and Eastern European Countries », (2009) 32 *The World Economy* 267; L. CHENG et Y. KWAN, *préc.*, note 232; D. WHEELER et A. MODY, *préc.*, note 232; C. COUGHLIN, J. TERZA et V. ARROMDEE, *préc.*, note 232; F. ROOT et A. AHMED, *préc.*, note 232.

²³⁴ Naveen K. JAIN, Somnath LAHIRI et Douglas R. HAUSKNECHT, « Emerging market multinationals' location choice: The role of firm resources and internationalization motivations », (2013) 25 *European Business Review* 263; W. KUEMMERLE, « The Drivers of Foreign Direct Investment into Research and Development: An Empirical Investigation », (1999) 30 *Journal of International Business Studies* 1; J. ANAND et B. KOGUT, « Technological Capabilities of Countries, Firm Rivalry and Foreign Direct Investment », (1997) 28 *Journal of International Business Studies* 445; P. BRAUNERHJELM et R. SVENSSON, « Host Country Characteristics and Agglomeration in Foreign Direct Investment », (1996) 28 *Applied Economics* 833; J. LI et S. GUISSINGER, « The Globalization of Service Multinationals in the "Triad" Regions: Japan, Western Europe, and North America », (1992) 23 *Journal of International Business Studies* 675; B. KOGUT et S. CHANG « Technological Capabilities and Japanese Foreign Direct Investment in the United States », (1991) 73 *Review of Economics and Statistics* 401; John H. DUNNING, « Trade, Location of Economic Activity and the Multinational Firm: A Search for an Eclectic Approach », dans B. OHLIN, P.O. HESSELBORN et P.M. WIJJKMAN, P.M. (dir.), *The International Allocation of Economic Activity*, MacMillan, Londres, 1977.

²³⁵ L. CHENG et Y. KWAN, *préc.*, note 232; J. LI et S. GUISSINGER, *préc.*, note 234; D. WHEELER et A. MODY, *préc.*, note 232; C. COUGHLIN, J. TERZA et V. ARROMDEE, *préc.*, note 232; V. TERPSTRA, et C. YU, « Determinants of Foreign Investment of US Advertising Agencies », (1988) 19:1 *Journal of International Business Studies* 33-46; A. SCARPELANDA et R. BALOUGH, *préc.*, note 232.

²³⁶ Bala RAMASAMY et Matthew YEUNG, « A causality analysis of the FDI-wages-productivity nexus in China », (2010) 3 *Journal of Chinese Economic and Foreign Trade Studies* 5; J. YANG, N. GROENEWOLD et M. TCHA, « The Determinants of Foreign Direct Investment in Australia », (2000) 76 *Economic Record* 45; L.

géographique ou culturelle²³⁷, l'incertitude économique²³⁸ et les risques politiques et sociaux²³⁹ auraient plutôt des effets négatifs. Les facteurs comme le dynamisme économique du pays-hôte²⁴⁰ et la richesse de sa population²⁴¹ auraient quant à eux des effets mitigés.

Comme nous pouvons le remarquer, la plupart de ces études traitent d'un déterminant ou d'une catégorie particulière de déterminants, ou encore, s'intéressent à la localisation de l'IDE au sein d'un territoire ou d'une région donnée. Pour les fins de notre thèse, toutefois, il nous a semblé plus pertinent et plus pratique de recourir à des textes qui permettent de dresser un portrait beaucoup plus général et global du phénomène de la localisation de l'IDE. De tels textes synthèse sont plus rares, mais ils existent néanmoins²⁴². Parmi ceux-ci, nous en avons retenu quatre, qui nous permettent de faire le point sur la situation.

CHENG et Y. KWAN, *préc.*, note 232; X. LIU, H. SONG, Y. WEI et P. ROMILLY, « Country Characteristics and Foreign Direct Investment in China: A Panel Data Analysis », (1997) 133 *Weltwirtschaftliches Archiv* 313; T. KOEHLIN, *préc.*, note 232; C. COUGHLIN, J. TERZA et V. ARROMDEE, *préc.*, note 232; C.G. CULEM, « The Locational Determinants of Direct Investments Among Industrialised Countries », (1988) 32 *European Economic Review* 885; F. SCHNEIDER et B. FREY, *préc.*, note 232.

²³⁷ Bruce A. BLONIGEN et Jeremy PIGER, *Determinants of Foreign Direct Investment*, NBER Working Paper No. 16704, janvier 2011; X. LIU, H. SONG, Y. WEI et P. ROMILLY, *préc.*, note 236; R. GROSSE et L. TREVINO, « Foreign Direct Investment in the United States: An Analysis by Country of Origin », (1996) 27 *Journal of International Business Studies* 139; P. BRAUNERHJELM et R. SVENSSON, *préc.*, note 234; T. KOEHLIN, *préc.*, note 232; J. LI et S. GUISSINGER, *préc.*, note 234; C. YU, « The Experience Effect and Foreign Direct Investment », (1990) 126 *Weltwirtschaftliches Archiv* 561; R. VEUGELERS, « Locational Determinants and Ranking of Host Countries: An Empirical Assessment », (1986) 44 *Kyklos* 363.

²³⁸ J. YANG, N. GROENEWOLD et M. TCHA, *préc.*, note 236; F. SCHNEIDER et B. FREY, *préc.*, note 232.

²³⁹ M. BUSSE et C. HEFEKER, « Political risk, institutions and foreign direct investment », (2007) 23 *European Journal of Political Economy* 397; C. YU, *préc.*, note 237; F. ROOT et A. AHMED, *préc.*, note 232; F. SCHNEIDER et B. FREY, *préc.*, note 232.

²⁴⁰ W. KUEMMERLE, « The Drivers of Foreign Direct Investment into Research and Development: An Empirical Investigation », (1999) 30 :1 *Journal of International Business Studies* 1-24; X. LIU, H. SONG, Y. WEI et P. ROMILLY, *préc.*, note 236; R. GROSSE et L. TREVINO, *préc.*, note 237; C.G. CULEM, *préc.*, note 236; R. VEUGELERS, *préc.*, note 237.

²⁴¹ P. BRAUNERHJELM et R. SVENSSON, *préc.*, note 234; V. TERPSTRA et C. YU, *préc.*, note 235; C. YU, *préc.*, note 237; J. LI et S. GUISSINGER, *préc.*, note 234.

²⁴² Philip B. WHYMAN et Mark BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility as a Key Determinant of Foreign Direct Investment : Evidence from the U.K. », dans Harrisson G. BLAINE (dir.), *Foreign Direct Investment*, Nova Science Publishers, 2009, p. 21-43; Daniel Hoi Ki HO et Peter Tze Yiu LAU, « Perspectives on Foreign Direct Investment Location Decisions : What Do We Know and Where Do We Go from Here ? », (2007) 33 *International Tax Journal* 39; Philip B. WHYMAN et Mark BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *Employment Relations Occasional Paper*, Department of Trade and Industry, Crown, London, United Kingdom, 2006; Bruce A. BLONIGEN, « A Review of the Empirical Literature on FDI Determinants », (2005) 33 *Atlantic Economic Journal* 383; Lionel FONTAGNÉ et Thierry MAYER, « Les choix de localisation des entreprises », dans *L'économie mondiale 2006*, Éditions La Découverte, collection Repères, Paris, 2005, p. 96; Lionel FONTAGNÉ et Thierry MAYER, « Determinants of Location Choices by

1. Le chapitre IV du *World Investment Report 1998* de la CNUCED

Le premier texte est le chapitre IV du *World Investment Report 1998* de la CNUCED²⁴³. Malgré le fait que cette étude ait été publiée en 1998, elle demeure à ce jour l'une des plus importante, des plus complète et des plus exhaustive à avoir été réalisée sur la question des déterminants de la localisation de l'IDE. Elle a d'ailleurs été citée à maintes reprises dans des études récentes (2006 et 2009), confirmant par le fait même quelle est toujours d'actualité²⁴⁴.

Le chapitre IV du *World Investment Report 1998* de la CNUCED est entièrement consacré à la question des déterminants de la localisation de l'IDE²⁴⁵. Ce document permet de dresser un portrait général de ces déterminants et d'organiser ceux-ci en fonction d'un cadre conceptuel simple, mais efficace. Il permet également de nuancer l'importance relative et absolue de ces déterminants en rappelant certaines réalités et concepts de base. En vertu de ce document, la localisation de l'IDE dépendrait de trois catégories de facteurs : les politiques gouvernementales relatives à l'IDE (a)), les mesures facilitatrices et d'aide aux entreprises (b)) et les déterminants économiques de l'IDE (c))(voir Figure no 1 ci-après).

Multinational Firms: a Review of the Current State of Knowledge », (2005) 56 *Applied Economics Quarterly* 9; John H. DUNNING, « Determinants of Foreign Direct Investment : Globalisation-Induced Changes and the Role of Policies », dans Bertil TUNGODDEN, Nicholas STERN et Ivar KOLSTAD (dir.), *Annual World Bank Conference on Development Economics – Europe 2003*, World Bank, 2004, p. 279; M. ALVAREZ, « FDI Determinant Factors: The Case of Catalan Multinational Manufacturing Firms », *Institut d'Economia de Barcelona Working Paper*, No. 4, 2003; A. Edward SAFARIAN et Walid HEJAZI, *Canada and foreign investment: a study of determinants*, Toronto, University of Toronto, 2001; Fabrice HATEM, *International Investment: Towards the Year 2002*, Paris, CNUCED-Arthur Andersen, 1998; UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD), *World Investment Report 1998 : Trends and Determinants*, United Nations, New York and Geneva, 1998, p. 89-140.

²⁴³ UNCTAD, *préc.*, note 242.

²⁴⁴ Pour le texte de 2009, voir : P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility as a Key Determinant of Foreign Direct Investment : Evidence from the U.K. », *préc.*, note 242. Pour le texte de 2006, voir : P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242.

²⁴⁵ UNCTAD, *préc.*, note 242, p. 90: « The objective of this chapter is therefore to review the location-specific (host-country) determinants of FDI flows and stocks and to analyze how these have changed in a liberalizing and globalizing world economy. »

Figure no. 1 :

Déterminants nationaux de l'IDE

Table IV.1. Host country determinants of FDI

Host country determinants	Type of FDI classified by motives of TNCs	Principal economic determinants in host countries
<p>I. Policy framework for FDI</p> <ul style="list-style-type: none"> • economic, political and social stability • rules regarding entry and operations • standards of treatment of foreign affiliates • policies on functioning and structure of markets (especially competition and M&A policies) • international agreements on FDI • privatization policy • trade policy (tariffs and NTBs) and coherence of FDI and trade policies • tax policy <p>II. Economic determinants</p> <p>III. Business facilitation</p> <ul style="list-style-type: none"> • investment promotion (including image-building and investment-generating activities and investment-facilitation services) • investment incentives • hassle costs (related to corruption, administrative efficiency, etc.) • social amenities (bilingual schools, quality of life, etc.) • after-investment services 	<p>A. Market-seeking</p>	<ul style="list-style-type: none"> • market size and per capita income • market growth • access to regional and global markets • country-specific consumer preferences • structure of markets
	<p>B. Resource/asset-seeking</p>	<ul style="list-style-type: none"> • raw materials • low-cost unskilled labour • skilled labour • technological, innovatory and other created assets (e.g. brand names), including as embodied in individuals, firms and clusters • physical infrastructure (ports, roads, power, telecommunication)
	<p>C. Efficiency-seeking</p>	<ul style="list-style-type: none"> • cost of resources and assets listed under B, adjusted for productivity for labour resources • other input costs, e.g. transport and communication costs to/from and within host economy and costs of other intermediate products • membership of a regional integration agreement conducive to the establishment of regional corporate networks

Source : UNCTAD, *World Investment Report 1998*, p. 91.

a) Les politiques gouvernementales relatives à l'IDE

Les politiques gouvernementales relatives à l'IDE (« *national FDI policy framework* ») comprennent les politiques touchant la stabilité économique, politique et sociale du pays, les règles concernant l'entrée au pays et les opérations qui peuvent être entreprises, les normes de traitement des filiales étrangères, les politiques relatives au fonctionnement et à la structure des marchés, les accords internationaux en matière d'IDE, les politiques de privatisation, la

politique commerciale et sa cohérence avec la politique relative à l'IDE et, finalement, la politique fiscale²⁴⁶.

Ces politiques sont composées d'un premier groupe qui vise l'IDE de façon spécifique (les politiques qui interdisent, limitent, encadrent, ou permettent l'IDE dans un pays donné) et d'un second groupe qui affecte l'IDE de façon beaucoup plus indirecte (ce sont essentiellement des politiques macro-économiques et macro-organisationnelles²⁴⁷). Il apparaît désormais que la libéralisation des politiques relatives à l'IDE est un déterminant nécessaire mais non suffisant et que d'autres facteurs entrent maintenant en jeu pour attirer l'investissement dans un pays donné²⁴⁸.

b) Les mesures facilitatrices et d'aide aux entreprises

Les mesures facilitatrices et d'aide aux entreprises comprennent les activités de promotion de l'investissement effectuées par le pays hôte, ce qui inclut les campagnes d'image, les missions à l'étranger et les services d'aide à l'investissement, les incitatifs à l'investissement (qu'ils soient de nature fiscale, financière ou autre), les mesures prises afin de réduire les coûts liés à la lourdeur administrative ou à la corruption, les avantages de nature sociale, comme la qualité de vie, les écoles bilingues, le système de santé et autres, et les services post-investissement. Les activités de promotion et les services aux investisseurs étrangers sont généralement assumés par des agences de promotion de l'investissement (« *investment promotion agencies* » ou « IPAs »).

L'efficacité de ces mesures à titre de déterminant de l'IDE (et plus particulièrement des activités de promotion et des incitatifs à l'investissement) est limitée. En fait, elles jouent généralement un rôle secondaire et constituent rarement un facteur décisif dans la décision

²⁴⁶ *Id.*, p. 91.

²⁴⁷ Les politiques macro-économiques sont essentiellement composées des politiques monétaire et fiscale, lesquelles ont une influence directe sur les taux d'intérêts, le taux d'inflation et le taux de change. Les politiques macro-organisationnelles comprennent les politiques relatives au développement régional, à la R&D, au développement technologique, à l'environnement, au marché du travail, à l'éducation, à la santé et au développement des infrastructures : *Id.*, p. 97 et 98.

²⁴⁸ *Id.*, p. 96, encadré IV.2 : « *In sum, the trend towards a liberalization of FDI policies is indeed pervasive and has led to a convergence of FDI regimes, although numerous and at times significant differences remain. To the extent that FDI policy frameworks become similar, specific differences – other things being equal – become more important influences on the locational decisions of investment projects.* »

d'investissement. En effet, si le pays d'accueil ne possède pas la combinaison recherchée de déterminants économiques ou que d'autres facteurs nuisent au climat d'affaires, ce n'est pas l'activité promotionnelle ni les incitatifs à l'investissement qui feront la différence²⁴⁹.

En ce qui concerne les incitatifs à l'investissement, il appert qu'ils ne constituent pas un facteur important dans l'ensemble des déterminants de la localisation de l'IDE. En effet, ils seraient des déterminants relativement mineurs dans la décision de localisation de l'IDE comparativement à des avantages liés au lieu comme la taille et la croissance du marché, les coûts de production, le niveau des qualifications de la main-d'œuvre, les infrastructures physiques, la stabilité économique et la qualité générale du cadre réglementaire. Toutefois, il semble qu'ils puissent jouer un rôle décisif lorsque la décision de s'établir dans une région générale ou un pays donné est déjà prise par l'entreprise²⁵⁰.

c) Les déterminants économiques de l'IDE

Les déterminants économiques de l'IDE varient en fonction de sa motivation sous-jacente. Ainsi, lorsque l'IDE est motivé par des considérations de marché (i.e. « market-seeking FDI »), les principaux déterminants économiques sont la taille et la croissance du marché, le revenu par habitant, l'accès aux marchés régionaux et internationaux adjacents, les préférences particulières des consommateurs et la structure des marchés. Lorsque l'IDE est motivé par des considérations liées aux ressources (i.e. « resource/asset-seeking FDI »), les principaux déterminants économiques sont alors la disponibilité de la matière première, de la main-d'œuvre non qualifiée ou de la main-d'œuvre qualifiée, selon le cas, de la technologie et des infrastructures physiques, comme les ports, les routes, l'énergie et les télécommunications. Enfin, lorsque l'IDE est motivé par des considérations d'efficacité (i.e. « efficiency-seeking FDI »), les principaux déterminants économiques sont alors le coût des ressources (matière première, main-d'œuvre qualifiée et non qualifiée, technologie et infrastructures physiques, les coûts de main-d'œuvre étant toutefois ajustés en fonction de la productivité), les coûts de

²⁴⁹ *Id.*, p. 104.

²⁵⁰ *Id.*, p. 103-105.

transport et de communication et la participation du pays hôte à un accord d'intégration économique régionale.

Les déterminants économiques de l'IDE peuvent être classés en deux catégories, soit les déterminants traditionnels de l'IDE (1) et les déterminants de l'IDE à l'ère de la mondialisation (2).

(1) *Les déterminants économiques traditionnels*

Les déterminants économiques traditionnels de l'IDE sont la disponibilité des ressources naturelles, l'accès aux marchés domestiques et la disponibilité de la main-d'œuvre non qualifiée à bon marché. On les qualifie de la sorte puisque ce sont les déterminants qui sont « historiquement » (i.e. traditionnellement) associés à l'IDE, par opposition aux déterminants économiques beaucoup plus contemporains, qui sont davantage associés aux changements associés au phénomène de la mondialisation des marchés.

La disponibilité des ressources naturelles a certainement été le déterminant de la localisation de l'IDE le plus important d'un point de vue historique. En effet, au cours du 19^e siècle, la plupart de l'IDE effectué par l'Europe, les États-Unis et le Japon (les puissances industrielles de l'époque) avait pour but l'approvisionnement en matière première. En fait, il appert que jusqu'à la Seconde Guerre Mondiale, près de 60% du stock mondial d'IDE avait pour objectif les ressources naturelles. Ce pourcentage a commencé à diminuer après la guerre et, plus particulièrement, à compter des années 1960 et 1970. Malgré ce déclin, la disponibilité des ressources naturelles demeure aujourd'hui un déterminant de l'IDE et offre des opportunités intéressantes aux pays qui sont dotés de ce type de ressources²⁵¹.

L'accès aux marchés domestiques, leur taille et leur taux de croissance ont également été des déterminants importants de la localisation de l'IDE puisque, par le passé, la plupart des marchés domestiques étaient protégés par des barrières tarifaires et non tarifaires, ce qui rendait le commerce international difficilement praticable. Cette forme d'IDE porte le nom de « *tariff-jumping FDI* ». C'est principalement ce type d'IDE qui eut cours dans le secteur

²⁵¹ *Id.*, p. 106 et 107; J.H. DUNNING, *préc.*, note 250, p. 57.

manufacturier des pays développés entre les deux guerres et dans les pays en développement dans les années 1960 et 1970²⁵².

La disponibilité de la main-d'œuvre bon marché est le troisième déterminant traditionnel de la localisation de l'IDE. En effet, les entreprises multinationales produisant des biens nécessitant une forte contribution en main-d'œuvre (« *labour-intensive products* ») ont tenté d'améliorer leur efficacité en s'établissant dans des pays disposant d'une telle main-d'œuvre. L'IDE fondé sur ce type d'avantage a commencé à voir le jour dans les années 1960, mais ne s'est véritablement épanoui qu'à compter de l'avènement de la mondialisation de l'économie, au milieu des années 1980²⁵³.

(2) *Les déterminants économiques à l'ère de la mondialisation*

L'avènement de la mondialisation a eu des effets importants sur les déterminants de la localisation de l'IDE. Les déterminants traditionnels et les types d'IDE qui leur étaient associés sont toujours présents, mais ils n'ont plus l'importance qu'ils avaient autrefois.

Avant le phénomène de la mondialisation, les entreprises multinationales étaient généralement organisées de façon horizontale et possédaient des usines dans différents pays. Les structures verticales intégrées étaient plutôt rares et généralement limitées aux multinationales œuvrant dans le secteur des ressources naturelles. Or, la mondialisation a permis aux entreprises d'adopter des stratégies d'intégration verticale à l'échelle internationale à peu près dans tous les secteurs d'activités²⁵⁴.

Ces stratégies d'intégration de la production ont vu le jour progressivement. La littérature classe celles-ci en deux catégories correspondant à des périodes successives de complexification de l'intégration de la production. Il y a d'abord eu les stratégies d'intégration simple, puis les stratégies d'intégration complexe. L'importance relative des déterminants économiques de la localisation de l'IDE diffère selon la stratégie d'intégration utilisée.

(a) *Les déterminants économiques dans le cadre des stratégies d'intégration simple*

²⁵² *Id.*, p. 107.

²⁵³ *Id.*, p. 108.

²⁵⁴ *Id.*, p. 108 et 109.

Les stratégies d'intégration simple permettent aux entreprises de réduire leurs coûts de production en transférant à une filiale étrangère – située dans un pays où la main-d'œuvre bon marché est abondante – la fabrication de produits et les procédés de fabrication qui nécessitent une contribution importante en main-d'œuvre²⁵⁵. Ces stratégies ont vu le jour à la fin des années 1960 et au cours des années 1970. Elles ont été surtout utilisées dans les industries sensibles aux coûts de main-d'œuvre et où la compétition se fait essentiellement sur la base du prix (i.e. textile et vêtements, chaussures, jouets et équipement de sport). L'IDE associé à ce type de stratégie est habituellement situé dans les pays en développement et les économies de transition.

Les principaux déterminants économiques de l'IDE associé aux stratégies d'intégration simple dépendent de sa motivation sous-jacente. Lorsque l'IDE est motivé par des considérations liées aux ressources, le principal déterminant économique est la disponibilité de la main-d'œuvre non qualifiée. La qualité de cette main-d'œuvre, de même que la disponibilité et la qualité des infrastructures d'exportation sont également importantes. Lorsque l'IDE est motivé par des considérations d'efficience, ce sont alors les coûts et la productivité de la main-d'œuvre qui sont les déterminants économiques les plus importants. Finalement, lorsque l'IDE est motivé par des considérations de marché, c'est plutôt l'accessibilité aux marchés internationaux – ou, à tout le moins, aux marchés des pays développés à proximité – qui domine²⁵⁶.

(b) Les déterminants économiques dans le cadre des stratégies d'intégration complexe

Les stratégies d'intégration complexe ont pour objectif d'augmenter la compétitivité de l'entreprise. Elles consistent à diviser le processus de production en différentes activités spécifiques (i.e. finance, R&D, comptabilité, formation, production des composantes, assemblage, distribution, etc.) et à faire exécuter chacune d'entre elles par des filiales établies dans les lieux les plus appropriés à ce genre d'activité. Il en résulte une division du travail

²⁵⁵ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, *World Investment Report 1993, Transnational Corporations and Integrated International Production*, United Nations, New York and Geneva, 1993.

²⁵⁶ UNCTAD, *préc.*, note 242, p. 109 et 110.

intra-organisationnelle et une plus grande intégration des réseaux de production internationaux²⁵⁷.

Ces stratégies combinent les trois motivations de base de l'IDE – soit la recherche des marchés (« *market-seeking* »), la recherche des ressources/actifs (« *resources/asset-seeking* ») et la recherche de l'efficacité (« *efficiency-seeking* ») – en une seule et même motivation : l'accroissement de la compétitivité. Seuls les pays offrant une combinaison adéquate de déterminants sur ces trois plans pourront attirer l'IDE des entreprises adoptant ce type de stratégie. On peut véritablement parler d'une quatrième forme d'IDE, soit l'IDE motivé par des considérations de compétitivité (« *competitiveness-enhancing FDI* »), qui se rapporte aux trois autres formes décrites précédemment.

Les stratégies d'intégration complexe ont eu d'importantes conséquences sur les déterminants économiques de l'IDE. Ainsi, les firmes qui effectuent de l'IDE motivé par des considérations de compétitivité ne le font pas seulement pour réduire leurs coûts de production ou augmenter leur part de marché, mais de plus en plus pour avoir accès aux « *created assets* », lesquels sont définis comme suit :

*« Created assets can be tangible like the stock of financial and physical assets such as the communication infrastructure or marketing networks, or intangible. The list of intangible assets is long, but they have a common denominator: knowledge. They include skills, attitudes (e.g. attitudes to wealth creation and business culture), capabilities (technological, innovatory, managerial and learning capabilities), competencies (e.g. to organize income-generating assets productively), relationships (such as interpersonal relationships forged by individuals or contacts with governments), as well as the stock of information, trademarks, goodwill and brainpower. These assets can be embodied in both individuals and firms and they can sometimes be enhanced by clusters of firms and economic activities. »*²⁵⁸

Ces ressources, issues de la créativité humaine, sont de plus en plus centrales à la compétitivité des firmes à l'échelle internationale. En fait, elles sont devenues un déterminant fondamental de l'IDE. De plus, à la différence des ressources naturelles, les « *created assets* » possèdent l'avantage de pouvoir être créés ou influencés par les pays d'accueil. Ainsi, pour

²⁵⁷ *Id.*, p. 111 et 112.

²⁵⁸ *Id.*, p. 114, encadré IV.7.

attirer l'IDE, les pays hôtes peuvent eux-mêmes favoriser la création des « *created assets* » qui sont recherchés par les entreprises multinationales. Ceci est particulièrement important pour les pays développés – comme le Canada, le Québec et les États-Unis – qui sont incapables de concurrencer les pays en développement sur la base des coûts de main-d'œuvre²⁵⁹.

Parmi les autres déterminants économiques des stratégies d'intégration complexe, on retrouve les économies d'agglomération, la qualité des infrastructures, la diversité des ressources, la présence de ressources spécialisées, le coût des ressources et des infrastructures et la taille des marchés.

d) Importance absolue et relative des déterminants de la localisation de l'IDE

Le Rapport sur l'investissement 1998 de la CNUCED formule des mises en garde importantes à ceux qui s'intéressent aux déterminants de la localisation de l'IDE. Tout d'abord, on doit toujours garder en tête qu'il y a une interaction et une interdépendance entre ces différents facteurs. Ensuite, l'importance relative de ces déterminants varie en fonction de la motivation de l'investissement (ressources ou marché), du type d'investissement (nouvel IDE ou IDE subséquent), du secteur faisant l'objet de l'investissement (services ou fabrication, nature du produit ou du service) et de la taille de l'investisseur (PME ou grandes entreprises). De plus, l'importance relative de certains déterminants varie dans le temps alors qu'elle ne varie pas pour d'autres. Enfin, les déterminants de la localisation de l'IDE ne doivent pas être considérés de façon isolée mais dans le cadre de leur interaction avec les avantages de type O et I de l'entreprise et dans le cadre de sa stratégie générale²⁶⁰.

²⁵⁹ Ceci rejoint d'ailleurs une conclusion à laquelle sont arrivés Bélanger et Trudeau dans leur article de 2007, en vertu de laquelle le Québec et le Canada, pour tirer leur épingle du jeu, devraient miser sur des stratégies de développement économiques qui favorisent une production à haute valeur ajoutée et qui exigent une main-d'oeuvre qualifiée : J. BÉLANGER et G. TRUDEAU, *préc.*, note 139, 458.

²⁶⁰ UNCTAD, *préc.*, note 243, p. 90 et 91.

2. Le texte « *International Investment: Towards the Year 2002* » de F. Hatem publié en 1998

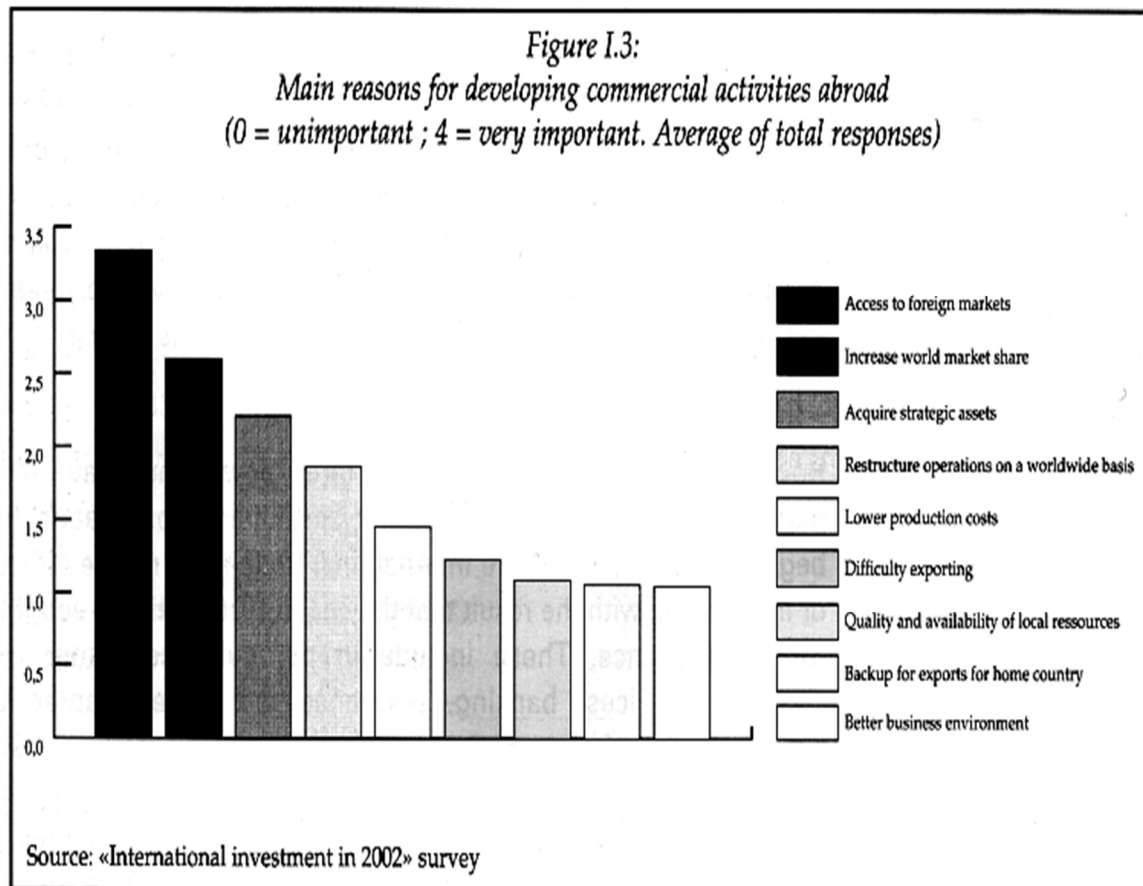
Le deuxième texte s'intitule *International Investment: Towards the Year 2002*, un texte de Fabrice Hatem, économiste à la CNUCED, publié en 1998²⁶¹. Ce texte porte sur les différentes motivations de la décision de produire à l'étranger et sur l'importance relative des différents critères de localisation de l'investissement. Pour ce faire, il se fonde sur les résultats d'un sondage effectué à travers le monde auprès de 300 hauts dirigeants d'entreprises multinationales et experts internationaux. Bien qu'il date de près de 15 ans, nous faisons référence à ce texte puisqu'il est l'un des rares à mettre en évidence de façon aussi claire les deux grandes phases du processus décisionnel de la localisation de l'IDE. En outre, les principales conclusions de ce texte sont confirmées par des textes plus récents sur lesquels nous aurons l'occasion de revenir ultérieurement.

En effet, l'étude des motivations de la décision de produire à l'étranger (Figure no 2), d'une part, et des critères de localisation à l'étranger (Figure no 3), d'autre part, correspond en fait aux deux grandes phases du processus décisionnel relatif à l'IDE. La première, d'ordre plus général, consiste à décider de recourir à la production internationale plutôt qu'à la production domestique dans la poursuite de certains objectifs (phase initiale). Des régions générales peuvent déjà être identifiées à ce moment. La seconde phase, plus précise, consiste à choisir un site particulier pour un projet d'IDE donné (phase finale)²⁶².

²⁶¹ F. HATEM, *préc.*, note 242.

²⁶² *Id.*, p. 31.

Figure no 2 :
Principales raisons invoquées pour investir à l'étranger



Source : F. HATEM, *préc.*, note 242, p. 28.

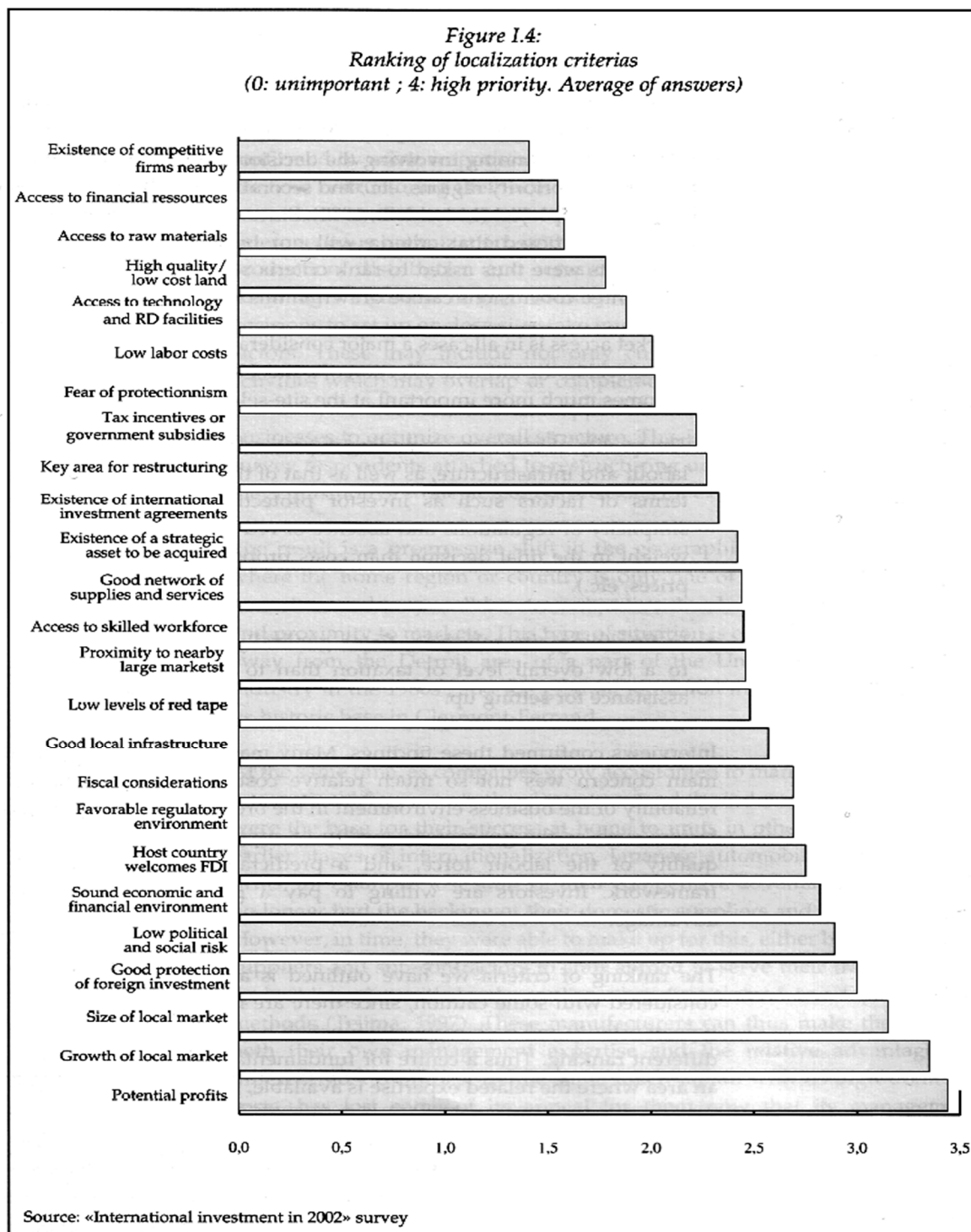
Les résultats de cette étude nous apprennent qu'à l'époque où elle a été réalisée, la principale motivation de la décision de produire à l'étranger serait l'accès à des marchés plus grands ou qui connaissent une croissance plus rapide que le marché domestique. La volonté d'accroître la part de marché de l'entreprise de façon significative viendrait en deuxième lieu. On retrouverait ensuite l'intention d'acquérir des actifs stratégiques à l'étranger et la restructuration de l'entreprise à l'échelle internationale. D'autres considérations, comme les faibles coûts de production, les difficultés liées à l'exportation de même que la qualité et la disponibilité des ressources auraient une importance moindre. Finalement, la qualité de

l'environnement d'affaires et le support aux exportations serait d'une importance secondaire²⁶³.

En ce qui concerne les critères de localisation comme tels, soit ceux qui interviennent au niveau de la seconde phase du processus décisionnel d'établissement à l'étranger, les résultats sont très variés (voir Figure no 3 ci-après). Ainsi, les principaux critères de localisation à l'époque où l'étude a été réalisée seraient le potentiel de réalisation de profits, le taux de croissance et la taille du marché étranger. Viendraient ensuite les critères liés à l'environnement général d'affaires, comme la protection de l'investissement, le bas niveau de risques politiques et sociaux, la qualité de l'environnement économique et financier, l'attitude favorable du gouvernement hôte à l'endroit de l'IDE, un cadre réglementaire général favorable et un régime fiscal intéressant. La qualité des infrastructures, le bas niveau de formalités administratives, la proximité de marchés étrangers de grande taille, l'accès à la main-d'œuvre qualifiée, des réseaux d'approvisionnement et de services de qualité, la présence d'actifs stratégiques à des fins d'acquisition, l'existence d'accords internationaux en matière d'investissement international, l'opportunité de l'endroit pour procéder à une restructuration et les incitatifs financiers ou les subventions gouvernementales semblent également avoir une certaine importance. La crainte du protectionnisme, les bas coûts de main-d'œuvre, l'accès à la technologie et à la R&D, le bas coût et la qualité des terrains, l'accessibilité aux matières premières et aux ressources financières de même que la présence de firmes concurrentes à proximité auraient une importance moindre.

²⁶³ *Id.*, p. 28.

Figure 3 :
Classement des critères de localisation de l'IDE en fonction de leur importance



Source : F. HATEM, *préc.*, note 242, p. 32.

Il est important de noter que la classification des critères de localisation effectuée dans le cadre de cette étude se fait à partir d'une moyenne. En effet, l'ordre d'importance de ces critères pourra varier selon le secteur d'activité ou la fonction corporative impliquée²⁶⁴. Il pourra également varier selon les motivations de l'IDE (i.e. plateforme d'exportation ou maillon d'une chaîne mondiale de production).

Les principales conclusions tirées de cette étude sont les suivantes. Tout d'abord, il appert que l'accès au marché serait une considération importante, autant au niveau de la phase initiale que de la phase finale. L'accès aux ressources deviendrait toutefois beaucoup plus important lors de la phase finale. Ensuite, la qualité des ressources (ce qui inclut la disponibilité de la main-d'œuvre qualifiée et les infrastructures) de même que l'environnement d'affaires (en termes de protection des investissements, de risques politiques limités, de réglementation allégée et d'absence de formalités administratives) auraient une importance beaucoup plus grande lors de la phase finale que les coûts à proprement parler (salaires, prix des terres, etc.). Enfin, dans le cadre de la phase finale, les entreprises accorderaient plus d'importance à un bas taux général de taxation qu'à la disponibilité d'une aide particulière pour s'établir dans un pays donné²⁶⁵.

Bien que cette étude ait été réalisée il y a plus de 15 ans, elle demeure intéressante aux fins de mieux comprendre la décision d'investissement à l'étranger comme telle (en 2 phases distinctes), les principales motivations de l'IDE (phase 1) et les principaux déterminants de la localisation de l'IDE (phase 2). L'importance relative des motivations et des facteurs de localisation révélée par cette étude doit toutefois être considérée avec certaines réserves.

²⁶⁴ *Id.*, p. 31.

²⁶⁵ *Id.*

3. Le texte « Canada and foreign direct investment: a study of determinants » de Safarian et Hejazi publié en 2001

L'ouvrage « *Canada and foreign direct investment: a study of determinants* », des professeurs Safarian et Hejazi de l'Université de Toronto a été publié en 2001²⁶⁶. Bien qu'il ne date pas d'hier lui non plus, cet ouvrage, entièrement consacré à l'étude des déterminants de l'IDE, est l'un des rares à s'intéresser aux déterminants de la localisation de l'IDE dans le contexte canadien. En outre, ce texte adopte une classification différente et originale des déterminants de la localisation de l'IDE. En effet, tel qu'il appert de la Figure no 4 ci-après, ces déterminants sont classés en quatre catégories, soit les variables associées à la demande (a)), les variables associées à l'offre (b)), les variables associées aux politiques publiques (c)) et les variables associées à la stratégie d'entreprise (d))²⁶⁷.

a) Les variables associées à la demande

Les variables associées à la demande regroupent la taille et la croissance du marché, les économies d'agglomérations attribuables à la demande, l'ouverture au commerce (ce qui inclut la participation à un accord d'intégration régionale), le taux de change et la tendance vers le secteur des services²⁶⁸.

La taille et la croissance des marchés ont depuis toujours été des déterminants importants de l'IDE. Par exemple, les hauts revenus moyens par habitant attirent les entreprises multinationales par la demande créée pour leurs produits²⁶⁹.

Les économies d'agglomérations sont les économies réalisées par la concentration géographique de l'activité économique. De façon plus particulière, les économies d'agglomérations attribuables à la demande sont les économies occasionnées par la concentration de la demande dans les régions métropolitaines, que cette demande provienne de consommateurs finaux ou d'autres producteurs²⁷⁰.

²⁶⁶ A.E. SAFARIAN et W. HEJAZI, *préc.*, note 242.

²⁶⁷ *Id.*, p. 21.

²⁶⁸ *Id.*

²⁶⁹ *Id.*, p. 22.

²⁷⁰ *Id.*, p. 22 et 23.

Figure no 4 :
Aperçu des déterminants de l'IDE

<p>Box 3 Outline of FDI Determinants</p>
<p>Demand side variables</p> <ol style="list-style-type: none">1 Market size and growth2 Agglomeration economies: demand side3 Openness (includes membership in a regional integration agreement)4 Exchange rate5 Sectoral shift to services
<p>Supply side variables</p> <ol style="list-style-type: none">1 Cultural, social, economic similarities between countries2 Availability and quality of inputs3 Infrastructure: eg. transport, communication, financial services4 Agglomerations: supply side5 Innovation capacity: eg. R&D, education system6 Institutional quality: eg. bureaucracy, corruption, legal system, political stability
<p>Public Policy Variables</p> <ol style="list-style-type: none">1 Tariffs and non-tariff barriers2 FDI policy and policy risk (eg. volatility)3 Tax and incentive (promotion policies for FDI)4 Macro problems (size of government deficits, balance of payments deficits, rate of inflation, level of external debt)5 Pressure to improve social performance of MNE
<p>Business Strategy</p> <ol style="list-style-type: none">1 Information: adjacency and leadership costs2 Experience: retained earnings3 Rate of M&A4 Nationality of parent

Source : A.E. SAFARIAN et W. HEJAZI, *préc.*, note 242, p. 21

L'ouverture du marché étranger au commerce est un déterminant important de l'IDE dans la mesure où il permet aux entreprises d'avoir accès à des marchés étrangers situés à proximité, particulièrement lorsqu'un accord d'intégration régionale est en vigueur. En outre, des économies d'échelles sont à prévoir en raison du volume de production accru associé à cette demande supplémentaire²⁷¹.

²⁷¹ *Id.*, p. 23 et 24.

Les effets du taux de change sur l'IDE sont multiples. En fait, ce facteur complique généralement les décisions d'investissement et de coordination des opérations internationales. À titre d'exemple, un taux de change peu élevé dans un pays d'accueil rend les investissements moins coûteux, mais rend également les profits et les dividendes qui en sortent moins intéressants. La littérature s'entend toutefois pour dire qu'un taux de change peu élevé mais stable favorise généralement l'IDE, alors qu'un taux de change instable, quel qu'il soit, sera généralement défavorable²⁷².

Finalement, des conditions favorables à l'IDE dans le secteur des services bénéficieront habituellement à l'IDE dans les autres secteurs, puisque l'IDE en général est attiré par les infrastructures et les services de qualité. Par conséquent, un pays qui est en mesure d'attirer une forte proportion d'IDE dans le secteur des services attirera habituellement une proportion additionnelle d'IDE dans les secteurs manufacturiers et des ressources naturelles²⁷³.

b) Les variables associées à l'offre

Les variables associées à l'offre, de leur côté, comprennent les similarités culturelles, sociales et économiques entre les pays impliqués, la disponibilité et la qualité des intrants, les infrastructures (transports, communications, services financiers), les économies d'agglomération attribuables à l'offre, le potentiel d'innovation (R&D, système d'éducation, formation professionnelle) et la qualité des institutions (bureaucratie, corruption, système judiciaire, stabilité politique)²⁷⁴.

Les similarités culturelles, sociales et économiques attirent les investissements directs étrangers. Ces similarités ont pour effet d'abaisser les coûts de transaction de l'IDE. Ainsi, le fait de ne pas devoir apprendre une nouvelle langue, de connaître les procédures d'affaires et

²⁷² *Id.*, p. 24.

²⁷³ *Id.*

²⁷⁴ *Id.*, p. 21.

la réglementation facilitent l'établissement d'une entreprise à l'étranger. L'expression consacrée par la littérature pour ce phénomène est la « *psychic distance* »²⁷⁵.

La disponibilité et la qualité des intrants sont des déterminants importants de l'IDE. Font partie de cette catégorie les déterminants traditionnels de l'IDE que sont les ressources naturelles et la main-d'œuvre à bon marché, bien que leur importance soit désormais limitée à certains types particulier d'IDE. On s'intéresse maintenant davantage à la productivité totale des intrants, bien que la productivité de la main-d'œuvre soit beaucoup plus facilement mesurable²⁷⁶.

Le coût et la qualité des infrastructures constituent des déterminants importants de l'IDE. Les infrastructures comprennent les réseaux de communications, les technologies de l'information, les réseaux de transport, les systèmes d'éducation et de formation et certains services gouvernementaux. Les institutions financières de même que la disponibilité et la qualité du crédit font également partie des infrastructures²⁷⁷.

Les économies d'agglomération attribuables à l'offre sont celles qui résultent de la formation de réseaux de main-d'œuvre, de fournisseurs et de professionnels qualifiés dans des industries reliées de même qu'à une grande variété d'infrastructures et de services spécialisés au sein d'une même région géographique. Ce phénomène est généralement favorable à l'IDE en ce qu'il augmente l'offre disponible, abaissant ainsi le coût des produits et services, et réduit les coûts de transaction²⁷⁸.

Le potentiel d'innovation du pays hôte influence également la localisation de l'IDE. En effet, les entreprises multinationales qui valorisent la technologie et l'innovation chercheront généralement à s'établir près de firmes ou autres institutions novatrices (comme les universités) afin de conclure des alliances et d'établir des contacts avec celles-ci. En outre, elles peuvent avoir pour objectif de se porter acquéreur d'actifs technologiques stratégiques²⁷⁹.

²⁷⁵ *Id.*, p. 24 et 25.

²⁷⁶ *Id.*, p. 25.

²⁷⁷ *Id.*, p. 25 et 26.

²⁷⁸ *Id.*, p. 26.

²⁷⁹ *Id.*

Enfin, la qualité des institutions constitue un autre déterminant de l'IDE. La stabilité économique et politique qui en résulte est généralement synonyme de risques moindres pour l'IDE entrant. Le degré de liberté économique accordé aux entreprises et aux individus, ce qui inclut la propriété privée et les limites au pouvoir d'expropriation étatique, le niveau de corruption, le poids de la bureaucratie et la performance du système judiciaire sont de bons indicateurs de la qualité générale des institutions²⁸⁰.

c) Les variables associées aux politiques publiques

Les variables associées aux politiques publiques regroupent les barrières tarifaires et non-tarifaires, les politiques relatives à l'IDE et leur stabilité, le régime fiscal et les incitatifs à l'investissement, les problèmes de nature macroéconomique (déficits budgétaire et commerciaux, taux d'inflation, dette publique) et les pressions sociales exercées sur les multinationales²⁸¹.

Les barrières tarifaires et non-tarifaires constituent un déterminant traditionnel de la localisation de l'IDE entrant. Ces formes de politiques commerciales restrictives étaient couramment utilisées dans le passé afin de limiter le recours aux importations et de convaincre les entreprises de s'établir sur le marché domestique (ou d'y demeurer). La libéralisation des marchés survenue ces dernières décennies a substantiellement diminué le recours à ce type de mesures, mais il semblerait que le recours aux barrières non-tarifaires demeure. Les accords d'intégration régionale réduisent ou éliminent ces formes de barrières entre les pays membres, mais de telles barrières peuvent toutefois subsister à l'endroit des pays non-membres²⁸².

Les politiques qui visent l'IDE de façon spécifique représentent un autre déterminant important de la localisation de l'IDE. Traditionnellement, certains secteurs sont partiellement ou totalement fermés à l'IDE. Le meilleur exemple de ce type de politique est celui de la défense nationale. D'autres formes de politiques relatives à l'IDE consistent à exercer un droit de regard sur les nouveaux IDE entrants et les acquisitions, afin de s'assurer que les règles

²⁸⁰ *Id.*

²⁸¹ *Id.*, p. 21.

²⁸² *Id.*, p. 27.

relatives aux secteurs fermés soient respectées ou afin de tirer davantage profit de l'IDE. Enfin, certaines politiques peuvent être discriminatoires à l'endroit des firmes étrangères, comme c'est parfois le cas dans l'octroi des contrats gouvernementaux ou des subventions aux entreprises²⁸³.

Le régime fiscal affecte la localisation de l'IDE de façon significative. Bien que les entreprises disposent habituellement de nombreuses déductions leur permettant de minimiser l'impôt à payer, il demeure que des taux d'imposition élevés à long terme découragent généralement l'IDE. Les incitatifs à l'investissement, d'autre part, qu'ils soient de nature fiscale ou financière ou qu'ils prennent la forme d'exemptions particulières, ont également une influence sur l'IDE. En fait, les incitatifs à l'investissement permettent généralement de compenser pour un régime fiscal peu compétitif. Les incitatifs comprennent également les activités promotionnelles entreprises par les gouvernements afin d'attirer l'IDE sur leur territoire²⁸⁴.

Les problèmes de nature macroéconomique comme les déficits budgétaires et commerciaux répétés, l'accroissement de la dette nationale et le taux d'inflation sont d'importants déterminants de l'IDE entrant. En effet, ces problèmes peuvent affecter la stabilité du taux de change et diverses autres politiques qui affectent l'investissement autant domestique qu'étranger²⁸⁵.

d) Les variables associées à la stratégie d'entreprise

Les variables associées à la stratégie d'entreprise sont la propension de l'entreprise à investir dans des régions où sont déjà installées des entreprises concurrentes, la propension d'une entreprise à investir en terrain connu et son expérience générale en matière d'investissement, les opportunités de fusions et acquisitions et le pays d'origine de l'entreprise²⁸⁶.

²⁸³ *Id.*

²⁸⁴ *Id.*, p. 27 et 28.

²⁸⁵ *Id.*, p. 28.

²⁸⁶ *Id.*, p. 21.

La propension de l'entreprise à investir dans des régions où sont déjà installées ou s'installent des entreprises concurrentes se résume à une chose : la réduction des risques et des incertitudes liés à l'investissement. En effet, la présence d'entreprises concurrentes sur un territoire donné révèle habituellement des conditions favorables au secteur d'activité concerné. Ce phénomène porte le nom de « *crowd effect* »²⁸⁷.

La propension de l'entreprise à investir en terrain connu va de soi. En effet, l'expérience de l'entreprise dans un pays donné abaisse généralement ses coûts initiaux d'apprentissage et réduit le risque et les incertitudes. De même, l'expérience générale que possède une entreprise en matière d'IDE est généralement favorable à des IDE subséquents, ceux-ci lui coûtant alors moins cher²⁸⁸.

Les opportunités de fusions et acquisitions dans un pays donné sont généralement favorables à l'IDE. En effet, bien que habituellement moins rentables que les « *greenfields entries* », les fusions et acquisitions réduisent sensiblement les coûts d'entrée pour l'entreprise et lui accordent une part de marché dès le départ. En outre, l'entreprise peut ainsi se porter acquéreur de technologies, de connaissances et de qualifications complémentaires²⁸⁹.

Finalement, le pays d'origine de l'entreprise, c'est-à-dire sa nationalité, constitue un déterminant de l'IDE. En effet, les entreprises provenant de pays distincts peuvent être organisées et opérées de façons différentes et peuvent adopter des moyens variés pour s'internationaliser. Ainsi, l'exportation, la licence ou la franchise internationale peuvent être les moyens privilégiés d'internationalisation dans certains pays, alors que pour d'autres, les « *greenfields investments* » seront la forme privilégiée d'IDE²⁹⁰.

4. Le texte « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment » de Whyman et Baimbridge, 2006

Une étude publiée en 2006 par les auteurs Philip B. Whyman et M. Baimbridge sous les auspices du Ministère du Commerce et de l'Industrie du Royaume-Uni dresse un portrait

²⁸⁷ *Id.*, p. 29.

²⁸⁸ *Id.*

²⁸⁹ *Id.*, p. 29 et 30.

²⁹⁰ *Id.*, p. 30.

très complet des différents déterminants de la localisation de l'IDE²⁹¹. Cette étude est toujours d'actualité. Elle a d'ailleurs été publiée de nouveau en 2009 sous une forme abrégée dans un ouvrage collectif²⁹².

Dans ce texte, les auteurs effectuent tout d'abord une importante revue de la littérature sur les déterminants de la localisation de l'IDE. Les résultats de cette revue de littérature sont à l'effet que la taille du pays hôte, les infrastructures, les « created assets » et le poids relatif de l'IDE entrant et du secteur manufacturier auraient des effets positifs sur la localisation de l'IDE, tandis que les coûts élevés de main-d'œuvre, la distance géographique ou culturelle, l'incertitude économique et les risques politiques et sociaux auraient plutôt des effets négatifs. Les facteurs comme le dynamisme économique du pays-hôte et la richesse de sa population auraient quant à eux des effets mitigés²⁹³.

Les auteurs présentent ensuite les déterminants de la localisation de l'IDE en fonction d'un cadre conceptuel original (voir Figure no 5 ci-après). Les auteurs regroupent ainsi les déterminants de la localisation de l'IDE en quatre catégories distinctes : les facteurs associés à la demande, les facteurs associés aux coûts, les facteurs nationaux spécifiques et les facteurs associés au risque²⁹⁴. Parmi les *facteurs associés à la demande*, on retrouve la taille et la croissance du marché, l'accès à des marchés régionaux et mondiaux, la structure des marchés et les préférences particulières de la clientèle desservie. Parmi les *facteurs associés aux coûts*, il y a les coûts liés à la corruption et à l'inefficacité administrative, les taux de change, les barrières tarifaires et non-tarifaires, les coûts de transaction, les taux d'intérêt, le coût des matières premières, le coût des infrastructures, les taux de salaire et les coûts liés au marché du travail et à la présence de syndicats. Parmi les *facteurs nationaux spécifiques*, on compte les

²⁹¹ P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242. Cette étude porte de façon plus particulière sur la flexibilité du marché du travail à titre de déterminant de la localisation de l'IDE. Nous traiterons de cette question plus en détail à la section III.B ci-après.

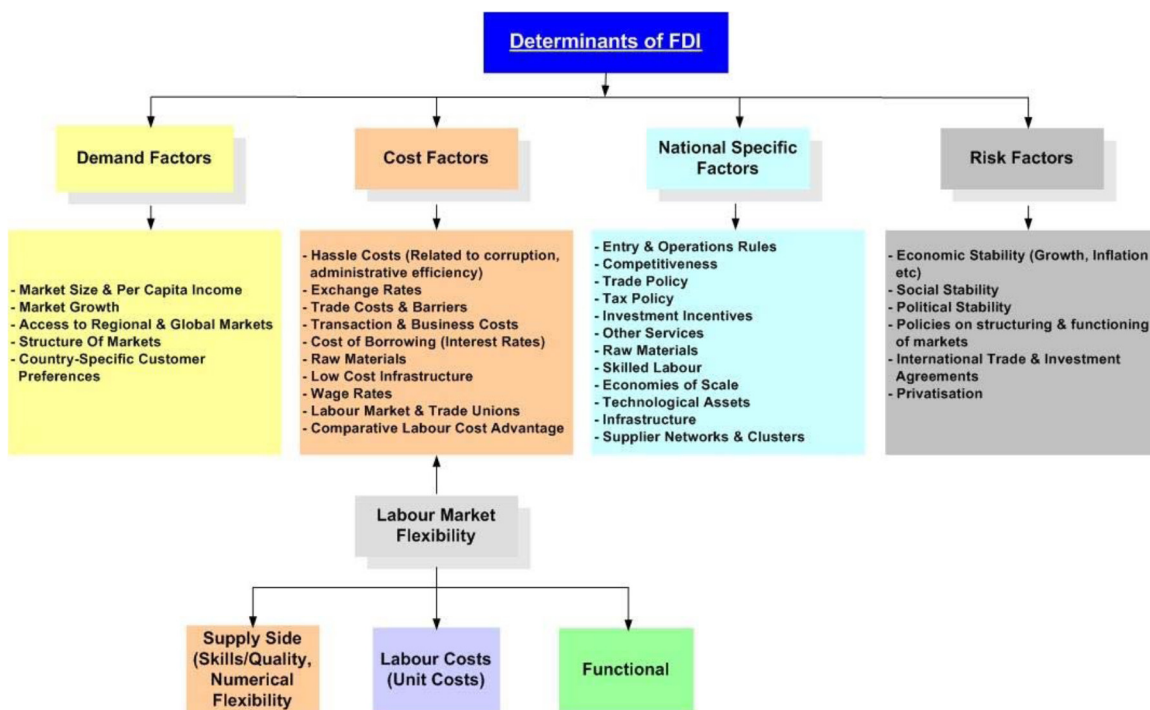
²⁹² P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility as a Key Determinant of Foreign Direct Investment : Evidence from the U.K. », *préc.*, note 242.

²⁹³ P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242, p. 47.

²⁹⁴ P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility as a Key Determinant of Foreign Direct Investment : Evidence from the U.K. », *préc.*, note 242, p. 27 et 28; P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242, p. 7 et 9.

règles d'entrée et d'opération des entreprises étrangères, la concurrence, la politique commerciale, la politique fiscale, les incitatifs à l'investissement, la disponibilité des matières premières, la main-d'œuvre spécialisée, les économies d'échelles, les actifs technologiques, les infrastructures ainsi que les réseaux et les agglomérations de fournisseurs. Enfin, parmi les *facteurs associés au risque*, on retrouve la stabilité économique (croissance, inflation, etc.), la stabilité sociale, la stabilité politique, les politiques relatives à la structuration et au fonctionnement des marchés, les accords internationaux de commerce et d'investissement et les possibilités de privatisation.

Figure no 5 :
Déterminants de l'IDE selon Whyman et Baimbridge



Source : P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242, p. 8.

Enfin, les auteurs présentent les résultats d'une enquête sur les déterminants de la localisation de l'IDE réalisée auprès de 1800 entreprises multinationales qui possèdent des activités de production au Royaume-Uni. Les résultats de cette étude indiquent que la taille du marché national serait de loin le facteur le plus important dans le cadre de la décision de localisation de l'IDE²⁹⁵. Parmi les facteurs de second rang, on retrouve la flexibilité du marché du travail, le taux de croissance du marché national, un climat politique stable et favorable à l'investissement, une main-d'œuvre éduquée et qualifiée et la qualité des infrastructures. Parmi les facteurs de troisième rang, on retrouve la proximité d'un large marché international, un marché dérèglementé, une fiscalité corporative favorable, des coûts de financement peu élevés, le faible niveau de réglementation environnementale, une fiscalité générale favorable et une inflation historiquement peu élevée²⁹⁶.

L'étude confirme également que les facteurs qui influencent la localisation de l'IDE varient en fonction des caractéristiques de l'entreprise et que des nuances apparaissent lorsque celles-ci sont étudiées plus en profondeur²⁹⁷. Plus précisément, les auteurs ont analysé les effets du niveau de risque technologique, de la stratégie concurrentielle de base et du secteur d'activité de l'entreprise sur l'importance relative des déterminants de la localisation de l'IDE.

En ce qui concerne le *niveau de risque technologique* de l'entreprise²⁹⁸, il appert que la taille du marché national demeurerait le facteur le plus important, quel que soit ce niveau de risque (qu'il soit « bas », « moyen » ou « élevé »). Le niveau de risque technologique de l'entreprise n'aurait donc pas d'influence sur l'importance relative de ce déterminant. Ceci étant, les *entreprises à risque technologique élevé* (par exemple, les entreprises de haute

²⁹⁵ P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242, p. 20 et 27.

²⁹⁶ *Id.*, p. 21 et 22.

²⁹⁷ *Id.*, p. 19.

²⁹⁸ Le niveau de risque technologique est une caractéristique de l'entreprise. Il est associé à la nature des technologies utilisées par une entreprise donnée dans le cadre de ses activités de production. Ainsi, une entreprise qui utilise des technologies de pointe (« *cutting edge technologies* ») est une entreprise qui présente un niveau de risque technologique *élevé*, une entreprise qui utilise des technologies établies (« *established technologies* ») en est une qui présente un niveau de risque technologique *modéré* (« *moderate risk* ») et une entreprise qui utilise des technologies établies plus anciennes (« *older established technologies* ») en est une qui présente un niveau de risque technologique *peu élevé*. Voir : P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242, p. 17.

technologie) accorderaient plus d'importance à la qualité de la main-d'œuvre, à la qualité des infrastructures et à la proximité d'un large marché international, les *entreprises à risque technologique moyen* accorderaient davantage d'importance à la taille du marché, à la stabilité politique et économique, aux coûts de financement et aux niveaux de taxation, tandis que les *entreprises à bas risque technologique* (par exemple, les entreprises dans le secteur du textile) accorderaient plus d'importance à la taille du marché national, à la faiblesse de la réglementation et au niveau des taxes corporatives, beaucoup plus qu'à la qualité de la main-d'œuvre²⁹⁹.

En ce qui concerne la *stratégie concurrentielle de base* des entreprises impliquées, il appert que les entreprises poursuivant une *stratégie de faibles coûts de production* seraient davantage préoccupées par la taille et le taux de croissance du marché, la qualité des infrastructures, le niveau des taxes corporatives et les bas coûts de main-d'œuvre, tandis que les entreprises qui poursuivent une *stratégie de différenciation ou de niche* (i.e. coûts de production élevés) seraient quant à elles plutôt préoccupées par une main-d'œuvre éduquée et qualifiée, de même qu'un environnement présentant un climat politique stable, un faible niveau de réglementation et des impôts corporatifs peu élevés³⁰⁰.

Enfin, en ce qui concerne le *secteur d'activité* des entreprises impliquées, il appert que tant les entreprises du *secteur manufacturier* que les entreprises du *secteur des services* seraient influencées par la taille du marché national et la flexibilité du marché du travail. Les entreprises du secteur des services seraient toutefois un peu moins influencées par la flexibilité du marché du travail que les entreprises du secteur manufacturier. Finalement, alors que les entreprises du secteur manufacturier seraient davantage attirées par des facteurs comme la qualité de la main-d'œuvre, le bas niveau des impôts corporatifs et un climat politique stable et favorable à l'investissement, les entreprises du secteur des services seraient davantage influencées par des facteurs comme la qualité des infrastructures et un marché dérèglementé³⁰¹.

²⁹⁹ *Id.*, p. 22.

³⁰⁰ *Id.*, p. 22 et 23.

³⁰¹ *Id.*, p. 23.

5. Conclusion

Comme nous venons de le voir, une littérature abondante s'est intéressée à la question des déterminants de la localisation de l'IDE. Or, il ressort de cette littérature qu'il n'y a pas de formule secrète précise et universelle qui permette d'expliquer les décisions prises par les entreprises en la matière. En effet, les déterminants de la localisation de l'IDE ont une importance relative qui varie selon l'objectif visé par l'IDE (la teneur stratégique d'un IDE donné dans le cadre de la stratégie globale de l'entreprise), le niveau de développement économique du pays hôte (un pays industrialisé ou un pays en développement), l'horizon d'investissement (une IDE à long terme ou un IDE à court terme), l'époque de l'investissement (les déterminants de l'IDE des années 1970 et précédentes ne sont plus les mêmes que les déterminants de l'investissement des années 1990 et suivantes), le niveau de risque technologique (élevé, moyen, bas), la stratégie de base de l'entreprise (stratégie de différenciation / de niche ou stratégie de bas coûts de production) et le secteur d'activité (secteur manufacturier ou des services). Et il ne s'agit là que des dimensions en vertu desquelles l'importance relative des déterminants de l'IDE est susceptible de varier qui ont fait l'objet d'études.

Malgré ce constat, la taille du marché national demeurerait le déterminant le plus important de la localisation de l'IDE, toute forme d'IDE confondue. En effet, les résultats des études empiriques abondent pratiquement tous dans ce sens. Ceci étant, la prolifération des accords de libre-échange et de libre circulation des capitaux à l'échelle régionale (comme l'ALÉNA ou l'Union européenne) aurait pour effet de déplacer les préoccupations des entreprises vers des facteurs de second rang, comme l'efficacité et autres considérations associées aux caractéristiques nationales. En effet, en contexte d'intégration économique, les EMN ont accès au même marché régional quel que soit le lieu où elles établissent leurs activités au sein de l'espace économique régional (i.e. quel que soit le pays-hôte où elles établissent leurs activités). Elles peuvent en outre adopter des stratégies de production à l'échelle internationale (chaînes globales de production), où elles peuvent tirer profit de caractéristiques nationales particulières pour chaque maillon de la chaîne de production. En somme, les différences observées en matière de législation du travail et de relations de travail

sont susceptibles d'avoir une importance beaucoup plus grande sur la localisation de l'IDE qu'elles ne l'auraient eu en l'absence de marché économique intégré à l'échelle régionale. D'où l'importance de s'intéresser plus particulièrement aux effets du droit du travail national sur la localisation de l'IDE.

B. Le droit du travail à titre de déterminant de la localisation de l'IDE

Comme nous venons de le voir, la localisation de l'IDE est un processus complexe qui dépend de nombreux facteurs. Mais alors que les effets de certains facteurs sont pratiquement admis et reconnus de tous, les effets d'autres facteurs sont beaucoup plus contestés. C'est le cas du droit du travail et des différentes politiques publiques qui lui sont associées.

Ceci étant, peu d'études se sont intéressées aux effets du « droit du travail » comme tel sur la localisation de l'IDE. Ceci pourrait être dû au fait que les économistes (qui composent la majorité des auteurs qui ont écrit sur la question des déterminants de localisation de l'IDE) ne semblent pas faire du « droit du travail » un objet d'étude distinct comme le font les juristes, mais en étudient plutôt les composantes. En effet, le niveau d'analyse retenu par la majorité des auteurs dans le domaine ne va pas au-delà des politiques publiques et des formes particulières de réglementation du travail, comme le salaire minimum, la protection de l'emploi ou les relations de travail. En somme, le concept de « droit du travail » ne semble pas faire partie du vocabulaire de la très grande majorité des auteurs qui s'intéressent à la question. Ceci pourrait d'ailleurs expliquer la grande fragmentation de la littérature dans le domaine. Certains courants de littérature s'intéressent néanmoins aux « systèmes de relations industrielles » et à leur principales composantes, vraisemblablement en raison de la plus grande familiarité des économistes avec le concept de « relations industrielles » qu'avec celui de « droit du travail ».

Afin de déterminer si le droit du travail est un déterminant de la localisation de l'IDE et, le cas échéant, son importance relative par rapport aux autres facteurs, nous devons donc étudier des courants de littérature qui ne portent pas directement sur le droit du travail, mais plutôt sur des composantes particulières de celui-ci. Nous verrons ainsi des courants de littérature qui s'intéressent respectivement à la flexibilité du marché du travail (1), aux

systèmes de relations industrielles (2) et à la protection d'emploi d'origine législative (3) à titre de déterminant de la localisation de l'IDE.

1. La flexibilité du marché du travail et la localisation de l'IDE

La flexibilité du marché du travail est un concept qui permet de bien saisir les effets que le droit du travail national est susceptible d'avoir sur la localisation de l'IDE. En vertu de ce concept, le droit du travail national impose à l'employeur des règles plus ou moins flexibles (ou plus ou moins rigides, selon le point de vue adopté), selon le cas. Or, plus un droit du travail national impose des règles rigides à l'acteur patronal, moins grandes sont la flexibilité du marché du travail et la flexibilité managériale.

La théorie des options réelles (« *theory of real options* ») explique bien le phénomène en question³⁰². En vertu de cette théorie, la décision d'investissement ne devrait pas se faire uniquement en considérant la valeur actuelle nette (VAN) du projet d'investissement (la façon classique d'évaluer la rentabilité des projets), mais également en considérant les options présentes et futures que le projet d'investissement crée ou détruit (i.e. les « options réelles »). En effet, la présence d'options (i.e. la possibilité de choisir entre différents scénarios par opposition à l'impossibilité de ce faire) confère au gestionnaire responsable de l'entreprise une flexibilité managériale accrue qui lui permet d'adapter plus facilement l'entreprise aux réalités économiques futures. Ceci a pour effet d'augmenter les probabilités de gain et de diminuer les probabilités de pertes et, par conséquent, se traduit par une prime à la valeur du projet³⁰³.

Or, le droit du travail en vigueur au sein du pays donné détermine certaines des options qui seront disponibles ou non à l'entreprise en matière de gestion de main-d'œuvre et influence donc la valeur du projet d'investissement associé à ce pays. À titre d'exemple, un droit du travail qui permet de réduire la taille du personnel à peu de coûts confère au gestionnaire responsable l'option de réduire le personnel en cas de nécessité, contrairement à

³⁰² Olivier LEVYNE et Jean-Michel SAHUT, *Options réelles : intégrer risque et flexibilité dans les choix d'investissement*, Paris, Dunod, 2009; PULL, Kerstin, « The comparative attractiveness of International business locations : The role of labor law », (2002) 40 *Management Decision* 647.

³⁰³ K. PULL, *préc.*, note 302. D'un point de vue statistique, la présence d'options décale la courbe des probabilités de gains vers la droite, ce qui a pour effet de maximiser celles-ci.

un droit du travail qui ne permet pas une telle réduction de personnel ou qui ne la permet qu'à des coûts élevés. Or, une telle option ajoute de la valeur au projet d'investissement, puisqu'elle lui confère une flexibilité managériale plus élevée. Cette question fait d'ailleurs présentement l'objet d'un débat en France. Alors que le MEDEF cherche à réduire les délais et l'intervention des tribunaux en matière de licenciements collectifs, la CGT, de son côté, cherche plutôt à renforcer le contrôle de ces derniers sur les plans sociaux³⁰⁴.

Les auteurs Whyman et Baimbridge (2006 et 2009)³⁰⁵ se sont intéressés de façon particulière au concept de flexibilité du marché du travail (« Labour Market Flexibility ») et à ses effets sur la localisation de l'IDE des entreprises multinationales. Le modèle conceptuel développé par les auteurs est particulièrement intéressant pour les fins de notre thèse (voir Figure no 6 ci-après). Tout d'abord, ce modèle présente la « flexibilité du marché du travail » comme un concept ayant un effet sur les « facteurs associés aux coûts », une importante catégorie de déterminants de l'IDE³⁰⁶. Ensuite, ce modèle présente le caractère multidimensionnel de la flexibilité du marché du travail en éclatant celle-ci en différentes composantes, soit la disponibilité d'une main-d'œuvre, la flexibilité numérique, la flexibilité des coûts de main-d'œuvre et la flexibilité fonctionnelle. Enfin, ce modèle développe les niveaux d'analyse applicables à chacune de ces composantes (micro et/ou macro, selon le cas) et donne des exemples courants et concrets de questions visées par chacune d'entre elles. En somme, ce modèle, grâce au concept de la flexibilité du marché du travail, permet de cibler « où » et « à quel niveau » chacune des composantes du droit du travail (lui-même un concept multidimensionnel) est susceptible d'avoir un effet sur l'IDE.

Les auteurs définissent le concept de « flexibilité du marché du travail » comme suit :

« Labour market flexibility derives from the degree to which labour market outcomes are determined by the operation of market forces free from rigidities and/or

³⁰⁴ L. JEANNEAU, *préc.*, note 100.

³⁰⁵ P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility as a Key Determinant of Foreign Direct Investment : Evidence from the U.K. », *préc.*, note 242 (2009); P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242 (2006).

³⁰⁶ Comme nous l'avons vu précédemment, les auteurs regroupent les déterminants de l'IDE en quatre catégories distinctes : les facteurs associés à la demande, les facteurs associés aux coûts, les facteurs nationaux spécifiques et les facteurs associés au risque. Pour plus de détails : *Supra*, section III.A.4, p. 112.

*restrictions imposed by powerful actors such as monopsony employers, trade unions and government. »*³⁰⁷

Un marché du travail parfaitement flexible implique donc l'absence d'obstacle à la libre opération des forces du marché. De tels obstacles peuvent résulter, par exemple, de la réglementation du marché du travail (comme la législation protectrice de l'emploi) ou encore d'arrangements institutionnels (comme un système de négociation collective sectorielle).

Cela dit, la recherche de la flexibilité peut entraîner des effets indésirables ou non-voulus. Alors que certains changements peuvent entraîner une plus grande flexibilité à certains niveaux, ils peuvent entraîner des rigidités à d'autres niveaux. Des conflits sont donc possibles entre les différentes formes de flexibilités exposées ci-avant. Par exemple, la décentralisation d'un régime de négociation des salaires dans un système donné peut entraîner des gains au niveau de la *micro-flexibilité des coûts de main-d'œuvre* en permettant aux gestionnaires d'adopter des structures de rémunérations plus adaptées à la réalité locale. Toutefois, une telle mesure peut remettre en question la paix industrielle et nuire à la *macro-flexibilité des coûts de main-d'œuvre* en entraînant une plus grande variabilité des salaires sur le marché du travail dans son ensemble et en éliminant l'effet modérateur que peuvent avoir les salaires négociés à l'échelle nationale³⁰⁸. De plus, certains des moyens traditionnellement utilisés afin d'augmenter la flexibilité au travail engendrent des sentiments accrus d'anxiété et de stress qui, à leur tour, peuvent conduire à la démoralisation et à la démotivation des salariés, détériorant du même coup la productivité³⁰⁹. Par conséquent, la recherche de la flexibilité se fait souvent

³⁰⁷ P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility as a Key Determinant of Foreign Direct Investment : Evidence from the U.K. », *préc.*, note 242, p. 28; P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242, p. 9 : « *Labour market flexibility derives from the degree to which labour market outcomes are determined by the operation of market forces free from rigidities and/or restrictions imposed by powerful actors such as monopsony employers, trade unions and government.* »

³⁰⁸ *Id.*, p. 11.

³⁰⁹ P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility as a Key Determinant of Foreign Direct Investment : Evidence from the U.K. », *préc.*, note 242, p. 31; P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242, p. 11; Ines WICHERT, « Job Insecurity and Work Intensification : The Effects on Health and Well-Being », dans Brendan BURCHELL, David LAPIDO, Frank WILKINSON (dir.), *Job Insecurity and Work Intensification*, Routledge, London, 2002, pp. 92-111.

au détriment d'une inflexibilité attitudinale ou comportementale, ce qui réduit d'autant la valeur nette des gains à réaliser³¹⁰.

La flexibilité du marché du travail prend différentes formes. La *flexibilité numérique* est la capacité d'adapter le nombre de travailleurs aux changements auxquels est soumise la demande. Ainsi, des modifications aux lois du travail ou à une convention collective peuvent avoir pour effet d'augmenter ou de diminuer les coûts d'embauche ou de licenciement des salariés (protection de l'emploi), de permettre une gestion plus ou moins flexible du temps de travail (congés, semaine de travail, temps supplémentaire, quarts de travail, etc.) ou encore de limiter ou de permettre le recours à des travailleurs d'agences ou à des travailleurs atypiques (travailleurs temporaires, travailleurs à temps partiel, sous-traitance, télétravail, travailleurs autonomes)³¹¹.

La *flexibilité fonctionnelle* est associée aux initiatives de réorganisation du travail qui visent à accroître l'efficacité et/ou à adapter la production aux changements auxquels est soumise la demande. L'accroissement de la polyvalence des travailleurs, le développement de leurs habiletés et de leurs compétences, la diminution de la rigidité des descriptions de postes, la possibilité de recourir à la sous-traitance et le recours au travail en atelier ou en équipe sont des exemples de mesures qui affectent la flexibilité fonctionnelle³¹².

La *flexibilité des coûts de main-d'œuvre* est la plus ou moins grande facilité avec laquelle les salaires (et autres coûts de main-d'œuvre non salariaux) sont susceptibles d'être ajustés en fonction des forces du marché. Ainsi, un régime national de négociation des salaires ne permettrait pas de tenir compte des disparités régionales dans la fixation des salaires et serait moins flexible qu'un régime de négociation régional ou local. De même, une législation

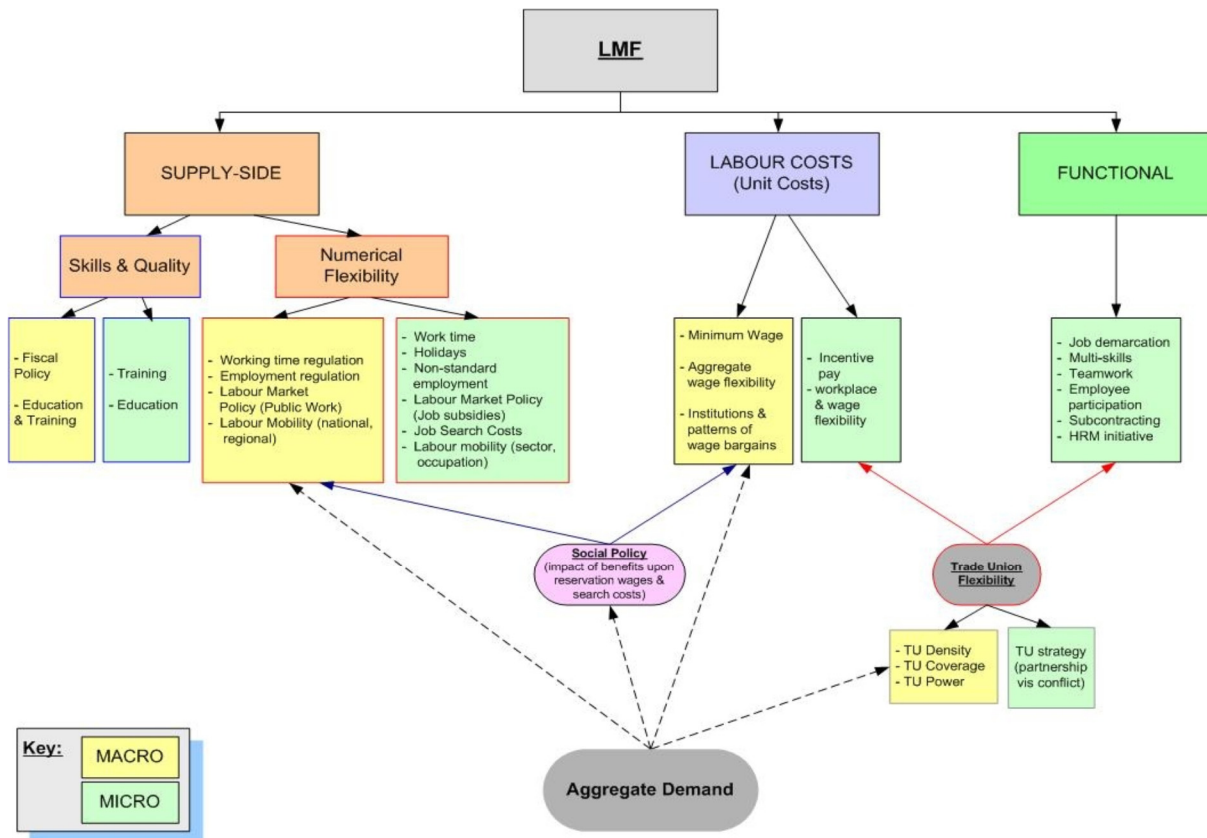
³¹⁰ P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility as a Key Determinant of Foreign Direct Investment : Evidence from the U.K. », *préc.*, note 242, p. 31; P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242, p. 12; Roy MANKELOW, « The Organisational Costs of Job Insecurity and Work Intensification », dans B. BURCHELL, D. LAPIDO, F. WILKINSON (dir.), *préc.*, note 309, pp. 137-153.

³¹¹ P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility as a Key Determinant of Foreign Direct Investment : Evidence from the U.K. », *préc.*, note 242, p. 29; P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242, p. 10.

³¹² P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility as a Key Determinant of Foreign Direct Investment : Evidence from the U.K. », *préc.*, note 242, p. 29 et 30; P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242, p. 10.

du travail plus ou moins favorable aux syndicats et à la négociation collective des conditions de travail aurait un effet plus ou moins important sur la flexibilité de coûts de la main-d'œuvre, sachant que la négociation collective des conditions de travail laisse beaucoup moins de marge de manœuvre aux employeurs que la négociation sur une base individuelle³¹³.

Figure no 6 :
Les effets de la flexibilité du marché du travail sur la localisation de l'IDE



Source : P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242. p. 11.

³¹³ P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility as a Key Determinant of Foreign Direct Investment : Evidence from the U.K. », *préc.*, note 242, p. 30; P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242, p. 10.

Enfin, à l'intérieur de chacune de ces formes de flexibilité, on parlera de macro-flexibilité ou de micro-flexibilité, selon le niveau d'analyse retenu. La *micro-flexibilité* fait référence aux mesures prises à l'échelle de la firme ou des acteurs locaux (exemples : structure de paie de la firme, croissance de l'emploi temporaire dans l'entreprise, règles prévues à la convention collective dans les système de négociation décentralisée), tandis que la *macro-flexibilité* fait plutôt référence aux mesures prises à l'échelle nationale (exemples : effet d'un système de négociation collective à l'échelle nationale sur la flexibilité des salaires; dérèglementation du marché du travail; programmes nationaux du marché du travail, etc.)³¹⁴.

En vertu de ce modèle, trois facteurs influencent différentes composantes de la flexibilité du marché du travail : la demande agrégée de main-d'œuvre (« *Aggregate Demand* »), la politique sociale (« *Social Policy* ») et la flexibilité syndicale (« *Trade Union Flexibility* ») qui, à son tour, découle de facteurs « macros », comme la densité syndicale, la couverture syndicale et le rapport de pouvoir syndical, et de facteurs « micros », comme la stratégie syndicale. La politique sociale (qui est étroitement liée au droit du travail légiféré) a des effets sur la macro-flexibilité numérique (réglementation relative au temps de travail, réglementation relative à la sécurité d'emploi, politique du marché du travail, mobilités régionale et nationale de la main-d'œuvre) et la macro-flexibilité des coûts de main-d'œuvre (réglementation sur le salaire minimum, flexibilité salariale agrégée, institutions et modes de négociation collective). La flexibilité syndicale, quant à elle, a des effets sur la micro-flexibilité des coûts de main-d'œuvre (paie incitative, flexibilité des salaires et du milieu de travail) et sur la micro-flexibilité fonctionnelle (définition de tâches, polyvalence des travailleurs/habilités et qualifications multiples, travail en équipe, participation des employés, sous-traitance).

Ce modèle s'applique particulièrement bien au droit du travail, phénomène que nous étudions dans le cadre de la présente thèse. En effet, c'est le droit du travail qui est à l'origine de la réglementation des différentes questions et des différents thèmes énoncés aux niveaux

³¹⁴ P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility as a Key Determinant of Foreign Direct Investment : Evidence from the U.K. », *préc.*, note 242, p. 29; P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242, p. 9 et 10

macro et micro des différentes composantes de la flexibilité du marché du travail. De plus, le droit du travail découle de la politique sociale (en partie, du moins, car il découle également de la politique économique) et encadre l'action syndicale, affectant ainsi la flexibilité syndicale.

Comme nous l'avons vu précédemment, les résultats de l'enquête que Whyman et Baimbridge ont réalisée auprès des dirigeants de 1800 entreprises multinationales ayant des activités de production au Royaume-Uni indiquent que la taille du marché national est de loin le facteur le plus important dans le cadre de la décision de localisation de l'IDE, la flexibilité du marché du travail étant plutôt un facteur secondaire, au même titre que la qualification de la main-d'œuvre, la qualité des infrastructures et la stabilité politique de l'État hôte³¹⁵. Ceci étant, les entreprises semblent néanmoins associer à la flexibilité du marché du travail des avantages potentiels importants. En effet, plus de 60% des entreprises ayant participé à l'étude ont identifié ce facteur comme étant « très important » ou ayant « une importance vitale ». De plus, une proportion importante des entreprises a affirmé que la réglementation du marché du travail leur imposait un coût important (31%) ou modéré (63%) et qu'il y aurait des économies substantielles à réaliser avec un marché du travail plus flexible³¹⁶.

Les résultats de cette enquête indiquent que les composantes les plus importantes de la flexibilité du marché du travail aux yeux des entreprises seraient la disponibilité d'une main-d'œuvre hautement qualifiée / scolarisée, la flexibilité fonctionnelle (flexibilité dans l'exécution du travail), la flexibilité numérique (flexibilité dans le temps de travail et facilité à recourir à des formes atypiques d'emploi) et un niveau peu élevé et plus contraignant de réglementation du travail. Les facteurs associés aux coûts salariaux et aux relations industrielles seraient quant à eux beaucoup moins importants (flexibilité salariale, facilité de recourir à la paie incitative, mode de fixation des salaires, législation sur les rapports collectifs

³¹⁵ En contexte d'intégration économique, toutefois, où le marché est le même où que l'entreprise soit située dans l'espace économique, les facteurs de second rang – comme la flexibilité du marché du travail – sont susceptibles de jouer un rôle beaucoup plus important sur la localisation de l'IDE qu'en contexte traditionnel. Voir : Bernd BRANDL, Sonja STROHMER et Franz TRAXLER, « US foreign direct investment, marco markets and labour relations : the case of enlarged Europe », (2010) 41:6 *Industrial Relations Journal* 622-638.

³¹⁶ P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility as a Key Determinant of Foreign Direct Investment : Evidence from the U.K. », *préc.*, note 242, p. 33 et 34; P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242, p. 27.

favorables aux employés et potentiel de développer des rapports favorables avec les syndicats)³¹⁷.

Les résultats de l'enquête ont été sensiblement les mêmes lorsqu'on a demandé aux entreprises participantes de classer les différentes composantes de la flexibilité du marché du travail par ordre d'importance. Ainsi, 42% des entreprises ont identifié la disponibilité d'une main-d'œuvre hautement qualifiée / scolarisée comme étant le facteur le plus important. Le deuxième facteur en importance à avoir été identifié est la flexibilité du temps de travail, qui est une forme de flexibilité numérique. Enfin, les éléments figurant au troisième rang relèvent à la fois de la flexibilité fonctionnelle (polyvalence des travailleurs (« *multi-skilling* ») et réduction des frontières entre les postes) et de la flexibilité numérique (une législation sur la protection de l'emploi plus flexible). La flexibilité salariale aurait une certaine importance, mais pas auprès de l'ensemble des entreprises. Assez curieusement, la mobilité de la main-d'œuvre et la facilité de recourir à des formes atypiques d'emploi (toutes deux des formes de flexibilité numérique) ont été jugées de faible importance³¹⁸.

En somme, cette enquête révèle qu'une main-d'œuvre hautement qualifiée et qui est flexible à la fois fonctionnellement et numériquement est plus importante pour une majorité d'investisseurs que des facteurs comme le niveau de flexibilité salariale, l'état des relations industrielles, le mode de détermination des salaires, le recours à la paie incitative et autres aspects associés à la flexibilité des coûts de main-d'œuvre³¹⁹.

Considérant le *niveau de risque technologique* des entreprises impliquées, il semble que les *entreprises à haut risque technologique* privilégieraient plus que les autres la disponibilité d'une main-d'œuvre qualifiée et le degré de mobilité de la main-d'œuvre. Elles accorderaient en outre une plus grande importance à un système décentralisé ou individuel de

³¹⁷ P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility as a Key Determinant of Foreign Direct Investment : Evidence from the U.K. », *préc.*, note 242, p. 34; P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242, p. 27.

³¹⁸ P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility as a Key Determinant of Foreign Direct Investment : Evidence from the U.K. », *préc.*, note 242, p. 34 et 35; P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242, p. 28.

³¹⁹ P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility as a Key Determinant of Foreign Direct Investment : Evidence from the U.K. », *préc.*, note 242, p. 35; P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242, p. 29.

négociation des salaires et rechercheraient la flexibilité numérique par le recours à l'emploi atypique et la flexibilité du temps de travail. Les *entreprises à moyen risque technologique* favoriseraient un marché du travail dérèglementé, la flexibilité du temps de travail, des coûts non salariaux peu élevés et des rapports favorables avec les syndicats. Enfin, les *entreprises à bas risque technologique* auraient tendance à privilégier un marché du travail dérèglementé, des lois sur les rapports collectifs favorables aux employeurs et la flexibilité salariale. Elles présenteraient peu d'intérêt pour une main-d'œuvre qualifiée, bien qu'elles accorderaient une certaine importance à la polyvalence des travailleurs³²⁰.

Considérant la *stratégie concurrentielle de base* des entreprises impliquées, il appert que les entreprises poursuivant une *stratégie de faibles coûts de production* auraient tendance à préférer un marché du travail dérèglementé, la flexibilité du temps de travail (une forme de flexibilité numérique) et différentes formes de flexibilité fonctionnelle. Elles auraient également tendance à favoriser les alliances avec les syndicats. À l'inverse, les entreprises poursuivant une *stratégie de différenciation ou de niche* accorderaient surtout une importance à la main-d'œuvre qualifiée, tout en étant favorable à la mobilité de la main-d'œuvre (flexibilité numérique) et à la négociation des salaires sur une base individuelle³²¹.

Enfin, l'analyse des résultats eu égard au *secteur d'activité* des entreprises impliquées n'aurait pas révélé de résultats significativement différents de ceux obtenus au niveau de l'ensemble de l'échantillon³²².

2. Les systèmes de relations industrielles et la localisation de l'IDE

Le concept de « système de relations industrielles » est celui que nous avons identifié dans la littérature sur les déterminants de la localisation de l'IDE qui se rapproche le plus du

³²⁰ P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility as a Key Determinant of Foreign Direct Investment : Evidence from the U.K. », *préc.*, note 242, p. 36; P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242, p. 29 et 30.

³²¹ P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility as a Key Determinant of Foreign Direct Investment : Evidence from the U.K. », *préc.*, note 242, p. 36; P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242, p. 30.

³²² P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility as a Key Determinant of Foreign Direct Investment : Evidence from the U.K. », *préc.*, note 242, p. 37; P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242, p. 30.

concept de « droit du travail national ». En effet, à l’instar de ce dernier, il fait référence à un ensemble de politiques publiques et de réglementations du travail (communément appelés les « facteurs RI » (« *IR factors* »)) dont plusieurs sont également incluses dans le concept de « droit du travail national ». Mais contrairement au concept de « droit du travail », c’est un concept beaucoup plus courant dans la littérature sur les déterminants de l’IDE. C’est également un concept plus large.

Il est généralement reconnu que les « facteurs RI » – i.e. les composantes des systèmes de relations industrielles – sont susceptibles d’avoir des effets sur la localisation de l’IDE. Les résultats obtenus dans le cadre des études empiriques sont toutefois très partagés. Le tableau ci-après dresse un portrait général des résultats obtenus dans ce courant de littérature, selon que les effets sur l’IDE identifiés sont négatifs, positifs, ou encore, inexistants.

Tableau no 1 :
Synthèse de la littérature relative aux effets des facteurs RI
sur la localisation de l’IDE

Facteur RI	Effet significatif négatif	Effet significatif positif	Effet non-significatif
Restrictions en matière de mise à pied ou de licenciement	Cooke, 1997 Cooke et Noble, 1998 Cooke, 2001a Cooke, 2001b Bognanno, Keane et Yang, 2005		
Caractère centralisé de la structure de négociation collective	Cooke, 1997 Cooke et Noble, 1998 Cooke, 2001a (en combinaison avec un taux de présence syndicale de plus de 50%); Cooke, 2001b (en combinaison avec un taux de présence syndicale de plus de 50%); Bognanno, Keane et Yang, 2005	Leahy et Montagna, 2000 (en l’absence d’incitatifs financiers/fiscaux) Radulescu et Robson, 2008 (ce ne serait pas tant le degré de centralisation que le degré de coordination qui aurait un effet négatif) Brandl, Strohmmer et Traxler, 2010 (en contrôlant les mécanismes d’extension de convention collective)	

Conseils d'entreprise imposés par la loi	Cooke, 2001a (en combinaison avec les restrictions en matière de mise à pied ou de licenciement); Cooke, 2001b (en combinaison avec les restrictions en matière de mise à pied ou de licenciement)	Cooke, 1997; Cooke et Noble, 1998	Bognanno, Keane et Yang, 2005
Niveau des salaires / Coûts de main-d'œuvre / Rémunération	Cooke, 2001a Cooke, 2001b Bognanno, Keane et Yang, 2005 (en contrôlant le secteur d'activité et autres variables spécifiques au pays)	Cooke et Noble, 1998 Traxler et Woitech, 2000 Cooke, 2001a (en contrôlant le nombre d'années d'éducation) Cooke, 2001b (en contrôlant le nombre d'années d'éducation) Ham et Kleiner, 2007	Cooke, 1997 Erickson et Kuruvilla, 1994 Javorcik et Spatareanu, 2005 Brandl, Strohmer et Traxler, 2010
Taux de présence syndicale / Densité syndicale	Cooke, 1997 Ogders et Betts, 1997 Cooke et Noble, 1998 Cooke, 2001a Cooke, 2001b Radulescu et Robson, 2008 (effet diminuant toutefois en fonction du degré de coordination des salaires)	Coughlin et al., 1991 Traxler et Woitech, 2000	Bognanno, Keane et Yang, 2005 Karier, 1995 Brandl, Strohmer et Traxler, 2010 (en présence de conseils d'entreprise) Budd et Wang, 2004
Taux d'arrêts de travail / Intensité de la grève	Cooke, 2001a		Bognanno, Keane et Yang, 2005
Extension de convention collective / Mécanisme de coordination des salaires	Radulescu et Robson, 2008 Brandl, Strohmer et Traxler, 2010		
Caractère contraignant du système de relations industrielles dans son ensemble	Ham et Kleiner, 2003 Ham et Kleiner, 2007		
Dispositions anti-briseurs de grève	Budd et Wang, 2004		

Les restrictions en matière de mise à pied ou de licenciement auraient généralement pour effet de décourager l'IDE entrant sur un territoire donné³²³. Ce serait également le cas du caractère centralisé de la structure de négociation collective³²⁴, bien qu'une étude récente réalisée à l'échelle de l'Europe semble indiquer le contraire³²⁵. Une structure de négociation collective centralisée pourrait toutefois attirer les EMN ayant un avantage concurrentiel en matière de productivité que ne possèderaient pas les entreprises domestiques, considérant que les syndicats domestiques modèrent habituellement leurs demandes salariales afin de préserver l'emploi au sein des entreprises domestiques³²⁶. Selon certains auteurs, toutefois, ce ne serait pas tant le caractère centralisé ou non de la structure de négociation collective qui aurait un effet négatif sur la localisation de l'IDE que le degré de coordination des salaires³²⁷.

³²³ Mario F. BOGNANNO, Michael P. KEANE et Donghoon YANG, « The Influence of Wages and Industrial Relations Environments on the Production Location Decisions of U.S. Multinationals Corporations », (2005) 58:2 *Industrial and Labor Relations Review* 171 (Bognanno, Keane et Yang, 2005); William N. COOKE, « The Influence of Industrial System Factors on Foreign Direct Investment », dans COOKE, William N., « Multinational companies and global human resource strategies », Westport, Conn., Quorum Books, 2003, p. 65 (Cooke, 2003); William N. COOKE, « The Effects of Labor Costs and Workplace Constraints on Foreign Direct Investment among Highly Industrialized Countries », (2001) 12(5) *International Journal of Human Resource Management* 697 (Cooke, 2001a); William N. COOKE, « Union Avoidance and Foreign Direct Investment in the U.S. », (2001) 23(6) *Employee Relations Journal* 558 (Cooke, 2001b); William N. COOKE et Deborah S. NOBLE, « Industrial Relations Systems and U.S. Foreign Direct Investment Abroad », (1998) 36(4) *British Journal of Industrial Relations* 581 (Cooke et Noble, 1998); William N. COOKE, « The Influence of Industrial Relations Factors on U.S. Foreign Direct Investment Abroad », (1997) 50(1) *Industrial and Labor Relations Review* 3 (Cooke, 1997).

³²⁴ M.F. BOGNANNO, M.P. KEANE et D. YANG, *préc.*, note 323; W.N. COOKE, « The Influence of Industrial System Factors on Foreign Direct Investment », *préc.*, note 323; W.N. COOKE, « The Effects of Labor Costs and Workplace Constraints on Foreign Direct Investment among Highly Industrialized Countries », *préc.*, note 323; W.N. COOKE, « Union Avoidance and Foreign Direct Investment in the U.S. », *préc.*, note 323; W.N. COOKE et D.S. NOBLE, *préc.*, note 323; W.N. COOKE, « The Influence of Industrial Relations Factors on U.S. Foreign Direct Investment Abroad », *préc.*, note 323.

³²⁵ B. BRANDL, S. STROHMER et F. TRAXLER, *préc.*, note 315. Selon ces auteurs, ce ne serait pas tant le caractère centralisé de la structure de négociation collective qui aurait un effet négatif sur l'IDE que les mécanismes d'extension des conventions collectives à des acteurs étrangers au processus de négociation collective. Contrairement aux études précédentes, ces auteurs insistent sur la distinction à apporter entre les mécanismes d'extension de la convention collective et le caractère centralisé ou non de la structure de négociation collective. Cette étude rejoindrait en quelque sorte les conclusions de Radulescu et Robson, 2008 : Roxana RADULESCU et Martin ROBSON, « Trade Unions, Wage Bargaining Coordination, and Foreign Direct Investment », (2008) 22:4 *Labour* 661-678 (Radulescu et Robson, 2008).

³²⁶ Dermot LEAHY et Catia MONTAGNA, « Unionisation and Foreign Direct Investment : Challenging Conventional Wisdom? », (2000) 110 *Economic Journal* C80-C92 (Leahy et Montagna, 2000). L'EMN se trouve ainsi à offrir à sa main-d'œuvre les mêmes conditions de travail que les entreprises domestiques, tout en retirant une productivité plus élevée.

³²⁷ R. RADULESCU et M. ROBSON, *préc.*, note 325.

Le taux de présence syndicale aurait quant à lui des effets mitigés sur la localisation de l'IDE. En effet, bien qu'une majorité d'études indique un effet négatif significatif associé à ce facteur, un nombre presque aussi important d'études indiquent un effet positif significatif ou un effet non-significatif³²⁸. D'ailleurs, un taux de présence syndicale élevé au sein des firmes domestiques peut avoir pour effet d'attirer l'IDE des entreprises multinationales plutôt que de le décourager, dans la mesure où celles-ci estiment être en mesure de tenir les syndicats à l'écart (i.e. de demeurer non-syndiquées). En effet, celles-ci pourraient alors trouver le moyen d'être plus profitables que les entreprises domestiques en offrant des conditions de travail généralement inférieures à leurs travailleurs. Pour ce faire, toutefois, les degrés de centralisation et/ou de coordination de la négociation collective ne doivent pas être élevés dans le pays-hôte (i.e. la négociation collective doit être décentralisée ou, à tout le moins, non-coordonnée)³²⁹. D'un autre côté, un degré élevé de coordination des salaires aurait pour effet de diminuer l'effet négatif d'un taux de présence syndicale élevé sur la localisation de l'IDE à la condition que l'EMN possède un avantage concurrentiel en matière de productivité que les entreprises domestiques ne possèdent pas³³⁰.

La littérature s'est peu intéressée aux effets des dispositions anti-briseurs de grève sur l'IDE. Elle s'est surtout intéressée aux effets de ces dispositions sur la fréquence des conflits

³²⁸ B. BRANDL, S. STROHMER et F. TRAXLER, *préc.*, note 315 (effet non-significatif); R. RADULESCU et M. ROBSON, *préc.*, note 325 (effet négatif significatif); M.F. BOGNANNO, M.P. KEANE et D. YANG, *préc.*, note 323 (effet non-significatif); John W. BUDD et Yijiang WANG, « Labor Policy and Investment : Evidence from Canada », (2004) 57:3 *Industrial and Labor Relations Review* 386-401 (Budd et Wang, 2004) (effet non-significatif); W.N. COOKE, « The Influence of Industrial System Factors on Foreign Direct Investment », *préc.*, note 323 (effet négatif significatif); W.N. COOKE, « Union Avoidance and Foreign Direct Investment in the U.S. », *préc.*, note 323 (effet négatif significatif); W.N. COOKE, « The Effects of Labor Costs and Workplace Constraints on Foreign Direct Investment among Highly Industrialized Countries », *préc.*, note 323 (effet négatif significatif); F. TRAXLER et B. WOITECH, *préc.*, note 106 (effet positif significatif); W.N. COOKE et D.S. NOBLE, *préc.*, note 323 (effet négatif significatif); Cameron W. OGDERS et Julian R. BETTS, « Do Unions Reduce Investment? Evidence from Canada », (1997) 51:1 *Industrial and Labor Relations Review* 18-36 (Ogders et Betts, 1997)(effet négatif significatif); W.N. COOKE, « The Influence of Industrial Relations Factors on U.S. Foreign Direct Investment Abroad », *préc.*, note 323 (effet négatif significatif); T. KARIER, « U.S. Foreign Production and Unions », (1995) 34:1 *Industrial Relations* 107-118 (Karier, 1995) (effet non-significatif); C. COUGHLIN, J. TERZA et V. ARROMDEE, *préc.*, note 232 (effet positif significatif).

³²⁹ J. BUGHLIN et S. VANNINI, « Strategic Direct Investment under Unionized Oligopoly », (1995) 13 *International Journal of Industrial Organisation* 127-145.

³³⁰ R RADULESCU et M. ROBSON, *préc.*, note 325; D. LEAHY et C. MONTAGNA, *préc.*, note 326.

de travail³³¹, la durée des conflits de travail³³² et le taux d'emploi³³³. Ceci étant, une littérature très fragmentaire semble indiquer que les dispositions anti-briseurs de grève auraient un effet négatif sur l'IDE, en particulier dans les années qui suivent l'adoption de telles dispositions³³⁴. Ainsi, le taux d'investissement dans un territoire où la loi prévoit de telles dispositions serait 25% inférieur au taux d'investissement dans un territoire où la loi ne prévoit pas de telles dispositions³³⁵.

Les autres facteurs, comme le niveau des salaires³³⁶, les conseils d'entreprise imposés par la loi³³⁷ et le taux de jours de travail perdus en raison d'un arrêt de travail³³⁸ auraient

³³¹ Paul DUFFY et Susan JOHNSON, « The Impact of Anti-Temporary Replacement Legislation on Work Stoppages : Empirical Evidence from Canada », (2009) 35 *Canadian Public Policy – Analyse de politiques* 99 (ces dispositions sont associées avec une fréquence de grève plus élevée); Peter CRAMTON, Morley GUNDERSON et Joseph TRACY, « Impact of Strike Replacement Bans in Canada », (1999) 50 *Labor Law Journal* 173 (ces dispositions sont associées avec une probabilité de grève plus élevée de 12%); John H. BUDD, « Canadian Strike Replacement Legislation and Collective Bargaining : Lessons for the United States », (1996) 35 *Industrial Relations* 245 (ces dispositions sont associées avec une probabilité de grève plus élevée de 5%); Morley GUNDERSON, John KERVIN et Frank REID, « The Effect of Labour Relations Legislation on Strike Incidence », (1989) 22 *Canadian Journal of Economics* 779 (ces dispositions sont associées avec une hausse du nombre de grèves).

³³² P. DUFFY et S. JOHNSON, *préc.*, note 331 (ces dispositions sont associées avec une durée des grèves moins élevée); P. CRAMTON, M. GUNDERSON et J. TRACY, *préc.*, note 331 (ces dispositions sont associées à une augmentation de la durée moyenne des grèves de 32 jours); J.W. BUDD, *préc.*, note 331 (ces dispositions sont associées à une augmentation de la durée moyenne des grèves de 27 jours); Morley GUNDERSON et Angelo MELINO, « The Effects of Public Policy on Strike Duration », (1990) 8 *Journal of Labor Economics* 295 (ces dispositions sont associées à une augmentation de la durée moyenne des grèves de 7 jours).

³³³ John BUDD, « The Effect of Strike Replacement Legislation on Employment », (2000) 7 *Labor Economics* 225 (ces dispositions sont associées à une baisse du taux d'emploi de 0,47 point de pourcentage).

³³⁴ John W. BUDD et Yijiang WANG, « Labor Policy and Investment : Evidence from Canada », (2004) 57 *Industrial and Labor Relations* 386. Voir également : John W. BUDD et Yijiang WANG, « The Ambiguity of Strike Replacement Legislation and Wages : A Sequential Investment-Bargaining Model », dans David LEWIN et Bruce E. KAUFMAN (dir.), *Advances in Industrial and Labor Relations*, vol. 9, Stamford, CT., JAI Press, p. 239-253.

³³⁵ J.W. BUDD et Y. WANG, *préc.*, note 334, 392.

³³⁶ B. BRANDL, S. STROHMER et F. TRAXLER, *préc.*, note 315 (effet non-significatif); Hwikwon HAM et Morris M. KLEINER, « Do Industrial Relations Institutions Influence Foreign Direct Investment? Evidence from OECD Nations », (2007) 46:2 *Industrial Relations* 305-328 (effet positif significatif); M.F. BOGNANNO, M.P. KEANE et D. YANG, *préc.*, note 323 (effet négatif significatif en contrôlant le secteur d'activité et autres variables spécifiques au pays); JAVORCIK, B.S. et M. SPATAREANU, « Do foreign investors care about labor market regulations? », (2005) *Review of World Economics / Weltwirtschaftliches Archiv* 141 (effet non-significatif); W.N. COOKE, « The Effects of Labor Costs and Workplace Constraints on Foreign Direct Investment among Highly Industrialized Countries », *préc.*, note 323 (effet négatif significatif, mais devient effet positif significatif en contrôlant le nombre d'années d'éducation); W.N. COOKE, « Union Avoidance and Foreign Direct Investment in the U.S. », *préc.*, note 323 (effet négatif significatif, mais devient effet positif significatif en contrôlant le nombre d'années d'éducation); F. TRAXLER et B. WOITECH, *préc.*, note 106 (effet positif significatif); W.N. COOKE et D.S. NOBLE, *préc.*, note 323 (effet positif significatif); W.N. COOKE,

également des effets mitigés sur la localisation de l'IDE³³⁹. Enfin, les systèmes nationaux de relations industrielles comme tels (i.e. considérés globalement comme une variable) auraient également un effet important sur la localisation de l'IDE, les systèmes les plus contraignants étant généralement associés à des taux d'IDE entrant inférieurs³⁴⁰.

3. La protection d'emploi d'origine législative et la localisation de l'IDE

Un courant de littérature important pour les fins de la présente thèse s'intéresse de façon particulière aux effets de la protection d'emploi d'origine législative (« *employment protection legislation* »³⁴¹) sur la localisation de l'IDE. L'hypothèse généralement testée dans

« The Influence of Industrial Relations Factors on U.S. Foreign Direct Investment Abroad », *préc.*, note 323 (effet non significatif); C. ERICKSON et S. KURUVILLA, « Labour Cost and the Social Dumping Debate in the European Union », (1994) 48:1 *Industrial and Labor Relations Review* 28-47 (effet non-significatif).

³³⁷ M.F. BOGNANNO, M.P. KEANE et D. YANG, *préc.*, note 323 (effet non-significatif); W.N. COOKE, « The Effects of Labor Costs and Workplace Constraints on Foreign Direct Investment among Highly Industrialized Countries », *préc.*, note 323 (effet négatif significatif en combinaison avec les restrictions en matière de mise à pied ou de licenciement); W.N. COOKE, « Union Avoidance and Foreign Direct Investment in the U.S. », *préc.*, note 323 (effet négatif significatif en combinaison avec les restrictions en matière de mise à pied ou de licenciement); W.N. COOKE et D.S. NOBLE, *préc.*, note 323 (effet positif significatif); W.N. COOKE, « The Influence of Industrial Relations Factors on U.S. Foreign Direct Investment Abroad », *préc.*, note 323 (effet positif significatif).

³³⁸ W.N. COOKE, « The Effects of Labor Costs and Workplace Constraints on Foreign Direct Investment among Highly Industrialized Countries », *préc.*, note 323 (effet négatif significatif); M.F. BOGNANNO, M.P. KEANE et D. YANG, *préc.*, note 323 (effet non-significatif).

³³⁹ William N. COOKE, « The Influence of Industrial System Factors on Foreign Direct Investment », *préc.*, note 323.

³⁴⁰ H. HAM et M.M. KLEINER, *préc.*, note 336; Morris M. KLEINER et Hwikwon HAM, « The Effect of Different Industrial Relations Systems in the United States and the European Union on Foreign Direct Investment Flows », dans COOKE, William N., « Multinational companies and global human resource strategies », Westport, Conn., Quorum Books, 2003, p. 87. L'étude de BOGNANNO, KEANE et YANG (2005) semble également à l'effet que l'« environnement RI » pourrait avoir des effets là où certaines de ses dimensions particulières n'en ont pas individuellement. Ceci étant, des facteurs comme l'ouverture culturelle, la corruption, la distance géographique, la fiscalité, les tarifs douaniers et la taille du marché national viendraient relativiser l'importance de l'environnement RI. Voir : M.F. BOGNANNO, M.P. KEANE et D. YANG, *préc.*, note 323. D. KUCERA, « The Effects of Core Workers Rights on Labour Costs and Foreign Direct Investment », IILS Working Paper, No. 130, 2001; F. HATEM, *préc.*, note 242.

³⁴¹ C'est le concept généralement utilisé dans la littérature économique pour faire référence aux différentes formes de protection d'emploi qui trouvent leur origine dans la loi. Au Québec, ce concept recouvre autant les mesures prévues par les lois particulières (L.n.t.) que celles prévues par le droit commun (C.c.Q.). Dans les juridictions de common law, toutefois, il n'est pas clair si ce concept recouvre également les mesures de protection d'emploi qui trouvent leur origine dans le droit commun plutôt que dans les lois particulières, comme c'est le cas de la plupart des provinces canadiennes. En ce qui concerne les États-Unis, la question ne se pose pas puisque la doctrine de droit commun applicable est l'*employment at-will* et que les mesures de protection d'emploi doivent nécessairement provenir des « statutes », comme c'est d'ailleurs (et uniquement) le cas au Montana : MONT. CODE ANN. § 39-2-904.

le cadre de ce courant de littérature est celle en vertu de laquelle la protection d'emploi d'origine législative aurait des effets négatifs sur la localisation de l'IDE en raison des rigidités ou des coûts additionnels qu'elle impose à l'employeur qui doit, de temps à autre, ajuster la taille et la nature de sa main-d'œuvre aux réalités du marché. Cette question fait d'ailleurs présentement l'objet de débat en France³⁴².

Bien que la majorité des auteurs s'entendent sur le principe que la protection d'emploi d'origine législative est susceptible d'avoir de tels effets (la « conventional wisdom »), les résultats des études empiriques demeurent mitigés³⁴³. Ceci pourrait être dû au fait que l'IDE n'est pas un phénomène uniforme et homogène et qu'il peut difficilement faire l'objet de généralisations, les secteurs d'activités des entreprises qui investissent et les motivations de l'IDE de ces entreprises présentant une grande variabilité³⁴⁴. D'ailleurs, des études démontrent que les effets négatifs de la protection d'emploi d'origine législative sur la localisation de l'IDE se feraient davantage sentir auprès des entreprises qui emploient de la main-d'œuvre non-qualifiée³⁴⁵ et que ces effets seraient d'autant plus grands que l'incertitude à laquelle est exposée l'entreprise est grande³⁴⁶.

³⁴² L. JEANNEAU, *préc.*, note 100.

³⁴³ Gerda DEWIT, Holger GÖRG et Catia MONTAGNA, « Should I stay or should I go ? Foreign direct investment, employment protection and domestic anchorage », (2009) 145 *Rev World Econ* 93; Dominique M. GROSS et Michael RYAN, « FDI location and size : Does employment protection legislation matter? », (2008) 38 *Regional Science and Urban Economics* 590; R. RADULESCU et M. ROBSON, *préc.*, note 325; Jan I. HAALAND et Ian WOOTON, « Domestic Labor Markets and Foreign Direct Investments », (2007) 15 *Review of International Economics* 462; Agnes BENASSY-QUÉRÉ, Maylis COUPET et Thierry MAYER, « Institutional determinants of foreign direct investment », (2007) 30 *World Economy* 764; Holger GÖRG, « Fancy a Stay at the Hotel California? The Role of Easy Entry and Exit for FDI », (2005) 58 *Kyklos* 519; B.S. JAVORCIK et M. SPATAREANU, *préc.*, note 336; R. RADULESCU et M. ROBSON, « Does strict employment protection legislation deter FDI? », *Money Macro and Finance Research Group Conference 2003*; Jan I. HAALAND, Ian WOOTON et G. FAGGIO, « Multinational Firms : Easy Come, Easy Go? », (2003) 59 *Finanzarchiv* 3; G. NICOLETTI, D. HAJKOV, D. MIRZA et Y. KWANG-YEOL, « Policies and International Integration : Influences on Trade and Foreign Direct Investment », OECD Economics Department Working Paper no 359, Paris, OECD, 2003; Gerda DEWIT, Dermot LEAHY et Catia MONTAGNA, « Employment Protection and Globalisation in Dynamic Oligopoly », *Dundee Discussion Papers in Economics*, Working Paper no 137, janvier 2003; Jan I. HAALAND et Ian WOOTON, « Multinational Firms : Easy Come, Easy Go ? », Center for Globalization and Europeanization of the Economy, Georg-August-Universität Göttingen, Mai 2001. La protection d'emploi d'origine législative, toutefois, à l'instar des autres facteurs associés aux coûts de main-d'œuvre, ne serait pas aussi importante que la taille et le taux de croissance du marché.

³⁴⁴ Pour plus de détails : *Supra*, section III.A.1.d), p. 100.

³⁴⁵ Christian BELLAK et Markus LEIBRECHT, « Does the Impact of Employment Protection Legislation on Foreign Direct Investment Differ by the Skill Intensity of Industries? », (2011) *The World Economy* 1726;

Des études récentes indiquent cependant que la protection d'emploi d'origine législative pourrait avoir un effet favorable sur l'IDE lorsque les entreprises agissent « de façon stratégique », c.-à-d. qu'elles adoptent des objectifs autres que la seule réduction des coûts de main-d'œuvre ou la seule recherche de la flexibilité. Ainsi, les entreprises d'une certaine taille qui adoptent une stratégie fondée sur l'« engagement » (« commitment ») pourraient avoir intérêt à s'installer dans un territoire où la sécurité d'emploi d'origine étatique est élevée, puisque les bénéfices découlant d'une réglementation rigide du marché du travail présenteraient alors un avantage concurrentiel pour l'entreprise³⁴⁷. En effet, on peut imaginer qu'un marché du travail rigide puisse favoriser la stratégie d'« engagement » davantage qu'un marché du travail flexible, qui favorise plutôt la stratégie de la mobilité internationale.

D'autres études démontrent que la relation entre la protection d'emploi d'origine étatique et l'IDE entrant dans un pays donné serait une relation non-linéaire négative, donc une relation prenant la forme d'une courbe concave (i.e. un « U » inversé). Par conséquent, la réduction du niveau de protection d'emploi d'origine législative (et l'augmentation correspondante de la flexibilité du marché du travail) aurait pour effet d'augmenter l'IDE entrant, mais au-delà d'un certain seuil, la réduction du niveau de protection d'emploi d'origine étatique aurait plutôt l'effet inverse. Il y aurait donc un niveau de protection d'emploi optimal, en deçà duquel un État hôte ne devrait pas s'aventurer. En outre, l'augmentation du niveau de protection d'emploi d'origine législative serait moins préjudiciable dans un pays hôte dont le niveau de protection d'emploi est déjà élevé que dans un pays hôte où ce niveau est peu élevé, l'effet marginal d'une telle augmentation sur l'IDE

Markus LEIBRECHT et Christian BELLAK, « Does the impact of employment protection legislation on FDI differ by skill-intensity of sectors? An empirical investigation », *GEP Discussion Paper 09/21*, Nottingham, University of Nottingham, 2009. D'ailleurs, la protection d'emploi d'origine législative pourrait être utilisée comme instrument pour modifier la structure industrielle du pays hôte, en favorisant les investissements dans les secteurs à main-d'œuvre qualifiée et en défavorisant les investissements dans les secteurs à main-d'œuvre non-qualifiée : *Id.*

³⁴⁶ DEWIT, Gerda, Dermot LEAHY et Catia MONTAGNA, « Employment Protection, Flexibility and Firms' Strategic Location Decisions under Uncertainty, SIRE-DP-2012-24, Scottish Institute for Research in Economics, 2012; Sophie LECOSTEY, « Fluctuating demand and oligopoly : is strong employment protection legislation detrimental to the domestic industry? », CREM UMR CNRS 6211, Centre de recherche en économie et management, University of Caen, 23 avril 2012; J.I. HAALAND et I. WOOTON, *préc.*, note 343.

³⁴⁷ G. DEWIT, D. LEAHY et C. MONTAGNA, *préc.*, note 346; S. LECOSTEY, *préc.*, note 346; G. DEWIT, D. LEAHY et C. MONTAGNA, *préc.*, note 343.

étant plus important dans le deuxième cas que dans le premier (i.e. le pays hôte dont le niveau de protection d'emploi initial est le plus bas ayant manifestement plus à perdre d'une telle augmentation que le pays hôte dont le niveau de protection d'emploi initial est plus élevé)³⁴⁸.

Enfin, certaines études démontrent que la protection d'emploi d'origine législative aurait également un effet négatif sur l'IDE sortant. Or, du point de vue d'un pays hôte, ceci représente un avantage puisque cela décourage la relocalisation à l'étranger des activités des entreprises déjà présentes sur le territoire national. Ce phénomène est connu sous le nom d' « effet d'ancrage de la protection d'emploi d'origine législative » (« *anchorage effect of employment protection legislation* »)³⁴⁹.

4. Conclusion

Le droit du travail impose des règles aux parties au rapport salarial – l'employeur et le salarié – et à leurs représentants – les associations de salariés (syndicats) et, plus rarement, les associations d'employeurs. Ces règles sont de nature diverse (conditions de travail, normes de comportement, procédures à suivre, recours, etc.) et la plupart d'entre elles sont d'ordre public (i.e. elles ont un caractère impératif, bien que certaines d'entre elles aient un caractère supplétif). Le droit du travail impose donc à l'employeur, aux salariés et à leurs représentants des règles qui, en son absence, n'existeraient pas. Si l'on s'en tient au point de vue de l'employeur, ces règles constituent une source importante de contraintes, puisqu'elles éliminent certains scénarios, interdisent certaines formes de comportement et limitent les conditions de travail qui peuvent être offertes aux salariés. En somme, elles réduisent l'éventail des possibilités que le libre fonctionnement du marché du travail offre à l'employeur dans la gestion de sa main-d'œuvre.

Dans un contexte où les produits, les services et le capital sont prisonniers des frontières étatiques, le caractère plus ou moins contraignant des règles du droit du travail national a peu de conséquence sur les entreprises. En effet, toutes les entreprises étant

³⁴⁸ Nabamita DUTTA et Sanjukta ROY, « What Attracts Foreign Direct Investment : A Closer Look », *Journal Compilation, Institute of Economic Affairs, Blackwell Publishing, Oxford, septembre 2009*; R. RADULESCU et M. ROBSON, « Does strict employment protection legislation deter FDI? », *préc.*, note 343.

³⁴⁹ G. DEWIT, H. GÖRG et C. MONTAGNA, *préc.*, note 343.

essentiellement soumises aux mêmes règles, aucune d'entre elles n'en retire un avantage – ou encore, un désavantage – sur les autres. Toutefois, dans un contexte où ces produits, services et capital peuvent franchir les frontières nationales librement et sans entraves – i.e. dans un contexte où les frontières nationales leur sont perméables – le caractère plus ou moins contraignant des règles du droit du travail – entre autres choses – prend toute son importance. En effet, les entreprises qui se trouvent sur un territoire national où les règles du droit du travail sont moins contraignantes sont susceptibles de tirer un avantage concurrentiel de cette situation, puisqu'elles bénéficient de flexibilités numérique, fonctionnelle et salariale accrues, tant au niveau macro que micro économique. Avec les conséquences éventuelles que cela est susceptible d'avoir sur la localisation de l'IDE.

L'enquête réalisée par Whyman et Baimbridge (2006, 2009) confirme l'importance de la flexibilité du marché du travail auprès d'une majorité d'entreprises et, par le fait même, l'importance du droit du travail sur la localisation de l'IDE. En principe, la flexibilité du marché du travail n'aurait pas une importance aussi grande que les facteurs associés au marché, mais en contexte d'intégration économique, on peut se demander à quel point ces derniers facteurs demeurent pertinents dans la localisation de l'IDE au sein d'un espace économique donné. Cette enquête nous apprend également que les composantes les plus importantes de la flexibilité du marché du travail seraient la disponibilité d'une main-d'œuvre qualifiée, la flexibilité dans l'exécution du travail (une forme de flexibilité fonctionnelle), la flexibilité dans le temps de travail et la facilité de recourir à des formes atypiques d'emploi (deux formes de flexibilité numérique) ainsi qu'un niveau de réglementation du travail peu élevé. Enfin, cette enquête nous apprend que l'importance relative des différentes composantes de la flexibilité du marché du travail varie en fonction du niveau de risque technologique et de la stratégie de base des entreprises concernées.

Notre revue de littérature sur les systèmes de relations industrielles indique toutefois que les effets du droit du travail sur la localisation de l'IDE sont beaucoup moins clairs et beaucoup moins tranchés que ce à quoi on se serait attendu en principe. En effet, les résultats des études empiriques réalisées dans le cadre de ce courant de littérature sont très mitigés. En fait, parmi les différents facteurs RI étudiés, seules les restrictions en matière de mise à pied ou de licenciement auraient un effet clairement négatif sur la localisation de l'IDE. Les

mécanismes d'extension des conventions collectives et de coordination des salaires et le caractère contraignant du système de relations industrielles dans son ensemble auraient également de tels effets, mais le nombre d'études réalisées sur ces questions est relativement limité. Les autres facteurs étudiés, comme le caractère centralisé ou décentralisé de la structure de négociation collective, les conseils d'entreprise imposés par la loi, le niveau des salaires, le taux de présence syndicale et le taux d'arrêts de travail mènent clairement à des résultats contradictoires, ou encore, non-significatifs.

Notre revue de littérature sur les déterminants de l'IDE indique quant à elle que même les effets négatifs des restrictions en matière de mise à pied ou de licenciement sur la localisation de l'IDE doivent être relativisés. En effet, des études ont révélé que certaines EMN peuvent voir un avantage concurrentiel plutôt qu'un inconvénient dans un niveau élevé de protection d'emploi d'origine législative, tandis que d'autres révèlent que la protection d'emploi d'origine législative a non seulement un effet négatif sur l'IDE entrant, mais également un tel effet sur l'IDE sortant, ce qui se traduit par un effet d'ancrage sur les stocks d'IDE, un avantage plutôt qu'un désavantage pour le pays-hôte.

Il ressort de l'ensemble de notre revue de littérature que le droit du travail est susceptible d'avoir des effets sur la localisation de l'IDE, effets qui s'expliquent par le concept de flexibilité du marché du travail et, plus particulièrement, des concepts de flexibilités fonctionnelle, numérique et salariale. Ceci étant, le droit du travail n'aurait pas des effets homogènes sur la localisation de l'IDE des EMN. En effet, les différentes composantes du droit du travail affecteraient les entreprises à des degrés variables en fonction de leurs caractéristiques, comme leur niveau de risque technologique, leur stratégie de base ou le secteur d'activité dans lequel elles œuvrent, pour ne nommer que celles-là. Ainsi, une entreprise employant principalement de la main-d'œuvre qualifiée ne sera pas affectée de la même façon par les règles sur le salaire minimum qu'une entreprise employant principalement de la main-d'œuvre non-qualifiée à bon marché. De même, une entreprise œuvrant dans un secteur d'activité où la demande pour les produits et les services est incertaine ne sera pas affectée de la même façon par les règles sur la protection d'emploi qu'une entreprise œuvrant dans un secteur d'activité où la demande pour les produits et les services est fortement prévisible. Comme nous l'avons évoqué précédemment, cette impossibilité de généraliser

découle essentiellement du fait que l'IDE n'est pas lui-même un phénomène uniforme et homogène, mais plutôt un phénomène variable dans sa nature, ses motivations et ses objectifs.

Ces conclusions ont des conséquences importantes sur l'étude de droit comparé que nous proposons de faire de même que sur l'utilisation des résultats qui en découleront. En effet, puisque toutes les composantes du droit du travail n'ont pas le même effet sur les toutes les entreprises, nous ne pouvons étudier celui-ci comme un phénomène insécable, comme un tout. Au contraire, il nous faut étudier (et comparer) le droit du travail en fonction de ces composantes et analyser ensuite les effets des différences observées à l'égard de chacune d'entre elles sur la localisation de l'IDE. Ce degré d'analyse est non seulement souhaitable, mais il est également nécessaire en raison du niveau d'analyse retenu par la majorité des études recensées dans le cadre du présent chapitre. Retenir un niveau d'analyse supérieur nous ferait perdre des informations importantes en matière de localisation de l'IDE, certaines composantes du droit du travail ayant des effets opposés et, par conséquent, s'annulant les unes les autres. En outre, une analyse à l'échelle des composantes du droit du travail nous permettra de faire des nuances qu'il est impossible de faire autrement. Bien entendu, cette façon de procéder possède des limites, dont celle de ne donner qu'un portrait partiel de la situation. C'est d'ailleurs ce qui pourrait être reproché à la plupart des études vues dans le cadre du présent chapitre. Or, contrairement à celles-ci, notre étude de droit comparé permettra de tenir compte de tous les aspects du droit du travail, et ce, sur tout son spectre. Ceci étant, notre étude de droit comparé et notre analyse des effets du droit du travail sur la localisation de l'IDE ne sera pas effectuée uniquement au niveau des composantes du droit du travail : elle sera également effectuée, avec les limites que cela comporte, à un niveau plus général, et ce, en un deuxième temps.

IV. Une comparaison entre le Québec et le Massachusetts

Ce chapitre constitue le cœur de notre thèse. Nous y comparons le droit du travail québécois (i.e. le droit du travail qui découle de la compétence de principe du législateur québécois en matière de relations de travail) au droit du travail applicable au Massachusetts (i.e. le droit du travail qui découle de la compétence du gouvernement fédéral américain ainsi que le droit du travail qui découle de la compétence du gouvernement de l'État du Massachusetts) en fonction des sources traditionnelles du droit du travail que sont le droit commun (B), les rapports collectifs (C) et l'intervention directe du législateur dans les conditions de travail (D).

Avant de ce faire, toutefois, il est nécessaire de s'attarder au partage constitutionnel des compétences législatives au sein des territoires étudiés (A). En effet, les États-Unis et le Canada étant des États fédéraux, les règles de droit du travail applicables au Québec et au Massachusetts sont susceptibles de provenir soit du gouvernement fédéral, soit du gouvernement étatique ou provincial (selon le cas), soit des deux ordres de gouvernement à la fois. Or, comme nous le verrons, les règles de droit constitutionnel applicables en la matière diffèrent de façon importante entre les deux pays, ce qui a des conséquences pratiques significatives sur le droit du travail applicable au sein des territoires étudiés.

A. Les aspects constitutionnels

1. Situation au Québec

Notre étude des aspects constitutionnels du droit du travail québécois portera essentiellement sur deux choses : le partage des compétences en matière des relations de travail (a)) et les principaux effets de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur l'évolution du droit du travail québécois (b)). Notre étude ne nous permettra toutefois pas d'étudier et d'approfondir l'ensemble des droits et libertés fondamentaux prévus à ce texte, mais uniquement ceux qui présentent une importance particulière pour le droit du travail.

a) Le partage des compétences

À titre de province membre de la Confédération canadienne, le Québec est soumis aux règles et aux principes énoncés à la Constitution du Canada. Celle-ci prévoit, entre autres choses, un partage de compétences entre les gouvernements fédéral et provinciaux en vertu duquel chaque ordre de gouvernement est souverain dans sa sphère de compétences respective³⁵⁰. Ce partage de la compétence législative ne traite toutefois pas expressément des relations de travail ou des rapports employeurs-employés. Ce sont les tribunaux qui ont tranché cette question de façon définitive en 1925.

(1) La compétence de principe des provinces

Dans l'arrêt *Toronto Electric Commissioners c. Snider*³⁵¹, le Comité judiciaire du Conseil privé de la Reine a reconnu la compétence législative de principe des provinces en matière de relations de travail, jugeant que cette question se rapportait directement aux droits civils des employeurs et des employés, un sujet relevant de la compétence exclusive des provinces en vertu du paragraphe 13 de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cette position fut reprise la même année par la Cour suprême du Canada³⁵² et de nouveau par le

³⁵⁰ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), art. 91-95 (ci-après « *Loi constitutionnelle de 1867* »).

³⁵¹ [1925] A.C. 396.

³⁵² *Re Legislative Jurisdiction over Hours of Labour*, [1925] R.C.S. 505.

Conseil privé en 1937³⁵³. En vertu de ces arrêts, donc, ce sont les législatures provinciales qui ont la compétence législative usuelle en matière de relations et de conditions de travail au Canada³⁵⁴.

(2) *La compétence d'exception du fédéral*

Le législateur fédéral, quant à lui, doit se contenter d'une compétence d'exception en la matière. Il dispose d'une compétence législative directe sur les relations de travail à l'endroit des entreprises qui relèvent de sa compétence en vertu de l'une ou l'autre des dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867*³⁵⁵. Ce pouvoir lui a été reconnu dès 1890, dans le cadre de l'arrêt *Canada Southern Railway c. Jackson*³⁵⁶, de même qu'en 1955, dans le cadre de l'arrêt *Re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*³⁵⁷. Cette compétence vise surtout des entreprises qui font généralement affaire à l'échelle du pays, comme les banques, les sociétés de radiodiffusion et de télécommunication, les entreprises de transport interprovincial et international, les sociétés d'État comme la Société canadienne des postes, de même que certains autres secteurs, comme les ports de mer, les aéroports, les installations nucléaires et les silos à céréales. Elle ne vise toutefois pas la plupart des entreprises manufacturières, des restaurants, des magasins de détail, des compagnies forestières ou minières, qui sont plutôt soumises à la compétence provinciale en la matière³⁵⁸. Cette compétence législative directe existe également à l'endroit des employés du gouvernement fédéral de même qu'au sein des Territoires fédéraux, comme cela fut décidé dans l'arrêt *Re Legislative Jurisdiction over Hours of Labour*³⁵⁹.

³⁵³ *Attorney General for Canada c. Attorney General for Ontario*, [1937] A.C. 326.

³⁵⁴ Robert P. GAGNON, *Le droit du travail du Québec*, 7^{ème} édition, mis à jour par Langlois Kronström Dejardins, sous la direction de Yann Bernard, André Sasseville, Bernard Cliche et Jean-Guy Villeneuve, Éditions Yvon Blais, 2013, pp. 4-6; Geneviève BEAUDIN, Magali COURNOYER-PROULX, Louis LECLERC, Isabel SIOUI, Suzanne THIBAudeau, Guy TREMBLAY, dans *Collection de droit 2012-2013*, École du Barreau du Québec, vol. 8, *Droit du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 19 et 20.

³⁵⁵ *Préc.*, note 350; R.P. GAGNON, *préc.*, note 354, p. 7-12; G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 16-18.

³⁵⁶ [1890] 17 R.C.S. 316.

³⁵⁷ [1955] R.C.S. 529.

³⁵⁸ H. W. ARTHURS, *préc.*, note 103 (rapport Arthurs), p. 7.

³⁵⁹ [1925] R.C.S. 505 ; R.P. GAGNON, *préc.*, note 354, p. 7; G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 20.

Le législateur fédéral dispose également d'une compétence législative indirecte (ou incidente) en matière de relations de travail par l'intermédiaire des différents sujets qui relèvent de sa propre sphère de compétence constitutionnelle, comme le droit criminel ou l'urgence nationale³⁶⁰. C'est ainsi que le *Code criminel*³⁶¹ contient des dispositions qui visent à protéger la liberté syndicale³⁶², à réglementer le piquetage³⁶³ ou qui interdisent à un employeur de congédier ou autrement sanctionner ou discriminer un salarié qui a dénoncé ou cherche à dénoncer son employeur auprès d'une personne ou d'un organisme chargé d'appliquer une loi fédérale ou provinciale³⁶⁴. De même, le Code criminel sanctionne certains comportements susceptibles de se produire à l'occasion d'une grève, comme le méfait³⁶⁵ ou le sabotage³⁶⁶. Ces dispositions s'appliquent aux entreprises régies par le régime fédéral autant qu'aux entreprises assujetties au régime provincial des relations de travail, puisqu'elles traitent de droit criminel, un champ de compétence fédéral³⁶⁷. C'est également le cas à l'occasion d'une situation d'urgence nationale, comme en temps de guerre, où le législateur fédéral peut suspendre l'application des règles provinciales en matière de relations de travail pour y substituer ses propres règles. En effet, les tribunaux ont jugé que dans une telle situation, la Constitution confère au législateur fédéral le pouvoir de supplanter la législation provinciale et d'y substituer la sienne « pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada »³⁶⁸.

(3) *Des régimes mutuellement exclusifs*

Il y a donc deux régimes de droit du travail qui s'appliquent au sein de chaque province canadienne : le régime provincial, qui est le régime général ou de principe, et le régime fédéral, qui est le régime d'exception. En fait, on peut affirmer qu'il y a un total de onze droits du travail au Canada : dix droits du travail provinciaux et un droit du travail fédéral. Le

³⁶⁰ R.P. GAGNON, *préc.*, note 354, p. 12-15; G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 22 et 23.

³⁶¹ L.R.C. (1985), ch. C-46 (ci-après « C.cr. »).

³⁶² C.cr., art. 425.

³⁶³ C.cr., art. 423.

³⁶⁴ C.cr., art. 425.1.

³⁶⁵ C.cr., art. 430.

³⁶⁶ C.cr., art. 52.

³⁶⁷ *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91, par. 27.

³⁶⁸ *Id.*, art. 91 *in limine* (clause de «la paix, l'ordre et le bon gouvernement»); *Fort Frances Pulp c. Manitoba Free Press*, [1923] A.C. 695; *Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373.

Nunavut, les Territoires du Nord-Ouest et le Yukon, quant à eux, sont exclusivement régis par le droit du travail fédéral.

Ces régimes de droit du travail sont mutuellement exclusifs³⁶⁹. D'ailleurs, comme le disait le juge Beetz dans le cadre de l'arrêt *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*³⁷⁰, qui traitait de l'applicabilité de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*³⁷¹ à une entreprise fédérale, « les deux législateurs légifèrent pour les mêmes fins et sous le même aspect. Or, ils ne disposent pas en l'espèce d'une compétence législative conjointe, mais de compétences législatives mutuellement exclusives. »³⁷². Au Canada, donc, une entreprise « fédérale » sera soumise aux lois du travail fédérales, tandis qu'une entreprise « provinciale » sera soumise aux lois du travail provinciales. Ce sont des régimes parallèles, qui ne se complètent pas. Une entreprise échappe à la compétence de principe des provinces pour être soumise à la compétence d'exception du fédéral lorsque son activité s'intègre à l'un ou l'autre des chefs de compétence du législateur fédéral³⁷³. Or, pour déterminer si une entreprise est soumise à la législation provinciale ou fédérale, on doit recourir à une approche concrète et fonctionnelle qui consiste à examiner et déterminer la nature de l'exploitation de l'entreprise à partir de ses activités normales ou habituelles³⁷⁴.

Toutefois, une loi qui n'est pas une « loi du travail » à proprement parler, mais qui porte plutôt sur un chef exprès de compétence attribué par la Constitution au législateur qui l'a adoptée, peut avoir des effets incidents dans les entreprises qui relèvent de l'autre ordre de gouvernement³⁷⁵. C'est le cas, par exemple, de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*³⁷⁶, une loi provinciale qui ne vise pas à réglementer les relations de

³⁶⁹ *F.I.O.E. c. Alberta Government Telephones*, [1989] 2 R.C.S. 318; *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115; *Purolator Courrier Ltée c. Hamelin*, [2002] R.J.Q. 310 (C.A.); R.P. GAGNON, *préc.*, note 354, p. 10-12; G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 21; Hélène OUIMET, *Travail Plus, Le travail et vos droits*, 7^{ème} édition, Wilson & Lafleur, 2011, p. 36.

³⁷⁰ [1988] 1 R.C.S. 749.

³⁷¹ L.R.Q., chap. S-2.1 (ci-après « L.s.s.t. »).

³⁷² *Bell Canada c. Québec*, *préc.*, note 370, par. 299.

³⁷³ *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754.

³⁷⁴ *Northern Telecom Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733.

³⁷⁵ *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494; R.P. GAGNON, *préc.*, note 354, p. 15 et 16; G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 23.

³⁷⁶ L.R.Q., c. A-3.001 (ci-après « L.a.t.m.p. »).

travail, mais qui établit plutôt un régime d'indemnisation pour les travailleurs accidentés, une question de « propriété et droits civils » qui revient aux provinces conformément à l'art. 92 (13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*³⁷⁷. C'est également le cas de la *Loi favorisant le développement de la formation de la main-d'œuvre*³⁷⁸, une loi dont l'objet véritable est l'éducation, un chef de compétence que la Constitution attribue expressément aux provinces à son art. 93³⁷⁹.

b) La Charte canadienne des droits et libertés

Non seulement la Constitution du Canada détermine-t-elle le partage des compétences législatives entre l'État fédéral et les provinces en matière de relations et de conditions de travail au Canada, elle assujettit l'action gouvernementale et les lois, fédérales et provinciales, au respect de plusieurs droits et libertés fondamentaux de la personne. En effet, depuis 1982, la *Charte canadienne des droits et libertés*³⁸⁰, qui fait partie intégrante de la Constitution, impose au législateur et au gouvernement le respect des droits et des libertés fondamentaux qui y sont énumérés, parmi lesquels on retrouve la liberté d'association, la liberté d'expression et le droit à l'égalité devant la loi. En outre, elle permet aux tribunaux d'invalider toute loi ou autre action étatique qui limiterait indûment ces droits et libertés. Elle a donc une influence déterminante sur la législation provinciale et fédérale réglementant le travail salarié.

Les droits et libertés prévus à la Charte canadienne ne sont toutefois pas absolus. En effet, l'article 1 prévoit que ceux-ci peuvent être restreints par une règle de droit « *dans des*

³⁷⁷ *Workmen's Compensation Board c. Canadian Pacific Railway Company*, [1920] A.C. 184. À noter toutefois que certaines dispositions de cette loi, soit celles qui visent strictement les rapports employeur-employé et qui ne sont pas essentielles au fonctionnement du régime d'indemnisation, ne s'appliquent pas aux entreprises fédérales. Voir aussi: *Alltrans Express Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1988] 1 R.C.S. 897; *Purolator Courrier ltée c. Hamelin, préc.*, note 369; H. OUIMET, *préc.*, note 369, p. 35 et 36.

³⁷⁸ L.R.Q. c. D-7.1 (ci-après « *Loi favorisant le développement de la formation de la main-d'œuvre* »).

³⁷⁹ *Albany Bergeron et Fils inc. c. Société québécoise de développement de la main-d'œuvre*, D.T.E. 2000T-930 (C.A.).

³⁸⁰ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11) (ci-après la « *Charte canadienne* »).

limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans la cadre d'une société libre et démocratique »³⁸¹.

En outre, la Charte canadienne ne vise pas les rapports privés entre citoyens : elle ne s'applique qu'à l'action gouvernementale et étatique³⁸². Malgré son champ d'application limité, toutefois, la Charte canadienne joue un rôle fondamental sur l'évolution du droit du travail québécois. En effet, comme l'exprime Trudeau :

*Au-delà de son impact sur des éléments spécifiques du droit du travail québécois, la Charte canadienne exerce une influence prépondérante sur l'évolution et le développement général de celui-ci. L'adoption de la Charte, comme d'ailleurs la prolifération des lois en matière d'accès à l'égalité en emploi partout au Canada, répond à des valeurs qui imprègnent progressivement toute la société canadienne. Ces valeurs, reconnues depuis longtemps par le droit international, sont fondées sur le caractère prépondérant et inaliénable des droits fondamentaux de la personne humaine. La Charte canadienne et les lois relatives aux droits de la personne en emploi en sont des véhicules privilégiés. Elles contribuent de diverses façons à modifier les valeurs dans le domaine du droit du travail et à effectuer un rapprochement entre celui-ci et celui des droits fondamentaux de la personne humaine.*³⁸³

De tous les droits et libertés prévus à la Charte canadienne, la liberté d'association, la liberté d'expression et le droit à l'égalité devant la loi sont probablement ceux qui ont eu l'impact le plus important sur le droit du travail au Canada.

La liberté d'association prévue à l'alinéa 2(d) de la Charte canadienne a eu des effets très importants sur la négociation collective. En 2007, après avoir longtemps refusé de le faire, la Cour suprême du Canada a finalement reconnu que la liberté d'association incluait le droit de négocier collectivement les conditions de travail³⁸⁴. En conséquence, est inconstitutionnelle

³⁸¹ *Charte canadienne*, art. 1. Pour les règles concernant l'application de cette disposition, voir : *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

³⁸² Elle s'applique toutefois directement aux relations de travail où l'État agit à titre d'employeur.

³⁸³ Gilles TRUDEAU, « Aspects constitutionnels du travail salarié », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit du travail », *Rapports individuels et collectifs du travail*, fasc. 1, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, par. 23. Voir également : Christian BRUNELLE, Michel COUTU et Gilles TRUDEAU, « La constitutionnalisation du droit du travail : un nouveau paradigme », (2007) 48 C. de D. 5.

³⁸⁴ *Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391.

toute loi qui, sans justification raisonnable, porte substantiellement atteinte aux aspects essentiels du processus de la négociation collective. Cette protection se limite toutefois au droit procédural de négocier et ne donne pas droit à un modèle de relations de travail en particulier³⁸⁵. De plus, le processus de négociation doit être atteint de façon substantielle pour que la protection constitutionnelle intervienne. Enfin, notons que dans cette affaire, la Cour suprême ne s'est pas prononcée sur la question de la protection constitutionnelle du droit de grève. La jurisprudence antérieure demeure donc inchangée à cet égard.

La liberté d'association pose également la question de la validité constitutionnelle des clauses d'adhésion syndicale obligatoire qu'on retrouve dans les conventions collectives. Or, la jurisprudence ne s'est toujours pas prononcée directement sur la légalité de ces clauses. En effet, bien que la Cour suprême du Canada ait reconnu que la liberté d'association prévue à la *Charte canadienne des droits de la personne* inclut celui de ne pas s'associer³⁸⁶, ce « volet négatif » de la liberté d'association demeure peu appliqué. Même dans l'affaire *Advance Cutting*, la Cour suprême a reconnu la constitutionnalité du régime québécois de négociation collective de l'industrie de la construction, qui impose l'appartenance à un syndicat. Et dans une affaire antérieure, la Cour suprême avait jugé valide la clause d'une convention collective d'un organisme public qui imposait au salarié de cotiser au syndicat accrédité pour conserver son emploi, jugeant que celle-ci n'emportait pas une violation de la liberté d'association³⁸⁷.

La liberté d'expression prévue à l'article 2b) de la *Charte canadienne* a également eu des effets importants sur les relations de travail au Canada. En 1999, la Cour suprême du Canada a reconnu que la distribution de tracts par des syndiqués – tracts qui informaient les consommateurs d'un conflit de travail et qui les invitaient à boycotter les établissements de l'employeur – était une activité protégée par l'article 2b). Elle invalida par conséquent une loi provinciale qui interdisait cette forme de pratique³⁸⁸. Quelques années plus tard, en 2002, la Cour suprême du Canada a invalidé la prohibition générale de boycottage et de piquetage secondaires qui avait cours jusqu'alors au Canada, jugeant que ces activités étaient protégées

³⁸⁵ *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, [2011] 2 R.C.S. 3.

³⁸⁶ *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 RCS 209.

³⁸⁷ *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario, préc.*, note 30.

³⁸⁸ *T.U.A.C. section locale 1518 c. KMart Canada*, [1999] 2 R.C.S. 1083.

par l'article 2b). Désormais, le piquetage, qu'il soit primaire ou secondaire, est autorisé en quelque lieu que ce soit, à la condition de respecter les règles applicables en matières délictuelle et criminelle³⁸⁹.

Enfin, le droit à l'égalité devant la loi prévu au premier alinéa de l'article 15 de la Charte canadienne a également eu des effets importants sur les relations de travail au Canada. Ainsi, en 2008, la Cour supérieure du Québec a invalidé deux lois québécoises qui privaient certaines catégories de travailleuses³⁹⁰ de leur statut de salariée et de l'accès à la syndicalisation en vertu du *Code du travail*³⁹¹. Le tribunal a conclu que la différence de traitement était fondée sur le sexe et le statut professionnel et qu'elle n'était pas justifiée. Le législateur québécois a par la suite adopté une nouvelle loi afin de se conformer au jugement³⁹².

2. Situation au Massachusetts

L'actuelle Constitution des États-Unis d'Amérique, présentée et signée en Congrès en septembre 1787, est entrée en vigueur le 2 juillet 1788, soit la date où elle fut ratifiée par neuf des treize États signataires conformément à son article VII³⁹³. La Constitution du Massachusetts, pour sa part, a été ratifiée en juin 1780, en pleine guerre d'indépendance, soit plus de neuf ans avant l'entrée en vigueur de la Constitution américaine³⁹⁴. La Constitution des États-Unis prévoit un partage des pouvoirs entre les différents organes du gouvernement fédéral et des gouvernements des États fédérés. Elle prévoit également un partage des compétences législatives entre le Congrès, le législateur fédéral, et les législatures étatiques. Enfin, la Constitution des États-Unis a fait l'objet d'amendements constitutionnels, parmi lesquels on retrouve le Bill of Rights, soit les 10 premiers amendements à la Constitution, et

³⁸⁹ *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 156.

³⁹⁰ Plus particulièrement, il s'agissait des responsables de services de garde en milieu familial (RSG) et des ressources intermédiaires / ressources de type familial (RI/RTF).

³⁹¹ *Confédération des syndicats nationaux c. Québec (Procureur général)*, [2008] R.J.D.T. 1477 (C.S.).

³⁹² *Loi sur la représentation de certaines personnes responsables d'un service de garde en milieu familial et sur le régime de négociation d'une entente collective les concernant*, L.R.Q., c. R-24.0.1.

³⁹³ Le Massachusetts a été le sixième État à ratifier la Constitution américaine, le 6 février 1788.

³⁹⁴ Elle serait d'ailleurs l'une des plus vieilles constitutions écrites encore en vigueur au monde. Voir : SECRETARY OF THE COMMONWEALTH, CITIZEN INFORMATION SERVICE (site web), *Massachusetts Facts, Part 1 : Concise Facts*, 2008 (<http://www.sec.state.ma.us/cis/cismaf/mf1b.htm>).

17 amendements subséquents, pour un total de 27. Ces amendement prévoient des protections contre l'interférence gouvernementale en matière de droits et libertés individuels et une disposition destinée à protéger la souveraineté des États fédérés contre l'interférence du gouvernement central.

a) Le partage des compétences

(1) Les pouvoirs du Congrès

Les principaux pouvoirs du Congrès sont énumérés à la section 8 de l'article I de la Constitution, qui comprend un total de dix-huit « clauses »³⁹⁵. Ce sont les « pouvoirs énumérés » (« *enumerated powers* »). À ces pouvoirs s'ajoute un certain nombre de pouvoirs attribués au Congrès en vertu d'autres dispositions de la Constitution ou de ses amendements. Des « pouvoirs implicites » ont également été reconnus au Congrès par les tribunaux (« *implied powers* »). L'ensemble de ces pouvoirs forment les « pouvoirs accordés » au Congrès (« *granted powers* »).

³⁹⁵ U.S. Const. art. I, § 8 : « *The Congress shall have Power To lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts and provide for the common Defence and general Welfare of the United States; but all Duties, Imposts and Excises shall be uniform throughout the United States; To borrow Money on the credit of the United States; To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes; To establish an uniform Rule of Naturalization, and uniform Laws on the subject of Bankruptcies throughout the United States; To coin Money, regulate the Value thereof, and of foreign Coin, and fix the Standard of Weights and Measures; To provide for the Punishment of counterfeiting the Securities and current Coin of the United States; To establish Post Offices and post Roads; To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries; To constitute Tribunals inferior to the supreme Court; To define and punish Piracies and Felonies committed on the high Seas, and Offenses against the Law of Nations; To declare War, grant Letters of Marque and Reprisal, and make Rules concerning Captures on Land and Water; To raise and support Armies, but no Appropriation of Money to that Use shall be for a longer Term than two Years; To provide and maintain a Navy; To make Rules for the Government and Regulation of the land and naval Forces; To provide for calling forth the Militia to execute the Laws of the Union, suppress Insurrections and repel Invasions; To provide for organizing, arming, and disciplining, the Militia, and for governing such Part of them as may be employed in the Service of the United States, reserving to the States respectively, the Appointment of the Officers, and the Authority of training the Militia according to the discipline prescribed by Congress; To exercise exclusive Legislation in all Cases whatsoever, over such District (not exceeding ten Miles square) as may, by Cession of particular States, and the Acceptance of Congress, become the Seat of the Government of the United States, and to exercise like Authority over all Places purchased by the Consent of the Legislature of the State in which the Same shall be, for the Erection of Forts, Magazines, Arsenals, dock-Yards and other needful Buildings; And To make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof. »*

(2) *Les pouvoirs des législatures étatiques*

La Constitution prévoit que « *les pouvoirs non délégués aux États-Unis par la Constitution ni interdit par celle-ci aux États, sont réservés aux États respectivement, ou au Peuple* » (traduction libre)³⁹⁶. Ce sont les « pouvoirs réservés » (« *reserved powers* »)³⁹⁷. Le gouvernement fédéral américain, incluant le Congrès, est donc un gouvernement limité (« *limited government* »), en ce sens qu'il ne peut exercer que les pouvoirs que la Constitution lui accorde expressément ou implicitement (les « *granted powers* »). Tous les actes qu'il pose doivent pouvoir être rattachés à l'un ou l'autre de ces pouvoirs, à défaut de quoi ils seront considérés inconstitutionnels³⁹⁸.

(3) *La « Necessary and Proper Clause »*

Ce principe du gouvernement fédéral limité est toutefois demeuré théorique³⁹⁹. Cela est dû à la « *Necessary and Proper Clause* »⁴⁰⁰, qu'on pourrait traduire librement par la « clause de nécessité ». En effet, parmi les pouvoirs énumérés à la section 8 de l'article I de la Constitution, la clause 18 ne confère pas un pouvoir spécifique au Congrès – comme c'est le cas des dix-sept autres clauses – mais plutôt un pouvoir général qui vient moduler l'exercice de l'ensemble des pouvoirs qui lui sont accordés par la Constitution. Interprétée largement et libéralement par les tribunaux, cette clause confère au Congrès une très large discrétion dans le choix des moyens auxquels il peut recourir pour exercer pleinement et efficacement les différents pouvoirs que la Constitution lui accorde expressément ou implicitement⁴⁰¹. Cette clause augmente donc substantiellement les pouvoirs du Congrès et lui confère, en quelque sorte, les moyens de ses ambitions.

(4) *La « Commerce Clause »*

³⁹⁶ U.S. Const., amend. X.

³⁹⁷ Christopher N. MAY et Allan IDES, *Constitutional Law : National Power and Federalism*, 2^{ème} édition, Gaithersburg/New York, Aspen Law & Business, 2001, p. 181.

³⁹⁸ *Id.*

³⁹⁹ *Id.*, p. 182.

⁴⁰⁰ U.S. Const. art. I, § 8, cl. 18 : « *And To make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof* ».

⁴⁰¹ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819); C.N. MAY et A. IDES, *préc.*, note 397, p. 183-186.

Parmi les pouvoirs énumérés, le Congrès possède le pouvoir « *de régler le Commerce avec les Nations étrangères et entre les différents États et avec les Peuples autochtones* » (traduction libre)⁴⁰². Cette clause, la « clause de commerce » (*commerce clause*), confère au Congrès le pouvoir de régler le commerce interétatique et le commerce international, généralement appelé le « pouvoir sur le commerce » (*commerce power*).

Les tribunaux ont eu l'occasion d'interpréter le pouvoir sur le commerce de façon large et libérale, conférant ainsi au Congrès une autorité substantielle pour régler l'activité économique privée aux États-Unis. Ils ont ainsi reconnu que la clause de commerce permet au Congrès de régler trois catégories d'activités. Premièrement, il a le pouvoir de régler *l'usage des canaux du commerce interétatique*. C'est ainsi qu'il peut régler les modalités par lesquelles les biens et les services peuvent transiter d'un État à un autre ou encore limiter la circulation de certains biens à travers le pays. Ce pouvoir découle directement de la clause de commerce. Deuxièmement, il a le pouvoir de régler *les différents instruments au travers desquels se réalise le commerce interétatique*, comme les voies ferrées, les compagnies aériennes et les compagnies de camionnage. Ce pouvoir découle également directement de la clause de commerce. Enfin, troisièmement, il a le pouvoir de régler *toute activité économique qui présente un lien substantiel avec le commerce interétatique* ou encore *qui affecte substantiellement le commerce interétatique*, qu'elle soit locale ou non. C'est le cas, par exemple, de la production locale des biens destinés au commerce interétatique qui, bien que ne constituant pas du commerce interétatique comme tel, affecte substantiellement celui-ci⁴⁰³. Ce dernier pouvoir découle de l'effet combiné de la clause de commerce et de la « *Necessary and Proper Clause* ». On réfère souvent à cette extension du pouvoir sur le commerce comme la « *affecting commerce rationale* »⁴⁰⁴.

⁴⁰² U.S. Const. art. I, § 8, cl. 3 : « *The Congress shall have the Power (...) To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes;* »

⁴⁰³ *United States v. Darby*, 312 U.S. 100, 119 (1941) : le Congrès peut interdire l'emploi de travailleurs à un salaire moindre que le salaire minimum fédéral ou au-delà d'un certain nombre d'heures, même si la production de biens est une question locale. En effet, la Clause de commerce combinée à la Clause de nécessité permet au Congrès de régler l'activité locale qui a « un effet substantiel sur le commerce interétatique ».

⁴⁰⁴ C.N. MAY et A. IDES, *préc.*, note 397, pp. 186-187.

Le Congrès se fonde principalement sur la clause de commerce pour réglementer les affaires domestiques au pays⁴⁰⁵. C'est d'ailleurs en vertu de cette clause que la plupart des lois fédérales en matière de travail, de bien-être social et d'éducation sont adoptées⁴⁰⁶. C'est le cas, par exemple, du *National Labor Relations Act*⁴⁰⁷ et du *Fair Labor Standards Act*⁴⁰⁸, deux lois fédérales importantes qui régissent respectivement les rapports collectifs de travail et les normes du travail dans les entreprises qui « affectent le commerce »⁴⁰⁹ ou encore qui sont « engagées dans le commerce ou dans la production de biens pour le commerce »⁴¹⁰.

(5) *La « Suprematie Clause » et le phénomène de la « Preemption »*

L'alinéa 2 de l'article VI de la Constitution américaine, communément appelée la « Clause de suprématie », se lit comme suit:

*Cette Constitution et les Lois des États-Unis qui seront adoptées en vertu celle-ci, de même que tous les Traités conclus ou qui seront conclus sous l'Autorité des États-Unis, constituent la Loi suprême du Pays, et les Juges dans chaque État seront liés par celle-ci, malgré toute disposition à l'effet contraire de la Constitution ou des Lois d'un État*⁴¹¹. (traduction libre)

Cette disposition est fondamentale au fonctionnement du système fédéral américain. Elle pose le principe de la « Suprématie fédérale », en vertu duquel le droit étatique doit céder le pas au droit fédéral valide en cas de conflit avec celui-ci⁴¹². On dit alors que le droit fédéral « préempte » le droit étatique. C'est le phénomène de la *préemption fédérale (federal preemption)*.

Cette préemption n'est toutefois pas automatique. En effet, toute loi du Congrès ne préempte pas nécessairement le droit étatique qui traite d'une même question. Chaque loi doit être analysée individuellement par les tribunaux et la présence ou l'absence de préemption, de

⁴⁰⁵ C.N. MAY et A. IDES, *préc.*, note 397, p. 186.

⁴⁰⁶ Bruce FELDBACKER, *Labor Guide to Labor Law*, 4th Edition, Englewood Cliffs, New Jersey, Prentice Hall, 1999, p. 13.

⁴⁰⁷ 29 U.S.C. §§ 151-169; *Act of July 5, 1935*, Pub. L. No. 198, 49 Stat. 449 (ci-après « NLRA »).

⁴⁰⁸ 29 U.S.C. §§ 201-219 (ci-après « FLSA »).

⁴⁰⁹ 29 U.S.C. §§ 152(6) et 152(7).

⁴¹⁰ 29 U.S.C. §§ 203(b) et 203(s)(1).

⁴¹¹ U.S. Const., art. VI, cl. 2.

⁴¹² *McCulloch v. Maryland*, *préc.*, note 401; *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. (9 Wheat.) 1 (1824); C.N. MAY et A. IDES, *préc.*, note 397, p. 233.

même que son étendue, dépend de l'intention du législateur. Lorsque cette intention est expresse, la situation est grandement simplifiée : la préemption est alors celle prévue par la loi. Mais lorsque la loi est silencieuse sur cette question, les tribunaux doivent inférer l'intention de préemption du législateur fédéral des circonstances qui entourent l'adoption de la loi et de la loi elle-même⁴¹³. Cette façon de procéder, cette analyse au cas par cas, explique le caractère hétéroclite du phénomène de la préemption fédérale. Cette dernière n'est pas un corpus juridique unique, mais plutôt un terme parapluie qui fait référence à différents corpus juridiques⁴¹⁴.

Dans le domaine du droit du travail, par exemple, cinq formes de préemption découlent de sept lois fédérales. La première, la *Garmon Preemption*, empêche les États de réglementer une conduite qui est « probablement soit protégée ou interdite par le NLRA »⁴¹⁵. Par conséquent, une loi ou un tribunal étatique ne peut généralement pas aborder des questions qui relèvent traditionnellement du NLRA, comme le droit d'association, le droit à la négociation collective, le droit de grève et certaines formes de pratiques interdites⁴¹⁶. Les questions purement locales et périphériques au NLRA peuvent toutefois être abordées⁴¹⁷.

La deuxième, la *Machinists Preemption*, empêche les États de réglementer une conduite que le Congrès a délibérément voulu ne pas réglementer en vertu du NLRA, préférant plutôt laisser agir les forces du marché⁴¹⁸. Elle vise essentiellement les moyens de pressions économiques qui sont à la disposition des parties en cas de conflit de travail. Ainsi, les lois et les tribunaux étatiques ne peuvent aborder des questions comme le ralentissement de

⁴¹³ C.N. MAY et A. IDES, *préc.*, note 397, pp. 236-237.

⁴¹⁴ Stephen F. BEFORT, « Demystifying Federal Labor and Employment Law Preemption », 13 *Lab. Law.* 429 (1997-1998).

⁴¹⁵ *San Diego Building Trades Council Local 2620 v. Garmon*, 359 U.S. 236, 245 (1959) (« arguably either protected or prohibited by the NLRA »).

⁴¹⁶ S.F. BEFORT, *préc.*, note 414, p. 430-433.

⁴¹⁷ *Id.*. C'est d'ailleurs ce qui explique que de nombreux États possèdent leur propre mini-NLRA, lequel est généralement applicable au secteur public et aux entreprises privées qui ne sont pas soumises à la juridiction du NLRB.

⁴¹⁸ *Lodge 76, International Association of Machinists v. Wisconsin Employment Relations Commission*, 427 U.S. 132 (1976).

travail ou encore le recours à des travailleurs de remplacement en cas de grève, des questions que le législateur fédéral a préféré laisser à la discrétion des parties⁴¹⁹.

La troisième, la *Section 301 Preemption*, fait en sorte qu'en l'absence d'une clause d'arbitrage de grief obligatoire, les tribunaux ne peuvent appliquer le droit étatique à un litige qui porte sur l'interprétation d'une convention collective⁴²⁰. En effet, les poursuites fondées sur le non-respect d'une convention collective ou d'une sentence arbitrale rendue en vertu d'une convention collective doivent être tranchées en vertu du droit fédéral, conformément à l'article 301 du *Labor Management Relations Act*⁴²¹. Toutefois, les recours fondés sur le droit étatique qui ne nécessitent pas une telle interprétation de la convention collective ne sont pas ainsi préemptés⁴²².

La quatrième, la *ERISA Preemption*, empêche les États d'adopter toute forme de réglementation en matière de plans d'avantages sociaux destinés aux employés. En effet, le *Employee Retirement Income Security Act*⁴²³ prévoit expressément que ses dispositions « remplacent chacune et toutes les lois des États qui peuvent ou pourront concerner un plan d'avantages sociaux destiné aux employés »⁴²⁴. C'est une forme de préemption très large dont l'objectif est d'assurer l'uniformité et l'intégrité de ce programme fédéral⁴²⁵.

La cinquième, la *Federal Antidiscrimination Statutes Preemption*, préempte le droit étatique qui entre en conflit avec les différentes lois fédérales en matière de discrimination, soient le *Title VII of the Civil Rights Act*⁴²⁶, le *Age Discrimination in Employment Act*⁴²⁷ et le *American with Disabilities Act*⁴²⁸. Le droit étatique qui est conforme ou plus avantageux que

⁴¹⁹ S.F. BEFORT, *préc.*, note 414, p. 433 et 434.

⁴²⁰ *Lingle v. Norge Division of Magic Chef, Inc.*, 486 U.S. 399 (1988).

⁴²¹ 29 U.S.C. § 185(a) (ci-après « LMRA »).

⁴²² S.F. BEFORT, *préc.*, note 414, p. 434-437.

⁴²³ 29 U.S.C. §§ 1001-1461.

⁴²⁴ 29 U.S.C. § 1144(a).

⁴²⁵ S.F. BEFORT, *préc.*, note 414, p. 437-438. Il existe toutefois certaines limites à cette forme de préemption. Ainsi, elle ne s'applique qu'en présence d'un plan et ne s'applique pas aux lois étatiques des droits de la personne conformes aux lois fédérales des droits de la personne ou encore aux lois en matière bancaire, d'assurance ou de valeurs mobilières. S.F. BEFORT, *préc.*, note 414, p. 439 et 440.

⁴²⁶ 42 U.S.C. §§ 1981-2000h-6 (ci-après « Title VII »).

⁴²⁷ 29 U.S.C. §§ 621-634 (ci-après « ADEA »).

⁴²⁸ 42 U.S.C. §§ 12101-12213 (ci-après « ADA »).

le droit fédéral en la matière n'est toutefois pas préempté. Cette forme de préemption a donc une portée relativement limitée. Elle encourage même les États à adopter leurs propres règles, dans la mesure où celles-ci n'entrent pas en conflit avec le droit fédéral applicable⁴²⁹.

Il faut également savoir qu'à l'instar des lois fédérales en matière de discrimination, certaines lois fédérales du travail permettent expressément aux États d'adopter leur propre législation sur la question, à la condition qu'elle soit compatible ou plus avantageuse que ce qui est prévu à la législation fédérale. C'est le cas, par exemple, du *Fair Labor Standards Act*⁴³⁰. En d'autres termes, ces lois fédérales prévoient une préemption à l'endroit du droit étatique que dans la mesure où celui-ci est moins avantageux ou incompatible.

Enfin, il ne faut pas oublier que les lois du travail fédérales ont généralement un champ d'application limité : elles ne s'appliquent bien souvent qu'à certains employeurs ou qu'à certains employés, généralement ceux « qui affectent le commerce interétatique ». Les États sont donc généralement compétents pour adopter une législation à l'endroit des employeurs et des employés qui ne sont ainsi pas couverts par la législation fédérale. En effet, rappelons que tout ce qui ne relève pas expressément au gouvernement fédéral en vertu de la Constitution appartient aux États ou à la population⁴³¹. La préemption fédérale n'est susceptible de s'appliquer à une situation que dans la mesure où le droit fédéral est lui-même applicable à cette situation.

(6) *Des régimes complémentaires*

Les rapports entre le droit du travail fédéral et le droit du travail étatique aux États-Unis sont substantiellement différents de ceux qui prévalent au Canada. En vertu de ces derniers, seules les entreprises dites « fédérales », c'est-à-dire les entreprises dont les activités relèvent de la compétence du Parlement fédéral en vertu de la Constitution, sont soumises au droit du travail fédéral. Les entreprises dont les activités ne relèvent pas ainsi de la compétence du Parlement fédéral sont quant à elles soumises au droit du travail provincial.

⁴²⁹ S.F. BEFORT, *préc.*, note 414, p. 440-443.

⁴³⁰ *Préc.*, note 408, § 218(a).

⁴³¹ U.S. Const., amend. X.

Comme les deux régimes de relations de travail sont mutuellement exclusifs et ne s'appliquent généralement pas au sein d'une même entreprise, le simple fait de déterminer qu'une entreprise est ou n'est pas une entreprise « fédérale » permet d'identifier d'emblée le régime applicable et dispense par le fait même d'étudier l'ensemble des lois qui composent l'autre régime. Ce sont donc des droits complètement indépendants et l'étude de l'un peut très bien se faire sans l'étude de l'autre. C'est d'ailleurs pourquoi nous avons limité notre étude au droit du travail québécois dans la section précédente.

Aux États-Unis, les droits du travail fédéral et étatique ne sont pas des régimes mutuellement exclusifs. Ce sont plutôt des régimes complémentaires où le droit fédéral, hiérarchiquement supérieur au droit étatique, est susceptible de préempter ce dernier conformément aux règles en matière de préemption. Adopté sous l'autorité de la clause de commerce, le droit du travail fédéral s'applique généralement aux entreprises qui « affectent le commerce » (*affecting commerce rationale*). Le droit du travail étatique, pour sa part, est susceptible de s'appliquer à l'ensemble des entreprises et les travailleurs qui se trouvent sur le territoire de l'État, sous réserve, encore là, des règles relatives à la préemption. Il s'appliquera parfois uniquement aux entreprises qui ne sont pas assujetties au droit fédéral. D'autres fois, il s'appliquera aussi aux entreprises assujetties au droit fédéral. En somme, il faut s'en remettre au texte particulier de chacune des lois.

b) Le Bill of Rights et les autres amendements constitutionnels

Le « Bill of Rights » regroupe les dix premiers amendements de la Constitution des États-Unis. Ceux-ci prévoient des protections contre l'interférence gouvernementale en matière de droits et libertés individuels et une disposition destinée à protéger la souveraineté des États fédérés contre l'interférence du gouvernement central.

Le Bill of Right a été adopté en 1789 et ratifié 1791 dans un document distinct de la Constitution. Un total de dix-sept amendements constitutionnels sont par la suite venus compléter le Bill of Rights, portant le total d'amendements à la Constitution américaine à

vingt-sept⁴³². Alors que le Bill of Rights a été ratifié en 1791, ces amendements ont été adoptés et ratifiés au cours d'une période qui s'étend sur plus de 200 ans. Malgré l'importance de ces amendements 11 à 27, le Bill of Rights (i.e. les 10 premiers amendements) demeure la principale source de protection des droits et libertés individuels contre l'interférence gouvernementale aux États-Unis⁴³³.

Le Bill of Rights assure la protection de nombreux droits et libertés individuels. On les retrouve énumérés aux huit premiers amendements. Parmi ceux-ci, on retrouve la liberté de religion (« *free exercise of religion* »), la liberté d'expression (« *freedom of speech* »), la liberté de presse (« *freedom of the press* ») et le droit de réunion pacifique (« *right to peacefully assemble* »)⁴³⁴, le droit de porter des armes⁴³⁵, le droit à la protection de la propriété privée⁴³⁶, le droit à la protection contre les fouilles et les perquisitions abusives⁴³⁷, le droit de n'être privé de la vie, de la liberté ou de la propriété que dans le respect des règles d'équité procédurale prévues par la loi⁴³⁸, de nombreux droits procéduraux en matière criminelle⁴³⁹ et le droit à la protection contre les cautions et les amendes abusives et les peines cruelles et inusitées⁴⁴⁰. Le Neuvième Amendement prévoit que les droits et libertés protégés par le Bill of Rights ne se limitent pas à ceux qui y sont énumérés. Il protège ce qu'il est convenu d'appeler des droits et libertés dits « implicites »⁴⁴¹. C'est le cas, notamment, de la liberté d'association⁴⁴² et du droit au respect de la vie privée⁴⁴³. Enfin, le Dixième Amendement est de nature différente : il protège la souveraineté des États fédérés (et des citoyens) contre

⁴³² U.S. Const., amend. XI à XXVII. Ces amendements ont été adoptés et ratifiés entre 1798 (Onzième Amendement) et 1992 (Vingt-Septième Amendement).

⁴³³ Daniel E. HALL et John P. FELDMEIER, *Constitutional Law : Governmental Powers and Individual Freedoms*, 2^{ème} édition, Pearson, 2012, pp. 312-314.

⁴³⁴ U.S. Const., amend. I.

⁴³⁵ U.S. Const., amend. II.

⁴³⁶ U.S. Const., amend. III, IV et V.

⁴³⁷ U.S. Const., amend. IV.

⁴³⁸ U.S. Const., amend. V.

⁴³⁹ U.S. Const., amend. IV, V et VI.

⁴⁴⁰ U.S. Const., amend. VIII.

⁴⁴¹ U.S. Const., amend. IX. Le Neuvième Amendement est toutefois rarement invoqué seul. Les tribunaux rattachent habituellement les droits et libertés implicites à d'autres amendements de la Constitution.

⁴⁴² U.S. Const., amend. I, IX et XIV; *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. 640 (2000); *Hurley v. Irish American Gay, Lesbian, and Bisexual Group of Boston*, 515 U.S. 557 (1995); *Roberts v. United States Jaycees*, 468 U.S. 609 (1984); *NAACP v. Alabama*, 357 U.S. 449 (1958).

⁴⁴³ U.S. Const., amend. I, III, IV, V, IX et XIV; *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

l'ingérence du gouvernement central. Il relève donc davantage du partage des compétences que des libertés fondamentales.

La plupart des dix-sept amendements adoptés après le Bill of Rights traitent des institutions gouvernementales américaines, de leurs responsabilités et de leurs pouvoirs. Certains d'entre eux confèrent toutefois des droits et libertés aux individus. C'est le cas du Treizième Amendement, qui interdit l'esclavage et la servitude involontaire, du Quatorzième Amendement, qui accorde aux individus les droits à l'égalité de protection de la loi (« *equal protection clause* ») et à l'équité procédurale (« *due process clause* ») dans leurs relations avec les États fédérés, et du Dix-neuvième Amendement, qui accorde le droit de vote aux femmes. Le Quatorzième Amendement joue un rôle particulièrement important en matière de droits et libertés individuels. En effet, avant l'adoption de celui-ci, il n'était pas clair si le Bill of Rights s'appliquaient également aux États fédérés. Or, l'adoption du Quatorzième Amendement a non seulement assujéti les États fédérés à l'obligation de traiter équitablement les individus et de leur accorder la même protection de la loi, mais il a eu pour effet de rendre le Bill of Rights directement applicable aux États fédérés⁴⁴⁴.

Les droits et les libertés prévus au Bill of Rights et aux amendements subséquents à la Constitution des États-Unis ne sont pas absolus. Ils font l'objet de limites qui varient selon le droit ou la liberté impliquée. En effet, au cours des années, les tribunaux ont développé différents tests (« *Balancing Tests or Doctrines* ») aux fins de déterminer s'il y a interférence gouvernementale avec les droits et libertés impliqués et, le cas échéant, si l'interférence gouvernementale en question est justifiée⁴⁴⁵.

En outre, le Bill of Rights et les amendements subséquents à la Constitution des États-Unis ne s'appliquent qu'à l'action gouvernementale. Contrairement à leurs collègues du secteur public, les travailleurs du secteur privé ne peuvent directement bénéficier des

⁴⁴⁴ Cet effet du Quatorzième Amendement est connu sous le nom de « doctrine de l'incorporation », une théorie entérinée par la Cour suprême des États-Unis. À ce jour, seuls les Troisième et Septième Amendements et une partie des Cinquième et Huitième Amendements n'ont toujours pas été officiellement « incorporés ».

⁴⁴⁵ Pour plus de détails, voir : D.E. HALL et J.P. FELDMER, *préc.*, note 433, aux chapitres 9 et suivants.

protections qui y sont prévues⁴⁴⁶. Ils peuvent cependant en bénéficier indirectement, lorsque l'employeur cherche à appliquer une loi ou un règlement qui porte atteinte à leurs droits et libertés individuels. L'employeur peut également en bénéficier, lorsque l'État cherche à lui imposer une loi ou un règlement qui porte atteinte à ses droits et libertés individuels. Or, puisque l'intervention étatique dans les relations de travail est beaucoup moins importante aux États-Unis qu'au Canada, on retrouve peu de décisions rendues en contexte d'emploi, et celles qui l'ont fait impliquent normalement des travailleurs du secteur public⁴⁴⁷. D'ailleurs, le phénomène de la « constitutionnalisation du droit du travail » qui a été observé au Canada au cours des dernières décennies⁴⁴⁸ semble être beaucoup moins prononcé aux États-Unis.

Ceci étant, les « Due Process Clauses », qu'on retrouve aux Cinquième et Quatorzième Amendements de la Constitution, ont eu un impact très important sur l'évolution du droit du travail américain. Ces clauses imposent respectivement à l'État fédéral et aux États fédérés « de ne pas priver une personne de sa vie, de sa liberté ou de sa propriété sans procédure légale convenable »⁴⁴⁹. Elles protègent les « libertés économiques » aux États-Unis et, plus particulièrement, la liberté contractuelle⁴⁵⁰. En 1897, dans le cadre de l'affaire *Allgeyer*⁴⁵¹, la Cour suprême des États-Unis a reconnu que la liberté contractuelle était protégée par le Quatorzième Amendement, conférant du même coup aux personnes physiques et morales le

⁴⁴⁶ Dans le secteur privé, ce sont surtout les différentes lois en matière de droits civils (« civil rights legislation ») qui confèrent des droits et des recours aux travailleurs. Voir : D.E. HALL et J.P. FELDMIEIER, *préc.*, note 433, p. 445-449.

⁴⁴⁷ Richard A. BALES, Jeffrey M. HIRSCH et Paul M. SECUNDA, *Understanding Employment Law*, LexisNexis, 2007, §§ 8.01 et 9.01. Nous n'avons trouvé qu'une seule décision ayant appliqué le Premier Amendement à des employés du secteur privé, soit l'affaire *Novosel v. Nationwide Insurance Co.*, 721 F.2d 894 (3d Cir. 1983). Or, cette décision a été fortement critiquée et n'a pas été reprise par la suite : « *The opinion ignores the state action requirement of first amendment jurisprudence, particularly by its repeated, and, in my view, inappropriate citation of public employee cases, and by its implicit assumption that a public policy against government interference with free speech may be readily extended to private actors in voluntary association with another.* » (Juge Becker, à la page 903).

⁴⁴⁸ C. BRUNELLE, M. COUTU et G. TRUDEAU, *préc.* note 383; Guylaine VALLÉE et Dalia GESUALDI-FECTEAU, « La constitutionnalisation du droit du travail : une menace ou une opportunité pour les rapports collectifs de travail ? », (2007) 48 *Les Cahiers de droit* 153; Pierre VERGE, « Épilogue. La 'constitutionnalisation' du droit du travail : perte ou salut de son âme ? », (2007) 48 *Les Cahiers de droit* 323.

⁴⁴⁹ U.S. Const., amend. V : « *No person shall be (...) deprived of life, liberty, or property, without due process of law* ». Quatorzième Amendement, article 1 : « (...) *nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law* ».

⁴⁵⁰ D.E. HALL et J.P. FELDMIEIER, *préc.*, note 433, p. 427.

⁴⁵¹ *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897).

droit constitutionnel de s'engager dans des rapports contractuels sans interférence gouvernementale. En 1905, dans le cadre de l'affaire *Lochner*⁴⁵², la Cour suprême a invalidé une loi étatique limitant le nombre d'heures quotidiennes et hebdomadaires que les boulangers étaient susceptibles de travailler. Elle a jugé que cette loi n'était pas nécessaire pour protéger la santé des boulangers visés et qu'elle réglementait plutôt les termes et les conditions de l'emploi. Elle a jugé que cette loi constituait une interférence gouvernementale déraisonnable, non nécessaire et arbitraire avec la liberté contractuelle individuelle implicitement protégée par les « Due Process Clauses » prévues aux Cinquième et Quatorzième Amendements. Entre 1905 et 1936, l'affaire *Lochner* a été invoquée à plusieurs reprises pour frapper de nullité plusieurs lois en matière de relations de travail et autres pratiques d'affaires, jugeant que celles-ci portaient atteinte à la liberté de contracter et aux droits de propriété (« *Lochner Era* »)⁴⁵³.

Cette posture jurisprudentielle a toutefois été renversée en 1937 dans le cadre de l'affaire *West Coast Hotel*⁴⁵⁴. Dans cette affaire, la Cour suprême des États-Unis a montré une plus grande déférence à l'égard des cas de réglementation étatique de la « liberté économique » et a reconnu la validité constitutionnelle d'une loi étatique en matière de salaire minimum. De plus, en 1938, dans le cadre de l'affaire *Carolene Products*⁴⁵⁵, la Cour a adopté une norme de contrôle plus révérentielle dans les affaires de « liberté économique » et un examen plus poussé dans les cas d'ingérence de l'État en matière de libertés civiles. Depuis, le critère utilisé pour décider de la validité d'une loi (i.e. si l'atteinte aux libertés économiques est justifiée) ne consiste plus à se demander si la législation est nécessaire (comme c'était le cas dans l'affaire *Lochner*), mais plutôt à se demander si elle est rationnellement liée à un intérêt gouvernemental légitime⁴⁵⁶. En somme, les affaires *West Coast Hotel* et *Carolene Products* ont marqué le début d'une nouvelle ère en droit du travail aux États-Unis, puisqu'elles ont ouvert la porte à la régulation étatique de l'activité économique. Cela dit,

⁴⁵² *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

⁴⁵³ *Adair v. United States*, 208 U.S. 161 (1908); *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915); *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923); *Morehead v. New York ex rel. Tipaldo*, 298 U.S. 587.

⁴⁵⁴ *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937).

⁴⁵⁵ *United States v. Carolene Products Co.*, 204 U.S. 144 (1938).

⁴⁵⁶ D.E. HALL et J.P. FELDMEIERS, *préc.*, note 433, p. 427.

l'État doit tout de même justifier toute atteinte aux libertés économiques d'un intérêt gouvernemental légitime – un intérêt qui doit en outre être rationnellement lié à la législation en cause – puisque ces dernières sont protégées par la Constitution des États-Unis⁴⁵⁷.

3. Différences observées

Notre étude des règles constitutionnelles applicables au Québec et au Massachusetts nous a permis d'identifier des différences importantes entre les deux régimes. Des différences cruciales ont été identifiées dans les règles applicables au partage des compétences, différences qui sont trop souvent ignorées (a)). Des différences ont également été identifiées au niveau des protections constitutionnelles accordées en matière de droits et libertés individuels, ces protections étant appelées à jouer un rôle beaucoup plus important en contexte d'emploi au Québec qu'au Massachusetts (b)).

a) Au niveau du partage des compétences

Au Québec, la Constitution du Canada étant silencieuse quant au partage des compétences en matière de relations de travail, ce sont les tribunaux qui ont été appelés à trancher la question. Ainsi, en 1925, le Conseil privé de la Reine a décidé que les provinces possédaient une compétence de principe en matière de relations de travail en vertu du paragraphe 13 de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁴⁵⁸. En conséquence, ce sont les provinces qui, au Canada, possèdent la compétence législative usuelle en matière de relations de travail. Le législateur fédéral, pour sa part, doit se contenter d'une compétence d'exception en la matière. Ainsi, il ne dispose d'une compétence législative directe sur les relations de travail qu'à l'endroit des entreprises qui relèvent de sa compétence en vertu de l'une ou l'autre des dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁴⁵⁹ et d'une compétence

⁴⁵⁷ Cette approche a été confirmée par après dans les affaires *Day-Brite Lighting, Inc. v. Missouri*, 342 U.S. 421 (1952) et *Ferguson v. Skrupa*, 372 U.S. 726 (1963).

⁴⁵⁸ *Toronto Electric Commissioners c. Snider, préc.*, note 351. Cette décision fût confirmée la même année par la Cour suprême du Canada et de nouveau par le Conseil privé en 1937. Pour plus de détails, voir : *Supra*, IV.A.1.a), p. 142.

⁴⁵⁹ Comme les banques, les sociétés de radiodiffusion et de télécommunication, les entreprises de transport interprovincial et international et les sociétés d'État fédérales.

législative indirecte (incidente) par l'intermédiaire des sujets qui relèvent de sa propre sphère de compétence constitutionnelle⁴⁶⁰.

Autre point important, les régimes de relations de travail provinciaux et fédéral du Canada, bien qu'ils se côtoient, ne se complètent pas. En effet, ce sont des régimes mutuellement exclusifs⁴⁶¹. Ainsi, une entreprise située au Canada est soit soumise aux lois du travail provinciales, soit aux lois du travail fédérales; elle ne peut être soumise simultanément aux deux régimes. Elle demeure toutefois soumise aux lois qui ne sont pas des lois du travail à proprement parler qui sont adoptées par l'un ou l'autre des deux ordres de gouvernement dans le cadre de leurs champs de compétences respectifs.

Au Massachusetts, la Constitution des États-Unis prévoit un partage des pouvoirs entre les différents organes du gouvernement fédéral et des gouvernements des États fédérés. Plus particulièrement, elle prévoit un partage des compétences législatives entre le législateur fédéral (le Congrès), et les législatures étatiques (au Massachusetts, la « General Court »). À l'instar de la constitution canadienne, la Constitution américaine est silencieuse sur la question des relations de travail. L'interprétation qu'en ont fait les tribunaux a cependant mené à des résultats très différents.

En principe, la Constitution américaine devait mettre en place un gouvernement fédéral à pouvoirs limités (« limited government »). En effet, la Constitution américaine accorde au Congrès un nombre limité de pouvoirs (les « granted powers ») et réserve aux législatures étatiques les pouvoirs résiduels (« reserved powers »)⁴⁶². En pratique, toutefois, la « Commerce Clause »⁴⁶³, interprétée à la lumière de la « Necessary and Proper Clause »⁴⁶⁴, confère au Congrès américain une autorité substantielle pour réglementer l'activité économique aux États-Unis. En effet, les tribunaux ont décidé que l'effet combiné de ces deux clauses confère au Congrès américain le pouvoir de réglementer les entreprises dont les activités « affectent le commerce interétatique ou international ». Or, l'interprétation qu'ils ont

⁴⁶⁰ Comme le droit criminel, ou encore, l'urgence nationale.

⁴⁶¹ *Supra*, section IV.A.1.a)(3), p. 144.

⁴⁶² *Supra*, section IV.A.2.a), p. 150.

⁴⁶³ U.S. Const., art. I, § 8, cl. 3.

⁴⁶⁴ U.S. Const. art. I, § 8, cl. 18.

fait de ce critère est si généreuse que le Congrès américain est habilité à réglementer l'activité de pratiquement toutes les entreprises aux États-Unis, y compris sous l'angle des relations de travail. En outre, la « *Supremacy Clause* »⁴⁶⁵ crée une hiérarchie entre la législation fédérale et la législation étatique, la seconde devant céder le pas à la première en cas de conflit⁴⁶⁶. Or, cet effet – qu'on qualifie de « *preemption* » – n'est pas uniforme : il est susceptible de varier d'une loi à l'autre⁴⁶⁷. Ainsi, alors que certaines lois fédérales régissent exclusivement certaines questions⁴⁶⁸, la majorité d'entre elles autorisent les États à adopter leur propre loi en la matière (souvent qualifiées de « *mini-lois* »), à la condition qu'elle soit plus avantageuse que la loi fédérale⁴⁶⁹. On se trouve donc, dans de nombreux cas, à être en présence de deux niveaux de législation potentiellement applicables à une même situation. D'autres lois, enfin, autorisent les États à légiférer les situations non couvertes par la législation fédérale, de telle sorte qu'on se retrouve alors en présence de régimes législatifs mutuellement exclusifs, à l'instar de ce que nous connaissons au Canada⁴⁷⁰.

⁴⁶⁵ U.S. Const., art. VI, cl. 2.

⁴⁶⁶ Bien entendu, la législation fédérale impliquée doit avoir été adoptée dans le cadre des pouvoirs reconnus au Congrès américain par la Constitution.

⁴⁶⁷ Dans certains cas, le Congrès exprime clairement ses intentions, tandis que dans d'autres, il est silencieux. Dans ce cas, il appartient alors aux tribunaux de se prononcer sur les intentions du Congrès en matière de préemption.

⁴⁶⁸ C'est le cas, par exemple, du ERISA (29 U.S.C. § 1144(a)). Notons toutefois que la présence d'une loi fédérale n'est pas nécessaire dans tous les cas pour exclure l'intervention étatique. Ainsi, dans certains cas, le seul fait que le Congrès s'abstienne délibérément de légiférer à l'endroit d'une question donnée a été jugé comme une intention de vouloir laisser le champ inoccupé, interdisant par le fait même toute intervention étatique à l'égard de la question concernée.

⁴⁶⁹ C'est le cas, par exemple, du FLSA (29 U.S.C. § 218(a)) et du FMLA (29 U.S.C. § 2651), qui autorisent les États à adopter leur propre législation quant aux questions abordées dans ces lois.

⁴⁷⁰ C'est le cas, par exemple, du NLRA (29 U.S.C. § 164(c)), qui autorise les États à adopter leur propre législation en matière de rapports collectifs à l'endroit des employeurs qui ne sont pas soumis à la juridiction du NLRB. En effet, le NLRA s'applique à l'exclusion de toute autre loi aux employeurs qui rencontrent les « *jurisdictional standards* » du NLRB, mais autorise les États fédérés à adopter leur propre législation en matière de rapports collectifs à l'endroit des employeurs qui ne rencontrent pas ces critères. Or ces derniers étant exclus de l'application du NLRA, ils sont par conséquent régis exclusivement par la loi étatique, lorsqu'une telle loi existe. Il en résulte alors des régimes mutuellement exclusifs, puisqu'un employeur est soit régi par la législation fédérale, soit par la législation étatique. Le critère de départage entre les deux régimes est toutefois différent de celui que nous connaissons chez nous : aux États-Unis, ce sont des critères essentiellement économiques (i.e. les « *jurisdictional standards* » du NLRB, tandis qu'au Canada, c'est plutôt la nature des activités de l'entreprise qui est considérée. Notons toutefois que les critères juridictionnels du NLRB sont plus restrictifs que le concept de « *affecting commerce* » qui est habituellement utilisé dans le cas des autres lois fédérales. Il n'y a donc pas coïncidence entre la juridiction du NLRB (plus étroite) et la juridiction du Congrès américain (plus large) en matière de rapports collectifs.

En somme, c'est le Congrès qui détient la compétence de principe en matière de relations de travail aux États-Unis. Les règles applicables en matière de préemption confèrent toutefois une certaine marge de manœuvre aux États fédérés, le tout devant être déterminé au cas par cas, loi par loi. Il en résulte que les régimes fédéral et étatiques de droit du travail sont souvent complémentaires, bien qu'ils puissent parfois être mutuellement exclusifs.

(1) *La compétence de principe en matière de relations de travail*

L'une des différences les plus importantes – et les plus connues – entre les systèmes de droit du travail canadien et américain a trait au détenteur de la compétence de principe en matière de relations de travail. Alors qu'au Canada, cette compétence appartient aux législatures provinciales, aux États-Unis, elle appartient plutôt au législateur fédéral. D'ailleurs, on affirme souvent qu'il existe un total de onze droits du travail au Canada alors qu'il n'en existe qu'un seul aux États-Unis, avec toutes les conséquences que cela comporte. Or, cette affirmation doit être fortement nuancée. En effet, elle fait fi du caractère multidimensionnel du droit du travail et des subtilités qui découlent des règles de droit constitutionnel applicables au sein de chacun de ces territoires.

Comme nous l'avons mentionné précédemment, le droit du travail est composé d'un ensemble de règles qui trouvent leur origine respectivement dans le droit commun, dans les rapports collectifs et dans les lois particulières. Or, bien que le Congrès américain ait effectivement la compétence de principe à l'égard des rapports collectifs et des lois particulières, il en est tout autrement à l'égard du droit commun, dont les règles trouvent leur origine dans la common law étatique. Cette composante importante du droit du travail est loin d'être uniforme aux États-Unis puisqu'elle est susceptible de varier d'un État à l'autre.

De plus, la compétence de principe du Congrès américain doit être comprise dans le cadre d'un partage de compétences malléable et adaptable plutôt que dans le cadre d'un partage de compétences étanche et rigide comme celui qui existe au Canada. En effet, contrairement à la situation qui prévaut au Canada, les droits du travail fédéral et étatiques aux États-Unis ne sont généralement pas des régimes mutuellement exclusifs, mais plutôt des régimes complémentaires. Une entreprise qui est couverte par le droit du travail fédéral n'est donc pas nécessairement régie uniquement par ce régime législatif; elle peut également être

régie par le droit du travail étatique qui, rappelons-le, est susceptible de varier d'un État à l'autre.

(2) *Les rapports entre les régimes législatifs fédéral et fédérés*

La compétence de principe du Congrès américain est beaucoup moins « absolue » que celle que détiennent les législatures provinciales canadiennes. En effet, la « *Supremacy Clause* » de la Constitution américaine autorise le Congrès américain à moduler plus ou moins fortement l'effet de préemption de la législation fédérale à l'endroit de la législation étatique, avec la résultante que certaines dimensions du droit du travail sont régies exclusivement par le droit fédéral, d'autres sont régies simultanément par le droit fédéral et le droit étatique, et d'autres, enfin, sont régies séparément (de façon mutuellement exclusive) par le droit fédéral ou le droit étatique.

Ceci est une différence très importante. En effet, au Canada, une entreprise est soit soumise au droit du travail fédéral, soit au droit du travail provincial. Elle ne peut en aucun cas être soumise simultanément aux deux régimes. Afin de déterminer lequel de ces deux régimes est applicable, il suffit de déterminer si l'entreprise est une « entreprise fédérale », c'est-à-dire une entreprise dont les activités relèvent du champ de compétence du législateur fédéral⁴⁷¹. Dans l'affirmative, l'entreprise est soumise au droit du travail fédéral et le droit du travail provincial peut être totalement ignoré. Dans la négative, c'est l'inverse qui se produit : le droit du travail provincial s'applique et c'est le droit du travail fédéral qui peut être ignoré. Ainsi, les règles du droit constitutionnel canadien supposent une qualification juridique préalable de l'entreprise, et selon les résultats de cette qualification, il est possible de savoir d'emblée quel régime législatif est applicable. Il n'y a pas lieu d'effectuer un exercice de qualification à l'endroit de chacune des lois fédérales ou provinciales potentiellement applicables. La qualification de l'entreprise à titre d'entreprise fédérale – ou non – permet ainsi de sauver beaucoup de temps et d'efforts dans la détermination de la législation applicable.

⁴⁷¹ Bien que cet exercice puisse entraîner certaines difficultés, il ne pose généralement pas de problèmes majeurs. Les cas les plus problématiques concernent les entreprises dont une partie des activités peut être soumise à la compétence du fédéral et une autre à la compétence provinciale. Pour plus de détails sur la question de la qualification de l'entreprise, voir : R.P. GAGNON, *préc.*, note 354, p. 16-23.

Aux États-Unis, une même entreprise peut être régie à la fois par le droit du travail fédéral et par le droit du travail étatique. Une étude au cas par cas est donc nécessaire aux fins de déterminer quelles lois sont applicables à l'entreprise. En s'inspirant de la méthode en vigueur au Canada, on pourrait penser que la qualification d'une entreprise comme « *entreprise qui affecte le commerce* » est suffisante pour trancher la question du régime de droit du travail applicable, le droit du travail fédéral américain ne s'appliquant qu'aux entreprises « qui affectent le commerce »⁴⁷². Or, ce n'est pas le cas. En effet, les régimes fédéral et étatiques ne sont généralement pas des régimes mutuellement exclusifs. Ce n'est donc pas parce que le droit du travail fédéral s'applique à une entreprise que celle-ci n'est pas également sujette au droit du travail étatique de l'État fédéré où elle est située. En outre, la plupart des entreprises aux États-Unis « affectent le commerce ». En effet, ce critère a été interprété de façon très large et libérale par les tribunaux. Enfin, contrairement à la situation qui prévaut généralement au Canada, et plus particulièrement au Québec, les lois du travail américaines fédérales et étatiques prévoient habituellement des conditions d'application liées à la taille de l'entreprise, qui font en sorte qu'une détermination au cas par cas est pratiquement incontournable.

b) Au niveau de la protection des droits et libertés individuels

À titre de province membre de la Confédération canadienne, le Québec est régi par la Constitution du Canada. Comme nous l'avons vu, celle-ci contient une *Charte canadienne des droits et libertés* qui confère une protection de nature constitutionnelle à de nombreux droits et libertés individuels contre l'interférence gouvernementale. À titre d'État fédéré membre des États-Unis d'Amérique, quant à lui, le Massachusetts est soumis à la Constitution des États-Unis, qui prévoit un Bill of Rights et d'autres amendements constitutionnels qui, à l'instar de la Charte canadienne, protègent certains droits et libertés individuels contre l'interférence gouvernementale.

⁴⁷² Au Canada, le droit du travail s'applique aux « entreprises fédérales », c'est-à-dire les entreprises dont la nature des activités tombe dans l'un des chefs de compétence du législateur fédéral.

Tant au Québec qu'au Massachusetts, ces protections constitutionnelles ne s'appliquent qu'à l'action gouvernementale. En contexte d'emploi, donc, seuls les travailleurs du secteur public peuvent invoquer ces dispositions directement contre leur employeur. Mais tout travailleur – qu'il soit du secteur privé ou du secteur public – peut invoquer ces protections lorsque son employeur cherche à appliquer une loi ou un règlement qui porte atteinte à ses droits et libertés individuels, et tout employeur peut faire de même lorsque l'État cherche à lui imposer une loi ou un règlement qui porte atteinte à ses propres droits et libertés individuels. Ainsi, tant au Québec qu'au Massachusetts, ces protections constitutionnelles peuvent avoir une influence considérable sur l'évolution du droit du travail, puisqu'elles permettent de contester la validité des dispositions législatives et réglementaires qui s'appliquent aux parties à la relation d'emploi.

Notre étude de droit comparé nous a toutefois permis de constater que ces protections constitutionnelles semblent avoir un effet plus important sur le droit du travail canadien que sur le droit du travail américain. En effet, aux États-Unis, les rares arrêts de principes qui ont eu l'occasion d'appliquer ces protections constitutionnelles en contexte d'emploi⁴⁷³ impliquaient des situations où l'action gouvernementale contestée n'était pas une loi du travail, mais plutôt les actes de gestion d'un employeur du secteur public. Au Canada, même si une proportion importante des arrêts de principe implique également des employeurs du secteur public (après tout, la Charte canadienne, tout comme le Bill of Rights et les amendements subséquents à la Constitution des États-Unis, ne s'applique qu'à l'action gouvernementale), davantage de décisions portent sur la validité d'une loi du travail, d'où un effet important sur le droit du travail, tant dans le secteur public que dans le secteur privé⁴⁷⁴. Une raison pouvant expliquer cette différence dans les effets des protections constitutionnelles des droits et libertés individuels sur le droit du travail des territoires étudiés est le degré

⁴⁷³ En fait, ce sont surtout les *Civil Rights Laws* qui sont invoquées en contexte d'emploi aux États-Unis, plus particulièrement dans le secteur privé. Celles-ci, rappelons-le, sont des lois ordinaires (i.e. des « statutes »).

⁴⁷⁴ La reconnaissance du droit à la négociation collective à titre de composante de la liberté d'association prévue à l'article 2d) de la Charte canadienne est un exemple particulièrement éloquent de ce phénomène. Voir : *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, préc., note 385; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, préc., note 384; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 R.C.S. 1016; *L'Écuyer c. Côté*, 2013 QCCS 973.

d'intervention législative dans les rapports collectifs et les conditions de travail, qui est généralement plus élevé au Canada qu'aux États-Unis. Ce faisant, les occasions d'appliquer les protections constitutionnelles au droit du travail sont plus nombreuses au Canada qu'elles ne le sont aux États-Unis. Ceci étant, la protection constitutionnelle des droits et libertés individuels semble néanmoins avoir eu un effet important sur l'évolution du droit du travail aux États-Unis, quoi que de façon plutôt inusitée.

En effet, une différence fondamentale observée entre les deux systèmes a trait à la protection constitutionnelle accordée à la liberté contractuelle et, plus généralement, aux libertés économiques. Aux États-Unis, les « Due Process Clauses » des Cinquième et Quatorzièmes Amendements à la Constitution assurent encore aujourd'hui la protection de ces libertés. Bien que la norme de contrôle pour juger de la validité des lois qui portent atteinte à ces libertés ne soit plus aussi stricte que par le passé (i.e. lors de la *Lochner Era*), l'État qui souhaite adopter une loi qui porte atteinte à celles-ci (i.e. généralement en matière économique ou sociale) doit tout de même démontrer que la loi en question est rationnellement liée à un intérêt gouvernemental légitime. Au Canada, les libertés économiques et la liberté contractuelle ne sont pas ainsi protégées par la Constitution. Dans l'affaire *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*⁴⁷⁵, la Cour suprême du Canada a jugé que les protections constitutionnelles prévues à l'article 7 de la Charte canadienne – qui est la disposition « équivalente » aux « Due Process Clauses » des Cinquième et Quatorzièmes Amendements de la Constitution américaine – ne pouvaient être invoquées que par une personne humaine et ne pouvaient être étendues aux droits économiques des sociétés commerciales⁴⁷⁶. De plus, dans l'affaire *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du code criminel (Man.)*⁴⁷⁷, la Cour suprême du Canada a jugé que l'article 7 de la Charte canadienne ne pouvait recevoir la même interprétation judiciaire que les « Due Process Clauses » des Cinquième et Quatorzième Amendements de la Constitution des États-Unis en raison des différences dans la formulation et les origines historiques des ces dispositions. Sur cette question, le juge Lamer s'exprimait comme suit :

⁴⁷⁵ [1989] 1 R.C.S. 927.

⁴⁷⁶ *Id.*, p. 1003.

⁴⁷⁷ [1990] 1 R.C.S. 1123.

Par conséquent, je rejette l'application de la série de décisions américaines qui laissent entendre que la liberté en vertu du Quatorzième amendement comprend la liberté contractuelle. Comme je l'ai déjà affirmé, ces décisions ont été rendues dans un contexte historique particulier, un contexte qui a incorporé dans la jurisprudence américaine certains principes de laisser-faire qui n'ont peut-être pas d'application correspondante dans l'interprétation de la Charte à l'heure actuelle. De plus, la formulation de l'article 7 et celle du Quatorzième amendement sont très différentes. La disposition américaine parle expressément de la protection de droits de propriété alors que les rédacteurs de notre Constitution n'ont pas choisi de protéger de la même façon les droits de propriété⁴⁷⁸.

Contrairement aux législateurs américains, donc, les législateurs canadiens peuvent adopter des lois qui régulent l'activité économique et sociale (incluant des lois du travail) sans crainte de voir celles-ci invalidées au motif qu'elles portent atteinte à la liberté contractuelle et aux libertés économiques des employeurs. En effet, ces libertés ne sont pas protégées par la Charte canadienne. En d'autres termes, la suprématie parlementaire des législateurs canadiens en matière économique et sociale est intouchée par la Constitution, contrairement à la situation qui prévaut aux États-Unis. Or, nous sommes d'avis que cette différence d'ordre constitutionnel peut expliquer l'importance beaucoup plus grande que joue la liberté contractuelle en contexte d'emploi aux États-Unis qu'au Canada et le rôle beaucoup plus grand que joue la législation du travail au Canada qu'aux États-Unis. En ce sens, la protection constitutionnelle des droits et libertés individuels aux États-Unis a eu un effet important sur l'évolution du droit du travail américain, mais dans un sens diamétralement opposé à celui observé au Canada.

4. Conclusion

Notre étude de droit comparé nous a permis d'identifier des différences importantes au niveau du partage des compétences et au niveau de la protection constitutionnelle accordée aux droits et libertés individuels. Les différences observées au niveau du partage des compétences concernent la compétence de principe en matière de relations de travail et les rapports entre les régimes législatifs fédéral et fédérés.

⁴⁷⁸ *Id.*, p. 1171.

Au Québec, la compétence de principe en matière de relations de travail appartient aux provinces. En effet, le gouvernement fédéral ne possède qu'une compétence d'exception qu'il exerce à l'endroit des entreprises qui œuvrent dans des secteurs d'activités précis qui relèvent de sa compétence générale. Au Massachusetts, cette compétence appartient plutôt au gouvernement fédéral en vertu de l'effet combiné de la « Commerce Clause », de la « *Necessary and Proper Clause* » et de la « *Supremacy Clause* » de la Constitution. Elle s'exerce à l'endroit des entreprises dont les activités « affectent le commerce », la compétence des États fédérés se limitant généralement aux entreprises dont les activités n'affectent pas ainsi le commerce. En matière de rapports collectifs, toutefois, la couverture de la législation fédérale est davantage circonscrite et les États fédérés bénéficient par le fait même d'une compétence élargie.

À première vue, le partage des compétences américain semble favoriser une plus grande uniformité des règles applicables en matière de droit du travail à travers le pays que le partage des compétences canadien. En effet, alors que les États-Unis ne comptent qu'un seul droit du travail « de principe » applicable sur tout leur territoire, le Canada, lui, en compte dix. La situation américaine pourrait donc présenter de nombreux avantages en raison d'une plus grande uniformité des règles applicables à l'échelle du pays et des économies d'échelle qui peuvent éventuellement en résulter. Après étude, toutefois, il semble que ces avantages ne soient pas au rendez-vous. En effet, le régime américain favorise beaucoup moins l'uniformité des règles de droit du travail à travers le pays qu'il n'y paraît à première vue. Tout d'abord, nous avons vu que tant aux États-Unis qu'au Canada, le droit commun est susceptible de varier – et varie effectivement – d'un territoire fédéré à un autre. L'exemple le plus notable de cette variabilité du droit commun aux États-Unis est celui des exceptions à la doctrine de l'*employment at-will*, qui varient grandement d'un État à un autre et qui peuvent avoir des conséquences importantes au niveau des poursuites judiciaires. Or, le droit commun est une composante très importante du droit du travail et son importance ne doit pas être sous-estimée. Ensuite, nous avons vu que les rapports entretenus entre les régimes législatifs fédéral et fédérés aux États-Unis sont complémentaires, ce qui fait en sorte qu'il existe une variabilité importante dans les règles de droit du travail applicables d'un État fédéré à un autre.

En effet, la question des rapports entretenus entre les régimes législatifs fédéral et fédérés de droit du travail constitue une autre différence importante entre les territoires étudiés. Au Québec, les rapports entretenus entre les deux régimes législatifs sont mutuellement exclusifs. Il existe une étanchéité quasi-absolue entre les deux régimes. Cela découle directement des dispositions de la Constitution canadienne qui traitent du partage des compétences législatives. Au Massachusetts, par contre, ces régimes sont généralement complémentaires, la plupart des lois du travail fédérales autorisant les États fédérés à adopter leur propre législation sur la question faisant l'objet de la législation, à la condition que celle-ci prévoit des avantages au moins égaux ou supérieurs à ceux prévus à la loi fédérale. En plus de conférer une variabilité accrue au droit du travail américain, cette situation rend le tout beaucoup plus complexe à gérer pour les employeurs, puisqu'ils doivent constamment vérifier les règles potentiellement applicables au sein des deux ordres de gouvernement et faire un suivi constant des modifications apportées à ces règles. En somme, le droit du travail américain à cet égard est beaucoup moins prévisible que le droit du travail canadien, la question de l'applicabilité de la loi se gérant sujet par sujet et loi par loi, et non « globalement et à priori », comme il est généralement possible de le faire au Canada. En effet, la détermination du droit applicable au Canada est généralement beaucoup plus simple, puisqu'il est possible de déterminer à l'avance lequel des régimes législatifs s'applique et d'ignorer complètement les règles et les modifications aux règles du régime qui ne s'applique pas⁴⁷⁹.

En plus des différences observées au niveau du partage des compétences législatives, nous avons identifié des différences importantes au niveau de la protection constitutionnelle des droits et libertés individuels. Ces différences concernent la protection constitutionnelle de la liberté contractuelle et des libertés économiques et l'influence générale de ces protections constitutionnelles sur le droit du travail.

Même si la *Charte canadienne des droits et libertés* et les amendements à la Constitution américaine protègent sensiblement les mêmes droits et libertés individuels, il

⁴⁷⁹ En somme, le régime de droit du travail le plus uniforme en Amérique du Nord serait le régime fédéral canadien, celui-ci étant le même d'un océan à l'autre et ne souffrant d'aucune variation régionale, à l'exception du droit commun qui varie d'une province à l'autre. Ainsi, on a jugé que l'article 2097 C.c.Q. s'appliquait aux entreprises fédérales : *Messier c. Remstar Corporation*, 2011 QCCS 6739.

existe une différence de taille : alors que la liberté contractuelle et les libertés économiques des entreprises ne bénéficient d'aucune protection constitutionnelle au Canada, ce sont des libertés protégées par la Constitution aux États-Unis. Et même si la protection accordée à ces libertés n'est plus aussi importante qu'elle l'a déjà été par le passé (i.e. lors de la *Lochner Era*), aux États-Unis, le législateur conserve l'obligation de justifier les atteintes qu'il porte à ces libertés en démontrant que la législation adoptée en matière économique et sociale est rationnellement liée à un intérêt gouvernemental légitime. Au Canada, les législateurs ne sont pas assujettis à un tel fardeau de preuve, le principe de la suprématie parlementaire ayant été préservé en la matière. Cette différence pourrait expliquer le caractère beaucoup moins interventionniste du droit du travail aux États-Unis et l'importance qui est accordée à la liberté de commerce et à la liberté contractuelle dans ce pays. En ce sens, la protection constitutionnelle des droits et libertés individuels aux États-Unis aurait un effet important sur l'évolution du droit du travail américain, mais dans un sens diamétralement opposé à celui observé au Canada.

Exception faite de cette différence, toutefois, la protection constitutionnelle des droits et libertés individuels semble avoir eu un effet beaucoup plus important sur le droit du travail canadien que sur le droit du travail américain. En effet, aux États-Unis, les rares arrêts de principe qui ont été rendus en contexte d'emploi impliquent la plupart du temps la contestation d'un acte de gestion d'un employeur du secteur public plutôt que la contestation d'une disposition législative, d'où leur influence limitée sur le droit du travail de façon générale. Au Canada, par contre, un nombre important d'arrêts de principe contestant des dispositions législatives en vertu de la Charte canadienne ont été rendues, d'où une influence beaucoup plus importante sur le droit du travail. Ce fut le cas, par exemple, dans l'affaire *Health Services*⁴⁸⁰, où la Cour suprême du Canada a reconnu une certaine protection constitutionnelle à la négociation collective (au travers de la liberté d'association) et a invalidé une loi spéciale forçant le retour au travail de salariés de l'État. Or, cette affaire a eu une influence

⁴⁸⁰ *Préc.*, note 384

considérable sur le droit du travail canadien, puisqu'elle a permis d'invalider des dispositions législatives qui contrevenaient à cette liberté fondamentale autant en Ontario qu'au Québec⁴⁸¹.

⁴⁸¹ *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, préc., note 385; *L'Écuyer c. Côté*, préc., note 474.

B. Le droit commun

Le droit commun est le « droit normalement applicable à un ensemble de rapports juridiques »⁴⁸², ou encore, le « droit qui sert de base substantielle à l'ensemble d'un système juridique et qui s'applique, en conséquence, à défaut de règles particulières »⁴⁸³. On l'a également défini comme les « règles qui s'appliquent en principe à un ensemble de rapports juridiques, à moins de disposition contraire »⁴⁸⁴. En somme, le droit commun est l'arrière-plan ou la trame de fonds juridique d'un système juridique donné.

Comme nous aurons l'occasion de le voir, les droits communs applicables au Québec et au Massachusetts sont de traditions juridiques différentes, ce qui entraîne des différences de forme importantes entre les deux systèmes. Sur le fond, toutefois, les règles et les principes applicables sont très semblables, à l'exception de ceux qui s'appliquent à la rupture unilatérale du contrat de travail, où les règles québécoises sont significativement plus contraignantes.

1. Situation au Québec

Dans la présente section, nous nous intéressons aux caractéristiques générales du droit commun québécois (a)) de même qu'aux règles que celui-ci prévoit à l'égard de la formation (b)), du contenu (c)) et de la rupture (d)) du rapport salarial. Avant d'aborder ces points, toutefois, nous croyons opportun d'en dresser un bref historique, de ses origines à nos jours.

Le droit commun est la plus ancienne source du droit du travail au Québec. En effet, les rapports employeur-employé était régulés par le droit commun avant même l'apparition des rapports collectifs du travail et des conditions de travail déterminées par la loi.

La présence du droit civil au Québec remonte à l'époque de la Nouvelle-France. De la fondation de la colonie jusqu'en 1664, différents droits coutumiers français y étaient appliqués, les colons suivant naturellement les règles applicables dans leur province d'origine.

⁴⁸² P.-A. CRÉPEAU, P. MARTINEAU et A. MAYRAND, *préc.*, note 32.

⁴⁸³ F. ALLARD, M.-F. BICH, J.-M. BRISSON et al., *préc.*, note 33. En anglais, on utilise parfois l'expression « common law », « ordinary law » ou encore « general law » pour faire référence à ce concept, mais l'expression la plus juste est certainement l'expression latine « jus commune ». C'est d'ailleurs cette expression qui est retenue dans la version anglaise de la disposition préliminaire du *Code civil du Québec*. *Id.*, p. 125.

⁴⁸⁴ H. REID, *préc.*, note 34.

En 1664, la Coutume de Paris a été formellement adoptée à titre de source première de droit civil de la colonie, complétée par les usages locaux, le droit canonique et les ordonnances royales. Suite à la Conquête, les Britanniques tentent d'imposer le droit anglais tant en matière de droit privé qu'en matière de droit public. La *Proclamation royale de 1763* abolit le droit canadien antérieur, mais les habitants de la colonie persistent dans l'utilisation du droit civil en matière de droit privé. En 1774 survient un revirement de situation : Londres adopte l'*Acte de Québec*, qui révoque la *Proclamation royale de 1763* en matière de droit privé et réinstaura le droit coutumier français⁴⁸⁵.

En 1866, le *Code civil du Bas-Canada*⁴⁸⁶ est adopté. On passe alors d'un droit civil coutumier à un droit civil codifié, à l'instar de ce qui s'est produit en France en 1802. S'inspirant grandement du *Code de Napoléon*, les rédacteurs de ce code utilisent également d'autres sources, comme le *Code de la Louisiane*, le *Code du canton de Vaud*, la Coutume de Paris, les usages locaux et la common law britannique⁴⁸⁷. Le C.c.B.C. est adopté à une époque où les valeurs et les principes du libéralisme économique dominant : liberté et autonomie individuelles, égalité et capacité juridique de principe des individus, liberté contractuelle, primauté du contrat, libre-marché, etc. L'État intervient peu dans les rapports entre individus, se contentant plutôt de protéger la suprématie du marché et son bon fonctionnement. Le droit commun fait une grande place à ces valeurs libérales.

Au début des années 1960, le gouvernement québécois entreprend la révision du C.c.B.C. En 1980, la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*⁴⁸⁸ est adoptée dans le cadre de cette réforme. En 1987, c'est au tour de la *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*⁴⁸⁹ d'être adoptée. En 1994, le *Code civil du Québec*⁴⁹⁰ remplace le C.c.B.C. et les deux lois ci-avant

⁴⁸⁵ Jean-Louis BAUDOUIN et Yvon RENAUD, *Code civil du Québec annoté 2007*, Wilson et Lafleur, 2007, p. IX-X.

⁴⁸⁶ *Acte concernant le Code civil du Bas Canada*, L.C. 1865, c. 41 (ci-après le « C.c.B.C. »).

⁴⁸⁷ J.-L. BAUDOUIN et Y. RENAUD, *préc.*, note 485, p. X.

⁴⁸⁸ L.Q. 1980, c. 39.

⁴⁸⁹ L.Q. 1987, c. 18.

⁴⁹⁰ L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

mentionnées découlant de la réforme⁴⁹¹. Depuis cette date, c'est le C.c.Q. qui constitue le droit commun privé au Québec. En effet, sa disposition préliminaire l'affirme en des termes relativement clairs :

Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux de droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.

Le Code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun [nous soulignons]. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger.⁴⁹²

Le C.c.Q. joue un rôle fondamental en matière de relations de travail. D'ailleurs, comme l'affirmait la professeure Bich à l'époque :

Que le Code civil du Québec et les règles qu'il contient forment le substrat du droit du travail et soient l'assise de tout le construit juridique du rapport employeur-salarié paraît en effet aujourd'hui affirmation largement acceptée, à laquelle la disposition préliminaire du Code civil confère d'ailleurs, nous semble-t-il, un caractère apodictique.⁴⁹³

Le C.c.Q. ne change pas substantiellement les règles de droit commun en matière de contrat de travail. Comme son prédécesseur, le C.c.B.-C., il se fonde sur les valeurs dominantes et les principes du libéralisme économique que nous avons énumérés précédemment. En fait, à part quelques rares exceptions⁴⁹⁴, le C.c.Q. n'impose pas de conditions de travail obligatoires aux parties, ce rôle revenant plutôt aux lois particulières⁴⁹⁵.

⁴⁹¹ J.-L. BAUDOUIN et Y. RENAUD, *préc.*, note 485, p. XI; Jean-Maurice BRISSON et Nicholas KASIRER, *Code civil du Québec, Édition critique*, 2006-2007, 14^e édition, Éditions Yvon Blais, 2006, p. LXXIX.

⁴⁹² C.c.Q., disposition préliminaire, al. 2. À noter toutefois que les règles du C.c.Q. ne peuvent constituer le fondement des autres lois que dans la mesure où celles-ci sont de droit privé : *Pellerin c. Thérien*, [1995] R.J.Q. 259 (appel accueilli pour d'autres motifs : [1995] R.J.Q. 1329).

⁴⁹³ M.-F. BICH, *préc.*, note 35, p. 193.

⁴⁹⁴ Par exemple, l'obligation de fournir un délai de congé raisonnable en cas de résiliation du contrat de travail à durée indéterminée en l'absence de motif sérieux de résiliation : C.c.Q., art. 2091-2092.

⁴⁹⁵ P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 53.

a) Les caractéristiques générales

On affirme souvent que le Québec est une province de droit civil en raison du fait que celui-ci est pourvu d'un Code civil. Or, il serait plus juste de dire que le Québec est une province de droit « hybride »⁴⁹⁶. En effet, au Québec, le droit commun s'entend aussi bien du droit civil en matière de droit privé, que de la common law en matière de droit public⁴⁹⁷. Les relations de travail impliquant toutefois des rapports de nature essentiellement privée, c'est donc le droit civil – et non la common law – qui fait office de droit commun en la matière⁴⁹⁸.

Un système de droit commun de tradition civiliste comme celui du Québec est un système relativement prévisible. En effet, c'est un système qui repose sur un ensemble de règles législatives prédéterminées (le Code civil) qui ont pour vocation de régir l'ensemble des situations susceptibles de survenir à défaut de règles particulières. Les parties connaissent donc relativement bien et à l'avance les règles applicables à une situation donnée et n'ont pas à attendre que les tribunaux se prononcent sur la question. Un tel système laisse donc peu de place à l'incertitude. C'est toutefois un système qui est susceptible de présenter une certaine rigidité, puisque le juge chargé de trancher un litige doit rendre une décision compatible avec l'ensemble prédéterminé de règles législatives que constitue le Code civil. En effet, le juge n'a d'autre choix que d'appliquer les règles claires prévues par le Code civil même si, dans sa grande sagesse et dans la connaissance fine qu'il a du litige qui lui est soumis, il estime que celles-ci sont mésadaptées ou inappropriées. Il dispose d'une marge de manœuvre plus grande

⁴⁹⁶ J. BÉLANGER et G. TRUDEAU, *préc.*, note 141.

⁴⁹⁷ P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 5; F. ALLARD, M.-F. BICH, J.-M. BRISSON et al., *préc.*, note 33, p. 124 et 125; Jean-Maurice BRISSON et A. MOREL, « Droit fédéral et droit civil : complémentarité, dissociation » dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien – Recueil d'études*, Canada, Ministère de la Justice, 1997, 213, p. 231; John E.C. BRIERLEY et Roderick A. MACDONALD (dir.), *Quebec Civil Law : An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery Publications, 1993, p. 47; P.-A. CRÉPEAU, P. MARTINEAU et A. MAYRAND, *préc.*, note 32; François CHEVRETTE et Herbert MARX, *Droit constitutionnel*, Montréal, P.U.M., 1982, p. 868.

⁴⁹⁸ *Syndicat des travailleuses et travailleurs d'Épiciers unis Métro-Richelieu c. Lefebvre*, [1996] R.J.Q. 1509 (C.A.); *2985420 Canada Inc. et Syndicat des travailleuses et travailleurs de l'hôtel Holiday Inn Centre-ville*, [1998] R.J.D.T. 1971 (T.A.). En contexte de rapports collectifs, toutefois, rappelons que le *Code civil du Québec* n'est applicable à titre supplétif que dans la mesure où il est compatible avec le régime collectif des relations de travail. Voir : *Isidore Garon ltée c. Tremblay; Fillion et Frères (1976) inc. c. Syndicat national des employés de garage du Québec inc.*, [2006] 1 R.C.S. 27.

en présence d'une règle ambiguë, qu'il doit alors interpréter en recherchant l'intention qu'avait le législateur au moment de l'adoption de cette règle.

b) La formation du rapport salarial

Au Québec, la formation du rapport salarial est directement liée à la conclusion d'un contrat de travail entre un employeur et un salarié. Ce contrat peut non seulement être conclu de façon expresse, mais également de façon tacite, c'est-à-dire qu'il peut être déduit des circonstances, l'important étant de constater la présence des éléments essentiels du salariat⁴⁹⁹.

Le contrat de travail et, par le fait même, le rapport salarial qui en découle, sont régis par différentes sections du C.c.Q. À titre de contrat nommé, il est soumis aux règles particulières applicables au contrat de travail⁵⁰⁰. À titre de contrat au sens général du terme, il est aussi régi par les règles générales applicables aux contrats⁵⁰¹. Enfin, à titre de source d'obligations, il est soumis à l'ensemble des règles applicables aux obligations en général⁵⁰².

La formation du contrat de travail est régie par ces règles. Or, nous le verrons, sous réserve de certaines exceptions, celles-ci imposent peu de conditions et de formalités aux parties contractantes. En effet, notre droit commun conserve de façon pratiquement intacte le principe de la liberté contractuelle et laisse les parties généralement libres d'aménager elles-mêmes leur rapport. Il préserve, en quelque sorte, leur autonomie⁵⁰³.

Malgré cela, certaines conditions doivent être rencontrées. Celles-ci ont trait aux éléments essentiels du salariat ((1)), à la durée du contrat de travail ((2)) et aux conditions de

⁴⁹⁹ Nous traitons des éléments essentiels du salariat à la section suivante.

⁵⁰⁰ C.c.Q., art. 2085 à 2097.

⁵⁰¹ C.c.Q., art. 1377 à 1456; G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 33 et 34; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 228.

⁵⁰² C.c.Q., art. 1371 à 1707.

⁵⁰³ G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 29; F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX et J.-P. VILLAGGI, *préc.*, note 36, p. 182-184; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 61, 224, 233 et 234;. On parlera ici d'autonomie individuelle, par opposition à l'autonomie collective qu'on retrouve en matière de rapports collectifs de travail.

formation des contrats en général ((3)). Enfin, la qualification du contrat de travail à titre de contrat d'adhésion pourra entraîner le respect de certaines formalités additionnelles ((4))⁵⁰⁴.

(1) *Les éléments essentiels du salariat*

En vertu des règles particulières qui lui sont applicables, le contrat de travail doit posséder certaines caractéristiques inhérentes à sa nature même. Ce sont les éléments essentiels du salariat⁵⁰⁵. À défaut de posséder celles-ci, le contrat ne pourra être qualifié de « contrat de travail » et il n'y aura pas alors formation du rapport salarial, avec toutes les conséquences que cela comporte pour les parties⁵⁰⁶.

Pour pouvoir être qualifié de la sorte, le contrat doit prévoir : (1) une prestation de travail devant être exécutée par le salarié; (2) une rémunération devant être payée par l'employeur; et (3) un état de subordination du salarié à l'égard de l'employeur⁵⁰⁷. En effet, « le contrat de travail est celui par lequel une personne, le salarié, s'oblige, pour un temps limité et moyennant rémunération, à effectuer un travail sous la direction ou le contrôle d'une autre personne, l'employeur »⁵⁰⁸. Le troisième élément, la subordination dite « juridique », est crucial. En effet, son absence fait en principe échec à la qualification du contrat à titre de contrat de travail pour conclure plutôt à la présence d'un contrat d'entreprise ou de service, d'un contrat de société ou d'un contrat de mandat. À l'origine, la subordination juridique était associée exclusivement au pouvoir de l'employeur de diriger l'exécution même du travail, c'est-à-dire le pouvoir de contrôler la façon de travailler. Avec le temps, toutefois, la conception de la subordination juridique s'est assouplie afin de correspondre aux nouvelles réalités du marché du travail. Désormais, ce qui importe, c'est d'être en présence d'un cadre

⁵⁰⁴ G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 34; F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX et J.-P. VILLAGGI, *préc.*, note 36, p. 286 et 287.

⁵⁰⁵ *Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d'Assurance sur la Vie*, [2004] 3 R.C.S. 195, 206; G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 30-33; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 64.

⁵⁰⁶ Les principaux droits et les principales protections accordées au travailleur sont alors à toutes fins pratiques écartées.

⁵⁰⁷ F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX et J.-P. VILLAGGI, *préc.*, note 36, p. 232; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 64 et 75.

⁵⁰⁸ C.c.Q., art. 2085.

de travail qui s'impose au travailleur, lequel sera révélé par la présence de différents indices d'encadrement⁵⁰⁹.

À noter qu'aucune forme particulière n'est exigée pour la formation du contrat de travail. Ainsi, ce contrat peut emprunter la forme verbale ou écrite. En outre, il peut être conclu de façon exprès ou implicite. Un tel contrat peut par conséquent découler d'une situation factuelle, sans que les parties se soient entendues formellement sur la formation d'un contrat de travail entre elles. En somme, c'est la présence des éléments essentiels du salariat à la relation des parties qui emporte la formation d'un contrat de travail et qui font de l'employeur un « employeur » et d'un salarié un « salarié »⁵¹⁰, à tout le moins, en vertu du droit commun. D'ailleurs, il importe de souligner que le droit commun applicable au contrat de travail a un champ d'application plus vaste que la plupart des lois du travail; en effet, il a vocation de s'appliquer à tout salarié⁵¹¹. À titre d'exemple, le « cadre supérieur », qui est exclu du champ d'application de la plupart des dispositions de la *Loi sur les normes du travail*⁵¹² et du *Code du travail*⁵¹³, bénéficie néanmoins des dispositions du droit commun applicables au contrat de travail. Ainsi, en cas de rupture unilatérale de son contrat de travail par son employeur, une telle personne ne peut bénéficier de l'article 82 de la L.n.t. (préavis de fin d'emploi minimal), mais il peut bénéficier de l'article 2091 C.c.Q. (délai de congé d'une durée raisonnable). Cette importance relative plus grande des règles du droit commun pour ce type de salarié serait due au fait qu'il ne requiert pas un niveau de protection aussi élevé qu'un

⁵⁰⁹ *Centre de la petite enfance La Rose des vents c. Alliance des intervenantes en milieu familial Laval, Laurentides, Lanaudière, (C.S.Q.)*, [2003] R.J.D.T. 1193 (T.T.); *Syndicat des personnes responsables de milieux résidentiels d'hébergement des Laurentides (CSN) c. Centre du Florès*, [2001] R.J.D.T. 1228 (T.T.); *Gaston Breton inc. c. Union des routiers, brasseries, liqueurs douces et ouvriers de diverses industries, local 1999*, [1980] T.T. 471; G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 31 et 32; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 68. À noter que l'état de subordination économique peut également être considéré, mais celui-ci n'est pas déterminant à lui seul. Voir : *Dicom Express c. Paiement*, D.T.E. 2009T-266 (C.A.); G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 32; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 71 et 72.

⁵¹⁰ Sous réserve du respect des conditions étudiées dans les sections ci-après.

⁵¹¹ Ce n'est toutefois pas nécessairement le cas pour les salariés représentés par un syndicat. En effet, en vertu de l'affaire *Isidore Garon*, seules les dispositions du C.c.Q. qui sont compatibles avec le régime collectif de relations du travail sont susceptibles d'être appliqués à ces travailleurs. Voir : *Isidore Garon ltée c. Tremblay; Fillion et Frères (1976) inc. c. Syndicat national des employés de garage du Québec inc.*, *préc.*, note 498.

⁵¹² L.R.Q., c. N-1.1 (ci-après « L.n.t. »).

⁵¹³ L.R.Q., c. C-27 (ci-après « C.t. »).

salarié « ordinaire », puisqu'il bénéficie généralement d'un rapport de forces plus grand qu'un tel salarié dans ses relations avec l'employeur.

(2) *La durée du contrat de travail*

La présence ou l'absence d'une durée déterminée à l'entente intervenue entre les parties permet de préciser le type de contrat de travail intervenu entre les parties. En effet, le *Code civil du Québec* prévoit deux types de contrat de travail : celui à durée déterminée et celui à durée indéterminée⁵¹⁴. Or, comme nous le verrons ultérieurement, cette qualification a des conséquences importantes sur les règles applicables à la résiliation unilatérale du contrat de travail en l'absence d'un motif sérieux de résiliation⁵¹⁵.

À cet égard, il est important de souligner que les parties à la relation d'emploi sont complètement libres de recourir à l'une ou l'autre de ces formes de contrat de travail. En effet, le droit du travail québécois ne prévoit aucune condition ou contrainte particulière pour ce faire. Ceci étant, l'emploi à durée déterminée aura généralement tendance à profiter à l'employeur en raison de la flexibilité numérique accrue qu'il lui confère dans la gestion de sa main-d'œuvre, tandis que l'employé aura généralement avantage à favoriser un emploi à durée indéterminée en raison de la plus grande sécurité d'emploi qu'il est susceptible de lui offrir. Ce n'est pas toujours le cas, toutefois, puisqu'un contrat de travail à durée déterminée de longue durée est susceptible d'offrir une plus grande sécurité d'emploi à court terme à un salarié qu'un contrat à durée indéterminée.

Les parties peuvent donc recourir à des statuts de travail précaires (i.e. emploi temporaire ou occasionnel) autant qu'à des statuts de travail traditionnels (i.e. emploi permanent) dans le cadre de leur relation. Dans le contexte de la « Nouvelle économie », toutefois, où les impératifs de la flexibilité dominent plus que jamais les préoccupations des entreprises et où le rapport de force est plutôt favorable aux employeurs (qui peuvent brandir la menace de délocalisation avec une grande crédibilité), une proportion grandissante des

⁵¹⁴ C.c.Q., art. 2086.

⁵¹⁵ *Infra*, section IV.B.1.d)(2).

emplois créés sont des emplois précaires, ce qui peut nous laisser perplexe quant au caractère négociable du type de contrat de travail.

(3) *Les conditions de formation des contrats*

Le contrat de travail doit rencontrer les conditions de formation du contrat qu'on retrouve aux règles générales applicables aux contrats. En effet, mis à part les caractéristiques inhérentes à la nature même du contrat de travail que nous avons vues précédemment, le C.c.Q. ne prévoit aucune condition de formation particulière au chapitre du contrat de travail comme tel. Pour qu'un contrat soit valablement formé : (1) il doit y avoir un échange de consentement entre les parties; (2) celui-ci doit être valide; et (3) il doit intervenir entre des personnes capables de contracter. En outre, le contrat doit avoir : (4) une cause; et (5) un objet⁵¹⁶.

L'échange de consentement survient par la manifestation de la volonté d'une personne d'accepter l'offre que lui fait une autre personne. Cette manifestation de volonté d'être lié par le contrat peut être expresse ou tacite⁵¹⁷. Elle peut donc être déduite des faits. En effet, le consentement n'a pas à être exprès ou constaté par écrit : il peut s'inférer implicitement d'une situation factuelle⁵¹⁸. Pour qu'il puisse y avoir consentement, toutefois, celui-ci doit être donné par une personne qui, au temps où elle le manifeste, est apte à s'obliger⁵¹⁹.

L'échange de consentement peut survenir de différentes façons et à différents moments. Ainsi, il peut apparaître au moment où un salarié éventuel accepte l'offre non révoquée et non expirée que lui a préalablement fait un employeur potentiel⁵²⁰. Il peut

⁵¹⁶ C.c.Q., art. 1385. G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 34; F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX et J.-P. VILLAGGI, *préc.*, note 36, p. 236-243; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 228-231.

⁵¹⁷ C.c.Q., art. 1386.

⁵¹⁸ P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 229.

⁵¹⁹ C.c.Q., art. 1398; G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 34. Il faut distinguer l'« aptitude à s'obliger » d'une personne (a contrario : son inaptitude), prévue à l'article 1398 C.c.Q., de sa « capacité de contracter » (a contrario : son incapacité), prévue aux articles 1385 et 1409 C.c.Q. L'« inaptitude » vise les situations où un individu n'est pas en mesure de former un consentement valable, c'est-à-dire qui n'est pas lucide, quelle qu'en soit la raison. L'« incapacité » vise plutôt la personne que la loi a entendu protéger de façon particulière, comme le mineur ou le majeur protégé. Voir : BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil, tome 2 : Obligations, contrats nommés*, Les Presses de l'Université Laval, 1993, pp. 62-63.

⁵²⁰ C.c.Q., art. 1387 à 1397.

également survenir spontanément, dans le cadre d'une discussion entre les parties. Il survient alors au moment même où l'accord de volonté devient complet et définitif, à la condition toutefois que les autres conditions de formation du contrat soient rencontrées⁵²¹. Le fait que les parties se soient entendues pour consigner l'entente par écrit et en préciser les modalités ultérieurement n'a pas pour effet de reporter à plus tard l'échange de consentement⁵²².

Pour que l'échange de consentement soit valide, il faut que le consentement de chaque partie soit libre et éclairé. De façon plus particulière, il ne devra pas avoir été vicié par l'un ou l'autre des vices de consentement que sont l'erreur, la crainte ou la lésion⁵²³.

L'erreur, qu'elle soit une erreur simple⁵²⁴ ou encore une erreur provoquée par le dol ou la fraude⁵²⁵, affecte le caractère éclairé du consentement. De plus, pour être éclairé, celui-ci doit avoir été donné en toute connaissance de cause, renseignements pris et donnés. La crainte⁵²⁶, la contrainte, la menace ou la violence affectent plutôt le caractère libre du consentement. Enfin, la lésion⁵²⁷ affecte à la fois le caractère libre et éclairé du consentement⁵²⁸. Contrairement aux autres vices de consentement, elle ne pourra être invoquée que par le mineur ou le majeur protégé et ce, dans certaines circonstances particulières⁵²⁹.

La personne dont le consentement est vicié peut en demander la nullité devant les tribunaux. En cas d'erreur provoquée par le dol, de crainte ou de lésion, elle pourra également réclamer des dommages-intérêts ou une réduction équivalente de son obligation⁵³⁰. Enfin, en

⁵²¹ *Latraverse c. Centre hospitalier St-Eustache*, [2002] R.J.Q. 1056 (C.S.).

⁵²² *Durand c. Prolab-Bio inc.*, [2001] R.J.Q. 1037 (C.S.).

⁵²³ C.c.Q., art. 1399; G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 34.

⁵²⁴ C.c.Q., art. 1400.

⁵²⁵ C.c.Q., art. 1401.

⁵²⁶ C.c.Q., art. 1402-1404.

⁵²⁷ C.c.Q., art. 1406. Il y a lésion lorsque l'exploitation de l'une des parties par l'autre entraîne une disproportion importante entre les prestations des parties. Elle peut aussi résulter d'une obligation estimée excessive eu égard à la situation patrimoniale d'un mineur ou d'un majeur protégé, aux avantages que celui-ci retire du contrat et à l'ensemble des circonstances.

⁵²⁸ Gil RÉMILLARD, *Commentaires du Ministre de la Justice. Le Code civil du Québec : un mouvement de société*, tome 1, Publications du Québec, 1993, p. 848 et 849.

⁵²⁹ C.c.Q., art. 1405; G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 34.

⁵³⁰ C.c.Q., art. 1407.

cas de lésion, le tribunal pourra maintenir le contrat en vigueur si le défendeur accepte une réduction de sa créance ou offre une compensation monétaire adéquate à la personne lésée⁵³¹.

L'échange de consentement doit survenir entre des personnes⁵³² qui sont capables de contracter⁵³³. Cette capacité se présume chez les personnes majeures⁵³⁴. En matière d'emploi, toutefois, le mineur de quatorze ans et plus est réputé majeur pour tous les actes relatifs à son emploi ou à l'exercice de son art ou de sa profession⁵³⁵. Il peut donc conclure un contrat de travail en toute légalité, sans que son tuteur n'ait à intervenir. Le mineur de moins de quatorze ans⁵³⁶ et le majeur protégé⁵³⁷ ne pourront toutefois conclure un tel contrat sans l'intervention de leur tuteur, curateur ou conseiller, selon le cas⁵³⁸.

Enfin, le contrat de travail, à l'instar de tout contrat, doit avoir une cause et un objet. La cause du contrat est la raison qui incite chacune des parties à le conclure⁵³⁹. Elle est purement subjective et n'est généralement pas exprimée au contrat⁵⁴⁰. Elle n'a d'ailleurs pas à l'être⁵⁴¹. L'objet du contrat, quant à lui, est l'opération juridique que les parties ont l'intention de réaliser au moment de sa conclusion, telle que l'ensemble des droits et obligations du contrat la révèle⁵⁴². Tant la cause que l'objet du contrat ne doivent pas être prohibés par la loi

⁵³¹ C.c.Q., art. 1408.

⁵³² Alors que le salarié doit nécessairement être une personne physique, l'employeur pourra être une personne physique ou une personne morale : G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 30; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 64, 75-80, 230. À l'instar de la personne physique majeure, la personne morale est présumée posséder la capacité requise pour contracter : C.c.Q., art. 301 et 303.

⁵³³ C.c.Q., art. 1385 et 1409. L'article 1409 renvoi aux règles relatives à la capacité de contracter établies au livre Des personnes du C.c.Q., art. 153 et suivants.

⁵³⁴ C.c.Q., art. 153-154.

⁵³⁵ C.c.Q., art. 156.

⁵³⁶ C.c.Q., art. 155-166.

⁵³⁷ C.c.Q., art. 256.

⁵³⁸ G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 34; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 230. Notons que ces règles sont complétées par des règles particulières prévues à la *Loi sur l'instruction publique* et à la *Loi sur les normes du travail*.

⁵³⁹ C.c.Q., art. 1410, al. 1.

⁵⁴⁰ P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 230 et 231.

⁵⁴¹ C.c.Q., art. 1410, al. 2.

⁵⁴² C.c.Q., art. 1412.

ou contraire à l'ordre public⁵⁴³. Dans un tel cas, le contrat est susceptible d'être frappé de nullité⁵⁴⁴.

Cette dernière condition se répercute directement sur le contenu même du contrat de travail. En effet, les conditions de travail, puisqu'elles constituent l'objet du contrat, doivent elles-mêmes être conformes à la loi et à l'ordre public⁵⁴⁵. La nullité de l'une ou l'autre d'entre elles, toutefois, ne devrait pas, en principe, entraîner la nullité du contrat dans son ensemble⁵⁴⁶.

Mise à part cette exigence, le contenu du contrat de travail demeure relativement peu réglementé par le C.c.Q. et les parties sont généralement libres d'y prévoir les conditions de travail qu'elles jugent appropriées⁵⁴⁷. En effet, « le droit commun ne s'intéresse pas directement au contenu des conditions de travail et laisse plutôt cette question à la libre négociation des deux parties visées »⁵⁴⁸. En fait, tout ce qu'impose le C.c.Q. aux parties en matière de conditions de travail est qu'elles soient conformes à la loi et que le contrat de travail soit conclu « pour un temps limité »⁵⁴⁹.

(4) *Les conditions particulières quant à la formation du contrat d'adhésion*

Le C.c.Q. prévoit des règles particulières applicables au contrat d'adhésion. Le contrat d'adhésion est celui dont les stipulations essentielles « ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées »⁵⁵⁰. Le contrat de travail est susceptible d'être qualifié de la sorte⁵⁵¹.

⁵⁴³ C.c.Q., art. 1411 et 1413.

⁵⁴⁴ C.c.Q., art. 1416-1422.

⁵⁴⁵ G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 34; F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX et J.-P. VILLAGGI, *préc.*, note 36, p. 252; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 233.

⁵⁴⁶ C.c.Q., art. 1438.

⁵⁴⁷ F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX et J.-P. VILLAGGI, *préc.*, note 36, p. 243; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 233.

⁵⁴⁸ P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 233.

⁵⁴⁹ C.c.Q., art. 2085. Ce qui ne veut pas dire qu'il ne peut être conclu pour une durée indéterminée : C.c.Q., art. 2086.

⁵⁵⁰ C.c.Q., art. 1379.

⁵⁵¹ *Lantagne c. Groupe S.M. international inc.*, [2004] R.J.D.T. 954 (C.S.); G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 34; F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX et J.-P. VILLAGGI, *préc.*, note 36, p. 244-245; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 233 et 234.

Les dispositions du C.c.Q. applicables au contrat d'adhésion sont essentiellement des règles d'interprétation. L'un des principaux effets de celles-ci, toutefois, est d'imposer l'accomplissement de certaines formalités au moment même de la formation du contrat ou au préalable.

Pour être valide, la clause externe à laquelle renvoi un contrat d'adhésion doit avoir été expressément portée à la connaissance de l'adhérent au moment de la formation du contrat, à moins que celui-ci n'en ait déjà pris connaissance⁵⁵². De même, la clause illisible ou incompréhensible pour une personne raisonnable prévue à un contrat d'adhésion devra avoir fait l'objet d'explications adéquates quant à sa nature et à son étendue, à défaut de quoi elle sera considérée nulle dans l'éventualité où elle causerait préjudice à l'adhérent⁵⁵³. Enfin, la clause abusive d'un contrat d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible⁵⁵⁴. Est abusive « toute clause qui désavantage (...) l'adhérent d'une manière excessive ou déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi ». Sera entre autres considérée abusive « la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci. »⁵⁵⁵.

c) Le contenu du rapport salarial

Le contrat de travail engendre toute une série de droits et obligations entre les parties, lesquels trouvent leur origine dans les différentes sources du droit du travail, que celles-ci soient publiques (comme la loi, les règlements, la jurisprudence), ou privées (comme le contrat individuel de travail ou la convention collective)⁵⁵⁶. Ce sont ces droits et obligations qui régissent le déroulement du rapport salarial comme tel. On parle généralement du « statut juridique de salarié » pour faire référence à cet ensemble de droits et obligations qui accompagnent le rapport salarial, quelle que soit leur origine⁵⁵⁷.

⁵⁵² C.c.Q., art. 1435.

⁵⁵³ C.c.Q., art. 1436.

⁵⁵⁴ C.c.Q., art. 1437, al. 1.

⁵⁵⁵ C.c.Q., art. 1437, al. 2.

⁵⁵⁶ P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 62 et 223-419.

⁵⁵⁷ P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 62; Alain SUPIOT, *Critique du droit du travail*, Paris, Quadriga / Presses Universitaires de France, p. 13-38.

La présente section porte sur les droits et obligations que le droit commun impose aux parties au contrat de travail. Elles sont de trois ordres. Il y a tout d'abord les droits et obligations qui découlent directement du droit commun ((1)), c'est-à-dire ceux qui trouvent leur origine dans le C.c.Q. Il y a ensuite les droits et obligations d'origine conventionnelle ((2)), c'est-à-dire ceux qui, bien que tirant leur force obligatoire du droit commun, sont prévus au contrat de travail même; ils résultent de la libre négociation entre les parties. Enfin, il y a les droits et obligations qui découlent implicitement du contrat de travail ((3)).

(1) *Les droits et obligations qui découlent directement du droit commun*

Les dispositions du C.c.Q., et plus particulièrement celles qui s'appliquent de façon spécifique au contrat de travail, prévoient de nombreuses obligations qui s'imposent aux parties au rapport salarial⁵⁵⁸. Ces obligations sont généralement qualifiées d'obligations « réciproques » ou « corrélatives » en raison du caractère synallagmatique du contrat de travail⁵⁵⁹. En effet, elles « indiquent le comportement général que l'employeur et le salarié se doivent réciproquement et, du même coup, ce que chacun est en droit d'attendre de l'autre »⁵⁶⁰.

(a) Les obligations de l'employeur

Les obligations de l'employeur en vertu du contrat de travail sont essentiellement prévues à l'article 2087 du C.c.Q., qui se lit comme suit :

2087. L'employeur, outre qu'il est tenu de permettre l'exécution de la prestation de travail convenue et de payer la rémunération fixée, doit prendre les mesures appropriées à la nature du travail, en vue de protéger la santé, la sécurité et la dignité du salarié.

⁵⁵⁸ G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 34-43. À noter que nous nous contentons ici d'étudier les obligations des parties, considérant que les obligations de l'une correspondent généralement aux droits de l'autre, en raison du caractère synallagmatique du contrat de travail (C.c.Q., art. 1380).

⁵⁵⁹ *Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d'Assurance sur la Vie*, *préc.*, note 505, 206; G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 33; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 234 et 322-382.

⁵⁶⁰ F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX et J.-P. VILLAGGI, *préc.*, note 36, p. 294 et 295.

À noter que cet article doit être lu et interprété à la lumière de l'article 2085 du C.c.Q., qui prévoit les composantes essentielles du contrat de travail. D'ailleurs, certaines des obligations des parties s'y trouvent déjà énoncées.

L'employeur doit tout d'abord « permettre l'exécution de la prestation de travail convenue »⁵⁶¹. Cette obligation comporte différents volets. L'employeur doit *fournir du travail au salarié*. Ainsi, le salarié inactif (absence totale d'offre de travail) pourrait en principe exiger que son employeur lui fournisse du travail, même s'il continue tout de même de recevoir sa pleine rémunération⁵⁶². Cela est susceptible d'entraîner des difficultés qui peuvent paraître plus théoriques que pratiques en raison du fait que le salarié ne devrait pas se plaindre « d'être payé à ne rien faire ». Or, il n'en est rien. En effet, il est désormais reconnu que le travail possède beaucoup plus qu'un simple caractère alimentaire. Il est une « composante essentielle du sens de l'identité d'une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel »⁵⁶³.

Mais l'obligation de l'employeur ne se limite pas à offrir du travail. Celui-ci doit *offrir le travail convenu*. Ainsi, le salarié assigné à un travail différent de celui prévu au contrat de travail (offre de travail différente) peut exiger que son employeur lui fournisse le travail ayant fait l'objet de l'entente⁵⁶⁴. Cette obligation sera cependant plus ou moins contraignante selon que le contrat de travail ou la convention collective, le cas échéant, prédéterminent ou non la prestation de travail comme telle. En effet, dans la mesure où cette dernière n'est pas précisée ou est énoncée en des termes larges et inclusifs, l'employeur pourra modifier la prestation de travail d'un salarié lorsque les besoins de l'entreprise le justifient⁵⁶⁵.

⁵⁶¹ C.c.Q., art. 2087; *Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d'Assurance sur la Vie*, *préc.*, note 505, 206.

⁵⁶² G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 38; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 334 et 335.

⁵⁶³ *Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d'Assurance sur la Vie*, *préc.*, note 505, par. 63; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, par. 93; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, p. 368; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 334 et 335.

⁵⁶⁴ G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 38; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 334 et 335.

⁵⁶⁵ *Filion c. Cité de Montréal*, [1970] R.C.S. 211; *Charbonnier c. Air Canada Touram*, D.T.E. 90T-407 (C.A.); G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 39; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 337 et 338.

Enfin, l'obligation de fournir le travail convenu comprend celle de *maintenir un cadre et des conditions de travail permettant au salarié d'exécuter ledit travail*. Ainsi, à moins d'une entente ou d'usages professionnels à l'effet contraire, l'employeur devra fournir les locaux, l'outillage et les équipements nécessaires à l'exécution du travail⁵⁶⁶.

Le non-respect de l'obligation de permettre l'exécution de la prestation de travail équivaut, en présence d'une rémunération, à un congédiement déguisé. En l'absence d'une rémunération, elle équivaut tout simplement à un congédiement⁵⁶⁷. Cette obligation peut cependant être suspendue à l'occasion de l'imposition d'une mesure disciplinaire ou administrative par l'employeur, ou encore, à l'occasion d'une mise à pied⁵⁶⁸.

En plus de permettre au salarié d'exécuter la prestation de travail convenue, l'employeur doit « payer la rémunération fixée »⁵⁶⁹. La notion de « rémunération » est très large. Elle comprend toute considération ou tout avantage pécuniaire que l'employeur s'engage à verser au salarié en échange de sa prestation de travail⁵⁷⁰. Elle peut donc prendre différentes formes. Ainsi, elle peut être versée en fonction de la durée du travail, du rendement du salarié, ou encore sous forme de commission. En outre, elle sera habituellement accompagnée de différents avantages sociaux qui trouvent leur origine dans les lois particulières, dans le contrat de travail ou encore dans la convention collective⁵⁷¹.

Outre cette obligation d'ordre général, le droit commun ne prévoit pas d'exigences particulières en ce qui concerne la rémunération à verser au salarié. En principe, donc, les parties demeurent libres d'en déterminer le montant, la périodicité et le mode de versement comme elles l'entendent. Cette liberté contractuelle sera toutefois grandement restreinte par

⁵⁶⁶ *Lagacé c. Bande Naskapi du Québec*, D.T.E. 94T-237 (C.S.); G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 38; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 335 et 336.

⁵⁶⁷ *Farber c. Cie Trust Royal*, [1997] 1 R.C.S. 846, par. 24; *Serveyer, Nenniger et Chênevert Inc. c. Thomas*, (1991) 34 Q.A.C. 61; G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 38; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 336.

⁵⁶⁸ *Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d'Assurance sur la Vie*, *préc.*, note 505; G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 39; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 250, 251 et 258-265.

⁵⁶⁹ C.c.Q., art. 2087 et 2085; *Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d'Assurance sur la Vie*, *préc.*, note 505, 206.

⁵⁷⁰ *Uniforêt Inc. c. 9027-1875 Québec Inc.*, REJB 2003-44098 (C.A.); *J.B. Charron Ltée c. Commission du salaire minimum*, J.E. 80-39 (C.A.); *Mathieu c. Rénald Mathieu Inc.*, [2000] R.J.Q. 274 (C.S.); G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 41.

⁵⁷¹ G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 41; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 338.

les lois du travail et la Charte⁵⁷² de même que la convention collective applicable, le cas échéant.

L'employeur doit « prendre les mesures appropriées à la nature du travail, en vue de protéger la santé, la sécurité et la dignité du salarié »⁵⁷³. Cette obligation comporte deux volets. Tout d'abord, l'employeur a l'obligation de *prendre les mesures appropriées pour protéger la santé et la sécurité du salarié*. Cela ressort clairement de l'article 2087 C.c.Q. Or, cette obligation ne découle pas uniquement de l'article 2087. Celui-ci doit être lu en conjonction avec l'article 46 de la C.d.l.p. et la L.s.s.t. En effet, tandis que l'article 2087 fait de la santé et de la sécurité du salarié une obligation réciproque de l'employeur en vertu du contrat de travail, la Charte et la L.s.s.t., quant à elles, viennent préciser la nature et la portée de cette obligation. Ensuite, l'employeur a l'obligation de *prendre les mesures appropriées pour protéger l'intégrité du salarié*. Cette obligation impose à l'employeur de traiter le salarié comme un être humain à part entière et de lui reconnaître ses droits fondamentaux. Il doit ainsi traiter le salarié avec respect et s'abstenir de tout comportement vexatoire à son endroit⁵⁷⁴. Il doit en outre veiller à ce que le milieu et les conditions de travail comme tels ne portent pas atteinte à la dignité du salarié⁵⁷⁵. Enfin, cette obligation viendrait appuyer la prohibition du harcèlement fondé sur un motif discriminatoire prévue à la *Charte des droits et libertés de la personne*⁵⁷⁶, la prohibition du harcèlement psychologique prévue à la *Loi sur les normes du*

⁵⁷² Ainsi, la *Loi sur les normes du travail, préc.*, note 512, la *Loi sur l'équité salariale*, L.R.Q., c. E-12.001, et la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, imposent d'importantes limites à la liberté contractuelle des parties au contrat de travail en matière de rémunération et des modalités de versement de celle-ci. Voir : P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 338-346.

⁵⁷³ C.c.Q., art. 2087; *Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d'Assurance sur la Vie, préc.*, note 505, 206.

⁵⁷⁴ *Municipalité de S... et Syndicat canadien de la fonction publique*, [1996] T.A. 881; *Drolet c. Charron*, [2003] R.J.Q. 2947 (C.S.) (renversé en appel sur d'autres motifs); *Bélanger c. Garderie Chez Rolande inc.*, D.T.E. 2005T-654 (C.Q.); P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, 365 et 366.

⁵⁷⁵ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 2632-1661 Québec inc.*, D.T.E. 97T-872 (T.D.P.Q.); *Société des alcools du Québec et Syndicat des travailleuses et travailleurs de la Société des alcools du Québec (SCFP), section locale 3535T*, D.T.E. 2005T-229 (T.A.).

⁵⁷⁶ P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 367-369. L'article 10.1 de la Charte québécoise interdit à quiconque de harceler un salarié sur la base des motifs énumérés à l'article 10, soit la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour palier ce handicap. L'article 16 interdit la discrimination dans le cadre de certains processus ou phénomènes étroitement associés au milieu de travail.

*travail*⁵⁷⁷ et l'obligation de l'employeur de respecter la vie privée du salarié prévue à la fois au C.c.Q. et à la C.d.l.p.⁵⁷⁸.

(b) Les obligations du salarié

Les obligations du salarié en vertu du contrat de travail sont énoncées à l'article 2088 du C.c.Q., qui se lit comme suit :

2088. Le salarié, outre qu'il est tenu d'exécuter son travail avec prudence et diligence, doit agir avec loyauté et ne pas faire usage de l'information à caractère confidentiel qu'il obtient dans l'exécution ou à l'occasion du travail.

*Ces obligations survivent pendant un délai raisonnable après cessation du contrat, et survivent en tout temps lorsque l'information réfère à la réputation et à la vie privée d'autrui*⁵⁷⁹.

Rappelons que ces obligations doivent être lues à la lumière de l'article 2085 C.c.Q., qui prévoit notamment que le salarié doit exécuter le travail « sous la direction et le contrôle d'une autre personne, l'employeur »⁵⁸⁰. La jurisprudence et la doctrine ont eu l'occasion de préciser la portée des ces obligations.

En vertu du C.c.Q., le salarié est tenu « d'exécuter son travail avec prudence et diligence »⁵⁸¹. Or, nous le verrons, non seulement le salarié doit *exécuter le travail* et le faire *avec prudence et diligence*, le salarié a l'obligation d'exécuter le travail *personnellement* et d'agir *avec correction et civilité*.

Le salarié doit *exécuter le travail*. C'est l'objet même du contrat. En effet, par le contrat de travail, « le salarié met essentiellement sa capacité de travail à la disposition de l'employeur, à l'intérieur des limites convenues, expressément ou implicitement, qu'il s'agisse

⁵⁷⁷ P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 369 et 370. Depuis juin 2004, la L.n.t prévoit de façon particulière que tout salarié a droit à un milieu de travail exempt de harcèlement psychologique : L.n.t., art. 81.19. En outre, un recours particulier est prévu aux articles 123.6 et suiv.

⁵⁷⁸ P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 371-374. Les articles 3 et 35 du C.c.Q. reconnaissent que toute personne a droit au respect de sa vie privée. L'article 36 du C.c.Q. énumère des situations considérées comme des atteintes à la vie privée. Les articles 37 à 41 du C.c.Q. contiennent des règles relatives à la tenue de dossier sur autrui. L'article 5 de la C.d.l.p. prévoit que toute personne a droit au respect de sa vie privée.

⁵⁷⁹ C.c.Q., art. 2088.

⁵⁸⁰ C.c.Q., art. 2085.

⁵⁸¹ C.c.Q., art. 2088; *Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d'Assurance sur la Vie*, *préc.*, note 505, 206.

de l'accomplissement d'un travail d'une nature physique ou intellectuelle »⁵⁸². Ainsi, le salarié qui ne se présente pas au travail ou qui refuse sans motif d'effectuer le travail que lui assigne l'employeur contrevient à ses obligations en vertu du contrat de travail et s'expose à des mesures de la part de son employeur⁵⁸³. À noter toutefois que le salarié n'a pas à exécuter un travail contraire à la loi ou à l'ordre public⁵⁸⁴ ou qui est constitué un danger pour lui-même ou autrui⁵⁸⁵.

La nature même du contrat de travail, qui suppose la mise à la disposition de la force de travail du salarié à la disposition de l'employeur, a pour conséquence que le salarié doit exécuter lui-même, c'est-à-dire *personnellement*, la prestation de travail convenue⁵⁸⁶. La possibilité de faire exécuter le travail par autrui est en principe incompatible avec le statut de salarié⁵⁸⁷. Il existe toutefois des exceptions à cette règle. Ainsi, on a jugé que ne perdait pas son statut de salarié le travailleur qui se fait occasionnellement remplacer ou aider⁵⁸⁸.

Le C.c.Q. énonce expressément l'obligation du salarié d'exécuter son travail *avec prudence et diligence*⁵⁸⁹. Cette obligation impose au salarié des obligations en matière de santé et sécurité du travail. Ainsi, le salarié doit exécuter son travail de façon sécuritaire, non seulement pour lui, mais également pour ses collègues et les tiers en général⁵⁹⁰. Elle sera plus ou moins contraignante suivant la nature du travail et les circonstances dans lesquelles celui-ci

⁵⁸² P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 323.

⁵⁸³ Ces mesures pourront être de nature disciplinaire et/ou administrative, selon les circonstances particulières de l'affaire.

⁵⁸⁴ C.c.Q., art. 1373; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 324.

⁵⁸⁵ En effet, la L.s.s.t. confère au travailleur le droit de refuser d'effectuer un travail jugé dangereux pour lui-même ou pour autrui. De plus, des droits de refus particuliers sont conférés à des travailleurs dans des circonstances particulières.

⁵⁸⁶ G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 34; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 65, 69, 323 et 324.

⁵⁸⁷ *Transport Jean Gauthier inc. c. Tribunal du travail*, [2005] R.J.D.T. 656, 665 (C.A.); *Dazé c. Messageries Dynamiques*, [1991] R.D.J. 195, 197 (C.A.); P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 69.

⁵⁸⁸ *Gaston Breton inc. c. Union des routiers, brasseries, liqueurs douces et ouvriers de diverses industries, local 1999*, *préc.*, note 509, 483 (notons toutefois que cette affaire mettait en cause la définition de « salarié » au sens du *Code du travail*); G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 34; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 69.

⁵⁸⁹ C.c.Q., art. 2088.

⁵⁹⁰ G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 38; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 354.

s'exécute. À noter que cette obligation est précisée et complétée par une législation particulière en matière de santé et sécurité au travail⁵⁹¹.

Cette obligation impose également au salarié des obligations en termes de quantité et de qualité du travail. Ainsi, un salarié ne respecte pas son obligation d'exécution si son travail n'est pas à la hauteur des exigences quantitatives et qualitatives requises par son milieu de travail. Celui-ci doit exécuter son travail selon les règles de l'art⁵⁹².

Enfin, le salarié a l'obligation de *faire preuve de civilité et de correction* à l'égard d'autrui, tant dans le cadre des rapports internes (collègues, supérieurs, subalternes) que des rapports externes (clientèle, fournisseurs) de l'entreprise. L'intensité de cette obligation varie selon les circonstances et la nature des fonctions du salarié⁵⁹³. Ainsi, on s'attend à ce qu'un salarié ait des relations cordiales avec ses collègues et coopère avec eux⁵⁹⁴. Cette obligation s'ajoute à des obligations par ailleurs existantes en vertu de lois particulières, notamment en matière de discrimination et de harcèlement en milieu de travail⁵⁹⁵. On s'attend également à ce qu'un salarié ait une attitude courtoise et ouverte envers les clients et les fournisseurs de l'employeur. Cette obligation se conjuguerait alors au devoir de loyauté du salarié, en vertu duquel il doit éviter de nuire à l'image ou à la réputation de son employeur et même à défendre les intérêts de celui-ci⁵⁹⁶.

En plus de devoir exécuter le travail avec prudence et diligence, avec les différentes obligations que cela comporte, le salarié doit exécuter le travail sous la direction et le contrôle de l'employeur⁵⁹⁷. Ce faisant, le salarié se trouve en état de subordination par rapport à l'employeur.

⁵⁹¹ *Loi sur la santé et la sécurité du travail, préc.*, note 371.

⁵⁹² *Société des alcools du Québec et Syndicat des travailleuses et travailleurs de la Société des alcools du Québec, section locale 3535 (S.C.F.P.)*, [2004] R.J.D.T. 836, 857 (T.A.); *Université du Québec à Trois-Rivières et Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1800*, [1991] T.A. 212 ; G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 35; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 323.

⁵⁹³ P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 353; Claude D'AOUST, Sylvain ST-JEAN et Gilles TRUDEAU, « L'obligation de civilité du salarié », (1986) 41 *RI/IR* 157-180.

⁵⁹⁴ *Dam c. Épicieris unis Métro-Richelieu*, D.T.E. 94T-1225 (C.A.).

⁵⁹⁵ P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 353.

⁵⁹⁶ *Id.*, p. 354.

⁵⁹⁷ C.c.Q., art. 2085; *Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d'Assurance sur la Vie, préc.*, note 505, 206.

La subordination du salarié à son employeur, avons-nous vu, est l'un des éléments essentiels du salariat⁵⁹⁸. Or, c'est cette même subordination, la subordination juridique, qui est à l'origine du pouvoir de direction de l'employeur et du devoir d'obéissance correspondant du salarié⁵⁹⁹.

Le pouvoir de direction de l'employeur peut prendre différentes formes. Ainsi, l'employeur peut adopter des politiques ou des règlements d'entreprise d'application générale. Il peut également donner des ordres à un salarié ou à un groupe de salariés en particulier, que ce soit oralement ou par écrit. Le devoir d'obéissance du salarié, de son côté, oblige ce dernier à se conformer aux directives de l'employeur, sous peine de commettre un acte d'insubordination⁶⁰⁰.

Pour être valides et contraignantes, toutefois, les directives de l'employeur doivent rencontrer certaines exigences : elles doivent être claires, communiquées sans ambiguïté, connues du salarié et émaner d'une personne en autorité⁶⁰¹. En outre, comme déjà mentionné, un salarié n'est pas tenu d'obéir aux directives de l'employeur si celles-ci contreviennent à la loi ou imposent la commission d'un acte illégal ou contraire à l'ordre public, si elles portent atteinte au droit à la vie privée du salarié ou constituent un abus de droit de la part de l'employeur⁶⁰². Enfin, on le verra, les directives de l'employeur ne peuvent avoir pour effet d'exposer le salarié ou une autre personne à un danger pour sa santé, sa sécurité ou son intégrité physique. Dans de tels cas, le salarié pourra refuser d'obtempérer⁶⁰³.

Pendant la durée de son emploi, le salarié « doit agir avec loyauté et ne pas faire usage de l'information à caractère confidentiel qu'il obtient dans l'exécution ou à l'occasion du

⁵⁹⁸ P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 64 et 67.

⁵⁹⁹ *Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d'Assurance sur la Vie*, *préc.*, note 505; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 350.

⁶⁰⁰ G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 35.

⁶⁰¹ P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 351; Claude D'AOUST et Gilles TRUDEAU, *L'obligation d'obéir et ses limites dans la jurisprudence arbitrale québécoise*, Monographie 4, Montréal, École des relations industrielles, Université de Montréal, 1979. Voir également : *Syndicat des communications graphiques et Barreau de Montréal*, [2003] R.J.D.T. 427 (T.A.).

⁶⁰² P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 351.

⁶⁰³ En effet, la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* confère au travailleur le droit de refuser d'exécuter le travail dans ces circonstances. Voir : P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 351 et 352.

travail »⁶⁰⁴. Ce devoir de loyauté et de discrétion⁶⁰⁵ survit pendant un délai raisonnable suite à la rupture du lien d'emploi. Le devoir de discrétion peut même survivre en tout temps dans certaines circonstances⁶⁰⁶.

La doctrine a eu l'occasion d'analyser en détail l'étendue et la portée du devoir de loyauté et de discrétion⁶⁰⁷. De façon générale, on peut affirmer qu'il consiste en l'obligation pour le salarié d'éviter de faire du tort à son employeur et d'en défendre les intérêts. De façon plus particulière, toutefois, on peut affirmer qu'il est à l'origine de trois obligations distinctes qu'a le salarié à l'endroit de son employeur : les obligations d'honnêteté, de fidélité et de discrétion⁶⁰⁸. Les deux premières obligations découlent du devoir de loyauté, tandis que la troisième découle directement du devoir de discrétion.

En vertu de la première obligation, le salarié doit en tout temps *avoir un comportement honnête* envers son employeur⁶⁰⁹. Ainsi, le vol, que ce soit le vol de bien ou de temps, la fraude, les tromperies et les mensonges, pour ne nommer que ceux-là, sont des actes jugés inacceptables en milieu de travail, qu'ils soient commis à l'endroit de l'employeur lui-même, de collègues de travail ou de tiers, comme les clients ou les fournisseurs. Un manquement du salarié à son obligation d'honnêteté constituera généralement une faute grave, puisque le lien de confiance et la bonne foi, qui sont à la base même du contrat de travail, sont alors affectés⁶¹⁰. Un tel manquement justifiera habituellement une sanction sévère de la part de l'employeur et même, lorsque le lien de confiance est irrémédiablement rompu, un congédiement. Chaque cas doit toutefois être évalué à son mérite⁶¹¹.

⁶⁰⁴ C.c.Q., art. 2088, al. 1; *Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d'Assurance sur la Vie*, *préc.*, note 505, 206.

⁶⁰⁵ C'est ainsi qu'on désigne généralement l'obligation de ne pas faire usage de l'information confidentielle obtenue dans le cadre ou à l'occasion du travail.

⁶⁰⁶ C.c.Q., art. 2088, al. 2.

⁶⁰⁷ G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 35-38; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 356-365; Louise DUBÉ et Gilles TRUDEAU, « Les manquements du salarié à son obligation d'honnêteté et de loyauté en jurisprudence arbitrale », dans G. TRUDEAU, G. VALLÉE et D. VEILLEUX (dir.), *préc.*, note 20, p. 51-124; France HÉBERT, *L'obligation de loyauté du salarié*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1995.

⁶⁰⁸ P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 356.

⁶⁰⁹ G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 35; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 357.

⁶¹⁰ P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 357.

⁶¹¹ *Syndicat du personnel de soutien de la Commission scolaire des Patriotes (C.S.N.) c. Commission scolaire des Patriotes*, [1998] R.J.D.T. 13 (C.A.); *Union internationale des travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 c. Gendreau*, [1998] R.J.D.T. 38 (C.A.).

En vertu de la deuxième obligation, le salarié doit *agir de façon fidèle et loyale* envers son employeur. Concrètement, cela signifie qu'il doit éviter de se trouver dans des situations où il pourrait être appelé à nuire aux intérêts de son employeur ou à privilégier ceux d'un tiers⁶¹². Ainsi, un salarié qui cumule plus d'un emploi doit éviter de se mettre en situation de conflit d'intérêts envers son employeur principal. Ceci peut survenir lorsqu'un salarié fait lui-même concurrence à son employeur en dehors de ses heures de travail ou encore travaille pour un de ses concurrents directs. Un salarié doit également éviter de s'adonner à des activités incompatibles avec son emploi en dehors de ses heures de travail. Cela risquerait de nuire aux intérêts de son employeur. Certaines relations personnelles du salarié peuvent avoir pour effet de mettre celui-ci en situation de conflit d'intérêts ou de carrément nuire à l'employeur⁶¹³. Enfin, un salarié qui accepte un pot-de-vin, que ce soit de la part d'un client ou d'un fournisseur, se met dans une situation de conflit d'intérêts et risque ainsi de contrevenir à son devoir de fidélité envers son employeur⁶¹⁴. L'intensité de cette obligation varie en fonction de la nature du poste occupé par le salarié et le niveau de responsabilité qui lui est rattaché.

Enfin, en vertu de la troisième de ces obligations, le salarié doit *faire preuve de discrétion* quant à l'information dont il peut avoir connaissance de temps à autre en raison de son travail. En effet, celui-ci « ne (doit) pas faire usage de l'information à caractère confidentiel qu'il obtient dans l'exécution ou à l'occasion du travail »⁶¹⁵. Il ne doit pas non plus divulguer celle-ci à des tiers. L'information confidentielle dont il est question est l'information « objectivement » confidentielle⁶¹⁶. Ainsi, le devoir de discrétion du salarié porte sur les secrets de fabrique⁶¹⁷, comme les procédés de fabrication et les ingrédients ou composants d'un produit, et sur les secrets commerciaux⁶¹⁸, comme les listes de clients ou de fournisseurs. Il porte également sur les renseignements personnels relatifs à la vie privée ou à

⁶¹² *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429; G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 35.

⁶¹³ Il est toutefois interdit à l'employeur de discriminer un salarié en fonction de son état civil : C.d.l.p., art. 10. Voir également : *Brossard (Ville de) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279.

⁶¹⁴ G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 35; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 358 et 359.

⁶¹⁵ C.c.Q., art. 2088, al. 1.

⁶¹⁶ G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 36; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 360.

⁶¹⁷ *Corp. Scientifique Claisse inc. c. Instruments Katanax inc.*, D.T.E. 2004T-590 (C.S.).

⁶¹⁸ *Voyages Robillard inc. c. Consultour/Club Voyages inc.*, [1995] R.J.Q. 2680 (C.S.).

la réputation d'autrui, comme les clients et les fournisseurs de l'entreprise, ou tout simplement les collègues de travail et l'employeur lui-même⁶¹⁹. L'intensité de cette obligation de discrétion varie selon les circonstances, et plus particulièrement en fonction du niveau hiérarchique du salarié et du secteur d'activité de l'entreprise.

Le devoir de discrétion du salarié n'est toutefois pas absolu. En effet, la loi prévoit différentes circonstances où le salarié est justifié de passer outre à ce devoir de discrétion. Ainsi, un salarié ne peut être congédié ou faire l'objet de représailles en raison du fait qu'il a dénoncé la commission d'actes criminels ou illégaux par son employeur auprès des autorités compétentes⁶²⁰. En outre, un salarié peut être exonéré de responsabilité suite à la divulgation d'un secret d'entreprise lorsque l'intérêt général l'emporte sur le maintien du secret⁶²¹. Enfin, le devoir de discrétion du salarié doit en tout temps être soupesé à la lumière de la liberté d'expression, qui est un droit fondamental dans notre société⁶²².

(2) *Les droits et obligations d'origine conventionnelle*

Dans la section précédente, nous avons étudié les droits et obligations des parties au rapport salarial qui découlent directement du droit commun, c'est-à-dire les droits et obligations qui existent de plein droit par la seule présence du contrat de travail. Ceci étant, les parties peuvent s'entendre sur des modalités particulières afin de régir leurs rapports. Celles-ci pourront être consignées par écrit, auquel cas elles prendront normalement la forme d'une clause dans le contrat de travail, ou encore, elles pourront simplement faire l'objet d'une

⁶¹⁹ G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 35; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 361.

⁶²⁰ À titre d'exemple, voir : L.n.t., art. 122(2); C.cr., art. 425.1. Voir également : Robert BONHOMME et Simon-Pierre PAQUETTE, « Existe-t-il un conflit entre l'obligation de loyauté et l'obligation de divulgation interne et externe en milieu de travail », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, vol. 245, *Développement récents en droit du travail (2006)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 167.

⁶²¹ C.c.Q., art. 1472. La Cour suprême du Canada semble toutefois soumettre la divulgation publique d'un secret commercial à une formalité préalable, soit le signalement du problème aux instances patronales internes compétentes. Voir : *Merk c. Association internationale des travailleurs en ponts, en fer structural, ornemental et d'armature, section locale 771*, [2005] 3 R.C.S. 425.

⁶²² C.d.l.p., art. 3; Christian BRUNELLE et Mélanie SAMSON, « La liberté d'expression au travail et l'obligation de loyauté du salarié : plaidoyer pour un espace critique accru », (2005) 45 *C. de D.* 847.

entente verbale. Ces obligations, bien que tirant leur force obligatoire du droit commun⁶²³, résultent de la libre négociation intervenue entre l'employeur et le salarié. Elles forment ce qu'il est convenu d'appeler le *contenu explicite du contrat de travail*. La grande particularité de ces règles est qu'elles sont déterminées par les règles du libre marché. Elles constituent par conséquent une forme particulièrement intéressante de fixation des conditions de travail pour un nombre important d'employeurs, puisqu'elles résultent directement de la volonté des parties (i.e. autonomie individuelle), telle que modulée par leur rapport de force respectif.

Ces obligations occupent une place importante en droit du travail, particulièrement dans le cadre des rapports individuels. En effet, le principe de la liberté contractuelle est demeuré relativement inchangé en droit commun québécois et les parties conservent une grande autonomie quant au contenu du contrat de travail⁶²⁴. Mais compte tenu de l'extrême diversité des clauses qui sont susceptibles d'être rencontrées dans le cadre d'un tel contrat, nous ne pouvons en faire une étude approfondie, de crainte de nous écarter inutilement de notre objet d'étude. Nous pouvons toutefois affirmer que les dispositions usuelles d'un contrat de travail traitent généralement des questions suivantes : l'objet du contrat (les prestations réciproques des parties, le poste, les fonctions, le travail à effectuer par le salarié), sa durée (déterminée ou indéterminée), la rémunération prévue (le salaire, les avantages sociaux, les modalités de paiement), la propriété intellectuelle des fruits du travail et la confidentialité, la loyauté et la non-concurrence, le préavis de résiliation ou l'indemnité de départ et les circonstances pouvant entraîner la fin du contrat⁶²⁵.

(3) *Les droits et obligations qui découlent implicitement du contrat de travail*

Outre les obligations que le droit commun impose aux parties au rapport salarial et celles qui découlent directement des clauses que les parties ont accepté d'y inclure, le contrat

⁶²³ En effet, l'article 1434 C.c.Q. stipule, entre autres choses, que le contrat oblige les parties à ce qu'elles y ont exprimé. Ainsi, dans une perspective strictement positiviste, ce serait le droit commun qui donnerait sa force obligatoire au contenu négocié du contrat.

⁶²⁴ G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 29; F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX et J.-P. VILLAGGI, *préc.*, note 36, p. 182-184; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 2, 30 et 31; R. P. GAGNON, L. LEBEL P. VERGE, *préc.*, note 15, p. 16 et 17.

⁶²⁵ F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX et J.-P. VILLAGGI, *préc.*, note 36, p. 245-249.

de travail comporte des droits et obligations implicites. En effet, en matière contractuelle, on ne peut tout prévoir. On parle ici du contenu implicite du contrat de travail, pour le distinguer de son contenu explicite, c'est-à-dire de son contenu conventionnel exprès.

D'ailleurs, l'article 1434 du C.c.Q. prévoit que tout contrat, quel qu'il soit, oblige les parties pour tout ce qui en découle d'après sa nature et suivants les usages, l'équité ou la loi⁶²⁶. En effet, en matière contractuelle, tout ne fait pas toujours l'objet d'une clause particulière au contrat. On doit parfois s'en remettre à la pratique du milieu :

De commune expérience, nous savons que dans tous rapports sociaux, il existe des sous-entendus, des « ce qui va de soi » et des non-dits qui diffèrent bien évidemment selon le milieu et la nature des activités en cause. (...) S'il est de pratique courante dans un milieu que les choses se réalisent de telle ou telle manière, comment être surpris que les interlocuteurs n'en traitent pas spécialement et de manière détaillée dans leur entente ? Ces silences signifient qu'elles s'en remettent à la pratique du milieu, aux us et coutumes, et nullement qu'elles n'entendaient ainsi s'en esquiver. Tel est le sens profond de l'article 1434 C.c.Q (...)»⁶²⁷.

Dans l'arrêt *Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d'Assurance sur la Vie*⁶²⁸, la Cour suprême du Canada a reconnu que le contrat de travail confère implicitement à l'employeur le pouvoir de suspendre un salarié pour des motifs administratifs en raison d'actes qui lui sont reprochés⁶²⁹. Pour en arriver à cette conclusion, la Cour tient un raisonnement à deux étapes. Tout d'abord, elle conclut que le pouvoir de direction de l'employeur découle implicitement du rapport de subordination prévu à la définition légale du contrat de travail⁶³⁰. Elle conclut ensuite que ce pouvoir de direction comprend nécessairement le pouvoir de suspendre un

⁶²⁶ C.c.Q., art. 1434.

⁶²⁷ F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX et J.-P. VILLAGGI, *préc.*, note 36, p. 293 et 294.

⁶²⁸ *Préc.*, note 505.

⁶²⁹ G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 39; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 259-262.

⁶³⁰ *Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d'Assurance sur la Vie*, *préc.*, note 505, par. 56 : « Au cœur de celle-ci se situe, en effet, l'acceptation d'un rapport de subordination dans le cadre duquel le salarié accepte la direction et le contrôle de l'employeur dans l'exécution des fonctions prévues. L'existence et l'acceptation de ce rapport signifient que le salarié reconnaît qu'il s'intègre dans le cadre d'un ensemble, l'entreprise que dirige l'employeur, et qu'il accepte le pouvoir de décision de celui-ci et la nécessité que son travail se situe dans la finalité de cet ensemble. L'acceptation de ce pouvoir constitue une condition implicite de la fonction du contrat de travail qui devient ainsi une partie de son contenu. »

salarié pour des motifs administratifs en raison d'actes qui lui sont reprochés lorsque l'exécution de sa prestation est susceptible de compromettre l'intérêt de l'entreprise⁶³¹.

La Cour suprême fait du pouvoir de suspension administrative de l'employeur une composante implicite de son pouvoir de direction, qui découle lui-même implicitement du contrat de travail au travers de la notion de subordination juridique. Mais ce pouvoir de suspension administrative n'entraîne pas, en principe, comme corollaire, le droit de suspendre un salarié sans salaire⁶³². L'exercice de ce pouvoir doit d'ailleurs rencontrer de nombreuses conditions⁶³³. Enfin, la Cour suprême souligne en *obiter* que le contenu implicite du contrat de travail peut de même être invoqué à titre de fondement au pouvoir disciplinaire de l'employeur, selon un raisonnement similaire à celui que nous avons vu ci-avant pour le pouvoir de suspension administrative⁶³⁴.

En somme, il ressort de l'arrêt *Cabiakman* que le contenu implicite du contrat de travail sert de fondement non seulement au pouvoir particulier de l'employeur de suspendre un

⁶³¹ *Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d'Assurance sur la Vie, préc.*, note 505, par. 57 : « Il faut alors rechercher si, de ce pouvoir de direction découlant du rapport de subordination, peut s'inférer l'existence d'un pouvoir de suspension pour raison administrative qui autoriserait l'employeur à ne pas laisser le salarié exécuter sa prestation de travail. Cette décision, qui laisse toutefois intacte le cadre du contrat de travail et les autres obligations qui en découlent, se rattache à l'exercice de la fonction de direction de l'entreprise et trouve sa justification dans la nécessité de préserver l'intérêt de celle-ci. Dans la mesure où l'exécution de la prestation compromettrait elle-même cet intérêt, le pouvoir de suspension apparaît alors comme une composante nécessaire du pouvoir de direction qu'accepte le salarié. Il permet alors à l'employeur de ne pas faire exécuter le travail prévu. »

⁶³² *Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d'Assurance sur la Vie, préc.*, note 505, par. 60.

⁶³³ *Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d'Assurance sur la Vie, préc.*, note 505, par. 62 : « Ce pouvoir résiduel de suspendre pour des motifs administratifs en raison d'actes reprochés à l'employé fait partie intégrante de tout contrat de travail mais est limité et doit être exercé selon les conditions suivantes : (1) la mesure prise doit être nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de l'entreprise; (2) la bonne foi et le devoir d'agir équitablement doivent guider l'employeur dans sa décision d'imposer une suspension administrative; (3) l'interruption provisoire de la prestation de l'employé doit être prévue pour une durée relativement courte, déterminée ou déterminable, faute de quoi elle se distinguerait mal d'une résiliation ou d'un congédiement pur et simple; (4) la suspension est en principe imposée avec solde, sous réserve de cas exceptionnels qui ne se posent pas en l'espèce. »

⁶³⁴ *Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d'Assurance sur la Vie, préc.*, note 505, par. 45 : « Dans un contexte de rapports individuels, la doctrine reconnaît le pouvoir d'imposer une suspension disciplinaire, bien qu'elle lui attribue des fondements divers. Elle estime parfois qu'il découle implicitement du pouvoir de direction de l'employeur. Elle le décrit comme le corollaire nécessaire de ce pouvoir de contrôle et de direction du travail du salarié. Ce pouvoir trouve alors son fondement dans la nature même du contrat de travail et se déduit donc implicitement de l'art. 2085 C.c.Q. ou provient simplement de l'usage, sanctionné par l'art. 1434 C.c.Q. ». Voir également : Marie-France BICH, « Le pouvoir disciplinaire de l'employeur – fondements civils », (1988) 22 *R.J.T.* 85.

salarié pour des motifs administratifs en raison d'actes qui lui sont reprochés lorsque l'intérêt de l'entreprise le justifie, mais également au pouvoir de direction et au pouvoir disciplinaire de l'employeur. Le contenu implicite du contrat de travail joue donc un rôle central en droit du travail.

d) La rupture du rapport salarial

Le droit commun prévoit les différentes façons dont le rapport salarial peut se terminer ((1)). Parmi ceux-ci, la résiliation unilatérale par l'une ou l'autre des parties est soumise au respect de certaines formalités et conditions ((2)). Enfin, le droit commun prévoit la survie de certaines obligations une fois le contrat de travail terminé ((3)).

(1) La fin du contrat de travail

Le contrat de travail peut prendre fin de différentes façons⁶³⁵. Ainsi, le C.c.Q. prévoit que celui-ci prend fin par l'entente des parties⁶³⁶, suite à une force majeure⁶³⁷, suite au décès d'une partie⁶³⁸, par l'arrivée de son terme⁶³⁹ ou encore par sa résiliation par l'une ou l'autre des parties⁶⁴⁰. Dans tous les cas, un salarié peut exiger que son employeur lui délivre un certificat de travail. Ce certificat doit indiquer l'identité des parties et faire état uniquement de la nature et de la durée de l'emploi⁶⁴¹.

Le C.c.Q. prévoit également la continuité des droits et obligations des parties en vertu du contrat de travail en cas d'aliénation ou de modification à la structure juridique de l'entreprise. Une vente ou une fusion d'entreprise n'a donc pas pour effet de mettre fin au

⁶³⁵ G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 46-46; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 267 et 268.

⁶³⁶ C.c.Q., art. 1439.

⁶³⁷ C.c.Q., art. 1693 et 1470.

⁶³⁸ C.c.Q., art. 2093.

⁶³⁹ C.c.Q., art. 1517, 1671 et 2086, mais sous réserve de 2090.

⁶⁴⁰ C.c.Q., art. 2091 et 2094.

⁶⁴¹ C.c.Q., art. 2096; G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 51.

contrat de travail : l'ayant droit est lié au même titre que l'employeur original. Ceci constitue une dérogation au principe de l'effet relatif des contrats prévu à l'article 1440 du C.c.Q.⁶⁴².

(2) *La résiliation du contrat de travail*

Au Québec, le contrat de travail peut prendre deux formes : le contrat de travail à durée indéterminée et le contrat de travail à durée déterminée⁶⁴³. Comme nous l'avons vu, les parties sont laissées entièrement libres de choisir l'une ou l'autre de ces formes de contrat⁶⁴⁴. Or, la façon de résilier le contrat de travail et, par le fait même, de mettre fin au rapport salarial, diffère selon qu'on est en présence de l'une ou l'autre de ces formes de contrat.

Le C.c.Q. prévoit qu'une partie à un *contrat de travail à durée indéterminée* peut y mettre fin en donnant à l'autre partie un délai de congé⁶⁴⁵. Ce délai de congé devra être raisonnable et tenir compte, notamment, de la nature de l'emploi, des circonstances particulières dans lesquelles il s'exerce et de la durée de la prestation de travail⁶⁴⁶. Cette disposition législative s'applique à tous les salariés non couverts par une convention collective⁶⁴⁷, incluant les cadres supérieurs⁶⁴⁸. Le salarié ne peut renoncer au droit qu'il a

⁶⁴² C.c.Q., art. 2097; G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 49-51; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 119, 266, 268 et 419.

⁶⁴³ C.c.Q., art. 2086; G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p.46-49.

⁶⁴⁴ *Supra*, section IV.B.1.b)(2), p. 182. En effet, ce choix n'est soumis à aucune condition ou contrainte particulière. Il en résulte que les parties peuvent recourir aux statuts de travail précaires autant qu'aux statuts de travail à caractère beaucoup plus permanent, avec les conséquences que cela est susceptible d'avoir sur la sécurité d'emploi et la flexibilité de la gestion de la main-d'œuvre.

⁶⁴⁵ C.c.Q., art. 2091, al. 1; G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 46.

⁶⁴⁶ C.c.Q., art. 2091, al. 2. La jurisprudence a interprété cette disposition de façon large. Elle considère également le nombre d'années de service du salarié, son âge et toutes les autres circonstances pertinentes qui ont pu entourer la relation d'emploi et sa rupture : *Isidore Garon liée c. Tremblay; Fillion et Frères (1976) inc. c. Syndicat national des employés de garage du Québec inc.*, *préc.*, note 498; *Banque Laurentienne du Canada c. Saulnier*, [1999] R.J.Q. 711 (C.A.); *Sauvé c. Banque Laurentienne du Canada*, [1999] R.J.Q. 79 (C.A.); *Standard Broadcasting Corp. c. Stewart*, [1994] R.J.Q. 1751 (C.A.); G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 47; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 280.

⁶⁴⁷ *Isidore Garon liée c. Tremblay; Fillion et Frères (1976) inc. c. Syndicat national des employés de garage du Québec inc.*, *préc.*, note 498. En vertu de cet arrêt, l'article 2091 du C.c.Q. n'est pas applicable à des salariés couverts par une convention collective qui ne prévoit rien en matière de délai de congé ou qui ne fait que reprendre les délais de congé minimaux prévus à la L.n.t. En effet, selon la Cour suprême, l'article 2091 est incompatible avec le régime des rapports collectifs de travail et ne peut être appliqué à titre supplétif à la convention collective. Une clause de la convention collective peut toutefois valablement incorporer le contenu de l'article 2091 C.c.Q. dans la mesure où elle est explicite à cet égard.

⁶⁴⁸ La notion de salarié au sens de l'article 2085 C.c.Q. est plus large que celles qu'on retrouve dans la plupart des lois du travail québécoises. En fait, l'article 2091 C.c.Q. est souvent la seule disposition législative que les cadres

d'obtenir une indemnité en réparation du préjudice qu'il subit, lorsque le délai de congé est insuffisant ou que la résiliation est faite de manière abusive⁶⁴⁹.

Le *contrat de travail à durée déterminée*, de son côté, prendra fin à l'expiration de son terme. Il n'est pas susceptible d'être résilié sur simple délai de congé, n'étant pas soumis aux modalités de l'article 2091 C.c.Q. De plus, il peut, dans certaines circonstances, être reconduit tacitement pour une durée indéterminée⁶⁵⁰.

Tout contrat de travail, toutefois, qu'il soit à durée déterminée ou indéterminée, peut être résilié unilatéralement et sans préavis pour un *motif sérieux* par l'une ou l'autre des parties⁶⁵¹. Un « motif sérieux » est « un manquement grave du salarié qui se rapporte à sa conduite ou à l'exécution (ou l'absence d'exécution) de son travail, et dont la gravité est telle qu'elle justifie la brusque rupture du rapport salarial ». Les facteurs liés à l'exploitation de l'entreprise, comme les changements technologiques ou la conjoncture économique, en sont donc exclus⁶⁵². Un employeur ne pourrait par conséquent invoquer la situation financière difficile de l'entreprise ou une réorganisation interne majeure pour être relevé de son obligation de donner un délai de congé raisonnable à ses salariés détenteurs d'un contrat de travail à durée indéterminée, ou encore, pour mettre fin prématurément et sans compensation à l'emploi de ses salariés détenteurs d'un contrat de travail à durée déterminée.

supérieurs sont susceptibles d'invoquer en cas de congédiement unilatéral de la part de leur employeur. Ceux-ci ont donc intérêt à prévoir des clauses appropriées dans leur contrat de travail. La durée du préavis peut parfois être substantielle, la jurisprudence ayant déterminé que 24 mois constituerait la limite supérieure, selon les circonstances.

⁶⁴⁹ C.c.Q., art. 2092. Sur le caractère abusif de la résiliation, voir : *Infra*, note 653.

⁶⁵⁰ C.c.Q., art. 2090; G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 49. Pour ce faire, le salarié doit continuer d'effectuer son travail durant cinq jours après l'arrivée du terme, sans opposition de l'employeur.

⁶⁵¹ C.c.Q., art. 2094.

⁶⁵² *Sirois c. O'Neill*, D.T.E. 99T-598 (C.A.); *Girouard c. Compagnie Commonwealth Plywood Ltée*, REJB 2001-25165 (C.S.); G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 44; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 281; Nathalie-Anne BÉLIVEAU, Karina BOUTIN, Nicolas ST-PIERRE, « Les « motifs sérieux » et la « cause juste et suffisante » de congédiement », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Un abécédaire des cessations d'emploi et des indemnités de départ*, vo. 227, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 23, à la page 28.

Enfin, notons que la résiliation du contrat de travail, quelle qu'elle soit, ne doit pas être exercée de façon abusive, malicieuse ou grossièrement négligente⁶⁵³. Elle ne doit pas non plus se fonder sur un motif illégal de congédiement⁶⁵⁴.

(3) *La survie de certaines obligations*

Le droit commun québécois prévoit la survie de certaines obligations une fois le contrat de travail terminé. C'est le cas du devoir de loyauté et de discrétion du salarié ((a)) et, dans la mesure où elle est prévue au contrat de travail, de la clause de non-concurrence ((b)).

(a) Les devoirs de loyauté et de discrétion

Les devoirs de loyauté et de discrétion auxquels est contraint le salarié en cours d'emploi survivent pendant un délai raisonnable une fois le contrat de travail terminé⁶⁵⁵. Ce délai varie en fonction de la nature du poste occupé par le salarié et le niveau de responsabilité qui lui est rattaché. Ainsi, plus un salarié occupe un poste de confiance ou des responsabilités importantes, plus longtemps son devoir de loyauté et de discrétion survivra une fois le contrat de travail terminé⁶⁵⁶. Le devoir de discrétion du salarié pourra toutefois subsister indéfiniment lorsque de l'information concernée réfère à la réputation et la vie privée d'une personne⁶⁵⁷.

(b) Les clauses de non concurrence

Le C.c.Q. reconnaît, à certaines conditions, la validité des clauses de non concurrence dans les contrats de travail. En vertu de telles clauses, les parties peuvent stipuler que le salarié ne pourra faire concurrence à l'employeur ni participer à quel que titre que ce soit à une

⁶⁵³ C.c.Q., art. 7, 1375 et 2092 ; *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122; *Sauvé c. Banque Laurentienne du Canada*, *préc.*, note 646; *Standard Broadcasting Corp. c. Stewart*, *préc.*, note 646; *Marquis c. Auxilium Technologies Inc.*, D.T.E. 2001T-940 (C.S.); P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 269; Guylaine VALLÉE et Emmanuelle NAUFEL-MARTINEZ, « La théorie de l'abus de droit dans le domaine du travail », dans G. TRUDEAU, G. VALLÉE et D. VEILLEUX (dir.), *préc.*, note 20, p. 303-342.

⁶⁵⁴ G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 45; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 269. Ces motifs illégaux de congédiement sont prévus par la C.d.l.p. et de nombreuses lois particulières.

⁶⁵⁵ C.c.Q., art. 2088, al. 2 *in limine*.

⁶⁵⁶ G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 36. Cette durée dépasse rarement quelques mois : *Concentrés scientifiques Bélisle. c. Lyrco Nutrition.*, D.T.E. 2007T-440; *Excelsior c. Mutuelle du Canada*, [1992] R.J.Q. 2666 (C.A.). Dans des cas exceptionnels, toutefois, elle pourrait dépasser un an, mais rarement deux : *Réfrigération Protec Inc. c. Lewis*, D.T.E. 2001T-170 (C.S.).

⁶⁵⁷ C.c.Q., art. 2088, al. 2 *in fine*; G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 36.

entreprise qui lui ferait concurrence⁶⁵⁸. Bien que ces clauses puissent être invoquées pendant la durée de vie du contrat de travail, leur utilité pour l'employeur réside davantage dans la possibilité d'être invoquées une fois le contrat de travail résilié⁶⁵⁹. Elles ne pourront toutefois l'être si l'employeur a résilié le contrat sans motif sérieux ou s'il a lui-même donné au salarié un tel motif de résiliation⁶⁶⁰. La clause de non concurrence doit rencontrer de nombreuses conditions pour être valide⁶⁶¹. Quant à sa forme, elle doit être écrite et rédigée en termes exprès⁶⁶². Quant à son contenu, elle doit être limitée à ce qui est nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur en termes de temps, de lieu et de genre de travail⁶⁶³. Il revient à l'employeur de prouver la validité d'une telle clause⁶⁶⁴. En cas d'ambiguïté, elle devra être interprétée en faveur du salarié⁶⁶⁵. Enfin, elle sera interprétée et appliquée strictement par les tribunaux⁶⁶⁶.

2. Situation au Massachusetts

Dans la présente section, nous nous intéressons successivement aux caractéristiques générales du droit commun massachusettsois (a)) de même qu'aux règles de celui-ci relativement à la formation (b)), au contenu (c)) et à la rupture (d)) du rapport salarial.

⁶⁵⁸ C.c.Q., art. 2089, al. 1 in fine; G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 37; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 362-365.

⁶⁵⁹ C'est d'ailleurs pourquoi nous traitons de ces clauses à la présente section et non à la section précédente.

⁶⁶⁰ C.c.Q., art. 2095; G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p.38.

⁶⁶¹ Ces critères de validité ont été développés initialement dans l'arrêt *Canadian Factors Corp. c. Cameron*, [1971] R.C.S. 148, 155. Ils sont désormais prévus à l'article 2089 C.c.Q. Pour plus de détails, voir : G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 37; Marie-France BICH, « La viduité post-emploi : loyauté, discrétion et clauses restrictives », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 197, *Développements récents en propriété intellectuelle (2003)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, pp. 243-327; Georges AUDET, Robert BONHOMME, Clément GASCON et Magali COURNOYER-PROULX, *Le congédiement en droit québécois : en matière de contrat individuel de travail*, vol. 2, 3^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, mise à jour, pp. 10-1 à 10-135.

⁶⁶² C.c.Q., art. 2089, al. 1 in limine.

⁶⁶³ C.c.Q., art. 2089, al. 2; *Beau-T Stop Distribution inc. c. Mailhot*, [2001] R.J.D.T. 1145 (C.S.); *Cathild inc. c. Rondeau*, [1995] R.L. 140 (C.A.); *Lemieux c. Marsh Canada ltée*, D.T.E. 2005T-1056; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 364.

⁶⁶⁴ C.c.Q., art. 2089, al. 3.

⁶⁶⁵ C.c.Q., art. 1432.

⁶⁶⁶ *Drouin c. Surplec inc.*, [2004] R.J.D.T. 449 (C.A.); Yannick CRACK et Danick POTVIN, « Les clauses restrictives du genre « clauses par paliers » en matière de contrat de travail, qu'en est-il de leur validité? », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 224, *Développements récents en droit du travail (2005)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, pp. 211-228.

a) Les caractéristiques générales

Le droit commun en vigueur au Massachusetts provient de la tradition de la common law. En effet, il a été importé d'Angleterre par les premiers colons américains et repris par la suite par les autorités locales. Dans un tel système juridique, les juges ne disposent pas d'un ensemble prédéterminé de règles sur lesquelles ils doivent faire reposer leurs décisions, comme c'est le cas dans un système de droit civil codifié. Pour trancher les litiges, ils se fondent plutôt sur les précédents jurisprudentiels (la common law) qui se sont accumulés au cours du temps pour régir ces différentes situations ou, à défaut, sur la Coutume. C'est donc un système qui emprunte une logique inductive, en ce sens que les solutions qu'il propose aux problématiques juridiques sont tirées de celles qui ont été développées par les juges dans le cadre de causes antérieures présentant des faits similaires.

Un système de common law comme celui en vigueur au Massachusetts est généralement considéré comme étant flexible, puisque c'est un système qui accorde une grande liberté au juge dans la recherche d'une solution au litige, en particulier en l'absence de précédent judiciaire. D'ailleurs, dans un tel système, le juge possède un réel pouvoir de créer le droit (« Juge-Made-Law »). Et même en présence de précédents judiciaires, le juge possède la faculté de faire du « *distinguishing* » et d'écarter les précédents existants au profit d'une solution qu'il juge plus appropriée dans les circonstances. Ceci étant, cette plus grande liberté du juge, et la plus grande flexibilité qui en résulte, vient au coût d'une plus grande incertitude dans la détermination des règles applicables à une situation donnée. En effet, dans le cadre d'un tel système, les règles sont généralement moins prévisibles que dans le cadre d'un système de droit civil, où les règles applicables sont généralement prévues au Code civil. Or, une telle incertitude peut se traduire en des coûts financiers importants en raison du risque plus élevé de poursuites judiciaires (i.e. c'est un droit plus litigieux) et des condamnations monétaires beaucoup plus élevées auxquelles les entreprises sont exposées dans le cadre d'un tel système. Le meilleur exemple est celui des exceptions d'origine jurisprudentielle à la doctrine de l'*employment at-will*, qui exposent les entreprises à des poursuites imprévisibles et souvent très coûteuses.

Enfin, notons que dans le cadre d'un système de common law, le législateur n'a pas de contrôle direct sur le contenu du droit commun comme tel, comme c'est généralement le cas dans le cadre d'un système de droit civil. En effet, dans le cadre d'un tel système, le droit commun est créé par les juges (la common law est, rappelons-le, de la « *judge-made-law* ») et non par le législateur. Le législateur qui souhaite modifier le droit commun peut le faire par le biais d'un « *statute* » (i.e. une loi particulière), mais ce faisant, il retire la question légiférée du domaine du droit commun.

b) La formation du rapport salarial

(1) Les conditions générales de formation des contrats

Au Massachusetts, la formation du contrat de travail est régie par les conditions générales de formation des contrats qu'on retrouve dans la common law⁶⁶⁷. En effet, aux États-Unis, le droit des contrats (« *Contracts* ») découle de la common law qui, comme nous l'avons vu, est susceptible de différer d'un État à un autre. En matière de contrats, toutefois, les règles de la common law sont très semblables d'un État à l'autre et se fondent généralement sur les mêmes principes⁶⁶⁸.

En vertu des principes de common law généralement reconnus aux États-Unis – principes qu'on retrouve dans le *Restatement (Second) of Contracts* – deux éléments doivent être présents pour qu'un contrat soit valablement formé, soit :

⁶⁶⁷ Robert N. COVINGTON, *Employment Law in a Nutshell*, 3^{ème} édition, West Nutshell Series, Thomson Reuters, 2009, p. 17.

⁶⁶⁸ D'ailleurs, le *American Law Institute* a développé des « *Restatement of Contracts* » (une première version en 1932 et une deuxième en 1981), qui sont en quelque sorte une compilation des principes de common law généralement reconnus à travers les États-Unis en matière de contrats, le tout appuyé d'exemples et de commentaires. On retrouve des « *Restatements* » pour différents sujets de droit privé, notamment en matière d'« *Agency* », de « *Property* » et de « *Torts* ». Bien que n'ayant aucune autorité légale, les « *Restatements* » possèdent une autorité morale importante sur les tribunaux puisqu'ils sont rédigés par des groupes importants de juristes émérites (avocats, juges et professeurs d'université). Les « *Restatements* » acquièrent toutefois une valeur légale lorsqu'il sont cités et repris par les tribunaux. Pour plus de détails, voir : Jeffrey FERRIELL et Michael NAVIN, *Understanding Contracts*, LexisNexis (édition mise à jour), § 2.03[C], p. 51 et 52.

- Un assentiment mutuel (« *mutual assent* »); et
- Une considération (« *consideration* »)⁶⁶⁹.

L'assentiment mutuel des parties est normalement constaté lorsque l'une d'entre elles accepte l'offre de contracter de l'autre⁶⁷⁰. Pour ce faire, certaines conditions et modalités doivent être rencontrées⁶⁷¹. La « *consideration* », quant à elle, est présente lorsqu'une partie s'engage envers une autre partie en échange (i.e. en considération) d'un engagement de l'autre partie à son égard⁶⁷². Elle serait donc, en quelque sorte, la contrepartie négociée qu'une partie obtient en l'échange de ses propres engagements. Les termes « *quid pro quo* » et « *bargained-for consideration* » sont souvent utilisés aux États-Unis pour faire référence à ce concept⁶⁷³. En outre, les parties doivent être capables de contracter⁶⁷⁴, leur consentement doit être libre et éclairé et ne pas être vicié de quelque façon que ce soit⁶⁷⁵ et les promesses échangées et les termes de l'entente ne doivent pas être prohibés par la loi⁶⁷⁶.

En contexte d'emploi, l'offre prend habituellement la forme d'une offre d'emploi formulée par l'employeur à un candidat, pour un poste ou des fonctions donnés et à un salaire donné. L'offre peut être verbale ou écrite en plus de prévoir d'autres modalités, comme une durée prédéterminée du contrat ou l'assujettissement du pouvoir de congédier à l'existence d'un motif sérieux. L'acceptation consiste en la manifestation de la volonté du candidat d'être lié par l'offre de l'employeur et de s'y conformer. C'est à ce moment qu'il y a « assentiment mutuel » entre les parties. Enfin, la considération réside dans l'engagement de l'employeur à payer l'employé en l'échange de ses services et dans l'engagement du salarié à travailler pour l'employeur en échange d'un salaire.

⁶⁶⁹ Restatement (Second) of Contracts § 17 (1981).

⁶⁷⁰ Restatement (Second) of Contracts § 22(1) (1981). Un assentiment mutuel peut toutefois survenir même en l'absence d'offre et d'acceptation formelle : Restatement (Second) of Contracts § 22(2) (1981).

⁶⁷¹ Restatement (Second) of Contracts, Chapter 3, §§ 18-69 (1981) (« Formation of Contracts – Mutual Assent »).

⁶⁷² Restatement (Second) of Contracts, § 71 (1981).

⁶⁷³ J. FERRIELL et M. NAVIN, *préc.*, note 668, § 3.01, p. 59 et 60.

⁶⁷⁴ Restatement (Second) of Contracts, Chapter 2, §§ 12-16 (1981) (« Formation of Contracts–Parties and Capacity »).

⁶⁷⁵ Restatement (Second) of Contracts, Chapter 6, §§ 151-158 (1981) (« Mistake »); Restatement (Second) of Contracts, Chapter 7, §§ 161-177 (1981) (« Misrepresentation, Duress and Undue Influence »).

⁶⁷⁶ Restatement (Second) of Contracts, Chapter 8, §§ 178-198 (1981) (« Unenforceability on Grounds of Public Policy »).

Aux États-Unis, toutefois, certains types de contrats doivent nécessairement être constatés par écrit, à défaut de quoi ils ne pourront être appliqués par les tribunaux⁶⁷⁷. Cette « condition de forme » est prévue au *Statute of Frauds* du Massachusetts⁶⁷⁸. C'est le cas, notamment, du contrat de vente immobilière, du contrat de vente ou de location de biens d'une valeur de 500\$ ou plus, du contrat de cautionnement et du « contrat qui ne peut être complété dans l'année qui suit sa formation »⁶⁷⁹. Or, en contexte d'emploi, ce dernier cas de figure (i.e. le contrat qui ne peut être complété dans l'année qui suit sa formation) est susceptible d'avoir un impact important. En effet, cette exigence fait en sorte que le contrat de travail à durée déterminée de plus d'un an ou le contrat de travail à entreprise déterminée ne pouvant être réalisé à l'intérieur d'une année doit obligatoirement être constaté par écrit, à défaut de quoi il ne pourra être appliqué par les tribunaux⁶⁸⁰. Cette règle s'applique également aux ententes en matière de paie de séparation⁶⁸¹.

(2) *Les conditions particulières à la formation du contrat de travail*

Au Massachusetts, le contrat de travail est assimilé à la relation contractuelle qui intervient entre un « employeur » et un « employé ». En effet, contrairement au droit commun québécois, le droit commun du Massachusetts ne prévoit pas de définition formelle du contrat de travail qui nous permettrait d'en identifier les caractéristiques et les éléments essentiels, comme le fait l'article 2085 du C.c.Q. au Québec.

⁶⁷⁷ En anglais : « must be in writing in order for the contract to be enforced ».

⁶⁷⁸ M.G.L. ch. 259, § 1. Le Statute of Frauds est un « statute », c'est-à-dire une loi particulière adoptée par le législateur, par opposition à une règle de common law. Il ne devrait par conséquent pas être traité à la présente partie, qui porte sur le droit commun. En pratique, toutefois, il établit des règles générales applicables à tout contrat, à l'instar du droit commun. Nous avons par conséquent jugé opportun d'en traiter à la présente section, puisqu'il vient en quelque sorte compléter le droit commun.

⁶⁷⁹ J. FERRIELL et M. NAVIN, *préc.*, note 668, § 7.03, p. 298-309.

⁶⁸⁰ Notons toutefois que les contrats à durée indéterminée non-écrits qui offrent une sécurité d'emploi à long terme (comme un emploi « à vie » ou un emploi « permanent ») ne sont pas nécessairement inapplicables en vertu du Statute of Frauds, puisque ceux-ci sont susceptibles d'être complétés dans l'année qui suit leur formation, l'entreprise pouvant fermer ses portes ou le salarié pouvant tomber malade ou mourir au cours de la première année du contrat : *Carnig v. Carr*, 167 Mass. 544 (1897); *Sereni v. Star Sportswear Mfg. Corp.*, 24 Mass. App. Ct. 428 (1987).

⁶⁸¹ Ainsi, une entente relativement à une paie de séparation de 14 mois devra être constatée par écrit, sous peine d'être jugée inapplicable par les tribunaux : *Meng v. Trustees of Boston University*, 44 Mass. App. Ct. 650 (1998).

C'est donc essentiellement en qualifiant d' « employé » une personne qui travaille pour une autre en vertu d'un contrat qu'on peut qualifier le contrat en question de « contrat de travail ». Pour ce faire, les tribunaux du Massachusetts, à l'instar des tribunaux des autres États fédérés et des tribunaux fédéraux, ont essentiellement développé deux tests⁶⁸². Le premier, le « *Right to Control Test* » (également appelé le « *Common Law Test* », puisque c'est le test traditionnellement développé par la common law), s'intéresse principalement au degré de contrôle qu'exerce la personne qu'on prétend employeur sur la personne qu'on prétend employé. Le deuxième, le « *Economic Realities Test* », tente plutôt de déterminer si la personne qu'on prétend employée est en état de dépendance économique à l'endroit de la personne qu'on prétend employeur compte tenu de toutes les circonstances. Les deux tests font appel à une méthode d'analyse multifactorielle très similaire à celle qui est utilisée en droit québécois⁶⁸³.

Depuis 1990, toutefois, une loi particulière est venue changer la donne⁶⁸⁴. Cette loi, la *Massachusetts Independant Contractor Law*⁶⁸⁵, établit une présomption de salariat aux fins de

⁶⁸² *Commonwealth v. Savage*, 31 Mass. App. Ct. 714 (1991); *Silvia v. Woodhouse*, 356 Mass. 119 (1969); *Shea v. Bryant Chucking & Grinder Co.*, 336 Mass. 312 (1957); *Bay State Harness Horse Racing and Breeding Association v. Director of the Division of Employment Security*, 327 Mass. 296 (1951); *Griswold v. Director of the Division of Employment Security*, 315 Mass. 371 (1944); *Khoury v. Edison Electric Illuminating Co.*, 265 Mass. 236 (1928); Jeffrey L. HIRSCH, *Labor and Employment in Massachusetts : A Guide to Employment Laws, Regulations & Practices*, Matthew Bender & Company, Inc., 2005, § 14-1.

⁶⁸³ Parmi les facteurs considérés dans le cadre du « Right-to-control Test », on retrouve: « *the skill required; the source of the instrumentalities and tools; the location of the work; the duration of the relationship between the parties; whether the hiring party has the right to assign additional projects to the hired party; the extent of the hired party's discretion over when and how long to work; the method of payment; the hired party's role in hiring and paying assistants; whether the work is part of the regular business of the hiring party; whether the hiring party is in business; the provision of employee benefits; and the tax treatment of the hired party.* » Voir : *Nationwide Mutual Insurance Co. v. Darden*, 503 U.S. 318, 322 (1992); *Community for Creative Non-Violence v. Reid*, 490 U.S. 730, 751-752 (1989). Parmi les facteurs considérés dans le cadre du « Economic Realities Test », on retrouve: « *1) the degree of the alleged employer's right to control the manner in which the work is to be performed; 2) the alleged employee's opportunity for profit or loss depending upon his managerial skill; 3) the alleged employee's investment in equipment or materials required for his task, or his employment of helpers; 4) whether the service rendered requires a special skill; 5) the degree of permanence of the working relationship; 6) whether the service rendered is an integral part of the alleged employer's business.* ». Voir : *Donovan v. DialAmerica Marketing Inc.*, 757 F.2d 1376, 1382 (3d Cir.)(1985).

⁶⁸⁴ La première version de cette loi a été adoptée en 1990. Elle fut par la suite modifiée en 1992, en 1993, en 1998 puis en 2004. La loi n'a pas été modifiée depuis. Bien qu'il ne s'agisse pas de « droit commun » à proprement parler, nous en traitons néanmoins à la présente section, puisque son objet est de préciser (et en somme, de modifier) les règles du droit commun.

⁶⁸⁵ M.G.L., c. 149, § 148B.

l'application de certaines lois étatiques. Pour renverser cette présomption, l'employeur doit démontrer que la personne dont il a retenu les services est un « entrepreneur indépendant » au sens de la loi. Or, pour ce faire, il doit démontrer que les trois critères prévus à la loi pour écarter l'effet de la présomption (« *three prong test* ») sont rencontrés⁶⁸⁶. Le test prévu par cette loi favorise davantage la reconnaissance du statut d'employé que le « *Right-to-Control Test* » et le « *Economic Realities Test* ».

c) Le contenu du rapport salarial

Au Massachusetts, la présence d'une relation d'emploi entre les parties implique pour elles un certain nombre de droits et d'obligations. Pour l'employé, elle implique les obligations d'effectuer le travail convenu et d'obéir aux directives et aux ordres de l'employeur et le droit au salaire convenu, tandis que pour l'employeur, elle implique les obligations de fournir le travail convenu, de diriger et d'assurer le contrôle du travail, de payer le salaire convenu à l'employé et le droit à la prestation de travail de l'employé.

En outre, la common law du Massachusetts impose au salarié un certain nombre d'obligations particulières : un devoir de loyauté (« *Duty of Loyalty* ») envers son employeur, un devoir de ne pas divulguer les secrets commerciaux de son employeur (« *Duty Not to Disclose Trade Secrets* ») et l'obligation de céder à l'employeur certains droits dans les inventions réalisées en cours d'emploi.

Le devoir de loyauté du salarié lui impose d'être loyal envers son employeur et de travailler dans les meilleurs intérêts de celui-ci tant qu'il est à son emploi⁶⁸⁷. Ce devoir découle de la common law et ne nécessite pas d'entente ou de clause particulière sur la question. Ce devoir interdit notamment à un employé de concurrencer directement son employeur, de solliciter sa clientèle et de solliciter ses employés alors qu'il est encore à son

⁶⁸⁶ Plus précisément, l'employeur doit démontrer que : « (1) the individual is free from control and direction in connection with the performance of the service, both under his contract for the performance of service and in fact; and (2) the service is performed outside the usual course of the business of the employer; and, (3) the individual is customarily engaged in an independently established trade, occupation, profession or business of the same nature as that involved in the service performed. » : M.G.L., c. 149, § 148B(a).

⁶⁸⁷ Restatement (Third) of Agency, § 8.04 (2006); Restatement (Second) of Agency, § 387 (1958).

emploi⁶⁸⁸. Le devoir de l'employé de ne pas divulguer ou utiliser des secrets commerciaux ou des secrets de fabrication sans autorisation a initialement été développé par les tribunaux de common law. Il est toutefois de moins en moins invoqué. En effet, la plupart des États fédérés ont entériné le *Uniform Trade Secrets Act (UTSA)*⁶⁸⁹, dont les principes sont presque identiques à ceux de la common law⁶⁹⁰. Enfin, l'obligation pour le salarié de céder à l'employeur certains droits dans les inventions qu'il a réalisées en cours d'emploi varie selon que l'employé a été embauché dans le but spécifique de développer une telle invention ou de résoudre un problème particulier ou non. Dans le premier cas, l'employé a l'obligation de céder à son employeur tous les droits qu'il a dans l'invention (« *duty to assign* »), tandis que dans le second cas, il a plutôt l'obligation de céder à l'employeur un droit non-exclusif d'utiliser l'invention (« *shop right rule* »)⁶⁹¹.

Outre les droits et obligations inhérentes à la relation que nous avons déjà identifiés, le droit commun massachusettsois prévoit peu de droits et d'obligations à l'endroit de l'employeur en cours d'emploi. La grande majorité des ses obligations découlent soit du contenu négocié du contrat de travail (liberté contractuelle), soit des lois particulières (« *statutes* »).

d) La rupture du rapport salarial

Au Massachusetts, comme dans la plupart des États fédérés américains⁶⁹², la relation d'emploi « at-will » (« *employment at-will* ») est la relation d'emploi « par défaut », c'est-à-dire que c'est la forme d'emploi qui s'applique lorsque les parties n'ont convenu d'aucun terme ou durée déterminée à leur relation d'emploi et lorsqu'elles n'ont soumis la terminaison unilatérale de cette relation d'emploi à aucune condition ou formalité particulière. Toutefois,

⁶⁸⁸ Peggie R. SMITH, Ann C. HODGES, Susan J. STABILE et Rafael GELY, *Principles of Employment Law*, West, 2009, § 4.1, p. 133-136; R.A. BALES, J.M. HIRSCH et P.M. SECUNDA, *préc.*, note 447, § 11.03[A], p. 122 et 124.

⁶⁸⁹ 14 U.L.A. 537 (2005).

⁶⁹⁰ P.R. SMITH, A.C. HODGES, S.J. STABILE et R. GELY, *préc.*, note 688, § 4.2, p. 136-141; R.A. BALES, J.M. HIRSCH et P.M. SECUNDA, *préc.*, note 447, § 11.03[B], pp. 124-127.

⁶⁹¹ P.R. SMITH, A.C. HODGES, S.J. STABILE et R. GELY, *préc.*, note 688, § 4.3, p. 141-145; R.A. BALES, J.M. HIRSCH et P.M. SECUNDA, *préc.*, note 447, § 11.05[A], p. 134.

⁶⁹² Seul le Montana fait exception à la règle, celui-ci ayant adopté une législation requérant que la terminaison de la relation d'emploi soit faite pour une « good cause ».

lorsque les parties ont convenu d'un terme ou d'une durée déterminée à leur relation d'emploi, l'emploi « *at-will* » est écarté au profit de l' « emploi à durée déterminée » (« *employment for a definite term* »), et lorsque les parties ont convenu d'assujettir la terminaison unilatérale de la relation d'emploi à certaines conditions ou formalités, l'emploi « *at-will* » est également écarté, mais cette fois, au profit de l' « emploi à durée indéterminée dont la rupture unilatérale fait l'objet de restrictions » (« *employment agreement for an indefinite term limiting termination of employment* »).

(1) *La doctrine de l'employment at-will*

La règle de base énoncée par le droit commun en matière de contrat de travail aux États-Unis est celle de la doctrine de l'*employment at-will*. Cette théorie permet à l'employeur de congédier un employé selon son bon vouloir, sans raison, voire même pour une mauvaise raison, sans préavis ni indemnité. Ainsi, à moins d'une entente prévoyant un terme ou un congédiement uniquement pour cause, la rupture du contrat de travail est laissée à la quasi-discrétion de l'employeur et du salarié. Aucune procédure légale de licenciement, aucun délai de préavis légal et nul besoin de justifier d'une raison pour congédier un salarié ou pour démissionner⁶⁹³.

La doctrine de l'*employment at-will* aurait fait son apparition aux États-Unis au cours des années 1870. Elle était alors connue sous le nom de « *Wood's Rule* », faisant ainsi référence à l'auteur Horace Gray Wood qui fut l'un des premier défenseur de cette doctrine dans le cadre de son traité « *Master and Servant* » publié en 1877⁶⁹⁴. Selon certains auteurs, toutefois, l'apparition de cette doctrine remontait à une date beaucoup plus ancienne, voire à

⁶⁹³ Estelle COURTOIS-CHAMPENOIS, *Le droit du travail américain, un droit de l'entreprise : Contribution à l'étude comparée des sources du droit du travail français et américain*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002, p. 270, no 551.

⁶⁹⁴ Horace Gray WOOD, *Master and Servant*, 1877; Scott C. MORIEARTY, John F. ADKINS, Laurie F. RUBIN, Daniel J. JACKSON et Martha K. HARRISON, *Massachusetts Practice Series : Employment Law* (2e éd.), Thomson/West, 2006, chapitre 2, § 2.17; Jay M. FEINMAN, "The Development of the Employment at Will Rule", (1976) 20 *Am. J. of Legal Hist.* 118.

la fondation même des premières colonies américaines⁶⁹⁵. L'arrêt de principe de la doctrine de l'*employment at-will* aux États-Unis est *Payne v. Western & Atl. R.R.*⁶⁹⁶. Dans cette affaire, où le tribunal devait se prononcer sur la validité du congédiement d'un employé, la doctrine a été énoncée en des termes on ne peut plus clairs :

*Men must be left, without interference (...) to discharge or retain employees at will for good cause or for no cause, or even for bad cause without thereby being guilty of an unlawful act per se.*⁶⁹⁷

Cette doctrine a par la suite été reprise par de nombreux tribunaux à travers les États-Unis. Elle sera finalement formellement reconnue par la Cour suprême des États-Unis en 1908 dans le cadre de l'affaire *Adair v. United States*⁶⁹⁸.

À l'instar de la presque totalité des États américains⁶⁹⁹, le Massachusetts reconnaît la doctrine de l'*employment at-will* en matière de contrat de travail⁷⁰⁰. En fait, l'apparition de cette doctrine au Massachusetts remonterait à plusieurs années avant la parution de l'ouvrage de H.G. Woods, bien que de façon traditionnelle, on en accorde la paternité à cet auteur, comme ailleurs aux États-Unis⁷⁰¹.

⁶⁹⁵ Deborah A. BALLAM, "The traditional view on the origins of the *employment at-will* doctrine: myth or reality?", (1995) 33 *American Business Law Journal* 1; Mayer G. FREED et Daniel D. POLSBY, "The Doubtful Provenance of "Wood's Rule" Revisited", (1990) 22 *Ariz. ST. L.J.* 551.

⁶⁹⁶ 81 Tenn. 507 (1884).

⁶⁹⁷ *Id.*, pp. 518-520.

⁶⁹⁸ *Préc.*, note 453.

⁶⁹⁹ Seul l'État du Montana a adopté une loi ayant pour effet d'assouplir la doctrine de l'*employment at-will* en matière de congédiement (*Wrongful Discharge from Employment Act*, Montana Code Ann. 39-2-901 (1987)). L'Arizona a pour sa part adopté une législation venant limiter le montant total de dommages pouvant être réclamés contre un employeur (*Employment Protection Act*, A.R.S. § 23-1501 (1996)). Voir : Charles J. MUHL, "The *employment at-will* doctrine : three major exceptions", *Monthly Labor Review*, January 2001, p. 3, 11; Thomas J. MILES, "Common Law Exception to Employment at Will and U.S. Labor Markets", (2000) 16 *JLEO* 74, 80.

⁷⁰⁰ *Weber v. Community Teamwork, Inc.*, 434 Mass. 761, 783, 752 N.E.2d 700, 716 (2001) ; *Wright v. Shriners Hosp. for Crippled Children*, 412 Mass. 469, 472, 589 N.E.2d 1241, 1244 (1992) ; *Jackson v. Action for Boston Community Dev., Inc.*, 403 Mass. 8 (1988) ; *Fortune v. National Cash Register Co.*, 373 Mass. 96 (1977) ; *Askinas v. Westinghouse Elec. Corp.*, 330 Mass. 103, 106 (1953) ; *Fenton v. Fed. St. Bldg. Trust*, 310 Mass. 609, 612 (1942) ; S.C. MORIEARTY, J.F. ADKINS, L.F. RUBIN, D.J. JACKSON et M.K. HARRISON, *préc.*, note 694, § 2.1; J.L. HIRSCH, *préc.*, note 682, § 18-5; Karen E. FORD, Kerry E. NOTESTINE, Richard N. HILL, *Fundamentals of Employment Law*, Chicago, ABA Publishing, 2000, p. 172.

⁷⁰¹ La Cour suprême du Massachusetts cite l'affaire *Harper v. Hassard*, 113 Mass. 187 (1873) à titre de précédent à la doctrine de l'*employment at-will* au Massachusetts, décision rendue plus de quatre ans avant la publication de l'article de H.G. Woods. Voir : *Fortune v. National Cash Register Co.*, *préc.*, note 700; *Fenton v. Fed. St. Bldg.*

Il est possible de déroger à la doctrine de l'*employment at-will* en accordant une sécurité d'emploi accrue au salarié dans un contrat individuel de travail ou dans une convention collective.⁷⁰² En effet, la relation de travail *at-will* intervient en l'absence de terme prévu au contrat de travail de même que l'absence de clause limitant la prérogative de l'employeur de congédier l'employé à son entière discrétion.

Ainsi, on pourra prévoir que le contrat de travail aura une durée déterminée ou qu'il ne sera résiliable que pour une « cause juste » dont la preuve incombe à l'employeur ou lors de la survenance d'événements particuliers, comme la malhonnêteté, le vol, l'usage d'alcool ou de drogues, l'insubordination, la violation des règlements de l'entreprise ou l'incompétence. De plus, une procédure ou des formalités particulières prévues à un contrat de travail ou une convention collective en matière de congédiement sont également susceptibles de conférer une certaine sécurité d'emploi à un salarié.

De telles garanties se retrouvent parfois dans des contrats individuels de travail écrits, mais ce sont habituellement les cadres ou les salariés spécialisés qui sont susceptibles de bénéficier de telles garanties. Elles sont cependant beaucoup plus courantes dans les conventions collectives de travail, qui prévoient habituellement que l'employeur ne pourra congédier les employés que pour une « cause juste » dont la preuve lui incombe. Enfin, il est important de noter qu'il est plutôt rare que de telles garanties soient faites verbalement, mais, nous le verrons, cela demeure dans le domaine du possible.

Lorsque les parties se sont entendues relativement à un contrat de travail d'une durée déterminée, l'employeur ne peut congédier l'employé avant terme que pour juste cause (« *just cause* »).⁷⁰³ L'employé bénéficiera ainsi d'une sécurité d'emploi accrue, dans la mesure où il ne donne pas une telle cause de congédiement à son employeur.

Trust, préc., note 700. Deborah Ballam identifie quatre décisions de la Cour suprême qui pourraient également constituer des précédents à la doctrine de l'*employment at-will* au Massachusetts, soit : *Walker v. Cronin*, 107 Mass. 555 (1871); *Tatterson v. Suffolk Manufacturing Company*, 106 Mass. 56 (1870); *Commonwealth v. Hunt*, 45 Mass. 111 (1842); *Hunt v. Otis*, 45 Mass. 464 (1842). Voir : D. A. BALLAM, *préc.*, note 695.

⁷⁰² S.C. MORIEARTY, J.F. ADKINS, L.F. RUBIN, D.J. JACKSON et M.K. HARRISON, *préc.*, note 694, chapitre 2, § 2.3.

⁷⁰³ La *Supreme Judicial Court* du Massachusetts a défini de la façon suivante la « just cause » : « *There existed (1) a reasonable basis for employer dissatisfaction with a[n]...employee, entertained in good faith, for reasons*

Lorsque les parties ont plutôt fixé des limites au pouvoir de congédier de l'employeur en prévoyant que ce dernier ne pourra congédier que pour cause ou lors de la survenance d'événements particuliers, l'employeur ne pourra congédier l'employé qu'en respectant ces limites. Encore là, l'employé bénéficiera d'une sécurité d'emploi accrue. En l'absence de telles clauses, toutefois, l'employeur est généralement libre de congédier l'employé selon son bon vouloir.⁷⁰⁴

Les larges pouvoirs accordés aux employeurs en vertu de la doctrine de l'*employment at-will* ont poussé certains auteurs à la qualifier de « droit divin des employeurs », faisant ainsi allusion au caractère quasi-absolu et fortement discrétionnaire des droits dont ils sont investis en matière de congédiement.⁷⁰⁵ Cela ne doit toutefois pas nous faire oublier que cette doctrine peut être invoquée autant par l'employeur que par l'employé.

(2) *Les limites à la doctrine de l'employment at-will*

Malgré les apparences, toutefois, la doctrine de l'*employment at-will* n'est pas absolue. Elle a fait l'objet de nombreux tempéraments depuis qu'elle a vu le jour vers la fin du 19^e siècle. Ainsi, outre la possibilité d'exclure complètement l'application de cette doctrine en accordant au salarié une certaine sécurité d'emploi par le biais du contrat individuel de travail ou de la convention collective, la doctrine de l'*employment at-will* fait aujourd'hui l'objet de limites dont certaines sont d'origine légale ((a)), tandis que d'autres sont d'origine jurisprudentielle ((b)).

such as lack of capacity or diligence, failure to conform to usual standards of conduct, or other culpable or inappropriate behavior, or (2) grounds for discharge reasonably related, in the employer's honest judgment, to the needs of his business. Discharge for a « just cause » is to be contrasted with discharge on unreasonable grounds or arbitrarily, capriciously, or in bad faith. » Voir : *Goldhor v. Hampshire College*, 25 Mass.App.Ct., 716, 723, 521 N.E.2d 1381, 1385 (1988); *Klein v. President & Fellows of Harvard College*, 25 Mass.App.Ct. 204, 517 N.E.2d 167 (1987); *G & M Employment Serv., Inc. v. Commonwealth*, 358 Mass. 430, 435, 265 N.E.2d 476, 480 (1970).

⁷⁰⁴ S.C. MORIEARTY, J.F. ADKINS, L.F. RUBIN, D.J. JACKSON et M.K. HARRISON, *préc.*, note 694, chapitre 2, § 2.3.

⁷⁰⁵ Clyde W. SUMMERS, « Employment At Will in the United States : The Divine Right of Employers », (2000) 3 *U. Pa. J. Lab. & Emp. L.* 65.

(a) Les limites d'origine légale

Un employeur ne peut congédier un employé en contravention des lois particulières fédérales et étatiques. En effet, celles-ci comportent de nombreuses interdictions auxquelles doivent se conformer les employeurs.

Ces interdictions sont généralement classées en deux catégories.⁷⁰⁶ Tout d'abord, il y a les interdictions associées aux caractéristiques tenant à la personne même du salarié. Ainsi, un employeur ne peut fonder un congédiement sur des motifs discriminatoires tels la race, la religion, le sexe ou la nationalité. En effet, un tel comportement est prohibé par le *Titre VII du Civil Rights Act de 1964*⁷⁰⁷. Il ne peut non plus fonder un congédiement uniquement sur l'âge d'un salarié, lorsque ce dernier est âgé de plus de 40 ans : cela est prohibé par le *Age Discrimination in Employment Act de 1967*⁷⁰⁸. De même, il ne pourrait pas non plus fonder un congédiement sur le handicap d'un salarié, ce qui est interdit par le *Americans with Disabilities Act de 1990*⁷⁰⁹. Enfin, un employeur ne pourrait congédier un salarié en raison de son appartenance à une syndicat, donc en raison de son statut de membre, puisque le *National Labor Relations Act*⁷¹⁰ l'interdit. Il y a ensuite les interdictions associées au comportement du salarié, à sa conduite. Ici, le législateur ne cherche pas à protéger la « manière d'être » du salarié (i.e. caractéristiques du salariés), mais sa « manière de faire ».⁷¹¹ À titre d'exemple, un employeur ne peut congédier un employé en raison d'activités syndicales puisque cela est prohibé par le NLRA⁷¹².

(b) Les limites d'origine jurisprudentielle

Des limites d'origine jurisprudentielle viennent compléter les limites d'origine légales que nous avons vues ci-avant. Comme nous l'avons vu, la doctrine de l'*employment at-will*

⁷⁰⁶ John HAYMES et Brian H. KLEINER, « Federal and State Statutory Exemptions to At-Will Employment », (2001) 43 *Managerial Law* 92 ; Estelle COURTOIS-CHAMPENOIS, *L'organisation du droit du licenciement aux États-Unis : approche comparative des droits américains et français*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997, pp. 29-46.

⁷⁰⁷ *Préc.*, note 426

⁷⁰⁸ *Préc.*, note 427.

⁷⁰⁹ *Préc.*, note 428.

⁷¹⁰ *Préc.*, note 407.

⁷¹¹ E. COURTOIS-CHAMPENOIS, *préc.*, note 706.

⁷¹² 29 U.S.C. §§ 151-169.

trouve son origine dans la common law. Elle est donc une création des tribunaux⁷¹³. Or, les tribunaux ont développé des limites à cette doctrine afin d'en assouplir les conséquences parfois radicales. On qualifie généralement ces limites d'exceptions jurisprudentielles à la doctrine de l'*employment at-will*. Elles sont au nombre de trois :

- L'exception relative à la *public policy* ;
- L'exception relative au *covenant of good faith and fair dealing* ;
- L'exception relative au *implied contract* ;⁷¹⁴

La nature, la portée et l'existence même de ces exceptions diffèrent généralement d'un État fédéré à un autre. En effet, la doctrine de l'*employment at-will* et les exceptions d'origine jurisprudentielle dont elle peut faire l'objet sont une création de la common law étatique. En ce sens, elles possèdent une existence autonome et relativement indépendante d'un État à un autre, même si le principe général demeure relativement le même partout. Ces exceptions doivent donc nécessairement être étudiées à l'échelle de l'État fédéré.

Au Massachusetts, comme ce fut le cas dans la plupart des États américains, la rigueur de la doctrine de l'*employment at-will* s'est lentement érodée au cours du temps, compte tenu de la reconnaissance progressive de différentes exceptions d'origine jurisprudentielle. Jusqu'en 1988, les tribunaux du Massachusetts ne reconnaissaient que les exceptions relatives à la *public policy* et à la *covenant of good faith and fair dealing*. Or, depuis, ils reconnaissent la troisième forme d'exception, soit l'exception relative au *implied contract*. Le Massachusetts reconnaît donc maintenant les trois formes d'exception à la doctrine de l'*employment at-will*.⁷¹⁵

⁷¹³ Pour plus de détails, voir : D. A. BALLAM, *préc.*, note 695.

⁷¹⁴ En français, respectivement : (1) L'exception relative aux politiques publiques; (2) L'exception relative à la clause de bonne foi et d'équité; et (3) L'exception relative à l'entente implicite ou tacite. Pour une autre traduction de ces exceptions, voir : E. COURTOIS-CHAMPENOIS, *préc.*, note 706. Voir également : E. COURTOIS-CHAMPENOIS, *préc.*, note 693.

⁷¹⁵ En effet, l'exception relative au *implied contract* a été formellement reconnue dans le cadre de l'affaire *Jackson v. Action for Boston Community Dev., Inc.*, *préc.*, note 700, même si l'employé congédié n'a pas eu gain de cause en l'espèce. Pour plus de renseignements sur la reconnaissance progressive des exceptions à la doctrine de l'*employment at-will* au Massachusetts, voir: J.L. HIRSCH, *préc.*, note 682, § 18-5 [a]; K.E. FORD, K.E. NOTESTINE, R.N. HILL, *préc.*, note 700.

(i) L'exception relative à la « public policy »

L'exception relative à la *public policy* est l'exception à la doctrine de l'*employment at-will* la plus largement reconnue aux États-Unis. En fait, il appert que seuls les États de l'Alabama, de la Floride, de la Géorgie, de la Louisiane, de New-York et du Rhode Island refusent encore de la reconnaître⁷¹⁶.

Au Massachusetts, cette exception a vu le jour à titre de corollaire de l'exception relative au *covenant of good faith and fair dealing* dans le cadre de l'affaire *Fortune v. National Cash Register*.⁷¹⁷ Elle s'est par la suite développée à titre d'exception distincte au cours des années 1980⁷¹⁸. Il faudra toutefois attendre l'affaire *DeRose v. Putnam Management*, en 1986, avant que la *Supreme Judicial Court* du Massachusetts ne reconnaisse cette exception à part entière⁷¹⁹.

Le principe qui sous-tend cette exception est relativement simple à comprendre. Ainsi, bien que les salariés *at-will* puissent voir leur contrat rompu sans raison et même pour une raison absurde ou arbitraire, il ne saurait y avoir de droit de congédier un salarié pour une raison qui va à l'encontre d'une politique publique⁷²⁰.

Les tribunaux du Massachusetts ont interprété cette exception de façon restrictive. Ainsi, un employé doit avoir été congédié en violation d'une politique publique « bien définie ou clairement établie »⁷²¹. Une telle politique publique devra également trouver ses fondements dans la loi, que ce soit directement ou indirectement. En effet, les politiques internes d'une compagnie ou d'un organisme, les codes d'éthique et les règlements administratifs ne peuvent servir de fondement à une action fondée sur l'exception relative à la *public policy* au Massachusetts⁷²². En somme, c'est la politique publique que cette exception

⁷¹⁶ E. COURTOIS-CHAMPENOIS, *préc.*, note 706, p. 97.

⁷¹⁷ *Fortune v. National Cash Register Co.*, *préc.*, note 700.

⁷¹⁸ S.C. MORIEARTY, J.F. ADKINS, L.F. RUBIN, D.J. JACKSON et M.K. HARRISON, *préc.*, note 694, chapitre 3, § 3.4.

⁷¹⁹ *DeRose v. Putnam Management Co.*, 398 Mass. 205, 496 N.E.2d 428 (1986).

⁷²⁰ E. COURTOIS-CHAMPENOIS, *préc.*, note 706, p. 98.

⁷²¹ *Wright v. Shriners Hospital for Crippled Children*, *préc.*, note 700; *Hobson v. McLean Hosp. Corp.*, 402 Mass. 413, 416, 522 N.E.2d 975, 977 (1988).

⁷²² *Upton v. JWP Businessland*, 425 Mass. 756, 682 N.E.2d 1357 (1997); *Wright v. Shriners Hospital for Crippled Children*, *préc.*, note 700; *Smith-Pfeffer v. Superintendent of the Walter E. Fernald State School*, 404

jurisprudentielle vise à protéger, pas l'employé directement. En effet, congédier un salarié qui exerce un droit découlant d'une politique publique mettrait en danger l'existence même de la politique publique.

Ceci étant, l'existence d'un recours spécifique dans une loi particulière fera normalement obstacle à un recours fondé sur l'exception relative à la politique publique. En effet, les exceptions liées à la *public policy* ne sont créées que lorsqu'il n'existe aucun recours disponible en vertu d'une loi particulière. Dans un tel cas, c'est ce recours qui doit être exercé plutôt qu'un recours fondé sur la common law. Les tribunaux du Massachusetts hésitent effectivement à créer des recours de common law parallèles à des recours dits « statutaires » ; ils cherchent à éviter la « duplication » des recours⁷²³. Enfin, la politique publique en question doit être applicable dans un contexte de contrat de travail. Ainsi, un employé qui invoque avoir été congédié suite à l'exercice de droits protégés par la loi devra invoquer des droits qu'il détient « à titre d'employé » pour que l'exception puisse s'appliquer⁷²⁴.

De façon plus concrète, l'exception relative à la *public policy* pourra être reconnue au Massachusetts dans les cas où un employé *at-will* aura été congédié :

1. Suite à l'exercice d'un droit garanti par la loi ;⁷²⁵
2. Pour avoir accompli un devoir que la loi lui impose ;⁷²⁶
3. Pour avoir refusé de commettre un acte illégal ;⁷²⁷

Mass. 145, 533 N.E.2d 1368 (1989); *Mello v. Stop & Shop*, 402 Mass. 555, 524 N.E.2d 105 (1988). Mais voir : *GTE Products Corporation v. Stewart*, 421 Mass. 22, 30, 653 N.E.2d 161, 166 (1995), qui semble ouvrir la porte aux codes disciplinaires et d'éthique à titre de source de « politique publique ».

⁷²³ *Melley v. Gillette Corp.*, 19 Mass. App. Ct. 511, 475 N.E.2d 1227 (1985) (confirmé en appel). Pour plus de renseignements sur cette question, voir : S.C. MORIEARTY, J.F. ADKINS, L.F. RUBIN, D.J. JACKSON et M.K. HARRISON, *préc.*, note 694, chapitre 3, § 3.11.

⁷²⁴ *King v. Driscoll*, 418 Mass. 576 (1994). Dans cette affaire, la Cour a décidé que des droits conférés par la loi à un employé à titre d'actionnaire ne permettaient pas à celui-ci d'invoquer l'exception relative à la *public policy*, puisque ces droits ne lui étaient pas conférés à titre d'employé comme tel.

⁷²⁵ *Wright v. Shriners Hospital for Crippled Children*, *préc.*, note 700. La *Supreme Judicial Court* a résumé l'exception relative à la *public policy* dans les termes suivants : « *Thus, redress is available for employees who are terminated for asserting a legally guaranteed rights (e.g. filing workers' compensation claim), for doing what the law requires (e.g., serving on a jury), or for refusing to do what the law forbids (e.g., committing perjury).* ».

⁷²⁶ *Id.*

⁷²⁷ *Id.*

4. Pour avoir coopéré avec les autorités policières dans le cadre d'une enquête ;⁷²⁸
5. Pour avoir dénoncé la commission d'infractions criminelles ;⁷²⁹

Les tribunaux du Massachusetts ont en effet toujours interprété de façon étroite cette exception, de crainte de ne transformer la règle générale de l'*employment at-will* en une règle qui nécessiterait de congédier un employé pour juste cause. Ainsi, hormis les cas mentionnés ci-avant, les tribunaux seront généralement réticents à reconnaître de nouveaux cas d'application⁷³⁰.

(ii) L'exception relative au covenant of good faith and fair dealing

L'exception relative au *covenant of good faith and fair dealing* est la toute première exception à la doctrine de l'*employment at-will* à avoir vu le jour dans l'État du Massachusetts⁷³¹. Perçue alors par certains comme une source potentielle de changements majeurs dans le cadre des rapports individuels de travail pouvant même jusqu'à accorder une certaine sécurité d'emploi aux employés *at-will*, elle fut par la suite interprétée de façon restrictive par les tribunaux, de telle sorte qu'elle possède aujourd'hui une portée très limitée dans cet État⁷³². Elle ne vise désormais que les cas où l'employeur tire injustement profit du congédiement d'un employé en privant celui-ci d'une rémunération pour services rendus à laquelle il a droit⁷³³.

En vertu de l'affaire *Fortune*⁷³⁴, une obligation de bonne foi et d'équité est tacitement incluse dans tout contrat de travail *at-will*. Or, celle-ci est violée lorsqu'un employeur met fin

⁷²⁸ *Wright v. Shriners Hospital for Crippled Children, préc.*, note 700; *Flesner v. Technical Communications Corp.*, 410 Mass. 805, 810, 575 N.E.2d 1107, 1110 (1991).

⁷²⁹ *Shea v. Emmanuel College*, 425 Mass. 761 (1997) : La *Supreme Judicial Court* a affirmé que le fait de congédier un employé pour avoir dénoncé la commission d'actes criminels violait une politique publique. Il appert que cette décision a ouvert la porte à de nombreuses réclamations fondées sur l'exception relative à la *public policy* de la part de « whistle-blowers » (dénonciateurs). Voir également : *Smith v. Mitre Corp.*, 949 F.Supp. 943, 950 (D.Mass.1997).

⁷³⁰ *Upton v. JWP Businessland, préc.* note 722.

⁷³¹ *Fortune v. National Cash Register Co., préc.*, note 700.

⁷³² S.C. MORIEARTY, J.F. ADKINS, L.F. RUBIN, D.J. JACKSON et M.K. HARRISON, *préc.*, note 694, chapitre 3, § 3.1.

⁷³³ *Fortune v. National Cash Register Co., préc.*, note 700; K.E. FORD, K.E. NOTESTINE, R.N. HILL, *préc.*, note 700, p. 172.

⁷³⁴ *Fortune v. National Cash Register Co., préc.*, note 700.

unilatéralement à un tel emploi dans le but d'éviter le paiement d'une somme d'argent due à un employé pour du travail que ce dernier a accompli. Un tel congédiement est fait de mauvaise foi en ce qu'il permet à l'employeur de s'enrichir injustement aux dépens de l'employé et prive ce dernier de son dû ou de ce qu'il était sur le point de gagner⁷³⁵. Cette exception a par la suite été élargie de façon à s'appliquer à toutes les situations de congédiement sans cause, qu'il y ait présence de mauvaise foi ou non, dès lors que l'employeur s'enrichit aux dépens de l'employé congédié en conservant pour lui-même les sommes d'argent qui revenaient de plein droit à l'employé en raison de services effectivement rendus⁷³⁶. Toutefois, une décision plus récente semble indiquer un retour à la conception originale de l'exception relative à la *covenant of good faith and fair dealing*, conception en vertu de laquelle la preuve de la mauvaise foi de l'employeur est nécessaire⁷³⁷.

Quoiqu'il en soit, il semble que cette exception ne trouvera application que dans la mesure où le congédiement de l'employé entraîne un enrichissement injustifié chez l'employeur qui résulte du fait que ce dernier conserve les sommes d'argent qui reviendraient normalement de plein droit à l'employé en raison des services rendus. L'absence d'un tel enrichissement constitue en quelque sorte une fin de non-recevoir à toute action intentée en vertu de cette exception⁷³⁸. De plus, l'action fondée sur l'exception relative au *covenant of good faith and fair dealing* permet à l'employé congédié de ne réclamer que les sommes d'argent qu'il avait déjà gagnées ou qu'il était sur le point de gagner au moment de son congédiement⁷³⁹.

(iii) L'exception relative au « implied contract »

Nous avons vu qu'un contrat de travail qui ne prévoit pas de terme et qui ne restreint pas le pouvoir de congédier de l'employeur est un contrat de travail *at-will*, avec toutes les

⁷³⁵ *Id.*

⁷³⁶ *Gram v. Liberty Mut. Ins. Co.*, 384 Mass. 659 (1981).

⁷³⁷ *Harrison v. NetCentric*, 433 Mass. 465, 473 (2001); *Ayash v. Dana-Farber Cancer Institute et al.*, 443 Mass. 367 (2005); S.C. MORIEARTY, J.F. ADKINS, L.F. RUBIN, D.J. JACKSON et M.K. HARRISON, *préc.*, note 694, chapitre 3, § 3.3.

⁷³⁸ *Tenedios v. Wm. Filene's Sons Co., Inc.*, 20 Mass.App.Ct. 252, 254, 479 N.E.2d 723, 725 (1985); *McCone v. New England Tel. & Tel. Co.*, 393 Mass. 231, 234, 471 N.E.2d 47, 50 (1984).

⁷³⁹ S.C. MORIEARTY, J.F. ADKINS, L.F. RUBIN, D.J. JACKSON et M.K. HARRISON, *préc.*, note 694, chapitre 3, § 3.1 et § 3.2.

conséquences que cela comporte. Toutefois, il arrive que les politiques écrites de l'employeur viennent modifier le caractère *at-will* d'une telle relation d'emploi⁷⁴⁰.

Une telle situation est susceptible de se produire lorsque ces politiques contiennent une promesse implicite de sécurité d'emploi ou, à tout le moins, le respect de certaines conditions et formalités. C'est le cas, par exemple, lorsque les politiques écrites de l'employeur prévoient un mécanisme d'arbitrage en cas de congédiement⁷⁴¹, une procédure d'imposition de la discipline⁷⁴² ou encore tout autre langage laissant sous-entendre que l'employeur ne congédiera l'employé que pour cause ou que pour des situations particulières. Ces politiques peuvent prendre des formes diverses, mais elles prennent couramment la forme d'un manuel remis aux employés (« *employer handbook* »)⁷⁴³.

L'exception relative au *implied contract* a été formellement reconnue au Massachusetts en 1988 dans le cadre de l'affaire *Jackson v. Action for Boston Community Development*.⁷⁴⁴ Dans cette affaire, la Cour devait déterminer si le manuel de l'employeur remis aux employés constituait en fait un contrat implicite susceptible de limiter la façon dont celui-ci pouvait procéder aux congédiements. En effet, ce manuel prévoyait une procédure de grief en cas de congédiement, laquelle n'avait pas été respectée par l'employeur. L'employé soutenait que son congédiement était illégal puisque la procédure prévue au manuel était une procédure que l'employeur s'était implicitement engagé à respecter et que celle-ci faisait partie intégrante de son contrat.

Bien que la *Supreme Judicial Court* n'ait pas donné gain de cause à l'employé dans le cadre de cette affaire, elle a tout de même énoncé une série de circonstances devant être considérées afin de déterminer si l'employeur s'est implicitement engagé à respecter les termes de son manuel susceptibles de procurer une certaine sécurité d'emploi à un employé, lui retirant par le fait même son statut d'employé *at-will*. Ces circonstances sont les suivantes :

⁷⁴⁰ *Id.*, chapitre 2, § 2.3 et ss.

⁷⁴¹ *Corion Corp. v. Chen*, 964 F.2d 55 (1st Cir.1992).

⁷⁴² *Ferguson v. Host Int'l, Inc.*, 53 Mass.App.Ct. 96, 757 N.E.2d 267 (2001).

⁷⁴³ *O'Brien v. New England Tel. & Tel. Co.*, 422 Mass. 686, 664 N.E.2d 843 (1996) ; *Jackson v. Action for Boston Community Development, Inc.*, préc., note 700; *Ferguson v. Host Int'l, Inc.*, préc., note 742.

⁷⁴⁴ *Jackson v. Action for Boston Community Development, Inc.*, préc., note 700.

1. L'employeur s'est réservé le droit de modifier unilatéralement le manuel ;
2. Les parties n'ont jamais négocié les termes du manuel ;
3. L'employé n'a jamais signé le manuel ou autrement consenti à ses termes ;
4. Le manuel stipulait qu'il ne constituait qu'un guide ;
5. L'employeur n'a pas attiré de façon particulière l'attention de l'employé sur le manuel ;
6. Le manuel ne prévoyait aucune durée fixe d'emploi.

Dans les années qui suivirent, les tribunaux du Massachusetts ont appliqué de façon rigide ces facteurs, exigeant que la totalité de ceux-ci soient présents pour conclure à la présence d'un engagement implicite selon les termes du manuel de l'employeur. En 1996, toutefois, la *Supreme Judicial Court* est venue effectuer une mise au point importante dans le cadre de l'affaire *O'Brien v. New England Tel. & Tel. Co.*⁷⁴⁵. La liste des facteurs énoncés dans *Jackson*⁷⁴⁶ ne constitue pas une liste rigide de prérequis. Elle représente plutôt une liste de facteurs pouvant être considérés pour déterminer si le contenu du manuel de l'employeur a donné lieu à la conclusion d'un contrat de travail implicite. L'absence de l'un ou l'autre de ces facteurs n'implique pas nécessairement qu'il n'y a pas eu contrat implicite. D'ailleurs, aucun d'entre eux n'a d'importance particulière. La Cour est venue rappeler que ce qu'il importe de déterminer est de savoir si l'employé était raisonnablement en droit de s'attendre à ce que l'employeur soit lié par les termes de son manuel ou non.⁷⁴⁷

Ceci étant, l'exception relative au *implied contract* peut également se fonder sur les représentations ou les promesses verbales faites par l'employeur à un employé ou à un futur employé. Ainsi, les promesses verbales faites en cours d'emploi ou dans le cadre d'entrevues de recrutement peuvent parfois donner lieu à un engagement implicite. Ces promesses doivent toutefois être formulées de façon claire et précise et être faites par une personne en autorité ou en apparence d'autorité.⁷⁴⁸

⁷⁴⁵ *Préc.*, note 743.

⁷⁴⁶ *Jackson v. Action for Boston Community Development, Inc.*, *préc.*, note 700.

⁷⁴⁷ *O'Brien v. New England Tel. & Tel. Co.*, *préc.*, note 743; *Ferguson v. Host Int'l, Inc.*, *préc.*, note 742.

⁷⁴⁸ J.L. HIRSCH, *préc.*, note 682, § 18-5 [a] [4].

Ainsi, dans l'affaire *Boothby*⁷⁴⁹, la *Supreme Judicial Court* du Massachusetts a accordé une indemnisation de plus de deux millions de dollars à un employé en raison de la rupture par l'employeur d'une promesse verbale d'emploi permanent. L'employé avait accepté de quitter son emploi précédent, qu'il occupait depuis 30 ans, pour se joindre à l'entreprise défenderesse, suite à une promesse verbale du président de celle-ci selon laquelle son nouvel emploi serait « permanent ». Cette promesse avait été formulée à plusieurs reprises dans le but évident d'inciter l'employé à quitter son emploi et à se joindre à l'entreprise défenderesse. Quelques années plus tard, le poste de l'employé en question a été éliminé et celui-ci a perdu son emploi, suite à une fusion avec une autre entreprise, d'où le recours entrepris.

Il est à noter, toutefois, que de telles situations sont relativement rares. En effet, le *Statute of Frauds* du Massachusetts⁷⁵⁰ stipule que les contrats verbaux qui ne peuvent être entièrement exécutés dans l'année qui suit leur conclusion sont inopposables au cocontractant. L'entente doit être constatée par écrit. Cette loi est régulièrement invoquée en défense par les employeurs poursuivis en vertu de l'exception relative au *implied contract* fondée sur des représentation ou promesses verbales. Chose assez particulière, toutefois, les tribunaux du Massachusetts ont décidé que le *Statute of Frauds* ne rend pas nécessairement inopposable le contrat verbal conclu à vie ou pour une durée indéterminée puisque techniquement, l'entreprise pourrait fermer ou l'employé pourrait tomber malade ou mourir à l'intérieur d'une année⁷⁵¹.

(3) *La survie de certaines obligations*

Certaines obligations survivent à la rupture du rapport salarial au Massachusetts. C'est le cas du devoir de ne pas divulguer des secrets commerciaux ((a)) et des obligations qui découlent des clauses de non-concurrence et de confidentialité prévues au contrat de travail ((b)).

⁷⁴⁹ *Boothby v. Texon, Inc.*, 414 Mass. 468 (1993).

⁷⁵⁰ *Statute of Frauds*, M.G.L. c. 259, § 1.

⁷⁵¹ *Carnig v. Car*, préc., note 680; *Sereni v. Star Sportswear Mfg. Corp.*, préc., note 680.

(a) Le devoir de ne pas divulguer de secrets commerciaux

Au Massachusetts, le devoir de loyauté ne survit pas à la rupture du rapport salarial. L'employeur qui souhaite se protéger de la concurrence déloyale d'un ex-employé doit donc nécessairement prévoir des clauses de non concurrence au contrat de travail. Cela dit, le devoir de ne pas divulguer de secrets commerciaux (« *duty not to disclose trade secrets* ») continue de s'appliquer malgré la rupture du rapport salarial. Ce devoir interdit à l'ex-employé de divulguer ou d'utiliser des secrets commerciaux, des secrets de fabrication et autres informations confidentielles dont il a eu connaissance dans le cadre de son emploi⁷⁵².

(b) Les clauses de non concurrence

L'employeur qui désire se protéger de la concurrence déloyale d'un ex-employé peut prévoir des clauses de non concurrence et de confidentialité au contrat de travail. Ces clauses peuvent interdire à un employé/ex-employé d'entrer en concurrence avec son employeur/ex-employeur, de solliciter la clientèle ou les employés de son employeur/ex-employeur et de divulguer ou utiliser les renseignements confidentiels dont il a eu connaissance en cours d'emploi pendant une certaine durée suite à la rupture de l'emploi. Bien que pouvant être invoquées en cours d'emploi, l'utilité de ces clauses réside plutôt dans la possibilité d'invoquer celles-ci une fois la relation d'emploi terminée. En effet, dans la mesure où elles sont valides, ces clauses continuent de s'appliquer pendant la durée qui est spécifiée à celles-ci suite à la terminaison de l'emploi.

Il appartient à l'employeur de démontrer la validité de ces clauses. Pour ce faire, il doit démontrer qu'elles sont justifiées par des intérêts légitimes, qu'elles sont raisonnables quant à leur durée, leur portée géographique et les fonctions visées et qu'elles ont été consenties en l'échange d'une « considération » suffisante⁷⁵³. Notons que les règles applicables aux clauses

⁷⁵² P.R. SMITH, A.C. HODGES, S.J. STABILE et R. GELY, *préc.*, note 688, § 4.2, p. 136; R.A. BALES, J.M. HIRSCH et P.M. SECUNDA, *préc.*, note 447, § 11.03[A], p. 122.

⁷⁵³ *New England Canteen Serv., Inc. v. Ashley*, 372 Mass. 671 (1977); *All Stainless, Inc. v. Colby*, 364 Mass. 773 (1974); *Novelty Bias Binding Co. v. Shevrin*, 342 Mass. 714 (1961); *Wells v. Wells*, 9 Mass. App. Ct. 321 (1980); *National Hearing Aid Ctrs. v. Avers*, 2 Mass. App. Ct. 285, 288 (1974)); P.R. SMITH, A.C. HODGES, S.J. STABILE et R. GELY, *préc.*, note 688, § 4.4.1, p. 145-150; R.A. BALES, J.M. HIRSCH et P.M. SECUNDA, *préc.*, note 447, § 11.04[A], p. 127-131; J.L. HIRSCH, *préc.*, note 682, § 1-3(c).

de confidentialité sont généralement moins strictes que celles applicables aux clauses de non concurrence, puisque ces clauses ne limitent pas la capacité de l'employé de travailler pour autrui, mais plutôt l'utilisation de certains renseignements⁷⁵⁴.

3. Différences observées

Notre description des règles de droit commun en vigueur au Québec et au Massachusetts nous permet d'identifier un certain nombre de différences entre les territoires étudiés. L'objet de la présente section est de présenter les différences observées selon qu'elles sont relatives à la *formation* (b)), au *contenu* (c)), ou encore, à la *rupture* du rapport salarial (d)). Au préalable, toutefois, nous présenterons les différences qui ont été observées *au niveau du droit commun en général* (a)).

a) Au niveau du droit commun en général

Les droits communs applicables au sein des territoires étudiés sont de traditions juridiques différentes : le Québec est un territoire de droit civil, tandis que le Massachusetts est un territoire de common law. En effet, au Québec, le droit commun applicable au rapport salarial est composé du *Code civil du Québec* – et, bien entendu, de la jurisprudence des tribunaux de droit commun l'ayant appliqué – tandis qu'au Massachusetts, il est plutôt composé de la common law de l'État, donc exclusivement de décisions judiciaires.

Alors que le droit civil codifié suppose la présence d'un ensemble prédéterminé de règles d'origine législative (le Code civil) que les juges doivent interpréter et appliquer aux différents litiges dont ils sont saisis, en contexte de common law, les juges fondent plutôt leurs décisions sur les précédents jurisprudentiels ou, à défaut, sur la Coutume. En effet, contrairement aux premiers, ils ne disposent pas d'un ensemble prédéterminé de règles pour fonder leurs décisions. Le développement du droit commun en contexte de droit civil est donc surtout déductif (il est issu de la raison), alors qu'il est surtout inductif (il est issu des faits) en contexte de common law. Or, ces différences de forme sont susceptibles d'avoir des

⁷⁵⁴ R.A. BALES, J.M. HIRSCH et P.M. SECUNDA, *préc.*, note 447, § 11.04[B][3], p. 132 et 133.

conséquences non négligeables, puisque chacun des systèmes présente à la fois des avantages et des inconvénients importants.

Ainsi, le système de droit civil est généralement plus prévisible que celui de common law, puisqu'il repose sur un ensemble complet et cohérent de règles législatives prédéterminées formulées en des termes plus ou moins généraux. En effet, les parties pouvant généralement connaître à l'avance les règles et les principes applicables à une situation donnée, même si cette situation n'a encore jamais été soumise aux tribunaux. Il accorde par conséquent une place beaucoup moins grande à l'incertitude. En contrepartie, toutefois, le système de droit civil est généralement moins flexible que celui de common law où, en l'absence de précédent jurisprudentiel, le juge dispose d'une plus grande liberté dans la recherche d'une solution⁷⁵⁵. D'ailleurs, même en présence d'un précédent, le juge peut faire du « *distinguishing* » au niveau des faits et écarter celui-ci. Cette plus grande liberté du juge dans le cadre du système de common law, et la plus grande flexibilité qui en résulte, vient toutefois au coût d'une incertitude beaucoup plus grande, ce qui, pour une entreprise, est susceptible de se traduire en des coûts financiers importants⁷⁵⁶. En somme, le droit commun québécois devrait, selon toute vraisemblance, être à la fois plus prévisible et plus rigide que le droit commun massachusettsois, tandis que le droit commun massachusettsois devrait, quant à lui, être à la fois plus flexible et plus imprévisible que le droit commun québécois.

⁷⁵⁵ Thorsten BECK, Asli DEMIRGÜÇ-KUNT et Ross LEVINE, *Law and firms' access to finance*, Document de travail du NBER no 10687, Cambridge, National Bureau of Economic Research, 2004; Thorsten BECK, Asli DEMIRGÜÇ-KUNT et Ross LEVINE, « Law and finance : Why does legal origin matter? », (2003) 31 *Journal of Comparative Economics* 653; Thorsten BECK, Asli DEMIRGÜÇ-KUNT et Ross LEVINE, « Law, endowments and finances », (2003) 70 *Journal of Financial Economics* 137; Thorsten BECK et Ross LEVINE, *Legal institutions and financial development*, Document de travail du NBER no 10126, Cambridge, National Bureau of Economic Research, 2003. Pour une opinion différente, voir : Katharina PISTOR, *Legal ground rules in coordinated and liberal market economies*, Document de travail de l'IEGE no 30/2005, Bruxelles, Institut européen sur la gouvernance d'entreprise, 2005; Ugo MATTEI, *Comparative law and economics*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1997, p. 79; Paul DAVIES, *Gower's principles of modern company law*, Londres, Swett & Maxwell, 1997, p. 8. Pour une synthèse, voir : Simon DEAKIN, Priya LELE et Mathias SIEMS, « L'évolution du droit du travail : évaluation et comparaison des régimes réglementaires », (2007) 146 *Revue internationale du Travail* 143, 146 et 147.

⁷⁵⁶ L'incertitude et l'exposition à des poursuites judiciaires coûteuses ont effectivement été identifiés comme des inconvénients majeurs du système américain dans le cadre d'une étude tenue auprès de dirigeants d'entreprises : J. BÉLANGER et G. TRUDEAU, *préc.*, note 139, 438 et 441.

Malgré cette différence de tradition juridique, toutefois, tant au Québec qu'au Massachusetts, le droit commun est fondé sur les principes de la liberté contractuelle et de l'autonomie individuelle⁷⁵⁷. La différence en serait donc davantage une de forme plutôt que de contenu. Quoi qu'il en soit, la liberté contractuelle semble néanmoins avoir un caractère plus « sacro-saint » aux États-Unis qu'au Québec, le législateur et les tribunaux ayant moins tendance à intervenir dans les relations privées que chez nous. En somme, même s'il existe peu de différences d'un point de vue pratique entre les deux droits communs, il subsisterait néanmoins des différences au niveau idéologique.

Enfin, un autre effet de la différence de tradition juridique observée entre les territoires étudiés est qu'au Massachusetts, contrairement à la situation qui prévaut au Québec, le législateur n'a pas de contrôle direct sur le contenu du droit commun qui, rappelons-le, est de la « judge-made-law ». En effet, aux États-Unis, lorsque le législateur désire modifier ou préciser certains droits et obligations qui découlent directement de la common law, il ne peut le faire que par une loi particulière, un « Statute ». Or, une telle intervention a nécessairement pour effet de retirer du champ du droit commun les questions qui étaient initialement régies par la common law, puisque ces questions sont désormais régies par la loi. En somme, contrairement à la situation qui prévaut au Québec (où le législateur peut modifier directement le droit commun en modifiant le C.c.Q.), l'intervention du législateur aux États-Unis modifie nécessairement le poids relatif du droit commun par rapport aux autres sources du droit du travail. Ce phénomène pourrait d'ailleurs expliquer le rôle beaucoup plus limité du droit commun massachusettsois dans le contenu du rapport salarial que celui du droit commun québécois.

b) Au niveau de la formation du rapport salarial

Dans les deux territoires étudiés, le rapport salarial résulte d'un contrat intervenu entre les parties : le « contrat de travail » dans le cas du Québec et le « employment contract » dans

⁷⁵⁷ F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX et J.-P. VILLAGGI, *préc.*, note 36, p. 182-184; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 2, 30 et 31; A. SUPIOT, *préc.*, note 557, p. 116; R. P. GAGNON, L. LEBEL P. VERGE, *préc.*, note 15, p. 16 et 17; O. KAHN-FREUND, P. DAVIES et M. FREEDLAND, *préc.*, note 36, p. 29 à 37.

le cas du Massachusetts⁷⁵⁸. Dans les deux cas, ce contrat peut être conclu de façon expresse ou tacite et sa formation est assujettie à peu de conditions et de formalités. En effet, dans les deux territoires, le droit commun conserve de façon pratiquement intacte le principe de la liberté contractuelle et laisse les parties généralement libres d'aménager elles-mêmes leurs rapports.

Comme nous l'avons vu, certaines conditions doivent néanmoins être rencontrées pour la formation d'un tel contrat. En effet, non seulement doit-il y avoir formation d'un « contrat » au sens général du terme, encore faut-il qu'il y ait formation d'un « contrat de travail ». Ainsi, tant au Québec qu'au Massachusetts, la formation du contrat de travail est soumise à des règles générales – applicables à tout contrat – et à des règles particulières – applicables de façon spécifique au contrat de travail.

Or, les principes qui sous-tendent ces règles sont sensiblement les mêmes dans les deux territoires étudiés et les différences observées – à quelques exceptions près – sont principalement attribuables au fait que ces régimes proviennent de traditions juridiques différentes. D'ailleurs, la principale différence identifiée à ce chapitre – soit la nécessité pour chacune des parties à un « *employment contract* » au Massachusetts d'en retirer une « *consideration* » – devrait avoir peu de conséquences. En effet, dans le cadre de la conclusion d'un contrat de travail, la « *consideration* » de l'employeur réside dans la prestation de travail qu'il est en droit de recevoir de l'employé en échange d'un salaire, tandis que la « *consideration* » de l'employé réside dans le salaire qu'il est en droit de recevoir de l'employeur en l'échange de sa prestation de travail. En somme, la « *consideration* » rejoint ici l'« objet » du contrat de travail conçu sous l'égide du droit québécois.

Une différence observée entre les deux territoires étudiés en matière de formalisme mérite toutefois d'être soulignée. En effet, comme nous l'avons vu, le « Statute of Frauds » du Massachusetts oblige les parties à consigner par écrit tout contrat à durée déterminée de plus

⁷⁵⁸ Aux États-Unis, le terme employé est « *employment contract* » (i.e. contrat d'emploi). Dans la vie de tous les jours, toutefois, on préfère parler de « relation d'emploi » (« *employment relationship* ») plutôt que de « contrat de travail » (« *employment contract* »). En effet, l'expression « *employment contract* » est surtout utilisée pour faire référence au contrat écrit intervenu formellement entre un employeur et un employé.

d'un an, à défaut de quoi celui-ci ne pourra être appliqué par les tribunaux. Or, le « Statute of Frauds » n'a pas d'équivalent au Québec⁷⁵⁹. On pourrait donc s'attendre à ce qu'une telle différence rende la conclusion des contrats à durée déterminée de plus d'un an plus difficile au Massachusetts qu'elle ne l'est au Québec. En effet, considérant l'intérêt grandissant des employeurs pour cette forme de contrat qui présente pour eux de nombreux avantages (i.e. plus grande flexibilité numérique, conditions de travail généralement moins coûteuses, pas d'engagement à long terme ni de sécurité d'emploi), on peut se demander si une telle contrainte ne pourrait pas avoir pour effet de décourager l'IDE au Massachusetts et, plus généralement, aux États-Unis.

Ceci étant, on doit relativiser les effets d'une telle contrainte. Tout d'abord, cette contrainte ne s'applique qu'aux CDD dont le terme excède un an (i.e. elle ne s'applique pas aux CDD dont le terme est d'un an ou moins). Ensuite, le CDD n'est pas la forme de contrat la plus flexible aux États-Unis, contrairement à la situation qui prévaut dans la majorité des pays industrialisés. Au contraire, l'employeur qui souhaite préserver un maximum de flexibilité dans la gestion de la taille de sa main-d'œuvre a plutôt intérêt à recourir au « CDI à l'Américaine », soit le contrat de travail « at-will ».

c) Au niveau du contenu obligationnel du rapport salarial

Dans l'ensemble, les droits communs québécois et massachusettsois imposent des droits et obligations très semblables aux parties au rapport salarial⁷⁶⁰. Au chapitre des droits et obligations qui découlent directement du droit commun, tant le droit québécois que le droit massachusettsois prévoit que le salarié : (1) a droit à la rémunération convenue; (2) a l'obligation d'effectuer le travail convenue; (3) a l'obligation d'obéir aux directives et aux ordres de l'employeur; et (4) a une obligation de loyauté envers l'employeur et un devoir de confidentialité à l'endroit des informations confidentielles et des secrets commerciaux auxquels il a accès dans le cadre de son emploi. De même, tant le droit québécois que le droit massachusettsois prévoit que l'employeur : (1) a droit à la prestation de travail convenue; (2) a

⁷⁵⁹ De telles dispositions ne sont toutefois pas sans rappeler l'article 2862 C.c.Q., qui interdit aux parties de faire la preuve d'un acte juridique par témoignage lorsque la valeur en litige excède 1500\$.

⁷⁶⁰ Pour le Québec : *Supra*, section IV.B.1.c), p. 187. Pour le Massachusetts : *Supra*, section IV.B.2.c), p. 212.

l'obligation de fournir le travail convenu; (3) a l'obligation de diriger et d'assurer le contrôle du travail; et (4) a l'obligation de payer le salaire convenu. En fait, seule l'obligation faite à l'employeur québécois d'assurer la sécurité, la santé et la dignité du salarié semble ne pas avoir d'équivalent dans le droit commun massachusettsois, cette question étant plutôt abordée par la législation.

Au chapitre des droits et obligations d'origine conventionnelle, la situation est également très semblable entre les territoires étudiés. Au Québec, le contenu explicite du contrat de travail est relativement peu réglementé et les parties sont généralement libres d'y prévoir les conditions de travail qu'elles jugent appropriées⁷⁶¹. C'est le principe de la liberté contractuelle qui prévaut. En effet, « *le droit commun ne s'intéresse pas directement au contenu des conditions de travail et laisse plutôt cette question à la libre négociation des deux parties visées* »⁷⁶². Tout ce qu'impose le C.c.Q. aux parties est que les conditions de travail dont elles conviennent soient conformes à la loi et à l'ordre public et que le contrat de travail soit conclu « *pour un temps limité* »⁷⁶³. Seules les clauses de non concurrence semblent faire l'objet de règles plus strictes en vertu du droit commun québécois. En effet, ces clauses doivent rencontrer certaines conditions pour être valides et les tribunaux ont tendance à interpréter celles-ci de façon restrictive. Au Massachusetts, le contenu explicite du contrat de travail est tout aussi peu réglementé par le droit commun. C'est également le principe de la liberté contractuelle qui prévaut. Les parties peuvent généralement convenir des conditions et modalités qu'elles désirent, sous la seule contrainte de ne pas contrevenir à la loi. Ceci dit, le « Statute of Frauds » impose toutefois que le contrat qui ne peut être réalisé entièrement dans l'année qui suit sa conclusion (ce qui inclut par le fait même le contrat de travail dont la durée déterminée est de plus d'une année) soit constaté par écrit. De plus, à l'instar de la situation qui prévaut au Québec, les clauses de non concurrence doivent rencontrer des conditions strictes pour être considérées valides (durée, territoire, fonctions) et sont interprétées de façon

⁷⁶¹ F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX et J.-P. VILLAGGI, *préc.*, note 36, p. 243; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 233.

⁷⁶² P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 233.

⁷⁶³ C.c.Q., art. 2085. Ce qui ne veut pas dire qu'il ne peut être conclu pour une durée indéterminée : C.c.Q., art. 2086.

restrictive par les tribunaux⁷⁶⁴. À la différence du Québec, toutefois, ces clauses ne peuvent être contractées par l'employé qu'en l'échange d'une « considération », à défaut de quoi elles seront inapplicables. Au moment de l'embauche, cela ne pose généralement pas de problème (la « considération » étant alors l'obtention de l'emploi), mais en cours d'emploi, cela peut poser problème, l'employé devant alors nécessairement obtenir un avantage en contrepartie.

Au chapitre des droits et obligations qui découlent implicitement du contrat de travail, la situation, bien que moins claire, semble également très semblable. Au Québec, un contrat oblige les parties pour tout ce qui en découle d'après sa nature et suivants les usages, l'équité ou la loi⁷⁶⁵. Ainsi, dans certains milieux, il est courant de ne pas tout spécifier au contrat et de compléter les termes du contrat par les pratiques et les us et coutumes du milieu. Dans l'affaire *Cabiakman*, par exemple, la Cour suprême du Canada a déterminé que le pouvoir disciplinaire et les pouvoirs de suspension administrative d'un employeur sont des composantes implicites des pouvoirs de directions de l'employeur, qui découlent eux-mêmes du contrat de travail au travers du concept de subordination juridique⁷⁶⁶. Au Massachusetts, l'importance du contenu implicite du contrat de travail semble jouer un rôle encore plus grand qu'au Québec, malgré l'absence de règle explicite à cet effet. Comme nous l'avons mentionné plus haut, les droits et obligations réciproques des parties au rapport salarial n'y sont pas énoncés de façon aussi systématique qu'elles le sont au Québec, celles-ci étant prévues au C.c.Q. Au contraire, les droits et obligations réciproques des parties au rapport salarial sont beaucoup plus implicites au Massachusetts qu'ils ne le sont au Québec. En effet, un peu à l'instar de la règle énoncée à l'article 1434 C.c.Q. au Québec, au Massachusetts, les obligations réciproques des parties au contrat de travail sont celles qui découlent naturellement du contrat de travail et des usages. En somme, les droits et obligations qui découlent du contenu implicite du contrat de travail se confondent davantage avec les droits et obligations réciproques des parties au rapport salarial au Massachusetts qu'au Québec. Ceci pourrait être dû au fait que les deux types de règles sont d'origine jurisprudentielle au Massachusetts (tradition de common law), alors qu'au Québec, ce sont surtout les droits et obligations qui découlent du contenu implicite du contrat de travail

⁷⁶⁴ P.R. SMITH, A.C. HODGES, S.J. STABILE et R. GELY, *préc.*, note 688, § 4.4.1, p. 145-150.

⁷⁶⁵ C.c.Q., art. 1434.

⁷⁶⁶ *Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d'Assurance sur la Vie*, *préc.*, note 505.

qui ont une telle origine (par le biais de l'interprétation que font les tribunaux de l'article 1434 C.c.Q.), la plupart des droits et obligations réciproques des parties étant, quant à eux, expressément prévus au C.c.Q.

En somme, tant au Québec qu'au Massachusetts, les parties sont généralement libres de convenir des modalités et des conditions qu'elles souhaitent voir s'appliquer en cours d'emploi, sous réserve uniquement de la loi (et, dans le cas du Québec, de l'ordre public). En effet, dans ces deux territoires, c'est le principe de la liberté contractuelle qui est mis de l'avant par le droit commun aux fins de régir le contenu du contrat de travail. Des contraintes de forme existent au Massachusetts pour le contrat de travail qui ne peut être réalisé à l'intérieur d'une année (i.e. contrat à durée déterminée dont le terme est de plus d'un an ou contrat de travail à entreprise déterminée ne pouvant être réalisé à l'intérieur d'une année), mais ce sont des formalités qui ne posent généralement pas de problème ou qui peuvent facilement être contournées en pratique. Elles ne portent pas atteinte au principe de la liberté contractuelle. En fait, seules les clauses de non-concurrence font l'objet de règles plus strictes, tant au Québec qu'au Massachusetts, en raison de leurs effets potentiellement graves sur le droit au travail du salarié.

d) Au niveau de la rupture du rapport salarial

Les modes de rupture du rapport salarial sont sensiblement les mêmes au sein des deux territoires étudiés. Ainsi, tant au Québec qu'au Massachusetts, la relation d'emploi peut prendre fin suite à une entente entre les parties, suite à une force majeure, suite au décès d'une partie, suite à l'arrivée du terme convenu par les parties⁷⁶⁷ ou suite à sa rupture unilatérale par l'une ou l'autre des parties⁷⁶⁸. Les règles qui régissent la rupture unilatérale du rapport salarial diffèrent toutefois substantiellement entre les territoires étudiés ((1)), de même que les règles qui concernent le sort du contrat de travail en cas de vente ou de concession d'entreprise ((2)).

⁷⁶⁷ Il peut s'agir de l'arrivée d'une date d'échéance, de l'expiration d'une durée ou de la réalisation d'un travail ou d'une œuvre donnée.

⁷⁶⁸ Dans le cas du salarié, il peut s'agir d'une démission ou d'un départ à la retraite, tandis que dans le cas de l'employeur, il peut s'agir d'un congédiement ou d'un licenciement.

Des différences ont également été notées au niveau des obligations qui survivent à la rupture du rapport salarial ((3)).

(1) *La rupture unilatérale du rapport salarial*

Les règles qui gouvernent la rupture unilatérale du rapport salarial diffèrent selon la forme d'emploi impliquée. Au Québec, le droit commun prévoit deux formes d'emploi : l'emploi à durée indéterminée, qui est la relation d'emploi par défaut, et l'emploi à durée déterminée⁷⁶⁹. La relation d'emploi pour laquelle les parties n'ont convenu d'aucun terme ni d'aucune durée est qualifiée d'« emploi à durée indéterminée », tandis que la relation d'emploi pour laquelle un tel terme ou une telle durée a été convenu est qualifiée d'« emploi à durée déterminée ».

Au Massachusetts, le droit commun prévoit quant à lui trois formes d'emploi : l'emploi « at-will » (« *employment at-will* »), l'emploi à durée indéterminée dont la rupture unilatérale fait l'objet de restrictions (« *employment agreement for an indefinite term limiting termination of employment* ») et l'emploi à durée déterminée (« *employment for a definite term* »). L'emploi « at-will » est la forme d'emploi « par défaut ». Les parties peuvent toutefois déroger à cette forme d'emploi en assujettissant la rupture unilatérale de leur relation à des conditions ou des formalités particulières (il s'agira alors d'un « emploi à durée indéterminée dont la terminaison unilatérale fait l'objet de restrictions ») ou en prévoyant un terme ou une durée déterminée à la relation d'emploi (il s'agira alors d'un « emploi à durée déterminée »).

(a) *Emploi à durée indéterminée*

Au Québec, une partie ne peut mettre fin unilatéralement à un emploi à durée indéterminée qu'en donnant à l'autre un délai de congé d'une durée raisonnable⁷⁷⁰. Cette obligation découle directement du droit commun⁷⁷¹. Le droit commun québécois n'oblige cependant pas la partie qui termine unilatéralement une relation d'emploi à durée indéterminée de justifier d'une cause ou d'un motif particulier pour ce faire. Pour évaluer le caractère

⁷⁶⁹ C.c.Q., art. 2092 : « Le contrat de travail est à durée déterminée ou indéterminée ».

⁷⁷⁰ C.c.Q., art. 2091.

⁷⁷¹ Au Massachusetts, un telle obligation ne peut découler que de la volonté des parties, donnant ainsi lieu à un « emploi à durée indéterminée dont la rupture fait l'objet de restrictions ».

raisonnable de la durée du délai de congé qui doit être donné, on doit tenir compte, notamment, de la nature de l'emploi, des circonstances particulières dans lesquelles il s'exerce et de la durée de la prestation de travail⁷⁷². La partie qui fait défaut de donner un délai de congé ou qui donne un délai de congé insuffisant doit verser à l'autre une indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi. De même, la partie qui résilie le contrat de travail de manière abusive est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie. C'est la mise en application de la théorie de l'abus de droit au contexte particulier de la rupture du contrat de travail. À noter que le salarié ne peut renoncer au droit qu'il a d'obtenir une indemnité en réparation du préjudice qu'il subit, lorsque le délai de congé est insuffisant ou que la résiliation est faite de manière abusive⁷⁷³. La partie qui dispose d'un « motif sérieux » est cependant dispensée de donner un tel délai de congé pour mettre fin à la relation d'emploi⁷⁷⁴. À l'instar du concept de « cause juste et suffisante » prévu à l'article 124 de la L.n.t., le concept de « motif sérieux » a été interprété de façon étroite par les tribunaux. Ainsi, ce concept fait référence aux manquements du salarié qui se rapportent à sa conduite ou à l'exécution de son travail et dont la gravité est telle qu'elle justifie la rupture immédiate du rapport salarial. Les facteurs liés à l'exploitation de l'entreprise, comme les changements technologiques ou la conjoncture économique, en sont exclus⁷⁷⁵.

Au Massachusetts, comme dans la quasi-totalité des États fédérés américains⁷⁷⁶, l'emploi « at-will » est la relation d'emploi « par défaut », c'est-à-dire que c'est la forme d'emploi qui s'applique lorsque les parties n'ont convenu d'aucun terme ou durée déterminée à leur relation d'emploi ou lorsqu'elles n'ont soumis la terminaison unilatérale de cette relation d'emploi à aucune condition ou formalité particulières. Elle joue donc, en quelque

⁷⁷² C.c.Q., art. 2091, al. 2.

⁷⁷³ C.c.Q., art. 2092.

⁷⁷⁴ C.c.Q., art. 2094. Rappelons que du point de vue de l'employeur, la jurisprudence définit le motif sérieux comme « un manquement grave du salarié qui se rapporte à sa conduite ou à l'exécution (ou l'absence d'exécution) de son travail, et dont la gravité est telle qu'elle justifie la brusque rupture du rapport salarial ». Des considérations économiques ou d'affaires ne dispensent donc pas l'employeur de donner un tel délai de congé. Pour plus de détails, voir : *Supra*, section IV.B.1.d)(2), p. 203.

⁷⁷⁵ *Supra*, section IV.B.1.d)(2), p. 203.

⁷⁷⁶ Seul le Montana fait exception à la règle, celui-ci ayant adopté une législation requérant que la terminaison de la relation d'emploi soit faite pour une « good cause ». Voir : *Montana Wrongful Discharge from Employment Act*, Montana Code Ann. 39-2-901 (1987).

sorte, le rôle que joue l'emploi à durée indéterminée au Québec (i.e. la forme d'emploi « par défaut » en vigueur chez nous). L'emploi « at-will » est une forme d'emploi à durée indéterminée pouvant être rompue à la discrétion de l'une ou l'autre des parties à la relation d'emploi, sans motif, sans préavis et sans indemnité. Un employeur peut donc congédier un employé « at-will » « sur le champ », sans avoir à justifier sa décision, sans avoir à payer quelque indemnité que ce soit et sans avoir à donner quelque préavis que ce soit. Inversement, un employé peut démissionner de façon tout aussi spontanée pour les mêmes raisons, sans engager sa responsabilité envers l'employeur⁷⁷⁷.

À l'origine, la doctrine de l'emploi « at-will » permettait à un employeur de mettre fin unilatéralement à l'emploi d'un employé « pour une bonne raison ou sans raison, *ou même pour une mauvaise raison*, sans être coupable d'un acte illégal »⁷⁷⁸. De nos jours, toutefois, les lois particulières (les « *statutes* ») interdisent à l'employeur de rompre l'emploi d'un salarié pour certains motifs⁷⁷⁹. Les tribunaux ont également développé des exceptions dites « jurisprudentielles » à la doctrine de l'emploi « at-will ». Ces exceptions, qui sont au nombre de trois, ont toutes été reconnues et reprises par les tribunaux du Massachusetts. Ainsi, un employeur ne peut congédier un employé pour une raison ou dans un but qui contrevient à une politique publique promue par la loi (« *public policy exception* »). Un employeur ne peut également injustement tirer profit du congédiement d'un employé en privant celui-ci d'une rémunération pour services rendus à laquelle il a droit, puisque ceci contrevient à l'obligation de bonne foi et d'équité incluse dans tout contrat (« *covenant of good faith and fair dealing exception* »). Enfin, un employeur doit respecter les engagements et les promesses tacites qu'il a pris envers un employé et qui assurent à ce dernier une certaine sécurité d'emploi ou un

⁷⁷⁷ Il est intéressant de noter qu'à ce chapitre, la common law américaine diffère substantiellement de la common law canadienne. En effet, dans les autres provinces canadiennes, un contrat de travail à durée indéterminée ne peut être résilié unilatéralement par une partie que suite à un préavis d'une durée raisonnable ou d'une indemnité compensatrice en tenant lieu, à l'instar de la situation qui prévaut au Québec. En somme, la doctrine de l'emploi « at-will » est particulière à la common law américaine. De façon générale, voir : THE LABOR LAW CASEBOOK GROUP, *Labour and Employment Law : Cases, Material, and Commentary*, Eighth edition, 2011.

⁷⁷⁸ *Payne v. Western & Atl. R.R.*, préc., note 696 (“ *for good cause or for no cause, or even for bad cause, without thereby being guilty of an unlawful act per se*”).

⁷⁷⁹ Pour plus de détails, voir : *Supra*, section IV.B.2.d)(2)(a), p. 218.

traitement équitable (« *implied in fact contract exception* »)⁷⁸⁰. Ces exceptions à la doctrine de l'emploi « at-will » sont souvent à l'origine de litiges très coûteux et imprévisibles aux États-Unis, et ce, dans une mesure beaucoup plus grande qu'au Québec et, plus largement, au Canada. C'est d'ailleurs là un des désavantages les plus importants du modèle américain en matière d'IDE, les employeurs étant généralement plutôt frileux aux perspectives de poursuites coûteuses et imprévisibles.

Ceci étant, l'emploi « at-will » n'est pas la seule forme d'emploi à durée indéterminée au Massachusetts. Comme nous l'avons vu, les parties peuvent en effet convenir que la relation d'emploi, bien que d'une durée indéterminée, ne pourra être résiliée unilatéralement qu'à certaines conditions ou que suite à l'accomplissement de certaines formalités. Une telle façon de procéder a pour effet d'écarter la relation d'emploi « *at-will* » – la relation d'emploi ne pouvant être terminée que conformément aux termes de l'entente – et l'employé bénéficie par conséquent d'une sécurité d'emploi accrue. Ainsi, les parties peuvent convenir que la relation d'emploi ne pourra être rompue unilatéralement que pour cause (« *for cause* », « *for just cause* », « *for good cause* » ou autre critère similaire), suite à la transmission d'un préavis d'une certaine durée (« *notice* ») ou suite au paiement d'une indemnité de fin d'emploi d'un certain montant (« *severance pay* ») à l'autre partie. En pratique, toutefois, de telles restrictions sont surtout consenties par l'employeur au profit de l'employé. Au Québec, l'obligation de donner un préavis de fin d'emploi (délai de congé raisonnable) lors de la résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée n'est pas d'origine conventionnelle, comme c'est le cas aux États-Unis. Elle est imposée par le droit commun et il n'est pas possible de renoncer au bénéfice de ce préavis, du moins, tant qu'il n'est pas exigible⁷⁸¹.

En somme, la relation d'emploi « at-will » joue essentiellement le même rôle au Massachusetts que l'emploi à durée indéterminée joue au Québec. En effet, ce sont toutes deux des relations d'emploi « par défaut », donc des relations d'emploi qui voient le jour lorsque les parties n'ont convenu d'aucun terme à la relation d'emploi et, dans le cas du Massachusetts, d'aucune restriction conventionnelle à la terminaison unilatérale de la relation

⁷⁸⁰ Pour plus de détails, voir : *Supra*, section IV.B.2.d)(2)(b), p. 218.

⁷⁸¹ C.c.Q., art. 2091 et 2094.

d'emploi. La terminaison unilatérale de ces relations d'emploi est cependant sujette à des règles substantiellement différentes. Alors qu'au Massachusetts, l'emploi « at-will » peut être rompu en tout temps sans préavis et sans indemnité par l'une ou l'autre des parties, au Québec, on ne peut mettre fin unilatéralement à l'emploi à durée indéterminé que moyennant un préavis d'une durée raisonnable. En fait, seul un « motif sérieux » peut dispenser une partie de donner l'autre un délai de congé. En outre, il est impossible de renoncer à l'avance à ce préavis, celui-ci étant d'ordre public. Dans un cas comme dans l'autre, toutefois, les parties à la relation d'emploi n'ont pas à justifier leur décision, le droit commun n'imposant pas que la terminaison soit faite « pour cause ».

(b) Emploi à durée déterminée

Tant au Québec qu'au Massachusetts, les parties peuvent librement recourir au contrat de travail à durée déterminée. En effet, dans ces juridictions, ni le droit commun ni la législation n'assujettit le recours à cette forme de contrat à des contraintes ou des formalités particulières, comme c'est parfois le cas dans d'autres juridictions⁷⁸².

Au Québec, une partie ne peut terminer unilatéralement un emploi à durée déterminée avant son terme que pour un motif sérieux. En l'absence d'un tel motif, donc, le contrat de travail devra être honoré pendant toute sa durée, à moins que les parties ne conviennent d'y mettre fin de façon prématurée. De plus, le droit commun québécois n'oblige pas une partie à justifier le non-renouvellement d'une relation d'emploi à durée déterminée par une cause ou d'un motif particulier. Enfin, notons que le contrat de travail à durée déterminée est susceptible d'être reconduit tacitement pour une durée indéterminée lorsque le salarié continue d'effectuer son travail cinq jours après le terme, sans opposition de la part de l'employeur⁷⁸³.

Au Massachusetts, les parties peuvent convenir que la relation d'emploi aura un terme ou une durée déterminée. Dans ce cas, la relation d'emploi « at-will » est écartée au profit d'une relation d'emploi à durée déterminée et l'employeur ne peut rompre celle-ci avant son

⁷⁸² Rappelons toutefois que le Statute of Frauds du Massachusetts fait en sorte qu'un CDD dont la durée est nécessairement de plus d'un an doit obligatoirement être constaté par écrit, à défaut de quoi il ne pourra être appliqué par les tribunaux.

⁷⁸³ C.c.Q., art. 2090.

terme que pour une « cause juste » (« *just cause* »), sous réserve des termes particuliers de l'entente⁷⁸⁴. L'employé bénéficie ainsi d'une sécurité d'emploi accrue, à la condition de ne pas donner une telle cause de congédiement à son employeur. En principe, l'employeur possède une « cause juste » de congédiement lorsqu'il a « (1) *des motifs raisonnables d'insatisfaction de bonne foi à l'endroit d'un employé, pour des raisons comme l'incapacité de faire le travail, le manque de diligence, le non-respect des normes habituelles de conduite ou une autre forme de comportement coupable ou inapproprié, ou (2) des motifs de congédiement raisonnablement liés, selon son propre jugement, aux besoins de l'entreprise* »⁷⁸⁵. La « cause juste » vise donc autant des circonstances liées au comportement du salarié et à sa prestation de travail que des circonstances liées à l'entreprise ou à la conjoncture économique.

Le principe général qui gouverne la rupture de la relation d'emploi à durée déterminée est essentiellement le même dans les deux territoires étudiés. En effet, tant au Québec qu'au Massachusetts, la relation d'emploi à durée déterminée doit normalement être respectée par les parties jusqu'à son terme, à moins de « circonstances particulières ». Ces « circonstances particulières » sont captées par les critères du « motif sérieux » au Québec et de la « *just cause* » au Massachusetts. Or, la portée de ces critères diffère substantiellement. Alors que le critère du « motif sérieux » ne vise que des circonstances qui se rattachent à la personne du salarié ou à sa prestation de travail, le critère de la « *just cause* » vise non seulement de telles circonstances, mais également des circonstances associées aux besoins de l'entreprise et à la conjoncture économique. C'est là une différence majeure entre les deux systèmes.

(2) *Les effets de la vente ou de la concession d'entreprise sur le rapport salarial*

Au Québec, le C.c.Q. prévoit la continuité des droits et obligations des parties en vertu du contrat de travail en cas d'aliénation ou de modification à la structure juridique de l'entreprise⁷⁸⁶. Une vente ou une fusion d'entreprise n'ont donc pas automatiquement pour

⁷⁸⁴ Une autre expression régulièrement utilisée dans d'autres juridictions est celle de la « *good cause* ». Au Massachusetts, toutefois, les tribunaux ont plutôt recours à l'expression « *just cause* », qui joue essentiellement le même rôle.

⁷⁸⁵ *Goldhor v. Hampshire College, préc.*, note 703; *Klein v. President & Fellows of Harvard College, préc.*, note 703; *G & M Employment Serv., Inc. v. Commonwealth, préc.*, note 703.

⁷⁸⁶ C.c.Q., art. 2097.

effet de mettre fin au contrat de travail : l'ayant droit est lié au même titre que l'employeur original. Ceci constitue une dérogation au principe de l'effet relatif des contrats prévu à l'article 1440 du C.c.Q. Notons toutefois que cette disposition n'interdit pas à l'employeur-cédant de mettre fin aux contrats de travail qui le lie à ses salariés à la date où l'entreprise sera effectivement vendue. Il sera possible pour lui de le faire, dans le respect de la loi. En effet, l'article 2097 C.c.Q. est de nature descriptive et non de nature prescriptive.

Le droit commun massachusettsois ne prévoit aucune règle de la sorte. C'est le principe de l'effet relatif des contrats qui s'applique. Les parties peuvent cependant préciser la nature de leur droits et obligations par voie contractuelle (contrat individuel ou convention collective) dans l'éventualité d'une vente d'entreprise et les conditions auxquelles une telle vente pourra être faite. En somme, bien que le droit commun massachusettsois ne prévoit rien à cet égard, il est possible de remédier à cette situation par voie conventionnelle.

(3) *La survie de certaines obligations suite à la fin du rapport salarial*

Au Québec, les devoirs de loyauté et de discrétion que le droit commun québécois impose au salarié en cours d'emploi survivent pendant un délai raisonnable une fois le contrat de travail terminé. Ce délai varie en fonction de la nature du poste occupé par le salarié et le niveau de responsabilité qui lui est rattaché. Le devoir de discrétion du salarié peut cependant subsister indéfiniment lorsque l'information réfère à la réputation et la vie privée d'une personne⁷⁸⁷. Les clauses de non-concurrence valides continuent quant à elles d'avoir des effets à l'endroit du salarié suite à la terminaison du rapport salarial et ce, pour la durée qui y est prévue. Ces clauses peuvent prévoir que le salarié ne pourra faire concurrence à l'employeur ni participer à une entreprise qui lui ferait concurrence. Elles peuvent en outre interdire au salarié de solliciter la clientèle et le personnel de l'employeur. Ces clauses ne peuvent toutefois être invoquées par l'employeur si celui-ci a résilié le contrat sans motif sérieux ou s'il a lui-même donné au salarié un tel motif de résiliation. En outre, il appartient à

⁷⁸⁷ Pour plus de détails sur les devoirs de loyauté et de discrétion, voir : *Supra*, section IV.B.1.d)(3)(a), p. 205.

l'employeur de démontrer la validité de ces clauses et non au salarié d'en démontrer la non-validité⁷⁸⁸.

Au Massachusetts, le devoir de loyauté ne survit pas à la fin du rapport salarial. Toutefois, contrairement au devoir de loyauté, le devoir de ne pas divulguer de secrets commerciaux (qui est en quelque sorte l'équivalent du devoir de discrétion au Québec) continue de s'appliquer suite à la fin du rapport salarial. Ce devoir interdit à l'employé – et en l'occurrence, à l'ex-employé – de divulguer ou d'utiliser des secrets commerciaux, des secrets de fabrication et autres informations confidentielles dont il a eu connaissance dans le cadre de son emploi. L'employeur qui souhaite se protéger de la concurrence déloyale d'un ex-employé peut également prévoir des clauses de non concurrence et de confidentialité au contrat de travail⁷⁸⁹. Les clauses de non concurrence et de confidentialité utilisées au Massachusetts sont semblables à celles qui sont utilisées au Québec. Ainsi, ces clauses peuvent interdire à un employé/ex-employé d'entrer en concurrence avec son employeur/ex-employeur, de solliciter la clientèle ou les employés de son employeur/ex-employeur et de divulguer ou utiliser les renseignements confidentiels dont il a eu connaissance en cours d'emploi pendant une certaine durée à la suite de la terminaison de l'emploi. Bien que pouvant être invoquées en cours d'emploi, l'utilité de ces clauses réside plutôt dans la possibilité d'invoquer celles-ci une fois la relation d'emploi terminée. En effet, dans la mesure où elles sont valides⁷⁹⁰, ces clauses continuent de s'appliquer pendant la durée qui est spécifiée à celles-ci suite à la terminaison de l'emploi. Enfin, à l'instar du Québec, il appartient à l'employeur de démontrer la validité de ces clauses au Massachusetts.

⁷⁸⁸ C.c.Q., art. 2089, al. 3. Ceci n'est toutefois vrai que depuis l'adoption du C.c.Q. en 1994. Sous le C.c.B.C., c'était la règle inverse.

⁷⁸⁹ P.R. SMITH, A.C. HODGES, S.J. STABILE et R. GELY, *préc.*, note 688, § 4.2, p. 136; R.A. BALES, J.M. HIRSCH et P.M. SECUNDA, *préc.*, note 447, § 11.03[A], p. 122.

⁷⁹⁰ Les conditions de validité de ces clauses sont très semblables à celles que nous connaissons au Québec. Ainsi, pour être valides, l'employeur doit démontrer qu'elles sont justifiées par des intérêts légitimes, qu'elles sont raisonnables quant à leur durée, leur portée géographique et les fonctions visées et qu'elles ont été consenties en l'échange d'une « considération » suffisante. Pour plus de détails, voir : *All Stainless, Inc. v. Colby*, *préc.*, note 753; P.R. SMITH, A.C. HODGES, S.J. STABILE et R. GELY, *préc.*, note 688, § 4.4.1, p. 145-150; R.A. BALES, J.M. HIRSCH et P.M. SECUNDA, *préc.*, note 447, § 11.04[A], p. 127-131. Les règles applicables aux clauses de confidentialité sont généralement moins strictes, puisque ces clauses ne limitent pas la capacité de l'employé de travailler pour autrui, mais plutôt l'utilisation de certains renseignements. Voir : R.A. BALES, J.M. HIRSCH et P.M. SECUNDA, *préc.*, note 447, § 11.04[B][3], p. 132 et 133.

Dans les deux territoires, il y a des obligations qui survivent à la terminaison du rapport salarial. Ainsi, autant au Massachusetts qu'au Québec, le droit commun interdit à l'ancien employé de divulguer et d'utiliser les renseignements confidentiels dont il a eu connaissance en cours d'emploi (devoir de discrétion VS « *duty not to disclose trade secrets* ») et permet au partie d'inclure dans le contrat de travail des clauses de non-concurrence et de confidentialité dont les conditions de validité sont très semblables⁷⁹¹ et pour lesquelles le fardeau d'en prouver la validité appartient à l'employeur⁷⁹². Seul le devoir de loyauté semble faire l'objet d'une différence plus importante : alors que ce devoir survit pour un délai raisonnable après la terminaison de l'emploi au Québec, il ne survit pas à la terminaison de l'emploi au Massachusetts. Cette différence est toutefois généralement comblée par l'inclusion de clauses de non-concurrence au contrat de travail.

4. Conclusion

L'une des différences la plus notable entre les droits communs applicables au sein des territoires étudiés est qu'ils proviennent de traditions juridiques différentes. Un système de droit civil codifié comme celui en vigueur au Québec implique la présence d'un ensemble prédéterminé de règles législatives formulées en des termes plus ou moins généraux (le Code civil) et qui ont vocation de s'appliquer à défaut de règles particulières. C'est un système qui emprunte une logique déductive en ce que les règles législatives qu'il prévoit ont été déterminées dans le cadre d'un effort de réflexion préalable où on a tenté d'anticiper les différentes situations juridiques et factuelles susceptibles de voir le jour. De son côté, un système de common law comme celui en vigueur au Massachusetts se fonde plutôt sur les précédents jurisprudentiels (la common law) qui se sont accumulés au cours du temps pour régir ces différentes situations ou, à défaut, sur la Coutume. C'est un système qui emprunte

⁷⁹¹ Une différence à ne pas négliger est la nécessité d'un « *consideration* » lors de la signature d'une clause de non-concurrence ou de confidentialité au Massachusetts, ce qui n'est pas le cas au Québec. Ceci peut poser un problème, particulièrement lorsque la clause est signée en cours d'emploi et que l'employé n'obtient rien en retour.

⁷⁹² Pour être plus précis, le fardeau de prouver la validité d'une telle clause au Massachusetts appartient à la partie qui l'invoque. Or comme ces clauses sont habituellement invoquées par l'employeur, le résultat est pratiquement le même qu'au Québec, où la loi fait en tout temps reposer le fardeau de preuve sur l'employeur (C.c.Q., art. 2089, al. 3).

une logique inductive en ce sens que les solutions qu'il propose aux problématiques juridiques sont tirées de celles qui ont été développées par les juges dans le cadre de causes antérieures présentant des faits similaires.

Les principaux avantages du système de droit civil correspondent généralement aux principaux inconvénients du système de common law, et inversement. Ainsi, le système de droit civil possède l'avantage d'être généralement plus prévisible que le système de common law, puisque les parties impliquées dans une situation donnée sont en mesure de connaître à l'avance les règles et les principes juridiques qui s'appliquent à celle-ci, même si cette situation n'a encore jamais été soumise aux tribunaux (même si elle n'a encore fait l'objet d'aucun précédent judiciaire). En effet, elle n'ont qu'à se référer à l'ensemble prédéterminé de règles que constitue le Code civil pour connaître ces règles et des principes. C'est donc un système qui laisse généralement moins de place à l'incertitude qu'un système de common law. Toutefois, puisque les règles qu'il prévoit ont été pensées et déterminées à l'avance et, parfois, dans l'abstrait (i.e. en dehors de tout litige particulier), c'est un système qui est souvent considéré comme plus rigide et moins flexible que son homologue anglo-saxon. En effet, le juge n'a d'autre choix que d'appliquer les règles claires prévues par le Code civil même si, dans sa grande sagesse et dans la connaissance fine qu'il a du litige qui lui est soumis, il estime que celles-ci sont mésadaptées ou inappropriées. Il dispose d'une marge de manœuvre plus grande en présence d'une règle ambiguë, mais alors, il doit rechercher l'intention qu'avait le législateur au moment de l'adoption de cette règle.

Le système de common law, quant à lui, est un système qui possède l'avantage d'être généralement plus flexible que le système de droit civil. En effet, c'est un système qui accorde une plus grande liberté au juge dans la recherche d'une solution au litige, en particulier en l'absence de précédent judiciaire. Cela dit, même en présence de précédents judiciaires, le juge possède la faculté de faire du « *distinguishing* » et d'écarter les précédents existants au profit d'une solution qu'il juge plus appropriée dans les circonstances. Contrairement au système de droit civil, donc, où le juge doit généralement se contenter d'interpréter et d'appliquer la loi, dans un système de common law, le juge possède un réel pouvoir de créer le droit (« Juge-Made-Law »). Cette plus grande liberté du juge dans le cadre du système de common law, et la plus grande flexibilité qui en résulte, vient toutefois au coût d'une incertitude beaucoup plus

grande lorsque vient le temps de déterminer les règles applicables à une situation donnée. Or, une telle incertitude peut se traduire en des coûts financiers importants en raison du risque plus élevé de poursuites judiciaires (i.e. c'est un droit plus litigieux) et des condamnations monétaires beaucoup plus élevées auxquelles les entreprises sont exposées dans le cadre d'un tel système. Le meilleur exemple est celui des exceptions d'origine jurisprudentielle à la doctrine de l'*employment at-will*, qui exposent les entreprises à des poursuites imprévisibles et souvent très coûteuses.

Malgré des traditions juridiques différentes, toutefois, les règles de fonds applicables dans les territoires étudiés sont relativement semblables. Dans l'ensemble, les deux systèmes laissent une très grande place à la liberté contractuelle et interviennent peu. Ceci est particulièrement vrai pour la formation et le contenu du rapport salarial. Ainsi, les parties peuvent recourir à des contrats à durée déterminée autant qu'à des contrats à durée indéterminée et disposent d'une grande liberté quant au contenu du contrat de travail. Nous avons néanmoins identifié deux différences au niveau de la formation du rapport salarial. La première concerne l'exigence de constater la présence d'une « consideration » au moment de la formation ou d'une modification au contrat de travail au Massachusetts, sous peine de nullité. La deuxième concerne l'obligation de consigner par écrit le contrat de travail dont la durée est nécessairement supérieure à un an au Massachusetts, à défaut de quoi le contrat ne pourra être appliqué par les tribunaux.

Des différences beaucoup plus importantes ont toutefois été identifiées au niveau de la rupture du rapport salarial. Alors qu'au Massachusetts, les parties au rapport salarial sont libres de rompre l'emploi à durée indéterminée sans préavis, indemnité ou autre formalité, au Québec, elles ne peuvent le faire que moyennant un délai de congé raisonnable, dont la durée varie en fonction de différents facteurs. Cette formalité est d'ordre public et le salarié ne peut y renoncer à l'avance. En principe, aucune indemnité n'est payable par les parties. Une indemnité compensatoire pourrait toutefois devoir être payée par la partie qui est en défaut de donner le délai de congé requis ou qui donne un préavis d'une durée insuffisante. Tant au Massachusetts qu'au Québec, l'emploi à durée déterminée peut être résilié avant terme pour certains motifs dont la preuve incombe à l'employeur. Au Québec, de tels motifs peuvent également être invoqués pour résilier un emploi à durée indéterminée sans délai de congé. La

nature des motifs pouvant être invoqués diffère toutefois de façon importante entre les territoires étudiés. Alors qu'au Québec, ces motifs doivent nécessairement se rapporter au salarié (concept de « motif sérieux »), au Massachusetts, ils peuvent se rapporter au salarié ou à des considérations économiques ou d'affaires (concept de « just cause »). Enfin, au Québec, l'emploi à durée déterminée peut être reconduit en emploi à durée indéterminée dans certaines circonstances, une situation qui n'existe pas au Massachusetts.

Le droit commun québécois prévoit que la vente d'entreprise n'entraîne pas automatiquement la résiliation du contrat de travail. Cela n'empêche toutefois pas l'employeur de poser les actes nécessaires pour ce faire, dans le respect des règles applicables. Cette règle n'a pas d'équivalent au Massachusetts.

Enfin, le droit commun québécois semble davantage protéger les intérêts de l'employeur une fois la relation d'emploi terminée que ne le fait le droit commun massachusettsois. En effet, au Québec, le devoir de loyauté du salarié survit pendant un délai raisonnable suite à la rupture du lien d'emploi, contrairement à la situation applicable au Massachusetts, où seule une clause de non-concurrence peut avoir un tel effet.

C. Les rapports collectifs

1. Situation au Québec

Comme nous l'avons évoqué précédemment, la révolution industrielle du XIX^{ème} siècle est survenue dans un système économique et social capitaliste et libéral où dominent les valeurs de la liberté et de l'autonomie individuelles. L'État, peu interventionniste, se contente alors de protéger la suprématie du marché et son libre fonctionnement. C'est à cette époque qu'est adopté le *Code civil du Bas Canada*⁷⁹³, le premier code civil du Québec. Celui-ci consacre les principes du libéralisme économique que sont l'égalité présumé et la capacité juridique de principe des individus, la liberté contractuelle et la primauté du contrat. Ce système capitaliste et libéral entraîne toutefois de nombreux abus. En effet, une forte proportion des salariés qui travaillent dans les manufactures sont exploités et connaissent des conditions de travail misérables⁷⁹⁴.

C'est dans ce contexte que les rapports collectifs du travail sont apparus. De la fin du XIX^{ème} siècle à fin de la Deuxième Grande Guerre, le syndicalisme, phénomène initialement illégal, voire criminel, est décriminalisé, balisé, puis promu par le législateur⁷⁹⁵. C'est aujourd'hui un mode de détermination des conditions de travail à part entière, au même titre que la négociation individuelle des conditions de travail en vertu du droit commun ou encore la détermination directe par l'État des conditions de travail au travers des lois particulières du travail et des droits de la personne.

Nous avons vu que le droit du travail peut être défini comme l' « ensemble des règles juridiques qui gouvernent les rapports du travail et les institutions qui s'y rattachent »⁷⁹⁶. Or, ces rapports du travail et institutions associées sont traditionnellement divisés en deux catégories : les rapports individuels et les rapports collectifs du travail.

En Amérique du Nord, les rapports individuels de travail sont ceux qui surviennent directement entre un employeur et ses salariés, où chaque salarié représente ses propres

⁷⁹³ *Acte concernant le Code civil du Bas Canada, préc.*, note 486.

⁷⁹⁴ P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 31.

⁷⁹⁵ P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 55.

⁷⁹⁶ G. DION, *préc.*, note 13.

intérêts et négocie ses propres conditions de travail sur une base individuelle avec l'employeur. Ce dernier n'a pas à négocier collectivement les conditions de travail des salariés puisque ceux-ci ne sont pas représentés par un représentant légal ayant un monopole de représentation, comme un syndicat. À l'inverse, les rapports collectifs de travail sont ceux où la négociation des conditions de travail d'un groupe donné de salariés se fait nécessairement par l'intermédiaire d'un tel représentant légal, puisque celui-ci détient le monopole de négociation et est le représentant exclusif de ces salariés. Dans ce contexte, la liberté contractuelle individuelle des salariés est à toute fin pratique écartée et l'employeur ne peut, en principe, conclure d'ententes particulières avec les salariés en ce qui a trait à leurs conditions de travail⁷⁹⁷.

a) L'importance des rapports collectifs au Québec

Les rapports individuels du travail constituent le régime de détermination des conditions de travail le plus courant au Québec. Les rapports collectifs y occupent néanmoins une place très importante. D'ailleurs, le Québec est le lieu en Amérique du Nord où on recourt le plus au régime collectif de détermination des conditions de travail.

La mesure utilisée pour évaluer l'importance relative des rapports collectifs par rapport aux rapports individuels du travail est le taux de présence syndicale. Celui-ci se définit comme le pourcentage de personnes visées par une convention collective par rapport à l'ensemble des salariés sur un territoire donné. Il permet de considérer l'ensemble des personnes assujetties à une convention collective, qu'elles soient membres en règle ou non d'un syndicat. Le taux de

⁷⁹⁷ *Isidore Garon ltée c. Tremblay; Fillion et Frères (1976) inc. c. Syndicat national des employés de garage du Québec inc., préc.*, note 498; *Noël c. Société d'énergie de la Baie James*, [2001] 2 R.C.S. 207; *C.A.I.M.A.W. c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; *Hémond c. Coopérative fédérée du Québec*, [1989] 2 R.C.S. 962; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper c. S.C.T.P.*, [1986] 1 R.C.S. 704; *McGavin Toastmaster Ltd. c. Ainscough*, [1976] 1 R.C.S. 718; *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec inc. c. La Compagnie Paquet Ltée*, [1959] R.C.S. 206; Guylaine VALLÉE et Julie BOURGAULT, « Cadre juridique de la convention collective », dans Patrice JALETTE et Gilles TRUDEAU (dir.), *La convention collective au Québec*, 2^{ème} édition, Montréal, Chenelière Éducation, 2011, p. 41-44; Renée-Claude DROUIN et Gilles TRUDEAU, « What Does *Isidore Garon* Mean for Arbitral Jurisdiction in Québec? », (2007) 13 *Can. Lab. & Emp. L. J.* 255.

présence syndicale se distingue donc du taux de syndicalisation, qui ne mesure que la proportion des salariés qui sont membres en règle d'un syndicat⁷⁹⁸.

Entre 1997 et 2011, le taux de présence syndicale au Québec est passé de 41,5% à 39,3%, pour une baisse totale de 2,2% (voir Figure no 7 ci-après). Cette baisse n'a toutefois pas été constante. Ainsi, des hausses ont été observées entre 2000 et 2003 (sommet de 41%), en 2005-2006 (sommet de 40,3%) et en 2009 (sommet de 39,8%). On pourrait qualifier cette situation de « plateau », bien que dans l'ensemble, on observe une légère tendance à la baisse. Pendant la même période, le taux de présence syndicale au Canada est passé de 33,7% à 31,2%, pour une baisse totale de 2,5%. À l'instar du Québec, cette tendance à la baisse a été ponctuée de légères hausses (2000, 2003, 2005 et 2006, 2009), quoique de façon beaucoup moins prononcée qu'au Québec. Encore là, il est difficile de trancher entre la tendance à la baisse véritable et le « plateau », bien que la première option semble la plus vraisemblable.

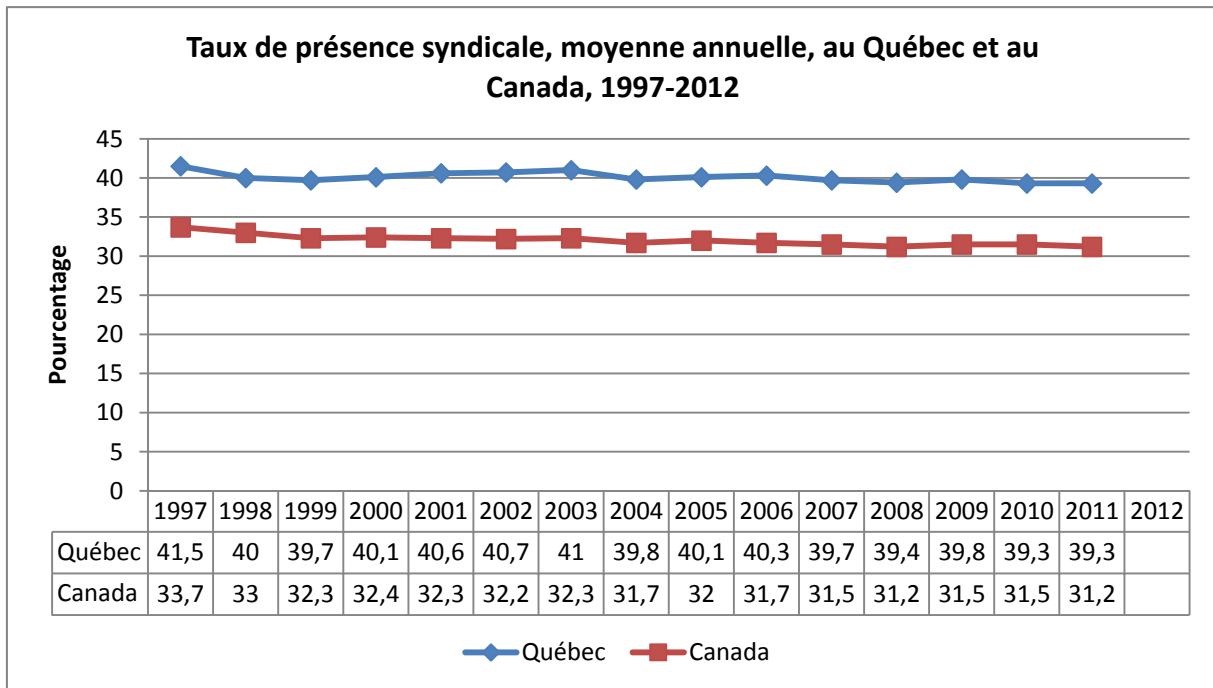
Enfin, il est important de noter que le taux de présence syndicale est généralement beaucoup plus faible dans le secteur privé que dans le secteur public et ce, tant au Québec qu'à l'échelle du Canada. La distinction est importante, puisque le secteur privé demeure de loin le principal employeur⁷⁹⁹. Ainsi, en 2011, le taux de présence syndicale dans le secteur privé était de 25,3% au Québec et de 17,4% au Canada, tandis qu'il était respectivement de 81,4% et de 74,1% dans le secteur public⁸⁰⁰.

⁷⁹⁸ Patrice JALETTE, « Introduction : Aspects généraux de la convention collective », dans P. JALETTE et G. TRUDEAU, *préc.*, note 797, p. 11.

⁷⁹⁹ Au Québec, le secteur privé regroupe 75% des travailleurs en emploi. Ainsi, en 2011, le secteur privé comptait 2,6 millions d'employés sur un total de 3,4 millions. Voir : INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Tableau statistique : Nombre d'employés selon le secteur d'appartenance, le sexe et l'âge, Québec, 2008-2011, 2013*, en ligne : <http://www.stat.gouv.qc.ca> (consulté le 25 août 2013). À l'échelle du Canada, cette proportion s'élevait à 76% en décembre 2011, le secteur privé comptant 11,1 millions d'employés sur un total de 14,7 millions. Voir : Ted WANNELL et Jeannine USALCAS, *Enquête sur la population active : Bilan de la fin de l'année 2011*, Statistique Canada, Gouvernement du Canada, 2012, p. 6.

⁸⁰⁰ INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Tableau statistique : Taux de présence de l'emploi syndiqué chez les travailleurs, résultats selon diverses caractéristiques de la main-d'œuvre et de l'emploi, moyennes annuelles, Québec, 2008-2011, 2013*, en ligne : <http://www.stat.gouv.qc.ca> (consulté le 25 août 2013); INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Tableau statistique : Taux de présence de l'emploi syndiqué chez les travailleurs, résultats selon diverses caractéristiques de la main-d'œuvre et de l'emploi, moyennes annuelles, Canada, 2008-2011, 2013*, en ligne : <http://www.stat.gouv.qc.ca> (consulté le 25 août 2013).

Figure no 7



Source : INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, 2013

b) Le principe de la libre-négociation collective

Les rapports collectifs québécois sont fondés sur le principe de la libre-négociation collective en vertu duquel les acteurs impliqués définissent eux-mêmes les règles et les conditions de travail qui s'appliqueront dans leur milieu de travail, plutôt que de définir et d'imposer celles-ci de l'extérieur. On peut également utiliser l'expression « autonomie collective » pour faire référence à ce phénomène :

Le rapport collectif a la capacité de conduire à un régime de travail établi par les parties à ce rapport. Ce régime lie ces dernières, de même que les personnes et, dans certains cas, les entités qu'elles représentent. Les principaux acteurs liés à un milieu de travail établissent eux-mêmes des normes de travail qui y règnent. Ainsi est-il

*possible de parler d' « autonomie collective », par contraste avec la norme étatique, dont l'origine est externe à ce milieu*⁸⁰¹.

La convention collective joue donc un rôle central dans le cadre de la fixation des conditions de travail des salariés en contexte de rapports collectifs. La législation, pour sa part, joue un rôle plus limité : elle se contente d'établir un cadre à l'intérieur duquel les parties doivent agir et de conférer une force obligatoire et un statut juridique à la convention collective. En fait, l'État intervient peu dans la fixation des conditions de travail, se contentant généralement d'établir des normes minimales et d'interdire certains comportements par le biais des dispositions d'ordre public des lois du travail et des lois sur les droits de la personne. Il interdit certaines pratiques et vient parfois compléter le contenu même de la convention collective, que ce soit par des dispositions législatives particulières ou au travers du contenu implicite de la convention collective.

c) Le Code du travail : la loi cadre des rapports collectifs au Québec

Le *Code du travail*⁸⁰² du Québec est une loi essentiellement procédurale qui fixe un régime de négociation permettant aux parties syndicale et patronale de conclure une entente sur les conditions de travail qui les concernent et qui se veut respectueuse de la liberté syndicale⁸⁰³. Il fait sien le principe de l'autonomie collective en vertu duquel les parties à la négociation collective déterminent elles-mêmes les conditions de travail applicables à leur milieu de travail⁸⁰⁴.

Ce code n'impose aucun contenu spécifique à la convention collective⁸⁰⁵. De plus, contrairement à son homologue fédéral, il n'aborde pas les questions des normes minimales du travail ou de la santé et de la sécurité au travail, celles-ci faisant plutôt l'objet de lois

⁸⁰¹ P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 125. Sur cette question, voir également : Michel COUTU et Georges MARCEAU, *Droit administratif du travail : tribunaux et organismes spécialisés du domaine du travail*, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 11 et 12.

⁸⁰² *Préc.*, note 513.

⁸⁰³ P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 125.

⁸⁰⁴ Les conditions de travail prévues à la convention collective ne doivent toutefois pas être contraires à l'ordre public ou être prohibées par la loi : C.t., art. 62.

⁸⁰⁵ G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 203.

particulières. Il soumet toutefois le régime des rapports collectifs du travail à des règles d'ordre procédural relativement rigoureuses, tant en ce qui concerne sa mise en place (procédure d'accréditation) que sa mise en œuvre (négociation collective, moyens de pression, signature de la convention collective, résolution des conflits, etc.). Il prévoit également des mesures destinées à protéger l'exercice du droit d'association en milieu de travail et met en place les différentes institutions responsables de son application.

Des régimes de négociation collective « particuliers » côtoient ce régime « général » de négociation collective établi par le *Code du travail*. Ceux-ci prévoient des règles et des mécanismes applicables à certaines industries ou activités professionnelles. C'est le cas, notamment, de l'industrie de la construction⁸⁰⁶, de l'industrie du camionnage⁸⁰⁷, de l'industrie du taxi⁸⁰⁸, des membres de la Sûreté du Québec⁸⁰⁹, des procureurs aux poursuites criminelles et pénales⁸¹⁰, de certains artistes⁸¹¹, des responsables de services de garde en milieu familial⁸¹² et de certaines ressources intermédiaires et de type familiale (RI- RTF)⁸¹³. La négociation dans les secteurs publics et parapublics, quant à elle, bien qu'assujettie au régime général, est complétée de façon importante par des règles particulières prévues à la *Loi sur le régime de négociation des conventions collectives dans les secteurs public et parapublic*⁸¹⁴. L'étude détaillée de ces régimes particuliers dépasse toutefois l'objet de la présente thèse. Par conséquent, seul le régime général sera abordé⁸¹⁵.

⁸⁰⁶ *Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction*, L.R.Q., c. R-20.

⁸⁰⁷ *Loi sur les transports*, L.R.Q., c. T-12, art. 48.2 à 48.11.23

⁸⁰⁸ *Loi concernant les services de transport par taxi*, L.R.Q., c. S-6.01, art. 31 à 47.

⁸⁰⁹ *Loi sur le régime syndical applicable à la Sûreté du Québec*, L.R.Q., c. R-14.

⁸¹⁰ *Loi sur le processus de détermination de la rémunération des procureurs aux poursuites criminelles et pénales et sur leur régime de négociation collective*, L.R.Q., c. P-27.1.

⁸¹¹ *Loi sur le statut professionnel et les conditions d'engagement des artistes de la scène, du disque et du cinéma*, L.R.Q., c. S-32.1; *Loi sur le statut professionnel des artistes des arts visuels, des métiers d'art et de la littérature et sur leurs contrats avec les diffuseurs*, L.R.Q., c. S-32.01.

⁸¹² *Loi sur la représentation de certaines personnes responsables d'un service de garde en milieu familial et sur le régime de négociation d'une entente collective les concernant*, L.R.Q., c. R-24.0.1.

⁸¹³ *Loi sur la représentation des ressources de type familial et de certaines ressources intermédiaires et sur le régime de négociation d'une entente collective les concernant*, L.R.Q., c. R-24.0.2.

⁸¹⁴ L.R.Q., c. R-8.2.

⁸¹⁵ Pour plus de renseignements sur les régimes particuliers, voir : P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 128-138.

(1) *Le champ d'application du Code du travail*

Le *Code du travail* s'applique aux « employeurs » et aux « salariés » tels que définis à l'article 1⁸¹⁶. Le concept d'« employeur » étant directement lié au concept de « salarié », (« quiconque, y compris l'État, fait exécuter un travail par un salarié »⁸¹⁷), c'est donc le concept de « salarié » qui permet de déterminer le champ d'application du *Code du travail*.

Un « salarié » au sens du *Code du travail* est « une personne qui travaille pour un employeur moyennant rémunération »⁸¹⁸. Certaines personnes sont toutefois expressément exclues de cette définition. C'est le cas de la personne employée à titre de gérant, de surintendant, de contremaître ou de représentant de l'employeur dans ses relations avec ses salariés (i.e. les cadres), de l'administrateur ou du dirigeant d'une personne morale (à moins que cette personne n'ait été désignée par les salariés ou par un syndicat pour occuper une telle charge), de certains fonctionnaires, des procureurs aux poursuites criminelles et pénales, des membres de la Sûreté du Québec et des membres du personnel du directeur général des élections⁸¹⁹.

(2) *Les autorités d'application*

Différentes autorités sont chargées d'appliquer les dispositions du *Code du travail*⁸²⁰. Essentiellement, il y a la Commission des relations de travail, incluant les commissaires et les agents de relations de travail au travers desquels elle réalise son mandat, la Cour du Québec et le ministre du Travail.

La Commission des relations de travail⁸²¹ est instituée par l'article 112 du *Code du travail*. Son siège est à Québec, mais elle possède des bureaux à la fois à Québec et à

⁸¹⁶ Pour plus de détails sur les champs d'application du *Code du travail*, voir : G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 89-93.

⁸¹⁷ C.t., art. 1(k).

⁸¹⁸ C.t., art. 1(l).

⁸¹⁹ *Id.*

⁸²⁰ Pour plus d'informations sur les autorités chargées d'appliquer le *Code du travail*, voir : G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 93-105.

⁸²¹ Ci-après « C.r.t. ».

Montréal⁸²². Elle comporte trois divisions : la division de la construction et de la qualification professionnelle, la division des services essentiels et la division des relations de travail⁸²³. La C.r.t. est composée d'un président, de deux vice-présidents, de commissaires, d'agents de relations de travail et d'autres membres du personnel⁸²⁴. Leurs fonctions sont celles prévues au *Code du travail* et aux autres lois.

La C.r.t. est chargée d'assurer l'application diligente du *Code du travail* et d'assumer les fonctions, les pouvoirs et les devoirs que le code et les autres lois lui attribuent⁸²⁵. Elle possède une compétence exclusive et large à l'égard de toute plainte, recours ou demande formés en vertu des dispositions du *Code du travail* et des lois énumérées à son annexe I, à l'exception des dispositions pénales et de certaines dispositions applicables aux services publics et aux secteurs public et parapublic⁸²⁶. Elle exerce sa compétence au travers de son président et de son vice-président, de ses commissaires, des agents de relations de travail et des membres de son personnel⁸²⁷. Son approche est « administrative » plutôt que « judiciaire », d'où l'importance particulière accordée à la conciliation.

La C.r.t. possède d'importants pouvoirs en matière civile, dont ceux d'enquête⁸²⁸, de conciliation⁸²⁹, de décision⁸³⁰, d'ordonnance et de réparation⁸³¹, de révision et de révocation⁸³²

⁸²² C.t., art. 113.

⁸²³ C.t., art. 115.1. « *Les recours formés devant la Commission en vertu de la Loi sur le bâtiment (chapitre B-1.1), de la Loi sur la formation et la qualification professionnelles de la main-d'oeuvre (chapitre F-5), de la Loi sur les mécaniciens de machines fixes (chapitre M-6) et de la Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'oeuvre dans l'industrie de la construction (chapitre R-20) sont décidés par la division de la construction et de la qualification professionnelle* » : C.t., art. 115.2. « *Les affaires découlant de l'application des dispositions du chapitre V.1 du présent code, de la Loi sur l'Agence du revenu du Québec (chapitre A-7.003) et de la Loi sur la représentation des ressources de type familial et de certaines ressources intermédiaires et sur le régime de négociation d'une entente collective les concernant (chapitre R-24.0.2), relatives aux services essentiels, sont décidées par la division des services essentiels* » : C.t., art. 115.2.1. Enfin, « *sous réserve des articles 115.2 et 115.2.1, les recours formés en application des dispositions du présent code ou d'une loi prévue à l'annexe I sont décidés par la division des relations du travail* » : C.t., art. 115.3.

⁸²⁴ C.t., art. 115.

⁸²⁵ C.t., art. 114, al. 1 et al. 3.

⁸²⁶ C.t., art. 114, al. 2, *in limine*, qui exclut de la compétence de la C.R.T. les articles 111.0.1 à 111.2, 111.10 à 111.20 et 141 à 149 C.t.

⁸²⁷ Pour plus de détails sur les composantes de la C.R.T., voir : G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 94-96.

⁸²⁸ Ces pouvoirs sont exercés directement par la C.R.T. ou encore par l'intermédiaire d'un agent des relations de travail : C.t., art. 29, 30, 32, 39, 120, 137.5, 137.48, al. 1, c) C.t.

⁸²⁹ C.t., art. 121 à 123

et de réglementation⁸³³, pour ne nommer que ceux-là. Ceci étant, ce sont ses pouvoirs d'ordonnance et de réparation qui sont de loin les plus imposants. Ainsi, la C.r.t. peut « rendre toute ordonnance, y compris une ordonnance provisoire, qu'elle estime propre à sauvegarder les droits des parties »⁸³⁴, « rendre toute décision qu'elle juge appropriée »⁸³⁵, « ordonner à une personne, à un groupe de personnes, à une association ou à un groupe d'associations de cesser de faire, de ne pas faire ou d'accomplir un acte » pour se conformer au *Code du travail*⁸³⁶, « exiger de toute personne de réparer un acte ou une omission fait en contravention d'une disposition » du *Code du travail*⁸³⁷ et « ordonner à une personne ou à un groupe de personnes, compte tenu du comportement des parties, l'application du mode de réparation qu'elle juge le plus approprié »⁸³⁸.

La Commission des relations du travail est, et de loin, l'autorité d'application la plus importante du *Code du travail*. D'autres autorités sont également impliquées dans la mise en œuvre du *Code du travail*, bien que de façon beaucoup moins importante. C'est le cas de la Cour du Québec et du ministre du Travail.

La Cour du Québec, chambre criminelle et pénale, détient la compétence pénale de première instance à l'endroit des contraventions au *Code du travail*. Elle est responsable de l'application des dispositions du chapitre IX du *Code du travail*⁸³⁹. Les poursuites se prescrivent par un an à compter de la date de l'infraction reprochée⁸⁴⁰ et sont intentées par le Procureur général ou par une personne autorisée par un juge⁸⁴¹. Les parties peuvent porter en appel le jugement de la Cour du Québec devant la Cour supérieure. C'est un appel de plein

⁸³⁰ Les décisions de la C.R.T. sont prises par des commissaires ou des agents de relations de travail, selon le cas : C.t., art. 28 à 30, 118, 124.

⁸³¹ C.t., art. 118 et 119. Ces dispositions confèrent de très larges pouvoirs d'ordonnances et d'intervention à la C.R.T. en matière civile.

⁸³² C.t., art. 127 et 128.

⁸³³ C.t., art. 138.

⁸³⁴ C.t., art. 118(3°).

⁸³⁵ C.t., art. 118(6°).

⁸³⁶ C.t., art. 119(1°).

⁸³⁷ C.t., art. 119(2°).

⁸³⁸ C.t., art. 119(3°).

⁸³⁹ C.t., art. 141 à 149.

⁸⁴⁰ *Code de procédure pénale*, L.R.Q., c. C-25.1 (ci-après « C.p.p. »), art. 14 à 16.

⁸⁴¹ C.p.p., art. 9 et 10.

droit qui peut porter sur une question de droit comme sur une question de fait⁸⁴². Le jugement de la Cour supérieure peut à son tour être porté en appel devant la Cour d'appel, sur une question de droit et sur permission d'un juge de cette cour⁸⁴³. Ultimement, le jugement de la Cour d'appel peut être porté en appel devant la Cour suprême du Canada, sur permission de celle-ci⁸⁴⁴.

Le ministre du travail⁸⁴⁵, quant à lui, a la responsabilité générale du domaine des relations de travail et de l'application des lois qui s'y rapportent⁸⁴⁶. Plus précisément, le *Code du travail* lui confie certaines fonctions en matière de surveillance et de soutien du régime de rapports collectifs du travail. Ces fonctions sont de nature administrative et se réalisent au travers de son ministère. Ainsi, le ministre du Travail peut être appelé à déférer un différend à l'arbitrage⁸⁴⁷, à nommer un conciliateur⁸⁴⁸, un médiateur⁸⁴⁹, un arbitre de différend⁸⁵⁰ ou un arbitre de griefs⁸⁵¹, est chargé de dresser la liste des personnes susceptibles d'être nommées à titre d'arbitre de différend ou de grief⁸⁵², reçoit copie de différents rapports⁸⁵³, est informé du déclenchement de toute grève ou de tout lock-out⁸⁵⁴ et peut tenir une enquête aux fins de vérifier si les dispositions relatives aux briseurs de grève sont respectées⁸⁵⁵.

⁸⁴² C.p.p., art. 266 et ss. Le Procureur général dispose de ce droit même s'il n'était pas partie en première instance : C.p.p., art. 268.

⁸⁴³ C.p.p., art. 291.

⁸⁴⁴ *Loi sur la Cour suprême du Canada*, L.R.C. (1985), c. S-26, art. 40.

⁸⁴⁵ Le ministre du Travail est nommé conformément à l'article 4 (27) de la *Loi sur l'exécutif* (L.R.Q., c. E-18).

⁸⁴⁶ *Loi sur le ministère du Travail* (L.R.Q., c. M-32.2), art. 10 et 11.

⁸⁴⁷ C.t., art. 74, 75, 93.1, 97.

⁸⁴⁸ C.t., art. 54 et 55.

⁸⁴⁹ C.t., art. 94, 99.10.

⁸⁵⁰ C.t., art. 77, al. 1, 98, al. 2.

⁸⁵¹ C.t., art. 100, al. 1 et 2.

⁸⁵² C.t., art. 77, al. 2, 99.

⁸⁵³ C.t., art. 57, 96, al. 2, 99.11.

⁸⁵⁴ C.t., art. 58.1.

⁸⁵⁵ C.t., art. 109.4.

(3) *La protection du droit d'association*

Plusieurs dispositions du *Code du travail* assurent la protection du droit d'association en contexte d'emploi. Alors que certaines de ces dispositions protègent la dimension individuelle de ce droit, d'autres en protègent plutôt la dimension collective⁸⁵⁶.

La protection de la dimension individuelle du droit d'association est assurée par les articles 3 et 10, 13, 14 du *Code du travail*. Les articles 3 et 10 du *Code du travail* reconnaissent à tout salarié et à tout employeur le droit d'appartenir à une association de son choix et de participer à la formation de cette association, à ses activités et à son administration⁸⁵⁷. L'article 13 interdit à quiconque d'user d'intimidation ou de menaces pour amener une personne à devenir membre, à s'abstenir de devenir membre ou à cesser d'être membre d'une association de salariés ou d'employeurs, selon le cas⁸⁵⁸. Enfin, l'article 14 interdit à un employeur ou à une association d'employeurs de refuser d'employer une personne en raison du fait que celle-ci exerce ou a exercé un droit prévu au *Code du travail*, ni de chercher, par quelque moyen que ce soit, à contraindre un salarié à s'abstenir ou à cesser d'exercer un droit qui résulte du *Code du travail*⁸⁵⁹. L'employeur conserve néanmoins le droit de suspendre ou de déplacer un salarié pour une cause juste et suffisante dont la preuve lui incombe⁸⁶⁰.

Une personne qui contrevient aux règles prévues aux articles 13 ou 14 s'expose à des poursuites pénales devant la Chambre criminelle et pénale de la Cour du Québec et est passible du paiement de diverses amendes⁸⁶¹. Mais plus important encore, une personne qui contrevient à ces règles peut faire l'objet d'une plainte de pratique déloyale de travail de

⁸⁵⁶ Pour plus de détails sur la liberté d'association et la protection du droit d'association, voir : G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 107-121.

⁸⁵⁷ Les policiers municipaux ne peuvent toutefois appartenir qu'à une association formée exclusivement de policiers municipaux : C.t., art. 4.

⁸⁵⁸ C.t., art. 13.

⁸⁵⁹ C.t., art. 14, al. 1.

⁸⁶⁰ C.t., art. 14, al. 2.

⁸⁶¹ C.t., art. 143, 145, 146

nature civile⁸⁶², donnant ainsi ouverture à l'exercice par la C.R.T. de ses larges pouvoirs d'ordonnance et de réparation prévus aux articles 118 et 119 C.t.⁸⁶³.

Le *Code du travail* prévoit également un recours spécifique en faveur du salarié qui se croit victime d'une sanction ou d'une mesure en raison de l'exercice d'un droit prévu au *Code du travail*. L'article 15 interdit à un employeur de congédier, suspendre ou déplacer un salarié, d'exercer à son endroit des mesures discriminatoires ou de représailles ou encore de lui imposer toute autre sanction en raison du fait que celui-ci exerce ou a exercé un droit qui découle du *Code du travail*⁸⁶⁴. La particularité de ce recours réside dans la présence d'une présomption légale qui dispense le salarié de prouver la motivation illicite à l'origine de la décision de l'employeur. En effet, dès que le salarié démontre qu'il a exercé un droit prévu par le *Code du travail*, il y a présomption simple en sa faveur que la sanction a été imposée ou que la mesure a été prise contre lui à cause de l'exercice de ce droit. Il appartient alors à l'employeur de prouver qu'il a pris cette sanction ou cette mesure pour une autre cause juste et suffisante⁸⁶⁵. Pour bénéficier de la présomption, le salarié doit prouver qu'il est un salarié au sens du *Code du travail*, qu'il a exercé un droit lui résultant du Code, que l'employeur lui a imposé une sanction ou autre mesure visée à l'article 15 et qu'il y a concomitance entre l'activité syndicale exercée et la mesure dont il se plaint⁸⁶⁶.

⁸⁶² Une plainte peut être déposée devant la C.r.t. en vertu de sa compétence civile intégrée et exclusive à l'égard de toute contravention alléguée au *Code du travail* (C.t., art. 114). La plainte doit être déposée dans les 30 jours de la connaissance de la contravention alléguée (C.t., art. 116 al. 2).

⁸⁶³ Pour plus de détails sur ces larges pouvoirs, voir la section précédente.

⁸⁶⁴ C.t., art. 15. Pour se prévaloir de ce recours, le salarié concerné doit déposer une plainte écrite à l'un des bureaux de la C.r.t. dans les 30 jours de la sanction ou mesure dont il se plaint : C.t., art. 16. À noter que le refus d'embauche ne fait pas partie des mesures visées à l'article 15 C.t. : *Byrne c. Yergeau*, D.T.E. 2002T-870 (C.A.) (par analogie); *Opérations forestières de la Mauricie Inc. c. Falardeau*, D.T.E. 82T-736 (T.T.); *Ross c. Université du Québec à Rimouski*, D.T.E. 84T-716 (T.T.).

⁸⁶⁵ C.t., art. 17. Pour s'acquitter de ce fardeau, l'employeur doit prouver que la cause qu'il invoque à l'appui de la mesure prise est sérieuse et réelle, et non un simple prétexte. La C.r.t. n'a pas à se prononcer sur la rigueur de la sanction imposée par l'employeur eu égard à la faute du salarié : *Lafrance c. Commercial Photo Service Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 536; *Hilton Québec Ltd. c. Fortin*, [1980] 1 R.C.S. 548.

⁸⁶⁶ R.P. GAGNON, *préc.*, note 354, p. 408; G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 113.

La C.r.t. possède de larges pouvoirs de redressement dans le cadre de ce recours⁸⁶⁷, bien que ceux-ci soient moins larges que ceux prévus aux articles 118 et 119 du *Code du travail*. Ainsi, à moins d'être justifiée par une autre cause juste et suffisante, une mesure imposée par un employeur peut être annulée par un commissaire et, dans le cas d'un congédiement, d'une suspension, d'un déplacement ou d'une rétrogradation, le salarié peut être réintégré dans son poste, le tout accompagné, le cas échéant, d'une indemnité pour salaire et avantages perdus. La prudence est donc de mise chez l'employeur qui souhaite imposer une mesure ou une sanction à l'encontre d'un salarié qui exerce ou a exercé un droit syndical.

La protection de la dimension collective du droit d'association est quant à elle assurée par l'article 12 du *Code du travail*. Celui-ci interdit à un employeur ou à une association d'employeurs de chercher à dominer, entraver, financer ou autrement participer à la formation ou aux activités d'une association de salariés⁸⁶⁸. Une interdiction de même nature est prévue pour une association de salariés, mais à l'endroit d'une association d'employeurs⁸⁶⁹. Une personne qui contrevient à l'article 12 s'expose à des poursuites pénales devant la Chambre criminelle et pénale de la Cour du Québec et est passible du paiement de diverses amendes⁸⁷⁰. Elle peut également faire l'objet d'une plainte de nature civile⁸⁷¹ donnant ouverture aux larges pouvoirs d'ordonnance et de réparations de la C.r.t. prévus aux articles 118 et 119 du *Code du travail*⁸⁷².

Les dispositions du *Code du travail* assurant la protection du droit d'association soulèvent l'importante question de l'équilibre entre la liberté d'expression de l'employeur et la liberté d'association garantie aux salariés et à leur syndicat. Les principes applicables en la

⁸⁶⁷ C.t., art. 15. Elle peut ainsi ordonner la réintégration du salarié congédié, suspendu ou déplacé, l'annulation de la sanction, la cessation de mesures discriminatoires ou des représailles et le versement d'une indemnité pour salaire et avantages perdus, le cas échéant.

⁸⁶⁸ C.t., art. 12, al. 1.

⁸⁶⁹ C.t., art. 12, al. 2.

⁸⁷⁰ C.t., art. 143, 145 et 146.

⁸⁷¹ C.t., art. 116, al. 1. Cette plainte doit être déposée dans les 30 jours de la connaissance de la contravention alléguée.

⁸⁷² Pour plus de détails sur ces larges pouvoirs, voir la section précédente.

matière ont été énoncés dans l'affaire *Disque Améric*⁸⁷³. Ainsi, l'employeur est généralement libre d'exprimer son opinion sur les questions syndicales qui intéressent ses employés, mais pour ce faire, les conditions suivantes doivent être respectées : (1) l'employeur ne peut contraindre les salariés à entendre ses propos; (2) son discours ne doit pas contenir de promesses ou de menaces; (3) ses propos doivent être rigoureusement exacts, ne pas contenir de mensonge et ne pas exagérer les faits; et (4) son message doit s'adresser à la raison plutôt qu'aux émotions et ne pas s'attaquer à l'institution syndicale et à sa crédibilité⁸⁷⁴.

(4) *La procédure d'accréditation*

L'accréditation est en quelque sorte « l'acte par lequel la puissance publique habilite une association de salariés à représenter les salariés ou un groupe de salariés d'un employeur, en raison de sa représentativité, aux fins de l'établissement d'un régime collectif du travail »⁸⁷⁵. On peut pratiquement parler d'un « permis d'exercice des rapports collectifs du travail » conféré par le *Code du travail* aux fins d'exercer la plupart des droits et des obligations qui y sont prévus. En effet, le *Code du travail* distingue entre la simple « association de salariés »⁸⁷⁶ et l'« association accréditée »⁸⁷⁷, seule cette dernière ayant un statut officiel dans le cadre du régime collectif des relations de travail.

(a) La requête en accréditation

Pour obtenir une accréditation, le syndicat⁸⁷⁸ doit déposer une requête auprès de la C.r.t. Cette requête doit entre autres indiquer le groupe de salariés dont la représentation est

⁸⁷³ *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 194 c. Disque Améric Inc.*, [1996] T.T. 451.

⁸⁷⁴ G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 110.

⁸⁷⁵ *Id.*, p. 123.

⁸⁷⁶ C.t., art. 1 a).

⁸⁷⁷ C.t., art. 1 b).

⁸⁷⁸ À noter que l'expression « syndicat » est utilisée ici à titre de synonyme de l'expression « association de salariés », tout comme l'expression « syndicat accrédité » est utilisée à titre de synonyme à l'expression « association accréditée ».

recherchée (description de l'unité de négociation demandée) et être accompagnée des formulaires d'adhésion des membres (cartes de membres) ou d'une copie de ceux-ci⁸⁷⁹.

Le dépôt d'une demande d'accréditation est fortement encadré par le *Code du travail*. Dans le cas d'un premier dépôt, la requête peut être déposée en tout temps⁸⁸⁰. Dans le cas d'un dépôt fondé sur le défaut d'agir ou l'inefficacité de l'association accréditée, l'expiration d'une convention collective ou le défaut du syndicat accrédité de déposer une convention collective, la requête devra être déposée à l'intérieur de délais déterminés⁸⁸¹. À noter que le dépôt d'une requête en accréditation au Québec n'entraîne pas de « campagne électorale » en faveur ou contre l'accréditation comme cela est susceptible de se produire aux États-Unis. Comme nous aurons l'occasion de le voir, il y a des conséquences importantes rattachées à cette différence.

Le traitement de la requête en accréditation débute par l'intervention de l'agent des relations de travail. Dans le cadre de son enquête, celui-ci doit constater l'état du dossier quant au caractère approprié de l'unité de négociation et des personnes qu'elle vise et quant au caractère représentatif du syndicat ou des syndicats en cause.

Dans les situations non contentieuses⁸⁸², l'agent des relations de travail octroie l'accréditation sur le champ si le calcul des effectifs tel qu'ils étaient à la date du dépôt de la requête en accréditation lui permet de conclure au caractère représentatif du syndicat requérant. Dans certaines circonstances, toutefois, la tenue d'un scrutin secret pourra s'avérer nécessaire pour trancher la question⁸⁸³.

⁸⁷⁹ C.t., art. 25 et *Règlement sur l'exercice du droit d'association conformément au Code du travail*, R.R.Q., c. C-27, r.3, art. 31.

⁸⁸⁰ C.t., art. 22 a).

⁸⁸¹ C.t., art. 22 b.1), b.2), c), d) et e).

⁸⁸² C.t., art. 28 par. a), b) et e).

⁸⁸³ Ainsi, l'agent des relations de travail doit ordonner la tenue d'un vote au scrutin secret lorsque le calcul des effectifs révèle qu'il y a entre 35% et 50% des salariés de l'unité qui sont membres du syndicat requérant (C.t., art. 28 b)) ou lorsque, en présence de plus d'un syndicat, aucun d'entre eux ne groupe la majorité absolue des salariés (C.t., art. 28 par. e), 37 et 37.1). Cela dénote une philosophie du *Code du travail* du Québec plus favorable à la syndicalisation qu'aux États-Unis, plusieurs « chances » étant accordées au syndicat pour qu'il puisse démontrer son caractère représentatif.

Dans les situations contentieuses où l'issue du litige n'est pas susceptible de compromettre le droit à l'accréditation⁸⁸⁴, l'agent des relations de travail octroie l'accréditation sur le champ si le calcul des effectifs lui permet de conclure au caractère représentatif du syndicat requérant. Il devra cependant transmettre un rapport de désaccord à la C.R.T. afin qu'elle tranche le litige qui subsiste, malgré l'accréditation. Si l'agent des relations de travail en vient à la conclusion que le syndicat ne possède pas le caractère représentatif requis, il rédigera un rapport à la C.r.t. où il mentionnant les raisons pour lesquelles il n'a pas accordé l'accréditation⁸⁸⁵.

Dans les situations contentieuses susceptibles d'affecter le droit à l'accréditation, l'agent des relations de travail doit rédiger un rapport de désaccord et renvoyer le dossier à la C.r.t. pour enquête et audition⁸⁸⁶. Il reviendra alors à celle-ci de trancher les questions du caractère approprié de l'unité d'accréditation et des personnes qu'elle vise et du caractère représentatif du syndicat requérant.

(b) Le caractère approprié de l'unité de négociation

Le *Code du travail* prévoit que le droit à l'accréditation existe à l'égard de la totalité des salariés de l'employeur ou de chaque groupe de salariés qui forme un groupe distinct⁸⁸⁷. À noter qu'un seul salarié peut former un groupe distinct⁸⁸⁸.

Si l'unité de négociation proposée par le syndicat dans la requête en accréditation et si les personnes visées par celle-ci ne sont pas contestées au moment où l'agent des relations de travail effectue son enquête, c'est cette unité qui sera retenue aux fins de l'accréditation⁸⁸⁹. Il n'y aura alors pas de débat sur cette question et le seul point à trancher sera celui du caractère représentatif. Toutefois, si l'unité proposée ou les personnes qu'elle vise est contestée, il reviendra à la C.r.t. de décider de l'unité de négociation appropriée et des personnes qu'elle

⁸⁸⁴ C.t., art. 28 par. d) et d.1).

⁸⁸⁵ C.t., art. 28 par. a) et b).

⁸⁸⁶ C.t., art. 28 par. c).

⁸⁸⁷ C.t., art. 21, al. 3.

⁸⁸⁸ C.t., art. 21, al. 4.

⁸⁸⁹ C.t., art. 28 a), b) et e).

visé, quitte à modifier, au besoin, l'unité de négociation proposée par le syndicat requérant⁸⁹⁰. Tant l'employeur que les syndicats concernés pourront prendre part aux débats⁸⁹¹. En effet, à l'étape de la détermination du caractère approprié de l'unité de négociation, l'employeur constitue une partie intéressée à la procédure.

Pour décider du caractère approprié de l'unité de négociation, la C.r.t. doit recourir aux critères développés dans le cadre des affaires *Coca-Cola*⁸⁹² et *Sicard*⁸⁹³, qui font encore office de précédent sur cette question. Ces critères sont la communauté d'intérêts au plan des relations de travail entre les salariés, l'histoire des relations de travail dans l'entreprise et les précédents dans les entreprises du même secteur, le désir manifesté par les salariés en cause, le critère géographique ou la structure territoriale de l'entreprise et, enfin, l'intérêt de la paix industrielle, en évitant de créer une multiplicité induite d'unités de négociation dans une entreprise⁸⁹⁴.

L'unité de négociation n'a pas à être la plus appropriée : elle n'a qu'à être appropriée en elle-même⁸⁹⁵. Elle peut être plus ou moins grande, selon qu'elle couvre tous les salariés de l'employeur ou un groupe distinct seulement. Elle ne peut toutefois pas aller au-delà de l'ensemble des salariés d'un même employeur⁸⁹⁶. Le *Code du travail* met donc en place un régime de négociation collective très décentralisé.

(c) La vérification du caractère représentatif du syndicat

Au Québec, comme ailleurs au Canada, la décision de se regrouper ou non en syndicat et le choix du syndicat appartiennent exclusivement aux salariés. La loi tient l'employeur

⁸⁹⁰ C.t., art. 32, al. 1.

⁸⁹¹ C.t., art. 32, al. 2.

⁸⁹² *International Union of United Brewery, Flour Cereal, Soft Drink and Distillery Workers of America, Local 239 c. Coca-Cola Ltd. et al.*, décision non rapportée de la Commission des relations ouvrières de la province de Québec, no 3932-2, R.-520 (1962)(confirmée en appel : [1964] R.D.T. 321 (C.S.); [1965] R.D.T. 50 (C.B.R.)).

⁸⁹³ *Sicard Inc. c. Syndicat national des employés de Sicard (C.S.N.)*, [1965] R.D.T. 353.

⁸⁹⁴ G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 132-135.

⁸⁹⁵ *Entreprises H. Pépin (1991) Inc. c. Union des employés du secteur industriel, section locale 791*, D.T.E. 94T-171 (T.T.); *Jay Norris Canada Inc. c. Vitriers travailleurs du verre, local 1135 de la Fraternité internationale des peintes et métiers connexes*, [1991] T.T. 47.

⁸⁹⁶ En effet, l'accréditation multipatronale n'est pas permise en vertu du *Code du travail* : *Inter-Cité Gax Corp. c. Caron*, D.T.E. 82T-118 (C.S.).

complètement l'écart de cette prise de décision⁸⁹⁷. La vérification du caractère représentatif du syndicat consiste à s'assurer que le syndicat requérant possède l'appui d'une majorité de salariés au sein de l'unité de négociation. Elle se fait par *calcul des effectifs* ou par *vote au scrutin secret*, selon les circonstances.

Le calcul des effectifs est la méthode habituelle. Il consiste à compter le nombre de membres du syndicat requérant au sein de l'unité de négociation appropriée. Pour être reconnu membre du syndicat, une personne doit cumuler un certain nombre de conditions. Ainsi, elle doit être un salarié compris dans l'unité de négociation visée par la requête, avoir signé une formule d'adhésion qui n'a pas été révoquée avant le dépôt de la requête, avoir payé une cotisation syndicale d'au moins 2\$ dans l'année précédant le dépôt de la requête et avoir rempli l'ensemble de ces conditions le ou avant le jour du dépôt de la requête⁸⁹⁸. En principe, ce calcul doit être effectué à la date du dépôt de la requête en accréditation à la C.r.t.⁸⁹⁹, ce qui constitue en soit une différence importante avec le système américain, où le calcul est nécessairement effectué au jour de la tenue du scrutin secret. Le syndicat requérant obtiendra l'accréditation s'il regroupe une majorité de membres au sein de cette unité.

Le vote au scrutin secret est plutôt exceptionnel. Il est tenu lorsque le dénombrement des effectifs n'aura pas permis de déterminer clairement la volonté des salariés de l'unité de négociation d'être représentés par le syndicat requérant. Ainsi, l'agent des relations de travail doit tenir un scrutin secret lorsqu'il n'y a qu'un seul syndicat d'impliqué dans les procédures et que le calcul des effectifs révèle qu'il regroupe entre 35% et 50% des salariés de l'unité de négociation⁹⁰⁰. Il doit également tenir un scrutin secret lorsqu'il y a déjà un syndicat accrédité dans l'entreprise ou qu'il y a plus d'un syndicat requérant et qu'aucun des syndicats ne regroupe la majorité absolue des salariés suite au calcul des effectifs⁹⁰¹. La Commission des

⁸⁹⁷ Gilles TRUDEAU, *préc.*, note 107, 300.

⁸⁹⁸ C.t., art. 36.1.

⁸⁹⁹ *Syndicat des travailleurs et travailleuses de Steinberg Québec, division Bas-St-Laurent (C.S.N.) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503*, [1992] T.T. 92; G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 137.

⁹⁰⁰ C.t., art. 28 b). L'agent des relations de travail accordera l'accréditation au syndicat si celui-ci obtient la majorité absolue des voix dans le cadre du scrutin.

⁹⁰¹ C.t., art. 28 e). Ce scrutin sera alors tenu conformément aux articles 37 et 37.1 C.t.

relations de travail, quant à elle, doit tenir un scrutin secret lorsque le décompte des effectifs révèle que le syndicat requérant (ou au moins l'un d'entre eux, s'il y a plus d'un syndicat requérant) groupe entre 35% et 50% des salariés de l'unité de négociation sans qu'aucun des syndicats impliqués (requérants ou déjà accrédité) ne réussisse toutefois à grouper la majorité absolue des salariés de l'unité⁹⁰². Elle doit en outre tenir un scrutin secret lorsque les syndicats qui ont participé à un scrutin tenu antérieurement et impliquant au moins trois d'entre eux ont obtenu ensemble la majorité absolue des voix des salariés sans toutefois que l'un d'entre eux n'obtienne la majorité absolue⁹⁰³. Enfin, la Commission des relations de travail possède le pouvoir général d'ordonner un scrutin secret au travers de l'article 32 al. 3 du *Code du travail*. Cette disposition lui confère un large pouvoir d'enquête aux fins de décider du caractère représentatif du syndicat requérant et, en particulier, celui d'ordonner la tenue d'un vote au scrutin secret lorsqu'elle le juge opportun. Ce pouvoir discrétionnaire ne doit toutefois pas être exercé arbitrairement. La C.r.t. doit fonder son ordonnance sur des motifs juridiques pouvant la justifier⁹⁰⁴.

Cette situation – où le décompte des effectifs est la méthode privilégiée – est dénoncée par le patronat québécois, qui préférerait que la tenue d'un vote au scrutin secret devienne la règle, à l'instar de la situation qui prévaut aux États-Unis et dans la plupart des provinces canadiennes.

(d) Les effets de l'accréditation

L'accréditation confère au syndicat à qui elle est octroyée le statut de représentant exclusif des salariés de l'unité de négociation pour les fins de la négociation collective, que

⁹⁰² C.t., art. 37. Ne participeront à ce scrutin que le ou les syndicats requérants qui groupent au moins 35% des salariés concernés et le syndicat déjà accrédité, le cas échéant.

⁹⁰³ C.t., art. 37.1. Le syndicat ayant obtenu le plus petit nombre de voix sera exclu de ce nouveau scrutin ordonné par la C.R.T. et ainsi de suite, jusqu'à ce que le scrutin n'implique finalement que deux syndicats. La Commission des relations de travail accréditera alors le syndicat ayant obtenu le plus grand nombre de voix (majorité simple), à la condition toutefois que les deux syndicats ayant pris part au vote obtiennent ensemble la majorité absolue des voix des salariés habiles à voter.

⁹⁰⁴ *Syndicats des travailleurs de l'Hôpital du Haut-Richelieu et Centre d'accueil St-Jean (C.S.N.) c. Association des employés de l'Hôpital de St-Jean et de l'Hôpital du Haut-Richelieu (C.S.D.)*, [1980] T.T. 47.

ceux-ci soient membres ou non du syndicat. C'est le monopole de représentation syndicale⁹⁰⁵. Ce statut particulier accordé au syndicat par la loi cadre des rapports collectifs résulte d'un choix politique fait par le Québec en 1944 lors de l'adoption de *Loi des relations ouvrières*⁹⁰⁶.

L'accréditation a également pour effet d'obliger l'employeur à négocier de bonne foi avec le syndicat les conditions de travail des salariés que celui-ci représente, et inversement. C'est l'obligation de négocier de bonne foi⁹⁰⁷. Elle confère en outre au syndicat le pouvoir de signer et de faire appliquer une convention collective, ou encore, à l'inverse, de déclencher des moyens de pressions dans les délais prévus par la loi.

Enfin, l'accréditation a pour effet d'obliger l'employeur à percevoir à la source la cotisation syndicale ou l'équivalent sur la paie des salariés de l'unité de négociation. C'est le précompte syndical obligatoire (« formule Rand »)⁹⁰⁸. Cette inclusion de la « formule Rand » à même le *Code du travail* présente de nombreux avantages pour le syndicat. Tout d'abord, il ne lui est plus nécessaire de négocier l'inclusion d'une clause de cette nature dans la convention collective, ce mécanisme étant désormais imposé par la loi. Ensuite, le précompte syndical obligatoire prévu à l'article 47 s'applique dès l'accréditation du syndicat plutôt que suite à l'entrée en vigueur d'une convention collective. Le financement de ses activités est donc assuré dès ce moment. De plus, tous les salariés compris dans l'unité de négociation doivent cotiser, non seulement les membres. Enfin, le concept de « cotisation syndicale » prévu à cet article a été interprété largement par les tribunaux. Il ne se limite pas à la cotisation régulière (il s'applique également à la cotisation spéciale et à la cotisation destinée à un fonds distinct) et les sommes perçues ne doivent pas obligatoirement être consacrées au financement de ses activités de représentation, de négociation et d'application de la convention collective. Elles peuvent être consacrées au financement d'autres formes d'activités, à la condition que celles-ci présentent un lien rationnel avec la mission du syndicat⁹⁰⁹.

⁹⁰⁵ *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec inc. c. La Compagnie Paquet Ltée, préc.*, note 797, p. 214.

⁹⁰⁶ L.Q. 1944, c. 30.

⁹⁰⁷ C.t., art. 53, al. 2. Nous reviendrons sur cette question à la section suivante.

⁹⁰⁸ C.t., art. 47.

⁹⁰⁹ *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario, préc.*, note 30.

Le monopole de représentation syndical se traduit par une obligation corrélative importante du syndicat à l'endroit des salariés qu'il représente: son devoir de représentation. Celui-ci est prévu à l'article 47.2 du *Code du travail*, qui prévoit qu'un syndicat accrédité « *ne doit pas agir de mauvaise foi ou de manière arbitraire ou discriminatoire, ni faire preuve de négligence grave à l'endroit des salariés compris dans une unité de négociation (qu'il) représente, peu importe qu'ils soient membres ou non* »⁹¹⁰. Cette obligation, qui est une obligation de moyen et non de résultat, impose au syndicat d'étudier avec diligence et avec sérieux chaque dossier et de justifier chacune des décisions prises compte tenu des circonstances de l'affaire. Un manquement à ce devoir de représentation peut faire l'objet d'une plainte auprès de la C.r.t., qui doit être déposée dans les 6 mois de la connaissance des faits⁹¹¹. Les cas de renvoi, de mesure disciplinaire ou de harcèlement psychologique au sens de la L.n.t. sont soumis à un régime particulier prévu aux 47.3, 47.5 et 47.6 du *Code du travail*. La mesure de réparation privilégiée dans ces cas est le référé à l'arbitrage, mais la C.r.t. peut rendre toute autre ordonnance qu'elle juge nécessaire dans les circonstances⁹¹². Les autres cas sont soumis au régime général, donnant ainsi ouverture à l'exercice des larges pouvoirs d'ordonnance et de réparation de la C.r.t. prévus aux articles 118 et 119 du *Code du travail*.

Outre le devoir de représentation, l'accréditation impose au syndicat le respect de certaines obligations visant à assurer l'exercice démocratique de son pouvoir de représentation. Ainsi, les élections à des fonctions syndicales au sein du syndicat doivent se faire par scrutin secret⁹¹³ et une convention collective ne peut être signée⁹¹⁴ ou une grève déclenchée⁹¹⁵ qu'après avoir été autorisée au scrutin secret par un vote majoritaire des salariés de l'unité de négociation qui sont membres du syndicat et qui exercent leur droit de vote. Le

⁹¹⁰ C.t., art. 47.2.

⁹¹¹ C.t., art. 114 et 116, al. 2.

⁹¹² C.t., art. 47.5, al. 2.

⁹¹³ C.t., art. 20.1.

⁹¹⁴ C.t., art. 20.3.

⁹¹⁵ C.t., art. 20.2. Le syndicat doit prendre les mesures nécessaires pour informer ses membres de la tenue du scrutin au moins 48 heures à l'avance.

syndicat a également l'obligation de divulguer chaque année ses états financiers à ses membres et d'en remettre gratuitement une copie à ceux qui en font la demande⁹¹⁶.

(e) La transmission de l'accréditation

L'aliénation ou la concession totale ou partielle de l'entreprise n'a pas pour effet d'invalider l'accréditation obtenue⁹¹⁷. Elle demeure en vigueur et le nouvel employeur est lié par celle-ci comme s'il y était nommé et ce, malgré d'éventuels changements à la nature juridique de l'entreprise⁹¹⁸. L'accréditation suit donc l'entreprise en quelque main qu'elle se trouve⁹¹⁹.

Depuis 2003, toutefois, la concession partielle – qui inclut le phénomène de la sous-traitance ou de l'impartition – est soumise à des règles particulières. Ainsi, est exclue de ces règles la concession partielle qui « n'a pas pour effet de transférer au concessionnaire, en plus de fonctions ou d'un droit d'exploitation, la plupart des autres éléments caractéristiques de la partie d'entreprise visée »⁹²⁰. La C.r.t. peut cependant écarter cette exclusion lorsqu'elle juge que la concession a été faite dans le but principal d'entraver la formation d'un syndicat ou de porter atteinte au maintien de l'intégralité d'un syndicat accrédité⁹²¹.

Dans les autres cas de concession partielle, toutefois (i.e. les cas où, *a contrario*, la concession partielle a pour effet « de transférer au concessionnaire, en plus de fonctions ou d'un droit d'exploitation, la plupart des autres éléments caractéristiques de la partie d'entreprise visée »), l'accréditation et la convention collective sont transférées, cette dernière étant toutefois réputée expirer le jour de la prise d'effet de la cession⁹²². Il est également

⁹¹⁶ C.t., art. 47.1.

⁹¹⁷ C.t., art. 45, al. 1.

⁹¹⁸ C.t., art. 45, al. 2. C'est une dérogation à la règle de droit civil de l'effet relatif des contrats. Voir : G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 158.

⁹¹⁹ G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 158. D'ailleurs, ce droit de suite vise non seulement l'accréditation, mais également les procédures en vue de l'obtention d'une accréditation ou de la conclusion ou de l'exécution d'une convention collective. Le nouvel employeur devient automatiquement partie à celles-ci, aux lieux et place de l'employeur précédent. Voir : C.t., art. 45, al. 1 et 2.

⁹²⁰ C.t., art. 45, al. 3.

⁹²¹ C.t., art. 46, al. 6 (1).

⁹²² C.t., art. 45.2, al. 1 (1).

possible pour les parties de renoncer au transfert de l'accréditation et de la convention collective par l'inclusion d'une clause à cet effet dans le contrat de concession⁹²³.

La conséquence pratique des ces règles est d'exclure la sous-traitance dite « superficielle » du régime de l'article 45 et de soumettre la sous-traitance dite « profonde » à un régime moins contraignant, dont les parties peuvent notamment s'exclure. Ces règles, adoptées par le gouvernement de Jean Charest suite à son élection en avril 2003⁹²⁴, constituaient un engagement électoral du Parti Libéral du Québec envers le patronat québécois. En effet, ce dernier exigeait depuis de nombreuses années que la sous-traitance soit exclue du champ d'application de l'article 45, en raison des effets pervers de cette situation sur la compétitivité des entreprises québécoises et sur l'investissement.

Enfin, notons que des dispositions particulières traitent du cas de la survie de l'accréditation ou de la convention collective suite à un changement de compétence législative⁹²⁵, et que la C.r.t. possède de larges pouvoirs afin de trancher toute question ou régler toute difficulté liées à l'applicabilité ou à l'application des articles 45 à 45.3 du *Code du travail*⁹²⁶.

(f) La fin de l'accréditation

L'accréditation d'un syndicat peut être révoquée par la C.r.t. lorsque celui-ci ne groupe plus la majorité absolue des salariés de l'unité de négociation pour laquelle il a été accrédité⁹²⁷ ou encore lorsqu'il a purement et simplement cessé d'exister⁹²⁸. Toute personne, incluant l'employeur⁹²⁹, peut formuler une demande à cet effet auprès de la C.r.t. pendant les périodes de remise en question de l'accréditation⁹³⁰. La C.r.t. peut également révoquer une accréditation

⁹²³ C.t., art. 45.2, al. 1 (2).

⁹²⁴ *Loi modifiant le Code du travail*, L.Q. 2003, c. 26.

⁹²⁵ C.t., art. 45.3.

⁹²⁶ C.t., art. 46.

⁹²⁷ C.t., art. 41, al. 1 a).

⁹²⁸ C.t., art. 41, al. 1 b).

⁹²⁹ C.t., art. 41, al. 2.

⁹³⁰ C.t., art. 22 b.1), c), d) ou e).

de sa propre initiative. L'agent des relations de travail vérifie l'existence de l'association ou son caractère représentatif et fait ensuite rapport à la C.r.t.⁹³¹.

Enfin, il est important de noter que l'accréditation d'un syndicat annule de plein droit l'accréditation détenue par tout autre syndicat pour le groupe visé par la nouvelle accréditation, le cas échéant⁹³². Le syndicat nouvellement accrédité est alors subrogé de plein droit dans tous les droits et obligations résultant d'une convention collective en vigueur conclue par un autre syndicat; il peut toutefois, si tel est son désir, mettre fin à celle-ci ou la déclarer non avenue⁹³³.

(5) *La négociation collective*

Le système québécois de relations du travail est un système qui repose sur le principe de la libre négociation collective: les parties peuvent négocier et inclure dans la convention collective les clauses qu'elles jugent opportunes, sous réserve uniquement de la loi et de l'ordre public⁹³⁴. Malgré cette grande liberté au niveau du contenu, toutefois, le processus même de la négociation collective est fortement réglementé par le *Code du travail*. Tout d'abord, seul un syndicat dûment accrédité peut forcer un employeur à négocier les termes d'une convention collective, et inversement. Ensuite, une partie ne peut forcer l'autre à négocier les termes d'une convention collective (i.e. à négocier collectivement) qu'à l'occasion d'une fenêtre temporelle bien précise : la phase de la négociation collective⁹³⁵.

La phase de la négociation collective commence à compter du moment où un avis de négociation est reçu par l'une ou l'autre des parties à la négociation ou est réputé l'avoir été, conformément aux dispositions du *Code du travail*⁹³⁶. Dans le cas d'une première négociation

⁹³¹ C.t., art. 41, al. 3.

⁹³² C.t., art. 43.

⁹³³ C.t., art. 61.

⁹³⁴ C.t., art. 62; *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec inc. c. La Compagnie Paquet Ltée, préc.*, note 797.

⁹³⁵ Exceptionnellement, toutefois, la négociation collective peut également survenir en cours de convention collective suite à l'exercice d'une clause de réouverture par l'une ou l'autre des parties, mais à l'égard des sujets visés par ladite clause : C.t., art. 107.

⁹³⁶ C.t., art. 53, al. 1. L'avis de négociation doit être écrit et indiquer au moins huit jours à l'avance la date, l'heure et le lieu où le destinataire offre de tenir les négociations : C.t., art. 52, al. 1. Il peut être transmis par télécopieur, messagerie, courrier recommandé ou certifié ou encore par huissier : C.t., art. 52.1.

collective (i.e. suite à l'accréditation d'un nouveau syndicat), l'avis peut être transmis en tout temps après l'accréditation du syndicat, par le syndicat lui-même ou par l'employeur⁹³⁷. À défaut d'avis, celui-ci sera réputé avoir été reçu 90 jours après la date de l'obtention de l'accréditation⁹³⁸. Dans le cas du renouvellement d'une convention collective, l'avis peut être donné dans les 90 qui précèdent l'expiration de la convention collective ou de la sentence arbitrale qui en tient lieu, à moins que la convention collective ou la sentence arbitrale ne prévoient un autre délai⁹³⁹. À défaut d'avis, celui-ci est réputé avoir été reçu le jour de l'expiration de la convention collective ou de la sentence arbitrale, selon le cas⁹⁴⁰.

Pendant la phase de la négociation collective, les parties doivent négocier avec diligence et bonne foi⁹⁴¹. C'est l'obligation de négocier de bonne foi. En vertu de celle-ci, les parties doivent chercher à conclure une convention collective, mais ne sont pas obligées d'en arriver à une entente. En effet, l'obligation de négocier de bonne foi ne comporte pas celle de conclure une convention : elle impose l'obligation d'avoir l'intention de conclure une convention collective et de s'efforcer dans la mesure du possible d'y parvenir⁹⁴². L'obligation de négocier de bonne foi ne prend fin que par la conclusion d'une convention collective, ou

⁹³⁷ C.t., art. 52, al. 1; *Beaulieu c. Produits hydrauliques de Varennes Inc.*, [1987] T.T. 245.

⁹³⁸ C.t., art. 52.2, al. 2.

⁹³⁹ C.t., art. 52 al. 2 (convention collective); 52 al. 3 (sentence arbitrale). Dans le cas d'une convention collective transmise à la suite d'une concession partielle d'entreprise (C.t., art. 45.2, al. 1 (1)), l'avis pourra être transmis dans les 30 jours qui suivent l'expiration réputée de la convention collective : C.t., art. 52, al. 4.

⁹⁴⁰ C.t., art. 52.2, al. 1 *in limine*. Dans le cas d'une convention collective transmise à la suite d'une concession partielle d'entreprise (C.t., art. 45.2, al. 1 (1)), l'avis sera réputé reçu le trentième jour suivant l'expiration réputée de la convention collective : C.t., art. 52.2, al. 1 *in fine*.

⁹⁴¹ C.t., art. 53, al. 2.

⁹⁴² *Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec (SFPQ) c. Québec (Gouvernement du)*, 2013 QCCA 575; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, *préc.*, note 384; *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations de travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369; *S.C.F.P. c. Conseil des relations du travail (N.É.)*, [1983] 2 R.C.S. 311; *Services d'assurances Les Coopérants Inc. c. Syndicat des employés de coopératives d'assurance-vie (C.S.N.)*, D.T.E. 85T-487 (C.S.); G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 176 et 177. Ainsi, une partie dont l'objectif serait d'éviter la conclusion d'une convention collective ou de les faire échouer contreviendrait à cette obligation, ne cherchant pas à en arriver à une entente et, par conséquent, ne négociant pas de bonne foi. De même, une partie ne consacrant pas la compétence, les ressources et les efforts requis pour en arriver à une entente risque de ne pas respecter le standard de diligence exigé.

encore, par la soumission du différend à l'arbitrage. Elle subsiste malgré l'acquisition et l'exercice du droit de grève et de lock-out⁹⁴³.

La partie qui refuse de négocier de bonne foi s'expose à des recours pénaux et civils. Les recours pénaux sont prévus aux articles 141 et 144 du *Code du travail*. Le premier s'applique exclusivement à l'employeur, prévoit des peines plus lourdes et sanctionne à la fois le défaut de négocier et le refus de l'employeur de reconnaître les représentants du syndicat accrédité comme représentant des salariés à son emploi⁹⁴⁴. Le deuxième s'applique à « quiconque » – incluant notamment le syndicat – prévoit des peines moins lourdes et ne sanctionne que le défaut de négocier.

Depuis 2002, la partie victime d'un refus de négocier dispose d'un recours de nature civile contre la partie en défaut. Ce recours s'exerce auprès de la C.r.t. en vertu de sa compétence générale dans l'application du *Code du travail*⁹⁴⁵ et donne ouverture aux larges pouvoirs d'ordonnance et de réparation qui prévus aux articles 118 et 119 du *Code du travail*. Contrairement à la situation qui prévalait avant 2002, donc, la partie victime d'un défaut de négocier est en mesure d'obtenir de mesures de réparations et de sauvegarde beaucoup plus variées et beaucoup mieux adaptées aux circonstances.

La phase de la négociation collective s'accompagne généralement d'un gel des conditions de travail, du moins tant que le droit de grève ou de lock-out n'est pas exercé ou qu'une sentence arbitrale n'est pas intervenue. En effet, le *Code du travail* décrète un maintien des conditions de travail dès le dépôt d'une requête en accréditation ou l'expiration de la convention collective en vigueur, selon le cas. Une modification des conditions de travail n'est alors possible que sur consentement écrit du syndicat accrédité et, le cas échéant, des syndicats requérants⁹⁴⁶. Une fois les moyens de pression déclenchés, cependant, l'employeur peut modifier unilatéralement les conditions de travail, sous réserve de son obligation de négocier

⁹⁴³ *Association patronale des concessionnaires d'automobiles Inc. c. Syndicat national des employés de garage du Québec Inc. (C.S.D.)*, D.T.E. 2003T-597 (C.R.T.); *Travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, local 501 c. Steinberg Inc.*, D.T.E. 89T617 (T.T.).

⁹⁴⁴ C.t., art. 141.

⁹⁴⁵ C.t., art. 114.

⁹⁴⁶ C.t., art. 59 al. 1 (dans le cas d'une requête en accréditation) et al. 2 (dans le cas de l'expiration d'une convention collective).

de bonne foi. Les parties peuvent toutefois prévoir que les conditions de travail prévues à la convention collective continueront de s'appliquer tant et aussi longtemps qu'une nouvelle convention collective ne sera pas conclue, empêchant ainsi l'employeur de modifier unilatéralement les conditions de travail applicables⁹⁴⁷.

Pendant les négociations, les parties peuvent recourir aux services d'un conciliateur afin de faciliter la conclusion d'une entente. La demande de conciliation, qui doit être adressée au ministre du Travail, peut être faite en tout temps au cours des négociations. Un avis de cette demande doit être transmis à l'autre partie le même jour. Le ministre a l'obligation de nommer un conciliateur sur réception d'une telle demande⁹⁴⁸. Les parties doivent assister aux rencontres convoqués par le conciliateur, sous peine de recours pénaux⁹⁴⁹. Le conciliateur doit faire rapport au ministre à la demande de ce dernier⁹⁵⁰. L'initiative de la conciliation peut cependant provenir du ministre. En effet, le *Code du travail* lui confère le pouvoir de nommer d'office un conciliateur à toute phase des négociations⁹⁵¹. Dans des dossiers particulièrement délicats, toutefois, où l'intérêt public est en jeu, le ministre pourra choisir de nommer un médiateur plutôt qu'un conciliateur. Cette nomination est alors faite en vertu des pouvoirs généraux du ministre plutôt qu'en vertu du *Code du travail*⁹⁵². À l'instar du conciliateur, le médiateur doit faire rapport au ministre sur demande de ce dernier. Les rapports entre les parties et le conciliateur ou le médiateur sont confidentiels et ces derniers ne peuvent être contraints de révéler le contenu des échanges intervenus ou de produire quelque document qu'ils ont pu recevoir dans le cadre de ces échanges⁹⁵³.

Les personnes appelées à agir à titre de conciliateur ou de médiateur sont des « médiateurs-conciliateurs » du ministère du Travail. Ce sont des spécialistes « *qui ont une connaissance approfondie des relations du travail* », « *qui sont rompus aux techniques de négociation et de résolution de problèmes* » et qui « *sont bien au fait de l'histoire et de la*

⁹⁴⁷ C.t., art. 59 al. 3.

⁹⁴⁸ C.t., art. 54.

⁹⁴⁹ C.t., art. 56.

⁹⁵⁰ C.t., art. 57.

⁹⁵¹ C.t., art. 55.

⁹⁵² *Loi sur le ministère du Travail*, préc., note 846, art. 13 (1).

⁹⁵³ *Id.*, art. 15.

culture des rapports collectifs entre les employeurs et les syndicats au Québec ». Leur objectif principal est « *de favoriser une dynamique permettant aux parties à la négociation de conclure le meilleur accord possible pour chacune d'entre elles, compte tenu du contexte et du rapport de force en présence* »⁹⁵⁴. Selon le ministère du Travail⁹⁵⁵, il n'y a pas de distinction à faire au Québec entre le travail de conciliateur et celui de médiateur, l'usage de l'une ou l'autre de ces expressions découlant plutôt des dispositions législatives habilitantes impliquées⁹⁵⁶.

Enfin, au cours des négociations, l'employeur peut demander à la C.r.t. d'ordonner la tenue d'un scrutin secret directement auprès des membres de l'unité de négociation afin qu'ils se prononcent sur les dernières offres qu'il a formulées. C'est en quelque sorte pour l'employeur une façon de contourner le syndicat et de vérifier directement auprès des salariés l'opportunité de conclure en entente sur la base de ses dernières offres. La C.r.t. ordonnera un tel scrutin si elle est d'avis qu'il est susceptible de favoriser la négociation ou la conclusion d'une convention collective⁹⁵⁷. Elle ne peut ordonner un tel scrutin qu'une seule fois durant la phase des négociations⁹⁵⁸. Ce scrutin est tenu sous la surveillance de la C.r.t.⁹⁵⁹.

Si, malgré leurs efforts et les démarches entreprises, les parties ne parviennent pas à une entente, elles peuvent soumettre le conflit à un arbitre de différend ou, dans la mesure où elles en ont acquis le droit, déclencher des moyens de pression économique, comme la grève ou le lock-out.

⁹⁵⁴ MINISTÈRE DU TRAVAIL DU QUÉBEC, *Qui sont les médiateurs-conciliateurs?*, en ligne : http://www.travail.gouv.qc.ca/relations_du_travail/qui_sont_les_mediateurs_conciliateurs.html (consulté le 26 février 2013).

⁹⁵⁵ *Id.*

⁹⁵⁶ C.t., art. 54 à 57 (conciliateur); art. 94, 96, 99.10 et 99.11 (médiateur); L.m.t., art. 15 (conciliateur, médiateur, médiateur-arbitre).

⁹⁵⁷ C.t., art. 58.2, al. 1.

⁹⁵⁸ C.t., art. 58.2, al. 2.

⁹⁵⁹ C.t., art. 58.2, al. 3.

(6) *L'arbitrage de différends*

Pour les parties à la négociation collective, l'arbitrage de différends est une alternative « pacifique » aux moyens de pression économiques que sont la grève et le lock-out⁹⁶⁰. Dans le contexte du renouvellement d'une convention collective, ce qui représente la majorité des cas, l'arbitrage de différends est « volontaire » : il n'a lieu que dans la mesure où les deux parties à la négociation y consentent. En l'absence d'une telle entente, le recours aux moyens de pression économique traditionnels demeure la règle.

Dans le contexte de la négociation d'une première convention collective, toutefois, l'arbitrage de différends est « obligatoire » : une partie à la négociation peut imposer ce mode de résolution des conflits à l'autre, si elle formule une demande en ce sens. Les moyens de pression économique traditionnels sont alors écartés⁹⁶¹. Ceci découle d'une volonté du législateur d'inciter les parties à une première négociation collective – et plus particulièrement l'employeur – de véritablement chercher à conclure une convention collective plutôt que de simplement tenter de gagner du temps (« *surface bargaining* »). En effet, le législateur fait le pari que les parties préféreront déterminer elles-mêmes le contenu de la convention collective qui s'appliquera à leurs rapports plutôt que de laisser à un tiers (l'arbitre de différends) le soin de le faire par le biais d'une sentence arbitrale. Cette intervention du législateur dans un système de libre négociation se justifie par le fait que la négociation d'une première convention collective est particulièrement critique, puisque le syndicat nouvellement accrédité est généralement vulnérable pour plusieurs motifs (par exemple, sanctions contre ses dirigeants et contre ses membres, financement, etc.) et que c'est sur la base des résultats obtenus dans le cadre de cette négociation que le syndicat – et plus généralement, le syndicalisme – sera jugé par les salariés. Il convient donc de faire en sorte que les règles

⁹⁶⁰ G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 185.

⁹⁶¹ C.t., art. 93.1 à 93.9. Notons que dans le contexte de la négociation d'une convention collective impliquant des policiers ou des pompiers municipaux, l'arbitrage est également qualifié d'« obligatoire ». En effet, le *Code du travail* interdit aux parties impliquées dans le cadre d'une telle négociation de recourir aux moyens de pressions économiques traditionnels et leur impose plutôt l'arbitrage comme mode obligatoire de règlement des différends : C.t., art. 94 à 99.11. Pour les fins des présentes, toutefois, nous limiterons notre analyse aux deux premiers cas de figure qui, contrairement au troisième, sont d'application générale.

normalement applicables en cas de conflit puissent être écartées au profit d'un mécanisme de résolution des différends obligatoire advenant une impasse dans les négociations.

Le ministre défère le différend à l'arbitrage sur réception d'une demande écrite de la part des parties – dans le cas du renouvellement d'une convention collective⁹⁶² – ou d'une seule d'entre elles – dans le cas de la négociation d'une première convention collective⁹⁶³. Dans ce dernier cas, toutefois, le ministre ne peut déférer le différend à l'arbitrage que s'il y a eu intervention d'un conciliateur et que celle-ci s'être avérée infructueuse⁹⁶⁴.

Une fois le différend référé à l'arbitrage, il n'est plus possible pour les parties de faire marche arrière et de récupérer leur droit de grève ou de lock-out. Elles disposent alors de dix jours pour s'entendre sur le choix d'un arbitre, à défaut de quoi celui-ci est nommé d'office par le ministre⁹⁶⁵. Chaque partie doit nommer un assesseur dans les quinze jours de la nomination de l'arbitre ou encore s'entendre avec l'autre partie dans le même délai afin de procéder sans assesseurs⁹⁶⁶.

Le mandat de l'arbitre est de déterminer le contenu de la nouvelle convention collective. Dans le cas d'une première négociation collective, toutefois, l'arbitre n'a ce mandat qu'à compter du moment où il juge qu'il est improbable que les parties puissent en arriver à la conclusion d'une convention collective dans un délai raisonnable⁹⁶⁷. Toute grève ou lock-out en cours à ce moment doit alors cesser et les conditions de travail qui prévalaient avant la grève ou le lock-out sont maintenues⁹⁶⁸.

L'arbitre doit procéder à l'audition du différend avec diligence et selon la procédure et la preuve qu'il juge appropriés⁹⁶⁹. Les séances d'arbitrage sont publiques, mais le huis clos

⁹⁶² C.t., art. 74.

⁹⁶³ C.t., art. 93.1 et 93.2.

⁹⁶⁴ C.t., art. 93.1. Le ministre peut nommer un arbitre même si la conciliation s'est poursuivie après la demande d'arbitrage : C.t., art. 93.3.

⁹⁶⁵ C.t., art. 77, al. 1. L'arbitre nommé d'office par le ministre est choisi sur une liste dressée annuellement par le ministre après consultation du Conseil consultatif du travail et de la main-d'œuvre : C.t., art. 77, al. 2.

⁹⁶⁶ C.t., art. 78.

⁹⁶⁷ C.t., art. 93.4.

⁹⁶⁸ C.t., art. 93.5.

⁹⁶⁹ C.t., art. 81.

peut être ordonné lorsque les circonstances le justifient⁹⁷⁰. La loi lui confère de nombreux pouvoirs aux fins d'instruire efficacement le différend⁹⁷¹.

L'arbitre doit rendre sa sentence selon l'équité et la bonne conscience⁹⁷². Pour ce faire, il peut tenir compte, notamment, des conditions de travail qu'on retrouve dans des entreprises semblables ou dans des circonstances similaires, ou encore, des conditions de travail dont bénéficient les autres salariés de l'entreprise⁹⁷³. Enfin, la sentence arbitrale doit être motivée, écrite et signée par l'arbitre⁹⁷⁴. Elle lie les parties au même titre qu'une convention collective dûment signée par elles⁹⁷⁵. Sa durée minimale est d'un an, et sa durée maximale, de trois ans. Les parties peuvent cependant s'entendre pour en modifier le contenu⁹⁷⁶.

(7) *Les moyens de pression*

À défaut d'entente sur le contenu de la convention collective, les parties peuvent généralement recourir aux moyens de pression économiques que sont la grève et le lock-out⁹⁷⁷. Au sens du *Code du travail*, la grève est la « cessation concertée de travail par un groupe de salariés »⁹⁷⁸. Cette définition comporte deux éléments : un élément matériel, la cessation du travail, et un élément intellectuel, la concertation des salariés. La présence des deux éléments est nécessaire pour qu'on puisse conclure à la présence d'une grève⁹⁷⁹. La finalité de l'arrêt concerté de travail, c'est-à-dire la raison pour laquelle on le fait, n'est généralement pas

⁹⁷⁰ C.t., art. 82.

⁹⁷¹ Voir entre autres les articles 83, 84, 85, 87, 91 et 91.1 C.t.

⁹⁷² C.t., art. 79, al. 1.

⁹⁷³ C.t., art. 79, al. 2.

⁹⁷⁴ C.t., art. 88.

⁹⁷⁵ C.t., art. 93.

⁹⁷⁶ C.t., art. 92.

⁹⁷⁷ Certains salariés ne possèdent toutefois pas le droit de grève. C'est le cas des policiers et pompiers municipaux (C.t., art. 105), de certains fonctionnaires du ministère de la Sécurité publique et des agents de la paix (*Loi sur la fonction publique*, L.R.Q., c. F-3.1.1) et des membres de la Sûreté du Québec (*Loi sur le régime syndical applicable à la Sûreté du Québec, préc.*, note 809, art. 6). Enfin, l'exercice du droit de grève dans les services publics et les secteurs publics et parapublics est soumis à des conditions additionnelles de préavis ou de maintien des services essentiels (C.t., art. 111.0.1 à 111.20).

⁹⁷⁸ C.t., art. 1 g).

⁹⁷⁹ G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 193-194.

pertinente aux fins de déterminer s'il y a ou non grève⁹⁸⁰. À noter que le ralentissement de travail n'équivaut pas à grève et est formellement interdit par le *Code du travail*⁹⁸¹.

Le lock-out, quant à lui, est défini au *Code du travail* comme « le refus par un employeur de fournir du travail à un groupe de salariés à son emploi en vue de les contraindre à accepter certaines conditions de travail ou de contraindre pareillement des salariés d'un autre employeur »⁹⁸². C'est en quelque sorte l'équivalent patronal de la grève, à la différence toutefois que sa définition comprend un élément de finalité, soit de chercher à contraindre des salariés à accepter certaines conditions de travail. Le lock-out est formellement interdit dans certains services publics⁹⁸³.

Au Québec, comme dans les autres provinces canadiennes d'ailleurs, l'exercice de la grève ou du lock-out est soumis à des conditions très strictes. À défaut de respecter celles-ci, la grève ou le lock-out sera considéré illégal, avec toutes les conséquences que cela comporte pour les parties en termes de sanctions civiles et pénales⁹⁸⁴. C'est d'ailleurs l'une des principales caractéristiques du système de relations du travail québécois, soit celle d'encadrer très fortement l'exercice du droit de grève ou de lock-out des parties à la négociation collective⁹⁸⁵.

Tout d'abord, l'exercice de ces moyens de pression est subordonné à la présence d'un syndicat accrédité au sein de l'entreprise⁹⁸⁶. L'absence d'un tel syndicat dans une entreprise donnée signifie que celle-ci ne peut être frappée d'une grève ou d'un lock-out. À tout le moins, pas légalement. Ensuite, une grève ou un lock-out ne peut être exercé que dans la

⁹⁸⁰ Un juge a toutefois décidé que ne pouvait être considéré une grève un arrêt de travail concerté dépourvu de l'intention d'exercer une pression à l'endroit de quiconque : *Progress Brand Clothes Inc. c. Ledoux*, [1978] T.T. 104.

⁹⁸¹ C.t., art. 108.

⁹⁸² C.t., art. 1 h).

⁹⁸³ C.t., art. 111.0.26. De façon plus précise, le lock-out est interdit dans les services publics qui ont fait l'objet d'un décret conformément à l'article 111.0.17 du C.t.

⁹⁸⁴ Le *Code du travail* n'édicte que les conditions d'exercice de la grève. Or, à son article 109, il prévoit que « (l)e lock-out est interdit sauf dans le cas où une association de salariés a acquis le droit de grève ». Par conséquent, les conditions d'exercice que doit rencontrer le lock-out sont essentiellement les mêmes que celles que doit rencontrer la grève.

⁹⁸⁵ TRUDEAU, Gilles, « La grève au Canada et aux États-Unis : d'un passé glorieux à un avenir incertain », (2004) 38 *R.J.T.* 1.

⁹⁸⁶ C.t., art. 106.

mesure où les parties à la négociation collective en ont acquis le droit conformément au *Code du travail*⁹⁸⁷. Celui-ci prévoit que le droit à la grève ou au lock-out est acquis quatre-vingt-dix jours après la réception réelle ou réputée de l'avis de négociation dont il est question à l'article 52 du *Code du travail*⁹⁸⁸. Enfin, la grève et le lock-out sont formellement interdits pendant la durée d'une convention collective, à moins que les parties n'aient inclus une clause de réouverture dans la convention collective et que l'une d'entre elles s'en soit prévalu⁹⁸⁹. Hormis ce cas particulier, toutefois, une partie ne peut déclencher une grève ou un lock-out alors que la convention collective est toujours en vigueur.

Le respect des conditions précédentes est nécessaire pour conclure à la légalité d'une grève ou d'un lock-out. Ceci étant, le *Code du travail* prévoit des formalités additionnelles dont le non-respect, bien que pouvant entraîner des sanctions pour la partie en défaut, n'a pas pour effet de rendre illégal la grève ou le lock-out.

Ainsi, la partie qui déclenche une grève ou un lock-out doit en informer le ministre du Travail par écrit dans les quarante-huit heures. Elle doit également préciser le nombre de salariés qui font partie de l'unité de négociation concernée⁹⁹⁰. Le défaut d'avis n'affecte toutefois pas la légalité de la grève⁹⁹¹. De plus, un syndicat ne peut déclencher une grève qu'après y avoir été autorisé au scrutin secret par un vote majoritaire des membres qui font partie de l'unité de négociation et qui ont exercé leur droit de vote⁹⁹². Le non respect de cette exigence expose le syndicat à des sanctions de nature pénale⁹⁹³, mais ne rend pas la grève illégale pour autant.

⁹⁸⁷ C.t., art. 106.

⁹⁸⁸ C.t., art. 58.

⁹⁸⁹ C.t., art. 107. Une clause de réouverture permet exceptionnellement à l'une ou l'autre des parties de relancer les négociations sur certaines conditions de travail en cours de convention collective (par exemple, les salaires). La réouverture d'une convention collective est une véritable négociation collective, avec toutes les conséquences que cela comporte. Les conditions prescrites à l'article 106 C.t. doivent néanmoins être rencontrées de nouveau pour qu'une grève ou un lock-out puisse être exercé en toute légalité à l'occasion d'une réouverture. Voir : Reynald BOURQUE, « Chapitre 2 : Durée et renouvellement des conventions collectives », dans P. JALETTE et G. TRUDEAU, *préc.*, note 797, p. 52 et 53.

⁹⁹⁰ C.t., art. 58.1.

⁹⁹¹ *Syndicat des employées et employés des magasins Zellers d'Alma et de Chicoutimi (C.S.N.) c. Turcotte*, D.T.E. 2002T-882 (C.A.).

⁹⁹² C.t., art. 20.2.

⁹⁹³ C.t., art. 20.4, 144 et 148.

Le déclenchement d'une grève ou d'un lock-out suspend les obligations de l'employeur de fournir le travail et de payer le salaire convenus⁹⁹⁴. Il n'affecte toutefois pas le lien d'emploi, les travailleurs en grève ou en lock-out conservant leur statut de salarié pendant toute la durée du conflit⁹⁹⁵.

Au Québec, toutefois, l'arrêt de travail qui résulte d'une grève ou d'un lock-out a des conséquences importantes sur l'organisation du travail et de la production pour l'employeur qui décide de poursuivre les opérations de l'entreprise malgré le conflit. En effet, le *Code du travail* soumet à de nombreuses restrictions l'accomplissement du travail normalement effectué par les salariés grévistes ou lock-outés pendant le conflit. Ces restrictions, qui sont regroupées à l'article 109.1 du *Code du travail*, sont communément appelées « dispositions anti-briseurs de grève » ou, de façon moins élégante, « dispositions anti-scabs »⁹⁹⁶. Au Canada, seuls le Québec et la Colombie-Britannique possèdent présentement une législation de ce type⁹⁹⁷. Ces dispositions sont à ce point contraignantes que dans certains cas, l'employeur n'aura d'autre choix que de suspendre complètement les activités de l'établissement visé par la grève et, parfois, de l'entreprise au complet.

Ainsi, au sein de l'établissement faisant l'objet d'une grève ou d'un lock-out, l'employeur ne peut que recourir aux services de cadres de cet établissement ou d'un autre établissement où travaillent normalement des salariés de l'unité de négociation en grève ou en lock-out, à la condition que ces cadres aient été embauchés avant le début de la phase des négociations⁹⁹⁸. À l'extérieur de l'établissement faisant l'objet d'une grève ou d'un lock-out, l'employeur peut recourir aux services de salariés de l'entreprise qui ne font pas partie de l'unité de négociation en grève ou en lock-out et qui étaient déjà à l'emploi de l'entreprise avant le début des négociations, de cadres qui étaient déjà à l'emploi de l'entreprise avant le

⁹⁹⁴ *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 145 c. The Gazette, une division de Southam Inc.*, [2000] R.J.Q. 24 (C.A.), par. 87.

⁹⁹⁵ C.t., art. 110, al. 1.

⁹⁹⁶ C.t., art. 109.1, par. a) à g). En fait, ces règles visent à maintenir le rapport de forces entre les parties tout au long de la phase de négociation collective. Voir : *Guérard c. Groupe I.P.A. Pièces d'auto Ltée*, [1984] 327.

⁹⁹⁷ L'Ontario a également eu une telle législation entre 1993 et 1995.

⁹⁹⁸ Notons que des situations d'exception sont prévues aux sous-paragraphes (i), (ii) et (iii) du paragraphe c) de l'article 109.1 du *Code du travail*.

début des négociations et d'employés d'un autre employeur ou d'un entrepreneur. Notons que le concept d'« établissement » a été interprété de façon restrictive par les tribunaux et se limite aux installations physiques de l'entreprise. Ainsi, lorsque le travail effectué par les grévistes ne se limite normalement pas à un établissement physique donné, la marge de manœuvre de l'employeur est alors beaucoup plus grande⁹⁹⁹.

Ces restrictions en matière d'organisation du travail et de la production n'empêchent pas un employeur de prendre les moyens qui s'imposent pour éviter la destruction ou la détérioration grave de sa propriété privée¹⁰⁰⁰. Les moyens en question ne doivent toutefois pas être une façon détournée pour l'employeur de continuer ses opérations contrairement à ce qui est prévu à 109.1 C.t. : ils doivent constituer de véritables moyens de conservation¹⁰⁰¹.

Pendant un conflit de travail, les salariés de l'unité de négociation en grève ou en lock-out ont généralement recours au piquetage. Cette activité, qui n'est ni définie, ni encadrée par le *Code du travail*, a été définie par la doctrine comme une « manifestation à caractère collectif et continu qui a généralement lieu à l'occasion d'un conflit ou d'une grève aux abords d'une usine ou d'un autre établissement afin d'informer ou de convaincre l'ensemble des employés concernés de s'abstenir de toute relation d'affaires avec l'entreprise pendant la durée du conflit »¹⁰⁰². De plus en plus, toutefois, on constate que le piquetage a également pour objectif d'informer et de convaincre le public en général du bien-fondé des revendications des travailleurs. En effet, tant l'employeur que le syndicat et les salariés cherchent à se rallier l'opinion publique et à augmenter ainsi leur rapport de forces dans le cadre des négociations.

La Cour suprême a jugé que le piquetage est une composante du discours syndical et est par le fait même justifié et protégé par la liberté d'expression qu'on retrouve aux Chartes québécoise et canadienne. Il peut s'exercer sur les lieux même du conflit (piquetage primaire) et même à l'encontre de tiers neutres (piquetage secondaire), dans la mesure toutefois où les règles usuelles relatives aux fautes civiles et criminelles sont respectées. Il est donc

⁹⁹⁹ *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1450 c. Journal de Québec*, 2011 QCCA 1638 (demande d'autorisation d'appel devant la Cour suprême rejeté le 5 avril, 2012, dossier no 34518).

¹⁰⁰⁰ C.t., art. 109.3, al. 1.

¹⁰⁰¹ C.t., art. 109.3, al. 2.

¹⁰⁰² G. DION, *préc.*, note 13, p. 344.

généralement permis, à la condition cependant d'être pacifique et de ne pas entraver l'accès ou la sortie des lieux où il est exercé¹⁰⁰³.

Une fois l'arrêt de travail terminé, les salariés qui ont fait la grève ou ont été lock-outés ont le droit de recouvrer leur emploi de façon préférentielle à quiconque¹⁰⁰⁴. Un employeur peut cependant décider de ne pas rappeler un salarié, s'il a une cause juste et suffisante de ne pas le faire. Il lui appartient toutefois d'en faire la preuve¹⁰⁰⁵. Tout litige associé au non-rappel d'un salarié à la suite d'une grève ou d'un lock-out peut faire l'objet d'un grief assimilé dans les six mois¹⁰⁰⁶.

(8) *La signature et le dépôt de la convention collective*

Dans le cadre de la négociation collective, les parties cherchent à négocier les conditions de travail qui s'appliqueront dans les années qui suivront aux salariés de l'unité de négociation pour laquelle le syndicat a été accrédité. En fait, elles cherchent, par le fait même, à négocier les termes même de la convention collective à intervenir.

Si les négociations n'aboutissent pas, nous avons vu que les parties peuvent recourir à l'arbitrage de différend ou aux moyens de pression que sont la grève ou le lock-out en vue de forcer l'autre partie à faire des concessions et, éventuellement, de conclure une entente. Si les négociations aboutissent, toutefois, les parties signent alors une convention collective conformément aux termes de l'entente intervenue¹⁰⁰⁷.

Au Québec, la signature d'une convention collective par un syndicat accrédité est soumise à une formalité particulière : un vote de ratification par l'assemblée générale syndicale. En effet, le syndicat ne peut procéder à la signature d'une convention collective qu'une fois qu'il a été autorisé à le faire au scrutin secret par un vote majoritaire de ses

¹⁰⁰³ *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd., préc.*, note 389; *T.U.A.C. section locale 1518 c. KMart Canada, préc.*, note 388.

¹⁰⁰⁴ C.t., art. 110.1, al. 1 *in limine*; *Cie de volailles Maxi Ltée c. Bolduc*, [1987] R.J.Q. 2626 (C.S.).

¹⁰⁰⁵ C.t., art. 110.1, al. 1 *in fine*.

¹⁰⁰⁶ C.t., art. 110.1, al. 2.

¹⁰⁰⁷ En effet, au Québec, une convention collective doit nécessairement être écrite : C.t., art. 1 d). Voir: G. VALLÉE et J. BOURGAULT, *préc.*, note 797, p. 23.

membres compris dans l'unité de négociation et qui exercent leur droit de vote¹⁰⁰⁸. En pratique, donc, à l'issue de négociations fructueuses, les négociateurs syndicaux ne pourront tout au plus que signer un accord de principe témoignant de l'entente intervenue. Ce n'est que suite à la ratification de cet accord par l'assemblée des membres que la convention collective pourra être signée officiellement¹⁰⁰⁹. Il est à noter, toutefois, que le vote de ratification n'est pas une condition de validité de la convention collective : elle n'est en quelque sorte qu'une obligation que doit respecter le syndicat sous peine de commettre une infraction de nature pénale¹⁰¹⁰. Le non respect de cette formalité ne peut donc avoir pour effet d'entraîner la nullité d'une convention collective dûment signée par les parties¹⁰¹¹.

Mais en vertu du *Code du travail*, la seule signature de la convention collective par les parties ne suffit pas à lui conférer ses pleins effets. En effet, pour entrer en vigueur, la convention collective doit nécessairement être déposée auprès du ministre du Travail. Il en est de même de ses annexes et des modifications qui lui seront éventuellement apportées¹⁰¹². À noter que les documents déposés doivent être rédigés en français¹⁰¹³ sous peine de nullité¹⁰¹⁴.

Ce dépôt emporte un effet rétroactif à la date expressément prévue à la convention collective pour son entrée en vigueur ou, en l'absence d'une telle stipulation, à la date de la signature de la convention collective¹⁰¹⁵. Enfin, le syndicat accrédité a soixante jours pour déposer la convention collective et ses annexes ou les modifications à celle-ci une fois celles-ci signées, à défaut de quoi il pourrait perdre son accréditation au profit d'un syndicat rival¹⁰¹⁶.

¹⁰⁰⁸ C.t., art. 20.3.

¹⁰⁰⁹ R. BOURQUE, *préc.*, note 989, p. 55.

¹⁰¹⁰ C.t., art. 20.4.

¹⁰¹¹ G. VALLÉE et J. BOURGAULT, *préc.*, note 797, p. 23.

¹⁰¹² C.t., art. 72, al. 1. La convention collective, ses annexes et ses modifications doivent être déposées en deux exemplaires ou copies conformes à l'original. Certaines formalités additionnelles doivent également être remplies (C.t., art. 72, al. 4).

¹⁰¹³ *Charte de la langue française*, L.R.Q., c. C-11 (ci-après « C.l.f. »), art. 43.

¹⁰¹⁴ C.l.f., art. 48. Pour plus de détails, voir : G. VALLÉE et J. BOURGAULT, *préc.*, note 797, p. 23.

¹⁰¹⁵ C.t., art. 72, al. 2.

¹⁰¹⁶ C.t., art. 72, al. 3.

(9) *La durée et le renouvellement de la convention collective*

Le *Code du travail* ne prévoit pas de durée maximale à la convention collective, sauf dans les cas d'une première convention collective¹⁰¹⁷, d'une convention collective dans les secteurs publics et parapublics¹⁰¹⁸, d'une convention collective imposée par un arbitre de différend¹⁰¹⁹ ou d'une convention collective imposée par un médiateur-arbitre dans le cas des policiers ou pompiers municipaux ou intermunicipaux¹⁰²⁰, où elle ne peut excéder trois ans. Il y est toutefois prévu qu'une convention collective doit avoir une durée minimale d'au moins un an¹⁰²¹. En outre, le *Code du travail* prévoit qu'une convention collective dont le terme n'est pas fixe et certain est présumée avoir une durée d'une année¹⁰²² et confère à la Commission des relations de travail le pouvoir de déterminer la date d'expiration d'une convention collective lorsque cette date n'y est pas clairement indiquée¹⁰²³.

L'employeur ou le syndicat qui souhaite renouveler ou modifier les termes de la convention collective doit transmettre à l'autre partie un avis de négociation à compter du 90^{ème} jour qui précède l'expiration de la convention collective ou dans les délais prévus à la convention collective, le cas échéant¹⁰²⁴. En l'absence d'avis, toutefois, celui-ci est réputé avoir été transmis et reçu le jour de l'expiration de la convention collective ou de la sentence arbitrale qui en tient lieu¹⁰²⁵. La phase des négociations commence à compter du moment où l'avis de négociation a été reçu ou est réputé avoir été reçu¹⁰²⁶. Les règles applicables à la phase de la négociation collective ont été vues à la section (5) ci-avant.

(10) *L'application de la convention collective*

L'entrée en vigueur d'une convention collective marque la fin de la phase de la négociation collective. À partir de ce moment, les parties n'ont plus l'obligation de négocier et

¹⁰¹⁷ C.t., art. 65, al. 2.

¹⁰¹⁸ C.t., art. 111.1.

¹⁰¹⁹ C.t., art. 92.

¹⁰²⁰ C.t., art. 99.8.

¹⁰²¹ C.t., art. 65, al. 1.

¹⁰²² C.t., art. 66.

¹⁰²³ C.t., art. 52.2, al. 3.

¹⁰²⁴ C.t., art. 52.

¹⁰²⁵ C.t., art. 52.2, al. 1.

¹⁰²⁶ C.t., art. 53.

s'en remettent généralement au texte de la convention collective aux fins de déterminer l'étendue de leurs droits et obligations respectifs de même que les conditions de travail des salariés de l'unité de négociation. Bien entendu, rien n'empêche les parties de négocier et d'apporter des modifications à la convention collective alors que celle-ci est en vigueur, mais ces négociations et modifications se font sur une base strictement volontaire, à moins qu'elles ne résultent de l'exercice d'une clause de réouverture par l'une ou l'autre des parties¹⁰²⁷.

Malgré toute la diligence et les précautions que les parties ont pu prendre pour rédiger un texte de convention collective qui se veut le plus clair et le moins ambigu possible, des difficultés sont susceptibles de se présenter quant à son application et son interprétation. En effet, à l'instar de tout texte qui confère des droits et des obligations, la convention collective peut faire l'objet de *conflits de droits*, c'est-à-dire une situation où « deux ou plusieurs personnes attribuent un sens différent au texte qui établit un droit, ou quand elles soutiennent que le droit en question s'applique ou non à telle ou telle situation, ou qu'il n'a pas été respecté »¹⁰²⁸.

En contexte de rapports collectifs de travail, ces conflits de droits sont qualifiés de « griefs ». Le *Code du travail* définit en effet le grief comme « toute mécontente relative à l'interprétation ou à l'application d'une convention collective ». On parle alors de « grief au sens strict ». Cette définition légale ne peut être restreinte conventionnellement par les parties : elle est d'ordre public¹⁰²⁹. Elle peut toutefois être élargie par celles-ci afin d'inclure des mécontentes qui ne portent pas sur le texte de la convention collective comme tel, donc sur des questions ignorées par la convention collective. On parle alors de « grief élargi »¹⁰³⁰. Enfin,

¹⁰²⁷ En effet, une clause de réouverture permet à une partie de forcer l'autre à négocier certaines questions pendant la durée de la convention collective. Une telle clause est permise par l'article 107 du C.t. L'obligation de négocier de bonne foi des parties renaît : R. BOURQUE, *préc.*, note 989, p. 52.

¹⁰²⁸ Gilles TRUDEAU, « Chapitre 5 : Règlement et arbitrage des griefs », dans P. JALETTE et G. TRUDEAU, *préc.*, note 797, p. 105.

¹⁰²⁹ C.t., art. 1 f). Pour plus de détails, voir : G. TRUDEAU, *préc.*, note 1028, p. 114.

¹⁰³⁰ C.t., art. 102. Pour plus de détails, voir : G. TRUDEAU, *préc.*, note 1028, p. 114 et 115. Un grief élargi ne se limite donc pas nécessairement à des conflits de droits, comme c'est le cas du grief au sens strict. Il peut en outre porter sur des « conflits d'intérêts », c'est-à-dire une mécontente qui ne découle pas d'un texte à proprement parler, mais plutôt « de l'affrontement de deux ou plusieurs parties aux intérêts divergents et qui cherchent à exploiter au maximum une situation ou une négociation » : G. TRUDEAU, *préc.*, note 1028, p. 105.

certaines situations particulières prévues au *Code du travail* se règlent par l'arbitrage comme s'il s'agissait de véritables griefs. On parle alors de « grief assimilé »¹⁰³¹.

Or, les griefs qui peuvent survenir de temps à autre entre les parties ne peuvent faire l'objet d'une grève ou d'un lock-out. En effet, ces moyens de pression sont prohibés pendant la durée de la convention collective¹⁰³². Le législateur impose plutôt aux parties un mécanisme particulier de résolution de ces mécontentements : l'arbitrage des griefs¹⁰³³. Comme nous aurons l'occasion de le voir dans la section comparative, ceci représente une différence très importante avec le système américain.

L'arbitrage de grief est le mécanisme de résolution des conflits qui surgissent entre les parties au sujet de l'application ou de l'interprétation de la convention collective pendant la durée de celle-ci. C'est une « procédure selon laquelle les parties signataires d'une convention collective s'en remettent à un tiers », l'arbitre de griefs, « pour régler d'une façon définitive toute mécontentement relative à son interprétation ou à son application, de même que toute plainte portée par un travailleur régi par une convention collective qui estime ses droits lésés »¹⁰³⁴.

L'arbitrage est obligatoire en ce qui concerne les griefs au sens du *Code du travail*¹⁰³⁵ et les griefs assimilés, mais ne l'est pas dans le cas des autres formes de mécontentements susceptibles de survenir en cours de convention collective¹⁰³⁶. Mais comme nous l'avons vu, les parties peuvent rendre la totalité ou une partie de ces « autres mécontentements » arbitrables, en élargissant conventionnellement la définition de grief (i.e. grief élargi) et en prévoyant le

¹⁰³¹ C'est le cas, par exemple, des litiges qui portent sur le maintien des conditions de travail en période de négociation (art. 100.10 du C.t.) et sur le non-rappel au travail d'un salarié qui a participé à une grève (art. 110.1 du C.t.). C'est également le cas des recours prévus aux articles 227 de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail, préc.*, note 371, et 32 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, préc.*, note 376, puisque ceux-ci permettent au salarié de se prévaloir de la procédure d'arbitrage de grief plutôt que de porter plainte devant la *Commission de la santé et de la sécurité du travail*.

¹⁰³² C.t., art. 107 et 109. Pour plus de détails : *Supra*, section IV.C.1.c)(7), p. 278.

¹⁰³³ Cette solution a été retenue par le législateur en 1961, suite à l'adoption de la *Loi modifiant la Loi des relations ouvrières*, S.Q. 1960-61, c. 73, art. 6. Voir : P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 43 et 152. À noter toutefois que l'obligation légale de soumettre les griefs non réglés à l'arbitrage ne s'applique qu'aux griefs au sens strict. Les griefs élargis ne sont pas soumis à la même obligation.

¹⁰³⁴ G. DION, *préc.*, note 13, p. 29.

¹⁰³⁵ C.t., art. 1 f) et art. 100, al. 1, *in limine* : « Tout grief doit être soumis à l'arbitrage (...) ».

¹⁰³⁶ Essentiellement des conflits d'intérêts, donc des mécontentements qui portent sur des questions dont la convention collective ne traite pas directement ou indirectement.

recours à l'arbitrage. La loi n'exige toutefois pas que ces autres mécontentes soient arbitrées : elle ne fait que permettre qu'elles le soient, si les parties en conviennent ainsi dans la convention collective¹⁰³⁷.

Bien qu'il soit imposé par le *Code du travail*, l'arbitrage de grief est essentiellement une procédure conventionnelle. En effet, les parties sont libres d'aménager à leur guise la procédure à suivre pour soumettre un grief à l'arbitrage¹⁰³⁸. Ainsi, de nombreuses conventions collectives prévoient une procédure préalable dite de « règlement interne des griefs », dont l'objectif est d'inciter les parties à discuter et à régler à l'amiable les griefs qui surviennent entre elles. Cette procédure est habituellement composée d'un nombre déterminé d'étapes que les parties doivent suivre rigoureusement avant de pouvoir soumettre un grief à l'arbitrage¹⁰³⁹. Elle ne doit toutefois pas contrevenir aux règles d'ordre public que le *Code du travail* prévoit en matière d'arbitrage de grief¹⁰⁴⁰ et sera complétée, le cas échéant, par les dispositions supplétives du *Code du travail*¹⁰⁴¹.

L'arbitre de griefs est un tiers neutre et impartial qui est chargé de trancher le grief. Il est généralement nommé par les parties conformément aux dispositions de la convention collective¹⁰⁴². Ainsi, un ou plusieurs arbitres peuvent avoir été désignés à l'avance à même la convention collective. Dans ce cas, une liste rotative peut avoir été prévue ou encore, des

¹⁰³⁷ C.t., art. 102 : « Pendant la durée d'une convention collective, toute mécontente autre qu'un grief au sens de l'article 1 ou autre qu'un différend pouvant résulter de l'application de l'article 107, ne peut être réglé que de la façon prévue dans la convention et dans la mesure où elle y pourvoit. Si une telle mécontente est soumise à l'arbitrage, les articles 100 à 101.10 s'appliquent. » (nous soulignons)

¹⁰³⁸ C.t., art. 100, al. 1 : « Tout grief doit être soumis à l'arbitrage en la manière prévue dans la convention collective si elle y pourvoit (...) » (nous soulignons).

¹⁰³⁹ G. TRUDEAU, *préc.*, note 1028, p. 107.

¹⁰⁴⁰ Soit les articles 100 à 102 C.t., qui sont d'ordre public, sauf stipulation contraire : C.t., art. 100, al. 3. Ainsi, la procédure interne de règlement des griefs ne peut avoir pour effet de priver une partie de l'occasion de soumettre à l'arbitrage un grief au sens du *Code du travail*. En fait, cela constituerait une contravention à la règle de l'arbitrage obligatoire des griefs : C.t., art. 100, al. 1 et art. 1 f). Elle ne peut non plus prévoir des délais de soumission à l'arbitrage tellement courts qu'il en résulterait en pratique une négation du droit à l'arbitrage. En effet, un grief peut en tout temps être valablement soumis à l'autre partie dans les quinze jours de la survenance des événements contestés, malgré la présence d'un délai moindre à la convention collective : C.t., art. 100.0.1.

¹⁰⁴¹ Ainsi, en l'absence de délai maximal pour soumettre un grief à l'arbitrage prévu à la convention collective, celui-ci sera de 6 mois : C.t., art. 71. De plus, un arbitre devra normalement rendre sa sentence dans les 90 jours qui suivent la dernière séance d'arbitrage ou le début du délibéré, sous réserve de la convention collective : C.t., art. 101.5.

¹⁰⁴² C.t., art. 100, al. 1.

arbitres peuvent être désignés à l'avance pour entendre certains types de griefs. Enfin, la convention collective peut tout simplement prévoir que l'arbitre sera nommé ponctuellement, une fois le grief porté à l'arbitrage¹⁰⁴³. En fait, les parties conservent une très grande liberté quant au mécanisme de nomination de l'arbitre qu'elles insèrent à la convention collective. Elles doivent toutefois s'assurer que les exigences d'indépendance et d'impartialité que les règles de justice naturelle imposent à l'arbitre à titre de tribunal quasi-judiciaire sont respectées¹⁰⁴⁴. Si les parties ne donnent pas suite à la procédure prévue à la convention collective ou encore si elles ne s'entendent pas sur la nomination d'un arbitre, celui-ci sera alors nommé par le ministre du Travail¹⁰⁴⁵ à même une liste qu'il dresse annuellement après consultation du *Comité consultatif du travail et de la main-d'œuvre*¹⁰⁴⁶.

Au Québec, l'arbitrage de grief est assuré par un arbitre unique. Les parties peuvent toutefois adjoindre un assesseur à l'arbitre : son rôle est d'assister l'arbitre et de représenter la partie qui l'a nommé au cours de l'audition du grief et du délibéré¹⁰⁴⁷. L'arbitre doit procéder en toute diligence à l'instruction du grief¹⁰⁴⁸. La séance d'arbitrage est publique, mais un huis clos peut être ordonné sur demande d'une partie ou sur l'initiative de l'arbitre¹⁰⁴⁹. L'audition se déroule de façon plus ou moins formelle, selon l'arbitre chargé du dossier. En effet, c'est à l'arbitre qu'il revient de décider des règles de preuve et de procédure à suivre lors de l'audition du grief, sous réserve toutefois des règles particulières prévues à la convention collective¹⁰⁵⁰. À noter qu'aucun grief ne peut être rejeté pour vice de forme ou irrégularité de procédure¹⁰⁵¹ et que l'arbitre doit donner aux parties et au salarié intéressé l'occasion d'être

¹⁰⁴³ G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 219 et 220; G. TRUDEAU, *préc.*, note 1028, p. 111.

¹⁰⁴⁴ G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 220.

¹⁰⁴⁵ C.t., art. 100, al. 1, in fine.

¹⁰⁴⁶ C.t., art. 100, al. 2 et art. 77.

¹⁰⁴⁷ C.t., art. 100.1.1. Pour ce faire, une entente doit intervenir entre les parties dans les 15 jours de la nomination de l'arbitre. Les assesseurs doivent être nommés à l'intérieur du même délai.

¹⁰⁴⁸ C.t., art. 100.2, al. 1 in limine.

¹⁰⁴⁹ C.t., art. 100.4.

¹⁰⁵⁰ C.t., art. 100.2, al. 1 in fine. Ceci étant dit, les règles de preuve et de procédure qui sont appliquées dans le cadre d'un arbitrage de grief sont généralement beaucoup plus souples que celles qu'on retrouve devant les tribunaux judiciaires.

¹⁰⁵¹ C.t., art. 100.2.1.

entendus¹⁰⁵², sous peine de contrevenir aux règles de justice naturelle. L'arbitre ne peut être poursuivi en justice en raison d'actes accomplis de bonne foi dans le cadre de son mandat¹⁰⁵³.

Le *Code du travail* confère de nombreux pouvoirs à l'arbitre¹⁰⁵⁴. Parmi ceux-ci, on retrouve des pouvoirs très larges, dont l'objectif est manifestement de lui permettre d'accomplir son mandat de façon efficace et définitive¹⁰⁵⁵. Mais au-delà des pouvoirs, le *Code du travail* impose des contraintes et des obligations à l'arbitre, celles-ci devant servir à baliser et à encadrer l'exercice de sa compétence¹⁰⁵⁶.

La sentence arbitrale est sans appel. Elle lie les parties et, le cas échéant, tout salarié concerné¹⁰⁵⁷. Elle devient exécutoire dès son dépôt au greffe de la Cour supérieure du district du domicile de l'une des parties visées par la décision. Ce dépôt lui confère tous les effets d'un jugement final de la Cour supérieure¹⁰⁵⁸ et expose les contrevenants à une condamnation pour

¹⁰⁵² C.t., art. 100.5.

¹⁰⁵³ C.t., art. 100.1.

¹⁰⁵⁴ L'arbitre possède notamment les pouvoirs de convoquer les parties à l'audition du grief (C.t., art. 100.2, al. 2), de tenir une conférence préparatoire (C.t., art. 100.2, al. 3), d'assigner, de contraindre, d'assermenter et de poser des questions aux témoins (C.t., art. 100.6 et 100.7) et de visiter des lieux qui se rapportent au grief et d'interroger les personnes qui s'y trouvent (C.t., art. 100.9). Il peut également ordonner la réouverture d'enquête de son propre chef (C.t., art. 100.16).

¹⁰⁵⁵ Ainsi, l'arbitre a les pouvoirs d'interpréter et d'appliquer les lois et les règlements lorsqu'il est nécessaire de le faire pour trancher un grief (C.t., art. 100.12 a)), de fixer les modalités de remboursement d'une somme d'argent qu'un employeur a versée en trop à un salarié (C.t., art. 100.12 b)), d'ordonner le paiement d'intérêts sur les sommes dues en vertu de sa sentence (C.t., art. 100.12 c), al. 1), incluant l'indemnité prévue à l'article 28 de la Loi sur le ministère du revenu (C.t., art. 100.12 c), al. 2), de fixer, à la demande d'une partie, un montant dû en vertu d'une sentence qu'il a rendue (C.t., art. 100.12 d)), de corriger les erreurs d'écriture et de calcul ou autres erreurs matérielles dont est susceptible d'être entachée sa décision (C.t., art. 100.12 e)), de confirmer, modifier ou annuler une mesure disciplinaire imposée par un employeur à un salarié et d'y substituer la mesure disciplinaire qui lui paraît juste et raisonnable dans les circonstances, sous réserve de ce qui est prévu à la convention collective (C.t., art. 100.12 f)) et de rendre toute autre décision propre à sauvegarder les droits des parties, y compris celui de rendre une ordonnance provisoire (C.t., art. 100.12 g)).

¹⁰⁵⁶ Ainsi, l'arbitre doit rendre sa sentence à partir de la preuve recueillie lors de l'enquête (C.t., art. 100.11). Elle doit être motivée, rendue par écrit et signée par celui-ci (C.t., art. 101.2). Sous réserve d'un autre délai prévu à la convention collective, la sentence doit être rendue dans les 90 jours de la fin de la dernière séance d'arbitrage ou du début du délibéré, lorsqu'il n'y a pas de séance d'arbitrage (C.t., art. 101.5 *in limine*). Les parties peuvent toutefois consentir par écrit, avant l'expiration de ce délai, à accorder un délai supplémentaire à l'arbitre (C.t., art. 101.5 *in fine*). L'arbitre doit déposer la sentence en deux exemplaires auprès du ministre du Travail et en transmettre une copie à chaque partie (C.t., art. 101.6). Le défaut par l'arbitre de rendre sa sentence dans le délai prescrit ou encore de la déposer et de la transmettre aux parties tel ci-avant mentionné l'expose à une ordonnance de la Commission des relations de travail et à la perte de ses honoraires (C.t., art. 101.7 et 101.8).

¹⁰⁵⁷ C.t., art. 101.

¹⁰⁵⁸ C.t., art. 129, al. 2; *Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal, (SCFP-301) c. Montréal (Ville de)*, D.T.E. 2005T-698.

outrage au tribunal¹⁰⁵⁹ ou encore à une amende¹⁰⁶⁰. Bien que non susceptible d'appel, toutefois, la sentence arbitrale demeure assujettie au pouvoir de surveillance et de contrôle des tribunaux supérieurs¹⁰⁶¹. La présence de clauses privatives au *Code du travail* fait cependant en sorte que celle-ci n'est généralement susceptible de révision ou d'annulation qu'en cas de défaut ou d'excès de compétence de l'arbitre¹⁰⁶².

d) La convention collective : la pierre angulaire des rapports collectifs

Au Québec, le rapport salarial en contexte de rapports collectifs est principalement régi par la convention collective, c'est-à-dire « une entente écrite relative aux conditions de travail conclue entre une ou plusieurs associations accréditées et un ou plusieurs employeurs ou associations d'employeurs »¹⁰⁶³. Celle-ci tire sa portée obligatoire de sa loi cadre¹⁰⁶⁴, en l'occurrence le *Code du travail*. Elle fait en quelque sorte office de « loi des parties ».

(1) Les conditions de validité de la convention collective

Au Québec, la convention collective doit rencontrer un certain nombre de conditions pour être valide¹⁰⁶⁵. Certaines de ces conditions sont des conditions de fond, tandis que d'autres sont des conditions de forme. En ce qui a trait aux conditions de fond, notons que la convention collective doit être conclue entre un employeur et un syndicat accrédité¹⁰⁶⁶, qu'elle doit porter sur des « conditions de travail »¹⁰⁶⁷ et que celles-ci ne doivent pas être contraires à l'ordre public ou prohibées par la loi¹⁰⁶⁸. En ce qui a trait aux conditions de forme, notons que

¹⁰⁵⁹ C.t., art. 129, al. 3.

¹⁰⁶⁰ C.t., art. 146.1.

¹⁰⁶¹ *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25 (ci-après « C.p.c. »), art. 33 et 846.

¹⁰⁶² C.t., art. 139, 139.1 et 140.

¹⁰⁶³ C.t., art. 1 d); *Société d'électrolyse et de chimie Alcan Ltée c. Fédération des syndicats du secteur de l'aluminium Inc.*, D.T.E. 95T-1360 (C.A.). Voir également : P. JALETTE, *préc.*, note 798, p. 2; G. DION, *préc.*, note 13, p. 132.

¹⁰⁶⁴ P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 166.

¹⁰⁶⁵ Pour plus d'information sur les conditions de validité de la convention collective, voir : G. TRUDEAU, *préc.*, note 1028, p. 105, p. 22-24; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 166.

¹⁰⁶⁶ C.t., art. 1 d).

¹⁰⁶⁷ C.t., art. 1 d) et 62; *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec inc. c. La Compagnie Paquet Ltée*, *préc.*, note 797 (interprétation large de la notion du concept de « condition de travail »).

¹⁰⁶⁸ C.t., art. 62.

la convention collective doit être consignée par écrit¹⁰⁶⁹, rédigée en français¹⁰⁷⁰ et déposée auprès du ministre du travail¹⁰⁷¹. Enfin, notons qu'une convention collective ne peut être signée que suite à un vote de ratification des membres¹⁰⁷², mais le non respect de cette formalité n'a pas de conséquences sur la validité de la convention collective : il ne fait que donner ouverture à des recours de nature pénale à l'encontre du syndicat¹⁰⁷³.

(2) *Les effets de la convention collective*

La convention collective crée des droits et des obligations à l'endroit des parties signataires, soit l'employeur et le syndicat accrédité. C'est l'*effet contractuel* de la convention collective¹⁰⁷⁴. Mais elle crée aussi des droits et des obligations à l'endroit des salariés de l'unité de négociation pour laquelle le syndicat a été accrédité, que ceux-ci soient membres ou non du syndicat. C'est l'*effet réglementaire* de la convention collective¹⁰⁷⁵.

L'effet réglementaire de la convention collective découle de la loi et non de la convention collective comme telle. En effet, le premier alinéa de l'article 67 du *Code du travail* prévoit que « la convention collective lie tous les salariés actuels ou futurs visés par l'accréditation »¹⁰⁷⁶. Ainsi, tous les salariés de l'unité d'accréditation sont liés par la convention collective et ce, peu importe la date à laquelle ceux-ci ont intégré ladite unité (que cette intégration soit antérieure ou postérieure à la date de la signature de la convention collective) et qu'ils soient membres ou non du syndicat accrédité. La convention collective a, à leur égard, un effet comparable à celui d'une norme législative impérative. Les conditions de

¹⁰⁶⁹ C.t., art. 1 d).

¹⁰⁷⁰ C.l.f., art. 43 et 48.

¹⁰⁷¹ C.t., art. 72, al. 1.

¹⁰⁷² C.t., art. 20.3, al. 1 : « La signature d'une convention collective ne peut avoir lieu qu'après avoir été autorisée au scrutin secret par un vote majoritaire des membres de l'association accréditée qui sont compris dans l'unité de négociation et qui exercent leur droit de vote. »

¹⁰⁷³ C.t., art. 20.4.

¹⁰⁷⁴ G. TRUDEAU, *préc.*, note 1028, p. 105; G. VALLÉE et J. BOURGAULT, *préc.*, note 797, p. 35-40.

¹⁰⁷⁵ G. TRUDEAU, *préc.*, note 1028, p. 105; G. VALLÉE et J. BOURGAULT, *préc.*, note 797, p. 40-44.

¹⁰⁷⁶ C.t., art. 67, al. 1.

travail qu'elle contient leur sont automatiquement applicables sans qu'ils aient à y consentir individuellement¹⁰⁷⁷.

Cet effet réglementaire a un caractère absolu. Ainsi, un salarié ne peut s'entendre individuellement avec son employeur sur des conditions de travail différentes de celles prévues à la convention collective, ni à la hausse, ni à la baisse. Il ne peut davantage s'entendre individuellement avec son employeur sur des conditions de travail autres que celles prévues à la convention collective. En effet, en vertu de la thèse de l'effet réglementaire absolu ou thèse abolitionniste, qui est la thèse dominante qui se dégage des tribunaux, ces ententes individuelles seraient nulles dans tous les cas¹⁰⁷⁸.

(3) *Le contenu explicite de la convention collective*

La convention collective possède un contenu explicite de même qu'un contenu implicite¹⁰⁷⁹. Le *contenu explicite* de la convention collective est principalement constitué des clauses que les parties ont accepté d'y inclure ((a)). Il est également constitué de certaines règles d'origine législative que la loi stipule faire partie intégrante de toute convention collective ((b)).

(a) Les clauses négociées

Les clauses de la convention collective sont le résultat du processus de la négociation collective. Notre régime étant fondé sur le principe de la libre négociation, les clauses qui sont incluses dans la convention collective sont directement influencées par le rapport de forces des parties à la négociation collective. Ainsi, la partie dont le rapport de force est le plus grand réussira normalement à obtenir davantage de concessions et/ou des concessions plus

¹⁰⁷⁷ G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 213; G. VALLÉE et J. BOURGAULT, *préc.*, note 797, p. 40; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 166-178.

¹⁰⁷⁸ *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, [2010] 2 R.C.S. 61; *Isidore Garon Ltée c. Tremblay; Fillion et Frères (1976) inc. c. Syndicat national des employés de garage du Québec inc.*, *préc.*, note 498; *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec inc. c. La Compagnie Paquet Ltée*, *préc.*, note 797; *Hémond c. Coopérative fédérée du Québec*, *préc.*, note 797; G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 214; G. VALLÉE et J. BOURGAULT, *préc.*, note 797, p. 41, 42 et 44; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 179 et 180; R. P. GAGNON, L. LEBEL P. VERGE, *préc.*, note 15, p. 541-545.

¹⁰⁷⁹ G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 203-206; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 167.

importantes de la part de sa vis-à-vis, ce qui se reflétera directement sur le contenu effectif de la convention collective (i.e. davantage de clauses qui lui sont favorables (avantage quantitatif) et/ou des clauses qui lui sont davantage favorables (avantage qualitatif)).

Les seules conditions que la loi impose aux parties en ce qui concerne les clauses pouvant être incluses dans la convention collective sont que celles-ci doivent concerner les conditions de travail des salariés de l'unité de négociation et qu'elles ne doivent pas être contraires à l'ordre public ou prohibées par la loi¹⁰⁸⁰. Or, le concept de « condition de travail » ayant été interprété par les tribunaux comme étant « toute question que les parties jugent opportune d'inclure à la convention collective », les sujets pouvant faire l'objet d'une clause sont pratiquement illimités¹⁰⁸¹. Comme nous le verrons ultérieurement, la situation est toute autre aux États-Unis.

Le contenu des conventions collectives est susceptible de varier grandement d'un milieu de travail à un autre. Ceci étant, certaines clauses sont plus courantes que d'autres : ce sont les « clauses types ». La plus grande présence de ces clauses dans les conventions collectives s'expliquerait par les usages, la pratique, l'expertise des négociateurs et l'influence qu'ont les conventions collectives les unes sur les autres¹⁰⁸².

Il existe différentes façons de classer ces clauses¹⁰⁸³. Au Québec, il est toutefois particulièrement utile de les classer selon qu'elles visent, d'une part, la convention collective (en en fixant certaines modalités) ou les parties signataires (en leur attribuant des droits et obligations particuliers) ou, d'autre part, les salariés de l'unité de négociation (en déterminant leurs principales conditions de travail). Dans le premier cas, on parlera des « clauses contractuelles », tandis que dans le deuxième cas, on parlera des « clauses normatives »¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁸⁰ C.t., art. 62.

¹⁰⁸¹ *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec inc. c. La Compagnie Paquet Ltée, préc.*, note 797.

¹⁰⁸² P. JALETTE, *préc.*, note 798, p. 7.

¹⁰⁸³ *Id.*

¹⁰⁸⁴ *Id.*, p. 7-9; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 167.

(i) Les clauses contractuelles

Les principales clauses contractuelles sont les clauses du régime syndical, des droits de direction, de la durée et du renouvellement de la convention et de la procédure de règlement et d'arbitrage des griefs.

Les *clauses du régime syndical* confèrent au syndicat les moyens de réaliser son mandat général de représentation des intérêts des salariés de l'unité de négociation de même que ses mandats particuliers de négociation et d'application de la convention collective. Elles lui assurent de plus une sécurité juridique et sécurité financière pendant la durée de la convention collective¹⁰⁸⁵.

Il en existe trois formes. Il y a tout d'abord les *clauses de reconnaissance du syndicat et de l'accréditation*, qui consacrent la reconnaissance de principe par l'employeur du syndicat et du certificat d'accréditation¹⁰⁸⁶. Il y a ensuite les *clauses de sécurité syndicale*, qui sont composées d'une part des *clauses financières*, dont l'objet est d'assurer le financement du syndicat (précompte syndical obligatoire, modalités de versement, etc.), et d'autre part, des *clauses d'adhésion syndicale*, dont l'objet est de permettre au syndicat de conserver son statut juridique d'association accréditée (maintien d'adhésion, atelier syndical imparfait, atelier syndical parfait, atelier fermé)¹⁰⁸⁷. Il y a enfin les *clauses de représentation syndicale*, qui permettent au syndicat de réaliser ses différents mandats dans le cadre des activités quotidiennes de l'entreprise (libérations syndicales, ancienneté privilégiée, tableaux d'affichage, local syndical, etc.)¹⁰⁸⁸.

Les clauses d'adhésion syndicale sont des clauses en vertu desquelles une partie ou la totalité des salariés ont l'obligation d'adhérer et de demeurer membres du syndicat signataire de la convention collective comme condition de maintien de leur emploi¹⁰⁸⁹. Leur raison d'être est de permettre à celui-ci de maintenir une majorité de membres au sein de l'unité de

¹⁰⁸⁵ Pier-Luc BILODEAU, « Chapitre 4 : Vie et sécurité syndicales », dans P. JALETTE et G. TRUDEAU, *préc.*, note 797, p. 84.

¹⁰⁸⁶ *Id.*, p. 84-85

¹⁰⁸⁷ *Id.*, p. 85-90.

¹⁰⁸⁸ *Id.*, p. 90-99.

¹⁰⁸⁹ *Id.*, p. 87. La clause d'atelier fermé, quant à elle, fait en outre du statut de membre du syndicat une condition d'embauche.

négociation et de conserver ainsi son statut juridique d'association accréditée¹⁰⁹⁰. Leur légalité est reconnue implicitement à l'article 63 du *Code du travail*¹⁰⁹¹. Bien que la Cour suprême ait tranché de nombreux litiges impliquant des clauses d'adhésion syndicale, elle ne s'est encore jamais prononcée directement sur leur validité constitutionnelle¹⁰⁹².

Il existe plusieurs types de clauses d'adhésion syndicale. La *clause de maintien d'adhésion* n'oblige aucun salarié de l'unité de négociation à devenir membre du syndicat, si tel n'est pas son désir. Toutefois, ceux qui feront le choix de devenir membres devront le demeurer, sous peine de perdre leur emploi. En plus d'obliger les salariés membres du syndicat à le demeurer comme condition d'emploi, la *clause d'atelier syndical imparfait* impose aux salariés embauchés après la signature de la convention collective, donc aux nouveaux salariés, à devenir membre du syndicat et à le demeurer, à défaut de quoi ils perdront leur emploi. Les salariés non membres du syndicat au moment de la signature de la convention collective, quant à eux, demeurent libres d'adhérer ou non au syndicat. La *clause d'atelier syndical parfait*, quant à elle, oblige tous les salariés de l'unité de négociation, sans exception, à devenir membres du syndicat et à le demeurer. En effet, elle prévoit que tous les

¹⁰⁹⁰ Linda BONENFANT, *Les clauses d'adhésion syndicales*, Québec, Ministère du travail, mars 2003, en ligne : <http://www.travail.gouv.qc.ca/actualite/conventioncollectiveplus/Clausesadhesion.pdf>. Ces clauses ne peuvent toutefois pas empêcher les salariés de démissionner de leur syndicat, de révoquer leur adhésion ou d'adhérer à un syndicat concurrent lorsque ces démarches sont entreprises dans les délais prévus à l'article 22 du *Code du travail*. Voir : P.-L. BILODEAU, *préc.*, note 1085, p. 87.

¹⁰⁹¹ En vertu de l'article 63 C.t., un employeur ne peut être tenu, en vertu d'une clause de la convention collective, de renvoyer un salarié pour la seule raison que le syndicat accrédité a refusé de l'admettre dans ses rangs ou l'en a exclu, que dans des situations très particulières. Or, on peut déduire de cet article, *a contrario*, qu'une clause d'une convention collective *peut effectivement avoir pour effet* d'entraîner le renvoi d'un salarié dans les cas qui ne sont pas mentionnés à l'article 63, notamment lorsque c'est le salarié lui-même qui refuse d'être membre du syndicat.

¹⁰⁹² En 1991, la CSC a reconnu la validité constitutionnelle des clauses de précompte syndical obligatoire, du moins en ce qui concerne le financement des activités liées à la négociation collective (*Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario, préc.*, note 30). En 2001, elle a reconnu la validité constitutionnelle de l'obligation d'adhérer à un syndicat que la *Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction* (L.R.Q., ch. R-20) impose à tous les salariés du secteur de la construction (*R. c. Advance Cutting & Coring Ltd, préc.*, note 386). Le même raisonnement sera-t-il retenu en ce qui concerne la validité constitutionnelle des clauses d'adhésion syndicale qu'on retrouve dans les conventions collectives ? Cela reste à voir. En effet, la reconnaissance de la dimension négative de la liberté d'association par la Cour suprême dans cette même décision pourrait remettre en question la légalité des clauses d'adhésion syndicale obligatoire de même que celle de l'article 63 C.t. Pour plus de détails, voir : R.P. GAGNON, *préc.*, note 354, p. 668 et 669; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 114.

salariés actuels et futurs doivent, comme condition d'emploi, devenir et rester membres du syndicat. Ainsi, tant les salariés qui étaient déjà à l'emploi de l'entreprise au moment de la signature de la convention collective que ceux qui le deviendront par la suite doivent devenir membres du syndicat. Enfin, la *clause d'atelier syndical fermé* impose à l'employeur de n'embaucher que des travailleurs déjà membres du syndicat. L'appartenance au syndicat doit donc nécessairement précéder l'acte d'embauche et non lui succéder¹⁰⁹³. Enfin, une convention collective qui ne contient aucune clause d'appartenance syndicale ou dont la clause laisse les salariés entièrement libres d'appartenir ou non au syndicat accrédité est qualifiée d'*atelier ouvert*¹⁰⁹⁴.

La *clause de précompte syndical* n'est pas, contrairement aux précédentes, une clause d'adhésion syndicale, mais une clause de financement syndical. En effet, plutôt que d'obliger les salariés de l'unité de négociation à devenir et/ou demeurer membre en règle du syndicat, selon le cas, elle oblige les salariés de l'unité, qu'ils soient membres ou non du syndicat, à payer la cotisation syndicale ou, dans le cas des non-membres, une somme équivalente à celle-ci¹⁰⁹⁵. Ainsi, c'est la totalité des salariés de l'unité qui financent les activités du syndicat et pas seulement les membres. Toutefois, bien que présente dans la plupart des conventions collectives, cette clause n'est pas nécessaire au Québec, contrairement aux États-Unis. En effet, le précompte syndical est prévu à l'article 47 C.t., qui est une disposition d'ordre public. Or, le précompte syndical obligatoire (qui trouve son origine dans la loi) présente de nombreux avantages par rapport au précompte syndical négociable (qui trouve son origine dans une clause). Tout d'abord, il n'a pas à être négocié, puisqu'il existe de plein droit. Ensuite, il entre en application dès l'accréditation du syndicat et pas uniquement suite à l'entrée en vigueur de la convention collective. Nous aurons l'occasion d'y revenir.

Les *clauses relatives aux droits de la direction* réaffirment les droits de direction de l'employeur au sein de l'entreprise. Ces droits, qui trouvent leurs fondements dans le droit

¹⁰⁹³ P.-L. BILODEAU, *préc.*, note 1085, p. 89; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 242.

¹⁰⁹⁴ P.-L. BILODEAU, *préc.*, note 1085, p. 88.

¹⁰⁹⁵ Plus précisément, elle oblige l'employeur à retenir sur le salaire des salariés de l'unité de négociation la cotisation syndicale – dans le cas des membres – ou une somme équivalente à cette cotisation – dans le cas des non-membres – et de remettre à intervalles réguliers au syndicat les sommes ainsi perçues.

commun¹⁰⁹⁶, lui permettent de gérer les affaires, la production et le personnel de l'entreprise. Les droits de la direction englobent l'ensemble des orientations, des décisions et des actes qui concernent l'administration, la direction ou la gestion d'une entreprise¹⁰⁹⁷. Généralement déclaratoires, puisque ne conférant à l'employeur aucun droit qu'il ne possède pas déjà¹⁰⁹⁸, les clauses relatives aux droits de la direction peuvent parfois restreindre ou limiter les droits de l'employeur, selon le libellé adopté¹⁰⁹⁹. De facture générale ou détaillée¹¹⁰⁰, elles peuvent être accompagnées d'une clause dite « résiduelle », en vertu de laquelle les droits que l'employeur n'a pas cédés ou partagés avec le syndicat dans la convention collective lui reviennent en exclusivité¹¹⁰¹.

Les *clauses relatives à la durée et au renouvellement de la convention collective* précisent la durée de l'accord collectif de travail et les modalités de son renouvellement¹¹⁰². On retrouve ces clauses habituellement à la fin de la convention collective. Les clauses relatives à la durée de la convention collective prévoient généralement sa date d'entrée en vigueur et sa date d'échéance ou, à tout le moins, sa durée. Lorsque le terme n'est pas fixe et certain, la convention collective est présumée avoir une durée d'un an¹¹⁰³. La Commission des relations de travail a d'ailleurs le pouvoir de déterminer la date d'expiration d'une convention collective lorsque cette date n'y est pas clairement indiquée¹¹⁰⁴. La durée d'une convention collective n'est généralement pas plafonnée, mais elle ne peut en aucun cas avoir une durée inférieure à un an¹¹⁰⁵. Enfin, l'entrée en vigueur de la convention collective est conditionnel à son dépôt auprès du ministre du Travail, ce dépôt ayant un effet rétroactif à la date prévue

¹⁰⁹⁶ Guylaine VALLÉE et Julie BOURGAULT, « Chapitre 3 : Droits de direction », dans P. JALETTE et G. TRUDEAU, *préc.*, note 797, p. 74.

¹⁰⁹⁷ *Id.*, p. 67.

¹⁰⁹⁸ *Id.*, p. 66.

¹⁰⁹⁹ *Id.*, p. 75 et 76.

¹¹⁰⁰ *Id.*, pp. 76-79

¹¹⁰¹ *Id.*, p. 79 et 80.

¹¹⁰² R. BOURQUE, *préc.*, note 989, p. 50.

¹¹⁰³ C.t., art. 66.

¹¹⁰⁴ C.t., art. 52.2, al. 3.

¹¹⁰⁵ *Supra*, section IV.C.1.c)(9), p. 285.

dans la convention collective pour son entrée en vigueur ou, à défaut, à la date de la signature de la convention collective¹¹⁰⁶.

Les clauses relatives au renouvellement de la convention collective prévoient quant à elles les modalités et les conditions que les parties doivent rencontrer pour lancer les négociations portant sur le renouvellement ou la modification de la convention collective. En effet, bien que le *Code du travail* prévoit que l'employeur ou le syndicat qui souhaite renouveler ou modifier les termes de la convention collective doit transmettre à l'autre partie un avis de négociation à compter du 90^{ème} jour qui précède l'expiration de la convention collective, un autre délai peut néanmoins être prévu à la convention collective¹¹⁰⁷. Les parties peuvent également prévoir les modalités et les conditions de la réouverture de la convention au moyen d'une clause de réouverture¹¹⁰⁸.

Les clauses relatives au maintien des conditions de travail, bien que ne constituant pas à proprement parler des clauses relatives à la durée et au renouvellement de la convention collective, leurs sont souvent associées. Ces clauses peuvent réitérer la règle prévue au deuxième alinéa de l'article 59 C.t. – qui prévoit le maintien des conditions de travail suite à l'expiration de la convention collective tant que le droit à la grève ou au lock-out n'est pas exercé ou qu'une sentence arbitrale n'est pas intervenue – ou encore prévoir que les conditions de travail prévues à la convention collective continueront de s'appliquer jusqu'à la signature d'une nouvelle convention collective et ce, conformément au troisième alinéa de l'article 59 C.t.

Les *clauses portant sur la procédure de règlement et d'arbitrage des griefs* sont des clauses dont l'objet est de permettre aux parties à la convention collective de s'assurer du respect et de l'application correcte de celle-ci. Ces clauses mettent en place des mécanismes qui permettent aux parties de régler à l'amiable et, éventuellement, de faire trancher les conflits qui découlent de l'interprétation et de l'application de la convention collective (i.e. les

¹¹⁰⁶ C.t., art. 72.

¹¹⁰⁷ *Supra*, sections IV.C.1.c)(9), p. 285, et IV.C.1.c)(5), p. 271.

¹¹⁰⁸ C.t., art. 107.

griefs) ¹¹⁰⁹. Le premier de ces mécanismes, la procédure interne de règlement des griefs, est composé d'une série d'étapes (généralement deux ou trois) assorties de délais où les parties impliquées tentent de régler à l'amiable le grief qui les oppose par la voie de la discussion et de la négociation. La création d'un comité des griefs est parfois prévue¹¹¹⁰. Le deuxième mécanisme, l'arbitrage des griefs, consiste à soumettre le conflit qui n'a pas été réglé à l'amiable à un tiers neutre et impartial dont le mandat est de trancher le grief en interprétant et en appliquant la convention collective telle qu'elle aurait due l'être en tout premier lieu. Les décisions de ce tiers, l'arbitre de griefs, sont finale et sans appel, bien qu'elles puissent être soumises à la révision judiciaire des tribunaux de droit commun. On y prévoit parfois une définition élargie de la notion de grief, le mode de nomination de l'arbitre, ses pouvoirs, la répartition du paiement des honoraires, etc.¹¹¹¹.

(ii) Les clauses normatives

Les principales clauses normatives sont celles qui traitent des mesures disciplinaires, de l'ancienneté, de la gestion et de la protection du lien d'emploi, du contenu et de l'évaluation des tâches, de l'organisation du travail et de la production, de la formation professionnelle, de la santé et sécurité au travail de la durée du travail, des salaires et des avantages sociaux.

Les *clauses portant sur les mesures disciplinaires* protègent les salariés des sanctions disciplinaires abusives ou arbitraires de l'employeur. Les mesures disciplinaires les plus communes sont la réprimande verbale, l'avis écrit, la suspension de travail sans salaire de courte durée, la suspension de travail sans salaire de longue durée et le congédiement. Les clauses relatives aux mesures disciplinaires prévoient généralement que l'employeur ne peut imposer une mesure disciplinaire que pour une *cause juste et suffisante* et dans le respect de certaines règles d'équité¹¹¹². Ces clauses peuvent également prévoir des sanctions disciplinaires déterminées pour des manquements disciplinaires particuliers et une gradation

¹¹⁰⁹ G. TRUDEAU, *préc.*, note 1028, p. 104.

¹¹¹⁰ *Id.*, p. 107 et 114-120.

¹¹¹¹ *Id.*, p. 107 et 120-124.

¹¹¹² Gilles TRUDEAU, « Chapitre 6 : Mesures disciplinaires », dans P. JALETTE et G. TRUDEAU, *préc.*, note 797, p. 132.

dans les sanctions susceptibles d'être imposées, conformément au principe de la progressivité des sanctions en matière disciplinaire. Dans ce cas, l'employeur est tenu de respecter les mesures disciplinaires et la gradation prévues à la convention collective.

Les *clauses relatives à l'ancienneté* déterminent les conditions d'acquisition, de conservation, d'accumulation et de perte de l'ancienneté de même que les différentes formes d'ancienneté dont bénéficient les membres d'une unité de négociation donnée. L'ancienneté est la « durée de service, généralement continue, d'un travailleur dans un emploi ou pour une entreprise »¹¹¹³. Elle peut se calculer selon la durée d'un emploi à un même poste, dans un même département, dans un même établissement, dans une même entreprise et même parfois dans une même profession ou un même secteur industriel¹¹¹⁴. L'ancienneté est un critère simple et objectif sur lequel se fondent d'autres clauses de la convention collective afin d'accorder des droits et des privilèges à certains salariés plutôt qu'à d'autres. Elle permet ainsi de résoudre des situations de concurrence entre salariés (promotions, mises-à-pieds, retour au travail, période de vacances, quart de travail, heures supplémentaires, etc.) et de déterminer le niveau de certains avantages consentis par l'employeur (salaire, durée des vacances, délai de congé, etc.) tout en évitant le favoritisme patronal et syndical¹¹¹⁵. En imposant à l'employeur de fonder un grand nombre de décisions en matière de gestion des ressources humaines sur le critère de l'ancienneté, les clauses relatives à l'ancienneté de la convention collective limitent de façon importante les droits de direction de l'employeur.

Les *clauses portant sur la gestion et la protection de l'emploi* régissent le marché du travail interne de l'organisation. Elles établissent des normes et des règles qui déterminent comment un individu devient salarié d'une organisation, comment il se déplace d'un poste à un autre au sein de celle-ci et comment il la quitte¹¹¹⁶. Agissant généralement de concert avec les clauses relatives à l'ancienneté, ces clauses ont pour objet d'assurer une certaine sécurité d'emploi aux salariés et d'éviter l'arbitraire et le favoritisme notamment dans l'embauche, les

¹¹¹³ G. DION, *préc.*, note 13, p. 24.

¹¹¹⁴ Anthony GILES, « Chapitre 7 : Ancienneté », dans P. JALETTE et G. TRUDEAU, *préc.*, note 797, p. 153-156; G. DION, *préc.*, note 13, p. 24.

¹¹¹⁵ A. GILES, *préc.*, note 1114, p. 151 et 152.

¹¹¹⁶ Anthony GILES, « Chapitre 8 : Gestion et protection de l'emploi », dans P. JALETTE et G. TRUDEAU, *préc.*, note 797, p. 166.

promotions et les mises à pied¹¹¹⁷. Parmi celles-ci, on retrouve les clauses de progression de carrière et les clauses de protection de l'emploi.

Les premières ont pour objectif « d'assurer une mobilité interne dans l'entreprise en donnant aux salariés déjà engagés la priorité à l'égard des postes vacants »¹¹¹⁸. En vertu de celles-ci, l'employeur doit tenter de combler les postes vacants dans l'entreprise en procédant tout d'abord à un affichage auprès des salariés de l'unité de négociation déjà en poste (i.e. affichage interne). Les critères d'attribution du poste à pourvoir, comme l'ancienneté et la compétence, sont généralement prévus à la convention collective. Ce n'est que si cette procédure ne permet pas à l'employeur de combler le poste vacant que celui-ci pourra se retourner vers le marché du travail externe pour ce faire (i.e. affichage externe)¹¹¹⁹.

Les secondes confèrent généralement une sécurité d'emploi accrue aux salariés – sécurité généralement fondée sur l'ancienneté – et permet ainsi d'éviter que ces derniers soient congédiés, licenciés ou mis à pied de façon arbitraire ou discriminatoire par l'employeur. La protection offerte par ces clauses varie sur un continuum, allant de la simple formalité de préavis de fin d'emploi jusqu'à la garantie d'emploi à vie. Elles peuvent, par exemple, obliger l'employeur à recourir à des mises à pied plutôt qu'à des licenciements en cas de manque de travail. Ces mises à pied sont généralement effectuées par ordre inverse d'ancienneté et, parfois, en débutant par les catégories d'emploi les plus précaires¹¹²⁰. Ces mises à pied ont généralement un caractère temporaire en raison du fait que les salariés affectés bénéficient habituellement d'un droit de rappel au travail qui, en principe, se fera dans l'ordre inverse de leur mise à pied¹¹²¹.

Les *clauses relatives au contenu et à l'évaluation des emplois* traitent de la définition des tâches, de leur évaluation et de leur hiérarchisation afin de rémunérer de façon juste et

¹¹¹⁷ *Id.*, p. 167.

¹¹¹⁸ P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 243.

¹¹¹⁹ *Id.*

¹¹²⁰ A. GILES, *préc.*, note 1116, p. 181 et 182. Ainsi, de nombreuses clauses de mise à pied prévoient que les salariés seront mis à pied par ordre inverse d'ancienneté en commençant par exemple par les salariés en probation, suivi des salariés surnuméraires, des salariés à temps partiel, pour terminer avec les salariés à temps plein.

¹¹²¹ *Id.*, p. 182.

équitable les différentes catégories d'employés d'une entreprise. Elles encadrent le processus d'évaluation des emplois au moment de leur création, de leur modification ou de leur abolition et mettent en place des mécanismes qui permettent de procéder à des ajustements en cours de convention collective en raison de modifications apportées à l'organisation du travail et de la production. De façon plus particulière, elles encadrent les différentes étapes de la démarche d'évaluation des emplois que sont l'analyse des emplois, la description des emplois, l'évaluation des emplois, l'établissement d'une structure des emplois et l'élaboration et la mise à jour d'une structure salariale visant à déterminer et à gérer les salaires¹¹²².

Les *clauses relatives à l'organisation du travail et de la production* encadrent l'exercice des droits de direction de l'employeur en matière d'organisation du travail et de la production, tout en cherchant à limiter les effets négatifs de ces décisions pour les travailleurs. En effet, en l'absence de telles clauses à la convention collective, l'employeur est libre d'organiser la production et le travail à sa guise, sous réserve uniquement de la loi et de la jurisprudence et à la condition de ne pas exercer ses droits de direction de façon abusive, déraisonnable ou discriminatoire¹¹²³. Les clauses relatives à l'organisation du travail et de la production peuvent ainsi encadrer l'exercice des droits de direction de l'employeur en matière de création ou d'abolition de postes, d'équipes de travail et de statuts d'emploi, de description ou d'aménagement des tâches et des activités de production, de sous-traitance, de changements technologiques et de travail accompli par des cadres ou par des travailleurs qui ne sont pas membres de l'unité de négociation¹¹²⁴.

Les *clauses relatives à la formation de la main-d'œuvre* ont pour objet d'assurer aux travailleurs un accès à la formation, et à l'employeur, une main-d'œuvre compétente. Elles prennent différentes formes¹¹²⁵. Parmi les plus courantes, on retrouve les clauses de formation

¹¹²² Frédéric LAUZON-DUGUAY et Patrice JALETTE, « Chapitre 12 : Évaluation des emplois », dans P. JALETTE et G. TRUDEAU, *préc.*, note 797, p. 262-286; R. THÉRIault et S. ST-ONGE, *Gestion de la rémunération*, Boucherville, Gaëtan Morin Éditeur, 2000.

¹¹²³ Patrice JALETTE et Mélanie LAROCHE, « Chapitre 9 : Organisation de la production et du travail », dans P. JALETTE et G. TRUDEAU, *préc.*, note 797, p. 188 et 189.

¹¹²⁴ *Id.*, p. 188-218.

¹¹²⁵ Jean CHAREST, « Chapitre 10 : Formation continue de la main-d'œuvre », dans P. JALETTE et G. TRUDEAU, *préc.*, note 797, p. 220-221.

en matière de santé-sécurité, les clauses générales de formation, de recyclage et de perfectionnement, les clauses de comité bipartite de formation et les clauses de remboursement de frais de scolarité¹¹²⁶.

Les *clauses relatives à la santé et la sécurité au travail* ont pour objet d'assurer aux travailleurs un milieu de travail sain et sécuritaire¹¹²⁷. Elles sont principalement composées de clauses qui traitent du volet « prévention » de la santé-sécurité, bien qu'on y retrouve également des clauses qui traitent du volet « indemnisation », donc qui portent sur la question de l'indemnisation des victimes d'accidents du travail et de maladies professionnelles. Ces clauses viennent en quelque sorte compléter et bonifier les droits et les protections déjà accordés aux travailleurs par la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*¹¹²⁸ et la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*¹¹²⁹. En ce qui concerne le volet prévention, on retrouve des clauses portant sur les principes de base en santé et sécurité, comme le principe de l'élimination du danger à la source, celui de la responsabilité première de l'employeur en matière de santé-sécurité ou encore celui de la concertation patronale-syndicale. On retrouve également des clauses plus spécifiques portant sur les équipements de protection individuels des travailleurs (casque, lunettes, chaussures, harnais de sécurité, etc.), sur le droit de refus des travailleurs (circonstances dans lesquelles ce droit de refus peut être exercé, procédure particulière à suivre, etc.), sur le comité de santé-sécurité (mandat général, composition, nombre de réunions, etc.) et sur le représentant à la prévention¹¹³⁰. En ce qui concerne le volet indemnisation, on retrouve des clauses relatives à l'assistance médicale, aux indemnités supplémentaires de remplacement du revenu, à la réadaptation et au droit de retour au travail¹¹³¹.

Les *clauses relatives à la durée du travail* traitent de questions comme la journée et la semaine normales de travail, les heures supplémentaires, l'horaire et les quarts de travail, les

¹¹²⁶ *Id.*, p. 228.

¹¹²⁷ P. JALETTE, *préc.*, note 798, p. 8.

¹¹²⁸ *Préc.*, note 371.

¹¹²⁹ *Préc.*, note 376.

¹¹³⁰ Marcel SIMARD, « Chapitre 16 : Santé et sécurité au travail », dans P. JALETTE et G. TRUDEAU, *préc.*, note 797, p. 402-408.

¹¹³¹ *Id.*, p. 410-412.

périodes de pauses, de repas et de repos ou la durée maximale du travail. Elles peuvent également traiter de questions moins courantes, comme l'aménagement du travail et la réduction du temps de travail. Certains avantages sociaux, comme les jours fériés et chômés, les vacances annuelles, les congés sociaux, les congés de maladie et les congés pour obligations familiales, pour ne nommer que ceux là, sont parfois considérés comme faisant partie intégrante des clauses relatives à la durée du travail, puisqu'étroitement associés à la question du temps de travail¹¹³².

Les *clauses relatives au salaire* établissent le système de rémunération en vigueur dans l'entreprise. Elles traitent de questions comme les taux de salaire payables, les échelles salariales applicables, les modalités de paiement du salaire, les primes liées au rendement et la rémunération variable, les augmentations salariales et l'indexation des salaires. Elles peuvent en outre traiter de questions comme les disparités de traitement en matière salariale et l'équité salariale¹¹³³. Ces clauses sont généralement complétées par les clauses relatives aux avantages sociaux, lesquels comptent pour une partie importante, bien que moindre, de la rémunération globale.

Les *clauses relatives aux avantages sociaux* déterminent les éléments de la rémunération globale autres que le salaire¹¹³⁴. Parmi les principaux avantages sociaux qu'on retrouve aux conventions collectives, il y a le temps chômé et payé (vacances annuelles, jours fériés, congés de maladie, congés mobiles, congés personnels, etc.), le temps chômé non payé (congés sans solde, jour de repos, périodes de repas, etc.), les régimes complémentaires de retraite, les assurances collectives privées (assurance-vie, assurance-maladie complémentaire, assurance-dentaire, assurance-salaire, assurance-médicaments, etc.), la rémunération compensatoire versée aux salariés (primes pour heures supplémentaires, primes pour quart de travail, primes pour travail de fin de semaine, primes pour travail dangereux, primes de

¹¹³² R. BOURQUE, *préc.*, note 989, p. 242-256.

¹¹³³ Frédéric LAUZON-DUGUAY, Patrice JALETTE et Guislain HALLÉ, « Chapitre 13 : Salaires », dans P. JALETTE et G. TRUDEAU, *préc.*, note 797, p. 297-328.

¹¹³⁴ P. JALETTE, *préc.*, note 798, p. 8; G. DION, *préc.*, note 13, p. 46. En effet, la rémunération globale est principalement constituée du salaire de base, des primes de rendement et des avantages sociaux : Patrice JALETTE, Ghislain HALLÉ et Frédéric LAUZON-DUGUAY, « Chapitre 14 : Avantages sociaux », dans P. JALETTE et G. TRUDEAU, *préc.*, note 797, p. 332.

disponibilité, primes de présence, primes de fractionnement, etc.), les mesures de conciliation travail-famille (congé de maternité, congé de paternité, congé parental, congés pour obligations familiales, etc.), les prestations supplémentaires d'assurance-chômage et les prestations supplémentaires d'assurance-accident de travail¹¹³⁵. Ces avantages sociaux « privés » s'ajoutent ou complètent, selon le cas, les régimes d'avantages sociaux « publics » dont bénéficient déjà les travailleurs en vertu de la loi¹¹³⁶.

En vertu de la thèse de l'autonomie, qui est la thèse reconnue par les tribunaux, les clauses normatives de la convention collective déterminent de façon exclusive les conditions de travail applicables aux salariés de l'unité de négociation. Ainsi, il est impossible pour un salarié et l'employeur de convenir, sur une base individuelle, de conditions de travail différentes à celles prévues à la convention collective. De telles ententes « parallèles » ou « individuelles » sont nulles et inapplicables, à moins qu'elles ne soient entérinées par le syndicat. La thèse de l'effet réglementaire absolu trouve ses fondements dans l'article 67 du *Code du travail* et dans le monopole de représentation syndical¹¹³⁷.

(b) Les dispositions intégrées par voie législative

Le contenu explicite de la convention collective ne se limite cependant pas aux clauses que les parties ont convenu d'inclure à la convention. Il se compose également de règles d'origine législative que la loi stipule faire partie intégrante de toute convention collective¹¹³⁸. Ainsi, les dispositions de la *Charte de la langue française*¹¹³⁹ qui traitent de la langue de travail¹¹⁴⁰, celles de la *Loi sur les normes du travail*¹¹⁴¹ qui traitent du harcèlement

¹¹³⁵ P. JALETTE, G. HALLÉ et F. LAUZON-DUGUAY, *préc.*, note 1134, p. 336.

¹¹³⁶ Ces régimes « public » sont au nombre de six : (1) le régime d'indemnisation des accidents du travail et des maladies professionnelles; (2) le régime d'assurance-emploi; (3) le régime des rentes du Québec; (4) le régime d'assurance-maladie; (5) le régime d'assurance-médicaments; et (6) le régime d'assurance-parentale. Voir : P. JALETTE, G. HALLÉ et F. LAUZON-DUGUAY, *préc.*, note 1134, p. 334.

¹¹³⁷ *Isidore Garon ltée c. Tremblay; Fillion et Frères (1976) inc. c. Syndicat national des employés de garage du Québec inc.*, *préc.*, note 498; G. VALLÉE et J. BOURGAULT, *préc.*, note 797, p. 41-44.

¹¹³⁸ G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 203; ; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 168 et 175.

¹¹³⁹ *Préc.*, note 1013 (ci-après « C.l.f. »).

¹¹⁴⁰ C.l.f., art. 41-50.

¹¹⁴¹ *Préc.*, note 509 (ci-après « L.n.t. »).

psychologique¹¹⁴² et les ajustements salariaux des catégories d'emplois à prédominance féminine et les modalités de versement établis conformément à la *Loi sur l'équité salariale*¹¹⁴³ sont réputées faire partie intégrante de toute convention collective¹¹⁴⁴. De même, les dispositions prévues à la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*¹¹⁴⁵ ou à la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*¹¹⁴⁶ sont en quelque sorte incorporées indirectement à toute convention collective en ce qu'un salarié qui croit avoir été victime d'une mesure de représailles de la part de son employeur en raison de l'exercice d'un droit prévu à l'une ou l'autre de ces lois peut, s'il le désire, avoir recours à l'arbitrage de grief pour contester la mesure imposée¹¹⁴⁷.

(4) *Le contenu implicite de la convention collective*

Le *contenu implicite* de la convention collective, quant à lui, comprend les « droits et obligations qui sont les corollaires de ceux que la convention collective attribue explicitement à l'une ou l'autre des parties »¹¹⁴⁸, comme le pouvoir général de l'employeur de diriger son entreprise et d'en gérer le personnel¹¹⁴⁹, l'obligation conventionnelle implicite du syndicat de ne pas faire la grève¹¹⁵⁰ ou encore l'obligation de recourir à la procédure d'arbitrage en cas de mésentente portant sur la convention collective¹¹⁵¹. Il comprend également les « obligations essentielles qui s'attachent naturellement à la relation salariale », comme les obligations du salarié d'exécuter le travail convenu, de se soumettre au pouvoir de direction de l'employeur et d'agir avec loyauté envers celui-ci et les obligations de l'employeur de fournir le travail et de payer la rémunération convenus¹¹⁵².

¹¹⁴² L.n.t., art. 81.18, 81.19, 123.7, 123.15 et 123.16.

¹¹⁴³ L.R.Q., c. E-12.001 (ci-après « L.é.s. »).

¹¹⁴⁴ C.I.f., art. 50, L.n.t., art. 81.20, al. 1 et L.é.s., art. 74, respectivement.

¹¹⁴⁵ *Préc.*, note 371 (ci-après « L.s.s.t. »).

¹¹⁴⁶ *Préc.*, note 376 (ci-après « L.a.t.m.p. »).

¹¹⁴⁷ L.s.s.t., art. 227 et L.a.t.m.p., art. 32.

¹¹⁴⁸ G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 206; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 168.

¹¹⁴⁹ *Air-Care Ltd. c. United Steel Workers*, [1976] 1 R.C.S. 2.

¹¹⁵⁰ *Syndicat des postiers du Canada c. Société canadienne des postes*, [1995] R.J.Q. 2404; *Syndicat des employés manuels de la Ville de Québec, section locale 1638 c. Québec (Ville de)*, [1994] R.J.Q. 1552 (C.A.).

¹¹⁵¹ *Nouveau-Brunswick c. O'Leary*, [1995] 2 R.C.S. 967.

¹¹⁵² P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 168 et 169.

Le contenu implicite de la convention collective comprend également les dispositions substantives d'ordre public qu'on retrouve dans les lois relatives aux droits et libertés de la personne et les lois du travail¹¹⁵³, de même que les dispositions impératives ou supplétives du *Code civil du Québec* qui sont compatibles avec le régime collectif de relations de travail¹¹⁵⁴. Il ne comprend toutefois pas les dispositions de la *Loi sur les normes du travail*, celles-ci étant plutôt applicables en vertu de la théorie de la hiérarchie des sources du droit¹¹⁵⁵. Un effet important de cette inclusion est de rendre les disputes relatives à l'application de ces dispositions législatives arbitrables. En effet, l'inclusion de ces dispositions au contenu implicite de la convention collective est liée à une définition de plus en plus extensive de la compétence arbitrale par les tribunaux¹¹⁵⁶. Désormais, non seulement l'arbitre de griefs doit-il refuser d'appliquer les clauses de la convention collective qui sont incompatibles avec ces dispositions législatives, il doit en outre voir à ce que les droits et obligations qu'elles confèrent soit affirmés en cas de silence de la convention collective.

En somme, le contenu de la convention collective impose un cadre supplémentaire à l'intérieur duquel l'employeur doit exercer ses droits de direction. Ce cadre est composé non seulement des clauses de la convention collective (et de leur contenu explicite et implicite), mais également des dispositions que la loi prévoit expressément faire partie intégrante de la convention collective (i.e. dispositions intégrées par voie législative) et des dispositions législatives que les tribunaux ont reconnus faire partie du contenu implicite de toute convention collective. Ce cadre supplémentaire génère des obligations et des contraintes additionnelles pour l'employeur dont la main-d'œuvre est syndiquée, auxquelles n'est

¹¹⁵³ *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157 ; G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 206 et 214; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 169 et 170.

¹¹⁵⁴ *Isidore Garon ltée c. Tremblay, Fillion et Frères (1976) inc. c. Syndicat national des employés de garage du Québec inc.*, *préc.*, note 498.

¹¹⁵⁵ *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, *préc.*, note 1078. En fait, depuis cette dernière affaire, on peut penser que les droits substantifs prévus aux lois du travail et aux lois sur les droits et libertés de la personne qui prévoient des dispositions analogues aux articles 93 et 94 L.n.t. (qui confèrent à cette loi un caractère d'ordre public relatif) ne seraient pas intégrés à la convention collective par le biais de la théorie du contenu implicite, mais plutôt par le biais de la théorie de la hiérarchie des sources juridiques.

¹¹⁵⁶ P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 169 et 175.

généralement pas astreint l'employeur dont la main-d'œuvre n'est pas syndiquée¹¹⁵⁷. Or, dans un marché concurrentiel comme celui dans lequel nous évoluons présentement, cette différence de marge de manœuvre peut avoir des effets sur la rentabilité de l'entreprise, bien que ce ne soit pas là le seul facteur en jeu.

2. Situation au Massachusetts

Plusieurs lois régissent les rapports collectifs au Massachusetts. Outre le *National Labor Relations Act*¹¹⁵⁸, il y a le *Railway Labor Act*¹¹⁵⁹, une loi fédérale qui couvre les entreprises qui œuvrent dans les secteurs du transport aérien et ferroviaire, et deux lois étatiques, soit le *Public Sector Relations Act*¹¹⁶⁰, qui met en place le régime de négociation collective applicable aux employés de l'État du Massachusetts, et le *Private Sector Relations Act*¹¹⁶¹, qui vise les employés du secteur privé qui ne sont pas couverts par le NLRA, par exemple les employés des entreprises purement locales ou dont l'activité économique n'est pas suffisamment importante¹¹⁶². À noter que tous les États fédérés américains ne possèdent pas une législation en matière de rapports collectifs, encore moins une législation en matière de rapports collectifs destinée à s'appliquer aux entreprises du secteur privé non couvertes par le NLRA.

Avant d'étudier les particularités de ces lois, toutefois, il importe de bien comprendre le contexte particulier dans lequel se trouvent présentement les rapports collectifs aux États-Unis, et plus particulièrement l'importance relative de ceux-ci en tant que mode de détermination des conditions de travail des travailleurs américains comparativement aux

¹¹⁵⁷ Les deux catégories d'employeurs demeurent toutefois assujetties aux règles prévues aux lois d'ordre public.

¹¹⁵⁸ *Préc.*, note 407 (ci-après « NLRA »).

¹¹⁵⁹ 45 U.S.C. §§ 151-188 (ci-après « RLA »).

¹¹⁶⁰ *An Act providing for Collective Bargaining for Public Employees*, M.G.L., c. 150E (ci-après « M.G.L., c. 150E »).

¹¹⁶¹ *An Act providing for Collective Bargaining for Private and Other Employees*, M.G.L., c. 150A (ci-après « M.G.L., c. 150A »). Le titre officiel de cette loi est « State Labor Relations Law » : M.G.L., c. 150A, § 12 (ci-après « MSLRL » ou « M.G.L., c. 150A », selon le cas).

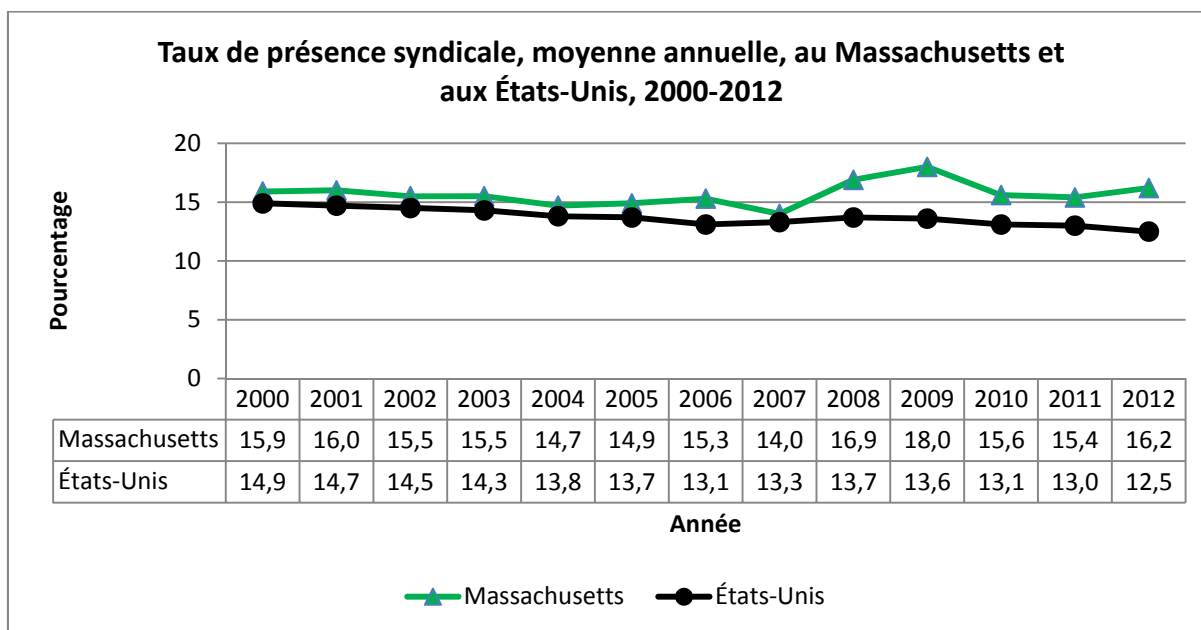
¹¹⁶² Toutefois, certaines catégories d'employés ne sont pas couvertes par cette législation : les membres d'ordres religieux, les employés d'une entreprise agricole qui emploie moins de quatre employés (excluant les membres de la famille), les domestiques qui travaillent dans le résidence de leur employeur moins de 16 heures par semaine et les personnes employées par leur parents ou leur conjoint. Voir : M.G.L. c. 150A, §5A et 3A.

rapports individuels. En effet, comme nous le verrons, les rapports collectifs ont connu un véritable déclin aux États-Unis au cours des dernières décennies.

a) L'importance des rapports collectifs au Massachusetts et aux États-Unis

Entre 2000 et 2007, le taux de présence syndicale au Massachusetts est passé de 15,9% à 14%, pour une baisse totale de 1,9% (voir Figure no 8 ci-après). Cette baisse a été relativement constante, à l'exception des années 2005 et 2006, où de légères hausses ont été constatées. Entre 2008 et 2009, toutefois, le taux de présence syndicale a connu une hausse importante, passant respectivement à 16,9% en 2008 (pour une hausse annuelle de 2,9 points de pourcentage) et à 18% en 2009 (pour une hausse annuelle de 1,1 points de pourcentage). En 2010 et 2011, le taux de présence syndicale est revenu à des niveaux beaucoup plus habituels (15,6 et 15,4%), mais il est remonté à 16,2% en 2012. Depuis 2008, la tendance est difficile à prévoir.

Figure no 8



Source : BUREAU OF LABOR STATISTICS, 2013.

À quoi l'augmentation soudaine du taux de présence syndicale observée en 2008 et 2009 au Massachusetts est-elle due ? Elle pourrait être en partie attribuable à l'adoption de deux lois apportant des modifications importantes au régime de rapports collectifs massachusettsois. La première, *An Act Increasing the Efficiency, Effectiveness, and Fairness of the Commonwealth's Labor Relations Agencies*¹¹⁶³, a apporté d'importantes modifications aux autorités chargées d'appliquer la législation étatique en matière de rapports collectifs. L'un des objectifs de cette réforme était de réduire les délais de traitement des différentes requêtes pouvant être soumises aux autorités compétentes et de réduire le nombre de dossiers en attente d'une décision¹¹⁶⁴. L'autre, *An Act Relative to Certain Written Majority Authorization Evidence of Collective Bargaining Results*¹¹⁶⁵, a quant à elle introduit la méthode du décompte des effectifs aux fins de décider du caractère représentatif du syndicat requérant dans le cadre des requêtes en accréditation en champs libre à l'endroit de salariés n'ayant jamais été représentés par un syndicat dans le passé¹¹⁶⁶. Une étude plus approfondie sur cette question devrait toutefois être entreprise avant de tirer des conclusions définitives à cet égard. En effet, des facteurs conjoncturels pourraient également avoir été à l'œuvre.

De 2000 à 2012, le taux de présence syndicale à l'échelle des États-Unis est passé de 14,9% à 12,5%, pour une baisse totale de 2,4%. Au cours de cette période, la tendance a généralement été à la baisse, à l'exception des années 2007 et 2008, où on a observé une légère hausse (hausse de 0,2 point de pourcentage en 2007 et de 0,4 point de pourcentage en 2008). En général, toutefois, il se dégage une tendance très nette à la baisse à l'échelle des États-Unis. Cette tendance est d'ailleurs plus prononcée dans le secteur privé qu'elle ne l'est dans le secteur public, même si, dans l'ensemble, elle demeure relativement semblable.

Enfin, il est important de noter que tout comme au Québec et au Canada, le taux de présence syndicale aux États-Unis est généralement beaucoup plus faible dans le secteur privé que dans le secteur public. La distinction est tout aussi importante qu'elle ne l'est au Québec et au Canada – sinon plus – puisque le secteur privé est de loin le principal employeur aux

¹¹⁶³ 2007 Mass. Acts 145.

¹¹⁶⁴ Pour plus de détails, voir : *Infra*, section IV.C.2.b)(2).

¹¹⁶⁵ 2007 Mass. Acts 120.

¹¹⁶⁶ Pour plus de détails, voir *Infra*, section IV.C.2.b)(5).

États-Unis¹¹⁶⁷. Ainsi, en 2012, le taux de présence syndicale dans le secteur privé était de 8,9% au Massachusetts et de 7,3% à l'échelle des États-Unis, tandis qu'il était respectivement de 63,9% et de 39,6% dans le secteur public¹¹⁶⁸.

b) Le National Labor Relations Act

Le NLRA a pour objectif de définir et de protéger les droits des salariés et des employeurs, d'encourager le recours à la négociation collective et d'éliminer certaines formes de pratiques, tant patronales que syndicales, qui nuisent au bien-être général des États-Unis. Il se fonde sur le principe que les conflits de travail entre salariés, syndicats et employeurs interfèrent de façon importante avec la production de biens et services et nuisent à l'économie nationale, ce qui est contraire à l'intérêt national. En reconnaissant les droits et la légitimité des différents intervenants du milieu du travail et en incitant ces derniers à négocier un compromis de façon pacifique, le NLRA apaise le climat des relations de travail au pays et favorise ainsi la paix industrielle¹¹⁶⁹.

Pour ce faire, le NLRA reconnaît de nombreux droits aux salariés. Ils ont ainsi le droit de s'associer, de former ou de tenter de former un syndicat, de devenir membre d'un syndicat quel qu'il soit, d'aider un syndicat dans le cadre de ses activités, de négocier collectivement leurs conditions de travail par le biais du syndicat de leur choix et de prendre part à des activités concertées pour les fins de la négociation collective ou d'autres formes d'aide ou de

¹¹⁶⁷ Au Massachusetts, le secteur privé regroupe, bon an, mal an, près de 87,5% des travailleurs en emploi. Ainsi, en 2012, le secteur privé comptait 2,84 millions d'employés sur un total de 3,24 millions (données désaisonnalisées). Voir : EXECUTIVE OFFICE OF LABOR AND WORKFORCE DEVELOPMENT, « Current Employment Statistics (CES-790) », Commonwealth of Massachusetts, 2013 (http://lmi2.detma.org/Lmi/lmi_ces_a.asp). À l'échelle des États-Unis, cette proportion était de 84% en 2012, le secteur privé comptant 107,2 millions d'employés sur un total de 127,6 millions. Voir : BUREAU OF LABOR STATISTICS, « Union Members 2012 », News Release USDL-13-0105, U.S. Department of Labor, 23 janvier 2013 (<http://www.bls.gov/news.release/pdf/union2.pdf>).

¹¹⁶⁸ BUREAU OF LABOR STATISTICS, *préc.*, note 1167; Barry HIRSCH et David MACPHERSON, *Union Membership and Coverage Database from the Current Population Survey, Table II : State: Union Membership, Coverage, Density, and Employment by State and Sector, 1983-2012* (<http://www.unionstats.com/>).

¹¹⁶⁹ 29 U.S.C. § 151 ; NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD, *Basic Guide to the National Labor Relations Act : General Principles of Law Under the Statute and Procedures of the National Labor Relations Board*, U.S. Government Printing Office, Washington, 1997, p. 1.

protection mutuelles. Le NLRA leur reconnaît également le droit de s'abstenir de participer à ces activités collectives, sous certaines réserves¹¹⁷⁰.

La principale raison d'être du NLRA est de permettre aux travailleurs d'une même entreprise qui le désirent de se regrouper en syndicat aux fins de négocier collectivement leurs conditions de travail avec leur employeur. Ce faisant, ils bénéficient d'un rapport de pouvoir accru qui leur permet généralement d'obtenir de meilleures conditions de travail qu'ils pourraient le faire par le biais de la négociation individuelle. Pour ce faire, le NLRA confère aux travailleurs les droits *de s'associer* et *de former un syndicat*. Il leur confère également les droits *de se joindre* à un syndicat et *de l'assister* dans ses activités courantes, conférant ainsi une protection qui va au-delà de la seule formation du syndicat. Il prévoit en outre que les travailleurs ont le droit de négocier collectivement leurs conditions de travail avec l'employeur *par l'intermédiaire du syndicat de leur choix*¹¹⁷¹.

Le NLRA a été adopté en 1935 par le Congrès américain, en pleine dépression économique. Également appelé le « *Wagner Act* », en hommage au sénateur new-yorkais qui en fut l'instigateur, le NLRA était une composante essentielle du *New Deal* du président Franklin D. Roosevelt. Le principal objectif de cette loi était de reconnaître les droits des salariés américains de s'organiser, de devenir membres de syndicats et de s'adonner à la négociation collective. Pour ce faire, il mettait en place des procédures permettant aux salariés de choisir leur agent négociateur, interdisait aux employeurs de s'adonner à certaines pratiques déloyales et obligeait ceux-ci à négocier de bonne foi les conditions de travail des salariés avec leurs agents négociateurs respectifs. En outre, il mettait en place une agence gouvernementale chargée d'en appliquer les différentes dispositions : le National Labor Relations Board (ci-après, le « NLRB »).

Dans les années qui suivirent son adoption, le lobby patronal américain fut particulièrement actif afin de faire apporter des modifications au NLRA. En effet, à ses yeux, cette loi était plus favorable aux syndicats et aux travailleurs: seul l'employeur était visé par les dispositions relatives aux pratiques déloyales, les salariés et les syndicats en étant exempts.

¹¹⁷⁰ 29 U.S.C. § 157.

¹¹⁷¹ *Id.*

En 1947, le *Labor Management Relations Act*¹¹⁷², également connu sous le nom de *Taft-Hartley Act*, est adopté par une coalition de Républicains (qui ont regagné le contrôle du Congrès en 1946) et de Démocrates du Sud, malgré le *veto* du président Truman. Sa principale vocation était de « rétablir l'équilibre » dans les relations de travail aux États-Unis, les groupes de pression opposés au *New Deal* et favorables à la libre entreprise jugeant le NLRA trop favorable aux syndicats. Parmi les principaux amendements apportés par cette loi, on compte l'ajout de pratiques interdites à l'endroit des syndicats, l'interdiction du boycott et du piquetage secondaire et l'adoption de règles beaucoup plus contraignantes en matière de clauses d'appartenance syndicale, parmi lesquelles l'interdiction de l'atelier syndical fermé et la possibilité pour les États fédérés d'adopter des « *Right-to-Work Laws* »¹¹⁷³.

En 1959, le Congrès américain adopte le *Labor Management Reporting and Disclosure Act* (LMRDA)¹¹⁷⁴, mieux connu sous le nom de *Landrum-Griffin Act*. Cette loi, qui traite surtout de questions en lien avec la régie interne des syndicats¹¹⁷⁵, a modifié certaines règles en matière de piquetage, de boycott secondaire et de droit de vote des grévistes¹¹⁷⁶.

Suite à 1959, le NLRA n'a subi que des modifications sporadiques¹¹⁷⁷. Plus récemment, toutefois, en 2007, un important projet de loi, le *Employee Free Choice Act* (EFCA), a été présenté au Congrès américain. Approuvé par la Chambre des représentants, il a toutefois été rejeté par le Sénat. Ce projet de loi proposait les plus importantes modifications au NLRA depuis plusieurs décennies. Ainsi, il proposait l'adoption d'une procédure d'accréditation syndicale par décompte des effectifs (« *card check* ») à l'instar de ce qu'on retrouve au Québec, au fédéral et dans certaines provinces canadiennes, l'arbitrage de différend obligatoire pour la conclusion d'une première convention collective et des peines plus sévères à l'endroit des employeurs qui se rendent coupables de pratiques interdites lors

¹¹⁷² Act of June 23, 1947, 61 Stat. 139, 29 U.S.C. §§ 141 et ss.

¹¹⁷³ Douglas E. RAY, Calvin William SHARPE et Robert N. STRASSFELD, *Understanding Labor Law*, Second Edition, LexisNexis, 2005, §1.05[B], p. 11 et 12.

¹¹⁷⁴ 29 U.S.C. §§ 401 et suiv.

¹¹⁷⁵ La vocation première du LMRDA est de préciser les droits et les obligations des membres des syndicats (i.e. régie interne).

¹¹⁷⁶ D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, §1.05[C], p. 12.

¹¹⁷⁷ N. Peter LAREAU, *Labor and Employment Law*, Newark, NJ, LexisNexis / Matthew Bender, 2003 (édition mise à jour), volume 1, chapitre 1, § 1.01.

d'une campagne de syndicalisation. En mars 2009, suite à l'élection du président Obama, une nouvelle version du EFCA a été soumise au Congrès. Dans cette dernière version, la procédure d'accréditation par décompte des effectifs était abandonnée, mais de nouvelles mesures tentaient de corriger les lacunes du système actuel de vote par scrutin secret, soit la trop longue durée de la période d'élection, l'accès limité des organisateurs syndicaux aux travailleurs pendant la campagne et la possibilité qu'a l'employeur de contraindre les salariés à entendre son point de vue¹¹⁷⁸. Le projet de loi n'a finalement jamais été adopté par le Congrès, faute d'obtenir les appuis nécessaires¹¹⁷⁹.

(1) *La couverture du NLRA*

Le NLRA est une loi fédérale qui régit les rapports collectifs dans les entreprises qui « affectent le commerce interétatique » aux États-Unis¹¹⁸⁰. Ce critère a été interprété de façon très large, de telle sorte que les opérations de presque tout employeur sont considérées affecter le commerce¹¹⁸¹. Le NLRB n'exerce toutefois pas sa compétence à l'endroit de toutes les entreprises qui affectent le commerce : il s'est donné des normes juridictionnelles (« *jurisdictional standards* ») en vertu desquelles seules certaines entreprises sont soumises à sa juridiction¹¹⁸². Enfin, certains employés et employeurs sont expressément exclus de l'application de cette loi¹¹⁸³. Parmi ces exclusions, notons celle des cadres (« *supervisors* ») qui, en raison de leurs fonctions et des intérêts qu'ils défendent dans l'entreprise (i.e. ceux de

¹¹⁷⁸ John GODARD, Joseph B. ROSE et Sara SLINN, « Should Congress pass the Employee Free Choice Act ? Some Neighborly Advice », (2009) 17 *Just Labour : A Canadian Journal of Work and Society* 116 (Special Edition).

¹¹⁷⁹ Wendy N. POWELL, « The Employee Free Choice Act is Back; The National Labor Relations Board has Awakened a Sleeping Giant », *The Huffington Post*, 22 juin 2011, en ligne : <http://www.huffingtonpost.com> (consulté le 20 août 2013).

¹¹⁸⁰ La portée du NLRA est elle-même limitée par la portée du Congrès américain d'adopter des lois à l'endroit des entreprises qui « affectent le commerce interétatique », conformément à la Commerce Clause de la Constitution américaine. Voir : NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD, *préc.*, note 1169, p. 33.

¹¹⁸¹ En fait, seules les entreprises purement locales seraient exclues de la portée du NLRA. Voir : NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD, *préc.*, note 1169, p. 33.

¹¹⁸² Ces normes prennent la forme d'un chiffre d'affaires, d'un niveau de ventes ou d'un niveau d'achats annuels réalisés par l'entreprise. Ils sont exprimés en termes de dollars et varient selon le type ou le secteur d'activité de l'entreprise. NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD, *préc.*, note 1169, p. 34.

¹¹⁸³ C'est le cas des travailleurs agricoles, des domestiques, des individus qui sont employés par leurs parents ou leur conjoint, des entrepreneurs indépendants, des superviseurs, des compagnies aériennes ou ferroviaires et de leurs employés et des gouvernements et de leurs employés.

l'employeur), forment une classe à part. En somme, le NLRA régit les rapports collectifs dans le secteur privé aux États-Unis¹¹⁸⁴, à l'exception des compagnies aériennes, ferroviaires et des entreprises qui œuvrent dans le domaine de l'agriculture.

(2) *Les autorités d'application*

Le *National Labor Relations Board* est l'autorité chargée d'appliquer le NLRA¹¹⁸⁵. Ses principales fonctions consistent à vérifier et attester du caractère représentatif des représentants collectifs et à prévenir la commission de pratiques interdites par les employeurs, les syndicats et leurs représentants. Ces fonctions sont assurées aux travers de deux agences indépendantes : le NLRB (le tribunal quasi-judiciaire) et le « *Office of the General Counsel* » (l'agence gouvernementale). Les bureaux de ces institutions sont situés à Washington, D.C. Elles peuvent cependant compter sur 28 bureaux régionaux pour les assister dans l'application du NLRA. Ces bureaux sont situés dans les principales villes américaines, de même qu'à Porto Rico.

Le NLRB compte cinq membres nommés par le Président des États-Unis avec le consentement du Sénat pour un mandat de cinq ans. Il est dirigé par un « *Chairman* », désigné parmi ceux-ci. Le NLRB remplit essentiellement des fonctions adjudicatives, siégeant en appel des décisions rendues par les « *Administrative Law Judges* » (« ALJ ») en matière de pratiques interdites et en révision des décisions rendus par les Directeurs régionaux en matière de représentation. La plupart des décisions du NLRB sont rendues par un panel de trois membres, le panel complet étant réservé pour les dossier présentant un intérêt public significatif¹¹⁸⁶.

Le « *General Counsel* » est nommé par le Président des États-Unis avec le consentement du Sénat pour un mandat de quatre ans. Il est responsable de tenir les enquêtes et les poursuites en matière de pratiques interdites. Il est également responsable de la

¹¹⁸⁴ William B. GOULD IV, *A Primer on American Labor Law*, 3^{ème} édition, Cambridge, Mass., MIT Press, 1993.

¹¹⁸⁵ 29 U.S.C. §§ 152(10) et 153 à 156.

¹¹⁸⁶ D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, § 2.02, p. 21-23; NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD, *préc.*, note 1169, p. 33.

supervision des activités des Bureaux régionaux du NLRB. Il accomplit plusieurs autres fonctions, parmi lesquelles on compte l'homologation des ordonnances du NLRB auprès de la Cour fédérale d'appel, la représentation du NLRB dans le cadre des appels formulés devant la Cour suprême des États-Unis et l'obtention d'injonctions auprès des « District Courts » à l'encontre des contrevenants en matière de pratiques interdites¹¹⁸⁷.

Les pouvoirs du NLRB en matière de représentation sont délégués aux Directeurs régionaux des différents bureaux régionaux du NLRB¹¹⁸⁸. En plus du directeur régional, chaque bureau régional compte un avocat régional (i.e. l'avocat en chef de la région), des « *field examiners* » (i.e. des enquêteurs et des officiers d'élections) et des « *field attorneys* » (des avocats de procès). À l'instar du NLRB, le « *General Counsel* » délègue de nombreux pouvoirs aux Directeurs régionaux des différents bureaux régionaux du NLRB.

Les « *Administrative Law Judges* » sont regroupés au sein de la « *Division of Judges* » du NLRB. Ils entendent et décident en première instance des causes en matière de pratiques interdites. Un total de 40 « *Administrative Law Judges* » exercent leurs fonctions dans des bureaux situés à Washington, Atlanta, New York et San Francisco¹¹⁸⁹.

(3) *Le contenu du NLRA*

De façon générale, on peut regrouper les différents sujets traités par le NLRA (et donc, les questions qui sont susceptibles d'être soumises au NLRB pour décision) en deux grandes catégories : les questions de représentation et les pratiques déloyales (« *unfair labor practices* » ou « ULP »)¹¹⁹⁰. Les questions de représentation incluent essentiellement les droits des salariés de s'associer et de négocier collectivement leurs conditions de travail de même

¹¹⁸⁷ D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, § 2.02, p. 22-23

¹¹⁸⁸ 29 U.S.C. § 153(b). Ces pouvoirs sont ceux prévus à 29 U.S.C. § 159.

¹¹⁸⁹ NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD, « Division of Judges », en ligne : <http://www.nlr.gov/who-we-are/division-judges> (consulté le 7 mai 2013).

¹¹⁹⁰ À l'instar de P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, nous retiendrons l'expression « pratiques déloyales » plutôt que l'expression « pratiques interdites » aux fins de traduire l'expression américaine « unfair labor practices ». C'est d'ailleurs cette expression qui est retenue dans la version française du C.c.t. aux fins de traduire l'expression « unfair practices » (C.c.t., art. 94 et ss). Au Québec, on utilise l'expression « pratiques interdites » pour faire référence aux recours de même nature, mais cette expression est traduite par « prohibited practices » (voir par exemple : L.n.t., art. 122 et ss.), ce qui nous semble un peu plus éloigné du concept que nous souhaitons traduire.

que la procédure à suivre pour désigner leur représentant officiel aux fins de la négociation collective. Les pratiques déloyales, quant à elles, sont des pratiques ou des comportements de l'employeur ou du syndicat prohibés par la loi dans le but de protéger et de favoriser l'exercice des droits des salariés.

Les questions de représentation seront abordées aux sections (5) à (9) ci-après. Au préalable, toutefois, il est important d'étudier les différentes pratiques déloyales prévues par le NLRA, puisque celles-ci viennent en appui aux questions de représentation et leur sont souvent étroitement associées (4).

(4) *Les pratiques déloyales*

Lorsqu'il fut adopté en 1935, le NLRA ne prévoyait que des pratiques déloyales à l'endroit des employeurs. Suite à l'adoption du Taft Hartley Act de 1947, toutefois, plusieurs pratiques déloyales visant spécifiquement les syndicats furent ajoutées au NLRA, de même que des pratiques déloyales visant à la fois les employeurs et les syndicats¹¹⁹¹.

Ainsi, constitue une pratique déloyale pour un employeur le fait de :

- Nuire, restreindre ou contraindre les salariés dans l'exercice des droits qui leur sont conférés par l'article 7 du NLRA (29 U.S.C. § 157)¹¹⁹²;
- Dominer ou nuire à la formation ou à l'administration d'un syndicat ou aider un syndicat financièrement ou autrement¹¹⁹³;
- Discriminer un salarié dans l'embauche, le maintien en emploi ou les conditions de travail dans le but de l'encourager ou de le décourager à devenir membre d'un syndicat¹¹⁹⁴.

¹¹⁹¹ Pour plus de détails sur le LMRA, voir l'introduction de la présente section : *Supra*, section IV.C.2.b), p. 312.

¹¹⁹² 29 U.S.C. § 158(a)(1). Rappelons que 29 U.S.C. § 157 confère aux salariés les droits de s'associer, de former, de devenir membre ou d'aider un syndicat, de négocier collectivement ou de participer à des activités concertées d'aide ou de protection mutuelles, de même que de s'abstenir de participer à de telles activités. Cette pratique déloyale, qui est relativement générale, peut être commise à titre principal ou encore à titre accessoire à l'occasion des pratiques déloyales prévues à 29 U.S.C. §§ 158(a)(2) à 158(a)(5), auquel cas on parlera de « *derivative violation* » de 29 U.S.C. §158(a)(1). Voir : NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD, *préc.*, note 1169, p. 14.

¹¹⁹³ 29 U.S.C. 158(a)(2).

- Renvoyer ou autrement discriminer un salarié en raison du fait qu'il a porté plainte ou qu'il a témoigné conformément aux dispositions du NLRA¹¹⁹⁵;
- Refuser de négocier collectivement avec les représentants de ses salariés¹¹⁹⁶.

À l'égard d'un syndicat, constitue une pratique déloyale le fait de :

- Restreindre ou contraindre les salariés dans l'exercice des droits qui leur sont conférés par l'article 7 du NLRA (29 U.S.C. § 157)¹¹⁹⁷ ou un employeur dans le choix de ses représentants aux fins de la négociation collective ou du règlement des griefs¹¹⁹⁸;
- Inciter ou tenter d'inciter un employeur à discriminer un salarié contrairement à l'article 8(a)(3) du NLRA (29 U.S.C. § 158(a)(3)) ou en raison du fait que le syndicat lui a refusé ou retiré son statut de membre, à moins que ce refus ou ce retrait résulte du défaut de ce salarié de payer la cotisation ou les frais d'adhésion requis¹¹⁹⁹;
- Refuser de négocier collectivement avec l'employeur¹²⁰⁰;
- Participer ou inciter un personne à participer à une grève ou à un boycott ou menacer, contraindre ou restreindre une personne dans le but de contraindre¹²⁰¹.

¹¹⁹⁴ 29 U.S.C. 158(a)(3). Cette disposition est particulièrement importante puisqu'elle protège les salariés d'éventuelles mesures de représailles de la part de leur employeur. Une exception y est toutefois prévue afin de permettre à l'employeur de respecter les termes d'une clause de sécurité syndicale prévue à la convention collective. Certaines conditions doivent toutefois être remplies. Rappelons que les seules clauses de sécurité syndicale permises par le NLRA sont les « agency-shop », soit les clauses qui, bien que n'obligeant pas les employés à devenir membre du syndicat ou à le demeurer comme tel, les obligent à payer leurs cotisations et les frais d'adhésion (à tout le moins la partie directement associée aux activités de négociation collective et de règlement des griefs). Voir : *NLRB v. General Motors Corp.*, 373 U.S. 734, 742 (1963); D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, § 17.02[A], pp. 351-354.

¹¹⁹⁵ 29 U.S.C. § 158(a)(4). À l'instar de 29 U.S.C. § 158(a)(3), cette disposition est particulièrement importante puisqu'elle protège les salariés d'éventuelles mesures de représailles de la part de leur employeur.

¹¹⁹⁶ 29 U.S.C. § 158(a)(5). Rappelons que l'étendue de l'obligation de négocier de bonne foi est prévue à 29 U.S.C. § 158(d).

¹¹⁹⁷ 29 U.S.C. § 158(b)(1)(A). En effet, depuis les amendements du *Taft-Hartley Act*, 29 U.S.C. § 157 prévoit expressément que les salariés ont le droit de s'abstenir de devenir membre ou de participer aux activités d'un syndicat. En présence d'une clause de sécurité syndicale, toutefois, les salariés peuvent être contraints de payer la partie de la cotisation syndicale qui correspond aux activités de négociation collective et de règlement des griefs, sauf si la législation étatique interdit ou réglemente l'usage de telles clauses (i.e. « Right-to-work states »). Voir : *NLRB v. General Motors Corp.*, *préc.*, note 1194. Cette disposition prévoit en outre qu'elle n'a pas pour effet d'empêcher un syndicat de définir ses propres règles concernant l'obtention et le maintien du statut de membre.

¹¹⁹⁸ 29 U.S.C. § 158(b)(1)(B).

¹¹⁹⁹ 29 U.S.C. § 158(b)(2).

¹²⁰⁰ 29 U.S.C. § 158(b)(3). Rappelons que l'étendue de l'obligation de négocier de bonne foi est prévue à 29 U.S.C. § 158(d).

- Un employeur ou un travailleur autonome à devenir membre d'une association d'employeurs ou de salariés ou à conclure une entente relative au boycott de certains produits (« *hot-cargo ou hot-goods agreement* »)¹²⁰²;
- Un tiers-employeur ou ses salariés à boycotter les produits ou les services de l'employeur ou contraindre un tiers-employeur à reconnaître ou à négocier avec un syndicat non certifié (« *secondary boycott provisions* »)¹²⁰³;
- Un employeur à reconnaître ou à négocier avec un autre syndicat que le syndicat accrédité¹²⁰⁴;
- Un employeur à assigner un travail particulier à certains salariés plutôt qu'à d'autres¹²⁰⁵;
- Exiger une cotisation ou des frais d'adhésion excessifs ou discriminatoires d'un salarié couvert par une clause de sécurité syndicale¹²⁰⁶;
- Inciter un employeur à payer ou à verser de l'argent ou autre chose de valeur, de la nature d'une exaction, pour des services non rendus ou ne devant pas être rendus (« *featherbedding* »)¹²⁰⁷;

¹²⁰¹ 29 U.S.C. § 158(b)(4). Cette disposition interdit aux syndicats de recourir ou d'inciter à la grève ou au boycott ou de faire du piquetage pour atteindre certaines fins précises, prévues aux sous-alinéas A, B, C et D. À noter que cet article n'a pas pour effet d'interdire la publicité sous une forme autre que le piquetage (par exemple, la distribution de tracts) en vue d'informer le public que certains produits sont fabriqués par un employeur en conflit de travail avec le syndicat (employeur primaire) et sont distribués par un autre employeur (employeur secondaire). La publicité en question ne doit toutefois pas avoir pour effet d'inciter les salariés d'un employeur secondaire à boycotter les produits de l'employeur primaire, c'est-à-dire de refuser d'effectuer du travail sur ces produits (i.e. ils peuvent les boycotter à titre de consommateurs, mais pas à titre de salariés). Voir : NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD, *préc.*, note 1169, p. 30.

¹²⁰² 29 U.S.C. § 158(b)(4)(A).

¹²⁰³ 29 U.S.C. § 158(b)(4)(B). Un tiers-employeur n'est pas protégé des effets d'une grève ou d'un piquetage effectués auprès de l'employeur primaire. Voir : NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD, *préc.*, note 1169, p. 28. Un piquetage ou un boycott secondaire peut toutefois être effectué à l'endroit d'un tiers-employeur si ce dernier est considéré comme un « allié » de l'employeur primaire (« *Ally Doctrine* »). Des critères stricts et précis doivent toutefois être rencontrés. Voir : NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD, *préc.*, note 1169, p. 28 ; B. FELDACKER, *préc.*, note 406, p. 225-227. Enfin, des règles particulières (les « *Moore Dry Dock standards* ») s'appliquent lorsqu'un employeur primaire et un employeur secondaire partagent un même milieu de travail (« *common situs* »). Voir : NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD, *préc.*, note 1169, p. 29 ; B. FELDACKER, *préc.*, note 406, p. 215-220.

¹²⁰⁴ 29 U.S.C. § 158(b)(4)(C).

¹²⁰⁵ 29 U.S.C. § 158(b)(4)(D).

¹²⁰⁶ 29 U.S.C. § 158(b)(5).

¹²⁰⁷ 29 U.S.C. § 158(b)(6). Le « *featherbedding* » est une « *pratique syndicale visant à protéger les emplois existants soit par la diminution du rythme de l'activité, soit par l'exécution de travaux inutiles, soit en imposant à*

- Faire du piquetage de reconnaissance ou d'organisation¹²⁰⁸ à l'endroit d'un employeur ou de ses salariés, à moins d'être le syndicat certifié de ces salariés, lorsque¹²⁰⁹ :
 - L'employeur a dûment reconnu un autre syndicat à titre de représentant des salariés et que la tenue d'un scrutin secret n'est pas permise¹²¹⁰;
 - Un scrutin secret valide a été tenu dans les 12 mois précédents¹²¹¹;
 - Une requête pour la tenue d'un scrutin secret n'a pas été déposée dans un délai raisonnable à la suite du début dudit piquetage, ce délai ne devant toutefois pas excéder 30 jours¹²¹²;

Enfin, constitue une pratique déloyale *à la fois pour un syndicat et pour un employeur* le fait de conclure une entente ou inclure dans une convention collective une clause en vertu de laquelle l'employeur accepte de boycotter un tiers employeur ou les produits d'un tiers employeur (« hot cargo » ou « hot goods agreement »). En outre, toute entente de cette nature conclue entre un employeur et un syndicat est nulle et sans effet¹²¹³.

Un dossier de pratique déloyale débute par le dépôt d'une « charge » par la partie plaignante (« *Charging Party* ») auprès du bureau régional du NLRB compétent¹²¹⁴. Une déclaration des faits doit accompagner celle-ci. Elle doit faire état des circonstances sur

l'employeur l'embauchage ou le maintien au travail d'une main-d'œuvre oisive. » : G. DION, *préc.*, note 13, p. 210. On la traduit en français par les expressions « *limitation du rendement* », « *sinécure* », « *employé favorisé* » et « *pratique restrictive en matière de travail* » : *Id.*

¹²⁰⁸ Le piquetage de reconnaissance (« *Recognitional Picketing* ») est le piquetage fait dans l'intention d'obtenir de l'employeur une reconnaissance expresse du syndicat en tant que représentant officiel des salariés de l'unité de négociation, tandis que le piquetage d'organisation (« *Organizational Picketing* ») est le piquetage fait dans l'intention d'obtenir des salariés de l'employeur qu'ils reconnaissent le syndicat comme étant leur représentant officiel aux fins de la négociation collective. Voir : NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD, *préc.*, note 1169, p. 31.

¹²⁰⁹ 29 U.S.C. § 158(b)(7).

¹²¹⁰ 29 U.S.C. § 158(b)(7)(A). Par exemple, un scrutin secret ne peut être tenu pendant la durée d'une convention collective.

¹²¹¹ 29 U.S.C. § 158(b)(7)(B).

¹²¹² 29 U.S.C. § 158(b)(7)(C). Autrement dit, sous réserve de 29 U.S.C. § 158(b)(7)(A) et de 29 U.S.C. § 158(b)(7)(B), un syndicat non accrédité dispose d'au plus 30 jours – parfois moins – pour faire du piquetage de reconnaissance ou du piquetage d'organisation à l'endroit d'un employeur ou de ses salariés, à moins qu'il ne dépose une requête pour la tenue d'un scrutin secret au cours de cette période.

¹²¹³ Il existe toutefois des exceptions dans les secteurs de la construction et du vêtement. Voir : NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD, *préc.*, note 1169, p. 21;

¹²¹⁴ Pour plus de détails sur la procédure dans le cadre des dossiers de pratiques déloyales, voir : D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, § 2.03, p. 23-32.

lesquelles se fonde la « *charge* » et donner les noms et adresses de personnes qui peuvent en témoigner. Sur réception d'une « *charge* », le Directeur régional du NLRB transmet un accusé de réception à la partie plaignante et en avise formellement la partie défenderesse. Il assigne ensuite un « *Board agent* » au dossier (un « *field examiner* » ou un « *field attorney* », selon le cas), qui doit faire rapport dans les 30 jours. Selon les résultats de l'enquête, le Directeur régional du bureau régional du NLRB déposera ou non une « *complaint* », laquelle doit être déposée dans les 6 mois de la commission de la pratique déloyale reprochée¹²¹⁵. Elle doit être signifiée à la partie défenderesse accompagnée d'un avis de présentation précisant la date, l'heure et le lieu où elle sera entendue. La partie défenderesse dispose de 14 jours pour répondre à l'accusation.

La cause est entendue par un « *Administrative Law Judge* », qui gère celle-ci de la même façon que le ferait un juge dans une cause civile. Les devoirs et les pouvoirs du ALJ sont prévus aux règlements du NLRB¹²¹⁶. La poursuite du dossier est assurée par le « *General Counsel* » du NLRB par le biais d'un avocat du bureau régional. Le fardeau de preuve appartient au « *General Counsel* » et les règles de preuves fédérales applicables aux procès s'appliquent, dans la mesure du possible.

Suite à l'audition et au dépôt du mémoire des parties, l'ALJ rend une décision écrite, qui doit contenir des conclusions de faits et de droit, être motivée et contenir des recommandations sur le dispositif à adopter¹²¹⁷. Une partie peut contester une décision en déposant des « *exceptions* » et un mémoire dans les 28 jours de la date où elle a été rendue. La partie adverse dispose par la suite de 14 jours pour transmettre son propre mémoire. Une fois cela fait, les « *exceptions* » sont tranchées par le NLRB lui-même, sur la base du dossier. Les parties peuvent toutefois être autorisées à faire des représentations orales et même à présenter une nouvelle preuve¹²¹⁸. Si aucunes « *exceptions* » ne sont déposées dans le délai prévu,

¹²¹⁵ 29 U.S.C. § 160(b).

¹²¹⁶ NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD, *Rules and Regulations and Statements of Procedure* (ci-après « NLRB Rules and Regulations ») § 102.35.

¹²¹⁷ NLRB Rules and Regulations § 102.45.

¹²¹⁸ NLRB Rules and Regulations § 102.48.

toutefois, la décision du ALJ devient automatiquement une décision du NLRB¹²¹⁹. La décision du NLRB n'est pas exécutoire. Pour ce faire, elle doit être homologuée par la Cour d'appel fédérale du circuit concerné¹²²⁰. Enfin, une partie peut demander la révision d'une décision du NLRB par la Cour d'appel fédérale par le dépôt d'une requête écrite à cet effet¹²²¹.

(5) *La procédure d'accréditation*

Pour être reconnu à titre de représentant des travailleurs et pouvoir, à ce titre, forcer l'employeur à négocier les conditions de travail de ces derniers, le syndicat doit obtenir l'appui d'une majorité de travailleurs au sein d'une unité de négociation appropriée¹²²². Ce caractère représentatif du syndicat peut être reconnu volontairement par l'employeur ou être certifié par le NLRB suite à un vote au scrutin secret tenu parmi les salariés visés.

Lors d'une campagne de syndicalisation, le syndicat cherche à faire signer le plus grand nombre possible de « cartes de reconnaissance » (« *recognition cards* ») parmi les salariés de l'unité de négociation¹²²³. Lorsqu'une majorité absolue des salariés de l'unité a signé une carte de reconnaissance, le syndicat cherche fréquemment à obtenir une reconnaissance volontaire de l'employeur. Même dans ce cas, toutefois, l'employeur demeure libre de refuser. En effet, la Cour suprême des États-Unis a reconnu à ce dernier un droit absolu à la tenue d'une élection¹²²⁴. En l'absence de reconnaissance volontaire de la part de l'employeur, donc, le syndicat n'aura d'autre choix que de demander la tenue d'une élection.

Pour qu'un scrutin secret soit tenu, une requête à cet effet doit être déposée auprès du bureau régional du NLRB (« *petition for certification* »). Cette requête peut être déposée par un employé, un groupe d'employé, un syndicat¹²²⁵ ou même un employeur¹²²⁶. Elle peut être

¹²¹⁹ NLRB Rules and Regulations § 102.48.

¹²²⁰ 29 U.S.C. § 160(e).

¹²²¹ 29 U.S.C. § 160(f).

¹²²² 29 U.S.C. § 159(a).

¹²²³ En signant une carte de « reconnaissance », l'employé « reconnaît » le syndicat à titre de représentant officiel. On parle également de cartes d' « autorisation ». À noter que le syndicat peut également procéder par la voie d'une pétition demandant la tenue d'un scrutin secret.

¹²²⁴ B. FELDACKER, *préc.*, note 406, p. 71 et 72.

¹²²⁵ La définition de « labor organization » est prévue à 29 U.S.C. § 152(5): "(...) any organization of any kind, or any agency or employee representation committee or plan, in which employees participate and which exists for the purpose, in whole or in part, of dealing with employers concerning grievances, labor disputes, wages,

déposée en tout temps avant la signature ou suite à l'expiration d'une convention collective. Lorsqu'une telle convention collective est en vigueur, toutefois, seules les requêtes déposées entre le 90^e et le 60^e jour précédant l'expiration de la convention collective sont recevables¹²²⁷.

Sur réception de la requête, un agent du bureau régional procède à une enquête administrative dans le cadre de laquelle il doit s'assurer :

- que le dossier soulève une *question de représentation*. Une telle question existe lorsque l'employeur refuse de reconnaître le requérant à titre de représentant officiel des salariés aux fins de la négociation collective¹²²⁸.
- que le NLRB a compétence sur le dossier. En effet, rappelons que le NLRB n'a compétence qu'à l'endroit des entreprises qui affectent le commerce et qui rencontre les critères juridictionnels qu'il s'est lui-même donné¹²²⁹.
- qu'il y a un intérêt suffisant chez les salariés de l'unité de négociation pour la tenue d'un tel scrutin (« *showing of interest* ») lorsque la requête est déposée par un employé, un groupe d'employé ou un syndicat. Pour ce faire, les requérants doivent joindre à la requête la preuve qu'au moins 30% des employés de l'unité appuient leur démarche, cette preuve pouvant prendre la forme d'une pétition ou de cartes d'autorisation dûment signées et datées par les employés de l'unité¹²³⁰.
- que la requête demande la tenue d'un scrutin auprès d'une *unité de négociation appropriée*. Une unité de négociation appropriée est un groupe d'au moins deux

rates of pay, hours of employment, or conditions of work.". Cette définition est très large et a fait l'objet d'une interprétation libérale de la part des tribunaux. Voir : W.B. GOULD IV, *préc.*, note 1184, p. 36.

¹²²⁶ 29 U.S.C. § 159(c)(1)(A) et (B). En effet, contrairement à la situation qui prévaut au Québec, le NLRA reconnaît l'intérêt de l'employeur de faire vérifier le caractère représentatif du ou des syndicats qui prétendent représenter des travailleurs au sein de son entreprise.

¹²²⁷ NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD, *préc.*, note 1169, p. 10. Pour les établissements de santé, cette période est du 120^e au 90^e jour précédant l'expiration de la convention collective.

¹²²⁸ 29 U.S.C. § 159(c)(1); D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, § 4.02, p. 60; NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD, *préc.*, note 1169, p. 9.

¹²²⁹ 29 U.S.C. § 159(c)(1); D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, § 4.02, p. 60; NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD, *préc.*, note 1169, p. 9 ; B. FELDKER, *préc.*, note 406, p. 27. Pour plus de détails, voir : *Supra*, section IV.C.2.b)(1), p. 315.

¹²³⁰ NLRB Rules and Regulations § 101.18; D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, § 4.02, p. 59; NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD, *préc.*, note 1169, p. 9; B. FELDKER, *préc.*, note 406, p. 25-27.

employés qui partagent une communauté d'intérêts et qui peuvent raisonnablement être regroupés aux fins de la négociation collective¹²³¹.

- qu'il n'existe aucun empêchement à la tenue d'un scrutin (« *bars to election* »). Parmi les principaux empêchements à la tenue d'un scrutin, il y a l'existence d'une convention collective valide et en vigueur¹²³², l'accréditation d'un représentant dans l'année qui précède le dépôt de la requête et la tenue d'une élection valide dans l'unité de négociation ou une subdivision de celle-ci dans les 12 mois qui précèdent¹²³³.

Si l'enquête administrative révèle que ces conditions sont rencontrées, un agent du bureau régional approchera les parties afin de discuter de l'opportunité pour elles de signer une entente sur la tenue d'un scrutin et les modalités de celui-ci. Cette entente traite généralement de questions comme la description de l'unité de négociation appropriée, les catégories d'employés incluses et exclues, les employés admis à voter et le moment et le lieu du scrutin. Elle est soumise à l'approbation du directeur régional du bureau régional du NLRB. À défaut d'entente, le directeur régional n'aura d'autre choix que de convoquer les parties à une audition afin de trancher ces questions¹²³⁴. Cette audition se tient devant un officier d'audition (« *hearing officer* ») du bureau régional. Celui-ci ne prend aucune décision ni ne formule aucune recommandation : son rôle se limite à préparer un rapport d'audition et à le soumettre au directeur régional pour décision¹²³⁵.

Après étude et lecture du rapport d'audition et des mémoires des parties, le directeur régional rend une décision qui tranche les questions contestées, comme la description de l'unité de négociation appropriée, les catégories d'employés incluses et exclues, les employés

¹²³¹ NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD, *préc.*, note 1169, p. 7; W.B. GOULD IV, *préc.*, note 1184, p. 38. À noter toutefois que l'unité de négociation n'a pas à être *la plus appropriée*; elle n'a qu'à être appropriée: *Morand Bros. Beverage Co.*, 91 NLRB 409 (1950).

¹²³² Rappelons toutefois qu'un scrutin est susceptible d'être tenu pendant la durée d'une convention collective lorsqu'une requête à cette fin a été déposée entre le 90^e et le 60^e jour précédant l'expiration de la convention collective.

¹²³³ 29 U.S.C. § 159(c)(3); D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, § 4.02 [C], p. 63-65; NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD, *préc.*, note 1169, p. 10 et 11; B. FELDACKER, *préc.*, note 406, p. 56-61.

¹²³⁴ 29 U.S.C. § 159(c)(1).

¹²³⁵ B. FELDACKER, *préc.*, note 406, p. 30.

admis à voter ainsi que le moment et le lieu du scrutin. À noter que le NLRB possède une grande discrétion aux fins de déterminer le caractère approprié de l'unité de négociation au sein de laquelle un scrutin sera éventuellement ordonné¹²³⁶. Les principaux facteurs considérés sont, outre la communauté d'intérêts des employés concernés, l'historique de négociations, le désir des employés impliqués et l'aire géographique en vertu de laquelle les employés sont organisés¹²³⁷. Le NLRA prévoit néanmoins des règles particulières auxquelles le NLRB ne peut déroger qu'à certaines conditions¹²³⁸. S'il estime qu'elle rencontre les conditions requises, le directeur régional accueille la requête et ordonne la tenue d'un scrutin secret¹²³⁹. Dans le cas contraire, il la rejette. La décision du directeur régional est sujette à une révision discrétionnaire par le NLRB dans des circonstances exceptionnelles¹²⁴⁰.

L'ordonnance pour la tenue d'un scrutin prévoit généralement que celui-ci doit se tenir dans les 25 à 30 jours qui suivent la date où elle est rendue. Elle oblige également l'employeur à fournir au bureau régional du NLRB une copie de la liste des noms des salariés admissibles à voter et de leurs coordonnées dans les 7 jours qui suivent l'ordonnance ou l'approbation de l'entente des parties sur la tenue d'un scrutin, selon le cas¹²⁴¹. Le NLRB voit à transmettre copie de cette liste au(x) syndicat(s) impliqué(s). L'élection ne peut se tenir avant l'expiration d'un délai de 10 jours suite à la date d'exigibilité de cette liste. Les modalités et les conditions du scrutin sont généralement laissées à la discrétion du directeur régional du NLRB, qui tente néanmoins d'obtenir le consentement des parties sur ces questions.

¹²³⁶ 29 U.S.C. § 159(b).

¹²³⁷ D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, § 4.02, p. 64 et 65; NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD, *préc.*, note 1169, p. 7; B. FELDACKER, *préc.*, note 406, p. 39 et 40. Le facteur le plus important reste néanmoins la communauté d'intérêts des salariés: D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, § 4.02, p. 64; B. FELDACKER, *préc.*, note 406, p. 39.

¹²³⁸ 29 U.S.C. § 159(b)(1) à (3). Ainsi, le NLRB ne peut considérer appropriée une unité qui inclut à la fois des employés professionnels et non professionnels, à moins qu'une majorité des employés professionnels impliqués ne votent en faveur d'une telle inclusion. Il ne peut considérer inappropriée une unité de métier uniquement en raison du fait qu'une unité différente avait préalablement été jugée appropriée, à moins qu'une majorité des employés de l'unité de métier concernée ne se prononcent contre une telle représentation distincte. Enfin, il ne peut considérer appropriée une unité qui inclut à la fois des gardes de sécurité et des employés qui ne sont pas gardes de sécurité.

¹²³⁹ 29 U.S.C. § 159(c)(1) *in fine*.

¹²⁴⁰ NLRB Rules and Regulations, § 102.67(c); D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, § 4.02, p. 58.

¹²⁴¹ On appelle cette liste la *Excelsior* list suite à l'affaire *Excelsior Underwear, Inc.*, 156 NLRB 1236 (1966).

L'élection se fait au scrutin secret et se tient habituellement dans les locaux de l'employeur, sous la supervision de membres du personnel du bureau régional du NLRB et, le cas échéant, des observateurs nommés par les parties¹²⁴². L'une ou l'autre des parties peut contester l'admissibilité à voter des individus qui se présentent aux urnes. Les bulletins de vote des personnes dont le vote est ainsi contesté sont conservés dans une urne distincte et ne sont considérés ultérieurement que s'ils sont susceptibles de changer l'issue de l'élection. Le directeur régional doit se prononcer sur la validité du bulletin de vote avant de le comptabiliser, le cas échéant¹²⁴³.

Une partie qui n'est pas satisfaite de la façon dont s'est déroulé le scrutin peut formuler une « objection » auprès du directeur régional dans les sept jours qui suivent la tenue de l'élection. Le directeur régional tient alors une enquête administrative et une audition, le cas échéant, puis rend une *décision* ou un *rapport*, selon la voie procédurale empruntée par les parties¹²⁴⁴. S'il en vient à la conclusion qu'une objection valide a été soulevée, il ordonnera alors la tenue d'une nouvelle élection, à moins que des pratiques interdites aient eu pour effet de rendre impossible la tenue d'une nouvelle élection, auquel cas le directeur régional pourra ordonner directement à l'employeur de négocier collectivement avec le syndicat¹²⁴⁵.

En l'absence de contestation de bulletin de vote ou d'objection aux élections – ou une fois celles-ci résolues – le directeur régional certifie les résultats. Si le syndicat ne reçoit pas l'appui de la majorité absolue des salariés de l'unité de négociation – autrement dit, s'il perd les élections – on parlera d'une certification des résultats (« Certification of Results »). À l'inverse, si le syndicat reçoit l'appui de la majorité absolue des salariés de l'unité de négociation – autrement dit, s'il gagne les élections – on parlera d'une certification de

¹²⁴² Dans certaines circonstances, toutefois, une élection peut être tenue dans d'autres lieux, voire en de multiples lieux, ou encore par la poste.

¹²⁴³ NLRB Rules and Regulations §§ 101.19 et 102.69.

¹²⁴⁴ Un rapport du directeur régional est susceptible d'appel devant le NLRB, tandis qu'une décision du directeur régional ne l'est pas. Pour plus de détails sur la procédure post-élection, voir : B. FELDBACKER, *préc.*, note 406, p. 31.

¹²⁴⁵ Ce type d'ordonnance est mieux connue sous le nom d'ordonnance de type *Gissel*, en référence à la cause où elle fut utilisée pour la première fois : *NLRB v. Gissel Packing Co.*, 295 U.S. 575 (1969).

représentant (« *Certification of Representative* »). Cette certification lui confère le statut de représentant exclusif des employés de l'unité de négociation, ce qui lui permet, entre autre, de forcer l'employeur à s'asseoir à la table de négociation et de négocier de bonne foi avec lui¹²⁴⁶.

En présence de plus d'un syndicat, toutefois, il est possible qu'aucun des choix offerts sur les bulletins de vote ne reçoive l'appui d'une majorité absolue de salariés. Dans ce cas, le directeur régional ordonne la tenue d'une ronde de vote additionnelle (« *run-off election* ») où seuls briguent les suffrages les options ayant obtenu le plus grand nombre et le second plus grand nombre de votes. Cette seconde ronde de vote est soumise aux mêmes règles que la ronde initiale. Il ne peut y avoir en tout plus de deux rondes de vote¹²⁴⁷.

Au Massachusetts, comme ailleurs aux États-Unis, l'employeur est une partie intéressée à la question du caractère représentatif du syndicat. En effet, il serait impensable (du point de vue américain) d'exclure l'employeur de cette question : c'est son entreprise (propriété privée) et il a le droit de s'exprimer et de participer aux débats qui concernent celle-ci (liberté d'expression). En conséquence, le tenue d'un scrutin secret est précédée d'une véritable campagne électorale qui s'étale sur plusieurs semaines et à laquelle participe activement l'employeur. En outre, l'évaluation du caractère représentatif n'est pas effectuée à la date du dépôt de la requête en accréditation (ou plutôt, de la requête pour la tenue d'un scrutin), mais plutôt le jour même du scrutin. La campagne électorale est donc particulièrement importante, puisqu'elle est susceptible d'influencer directement les résultats du vote. Enfin, la majorité requise dans le cadre d'un scrutin secret au Massachusetts n'est pas la majorité absolue des salariés de l'unité de négociation, mais plutôt la majorité des salariés qui exercent leur droit de vote. Or, un tel système rend le processus de détermination du caractère représentatif du syndicat particulièrement vulnérable aux pratiques interdites de l'employeur (modifications des conditions de travail, menaces, congédiement d'organismes syndicaux ou de sympathisants et autres mesures susceptibles d'avoir des effets irréversibles sur la campagne), d'autant plus que les sanctions auxquelles s'expose l'employeur sont

¹²⁴⁶ 29 U.S.C. § 159(a).

¹²⁴⁷ NLRB Rules and Regulations § 102.70.

généralement peu dissuasives et peuvent faire l'objet de contestations judiciaires longues et coûteuses¹²⁴⁸.

(6) *La négociation collective*

L'obligation de négocier collectivement prévue au NLRA comporte pour les parties les obligations mutuelles de se rencontrer à des époques raisonnables et de négocier de bonne foi la question des salaires, des heures de travail et de toute autre condition de travail. Elle implique la négociation de toute question pouvant être soulevée à l'occasion de ces rencontres, la recherche d'ententes et la consignation de celles-ci dans un document écrit signé par les parties sur demande de l'une d'entre elles. Elle n'oblige toutefois pas les parties à accepter quelque proposition ou encore faire quelque concession que ce soit¹²⁴⁹.

Lorsqu'une convention collective est déjà en vigueur, cette même obligation de négocier de bonne foi impose aux parties signataires d'accomplir certaines formalités afin de mettre fin ou de modifier ladite convention collective. Ainsi, une partie qui souhaite terminer ou modifier une telle convention collective doit : (1) transmettre à l'autre partie un avis écrit de la terminaison ou de la modification proposée au moins 60 jours avant l'expiration de la convention collective ou, dans le cas où la convention collective ne prévoit pas de terme, au moins 60 jours avant l'entrée en vigueur de la terminaison ou la modification proposée¹²⁵⁰; (2) offrir à l'autre partie de la rencontrer aux fins de discuter de la terminaison ou de la modification proposée¹²⁵¹; (3) aviser le Service fédéral de médiation et de conciliation et toute agence étatique ou territoriale offrant des services de même nature de la présence de la présence d'un différend entre les parties dans les 30 jours de cet avis¹²⁵²; (4) maintenir en

¹²⁴⁸ Pour plus de détails sur cette problématique, voir : P. WEILER, « Promises to Keep: Securing Workers' Rights to Selforganization Under the NLRA », *préc.*, note 132 .

¹²⁴⁹ 29 U.S.C. §158(d) : « *(T)o bargain collectively is the performance of the mutual obligation of the employer and the representative of the employees to meet at reasonable times and confer in good faith with respect to wages, hours, and other terms and conditions of employment, or the negotiation of an agreement, or any question arising thereunder, and the execution of a written contract incorporating any agreement reached if requested by either party, but such obligation does not compel either party to agree to a proposal or require the making of a concession* ».

¹²⁵⁰ 29 U.S.C. §158(d)(1).

¹²⁵¹ 29 U.S.C. §158(d)(2).

¹²⁵² 29 U.S.C. §158(d)(3).

vigueur les conditions de travail prévues à la convention collective et ne pas recourir à la grève ou au lock-out pendant les 60 jours qui suivent cet avis ou jusqu'à expiration de la convention collective, si cette dernière date est plus éloignée dans le temps¹²⁵³.

Aux États-Unis, les sujets pouvant (ou non) faire l'objet d'une négociation collective sont regroupés en trois catégories distinctes : les sujets à négociation obligatoire (« *mandatory subjects* »), les sujets à négociation non-obligatoire (« *nonmandatory* » ou « *permissive subjects* ») et les sujets de négociation illégaux (« *unlawful subjects* »)¹²⁵⁴.

Les *sujets à négociation obligatoire* sont ceux qui sont soumis à l'obligation de négocier de bonne foi. Ainsi, l'article 8(d) du NLRA, qui définit la nature et la portée de cette obligation dans le cadre du NLRA, prévoit que les parties ont l'obligation de négocier de bonne foi « à l'égard des salaires, des heures de travail et des autres termes et conditions de travail »¹²⁵⁵. Ces termes ont cependant été interprétés d'une façon relativement large. Ainsi, constituent des sujets à négociation obligatoire les bonis, les vacances annuelles, les congés fériés, les indemnités afférentes aux vacances annuelles et aux congés fériés, les régimes de pension des salariés actuels, les assurances collectives, l'ancienneté, la sécurité syndicale, la discipline, les procédures de promotion, de congédiement, de mise à pied, de rappel au travail et de règlement et d'arbitrage de grief¹²⁵⁶. De plus, certaines décisions de l'employeur, sans être elles-mêmes sujettes à l'obligation de négocier, sont susceptibles d'obliger l'employeur à en négocier les effets sur les salariés. C'est le cas de certaines décisions en matière de sous-traitance, de relocalisation et autres changements opérationnels¹²⁵⁷. Les *sujets à négociation non obligatoire* sont les sujets qui, tout en pouvant légalement faire l'objet d'une négociation, ne présentent aucun lien avec « les salaires, les heures de travail et les autres conditions de travail » au sens de l'article 8(e) du NLRA. Les procédures de ratification de la convention collective, les changements à l'unité de négociation et les procédures relatives à la

¹²⁵³ 29 U.S.C. §158(d)(4).

¹²⁵⁴ *NLRB v. Wooster Division of Borg-Warner Corp.*, 256 U.S. 342 (1958); D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, § 7.04, p. 172.

¹²⁵⁵ 29 U.S.C. §158(d) (« with respect to wages, hours, and other terms and conditions of employment »).

¹²⁵⁶ B. FELDACKER, *préc.*, note 406, p. 151-152.

¹²⁵⁷ NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD, *préc.*, note 1169, p. 20; B. FELDACKER, *préc.*, note 406, p. 157-160.

réintégration des salariés grévistes suite à un conflit de travail constituent des exemples de tels sujets. Les parties à la négociation collective sont donc libres de négocier ces questions et, le cas échéant, d'intégrer les ententes intervenues à la convention collective, mais une partie ne peut forcer l'autre à négocier ces questions et ne peut, par conséquent, recourir aux moyens de pressions pour forcer l'autre partie à s'asseoir à la table de négociation pour négocier sur ces questions. Enfin, les *sujets de négociation illégaux* sont tout simplement les sujets dont la négociation collective est interdite et pour lesquels il est interdit de faire des moyens de pression¹²⁵⁸.

L'obligation de négocier collectivement possède plusieurs dimensions. Tout d'abord, elle oblige l'employeur à rencontrer le représentant des salariés – quel qu'il soit – et à négocier avec lui à l'égard des sujets à négociation obligatoire (« *duty to meet and confer* »). Ensuite, elle oblige l'employeur à fournir au syndicat, sur demande, les renseignements pertinents et nécessaires à la négociation de ces sujets (« *duty to supply information* »). Enfin, elle interdit à l'employeur de décider unilatéralement de ces questions ou de modifier unilatéralement les ententes intervenues sur ces questions sans avoir au préalable tenté de négocier avec le syndicat (« *duty to refrain from unilateral action* »)¹²⁵⁹.

Aux États-Unis, l'obligation de négocier de bonne foi ne se limite pas à la négociation d'une convention collective. En fait, elle impose à l'employeur une obligation continue de négocier de bonne foi avec le syndicat tout changement portant sur un sujet à négociation obligatoire et ce, jusqu'à l'impasse, que ce soit avant ou pendant la période de négociation d'une convention collective, pendant la durée d'une telle convention ou suite à son expiration. Cette obligation continue de négocier de bonne foi les sujets à négociation obligatoire naît au moment où le syndicat est accrédité par le NLRB, suite à une ordonnance de négocier prononcée par le NLRB contre l'employeur ou au moment où le syndicat est reconnu

¹²⁵⁸ Par exemple : une clause en vertu de laquelle l'employeur s'engage à percevoir la cotisation syndicale dès l'embauche du salarié plutôt que 30 jours suivant celle-ci; une clause qui est discriminatoire en fonction de l'origine ethnique ou du sexe; une clause de type « hot-cargo ».

¹²⁵⁹ NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD, *préc.*, note 1169, p. 20; B. FELDACKER, *préc.*, note 406, p. 153-162.

volontairement par l'employeur, selon le cas, et se poursuit tant que le syndicat est présumé détenir l'appui d'une majorité de salariés¹²⁶⁰.

Pendant la durée de la convention collective, l'employeur possède cette obligation continue de négocier de bonne foi uniquement à l'égard des sujets à négociation obligatoire dont la convention collective ne traite pas. En effet, les sujets dont traite la convention collective seront traités conformément aux termes qui y sont prévus. L'employeur peut éviter une telle obligation continue de négocier pendant la durée de la convention collective en y incluant une clause dite « fermeture-éclair » (« *zipper clause* »). Une telle clause, qui prévoit que les parties à la convention ont eu l'occasion de négocier tous les sujets à négociation obligatoire et renoncent à leur droit de négocier quelque sujet que ce soit pendant la durée de la convention collective, sera généralement opposable aux parties signataires. Il peut également soulever la renonciation du syndicat à vouloir négocier le sujet en question (« *waiver of bargaining rights* »), dans la mesure où des négociations ont été tenues sur la question au cours de la négociation collective précédente et que le syndicat a retiré sa demande. Enfin, il peut soulever que le syndicat a renoncé à négocier le sujet en question en omettant d'agir au moment opportun, c'est-à-dire en omettant de contester la décision unilatérale de l'employeur et de demander la négociation quand c'était le moment de le faire.

Enfin, cette obligation continue de négocier de bonne foi perdure suite à l'expiration de la convention collective, ce qui empêche l'employeur de modifier unilatéralement les sujets à négociation obligatoire dont le maintien est prévu suite à l'expiration de la convention collective¹²⁶¹.

¹²⁶⁰ Dans les deux premiers cas, le syndicat est réputé bénéficiaire de l'appui d'une majorité de travailleurs pendant l'année qui suit la certification ou l'ordonnance, selon le cas. Dans le dernier cas, cette présomption ne vaut que « pour une période de temps raisonnable » qui suit la reconnaissance du syndicat. Par conséquent, les parties sont obligées de négocier de bonne foi pendant la période de temps correspondante. Une fois cette période expirée, toutefois, la présomption de représentativité dont bénéficie le syndicat devient réfutable et l'employeur peut remettre en cause le caractère représentatif du syndicat – et par le fait même faire cesser l'obligation de négocier de bonne foi – « s'il a de bonne foi un doute raisonnable fondé sur des considérations objectives à l'effet que le syndicat ne représente plus la majorité des salariés » (« if it has a good-faith and reasonable doubt based on objective considerations that the union represents a majority of the employees. »). Voir : B. FELDACKER, *préc.*, note 406, p. 139-140.

¹²⁶¹ Certains sujets font toutefois exception à cette règle. Ainsi, les clauses de sécurité syndicale expirent automatiquement avec la convention collective. Voir : B. FELDACKER, *préc.*, note 406, p. 162 et 312.

(7) *Les moyens de pression*

Le NLRA reconnaît aux salariés le droit de « *participer à des activités concertées à des fins de négociation collective ou d'aide ou de protection mutuelles* »¹²⁶². Le NLRA prévoit également que sauf disposition spécifique à l'effet contraire, aucune de ses dispositions ne doit être interprétée comme « *interférant, empêchant ou diminuant de quelque façon que ce soit le droit de faire la grève ou affectant les limites ou les conditions d'exercice de ce droit* »¹²⁶³. Le NLRA reconnaît donc aux salariés le droit de grève, mais il n'en fait pas un droit absolu : c'est un droit soumis à certaines limites et conditions. Mais comme nous aurons l'occasion de le voir, ces conditions sont beaucoup moins nombreuses qu'au Québec.

Aux États-Unis, les grèves dites « légales » sont classées en deux catégories distinctes, selon le but ou de l'objet qu'elles visent. Il y a les grèves qui sont tenues pour des motifs économiques et les grèves qui visent à dénoncer une pratique interdite commise par l'employeur. La grève tenue pour des motifs économiques est celle dont l'objet est d'obtenir des concessions économiques de la part de l'employeur. C'est le cas, par exemple, de la grève qui vise à obtenir de meilleures conditions salariales, de meilleures heures de travail ou toute autre forme de conditions de travail plus avantageuse pour les salariés. À l'opposé, la grève qui vise à dénoncer une pratique interdite ne vise pas des concessions économiques : elle ne vise qu'à dénoncer des agissements de l'employeur qui constituent des pratiques interdites au sens du NLRA¹²⁶⁴.

La distinction entre ces deux catégories est importante. En effet, les « grévistes pour cause de pratique interdite »¹²⁶⁵ possèdent une meilleure protection de l'emploi que les « grévistes économiques »¹²⁶⁶. Ainsi, les grévistes pour cause de pratique interdite conservent leur statut d'employé pendant toute la durée du conflit. Ils ne peuvent être congédiés en raison de leur participation à la grève, ni être remplacés de façon permanente. À la fin de la grève, ils ont le droit de recouvrer leur emploi de façon prioritaire, que l'employeur ait recouru ou non à

¹²⁶² 29 U.S.C. § 157.

¹²⁶³ 29 U.S.C. § 163.

¹²⁶⁴ NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD, *préc.*, note 1169, p. 4.

¹²⁶⁵ “*Unfair labor practice strikers*”.

¹²⁶⁶ “*Economic strikers*”.

des travailleurs de remplacement pendant la durée du conflit¹²⁶⁷. À l'instar des grévistes pour cause de pratique interdite, les grévistes économiques conservent leur statut d'employé pendant la durée du conflit et ne peuvent être congédiés en raison de leur participation au conflit. À la différence de ceux-ci, toutefois, ils sont susceptibles d'être remplacés de façon permanente par des travailleurs de remplacement embauchés pendant le conflit. Ils ne possèdent pas de droit de réintégration prioritaire. Tout au plus possèdent-ils un droit de rappel lorsque des postes pour lesquels ils sont qualifiés redeviennent disponibles¹²⁶⁸.

Aux États-Unis, la participation à une grève illégale expose le travailleur à des sanctions disciplinaires de la part de son employeur, voire à son congédiement. Deux facteurs entrent en ligne de compte aux fins de qualifier une grève d'illégale. Le premier est *l'objet ou le but visé par la grève*. Deux cas de figure peuvent se présenter. Tout d'abord, il y a le cas de la grève dont le but ou l'objet est illégal en soi : la grève est alors elle-même illégale. Par exemple, une grève ne peut avoir pour objet d'appuyer une pratique déloyale du syndicat ou d'inciter un employeur à commettre lui-même une pratique déloyale. L'autre situation est le cas de la grève dont le but ou l'objet n'est pas illégal en soi, mais pour lequel il est interdit de faire la grève¹²⁶⁹. C'est le fait de faire la grève pour ce but ou cet objet particulier qui est interdit; l'atteinte de ce but ou la réalisation de cet objet par d'autres moyens n'est pas interdite. Le deuxième facteur d'illégalité est celui du *moment où se tient la grève*. Encore là, situations différentes sont susceptibles de se présenter. Tout d'abord, il y a le cas de la grève qui survient en cours de contrat, alors qu'une clause de la convention collective l'interdit formellement. Une telle grève est généralement illégale et expose les salariés qui y participent

¹²⁶⁷ NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD, *préc.*, note 1169, p. 4.

¹²⁶⁸ *Id.*

¹²⁶⁹ 29 U.S.C. § 158(b)(4)(i)(A) à (D). Ainsi, une grève ne peut avoir pour objet : de forcer un employeur ou un travailleur autonome à joindre une association d'employeurs ou un syndicat ou de forcer un employeur à accepter la présence d'une clause de type « hot-cargo » dans une convention collective; de forcer quiconque à cesser d'utiliser, de vendre, de manipuler ou de transporter les produits d'un autre producteur ou fabricant ou à cesser de faire affaire avec une autre personne (boycott secondaire); de forcer un autre employeur à reconnaître ou à négocier avec un syndicat, à moins que ce syndicat n'ait été dûment accrédité; de forcer un employeur à reconnaître ou à négocier avec un syndicat autre que le syndicat accrédité; de forcer un employeur à assigner un certain type de travail aux employés d'un syndicat particulier ou qui œuvrent dans un commerce, métier ou classe en particulier plutôt qu'à d'autres.

à des sanctions disciplinaires, incluant le congédiement¹²⁷⁰. L'autre situation se produit lorsque la grève survient en fin de contrat, alors que les conditions requises pour la tenue des négociations ne sont pas rencontrées. En effet, une partie à une convention collective ne peut mettre fin à celle-ci ou la modifier à moins : (1) d'avoir transmis à l'autre partie un avis écrit de soixante jours avant la date d'expiration de la convention collective ou soixante jours avant la date prévue pour la terminaison ou la modification; (2) d'offrir à l'autre partie de la rencontrer et de négocier avec elle la terminaison ou les modifications à la convention collective (« *to meet and confer* »); (3) d'aviser les services fédéral et étatique de médiation et de conciliation de l'existence d'une dispute dans les trente jours qui suivent l'avis à l'autre partie, lorsque aucune entente n'est intervenue à ce moment; (4) de maintenir les conditions de travail prévues à la convention collective, sans recourir à la grève ou au lock-out, pour une période de 60 jours suivant la plus tardive des dates suivantes : soit la date de l'avis à l'autre partie ou la date d'expiration de la convention collective¹²⁷¹. Une telle grève est illégale et les employés qui y participent perdent automatiquement leur statut d'employé au sens du NLRA. Enfin, les grévistes, quels qu'ils soient, s'exposent à la perte de leur emploi lorsqu'ils commettent une inconduite grave à l'occasion d'une grève par ailleurs légale. C'est le cas, par exemple, des actes de violence et des menaces de violence.

Un employeur ne peut déclencher un lock-out que dans la mesure où les conditions prévues à l'article 8(d) NLRA¹²⁷² sont rencontrées¹²⁷³. Pour ce faire, il doit accomplir lui-même ces formalités. En effet, il ne peut bénéficier des actes accomplis par le syndicat¹²⁷⁴. De plus, un employeur ne peut déclencher un lock-out pendant la durée d'une convention collective lorsque celle-ci prévoit une « *no-strike/no-lockout provision* ». Le faire l'exposerait

¹²⁷⁰ Les grèves qui visent à dénoncer certaines formes de pratiques interdites commises par l'employeur ou des conditions de travail particulièrement dangereuses pour la santé ou la sécurité des travailleurs sont toutefois permises.

¹²⁷¹ 29 U.S.C. § 158(d).

¹²⁷² 29 U.S.C. § 158(d); D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, § 10.02[A], p. 241 et 242.

¹²⁷³ Ces conditions ont été énoncées au paragraphe précédent.

¹²⁷⁴ *Bi-County Beverage Distributors*, 291 NLRB 466 (1988).

à un grief et, éventuellement, à des condamnations potentiellement très coûteuses par un tribunal d'arbitrage¹²⁷⁵.

Traditionnellement, la jurisprudence faisait une différence entre les lock-out « défensifs » et les lock-out « offensifs », les seconds étant soumis à des règles beaucoup plus contraignantes que les premiers¹²⁷⁶. Depuis l'affaire *American Ship Ship Building Co.*¹²⁷⁷, toutefois, la distinction entre les deux types de lock-out n'est plus aussi importante, des règles de validité communes ayant été développées¹²⁷⁸. Pour être considéré légal, désormais, un lock-out doit être le fait d'un employeur qui négocie de bonne foi et qui utilise la pression économique pour défendre une position légitime à la table de négociation¹²⁷⁹. Enfin, un lock-out qui vise à contraindre le syndicat à s'entendre sur un sujet de négociation non obligatoire est également illégal¹²⁸⁰.

L'utilisation de travailleurs de remplacement temporaires est autorisée dans le cadre d'un lock-out légal¹²⁸¹, qu'il soit « défensif »¹²⁸² ou « offensif »¹²⁸³. L'utilisation de travailleurs de remplacement permanents est toutefois interdite dans tous types de lock-out¹²⁸⁴. Les employés lock-outés conservent leur statut d'employé et leur droit de vote dans le cadre de toute procédure de retrait d'accréditation tenue aux fins de vérifier le caractère représentatif du syndicat. Les travailleurs de remplacement ne sont pas habiles à voter dans le cadre d'un tel scrutin¹²⁸⁵. À la fin du conflit de travail, l'employeur a l'obligation de reprendre à son emploi

¹²⁷⁵ *Hygrade Operators v. ILA Local 333*, 945 F.2d 18 (2d Cir. 1991); D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, § 10.02[B], p. 242

¹²⁷⁶ *NLRB v. Brown*, 380 U.S. 278 (1965); *NLRB v. Truck Drivers Local Union No. 449 (Buffalo Linen)*, 353 U.S. 87 (1957); *Quaker State Oil Refining Co.*, 121 NLRB 384 (1958).

¹²⁷⁷ 380 U.S. 300 (1965).

¹²⁷⁸ *Evening News Ass'n*, 166 NLRB 219, 221 (1967).

¹²⁷⁹ *American Ship Ship Building Co.*, *préc.*, note 1277; *Association of D.C. Liquor Wholesalers*, 292 NLRB 1234 (1989); D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, §§ 10.03 et 10.04, p. 242-246.

¹²⁸⁰ *Greensburg Coca-Cola Bottling Co.*, 311 NLRB 1022 (1993); D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, § 10.04, p. 246.

¹²⁸¹ *Clemson Bros.*, 290 NLRB 944 (1988).

¹²⁸² *NLRB v. Brown*, *préc.*, note 1276; *Inter-Collegiate Press v. NLRB*, 486 F.2d 387 (8th Cir. 1973).

¹²⁸³ *Boilermakers, Local 88 v. NLRB*, 858 F.2d 756 (D.C. Cir. 1988); *Local 825, IUOE v. NLRB*, 829 F.2d 458 (3d Cir. 1987); *Harter Equipment, Inc.*, 280 NLRB 597 (1986).

¹²⁸⁴ *Harter Equipment, Inc.*, 293 NLRB 647 (1989); D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, § 10.05, p. 246-248.

¹²⁸⁵ *Harter Equipment, Inc.*, *préc.*, note 1284.

les travailleurs de l'unité de négociation avec l'ancienneté dont ils disposaient lors du déclenchement du conflit¹²⁸⁶.

(8) *Les règles relatives aux clauses de sécurité syndicale*

Les clauses de sécurité syndicale permettent d'assurer la pérennité du syndicat dans l'entreprise, en obligeant les travailleurs à adhérer au syndicat, à en demeurer membre ou à le soutenir financièrement¹²⁸⁷. Le NLRA autorise la présence de ces clauses dans les conventions collectives aux conditions suivantes :

- Le syndicat ne doit pas avoir été assisté ou dominé par l'employeur;
- Le syndicat doit être le représentant dûment autorisé des employés de l'unité concernée au moment où il est convenu de la clause;
- Les employés ne doivent pas, au cours des 12 mois précédents, avoir révoqué le pouvoir du syndicat de conclure clause de sécurité syndicale conformément à la procédure particulière prévue au NLRA en la matière;
- La clause de sécurité syndicale ne peut obliger un employé à devenir membre du syndicat avant l'expiration d'un délai de grâce de trente jours suite à son embauche¹²⁸⁸.

Le NLRA prévoit en outre qu'un employé qui a des objections de conscience à devenir membre ou à supporter financièrement un syndicat en raison de son appartenance à une religion, une secte ou une organisation religieuse en bonne et due forme n'a pas à le faire. Il peut toutefois être requis de donner une somme équivalente aux frais d'adhésion et à la cotisation syndicale à un fond administré par une organisation sans but lucratif non-religieuse et non-syndicale. Il peut également être tenu de payer des frais raisonnables lorsqu'il se prévaut de la procédure d'arbitrage de grief¹²⁸⁹.

Au-delà des conditions prévues par le NLRA, toutefois, la Cour suprême des États-Unis est venue grandement limiter la portée des clauses de sécurité syndicale. Dans l'affaire *General Motors*, elle a jugé que les clauses de sécurité syndicale ne peuvent obliger un salarié

¹²⁸⁶ *United Chrome Products*, 288 NLRB 1176 (1988).

¹²⁸⁷ G. DION, *préc.*, note 13, p. 85.

¹²⁸⁸ 29 U.S.C. § 158(a)(2) et (3); NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD, *préc.*, note 1169. Notons que la période grâce est de 7 jours dans l'industrie de la construction : 29 U.S.C. § 158(f).

¹²⁸⁹ 29 U.S.C. § 169.

à devenir membre d'un syndicat (« *full membership* ») : elles peuvent tout au plus le forcer à payer les frais d'adhésion et la cotisation syndicale (« *financial core membership* »)¹²⁹⁰. Dans un tel cas, le salarié est couvert par la convention collective et bénéficie des droits qui y sont prévus, mais n'est pas soumis aux statuts et aux règlements du syndicat. Dans l'affaire *Beck*, la Cour suprême a jugé que le syndicat ne pouvait exiger que le paiement de la partie des frais d'adhésion et de la cotisation syndicale allouée aux activités de négociation collective et d'administration du contrat de travail¹²⁹¹. En d'autres termes, malgré la présence d'une clause de sécurité syndicale dans une convention collective, un salarié peut refuser de devenir membre du syndicat et de payer la partie des frais d'adhésion et de la cotisation syndicale qui ne correspond pas aux activités de négociation collective du syndicat. Il ne peut cependant pas refuser de payer la partie des frais d'adhésion et de la cotisation associée aux activités de négociation collective : s'il le fait, il s'expose à perdre son emploi.

La seule forme d'atelier syndical formellement interdite par le NLRA est l'atelier fermé. En effet, de par sa nature même, l'atelier fermé oblige l'employeur à n'embaucher que des candidats qui sont déjà membres du syndicat au moment même de leur embauche. Or, ce faisant, l'atelier fermé ne rencontre pas la quatrième condition de validité prévue par le NLRA, soit celle qui interdit qu'une telle clause oblige un employé à devenir membre du syndicat avant l'expiration d'une période de 30 jours suite à son embauche (i.e. période de grâce obligatoire de 30 jours). Les autres formes de clauses de sécurité syndicale, comme le « *Union Shop* », le « *Agency Shop* » ou le « *Maintenance of Membership* », demeurent en principe permises par le NLRA, sous réserve du respect des conditions ci-avant mentionnées et de la législation étatique¹²⁹².

Contrairement à l'atelier fermé, l'atelier syndical n'impose pas aux salariés d'être membres du syndicat avant même leur embauche. Il oblige plutôt ceux-ci à devenir membres du syndicat suite à l'expiration d'une période de grâce qui suit l'entrée en vigueur de la

¹²⁹⁰ *NLRB v. General Motors Corp.*, préc., note 1194.

¹²⁹¹ *Communication Workers of America v. Beck*, 487 U.S. 735 (1988).

¹²⁹² En effet, le NLRA autorise les États fédérés à adopter des lois interdisant ou régulant ce type de clauses dans les conventions collectives : ce sont les « *Right-to-Work Laws* » : 29 U.S.C. § 164(b).

convention collective ou leur embauche. Il est donc autorisé par le NLRA dans la mesure où la période de grâce en question n'est pas inférieure à la période « statutaire » de 30 jours¹²⁹³.

Contrairement à l'atelier syndical, l'« atelier d'agence » (« Agency Shop ») n'impose pas au salarié de devenir membre du syndicat comme tel, mais lui impose plutôt de payer au syndicat « un montant équivalent aux droits et à la cotisation syndicale » que paient les membres en règle. L'originalité de l'atelier d'agence réside dans le fait qu'il ne fait pas du statut de membre du syndicat une condition d'emploi : c'est plutôt le paiement d'une somme d'argent, équivalente à la cotisation syndicale, qui est exigée, respectant ainsi le droit de non association des salariés. Cette forme d'atelier ressemble fortement à la formule Rand, consacrée à l'article 47 du *Code du travail* du Québec, à la différence qu'elle s'accompagne, au Québec, d'un précompte syndical obligatoire (i.e. la retenue à la source des sommes dues et leur versement par l'employeur au syndicat), ce qui n'est pas nécessairement le cas aux États-Unis. Suite aux décisions de la Cour suprême des États-Unis dans les affaires *General Motors* et *Beck*, toutefois, il n'y a pratiquement plus de différences entre l'atelier syndical et l'atelier d'agence, puisque dans les deux cas, seul le paiement de la partie de la cotisation qui correspond aux activités associées à la négociation collective (atelier syndical) ou un montant équivalent à celle-ci (atelier d'agence) est exigé¹²⁹⁴.

La clause de maintien d'adhésion est également autorisée aux États-Unis. À l'instar des autres clauses de sécurité syndicale, toutefois, un employé ne peut être contraint de demeurer membre du syndicat contre son gré pour conserver son emploi : tout ce qu'on peut exiger de lui est qu'il paie la partie de la cotisation qui correspond aux activités liées à la négociation collective comme telle¹²⁹⁵. À noter qu'il est courant qu'une clause de maintien d'adhésion soit combinée à d'autres formes de clause de sécurité syndicale. Ainsi, une convention collective pourrait imposer une clause d'atelier syndical aux employés qui sont embauchés après la date d'entrée en vigueur de la convention collective, mais n'imposer qu'un maintien d'adhésion aux employés déjà à l'emploi de l'employeur au moment de l'entrée en vigueur de la

¹²⁹³ 29 U.S.C. § 158(a)(3).

¹²⁹⁴ N.P. LAREAU, *préc.*, note 1177, volume 2, chapitre 25, § 25.04.

¹²⁹⁵ *Id.*, § 25.05.

convention collective¹²⁹⁶. En somme, c'est l'équivalent de l'atelier syndical imparfait que nous connaissons chez nous.

Enfin, le NLRA autorise l'employeur et le syndicat à inclure des clauses de précompte syndical (« *Dues Checkoff Provisions* ») dans les conventions collectives. Ces clauses obligent l'employeur à donner suite aux formulaires d'autorisation de retenue à la source que lui remet le syndicat en retenant sur le salaire des salariés concernés les sommes que ceux-ci doivent au syndicat et en versant celles-ci au syndicat à intervalles réguliers. Contrairement à ce qui se produit chez nous, toutefois, les clauses de précompte syndical ne sont pas directement opposables aux salariés : elles ne font qu'obliger l'employeur à faire la retenue à la source et à verser les sommes perçues au syndicat *lorsqu'un salarié l'a dûment autorisé à le faire*. Or, la signature d'un formulaire d'autorisation de retenue à la source ne peut constituer une condition d'emploi : le précompte syndical ne peut donc être imposé à un salarié. Il demeure libre de verser les sommes qu'il doit au syndicat de la façon qu'il juge appropriée.

Curieusement, le bureau d'embauche syndical n'est pas formellement interdit aux États-Unis. Au Québec, pourtant, on associe généralement un bureau d'embauche syndical à l'atelier fermé, interdit aux États-Unis. Cela est dû au fait que le bureau d'embauche syndical n'est pas considéré comme une forme de sécurité syndicale aux États-Unis et qu'il est soumis à des règles très strictes. Ainsi, les services offerts par les bureaux d'embauche syndicaux doivent l'être aux membres autant qu'aux non-membres. Ces derniers peuvent être appelés à payer des frais de service raisonnable, mais ces frais ne peuvent excéder la cotisation syndicale que paient les membres. Le bureau d'embauche syndical ne peut favoriser le placement des membres au détriment des non-membres : il doit se fonder sur des facteurs objectifs, comme l'ancienneté, les qualifications, l'ordre de mise à pied, etc.¹²⁹⁷.

(9) *Les Right to Work Laws*

Le NLRA permet aux États fédérés américains qui le souhaitent d'adopter une législation interdisant aux employeurs et aux syndicats d'inclure certaines formes de clauses

¹²⁹⁶ *Id.*, § 25.06.

¹²⁹⁷ B. FELDACKER, *préc.*, note 406, p. 319 et 320.

En principe, un employé qui travaille dans un « Right-to-Work State » ne peut être contraint de devenir membre du syndicat ou de payer quelque cotisation que ce soit au syndicat, malgré la présence d'une clause de sécurité syndicale dans la convention collective. En pratique, toutefois, cela dépendra de la législation effectivement adoptée. En effet, ce ne sont pas tous les « Right-to-Work States » qui interdisent toutes les formes de clauses de sécurité syndicale. Certains sont plus permissifs que d'autres. Quoi qu'il en soit, un employé qui devient volontairement membre d'un syndicat dans un « Right-to-Work State » doit en respecter les statuts et les règlements. Il doit notamment payer sa cotisation, à défaut de quoi il s'expose à une poursuite civile et à des sanctions de la part du syndicat et, éventuellement, à son expulsion du syndicat. Cette expulsion ne peut toutefois engendrer la perte de l'emploi du salarié: en effet, la plupart des « Right-to-Work Laws » interdisent de lier la question du maintien de l'emploi à celle du paiement des cotisations syndicales.

(10) *L'application de la convention collective*

Aux Massachusetts, l'application de la convention collective appartient en principe aux tribunaux judiciaires¹³⁰⁰. En effet, contrairement à la situation qui prévaut au Québec, la loi n'impose pas aux parties de recourir à l'arbitrage pour trancher les griefs susceptibles de survenir entre elles. Cette éventualité doit plutôt résulter de la volonté des parties, qui sont libres d'inclure une clause d'arbitrage de grief dans la convention collective¹³⁰¹. Compte tenu de cette compétence de principe en la matière, les tribunaux judiciaires ont développé une common law fédérale qui s'applique aux griefs qui leurs sont soumis. Les règles applicables sont donc uniformes à travers les États-Unis¹³⁰². Ceci étant, à moins que la convention collective ne l'interdise, les parties peuvent également recourir aux moyens de pression

¹³⁰⁰ 29 U.S.C. § 185 (*Labor Management Relations Act (Taft-Hartley Act)* de 1947, § 301).

¹³⁰¹ D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, §13.01, p. 277.

¹³⁰² *Textile Workers v. Lincoln Mills of Alabama*, 353 U.S. 448 (1957). Cette décision est venue confirmer la compétence des tribunaux fédéraux en matière d'interprétation et d'application de la convention collective et le développement d'une jurisprudence fédérale applicable en la matière (federal common law of labor agreements). Pour plus de détails, voir : D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, §13.01 [B][1], p. 279 et 280. Dans *Dowd Box Co. v. Courtney*, 368 U.S. 502 (1962) et *Local 174, Teamsters v. Lucas Flour Co.*, 369 U.S. 95 (1962), la Cour suprême est venue confirmer la compétence concurrente des tribunaux étatiques en la matière, mais ceux-ci doivent alors appliquer la jurisprudence fédérale.

économique traditionnels que sont la grève ou le lock-out afin de forcer l'autre partie à respecter la convention collective¹³⁰³.

En pratique, toutefois, la quasi-totalité des conventions collectives prévoient une clause d'arbitrage de grief¹³⁰⁴, laquelle est normalement concédée par l'employeur en échange d'une clause interdisant la grève en cours de convention collective¹³⁰⁵. D'ailleurs, reconnaissant que ce « *quid pro quo* » était d'une importance capitale pour le maintien de la paix industrielle aux États-Unis, la Cour suprême des États-Unis a fait de l'arbitrage de grief une composante centrale de la politique publique des rapports collectifs aux États-Unis en lui accordant une déférence judiciaire très importante¹³⁰⁶. En effet, les tribunaux judiciaires n'interviendront généralement qu'en cas de contravention à la justice procédurale, d'excès de juridiction ou de contravention à l'ordre public¹³⁰⁷.

Enfin, bien que l'arbitre de grief soit compétent pour trancher les questions de nature procédurale lorsque sa compétence n'est pas en cause¹³⁰⁸, ce sont les tribunaux judiciaires qui sont compétents pour trancher les questions de nature juridictionnelle associées à l'arbitrabilité d'un grief, à moins que la convention collective n'accorde clairement ce pouvoir à l'arbitre¹³⁰⁹. En outre, il ne possède pas de plein droit le pouvoir d'appliquer les lois fédérales et étatiques.

¹³⁰³ En effet, la convention collective peut contenir une clause interdisant expressément la grève ou le lock-out en cours de convention collective. Notons que la présence d'une clause d'arbitrage de grief constitue en soit une promesse implicite de ne pas faire une grève ou un lock-out en cours de convention collective : *Local 174, Teamsters v. Lucas Flour Co.*, préc., note 1302.

¹³⁰⁴ D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, préc., note 1173, §13.01, p. 277.

¹³⁰⁵ J. BÉLANGER et G. TRUDEAU, préc., note 139, 443.

¹³⁰⁶ *Textile Workers v. Lincoln Mills of Alabama*, préc., note 1302; *United Steelworkers of America v. American Manufacturing Co.*, 363 U.S. 564 (1960) (les tribunaux judiciaires doivent appliquer les clauses d'arbitrage de grief sans considérer le mérite du grief); *United Steelworkers of America v. Warrior Gulf Navigation Co.*, 363 U.S. 574 (1960) (présomption d'arbitrabilité en cas d'ambiguïté de la clause d'arbitrage de grief); *United Steelworkers of America v. Enterprise Wheel & Car Corp.*, 363 U.S. 593 (1960) (les sentences arbitrales doivent être confirmées si elles se fondent dans leur essence sur la convention collective; le juge n'a pas à évaluer le mérite).

¹³⁰⁷ *MLB v. Garvey*, 532 U.S. 504 (2001); Calvin William SHARPE, « Judicial Review of Labor Arbitration Awards : A View from the Bench », 52 *Nat. Acad. Arb. Ann. Proc.* 126 (1999).

¹³⁰⁸ *John Wiley & Sons v. Livingston*, 376 U.S. 543 (1964).

¹³⁰⁹ *United Steelworkers of America v. American Manufacturing Co.*, préc., note 1306.

c) **La Massachusetts State Labor Relations Law**

La *Massachusetts State Labor Relations Law*¹³¹⁰ régit les relations de travail dans les entreprises du secteur privé qui ne sont pas assujetties au NLRA. La MSLRL adopte la même philosophie de base que le NLRA. D'ailleurs, les règles qu'elle prévoit sont très semblables à celles prévues au NLRA, que ce soit au niveau des autorités d'application, des règles d'ordre procédural, ou encore, des règles de fonds. Ainsi, à l'instar du NLRA, la MSLRL confère aux salariés « *le droit de s'associer, de créer, de devenir membre ou d'assister une association de salariés, de négocier collectivement par l'intermédiaire du représentant de leur choix et de participer à des activités concertées aux fins de promouvoir la négociation collective ou d'autres mesures d'aide ou de protection* »¹³¹¹. De plus, bien qu'il soit déjà protégé par l'article 3 en tant qu'« activité concertée », le droit de grève fait l'objet d'une protection particulière¹³¹². Depuis 2007, la MSLRL prévoit que les salariés ont « *le droit de s'abstenir de participer à des activités concertées* », mais demeurent néanmoins responsables « *de payer les frais de service d'un représentant exclusif* »¹³¹³. Cette modification fait en sorte que la MSLRL se rapproche davantage du NLRA qu'auparavant. Mais d'autres modifications ont accompagné cette réforme, modifications qui rapprochent la législation massachusettsoise de la législation québécoise à certains égards.

Pour les fins de la présente thèse, nous limiterons notre étude aux questions de la couverture de la MSLRL ((1)), des autorités administratives chargées de son application ((2)) et de la procédure d'accréditation prévue par celle-ci ((3)). En effet, les autres questions, comme les pratiques interdites, la négociation collective, les moyens de pressions, les clauses de sécurité syndicale et l'application de la convention collective, ne diffèrent pas de façon substantielle avec celles déjà étudiées dans la section portant sur le NLRA¹³¹⁴. En fait, pour les fins de la présente thèse, le principal intérêt de la MSLRL réside dans la disponibilité d'une

¹³¹⁰ *An Act providing for Collective Bargaining for Private and Other Employees, préc.*, note 1161 (ci-après « MSLRL » ou « M.G.L. c. 150A », selon le cas).

¹³¹¹ M.G.L. c. 150A, § 3.

¹³¹² M.G.L. c. 150A, § 9. En somme, la grève n'est interdite que dans la mesure où elle constitue une pratique déloyale au sens des articles 4(A) et 4(C).

¹³¹³ 2007 Mass. Acts 120 (codifié tel qu'amendé à M.G.L. c. 150A, § 9).

¹³¹⁴ *Supra*, section IV.C.2.b), p. 312.

méthode de vérification du caractère représentatif du syndicat relativement inusitée aux États-Unis : le « *card check* ».

(1) *La couverture de la loi*

La MSLRL du Massachusetts régit les relations de travail dans le secteur privé qui ne relèvent pas de la compétence du NLRB, donc celles qui se déroulent dans les entreprises qui n'affectent pas le commerce interétatique ou international ou qui ne rencontrent pas les « normes juridictionnelles » (« *jurisdictional standards* ») du NLRB¹³¹⁵. En cas de doute quant à sa compétence, le *Department of Labor Relations* (ci-après « DLR »), l'organisme public responsable d'administrer cette loi au Massachusetts, renvoie le dossier au NLRB afin qu'il se prononce sur sa propre compétence. Le DLR récupérera le dossier si le NLRB ne s'est pas déclaré compétent¹³¹⁶.

La MSLRL couvre tous les salariés du secteur privé qui ne sont pas assujettis à la compétence du NLRB, à l'exception des membres d'organismes religieux, des employés agricoles dont l'employeur emploie moins de quatre employés agricoles sans liens familiaux, des domestiques qui travaillent dans la résidence de leur employeur moins de 16 heures par semaine, des individus à l'emploi de leur parents ou de leur conjoint¹³¹⁷ et des employés du secteur public¹³¹⁸. Exceptionnellement, la MSLRL pourra s'appliquer aux employés de certaines autorités publiques exclues de l'application de la loi étatique applicable dans le secteur public, soit la M.G.L. c. 150E¹³¹⁹.

¹³¹⁵ *Supra*, section IV.C.2.b)(1), p. 315.

¹³¹⁶ *Home Care Corp. of Springfield*, 7 MLC 1522 (1980); *Foley, Hoag & Eliot*, 2 MLC 1302 (1976); *Mitrano Chevrolet*, 2 MLC 1533 (1976).

¹³¹⁷ M.G.L. c. 150A, § 2(3), « employee ». À noter que les domestiques qui travaillent plus de 16 heures par semaine chez leur employeur bénéficient d'une certaine protection : M.G.L. c. 150A, § 3A.

¹³¹⁸ Les employés du secteur public sont exclus de M.G.L. c. 150A en raison de l'exclusion de l'État du Massachusetts et de ses subdivisions politiques de la définition d'employeur : M.G.L. c. 150A, § 2(2), « employer ». Les relations de travail dans le secteur public sont régies par une loi distincte : *An Act providing for Collective Bargaining for Public Employees*, *préc.*, note 1160 (ci-après « M.G.L., c. 150E »).

¹³¹⁹ Ces employeurs sont la *Massachusetts Bay Transportation Authority*, la *Massachusetts Port Authority*, la *Massachusetts Parking Authority*, la *Massachusetts Turnpike Authority* et la *Woods Hole, Martha's Vineyard & Nantucket Steamship Authority* : 1962 Mass. Acts 760.

Nous n'avons retrouvé aucunes statistiques concernant le taux de couverture de la MSLRL à l'endroit des entreprises privées. Les statistiques contenues aux rapports annuels de l'autorité administrative chargée d'appliquer cette loi indiquent toutefois que sur une base annuelle, très peu de dossiers ouverts concernent la MSLRL, la grande majorité d'entre eux concernant la loi relative au secteur public¹³²⁰.

(2) *Les autorités d'application*

L'administration de la MSLRL est assurée par le *Department of Labor Relations* (DLR), qui relève de l'Executive Office of Labor and Workforce Development (EOLWD) du Massachusetts¹³²¹. Le DLR est composé d'officiers d'audition (« *Hearing Officers* »), de médiateurs, d'employés de soutien, du *Commonwealth Employment Relations Board* (CERB) et du *Joint Labor Management Committee for Municipal Police and Fire* (JLMC). Le DLR enquête et rend des décisions en matière de pratiques déloyales et de représentation, offre des services de médiation (en contexte de négociation collective et de règlement de grief) et offre des services d'arbitrage de grief. Il est dirigé par un directeur. Le CERB est l'organe d'appel responsable de réviser les décisions des officiers d'audition et de rendre des décisions finales en la matière. Il est composé de trois membres (« *Board Members* »), dont un président (« *Chair* »). Quant au JLMC, il est chargé de résoudre les conflits de travail qui surviennent entre les syndicats de policiers ou de pompiers municipaux et les municipalités¹³²².

(3) *La procédure d'accréditation*

Pour être reconnu en tant que représentant des salariés de l'unité de négociation et forcer l'employeur à négocier leurs conditions de travail, le syndicat doit obtenir l'appui d'une majorité de travailleurs au sein d'une unité de négociation appropriée¹³²³. Ce caractère représentatif du syndicat peut être reconnu volontairement par l'employeur. À défaut d'une

¹³²⁰ M.G.L., c. 150E.

¹³²¹ La DLR est également chargée d'administrer la loi portant sur les rapports collectifs dans le secteur public, soit la M.G.L. c. 150E.

¹³²² COMMONWEALTH OF MASSACHUSETTS, DEPARTMENT OF LABOR RELATIONS, *FY2012 Annual Report : July 1, 2011 – June 30, 2012*, 2012, p. 3

¹³²³ M.G.L. c. 150A, § 5(a).

telle reconnaissance, toutefois, le syndicat peut déposer auprès du DLR une requête pour la tenue d'élections (« *petition for elections* ») ou une requête en certification par décompte des effectifs (« *petition for certification by written majority authorization* »).

(a) La requête pour la tenue d'élections

Une requête pour la tenue d'élections peut être déposée par un syndicat¹³²⁴ ou par un employeur¹³²⁵. Elle peut être déposée en tout temps avant la signature ou suite à l'expiration d'une convention collective, sauf dans certaines circonstances particulières (« *bars to petitions/elections* »)¹³²⁶. Lorsqu'une convention collective est en vigueur, seules les requêtes déposées entre le 90^e et le 60^e jour précédant l'expiration de la convention collective sont recevables; une convention collective ne peut toutefois empêcher le dépôt d'une telle requête au-delà du troisième anniversaire de sa signature¹³²⁷. Enfin, pour être recevable, une requête pour la tenue d'élections déposée par un syndicat doit être accompagnée de la preuve qu'il y a un intérêt suffisant chez les salariés de l'unité de négociation pour la tenue d'un tel scrutin (« *showing of interest* »)¹³²⁸.

Sur réception de la requête, le DLR fait enquête afin de s'assurer que le dossier soulève une *question substantielle de représentation*¹³²⁹ qui relève de sa compétence. À cette étape, la preuve et les représentations des parties sont faites par écrit. Si, suite à cette enquête, le DLR a

¹³²⁴ 456 CMR 2.04 et 14.03(1).

¹³²⁵ 456 CMR 2.04 et 14.02(1). En effet, la MSLRL reconnaît à l'employeur l'intérêt de savoir si la majorité des salariés de l'unité de négociation appuie effectivement le syndicat qui prétend les représenter ou lequel des syndicats qui prétendent ainsi représenter les salariés de l'unité possède l'appui de la majorité.

¹³²⁶ 456 CMR 2.04 et 14.06. À titre d'exemple, une requête pour la tenue d'élections ne peut être traitée lorsque qu'un représentant a été dûment certifié (« *Certification Year Bar* ») ou a fait l'objet d'une reconnaissance formelle par l'employeur (« *Recognition Year Bar* ») pour la même unité de négociation ou d'une subdivision de celle-ci dans les 12 mois qui précèdent. En outre, une élection ne peut être ordonnée par la DLR dans les 12 mois qui suivent la tenue d'une élection valide dans l'unité de négociation (« *Election Year Bar* »). Ceci n'empêche toutefois pas la DLR d'entendre une requête pour la tenue d'une élection pendant cette période : *City of Boston*, 17 MLC 1088, 1099 (1990); *City of Gardner*, 1 MLC 1115 (1974).

¹³²⁷ 456 CMR 2.04.

¹³²⁸ 456 CMR 2.04 et 14.05. Lorsque les salariés de l'unité de négociation ne sont représentés par aucun syndicat, le requérant doit démontrer qu'au moins 30% des salariés concernés appuient la démarche. Lorsque les salariés de l'unité de négociation sont déjà représentés par un syndicat, toutefois, le requérant doit alors démontrer qu'au moins 50% des salariés concernés appuient la démarche. Cette preuve peut prendre la forme d'une pétition ou de cartes d'autorisation dûment signées et datées par les employés de l'unité.

¹³²⁹ M.G.L. c. 150A, § 5(c); 456 CMR 14.08(1).

des motifs raisonnables (« *reasonable cause* ») de croire que le dossier soulève une telle question, il convoque les parties à une audition.

Lorsque les parties s'entendent sur l'unité de négociation et sur les personnes qu'elle vise, elles sont encouragées à conclure une « entente sur la tenue d'élections » (« *Consent Election Agreement* »). En vertu d'une telle entente, les parties renoncent à la tenue d'une audition, décrivent l'unité de négociation et les personnes qu'elle vise et précisent le lieu et la date des élections. Cette entente est toutefois sujette à l'approbation du DLR¹³³⁰. Lorsque les parties ne s'entendent pas sur l'unité de négociation ou sur les personnes qu'elle vise, une audition est tenue par le DLR, conformément aux règles de procédures prévues par règlement¹³³¹. L'objet de cette audition est de préparer le dossier en vue de le soumettre au CERB, qui rendra une décision écrite. À l'instar du NLRB, le CERB possède une grande discrétion aux fins de déterminer le caractère approprié de l'unité de négociation au sein de laquelle des élections sont éventuellement ordonnées¹³³². Dans le cadre de cette décision, sont considérés la communauté d'intérêts des employés, l'intérêt de l'employeur à maintenir des opérations efficaces et l'intérêt que les employés démontrent à être représentés¹³³³. À noter que contrairement à la situation qui prévaut sous le NLRA, une unité de négociation composée d'une seule personne peut constituer une unité appropriée en vertu de la MSLRL¹³³⁴.

Les élections se déroulent généralement par scrutin secret, sous la supervision d'un agent du DLR et selon les modalités que le DLR détermine¹³³⁵. Elles sont tenues dans l'établissement de l'employeur ou encore par la poste, selon la taille de l'unité et les coûts impliqués. L'employeur doit fournir une liste alphabétique des noms et des adresses des employés qui font partie de l'unité de négociation dans les 14 jours qui suivent le prononcé de l'ordonnance ou la signature de l'entente sur la tenue des élections¹³³⁶. Il doit en outre afficher

¹³³⁰ 456 CMR 2.04 et 14.11.

¹³³¹ 456 CMR 2.04 et 14.08(4).

¹³³² M.G.L. c. 150A, § 5(b); 456 CMR 14.10.

¹³³³ Michael A. BYRNES, *Financial Year 2009 Annual Report*, Commonwealth of Massachusetts, Division of Labor Relations, p. 7.

¹³³⁴ M.G.L. c. 150A, §§ 5(a) et 5(b).

¹³³⁵ 456 CMR 2.04, 14.12 et 14.12(1).

¹³³⁶ DIVISION OF LABOR RELATIONS, COMMONWEALTH OF MASSACHUSETTS, *Representation Case Manual*, 2010, § 3.4.

un avis d'élections dans un endroit bien en vue sur les lieux du travail au moins 10 jours avant la tenue des élections. Cet avis doit être accompagné d'un exemplaire du bulletin de vote qui sera utilisé¹³³⁷. Les parties à l'élection sont représentées à la table de vote par un observateur de leur choix¹³³⁸. Les observateurs, de même que l'agent du DLR, peuvent contester l'admissibilité à voter des individus qui se présentent aux urnes (« challenges »)¹³³⁹. Ils peuvent également contester l'interprétation des bulletins de vote que fait l'agent du DLR lors du dépouillement des votes (« protests »). Enfin, une partie qui n'est pas satisfaite de la façon dont s'est déroulé le scrutin peut formuler des « objections » auprès du DLR¹³⁴⁰. Des recours particuliers sont prévus aux fins de disposer des « challenges », des « protests » et des « objections »¹³⁴¹. À noter que les bulletins de vote ayant fait l'objet de challenges ou de protêts ne sont comptés que s'ils sont susceptibles de changer l'issue de l'élection.

En l'absence de « challenges », de « protests » ou d'« objections » – ou une fois ces questions résolues – l'agent du DLR certifie les résultats. Afin d'être certifié en tant que représentant exclusif, un syndicat doit recevoir l'appui de la majorité absolue des salariés de l'unité de négociation. Lorsque plus d'un syndicat prétend à ce titre, toutefois, il est possible qu'aucun des choix offerts sur les bulletins de vote ne reçoive l'appui d'une majorité absolue de salariés. Dans ce cas, le DLR ordonne la tenue d'une ronde de vote additionnelle (« run-off election ») où seuls briguent les suffrages les choix ayant obtenu le plus grand nombre et le second plus grand nombre de votes. Cette seconde ronde de vote est soumise aux mêmes règles que la ronde initiale. Une troisième ronde de vote n'est possible que s'il est démontré que les résultats du vote seront différents¹³⁴².

¹³³⁷ *Id.*, § 3.6.

¹³³⁸ *Id.*, § 3.8.

¹³³⁹ 456 CMR 2.04 et 14.12 (2). Est éligible à voter un employé qui a une attente raisonnable d'un emploi continu à la date limite d'éligibilité prévue à l'entente ou à l'ordonnance d'élections, incluant les employés malades, en vacances ou mis à pied temporairement. Les employés qui ont démissionné ou qui ont été congédiés pour cause avant la date prévue pour les élections ne sont pas admissibles à voter. Voir : DIVISION OF LABOR RELATIONS, COMMONWEALTH OF MASSACHUSETTS, *préc.*, note 1336, § 5.2.1.

¹³⁴⁰ 456 CMR 2.04 et 14.12 (3); DIVISION OF LABOR RELATIONS, COMMONWEALTH OF MASSACHUSETTS, *préc.*, note 1336, § 5.3.

¹³⁴¹ DIVISION OF LABOR RELATIONS, COMMONWEALTH OF MASSACHUSETTS, *préc.*, note 1336, § 5.0.

¹³⁴² 456 CMR 2.04 et 14.13(1).

(b) La requête en certification par décompte des effectifs

En vertu de la MSLRL, toutefois, la requête pour la tenue d'élections n'est pas la seule façon d'obtenir l'accréditation d'un syndicat. En effet, en champ inoccupé, un syndicat peut être accrédité sur simple décompte des effectifs (« *card check* »). Ce choix appartient au syndicat¹³⁴³. Pour ce faire, une requête en certification par décompte des effectifs (« *petition for certification by written majority authorization* ») doit être déposée¹³⁴⁴. Sur réception de la requête, le DLR avise les parties qu'elles peuvent s'entendre sur la nomination d'un tiers neutre qui sera chargé de procéder au décompte des effectifs¹³⁴⁵. À défaut d'une telle entente, c'est le DLR qui remplira ce rôle¹³⁴⁶. L'employeur doit par la suite fournir une liste du nom et des fonctions des employés qui sont compris dans l'unité de négociation décrite à la requête, à défaut de quoi le décompte des effectifs se fera sur la base des informations fournies par le syndicat¹³⁴⁷. Les employés admissibles à figurer sur cette liste sont les employés qui étaient à l'emploi de l'employeur à la date du dépôt de la requête. Toute contestation relative aux noms qui figurent sur cette liste doit être soumise et tranchée par le tiers neutre¹³⁴⁸. Il en est de même de toute contestation de la validité de la requête comme telle¹³⁴⁹. Le tiers neutre doit déterminer si une majorité des employés figurant sur la liste ont signé une « *written majority authorization* » valide. Il doit également déterminer si le nombre de contestations de noms figurant sur la liste est suffisamment élevé pour affecter la majorité obtenue, le cas échéant. Si c'est le cas, il doit enquêter et trancher chacune des contestations et vérifier de nouveau le caractère majoritaire du syndicat. Sinon, il rejette les contestations en bloc¹³⁵⁰. Lorsque les parties ont désigné un tiers neutre aux fins de procéder au décompte des effectifs, celui-ci doit communiquer les résultats obtenus aux parties, faire un rapport écrit et remettre l'ensemble du dossier au DLR dans les 20 jours de sa désignation. Sur réception du rapport écrit à l'effet que

¹³⁴³ En effet, rien dans la loi ou la réglementation applicable n'indique que l'employeur peut exiger la tenue d'une élection plutôt qu'un décompte des effectifs. En somme, dès lors que les conditions d'admissibilité sont rencontrées, la décision semble revenir au syndicat seul.

¹³⁴⁴ 456 CMR 2.04 et 14.19(1) et (2).

¹³⁴⁵ 456 CMR 2.04 et 14.19(3).

¹³⁴⁶ 456 CMR 2.04 et 14.19(4).

¹³⁴⁷ 456 CMR 2.04 et 14.19(5).

¹³⁴⁸ 456 CMR 2.04 et 14.19(6).

¹³⁴⁹ 456 CMR 2.04 et 14.19(7).

¹³⁵⁰ 456 CMR 2.04 et 14.19(8).

le syndicat requérant possède l'appui de la majorité des employés de l'unité de négociation et du dossier y associé, le DLR accrédite le syndicat¹³⁵¹. Lorsque c'est le DLR qui a procédé au décompte des effectifs, il doit communiquer les résultats aux parties dans les 30 jours de sa désignation. Lorsque le dossier révèle que le syndicat requérant possède l'appui de la majorité des employés de l'unité de négociation, il doit accréditer celui-ci dans le même délai¹³⁵².

Maintenant que nous avons décrit les rapports collectifs en vigueur au sein des territoires étudiés, il convient d'en faire ressortir les principales différences. C'est à cette tâche que nous nous appliquerons dans la prochaine section.

3. Différences observées

Nous avons identifié un nombre important de différences en matière de rapports collectifs entre les territoires étudiés. Les plus importantes d'entre elles ont trait au régime de rapports collectifs en vigueur (a)). En effet, bien que ces régimes soient apparentés, ils ont connu une évolution parallèle importante en fonction de valeurs et d'idéologies foncièrement différentes. Mais d'autres ont trait au rapport salarial comme tel, et plus particulièrement à sa formation (b)), à son contenu (c)) et sa rupture (d)).

a) Au niveau du régime de rapports collectifs

Nous avons identifié de nombreuses et importantes différences entre les territoires étudiés au niveau du régime de rapports collectifs applicable. Ces différences ont trait au taux de présence syndicale (1), à la procédure d'accréditation du syndicat (2), à la sécurité syndicale (3), à la négociation collective (4), aux moyens de pression économiques (5) et à l'application et la mise en œuvre de la convention collective (6).

(1) Taux de présence syndicale

En 2011, le taux de présence syndicale au Québec était de 39.3%, ce qui en faisait le taux de présence syndicale le plus élevé dans toute l'Amérique du Nord. Ce taux était de

¹³⁵¹ 456 CMR 2.04 et 14.19(9).

¹³⁵² 456 CMR 2.04 et 14.19(10).

25,3% dans le secteur privé et de 81,4% dans le secteur public¹³⁵³. De 2000 à 2011, le taux de présence syndicale moyen au Québec était de 40,0% (comparativement à 31,8% pour le Canada pour la même période). Relativement stable, le taux de présence syndicale a atteint un sommet de 41% en 2003 et un creux de 39,3% en 2010 et en 2011.

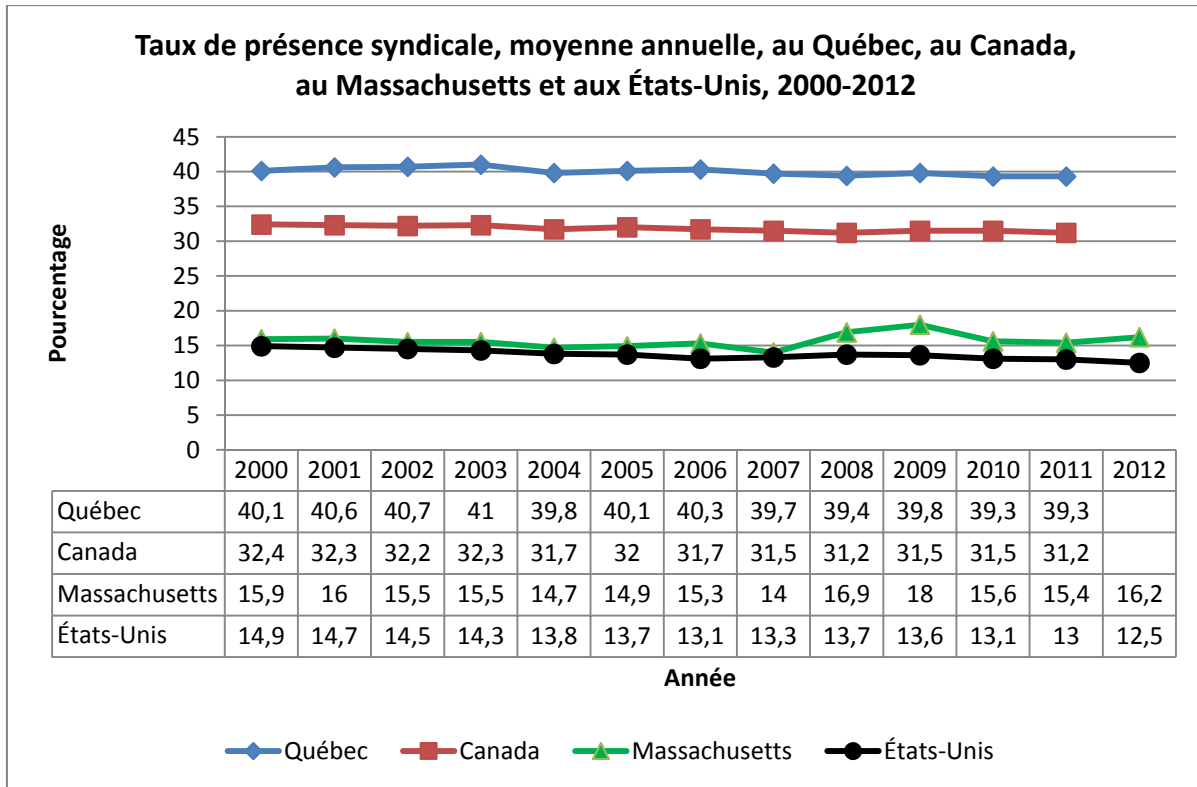
En 2011, le taux de présence syndicale au Massachusetts était de 15,4%¹³⁵⁴, ce qui le plaçait au 14^{ème} rang des États fédérés américains ayant le taux de présence syndicale le plus élevé. Ce taux était de 7,8% dans le secteur privé et de 64,2% dans le secteur public¹³⁵⁵. De 2000 à 2011, le taux de présence syndicale moyen au Massachusetts était de 15,6% (comparativement à 13,8% pour les États-Unis pour la même période). Relativement stable entre 2000 à 2007 (un taux moyen de 15,2% avec un sommet de 16,0% en 2001 et un creux de 14,0% en 2007), il l'a été beaucoup moins entre 2008 à 2011 (un taux moyen de 16,5% avec un sommet de 18,0% en 2009 et un creux de 15,4% en 2011). En fait, entre 2007 et 2009, le taux de présence syndicale a connu une hausse de 4,0% (de 15,4% à 18,0%), ce qui correspond à une augmentation annuelle moyenne de 2% ! La Figure no 10 ci-après illustre l'évolution du taux de présence syndicale entre 2000 et 2012 au Québec, au Canada, au Massachusetts et aux États-Unis :

¹³⁵³ INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Tableau statistique : Taux de présence de l'emploi syndiqué chez les travailleurs, résultats selon diverses caractéristiques de la main-d'œuvre et de l'emploi, moyennes annuelles, Québec, 2008-2011, 2013, préc.*, note 800.

¹³⁵⁴ BUREAU OF LABOR STATISTICS, *préc.*, note 1167.

¹³⁵⁵ B. HIRSCH et D. MACPHERSON, *préc.*, note 1168.

Figure no 10



Sources : INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, 2013 (données du Québec et du Canada); BUREAU OF LABOR STATISTICS, 2013 (données du Massachusetts et des États-Unis).

Plusieurs constats s'imposent. Tout d'abord, le taux de présence syndicale est beaucoup plus élevé au Québec qu'il ne l'est au Massachusetts. Ainsi, de 2000 à 2011, le taux de présence syndicale moyen au Québec (40,0%) était un peu plus de deux fois et demie plus élevé (156%) que le taux de présence syndicale moyen observé au Massachusetts pendant la même période (15,6%). Cette proportion était la même pour l'année 2011. Il s'agit là d'une différence de taille. Bien entendu, la différence pourrait être encore plus grande si la comparaison était effectuée avec des États comme la Virginie (5,6%), la Caroline du Nord (4,1%), la Caroline du Sud (5,0%), la Géorgie (4,8%), le Tennessee (5,6%) et l'Arkansas

(5,1%), qui possèdent des taux de présence syndicale nettement inférieurs à celui observé au Massachusetts¹³⁵⁶. Ceci étant, la différence demeure importante.

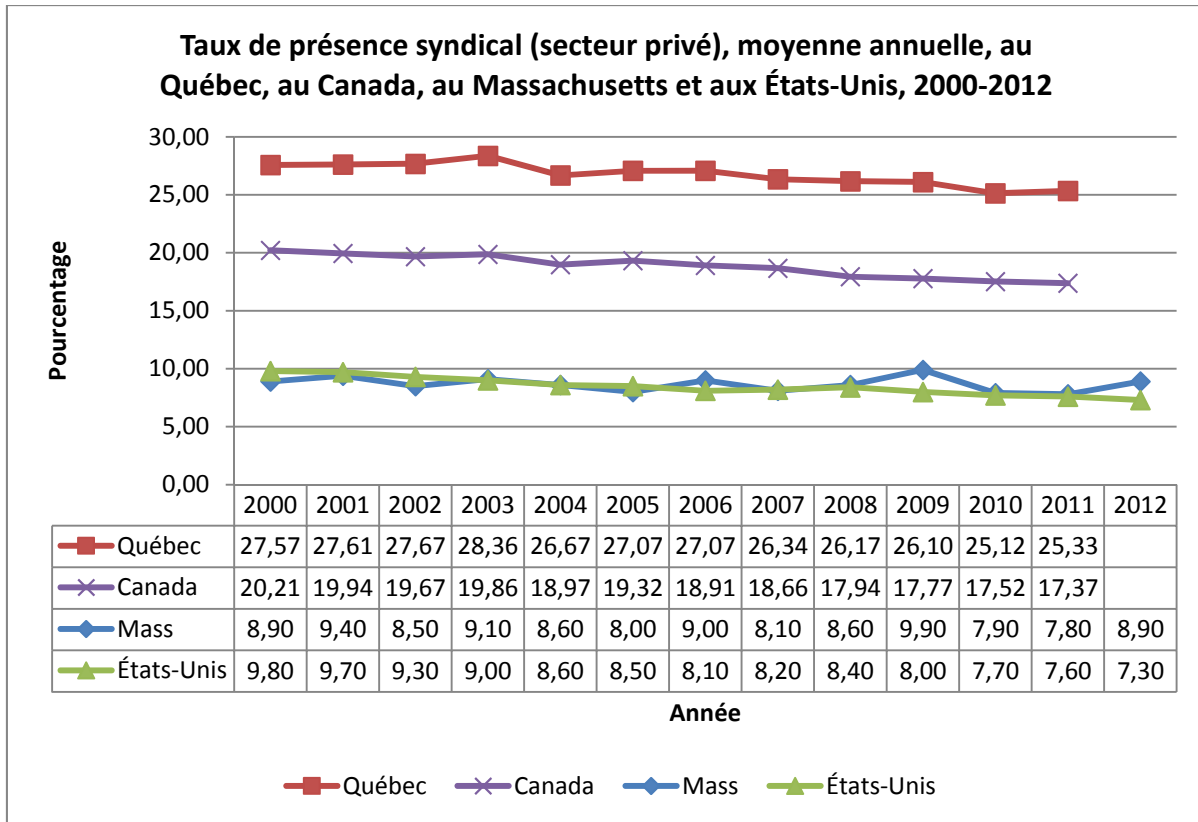
Ensuite, l'évolution du taux de présence syndicale au Massachusetts semble se rapprocher davantage de celle observée au Québec que de celle observée à l'échelle des États-Unis. En effet, à l'exception des années 2008 et 2009 – où le taux de présence syndicale a fait un bon important au Massachusetts – les taux de présence syndicale observés dans les deux territoires semblent relativement stables. Or, on le sait, le taux de présence syndicale à l'échelle des États-Unis est en déclin depuis plusieurs décennies. Ceci pourrait donc indiquer que l'écart entre les territoires pourrait être en voie de se stabiliser plutôt que de continuer de s'accroître. Par contre, si la tendance observée depuis 2008 au Massachusetts se traduisait en une reprise plutôt qu'un simple plateau, cela pourrait indiquer plutôt une réduction de l'écart observé entre les territoires étudiés.

Considérant uniquement le secteur privé, les chiffres sont encore plus révélateurs (voir Figure no 11 ci-après). En 2011, le taux de présence syndicale dans le secteur privé au Québec était de 25,3%, comparativement à 17,4% pour le Canada, 7,8% pour le Massachusetts et 7,6% pour les États-Unis. De 2000 à 2011, le taux de présence syndicale moyen dans le secteur privé au Québec était de 26,8%, comparativement à 18,9% pour le Canada, 8,7% pour le Massachusetts et 8,6% pour les États-Unis. En somme, bon an, mal an, le taux de présence syndicale dans le secteur privé est généralement plus de trois fois plus élevé au Québec qu'au Massachusetts et aux États-Unis, alors qu'il est plus de deux fois plus élevé au Canada.

Alors que l'évolution du taux de présence syndicale tous secteurs confondus semblait indiquer une stabilisation au Québec et au Canada (dans une moindre mesure), une stabilisation avec une tendance à la reprise au Massachusetts et un très lent déclin à l'échelle des États-Unis, l'évolution du taux de présence syndicale dans le secteur privé est clairement à la baisse, tant au Québec, qu'au Canada et qu'aux États-Unis. Au Massachusetts, toutefois, l'évolution du taux de présence syndicale dans le secteur privé semble plutôt indiquer un plafonnement.

¹³⁵⁶ BUREAU OF LABOR STATISTICS, *préc.*, note 1167.

Figure no 11



Sources : INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, 2013 (données du Québec et du Canada); BUREAU OF LABOR STATISTICS, 2013 (données des États-Unis); B. HIRSCH et D. MACPHERSON, 2013 (données du Massachusetts)

(2) *Accréditation du syndicat*

(a) Pourcentage d'appui requis pour le dépôt d'une requête en accréditation

Le *Code du travail* du Québec ne prévoit pas de pourcentage d'appui minimal de la part des salariés de l'unité de négociation à compter duquel une requête en accréditation peut être déposée. Il découle toutefois de l'article 28 C.t. qu'une requête en accréditation qui ne bénéficie pas de l'appui d'au moins 35% des salariés de l'unité de négociation au moment de son dépôt (i.e. salariés devenus membres en règle du syndicat) n'a aucune chance de succès. En effet, seule une requête en accréditation qui, sans bénéficier de l'appui de la majorité absolue des salariés de l'unité de négociation, bénéficie néanmoins de l'appui d'au moins 35%

d'entre eux, entraîne la tenue d'un scrutin secret¹³⁵⁷. En d'autres termes, le *Code du travail* ne prévoit formellement aucun pourcentage d'appui minimal comme condition de recevabilité d'une requête en accréditation, mais pratiquement parlant, une telle requête déposée sans l'appui d'au moins 35% des salariés de l'unité de négociation n'est pas susceptible d'entraîner une accréditation, ni suite à un décompte des effectifs, ni suite à la tenue d'un scrutin secret. L'agent de relations de travail saisi d'un tel dossier ne peut accorder l'accréditation sur le champ et doit faire rapport à la C.r.t.¹³⁵⁸.

Sous le NLRA, une requête en accréditation peut être déposée aussitôt que le syndicat possède l'appui d'au moins 30% des salariés de l'unité de négociation¹³⁵⁹. C'est ce qu'on appelle communément le « showing of interest ». En vertu de la MSLRL, la situation diffère selon que les salariés sont déjà représentés ou non par un syndicat concurrent. Dans le premier cas, une requête en certification peut être déposée uniquement lorsque le syndicat possède l'appui d'au moins 50% des salariés de l'unité de négociation¹³⁶⁰, tandis que dans le second cas, ce pourcentage est de 30%¹³⁶¹.

(b) Détermination du caractère approprié de l'unité d'accréditation

Au Québec, la procédure de reconnaissance syndicale passe nécessairement par l'accréditation du syndicat. Celle-ci est obtenue par le dépôt d'une requête en accréditation à l'endroit d'une unité de négociation appropriée. À l'instar de la règle en vigueur aux États-Unis, l'employeur est une partie intéressée relativement à cette question (C.t., art. 32, al. 2). En l'absence d'accord entre les parties sur le caractère approprié de l'unité de négociation pour laquelle l'accréditation est demandée, il appartient à la Commission des relations de travail, par l'intermédiaire d'un commissaire, de trancher cette question¹³⁶². Les critères utilisés à cette fin sont similaires à ceux utilisés aux États-Unis¹³⁶³. À noter que la C.r.t. n'a

¹³⁵⁷ C.t., art. 28.

¹³⁵⁸ C.t., art. 28 a).

¹³⁵⁹ NLRB Rules and Regulations § 101.18.

¹³⁶⁰ 456 CMR §§ 2.04 et 14.05(2). Ce pourcentage est également applicable aux requêtes en décertification.

¹³⁶¹ 456 CMR §§ 2.04 et 14.05(1).

¹³⁶² C.t., art. 32, al. 1.

¹³⁶³ Ces critères sont : (1) la communauté d'intérêts entre les salariés; (2) l'historique des relations de travail dans l'entreprise ou le secteur; (3) la volonté des salariés en cause; (4) la structure territoriale de l'entreprise; et (5) la

pas à décider si l'unité pour laquelle l'accréditation est demandée est la plus appropriée; elle n'a qu'à se prononcer sur le caractère approprié de celle-ci et, dans la négative, à décider d'une unité de négociation qui sera appropriée¹³⁶⁴. Enfin, contrairement à la situation qui prévaut aux États-Unis en vertu du NLRA, un seul salarié peut constituer une unité de négociation appropriée¹³⁶⁵.

Au Massachusetts, tout comme au Québec, l'employeur est une partie intéressée par le caractère approprié de l'unité de négociation. En l'absence d'accord entre les parties sur cette question, il appartient au NLRB d'en décider¹³⁶⁶. Pour ce faire, il appliquera un test multi-facteurs semblable à celui appliqué au Québec et qui vise principalement à déterminer si les employés concernés partagent une communauté d'intérêts¹³⁶⁷. Tout comme au Québec, le NLRB n'a pas à décider si l'unité proposée est la plus appropriée, mais uniquement si elle est appropriée. Le NLRB n'interviendra donc que si l'unité proposée n'est pas appropriée¹³⁶⁸. Enfin, contrairement à la règle en vigueur au Québec, le NLRA prévoit que l'unité de négociation doit comprendre un minimum de deux salariés¹³⁶⁹. À ce chapitre, la MSLRL (la loi étatique) ressemble davantage au *Code du travail* du Québec, puisque que contrairement au NLRA, elle reconnaît les unités de négociation composées d'un seul salarié¹³⁷⁰.

recherche de la paix industrielle. Voir : *Sicard Inc. c. Syndicat national des employés de Sicard (C.S.N.)*, *préc.*, note 893.

¹³⁶⁴ R.P. GAGNON, *préc.*, note 354, p. 472.

¹³⁶⁵ C.t., art. 21, al. 4. À l'instar du *Code du travail* du Québec, toutefois, la MSLRL reconnaît les unités d'accréditation composées d'un seul employé : M.G.L., c. 150A, §§ 2(9) et 5 (a)

¹³⁶⁶ NLRA, 29 U.S.C. § 159(b).

¹³⁶⁷ D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, § 4.02[C], p. 63. Les principaux facteurs considérés sont : 1. La similarité de la paie; 2. La similarité des avantages sociaux; 3. La similarité des heures de travail; 4. La similarité du travail effectué; 5. La similarité des qualifications, des habiletés et de la formation; 6. La proximité physique et la fréquence des contacts et des transferts; 7. L'intégration fonctionnelle de l'entreprise; 8. La structure hiérarchique et organisationnelle de l'entreprise; 9. L'historique des relations de travail; 10. La volonté des salariés; 11. La présence syndicale dans l'entreprise (ce dernier critère ne devant toutefois pas être déterminant : 29 U.S.C. § 159(c)(5)). Voir : NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD, *préc.*, note 1169, p. 7; Douglas L. LESLIE, « Labor Bargaining Units », 70 *Va. L. Rev.* 353 (1984). Le NLRA prévoit en outre certaines contraintes que le NLRB doit respecter dans la détermination du caractère approprié de l'unité de négociation : 29 U.S.C. § 159(b)(1), (2) et (3).

¹³⁶⁸ D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, § 4.02[C], p. 64.

¹³⁶⁹ NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD, *préc.*, note 1169, p. 7.

¹³⁷⁰ M.G.L., c. 150A, §§ 2(9) et 5 (a).

Les règles et les mécanismes étudiés dans le cadre de la présente section sont caractéristiques d'un système de négociation collective fortement décentralisé. Il ne faut donc pas s'étonner si ces règles et ces mécanismes sont très semblables – voire identiques – au sein des territoires étudiés. En effet, les régimes de rapports collectifs étudiés sont apparentés et font tous deux intervenir une structure de négociation fondamentalement décentralisée.

(c) Vérification du caractère représentatif du syndicat

Au Québec, le syndicat peut, à certaines conditions, être accrédité sur simple décompte des effectifs, sans la tenue d'un vote au scrutin secret. En effet, il y a accréditation sans la tenue d'un scrutin secret lorsque le décompte des effectifs révèle que plus de 50% des salariés de l'unité appuie le syndicat et que l'une des conditions suivantes est rencontrée :

- l'unité de négociation et les personnes qu'elle vise ne sont pas contestées par l'employeur (C.t., art. 28(a) et (e));
- seule l'identification des personnes visées par l'unité de négociation est contestée par l'employeur (C.t., art. 28(d)); ou
- l'unité de négociation est contestée par l'employeur, mais que le syndicat devrait néanmoins conserver l'appui de plus de 50% des salariés de l'unité, quelle qu'elle soit (C.t., art. 28(d.1)).

Il y aura toutefois tenue d'un scrutin secret si le décompte des effectifs révèle qu'il y a entre 35 et 50% des salariés de l'unité qui appuient le syndicat, qu'il y ait accord sur l'unité de négociation et les personnes qu'elle vise (C.t., art. 28(b)) ou non (C.t., art. 37). Cette mesure, incluse dans le *Code du travail* en 1977, vise à favoriser l'accréditation syndicale et la négociation collective.

Enfin, notons que contrairement à la situation qui prévaut aux États-Unis, l'employeur n'est pas une partie intéressée à la question du caractère représentatif du syndicat et ne peut, par conséquent, participer aux débats tenus sur celle-ci (C.t., art. 32, al. 4). Ceci constitue une différence importante entre les deux régimes. Aux États-Unis, il serait impensable d'exclure l'employeur de cette question : c'est son entreprise (propriété privée) et il a le droit de s'exprimer et de participer aux débats qui concernent celle-ci (liberté d'expression). Au

Québec, l'approche est différente : la question du caractère représentatif du syndicat est une question qui n'intéresse que les salariés, puisque seuls leurs droits et leurs intérêts sont concernés (liberté d'association). Depuis quelques années, toutefois, la liberté d'expression de l'employeur a été réaffirmée et davantage reconnue.

Aux États-Unis, contrairement à la croyance populaire, le NLRA n'impose pas la tenue d'un scrutin secret pour faire reconnaître le statut de représentant officiel des salariés de l'unité de négociation à un syndicat. En effet, un tel statut peut être reconnu volontairement par l'employeur¹³⁷¹, ou encore, être attribué suite à un décompte des effectifs tenu en vertu d'une entente intervenue entre le syndicat et l'employeur (*card check agreement*), bien que cela demeure relativement rare¹³⁷². Il est cependant vrai d'affirmer que la méthode privilégiée par le NLRB – et la seule formellement prévue par ses règlements – est le scrutin secret¹³⁷³. Enfin, notons que dans des circonstances très particulières, le NLRB peut ordonner à un employeur de négocier collectivement avec le syndicat sans la tenue d'un scrutin secret ou malgré un scrutin secret défavorable au syndicat en se fondant uniquement sur un décompte des effectifs (« ordonnance de type *Gissel* »)¹³⁷⁴.

À la différence du décompte des effectifs, qui évalue le caractère représentatif du syndicat au moment du dépôt de la requête en accréditation, le vote au scrutin secret évalue le caractère représentatif du syndicat plusieurs semaines après le dépôt de cette requête et à la suite d'une campagne « électorale » à laquelle prennent part le syndicat, l'employeur et leurs

¹³⁷¹ *Infra*, section IV.C.3.a)(2)(e).

¹³⁷² Gerald MAYER, *Labor Union Recognition Procedures : Use of Secret Ballots and Card Checks*, (2005), Federal Publications, Paper, 237, p. CRS-7, en ligne : http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/key_workplace/237.

¹³⁷³ D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, § 4.02[A]. Le NLRA ne prévoit pas expressément que le statut majoritaire du syndicat doit être vérifié par scrutin secret. Il se contente d'affirmer que le syndicat doit bénéficier de l'appui de la majorité des salariés de l'unité de négociation : NLRA, 29 U.S.C. § 159(a). Les règlements du NLRB, quant à eux, prévoient que les élections doivent être tenues par scrutin secret, mais ne précisent pas expressément que le statut majoritaire du syndicat doit nécessairement être vérifié par le biais d'une élection : NLRB Rules and Regulations § 102.69(a).

¹³⁷⁴ *NLRB v. Gissel Packing Co.*, *préc.*, note 1245. Ces circonstances sont les suivantes: (1) l'employeur doit s'être rendu coupable de pratiques déloyales importantes dans le cadre d'une campagne de syndicalisation; (2) le syndicat devait disposer de l'appui d'une majorité de salariés avant la commission de ces pratiques déloyales (ce qui pourra être démontré à l'aide de cartes de membre ou de formules d'adhésion, par exemple); et (3) les effets des pratiques déloyales doivent toujours se faire sentir au moment où la demande d'ordonnance est étudiée.

partisans respectifs¹³⁷⁵. En effet, rappelons qu'aux États-Unis, l'employeur est une partie intéressée à la question du caractère représentatif du syndicat et peut par conséquent participer aux débats relatifs à cette question. Or, cette situation est susceptible d'affecter de façon importante les résultats du vote, considérant que l'employeur dispose d'une période de temps importante pour influencer les salariés – de toutes sortes de façons plus ou moins légitimes – et les convaincre que la syndicalisation n'est pas la solution à leurs maux. En somme, contrairement au décompte des effectifs, le vote au scrutin secret « à l'américaine » est une formule qui a plutôt tendance à défavoriser la syndicalisation qu'à la favoriser¹³⁷⁶.

Notons toutefois que depuis la fin 2007, la procédure d'accréditation sur simple décompte des effectifs existe au Massachusetts en vertu de la *Massachusetts State Labor Relations Law*¹³⁷⁷, la loi étatique qui s'applique aux entreprises du secteur privé non assujetties au NLRA ou à l'endroit desquelles le NLRB a choisi de ne pas exercer sa juridiction¹³⁷⁸. En vertu de cette méthode, la représentativité du syndicat est évaluée à la date du dépôt de la requête¹³⁷⁹. Il n'y a donc pas de « campagne électorale », comme c'est généralement le cas lors de la tenue d'un scrutin secret.

En vertu de la MSLRL, donc, deux formules sont prévues : (1) le scrutin secret suite au dépôt d'une requête pour la tenue d'élections; (2) le décompte des effectifs suite au dépôt d'une « autorisation majoritaire écrite » (*written majority authorization*). La deuxième formule n'est toutefois permise que lorsque les salariés visés par la demande d'accréditation ne sont pas représentés par un syndicat et ne l'ont jamais été par le passé. En d'autres termes, cette formule d'accréditation n'est possible que lorsque le champ n'est pas et n'a jamais été

¹³⁷⁵ Le scrutin secret se tient normalement 30 jours après l'entente sur la tenue d'un scrutin secret ou encore de la décision du NLRB sur l'unité d'accréditation appropriée : J.L. HIRSCH, *préc.*, note 682, § 12-3 (c).

¹³⁷⁶ Pour plus de détails sur cette question, voir : P. WEILER, « Promises to Keep: Securing Workers' Rights to Selforganization Under the NLRA », *préc.*, note 132.

¹³⁷⁷ M.G.L. c. 150A (ci-après « MSLRL »).

¹³⁷⁸ Donc principalement des entreprises dont le chiffre d'affaires est peu élevé. Rappelons que le NLRA ne s'applique qu'aux entreprises du secteur privé dont les opérations affectent le commerce et qui répondent aux normes juridictionnelles que le NLRB s'est lui-même donné.

¹³⁷⁹ 456 CMR 14.19(6).

occupé¹³⁸⁰. Par conséquent, le mode d'accréditation par défaut en vertu de la MSLRL demeure toujours le scrutin secret suite au dépôt d'une requête pour la tenue d'élections.

(d) Majorité requise pour l'accréditation du syndicat

Au Québec, le syndicat requérant doit recevoir l'appui de plus de 50% des salariés dans une unité de négociation appropriée afin d'être accrédité¹³⁸¹. Ce pourcentage est le même, que l'accréditation survienne suite au décompte des effectifs¹³⁸² ou suite à la tenue d'un vote au scrutin secret¹³⁸³. Exceptionnellement, toutefois, un syndicat peut être accrédité sans recevoir l'appui de plus de 50% des salariés lorsqu'il obtient le plus grand nombre de voix suite à un scrutin impliquant deux syndicats qui ont obtenu ensemble plus de 50% des voix¹³⁸⁴.

Au Massachusetts, le NLRA prévoit que le syndicat requérant doit obtenir la majorité des votes valides exprimés, quel que soit le taux de participation à l'élection¹³⁸⁵. Une minorité de salariés (une majorité simple) est donc susceptible de décider de l'issue de la requête du syndicat, contrairement à la situation qui prévaut au Québec, où un minimum de 50% des salariés de l'unité de négociation doit être en faveur de la syndicalisation. Le scrutin secret tenu en vertu de la MSLRL est soumis essentiellement aux mêmes règles qu'un scrutin secret tenu en vertu du NLRA. Le pourcentage requis en vertu de la procédure de décompte des effectifs (*written majority authorization*) est cependant d'au moins 50% des salariés de l'unité de négociation, à l'instar de la procédure de décompte des effectifs en vigueur au Québec¹³⁸⁶.

(e) Reconnaissance volontaire du syndicat par l'employeur

Au Québec, la reconnaissance volontaire du syndicat par l'employeur à titre de représentant des salariés de l'unité de négociation est impossible. Ce statut ne peut être obtenu

¹³⁸⁰ Rappelons que rien dans la loi ou la réglementation applicable n'indique que l'employeur peut exiger la tenue d'une élection plutôt qu'un décompte des effectifs.

¹³⁸¹ C.t., art. 21, al. 1.

¹³⁸² C.t., art. 28(a),(d), (d.1) et (e) et 32, al. 3.

¹³⁸³ C.t., art. 28(b) et (e), art. 32, al. 3 et art. 37.

¹³⁸⁴ C.t., art. 21 al. 2 et art. 37.1, al. 2.

¹³⁸⁵ NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD, *préc.*, note 1169, p. 11; NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD, *What we do / Conduct Elections*, en ligne : <http://www.nlr.gov/what-we-do/conduct-elections> (consulté le 12 décembre 2011).

¹³⁸⁶ M.G.L., c. 150A, §§ 2(12) et 5(c).

que par le biais de la procédure d'accréditation. En effet, la procédure d'accréditation est la pierre angulaire du régime de rapports collectifs au Québec. Ainsi, seule une association de salariés dûment accréditée peut agir à titre de représentant officiel des salariés d'une unité de négociation donnée¹³⁸⁷. La reconnaissance volontaire du syndicat par l'employeur ne permet pas de conférer le statut de représentant des salariés au syndicat, vraisemblablement en vue de minimiser le phénomène des « syndicats de boutiques ». En outre, seul un syndicat accrédité peut forcer l'employeur à négocier de bonne foi¹³⁸⁸, signer une convention collective¹³⁸⁹, tenir une grève légale¹³⁹⁰, bénéficier du précompte syndical obligatoire¹³⁹¹ et exercer les recours prévus à la convention collective¹³⁹².

Au Massachusetts, la reconnaissance volontaire du syndicat par l'employeur est possible, à la condition que le syndicat puisse faire la preuve qu'il dispose de l'appui la majorité des salariés de l'unité de négociation¹³⁹³. Cette preuve de représentativité se fait habituellement à l'aide de cartes de membres ou de formulaires d'adhésion. Certaines formalités devront toutefois être rencontrées par les parties si elles souhaitent bénéficier des protections offertes par le NLRB, comme l'irrecevabilité des requêtes pouvant être déposées par des syndicats concurrents pendant une certaine période, le temps de donner l'occasion aux parties de négocier¹³⁹⁴. D'ailleurs, cette possibilité de reconnaissance volontaire du syndicat a donné naissance au phénomène des « ententes de neutralité » entre employeurs et syndicats, en vertu desquelles les parties renoncent à la procédure prévue au NLRB et prévoient leur propre procédure de reconnaissance et les règles auxquelles elles acceptent de se soumettre¹³⁹⁵. En somme, sous le NLRA, la tenue d'un scrutin secret n'a lieu en principe que lorsque l'employeur refuse de reconnaître un syndicat qui représente plus de 50% des salariés de

¹³⁸⁷ C.t., art. 1(b).

¹³⁸⁸ C.t., art. 53.

¹³⁸⁹ C.t., art. 1 (d).

¹³⁹⁰ C.t., art. 106.

¹³⁹¹ C.t., art. 47.

¹³⁹² C.t., art. 69.

¹³⁹³ G. MAYER, *préc.*, note 1372.

¹³⁹⁴ NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD, *What we do / Conduct Elections, préc.*, note 1385.

¹³⁹⁵ D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, § 4.05, p. 106 et 107.

l'unité de négociation¹³⁹⁶. Notons enfin que la possibilité de reconnaissance volontaire du syndicat par l'employeur existe également en vertu de la MSLRL¹³⁹⁷, mais pour ce faire, des conditions précises doivent être rencontrées¹³⁹⁸.

(3) *Sécurité syndicale*

Le concept de sécurité syndicale recouvre de nombreuses questions. Parmi celles-ci, toutefois, deux sujets revêtent une importance capitale : le financement syndical et l'appartenance syndicale.

(a) Financement syndical

Au Québec, le précompte syndical, qui assure au syndicat le financement de ses activités, est prévu par la loi même. C'est donc un précompte syndical « de plein droit », qui ne nécessite pas l'intervention ou le consentement individuel des travailleurs. En effet, l'article 47 du *Code du travail* impose à tout employeur de « retenir sur le salaire de tout salarié qui est membre d'une association accréditée le montant spécifié par cette association à titre de cotisation » et « retenir sur le salaire de tout autre salarié faisant partie de l'unité de négociation pour laquelle cette association a été accréditée, un montant égal » à la cotisation syndicale. Il est également « tenu de remettre mensuellement à l'association accréditée les montants ainsi retenus avec un état indiquant le montant prélevé de chaque salarié et le nom de celui-ci »¹³⁹⁹. La présence de clauses de financement syndical dans la convention collective n'est donc pas nécessaire au Québec. Les parties peuvent toutefois trouver avantage à inclure de telles clauses à la convention collective afin d'en préciser les modalités et les conditions. Ces clauses ne pourront toutefois prévoir des conditions et des modalités inférieures à celles qui sont prévues à l'article 47, qui est d'ordre public relatif.

¹³⁹⁶ 29 U.S.C. §§ 159(c)(1)(A)(i) et 159(a). D'ailleurs, la requête pour la tenue d'élections déposée par un syndicat que l'employeur refuse de reconnaître doit prévoir un énoncé selon lequel l'employeur refuse de reconnaître volontairement le syndicat : NLRB Rules and Regulation § 102.61 (a)(7).

¹³⁹⁷ M.G.L., c. 150A, §§4B et 5(c)(2).

¹³⁹⁸ 456 CMR 14.06(5).

¹³⁹⁹ C.t., art. 47. Au Canada, cette formule porte de le nom de « formule Rand » en l'honneur du juge qui fut le premier à la proposer dans le cadre de l'arbitrage d'un différend.

Au Massachusetts, la situation est différente. Le précompte syndical n'est pas prévu par la loi. Pour obtenir l'équivalent, le syndicat doit négocier la présence d'une clause de précompte syndical (« *agency shop provision* », qui est en fait une forme particulière d'atelier syndical) et d'une clause de retenue à la source (« *dues check-off provision* »), dans la convention collective, la première obligeant les salariés à payer la cotisation syndicale et la seconde obligeant l'employeur à retenir les sommes correspondantes sur la paie des salariés concernés. Contrairement à la situation qui prévaut au Québec, toutefois, une clause de précompte syndical aux États-Unis ne peut obliger un salarié à payer que la partie des frais d'adhésion et de la cotisation syndicale qui est allouée aux activités de négociation collective et d'administration du contrat collectif (« *dissenter's right* »)¹⁴⁰⁰. En outre, même en présence d'une « *dues check-off provision* » dans la convention collective, les salariés doivent consentir individuellement à la retenue de la cotisation syndicale. En effet, ce type de clause ne fait qu'obliger l'employeur à effectuer la retenue à la source et à verser les sommes perçues au syndicat dans la mesure où chaque salarié, individuellement, l'a dûment autorisé à le faire. Les salariés, bien qu'obligés de payer au syndicat la partie de la cotisation qui correspond aux activités de négociation et d'administration de la convention collective, sont libres de verser les sommes qu'ils doivent au syndicat de la façon qu'ils jugent appropriée¹⁴⁰¹. Enfin, notons qu'un employé qui a des « objections de conscience » à supporter financièrement un syndicat en raison de son appartenance à une religion, à une secte ou une organisation religieuse reconnue, est dispensé de le faire. Il peut toutefois être requis de verser une somme équivalente aux frais d'adhésion et à la cotisation syndicale à un fond administré par une organisation sans but lucratif non-religieuse et non-syndicale. S'il se prévaut de la procédure d'arbitrage de grief, toutefois, il peut être tenu de payer des frais raisonnables découlant de cette utilisation¹⁴⁰².

¹⁴⁰⁰ *Communication Workers of America v. Beck*, préc., note 1291. Au Canada, le « *dissenter's right* » n'a pas été reconnu. Voir : *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, préc., note 30.

¹⁴⁰¹ D'ailleurs, la signature d'un formulaire d'autorisation de retenue à la source ne peut constituer une condition d'emploi.

¹⁴⁰² 29 U.S.C. § 169.

En résumé, le précompte syndical s'applique de plein droit au Québec et ce, aussitôt qu'un syndicat est accrédité. L'employeur n'a d'autre choix que de retenir les sommes correspondantes sur la paie des salariés de l'unité de négociation, qu'ils soient membres ou non du syndicat, et de remettre celles-ci au syndicat sur une base mensuelle. Il n'existe aucune exception à cette règle. Les salariés ne peuvent s'opposer au paiement de la cotisation, même si celle-ci sert en partie à financer des activités qui ne sont pas directement associées à la négociation collective ou à l'application de la convention collective. Au Massachusetts, tant en vertu du NLRA que de la MSLRL, le précompte syndical est permis, mais il doit être prévu par la convention collective et ne peut forcer un salarié qu'à payer la partie de la cotisation syndicale allouée aux activités de négociation collective et d'application de la convention collective. En outre, les salariés membres de certains groupes religieux peuvent être dispensés de payer la cotisation syndicale à certaines conditions.

(b) Appartenance syndicale

Toutes les formes de clauses d'appartenance syndicale sont autorisées au Québec¹⁴⁰³. En effet, bien que la Cour suprême du Canada ait reconnu que le droit d'association prévu à la *Charte canadienne des droits de la personne* inclut celui de ne pas s'associer¹⁴⁰⁴, elle ne s'est toujours pas prononcée directement sur la validité constitutionnelle des clauses d'appartenance syndicale comme telles. En outre, elle a reconnu la constitutionnalité du régime québécois de négociation collective de l'industrie de la construction, qui impose l'appartenance à un syndicat¹⁴⁰⁵.

Aux États-Unis, seules les formes les moins contraignantes de clauses d'appartenance syndicale sont permises. La plus contraignante d'entre elles, la clause d'atelier syndical fermé, est formellement interdite par le NLRA. En ce qui concerne les autres formes de clauses d'appartenance syndicale, il faut savoir que dans l'affaire *General Motors*, la Cour suprême

¹⁴⁰³ C.t., art. 63, *a contrario* (validité reconnue implicitement). Une convention collective peut donc prévoir autant une clause d'atelier fermé qu'une clause d'atelier syndical parfait, d'atelier syndical imparfait ou de maintien d'adhésion. L'article 63 atténue toutefois l'impact de ces clauses afin d'éviter les abus à l'endroit des dissidents.

¹⁴⁰⁴ R. c. *Advance Cutting & Coring Ltd*, préc., note 386.

¹⁴⁰⁵ *Id.*

des États-Unis a interprété l'article 8(a)(3) du NLRA de telle sorte que les clauses de sécurité syndicale ne peuvent obliger un salarié à devenir membre d'un syndicat comme condition d'emploi (« *full membership* »). Tout au plus, ces clauses peuvent-elles forcer un salarié à payer les frais d'adhésion et la cotisation syndicale (« *financial core membership* »)¹⁴⁰⁶. En pratique, donc, l'article 8(a)(3) du NLRA a pour effet d'interdire les clauses de sécurité syndicale plus contraignantes que les « *agency shop provisions* » (i.e. précompte syndical obligatoire), donc les clauses d'atelier fermé, les clauses d'atelier syndical parfait, les clauses d'atelier syndical imparfait et les clauses de maintien d'adhésion¹⁴⁰⁷. En outre, rappelons que dans l'affaire *Beck*, la Cour suprême a jugé que le syndicat ne pouvait exiger que le paiement de la partie des frais d'adhésion et de la cotisation syndicale allouée aux activités de négociation collective et d'administration du contrat collectif¹⁴⁰⁸. En conséquence, les « *agency shop provisions* » ne peuvent forcer un salarié qu'à payer cette partie des frais d'adhésion et de la cotisation syndicale (« *dissenter's right* »).

Le NLRA permet aux États fédérés américains qui le souhaitent d'adopter une législation qui interdit aux employeurs et aux syndicats d'inclure certaines formes de clauses de sécurité syndicale – voire toutes – dans les conventions collectives. Ces lois sont connues sous le terme générique de « *Right to Work Laws* » et parfois de « *Worker Choice Laws* »¹⁴⁰⁹. En pratique, toutefois, ces lois étatiques ne font que réglementer ou interdire les « *agency-shop provisions* » (précompte syndical), puisque seules ces clauses de sécurité syndicale sont autorisées par le NLRA¹⁴¹⁰. Notons qu'une telle législation est inexistante au Massachusetts et que les clauses de précompte syndical obligatoire y sont par conséquent autorisées, sous réserve de la règle énoncée dans l'affaire *Beck*.

¹⁴⁰⁶ 29 U.S.C. § 158(a)(3); *NLRB v. General Motors Corp.*, *préc.*, note 1194.

¹⁴⁰⁷ *NLRB v. Hershey Foods Corp.*, 513 F.2d 1083 (9th Cir. 1975); D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, §17.02 [A], p. 353 et 354.

¹⁴⁰⁸ *Communication Workers of America v. Beck*, *préc.*, note 1291.

¹⁴⁰⁹ 29 U.S.C. § 164(b).

¹⁴¹⁰ Ce ne fut pas toujours le cas, cependant. En effet, la version actuelle de 29 U.S.C. § 158(a)(3) résulte des amendements du *Taft-Hartley Act*, adopté en 1947.

(4) *Négociation collective*

Les principales différences observées en lien avec la négociation collective concernent l'étendue et la durée de vie de l'obligation de négocier de bonne foi. En effet, cette obligation a une portée beaucoup moins large aux États-Unis qu'au Canada, mais survit en principe en tout temps. Des différences importantes ont également été identifiées au niveau des règles applicables aux modifications unilatérales des conditions de travail par l'employeur – que ce soit pendant la phase de négociation collective ou pendant celle de l'application de la convention collective – et des règles applicables dans le cadre de la négociation d'une première convention collective.

(a) Questions assujetties à l'obligation de négocier de bonne foi

Au Québec, pratiquement tous les sujets peuvent être soumis à la négociation collective. En effet, l'objet de la négociation collective est de conclure une convention collective, soit « une entente écrite relative aux conditions de travail »¹⁴¹¹. Or, la convention collective peut contenir toute disposition relative aux conditions de travail « qui n'est pas contraire à l'ordre public ni prohibée par la loi »¹⁴¹².

Le *Code du travail* ne définit pas l'expression « conditions de travail ». Toutefois, la Cour suprême du Canada a donné un sens très large à cette expression dans l'arrêt *Syndicat Catholique des Employés de Magasins de Québec Inc. c. Compagnie Paquet Ltée*¹⁴¹³. Ainsi, constitue une condition de travail toute question sur laquelle les parties sont susceptibles de s'entendre et qu'elles sont susceptibles d'inclure dans une convention collective. En conséquence, toute question qui n'est pas contraire à l'ordre public ni prohibée par la loi et qui présente un lien avec les relations de travail peut être soumise à la négociation, et la partie adverse n'a pas d'autre choix que de négocier de bonne foi à l'égard de celle-ci¹⁴¹⁴. Cela ne signifie toutefois pas qu'une entente doit nécessairement être conclue relativement à toute question soumise à la négociation. En effet, l'obligation de négocier de bonne foi n'impose

¹⁴¹¹ C.t., art. 1(d).

¹⁴¹² C.t., art. 62.

¹⁴¹³ *Préc.*, note 797.

¹⁴¹⁴ C.t., art. 53, al. 2.

pas aux parties d'en arriver à une entente, voire de conclure une convention collective. Mais cela signifie que toute question relative aux conditions de travail qu'une partie soumet à la table de négociation doit y être discutée et peut éventuellement faire l'objet d'un conflit de travail (i.e. grève ou lock-out), ce qui est une caractéristique importante du système canadien.

Aux États-Unis, l'universalité des sujets pouvant ou non être soumis à la négociation est divisée en trois catégories : les sujets dits « à négociation obligatoire » (« *mandatory subjects* », parfois « *statutory subjects* »), les sujets dits « à négociation permise » ou « non-obligatoire » (« *permissive subjects* », parfois « *non-mandatory subjects* ») et les sujets dits « illégaux » ou « à négociation interdite » (« *unlawful subjects* »)¹⁴¹⁵. Seuls les sujets dits « à négociation obligatoire », c'est-à-dire « les salaires, les heures de travail et les autres conditions d'emploi »¹⁴¹⁶, entraînent pour les parties une obligation de négocier de bonne foi et peuvent faire l'objet d'une grève ou d'un lock-out. Toute entente à l'égard de ces sujets devra être consignée dans la convention collective. À l'instar de la situation qui prévaut au Québec, toutefois, l'obligation de négocier de bonne foi n'impose pas aux parties d'en arriver à une entente¹⁴¹⁷. Les parties peuvent négocier les sujets dits « à négociation permise » et les ententes conclues à l'égard de ceux-ci peuvent être consignées dans la convention collective. L'obligation de négocier de bonne foi ne s'applique toutefois pas à ces sujets (une partie ne peut forcer l'autre à négocier à l'égard de ces questions, mais la négociation demeure possible si les deux parties acceptent de négocier) et ceux-ci ne peuvent faire l'objet d'une grève ou d'un lock-out. Enfin, les parties ne peuvent en aucun cas négocier ni consigner dans une convention collective les sujets dits « illégaux » ou « à négociation interdite » (*unlawful subjects*). Par conséquent, ceux-ci ne peuvent faire l'objet d'une grève ou d'un lock-out¹⁴¹⁸.

À l'exception des sujets traditionnels de négociation, il n'est pas toujours facile de départager les sujets « à négociation obligatoire » des sujets « à négociation permise ». Un sujet dit « à négociation obligatoire » est un sujet qui relève des rapports entre l'employeur et

¹⁴¹⁵ *NLRB v. Wooster Division of Borg-Warner Corp.*, *préc.*, note 1254; D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, § 7.04[B], p. 172.

¹⁴¹⁶ 29 U.S.C. § 158(d).

¹⁴¹⁷ *Id.*

¹⁴¹⁸ D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, § 7.04[B], p. 172.

ses employés et qui présente un intérêt pour les deux parties à la négociation collective¹⁴¹⁹. Les sujets qui ne concernent que l'une ou l'autre des parties ou qui relèvent du domaine exclusif ou de la régie interne de l'une ou l'autre des parties (par exemple, les sujets concernant les rapports entre les employés et le syndicat), sont normalement exclus de cette définition¹⁴²⁰. Les cas les plus problématiques sont les sujets qui, bien que relevant du domaine de l'autre partie, relèvent néanmoins également des rapports employeur-employés (par exemple, la sous-traitance, la fermeture ou la relocalisation d'une entreprise)¹⁴²¹.

(b) Durée de vie de l'obligation de négocier de bonne foi

Au Québec, l'obligation de négocier de bonne foi n'existe que durant la phase de la négociation collective, donc de la date de réception (réelle ou réputée) de l'avis de négociation jusqu'à la date de la signature de la convention collective¹⁴²². Elle ne subsiste pas pendant la phase d'administration et d'application de la convention collective, à moins que la convention collective ne prévoit une clause de réouverture, et alors, uniquement à l'égard des sujets prévus à ladite clause¹⁴²³. Autrement, les parties n'ont aucune obligation de négocier en cours de convention collective et les moyens de pression sont interdits¹⁴²⁴.

La Commission des relations du travail a le pouvoir d'ordonner à une partie de négocier de bonne foi¹⁴²⁵. En pratique, toutefois, les effets d'une telle ordonnance sont relativement limités. En effet, l'obligation de négocier de bonne foi prévue à l'article 53 C.t. est une obligation de moyens : elle n'impose pas aux parties de conclure une convention

¹⁴¹⁹ *NLRB v. Wooster Division of Borg-Warner Corp.*, *préc.*, note 1254.

¹⁴²⁰ D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, § 7.04[B], p. 172 et 173. En somme, les tribunaux américains ont adopté une conception beaucoup plus restrictive du concept de « condition de travail » que les tribunaux québécois et canadiens, lequel concept, rappelons le, est le seul expressément énuméré, avec les salaires et les heures de travail, à 29 U.S.C. § 158(d). Alors qu'au Québec, une « condition de travail » inclut toute question que les parties à la négociation sont susceptibles d'inclure à la convention collective, qu'elle relève plus ou moins directement des rapports employeur-employés, aux États-Unis, ce concept se limite aux questions qui relèvent directement des rapports employeur-employés.

¹⁴²¹ Pour plus de détails, voir : D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, § 7.04[B], p. 173-177.

¹⁴²² C.t., art. 53.

¹⁴²³ C.t., art. 107; R. BOURQUE, *préc.*, note 989, p. 52 et 53. Bien entendu, l'une des parties doit se prévaloir de cette clause pour que l'obligation de négocier de bonne foi renaisse.

¹⁴²⁴ C.t., art. 107.

¹⁴²⁵ C.t., art. 53 et 119.

collective. La partie qui pratique de la négociation de façade est donc susceptible de se soustraire à cette obligation.

Au Massachusetts, comme ailleurs aux États-Unis, l'obligation de négocier de bonne foi existe en tout temps entre les parties à l'égard des sujets dits « à négociation obligatoire », même pendant la durée de la convention collective¹⁴²⁶, à moins que la convention collective ne contienne une clause dite « fermeture-éclair » (*zipper-clause*)¹⁴²⁷. En l'absence d'une telle clause, la décision d'un employeur à l'endroit d'un sujet à négociation obligatoire dont la convention collective ne traite pas doit normalement faire l'objet d'une négociation avec le syndicat avant d'être mise en œuvre. En outre, contrairement à la situation qui prévaut au Québec, une telle décision ne pourra être mise en œuvre unilatéralement par l'employeur que lorsque les négociations auront atteint le stade de l'impasse¹⁴²⁸.

Un manquement à l'obligation de négocier de bonne foi constitue une pratique interdite au Massachusetts¹⁴²⁹. Toutefois, les sanctions applicables en cas de manquement à cette obligation sont peu dissuasives : elles se limitent habituellement à une simple ordonnance du NLRB de retourner à la table de négociation et de négocier de bonne foi (« *cease and desist order* »). En effet, en vertu du principe de la libre négociation prévu à 29 U.S.C. § 158(d), les tribunaux ne peuvent forcer les parties – ou l'une d'entre elle – à conclure un entente¹⁴³⁰. Enfin, notons que certains changements unilatéraux des conditions de travail par l'employeur en cours de convention collective peuvent constituer à la fois un manquement à l'obligation de

¹⁴²⁶ 29 U.S.C. § 158(d); *NLRB v. Acme Industrial Co.*, 385 U.S. 432 (1967); D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, § 7.06[A], p. 182 et 183.

¹⁴²⁷ Une clause fermeture-éclair (*zipper clause*) a pour effet de relever les parties de l'obligation de négocier les sujets à négociation obligatoire en cours de convention collective en stipulant que la convention collective traite de la totalité des sujets à négociation obligatoire susceptibles d'être soulevés entre les parties et qu'elles s'en déclarent satisfaites. Ces clauses sont toutefois interprétées strictement par les tribunaux.

¹⁴²⁸ *NLRB v. C&C Plywood*, 385 U.S. 421 (1967); *Hi-Way Billboards, Inc.*, 206 NLRB 22 (1973). En effet, au Québec, un sujet non prévu à la convention collective, quel qu'il soit, peut normalement faire l'objet d'une décision unilatérale de l'employeur sans que celui-ci n'ait à entreprendre quelque négociation que ce soit avec le syndicat, et ce, en vertu de ses droits de direction. Nous reviendrons sur la questions des modifications unilatérales aux conditions de travail à la section suivante, qui traite du « Maintien des conditions de travail ».

¹⁴²⁹ 29 U.S.C. 158(a)(5).

¹⁴³⁰ *H.K. Porter Co. v. NLRB*, 397 U.S. 99 (1970); *Ex-Cell-O Corporation*, 185 NLRB 107 (1970); D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, § 7.07, p. 191-193.

négocier de bonne foi et une violation de la convention collective. Ces situations soulèvent des questions juridictionnelles importantes eu égard au tribunal compétent¹⁴³¹.

(c) Modifications unilatérales des conditions de travail

Au Québec, les conditions de travail en vigueur suite au dépôt d'une requête en accréditation ou à l'expiration d'une convention collective demeurent en vigueur jusqu'à l'exercice du droit de grève ou de lock-out ou jusqu'à ce qu'une sentence arbitrale soit rendue¹⁴³², sous réserve d'une clause dans la convention collective prévoyant que les conditions de travail qu'elle contient continueront de s'appliquer jusqu'à la signature d'une nouvelle convention¹⁴³³. En l'absence d'une telle clause, donc, un changement unilatéral des conditions de travail pendant la phase de la négociation collective n'est susceptible d'avoir lieu qu'une fois la grève ou le lock-out déclenché ou, dans le cas d'un arbitrage de différend, une fois la sentence arbitrale rendue. Pendant la phase de l'application de la convention collective, toutefois, l'employeur n'est tenu de respecter que les conditions de travail qui sont prévues à la convention collective¹⁴³⁴ et est libre de modifier les conditions de travail dont la convention collective ne traite pas, et ce, en vertu de ses droits de direction¹⁴³⁵.

Au Massachusetts, le maintien des conditions de travail relatives à un sujet obligatoire de négociation se poursuit jusqu'à ce que les négociations aient atteint le niveau de l'impasse, que les négociations surviennent pendant la phase de la négociation collective¹⁴³⁶ ou pendant la phase d'application de la convention collective¹⁴³⁷. Un changement unilatéral à ces conditions de travail avant que le niveau de l'impasse ait été atteint constitue une pratique

¹⁴³¹ D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, § 7.06 [B], p. 185, et § 13.05, p. 293-296.

¹⁴³² C.t., art. 59, al. 1 et 2. Pendant ces périodes de maintien des conditions de travail, toutefois, l'employeur peut modifier les conditions de travail avec le consentement écrit du syndicat accrédité et, le cas échéant, du ou des syndicats requérants.

¹⁴³³ C.t., art. 59, al. 3.

¹⁴³⁴ Les conditions de travail peuvent également être modifiées avec le consentement écrit du syndicat accrédité, laquelle modification prendra habituellement la forme d'une lettre d'entente annexée à la convention collective.

¹⁴³⁵ C'est du moins le cas en vertu de la thèse des droits résiduels de la direction, qui est la thèse retenue par la grande majorité des tribunaux au Canada. Voir : G. VALLÉE et J. BOURGAULT, *préc.*, note 797, p. 37.

¹⁴³⁶ *NLRB v. Katz*, 369 U.S. 736 (1962).

¹⁴³⁷ *NLRB v. C&C Plywood*, *préc.*, note 1428. En effet, l'obligation de négocier de bonne foi survie pendant la durée de la convention collective : *NLRB v. Acme Industrial Co.*, *préc.*, note 1426.

interdite¹⁴³⁸. La présence d'une impasse est une question de fait qui dépend de nombreux facteurs¹⁴³⁹. Une fois le niveau de l'impasse atteint, toutefois, l'employeur peut modifier unilatéralement les conditions de travail relatives à un sujet obligatoire qui font l'objet de l'impasse, à la condition que ces modifications soient conformes à ses offres finales¹⁴⁴⁰. Les conditions de travail prévues à la convention collective en vigueur ne peuvent cependant être modifiées unilatéralement par l'employeur, ni à la hausse, ni à la baisse. En effet, le consentement écrit du syndicat signataire est nécessaire¹⁴⁴¹. De plus, les demandes de modification qui surviennent en fin de convention peuvent nécessiter l'accomplissement de formalités particulières, comme la transmission à l'autre partie d'un avis formel de négociation¹⁴⁴².

Enfin, notons que l'employeur est libre de modifier unilatéralement les conditions de travail relatives à un sujet non-obligatoire de négociation. En effet, l'obligation de négocier de bonne foi ne s'applique pas à ces sujets, que ce soit pendant la phase de négociation collective¹⁴⁴³ ou pendant la phase d'application de la convention collective¹⁴⁴⁴. L'employeur qui modifie unilatéralement les conditions de travail portant sur un sujet non-obligatoire prévues à la convention collective s'expose toutefois à une poursuite pour bris de contrat (ou un grief, selon le cas)¹⁴⁴⁵.

(d) Arbitrage de la première convention collective en cas de différend

Au Québec, un différend qui survient dans le cadre de la négociation d'une première convention collective pour le groupe de salariés visés par l'accréditation peut être soumis à l'arbitrage sur demande écrite d'une partie au ministre du Travail. Le recours à la conciliation

¹⁴³⁸ 29 U.S.C. § 158(a)(5) (violation de l'obligation de négocier de bonne foi). À l'instar de la situation qui prévaut au Québec, toutefois, l'employeur peut modifier avant impasse les conditions de travail relatives à un sujet obligatoire si ces modifications étaient déjà planifiées ou résultent d'une pratique passée de l'employeur. En effet, le statu quo prévu par le NLRA est un statu quo dynamique et non un statu quo statique. Voir : D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, §7.04[A][2], p. 171.

¹⁴³⁹ *TruServe Corp. v. NLRB*, 254 F.3d 1105, 1114 (D.C. Cir. 2001).

¹⁴⁴⁰ *Hi-Way Billboards, Inc.*, *préc.*, note 1428.

¹⁴⁴¹ *Oak Cliff-Golman Baking Co.*, 207 NLRB 1063 (1973).

¹⁴⁴² 29 U.S.C. § 158(d); D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, §7.06[C], p. 185.

¹⁴⁴³ *NLRB v. Wooster Division of Borg-Warner Corp.*, *préc.*, note 1254.

¹⁴⁴⁴ *Allied Chemical and Alkali Workers v. Pittsburgh Plate Glass Co.*, 404 U.S. 157 (1971).

¹⁴⁴⁵ *Id.*, p. 188.

est cependant un préalable. En effet, le ministre du travail ne nommera un arbitre de différend que lorsque l'intervention d'un conciliateur se sera avérée infructueuse¹⁴⁴⁶. Le mandat de l'arbitre de différend consiste à déterminer le contenu de la nouvelle convention collective après audition des parties. Ce mandat débute à compter du moment où l'arbitre en arrive à la conclusion qu'il est improbable qu'une convention collective soit signée dans un délai raisonnable¹⁴⁴⁷. Dès lors, toute grève ou lock-out en cours doit cesser (interdiction des moyens de pression) et les conditions de travail qui prévalaient avant la grève ou le lock-out sont maintenues (gel des conditions de travail)¹⁴⁴⁸. L'arbitre rend sa sentence en tenant compte, notamment, des conditions de travail qu'on retrouve dans des entreprises semblables ou dans des circonstances similaires, de même que des conditions de travail dont bénéficient les autres salariés de l'entreprise¹⁴⁴⁹. La sentence arbitrale a le même effet entre les parties qu'une convention collective dûment signée¹⁴⁵⁰. Sa durée minimale est de un an tandis que sa durée maximale est de trois ans. Les parties peuvent toutefois s'entendre pour en modifier le contenu¹⁴⁵¹.

Au Massachusetts, l'arbitrage de différend d'une première convention collective (« *first-contract interest arbitration* ») n'existe pas. Le NLRA ne fait qu'obliger les parties à négocier de bonne foi les sujets à négociation obligatoire, sans aucune obligation de conclure une entente, tant à l'occasion de la négociation d'une première convention collective qu'à l'occasion du renouvellement d'une convention collective¹⁴⁵². Les sanctions prévues au NLRA en cas de manquement à l'obligation de négocier de bonne foi sont toutefois si peu dissuasives (le NLRB ne peut qu'enjoindre à la partie fautive de retourner à la table de négociation et de négocier de bonne foi dans l'avenir) que les employeurs n'ont pas intérêt à négocier de bonne foi et à chercher la conclusion d'une convention collective avec le syndicat. Au contraire, ils ont plutôt intérêt à faire traîner les négociations en longueur et à éviter à tout

¹⁴⁴⁶ C.t., art. 93.1 et 93.2.

¹⁴⁴⁷ C.t., art. 93.4.

¹⁴⁴⁸ C.t., art. 93.5.

¹⁴⁴⁹ C.t., art. 79.

¹⁴⁵⁰ C.t., art. 93.

¹⁴⁵¹ C.t., art. 92.

¹⁴⁵² 29 U.S.C. § 158(d).

prix la conclusion d'une entente. En effet, plus le temps passe, plus le syndicat risque de perdre l'appui des salariés et, éventuellement, de perdre son accréditation, voire de disparaître¹⁴⁵³. D'ailleurs, il appert que près de la moitié (44%) des syndicats nouvellement accrédités ne réussissent pas à conclure une convention collective avec l'employeur. Et parmi ceux qui réussissent, seuls 38% réussissent à conclure celle-ci dans l'année qui suit leur accréditation¹⁴⁵⁴. Le *Employment Free Choice Act* (EFCA), un projet de loi qui a été à l'ordre du jour du Congrès américain pendant le premier mandat du président Obama, proposait de remédier aux lacunes du NLRA en adoptant un mécanisme d'arbitrage de différend obligatoire à la demande d'une seule partie dans le cadre de la négociation d'une première convention collective pour le groupe de travailleurs visé par l'accréditation. Le contexte politique était toutefois peu favorable à son adoption et le projet de loi est mort au feuilleton. La législation étatique applicable au secteur privé ne prévoit pas non plus de mécanisme d'arbitrage de différend obligatoire à l'occasion de la négociation de la première convention collective¹⁴⁵⁵.

(5) *Moyens de pression*

Les règles applicables aux moyens de pression économiques auxquels les parties peuvent recourir dans le cadre de leur relation différent substantiellement entre les territoires étudiés. Nous avons regroupé celles-ci en quatre catégories, soit les règles qui régissent le

¹⁴⁵³ Melanie VIPOND, « First Contract Arbitration : Evidence from British Columbia, Canada of the Significance of Mediators' Non-Binding Recommendations », *Selected Works*, September 2010, pp. 4-5; Patrick EAGAN-VAN METER et Ross EISENBREY, « First-Contract Arbitration Facts : The Canadian Experience », *Economic Policy Institute Issue Brief, no 256*, Washington, D.C., June 25, 2009, p. 2; Catherine L. FISK et Adam R. PULVER, « First Contract Arbitration and the Employee Free Choice Act », *70 Louisiana Law Review* 47, 54-59 (2009).

¹⁴⁵⁴ John-Paul FERGUSON, « The Eyes of the Needles : A Sequential Model of Union Organizing Drives, 1999-2004 », *62 Industrial & Labor Relations Review* 3, 5 (2008). Voir également : M. VIPOND, *préc.*, note 1453; C.L. FISK et A.R. PULVER, *préc.*, note 1453, 58; Kate BRONFENBRENNER, « No Holds Barred : the Intensification of Employer Opposition to Organizing », *Economic Policy Briefing Paper*, no. 235, 2009, p. 2; John-Paul FERGUSON et Thomas A. KOCHAN, *Sequential Failures in Workers' Right to Organize*, MIT Sloan School of Management Institute for Work and Employment Research, March 2008.

¹⁴⁵⁵ La législation applicable au secteur public prévoit toutefois l'arbitrage de différends volontaire (i.e. à la demande conjointe des deux parties), tant à l'occasion de la négociation d'une première convention collective qu'à l'occasion du renouvellement d'une telle convention. Voir : Jeanne HAYES et John MORAN, *Comparison of Connecticut's State Employee Collective Bargaining Laws With Those of Bordering States*, OLR Research Report, 2010-R-0127, March 22, 2010; LABOR RELATIONS COMMISSION, *A Guide to the Massachusetts Public Employee Collective Bargaining Law*, Internet Edition, Commonwealth of Massachusetts, Boston, MA, 2002.

moment (l'époque) où les parties sont autorisées à recourir à ces moyens de pression, celles qui régissent l'utilisation de travailleurs de remplacement pendant un conflit de travail, celles qui traitent de la protection d'emploi des salariés impliqués dans un conflit de travail et celles qui encadrent le piquetage et boycott secondaire pendant un conflit de travail.

(a) Époque où les parties peuvent recourir aux moyens de pression

Au Québec, les moyens de pression ne peuvent être utilisés que durant la phase de la négociation collective et uniquement lorsque le syndicat a été accrédité et que le droit de grève ou de lock-out a été acquis¹⁴⁵⁶. La grève ou le lock-out sont prohibés pendant la durée de la convention collective, sauf lorsque les droits prévus à une clause de réouverture sont exercés¹⁴⁵⁷.

Au Massachusetts, les moyens de pressions peuvent en principe survenir en tout temps à l'égard d'un sujet dit à négociation obligatoire, la seule condition étant que la négociation entre les parties ait atteint le niveau de l'impasse. Il est toutefois interdit de déclencher des moyens de pressions dans les 60 jours qui suivent l'avis de négociation ou la date d'expiration de la convention collective, selon la plus tardive des deux dates¹⁴⁵⁸. En pratique, toutefois, les parties peuvent inclure dans la convention collective une clause interdisant le recours à la grève pendant la durée de la convention collective. Une telle clause est généralement obtenue en contrepartie d'une clause d'arbitrage de grief obligatoire et exécutoire¹⁴⁵⁹. D'ailleurs, les tribunaux ont décidé que la présence d'une clause d'arbitrage de grief obligatoire dans une convention collective peut constituer, selon les circonstances, une promesse implicite du syndicat de ne pas recourir à la grève pendant la durée de la convention collective, malgré l'absence d'une clause à cet effet¹⁴⁶⁰. Toute violation de cette disposition de la convention collective pourra faire l'objet d'un grief ou, en l'absence d'une telle procédure, d'une action pour bris de contrat.

¹⁴⁵⁶ C.t., art. 106, 58 et 109, soit 90 jours après la réception effective ou réputée de l'avis de négociation.

¹⁴⁵⁷ C.t., art. 107 et 109.

¹⁴⁵⁸ 29 U.S.C. § 158(d)(4).

¹⁴⁵⁹ J. BÉLANGER et G. TRUDEAU, *préc.*, note 139, 443.

¹⁴⁶⁰ *Local 174, Teamsters v. Lucas Flour Co.*, *préc.*, note 1302; D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, §13.01 [B][2].

(b) Utilisation de travailleurs de remplacement pendant un conflit de travail

Au Québec, le *Code du travail* interdit à l'employeur d'utiliser des travailleurs de remplacement dans l'établissement visé par une grève ou un lock-out. Elle lui interdit également d'utiliser en tout lieu des travailleurs de l'unité de négociation en grève ou en lock-out. L'employeur doit opérer ses installations uniquement avec des cadres qui étaient à son emploi avant le début de la phase des négociations. Il peut toutefois recourir à la sous-traitance externe en tout temps¹⁴⁶¹.

Au Massachusetts, le NLRA autorise l'employeur à utiliser des travailleurs de remplacement pendant une grève ou un lock-out¹⁴⁶². Le statut des travailleurs de remplacement que l'employeur est autorisé à utiliser, soit temporaire ou permanent, dépend toutefois du type de grève ou de lock-out qui aura été entrepris¹⁴⁶³. En effet, le droit de retour au travail des salariés grévistes et, par voie de conséquence, la possibilité pour les travailleurs de remplacement de conserver ou non leur emploi une fois le conflit de travail terminé, varie en fonction de l'objet pour lequel la grève ou le lock-out a été tenu. Ainsi, en présence d'une grève dont l'objet est de dénoncer une pratique interdite commise par l'employeur (par exemple, pour dénoncer le congédiement d'un membre de l'exécutif syndical en raison de son statut) ou des conditions de travail dangereuses, l'employeur ne peut embaucher que des travailleurs de remplacement temporaires, puisque les grévistes ont le droit de réintégrer leur poste de façon prioritaire à la fin du conflit de travail¹⁴⁶⁴. L'embauche de travailleurs de remplacement permanents dans ce contexte exposerait l'employeur à des poursuites potentiellement très coûteuses de la part des travailleurs de remplacement déplacés par les

¹⁴⁶¹ C.t., art. 109.1.

¹⁴⁶² À noter que la législation étatique interdit toutefois d'utiliser des « briseurs de grève professionnels » : M.G.L., c. 149, § 22A. Un briseur de grève professionnel (*professional strikebreaker*) est défini par la loi comme étant (traduction libre) : « une personne dont une partie importante du revenu provient régulièrement et habituellement d'emplois occupés là où un lock-out ou un grève est en vigueur afin de remplacer un employé dont le travail a cessé en raison d'un tel lock-out ou d'un telle grève. ».

¹⁴⁶³ Dans les faits, le statut des travailleurs de remplacement dépend des représentations faites par l'employeur au moment de leur embauche, mais nous assumons ici que le type de travailleur que l'employeur embauche est cohérent avec le droit des grévistes de réintégrer ou non leur poste de façon prioritaire à la fin du conflit de travail. Ne pas tenir compte des droits des grévistes exposerait l'employeur à des poursuites potentiellement très coûteuses, que ce soit de la part des grévistes non réintégrés ou de la part des travailleurs de remplacement déplacés.

¹⁴⁶⁴ D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, §9.05[B], p. 223.

grévistes¹⁴⁶⁵. En présence d'une grève économique (i.e. dont l'objet est d'inciter l'employeur à adhérer aux demandes syndicales en matière de conditions de travail), toutefois, l'employeur a la faculté d'embaucher non seulement des travailleurs de remplacement temporaires, mais également des travailleurs de remplacement permanents, puisque les grévistes ne disposent alors pas de droit de réintégration prioritaire. Des conditions particulières doivent toutefois être rencontrées pour ce faire¹⁴⁶⁶. L'employeur peut également utiliser des cadres pour accomplir les fonctions des grévistes, à l'instar de la situation qui prévaut au Québec¹⁴⁶⁷.

(c) Protection d'emploi des salariés impliqués dans un conflit de travail

Au Québec, les salariés qui participent à une grève ou qui font l'objet d'un lock-out au sens du *Code du travail* conservent leur statut de salarié pendant le conflit¹⁴⁶⁸. À la fin de la grève ou du lock-out, ils ont le droit de recouvrer leur emploi de façon prioritaire, à moins que l'employeur n'ait une cause juste et suffisante de ne pas les rappeler au travail¹⁴⁶⁹.

Au Massachusetts, la protection d'emploi accordée dépend du type de grève à laquelle participent ou ont participé les salariés. Les salariés qui participent ou ont participé à une grève dont l'objet est de dénoncer une pratique interdite commise par l'employeur ou des conditions de travail dangereuses pour la santé ou la sécurité conservent leur statut d'employé pendant toute la durée du conflit¹⁴⁷⁰ et ne peuvent être congédiés en raison de leur participation à la grève¹⁴⁷¹, ni être remplacés de façon permanente. À la fin de la grève, ils ont le droit de recouvrer leur emploi de façon prioritaire, que l'employeur ait recouru ou non à des travailleurs de remplacement pendant la durée du conflit¹⁴⁷². Les salariés qui participent à une grève dont l'objet est d'améliorer ou de maintenir leurs conditions de travail (i.e. une grève

¹⁴⁶⁵ *Id.*, §9.05[H], p. 231

¹⁴⁶⁶ *Id.*, §9.05[C], p. 223-227.

¹⁴⁶⁷ *Parker-Robb Chevrolet, Inc.*, 262 NLRB 402 et 711 F.2d 383 (D.C. Cir. 1983).

¹⁴⁶⁸ C.t., art. 110.

¹⁴⁶⁹ C.t., art. 110.1.

¹⁴⁷⁰ 29 U.S.C. § 152(3).

¹⁴⁷¹ 29 U.S.C. §§ 158(a)(1) et 158(a)(3); *NLRB v. Kaiser Steel Corp.*, 700 F.2d 575, 576-577 (9th Cir. 1983). En effet, congédier un salarié pour avoir participé à une grève légale (*protected strike*) constitue une pratique interdite.

¹⁴⁷² *NLRB v. Fleetwood Trailer Co., Inc.*, 389 U.S. 375 (1967); D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, §9.05[G], p. 231. Pour ce faire, toutefois, les grévistes doivent avoir formulé une demande de réintégration inconditionnelle et ne pas occuper un emploi substantiellement équivalent.

économique) conservent leur statut de salarié pendant la durée du conflit¹⁴⁷³ et ne peuvent être congédiés en raison de leur participation au conflit¹⁴⁷⁴. À la différence des premiers, toutefois, ces derniers peuvent être remplacés de façon permanente par des travailleurs de remplacement embauchés pendant le conflit. Ils ne possèdent pas de droit de réintégration prioritaire, mais possèdent plutôt un simple droit de rappel lorsque des postes pour lesquels ils sont qualifiés redeviennent disponibles par la suite¹⁴⁷⁵. Enfin, notons que la participation à une grève illégale (i.e. formalités non respectées ou objet de grève illégal) ou l'adoption de certaines formes de comportements (violence, mauvaise conduite, etc.) expose le salarié à la perte de son statut de salarié ou encore à des sanctions disciplinaires de la part de son employeur, voire à son congédiement¹⁴⁷⁶.

(d) Piquetage secondaire

Le piquetage secondaire n'est pas interdit au Québec. En effet, depuis 2002, le piquetage, qu'il soit primaire ou secondaire, est généralement légal, à la condition d'être pacifique et de rencontrer les critères développés par la jurisprudence en matière criminelle et civile. À l'instar du piquetage primaire, le piquetage secondaire est reconnu comme étant une manifestation de la liberté d'expression des salariés, laquelle doit être privilégiée au détriment de la protection de l'employeur contre le préjudice économique¹⁴⁷⁷.

¹⁴⁷³ 29 U.S.C. § 152(3); D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, § 9.05[E], p. 228.

¹⁴⁷⁴ 29 U.S.C. §§ 158(a)(1) et 158(a)(3); *NLRB v. Kaiser Steel Corp.*, *préc.*, note 1471. En effet, congédier un salarié pour avoir participé à une grève légale (*protected strike*) constitue une pratique interdite.

¹⁴⁷⁵ *NLRB v. Fleetwood Trailer Co., Inc.*, *préc.*, note 1472; D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, § 9.05[F], p. 228-231. Afin d'être réintégrés ou, le cas échéant, d'être inscrits sur la liste de rappel, les grévistes doivent avoir formulé une demande de réintégration inconditionnelle et ne pas occuper un emploi substantiellement équivalent. Notons que les tribunaux ont le pouvoir d'ordonner à l'employeur de réintégrer un travailleur dans son poste ou dans un poste substantiellement équivalent à celui qu'il occupait avant le conflit de travail, avec la même ancienneté et les mêmes avantages et, le cas échéant, le salaire dont il a été privé.

¹⁴⁷⁶ *NLRB v. Burnup & Sims Inc.*, 379 U.S. 21 (1964); *NLRB v. Fansteel Metallurgical Corp.*, 306 U.S. 240 (1939); *Boghossian Raisin Packing Co.*, 342 NLRB 32 (2004); D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, § 9.02[A], p. 212 et 213, et § 9.06[A], p. 232.

¹⁴⁷⁷ *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, *préc.*, note 389; R.P. GAGNON, *préc.*, note 354, p. 653 et 654.

Au Massachusetts, le piquetage secondaire est interdit par la disposition du NLRA portant sur le boycott secondaire (*secondary boycott provision*)¹⁴⁷⁸. Cette disposition, introduite en 1947 suite à l'adoption du *Labor Management Relations Act* (aussi appelé le *Taft-Hartley Act*), interdit à un syndicat d'exercer une pression économique sur un employeur étranger au conflit de travail (employeur secondaire), sous forme de piquetage ou autrement, afin d'inciter celui-ci à cesser de faire affaires avec l'employeur directement impliqué dans le conflit de travail (employeur primaire), dans le but de forcer ce dernier à répondre favorablement aux demandes syndicales¹⁴⁷⁹. Le piquetage à l'endroit d'un employeur secondaire considéré comme l'« alter ego » ou comme l'« allié » de l'employeur primaire est cependant autorisé¹⁴⁸⁰. Le piquetage effectué devant un commerce où sont vendus les produits de l'employeur primaire est autorisé, mais il ne doit viser que les consommateurs et ne doit inciter qu'au boycott des produits fabriqués par l'employeur primaire¹⁴⁸¹. Dans la mesure où elle n'est pas accompagnée de piquetage, la distribution de tracts n'est pas visée par la disposition relative au boycott secondaire et est, par conséquent, permise¹⁴⁸².

(6) *Application de la convention collective*

Au Québec, l'arbitrage de grief est directement imposé par la loi. Aucune clause n'est en principe requise dans la convention collective, bien que celle-ci puisse présenter certains avantages. En outre, l'arbitrage de grief est le seul recours à la disposition des parties à la convention collective pour faire trancher un « grief »¹⁴⁸³ par un tiers. En effet, le *Code du travail* rend obligatoire l'arbitrage de tout « grief » qui n'est pas réglé à l'amiable ou qui n'est pas retiré par la partie qui l'a déposé¹⁴⁸⁴. Les parties ne peuvent saisir les tribunaux judiciaires

¹⁴⁷⁸ 29 U.S.C. § 158(b)(4).

¹⁴⁷⁹ D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, §11.01, p. 251.

¹⁴⁸⁰ *Id.*, §11.02, p. 252-254. Est considéré comme un « allié » l'employeur qui « vient en aide » à l'employeur directement impliqué dans le conflit de travail en effectuant pour lui du travail qui serait normalement effectué par ses propres travailleurs : *Douds v. Metrop. Fed. Of Architects, Local 231*, 75 F. Supp. 672 (S.D.N.Y. 1948).

¹⁴⁸¹ *NLRB v Fruit & Vegetable Packers & Warehousement, Local 760*, 377 U.S. 58 (1964); D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, §12.01, p. 269.

¹⁴⁸² *Edward J. DeBartolo Corp. v. Florida Gulf Coast Building & Construction Trades Council*, 485 U.S. 568 (1988).

¹⁴⁸³ Un « grief » au sens du *Code du travail* est « toute mésentente relative à l'interprétation ou à l'application d'une convention collective » : C.t., art. 1(f).

¹⁴⁸⁴ C.t., art. 100.

pour ce faire ou encore, exercer des moyens de pression économique. Au Québec, l'arbitre de griefs possède une compétence matérielle exclusive très large¹⁴⁸⁵. Il possède le pouvoir de se prononcer sur sa propre compétence à entendre un grief et pour interpréter les clauses de la convention collective qui lui confèrent compétence¹⁴⁸⁶. Il possède également le pouvoir d'interpréter et d'appliquer une loi ou un règlement dans la mesure où cela est nécessaire de le faire pour décider d'un grief¹⁴⁸⁷. La sentence arbitrale est finale, sans appel et lie les parties¹⁴⁸⁸. Elle demeure cependant soumise au pouvoir de surveillance et de contrôle des tribunaux supérieurs. Ces derniers accordent une grande déférence à la décision de l'arbitre lorsque celle-ci s'inscrit dans le cadre de sa compétence spécialisée¹⁴⁸⁹. Le tribunal d'arbitrage est en principe présidé par un arbitre seul¹⁴⁹⁰, mais il peut, à certaines conditions, être assisté d'assesseurs¹⁴⁹¹. La convention collective peut toutefois prévoir des modalités différentes¹⁴⁹². La procédure en vigueur devant un tribunal d'arbitrage est laissée à la discrétion de l'arbitre, mais celle-ci est habituellement moins formelle que celle qui prévaut devant les tribunaux judiciaires¹⁴⁹³.

Au Massachusetts, ni la NLRB ni la MSLRL n'imposent l'arbitrage de grief aux parties à la convention collective pour trancher les griefs susceptibles de survenir entre elles. Ce mécanisme doit plutôt être adopté par les parties. En effet, les parties sont libres d'inclure ou non une clause d'arbitrage de grief obligatoire dans la convention collective¹⁴⁹⁴. En l'absence d'une telle clause, les tribunaux judiciaires sont compétents pour trancher les litiges

¹⁴⁸⁵ L'arbitre possède compétence dès lors que les faits en cause révèlent que l'essence du litige concerne une matière visée par la convention collective, que ce soit expressément ou implicitement : *Bisaillon c. Université Concordia*, [2006] 1 R.C.S. 666; *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 R.C.S. 360; *Nouveau-Brunswick c. O'Leary*, *préc.*, note 1151; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper c. S.C.T.P.*, *préc.*, note 797.

¹⁴⁸⁶ *Dayco (Canada) Ltd. c. T.C.A. – Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230; *Hémond c. Coopérative fédérée du Québec*, *préc.*, note 797; *Procureur général de la province de Québec c. Labrecque*, [1980] 2 R.C.S. 1057, 1073.

¹⁴⁸⁷ C.t., art. 100.12 (a).

¹⁴⁸⁸ C.t., art. 101.

¹⁴⁸⁹ *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 47; *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, *préc.*, note 389; R.P. GAGNON, *préc.*, note 354, p. 755-757.

¹⁴⁹⁰ C.t., art. 100 et ss. La convention collective peut toutefois prévoir des modalités différentes : C.t., art. 100.

¹⁴⁹¹ C.t., art. 100.1.1.

¹⁴⁹² C.t., art. 100.

¹⁴⁹³ C.t., art. 100.2.

¹⁴⁹⁴ D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, §13.01, p. 277.

relatifs à l'interprétation ou à l'application de la convention collective¹⁴⁹⁵. Les parties peuvent également recourir aux moyens de pression économique traditionnels que sont la grève ou le lock-out pour forcer l'autre partie à respecter la convention collective, à moins que la convention collective ne l'interdise¹⁴⁹⁶. C'est une différence importante. En pratique, toutefois, la situation diffère peu. En effet, la quasi-totalité des conventions collectives prévoient une clause d'arbitrage de grief¹⁴⁹⁷, qui est habituellement concédée par l'employeur en l'échange d'une clause interdisant la grève en cours de convention collective¹⁴⁹⁸.

À l'instar de la situation qui prévaut au Québec, les tribunaux judiciaires accordent une déférence importante à l'arbitrage de grief et à la sentence arbitrale et n'interviennent généralement qu'en cas de contravention à la justice procédurale, d'excès de juridiction ou de contravention à l'ordre public¹⁴⁹⁹. À la différence du Québec, toutefois, l'arbitre de grief n'est généralement pas compétent pour trancher les questions de nature juridictionnelle associées à l'arbitrabilité d'un grief. En effet, à moins d'une disposition claire à l'effet contraire dans la convention collective, les tribunaux judiciaires demeurent les seuls compétents pour trancher des questions de cette nature¹⁵⁰⁰. L'arbitre peut toutefois décider des questions de nature procédurale lorsque sa compétence n'est pas en cause¹⁵⁰¹.

Au Québec, l'arbitrage de grief est une institution publique. La loi reconnaît donc à l'arbitre de grief de nombreux pouvoirs, parmi lesquels ceux d'interpréter et appliquer une loi ou un règlement lorsqu'il est nécessaire de le faire pour trancher un grief et de rendre toute décision propre à sauvegarder les droits des parties. La jurisprudence a également reconnu à

¹⁴⁹⁵ 29 U.S.C. § 185 (*Labor Management Relations Act de 1947 (Taft-Hartley Act)*, section 301); *Textile Workers v. Lincoln Mills of Alabama*, *préc.*, note 1302. Rappelons que cette décision a confirmé la compétence des tribunaux fédéraux en matière d'interprétation et d'application de la convention collective et le développement d'une jurisprudence fédérale applicable en la matière. Voir également : D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, §13.01[B][1], p. 279 et 280.

¹⁴⁹⁶ Rappelons que la convention collective peut contenir une clause interdisant expressément la grève ou le lock-out en cours de convention collective. De plus, la présence d'une clause d'arbitrage de grief constitue en soit une promesse implicite de ne pas faire une grève ou un lock-out en cours de convention collective : *Local 174, Teamsters v. Lucas Flour Co.*, *préc.*, note 1302.

¹⁴⁹⁷ D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, §13.01, p. 277.

¹⁴⁹⁸ J. BÉLANGER et G. TRUDEAU, *préc.*, note 139, 443.

¹⁴⁹⁹ *MLB v. Garvey*, *préc.*, note 1307; C. W. SHARPE, *préc.*, note 1307.

¹⁵⁰⁰ *United Steelworkers of America v. American Manufacturing Co.*, *préc.*, note 1306.

¹⁵⁰¹ *John Wiley & Sons v. Livingston*, *préc.*, note 1308.

l'arbitre de grief le pouvoir (et le devoir) d'appliquer les dispositions des conventions collectives de façon compatible avec les exigences des dispositions substantives des lois d'ordre public, comme la *Loi sur les normes du travail* ou la *Charte des droits et libertés de la personne*. L'arbitre possède en outre le pouvoir de trancher lui-même les questions relatives à sa compétence (questions juridictionnelles). Enfin, bien qu'elle puisse faire l'objet d'une révision judiciaire par les tribunaux de droit commun, la sentence arbitrale est sans appel, lie les parties et devient exécutoire sur simple dépôt au greffe de la Cour supérieure.

Au Massachusetts, l'arbitrage de grief est de nature différente. C'est une créature purement contractuelle, au même titre que l'arbitrage commercial. L'arbitre de grief ne possède donc pas des pouvoirs aussi larges et aussi nombreux qu'au Québec. En fait, il ne possède généralement que les pouvoirs que les parties ont bien voulu lui confier dans la convention collective et son mandat se limite généralement à celui d'interpréter et d'appliquer la convention collective. Notamment, il ne peut appliquer les lois fédérales et étatiques pour décider d'un grief. Ceci signifie qu'il peut y avoir cumul de recours pour un même litige, ce qui n'est généralement pas le cas au Québec, où l'arbitre jouit d'une compétence élargie et exclusive. Enfin, notons que contrairement au Québec, la sentence arbitrale n'est exécutoire que suite à l'intervention des tribunaux judiciaires. Malgré son caractère contractuel, toutefois, les tribunaux accordent une déférence judiciaire importante à l'arbitrage de grief, qui est perçu comme la pièce maîtresse du système de relations de travail aux États-Unis.

En plus des différences observées au niveau des régimes de rapports collectifs comme tels, qui sont des différences d'ordre général, nous avons identifié un certain nombre de différences qui, bien que découlant également pour la plupart du régime de rapports collectifs, se rapportent plus particulièrement à l'une ou l'autre des phases du rapport salarial, soit sa formation, son déroulement ou sa durée de vie (i.e. son contenu obligationnel) et sa rupture. Les sections qui suivent visent à identifier et expliciter ces différences.

b) Au niveau de la formation du rapport salarial

La principale différence observée entre les territoires étudiés au niveau de la formation du rapport salarial a trait à l'interdiction des clauses d'atelier syndical fermé dans les conventions collectives aux États-Unis. On ne doit pas s'étonner du nombre peu élevé de

différences observées entre les régimes étudiés au niveau de la formation du rapport salarial. En effet, outre l'atelier fermé, peu de clauses de conventions collectives s'intéressent à la question de l'embauche des travailleurs. De plus, à ce chapitre, les lois cadres en matière de rapports collectifs se contentent généralement d'interdire certaines formes de comportements (pratiques et mesures de représailles interdites au niveau de l'embauche). Or, ces règles ne diffèrent généralement pas de façon importante entre les deux régimes.

(1) *La présence d'une clause d'atelier syndical fermé dans la convention collective*

Au Québec, la clause d'atelier syndical fermé – qui impose à un travailleur d'être membre en règle d'un syndicat avant même son embauche – est permise, bien que peu courante. La validité de ces clauses est reconnue implicitement à l'article 63 du *Code du travail*. La Cour suprême du Canada a reconnu que le droit d'association prévu à la Charte canadienne comprend celui de ne pas s'associer¹⁵⁰², mais elle ne s'est toujours pas prononcée directement sur la légalité des clauses d'appartenance syndicale comme telles. Elle a cependant reconnu la constitutionnalité du régime québécois de négociation collective de l'industrie de la construction, qui impose l'appartenance à un syndicat¹⁵⁰³.

Aux États-Unis, et par conséquent au Massachusetts, la clause d'atelier syndical fermé est formellement interdite par le NLRA. En effet, celui-ci prévoit qu'une clause d'appartenance syndicale ne peut avoir pour effet d'obliger un salarié à devenir membre d'un syndicat avant le 30^{ème} jour qui suit son embauche ou l'entrée en vigueur de la convention collective, selon le cas¹⁵⁰⁴. La clause d'atelier syndical fermé exigeant, par définition, que le salarié devienne membre du syndicat avant même son embauche, est par conséquent directement interdite par le NLRA. C'est d'ailleurs à cette fin précise que cette exigence de 30 jours a été ajoutée au NLRA en 1947, suite à l'adoption du *Taft-Hartley Act*¹⁵⁰⁵. Ceci étant, dans l'affaire *General Motors*, la Cour suprême des États-Unis a reconnu l'illégalité des

¹⁵⁰² R. c. *Advance Cutting & Coring Ltd*, préc., note 386.

¹⁵⁰³ *Id.*

¹⁵⁰⁴ 29 U.S.C. § 158(a)(3).

¹⁵⁰⁵ D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, préc., note 1173, § 17.02[A], pp. 352-353.

clauses de conventions collectives faisant de l'appartenance à un syndicat une condition d'emploi¹⁵⁰⁶.

c) Au niveau du contenu du rapport salarial

La convention collective joue un rôle central dans la détermination du contenu du rapport salarial en contexte syndiqué au Québec et au Massachusetts. En effet, en vertu du principe de la libre négociation, qui s'applique dans les deux territoires étudiés, ce sont les parties elles-mêmes qui, par le biais de la négociation collective, déterminent les conditions de travail qui s'appliquent à leur milieu de travail¹⁵⁰⁷.

Les régimes de négociation collective étudiés sont très décentralisés. En effet, les conventions collectives conclues dans le cadre de ces régimes s'appliquent normalement à des unités de négociation très « locales », dont la portée se limite généralement à l'entreprise, voire à l'établissement. Il en résulte par conséquent une très grande variation dans le contenu des conventions collectives applicables. L'étude de ce contenu ne peut donc se faire que par le biais de clauses-type.

Les principales clauses-type susceptibles de se retrouver dans les conventions collectives québécoises et massachusettsoises sont essentiellement les mêmes. Cela est vraisemblablement dû au fait que les régimes sont apparentés et possèdent sensiblement la même structure de négociation, mais aussi parce que le mouvement syndical est relativement semblable dans les deux États (i.e. idéologie relativement comparable, mêmes demandes à la table de négociation, etc.). Le contenu du rapport salarial qui trouve son origine dans les rapports collectifs du travail ne devrait par conséquent pas constituer outre mesure un facteur important aux fins de la localisation de l'IDE.

¹⁵⁰⁶ *Supra*, section IV.C.2.b)(8), p. 337.

¹⁵⁰⁷ D'ailleurs, ce rôle central de la convention collective en contexte de rapports collectifs est encore plus marqué au Massachusetts (aux États-Unis) qu'il ne l'est au Québec, où l'intervention directe du législateur dans les conditions de travail est beaucoup plus courante, même en présence d'une convention collective. Notons toutefois que ceci n'est vrai que dans la mesure où une convention collective est effectivement applicable. Pour plus de détails sur les différences observées en ce qui a trait au taux de présence syndicale, voir: *Supra*, section IV.C.3.a)(1), p. 351.

Ceci étant, certaines clauses sont interdites aux États-Unis alors qu'elles sont permises au Québec. L'exemple le plus éloquent à cet égard est celui des clauses d'appartenance syndicale. Or, la possibilité qu'une convention collective québécoise puisse prévoir de telles clauses (et, au surplus, qu'un différend relatif à l'inclusion d'une telle clause dans la convention collective puisse déboucher sur un conflit de travail) est une différence importante qui est susceptible d'avoir des effets sur la localisation de l'IDE. Les effets de ces clauses se faisant davantage sentir au niveau de la formation et de la rupture du rapport salarial, toutefois, nous avons préféré traiter de celles-ci respectivement aux sous-section b)(1), ci-avant (formation du rapport salarial), et d)(1), ci-après (rupture du rapport salarial).

Enfin, on ne peut passer sous silence le fait que la portée beaucoup plus large de obligation de négocier de bonne foi au Québec est susceptible d'avoir un impact sur l'éventail des clauses-types retrouvées dans les convention collectives. En effet, aux États-Unis, une partie ne peut forcer l'autre à négocier à l'égard d'une question qui porte sur un sujet non obligatoire : elle ne peut faire une grève ou un lock-out à l'égard d'une telle question. Les chances qu'une clause portant sur un sujet à négociation non obligatoire soit prévue à la convention collective sont donc beaucoup moindres au Massachusetts qu'elles ne le sont au Québec. Cela ne signifie toutefois pas que les chances de retrouver une telle clause dans une convention collective soient nulles : une partie peut toujours consentir à ce qu'une telle clause soit incluse dans la convention collective. Elles sont tout simplement moins élevées. L'éventail des clauses-types susceptibles d'être retrouvées au Québec est donc, à tout le moins en théorie, plus large. Ainsi, les conventions collectives québécoises sont davantage susceptibles de contenir des clauses portant sur des sujets comme les procédures de ratification de la convention collective, les changements à l'unité de négociation et les procédures relatives à la réintégration des salariés grévistes suite à un conflit de travail que ne le sont les conventions collectives massachusettsoises, ces sujets ayant été considérés comme des sujets à négociation non obligatoire par les tribunaux¹⁵⁰⁸.

¹⁵⁰⁸ *Supra*, section IV.C.2.b)(6), p. 329.

d) Au niveau de la rupture du rapport salarial

Comme c'était le cas pour la formation du rapport salarial, la principale différence observée au niveau de la formation du rapport salarial a trait aux clauses de sécurité syndicales. À la différence de la formation du rapport salarial, toutefois, ce n'est pas ici l'atelier fermé qui est concerné, mais la plupart des autres clauses de sécurité syndicale susceptibles d'être incluses dans une convention collective, le non respect de celles-ci par le salarié étant habituellement sanctionné par une perte de l'emploi.

La plupart des autres clauses-types des conventions collectives québécoises et massachusettsoises qui s'appliquent en contexte de rupture du lien d'emploi présentent des similarités importantes entre les régimes étudiés et sont donc peu susceptibles d'avoir des effets sur la localisation de l'IDE. Parmi les plus connues, notons les clauses relatives au congédiement sans cause juste et suffisante (« *dismissal without just cause* ») et, plus généralement, les clauses relatives à l'imposition de la discipline. D'autres clauses, quant à elles, encadrent les droits de direction de l'employeur eu égard aux mises à pied et aux licenciements, prévoyant une procédure à suivre et des formalités particulières à respecter ainsi qu'une procédure de rappel au travail.

(1) Le non-respect par le salarié d'une clause de sécurité syndicale

Les principales clauses de sécurité syndicale sont les clauses d'appartenance syndicale et les clauses de financement syndical. En général, les clauses d'appartenance syndicale contraignent les salariés de l'unité de négociation – ou une partie d'entre eux – à devenir membre en règle du syndicat et/ou à le rester, selon le cas. Ce faisant, elles assurent une certaine sécurité juridique au syndicat accrédité pendant la durée de la convention collective, permettant à celui-ci de conserver son caractère représentatif ou, à tout le moins, d'en limiter l'érosion. Le respect de ces clauses est assuré par une sanction très sévère : la perte par l'employé de son emploi en cas de non respect des obligations qui y sont prévues. Les clauses de financement syndical, quant à elles, obligent les salariés de l'unité de négociation, qu'ils soient membres ou non du syndicat, à payer la cotisation syndicale au syndicat (ou, dans le cas des non-membres, une somme équivalente à la cotisation syndicale), sous peine de perdre leur emploi. Au Québec, cette formule est connue sous le nom de « précompte

syndicale obligatoire » ou de « formule Rand », tandis qu'aux États-Unis, elle est connue sous le nom d' « Agency Shop ». En fait, aux États-Unis, la distinction entre clauses d'appartenance syndicale et clauses de financement syndical est beaucoup moins courante que chez nous : on préfère tout simplement parler de « clauses d'atelier syndical » (« *union shops* »).

Au Québec, toutes les formes de clauses d'appartenance syndicale peuvent être incluses dans la convention collective. Le salarié visé par une telle clause doit donc s'assurer de respecter les obligations qui s'imposent à lui en vertu de celle-ci, à défaut de quoi il s'expose à la perte de son emploi¹⁵⁰⁹. L'inclusion d'une clause de précompte syndical obligatoire à la convention collective est également autorisée, même si, en principe, une telle clause n'est plus nécessaire¹⁵¹⁰. Inclure une telle clause peut toutefois offrir certains avantages, comme celui de pouvoir faire trancher les litiges par un arbitre de grief (plutôt que par la Commission des relations de travail) et de pouvoir compléter et préciser les règles prévues à la loi¹⁵¹¹.

Au Massachusetts, une clause d'appartenance syndicale ne peut contraindre un salarié à devenir membre d'un syndicat comme condition d'emploi. Tout au plus, peut-elle forcer le salarié concerné à payer la partie des frais d'adhésion et de la cotisation syndicale qui est consacrée aux activités de négociation collective et d'administration de la convention collective. En somme, la clause d'appartenance syndicale la plus contraignante qu'une convention collective est susceptible de prévoir est celle de l' « *Agency Shop* », qui est en quelque sorte l'équivalent du précompte syndical. S'il fait défaut de payer les sommes dues au syndicat, toutefois, le salarié s'expose à perdre son emploi. Il demeure cependant libre de payer les sommes qu'il doit de la façon qu'il jugera appropriée. En effet, on ne peut lui imposer la retenue à la source ou un autre mode de paiement particulier¹⁵¹².

¹⁵⁰⁹ Des règles particulières sont toutefois prévues à l'article 63 C.t., afin d'éviter les abus de la part du syndicat.

¹⁵¹⁰ En effet, le *Code du travail* impose ce mécanisme de plein droit à son article 47.

¹⁵¹¹ Pour plus de détails, voir : *Supra*, section IV.C.1.d)(3)(a)(i), p. 295.

¹⁵¹² Pour plus de détails, voir : *Supra*, section IV.C.2.b)(8), p. 337.

Il s'agit là de différences importantes entre les régimes étudiés. En effet, au Québec, un salarié qui refuse de rejoindre les rangs du syndicat accrédité ou qui démissionne de ce syndicat alors que la convention collective contient une clause d'appartenance syndicale qui l'oblige à devenir et demeurer membre du syndicat s'expose à la perte de son emploi. Au Massachusetts, la présence d'une telle clause ne peut qu'obliger le salarié à payer une partie des frais d'adhésion et de la cotisation syndicale. Elle ne peut faire en sorte que le salarié perde son emploi.

Pour les employeurs, toutefois, ce ne sont pas tant les conséquences des clauses de sécurité syndicale sur le lien d'emploi qui importent que celles observées sur le rapport de forces des syndicats. En effet, la raison d'être des clauses de sécurité syndicale n'est pas tant d'exercer un contrôle sur l'embauche ou le renvoi des salariés (bien que cet objectif puisse être présent dans certains types d'ateliers syndicaux) que de conférer une sécurité juridique et financière au syndicat signataire de la convention collective. Or, vu sous cet angle, les différences observées entre les territoires étudiés sont susceptibles d'avoir des effets importants. En effet, les règles très contraignantes qui s'appliquent aux clauses de sécurité syndicale aux États-Unis se traduisent vraisemblablement en une sécurité juridique et financière beaucoup plus limitée – voire inexistante – pour les syndicats américains, ceux-ci ne pouvant tout au plus qu'exiger le paiement de la cotisation devant servir à financer les activités liées à leur mandat principal, soit la négociation collective et l'application de la convention collective.

4. Conclusion

La comparaison des taux de présence syndicale du Québec et du Massachusetts révèle une différence importante dans le rôle joué par la négociation collective comme mode de détermination des conditions de travail au sein de ces territoires. Alors que près de 40% des travailleurs québécois voient leurs conditions de travail fixées par une convention collective au cours des dernières années (2000-2011), cette proportion ne s'élève qu'à un peu plus de 15,6% au Massachusetts. Dans le secteur privé, ces chiffres étaient respectivement de 26,8% et de 8,7% pour la même période. Enfin, notons que l'évolution du taux de présence syndicale au

Massachusetts, bien que difficile à évaluer, semble toutefois différer de celle généralement observée aux États-Unis et être moins éloignée de celle observée au Québec.

Des différences importantes ont également été observées en matière d'accréditation syndicale, plus particulièrement au niveau des mécanismes utilisés pour juger du caractère représentatif du syndicat. En effet, les règles applicables à la détermination du caractère approprié de l'unité de négociation sont quant à elles très semblables. Ainsi, la méthode privilégiée au Massachusetts pour juger de la représentativité du syndicat est le scrutin secret, tandis qu'au Québec, c'est plutôt le décompte des effectifs qui est utilisé, le scrutin secret étant surtout utilisé comme méthode subsidiaire. Depuis 2007, le décompte des effectifs est prévu par la législation étatique du Massachusetts dans certaines situations, mais son utilisation demeure très marginale dans le secteur privé. La majorité requise pour obtenir l'accréditation au Massachusetts est la majorité absolue des votes exprimés lors du scrutin secret, tandis qu'au Québec, c'est la majorité absolue des salariés de l'unité de négociation. Au Massachusetts, contrairement au Québec, l'employeur est une partie intéressée à la question de la représentativité syndicale. Dans certains cas, il peut même être à l'origine du dépôt de la requête en accréditation. Mais plus encore : la loi lui permet de participer officiellement à la campagne électorale qui précède le scrutin secret, et ce, dans le but manifeste d'influencer le vote des travailleurs. Enfin, le syndicat peut faire l'objet d'une reconnaissance volontaire de l'employeur au Massachusetts, ce qui est impossible au Québec, l'accréditation étant d'ordre public.

Les différences identifiées en matière de sécurité syndicale sont également très importantes. Au Québec, le précompte syndical est prévu par la loi. Il est d'ordre public. Il est opposable autant à l'employeur qu'aux employés de l'unité de négociation, que ceux-ci soient membres ou non du syndicat. Il entre en vigueur dès l'accréditation du syndicat. Au Massachusetts, le précompte syndical peut être prévu par la convention collective (par l'inclusion d'une « Agency Shop Provision »). Il est alors opposable autant à l'employeur qu'aux salariés de l'unité de négociation, que ceux-ci soient membres ou non du syndicat, mais uniquement pour la partie de la cotisation syndicale relative aux activités de négociation collective et d'application de la convention collective. Ces derniers sont cependant libres de payer les sommes dues au syndicat de la façon qu'ils désirent, la convention collective ne

pouvant leur imposer un mode de paiement en particulier. Le précompte syndical n'est exigible qu'à partir du moment où la convention collective qui le prévoit entre en vigueur. Enfin, alors que toutes les formes de clauses d'adhésion syndicale sont permises au Québec, au Massachusetts, elles sont toutes interdites. En fait, seul le « *Agency Shop* » - l'équivalent du précompte syndical – est permis.

Le processus de la négociation collective fait également l'objet de différences importantes. Ces différences concernent principalement la durée et l'étendue de l'obligation de négocier de bonne foi, les règles applicables au maintien des conditions de travail et l'arbitrage de différend d'une première convention collective.

Au Québec, l'obligation de négocier n'existe en principe que pendant la phase de la négociation collective et cesse pendant la phase de l'application de la convention collective. Au Massachusetts, elle s'applique en principe en tout temps. La distinction entre la période de négociation collective et la période d'application de la convention collective ne présente une pertinence que si la convention collective prévoit une clause qui éteint l'obligation de négocier des parties pendant la durée de la convention collective (« zipper clause »). Ceci étant, l'étendue de l'obligation de négocier est beaucoup plus large au Québec qu'au Massachusetts. Alors qu'au Québec, cette obligation s'applique à l'égard de toute question que l'une ou l'autre des parties est susceptible de soulever à la table de négociation, au Massachusetts, elle ne s'applique qu'à l'égard des sujets dits « à négociation obligatoire ». Les parties n'ont pas à négocier les sujets dits « à négociation non obligatoire ».

La portée et l'étendue de l'obligation de négocier a des conséquences directes sur la question du maintien et de la modification unilatérale des conditions de travail par l'employeur. Pendant la phase de la négociation collective, il y a un gel complet des conditions de travail au Québec jusqu'à l'exercice du droit de grève ou de lock-out. Au Massachusetts, il n'y a un gel qu'à l'égard des conditions de travail qui portent sur un sujet de négociation obligatoire, et ce, tant que les négociations n'ont pas atteint le niveau de l'impasse. Pendant la phase de l'application de la convention collective, l'employeur peut modifier unilatéralement toutes les conditions de travail qui ne sont pas prévues à la convention collective au Québec. Au Massachusetts, il ne peut le faire qu'à l'égard des

conditions de travail non prévues à la convention collective qui portent sur un sujet de négociation non obligatoire. Lorsque ces conditions de travail portent sur un sujet de négociation obligatoire, il a l'obligation de négocier avec le syndicat jusqu'à l'impasse, à moins que la convention collective ne prévoit une « zipper clause ».

Enfin, un différend qui survient dans le cadre de la négociation d'une première convention collective au Québec peut, à certaines conditions, être soumis à l'arbitrage et ce, à l'initiative d'une seule partie. L'employeur a donc intérêt à négocier sérieusement et à véritablement tenter de conclure une entente. Au Massachusetts, une telle possibilité n'existe pas, les seuls recours disponibles en cas d'impasse étant la plainte pour pratique interdite (manquement à l'obligation de négocier de bonne foi) ou le recours à la grève ou au lock-out. Un tel système favorise peu la négociation de bonne foi et incite plutôt à la négociation de façade.

Des différences importantes ont également été identifiées en matière de moyens de pression. Ces différences ont trait à la période pendant laquelle les parties peuvent recourir à la grève ou au lock-out, à l'utilisation de travailleurs de remplacement pendant un conflit de travail, à la protection d'emploi des grévistes et aux différentes formes de piquetage permises.

Au Québec, les parties ne peuvent recourir à la grève ou au lock-out que pendant la phase de négociation collective et uniquement lorsque le droit de grève est acquis. Elles ne peuvent donc, en principe, recourir à des moyens de pression pendant la durée de la convention collective. Au Massachusetts, les moyens de pression peuvent en principe survenir n'importe quand, sauf dans les 60 jours qui suivent l'avis de négociation ou la date d'expiration de la convention collective, selon la plus tardive des deux dates. Pour ce faire, toutefois, les négociations doivent avoir atteint le niveau de l'impasse entre les parties. La convention collective peut cependant prévoir une clause qui interdit les moyens de pression pendant sa durée.

Au Québec, pendant un conflit de travail, la loi interdit à l'employeur d'utiliser des travailleurs de remplacement dans l'établissement visé par la grève ou le lock-out et d'utiliser des salariés de l'unité de négociation en grève ou en lock-out en quelque lieu que ce soit. Elle lui permet toutefois de continuer ses opérations en recourant à la sous-traitance externe ou en

faisant travailler les cadres qui étaient à son emploi au début de la phase de négociation collective. Au Massachusetts, la loi autorise l'employeur à utiliser des travailleurs de remplacement pendant une grève ou un lock-out, l'utilisation de travailleurs de remplacement « professionnels » étant toutefois interdite. Le type de travailleurs de remplacement pouvant être embauchés pendant un conflit de travail diffère toutefois en fonction du type de grève ou de lock-out impliqué. Pendant une grève ou un lock-out économique, l'employeur peut utiliser des travailleurs de remplacement permanents ou temporaires. Pendant une grève dénonçant une pratique interdite ou des conditions de travail dangereuses, toutefois, seuls des travailleurs de remplacement temporaires peuvent être utilisés. L'employeur peut également utiliser des cadres pour accomplir les fonctions des grévistes.

Au Québec, tous les salariés qui participent à une grève légale ou qui font l'objet d'un lock-out conservent leur statut de salarié pendant le conflit et ne peuvent être sanctionnés en raison de leur participation à la grève. Ils ont également le droit de recouvrer leur emploi de façon prioritaire une fois le conflit terminé, sous réserve d'une cause juste et suffisante, dont la preuve incombe à l'employeur. Au Massachusetts, la protection des salariés grévistes varie en fonction de la nature de la grève. Les salariés qui participent à une grève dénonçant une pratique interdite ou des conditions de travail dangereuses conservent leur statut d'employé pendant toute la durée du conflit, ne peuvent être congédiés en raison de leur participation à la grève et ont le droit de réintégrer leur poste de façon prioritaire une fois le conflit terminé. Les salariés qui participent à une grève économique conservent eux aussi leur statut de salarié pendant la durée du conflit et ne peuvent être congédiés en raison de leur participation à celui-ci. Contrairement aux premiers, toutefois, ils n'ont pas le droit strict de réintégrer leur poste de façon prioritaire une fois le conflit terminé. En effet, lorsque des travailleurs de remplacement permanents ont été embauchés pendant le conflit, les grévistes économiques ne possèdent qu'un droit de rappel prioritaire, lequel peut être exercé lorsque des postes pour lesquels ils sont qualifiés se libèrent par la suite.

Enfin, les règles qui régissent le piquetage et le boycott au sein des territoires étudiés présentent des différences importantes. Au Québec, comme ailleurs au Canada, il n'y a plus de distinction à faire entre le piquetage ou le boycott primaire et le piquetage ou le boycott secondaire. Dans les deux cas, il s'agit d'une forme d'expression protégée par la liberté

d'expression prévue aux Chartes. Ce qui importe, toutefois, c'est que ces pratiques s'exercent de façon pacifique et dans le respect des critères développés par les tribunaux en matières civile et criminelle. Au Massachusetts, par contre, comme ailleurs aux États-Unis, seul le piquetage primaire est généralement permis. La distinction entre piquetage primaire et piquetage secondaire demeure donc pertinente. Le piquetage secondaire à l'endroit d'un « alter ego » ou d'un « allié » de l'employeur primaire est toutefois permis en raison des liens étroits qui existent entre ceux-ci. Il est également autorisé s'il ne vise qu'à convaincre les consommateurs à boycotter les produits de l'employeur primaire et non à convaincre les travailleurs de l'employeur secondaire à se joindre au mouvement de grève ou à refuser de manipuler les produits de l'employeur primaire. Enfin, tant au Québec qu'au Massachusetts, la distribution de tracts est permise en quelque lieu que ce soit, encore là, sous réserve des règles applicables en matière de délits et de quasi-délits.

Enfin, nous avons identifié des différences importantes au niveau de la mise en œuvre et de l'application de la convention collective. Au Québec, l'arbitrage de grief est directement prévu par la loi. Il n'a donc pas à être prévu par la convention collective, bien que cela puisse présenter certains avantages pour les parties. De plus, l'arbitrage de grief est obligatoire. En effet, la loi impose celui-ci comme unique recours à la disposition des parties pour faire trancher un grief qui les oppose. Les tribunaux judiciaires ne peuvent être saisis d'un tel litige et une grève ou un lock-out ne peuvent être exercés, ces derniers étant interdits pendant la durée de la convention collective. Au Massachusetts, l'arbitrage de grief n'est pas imposé par la loi comme étant le seul recours à la disposition des parties pour trancher les griefs. En principe, donc, les tribunaux judiciaires demeurent compétent pour entendre ceux-ci et les parties peuvent recourir aux moyens de pression économique que sont la grève ou le lock-out pour régler ceux-ci. En pratique, toutefois, la quasi-totalité des conventions collectives américaines prévoient des clauses qui rendent l'arbitrage de grief obligatoire et qui interdisent le recours à la grève ou au lock-out pendant leur durée. En présence d'une telle clause, les tribunaux accordent une déférence judiciaire importante à l'arbitrage de grief et n'interviennent qu'en cas de contravention à la justice procédurale, d'excès de juridiction ou de contravention à l'ordre public. Ceci étant, contrairement à la situation qui prévaut au Québec, l'arbitre de grief ne possède pas de plein droit le pouvoir pour trancher lui-même les

questions relatives à sa compétence (questions juridictionnelles), ce pouvoir revenant normalement aux tribunaux judiciaires. La convention collective peut toutefois lui accorder expressément ce pouvoir.

Au Québec, l'arbitrage de grief est une institution publique. La loi et la jurisprudence reconnaissent par conséquent à l'arbitre de grief de nombreux et larges pouvoirs. De plus, bien qu'elle puisse faire l'objet d'une révision judiciaire par les tribunaux de droit commun, la sentence arbitrale est sans appel, lie les parties et devient exécutoire sur simple dépôt au greffe de la Cour supérieure. Au Massachusetts, l'arbitrage de grief n'est pas une institution publique. C'est une créature purement contractuelle. L'arbitre de grief ne possède donc pas des pouvoirs aussi larges et aussi nombreux qu'au Québec et ne possède généralement que les pouvoirs que les parties ont bien voulu lui confier dans la convention collective. Enfin, bien qu'elle fasse l'objet d'une déférence judiciaire importante (i.e. les tribunaux ne pouvant se prononcer sur le mérite de l'affaire), la sentence arbitrale n'est exécutoire que suite à l'intervention des tribunaux judiciaires.

Nous avons observé peu de différences dans les règles applicables en contexte de rapports collectifs qui sont susceptibles d'avoir des effets sur la formation du rapport salarial. En effet, la plupart de ces règles sont très semblables d'un territoire étudié à l'autre, qu'il s'agisse des pratiques interdites en contexte d'embauche, ou encore, des rares clauses des conventions collectives susceptibles d'avoir des effets au niveau de l'embauche. En fait, la principale différence identifiée à ce niveau concerne la possibilité d'inclure une clause d'atelier syndical fermé dans les conventions collectives québécoises, une possibilité qui n'existe pas au Massachusetts.

En effet, comme nous l'avons vu, toutes les formes de clauses d'appartenance syndicale sont autorisées au Québec, incluant la clause d'atelier fermé. Or, lorsqu'une convention collective contient une telle clause, l'employeur ne peut embaucher que des travailleurs qui sont déjà membres du syndicat accrédité au moment de l'embauche. C'est une contrainte importante à la discrétion de l'employeur d'embaucher les travailleurs de son choix. Au Massachusetts, ces clauses sont interdites par le NLRA. Contrairement à la situation qui prévaut au Québec, donc, un employeur du Massachusetts ne peut en aucun cas être contraint

de n'embaucher que des travailleurs qui sont déjà membres du syndicat accrédité au moment de leur embauche. L'employeur demeure libre d'embaucher le travailleur de son choix.

Nous avons également observé peu de différences dans les règles applicables en contexte de rapports collectifs qui trouvent application pendant la durée de vie du rapport salarial (i.e. en cours d'emploi) ou qui en déterminent le contenu. En effet, la plupart des clauses-type qu'on retrouve dans les conventions collectives québécoises et massachusettsoises sont semblables, de même que la plupart des pratiques interdites prévues aux lois-cadres des rapports collectifs et qui s'appliquent en cours d'emploi. Ceci étant, certaines clauses des conventions collectives sont interdites aux États-Unis alors qu'elles sont permises au Québec. C'est le cas, notamment, des clauses d'appartenance syndicale.

Enfin, malgré les grandes similarités observées au niveau des clauses-types des conventions collectives québécoises et massachusettsoises, nous croyons important de noter que la portée beaucoup plus large de obligation de négocier de bonne foi au Québec pourrait avoir un effet sur l'éventail des clauses-types retrouvées dans les convention collectives québécoises. Ce faisant, les conventions collectives québécoises pourraient comporter des contraintes plus diversifiées pour l'employeur que les conventions collectives massachusettsoises. Ce phénomène, d'ailleurs, ne se limiterait pas à la durée de vie du rapport salarial et à son contenu, mais pourrait également s'appliquer à la formation et à la rupture du rapport salarial.

La situation observée au niveau des règles applicables en contexte de rapports collectifs susceptibles d'avoir des effets sur la rupture du rapport salarial ne diffère pas substantiellement des situations observées précédemment. En effet, la plupart des règles applicables sont très semblables d'un territoire étudié à l'autre, qu'il s'agisse des pratiques interdites prévues par les lois cadres des rapports collectifs, ou encore, des clauses des conventions collectives. D'ailleurs, à l'instar de la situation applicable à l'occasion de la formation du rapport salarial, la principale différence identifiée concerne la possibilité d'inclure des clauses d'appartenance syndicale dans les conventions collectives québécoises, une possibilité qui n'existe pas au Massachusetts.

En effet, comme nous l'avons vu, toutes les formes de clauses d'appartenance syndicale sont autorisées au Québec. Or, lorsqu'une convention collective prévoit une telle clause, la liberté de l'employeur de conserver à son emploi les travailleurs de son choix est soumise à des contraintes importantes. En effet, celui-ci n'a d'autre choix que de mettre fin à l'emploi de travailleurs qui contreviennent à leurs obligations d'adhérer et/ou de demeurer membres du syndicat accrédité qui s'imposent à eux en vertu de telles clauses. Au Massachusetts, les clauses d'appartenance syndicale sont interdites (affaire *General Motors*). Contrairement à la situation qui prévaut au Québec, donc, un employeur ne peut être contraint de renvoyer un salarié en raison du fait qu'il a refusé de devenir membre du syndicat ou qu'il a cessé de l'être. En somme, au Massachusetts, la liberté de l'employeur de conserver à son emploi les travailleurs de son choix, indépendamment de leur appartenance ou non au syndicat accrédité, demeure intacte.

Ceci étant, les clauses de financement syndical demeurent autorisées au Massachusetts (i.e. les « agency shop provisions »). En effet, le Massachusetts n'a adopté aucune législation interdisant ces dernières (i.e. ce n'est pas un « Right-to-Work State »). À l'instar du Québec, donc, un employeur peut être contraint de renvoyer un salarié en raison du fait que celui-ci refuse de payer les sommes dues au syndicat. À la différence du Québec, toutefois, où le précompte syndical prévu par la loi est accompagné d'une retenue à la source qui s'impose à tous, le salarié demeure libre de payer ces sommes de la façon qu'il désire. Toute retenue à la source de la cotisation syndicale doit être approuvée individuellement par les salariés. En outre, depuis l'affaire *Beck*, un salarié ne peut être contraint de payer que la partie des frais d'adhésion et de la cotisation syndicale qui est relative aux activités de négociation collective et d'administration de la convention collective. La partie de ces sommes consacrée au financement d'activités ou de partis politiques, par exemple, ne peut être exigée.

D. L'intervention directe du législateur dans les conditions de travail

1. Situation au Québec

L'intervention directe du législateur dans les conditions de travail est la troisième source traditionnelle du droit du travail. En effet, en plus d'être régi par le droit commun et, dans le cas d'une entreprise syndiquée, les rapports collectifs du travail, les parties au rapport salarial et à la négociation collective sont régies par les droits et obligations substantiels prévus aux lois du travail et aux lois sur les droits de la personne.

Suite au développement du travail salarié au XIX^{ème} siècle, le législateur intervient à plusieurs reprises afin de corriger les lacunes du droit commun et mettre un terme aux abus du libéralisme économique et du système capitaliste de l'époque¹⁵¹³. Ces interventions législatives empruntent deux voies distinctes : l'une privilégie le respect de l'autonomie collective et mène à la mise en place d'un système de rapports collectifs du travail, tandis que l'autre privilégie l'intervention directe du législateur dans la détermination des conditions de travail et des normes de comportements des parties au rapport salarial¹⁵¹⁴.

La première voie, celle de la promotion de l'autonomie collective, domine pendant la majeure partie du XX^{ème} siècle. En effet, l'intervention directe de l'État dans les conditions de travail est très timide et se limite généralement à l'imposition de conditions minimales de travail, d'hygiène et de sécurité et survient surtout dans des secteurs d'activité particuliers. Cette situation n'est pas exclusive au Québec : elle est également vraie pour l'Amérique du Nord en général.

À compter des années 1970, toutefois, la deuxième voie reprend le dessus sur la première. On assiste alors à la mise en place d'importantes politiques publiques en matière d'emploi et à une intervention beaucoup plus importante de l'État dans les conditions de travail et les normes de comportement, parfois même aux dépens de la négociation collective.

¹⁵¹³ Certains auteurs vont même jusqu'à qualifier le capitalisme de l'époque de « débridé » : P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 47.

¹⁵¹⁴ M. COUTU et G. MARCEAU, *préc.*, note 801, p. 10-18; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 32, 33, 54 et 55.

Certains auteurs voient là un important changement de paradigme dans la nature des politiques publiques de l'État en matière de travail¹⁵¹⁵.

Les interventions directes de l'État dans le domaine du travail et de l'emploi ont débuté vers la fin du XIX^{ème} siècle et se poursuivent encore de nos jours. Pour les fins des présentes, nous avons regroupé ces interventions en grandes catégories de lois particulières, soit les lois relatives aux normes du travail (a)), les lois relatives à la santé et la sécurité du travail (b)), les lois relatives aux droits de la personne (c)) et les pratiques interdites en contexte d'emploi (d)). D'autres lois du travail et de l'emploi, comme les lois relatives à la protection des renseignements personnels, à la formation de la main-d'œuvre et à la langue de travail, pour ne nommer que celles-là, auraient normalement dû faire l'objet d'une catégorie additionnelle. Pour des raisons d'ordre pratique, toutefois, seule la législation relative à la langue de travail sera étudiée (e)). Enfin, pour les mêmes raisons, les régimes légaux relatifs aux risques sociaux et à la sécurité sociale (i.e. législation en matière d'indemnisation des lésions professionnelles, d'assurance-emploi ou d'assurance-chômage, de régimes de retraite, de régimes de pensions de la vieillesse, d'aide sociale et d'assurance-maladie) ne seront pas non plus abordés dans le cadre de la présente thèse¹⁵¹⁶. Cela étant, on ne doit pas considérer ces régimes comme n'étant pas pertinents à la question sous étude, bien au contraire. Nous avons tout simplement décidé de ne pas étendre notre étude à ces questions pour les raisons évoquées.

a) Les normes du travail

L'intervention du législateur québécois dans le domaine des normes du travail remonte au début du XX^{ème} siècle. En 1919, il adopte la *Loi du salaire minimum des femmes*¹⁵¹⁷ qui, comme son nom l'indique, prévoit un salaire minimum pour les travailleuses¹⁵¹⁸. L'application

¹⁵¹⁵ P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 59.

¹⁵¹⁶ Le régime québécois d'assurance-parentale sera traité de façon parallèle aux congés de maternité, de paternité et parentaux, des questions qui relèvent des normes du travail.

¹⁵¹⁷ S.Q. 1919, c. 11.

¹⁵¹⁸ Cette loi est étendue aux hommes en 1934, en pleine crise économique : *Loi modifiant la Loi du salaire minimum des femmes*, S.Q. 1934, c. 30.

de cette loi est étendue aux hommes en 1934, en pleine crise économique¹⁵¹⁹, puis est remplacée en 1937 par la *Loi des salaires raisonnables*¹⁵²⁰, une loi qui prévoit un nouveau mécanisme de détermination du salaire minimum et de certaines autres conditions de travail. Cette loi est modifiée en 1940 pour devenir la *Loi du salaire minimum*¹⁵²¹, qui permet à l'État de déterminer directement un plus large éventail de conditions de travail par la voie d'ordonnances¹⁵²². Cette dernière loi – et les nombreuses ordonnances qui ont été rendues sous son empire – est finalement remplacée en 1979 par la *Loi sur les normes du travail*¹⁵²³ qui, outre de nouvelles normes en matière de conditions de travail, prévoit des recours inédits permettant de contester certaines formes de congédiement. Depuis son adoption, la L.n.t. a subi de nombreuses modifications et un élargissement important de la variété des normes qui y sont abordées¹⁵²⁴. En fait, elle est aujourd'hui la plus importante loi normative du travail au Québec, tant en regard de l'étendue de son champ d'application que du nombre de sujets dont elle traite¹⁵²⁵.

La L.n.t. ne prévoit aucune définition de l'expression « normes du travail ». Les tribunaux ont toutefois eu l'occasion de définir cette expression comme étant l'ensemble des droits et avantages que la L.n.t. confère aux salariés¹⁵²⁶. En somme, les normes du travail sont tout simplement les différents droits substantifs que la L.n.t. accorde aux salariés en matière de salaire, de temps de travail, de repos, de congés et d'absences protégés, de travail des enfants, de harcèlement psychologique et de protection du lien d'emploi. Ce sont des normes d'ordre public¹⁵²⁷, mais d'ordre public social ou relatif (par opposition à ordre public absolu),

¹⁵¹⁹ *Loi modifiant la Loi du salaire minimum des femmes*, *préc.*, note 1518.

¹⁵²⁰ S.Q. 1937, c. 50.

¹⁵²¹ S.Q. 1940, c. 39 (ci-après la « *L.s.m.* »).

¹⁵²² Ces ordonnances émanent de la Commission du salaire minimum.

¹⁵²³ *Préc.*, note 512.

¹⁵²⁴ P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 49-52.

¹⁵²⁵ R.P. GAGNON, *préc.*, note 354, p. 177.

¹⁵²⁶ *Produits Pétro-Canada inc. c. Moalli*, [1987] R.J.Q. 261, 269-271 (C.A.); *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, *préc.*, note 389; R.P. GAGNON, *préc.*, note 354, p. 222; M. COUTU et G. MARCEAU, *préc.*, note 801, p. 527.

¹⁵²⁷ L.n.t., art. 93, al. 1.

puisque'une convention ou un décret peut prévoir des conditions de travail plus avantageuses pour le salarié¹⁵²⁸. En d'autres termes, ce sont des normes minimales de travail.

Malgré son importance, toutefois, la L.n.t. n'est pas la seule loi à traiter de normes du travail au Québec. En effet, d'autres lois viennent compléter le paysage en la matière. Ainsi, la *Loi sur la fête nationale*¹⁵²⁹, adoptée en 1978, prévoit que le 24 juin, le jour de la Saint-Jean-Baptiste, est un congé férié et chômé. Ce congé s'ajoute aux sept congés déjà prévus à la L.n.t.¹⁵³⁰. La *Loi sur les décrets de convention collective*¹⁵³¹, bien que généralement classée au chapitre des rapports collectifs du travail, est une loi qui, techniquement parlant, établit des normes de travail dans certains secteurs d'activités¹⁵³². Enfin, la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*¹⁵³³ est également une loi qui, en quelque sorte, établit des conditions minimales du travail, mais avec le temps et l'usage, la question de la santé et de la sécurité du travail est devenue un objet de législation à part entière. Nous en traiterons donc dans une catégorie distincte.

(1) *Le champ d'application de la L.n.t.*

La L.n.t. s'applique au « salarié » qui exécute son travail au Québec. Elle s'applique également au salarié qui exécute son travail partiellement à l'extérieur du Québec, lorsque l'employeur a sa résidence, son domicile, son entreprise, son siège ou son bureau Québec. Elle est même susceptible de s'appliquer au salarié qui effectue entièrement son travail à l'extérieur du Québec lorsque celui-ci est domicilié ou réside au Québec et son employeur a sa résidence, son domicile, son entreprise, son siège ou son bureau Québec¹⁵³⁴.

¹⁵²⁸ L.n.t., art. 94. Dans le cas contraire, les dispositions dérogatoires seront frappées de nullité : L.n.t., art. 93, al. 2.

¹⁵²⁹ L.R.Q., c. F-1.1 (ci-après « L.f.n. »).

¹⁵³⁰ L.n.t., art. 60.

¹⁵³¹ L.R.Q., c. D-2 (ci-après « L.d.c.c. »).

¹⁵³² Ce régime particulier de détermination des conditions de travail persiste dans certaines régions dans les secteurs d'activités suivants : agences de sécurité, camionnage, coiffure, enlèvement des déchets solides, services automobiles, installation d'équipement pétroliers, matériaux de construction, menuiserie métallique et entretien d'édifices publics. Voir : MINISTÈRE DU TRAVAIL DU QUÉBEC, *Décrets de convention collective*, 2013, en ligne : <http://www.travail.gouv.qc.ca> (consulté le 1^{er} août 2013).

¹⁵³³ *Préc.*, note 371.

¹⁵³⁴ L.n.t., art. 2.

Un « salarié » au sens de la L.n.t. est « une personne qui travaille pour un employeur et qui a droit à un salaire »¹⁵³⁵. Ceci étant, le législateur a étendu cette définition de façon à ce qu'elle couvre l' « entrepreneur dépendant », c'est-à-dire :

*le travailleur partie à un contrat en vertu duquel : (i) il s'oblige envers une personne à exécuter un travail déterminé dans le cadre et selon les méthodes et les moyens que cette personne détermine; (ii) il s'oblige à fournir, pour l'exécution du contrat, le matériel, l'équipement, les matières premières ou la marchandise choisis par cette personne, et à les utiliser de la façon qu'elle indique; (iii) il conserve, à titre de rémunération, le montant qui lui reste de la somme reçue conformément au contrat, après déduction des frais d'exécution de ce contrat*¹⁵³⁶.

Il est important de souligner, toutefois que la définition de « salarié » prévue à la L.n.t. n'inclut pas l'« entrepreneur indépendant ». En effet, contrairement à l'« entrepreneur dépendant », l'« entrepreneur indépendant » demeure libre, en principe, des méthodes et des moyens à utiliser et du matériel, de l'équipement, des matières premières ou de la marchandise à utiliser et de la façon de les utiliser dans le cadre de son travail.

Certains travailleurs sont cependant expressément exclus du champ d'application de la L.n.t.¹⁵³⁷. C'est le cas de certains aides domestiques et des étudiants qui travaillent dans un établissement choisi par leur établissement d'enseignement en vertu d'un programme d'initiation au travail approuvé par le ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport. C'est également le cas des travailleurs de la construction régis par la *Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction* et des cadres supérieurs, bien que ceux-ci bénéficient néanmoins de l'application de certaines dispositions de la L.n.t. Malgré ces exclusions, les dispositions de la L.n.t. qui traitent de harcèlement psychologique (sections V.2 et VI.1 du chapitre IV, les articles 122.1 et 123.1 et la section II.1 du chapitre V) s'appliquent à tout salarié et à tout employeur¹⁵³⁸.

¹⁵³⁵ L.n.t., art. 1(10).

¹⁵³⁶ *Id.*

¹⁵³⁷ L.n.t., art. 3.

¹⁵³⁸ L.n.t., art. 3.1.

(2) *Le salaire*

La L.n.t. prévoit de nombreuses règles en matière de salaire. On y retrouve des règles en matière de salaire minimum, de paiement du salaire, de déductions et de retenues à la source et de frais de chambre et pension, de vêtements de travail de matériel obligatoire et de frais de déplacement¹⁵³⁹.

(a) Le salaire minimum

Un salarié a droit de recevoir un salaire au moins équivalent au salaire minimum prévu par règlement¹⁵⁴⁰. Au moment d'écrire ces lignes, celui-ci était de 10,15\$ de l'heure¹⁵⁴¹. Aucun avantage ayant une valeur pécuniaire ne doit entrer dans le calcul de celui-ci¹⁵⁴². Ce ne sont toutefois pas tous les salariés qui bénéficient des règles relatives au salaire minimum. En effet, certains sont exclus de l'application de ces dispositions¹⁵⁴³. De plus, certaines catégories de salariés bénéficient d'un salaire minimum particulier¹⁵⁴⁴.

¹⁵³⁹ Les dispositions de la *Loi sur les normes du travail, préc.*, note 512, qui traitent du salaire sont les articles 40 à 51.1, auxquelles on doit ajouter les articles 2 à 4.1 du *Règlement sur les normes du travail*, R.R.Q., 1981, c. N-1.1, r. 3, édictés en vertu de l'article 40 L.n.t. Les dispositions relatives aux vêtements de travail, au matériel obligatoire et aux frais de déplacement sont quant à elles prévues aux articles 85 à 85.2 L.n.t.

¹⁵⁴⁰ L.n.t., art. 40, al. 2.

¹⁵⁴¹ R.n.t., art. 3 (août 2013).

¹⁵⁴² L.n.t., art. 41.

¹⁵⁴³ R.n.t., art. 2. Ainsi, l'étudiant employé dans un organisme à but non lucratif et à vocation sociale ou communautaire, le stagiaire dans le cadre d'une formation professionnelle reconnue par la loi ou dans le cadre de l'intégration professionnelle de certaines personnes handicapées et le salarié entièrement rémunéré à commission et qui travaille dans une activité à caractère commercial en dehors de l'établissement et dont les heures de travail sont incontrôlables, sont exclus de l'application de ces règles et n'ont par conséquent droit à aucun salaire minimum.

¹⁵⁴⁴ C'est le cas du salarié à pourboire, du salarié affecté principalement à des opérations non mécanisées reliées à la cueillette de certains fruits, de certains apprentis et de certains salariés de l'industrie du vêtement. Le salarié à pourboire est celui qui reçoit habituellement des pourboires et qui travaille dans un établissement qui offre de l'hébergement à des touristes, dans un local où des boissons alcooliques sont vendues pour consommation sur place, pour une entreprise qui vend, livre ou sert des repas pour consommation à l'extérieur ou dans un restaurant où il y a du service aux tables et non uniquement un comptoir de service (R.n.t., art. 1). Le salaire minimum payable à un tel salarié est de 8,35\$ de l'heure (R.n.t., art. 4). Le salarié affecté à la cueillette de framboises a droit à un montant de 0,522 \$ du contenant de 250 ml (R.n.t., art. 4.1, al. 1 (1)), celui affecté à la cueillette de fraises a droit à un montant de 0,237 \$ du contenant de 551 ml (R.n.t., art. 4.1, al. 1 (2)) et celui affecté à la cueillette des pommes a droit à un montant de 1,26 \$ du minot s'il s'agit de pommiers de type nain, de 1,56 \$ du minot s'il s'agit de pommiers de type semi-nain et de 1,79 \$ du minot s'il s'agit de pommiers de type standard (R.n.t., art. 4.1, al. 1 (3)). Un minot est une unité de mesure du produit qui équivaut à 19,05 kilogrammes (R.n.t., art. 4.1, al. 3). À noter toutefois qu'un salarié ne peut, pour des motifs hors de son contrôle et liés à l'état des champs ou des fruits, gagner moins sur une base horaire que le salaire minimum prévu à l'article 3 de la L.n.t.,

(b) Les modalités de paiement du salaire

Le salaire doit être payé en espèces sous enveloppe scellée ou par chèque. Il peut toutefois être versé par virement bancaire lorsqu'une convention écrite ou un décret le prévoit¹⁵⁴⁵. S'il est payé par chèque, celui-ci doit être encaissable dans les deux jours ouvrables qui suivent sa réception par l'employé, à défaut de quoi ce dernier sera réputé ne pas avoir reçu paiement du salaire qui lui est dû¹⁵⁴⁶. Le paiement du salaire par l'employeur doit être fait en mains propres sur les lieux du travail pendant un jour ouvrable, à moins que le virement bancaire n'ait été convenu ou que la paie ne soit transmise par la poste¹⁵⁴⁷. Le salaire peut être versé à un tiers sur demande écrite du salarié¹⁵⁴⁸. Dans l'éventualité où le jour habituel de paiement du salaire tombe un jour férié et chômé, le salaire sera alors versé le jour ouvrable précédant¹⁵⁴⁹. Le paiement du salaire doit être accompagné d'un bulletin de paie contenant certaines mentions obligatoires permettant au salarié de vérifier le calcul de son salaire¹⁵⁵⁰.

soit le salaire minimum « général » payable au Québec (R.n.t., art. 4.1, al. 2). Les apprentis bénéficiant d'un salaire minimum particulier sont ceux qui participent au régime d'apprentissage institué en vertu de la *Loi favorisant le développement de la formation de la main-d'œuvre* (L.R.Q., c. D-7.1) : L.n.t., art. 40.1. Le salaire minimum qui leur est payable est celui déterminé conformément au *Règlement sur le régime d'apprentissage*, D. 129-98, (1998) G.O. II, 1293 [c. D-7.1, r. 5] (ci-après « R.r.a. »), qui prévoit que le taux de salaire d'un apprenti admis à l'apprentissage est de quarante pourcent du salaire accordé chez l'employeur à un salarié débutant et qualifié pour l'exercice du métier ou de la profession concerné pour la première période d'apprentissage, de soixante pourcent de ce salaire pour la seconde période et de quatre-vingt pourcent de ce salaire pour la dernière période (*R.r.a.*, art. 10). Les salariés de l'industrie du vêtement disposant d'un salaire minimum particulier sont ceux qui travaillent dans les secteurs de la chemise pour homme et garçon, de la confection pour dames, de la confection pour hommes et du gant de cuir. Le salaire minimum qui leur est payable est de 8,50\$ de l'heure (L.n.t., art. 92.1 al. 1 (1) et *Règlement sur des normes du travail particulières à certains secteurs de l'industrie du vêtement*, (2003) 51 G.O. II, 5391 [c. N-1.1, r.3.1], art. 3.). Ces secteurs font l'objet d'une réglementation particulière en matière de normes du travail depuis leur retrait du régime de la *Loi sur les décrets de convention collective* (L.R.Q., c. D-2).

¹⁵⁴⁵ L.n.t., art. 42, al. 1. Une « convention » au sens de la L.n.t. est un contrat individuel de travail, une convention collective au sens du paragraphe (d) de l'article 1 du *Code du travail* (L.R.Q., c. C-27) ou toute autre entente relative à des conditions de travail, y compris un règlement du gouvernement qui y donne effet. Voir : L.n.t., art. 1 (4). Un « décret » au sens de la L.n.t. est celui adopté en vertu de la L.d.c.c.. Voir : L.n.t., art. 1 (5).

¹⁵⁴⁶ L.n.t., art. 42, al. 2.

¹⁵⁴⁷ L.n.t., art. 44, al. 1.

¹⁵⁴⁸ L.n.t., art. 44, al. 2.

¹⁵⁴⁹ L.n.t., art. 45.

¹⁵⁵⁰ Il doit ainsi indiquer, selon le cas, le nom de l'employeur, le nom du salarié, l'emploi occupé par le salarié, la date de paiement et la période de travail qui correspond au paiement, le nombre d'heures payées au taux normal, le nombre d'heures supplémentaires payées ou remplacées par un congé avec la majoration applicable, la nature et le montant des primes, indemnités, allocations et commissions versées, le taux de salaire, le montant du salaire

Le salaire doit être payé à intervalles réguliers ne pouvant dépasser seize jours, à l'exception des cadres et des entrepreneurs dépendants¹⁵⁵¹, qui peuvent être payés sur une base mensuelle. Les sommes d'argent qui ne constituent pas du salaire habituel, comme les primes ou les majorations pour les heures supplémentaires, peuvent être versées lors du prochain versement régulier ou conformément aux dispositions de la convention collective ou d'un décret, le cas échéant¹⁵⁵². Malgré ce qui précède, toutefois, un employeur dispose d'un mois pour verser la première paie à tout salarié nouvellement embauché¹⁵⁵³.

(c) Les retenues à la source, les déductions et les frais exigibles du salarié

Outre les cas prévus par la loi¹⁵⁵⁴, un employeur ne peut effectuer une retenue sur le salaire que si le salarié y consent par écrit et pour une fin spécifique mentionnée dans l'écrit en question¹⁵⁵⁵. Le salarié peut révoquer cette autorisation en tout temps, à moins que celle-ci ne concerne une adhésion à un régime complémentaire de retraite ou à un régime d'assurance collective¹⁵⁵⁶.

Le pourboire qu'un client verse à un salarié pour services rendus lui appartient en propre. Il ne doit pas être confondu avec le salaire que l'employeur doit au salarié. En fait, l'employeur a l'obligation de verser au salarié le salaire minimum prescrit, sans tenir compte des pourboires que ce dernier a pu recevoir¹⁵⁵⁷. Dans l'éventualité où l'employeur perçoit le

brut, la nature et le montant des déductions opérées, le montant du salaire net versé au salarié et le montant des pourboires déclarés par le salarié ou attribués par l'employeur conformément à la *Loi sur les impôts* (L.R.Q., c. I-3) de même que toute autre mention exigée par règlement du gouvernement : L.n.t., art. 46.

¹⁵⁵¹ Un « entrepreneur dépendant » au sens de la L.n.t. est un travailleur partie à un contrat en vertu duquel : (1) il s'oblige envers une personne à exécuter un travail déterminé dans le cadre et selon les méthodes et les moyens que cette personne détermine; (2) il s'oblige à fournir, pour l'exécution du contrat, le matériel, l'équipement, les matières premières ou la marchandise choisis par cette personne, et à les utiliser de la façon qu'elle indique; et (3) il conserve, à titre de rémunération, le montant qui lui reste de la somme reçue conformément au contrat, après déduction des frais d'exécution de ce contrat. Voir : L.n.t., art. 1 (10), *in fine*.

¹⁵⁵² L.n.t., art. 43, al. 1.

¹⁵⁵³ L.n.t., art. 43, al. 2.

¹⁵⁵⁴ Un employeur ne peut effectuer des retenues sur le salaire que dans la mesure où il y est contraint par une loi, un règlement, une ordonnance d'un tribunal, une convention collective, un décret ou un régime complémentaire de retraite à adhésion obligatoire : L.n.t., art. 49, al. 1.

¹⁵⁵⁵ L.n.t., art. 49, al. 2.

¹⁵⁵⁶ L.n.t., art. 49, al. 3.

¹⁵⁵⁷ L.n.t., art. 50, al. 1.

pourboire¹⁵⁵⁸, il doit alors le remettre entièrement au salarié qui a rendu le service¹⁵⁵⁹. L'employeur ne peut imposer le partage des pourboires entre les salariés ni intervenir de quelque façon que ce soit dans l'établissement d'une convention de partage des pourboires. Un tel partage ou une telle convention doit être librement et volontairement consenti par les employés concernés et résulter de leur propre initiative¹⁵⁶⁰.

Un employeur peut exiger un montant pour chambre et pension d'un salarié lorsque les conditions de travail de ce salarié l'obligent à loger ou à prendre ses repas à l'établissement ou à la résidence de l'employeur. Le montant maximum qui peut être exigé par l'employeur est fixé par règlement du gouvernement¹⁵⁶¹. Un employeur ne peut toutefois exiger aucun montant d'un domestique qui loge ou prend ses repas à la résidence de cet employeur¹⁵⁶².

L'employeur doit fournir gratuitement au salarié payé au salaire minimum tout vêtement de travail de même que tout matériel, équipement, matières premières ou marchandises dont il rend le port ou l'utilisation obligatoires¹⁵⁶³. De plus, il ne peut exiger aucune somme d'argent d'un salarié pour l'achat, l'usage ou l'entretien d'un vêtement particulier, matériel, équipement, matières premières ou marchandises qui aurait pour effet que le salarié reçoive moins que le salaire minimum¹⁵⁶⁴. L'employeur ne peut exiger qu'un salarié paie pour un vêtement qui l'identifie à son établissement ni exiger qu'un salarié achète des vêtements ou des accessoires dont il fait le commerce¹⁵⁶⁵. Il ne peut non plus exiger qu'un

¹⁵⁵⁸ Par exemple, lorsque des frais de service – autres que des frais d'administration – sont ajoutés à la note du client.

¹⁵⁵⁹ L.n.t., art. 50, al. 2.

¹⁵⁶⁰ L.n.t., art. 50, al. 3.

¹⁵⁶¹ L.n.t., art. 51 et R.n.t., art. 6. Ainsi, un employeur peut exiger jusqu'à 1,50\$ par repas jusqu'à concurrence de 20\$ par semaine, jusqu'à 20,00\$ par semaine pour la chambre et jusqu'à 40\$ par semaine pour la chambre et la pension. Un employeur ne peut toutefois exiger aucun montant d'un domestique qui loge ou prend ses repas à la résidence de cet employeur.

¹⁵⁶² L.n.t., art. 51.0.1.

¹⁵⁶³ L.n.t., art. 85, al. 1 et 85.1, al. 1.

¹⁵⁶⁴ L.n.t., art. 85, al. 2 et 85.1, al. 2. En ce qui concerne les employés à pourboire, leur salaire minimum doit être calculé en tenant compte des pourboires attribués ou déclarés conformément à la *Loi sur les impôts* (L.R.Q., c. I-3) et la somme d'argent exigée de ce salarié ne pourra en aucun temps avoir pour effet qu'il reçoive moins que le salaire minimum « général ».

¹⁵⁶⁵ L.n.t., art. 85, al. 3.

salarié paie une somme d'argent pour payer des frais liés aux opérations ou aux charges sociales de l'entreprise¹⁵⁶⁶.

Enfin, l'employeur est tenu de rembourser au salarié les frais raisonnables que celui-ci a encourus suite à un déplacement qu'il a effectué ou suite à une formation qu'il a suivie à la demande de l'employeur¹⁵⁶⁷.

(3) *Le temps de travail*

Les règles prévues par la L.n.t. en matière de temps de travail ont trait essentiellement à la semaine normale de travail ((a)), aux périodes de repos ((b)) et à la durée maximale du travail ((c))¹⁵⁶⁸.

(a) La semaine normale de travail et les heures supplémentaires

La semaine de travail normale au Québec est de quarante heures¹⁵⁶⁹. Il y a toutefois des exceptions à cette règle¹⁵⁷⁰. De plus, certaines catégories de travailleurs sont carrément exclues des règles relatives à la semaine normale de travail et au calcul des heures supplémentaires¹⁵⁷¹.

¹⁵⁶⁶ L.n.t., art. 85.1, al. 3.

¹⁵⁶⁷ L.n.t., art. 85.2.

¹⁵⁶⁸ La *Loi sur les heures et les jours d'admission dans les établissements commerciaux*, L.R.Q., c. H-2.1, prévoit de nombreuses restrictions à l'exploitation des commerces le soir et la fin de semaine. Cette loi sera abordée plus en détail dans la section portant sur les congés fériés : *Supra*, section IV.D.2.a)(3)(a), p. 474.

¹⁵⁶⁹ L.n.t., art. 52.

¹⁵⁷⁰ L.n.t., art. 52 *in fine* et R.n.t. Ainsi, la semaine normale de travail d'un salarié qui travaille dans une exploitation forestière ou une scierie est de quarante-sept heures (R.n.t., art. 10 et 11), tandis que celle du salarié qui travaille dans un endroit isolé ou qui effectue des travaux sur le territoire de la région de la Baie James est de cinquante-cinq heures (R.n.t., art. 12 et 13). Les définitions de « exploitation forestière », de « scierie », d'« endroit isolé » et de « travaux sur le territoire de la région de la Baie James » sont prévues à l'article 1 du R.n.t. La semaine de travail d'un gardien est de soixante heures, à l'exception de celle du gardien qui fait la garde d'une propriété pour le compte d'une entreprise de gardiennage, qui est de quarante-quatre heures (R.n.t., art. 9). Enfin, la semaine de travail des salariés de certains secteurs de l'industrie du vêtement est de trente-neuf heures (L.n.t., art. 92.1, al. 1 (2) et *Règlement sur des normes du travail particulières à certains secteurs de l'industrie du vêtement*, (2003) 51 G.O. II, 5391 [c. N-1.1, r.3.1], art. 4). Les secteurs concernés sont ceux de la chemise pour homme et garçon, de la confection pour dames, de la confection pour hommes et du gant de cuir. Ces secteurs font l'objet d'une réglementation particulière en matière de normes du travail depuis leur retrait du régime de la *Loi sur les décrets de convention collective*, L.R.Q., c. D-2.

¹⁵⁷¹ L.n.t., art. 54, al. 1. Ainsi, un étudiant employé dans une colonie de vacances ou dans un organisme à but non lucratif et à vocation sociale ou communautaire, un cadre d'une entreprise, un salarié qui travaille à l'extérieur de l'établissement et dont les heures de travail sont incontrôlables, un salarié affecté à la mise en conserve, à l'emballage et à la congélation des fruits et légumes pendant la période des récoltes, un salarié dans un établissement de pêche, de transformation ou de mise en conserve du poisson, un travailleur agricole et un salarié

La fonction première du concept de semaine normale de travail est de permettre de calculer le nombre d'heures supplémentaires qu'un salarié a effectué au cours d'une semaine de travail donnée, lesquelles heures de travail sont rémunérées à taux majoré¹⁵⁷². La semaine de travail n'indique donc aucun maximum d'heures à travailler, ni ne confère quelque droit de refus que ce soit au salarié¹⁵⁷³. En fait, à moins d'une entente à l'effet contraire dans une convention collective ou un contrat de travail, par exemple, un employeur peut généralement exiger d'un salarié qu'il travaille un nombre d'heures supérieur à la semaine normale de travail, le tout sujet toutefois au paiement des heures supplémentaires effectuées au taux prévu par la loi. Ainsi, tout travail exécuté par un salarié en plus des heures de la semaine normale de travail entraîne une majoration de cinquante pourcent de son salaire horaire habituel, excluant les primes¹⁵⁷⁴.

À la demande d'un salarié ou lorsque cela est prévu par une convention collective ou un décret, il est possible pour l'employeur de remplacer le paiement des heures supplémentaires par un congé payé dont la durée sera équivalente aux heures supplémentaires effectuées majorée de cinquante pourcent¹⁵⁷⁵. Ce congé devra être pris dans les douze mois qui suivent, à une date convenue entre l'employeur et le salarié, à défaut de quoi les heures supplémentaires devront être payées. Une convention collective ou un décret peuvent toutefois prévoir des modalités différentes. Dans l'éventualité où le contrat de travail serait résilié avant que le salarié n'ait pu bénéficier du congé, les heures supplémentaires devront être payées en même temps que la dernière paie sera versée¹⁵⁷⁶.

Il est possible pour un employeur d'étaler les heures supplémentaires sur une base autre qu'hebdomadaire et de minimiser ainsi le paiement d'heures supplémentaires à ses

dont la fonction exclusive est d'assumer la garde ou de prendre soin d'un enfant, d'un malade, d'une personne handicapée ou d'une personne âgée dans le logement de cette personne (y compris les travaux ménagers qui sont directement reliés aux besoins immédiats de cette personne) et qui ne travaille pas pour un employeur qui poursuit des fins lucratives au moyen de ce travail. À noter que le gouvernement peut assujettir certaines de ces catégories de travailleurs à des règles particulières en matière de semaine normale de travail par l'adoption d'un règlement à cet effet : L.n.t., art. 54, al. 2.

¹⁵⁷² L.n.t., art. 52, *in limine*: « Aux fins du calcul des heures supplémentaires, la semaine de travail est de (...) ».

¹⁵⁷³ C'est plutôt là le rôle de la durée maximum du travail. Voir : *Infra*, section IV.D.1.a)(3)(c), p. 409.

¹⁵⁷⁴ L.n.t., art. 55, al. 1.

¹⁵⁷⁵ L.n.t., art. 55, al. 2.

¹⁵⁷⁶ L.n.t., art. 55, al. 3.

salariés. Pour ce faire, toutefois, l'autorisation de la *Commission des normes du travail* (ci-après C.n.t.) est nécessaire et la moyenne des heures de travail des salariés doit être équivalente à la norme prévue dans la loi ou les règlements¹⁵⁷⁷. Un tel étalement peut également être prévu par une disposition d'une convention collective ou d'un décret, auxquels cas l'autorisation de la Commission n'est pas nécessaire.

Les congés annuels (i.e. les « vacances annuelles ») et les congés fériés sont assimilés à des jours de travail comme les autres aux fins du calcul des heures supplémentaires¹⁵⁷⁸. Ils sont donc considérés comme du temps réellement travaillé, que ce soit à titre d'heures normales ou à titre d'heures supplémentaires, le cas échéant. De même, certaines situations potentiellement problématiques sont directement assimilées à du temps travaillé par le législateur¹⁵⁷⁹. Enfin, le salarié qui se présente au travail à la demande de son employeur ou dans le cours normal de son emploi et qui travaille moins de trois heures consécutives a droit à une indemnité égale à trois heures de son salaire horaire habituel¹⁵⁸⁰, à moins que les heures qu'il a réellement travaillées ne lui assurent une somme plus élevée en raison du calcul des heures supplémentaires, le cas échéant¹⁵⁸¹.

¹⁵⁷⁷ L.n.t., art. 53, al. 1.

¹⁵⁷⁸ L.n.t., art. 56.

¹⁵⁷⁹ L.n.t., art. 57. Ainsi, le salarié qui est à la disposition de son employeur sur les lieux du travail et qui est contraint d'attendre qu'on lui donne du travail, le salarié qui bénéficie d'une pause accordée par l'employeur, le salarié qui est appelé à se déplacer à la demande de l'employeur et le salarié qui est en période d'essai ou qui suit une formation exigée par l'employeur sont tous réputés être au travail aux fins du calcul des heures travaillées. Pour la période du repas, des règles particulières s'appliquent : L.n.t., art. 79.

¹⁵⁸⁰ Sauf les cas de force majeure où l'employeur est dans l'impossibilité d'offrir du travail ou de permettre que du travail soit accompli.

¹⁵⁸¹ L.n.t., art. 58, al. 1. C'est la problématique des « heures brisées ». Cette règle ne s'applique toutefois pas lorsque la nature du travail ou les conditions de son exécution requièrent que le salarié se présente au travail plusieurs fois par jour pour moins de trois heures à chacune de ces occasions (L.n.t., art. 58, al. 2) ou fait en sorte que le travail est normalement accompli en totalité à l'intérieur de cette période de temps (L.n.t., art. 58, al. 3). Ainsi, sont exclus du bénéfice de cette disposition les brigadiers scolaires et les chauffeurs d'autobus de même que les surveillants d'écoles et les placiers.

(b) Les périodes de repos

La L.n.t. confère au salarié le droit à un repos hebdomadaire d'une durée minimale de trente-deux heures consécutives¹⁵⁸². Elle lui confère en outre une période de repas de trente minutes sans salaire pour chaque période de cinq heures de travail consécutives¹⁵⁸³. Cette période de repas ne doit être rémunérée que si le salarié est contraint de demeurer à son poste de travail¹⁵⁸⁴. Rien dans la L.n.t. n'oblige un employeur à accorder une pause-café à ses salariés au cours de la journée de travail. Une convention collective ou un décret peuvent toutefois prévoir des modalités différentes, souvent plus généreuses¹⁵⁸⁵.

(c) La durée maximale du travail

Comme nous venons de le voir, les règles relatives à la semaine normale de travail n'ont pas pour fonction d'établir un maximum d'heures de travail qu'un salarié peut être appelé à travailler sur une base hebdomadaire. Elles servent plutôt à déterminer la rémunération payable à un salarié qui est appelé par son employeur à fournir une prestation de travail qui excède la prestation de travail hebdomadaire habituelle en termes de durée. Elles ont donc un caractère essentiellement indemnitaire. Elles ne confèrent aucun droit de refus au salarié.

En 2002, toutefois, des règles particulières ont été adoptées en matière de durée maximale de travail, suppléant ainsi aux lacunes de la législation existante en la matière¹⁵⁸⁶. Depuis l'entrée en vigueur de ces règles¹⁵⁸⁷, un salarié peut refuser de travailler plus de quatre heures au-delà de ses heures habituelles quotidiennes de travail ou plus de quatorze heures de travail par jour, selon la période la plus courte. Lorsqu'un salarié a des heures de travail variables ou que celles-ci sont effectuées de manière non continue, le maximum quotidien

¹⁵⁸² L.n.t., art. 78, al. 1, sous réserve d'un étalement des heures de travail sur une base autre que hebdomadaire conformément à l'article 53 de la L.n.t. Dans le cas d'un travailleur agricole, toutefois, cette période de repos peut être reportée à la semaine suivante, dans la mesure où celui-ci y consent : L.n.t., art. 78, al. 2.

¹⁵⁸³ L.n.t., art. 79, al. 1.

¹⁵⁸⁴ L.n.t., art. 79, al. 2.

¹⁵⁸⁵ L.n.t., art. 79, al. 1.

¹⁵⁸⁶ *Loi modifiant la Loi sur les normes du travail et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2002, c. 80, art. 17, modifiant la L.n.t. par l'ajout de l'article 59.0.1 L.n.t., traitant de la durée maximale du travail.

¹⁵⁸⁷ Le 1^{er} mai 2003. Voir : *Loi modifiant la Loi sur les normes du travail et d'autres dispositions législatives*, *préc.*, note 1586, art. 88.

qu'il peut être appelé à travailler est de douze heures¹⁵⁸⁸. Sur une base hebdomadaire, un salarié peut refuser de travailler plus de cinquante heures par semaine, à moins qu'il ne travaille dans un territoire isolé ou qu'il n'effectue des travaux sur le territoire de la région de la Baie James, auxquels cas ce maximum est établi à soixante heures par semaine¹⁵⁸⁹, sous réserve toutefois d'un étalement des heures de travail établi conformément aux prescriptions de l'article 53. Ces règles souffrent toutefois d'exceptions importantes. Ainsi, elles ne trouvent pas application lorsqu'il y a danger pour la vie, la santé ou la sécurité des travailleurs ou de la population, lorsqu'il y a risque de destruction ou de détérioration grave de biens meubles ou immeubles ou autre cas de force majeure, ou lorsque ce refus va à l'encontre du code de déontologie professionnelle du salarié¹⁵⁹⁰.

(4) *Les congés et les absences protégés*

La L.n.t. prévoit un nombre relativement important de congés et d'absences protégées. Elle prévoit ainsi des jours fériés, un congé annuel, des absences pour cause de maladie, d'accident ou d'acte criminel et des absences et des congés pour raisons familiales ou parentales. Bon nombre de ces absences ou congés sont rémunérés ou font l'objet d'une indemnité fondée sur la rémunération ou, quand ils ne le sont pas, donnent ouverture à des prestations en vertu de régimes de remplacement du revenu particuliers, comme le régime canadien de l'assurance-emploi ou le régime québécois d'assurance parentale.

(a) Les jours fériés

Les salariés soumis à la législation québécoise bénéficient d'un total de huit jours fériés, chômés et payés par année. Sept de ces congés sont prévus par la L.n.t.¹⁵⁹¹, tandis que

¹⁵⁸⁸ L.n.t., art. 59.0.1 al. 1 (1).

¹⁵⁸⁹ L.n.t., art. 59.0.1 al. 1 (2).

¹⁵⁹⁰ L.n.t., art. 59.0.1, al. 2.

¹⁵⁹¹ L.n.t., art. 60 et Décret 1322-2002, (2002) 50 G.O. II, 8463. Ces congés sont le jour de l'An (le 1^{er} janvier)¹⁵⁹¹, le Vendredi saint ou le lundi de Pâques¹⁵⁹¹, la Journée nationale des Patriotes (le lundi qui précède le 25 mai)¹⁵⁹¹, la fête du Canada (le 1^{er} juillet ou, si cette date tombe un dimanche, le 2 juillet)¹⁵⁹¹, la fête du travail (le 1^{er} lundi de septembre)¹⁵⁹¹, l'Action de grâce (le deuxième lundi d'octobre)¹⁵⁹¹ et la fête de Noël (le 25 décembre).

le huitième est prévu par la *Loi sur la fête nationale*¹⁵⁹². Les travailleurs de l'industrie du vêtement bénéficient de deux congés fériés de plus, soit le 2 janvier (en plus du 1^{er} janvier) et le Vendredi saint *et* le lundi de Pâques¹⁵⁹³. Les salariés couverts par une convention collective ou un décret et qui bénéficient d'au moins sept jours chômés et payés en plus de la fête nationale sont exclus de l'application des dispositions relatives aux jours fériés de la L.n.t.¹⁵⁹⁴.

Afin de bénéficier d'un congé férié prévu à la L.n.t., un salarié ne doit pas s'être absenté du travail sans autorisation ou sans raison valable le jour ouvrable précédant ou suivant ce jour¹⁵⁹⁵. Un salarié n'a plus besoin de cumuler soixante jours de service continu chez un même employeur¹⁵⁹⁶. En ce qui concerne le congé de la fête nationale, la seule condition requise est d'être en emploi (i.e. lié par un contrat de travail) cette journée là. Pour avoir droit à l'indemnité, il suffit d'avoir gagné un salaire pendant la période de référence prévue à la loi. En effet, depuis le 1^{er} mai 2003, le législateur n'exige plus que la personne ait reçu un salaire pendant une période minimale de 10 jours précédant le 24 juin¹⁵⁹⁷.

Pour chacun des jours fériés prévus par la L.n.t. de même que pour la journée de la fête nationale, l'employeur doit verser une indemnité qui correspond à un vingtième (1/20) du salaire gagné par le salarié au cours des quatre semaines complètes de paie précédant la semaine du congé, à l'exclusion des heures supplémentaires. Pour les salariés dont une partie ou la totalité de la rémunération est versée sous forme de commission, l'indemnité devra plutôt correspondre à un soixantième (1/60) du salaire gagné par le salarié au cours des douze semaines complètes de paie précédant la semaine du congé¹⁵⁹⁸. Dans le cas des salariés à

¹⁵⁹² *Préc.*, note 1529 (ci-après « L.f.n. »). Ce congé est le jour de la Fête nationale du Québec, le 24 juin, qui est également le jour de la Saint-Jean-Baptiste, le Saint-Patron des Québécois.

¹⁵⁹³ *Règlement sur les normes du travail particulières à certains secteurs de l'industrie du vêtement*, art. 5 (3) et 5 (4) (ci-après « R.n.t.i.v. »). En effet, la L.n.t. ne confère que l'une ou l'autre de ces deux journées à titre de congé férié, au choix de l'employeur, tandis que les travailleurs de l'industrie du vêtement bénéficient de ces deux journées : comparer L.n.t., art. 60 (2) et R.n.t.i.v., art. 5 (3) et 5 (4).

¹⁵⁹⁴ Les salariés du même établissement qui, sans toutefois être assujettis à cette convention collective ou à ce décret, bénéficient du même congé que leurs collègues qui le sont, sont également exclus : L.n.t., art. 59.1, al. 1.

¹⁵⁹⁵ L.n.t., art. 65.

¹⁵⁹⁶ *Loi modifiant la Loi sur les normes du travail et d'autres dispositions législatives*, *préc.*, note 1586, art. 21.

¹⁵⁹⁷ *Id.*, art. 79.

¹⁵⁹⁸ L.n.t., art. 62; L.f.n., art. 4, al. 1.

pourboires, toutefois, l'indemnité se calcule sur le salaire augmenté des pourboires attribués ou déclarés conformément à la *Loi sur les impôts* (chapitre I-3)¹⁵⁹⁹.

Un salarié qui est appelé à travailler à l'occasion d'un jour férié a le droit de recevoir son salaire habituel (i.e. le salaire correspondant au travail qu'il a effectué cette journée là) plus l'indemnité à laquelle il aurait eu droit s'il n'avait pas été appelé à travailler cette journée là (l'indemnité ci-avant mentionnée) ou un congé compensatoire d'une journée¹⁶⁰⁰. Dans le cas des congés fériés prévus à la L.n.t., le congé compensatoire devra être pris dans les trois semaines qui suivent ou qui précèdent le congé férié concerné¹⁶⁰¹, tandis que dans le cas de la fête nationale, le congé compensatoire devra être pris le jour ouvrable précédant ou suivant la journée de la fête nationale¹⁶⁰². Contrairement à la situation qui prévaut pour les congés prévus à la L.n.t., toutefois, seuls peuvent être appelés à travailler le jour de la fête nationale les salariés qui travaillent dans un établissement ou un service où en raison de la nature des activités, le travail n'est pas interrompu cette journée là¹⁶⁰³. Tous les salariés ne sont donc pas susceptibles d'être appelés à travailler le jour de la fête nationale. Le salarié qui est en congé annuel à l'occasion d'un jour férié a droit à l'indemnité ou à un congé compensatoire d'une journée¹⁶⁰⁴. La Fête nationale nationale ne peut toutefois être remplacée que par un congé compensatoire¹⁶⁰⁵. Lorsque le 24 juin tombe un jour qui n'est pas normalement ouvrable pour le salarié, l'employeur doit alors lui accorder un congé compensatoire d'une durée égale à une journée normale de travail¹⁶⁰⁶. Si le salarié est rémunéré au temps ou au rendement ou sur une autre base, l'employeur doit lui accorder un congé compensatoire ou lui verser l'indemnité¹⁶⁰⁷.

¹⁵⁹⁹ L.n.t., art. 59.1, al. 2; L.f.n., art. 4, al. 2.

¹⁶⁰⁰ L.n.t., art. 63; L.f.n., art. 5.

¹⁶⁰¹ L.n.t., art. 63.

¹⁶⁰² L.f.n., art. 5.

¹⁶⁰³ L.f.n., art. 5. À titre d'exemple, les salariés qui travaillent dans des hôtels, dans des restaurants ou encore dans le cadre des festivités de la journée de la fête nationale sont susceptibles d'être appelés à travailler cette journée là.

¹⁶⁰⁴ L.n.t., art. 64.

¹⁶⁰⁵ L.f.n., art. 6, al. 3.

¹⁶⁰⁶ L.f.n., art. 6, al. 1.

¹⁶⁰⁷ L.f.n., art. 6, al. 2.

Le congé compensatoire doit dans tous les cas être pris le jour ouvrable précédant ou suivant le 24 juin¹⁶⁰⁸.

(b) Le congé annuel

En vertu du régime législatif québécois, les salariés ont droit à un congé annuel payé (couramment désigné par l'expression « vacances annuelles ») dont la durée varie en fonction du service continu cumulé chez un même employeur au cours d'une période de référence donnée. Certaines personnes sont toutefois exclues des dispositions de la L.n.t. relatives au congé annuel¹⁶⁰⁹.

Un salarié qui a cumulé moins d'un an de service continu auprès d'un employeur à la fin de l'année de référence a droit à un congé annuel continu dont la durée est déterminée à raison d'un jour ouvrable pour chaque mois de service continu cumulé, jusqu'à un maximum de deux semaines¹⁶¹⁰. Ainsi, un salarié qui justifie de quatre mois de service continu auprès de son employeur au cours de l'année de référence qui s'est terminé le 30 avril précédent aura droit à un congé annuel d'au moins quatre jours ouvrables. Un salarié qui a cumulé au moins un an de service continu auprès d'un employeur (mais moins de cinq ans) à la fin de l'année de référence, a droit à un minimum de deux semaines continues de congé annuel payé¹⁶¹¹. Ce congé pourra être porté à trois semaines sur demande du salarié, la semaine additionnelle étant toutefois prise sans indemnité, donc aux frais du salarié¹⁶¹². Cette troisième semaine de vacances peut ne pas suivre immédiatement les deux premières, mais elle ne peut être fractionnée ni être remplacée par une indemnité compensatoire¹⁶¹³. Enfin, un salarié qui a

¹⁶⁰⁸ L.f.n., art. 6, al. 3 *in limine*.

¹⁶⁰⁹ L.n.t., art. 77, al. 1. Ainsi, l'étudiant employé dans une colonie de vacances ou dans un organisme à but non lucratif et à vocation sociale ou communautaire, l'agent immobilier au sens de la *Loi sur le courtage immobilier* (L.R.Q., c. C-73.1), le représentant d'un courtier ou d'un conseiller en valeurs visé à l'article 149 de la *Loi sur les valeurs mobilières* (L.R.Q., c. V-1.1) et le représentant au sens de la *Loi sur la distribution de produits et services financiers* (L.R.Q., c. D-9.2), lorsqu'ils sont entièrement rémunérés à commission, de même qu'un stagiaire dans le cadre d'un programme de formation professionnelle reconnu par une loi, ne bénéficient d'aucun congé annuel ni d'aucune indemnité afférente. Le gouvernement peut toutefois rendre ces règles applicables aux étudiants visés au deuxième paragraphe de l'alinéa 1 de l'article 77 de la L.n.t. en tout ou en partie, par l'adoption d'un règlement à cet effet : L.n.t., art. 77, al. 2.

¹⁶¹⁰ L.n.t., art. 67.

¹⁶¹¹ L.n.t., art. 68.

¹⁶¹² L.n.t., art. 68.1, al. 1.

¹⁶¹³ L.n.t., art. 68.1, al. 2.

cumulé au moins cinq ans de service continu auprès d'un même employeur à la fin de l'année de référence a droit à trois semaines continues de congé annuel payé¹⁶¹⁴.

L'année de référence qui sert au calcul de la durée du congé annuel est celle qui se termine le 30 avril précédent¹⁶¹⁵. Le congé annuel doit être pris dans les douze mois qui suivent la fin de cette année de référence¹⁶¹⁶. Un congé annuel peut toutefois être pris, en tout ou en partie, pendant l'année de référence en cours, si l'employeur y consent¹⁶¹⁷. Un salarié a le droit de connaître la date de son congé annuel au moins quatre semaines à l'avance¹⁶¹⁸.

À l'exception du congé dont la durée est d'une semaine ou moins¹⁶¹⁹, le congé annuel peut être fractionné en deux périodes, sur demande du salarié¹⁶²⁰, et même davantage, si l'employeur y consent¹⁶²¹. Un employeur peut toutefois refuser de fractionner un congé s'il ferme son établissement pour une période égale ou supérieure à celle du congé annuel du salarié¹⁶²². De plus, un employeur peut, dans certaines circonstances et à certaines conditions, fractionner en deux périodes le congé annuel de trois semaines dont bénéficient les salariés qui justifient au moins cinq ans de service continu¹⁶²³. Une convention collective ou un décret peuvent prévoir des règles différentes en matière de fractionnement du congé annuel¹⁶²⁴.

Le congé annuel auquel a droit un salarié en vertu de la L.n.t. ne peut être remplacé par une indemnité compensatoire que dans la mesure où une convention collective ou un décret ne le prévoient. En l'absence d'une telle convention collective ou d'un tel décret, donc, le congé

¹⁶¹⁴ L.n.t., art. 69.

¹⁶¹⁵ L.n.t., art. 66. Une convention collective ou un décret peuvent prévoir une période différente.

¹⁶¹⁶ L.n.t., art. 70, al. 1. Une convention collective ou un décret peuvent prévoir le report de ce congé à l'année suivante : L.n.t., art. 70, al. 1 *in fine*. De plus, un salarié qui n'a pu prendre son congé annuel dans les 12 mois qui suivent l'année de référence en raison du fait qu'il est absent pour cause de maladie ou d'accident ou encore, pour des raisons familiales ou parentales, peut demander à son employeur de reporter ce congé à l'année suivante ou, à défaut, de lui verser immédiatement l'indemnité afférente à ce congé : L.n.t., art. 70, al. 3.

¹⁶¹⁷ L.n.t., art. 70, al. 2.

¹⁶¹⁸ L.n.t., art. 72.

¹⁶¹⁹ L.n.t., art. 71, al. 4.

¹⁶²⁰ L.n.t., art. 71, al. 1 *in limine*.

¹⁶²¹ L.n.t., art. 71, al. 3.

¹⁶²² L.n.t., art. 71, al. 1 *in fine*.

¹⁶²³ L.n.t., art. 71, al. 2.

¹⁶²⁴ L.n.t., art. 71.1.

doit être pris en nature, c'est-à-dire, en temps¹⁶²⁵. Dans certaines circonstances particulières, toutefois, le salarié qui bénéficie de trois semaines de congé annuel peut demander que la troisième semaine soit remplacée par une indemnité compensatrice¹⁶²⁶. C'est le cas lorsqu'un établissement ferme ses portes pour deux semaines à l'occasion d'un congé annuel généralisé.

À noter qu'un employeur ne peut réduire la durée du congé annuel ou le mode de calcul de l'indemnité des salariés occasionnels ou à temps partiel pour le seul motif qu'ils travaillent habituellement moins d'heures par semaine. Ceux-ci ont le droit d'être traités sur le même pied que les salariés réguliers qui effectuent les mêmes tâches qu'eux¹⁶²⁷.

La L.n.t. confère un droit à un congé annuel *payé*. Ce paiement prend la forme d'une indemnité qui accompagne le congé. Dans le cas des salariés qui cumulent moins de cinq ans de service continu auprès de l'employeur¹⁶²⁸, cette indemnité correspond à quatre pourcent (4%) du salaire brut gagné au cours de l'année de référence. Pour les autres, donc pour ceux qui cumulent au moins cinq ans de service continu auprès de l'employeur¹⁶²⁹, cette indemnité correspond plutôt à six pourcent (6%) du salaire brut gagné au cours de l'année de référence¹⁶³⁰. Cette indemnité est payable en un seul versement avant le début du congé annuel¹⁶³¹. Elle est également payable au moment de la rupture du contrat de travail. Dans ce cas, l'employeur doit verser au salarié l'indemnité de congé annuel à laquelle il aurait eu droit cette année là n'eut-été de la rupture du contrat, de même qu'une indemnité égale à quatre ou six pourcent, selon le cas, du salaire brut gagné pendant l'année de référence en cours¹⁶³².

Des règles de calcul particulières existent pour les salariés absents pour cause de maladie, d'accident ou encore en congé de maternité ou de paternité durant l'année de référence, lorsque ces absences ou congés ont pour effet de diminuer leur indemnité de congé

¹⁶²⁵ L.n.t., art. 73, al. 1.

¹⁶²⁶ L.n.t., art. 73, al. 2.

¹⁶²⁷ L.n.t., art. 74.1.

¹⁶²⁸ L.n.t., art. 67 et 68.

¹⁶²⁹ L.n.t., art. 69.

¹⁶³⁰ L.n.t., art. 74, al. 1.

¹⁶³¹ L.n.t., art. 75, al. 1. Sous réserve toutefois des dispositions particulières d'une convention collective ou d'un décret, qui peuvent prévoir des modalités différentes : L.n.t., art. 75, al. 1 *in limine*. Dans le cas d'un travailleur agricole embauché sur une base journalière, toutefois, cette indemnité peut être ajoutée à son salaire et lui être versée sur la même base : L.n.t., art. 75, al. 2.

¹⁶³² L.n.t., art. 76.

annuel. En effet, ces absences et congés sont protégés par la loi. Ces salariés ont le droit de recevoir une indemnité qui, dans la mesure du possible, sera aussi élevée que s'ils n'avaient pas été absents pour l'une ou l'autre de ces causes¹⁶³³.

(c) Les absences pour cause de maladie, d'accident ou d'acte criminel

La L.n.t. permet à un salarié de s'absenter du travail pour cause de maladie ou d'accident pour un maximum de vingt-six semaines pendant une période d'un an¹⁶³⁴. Elle permet également à un salarié qui subit un préjudice corporel grave à l'occasion ou résultant directement d'un acte criminel de s'absenter du travail jusqu'à cent-quatre semaines si ce dernier est incapable d'occuper son poste habituel¹⁶³⁵ et que le préjudice survient dans le cadre des circonstances particulières énoncées à la loi¹⁶³⁶. Ces absences sont sans salaire¹⁶³⁷ et ne s'appliquent toutefois pas aux lésions qui constituent une « lésion professionnelle » au sens de *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*¹⁶³⁸.

Pour pouvoir bénéficier de ces absences protégées, un salarié doit cumuler un minimum de trois mois de service continu. Il doit aviser son employeur le plus tôt possible de

¹⁶³³ Pour ce faire, le législateur a prévu que ces salariés ont droit à deux ou trois fois la moyenne hebdomadaire du salaire gagné au cours de la période travaillée, selon le nombre de semaines de congés auquel ils ont droit. L'indemnité payable au salarié dont le congé est inférieur à deux semaines aura quant à lui droit à ce montant dans la proportion des jours de congés accumulés : L.n.t., art. 74, al. 2. Enfin, le gouvernement a le pouvoir de déterminer par règlement une indemnité supérieure pour un salarié en congé de maternité ou de paternité : L.n.t., art. 74, al. 3. Malgré ces règles particulières, en aucun temps un salarié absent du travail pour l'une ou l'autre de ces raisons ne pourra bénéficier d'une indemnité supérieure à l'indemnité à laquelle il aurait eu droit s'il ne s'était pas absenté du travail : L.n.t., art. 74, al. 4.

¹⁶³⁴ L.n.t., art. 79.1, al. 1

¹⁶³⁵ L.n.t., art. 79.1, al. 2. Le salarié peut bénéficier de cette absence dès lors que les circonstances entourant l'événement permettent de tenir pour probable que le préjudice corporel grave résulte de la commission d'un acte criminel. À l'inverse, le salarié ne peut bénéficier de cette absence si les circonstances permettent de tenir pour probable qu'il a été partie à l'acte criminel ou qu'il a contribué au préjudice par sa faute lourde : L.n.t., 79.1.1.

¹⁶³⁶ Ainsi, le salarié doit avoir procédé ou tenté de procéder, de façon légale, à l'arrestation d'un contrevenant ou d'un présumé contrevenant ou en prêtant assistance à un agent de la paix procédant à son arrestation, ou avoir prévenu ou tenté de prévenir, de façon légale, la perpétration d'une infraction ou de ce qu'il croyait être une infraction, ou avoir prêté assistance à un agent de la paix qui prévenait ou tentait de prévenir la perpétration d'une infraction ou de ce qu'il croyait être une infraction : L.n.t., art. 79.1.2.

¹⁶³⁷ L.n.t., art. 79.2. La L.n.t. ne prévoit en effet aucune forme d'indemnité ou de salaire pendant cette absence. Elle n'accorde au salarié qu'une certaine sécurité d'emploi. La *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, [L.R.C., c. E-5.6] prévoit toutefois le droit à des prestations particulières en cas d'absence pour maladie ou accident non-occupationnels.

¹⁶³⁸ *Préc.*, note 376 (ci-après « L.a.t.m.p. »). Voir : L.n.t., art. 79.1, al. 3. La « lésion professionnelle » est une blessure ou une maladie qui survient par le fait ou à l'occasion d'un accident du travail, ou une maladie professionnelle, y compris la récidive, la rechute ou l'aggravation : L.a.t.m.p., art. 2.

son absence et des motifs de celle-ci. L'employeur peut, dans certaines circonstances, demander au salarié de fournir un document attestant les motifs de son absence¹⁶³⁹. Pendant son absence, le salarié peut continuer de participer aux régimes d'assurance et de retraite offerts à son travail pendant son absence, à la condition toutefois qu'il paie sa part des cotisations, auquel cas l'employeur devra continuer de payer la sienne¹⁶⁴⁰. En outre, le gouvernement peut adopter des règlements aux fins de déterminer les autres avantages dont un salarié est susceptible de bénéficier pendant la période d'absence¹⁶⁴¹.

La nature de la protection offerte au salarié est le droit d'être réintégré dans son poste habituel à la fin de son absence, avec les mêmes avantages, incluant le salaire auquel il aurait eu droit n'eut-il été absent. Dans l'éventualité où le poste habituel du salarié n'existe plus à son retour, la loi prévoit que l'employeur devra lui reconnaître tous les droits et privilèges qu'il aurait pu faire valoir au moment où le poste a été aboli¹⁶⁴². Cette protection n'a toutefois pas pour effet d'empêcher un employeur de suspendre un salarié, de le déplacer ou de le congédier, si les conséquences de la maladie, de l'accident ou de l'acte criminel ou la fréquence à laquelle le salarié s'absente du travail constituent une cause juste et suffisante en soit, dans les circonstances¹⁶⁴³. Enfin, un salarié absent pour cause de maladie, d'accident ou d'acte criminel qui, n'eut été de son absence, aurait été affecté par des mises à pied ou des licenciements, peut faire valoir les mêmes droits que ses collègues effectivement licenciés ou mis à pied¹⁶⁴⁴. En aucun temps, toutefois, ce salarié ne peut-il bénéficier d'avantages dont il n'aurait pas bénéficié s'il était resté au travail plutôt que de s'absenter¹⁶⁴⁵.

(d) Les congés et absences pour raisons familiales ou parentales

La *L.n.t* prévoit de nombreux congés et absences pour des raisons familiales ou parentales. Certaines de ces absences et congés ont une durée relativement courte, qui se

¹⁶³⁹ L.n.t., art. 79.2.

¹⁶⁴⁰ L.n.t., art. 79.3, al. 1.

¹⁶⁴¹ L.n.t., art. 79.3, al. 2.

¹⁶⁴² L.n.t., art. 79.4.

¹⁶⁴³ L.n.t., art. 79.4, al. 2.

¹⁶⁴⁴ L.n.t., art. 79.5.

¹⁶⁴⁵ L.n.t., art. 79.6.

calcule généralement en termes de jours, tandis que d'autres ont une durée beaucoup plus longue, qui se calcule en terme de semaines, de mois et même d'années.

Un salarié peut s'absenter de son travail pour une durée relativement courte à l'occasion du décès ou des funérailles de proches parents ou de parents éloignés¹⁶⁴⁶, de son mariage ou de son union civile ou du mariage ou de l'union civile d'un membre de sa famille¹⁶⁴⁷, de la naissance, de l'adoption d'un enfant ou d'une interruption de grossesse¹⁶⁴⁸, d'un examen relié à sa grossesse¹⁶⁴⁹ ou encore pour s'acquitter de certaines formes d'obligations à l'endroit des membres de sa famille¹⁶⁵⁰.

Il peut s'absenter pour une durée beaucoup plus longue à l'occasion d'autres événements familiaux ou parentaux que le législateur juge particulièrement importants. Ainsi, un salarié peut s'absenter du travail jusqu'à douze semaines par année lorsque sa présence est

¹⁶⁴⁶ Un salarié peut s'absenter du travail sans perte de salaire pendant une journée à l'occasion du décès ou des funérailles de son enfant, de son conjoint, de l'enfant de son conjoint, de son père, de sa mère, d'un frère ou d'une sœur. Il peut s'absenter pour quatre journées supplémentaires à cette occasion, mais sans salaire : L.n.t., art. 80. Lors du décès ou des funérailles d'un gendre, d'une bru, d'un de ses grands-parents, d'un de ses petits-enfants, ou du père, de la mère, d'un frère ou d'une sœur de son conjoint, il peut s'absenter du travail pendant une journée, sans salaire : L.n.t., art. 80.1. Le salarié doit aviser son employeur de son absence le plus tôt possible : L.n.t., art. 80.2.

¹⁶⁴⁷ Un salarié peut s'absenter du travail sans perte de salaire le jour de son mariage ou de son union civile. Il peut également s'absenter du travail le jour du mariage ou de l'union civile de l'un de ses enfants, de son père, de sa mère, d'un frère, d'une sœur ou d'un enfant de son conjoint, mais sans salaire. Pour ce faire, toutefois, il doit aviser son employeur au moins une semaine à l'avance : L.n.t., art. 81.

¹⁶⁴⁸ Un salarié peut s'absenter du travail pendant cinq journées à l'occasion de la naissance ou de l'adoption d'un enfant et, depuis peu, suite à une interruption de grossesse qui survient à compter de la vingtième semaine de gestation. Le salarié qui a cumulé un minimum de soixante jours de service continu verra les deux premières de ces journées d'absence rémunérées. Ce congé doit être pris dans les quinze jours qui suivent l'arrivée de l'enfant à la résidence familiale ou l'interruption de grossesse, selon le cas. Il pourra être fractionné en journées, sur demande du salarié. Le salarié qui désire prendre un tel congé doit aviser son employeur le plus tôt possible : L.n.t., art. 81.1.

¹⁶⁴⁹ Une salariée peut s'absenter du travail sans salaire pour un examen médical relié à sa grossesse ou pour un examen relié à sa grossesse effectué par une sage-femme. Elle doit aviser son employeur le plus tôt possible du moment de son absence : L.n.t., art. 81.3.

¹⁶⁵⁰ Un salarié peut s'absenter du travail jusqu'à dix jours par année sans salaire afin de remplir des obligations liés à la garde, à la santé ou à l'éducation de son enfant ou de l'enfant de son conjoint ou en raison de l'état de santé de son conjoint, de son père, de sa mère, d'un frère, d'une sœur ou d'un grand-père ou d'une grand-mère. Si l'employeur y consent, ces absences peuvent être prises en fraction de journée. Le salarié doit aviser son employeur le plus rapidement possible de son absence et prendre les moyens raisonnables à sa disposition pour limiter la prise et la durée du congé : L.n.t., art. 79.7.

requis auprès d'un proche parent en raison d'une grave maladie ou d'un grave accident¹⁶⁵¹. Cette absence peut être prolongée jusqu'à cent-quatre semaines lorsqu'un enfant mineur du salarié est atteint d'une maladie potentiellement mortelle attestée par certificat médical¹⁶⁵² ou a subi un préjudice corporel grave à l'occasion ou résultant directement d'un acte criminel qui le rend incapable d'exercer ses activités régulières¹⁶⁵³. Il peut s'absenter du travail sans salaire jusqu'à cent-quatre semaines lorsque son conjoint ou son enfant, mineur ou majeur, décède suite à la commission d'un acte criminel¹⁶⁵⁴. Il peut en outre s'absenter du travail pour une période pouvant aller jusqu'à cinquante-deux semaines lorsque son conjoint ou son enfant, mineur ou majeur, décède par suicide¹⁶⁵⁵. Enfin, il peut s'absenter du travail pendant une période pouvant aller jusqu'à cinquante-deux semaines suite à la disparition de son enfant mineur¹⁶⁵⁶.

À l'instar des absences du travail pour cause de maladie, d'accident ou d'acte criminel, les absences pour raisons familiales ou parentales prévues aux articles 79.8 à 79.12 L.n.t. sont

¹⁶⁵¹ L.n.t., art. 79.8, al. 1. Les proches parents visés par cette disposition sont l'enfant, le conjoint, l'enfant du conjoint, le père, la mère, le conjoint du père ou de la mère, un frère, une sœur ou un grands-parents.

¹⁶⁵² L.n.t., art. 79.8, al. 2.

¹⁶⁵³ L.n.t., art. 79.9. Pour qu'une telle prolongation soit obtenue, les circonstances entourant l'événement doivent permettre de tenir pour probable que le préjudice corporel grave résulte d'un acte criminel. La prolongation ne sera pas obtenue si les circonstances permettent de tenir pour probable que le salarié a été partie à l'acte criminel ou a contribué au préjudice par sa faute lourde : L.n.t., art. 79.13. En outre, le préjudice doit être survenu dans l'une des situations prévues à l'article 79.1.2 L.n.t. : L.n.t., art. 79.14. Pour plus de détails, voir : *Supra*, note 1636. La période d'absence doit être calculée conformément à l'art. 79.15 L.n.t.

¹⁶⁵⁴ L.n.t., art. 79.12. Le salarié peut bénéficier de cette absence lorsque les circonstances entourant l'événement permettent de tenir pour probable que le décès résulte d'un acte criminel. À l'inverse, le salarié ne peut bénéficier de cette absence si les circonstances permettent de tenir pour probable que lui-même ou la personne décédée (conjoint ou enfant majeur) a été partie à l'acte criminel ou a contribué au décès par sa faute lourde : L.n.t., art. 79.13. De plus, le décès doit être survenu dans l'une des situations prévues à l'article 79.1.2 L.n.t. : L.n.t., art. 79.14. Pour plus de détails, voir note 1636 ci-avant. La période d'absence doit être calculée conformément à l'art. 79.15 L.n.t.

¹⁶⁵⁵ L.n.t., art. 79.11. Le salarié peut bénéficier de cette absence lorsque les circonstances entourant l'événement permettent de tenir pour probable que le décès résulte d'un suicide. À l'inverse, le salarié ne peut bénéficier de cette absence si les circonstances permettent de tenir pour probable qu'il a participé au suicide de la personne décédée ou qu'il y a contribué par sa faute lourde : L.n.t., art. 79.13. La période d'absence doit être calculée conformément à l'art. 79.15 L.n.t.

¹⁶⁵⁶ L.n.t., art. 79.10. Le salarié peut bénéficier de cette absence lorsque les circonstances entourant l'événement permettent de tenir pour probable que la personne disparue est en danger. Toutefois, le salarié ne peut bénéficier de cette absence si les circonstances permettent de tenir pour probable que le salarié a été partie à l'acte criminel ou a contribué au préjudice par sa faute lourde : L.n.t., art. 79.13. Si l'enfant est retrouvé au cours de l'absence, celle-ci prend fin le onzième jour qui suit la découverte de l'enfant : L.n.t., art. 79.10. La période d'absence doit être calculée conformément à l'art. 79.15 L.n.t.

sans salaire et ne bénéficient qu'au salarié qui justifie de trois mois de service continu. Le salarié doit aviser son employeur le plus tôt possible de son absence et des motifs de celle-ci. L'employeur peut, dans certaines circonstances, demander au salarié de fournir un document attestant les motifs de son absence¹⁶⁵⁷. Pendant son absence, le salarié peut continuer de participer aux régimes d'assurance et de retraite offerts à son travail, à la condition qu'il paie sa part des cotisations, auquel cas l'employeur devra continuer de payer la sienne¹⁶⁵⁸.

La nature de la protection offerte au salarié est le droit d'être réintégré dans son poste habituel à la fin de son absence, avec les mêmes avantages, incluant le salaire auquel il aurait eu droit n'eut-il été absent. Dans l'éventualité où le poste habituel du salarié n'existe plus à son retour, la loi prévoit que l'employeur devra lui reconnaître tous les droits et privilèges qu'il aurait pu faire valoir au moment où le poste a été aboli. Cette protection n'a toutefois pas pour effet d'empêcher un employeur de suspendre un salarié, de le déplacer ou de le congédier, si les conséquences de la maladie, de l'accident ou de l'acte criminel ou la fréquence à laquelle le salarié s'absente du travail constituent une cause juste et suffisante en soit, dans les circonstances¹⁶⁵⁹. Enfin, un salarié absent pour les raisons familiales ou parentales ci-avant mentionnées qui, n'eut été de son absence, aurait été affecté par des mises à pied ou des licenciements, peut faire valoir les mêmes droits que ses collègues effectivement licenciés ou mis à pied¹⁶⁶⁰. En aucun temps, toutefois, ce salarié ne peut-il bénéficier d'avantages dont il n'aurait pas bénéficié s'il était resté au travail plutôt que de s'absenter¹⁶⁶¹.

Entre autres absences ou congés pour raison familiale ou parentale, la L.n.t. prévoit des congés de maternité, de paternité et parentaux. Ainsi, la salariée enceinte a droit à un congé de maternité sans salaire d'une durée maximale de dix-huit semaines continues¹⁶⁶². Ce congé peut être réparti selon les préférences de la future mère, avant ou après la date prévue pour

¹⁶⁵⁷ L.n.t., art. 79.16 et 79.2.

¹⁶⁵⁸ L.n.t., art. 79.16 et 79.3, al. 1.

¹⁶⁵⁹ L.n.t., art. 79.16 et 79.4.

¹⁶⁶⁰ L.n.t., art. 79.16 et 79.5.

¹⁶⁶¹ L.n.t., art. 79.16 et 79.6.

¹⁶⁶² L.n.t., art. 81.4, al. 1. Un employeur peut consentir à un congé de maternité d'une durée plus longue.

l'accouchement¹⁶⁶³. Il ne peut toutefois pas débiter avant la seizième semaine qui précède cette date et doit se terminer au plus tard la dix-huitième semaine après l'accouchement¹⁶⁶⁴. Pour bénéficier de ce congé, la salariée doit transmettre à son employeur un avis écrit d'au moins trois semaines lui indiquant les dates de début du congé et de retour au travail, lequel avis devra être accompagné d'un certificat médical ou d'un rapport écrit signé par une sage-femme attestant de la grossesse et de la date prévue pour l'accouchement¹⁶⁶⁵. La prise du congé de maternité peut également être à l'initiative de l'employeur. En effet, dès la sixième semaine avant la date prévue pour l'accouchement, celui-ci peut exiger de la salariée qu'elle lui fournisse un certificat médical attestant qu'elle est en mesure de poursuivre le travail¹⁶⁶⁶. À défaut de ce faire, l'employeur pourra l'obliger à prendre son congé de maternité immédiatement, par avis écrit à cet effet¹⁶⁶⁷. La salariée peut revenir au travail avant la fin de son congé de maternité, si elle le désire. Si ce retour au travail survient dans les deux semaines qui suivent l'accouchement, toutefois, l'employeur pourra exiger un certificat médical attestant de sa capacité de le faire¹⁶⁶⁸.

La salariée a droit à un congé de maternité spécial sans salaire lorsqu'un médecin est d'avis qu'un arrêt de travail est nécessaire en raison du risque d'interruption de grossesse ou du danger que présente la grossesse pour la santé de la mère ou de l'enfant à naître. La durée de ce congé est déterminée par le médecin traitant¹⁶⁶⁹. La L.n.t. prévoit également un congé de maternité spécial sans salaire en cas d'interruption de grossesse, congé dont la durée varie selon que ladite interruption survient avant ou après le début de la vingtième semaine qui

¹⁶⁶³ L.n.t., art. 81.4, al. 2. Toutefois, lorsque la salariée accouche au cours de la première semaine de son congé de maternité, cette semaine n'est pas comptée aux fins du calcul des dix-huit semaines.

¹⁶⁶⁴ L.n.t., art. 81.5. Malgré cette répartition, la salariée a droit à un minimum de deux semaines de congé de maternité après l'accouchement. Son congé est donc prolongé en conséquence en cas d'accouchement retardé, dans l'éventualité où la répartition choisie par la salariée ne permet pas de rencontrer cette exigence : L.n.t., art. 81.4.1.

¹⁶⁶⁵ L.n.t., art. 81.6, al. 1. L'avis à l'employeur peut être de moins de trois semaines si le certificat médical atteste de la nécessité pour la salariée de cesser le travail dans un délai plus court : L.n.t., art. 81.6, al. 2.

¹⁶⁶⁶ L.n.t., art. 81.8, al. 1.

¹⁶⁶⁷ L.n.t., art. 81.8, al. 2.

¹⁶⁶⁸ L.n.t., art. 81.9.

¹⁶⁶⁹ L.n.t., art. 81.5.1, al. 1. Ce congé est réputé être le congé de maternité normal de dix-huit semaines continues à compter du début de la quatrième semaine précédant la date prévue pour l'accouchement : L.n.t., art. 81.5.1, al. 2. Il ne s'agit pas ici du retrait préventif prévu aux articles 40 et suiv. L.s.s.t. qui vise plutôt les cas où le danger provient du travail effectué par la salariée plutôt que de la grossesse elle-même.

précède la date prévue de l'accouchement¹⁶⁷⁰. La salariée doit donner à son employeur un avis écrit l'informant de l'événement survenu et de la date prévue de son retour au travail le plus tôt possible, appuyé d'un certificat médical¹⁶⁷¹.

Le salarié-père, quant à lui, a droit à un congé de paternité sans salaire de cinq semaines continues à l'occasion de la naissance de son enfant¹⁶⁷². Ce congé peut débuter au plus tôt la semaine de la naissance de l'enfant et se terminer au plus tard la cinquante-deuxième semaine après la semaine de la naissance¹⁶⁷³. La loi ne prévoit aucun délai ni aucune forme particulière pour aviser l'employeur de la prise du congé.

En plus des congés de maternité et de paternité, la L.n.t. accorde un congé parental sans salaire d'une durée maximale de cinquante-deux semaines continues aux deux parents d'un nouveau-né et aux personnes qui adopte un enfant¹⁶⁷⁴. Ce congé débute au plus tôt la semaine de la naissance de l'enfant ou, en cas d'adoption, la semaine où l'enfant est confié au salarié ou encore la semaine où ce dernier quitte le travail pour aller chercher l'enfant adopté à l'étranger¹⁶⁷⁵. Il se termine au plus tard soixante-dix semaines après la naissance de l'enfant ou, en cas d'adoption, après que l'enfant a été confié au salarié¹⁶⁷⁶. Dans certaines circonstances, toutefois, le congé parental pourra se terminer au plus tard cent quatre semaines après l'un ou l'autre de ces événements¹⁶⁷⁷. Le ou la salarié qui désire se prévaloir de son congé parental doit en aviser son employeur au moins trois semaines à l'avance et lui indiquer les dates de début et de fin du congé. Ce délai pourra être moindre lorsque la présence du ou de la salarié est requise soit auprès de l'enfant, soit auprès de la mère, en raison de leur état de santé¹⁶⁷⁸. La loi n'exige pas que l'avis soit fait par écrit. Il pourrait donc être fait verbalement.

¹⁶⁷⁰ Dans la première éventualité, la salariée a droit à un congé sans salaire d'une durée d'au plus trois semaines, à moins qu'un médecin n'atteste du besoin de prolonger ce congé : L.n.t., art. 81.5.2, al. 1. Dans la seconde éventualité, la salariée a alors droit à un plein congé de maternité, sans salaire, à compter de la semaine de l'événement : L.n.t., art. 81.5.2, al. 2.

¹⁶⁷¹ L.n.t., art. 81.5.3.

¹⁶⁷² L.n.t., art. 81.2, al. 1.

¹⁶⁷³ L.n.t., art. 81.2, al. 2.

¹⁶⁷⁴ L.n.t., art. 81.10.

¹⁶⁷⁵ L.n.t., art. 81.11, al. 1 *in limine*.

¹⁶⁷⁶ L.n.t., art. 81.11, al. 1 *in fine*.

¹⁶⁷⁷ L.n.t., art. 81.11, al. 2 : « (...) dans les cas et aux conditions prévues par règlement du gouvernement (...) ».

¹⁶⁷⁸ L.n.t., art. 81.12.

Pendant un congé de maternité, de paternité ou parental, un salarié peut continuer de participer aux régimes d'assurance et de retraite offerts à son travail, à la condition de payer sa part des cotisations¹⁶⁷⁹. Il conserve les mêmes droits que ses collègues licenciés ou mis à pied lorsque l'employeur effectue des licenciements ou des mises à pied qui auraient inclus le salarié s'il était demeuré au travail. Mais en aucun temps ne pourra-t-il bénéficier d'avantages dont il n'aurait pas bénéficié s'il était resté au travail plutôt que de s'absenter¹⁶⁸⁰.

Le fait que les congés de maternité, de paternité et parental prévus par la L.n.t. soient des congés « sans salaire » ne signifie pas qu'il y ait absence totale de revenus pour les salariés. En effet, le *Régime québécois d'assurance parentale*, un régime de remplacement du revenu instauré en 2006 par l'adoption de la *Loi sur l'assurance parentale*¹⁶⁸¹, prévoit des prestations de maternité, des prestations de paternité, des prestations parentales et des prestations d'adoption pour les parents-salariés qui se prévalent de ces congés. Avant le 1^{er} janvier 2006, ces prestations étaient offertes par le régime fédéral d'assurance-emploi prévu par la *Loi sur l'assurance-emploi*.

À la fin d'un congé de maternité, de paternité ou parental, l'employeur a l'obligation de réintégrer le salarié dans son poste habituel, avec les mêmes avantages, y compris le salaire auquel il aurait eu droit s'il était resté au travail¹⁶⁸². Si le poste en question est aboli, l'employeur doit alors reconnaître au salarié tous les droits et privilèges que celui-ci aurait pu faire valoir au moment où le poste a été éliminé, n'eût-il été absent¹⁶⁸³.

¹⁶⁷⁹ L.n.t., art. 81.15, al. 1. Le gouvernement peut déterminer, par règlement, les autres avantages dont un salarié peut bénéficier pendant le congé de maternité, de paternité ou parental : L.n.t., art. 81.15, al. 2.

¹⁶⁸⁰ L.n.t., art. 81.17, 79.5 et 79.6.

¹⁶⁸¹ L.R.Q., c. A-29.011 (ci-après « L.a.p. »).

¹⁶⁸² L.n.t., art. 81.15.1, al. 1. *Mathieu c. Journal La Voix du Sud*, D.T.E. 92T-1372 (Un employeur ne peut refuser de reprendre dans les mêmes tâches un salarié de retour de congé de maternité lorsque celles-ci existent toujours); *Proulx c. Garderie L'Éveil des Chérubins*, D.T.E. 2000T-821 (Un employeur doit donner priorité à la salariée de retour d'un congé de maternité au détriment de sa remplaçante. En effet, elle a le droit d'être réintégrée dans son poste avec les mêmes avantages auxquels elle aurait eu droit si elle était restée au travail.); *Centre Hospitalier Le Gardeur c. Syndicat de Physiothérapeutes et des thérapeutes en réadaptation physique du Québec*, D.T.E. 99T-363 (L'expression « avantages » n'étant pas définie, elle doit nécessairement correspondre aux avantages dont la salariée bénéficie en vertu de son contrat de travail ou de sa convention collective); *Rancourt c. Southwest One Pharmacy Inc.*, D.T.E. 95T-965 (La L.n.t. permet à un salariée de retrouver le poste qu'elle occupait avant son départ pour son congé de maternité et non de trouver un poste à sa convenance).

¹⁶⁸³ L.n.t., art. 81.15.1, al. 2.

Un salarié qui ne se présente pas au travail à la date annoncée dans l’avis donné à son employeur est présumé avoir démissionné¹⁶⁸⁴. Un salarié peut toutefois obtenir une prolongation de son congé de maternité, de paternité ou parental en transmettant à son employeur, avant la fin du congé, un avis accompagné d’un certificat médical attestant que l’état de santé de l’enfant ou, dans le cas du congé de maternité, l’état de santé de la mère, l’exige. La durée de cette prolongation devra être indiquée à même le certificat médical¹⁶⁸⁵.

À l’inverse, un salarié peut devancer son retour au travail. En effet, un salarié en congé de maternité ou en congé parental peut se présenter au travail avant la date de retour au travail annoncée dans l’avis donné à l’employeur¹⁶⁸⁶. Pour ce faire, il devra donner à l’employeur un avis d’au moins trois semaines de la nouvelle date de retour au travail¹⁶⁸⁷. Le salarié pourra même reprendre le travail à temps partiel ou de façon intermittente pendant son congé parental, si l’employeur y consent¹⁶⁸⁸. Une suspension du congé de maternité, de paternité ou parental d’un salarié est également possible lorsque l’enfant du salarié est hospitalisé, afin de permettre le retour au travail du salarié pendant la durée de cette hospitalisation. Une entente avec l’employeur s’avère toutefois nécessaire¹⁶⁸⁹. Enfin, le salarié peut demander à ce que son congé de maternité, de paternité ou parental soit fractionné en semaines lorsque son enfant est hospitalisé ou qu’il peut s’absenter pour d’autres raisons familiales ou parentales¹⁶⁹⁰.

(5) *Le travail des enfants et l’âge minimal requis pour travailler*

La règle générale prévue à la L.n.t. en matière de travail des enfants est qu’un employeur ne peut faire effectuer à un enfant un travail qui est disproportionné en regard de ses capacités ou qui est susceptible de compromettre son éducation ou de nuire à sa santé ou à

¹⁶⁸⁴ L.n.t., art. 81.14. *Hylands c. Canadian Tire (Gestion J.G. Roy Inc.)*, D.T.E. 93T-506 (Une présomption de démission est prévue à la L.n.t. dans la mesure où une date de retour est prévue. Cette disposition vise à protéger l’employeur dans les cas d’un salarié qui ne respecte pas ses engagements ou qui ne donne plus signe de vie); *Plastique D.C.N. Inc. c. Syndicat national des salariés du nylon et du plastique de Warwick et de la région*, D.T.E. 96T-763 (Cet article établit une présomption de démission lorsqu’un salarié ne revient pas au travail à la date annoncée dans l’avis donné à l’employeur).

¹⁶⁸⁵ L.n.t., art. 81.14.2, al. 2.

¹⁶⁸⁶ En vertu des articles 81.6 et 81.12 de la L.n.t., respectivement.

¹⁶⁸⁷ L.n.t., art. 81.13, al. 1.

¹⁶⁸⁸ L.n.t., art. 81.13, al. 2.

¹⁶⁸⁹ L.n.t., art. 81.14.2, al. 1.

¹⁶⁹⁰ L.n.t., art. 81.14.1. D’autres cas d’application peuvent être déterminés par règlement du gouvernement.

son développement physique ou moral¹⁶⁹¹. Cette règle générale est toutefois assortie de règles particulières.

Ainsi, un employeur ne peut avoir recours aux services d'un enfant de moins de quatorze ans sans avoir au préalable obtenu le consentement écrit du titulaire de l'autorité parentale ou, le cas échéant, du tuteur¹⁶⁹². On peut donc conclure *a contrario* qu'un employeur qui souhaite embaucher un enfant de plus de 14 ans pourra le faire tout simplement en obtenant le consentement de celui-ci. Ceci est conséquent avec l'article 156 du C.c.Q., qui prévoit que l'embauche d'un enfant de moins de 14 ans nécessite le consentement écrit du titulaire de l'autorité parentale.

Un employeur ne peut faire travailler durant les heures de classe un enfant qui a l'obligation de fréquenter l'école en vertu de la *Loi sur l'instruction publique* (L.R.Q., c. I-13.3)¹⁶⁹³. S'il souhaite employer un tel enfant, il ne pourra le faire qu'à l'extérieur de cette plage horaire et devra s'assurer que les heures de travail permettent à l'enfant d'être présent à l'école durant les heures de classe¹⁶⁹⁴.

Un employeur qui emploie un enfant doit également faire en sorte que les heures de travail de celui-ci lui permettent d'être présent à sa résidence familiale entre vingt-trois heures et six heures du matin¹⁶⁹⁵. Il y a toutefois des exceptions à cette règle. Ainsi, un enfant qui n'a plus l'obligation de fréquenter l'école¹⁶⁹⁶, un enfant qui travaille à titre de créateur ou d'interprète dans certains domaines de production artistique¹⁶⁹⁷, ou encore un enfant qui travaille pour un organisme à vocation sociale ou communautaire, tels une colonie de vacances ou un organisme de loisirs¹⁶⁹⁸, ne sont pas visés par cette règle.

¹⁶⁹¹ L.n.t., art. 84.2.

¹⁶⁹² L.n.t., art. 84.3, al. 1.

¹⁶⁹³ L.n.t., art. 84.4.

¹⁶⁹⁴ L.n.t., art. 84.5.

¹⁶⁹⁵ L.n.t., art. 84.7.

¹⁶⁹⁶ L.n.t., art. 84.7.

¹⁶⁹⁷ R.n.t., art. 35.2 (1). Ces domaines de production artistique sont la scène (incluant le théâtre, le théâtre lyrique, la musique, la danse et les variétés), le film, le disque et les autres modes d'enregistrement du son, le doublage et l'enregistrement d'annonces publicitaires.

¹⁶⁹⁸ Mais uniquement lorsque les conditions de travail impliquent qu'il loge à l'établissement de l'employeur et qu'il n'est pas tenu de fréquenter l'école le lendemain. Voir : R.n.t., art. 35.2 (2).

Enfin, le travail *de nuit* des enfants fait l'objet de restrictions en soi. Ainsi, un employeur ne peut faire travailler un enfant entre vingt-trois heures et six heures du matin que lorsque celui-ci n'a plus l'obligation de fréquenter l'école, travaille à la livraison de journaux (i.e. à titre de camelot)¹⁶⁹⁹ ou encore travaille à titre de créateur ou d'interprète dans les domaines de production artistique énoncés ci-avant¹⁷⁰⁰.

(6) *Le harcèlement psychologique*

Le harcèlement psychologique est une conduite vexatoire qui se manifeste par des comportements, des paroles, des actes ou des gestes répétés, hostiles ou non désirés, qui porte atteinte à la dignité ou à l'intégrité psychologique ou physique d'un salarié et qui entraîne, pour ce dernier, un milieu de travail néfaste¹⁷⁰¹. Une seule conduite grave peut également constituer du harcèlement psychologique lorsqu'elle porte une atteinte grave et produit un effet nocif continu pour le salarié qui en est victime¹⁷⁰².

La L.n.t. énonce en des termes clairs le droit de tout salarié à un milieu de travail exempt de harcèlement psychologique¹⁷⁰³. Elle énonce en des termes tout aussi clairs l'obligation de l'employeur de prendre les moyens raisonnables qui s'imposent pour prévenir le harcèlement psychologique et de faire cesser les conduites qui constituent un tel harcèlement qui sont portées à sa connaissance¹⁷⁰⁴. Pour l'heure, le Québec est le seul État en Amérique du Nord à régler cette problématique de cette façon.

En vertu de la L.n.t., le salarié non syndiqué qui se croit victime de harcèlement psychologique peut déposer une plainte écrite à la C.n.t. dans les quatre-vingt-dix jours de la dernière manifestation de la conduite dont il se plaint. Une telle plainte peut également être déposée par un organisme sans but lucratif de défense des droits des salariés¹⁷⁰⁵. Sur réception

¹⁶⁹⁹ L.n.t., art. 84.6.

¹⁷⁰⁰ R.n.t., art. 35.1. En effet, les articles 35.1 et 35.2 (1) font référence aux mêmes domaines de production artistique.

¹⁷⁰¹ L.n.t., art. 81.18, al. 1.

¹⁷⁰² L.n.t., art. 81.18, al. 2.

¹⁷⁰³ L.n.t., art. 81.19, al. 1.

¹⁷⁰⁴ L.n.t., art. 81.19, al. 2.

¹⁷⁰⁵ L.n.t., art. 123.6 et 123.7.

d'une telle plainte, la C.n.t. fait enquête avec diligence¹⁷⁰⁶. Elle peut en outre proposer aux parties de recourir à la médiation¹⁷⁰⁷. Si la C.n.t. juge la plainte fondée et qu'aucun règlement n'est intervenu entre les parties, elle défère celle-ci à la C.r.t.¹⁷⁰⁸. Elle peut alors choisir de représenter le salarié devant la C.r.t.¹⁷⁰⁹. Si au contraire, elle ne donne pas suite à la plainte, le salarié ou l'organisme plaignant, le cas échéant, dispose de trente jours pour demander à la C.n.t. de déférer la plainte à la C.r.t.¹⁷¹⁰.

Les règles relatives à la C.r.t., à ses commissaires, à leurs décisions et à l'exercice de leur compétence prévues au C.t. s'appliquent à l'instance. En outre, la C.r.t. dispose des pouvoirs de l'arbitre de grief énoncés à l'article 100.12 du même code¹⁷¹¹. La C.r.t. qui en vient à la conclusion que le salarié a été victime de harcèlement psychologique et que l'employeur a fait défaut de respecter ses obligations en la matière peut rendre toute décision qui lui paraît juste et raisonnable dans les circonstances. Elle dispose à cette fin de nombreux pouvoirs d'ordonnances¹⁷¹².

Certaines des règles prévues à la L.n.t. en matière de harcèlement psychologique sont réputées faire partie de toute convention collective¹⁷¹³. Les recours disponibles aux fins de mettre en œuvre les droits et obligations prévus à ces dispositions sont alors ceux prévus à la convention collective¹⁷¹⁴. Une procédure conjointe de médiation est également disponible¹⁷¹⁵.

¹⁷⁰⁶ L.n.t., art. 123.8, al. 1. Les articles 103 à 110 L.n.t. (recours civils) s'appliquent à cette enquête, compte tenu des adaptations nécessaires : L.n.t., art. 128.8, al. 2.

¹⁷⁰⁷ L.n.t., art. 123.10 et 123.11.

¹⁷⁰⁸ L.n.t., art. 123.12.

¹⁷⁰⁹ L.n.t., art. 123.13.

¹⁷¹⁰ L.n.t., art. 123.9.

¹⁷¹¹ L.n.t., art. 123.14. Les articles 15 à 19 C.t. ne s'appliquent toutefois pas.

¹⁷¹² L.n.t., art. 123.15. Elle dispose ainsi du pouvoir d'ordonner à l'employeur de réintégrer le salarié, de payer au salarié une indemnité jusqu'à un maximum équivalant au salaire perdu, de prendre les moyens raisonnables pour faire cesser le harcèlement, de verser au salarié des dommages et intérêts punitifs et moraux, de verser au salarié une indemnité pour perte d'emploi, de financer le soutien psychologique requis par le salarié pour une période raisonnable qu'elle détermine et d'ordonner la modification du dossier disciplinaire du salarié victime de harcèlement psychologique. Des règles particulières s'appliquent quant à l'exercice de certains de ces pouvoirs lorsque le harcèlement psychologique constitue ou est susceptible de constituer, une lésion professionnelle au sens de la L.a.t.m.p. : L.n.t., art. 123.16.

¹⁷¹³ C'est le cas des articles 81.18, 81.19, 123.7, 123.15 et 123.16 L.n.t.

¹⁷¹⁴ L.n.t., art. 81.20, al. 1.

¹⁷¹⁵ L.n.t., art. 81.20, al. 2.

(7) *La protection du lien d'emploi*

La L.n.t. prévoit différents mécanismes visant à conférer aux salariés une certaine sécurité d'emploi. Ces mécanismes sont l'avis de cessation d'emploi et le certificat de travail ((a)), l'avis de licenciement collectif ((b)) et le recours à l'encontre d'un congédiement fait sans cause juste et suffisante ((c)). Les pratiques interdites seront abordées ultérieurement¹⁷¹⁶.

(a) L'avis de cessation d'emploi et le certificat de travail

Un employeur qui désire mettre fin au contrat de travail d'un salarié ou le mettre à pied pour six mois ou plus, l'employeur doit l'en aviser par écrit¹⁷¹⁷. Cet avis doit être d'au moins une semaine si le salarié justifie de moins d'un an de service continu, d'au moins deux semaines s'il justifie d'un an à cinq ans de service continu, d'au moins quatre semaines s'il justifie de cinq à dix ans de service continu et d'au moins huit semaines s'il justifie de dix ans ou plus de service continu¹⁷¹⁸. Cet avis ne pourra toutefois pas être donné alors qu'un salarié est en mise à pied, sauf dans le cas d'un emploi saisonnier dont la durée n'excède habituellement pas six mois par année¹⁷¹⁹.

L'article 82 L.n.t. établit des minima en deçà desquels il est impossible d'aller. En effet, c'est une disposition d'ordre public relatif ou social¹⁷²⁰, c'est-à-dire qu'il est seulement possible d'y déroger à la hausse (i.e. de façon plus avantageuse pour le salarié). À défaut de donner un tel avis ou dans l'éventualité où l'avis donné est insuffisant, l'employeur doit alors verser au salarié une indemnité équivalente au salaire habituel que celui-ci aurait gagné au cours de la période correspondant à la durée ou à la durée résiduelle de l'avis auquel il avait droit¹⁷²¹. Dans le cas du salarié payé à commission, son indemnité est déterminée en fonction de la moyenne hebdomadaire du salaire que celui-ci a gagné au cours des périodes complètes de paies des trois derniers mois¹⁷²². Il est important de noter que l'avis de cessation d'emploi

¹⁷¹⁶ *Infra*, section IV.D.1.d), p. 456.

¹⁷¹⁷ L.n.t., art. 82, al. 1.

¹⁷¹⁸ L.n.t., art. 82, al. 2.

¹⁷¹⁹ L.n.t., art. 82, al. 3.

¹⁷²⁰ L.n.t., art. 93 (caractère d'ordre public) et 94 (caractère relatif ou social).

¹⁷²¹ L.n.t., art. 83, al. 1.

¹⁷²² L.n.t., art. 83, al. 3.

prévu à l'article 82 L.n.t. – ou l'indemnité compensatoire en tenant lieu – n'a pas pour effet de priver un salarié d'un droit que lui confère une autre loi¹⁷²³. Par conséquent, l'article 82 L.n.t. n'écarte pas l'obligation qu'a l'employeur de donner au salarié un délai de congé d'une durée raisonnable conformément à l'article 2091 C.c.Q.

L'indemnité doit être versée au moment de la cessation de l'emploi ou de la mise prévue pour plus de six mois, ou six mois après le début d'une mise à pied à durée indéterminée ou prévue initialement pour moins de six mois¹⁷²⁴. Dans le cas où un salarié bénéficie d'un droit de rappel au travail de plus de six mois en vertu d'une convention collective, l'employeur n'est tenu de verser cette indemnité qu'à l'expiration du droit de rappel du salarié¹⁷²⁵ ou, au plus tard, un an après la mise à pied¹⁷²⁶. Il n'aura toutefois à verser aucune indemnité lorsque le salarié est rappelé au travail avant cette date et qu'il travaille ensuite pour une durée au moins égale à celle de l'avis auquel il a droit¹⁷²⁷ ou lorsque le non-rappel au travail résulte d'un cas de force majeure¹⁷²⁸.

L'article 82 de la L.n.t. ne s'applique pas au salarié qui justifie de moins de trois mois de service continu au sens de la L.n.t.¹⁷²⁹, dont le contrat pour une durée déterminée ou pour une entreprise déterminée expire¹⁷³⁰, qui a commis une faute grave¹⁷³¹, dont la fin du contrat ou la mise à pied résulte d'un cas fortuit ou d'une force majeure¹⁷³² ou qui est un cadre supérieur¹⁷³³. À la fin de son emploi, un salarié peut exiger que son employeur lui délivre un certificat de travail. Cette obligation est prévue tant en vertu du C.c.Q. que de la L.n.t., mais avec quelques nuances. En vertu du C.c.Q., le certificat de travail doit indiquer l'identité des parties et faire état uniquement de la nature et de la durée de l'emploi¹⁷³⁴. En vertu de la L.n.t.,

¹⁷²³ L.n.t., art. 82, al. 4.

¹⁷²⁴ L.n.t., art. 83, al. 2.

¹⁷²⁵ L.n.t., art. 83.1 al. 1 (1).

¹⁷²⁶ L.n.t., art. 83.1 al. 1 (2).

¹⁷²⁷ L.n.t., art. 83.1, al. 2 (1).

¹⁷²⁸ L.n.t., art. 83.1, al. 2 (2).

¹⁷²⁹ L.n.t., art. 82.1 (1).

¹⁷³⁰ L.n.t., art. 82.1 (2).

¹⁷³¹ L.n.t., art. 82.1 (3).

¹⁷³² L.n.t., art. 82.1 (4).

¹⁷³³ L.n.t., art. 3 (6).

¹⁷³⁴ C.c.Q., art. 2096.

le certificat doit faire état exclusivement de la nature et de la durée de l'emploi, du début et de la fin de l'exercice des fonctions et du nom et de l'adresse de l'employeur. Enfin, il y est expressément mentionné que le certificat ne peut faire état de la qualité du travail ou de la conduite du salarié¹⁷³⁵.

(b) L'avis de licenciement collectif

Depuis la fin 2002, les dispositions législatives relatives à l'avis de licenciement collectif ont été intégrées à la L.n.t.¹⁷³⁶ Elles faisaient autrefois partie intégrante de la *Loi sur la formation et la qualification professionnelles de la main-d'œuvre*¹⁷³⁷.

Il faut toutefois souligner que ce ne sont pas tous les salariés qui peuvent bénéficier de ces dispositions. Ainsi, le salarié qui justifie de moins de trois mois de service continu¹⁷³⁸, le salarié dont le contrat de travail arrive à terme¹⁷³⁹, le salarié qui a été soustrait du bénéfice des dispositions de la *Loi sur la fonction publique* (L.R.Q., ch. F-3.1.1) en vertu de l'article 83 de cette même loi¹⁷⁴⁰, le salarié qui a commis une faute grave¹⁷⁴¹ et le salarié qui fait partie des exclusions générales prévues à la L.n.t.¹⁷⁴² n'est pas visé par celles-ci. De plus, elles ne s'appliquent pas à la mise à pied d'un salarié initialement faite pour une durée indéterminée mais qui, dans les faits, s'est révélée être d'une durée inférieure¹⁷⁴³, de même qu'à un établissement dont les activités sont saisonnières ou intermittentes¹⁷⁴⁴ ou, encore, qui fait l'objet d'une grève ou d'un lock-out¹⁷⁴⁵. Enfin, les dispositions particulières relatives au

¹⁷³⁵ L.n.t., art. 84.

¹⁷³⁶ *Loi modifiant la Loi sur les normes du travail et d'autres dispositions législatives, préc.*, note 1586, art. 49. On les retrouve désormais aux articles 84.0.1 à 84.0.15 de la L.n.t.

¹⁷³⁷ L.R.Q., c. F-5, art. 45.

¹⁷³⁸ L.n.t., art. 84.0.2 (1).

¹⁷³⁹ L.n.t., art. 84.0.2 (2).

¹⁷⁴⁰ L.n.t., art. 84.0.2 (3).

¹⁷⁴¹ L.n.t., art. 84.0.2 (4).

¹⁷⁴² L.n.t., art. 84.0.2 (5). Ces exclusions générales se retrouvent à l'article 3 de la L.n.t.

¹⁷⁴³ L.n.t., art. 84.0.3 (1).

¹⁷⁴⁴ L.n.t., art. 84.0.3 (2).

¹⁷⁴⁵ L.n.t., art. 84.0.3 (3).

comité d'aide au reclassement¹⁷⁴⁶ ne s'appliquent pas lorsque le nombre de salariés visés par un licenciement collectif est inférieur à cinquante¹⁷⁴⁷.

En vertu de ces dispositions, un employeur doit transmettre un avis au ministre de l'Emploi et de la Sécurité sociale avant de procéder à un licenciement collectif pour des raisons d'ordre technologique ou économique¹⁷⁴⁸. Cet avis est de huit semaines lorsque le licenciement touche entre dix et quatre-vingt-dix-neuf employés¹⁷⁴⁹, de douze semaines lorsqu'il touche entre cent et deux-cent-quatre-vingt-dix-neuf employés¹⁷⁵⁰ et de seize semaines lorsqu'il touche trois-cent salariés et plus¹⁷⁵¹. Toutefois, lorsque l'employeur n'est pas en mesure de respecter ces délais d'avis en raison d'un événement imprévu ou d'une force majeure, il devra transmettre cet avis au ministre aussitôt qu'il sera en mesure de le faire¹⁷⁵².

De façon plus particulière¹⁷⁵³, l'avis de licenciement collectif doit être transmis par la poste au ministère de l'Emploi, de la Solidarité sociale et de la Famille, à la Direction générale des opérations d'Emploi-Québec¹⁷⁵⁴, et non pas au salarié. Il prend effet à compter de la date de sa mise à la poste¹⁷⁵⁵. Il devra contenir le nom et l'adresse de l'employeur ou de l'établissement visé¹⁷⁵⁶, le secteur d'activité concerné¹⁷⁵⁷, le nom et l'adresse des associations de salariés concernées, le cas échéant¹⁷⁵⁸, le motif du licenciement collectif¹⁷⁵⁹, la date prévue de celui-ci¹⁷⁶⁰ et, enfin, le nombre de salariés possiblement visés par celui-ci¹⁷⁶¹.

¹⁷⁴⁶ C'est-à-dire les articles 84.0.9 à 84.0.12 L.n.t.

¹⁷⁴⁷ L.n.t., art. 84.0.15.

¹⁷⁴⁸ L.n.t., art. 84.0.4, al. 1. La notion de « licenciement collectif » est prévue à l'article 84.0.1 L.n.t., soit « une cessation de travail du fait de l'employeur, y compris une mise à pied pour une durée de six mois ou plus, qui touche au moins 10 salariés d'un même établissement au cours d'une période de deux mois consécutifs ».

¹⁷⁴⁹ L.n.t., art. 84.0.4, al. 1 (1).

¹⁷⁵⁰ L.n.t., art. 84.0.4, al. 1 (2).

¹⁷⁵¹ L.n.t., art. 84.0.4, al. 1 (3).

¹⁷⁵² L.n.t., art. 84.0.5.

¹⁷⁵³ En fait, en vertu de la réglementation adoptée en vertu de l'article 84.0.7 de la L.n.t.

¹⁷⁵⁴ R.n.t., art. 35.0.1, al. 1.

¹⁷⁵⁵ R.n.t., art. 35.0.1, al. 2.

¹⁷⁵⁶ R.n.t., art. 35.0.2 (1).

¹⁷⁵⁷ R.n.t., art. 35.0.2 (2).

¹⁷⁵⁸ R.n.t., art. 35.0.2 (3).

¹⁷⁵⁹ R.n.t., art. 35.0.2 (4).

¹⁷⁶⁰ R.n.t., art. 35.0.2 (5).

¹⁷⁶¹ R.n.t., art. 35.0.2 (6).

L'avis de licenciement collectif doit être affiché dans un endroit visible et facilement accessible de l'établissement et une copie doit être remise à la C.n.t. de même qu'à l'association accréditée dont les salariés sont visés par le licenciement¹⁷⁶². Enfin, un employeur ne peut modifier le salaire et les régimes de retraite ou d'assurance collective des salariés visés par le licenciement collectif pendant la période d'avis prévue par la loi, à moins d'obtenir le consentement du salarié ou de l'association accréditée concernée¹⁷⁶³.

En l'absence d'avis de licenciement collectif ou lorsque celui-ci est d'une durée insuffisante, l'employeur doit alors verser à chaque salarié licencié une indemnité équivalente au salaire habituel que celui-ci aurait gagné au cours de la période correspondant à la durée ou à la durée résiduelle de l'avis que l'employeur aurait dû donner¹⁷⁶⁴. L'indemnité doit être versée au moment du licenciement ou six mois après le début d'une mise à pied à durée indéterminée ou prévue initialement pour moins de six mois¹⁷⁶⁵, à moins d'une force majeure ou d'un événement imprévu, auxquels cas l'employeur n'est pas tenu de verser une indemnité¹⁷⁶⁶.

Il est important de noter que l'avis donné en vertu de 84.0.4 de la L.n.t. est distinct de celui qui est prévu par l'article 82 de cette même loi. Le fait pour l'employeur de donner le premier (qui n'est pas adressé au salarié) ne le dispense pas de donner le second¹⁷⁶⁷. Toutefois, lorsque les avis prévus à ces articles sont remplacés par une indemnité, le salarié n'aura droit qu'à l'indemnité la plus élevée des deux. En effet, ces indemnités ne sont pas cumulables¹⁷⁶⁸.

Enfin, la loi prévoit que le ministre de l'Emploi et de la Solidarité sociale peut demander à l'employeur et à l'association accréditée ou, en l'absence d'une telle association, aux représentants des salariés visés par le licenciement, de constituer un comité d'aide au reclassement¹⁷⁶⁹. Ce comité est composé d'un nombre égal de représentants de chaque partie

¹⁷⁶² L.n.t., art. 84.0.6.

¹⁷⁶³ L.n.t., art. 84.0.8.

¹⁷⁶⁴ L.n.t., art. 84.0.13, al. 1.

¹⁷⁶⁵ L.n.t., art. 84.0.13, al. 2.

¹⁷⁶⁶ L.n.t., art. 84.0.13, al. 3.

¹⁷⁶⁷ L.n.t., art. 84.0.4, al. 2.

¹⁷⁶⁸ L.n.t., art. 84.0.14.

¹⁷⁶⁹ L.n.t., art. 84.0.9, al. 1.

ou du nombre de représentants dont elles conviennent, chaque partie n'ayant toutefois droit qu'à un seul vote¹⁷⁷⁰. La mission de ce comité est de fournir une aide aux salariés licenciés et de favoriser leur maintien ou leur réintégration en emploi¹⁷⁷¹. Ce comité a également pour fonction d'évaluer la situation et les besoins des salariés visés par le licenciement et d'élaborer et mettre en œuvre un plan de reclassement¹⁷⁷².

Les activités du comité de reclassement sont financées en partie par l'employeur, après entente avec le ministre¹⁷⁷³. À défaut d'une telle entente, ce financement est établi en fonction de la réglementation en vigueur¹⁷⁷⁴. Le ministre peut réclamer toute somme due par l'employeur devant les tribunaux¹⁷⁷⁵.

Cependant, le ministre peut, sur demande, exempter l'employeur de l'application de tout ou partie des dispositions des articles 84.0.9 à 84.0.11 de la L.n.t., lorsque ce dernier offre aux salariés licenciés des mesures d'aide au reclassement équivalentes ou supérieures à celles prévues par ces dispositions législatives. Une telle exemption sera accordée aux conditions que le ministre juge appropriées et uniquement après avoir donné aux parties impliquées l'occasion d'être entendues¹⁷⁷⁶.

(c) Le congédiement fait sans cause juste et suffisante

Les dispositions législatives que nous avons étudiées précédemment ne font qu'imposer à l'employeur l'accomplissement de certaines formalités avant de procéder à la rupture du lien d'emploi ou à la mise à pied d'un salarié. Aucune de ces dispositions législatives ne vont jusqu'à obliger l'employeur à justifier le congédiement comme tel. En fait, celui-ci n'a qu'à donner le préavis requis par la loi et ce n'est qu'exceptionnellement, en cas d'absence ou d'insuffisance de l'avis, qu'il pourra devoir payer une indemnité au salarié

¹⁷⁷⁰ L.n.t., art. 84.0.9, al. 2.

¹⁷⁷¹ L.n.t., art. 84.0.10, al. 1.

¹⁷⁷² L.n.t., art. 84.0.10, al. 2.

¹⁷⁷³ L.n.t., art. 84.0.11, al. 1.

¹⁷⁷⁴ L.n.t., art. 84.0.11, al. 2.

¹⁷⁷⁵ L.n.t., art. 84.0.11, al. 3.

¹⁷⁷⁶ L.n.t., art. 84.0.12.

congédié¹⁷⁷⁷. Bien entendu, l'employeur doit en tout temps respecter les dispositions législatives d'ordre public et ne peut mettre fin au contrat de travail pour des motifs interdits ou discriminatoires¹⁷⁷⁸.

L'article 124 L.n.t. est de nature différente. Il intègre aux rapports individuels du travail le critère de révision développé par la jurisprudence arbitrale en matière de congédiement et de mesures disciplinaires dans le cadre des rapports collectifs du travail¹⁷⁷⁹. Ainsi, il permet aux salariés qui justifient de deux ans de service continu dans une même entreprise de contester leur congédiement qui est fait *sans une cause juste et suffisante*. Cette disposition a donc pour effet d'imposer à l'employeur de ne congédier *que pour cause* les salariés justifiant deux ans de service continu et plus, leur conférant ainsi une sécurité d'emploi accrue, comparativement à ce qu'on retrouve dans le droit commun. En outre, l'article 128 L.n.t. confère à la C.r.t. le pouvoir d'ordonner la réintégration du salarié injustement congédié, ce qui a pour effet de conférer une sécurité d'emploi encore plus importante au salarié.

Le recours prévu par l'article 124 de la L.n.t. est toutefois d'application limitée. Des conditions d'ouverture strictes doivent être rencontrées. Tout d'abord, il ne s'applique qu'aux travailleurs qui rencontrent la définition de « salarié » au sens de l'article 1(10) de la L.n.t. et qui ne sont visés par aucune des exclusions prévues à l'article 3 de la L.n.t. L'exclusion la plus notable à cet égard est très certainement celle des « cadres supérieurs »¹⁷⁸⁰. Ensuite, le salarié doit justifier de « deux ans de service continu » dans l'entreprise au sens de l'article 1(12) de la L.n.t., c'est-à-dire sans une interruption de service qui, dans les circonstances, permette de conclure à un non-renouvellement de contrat. De plus, le salarié doit faire la preuve qu'il a été « congédié » pour pouvoir bénéficier de ce recours. Or, selon la jurisprudence, l'expression « congédiement » exclut la terminaison d'emploi justifiée par des motifs d'ordre financier ou

¹⁷⁷⁷ En effet, le droit du travail québécois ne prévoit pas le paiement d'une indemnité de départ fondée sur les années de service, contrairement au droit du travail fédéral : C.c.t., art. 235 et ss.

¹⁷⁷⁸ Plus particulièrement, le droit à l'égalité et la prohibition de la discrimination prévus par la C.d.l.p., de même que les pratiques interdites qu'on retrouve à la L.n.t. et dans les différentes lois du travail.

¹⁷⁷⁹ *Produits Pétro-Canada inc. c. Moalli, préc.*, note 1526.

¹⁷⁸⁰ L.n.t., art. 3, par. 6.

économique ou de réorganisation interne à l'origine d'une réduction du personnel¹⁷⁸¹. Enfin, le salarié ne doit disposer d'aucun recours équivalent pour obtenir réparation. Bien que chaque cas soit un cas d'espèce, l'arbitrage de grief prévu par une convention collective sera généralement jugé un recours équivalent et fera en principe obstacle à un recours fondé sur l'article 124¹⁷⁸². Finalement, notons que la norme de travail prévue par l'article 124 L.n.t. (i.e. l'obligation faite à l'employeur de ne congédier un salarié qui justifie de deux ans de service continu que pour une cause juste et suffisante) est d'ordre public. Un arbitre de grief a donc l'obligation d'interpréter et d'appliquer la convention collective de façon compatible avec cette disposition¹⁷⁸³.

(8) *La mise en œuvre des normes du travail*

La C.n.t. est l'organisme chargé de la surveillance, de l'application et de la mise en œuvre des normes du travail prévues à la L.n.t.¹⁷⁸⁴. À cette fin, elle possède de nombreux pouvoirs, incluant d'importants pouvoirs de réglementation et d'enquête¹⁷⁸⁵. La C.n.t. joue un rôle important dans le cadre des différents recours civils prévus à la L.n.t. Ces recours sont ceux relatifs aux réclamations pécuniaires (L.n.t., art. 98-101), aux pratiques interdites (L.n.t., art. 122-123.5), au harcèlement psychologique (L.n.t., art. 123.6-123.16) et au congédiement sans cause juste et suffisante (L.n.t., art. 124-131).

Le salarié qui estime que son employeur lui doit des sommes d'argent en vertu des normes de salaire et de durée du travail fixées par la loi ou les règlements (i.e. réclamations pécuniaires) peut déposer une plainte auprès de la C.n.t.¹⁷⁸⁶. Sur réception de la plainte, la Commission fait une enquête afin de déterminer le bien-fondé des allégations du salarié¹⁷⁸⁷.

¹⁷⁸¹ *Zarbatany c. Corporation Guess? Canada*, D.T.E. 2007T-16; G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 82-84; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 274 à 277.

¹⁷⁸² *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Procureur général du Québec*, *préc.*, note 1078; *Giguère c. Cie Kenworth du Canada (division de Paccar du Canada Ltée)*, [1990] R.J.Q. 2485 (C.A.).

¹⁷⁸³ *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Procureur général du Québec*, *préc.*, note 1078.

¹⁷⁸⁴ L.n.t., art. 4 et 5.

¹⁷⁸⁵ L.n.t., art. 29, 39, 108 et 109.

¹⁷⁸⁶ L.n.t., art. 102, al. 1. Le salarié qui est assujéti à une convention collective ou à un décret doit remplir certaines conditions d'admissibilité particulières : L.n.t., art. 102, al. 2.

¹⁷⁸⁷ L.n.t., art. 104.

Une telle enquête peut également être tenue de sa propre initiative¹⁷⁸⁸. Lorsque l'enquête révèle que des sommes d'argent sont effectivement dues au salarié, la C.n.t. met l'employeur en demeure de payer ces sommes¹⁷⁸⁹. Si ce dernier ne s'exécute pas, elle peut alors exercer le recours approprié pour le compte du salarié¹⁷⁹⁰. Si la Commission s'abstient d'exercer ce recours, toutefois, le salarié peut l'exercer lui-même devant les tribunaux de droit commun compétents¹⁷⁹¹. Les recours en réclamation pécuniaire fondés sur la L.n.t. se prescrivent par un an à compter de chaque échéance¹⁷⁹².

Le salarié qui croit avoir été victime d'une pratique interdite prévue à la L.n.t. et qui désire faire valoir ses droits doit déposer une plainte auprès de la C.n.t. à l'intérieur d'un délai de 45 ou 90 jours, selon la nature de la pratique interdite alléguée¹⁷⁹³. Si la médiation proposée par la commission est refusée ou s'avère inefficace¹⁷⁹⁴, la C.n.t. défère sans délai la plainte à la C.r.t.¹⁷⁹⁵. Les règles qui s'appliquent à ce recours sont les mêmes que celles qui s'appliquent au recours intenté en vertu des articles 15 et suiv. du C.t.¹⁷⁹⁶. La C.n.t. peut représenter devant la C.r.t. un salarié qui n'est pas représenté par un syndicat dûment accrédité¹⁷⁹⁷.

Le salarié qui croit avoir été victime de harcèlement psychologique peut porter plainte à la C.n.t. dans les 90 jours du dernier événement reproché¹⁷⁹⁸. Suite au dépôt de la plainte, la C.n.t. fait enquête afin d'en vérifier le bien-fondé¹⁷⁹⁹. Elle peut également proposer aux parties de recourir à la médiation¹⁸⁰⁰. En cas de refus ou d'échec de la médiation, la C.n.t. peut déférer la plainte à la C.r.t., si elle décide d'y donner suite¹⁸⁰¹. Dans ce cas, elle peut représenter le

¹⁷⁸⁸ L.n.t., art. 105.

¹⁷⁸⁹ L.n.t., art. 111.

¹⁷⁹⁰ L.n.t., art. 113 et 98.

¹⁷⁹¹ L.n.t., art. 120.

¹⁷⁹² L.n.t., art. 115.

¹⁷⁹³ Il doit déposer sa plainte dans les 45 jours de la pratique dont il se plaint dans le cas de l'article 122 et dans les 90 jours dans le cas de l'article 122.1 (mise à la retraite) : L.n.t., art. 123 et 123.1.

¹⁷⁹⁴ L.n.t., art. 123.3.

¹⁷⁹⁵ L.n.t., art. 123.4.

¹⁷⁹⁶ Pour plus de détails, voir : *Supra*, section IV.C.1.c)(3), p. 258.

¹⁷⁹⁷ L.n.t., art. 123.5.

¹⁷⁹⁸ L.n.t., art. 123.6 et 123.7.

¹⁷⁹⁹ L.n.t., art. 123.8.

¹⁸⁰⁰ L.n.t., art. 123.10 et 123.11.

¹⁸⁰¹ L.n.t., art. 123.12.

plaignant dans le cadre de ces procédures¹⁸⁰². Dans le cas contraire, le salarié (ou l'organisme qui le représente) dispose de 30 jours pour demander par écrit à la C.n.t. de déférer la plainte à la C.r.t.¹⁸⁰³. La L.n.t. confère à la C.r.t. de larges pouvoirs d'ordonnance dans le cadre de ce recours¹⁸⁰⁴.

Enfin, le salarié qui justifie de deux ans de service continu dans une même entreprise et qui croit avoir été congédié sans une cause juste et suffisante peut soumettre sa plainte par écrit à la C.n.t. dans les 45 jours de son congédiement¹⁸⁰⁵. Sur réception de la plainte, la C.n.t. peut exiger que l'employeur donne sa version des faits par écrit¹⁸⁰⁶. Elle peut également proposer aux parties de recourir à la médiation¹⁸⁰⁷. En cas de refus ou d'échec de la médiation, la C.n.t. défère sans délai la plainte à la C.r.t.¹⁸⁰⁸, qui peut à son tour tenter de régler le litige en proposant la conciliation pré-décisionnelle¹⁸⁰⁹. Le salarié qui n'est pas représenté par un syndicat accrédité peut être représenté par la C.n.t. dans le cadre de ces procédures¹⁸¹⁰. Les pouvoirs d'ordonnance de la C.r.t. dans le cadre d'un tel recours sont essentiellement les mêmes que ceux de l'arbitre de grief¹⁸¹¹.

En général, les recours civils prévus à la L.n.t. peuvent être intentés par le salarié lui-même et à ses propres frais devant les tribunaux de droit commun ou administratifs compétents. Ceci étant, certains recours prévus à la L.n.t. autorisent la C.n.t. à intenter un recours en son nom propre ou pour le compte d'un salarié. Ainsi, en matière pécuniaire, la C.n.t. peut intenter un recours de fondé sur la L.n.t. ou sur un règlement adopté en vertu de la L.n.t. suite à la plainte d'un salarié, ou encore, de sa propre initiative. Ce recours est intenté devant les tribunaux de droit commun compétents¹⁸¹². De même, en matière de congédiement sans cause juste et suffisante, de harcèlement psychologique et de pratiques interdites, la C.n.t.

¹⁸⁰² L.n.t., art. 123.13.

¹⁸⁰³ L.n.t., art. 123.9.

¹⁸⁰⁴ L.n.t., art. 123.15.

¹⁸⁰⁵ L.n.t., art. 124.

¹⁸⁰⁶ L.n.t., art. 125.

¹⁸⁰⁷ *Id.*

¹⁸⁰⁸ L.n.t., art. 126.

¹⁸⁰⁹ C.t., art. 121-123.

¹⁸¹⁰ L.n.t., art. 126.1.

¹⁸¹¹ L.n.t., art. 127 et 128.

¹⁸¹² L.n.t., art. 39(8) et 98 à 121.

peut représenter un salarié qui n'est pas représenté par un syndicat accrédité par la C.r.t.¹⁸¹³. Or, cette possibilité pour le salarié d'être représenté par la C.n.t. est d'une importance capitale, puisque c'est alors cette dernière qui assume les frais de poursuite et qui assure la représentation du salarié auprès du tribunal compétent. C'est une mesure qui est susceptible d'améliorer non seulement l'accessibilité à la justice mais également l'effectivité des normes du travail.

Enfin, notons que la L.n.t. prévoit des recours pénaux à l'encontre des employeurs qui contreviennent à ses dispositions¹⁸¹⁴. Ces poursuites sont intentées devant la *Cour du Québec* conformément au *Code de procédure pénale* par le procureur général ou par une personne autorisée par un juge¹⁸¹⁵. Elles se prescrivent par un an depuis la date de la connaissance par le poursuivant de la perpétration de l'infraction, mais en aucun cas une poursuite peut-elle être intentée plus de 5 ans après cette date¹⁸¹⁶.

b) La santé et la sécurité du travail

Les toutes premières lois à être adoptées en matière de santé et sécurité au travail¹⁸¹⁷ sont l'*Acte pour protéger la vie et la santé des personnes employées dans les manufactures*¹⁸¹⁸ et la *Loi des établissements industriels de Québec*¹⁸¹⁹. Ces lois, adoptées respectivement en 1885 et en 1894, concernent l'aménagement physique des lieux de travail dans les manufactures et les établissements industriels et l'exploitation du travail des femmes et des enfants qui s'y produit. On y retrouve plusieurs dispositions relatives à la salubrité, à l'hygiène et aux risques d'accidents. La loi de 1894 est consolidée en 1934¹⁸²⁰, puis est définitivement

¹⁸¹³ L.n.t., art. 126.1 (recours à l'encontre d'un congédiement fait sans cause juste et suffisante), 123.13 (recours en cas de harcèlement psychologique) et 123.5 (recours à l'encontre d'une pratique interdite).

¹⁸¹⁴ L.n.t., art. 139 à 147.

¹⁸¹⁵ *Code de procédure pénale*, L.R.Q., c. C-25.2, art. 9-10.

¹⁸¹⁶ L.n.t., art. 144.

¹⁸¹⁷ En fait, ce sont les toutes premières lois du travail à être adoptées par le législateur québécois, toutes catégories confondues.

¹⁸¹⁸ S.Q. 1885, c. 32.

¹⁸¹⁹ S.Q. 1894, c. 30.

¹⁸²⁰ *Loi modifiant la Loi des établissements industriels*, S.Q. 1934, c. 55.

remplacée par la *Loi sur la santé et la sécurité au travail*¹⁸²¹ en 1979, loi qui est actuellement en vigueur.

La L.s.s.t est une loi d'ordre public social¹⁸²² qui détaille l'essentiel de la mise en œuvre du droit du travailleur à la santé, à la sécurité et au respect de son intégrité physique qu'on retrouve à l'article 46 de la C.d.l.p. de même qu'aux articles 2087 et 2088 du C.c.Q. Son objet est l'élimination à la source même des dangers pour la santé, la sécurité et l'intégrité physique des travailleurs et, pour ce faire, elle établit différents mécanismes de participation des travailleurs, des employeurs et de leurs associations respectives¹⁸²³. Cette approche fondée sur l'implication et la participation des acteurs sociaux, adoptée en 1979, constituait un changement de paradigme important dans l'approche législative québécoise en matière de santé et de sécurité au travail. Enfin, notons que contrairement à la L.a.t.m.p., qui a un caractère curatif et indemnitaire, la L.s.s.t. a un caractère essentiellement préventif¹⁸²⁴.

La L.s.s.t. prévoit des droits et obligations à l'égard du travailleur et de l'employeur¹⁸²⁵. Elle prévoit également certaines obligations à l'endroit du fournisseur¹⁸²⁶. Les

¹⁸²¹ *Préc.*, note 371 (ci-après « L.s.s.t. »).

¹⁸²² L.s.s.t., art. 4. En effet, une disposition d'une convention ou d'un décret ne peut y déroger que dans la mesure où elle est plus avantageuse pour la santé, la sécurité ou l'intégrité physique du travailleur. On doit toutefois noter que rien dans cette loi ou les règlements adoptés en vertu de celle-ci ne doit être interprété comme diminuant les droits conférés à un travailleur ou à une association accréditée en vertu d'une convention, d'un décret, d'une loi, d'un règlement, d'un arrêté en conseil ou d'une ordonnance : L.s.s.t., art. 5.

¹⁸²³ L.s.s.t., art. 2.

¹⁸²⁴ Comparer l'article 1 L.a.t.m.p. avec l'article 2 L.s.s.t.

¹⁸²⁵ Un « travailleur » est « une personne qui exécute, en vertu d'un contrat de travail ou d'un contrat d'apprentissage, même sans rémunération, un travail pour un employeur ». Sont toutefois exclus de cette définition la « personne qui est employée à titre de gérant, surintendant, contremaître ou représentant de l'employeur dans ses relations avec les travailleurs », de même que l'« administrateur ou dirigeant d'une personne morale, sauf si une personne agit à ce titre à l'égard de son employeur après avoir été désignée par les travailleurs ou une association accréditée ». Les étudiants peuvent également constituer des « travailleurs », dans les cas déterminés par règlement : L.s.s.t., art. 1. L'« employeur », pour sa part, est défini comme « une personne qui, en vertu d'un contrat de travail ou d'un contrat d'apprentissage, même sans rémunération, utilise les services d'un travailleur ». En outre, un établissement d'enseignement peut, dans les cas prévus par règlement, être considéré comme l'employeur d'un étudiant : *Id.* La L.s.s.t. lie le gouvernement, ses ministères et les organismes mandataires de l'État : L.s.s.t., art. 6. La L.s.s.t. s'applique à la « personne physique faisant affaires pour son propre compte et exécute, pour autrui et sans l'aide de travailleurs, des travaux sur un lieu de travail où se trouve des travailleurs » : L.s.s.t., art. 7. De plus, les personnes expressément exclues de la définition de « travailleur » prévue à l'article 1 possèdent les mêmes droits généraux qu'un travailleur, de même que les droits au retrait préventif et au retrait préventif de la travailleuse enceinte : L.s.s.t., art. 11. Elles sont tenues aux mêmes obligations qu'un travailleur lorsqu'elles exécutent un travail sur un lieu de travail, tout comme l'employeur l'est, dans les mêmes circonstances : L.s.s.t., art. 8.

principaux droits que cette loi confère au travailleur sont le droit de refus¹⁸²⁷, le droit au retrait préventif en raison de l'exposition à un contaminant¹⁸²⁸ et le droit au retrait préventif de la travailleuses enceinte ou qui allaite¹⁸²⁹. Le travailleur dispose également de droits d'ordre plus général, comme le droit à des conditions de travail qui respectent sa santé, sa sécurité et son intégrité physique, le droit à des services de formation, d'information et de conseil en matière de santé-sécurité, le droit à des services de santé préventifs et curatifs appropriés aux risques auxquels il est exposé dans le cadre de son travail et le droit de recevoir son salaire pendant un examen de santé en cours d'emploi¹⁸³⁰. Les principales obligations du travailleur sont de prendre les mesures nécessaires pour protéger sa santé, sa sécurité ou son intégrité physique, de veiller à ne pas mettre en danger la santé, la sécurité ou l'intégrité physique des autres personnes qui se trouvent sur les lieux de travail ou à proximité et de participer à l'identification et à l'élimination des risques d'accidents du travail et des maladies professionnelles dans son milieu de travail¹⁸³¹.

Les droits de l'employeur se résument à celui d'avoir accès à des services de formation, d'information et de conseil en matière de santé-sécurité¹⁸³². Il possède toutefois de très nombreuses obligations. Il doit ainsi prendre les mesures nécessaires pour protéger la santé et assurer la sécurité et l'intégrité physique des travailleurs. Cette obligation générale de

¹⁸²⁶ L.s.s.t., art. 63 à 67. Les obligations et les responsabilités du fournisseur concernent principalement les produits, procédés, équipements, matériaux, contaminants et autres matières dangereuses.

¹⁸²⁷ L.s.s.t., art. 12 à 31. « Un travailleur a le droit de refuser d'exécuter un travail s'il a des motifs raisonnables de croire que l'exécution de ce travail l'expose à un danger pour sa santé, sa sécurité ou son intégrité physique ou peut avoir l'effet d'exposer une autre personne à un semblable danger. » : L.s.s.t., art. 12.

¹⁸²⁸ L.s.s.t., art. 32 à 39. « Un travailleur qui fournit à l'employeur un certificat attestant que son exposition à un contaminant comporte pour lui des dangers, eu égard au fait que sa santé présente des signes d'altération, peut demander d'être affecté à des tâches ne comportant pas une telle exposition et qu'il est raisonnablement en mesure d'accomplir, jusqu'à ce que son état de santé lui permette de réintégrer ses fonctions antérieures et que les conditions de son travail soient conformes aux normes établies par règlement pour ce contaminant. » : L.s.s.t., art. 32.

¹⁸²⁹ L.s.s.t., art. 40 à 48. « Une travailleuse enceinte qui fournit à l'employeur un certificat attestant que les conditions de son travail comportent des dangers physiques pour l'enfant à naître ou, à cause de son état de grossesse, pour elle-même, peut demander d'être affectée à des tâches ne comportant pas de tels dangers et qu'elle est raisonnablement en mesure d'accomplir. » : L.s.s.t., art. 40, al. 1. « Si l'affectation demandée n'est pas effectuée immédiatement, la travailleuse peut cesser de travailler jusqu'à ce que l'affectation soit faite ou jusqu'à la date de son accouchement. » : L.s.s.t., art. 41, al. 1.

¹⁸³⁰ L.s.s.t., art. 9 et 10.

¹⁸³¹ L.s.s.t., art. 49.

¹⁸³² L.s.s.t., art. 50.

sécurité comprend toute une série d'obligations plus précises énumérées à la loi, dont celles de s'assurer que les établissements sur lesquels il a autorité sont équipés et aménagés de façon à assurer la protection des travailleurs, de voir à ce que l'organisation du travail et les méthodes et techniques utilisées pour l'accomplir sont sécuritaires et ne portent pas atteinte à la santé du travailleur et fournir gratuitement au travailleur les moyens et équipements de protection nécessaires à une exécution sécuritaire du travail et s'assurer que les travailleurs les utilisent. Cette énumération n'est toutefois pas exhaustive¹⁸³³. Ceci reflète la philosophie de base de la loi en vertu de laquelle l'employeur est le propriétaire des lieux et le chef de l'entreprise; c'est donc lui qui peut agir, mais qui est également l'ultime responsable de la santé et de la sécurité.

L'employeur possède également des obligations particulières en matière de tenue et de consultation de registres¹⁸³⁴, de construction et d'ouverture d'établissements¹⁸³⁵, de programme de prévention¹⁸³⁶, d'accidents¹⁸³⁷ et de produits contrôlés¹⁸³⁸. Il doit enfin composer avec de nombreuses interdictions. Ainsi, il ne peut faire exécuter un travail par un travailleur ou une personne qui n'a pas atteint l'âge prescrit ou qui n'a pas subi les examens de santé ou ne détient pas le certificat de santé prescrits par règlement, ou faire exécuter un travail au-delà de la durée maximale prescrite par règlement¹⁸³⁹. Il lui est en outre interdit de congédier, de suspendre ou de déplacer un travailleur, d'exercer à son endroit des mesures discriminatoires ou de représailles ou de lui imposer toute autre sanction pour le motif que ce travailleur a exercé un droit de refus ou une fonction qui lui est dévolue par la L.s.s.t.¹⁸⁴⁰

La Commission de la santé et de la sécurité du travail est chargée d'administrer et de mettre en œuvre la L.s.s.t.¹⁸⁴¹. Elle est dotée d'un conseil d'administration et d'un comité administratif paritaires¹⁸⁴², ce qui traduit l'un des principaux objectifs de la loi, qui est de faire

¹⁸³³ L.s.s.t., art. 51.

¹⁸³⁴ L.s.s.t., art. 52.

¹⁸³⁵ L.s.s.t., art. 54 et 55.

¹⁸³⁶ L.s.s.t., art. 58 à 61.

¹⁸³⁷ L.s.s.t., art. 62.

¹⁸³⁸ L.s.s.t., art. 62.1 à 62.21.

¹⁸³⁹ L.s.s.t., art. 53.

¹⁸⁴⁰ L.s.s.t., art. 30 et 31.

¹⁸⁴¹ Ci-après « C.s.s.t. ». La C.s.s.t. est instituée par les articles 137 à 165 L.s.s.t.

¹⁸⁴² L.s.s.t., art. 141 (composition du conseil d'administration) et art. 156 (composition du comité administratif).

de la santé et de la sécurité au travail une question qui relève principalement des travailleurs et des employeurs. Outre les nombreuses fonctions qui lui sont dévolues par la loi¹⁸⁴³, la C.s.s.t. jouit de larges pouvoirs réglementaires¹⁸⁴⁴ et exerce des pouvoirs juridictionnels de première instance en matière de retrait préventif et de retrait préventif de la travailleuse enceinte ou qui allaite¹⁸⁴⁵. Elle décide également des plaintes qui lui sont adressées en vertu de la Loi¹⁸⁴⁶, à l'endroit desquelles elle possède une compétence exclusive¹⁸⁴⁷. Elle jouit en outre d'un pouvoir de révision de ses propres décisions et des décisions que son personnel est appelé à rendre de temps à autre dans le cadre de l'administration de la loi¹⁸⁴⁸. Elle est assistée d'inspecteurs chargés de surveiller l'application de la Loi et des règlements. Ceux-ci possèdent des pouvoirs d'enquête et des pouvoirs d'intervention et de redressement¹⁸⁴⁹. Les décisions de la C.s.s.t. sont susceptibles de contestation devant la *Commission des lésions professionnelles*¹⁸⁵⁰, dont les décisions sont finales et sans appel¹⁸⁵¹ et bénéficient de la protection d'une clause privative¹⁸⁵².

Ceci étant, la L.s.s.t. mise d'abord et avant tout sur les intervenants du milieu de travail – i.e. les employeurs, les syndicats et les travailleurs – pour atteindre son objectif. Pour ce faire, elle recourt à des structures de représentation paritaires. Ainsi, un comité de santé et de sécurité doit être formé dans certaines entreprises¹⁸⁵³, un comité paritaire dont les fonctions consistent essentiellement à établir des programmes de prévention, de formation et d'information en santé-sécurité, à choisir un médecin responsable et à approuver le programme de santé de ce dernier¹⁸⁵⁴. En outre, certaines entreprises ont l'obligation de

¹⁸⁴³ En particulier, mais non exclusivement, celles prévues aux articles 166 à 176 L.s.s.t..

¹⁸⁴⁴ Notamment ceux prévus aux articles 34 et 223 L.s.s.t.

¹⁸⁴⁵ Pouvoirs qu'on retrouve respectivement aux articles 37 et 42 et 48 L.s.s.t.

¹⁸⁴⁶ L.s.s.t., art. 227 et 228.

¹⁸⁴⁷ L.s.s.t., art. 176.

¹⁸⁴⁸ L.s.s.t., art. 37.1, 37.2, 42, 48, 191.1 à 192.

¹⁸⁴⁹ L.s.s.t., art. 19 et 20 et art. 177 à 193.

¹⁸⁵⁰ Ci-après « C.l.p. ». La C.l.p. est instituée par l'article 367 L.a.t.m.p.. La disposition conférant ces pouvoirs de contestation est l'article 369 L.s.s.t. Ce sont des pouvoirs exclusifs.

¹⁸⁵¹ L.a.t.m.p., art. 429.49, al. 3.

¹⁸⁵² L.a.t.m.p., art. 429.59.

¹⁸⁵³ L.s.s.t., art. 68 et 69. Les règles relatives à la constitution d'un tel comité sont prévues aux articles 70 à 75.

¹⁸⁵⁴ L.s.s.t., art. 78.

nommer un représentant à la prévention¹⁸⁵⁵ qui agit en quelque sorte comme un inspecteur local des conditions de santé et de sécurité du travail¹⁸⁵⁶. Par conséquent, bien qu'une partie de la mise en œuvre de la L.s.s.t. relève de la C.s.s.t., une partie bien plus importante encore relève des intervenants eux-mêmes, ce qui a fait dire à certains que la L.s.s.t. adopte avant tout une « approche participative et décentralisée » de la santé et de la sécurité du travail¹⁸⁵⁷.

La L.s.s.t. prévoit des recours civils et des recours pénaux. En matière civile, le travailleur qui croit avoir été congédié, suspendu, déplacé ou victime de mesures discriminatoires, de représailles ou d'une autre sanction en raison de l'exercice d'un droit ou d'une fonction prévus par la L.s.s.t. peut, à son choix, recourir à la procédure de griefs dont il bénéficie en vertu d'une convention collective ou soumettre une plainte à la C.s.s.t. dans les trente jours¹⁸⁵⁸. En matière pénale, des poursuites peuvent être intentées par la C.s.s.t., une association accréditée, le procureur général ou encore par une personne autorisée par un juge¹⁸⁵⁹. Des poursuites criminelles peuvent également être intentées en vertu du Code criminel dans des cas d'infractions graves aux normes de santé et de sécurité au travail¹⁸⁶⁰.

Enfin, point important à noter, le régime de prévention prévu par la L.s.s.t. est entièrement financé par les employeurs. En effet, non seulement les employeurs doivent-ils assurer le financement des activités des comités de santé et de sécurité et des représentants à la prévention, ils doivent en outre défrayer tous les coûts qui découlent de l'application de la L.s.s.t. et de ses règlements en payant une cotisation à cet effet à la C.s.s.t.¹⁸⁶¹.

¹⁸⁵⁵ L.s.s.t., art. 87-88.

¹⁸⁵⁶ R.P. GAGNON, *préc.*, note 354, p. 325. Les principales fonctions du représentant à la prévention sont prévues à l'article 90 L.s.s.t.

¹⁸⁵⁷ G. TRUDEAU, « L'impact de l'accord de libre-échange canado-américain sur les relations de travail au Québec et leur encadrement juridique », *préc.*, note 107, 295.

¹⁸⁵⁸ L.s.s.t., art. 227 et 228.

¹⁸⁵⁹ L.s.s.t., art. 234 à 246.

¹⁸⁶⁰ C.cr., art. 22.1, 22.2, 217.1 et 219 à 221.

¹⁸⁶¹ L.s.s.t., art. 247.

c) Les droits et libertés de la personne

(1) La Charte des droits et libertés de la personne

En 1964, le législateur québécois adoptait la *Loi sur la discrimination en emploi*¹⁸⁶², une loi du travail qui porte spécifiquement sur la question de la discrimination en emploi. Un peu plus d'une décennie plus tard, le législateur adoptait la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁸⁶³, une loi de portée générale à caractère quasi-constitutionnel qui prévoit, entre autres, des dispositions applicables de façon particulière à la relation d'emploi¹⁸⁶⁴.

À l'instar des autres lois en matière de droits de la personne, la C.d.l.p. « envisage essentiellement la protection contre la discrimination et la jouissance des droits et libertés y garantis »¹⁸⁶⁵. Elle traite ainsi des libertés et des droits fondamentaux¹⁸⁶⁶, du droit à l'égalité¹⁸⁶⁷, des droits politiques¹⁸⁶⁸, des droits judiciaires¹⁸⁶⁹, des droits économiques et sociaux¹⁸⁷⁰ et des programmes d'accès à l'égalité¹⁸⁷¹. Dans le domaine de l'emploi, « son objet plus particulier est de mettre fin à une exclusion arbitraire basée sur des idées préconçues à l'égard des caractéristiques personnelles qui, tout en tenant compte du devoir d'accommodement, n'affectent aucunement la capacité de faire le travail »¹⁸⁷².

La C.d.l.p. est une loi d'ordre public qui, comme nous l'avons déjà souligné, a un caractère quasi-constitutionnel¹⁸⁷³. En effet, son article 52 stipule qu'une disposition d'une loi, même adoptée subséquemment à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38 (libertés et droits fondamentaux, droit à l'égalité, droits politiques, droits judiciaires) que s'il y est

¹⁸⁶² S.Q. 1964, c. 46.

¹⁸⁶³ L.R.Q., c. C-12 (ci-après « C.d.l.p. » ou « Charte québécoise » ou encore simplement « Charte », selon le contexte).

¹⁸⁶⁴ En fait, la Charte québécoise a abrogé la *Loi sur la discrimination en emploi* et en a intégré la plupart des dispositions. Voir : S.Q. 1975, c. 6, art. 91.

¹⁸⁶⁵ *Québec (C.d.p.d.j.) c. Montréal (Ville); Québec (C.d.p.d.j.) c. Boisbriand (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, 686.

¹⁸⁶⁶ C.d.l.p., art. 1 à 9.1.

¹⁸⁶⁷ C.d.l.p., art. 10 à 20.1.

¹⁸⁶⁸ C.d.l.p., art. 21 et 22.

¹⁸⁶⁹ C.d.l.p., art. 23 à 38.

¹⁸⁷⁰ C.d.l.p., art. 39 à 48.

¹⁸⁷¹ C.d.l.p., art. 86 à 92.

¹⁸⁷² *Québec (C.d.p.d.j.) c. Montréal (Ville); Québec (C.d.p.d.j.) c. Boisbriand (Ville), préc.*, note 1865, 686.

¹⁸⁷³ *Id.*, 683.

expressément prévu qu'elle s'applique malgré la Charte¹⁸⁷⁴. Cette disposition, qui confère à la C.d.l.p. son caractère prééminent, préserve du même coup le pouvoir de l'Assemblée nationale du Québec d'y déroger expressément de temps à autre, conformément au principe de la souveraineté parlementaire. La Charte québécoise ne s'applique qu'aux domaines de compétence provinciale¹⁸⁷⁵. Elle diffère à ce chapitre de la Charte canadienne, qui s'applique autant aux domaines de compétence fédérale que provinciale. Contrairement à cette dernière, toutefois, la C.d.l.p. s'applique autant aux rapports privés (c'est-à-dire aux rapports entre personnes privées, qu'elles soient des personnes physiques ou morales) qu'aux rapports publics (c'est-à-dire aux rapports entre le gouvernement et les administrés)¹⁸⁷⁶.

Parmi les principaux droits fondamentaux reconnus et affirmés par la C.d.l.p., on compte le droit de toute être humain à la vie, à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne¹⁸⁷⁷, le droit de toute personne à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation¹⁸⁷⁸ et le droit au respect de sa vie privée¹⁸⁷⁹. En matière de libertés fondamentales, on retrouve les libertés de conscience, de religion, d'opinion, d'expression, de réunion pacifique et d'association¹⁸⁸⁰. Ces libertés et droits fondamentaux doivent toutefois s'exercer dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec. La loi peut d'ailleurs en fixer la portée et en aménager l'exercice¹⁸⁸¹. Enfin, tout travailleur a droit à des conditions de travail justes et raisonnables qui respectent sa santé, sa sécurité et son intégrité physique¹⁸⁸² et toute personne âgée ou handicapée a le droit d'être protégée contre l'exploitation¹⁸⁸³.

Outre les libertés et les droits fondamentaux vus ci-avant, la Charte québécoise affirme et reconnaît le droit à l'égalité en interdisant la discrimination, d'une part, et en assurant la

¹⁸⁷⁴ C.d.l.p., art. 52. Il est toutefois permis de déroger à ces articles dans la mesure où ils le permettent.

¹⁸⁷⁵ C.d.l.p., art. 55.

¹⁸⁷⁶ C.d.l.p., art. 54.

¹⁸⁷⁷ C.d.l.p., art. 1.

¹⁸⁷⁸ C.d.l.p., art. 4.

¹⁸⁷⁹ C.d.l.p., art. 5.

¹⁸⁸⁰ C.d.l.p., art. 3.

¹⁸⁸¹ C.d.l.p., art. 9.1.

¹⁸⁸² C.d.l.p., art. 46. Ce droit peut toutefois être modulé par la loi.

¹⁸⁸³ C.d.l.p., art. 48, al. 1.

promotion de l'accès à l'égalité, d'autre part. L'interdiction de discrimination est prévue à l'article 10 de la Charte¹⁸⁸⁴. Elle vise toutes les formes de discrimination, qu'il soit question de discrimination directe, indirecte ou systémique¹⁸⁸⁵, intentionnelle ou non-intentionnelle¹⁸⁸⁶. Cette interdiction, toutefois, n'est pas absolue. Tout d'abord, le droit à l'égalité qui y est reconnu n'est pas un droit autonome; c'est un droit accessoire qui doit nécessairement être rattaché à l'un ou l'autre « des droits et libertés de la personne » prévus à la Charte¹⁸⁸⁷. Ensuite, il ne vise que les distinctions, exclusions ou préférences fondées sur des motifs précis, soit « la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap »¹⁸⁸⁸. Enfin, il n'est question de « discrimination » que lorsqu'une distinction, exclusion ou préférence a un effet préjudiciable, c'est-à-dire lorsqu'elle « a pour effet de détruire ou compromettre » le droit à l'égalité¹⁸⁸⁹. En somme, pour qu'il y ait discrimination au sens de l'article 10 C.d.l.p., nous devons être en présence de trois éléments : (1) une

¹⁸⁸⁴ C.d.l.p., art. 10, al. 1 : « Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap »; al. 2 : « Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit ». Comme nous pouvons le voir à la lecture de cette disposition, l'égalité et la discrimination représentent les deux côtés d'une même médaille : Christian BRUNELLE, « Les droits et libertés dans le contexte civil », dans Collection de droit 2012-2013, École du Barreau du Québec, vol. 7, *Droit public et administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 43, à la p. 60.

¹⁸⁸⁵ Il y a discrimination directe lorsqu'une personne adopte une conduite, une pratique ou une règle qui établit d'emblée une distinction fondée sur l'un ou l'autre des motifs prohibés par la Charte. Il y a discrimination indirecte lorsqu'une personne adopte une conduite, une pratique ou une règle qui, bien que neutre à première vue et s'appliquant également à tous, a néanmoins un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un individu ou un groupe d'individus en leur imposant des contraintes qu'elle n'impose pas aux autres. Cette forme de discrimination s'appelle également « discrimination par suite d'un effet préjudiciable ». Enfin, il y a discrimination systémique lorsque les attitudes, coutumes, méthodes, pratiques et règles organisationnelles entraînent avec le temps un phénomène de rejet d'individus qui possèdent des caractéristiques personnelles communes liées à l'un ou l'autre des motifs prohibés par la Charte. Pour plus de détails sur les différentes formes de discrimination, voir : C. BRUNELLE, *préc.*, note 1884, p. 60 et 61.

¹⁸⁸⁶ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, 174.

¹⁸⁸⁷ C.d.l.p., art. 10, al. 1 *in limine*; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, 786-787; *Gosselin c. Procureur général du Québec*, [2002] R.J.Q. 1298, par. 40 (C.A.); *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1994] R.J.Q. 1227, 1243 (C.A.); Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5^{ème} édition, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 1173.

¹⁸⁸⁸ C.d.l.p., art. 10, al. 1 *in fine*.

¹⁸⁸⁹ C.d.l.p., art. 10, al. 2.

distinction, exclusion ou préférence; (2) fondée sur l'un des motifs énumérés au premier alinéa; (3) qui a pour effet de détruire ou de compromettre le droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne¹⁸⁹⁰.

Les articles 10.1 à 20.1 de la Charte complètent le principe énoncé à l'article 10 en étendant le principe de non-discrimination à différentes situations de la vie courante. Ainsi, l'article 10.1 interdit à quiconque de harceler une personne en raison de l'un des motifs prohibés par l'article 10, incluant par le fait même le harcèlement sexuel, une question particulièrement importante en contexte de travail¹⁸⁹¹. L'article 13, quant à lui, interdit à quiconque d'insérer une clause discriminatoire dans un acte juridique, tel un contrat de travail ou une convention collective. Mais ce sont les articles 16 à 20 de la Charte qui nous concernent plus particulièrement en l'espèce, puisqu'ils visent spécifiquement des situations associées à la relation d'emploi. Il est ainsi interdit à quiconque, incluant un employeur, « d'exercer de la discrimination dans l'embauche, l'apprentissage, la durée de la période de probation, la formation professionnelle, la promotion, la mutation, le déplacement, la mise à pied, la suspension, le renvoi, les conditions de travail d'une personne et l'établissement de catégories ou de classifications d'emploi »¹⁸⁹². Des interdictions de nature similaire, mais adaptées aux circonstances particulières applicables, sont formulées à l'endroit des bureaux de placement, des associations d'employeurs ou des salariés et des ordres professionnels¹⁸⁹³. De plus, nul ne peut requérir des renseignements relatifs aux motifs de discrimination prohibés dans un formulaire de demande d'emploi ou lors d'une entrevue, sauf si ces renseignements sont requis en vue de déterminer la présence d'une exigence professionnelle justifiée ou dans le cadre d'un programme d'accès à l'égalité¹⁸⁹⁴. Il est également interdit à quiconque de congédier, de refuser d'embaucher ou de pénaliser une personne dans le cadre son emploi en raison du fait qu'elle a été déclarée coupable d'une infraction pénale ou criminelle, lorsque

¹⁸⁹⁰ *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525, 538; *Coopérative d'habitation L'Escale de Montréal c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, [2010] R.J.Q. 2147 (C.A.); C. BRUNELLE, *préc.*, note 1884, p. 62 et 63.

¹⁸⁹¹ La question du harcèlement psychologique est quant à elle prévue aux articles 81.18 à 81.20 et 123.6 à 123.16 L.n.t.

¹⁸⁹² C.d.l.p., art. 16.

¹⁸⁹³ C.d.l.p., art. 17 et 18.

¹⁸⁹⁴ C.d.l.p., art. 18.1.

l'infraction en question ne présente aucun lien avec l'emploi ou lorsqu'un pardon a été obtenu¹⁸⁹⁵. Enfin, un employeur ne peut accorder un traitement ou un salaire différent à des employés qui accomplissent un travail équivalent au même endroit. Sont toutefois permises les différences fondées sur l'expérience, l'ancienneté, la durée du service, l'évaluation au mérite, la quantité de production ou le temps supplémentaire, si ces critères sont communs à l'ensemble du personnel¹⁸⁹⁶.

Le principe de non-discrimination énoncé à l'article 10 C.d.l.p. – et étendu à diverses situations par le biais des articles 10.1 à 19 – souffre toutefois d'exceptions. Ainsi, à l'instar de nombreuses lois sur les droits de la personne, la Charte québécoise considère comme non-discriminatoire une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou les qualités requises par un emploi. C'est la défense de l'exigence professionnelle justifiée (EPJ). La Charte considère également comme non discriminatoire une distinction, exclusion ou préférence justifiée par le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif ou d'une institution vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique¹⁸⁹⁷. La défense d'EPJ, prévue à l'article 20 *in limine* de la Charte québécoise, a été revue dans le cadre de l'affaire *Meiorin*¹⁸⁹⁸, qui impliquait une loi de la Colombie-Britannique. La méthode développée par la Cour suprême dans le cadre de cet arrêt impose à l'employeur qui tente de se disculper à l'aide de la défense d'EPJ de démontrer trois choses : (1) qu'il a adopté la norme dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail en cause; (2) qu'il a adopté la norme particulière en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail; et (3) que la norme est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail, en démontrant qu'il lui est impossible de composer avec les employés qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans qu'il ne subisse une contrainte excessive¹⁸⁹⁹. Cette nouvelle méthode à trois étapes développée par la Cour suprême, dite la « méthode unifiée », étend la défense d'EPJ à la discrimination directe autant

¹⁸⁹⁵ C.d.l.p., art. 18.2.

¹⁸⁹⁶ C.d.l.p., art. 19.

¹⁸⁹⁷ C.d.l.p., art. 20.

¹⁸⁹⁸ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3.

¹⁸⁹⁹ *Id.*, par. 55.

qu'à la discrimination indirecte et y intègre l'obligation d'accommodement¹⁹⁰⁰. Elle oblige ainsi l'employeur, dans la mesure du possible, à tenir compte de la situation de chacun dans l'élaboration et dans l'application des normes applicables en milieu de travail¹⁹⁰¹. Cette obligation particulière, mieux connue sous l'expression « obligation d'accommodement », est importante. Bien qu'elle n'oblige pas l'employeur à modifier de façon fondamentale les conditions de travail au sein de l'entreprise, elle l'oblige toutefois à aménager, si cela ne lui cause pas une contrainte excessive, le poste de travail ou les tâches de l'employé pour lui permettre de fournir sa prestation de travail¹⁹⁰². Cette obligation n'est toutefois pas absolue ni illimitée¹⁹⁰³. Ainsi, il y aura contrainte excessive si le compromis sollicité entraîne des coûts exorbitants pour l'employeur ou une ingérence excessive dans l'exploitation de ses établissements¹⁹⁰⁴.

L'autre moyen retenu par le législateur afin d'affirmer et de reconnaître le droit à l'égalité est celui des « programmes d'accès à l'égalité »¹⁹⁰⁵. Ces derniers ont pour objet de « corriger la situation de personnes faisant partie de groupes victimes de discrimination dans l'emploi »¹⁹⁰⁶, comme les femmes et les membres des minorités ethniques ou raciales visibles. Ils mettent en place des mesures de redressement qui visent à corriger des situations d'inégalité découlant d'une discrimination systémique antérieure exercée à l'endroit de travailleurs possédant des caractéristiques communes qui correspondent à l'un ou l'autre des

¹⁹⁰⁰ Auparavant, la défense d'E.P.J. ne pouvait être invoquée que dans les cas de discrimination directe et l'obligation d'accommodement ne s'appliquait que dans les cas de discrimination indirecte. De plus, les remèdes disponibles différaient entre ces deux formes de discrimination. Depuis l'affaire *Meiorin*, cette distinction n'a plus de conséquences pratiques.

¹⁹⁰¹ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, préc., note 1898, par. 68. Voir également : *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868.

¹⁹⁰² *Hydro-Québec c. Syndicat des employées et employés de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, [2008] 2 R.C.S. 561, par. 16.

¹⁹⁰³ *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, [2007] 1 R.C.S. 161, par. 38.

¹⁹⁰⁴ C. BRUNELLE, préc., note 1884, p. 73.

¹⁹⁰⁵ C.d.l.p., art. 86 à 92. Ceux-ci sont également appelés « programmes de promotion sociale » ou encore « programme d'action positive ».

¹⁹⁰⁶ C.d.l.p., art. 86, al. 1. Ils ont en outre pour objet de corriger la situation de personnes faisant partie de groupes victimes de discrimination « dans les secteurs de l'éducation ou de la santé et dans tout autre service ordinairement offert au public ». En effet, le champ d'application de la C.d.l.p. ne se limite pas au domaine de l'emploi.

motifs de discrimination interdits. En somme, les programmes d'accès à l'égalité « visent l'atteinte de l'équité, selon un objectif quantifié, au niveau de l'embauchage, des promotions ou des revenus » des travailleurs faisant partie de tels groupes¹⁹⁰⁷. Un programme d'accès à l'égalité peut être adopté à l'initiative de l'employeur¹⁹⁰⁸, suite à une recommandation de la *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*¹⁹⁰⁹ ou suite à une ordonnance d'un tribunal¹⁹¹⁰. Un tel programme, dans la mesure où il est adopté conformément à la Charte et à ses règlements, est réputé non discriminatoire¹⁹¹¹.

À noter qu'une loi distincte, la *Loi sur l'accès à l'égalité en emploi dans des organismes publics*¹⁹¹², prévoit un régime particulier d'accès à l'égalité pour les organismes publics qui emploient 100 personnes ou plus¹⁹¹³. Les organismes des secteurs municipal, de la santé et des services sociaux et de l'éducation, les sociétés d'État et les policiers de la Sûreté du Québec y sont assujettis, mais pas la Fonction publique, qui demeure assujettie à la C.d.l.p.¹⁹¹⁴ Cette loi a pour objet de corriger la situation des personnes appartenant à certains groupes victimes de discrimination en emploi, soit les femmes, les Autochtones, les personnes qui font partie d'une minorité visible en raison de leur race ou de la couleur de leur peau, les personnes qui appartiennent à une minorité ethnique ne faisant pas partie de l'un de ces deux derniers groupes et dont la langue maternelle comprise n'est ni le français ni l'anglais ainsi que les personnes handicapées¹⁹¹⁵.

¹⁹⁰⁷ R.P. GAGNON, *préc.*, note 354, p. 51.

¹⁹⁰⁸ C.d.l.p., art. 87.

¹⁹⁰⁹ C.d.l.p., art. 88, al. 1.

¹⁹¹⁰ C.d.l.p., art. 88, al. 2.

¹⁹¹¹ C.d.l.p., art. 86, al. 2. Un règlement adopté en vertu de la C.d.l.p. précise le contenu des programmes d'accès à l'égalité adoptés en vertu de celle-ci et prévoit différentes mesures destinées à assurer leur application : *Règlement sur les programmes d'accès à l'égalité*, R.R.Q., c. C-12, r. 0.1.

¹⁹¹² L.R.Q., c. A-2.01.

¹⁹¹³ *Id.*, art. 2.

¹⁹¹⁴ C.d.l.p., art. 92.

¹⁹¹⁵ *Loi sur l'accès à l'égalité en emploi dans des organismes publics*, *préc.*, note 1912, art. 1; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *L'accès en égalité en emploi. Rapport triennal 2007-2010. Loi sur l'accès à l'égalité en emploi dans des organismes publics*, Québec, 2012, p. 23.

La *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*¹⁹¹⁶ a pour mission de veiller au respect des principes énoncés dans la Charte¹⁹¹⁷. Ses principales fonctions consistent d'ailleurs à assurer, par toutes mesures appropriées, la promotion et le respect de ces principes¹⁹¹⁸. L'une des nombreuses responsabilités que possède la Commission en vertu de la Charte¹⁹¹⁹ – et l'une des plus importantes – est celle de faire enquête, de sa propre initiative ou suite au dépôt d'une plainte, sur toute situation qui lui paraît constituer un cas de discrimination au sens des articles 10 à 19, un cas susceptible de justifier un programme d'accès à l'égalité au sens de l'article 26 ou encore un cas de violation du droit à la protection contre l'exploitation des personnes âgées ou handicapées au sens de l'article 48¹⁹²⁰. C'est ce qu'on appelle communément la « compétence d'enquête » de la Commission.

Une personne qui se croit victime de la violation d'un droit assujéti à cette compétence d'enquête peut déposer une plainte devant la Commission. Cette plainte, écrite, peut être faite par plusieurs personnes ou encore par un organisme voué à la défense des droits et libertés de la personne ou au bien-être d'un groupe à certaines conditions¹⁹²¹. La victime peut toutefois préférer ne pas porter plainte à la Commission et choisir plutôt d'intenter elle-même un recours devant le tribunal de droit commun compétent – la Cour du Québec ou la Cour supérieure, selon le cas – sur la base de l'article 49¹⁹²². Lorsque les droits qui sont violés ne sont pas des droits qui tombent dans le cadre de la compétence d'enquête de la Commission, comme c'est le cas des libertés et droits fondamentaux prévus aux articles 1 à 9 de la Charte, la plainte auprès de celle-ci n'est pas possible. La victime ne dispose alors que du recours devant le tribunal de droit commun. Néanmoins, certains litiges, qui naissent d'une autre source de droit que la Charte mais qui soulèvent de façon incidente une question qui relève de la Charte, peuvent être soumis à un tribunal administratif spécialisé, lorsque ce dernier est

¹⁹¹⁶ Ci-après « C.d.p.d.j. » ou « Commission », selon les circonstances. Elle est constituée en vertu des articles 57 à 70 C.d.l.p.

¹⁹¹⁷ C.d.l.p., art. 57.

¹⁹¹⁸ C.d.l.p., art. 71, al. 1.

¹⁹¹⁹ C.d.l.p., art. 71, al. 2.

¹⁹²⁰ C.d.l.p., art. 71, al. 2 (1).

¹⁹²¹ C.d.l.p., art. 74.

¹⁹²² *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse/ re : Larocque) c. Communauté urbaine de Montréal*, [2004] 1 R.C.S. 789, par. 13.

autorisé à interpréter les lois en général en vertu de sa loi habilitante. C'est le cas, par exemple, des griefs, qui doivent être soumis à l'arbitrage obligatoire, conformément au *Code du travail*¹⁹²³. Cependant, lorsque le litige ne porte pas tant sur l'interprétation ou l'application de la convention collective (i.e. un grief) que sur une allégation de discrimination dans la formation de la convention collective et sur la validité de celle-ci (i.e. processus de négociation ou d'adoption de la convention collective), la C.d.p.d.j. conserve compétence et la plainte en vertu de l'article 74 est recevable¹⁹²⁴.

Lorsque la Commission est saisie d'une plainte conformément à l'article 74 de la Charte, elle procède à une enquête selon un mode non contradictoire aux fins de déterminer si elle est bien fondée en faits et en droit¹⁹²⁵. Dans le cadre de cette enquête, la Commission peut tenter de favoriser un règlement à l'amiable entre les parties. Elle peut également offrir de confier le différend à un arbitre. Enfin, elle peut proposer les mesures de redressement qu'elle juge appropriées compte tenu de l'intérêt public et de celui de la victime¹⁹²⁶. Si le conflit persiste et qu'elle juge la plainte fondée, la Commission peut s'adresser à un tribunal en vue d'obtenir toute mesure appropriée contre la personne en défaut ou toute mesure de redressement qu'elle juge adéquate¹⁹²⁷, des mesures d'urgence aptes à protéger la vie, la santé ou la sécurité d'une victime ou à préserver des éléments de preuve¹⁹²⁸, des mesures contre des représailles réelles ou appréhendées¹⁹²⁹ ou une ordonnance de réintégration en faveur de la victime¹⁹³⁰. La Commission peut néanmoins exercer sa discrétion de ne pas saisir un tribunal,

¹⁹²³ C.t., art. 100 et 100.12 (a); *Parry Sound (Services sociaux) c. S.E.E.F.P.O.*, préc., note 1153; *Weber c. Ontario Hydro*, préc., note 1485 ; *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517.

¹⁹²⁴ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse/ re : Morin) c. Québec (Procureur général)*, [2004] 2 R.C.S. 185.

¹⁹²⁵ C.d.l.p., art. 71, al. 2 (1) et 78, al. 1. La Commission doit refuser ou cesser d'agir lorsque la victime ou le plaignant en fait la demande ou a exercé personnellement l'un des recours prévu aux articles 49 et 80. En outre, elle peut refuser ou cesser d'agir lorsque la plainte a été déposée plus de deux ans après le dernier fait pertinent, la victime ou le plaignant n'a pas un intérêt suffisant, la plainte est frivole, vexatoire ou faite de mauvaise foi ou le plaignant ou la victime a exercé personnellement d'autres recours que ceux prévus aux articles 49 et 80 : C.d.l.p., art. 77, al. 2. Elle peut également cesser d'agir si elle estime que la poursuite de l'enquête est inutile ou lorsque la preuve recueillie est insuffisante : C.d.l.p., art. 78, al. 2.

¹⁹²⁶ C.d.l.p., art. 78, al. 1 et 79.

¹⁹²⁷ C.d.l.p., art. 80.

¹⁹²⁸ C.d.l.p., art. 81.

¹⁹²⁹ C.d.l.p., art. 82, al. 1.

¹⁹³⁰ C.d.l.p., art. 82, al. 2.

auquel cas le plaignant peut saisir à ses frais le Tribunal des droits et libertés de la personne en lieu et place de la Commission¹⁹³¹.

Les tribunaux susceptibles d'être saisis du litige par la Commission sont les tribunaux de droit commun ou le Tribunal des droits de la personne. Les tribunaux de droit commun sont la Cour supérieure du Québec ou la Cour du Québec, selon leur compétence respective. Le *Tribunal des droits de la personne*, quant à lui, est une juridiction spécialisée en matière de discrimination devant laquelle la Commission est susceptible d'intenter un recours en vertu de la Charte plutôt que devant les tribunaux de droit commun. Sa compétence matérielle est prévue aux articles 111 et 111.1 de la Charte. Elle correspond à la compétence d'enquête de la Commission en matière de discrimination¹⁹³². Elle n'est toutefois pas exclusive. En effet, les tribunaux de droit commun demeurent compétents pour entendre les litiges impliquant la Charte.

(2) *La Loi sur l'équité salariale*

La *Loi sur l'équité salariale*¹⁹³³ vise à corriger les écarts salariaux dus à la discrimination systémique fondée sur le sexe à l'égard des personnes qui occupent des emplois dans des catégories d'emplois à prédominance féminine¹⁹³⁴. À l'instar des programmes d'accès à l'égalité prévus aux articles 86 à 92 de la Charte québécoise, la L.é.s. vise la promotion de l'accès à l'égalité¹⁹³⁵. Elle vise toutefois cet objectif dans un contexte très ciblé. Tout d'abord, elle ne s'intéresse qu'à la question de l'équité salariale, donc du salaire et de la rémunération globale. Elle rend applicable le principe du *salaire égal pour un travail de valeur égale*, plutôt que celui du *salaire égal pour un travail égal*¹⁹³⁶. Ensuite, elle ne s'intéresse qu'à la discrimination fondée sur le sexe. Les iniquités salariales fondées sur d'autres motifs discriminatoires, comme la race, l'origine ethnique ou nationale, le handicap

¹⁹³¹ C.d.l.p., art. 84; *Ménard c. Rivet*, [1997] R.J.Q. 2108, 2120 (C.A.).

¹⁹³² *Québec (Procureure générale) c. Tribunal des droits de la personne*, [2002] R.J.Q. 628 (C.A.); R.P. GAGNON, *préc.*, note 354, p. 78.

¹⁹³³ *Préc.*, note 572 (ci-après « L.é.s. »).

¹⁹³⁴ L.é.s., art. 1.

¹⁹³⁵ L'application de la L.é.s. est d'ailleurs réputée non discriminatoire par la Charte elle-même : C.d.l.p., art. 19, al. 3.

¹⁹³⁶ Marie-Thérèse CHICHA, *L'équité salariale : Mise en œuvre et enjeux*, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 2.

ou la religion, ne sont pas abordées¹⁹³⁷. Enfin, contrairement aux programmes d'accès à l'égalité prévus à la Charte, la *L.é.s.* ne vise pas à permettre aux femmes d'avoir accès aux emplois où elles sont peu représentées ou aux emplois non traditionnels, mais plutôt à améliorer les salaires des emplois occupés majoritairement par les femmes, c'est-à-dire aux ghettos d'emplois féminins¹⁹³⁸. La *L.é.s.* consiste à évaluer et comparer les emplois et plutôt que les personnes qui les occupent. Elle ne bénéficie donc pas exclusivement aux femmes, puisque les hommes qui occupent de tels emplois bénéficient des correctifs salariaux découlant de l'application de la loi.

La loi s'applique aux entreprises qui comptent dix salariés ou plus¹⁹³⁹. Les obligations de l'employeur varient toutefois selon la taille de l'entreprise¹⁹⁴⁰. Un employeur dont l'entreprise compte cent salariés ou plus doit établir un programme d'équité salariale et former un comité d'équité salariale¹⁹⁴¹. Un programme d'équité salariale comprend quatre étapes : (1) l'identification des catégories d'emplois à prédominance féminine et des catégories d'emplois à prédominance masculine de l'entreprise; (2) la description de la méthode et des outils d'évaluation de ces catégories d'emplois et l'élaboration d'une démarche d'évaluation¹⁹⁴²; (3) l'évaluation de ces catégories d'emplois, leur comparaison, l'estimation des écarts salariaux et le calcul des ajustements salariaux; et enfin, (4) les modalités de versement des ajustements salariaux¹⁹⁴³. Le Comité d'équité salariale, quant à lui, est composé d'un minimum de trois membres, dont le tiers représente l'employeur et les deux tiers, les salariés. La moitié de membres salariés doivent être des femmes¹⁹⁴⁴. Il a pour principales responsabilités de réaliser les trois premières étapes du programme d'équité salariale. La quatrième étape, soit la détermination des modalités de versement des ajustements salariaux, relève de l'employeur,

¹⁹³⁷ *Id.*, p. 50-51.

¹⁹³⁸ *Id.*, p. 3.

¹⁹³⁹ *L.é.s.*, art. 4.

¹⁹⁴⁰ La taille de l'entreprise est déterminée conformément à l'article 6 *L.é.s.*

¹⁹⁴¹ *L.é.s.*, art. 10 et 16. Dans une entreprise syndiquée, le syndicat peut exiger de l'employeur qu'il établisse un programme distinct pour les membres de l'unité d'accréditation : *L.é.s.*, art. 11.

¹⁹⁴² La méthode d'évaluation doit tenir compte des facteurs suivants : les qualifications requises, les responsabilités assumées, les efforts requis et les conditions dans lesquelles le travail est effectué : *L.é.s.*, art. 57.

¹⁹⁴³ *L.é.s.*, art. 50.

¹⁹⁴⁴ *L.é.s.*, art. 17.

mais celui-ci a l'obligation de consulter le comité d'équité salariale¹⁹⁴⁵. Un employeur dont l'entreprise compte entre cinquante et quatre-vingt-dix-neuf salariés n'a pas l'obligation de former un comité d'équité salariale. Il doit toutefois adopter et mettre en œuvre un programme d'équité salariale¹⁹⁴⁶. Enfin, un employeur dont l'entreprise compte entre dix et quarante-neuf salariés n'a pas à former un comité d'équité salariale ni à établir un programme d'équité salariale. Il doit néanmoins déterminer si des ajustements salariaux sont nécessaires par les moyens qu'il juge appropriés en recourant, au besoin, aux outils mis à sa disposition par la Commission de l'équité salariale¹⁹⁴⁷.

Une fois la démarche d'équité salariale terminée, les entreprises qui comptent moins de cinquante employés doivent afficher les résultats de la démarche d'équité salariale pendant 60 jours¹⁹⁴⁸. Les entreprises comptant cinquante salariés ou plus doivent, quant à elles, afficher ces résultats en deux temps : un premier affichage de 60 jours a lieu une fois les deux premières étapes de la démarche complétées, tandis qu'un deuxième affichage de 60 jours a lieu une fois l'ensemble de la démarche complétée¹⁹⁴⁹. Les écarts salariaux identifiés par la démarche d'équité salariale doivent être corrigés à l'aide d'ajustements salariaux. Ceux-ci doivent avoir été déterminés ou un programme d'équité salariale doit avoir été complété dans un délai de quatre ans à compter de l'assujettissement de l'employeur à la loi¹⁹⁵⁰. La L.é.s. permet toutefois d'étaler les ajustements salariaux sur une période pouvant aller jusqu'à quatre ans, à certaines conditions¹⁹⁵¹. La Commission de l'équité salariale peut prolonger cette période jusqu'à un total de sept ans, dans certaines circonstances¹⁹⁵². L'employeur qui ne respecte pas ces modalités de paiement s'expose au paiement d'intérêts au taux légal¹⁹⁵³. Une

¹⁹⁴⁵ L.é.s., art. 69.

¹⁹⁴⁶ L.é.s., art. 31 et 33. Dans une entreprise syndiquée, le syndicat peut exiger qu'un programme distinct pour les membres de l'unité d'accréditation soit établi conjointement par l'employeur et le syndicat : L.é.s., art. 32.

¹⁹⁴⁷ L.é.s., art. 34.

¹⁹⁴⁸ L.é.s., art. 35.

¹⁹⁴⁹ L.é.s., art. 75.

¹⁹⁵⁰ L.é.s., art. 37 et 71.

¹⁹⁵¹ L.é.s., art. 70.

¹⁹⁵² L.é.s., art. 72.

¹⁹⁵³ L.é.s., art. 71.

fois la démarche d'équité salariale complétée, l'employeur doit évaluer le maintien de l'équité salariale dans son entreprise à tous les cinq ans selon la procédure prévue à la loi¹⁹⁵⁴.

d) Les pratiques interdites

Les pratiques interdites sont des comportements particuliers prohibés par la loi afin de protéger l'exercice de certains droits ou de certaines activités prévus par la loi ou afin de permettre l'accomplissement de certaines responsabilités civiques. On retrouve des pratiques interdites dans de nombreux textes de loi. Un grand nombre d'entre elles sont toutefois prévues par les lois du travail. Certaines visent l'employeur, tandis que d'autres visent le syndicat. Considérant l'objectif de la présente thèse, toutefois (i.e. effets du droit du travail sur la localisation de l'IDE), nous limiterons notre étude aux pratiques interdites qui visent l'employeur.

Typiquement, les pratiques interdites prévues par la législation québécoise interdisent à l'employeur de congédier, suspendre ou déplacer un salarié, d'exercer à son endroit des mesures discriminatoires ou de représailles ou de lui imposer toute autre sanction pour des motifs particuliers. En cas de contravention à ces normes de comportement, l'employeur s'expose à des recours où la mesure imposée pourra être annulée et le salarié, le cas échéant, réintégré dans son emploi.

Le *Code du travail* prévoit de nombreuses pratiques interdites¹⁹⁵⁵. D'ailleurs, le recours prévu aux articles 15 et suiv. constitue l'archétype des recours en la matière. Comme ces dispositions ont déjà été abordés précédemment, toutefois, il ne convient pas d'en traiter de nouveau ici¹⁹⁵⁶.

¹⁹⁵⁴ L.é.s., art. 76.1. et suiv.

¹⁹⁵⁵ C.t., art. 12, 13, 14 et 15 et ss.

¹⁹⁵⁶ Celles-ci ont déjà été décrites à la section IV.C.1.c)(3), qui traite de la protection du droit d'association. Des pratiques interdites et des recours particuliers sont également prévues pour les régimes particuliers de rapports collectifs. Voir, notamment : *Loi sur les décrets de convention collective, préc.*, note 1531, art. 30.1; *Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'oeuvre dans l'industrie de la construction, préc.*, note 806, art. 100 à 107; *Loi sur la représentation des ressources de type familial et de certaines ressources intermédiaires et sur le régime de négociation d'une entente collective les concernant, préc.*, note 812, art. 7 à 9; *Loi sur la représentation de certaines personnes responsables d'un service de garde en*

La *Loi sur les normes du travail* prévoit également de nombreuses pratiques interdites. Ainsi, l'article 122 interdit à un employeur « de congédier, suspendre ou déplacer un salarié, d'exercer à son endroit des mesures discriminatoires ou des représailles ou de lui imposer toute autre sanction » pour différents motifs, parmi lesquels ceux d'avoir exercé un droit prévu par la L.n.t. ou par un règlement¹⁹⁵⁷, d'avoir fourni des renseignements à la C.n.t. ou d'avoir témoigné contre l'employeur dans le cadre d'une poursuite en matière de normes du travail¹⁹⁵⁸, d'être enceinte¹⁹⁵⁹ et d'avoir refusé de faire des heures supplémentaires pour remplir ses obligations familiales¹⁹⁶⁰. Il interdit également à un employeur d'imposer à un salarié de telles sanctions dans le but d'éluder l'application de la L.n.t. ou d'un règlement¹⁹⁶¹. L'article 122.1, quant à lui, interdit à un employeur de « congédier, suspendre ou mettre à la retraite un salarié » ou encore « d'exercer à son endroit des mesures discriminatoires ou des représailles » en raison du fait que celui-ci « a atteint ou dépassé l'âge ou le nombre d'années de service » à compter duquel il devrait normalement être mis à la retraite en vertu d'une disposition d'une loi, d'un régime de retraite, d'une convention collective ou d'un décret ou encore en raison de la pratique en usage chez l'employeur¹⁹⁶².

La *Loi sur la santé et la sécurité au travail* prévoit des pratiques interdites destinées à protéger le travailleur qui a exercé un droit de refus en vertu de cette loi¹⁹⁶³ ou qui est membre d'un comité de santé et sécurité¹⁹⁶⁴ et le représentant à la prévention ou son remplaçant qui a

milieu familial et sur le régime de négociation d'une entente collective les concernant, préc., note 812, art. 5 à 7 et 55.

¹⁹⁵⁷ L.n.t., art. 122, al. 1, par. (1).

¹⁹⁵⁸ L.n.t., art. 122, al. 1, par. (2).

¹⁹⁵⁹ L.n.t., art. 122, al. 1, par. (4). À noter toutefois qu'un employeur a l'obligation de déplacer une salariée enceinte si les conditions de travail de cette dernière comportent des dangers physiques pour elle ou pour le futur bébé : L.n.t., art. 122, al. 2.

¹⁹⁶⁰ L.n.t., art. 122, al. 1, par. (6). Pour bénéficier de cette protection, toutefois, certaines conditions doivent être remplies : la présence du salarié auprès du membre de la famille doit être nécessaire et le salarié doit avoir pris les moyens raisonnables à sa disposition pour assumer autrement ces obligations.

¹⁹⁶¹ L.n.t., art. 122, al. 1, par. (5).

¹⁹⁶² L.n.t., art. 122.1. La règle prévue à l'article 122.1 va de pair avec celle prévue à l'article 84.1 L.n.t., qui prévoit qu'un salarié a le droit de demeurer au travail malgré toute disposition portant sur la retraite obligatoire, sous réserve cependant du droit de l'employeur de congédier, suspendre ou déplacer le salarié pour une cause juste et suffisante.

¹⁹⁶³ L.s.s.t., art. 30, 227 et 228.

¹⁹⁶⁴ L.s.s.t., art. 81, 227 et 228.

exercé une fonction en vertu de cette loi¹⁹⁶⁵. La *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* prévoit des pratiques interdites destinées à protéger le travailleur qui a été victime d'une lésion professionnelle ou qui a exercé un droit prévu à la L.a.t.m.p.¹⁹⁶⁶.

La *Charte de la langue française* prévoit des pratiques interdites destinées à protéger les candidats à un emploi ou à un poste et les membres du personnel qui ne parlent que le français ou qui ne connaissent pas suffisamment une langue autre que le français ou qui ont exigé le respect d'un droit prévu à cette loi¹⁹⁶⁷. La *Loi sur les élections et les référendums dans les municipalités*, la *Loi sur les élections scolaires* et la *Loi électorale* prévoient des pratiques interdites destinées à protéger les salariés qui ont demandé ou bénéficié d'un congé pour exercer des fonctions de personnel électoral ou électives¹⁹⁶⁸. La *Loi sur les jurés* prévoit des pratiques interdites destinées à protéger les salariés qui ont été assignés comme juré¹⁹⁶⁹ et la *Loi sur les tribunaux judiciaires* prévoit des pratiques interdites destinées à protéger les salariés qui ont agité comme témoin devant les tribunaux¹⁹⁷⁰. Des pratiques interdites sont également prévues à la *Loi sur l'équité salariale*¹⁹⁷¹, à la *Loi sur la fête nationale*¹⁹⁷², à la *Loi sur la sécurité incendie*¹⁹⁷³, à la *Loi sur les services préhospitaliers d'urgence*¹⁹⁷⁴ et à la *Loi sur la sécurité civile*¹⁹⁷⁵.

La quasi-totalité des recours prévus par la législation québécoise en matière de pratiques interdites prévoient une présomption qui opère un renversement de preuve en faveur du salarié, à l'instar de ce qui est prévu aux articles 15 et suiv.. du C.t. En effet, la plupart de ces recours renvoient expressément à la procédure prévue à ces dispositions. Comme nous

¹⁹⁶⁵ L.s.s.t., art. 31, 97, 227 et 228.

¹⁹⁶⁶ L.a.t.m.p., art. 32, 243 et 252 à 257.

¹⁹⁶⁷ C.l.f., art. 45, 46 et 137.1.

¹⁹⁶⁸ *Loi sur les élections et les référendums dans les municipalités*, L.R.Q., c. E-2.2, art. 355 et ss.; *Loi sur les élections scolaires*, L.R.Q., c. E-2.3, art. 204 et ss.; *Loi électorale*, L.R.Q., c. E-3.3, art. 254 et 255.

¹⁹⁶⁹ *Loi sur les jurés*, L.R.Q., c. J-2, art. 47.

¹⁹⁷⁰ *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., c. T-16, art. 5.2.

¹⁹⁷¹ *Loi sur l'équité salariale, préc.*, note 1143, art. 107 et 108.

¹⁹⁷² *Loi sur la fête nationale, préc.*, note 1529, art. 17.1.

¹⁹⁷³ *Loi sur la sécurité incendie*, L.R.Q., c. S-3.4, art. 154.

¹⁹⁷⁴ *Loi sur les services préhospitaliers d'urgence*, L.R.Q., c. S-6.2, art. 43.

¹⁹⁷⁵ *Loi sur la sécurité civile*, L.R.Q., c. S-2.3, art. 129.

l'avons vu¹⁹⁷⁶, cette présomption légale dispense le salarié de prouver la motivation illicite à l'origine de la décision de l'employeur. En effet, dès que le salarié démontre qu'il rencontre les conditions d'exercice du recours, il y a présomption simple en sa faveur qu'il a été victime de la pratique interdite reprochée. Or, pour bénéficier de cette présomption, le salarié doit prouver qu'il est un salarié au sens de la loi impliquée, qu'il a exercé un droit résultant de cette loi, que l'employeur lui a imposé une sanction ou autre mesure interdite par la disposition légale pertinente et qu'il y a concomitance entre le droit exercé et la mesure dont il se plaint. Une fois cette preuve faite, il appartient alors à l'employeur de prouver qu'il a pris cette sanction ou cette mesure pour une autre cause juste et suffisante. Or, pour s'acquitter de ce fardeau, ce dernier doit prouver que la cause qu'il invoque à l'appui de la mesure prise est sérieuse et réelle, et non un simple prétexte¹⁹⁷⁷.

La plupart des recours prévus en matière de pratiques interdites relèvent de la compétence exclusive de la Commission des relations de travail¹⁹⁷⁸. Certains recours relèvent toutefois d'autres autorités administratives. C'est le cas, par exemple, du recours prévu à l'article 252 L.a.t.m.p. – qui relève de la compétence exclusive de la C.s.s.t. – et des recours prévus respectivement aux articles 32 L.a.t.m.p. et 227 L.s.s.t. – qui relèvent de la compétence de la C.s.s.t. ou de l'arbitre de grief, selon le cas.

e) **La langue de travail**

La *Charte de la langue française*¹⁹⁷⁹ fait du français la langue officielle du Québec¹⁹⁸⁰. Elle prévoit des droits linguistiques fondamentaux¹⁹⁸¹ et fait du français la langue de la législation et de la justice¹⁹⁸², de l'Administration¹⁹⁸³, des organismes publics¹⁹⁸⁴, du

¹⁹⁷⁶ *Supra*, section IV.C.1.c)(3), p. 258.

¹⁹⁷⁷ *Lafrance c. Commercial Photo Service Inc.*, préc., note 865; *Hilton Québec Ltd. c. Fortin*, préc., note 865.

¹⁹⁷⁸ C.t., annexe I.

¹⁹⁷⁹ *Préc.*, note 1013 (ci-après « C.l.f. »).

¹⁹⁸⁰ C.l.f., art. 1.

¹⁹⁸¹ C.l.f., art. 2 à 6.

¹⁹⁸² C.l.f., art. 7 à 9.

¹⁹⁸³ C.l.f., art. 14 à 29.1.

¹⁹⁸⁴ C.l.f., art. 30 à 40.

travail¹⁹⁸⁵, du commerce et des affaires¹⁹⁸⁶ et de l'enseignement¹⁹⁸⁷. Elle prévoit également des règles particulières relatives à la francisation de l'Administration¹⁹⁸⁸ et des entreprises¹⁹⁸⁹. Enfin, elle crée des structures, comme l'Office québécois de la langue française¹⁹⁹⁰, la Commission de la toponymie¹⁹⁹¹ et le Conseil supérieur de la langue française¹⁹⁹².

La C.l.f. prévoit que les travailleurs ont le droit d'exercer leurs activités en français¹⁹⁹³. Elle prévoit en outre des dispositions spécifiques sur le français à titre de langue de travail¹⁹⁹⁴. Ainsi, l'employeur doit utiliser le français dans les communications écrites qu'il adresse à son personnel, de même que dans les offres d'emploi et de promotion¹⁹⁹⁵. Il ne peut exiger la connaissance d'une autre langue que le français pour l'accès à un emploi ou à un poste, à moins que la connaissance de cette langue ne soit nécessaire à l'accomplissement des tâches¹⁹⁹⁶. Il ne peut congédier, mettre à pied, rétrograder ou déplacer un salarié pour la seule raison que celui-ci ne connaît que le français, qu'il ne connaît pas suffisamment une autre langue que le français ou qu'il a exigé le respect des dispositions de la C.l.f. relatives à la langue de travail¹⁹⁹⁷. En outre, les conventions collectives et leurs annexes doivent être rédigées en français¹⁹⁹⁸. Le non respect des règles relatives à la langue de travail entraîne la nullité des actes, décisions et documents concernés¹⁹⁹⁹.

¹⁹⁸⁵ C.l.f., art. 41 à 50.

¹⁹⁸⁶ C.l.f., art. 51 à 71.

¹⁹⁸⁷ C.l.f., art. 72 à 88.3.

¹⁹⁸⁸ C.l.f., art. 129 à 134.

¹⁹⁸⁹ C.l.f., art. 135 à 154.

¹⁹⁹⁰ C.l.f., art. 157 à 177. Ci-après l' « Office » ou « OQLF », selon le cas.

¹⁹⁹¹ C.l.f., art. 122 à 128.

¹⁹⁹² C.l.f., art. 185 à 198.

¹⁹⁹³ C.l.f., art. 4.

¹⁹⁹⁴ C.l.f., chapitre VI – La langue du travail. Notons que ces dispositions sont réputées faire partie intégrante de toute convention collective : C.l.f., art. 50.

¹⁹⁹⁵ C.l.f., art. 41 et 42. À noter toutefois que les communications et les offres d'emploi ou de promotion peuvent à la fois être rédigées en français et dans une autre langue.

¹⁹⁹⁶ C.l.f., art. 46. Un recours spécifique auprès de la C.r.t. est prévu en cas de violation de cette disposition. Ce recours n'est toutefois pas disponible au salarié qui a accès à la procédure d'arbitrage de griefs.

¹⁹⁹⁷ C.l.f., art. 45. Un recours spécifique auprès de la C.r.t. est également prévu en cas de violation de cette disposition. Ce recours n'est toutefois pas disponible au salarié qui a accès à la procédure d'arbitrage de griefs.

¹⁹⁹⁸ C.l.f., art. 43.

¹⁹⁹⁹ C.l.f., art. 48.

La C.I.f. prévoit aussi des règles applicables aux entreprises en matière de francisation. En vertu de ces règles l'entreprise qui emploie cent personnes ou plus doit instituer un comité de francisation²⁰⁰⁰, qui est un comité paritaire²⁰⁰¹. Celui-ci procède à l'analyse linguistique de l'entreprise et en fait rapport à la direction de l'entreprise pour transmission à l'Office. Au besoin, il élabore le programme de francisation de l'entreprise et en surveille l'application. Enfin, lorsqu'un certificat de francisation est délivré à l'entreprise, il doit veiller à ce que l'utilisation du français demeure généralisée dans toute l'entreprise²⁰⁰². L'entreprise qui, durant une période de six mois, emploie cinquante personnes ou plus doit, dans les six mois de la fin de cette période, s'inscrire auprès de l'Office. Dans les six mois de cette inscription, l'entreprise doit faire un compte rendu de sa situation linguistique à l'Office²⁰⁰³. Si, après analyse, ce dernier est d'avis que l'utilisation du français est généralisée à tous les niveaux de l'entreprise, il lui délivre un certificat de francisation. Dans le cas contraire, il avise celle-ci qu'elle doit adopter un programme de francisation, lequel doit être transmis à l'Office dans les six mois de cet avis²⁰⁰⁴. Si l'Office approuve le programme de francisation de l'entreprise, il lui délivre une attestation d'application d'un tel programme²⁰⁰⁵. L'Office délivre un certificat de francisation à l'entreprise lorsque celle-ci a terminé l'application de son programme de francisation et qu'il estime que l'utilisation du français est généralisée dans toute l'entreprise²⁰⁰⁶. L'entreprise qui détient un certificat de francisation doit remettre à l'Office un rapport sur l'évolution de l'utilisation du français dans l'entreprise à tous les trois ans²⁰⁰⁷. À noter que l'application des programmes de francisation dans les sièges sociaux d'entreprises et dans les centres de recherche peut faire l'objet d'ententes particulières avec l'Office afin de permettre l'utilisation d'une autre langue que le français comme langue de fonctionnement. Ces ententes ne peuvent excéder cinq ans, mais peuvent être renouvelées²⁰⁰⁸.

²⁰⁰⁰ C.I.f., art. 136.

²⁰⁰¹ C.I.f., art. 137.

²⁰⁰² C.I.f., art. 136.

²⁰⁰³ C.I.f., art. 139.

²⁰⁰⁴ C.I.f., art. 140.

²⁰⁰⁵ C.I.f., art. 143.

²⁰⁰⁶ C.I.f., art. 145.

²⁰⁰⁷ C.I.f., art. 146.

²⁰⁰⁸ C.I.f., art. 144.

2. Situation au Massachusetts

Comme nous l'avons mentionné précédemment, notre étude de droit comparé s'intéresse à la fois au droit du travail fédéral et au droit du travail étatique en vigueur dans l'État du Massachusetts. Or, comme nous l'avons vu, la plupart des lois du travail adoptées par le Congrès américain autorisent expressément les États fédérés à adopter leur propre législation sur la question légiférée (i.e. des « *mini-laws* »), à la condition qu'elle soit aussi avantageuse sinon plus que la loi fédérale²⁰⁰⁹. Bien que tous les États fédérés américains ne se prévalent pas de cette possibilité, certains d'entre eux ont tendance à le faire. C'est d'ailleurs le cas du Massachusetts, dont les lois sont souvent considérées comme « les plus progressistes de la Nation »²⁰¹⁰. Malgré l'observation d'un certain cumul des lois fédérales et étatiques au sein de cet état, l'intervention directe du législateur dans les conditions de travail y demeure généralement beaucoup moins importante qu'au Québec. En effet, non seulement y observe-t-on un nombre généralement moins élevé de lois, mais le nombre de sujets qui y sont abordés est également moins important.

À l'instar de ce que nous avons fait pour le Québec, nous avons regroupé les interventions législatives au Massachusetts en grandes catégories de lois particulières, soit les lois relatives aux normes du travail (a)), les lois relatives à la santé et la sécurité du travail (b)), les lois relatives à l'interdiction de la discrimination (c)) et les pratiques interdites en contexte d'emploi (d)). En outre, pour les mêmes raisons que celles évoquées dans la partie relative au Québec, les régimes légaux relatifs aux risques sociaux et à la sécurité sociale ne seront pas abordées dans le cadre de la présente thèse²⁰¹¹. Encore là, ceci ne signifie nullement que ces sujets ne sont pas pertinents à la question sous étude : nous avons tout simplement décidé de ne pas aborder ces questions.

²⁰⁰⁹ Ce n'est pas le cas de toutes les lois, toutefois. Ainsi, le NLRA « préempte » le droit étatique à l'endroit des entreprises qui sont assujetties à la juridiction du NLRB (*Supra*, section IV.C.2.b), p. 312) et le *Occupational Safety and Health Act*, 29 U.S.C. §§ 651 et suiv. (OSH Act), « préempte » le droit étatique dans la mesure où il traite d'une question de santé ou de sécurité au travail déjà abordée dans le OSH Act ou dans ses règlements (*Infra*, section IV.D.2.b)). Enfin, le *Employee Retirement Income Security Act (ERISA)* empêche les États d'adopter toute forme de réglementation en matière de plans d'avantages sociaux destinés aux employés. Pour plus de détails sur la question de la « préemption fédérale », voir : *Supra*, section IV.A.2.a)(5), p. 153.

²⁰¹⁰ SECRETARY OF THE COMMONWEALTH OF MASSACHUSETTS, *préc.*, note 151.

²⁰¹¹ Pour une énumération de ces régimes, voir : *Supra*, note 1516.

a) Les normes du travail

Dans la présente section, nous verrons les normes minimales du travail existantes au Massachusetts. Plus précisément, nous étudions les normes relatives au salaire ((1)), au temps de travail ((2)), aux congés et aux absences protégés ((3)), au travail des enfants et à l'âge minimal requis pour travailler ((4)), au harcèlement psychologique ((5)) et au préavis de fermeture d'usine ou de mise à pied massive ((6)). Contrairement à la situation qui prévaut au Québec, toutefois, ces normes du travail proviennent de différents textes de lois, certains fédéraux, d'autres étatiques.

(1) Le salaire

Les normes minimales du travail relatives au salaire que nous verrons dans la présente section sont le salaire minimum ((a)), les modalités de paiement du salaire ((b)) et les retenues à la source, les déductions et les frais exigibles du salarié ((c)).

(a) Le salaire minimum

Aux États-Unis, le *Fair Labor Standards Act*²⁰¹² prévoit des dispositions relatives au salaire minimum²⁰¹³. Cette loi fédérale s'applique aux employés engagés dans le commerce interétatique et aux employés des entreprises qui emploient des employés qui produisent ou manipulent des biens destinés au commerce interétatique²⁰¹⁴. Le Massachusetts dispose également de sa propre législation en matière salaire minimum, la *Minimum Fair Wage Law*²⁰¹⁵. En effet, le FLSA permet aux États fédérés d'adopter leur propre législation en matière de salaire minimum²⁰¹⁶ et n'a pas d'effet de préemption à l'égard des lois étatiques sur la question. En cas d'application concurrente de la loi fédérale et de la loi étatique, c'est la loi la plus favorable à l'employé qui trouve application²⁰¹⁷.

²⁰¹² 29 U.S.C. §§ 201-262 (ci-après « FLSA »).

²⁰¹³ 29 U.S.C. § 206.

²⁰¹⁴ 29 U.S.C. § 203; J.L. HIRSCH, *préc.*, note 682, § 2-4 [a].

²⁰¹⁵ M.G.L. c. 151. Cette législation est complétée par les *Minimum Wage Regulations*, 455 CMR 2.00 du Department of Labor Standards du Massachusetts.

²⁰¹⁶ 29 U.S.C. § 218(a); *Ayres v. 127 Restaurant Corp.*, 12 F. Supp. 2d 305, 308 (S.D.N.Y. 1998); 201 F.3d 430 (2d Cir. 1999); *Brennan v. New Jersey*, 364 F. Supp. 156, 159 (D.N.J. 1973).

²⁰¹⁷ *Maccabees Mut. Life Ins. Co. v. Perez-Rosado*, 641 F.2d 45 (1st Cir. 1981).

En vertu du FLSA, le salaire minimum de base aux États-Unis est de 7,25\$ de l'heure depuis le 24 juillet 2009²⁰¹⁸. Ce taux est fixé directement par la loi plutôt que par règlement, comme c'est le cas au Québec. Certaines catégories d'employés sont exclues des règles relatives au salaire minimum. Ce sont les « *exempted employees* ». C'est le cas, entre autres, de certains cols blancs, de certains travailleurs agricoles, de certains employés d'établissements d'amusement ou de loisirs saisonniers, de certains employés du secteur des pêcheries, de certains marins et de certains travailleurs domestiques²⁰¹⁹. Le salaire minimum d'un employé à pourboire est de 2,13\$ de l'heure. Les pourboires appartiennent en propre à l'employé et ce dernier ne peut recevoir moins que le salaire minimum de base une fois les pourboires considérés; l'employeur doit combler tout écart en ajustant à la hausse le taux horaire qu'il paie à l'employé²⁰²⁰. Le FLSA définit l'employé à pourboire comme celui qui reçoit de façon régulière plus de 30\$ de pourboire par mois²⁰²¹. Les travailleurs agricoles bénéficient d'un salaire minimum particulier, soit 1,30\$ de l'heure²⁰²². Certaines catégories d'employés sont toutefois exclues du bénéfice de cette disposition et ne bénéficient par conséquent d'aucun salaire minimum²⁰²³. C'est le cas des travailleurs qui sont membres de la famille immédiate de l'employeur²⁰²⁴, de certains travailleurs assignés à la récolte manuelle et qui sont payés à la pièce²⁰²⁵ et des travailleurs principalement assignés à l'élevage du bétail dans les champs²⁰²⁶. En outre, certains employeurs agricoles sont exclus de l'application de ces règles lorsque la charge de travail n'a pas dépassé un certain seuil au cours de l'année précédente²⁰²⁷.

²⁰¹⁸ 29 U.S.C. § 206(a)(1), tel que modifié le 25 mai 2008.

²⁰¹⁹ 29 U.S.C. § 213. Pour plus de détails, voir : N.P. LAREAU, *préc.*, note 1177, volume 7, chapitre 17, § 177.06.

²⁰²⁰ 29 U.S.C. § 203(m).

²⁰²¹ 29 U.S.C. § 203(t).

²⁰²² 29 U.S.C. § 206(a)(5); 29 CFR § 780.102. Il existe toutefois certaines exemptions : voir 29 CFR §§ 780.3 et 780.4.

²⁰²³ 29 U.S.C. § 213(a)(6).

²⁰²⁴ 29 U.S.C. § 213(a)(6)(B).

²⁰²⁵ 29 U.S.C. § 213(a)(6)(C) et (D).

²⁰²⁶ 29 U.S.C. § 213(a)(6)(E).

²⁰²⁷ 29 U.S.C. § 213(a)(6). Pour plus de détails sur les règles applicables aux travailleurs agricoles en vertu du FLSA, voir : U.S. DEPARTMENT OF LABOR, EMPLOYMENT STANDARDS ADMINISTRATION, WAGE AND HOUR DIVISION, *Fact Sheet #12: Agricultural Employers Under the Fair Labor Standards Act (FLSA)*, en ligne : <http://www.dol.gov/esa/regs/compliance/whd/whdfs12.pdf>.

Le FLSA permet l'embauche de certains travailleurs à des taux horaire inférieurs au salaire minimum. C'est le cas des messagers, des apprenants (« *learners* »), des apprentis²⁰²⁸, de certains étudiants à temps plein²⁰²⁹ et de certains travailleurs handicapés²⁰³⁰. Pour pouvoir travailler un travailleur à de tels taux, toutefois, un employeur doit obtenir un certificat spécial auprès du bureau local de la *Wage and Hour Division*, lequel certificat sera émis à certaines conditions et pour une durée déterminée. De plus, le FLSA établit un « salaire d'opportunité » (« *Opportunity Wage* »), c'est à dire un salaire minimum inférieur au salaire minimum régulier pouvant être payé aux employés de moins de 20 ans pendant les 90 premiers jours de leur emploi²⁰³¹. Il est toutefois interdit à un employeur de remplacer un travailleur régulier par un travailleur payé à ce taux avantageux uniquement pour bénéficier de ce taux.

En vertu de la *Minimum Fair Wage Law*, le salaire minimum de base²⁰³² applicable au Massachusetts est de 8,00\$ de l'heure depuis le 1^{er} janvier 2008²⁰³³. De plus, comme la loi prévoit expressément que ce salaire minimum ne peut en aucun temps être inférieur au salaire minimum fédéral augmenté de 10¢ de l'heure, il en résulte que le salaire minimum de base au Massachusetts sera en tout temps au moins supérieur de 10 cents à la norme fédérale²⁰³⁴. Ce ne sont toutefois pas tous les travailleurs qui bénéficient de ce salaire minimum de base. En effet, seuls les travailleurs qui occupent des « *occupations* » au sens de la loi peuvent en bénéficier. Cette expression exclut les services professionnels, l'agriculture et le travail de ferme, le travail effectué par des personnes dans le cadre de certains programmes de réhabilitation ou de

²⁰²⁸ 29 U.S.C. § 214(a); 29 CFR §§ 520.200 à 520.508. À titre d'exemple, les messagers et les apprenants non étudiants peuvent être payés au taux de 95% du salaire minimum (29 CFR §§ 520.407(a)(1), 520.408(a)(1)). Les apprenants étudiants peuvent être payés à 75% du salaire minimum (29 CFR § 520.506(a)).

²⁰²⁹ 29 U.S.C. § 214(b); 29 CFR §§ 519.1 à 519.19. Ces étudiants à temps plein peuvent être payés à 85% du salaire minimum (29 U.S.C. §§ 214(b)(1)(A), 214(b)(2); 29 CFR §§ 519.5(g), 519.15(f)).

²⁰³⁰ 29 U.S.C. § 214(c); 29 CFR §§ 525.1 à 525.24. Ces travailleurs handicapés peuvent être payés à un taux proportionnel à leur productivité devant être déterminé par le Secretary of Labor sur demande de l'employeur (29 U.S.C. § 214(c); 29 CFR §§ 525.1 et 525.5(a)).

²⁰³¹ 29 U.S.C. § 206(g)(1).

²⁰³² L'expression consacrée est : « Basic Minimum Wage ». Voir : 455 CMR 2.02(1).

²⁰³³ M.G.L. c. 151, § 1; 455 CMR 2.02(1).

²⁰³⁴ M.G.L. c. 151, § 1; 455 CMR 2.02(1).

formation, le travail fait par des membres d'ordres religieux et les ventes faites par un représentant qui travaille habituellement sur la route²⁰³⁵.

Certains travailleurs bénéficient de salaires minimums particuliers²⁰³⁶. Ainsi, le salaire minimum des employés à pourboire²⁰³⁷, le « *service rate* », est de 2,63\$ de l'heure. Pour que l'employé puisse être payé à ce taux, toutefois, certaines exigences doivent être rencontrées : l'employeur doit ainsi avoir informé l'employé des modalités de la loi, l'employé doit recevoir au moins l'équivalent du salaire minimum de base une fois les pourboires considérés et les pourboires doivent appartenir en propre à l'employé ou faire l'objet d'une entente de partage valide²⁰³⁸. Dans le secteur de l'agriculture, le salaire minimum est de 1,60\$ de l'heure, sauf dans les cas où le travailleur est une personne de moins de 18 ans ou est un membre de la famille immédiate de l'employeur²⁰³⁹.

Enfin, certaines catégories de travailleurs sont susceptibles d'être payés à un taux inférieur au salaire minimum (« *subminimum wages* »), lequel taux ne doit toutefois pas être inférieur à 80% du salaire minimum de base²⁰⁴⁰. C'est le cas de certains étudiants²⁰⁴¹, apprentis²⁰⁴² et personnes handicapées²⁰⁴³. Pour ce faire, l'employeur doit obtenir une licence ou un certificat, selon le cas, auprès du Directeur du Département du travail et du développement de la main-d'œuvre de l'État. Cette licence ou ce certificat est émis pour une

²⁰³⁵ M.G.L. c. 151, § 2.

²⁰³⁶ M.G.L. c. 151, §§ 2A, 7, 9,

²⁰³⁷ L'employé à pourboire ("Tipped Employee") est celui qui reçoit plus de 20\$ de pourboire par mois: 455 CMR 2.01.

²⁰³⁸ M.G.L. c. 151, § 7; 455 CMR § 2.02(2).

²⁰³⁹ M.G.L. c. 151, § 2A.

²⁰⁴⁰ 455 CMR § 2.05.

²⁰⁴¹ C'est le cas des étudiants travaillant dans le cadre de programmes de formation au sein d'un hôpital ou d'un laboratoire (455 CMR § 2.05(1)(a)), des étudiants travaillant pour une école, un collège, une université ou autre institution d'enseignement (455 CMR § 2.05(1)(b)), des étudiants travaillant dans un camp d'été à titre de conseiller de camp ou de conseiller-stagiaire (455 CMR § 2.05(1)(c)) et d'étudiants du secondaire travaillant à certaines conditions dans des salles d'attente d'hôpital ou encore dans des salles à manger ou des dortoirs d'école ou de collèges (455 CMR § 2.05(1)(d)).

²⁰⁴² 455 CMR § 2.05(1)(e).

²⁰⁴³ 455 CMR § 2.05(2).

durée déterminée, à la discrétion du Directeur du *Department of Labor and Workforce Development*²⁰⁴⁴.

(b) Les modalités de paiement du salaire

Le Massachusetts s'est doté d'une loi qui prévoit les modalités à respecter pour le paiement du salaire. En vertu du *Massachusetts Wage Protection Act*²⁰⁴⁵, tout employé doit être payé sur une base hebdomadaire ou bihebdomadaire dans les six jours de la période de paie où le travail a été effectué ou, si l'employé a travaillé tous les jours de la semaine, dans les sept jours²⁰⁴⁶. Les employés payés à salaire qui occupent des fonctions exécutives, professionnelles ou administratives peuvent être payés sur une base bihebdomadaire ou semi-mensuelle ou, s'ils le souhaitent, sur une base mensuelle. Les commissions déterminées et exigibles sont également visées par cette obligation. Avec le paiement, l'employeur doit remettre au salarié un relevé ou un talon de chèque indiquant son nom, le nom de l'employé, le jour, le mois et l'année, le nombre d'heures travaillées, le taux horaire et le montant et la nature des déductions effectuées pour la période concernée²⁰⁴⁷. En vertu de cette même loi, un employé qui quitte volontairement son emploi doit être payé en totalité à l'occasion du jour de paie régulier suivant ou, en l'absence d'un tel jour, le samedi qui suit. Un employé congédié doit être payé en totalité le jour même de son congédiement. Ce paiement doit inclure les indemnités de vacances et de congés fériés, dans la mesure où l'employé y a droit en vertu d'une entente ou d'une politique de l'employeur²⁰⁴⁸.

(c) Les retenues à la source, les déductions et les frais exigibles du salarié

La réglementation du Massachusetts en matière de salaire minimum²⁰⁴⁹ prévoit qu'un employeur ne peut déduire du salaire minimum d'un employé que les sommes autorisées par

²⁰⁴⁴ M.G.L. c. 151, § 9; 455 CMR §§ 2.05(1) et 2.05(2).

²⁰⁴⁵ M.G.L. c. 149, § 148, également appelé le *Payment of Wages Statute* : S.C. MORIEARTY, J.F. ADKINS, L.F. RUBIN, D.J. JACKSON et M.K. HARRISON, *préc.*, note 694, § 14.2.

²⁰⁴⁶ M.G.L. c. 149, § 148; S.C. MORIEARTY, J.F. ADKINS, L.F. RUBIN, D.J. JACKSON et M.K. HARRISON, *préc.*, note 694, § 14.2. Cette loi s'applique à tous les salariés qui effectuent une prestation de travail au Massachusetts : *Id.*

²⁰⁴⁷ M.G.L. c. 149, § 148.

²⁰⁴⁸ M.G.L. c. 149, § 148; *Prozinski v. Northeast Real Estate Services, LLC*, 59 Mass. App. Ct. 599, 602 (2003).

²⁰⁴⁹ 455 CMR § 2.00.

la loi²⁰⁵⁰. Des déductions limitées sont permises pour l'hébergement et les repas, mais pas pour l'uniforme²⁰⁵¹. De plus, un employé qui se présente au travail à la demande de son employeur ou à l'heure prévue et qui aurait normalement dû travailler plus de trois heures doit être payé pour un minimum de trois heures calculées au salaire minimum, que du travail soit ou non effectué pendant cette période de temps ou qu'il ait été retourné chez lui²⁰⁵². Des règles particulières sont également prévues en matière d'heure travaillées à l'égard des employés sur appel, des employés appelés à dormir sur les lieux de travail et des employés appelés à voyager à l'occasion ou dans le cadre de leur travail²⁰⁵³.

²⁰⁵⁰ 455 CMR § 2.04(1), adopté en vertu de M.G.L., c. 151; S.C. MORIEARTY, J.F. ADKINS, L.F. RUBIN, D.J. JACKSON et M.K. HARRISON, *préc.*, note 694, § 14.8. Cette réglementation s'applique à tous les salariés qui effectuent une prestation de travail au Massachusetts : *Id.*

²⁰⁵¹ La déduction pour hébergement qu'un employeur est autorisé à effectuer est d'au plus 35\$ par semaine pour un chambre occupée par une seule personne, 30\$ par semaine pour un chambre occupée par deux personnes et 25\$ par semaine pour une chambre occupée par trois personnes ou plus. La chambre doit être décente et propre et inclure le chauffage, l'eau potable et la l'éclairage. Cette déduction n'est permise que si l'employé accepte ladite chambre et l'occupe effectivement: 455 CMR § 2.04(1)(a). La déduction pour repas qu'un employeur est autorisé à effectuer ne doit pas excéder le coût réel du repas. Elle est d'au plus 1,50\$ par déjeuner, 2,25\$ par dîner et 2,25\$ par souper. L'employeur ne peut effectuer de déduction que pour les repas effectivement consommés. Une telle déduction ne peut être effectuée qu'avec le consentement écrit de l'employé. L'employeur peut déduire un repas à l'endroit de l'employé qui a travaillé au moins trois heures, deux repas à l'endroit de l'employé dont l'horaire de travail couvre deux périodes de repas ou huit heures de travail et trois repas à l'endroit de l'employé qui est hébergé par l'employeur ou encore sur permission du Directeur du *Department of Labor and Workforce Development*: 455 CMR § 2.04(1)(b). Un employeur ne peut faire aucune déduction pour un uniforme ni requérir aucun dépôt. En outre, lorsqu'un uniforme obligatoire nécessite un nettoyage à sec, un lavage commercial ou un autre traitement particulier, les coûts assumés par l'employé à cette fin doivent lui être remboursés par l'employeur lorsqu'ils ont pour effet de réduire en deçà du taux de salaire minimum le taux horaire auquel est payé l'employé: 455 CMR § 2.04(2).

²⁰⁵² 455 CMR. § 2.03(1). Cette règle ne s'applique pas aux organisations de charité au sens des lois fiscales, ce qui inclut les hôpitaux, les maisons de soins, les écoles, les collèges, les universités et les camps d'été. Voir : S.C. MORIEARTY, J.F. ADKINS, L.F. RUBIN, D.J. JACKSON et M.K. HARRISON, *préc.*, note 694, § 14.9.

²⁰⁵³ 455 CMR § 2.03(2), (3) et (4). Ainsi, l'employé sur appel dont la présence au travail n'est pas requise et qui est libre d'utiliser le temps à sa guise n'est pas considéré être au travail: 455 CMR § 2.03(2). L'employé dont la présence au travail est requise pour une période de moins de 24 heures est considéré être au travail même s'il lui est permis de dormir ou d'utiliser le temps à d'autres fins que le travail: 455 CMR § 2.03(3)(a). Si la présence de l'employé est requise pour plus de 24 heures, la période qui lui est accordée pour manger et/ou pour dormir est généralement considérée être du temps travaillé, à moins d'une entente à l'effet contraire avec l'employeur. Toutefois, certaines conditions s'appliquent. Ainsi, l'entente ne peut viser une période de plus de 8 heures, l'employeur doit fournir à l'employé une chambre adéquate pour dormir et ce dernier ne doit pas être dérangé pendant cette période. Si l'employé est appelé à effectuer du travail pendant cette période, il devra être rémunéré pour le temps qu'il a effectivement travaillé. Toutefois, si le dérangement est tel qu'il prive l'employé d'un repos adéquat, c'est toute la période de repos qui sera considérée être du temps travaillé, peut importe le temps réellement travaillé: 455 CMR § 2.03(3)(b). Le temps travaillé de l'employé qui demeure sur la propriété de l'employeur sur une base permanente ou pour de longues périodes est celui déterminé comme tel par l'entente intervenue entre l'employé et l'employeur sur la question: 455 CMR § 2.03(3)(c). Enfin, le temps qu'un employé

(2) *Le temps de travail*

Les normes minimales relatives au temps de travail concernent la semaine normale de travail et le calcul des heures supplémentaires ((a)), les périodes de repos ((b)) et la durée maximale du travail ((c)).

(a) La semaine normale de travail et les heures supplémentaires

En vertu du FLSA, la semaine normale de travail est de 40 heures par semaine. Les heures travaillées au-delà de cette norme sont des heures supplémentaires et doivent être payées au taux d'au moins une fois et demie le taux régulier²⁰⁵⁴. Il est toutefois permis de déroger à cette règle dans certaines situations particulières et à certaines conditions²⁰⁵⁵. Enfin, certaines catégories d'employés sont carrément exclues des règles relatives à la rémunération des heures supplémentaires. Ce sont les « *exempted employees* »²⁰⁵⁶. C'est le cas, entre autres, des employés payés à salaire et occupant des fonctions exécutives, professionnelles ou administratives²⁰⁵⁷, des vendeurs sur la route²⁰⁵⁸ et de certains travailleurs agricoles²⁰⁵⁹. À noter que les exemptions en vertu de la loi fédérale ne sont pas exactement les mêmes qu'en vertu de la loi étatique. Un employé non admissible en vertu de la loi étatique pourrait donc être admissible en vertu de la loi fédérale et inversement.

prend pour se rendre et revenir du travail n'est généralement pas considéré être du temps travaillé. Toutefois, l'employé qui doit, à la demande de son employeur, se présenter à un autre endroit que son lieu de travail habituel doit être rémunéré pour le temps additionnel et les dépenses de transport occasionnés par tout trajet excédentaire: 455 CMR § 2.03(4)(a). L'employé à qui l'employeur demande de se déplacer d'un point à un autre en se rendant au travail ou en revenant doit être rémunéré pour la durée entière du trajet et doit voir ses frais de transports remboursés: 455 CMR § 2.03(4)(b). Tout voyage obligeant un employé à passer une nuit à l'extérieur de chez lui doit être indemnisé conformément à réglementation fédérale sur la question: 455 CMR § 2.03(4)(c), qui fait référence à 29 CFR §785.39.

²⁰⁵⁴ 29 U.S.C. § 207(a)(1). Le « taux régulier » est défini à 29 U.S.C. § 207(e).

²⁰⁵⁵ 29 U.S.C. § 207(b)(1) et (2) : règles particulières prévues à la convention collective; § 207(b)(3) : entreprises engagées dans la distribution de produits pétroliers; § 207(f) : emploi nécessitant des heures irrégulières; § 207(g) : emploi rémunéré à la pièce; § 207 (i) emploi dans un établissement de vente au détail ou de service; § 207(j) : emploi dans un hôpital ou un établissement de soins de santé; § 207(k) : emploi dans une agence publique de protection des incendies ou de maintien de l'ordre public; § 207(m) : emploi dans l'industrie du tabac; § 207(n) : emploi dans les secteurs du transport par train électrique, par trolley ou par autobus.

²⁰⁵⁶ 29 U.S.C. § 213.

²⁰⁵⁷ 29 U.S.C. § 213(1) (les « *bona fide executive, administrative or professional employees* »).

²⁰⁵⁸ 29 U.S.C. § 213(1).

²⁰⁵⁹ 29 U.S.C. § 213(6).

La *Minimum Fair Wage Law*²⁰⁶⁰ du Massachusetts ne contient pas uniquement les règles applicables en matière de salaire minimum. Elle prévoit également les règles applicables quant aux heures de travail supplémentaires. En vertu de cette loi, un employeur qui fait travailler un employé plus de quarante heures par semaine doit rémunérer les heures supplémentaires effectuées par cet employé au taux d'une fois et demi le taux horaire régulier auquel cet employé est habituellement rémunéré²⁰⁶¹. La loi du Massachusetts ne prévoit pas de niveau quotidien au-delà duquel l'employeur doit rémunérer ses travailleurs à un taux majoré²⁰⁶². Le taux horaire régulier est le taux auquel un employé est régulièrement payé pour chaque heure de travail²⁰⁶³, avant déductions²⁰⁶⁴. Il ne comprend pas les commissions, les bonis et les primes²⁰⁶⁵. Des règles particulières sont prévues pour l'employé qui n'est pas payé sur une base horaire²⁰⁶⁶. Dans le secteur de la vente au détail, les heures travaillées le dimanche ou à l'occasion d'un jour férié et qui sont déjà rémunérées au taux d'une fois et demie le taux régulier ne sont pas prises en compte aux fins du calcul des heures supplémentaires effectuées par un employé pour la semaine concernée²⁰⁶⁷.

Ce ne sont pas tous les travailleurs qui bénéficient des règles relatives au temps supplémentaire. Tout d'abord, seuls les travailleurs qui occupent des « *occupations* » au sens de la loi peuvent en bénéficier. Sont expressément exclus de cette définition les employés qui travaillent dans les services professionnels, l'agriculture et le travail de ferme, le travail effectué par des personnes dans le cadre de certains programmes de réhabilitation ou de formation, le travail fait par des membres d'ordres religieux et les ventes faites par un représentant qui travaille habituellement sur la route²⁰⁶⁸. Ensuite, certaines catégories de

²⁰⁶⁰ *Préc.*, note 2015 (ci-après « M.G.L. c. 151 »).

²⁰⁶¹ M.G.L. c. 151, §§ 1A et 7; 455 CMR § 2.02(3). Le taux payable à un salarié à pourboire non-exempté est de une fois et demie le salaire minimum de base : 455 CMR § 2.02(3).

²⁰⁶² S.C. MORIEARTY, J.F. ADKINS, L.F. RUBIN, D.J. JACKSON et M.K. HARRISON, *préc.*, note 694, § 14.1; J.L. HIRSCH, *préc.*, note 682, § 2-5 [c].

²⁰⁶³ 455 CMR § 2.01.

²⁰⁶⁴ 455 CMR § 2.04(3).

²⁰⁶⁵ M.G.L. c. 151, § 1A ; 455 CMR § 2.01. La définition de "Regular Hourly Rate" prévue à la réglementation étatique reprend en outre les exclusions prévues à la définition fédérale de la même expression, soient celles qu'on retrouve à 29 U.S.C. § 207(e).

²⁰⁶⁶ 455 CMR § 2.01.

²⁰⁶⁷ M.G.L. c. 151, § 1A.

²⁰⁶⁸ M.G.L. c. 151, § 2.

travailleurs sont expressément exclus (« *exempted* ») de l'application de ces règles. C'est le cas de certains concierges ou préposés à l'entretien de résidences privées, des golf caddies, des camelots, des enfants acteurs ou interprètes, de la plupart des employés payés à salaire et occupant des fonctions exécutives, professionnelles ou administratives²⁰⁶⁹, des vendeurs ou acheteurs externes, des étudiants, apprentis ou personnes handicapés payés à un taux de salaire sous-minimal, des pêcheurs, des standardistes téléphonique, de certains conducteurs ou assistant-conducteur de camions, des employés de certaines entreprises saisonnières durant certaines périodes de l'année, des marins et des employés travaillant dans le transport en commun, dans un hôtel ou un motel, dans une station service, dans un restaurant, dans un garage, dans un hôpital, un sanatorium ou une résidence pour personnes âgées, dans une école ou un collège sans but lucratif, sur une ferme ou dans un parc d'amusement permanent²⁰⁷⁰.

(b) Les périodes de repos

Au Massachusetts, les employés ont droit à une journée de repos à tous les sept jours. Cette période de repos doit avoir une durée minimale de vingt-quatre heures et doit permettre de couvrir une plage horaire entre 8h00AM et 5h00PM²⁰⁷¹. Certaines catégories d'entreprises et d'employés sont toutefois exclues de l'application de cette disposition²⁰⁷². Une exemption particulière peut être demandée par un employeur auprès de *l'Attorney General*, qui peut accorder une telle exemption pour une durée d'au plus 60 jours s'il est d'avis que des circonstances spéciales le justifient²⁰⁷³. Cette forme d'exemption est habituellement accordée à

²⁰⁶⁹ L'expression exacte utilisée par la législation étatique est « *bona fide executive, or administrative or professional person* » : M.G.L. c. 151, § 1A(3). En vertu de la réglementation étatique, le sens de cette expression est le même qu'en vertu de la législation fédérale : 455 CMR 2.02(3), qui fait référence directe à 29 CFR § 541.

²⁰⁷⁰ M.G.L. c. 151, §§ 1A (1) à (20); S.C. MORIEARTY, J.F. ADKINS, L.F. RUBIN, D.J. JACKSON et M.K. HARRISON, *préc.*, note 694, § 14.1.

²⁰⁷¹ M.G.L. ch 149, § 48.

²⁰⁷² C'est le cas des établissements de production ou de distribution de gaz, d'électricité, de lait ou d'eau, des hôtels, du transport de nourriture et de la vente ou la livraison de nourriture par ou dans des établissements autres que des restaurants : M.G.L. c. 149, § 49. C'est également le cas des concierges, de la plupart des employés qui ne travaillent pas le dimanche, de certains employés de journeaux, des employés qui travaillent dans les secteurs des services personnels ou des services aux fermes, des pharmaciens et de tout travail associé à une urgence non-anticipée : M.G.L. c. 149, § 50.

²⁰⁷³ M.G.L. c. 149, § 51A.

des employeurs qui font appel à des processus qui requièrent une opération continue pour des raisons technologiques ou de concurrence²⁰⁷⁴.

Les « Blue Laws » du Massachusetts²⁰⁷⁵ interdisent aux entreprises d'ouvrir leurs portes le dimanche²⁰⁷⁶. Pour ce faire, une entreprise doit nécessairement obtenir un permis spécial auprès du chef de police de la municipalité où est située l'entreprise²⁰⁷⁷. Il existe toutefois de très nombreuses exceptions à cette interdiction générale d'ouvrir ses portes le dimanche et pour lesquelles il n'est pas nécessaire de détenir de permis²⁰⁷⁸. La plus importante d'entre elles est très certainement celle relative aux établissements de vente au détail²⁰⁷⁹. Ceux-ci peuvent ouvrir leurs portes à toute heure le dimanche, à la condition de n'employer que des employés qui acceptent volontairement de travailler et, lorsqu'elles emploient plus de sept personnes, de payer ceux-ci au taux d'une fois et demie le taux régulier²⁰⁸⁰. Il est en outre interdit à un employeur de discriminer ou d'adopter des mesures de représailles à l'endroit d'un employé qui se prévaut ou s'est prévalu de son droit de refuser de travailler un dimanche²⁰⁸¹.

Au Massachusetts, la loi impose à l'employeur d'accorder une pause de trente minutes à des fins de repas à un employé qui travaille plus de six heures au cours d'une journée²⁰⁸².

²⁰⁷⁴ S.C. MORIEARTY, J.F. ADKINS, L.F. RUBIN, D.J. JACKSON et M.K. HARRISON, *préc.*, note 694, § 14.14.

²⁰⁷⁵ M.G.L. c. 136, §§ 1-16. Pour davantage d'information sur les « Blue Laws » du Massachusetts, voir : S.C. MORIEARTY, J.F. ADKINS, L.F. RUBIN, D.J. JACKSON et M.K. HARRISON, *préc.*, note 694, §§ 14.12 et 14.13 ; J.L. HIRSCH, *préc.*, note 682, § 2-2 [a] ; COMMONWEALTH OF MASSACHUSETTS, *The Massachusetts Blue Laws*, 21 juillet 2005, <http://www.mass.gov>. Historiquement, aux États-Unis, l'expression « Blue Law » fait référence à une loi qui interdit la tenue de certaines activités séculières le dimanche. L'explication la plus plausible de cette expression est l'usage au 18^e siècle du mot *blue* en référence à une certaine « rigidité morale », dans un sens de dénigrement. Voir : ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA. *Encyclopaedia Britannica Online Academic Edition*, Encyclopaedia Britannica Inc., 2013, en ligne : www.britannica.com (consulté le 12 août 2013).

²⁰⁷⁶ M.G.L. c. 136, § 5.

²⁰⁷⁷ M.G.L. c. 136, § 7.

²⁰⁷⁸ M.G.L. c. 136, § 6, où 55 exceptions à la section 5 y sont énumérées.

²⁰⁷⁹ M.G.L. c. 136, §§ 6(50) et 16.

²⁰⁸⁰ *Id.* Certaines catégories d'employés ne bénéficient toutefois pas du taux majoré. Ce sont les « bona fide executive or administrative or professional persons earning more than two hundred dollars a week ».

²⁰⁸¹ M.G.L. c. 136, §§ 6(50) et 16 et M.G.L. c. 149, § 180A.

²⁰⁸² M.G.L. c. 149, § 100. Certains secteurs d'activité sont toutefois exclus de l'application de cette règle, dont les secteurs du fer, de la vitre, de l'imprimerie, de la blanchisserie, de la teinture et les moulins à papier. La loi

Les employés doivent être libres de quitter l'établissement de l'employeur au cours de cette pause. Celle-ci n'a pas à être rémunérée, à moins que l'employé n'accepte de demeurer à son poste ou de poursuivre l'accomplissement de certaines fonctions au cours de la pause à la demande de son employeur. Plus d'une pause-repas par journée de travail peut devoir être accordée au salarié, si celui-ci travail plusieurs périodes de six heures pendant une même journée²⁰⁸³.

Aucune loi au Massachusetts n'impose à l'employeur d'accorder une pause-café ou autre forme de pause ou de repos à un salarié au cours de la journée de travail²⁰⁸⁴. La réglementation fédérale adoptée en vertu de FLSA prévoit toutefois que toute pause ou période de repos de vingt minutes ou moins accordée par l'employeur doit être considérée comme du temps travaillé et doit par conséquent être rémunérée²⁰⁸⁵.

(c) La durée maximale du travail

Exception faite des dispositions applicables au travail des enfants, aucune loi au Massachusetts ne prévoit de règles applicables en matière de durée maximale du travail. Les seules contraintes qui s'imposent à l'employeur sont donc d'ordre financier, par le biais des dispositions relatives à la semaine normale de travail et au calcul des heures supplémentaires. En somme, la situation applicable au Massachusetts équivaut essentiellement à celle qui s'appliquait au Québec avant l'adoption de dispositions sur la question en 2002.

(3) *Les congés et les absences protégés*

Dans la présente section, nous verrons successivement les normes minimales du travail relatives aux jours fériés ((a)), au congé annuel ((b)), aux congés pour raisons familiales ou

prévoit en outre que des exemptions particulières peuvent être accordées par le *Attorney General* dans certaines circonstances : M.G.L. c. 149, § 101.

²⁰⁸³ COMMONWEALTH OF MASSACHUSETTS, OFFICE OF THE ATTORNEY GENERAL, *An Advisory from the Attorney General's Fair Labor and Business Practices Division on Meal Periods*, Advisory 94/2, 30 septembre 1994 ; S.C. MORIEARTY, J.F. ADKINS, L.F. RUBIN, D.J. JACKSON et M.K. HARRISON, *préc.*, note 694, § 14.10; J.L. HIRSCH, *préc.*, note 682, § 2-2 [c].

²⁰⁸⁴ J.L. HIRSCH, *préc.*, note 682, § 2-2 [d].

²⁰⁸⁵ 29 CFR § 785.18.

médicales ((c)) et aux autres congés ou absences protégés ((d)) qui sont présentes (ou non) au Massachusetts.

(a) Les jours fériés

Il existe de nombreux congés fériés au Massachusetts²⁰⁸⁶. Ceux-ci ne sont toutefois pas des congés « payés » de plein droit. En effet, la loi n'oblige pas les employeurs du secteur privé à verser un salaire ou autre forme d'indemnité à leurs employés qui se prévalent de ces congés²⁰⁸⁷. Le paiement du salaire ou d'une indemnité à l'occasion de ces congés ou de certains d'entre eux peut toutefois être prévu au contrat de travail, à la convention collective ou encore aux politiques de l'employeur²⁰⁸⁸. En effet, un employeur peut avoir grandement avantage à accorder de tels congés payés pour attirer et retenir ses employés, selon les conditions du marché.

L'ouverture d'un établissement à l'occasion d'un jour férié est généralement soumise aux règles qui gouvernent l'ouverture d'un établissement le dimanche²⁰⁸⁹. Un employeur ne peut donc pas ouvrir son établissement à l'occasion d'un jour férié²⁰⁹⁰, à moins qu'il ne soit expressément exclu de l'application de ces règles²⁰⁹¹ ou qu'il n'obtienne un permis spécial lui permettant d'ouvrir ses portes ce jour là²⁰⁹².

De nombreux congés fériés sont toutefois exclus de l'application de ces restrictions. Ainsi, le Jour de l'An, le *Martin Luther King Jr. Day*, le *Presidents' Day*, le *Evacuation Day* (comté de Suffolk), le *Patriots' Day* et le *Bunker Hill Day* (comté de Suffolk) en sont totalement exclus (ils ne font l'objet d'aucunes restrictions), tandis que le *Colombus Day* et le

²⁰⁸⁶ M.G.L. c. 4, § 7, clause 18, définition de « Legal Holiday ». Ces congés sont le Jour de l'An (le 1^{er} janvier), le *Martin Luther King Jr. Day* (le troisième lundi de janvier), le *Presidents' Day* (le troisième lundi de février), le *Patriots' Day* (le troisième lundi d'avril), le *Memorial Day* (le dernier lundi de mai), le *Independence Day* (le 4 juillet), le *Labor Day* (le premier lundi de septembre), le *Colombus Day* (le deuxième lundi d'octobre), le *Veterans Day* (le 11 novembre), le *Thanksgiving Day* (le quatrième jeudi de novembre) et le jour de Noël (le 25 décembre). Des congés additionnels sont prévus pour le comté de Suffolk, soit le *Evacuation Day* (le 17 mars) et le *Bunker Hill Day* (le 17 juin). Lorsqu'un jour férié tombe un dimanche, il est reporté au lundi suivant.

²⁰⁸⁷ J.L. HIRSCH, *préc.*, note 682, § 2-2, [a], [3].

²⁰⁸⁸ Par exemple, des indemnités afférentes à ces congés peuvent être prévues à des « PTO Policies », soit des « Paid Time Off Policies ».

²⁰⁸⁹ M.G.L. c. 136, § 13, al. 1, *in limine*.

²⁰⁹⁰ M.G.L. c. 136, § 5.

²⁰⁹¹ M.G.L. c. 136, § 6.

²⁰⁹² M.G.L. c. 136, § 7, complétée par M.G.L. ch. 136, § 15.

Veterans Day en sont partiellement exclus (ils ne font l'objet d'aucune restrictions après 12h00 et 13h00, respectivement)²⁰⁹³.

Les établissements de vente au détail qui ouvrent leurs portes à l'occasion du *Jour de l'an*, du *Veterans Day* après 13h00 ou du *Colombus Day* après 12h00 doivent toutefois respecter certaines conditions particulières. Ainsi, ils ne peuvent forcer leurs employés à travailler (le travail doit se faire sur une base strictement volontaire) et doivent payer ceux-ci au taux d'une fois et demie le taux régulier, quel que soit le nombre de personnes à leur emploi²⁰⁹⁴. Un employé qui refuse de travailler à l'occasion de l'un ou l'autre de ces congés ne peut faire l'objet de discrimination ou de représailles de la part de son employeur²⁰⁹⁵.

La loi du Massachusetts permet en outre aux établissements de vente au détail d'ouvrir leurs portes à certaines conditions à l'occasion de jours fériés normalement sujets à des restrictions d'ouverture : le *Memorial Day*, le *Independence Day* et le *Labor Day*²⁰⁹⁶. Ici également, ils ne peuvent forcer leurs employés à travailler (le travail doit être volontaire) et, s'ils emploient plus de sept personnes au cours de la semaine où survient le congé férié, ils doivent payer ceux-ci au taux d'une fois et demie le taux régulier. Un employé qui refuse de travailler à l'occasion de l'un ou l'autre de ces congés ne peut faire ici non plus faire l'objet de discrimination ou de représailles de la part de son employeur²⁰⁹⁷. Les établissements manufacturiers qui ouvrent leurs portes en toute légalité à l'occasion d'un jour férié²⁰⁹⁸ ne peuvent forcer leurs employés à travailler cette journée là. En effet, le travail dans une entreprise manufacturière un jour férié doit être volontaire, sauf dans de très rares occasions²⁰⁹⁹.

²⁰⁹³ M.G.L. c. 136, § 13, al. 1, *in fine*.

²⁰⁹⁴ Un taux plus avantageux peut cependant être prévu par contrat ou par convention collective.

²⁰⁹⁵ M.G.L. c. 136, § 13, al. 2.

²⁰⁹⁶ M.G.L. c. 136, § 16, al. 1 ; SECRETARY OF THE COMMONWEALTH OF MASSACHUSETTS, CITIZEN INFORMATION SERVICE, *Massachusetts Legal Holidays*, 2013, en ligne : <http://www.sec.state.ma.us/cis/cishol/holidx.htm> ; J.L. HIRSCH, *préc.*, note 682, § 2-2.

²⁰⁹⁷ M.G.L. c. 136, § 16, al. 2.

²⁰⁹⁸ Que ce soit, par exemple, en raison du fait que le congé férié ne fait l'objet d'aucunes restrictions d'ouverture (exclusions prévues à M.G.L. c. 136, § 13), que l'établissement est exempté de l'application des restrictions applicables à l'occasion de certains congés fériés (exclusions prévues à M.G.L. c. 136, § 6) ou encore qu'il ait obtenu un permis auprès du Chef de police de la localité (M.G.L. c. 136, § 7).

²⁰⁹⁹ M.G.L. c. 149, § 45.

(b) Le congé annuel

Aucune loi au Massachusetts n'oblige un employeur à accorder des vacances annuelles payées à ses employés. De telles vacances annuelles peuvent toutefois être prévues au contrat de travail, à la convention collective ou encore aux politiques de l'employeur²¹⁰⁰. En effet, un employeur peut avoir grandement avantage à accorder de telles vacances pour attirer et retenir ses employés. En fait, la question des vacances annuelles au Massachusetts relève entièrement de considérations de marché. Bien que la loi n'impose pas à l'employeur d'accorder des vacances annuelles à ses employés, elle lui impose toutefois d'accorder de telles vacances s'il s'est engagé à le faire et que celles-ci sont exigibles. À défaut de le faire dans ces circonstances, il pourra être poursuivi par l'employé pour cause de non-paiement de salaire, les vacances annuelles étant assimilées à du salaire au sens de la loi²¹⁰¹.

(c) Les congés pour raisons familiales ou médicales

Le *Family and Medical Leave Act*²¹⁰², une loi fédérale, oblige les employeurs couverts²¹⁰³ à fournir aux employés admissibles²¹⁰⁴ un congé sans solde d'au plus 12 semaines pour chaque période de 12 mois²¹⁰⁵ à l'occasion de la naissance de l'enfant de l'employé et des soins à lui apporter²¹⁰⁶, de l'adoption d'un enfant par l'employé ou le placement d'un

²¹⁰⁰ Par exemple, des vacances annuelles peuvent être prévues aux « PTO Policies », soit les « Paid Time Off Policies ». À noter qu'un employeur peut modifier unilatéralement ses politiques relatives aux vacances annuelles, mais ces modifications ne valent que pour l'avenir.

²¹⁰¹ M.G.L. c 149, § 148 (Massachusetts Wage Protection Act); COMMONWEALTH OF MASSACHUSETTS, OFFICE OF ATTORNEY GENERAL, « Advisory on Vacation Policies, 99/1 », 1999, en ligne : <http://www.lawlib.state.ma.us/docs/VacationAdvisory1999.pdf>.

²¹⁰² 29 U.S.C. § 2601 et ss. (ci-après « FMLA »).

²¹⁰³ Le FMLA s'applique aux employeurs qui emploient 50 employés ou plus pour une période d'au moins 20 semaines de calendrier dans l'année courante ou précédente (incluant les temps plein et les temps partiel) et qui œuvre dans le commerce ou dans une industrie ou un secteur d'activité affectant le commerce. Il s'applique également aux gouvernements et aux agences publiques fédérales, étatiques et locales: 29 U.S.C. § 2611(4)(A)(iii) et (iv) et § 2611(4)(B).

²¹⁰⁴ Pour être considéré « employé admissible » au sens du FMLA, un employé doit avoir travaillé pour l'employeur pendant au moins 12 mois, avoir travaillé un minimum de 1250 heures pour cet employeur au cours des 12 mois précédents et avoir effectué ce travail dans un établissement où l'employeur emploie au moins 50 personnes dans un rayon de 75 miles (120 kilomètres): 29 U.S.C. § 2611(2). À noter que les « heures travaillées » doivent correspondre à des heures *effectivement travaillées*: *Plumley v. Southern Container, Inc.*, 303 F.3d 364 (1st Cir. 2002). Des règles particulières s'appliquent aux employés qui font partie du personnel de bord des compagnies aériennes (« *airline flight crews employees* »): 29 U.S.C. §§ 2611(2)(D) et 2612(a)(5).

²¹⁰⁵ 29 U.S.C. § 2612(a) et 29 CFR § 825.200.

²¹⁰⁶ 29 U.S.C. § 2612(a)(1)(A).

enfant en famille d'accueil auprès de l'employé²¹⁰⁷, de soins à donner à un conjoint, un fils, une fille ou un parent de l'employé qui est dans un état de santé sérieux²¹⁰⁸, de l'incapacité de l'employé d'accomplir les fonctions associées à son poste en raison d'un état de santé sérieux²¹⁰⁹ ou d'exigences particulières (« *qualifying exigencies* ») qui découlent du fait que le conjoint de l'employé, son enfant ou un parent est en service militaire actif (« *covered active duty* ») ou le sera sous peu²¹¹⁰. Lorsque deux époux travaillent pour un même employeur, ceux-ci ne disposent que d'un seul congé sans solde de 12 semaines pour les deux dans les cas de naissance, d'adoption ou de placement d'un enfant ou en raison de l'état de santé sérieux d'un parent. Ils disposent toutefois chacun d'un tel congé dans les autres cas²¹¹¹. Dans les cas de naissance, d'adoption ou de placement d'un enfant, le congé doit être pris en bloc et se terminer au plus tard dans les 12 semaines qui suivent la naissance, l'adoption ou le placement de l'enfant²¹¹². Dans les cas où le congé est pris pour des motifs liés à l'état de santé sérieux de l'employé, de son conjoint, de son enfant ou de son parent, toutefois, il peut être pris de façon

²¹⁰⁷ 29 U.S.C. § 2612(a)(1)(B).

²¹⁰⁸ 29 U.S.C. § 2612(a)(1)(C). Le conjoint (« *Spouse* ») au sens du FMLA est un époux (« *husband* ») ou une épouse (« *wife* ») tel que défini ou reconnu par la loi étatique relative au mariage dans l'État fédéré où l'employé réside, incluant les conjoints de fait (« *common law marriage* ») dans les États où cette forme d'union est reconnue : 29 U.S.C. § 2611(13) et 29 CFR § 825.113 (a). Cette définition large et inclusive nous a fait préférer l'expression « conjoint » à l'expression « époux ou épouse » aux fins de la traduction. Le fils ou la fille (« *son or daughter* ») est l'enfant biologique ou adopté de l'employé, l'enfant placé en famille d'accueil auprès de l'employé (« *foster child* »), l'enfant du conjoint de l'employé (« *stepchild* »), le pupille (« *legal ward* ») ou l'enfant pour qui l'employé tient lieu de parent (« *in loco parentis* ») et qui est âgé de moins de 18 ans ou encore âgé de 18 ou plus mais incapable de prendre soin de lui-même en raison d'un handicap physique ou mental : 29 U.S.C. § 2611(12) et 29 CFR § 825.113 (c). Le parent (« *parent* ») est le père ou la mère biologique d'une personne ou une personne qui agit à ce titre. Une adoption légale n'est pas exigée lorsque cette relation est significative. Cette expression ne comprend pas les parents par alliance (« *parents in law* ») : 29 U.S.C. § 2611(7) et 29 CFR § 825.113 (b). L'état de santé sérieux (« *serious health condition* ») est une maladie, une blessure ou une incapacité physique ou mentale qui nécessite une hospitalisation ou un séjour dans un établissement de santé (« *inpatient care* »), incluant la période d'incapacité et les traitements subséquents, ou un traitement continu par un professionnel de la santé (« *health care provider* ») : 29 U.S.C. § 2611(11) et 29 CFR § 825.114. La définition de « professionnel de la santé » (« *healthcare provider* ») est très large. Elle comprend notamment les docteurs en médecine, les ostéopathes, les podiatres, les dentistes, les psychologues, les optométristes, les travailleurs social, les chiropraticiens, les infirmières et les sages-femmes qui peuvent légalement pratiquer leur profession dans l'État fédéré impliqué : 29 U.S.C. § 2611(6) et 29 CFR § 825.118.

²¹⁰⁹ 29 U.S.C. § 2612(a)(1)(D); 29 CFR § 825.115.

²¹¹⁰ 29 U.S.C. § 2612(a)(1)(E); 29 CFR § 825.126. Pour la définition de « *covered active duty* », voir : 29 U.S.C. § 2611(14); 29 CFR § 825.126(b). Pour des exemples de « *qualifying exigencies* », voir : 29 CFR § 825.126(b).

²¹¹¹ 29 U.S.C. § 2612(f) et 29 CFR § 825.202.

²¹¹² 29 U.S.C. § 2612(b)(1) *in limine* et (a)(2); 29 CFR § 825.201 et § 825.203.

intermittente ou selon un horaire de travail allégé lorsque cela est médicalement nécessaire²¹¹³. L'employeur peut alors transférer l'employé dans un poste équivalent, lorsque ce poste est mieux adapté au congé intermittent ou à l'horaire allégé de l'employé²¹¹⁴.

Le FMLA oblige également les employeurs couverts à fournir aux employés admissibles un congé sans solde d'au plus 26 semaines pour une période unique de 12 mois afin de leur permettre de prendre soin d'un membre des forces armées couvert (« *covered servicemember* ») qui souffre d'une blessure ou est atteint d'une maladie sérieuse (« *serious injury or illness* »). Ceci étant, seul un conjoint, un enfant, un parent ou un proche parent (« *next of kin* ») du membre des forces armées couvert peut se prévaloir d'un tel congé²¹¹⁵.

Les congés prévus par le FMLA sont des congés sans solde²¹¹⁶. Toutefois, lorsque l'employé a droit à des congés payés en vertu des politiques de l'employeur, d'un contrat de travail ou d'une convention collective (vacances annuelles, congés personnels, congés familiaux, congés médicaux, congés de maladie, etc.), l'employé ou l'employeur peut choisir de substituer en totalité ou en partie le congé sans solde de 12 semaines prévu en vertu du FMLA pour un tel congé payé, dans la mesure où celui-ci s'applique dans les circonstances²¹¹⁷. Pendant le congé pris en vertu du FMLA, l'employeur a l'obligation de maintenir la couverture d'assurance santé de l'employé²¹¹⁸, les autres bénéficiaires et le cumul de l'ancienneté de l'employé étant toutefois suspendus²¹¹⁹.

²¹¹³ 29 U.S.C. § 2612(b)(1) *in fine*, 29 CFR § 825.117 et § 825.203. Un horaire de travail allégé (« reduced-leave schedule ») au sens du FMLA signifie un congé pris de telle sorte qu'il a pour effet de réduire le nombre habituel d'heures de travail par semaine ou par jour de l'employé : 29 U.S.C. § 2611(9).

²¹¹⁴ 29 U.S.C. § 2612(b)(2) et 29 CFR § 825.204. Un poste équivalent (« Equivalent Position ») est un poste qui est virtuellement identique au poste qu'occupait l'employé antérieurement en termes de paie, de bénéfices et de conditions de travail, incluant les privilèges, prérequis et le statut. Il implique les mêmes tâches et responsabilités ou des tâches et responsabilités similaires, de même qu'une habileté, un effort, une responsabilité et une autorité équivalentes : 29 CFR § 825.215 ; J.L. HIRSCH, *préc.*, note 682, § 6-1.

²¹¹⁵ 29 U.S.C. § 2612(a)(3); 29 CFR § 825.127. Pour la définition de « *covered servicemember* », voir : 29 U.S.C. § 2611(15); 29 CFR § 825.127(b). Pour la définition de « *serious injury or illness* », voir : 29 U.S.C. § 2611(18); 29 CFR § 825.127(c). Pour la définition de « *next of kin* », voir : 29 U.S.C. § 2611(17); 29 CFR § 825.127(d)(3).

²¹¹⁶ 29 U.S.C. § 2612(c) et 29 CFR § 825.207.

²¹¹⁷ 29 U.S.C. § 2612(d) et 29 CFR § 825.208; J.L. HIRSCH, *préc.*, note 682, § 6-1.

²¹¹⁸ 29 U.S.C. § 2614(c)(1) et 29 CFR § 825.209.

²¹¹⁹ 29 U.S.C. § 2614(a)(3)(A) et 29 U.S.C. § 2614(c)(1) *a contrario* ; J.L. HIRSCH, *préc.*, note 682, § 6-1.

À son retour de congé, l'employé a le droit d'être réintégré dans le même poste ou dans un poste équivalent avec le salaire, les bénéfices et les conditions de travail dont il disposait au moment de prendre ce congé²¹²⁰. L'employé ne doit toutefois pas disposer de plus de droits et de bénéfices à son retour que s'il n'avait pas pris un tel congé²¹²¹. Ainsi, un employé qui aurait vu son poste aboli n'eut-il pris son congé ne saurait être réintégré à la fin de celui-ci (à moins que celui-ci ne dispose d'un droit de supplantation en vertu d'une convention collective), puisque ceci reviendrait à lui accorder plus de droit que s'il n'avait pas pris son congé. À noter que les employés clé (« *key employees* »), c'est-à-dire ceux qui font partie du 10 pourcent des employés les mieux payés dans un rayon de 75 miles de l'établissement concerné²¹²², peuvent, à certaines conditions, se voir refuser la réintégration lorsque cela est « nécessaire pour empêcher un préjudice économique substantiel et dommageable aux opérations de l'employeur »²¹²³. En fait, cela revient pratiquement à conférer à l'employeur le pouvoir de priver ces employés du congé lui-même.

Lorsque le début d'un congé demandé en vertu du FMLA peut être connu relativement longtemps à l'avance²¹²⁴, l'employé doit donner à son employeur un avis d'au moins 30 jours de la prise de ce congé²¹²⁵. Lorsque le début du congé demandé ne peut ainsi être connu à l'avance ou lorsque l'employé doit prendre ce congé à l'intérieur d'un délai de 30 jours, l'avis doit être donné aussitôt que possible compte tenu des circonstances particulières de l'affaire, soit à l'intérieur d'un délai de un ou deux jours ouvrables de la connaissance de l'événement donnant ouverture au congé²¹²⁶. Lorsque le congé demandé concerne un traitement médical planifié, l'employé doit en outre prendre des mesures raisonnables pour ajuster son congé de façon à ne pas nuire aux opérations de l'employeur²¹²⁷. Les avis donnés en vertu du FMLA

²¹²⁰ 29 U.S.C. § 2614((a)(1) et (2) et 29 CFR § 825.214. Les « bénéfices » comprennent notamment l'assurance-vie de groupe, l'assurance-santé, l'assurance invalidité, les congés de maladie, les congés annuels, les bénéfices éducationnels, les pensions, etc. Voir : 29 U.S.C. § 2611(5).

²¹²¹ 29 U.S.C. § 2614(a)(3)(B); J.L. HIRSCH, *préc.*, note 682, § 6-1.

²¹²² 29 CFR § 825.217.

²¹²³ 29 U.S.C. § 2614(b) et 29 CFR § 825.218.

²¹²⁴ La loi parle alors d'un « Foreseeable Leave », c'est-à-dire d'un *congé prévisible* : 29 U.S.C. § 2612(e).

²¹²⁵ 29 U.S.C. § 2612(e)(1) *in limine* et (e)(2)(B) *in limine* et 29 CFR § 825.302.

²¹²⁶ 29 U.S.C. § 2612(e)(1) *in fine* et (e)(2)(B) *in fine* et 29 CFR § 825.302 ; 29 CFR § 825.303 ; J.L. HIRSCH, *préc.*, note 682, § 6-4.

²¹²⁷ 29 U.S.C. § 2612(e)(2)(A) et 29 CFR § 825.302.

peuvent être faits verbalement (en personne ou par téléphone) ou de façon électronique (télécopie ou courriel). De plus, il n'est pas nécessaire que l'employé indique que le congé est pris en vertu du FMLA²¹²⁸. Il appartient à plutôt à l'employeur de le déterminer²¹²⁹.

Le FMLA permet à l'employeur d'exiger un certificat médical afin de vérifier si un employé est effectivement admissible à un congé, particulièrement dans les cas de problèmes sérieux de santé de l'employé ou d'un membre de sa famille. Ce certificat sera généralement exigé immédiatement suite à la demande de congé de l'employé²¹³⁰, mais pourra également être demandé au moment du retour au travail de l'employé ou de son non-retour au travail à la date anticipée²¹³¹. Le contenu de ce certificat médical est fortement encadré. Ainsi, seules les informations vraiment nécessaires à la détermination du droit au congé peuvent faire l'objet d'une certification²¹³². L'employeur peut obtenir une deuxième opinion médicale à ses propres frais et auprès du professionnel de la santé de son choix, sous réserve du fait que ce dernier ne devra pas être employé régulièrement par l'employeur²¹³³. En cas de contradiction entre la première et la seconde opinion médicale, une troisième opinion, qui sera finale et liera les parties, pourra être demandée. Dans ce cas, le professionnel de la santé sera choisi conjointement par l'employeur et l'employé, mais aux frais de l'employeur²¹³⁴.

Il est formellement interdit à un employeur d'entraver, d'empêcher ou de refuser à un employé l'exercice d'un droit que lui confère le FMLA²¹³⁵. De même, il est formellement interdit à un employeur d'user de mesures de représailles à l'endroit d'un employé qui s'est opposé à une pratique de l'employeur que le FMLA rend illégale²¹³⁶ ou encore qui a instigué

²¹²⁸ 29 CFR § 825.302 et § 825.303. L'avis verbal, en personne ou par téléphone, est suffisant. Un avis écrit ne peut être exigé. L'employeur peut toutefois exiger un certificat médical pour confirmer la nécessité de prendre un congé : *Wheeler v. Pioneer Developmental Services, Inc.*, 2004 S. Dist. LEXIS 24960 (2004), 14-15.

²¹²⁹ 29 CFR § 825.208 : L'employeur doit désigner que le congé est pris en vertu du FMLA dans les deux jours où il a connu les circonstances donnant ouverture à un tel congé. À défaut de ce faire, la durée du congé ne sera pas imputée aux 12 semaines prévues par le FMLA. Cette désignation ne peut se faire rétroactivement.

²¹³⁰ 29 U.S.C. § 2613(a) et 29 CFR § 825.305.

²¹³¹ 29 U.S.C. § 2613(e) et 29 CFR § 825.305.

²¹³² 29 U.S.C. § 2613(b) et 29 CFR § 825.306.

²¹³³ 29 U.S.C. § 2613(c) et 29 CFR § 825.307.

²¹³⁴ 29 U.S.C. § 2613(d) et 29 CFR § 825.307.

²¹³⁵ 29 U.S.C. § 2615(a)(1).

²¹³⁶ 29 U.S.C. § 2615(a)(2).

ou a participé à une enquête ou autre procédure contre l'employeur en vertu du FMLA²¹³⁷. L'employé victime de telles pratiques interdites de la part de son employeur a plusieurs recours à sa disposition en vertu du FMLA²¹³⁸.

En adoptant le FMLA, le Congrès américain n'avait pas l'intention de retirer aux employés des droits que ceux-ci pouvaient déjà détenir en vertu des lois étatiques ou locales²¹³⁹ ou en matière de discrimination²¹⁴⁰. De plus, cette loi ne doit en aucun cas être interprétée comme limitant ou réduisant des droits plus avantageux offerts par des régimes privés ou des conventions collectives²¹⁴¹ et, à l'inverse, ces régimes privés ou conventions collectives ne peuvent en aucun cas limiter ou réduire les droits et bénéfices conférés par le FMLA²¹⁴². Enfin, les employeurs sont expressément encouragés à adopter des politiques plus avantageuses encore que celles prévues par le FMLA²¹⁴³.

Le *Massachusetts Small Necessities Leave Act*²¹⁴⁴ accorde un congé pour obligations familiales de 24 heures par période de 12 mois aux employés admissibles au sens du FMLA et travaillant pour un employeur couvert par cette même loi²¹⁴⁵. Ce congé peut être pris de façon

²¹³⁷ 29 U.S.C. § 2615(b).

²¹³⁸ Ainsi, il peut intenter une action civile directement contre son employeur (29 U.S.C. § 2617(a)) ou encore déposer une plainte auprès du *Secretary of Labor* (29 U.S.C. § 2617(b)(1)) qui, après enquête, pourra entreprendre contre l'employeur récalcitrant une action civile devant les tribunaux compétents (29 U.S.C. § 2617(b)(2)) ou encore une action en injonction devant les *District Courts* fédérales (29 U.S.C. § 2617(d)). L'action civile intentée par l'employé et l'action civile intentée par le Secretary of Labor permettent de réclamer de l'employeur des dommages et intérêts (29 U.S.C. § 2617(a)(1)(A)(i) et (ii)), incluant le salaire et les bénéfices perdus, des dommages punitifs (29 U.S.C. § 2617(a)(1)(A)(iii)) et des frais raisonnables d'avocat et d'experts et autres frais liés à l'action (29 U.S.C. § 2617(a)(3)). Toutefois, seules l'action civile intentée par le salarié et l'action en injonction intentée par le Secretary of Labor permettent d'obtenir la réintégration de l'employé ou toute autre mesure réparatrice appropriée (29 U.S.C. § 2617(a)(1)(B) et § 2617(d)(2), respectivement). Ces recours doivent toutefois être entrepris dans les deux ans de la dernière violation alléguée ou encore dans les trois ans de celle-ci, dans les cas de violation volontaire de la part de l'employeur (29 U.S.C. § 2617(c)). Enfin, le droit d'action privé du salarié à l'encontre de son employeur n'est possible que dans la mesure où le Secretary of Labor n'entreprend pas lui-même un recours au bénéfice de l'employé suite à une plainte de ce dernier (29 U.S.C. § 2617(a)(4)).

²¹³⁹ 29 U.S.C. § 2651(b) et 29 CFR § 825.701.

²¹⁴⁰ 29 U.S.C. § 2651(a) et 29 CFR § 825.702.

²¹⁴¹ 29 U.S.C. § 2652(a) et 29 CFR § 825.700.

²¹⁴² 29 U.S.C. § 2652(b) et 29 CFR § 825.700.

²¹⁴³ 29 U.S.C. § 2653 et 29 CFR § 825.700 ; J.L. HIRSCH, *préc.*, note 682, § 6-6.

²¹⁴⁴ M.G.L. c. 149, § 52D (ci-après « MSNLA »).

²¹⁴⁵ Le MSNLA adopte expressément les définitions prévues au FMLA : M.G.L. c. 149, § 52D(a) et (c); ATTORNEY GENERAL OF MASSACHUSETTS, *An Advisory from the Attorney General's Fair Labor and Business Practices Division on An Act Providing Employees Leave for Certain Family Obligations*, ADVISORY

intermittente ou dans le cadre d'un horaire de travail allégé²¹⁴⁶ à l'occasion de l'une ou l'autre des situations suivantes : la participation à des activités scolaires directement liées à l'avancement éducatif d'un enfant de l'employé²¹⁴⁷, l'accompagnement d'un enfant de l'employé à un examen médical ou dentaire de routine²¹⁴⁸ et l'accompagnement d'un parent âgé²¹⁴⁹ de l'employé à un examen médical ou dentaire de routine ou à une rencontre pour des services professionnels de soins²¹⁵⁰. Lorsque l'employé a droit à des congés payés en vertu des politiques de l'employeur, d'un contrat de travail ou d'une convention collective (vacances annuelles, congés personnels, congés familiaux, congés médicaux, congés de maladie, etc.), l'employé ou l'employeur peut choisir de substituer en totalité ou en partie le congé prévu par le MSNLA pour un tel congé payé, dans la mesure où celui-ci trouve application dans les circonstances²¹⁵¹. Dans les cas où la nécessité de prendre un congé pour obligations familiales en vertu du MSNLA est connue d'avance ou aurait dû l'être, l'employé a l'obligation d'en aviser son employeur au moins 7 jours à l'avance. Dans les cas où la nécessité de prendre un tel congé ne peut ainsi être connue à l'avance, l'avis doit être donné aussitôt que possible compte tenu des circonstances particulières de l'affaire²¹⁵². L'employeur peut exiger que l'employé signe un certificat attestant de la nécessité de prendre le congé demandé²¹⁵³.

Le *Massachusetts Maternity Leave Act*²¹⁵⁴, qui s'applique aux employeurs du Massachusetts qui compte six employés ou plus²¹⁵⁵, accorde aux employées admissibles

98/1, 1998; S.C. MORIEARTY, J.F. ADKINS, L.F. RUBIN, D.J. JACKSON et M.K. HARRISON, *préc.*, note 694, § 14.16. Il a par conséquent le même champ d'application que le FMLA, mais dans les limites géographiques du Massachusetts. C'est en quelque sorte un complément direct au FMLA, tel qu'expressément permis par celui-ci.

²¹⁴⁶ M.G.L. c. 149, § 52D(c). Le congé pris de façon intermittente ne pourra toutefois pas être pris pour des périodes inférieures à une heure : ATTORNEY GENERAL OF MASSACHUSETTS, *préc.*, note 2145.

²¹⁴⁷ M.G.L. c. 149, § 52D(b)(1).

²¹⁴⁸ M.G.L. c. 149, § 52D(b)(2).

²¹⁴⁹ Le « parent âgé » (elderly relative) est un individu âgé d'au moins 60 ans lié à l'employé par le sang ou le mariage, incluant un parent : ATTORNEY GENERAL OF MASSACHUSETTS, *préc.*, note 2145.

²¹⁵⁰ M.G.L. c. 149, § 52D(b)(3).

²¹⁵¹ M.G.L. c. 149, § 52D(c).

²¹⁵² M.G.L. c. 149, § 52D(d).

²¹⁵³ M.G.L. c. 149, § 52D(e). Un modèle de certificat a été élaboré par le bureau de l'Attorney General du Massachusetts. Voir : ATTORNEY GENERAL OF MASSACHUSETTS, *préc.*, note 2145.

²¹⁵⁴ M.G.L. c. 149, § 105D (ci-après « MMLA »).

jusqu'à huit semaines de congé de maternité pour avoir donné naissance à un enfant, avoir adopté un enfant de moins de dix-huit ans ou encore avoir adopté un enfant handicapé physiquement ou mentalement de moins de vingt-trois ans²¹⁵⁶. Pour être admissible à ce congé, une employée doit avoir complété avec succès sa période de probation ou, en l'absence d'une telle formalité, avoir travaillé à temps plein pour le même employeur pour une période d'au moins trois mois consécutifs²¹⁵⁷. Pour prendre son congé, elle doit donner à son employeur un préavis d'au moins deux semaines de la date anticipée de son départ et de son intention de revenir au travail. Ce congé n'a pas à être rémunéré par l'employeur²¹⁵⁸.

À son retour de congé, l'employée a le droit d'être réintégrée dans le poste qu'elle occupait avant son congé, ou dans un poste similaire²¹⁵⁹, avec le même statut, la même paie, les mêmes états de services et la même ancienneté qu'elle détenait au moment de la prise de son congé. Un employeur n'a toutefois pas à réintégrer l'employée si des employés possédant des caractéristiques comparables et occupant les mêmes fonctions ou des fonctions similaires ont été mis à pied pour des motifs économiques alors que l'employée était en congé de maternité²¹⁶⁰.

L'employée qui prend un congé de maternité conserve, le cas échéant, ses droits aux vacances annuelles, aux congés de maladie, aux bonis, aux promotions, à l'ancienneté, aux états de services, aux bénéfices, aux plans ou programmes auxquels elle était admissible au moment où elle a pris son congé de même que les autres avantages liés à son emploi. La durée du congé n'est toutefois pas considérée aux fins du calcul des bénéfices, droits ou avantages. Enfin, l'employeur n'a pas à maintenir les bénéfices, les plans ou les programmes de

²¹⁵⁵ M.G.L. c. 149, § 105D, qui fait référence à la définition d'employeur prévue à M.G.L., c. 151B, § 1(5). Le champ d'application de la MMLA est donc beaucoup plus large que celui du FMLA, qui ne s'applique qu'aux employeurs comptant 50 employés ou plus. Il est toutefois limité aux limites géographiques du Massachusetts.

²¹⁵⁶ M.G.L. c. 149, § 105D.

²¹⁵⁷ M.G.L. c. 149, § 105D.

²¹⁵⁸ À moins qu'il ne s'y soit engagé par contrat ou dans le cadre de ses politiques.

²¹⁵⁹ En cas de mésentente, il appartient à l'employeur de démontrer le caractère « similaire » d'un poste : 804 CMR § 8.01(4).

²¹⁶⁰ M.G.L. c. 149, § 105D.

l'employée pendant son absence, à moins qu'il ne le fasse généralement pour les employés en congé²¹⁶¹.

Une employée admissible à un congé de maternité en vertu du MMLA peut, lorsque les circonstances s'y prêtent, être également admissible à un congé de maternité en vertu du FMLA. Dans ce cas, le nombre de semaines de congé auxquelles elle est admissible ne se cumule pas : les congés sont pris de façon concurrente²¹⁶². Mais des circonstances particulières peuvent donner lieu à des congés successifs. C'est le cas, par exemple, lorsqu'une grossesse à risque entraîne un état de santé sérieux chez l'employée. Celle-ci pourrait alors bénéficier d'un premier congé d'une durée de douze semaines en vertu du FMLA avant l'accouchement, suivi d'un congé de huit semaines en vertu du MMLA après l'accouchement²¹⁶³.

(d) Les autres congés ou absences protégés

Au Massachusetts, la loi oblige l'employeur à payer le salaire de ses employés réguliers pendant les trois premiers jours où ceux-ci doivent s'absenter pour siéger sur un jury ou un grand jury²¹⁶⁴, à moins qu'il ne démontre au tribunal qu'il en résultera pour lui une contrainte financière extrême²¹⁶⁵. Au-delà de trois jours, les jurés sont payés par l'État sur une base *per diem* et les employeurs sont libres de combler l'écart. Un employeur ne peut congédier ou imposer de mesures de représailles à l'endroit d'un employé qui agit à titre de jury ou qui exerce un droit en vertu de la loi²¹⁶⁶. Le non-respect de ces dispositions expose l'employeur à des poursuites civiles et pénales²¹⁶⁷, de même qu'à des accusations d'outrage au tribunal²¹⁶⁸. Pour sa part, la législation fédérale interdit à un employeur de congédier ou d'adopter des mesures de représailles à l'endroit d'un employé qui doit s'absenter pour siéger

²¹⁶¹ M.G.L. c. 149, § 105D.

²¹⁶² 29 CFR § 825.701(a).

²¹⁶³ S.C. MORIEARTY, J.F. ADKINS, L.F. RUBIN, D.J. JACKSON et M.K. HARRISON, *préc.*, note 694, § 14.15.

²¹⁶⁴ M.G.L. c. 234A, § 48.

²¹⁶⁵ M.G.L. c. 234A, § 49 (« upon a showing of extreme financial hardship »).

²¹⁶⁶ M.G.L. c. 268, § 14A; M.G.L. ch. 234A, § 61.

²¹⁶⁷ M.G.L. c. 234A, §§ 60-61.

²¹⁶⁸ M.G.L. c. 268, § 14A.

sur un tel jury, mais n'oblige pas l'employeur à rémunérer ses employés durant cette absence ou une partie de celle-ci²¹⁶⁹.

La législation massachusettsoise prévoit également qu'un salarié réserviste des forces armées qui occupe un poste non temporaire peut s'absenter à des fins de formation militaire pour une durée d'au plus 17 jours par année de calendrier moyennant un préavis à son employeur. Cette absence peut être payée ou non par l'employeur, à son choix. À la fin de l'absence, le salarié pourra réintégrer son poste précédent ou un poste similaire, à la condition qu'il soit toujours qualifié pour le faire. Cette absence ne doit pas porter atteinte au statut de l'employé, à son ancienneté, à son salaire, à ses vacances, à ses congés de maladie, à ses bonis, à sa progression de carrière ou à tout autre avantage lié à son emploi²¹⁷⁰.

Enfin, la loi massachusettsoise prévoit que tout employeur doit autoriser tout employé qui le demande à exercer son droit de vote dans les deux heures qui suivent l'ouverture des bureaux de vote dans la circonscription ou le territoire électoral où l'employé a droit de vote²¹⁷¹.

(4) *Le travail des enfants et l'âge minimal requis pour travailler*

Le travail des enfants au Massachusetts est réglementé à la fois par le FLSA et les *Massachusetts Child Labor Laws*²¹⁷². Lorsque ces lois diffèrent sur un point particulier, ces sont les dispositions les plus strictes et les plus protectrices qui trouvent application²¹⁷³.

Le FLSA fixe à 16 ans l'âge minimum général pour travailler aux États-Unis²¹⁷⁴, à l'exception de certains emplois jugés particulièrement dangereux et pour lesquels l'âge

²¹⁶⁹ 28 U.S.C. § 1875.

²¹⁷⁰ M.G.L. c. 149, § 52A.

²¹⁷¹ M.G.L. c. 149, § 178.

²¹⁷² M.G.L. c. 149, § 53-105.

²¹⁷³ 29 U.S.C. § 218(a); 29 CFR §§ 570.25, 570.37 et 570.50(a); N.P. LAREAU, *préc.*, note 1177, volume 7, chapitre 17, § 179-3; J.L. HIRSCH, *préc.*, note 682, § 1-8 [a].

²¹⁷⁴ 29 U.S.C. § 203(l); 29 CFR § 570.2(a). Bien que l'âge minimal requis pour travailler en vertu de la réglementation adoptée en vertu du FLSA soit officiellement de 16 ans, le Secretary of Labor du United States Department of Labor a abaissé ce seuil à 14 ans en adoptant une réglementation particulière qui encadre le travail des employés âgés entre 14 et 16 ans. Voir : 29 CFR § 570.119.

minimum est fixé à 18 ans²¹⁷⁵. L'emploi de mineurs de 14 ou 15 ans est interdit dans le cadre de certaines occupations alors qu'il est permis dans d'autres²¹⁷⁶. En vertu de cette loi, un mineur de 18 ans ou plus peut occuper n'importe quel emploi, dangereux ou non, sans restrictions quant au nombre d'heures qu'il peut travailler ou quant à son horaire de travail²¹⁷⁷. Un mineur âgé de 16 ou 17 ans n'est soumis à aucune restriction en matière d'horaire ou de nombre d'heures de travail²¹⁷⁸, mais ne peut occuper aucun emploi dangereux²¹⁷⁹. Les emplois qui font l'objet de cette interdiction impliquent l'usage de certaines machines et de certains appareils motorisés, la manipulation de certaines substances, le travail dans le cadre de certains secteurs d'activité et la conduite d'un véhicule moteur ou l'assistance du conducteur d'un tel véhicule²¹⁸⁰. À l'instar du mineur de 16 ou 17 ans, le mineur de 14 ou 15 ans ne peut occuper aucun emploi dangereux²¹⁸¹. Il se voit en outre interdire de travailler dans les secteurs miniers et manufacturiers et d'occuper des emplois dans les secteurs des communications, des services publics, de la construction, de la transformation, du transport et de l'entreposage ou encore des emplois où il pourrait être appelé à travailler avec certaines autres formes de machines ou d'appareils motorisés²¹⁸². Il lui est toutefois permis d'occuper de nombreux emplois dans des établissements de vente au détail ou de restauration et dans des stations-service²¹⁸³.

²¹⁷⁵ 29 U.S.C. § 203(l); 29 CFR § 570.2(a)(ii).

²¹⁷⁶ 29 U.S.C. § 203(l); 29 CFR § 570.2(a)(i). Le secteur agricole fait l'objet de règles particulières qui seront vues ultérieurement. Notre étude se limite en un premier temps aux secteurs non-agricoles.

²¹⁷⁷ 29 U.S.C. § 203(l); 29 CFR § 570.120.

²¹⁷⁸ 29 U.S.C. § 203(l); 29 CFR § 570.2(a)(ii).

²¹⁷⁹ Seules des personnes âgées d'au moins 18 ans peuvent occuper de tels emplois : 29 CFR § 570.2(a)(ii). Un mineur de 16 ou 17 ans peut toutefois occuper certains de ces emplois à titre d'apprenti ou d'étudiant dans le cadre de programmes de formation approuvés: 29 CFR §§ 570.55(c), 570.59(c), 570.61(c)(2), 570.63(c), 570.65(c), 570.67(c) et 570.68(c).

²¹⁸⁰ 29 CFR §§ 570.51-570.68. Cette énumération n'est pas exhaustive. Elle n'a pour but que de donner une idée de la nature des interdictions. Pour plus de précisions, nous référons le lecteur aux dispositions législatives elles-mêmes.

²¹⁸¹ Rappelons que seules des personnes âgées d'au moins 18 ans peuvent occuper de tels emplois : 29 CFR § 570.2(a)(ii).

²¹⁸² 29 CFR § 570.33.

²¹⁸³ 29 CFR § 570.34(a). Certaines fonctions au sein de ces établissements lui sont toutefois expressément interdites: 29 CFR § 570.34(b).

Tout emploi occupé par un mineur de 14 ou 15 ans doit l'être en dehors des heures de fréquentation scolaire et avec les restrictions suivantes quant aux heures et à son horaire de travail :

- Il ne peut travailler plus de 3 heures par jours les journées d'école ou 8 heures par jour les autres journées;
- Il ne peut travailler plus de 18 heures par semaine durant les semaines d'école ou 40 heures par semaine les autres semaines.
- Il ne peut effectuer aucun travail avant 7h00 le matin ou après 7h00 le soir, à l'exception de la période du 7 juin à la Fête du travail, où le travail peut être effectué jusqu'à 9h00 le soir²¹⁸⁴.

Un mineur de moins de 14 ans ne peut occuper un emploi non-agricole couvert par le FLSA²¹⁸⁵. Il peut cependant occuper un emploi exempté de l'application de cette loi²¹⁸⁶, comme la livraison de journaux au consommateur, ou encore un emploi non couvert, comme le gardiennage occasionnel d'enfants ou les travaux résidentiels mineurs²¹⁸⁷.

Des règles particulières s'appliquent dans le secteur agricole en matière de travail des enfants. Ainsi, un mineur de 16 ans et plus peut occuper tout type d'emploi agricole, dangereux²¹⁸⁸ ou non, sans limite quant au nombre d'heure qu'il peut effectuer²¹⁸⁹. Un mineur de 14 ou 15 ans peut occuper un emploi agricole non-dangereux en dehors des heures de

²¹⁸⁴ 29 CFR § 570.35. Des règles particulières sont toutefois prévues pour les mineurs de 14 et 15 ans qui travaillent dans le cadre de certains programmes scolaires approuvés ou exercent certaines fonctions dans le cadre d'événements de sport professionnel : 29 CFR § 570.35a(d); 29 CFR § 570.35(b).

²¹⁸⁵ 29 CFR § 570.119. Il pourra toutefois occuper certains emplois agricoles à certaines conditions.

²¹⁸⁶ Le FLSA prévoit cinq exemptions en matière de travail des enfants: (1) mineurs employés par un parent ou la personne qui en tient lieu (29 U.S.C. § 203(l); 29 CFR § 570.2(a)(2)); (2) mineurs employés dans le domaine de l'agriculture (29 U.S.C. § 213(c)(1)-(2); 29 CFR § 570.2(b)); (3) mineurs employés dans des productions cinématographiques, théâtrales, radiophoniques ou télévisuelles (29 U.S.C. § 213(c)(3); 29 CFR 570.125); (4) mineurs employés à la livraison de journaux aux consommateurs (29 U.S.C. § 213(d)); (5) mineurs travaillant à la maison à la fabrication de couronnes de conifères (29 U.S.C. § 213(d)).

²¹⁸⁷ Rappelons que le FLSA ne s'applique qu'aux employés engagés dans le commerce interétatique et aux employés des entreprises qui emploient des employés qui produisent ou manipulent des biens destinés au commerce interétatique: 29 U.S.C. § 203.

²¹⁸⁸ Les emplois dangereux dans le secteur agricole sont énumérés à 29 CFR § 570.71. Exceptionnellement, certains de ces emplois pourront être occupés par des mineurs de moins de 16 ans dans le cadre de programmes de formation professionnelle : 29 CFR § 570.72.

²¹⁸⁹ 29 U.S.C. § 213(c)(2); 29 CFR § 570(b).

fréquentation scolaire²¹⁹⁰. Un mineur de 12 ou 13 ans peut occuper un emploi agricole non dangereux en dehors des heures de fréquentation scolaire, à la condition que le consentement écrit d'un parent ait été obtenu ou que le mineur travaille sur la même ferme qu'un parent²¹⁹¹. Un mineur de moins de 12 ans peut occuper un emploi agricole non dangereux en dehors des heures de fréquentation scolaire, à la condition que la ferme appartienne ou soit exploitée par un parent ou qu'elle soit une ferme de petite taille non assujettie aux règles relatives au salaire minimum²¹⁹². Enfin, tout mineur, quelque soit son âge, peut occuper tout type d'emploi agricole sur une ferme appartenant ou exploitée par ses parents²¹⁹³.

Le Massachusetts possède sa propre législation en matière de travail des enfants, les *Massachusetts Child Labor Laws*²¹⁹⁴. Cette législation a pour objet de réguler le travail pouvant être effectué par des personnes âgées de moins de 18 ans, également qualifiées indifféremment de mineur²¹⁹⁵ ou d'enfant²¹⁹⁶, selon le cas. Elle apporte des restrictions quant aux types d'emplois que les mineurs peuvent occuper en fonction de leur âge, quant aux heures qu'ils peuvent être appelés à travailler et quant au nombre d'heures qu'ils peuvent accomplir durant une journée ou une semaine de travail. L'objet de cette législation est d'empêcher que des mineurs « soient exposés à des dangers qu'ils ne sont pas en mesure d'évaluer en raison de leur jeune âge et de leur manque d'expérience, de prévoyance et de contrainte »²¹⁹⁷.

En vertu de la loi du Massachusetts, aucune personne de moins de dix-huit ans ne peut être appelée à travailler avec certaines machines ou substances dangereuses, comme pompier ou mécanicien sur un chemin de fer ou un bateau, dans la conduite d'un véhicule automobile ou encore dans un endroit où des boissons alcoolisées sont fabriquées ou vendues²¹⁹⁸. Il est

²¹⁹⁰ 29 U.S.C. §§ 213(c)(1)(C) et 213(c)(2); 29 CFR §§ 570.70(a) et 570.71.

²¹⁹¹ 29 U.S.C. §§ 213(c)(1)(B) et 213(c)(2).

²¹⁹² 29 U.S.C. §§ 213(c)(1)(A), 213(c)(2) et 213(a)(6)(A).

²¹⁹³ 29 U.S.C. §§ 203(l) et 213(c)(2); 29 CFR § 570.70(b).

²¹⁹⁴ M.G.L. c. 149, § 53-105.

²¹⁹⁵ M.G.L. c. 4, § 7, clause 48 (définition de « Minor »).

²¹⁹⁶ M.G.L. c. 149, § 1 (définition de « Child »).

²¹⁹⁷ *In re West*, 313 Mass. 146, 151, 46 (1943); *Bagge's Case*, 5 Mass.App.Ct. 839, 840 (1977).

²¹⁹⁸ M.G.L. c. 149, §§ 62, 64. Cette énumération n'est pas exhaustive. Elle n'a pour but que de donner une idée de la nature des interdictions. Pour plus de précisions, nous référons le lecteur aux dispositions législative elles-

toutefois expressément permis à un mineur de moins de 18 ans de travailler dans les établissements de vente au détail, dans des pharmacies et de conduire certains véhicules moteurs sur une ferme à certaines conditions²¹⁹⁹. Ces règles s'ajoutent aux règles prévues au FLSA en matière de travail des enfants dans la mesure où elles sont plus avantageuses et plus protectrices.

En plus d'être soumis aux règles ci-avant mentionnées, le mineur âgé de moins de 16 ans se voit interdire de travailler dans de nombreux autres contextes et occupations. Ainsi, il ne peut en aucun temps travailler dans ou en lien avec une usine, un atelier, un établissement manufacturier ou un établissement mécanique²²⁰⁰. En outre, il ne peut opérer certaines formes de machineries dangereuses ou travailler dans le cadre de certains secteurs d'activités jugés dangereux²²⁰¹. Le mineur âgé entre 14 et 16 ans peut occuper de nombreux emplois, à la condition d'avoir obtenu un permis de travail du surintendant des écoles²²⁰². Il peut ainsi travailler dans un établissement mercantile²²⁰³, dans un commerce de rue²²⁰⁴, dans le service domestique ou encore sur une ferme²²⁰⁵. Il peut également travailler dans des stations-services et dans le cadre de certains spectacles ou représentations publiques sous certaines conditions²²⁰⁶. Le surintendant des écoles peut toutefois forcer un employeur de cesser d'employer un mineur âgé entre 14 et 16 ans lorsque ce mineur ne rencontre pas son obligation de fréquentation scolaire²²⁰⁷. Le mineur de moins de 14 ans ne peut généralement

mêmes. Des exceptions sont prévues à M.G.L. c. 149, § 62A. L'Attorney General du Massachusetts a également le pouvoir général d'interdire aux personnes de moins de 18 de travailler dans certains secteurs jugés dangereux ou dommageables pour leur santé ou leur morale: M.G.L. c. 149, § 63.

²¹⁹⁹ M.G.L. c. 149, § 62.

²²⁰⁰ M.G.L. c. 149, § 60.

²²⁰¹ M.G.L. c. 149, § 61. Des exceptions sont toutefois prévues à M.G.L. c. 149, § 62A. L'Attorney General du Massachusetts a également le pouvoir général d'interdire aux mineurs de moins de 16 ans de travailler dans des secteurs jugés dangereux ou dommageables pour leur santé ou leur morale: M.G.L. c. 149, § 63.

²²⁰² M.G.L. c. 149, § 86. Les dispositions relatives à l'émission du permis sont : M.G.L. c. 149, §§ 87-89.

²²⁰³ L'expression « établissements mercantiles » (mercantile establishments) est définie à M.G.L. c. 149, § 1 comme « tous locaux utilisés à des fins commerciales à l'achat ou la vente de biens ou de marchandises et tous locaux utilisés pour un restaurant ou afin de préparer et servir des repas en public et tous locaux utilisés en rapport avec des services de nettoyage, de teinture, de lessive, de pressage ou de vêtements. ».

²²⁰⁴ Les « street trades » comprennent entre autres la vente de journaux et le cirage de souliers. Voir : M.G.L. c. 149, § 70-73.

²²⁰⁵ Cette énumération n'est pas limitative.

²²⁰⁶ M.G.L. c. 149, §§ 60, 61 et 104.

²²⁰⁷ M.G.L. c. 149, § 91.

pas travailler pour des établissements commerciaux. Le mineur de plus de 12 ans est toutefois autorisé à travailler dans le cadre des « commerces de la rue » (« *street trades* »)²²⁰⁸ et le mineur de 9 ans et plus peut travailler à la distribution et à la vente de journaux, à la condition que son employeur rencontre certaines exigences²²⁰⁹. Des formalités particulières doivent en outre être accomplies par le mineur de moins de 16 ans qui occupe de tels emplois²²¹⁰.

De façon générale, un mineur ne peut travailler avant 6h00 ou après 22h00²²¹¹. Il ne peut travailler plus de six jours par semaine, plus de quarante-huit heures par semaine et plus de neuf heures par jour. Si le travail est discontinu, il ne peut s'étaler sur plus de douze heures consécutives²²¹². Un mineur de moins de 16 ans ne peut généralement travailler avant 6h30 ou après 19h00. Il peut toutefois travailler jusqu'à 21h00 pendant la période estivale, qui s'étend du 1^{er} juillet à la Fête du travail. À l'instar du mineur âgé de 16 ans ou plus, il ne peut travailler plus de six jours par semaine et plus de quarante huit heures par semaine, mais à la différence de celui-ci, il ne peut travailler plus de huit heures par jour, et si le travail est discontinu, il ne peut s'étaler sur plus de neuf heures consécutives²²¹³. Un mineur de moins de 16 ans qui travaille dans le cadre d'un commerce de rue ne peut travailler avant 6h00 ou après 20h00, ni durant les heures normales de fréquentation scolaire, à moins de détenir un permis du surintendant des écoles²²¹⁴. Enfin, un mineur de moins de 14 ans ne peut être employé sur une ferme pour plus de quatre heures par jour et pour plus de vingt-quatre heures par semaine,

²²⁰⁸ M.G.L. c. 149, § 69 (vente de magazines, périodiques ou autre marchandise, cirage de chaussures ou autre commerce dans la rue ou dans un lieu public).

²²⁰⁹ M.G.L. c. 149, § 69 (remise à l'enfant d'une politique écrite sur les activités et les responsabilités associées au poste; formation et orientation préalable de l'enfant; obtention d'une autorisation écrite des parents).

²²¹⁰ M.G.L. c. 149, §§ 70-72 (preuve d'âge; badge; fréquentation scolaire).

²²¹¹ M.G.L. c. 149, § 66. Cette disposition prévoit toutefois de nombreuses exceptions. Ainsi, un enfant travaillant comme opérateur de téléphone ou de télégraphe peut travailler jusqu'à 23h00. Un enfant âgé de 16 ans et plus peut travailler jusqu'à 23h30 lorsqu'il n'a pas à fréquenter l'école le lendemain; s'il travaille dans un restaurant ou pour une piste de course, il peut travailler jusqu'à minuit. Un établissement qui sert la clientèle jusqu'à 22h00 peut faire travailler un enfant jusqu'à 22h15. Enfin, un enfant qui travaille après 20h00 doit généralement le faire sous la supervision immédiate d'un adulte.

²²¹² M.G.L. c. 149, § 56, 67. Ces règles sont toutefois assorties de très nombreuses exceptions: M.G.L. c. 149, §§ 56, 67 et 68.

²²¹³ M.G.L. c. 149, § 65.

²²¹⁴ M.G.L. c. 149, §§ 69 et 73.

à moins qu'il ne travaille sur une ferme appartenant ou gérée par un parent naturel ou par alliance²²¹⁵.

Les règles relatives au travail des enfants sont très complexes à comprendre et à mettre en application pour les entreprises. En effet, elles résultent de l'effet combiné de la législation fédérale (FLSA) et de la législation étatique (*Massachusetts Child Labor Laws*), ces dernières étant généralement au moins aussi avantageuses et protectrices que la législation fédérale et, par conséquent, n'étant pas « préemptées » par celle-ci. En outre, elles empruntent un style de rédaction très lourd et détaillé, préférant les longues énumérations aux principes généraux.

(5) *Le harcèlement psychologique*

Au Massachusetts, aucune loi ne traitait de la question du harcèlement psychologique en milieu de travail au moment d'écrire ces lignes. En fait, à l'exception du harcèlement criminel – qui relève du droit criminel – seul le harcèlement sexuel fait l'objet de règles particulières en contexte d'emploi. Un projet de loi en matière de harcèlement psychologique était toutefois à l'étude devant la législature du Massachusetts au moment d'écrire ces lignes²²¹⁶. Ce projet de loi prévoit des droits et obligations semblables à ceux que prévoient les dispositions de la L.n.t. en matière de harcèlement psychologique, ainsi que des recours et des remèdes équivalents. À la différence de la législation québécoise, toutefois, ce projet de loi prévoit également des recours contre les employés fautifs.

(6) *Le préavis de fermeture d'usine ou de mise à pied massive*

Le *Worker Adjustment and Retraining Notification Act*²²¹⁷ a été adopté en 1988 en réponse à une vague importante de fermetures et de relocalisations d'entreprises aux États-Unis au cours des années 1970 et 1980. Son objectif consiste à minimiser les conséquences

²²¹⁵ M.G.L. c. 149, § 56.

²²¹⁶ *An Act addressing workplace bullying, mobbing, and harassment, without regard to protected class status*, Bill H.1766 (référé au Joint Committee on Labor and Workforce Development pour une audition le 26 juin 2013, 10h00). Voir : <http://www.malegislature.gov/Document/Bill/188/House/H1766.pdf> (consulté le 19 mai 2013). Ce projet fait suite à un projet de loi mort au feuilleton lors de la session précédente: *An Act addressing workplace bullying, mobbing and harassment, without regard to protected class status*, Bill House no 2310 Voir : <http://www.malegislature.gov/Bills/PDF?billId=12807&generalCourtId=1>.

²²¹⁷ 29 U.S.C. §§ 2101-2109 (ci-après le « WARN Act »).

négligentes des licenciements collectifs et des mises à pied de longue durée sur les employés et les collectivités locales en obligeant l'employeur à donner un préavis de ses intentions aux employés, à leur syndicat et aux autorités étatique et locale compétentes. Ce faisant, les travailleurs et les communautés disposent d'une certaine période de temps pour mieux se préparer à faire face à l'adversité en recourant, par exemple, à des programmes de formation offerts par l'État, ou encore, en entreprenant des démarches aux fins d'attirer un nouvel employeur dans la région²²¹⁸.

La couverture du WARN Act est plus limitée que celle de la plupart des lois de l'emploi²²¹⁹. Ainsi, cette loi ne s'applique qu'aux employeurs qui comptent 100 employés ou plus, exclusion faite des employés à temps partiel²²²⁰, ou encore aux employeurs qui comptent 100 employés ou plus, à temps plein ou à temps partiel, qui travaillent collectivement au moins 4000 heures par semaine, sans compter les heures supplémentaires²²²¹. Les employés à temps partiel sont ceux qui travaillent en moyenne moins de 20 heures par semaine ou ceux qui ont travaillé moins de 6 mois au cours des 12 mois précédant la date où le préavis est requis²²²². L'employeur qui n'est pas couvert par le WARN Act n'a pas l'obligation d'en respecter les termes, mais il est fortement encouragé à le faire, dans la mesure où cela s'avère possible²²²³.

Le WARN Act oblige l'employeur couvert à transmettre un préavis écrit de 60 jours aux employés affectés par une « perte d'emploi » qui survient dans le cadre d'une « fermeture d'usine » ou d'une « mise à pied massive »²²²⁴. Ce préavis doit également être transmis à la *State Rapid Response Dislocated Worker Unit*²²²⁵ et au chef du gouvernement local concerné.

²²¹⁸ 20 CFR § 639.1(a); R.A. BALES, J.M. HIRSCH et P.M. SECUNDA, *préc.*, note 447, § 13.03, p. 187 et 188.

²²¹⁹ R.A. BALES, J.M. HIRSCH et P.M. SECUNDA, *préc.*, note 447, § 13.03 [A], p. 188.

²²²⁰ Bien que les employés à temps partiel soient exclus de cette méthode de calcul, ces derniers ont néanmoins droit au préavis s'ils sont affectés par une fermeture d'usine ou une mise à pied massive et que l'employeur est par ailleurs couvert par le WARN Act. En effet, leur exclusion ne vaut que pour la méthode de calcul aux fins de juger de l'applicabilité du WARN Act à l'employeur : 29 U.S.C. § 2101(a)(5).

²²²¹ 29 U.S.C. § 2101(a)(1) ; 20 CFR § 639.3(a) (définition de « employeur »).

²²²² 29 U.S.C. § 2101(a)(8) ; 20 CFR § 639.3(h) (définition de « employé à temps partiel »).

²²²³ 29 U.S.C. § 2106; 20 CFR § 639.1(c).

²²²⁴ 20 CFR § 639.2.

²²²⁵ U.S. DEPARTMENT OF LABOR, EMPLOYMENT AND TRAINING ADMINISTRATION, *The Worker Adjustment and Retraining Notification Act : Employer's Guide to Advance Notice of Closings and Layoffs*, July

Dans le cas d'une entreprise syndiquée, le préavis doit être transmis au syndicat plutôt qu'aux salariés eux-mêmes²²²⁶. Le préavis doit être fait par écrit et son contenu varie selon le destinataire²²²⁷. Le WARN Act ne prévoit pas formellement la possibilité pour l'employeur de remplacer ce préavis par une indemnité²²²⁸.

Le WARN Act définit la « perte d'emploi » comme une « *fin d'emploi autre qu'une démission, un départ à la retraite ou un congédiement pour cause, une mise à pied de plus de 6 mois ou une réduction du nombre d'heures travaillées de plus de 50% pour chaque mois d'une période de 6 mois* »²²²⁹. Ne constituent toutefois pas des « pertes d'emploi » au sens du WARN Act celles qui surviennent dans le cadre d'une relocalisation ou d'une réorganisation d'entreprise et où l'employeur a offert à l'employé un transfert dans un établissement situé à une « distance de déplacement raisonnable » (« *reasonable commuting distance* »), ou encore, où l'employé a accepté un transfert dans un autre établissement de l'employeur, quelle qu'en soit la distance, dans les 30 jours de l'offre de transfert ou de la fermeture/mise à pied massive, dans la mesure où l'interruption de l'emploi ne dépasse pas 6 mois²²³⁰. Il définit la « fermeture d'usine » comme la « *fermeture permanente ou temporaire d'un établissement ou d'une partie d'un établissement qui occasionne une perte d'emploi pour 50 employés à temps plein ou plus sur une période de 30 jours* »²²³¹, et la « mise à pied massive » comme une « *réduction de la main-d'œuvre d'un établissement qui ne constitue pas une fermeture d'entreprise et qui occasionne une perte d'emploi, sur une période de 30 jours, pour au moins 500 employés à temps plein, ou pour 50 employés à temps plein ou plus représentant au moins 33% des employés à temps plein* »²²³². Toutefois, le WARN Act prévoit que des pertes

2003, p. 9. Au Massachusetts, l'avis doit être transmis au *Statewide Rapid Response Manager* de la *Massachusetts Division of Career Services* : http://www.doleta.gov/layoff/rapid_coord.cfm#Massachusetts .

²²²⁶ 29 U.S.C. § 2102(a); 20 CFR § 639.6.

²²²⁷ 20 CFR § 639.7.

²²²⁸ Il semble toutefois que cette éventualité serait possible en pratique, puisque le WARN Act prévoit que l'employeur qui omet de donner le préavis requis au gouvernement local mais qui paie aux employés affectés les sommes qui leur sont dues (i.e. le salaire et les avantages perdus jusqu'à concurrence de 60 jours) dans les trois semaines qui suivent la fermeture de l'usine ou la mise à pied massive est dispensé de payer l'amende qu'il devrait normalement payer au gouvernement local en raison de l'absence de préavis : 29 U.S.C. § 2104(a)(3).

²²²⁹ 29 U.S.C. § 2101(a)(6) ; 20 CFR § 639.3(f).

²²³⁰ 29 U.S.C. § 2101(b)(2).; 20 CFR §§ 639.3(f)(3) et 639.5(b).

²²³¹ 29 U.S.C. § 2101(a)(2) ; 20 CFR § 639.3(b).

²²³² 29 U.S.C. § 2101(a)(3) ; 20 CFR § 639.3(c).

d'emploi qui affectent différents groupes de travailleurs au sein d'un même établissement au cours d'une même période de 90 jours et qui, lorsque considérées de façon isolée, ne rencontrent pas les seuils de perte d'emploi prévus aux définitions de « fermeture d'usine » ou de « mise à pied massive », constituent néanmoins une « fermeture d'usine » ou une « mise à pied massive » au sens du WARN Act, selon le cas, lorsque, considérées de façon combinées (« *in aggregate* »), elles rencontrent ces seuils. L'employeur peut cependant éviter ce résultat s'il démontre que les pertes d'emploi résultent d'actions et de causes distinctes et séparées et ne constituent pas une tentative d'éluder la loi²²³³.

Certaines situations sont toutefois soumises à des assouplissements. Ainsi, un employeur peut ordonner une fermeture d'usine avec un préavis d'une durée inférieure à 60 jours s'il croit raisonnablement et sincèrement qu'un préavis d'une telle durée empêcherait l'obtention d'un financement ou de contrats qui auraient permis à l'employeur d'éviter ou de repousser la fermeture (« *faltering company exception* »)²²³⁴. De même, un employeur peut procéder à une fermeture d'usine ou à une mise à pied massive avant l'expiration du délai normal de 60 jours en raison de circonstances d'affaires qui étaient imprévisibles au moment où l'avis a été donné (« *unforeseen business circumstances exception* »)²²³⁵. Enfin, un employeur peut ordonner une fermeture d'usine ou des mises-à-pied massives sans préavis, lorsqu'un désastre naturel l'empêche de donner un tel préavis (« *natural disaster exception* »)²²³⁶. Dans tous ces cas, toutefois, l'employeur a l'obligation de transmettre le préavis dès que possible (« *as much notice as is practicable* »), voire après le fait, et doit déclarer la raison qui justifie la tardivité de celui-ci²²³⁷.

De plus, le WARN Act ne s'applique pas aux cas de grève ou de lock-out²²³⁸ ou aux cas de fermeture d'un établissement temporaire ou de fermeture ou de mise à pied massive qui résulte du caractère temporaire du projet ou de l'entreprise pour laquelle les employés ont été

²²³³ 29 U.S.C. § 2102(d); 20 CFR § 639.5(a)(ii).

²²³⁴ 29 U.S.C. § 2102(b)(1); 20 CFR § 639.9(a).

²²³⁵ 29 U.S.C. § 2102(b)(2)(A); 20 CFR § 639.9(b).

²²³⁶ 29 U.S.C. § 2102(b)(2)(B); 20 CFR § 639.9(c).

²²³⁷ 29 U.S.C. § 2102(b)(3); 20 CFR § 639.9.

²²³⁸ 29 U.S.C. § 2103(2); 20 CFR § 639.5(d).

embauchés, à la condition que ceux-ci aient été embauchés en toute connaissance de cause de ce caractère temporaire²²³⁹.

Enfin, le WARN Act prévoit que lorsqu'une fermeture d'usine ou une mise à pied massive survient à l'occasion d'une vente d'entreprise, le vendeur est responsable de donner le préavis pour les pertes d'emploi qui surviennent avant la date prévue pour le transfert de propriété, tandis que l'acheteur est responsable de donner le préavis pour les pertes d'emploi qui surviennent après la date prévue pour le transfert de propriété. De plus, les employés de l'entreprise du vendeur deviennent automatiquement les employés de l'entreprise de l'acheteur aux fins de l'application du WARN Act²²⁴⁰. Par conséquent, une clause de terminaison technique d'emploi au moment du transfert de la propriété de l'entreprise ne déclenche pas l'application du WARN Act à l'endroit des employés qui, dans les faits, continuent de travailler pour l'acheteur après la transaction.

Aucune autorité gouvernementale n'est chargée de veiller à l'application du WARN Act en tant que tel. Celui-ci est plutôt appliqué par les tribunaux par l'intermédiaire des recours que les employés, leurs représentants (incluant les syndicats) et les gouvernements locaux entreprennent à l'encontre des employeurs fautifs²²⁴¹. Le *Department of Labor*, par le biais de la *Employment and Training Administration (ETA)*, est responsable d'adopter les règlements nécessaires à la mise en œuvre du WARN Act, incluant des règlements de nature interprétative²²⁴², mais il n'assume aucune autre responsabilité que celle d'aider à leur compréhension et de procéder à leur révision de temps à autre²²⁴³.

L'employeur qui ordonne une mise à pied massive ou la fermeture d'un établissement sans transmettre l'avis requis par le WARN Act est responsable envers les employés affectés du salaire et des avantages sociaux perdus jusqu'à concurrence de 60 jours²²⁴⁴. Le salaire gagné par le salarié, les sommes payées inconditionnellement et volontairement au salarié par

²²³⁹ 29 U.S.C. § 2103(1); 20 CFR § 639.5(c).

²²⁴⁰ 29 U.S.C. § 2101(b)(1); 20 CFR § 639.4(c).

²²⁴¹ 20 CFR § 639.1(d).

²²⁴² 29 U.S.C. § 2107(a).

²²⁴³ 20 CFR § 639.1(d).

²²⁴⁴ 29 U.S.C. § 2104(a)(1).

l'employeur et les sommes payées par l'employeur à un tiers au bénéfice du salarié pendant cette période doivent toutefois être déduits de toute somme due par l'employeur²²⁴⁵. Le gouvernement local impliqué, de son côté, peut réclamer à l'employeur fautif le paiement d'une peine civile (« civil penalty ») pouvant aller jusqu'à 500\$ par jour où l'employeur est en défaut de donner l'avis requis par le WARN Act – jusqu'à un maximum de 60 jours – à moins que celui-ci ne paie les sommes dues aux salariés affectés au cours des trois semaines qui suivent la fermeture d'usine ou la mise à pied massive, selon le cas²²⁴⁶. Cette somme est payable au Trésor américain²²⁴⁷. Outre les sommes évoquées ci-avant, l'employeur peut être condamné à payer aux salariés affectés ou au gouvernement local concerné les frais raisonnables d'avocats engagés dans le cadre d'une poursuite intentée en vertu du WARN Act²²⁴⁸. Il peut toutefois faire réduire l'indemnité ou la pénalité qu'il devrait normalement payer s'il démontre à la satisfaction du tribunal qu'il était de bonne foi et qu'il avait des motifs raisonnables de croire qu'il ne contrevenait pas aux dispositions du WARN Act²²⁴⁹.

Toute somme due par un employeur à des salariés affectés ou à un gouvernement local en vertu du WARN Act ne peut être réclamée que dans le cadre d'un recours intenté devant une Cour de district des États-Unis située dans l'un ou l'autre des districts où l'employeur a contrevenu à la loi²²⁵⁰. Enfin, notons que les droits et les recours conférés par le WARN Act n'ont pas pour effet de priver les employés des droits et recours qu'ils possèdent en vertu d'un contrat ou d'une autre loi, sous réserve que la durée du préavis requis par le WARN Act doit cependant être calculée de façon concurrente à tout préavis exigé par un contrat ou une autre loi²²⁵¹.

La législation du Massachusetts prévoit des règles non-contraignantes en matière de préavis de licenciement collectif²²⁵². En vertu de celles-ci, l'employeur s'engage à faire un

²²⁴⁵ 29 U.S.C. § 2104(a)(2).

²²⁴⁶ 29 U.S.C. § 2104(a)(3).

²²⁴⁷ J.L. HIRSCH, *préc.*, note 682, § 21-1(e).

²²⁴⁸ 29 U.S.C. § 2104(a)(6).

²²⁴⁹ 29 U.S.C. § 2104(a)(4).

²²⁵⁰ 29 U.S.C. § 2104(a)(5).

²²⁵¹ 29 U.S.C. §§ 2105 et 2108; 20 CFR § 639.1(g).

²²⁵² M.G.L., c. 149, §182. L'expression utilisée par le texte de loi est « voluntary standards of corporate behavior », qu'on pourrait traduire par « normes volontaires de bonne gouvernance corporative ».

effort de bonne foi afin d'assurer aux travailleurs la meilleure combinaison de préavis, de salaire et de couverture d'assurance en cas de fermeture totale ou partielle d'un établissement. Aucune durée minimale de préavis n'est prévue, mais la loi stipule que l'employeur doit fournir un préavis minimal de 90 jours ou des bénéfices équivalents dans la mesure du possible. Les employeurs qui sont financés, assurés ou subventionnés par une agence quasi-publique de l'État du Massachusetts sont toutefois requis de se soumettre à ces règles sur une base contractuelle²²⁵³.

(7) *La mise en œuvre des normes du travail*

Aux États-Unis, c'est le *Secretary of Labor* qui est responsable d'assurer la mise en œuvre des normes du travail prévues au FLSA²²⁵⁴ et au FMLA²²⁵⁵, et ce, par la biais de la *Wage and Hour Division* (ci-après « WHD » ou « division », selon le cas). Toutefois, les dispositions du FMLA étant calquées sur celles du FLSA, nous limiterons notre étude aux dispositions du FLSA²²⁵⁶.

Le FLSA accorde de larges pouvoirs d'enquête à la WHD²²⁵⁷. Elle oblige également les employeurs à tenir des dossiers relatifs à l'application de la loi, notamment en matière de salaires payés et d'heures travaillées²²⁵⁸. Les inspections chez les employeurs sont tenues suite au dépôt d'une plainte ou à l'initiative de la WHD. Elles sont effectuées par un inspecteur de la division, qui peut examiner les dossiers de l'employeur, en prendre copie et interroger les employés en privé. Les résultats de l'enquête sont transmis à l'employeur une fois celle-ci terminée. Si des contraventions ont été constatées²²⁵⁹, l'inspecteur demandera à l'employeur de les corriger, et si des sommes d'argent sont dues aux salariés en vertu des règles relatives au salaire minimum ou au temps supplémentaire, il lui demandera de les payer. Si l'employeur ne se conforme pas aux demandes de l'inspecteur, différents recours sont alors disponibles.

²²⁵³ *Id.*; J.L. HIRSCH, *préc.*, note 682, § 21-2.

²²⁵⁴ 29 U.S.C. §§ 204(a), 211 et 212.

²²⁵⁵ 29 U.S.C. §§ 2611(10), 2616 et 2617; 29 CFR §§ 825.400 et suiv.

²²⁵⁶ Pour plus de détails sur la mise en œuvre du FMLA, voir : R.A. BALES, J.M. HIRSCH et P.M. SECUNDA, *préc.*, note 447, § 12.04 [E], p. 175-177. Voir également: 29 CFR §§825.400-825.404.

²²⁵⁷ 29 U.S.C. § 211.

²²⁵⁸ 29 U.S.C. § 211(c).

²²⁵⁹ 29 U.S.C. § 215.

Les recours prévus par le FLSA se prescrivent par une durée de deux (2) ans, trois (3) ans dans les cas de violation intentionnelle²²⁶⁰.

La WHD peut intenter une poursuite devant les tribunaux compétents au nom du salarié (qu'il ait porté plainte ou non) afin d'obtenir le remboursement des sommes dues en vertu des règles relatives au salaire minimum ou au temps supplémentaire. Une somme équivalente à ces sommes (i.e. le double des dommages) peut être réclamée à titre de dommages liquidés (« liquidated damages »). Les sommes obtenues dans le cadre d'un tel recours doivent être versées au salarié concerné²²⁶¹. La WHD peut également s'adresser à la *District Court* compétente afin d'obtenir une injonction contre l'employeur qui contrevient à la loi en matière de salaire minimum, de temps supplémentaire ou de travail des enfants²²⁶². Enfin, la WHD peut intenter des poursuites contre l'employeur afin que celui-ci soit condamné à des peines monétaires civiles (« *civil money penalties* »)²²⁶³ ou à des peines criminelles, incluant les amendes et l'emprisonnement²²⁶⁴.

Quatre-vingt-dix jours après avoir déposé une plainte auprès de la WHD (ou avant cette date, avec l'autorisation de la WHD), le salarié peut intenter une action contre l'employeur en son propre nom (i.e. droit de poursuite privée) devant un tribunal fédéral ou étatique compétent afin d'obtenir le remboursement des sommes dues en vertu des règles relatives au salaire minimum ou au temps supplémentaire. À l'instar de la WHD, il peut réclamer une somme équivalente à ces sommes (i.e. le double) à titre de dommages liquidés. Il peut en outre demander que l'employeur lui rembourse ses honoraires d'avocats et coûts judiciaires. Le droit à un tel recours privé n'est toutefois possible que dans la mesure où la division n'intente pas elle-même un recours contre l'employeur²²⁶⁵.

Enfin, l'employeur qui congédie ou adopte des mesures de représailles à l'endroit d'un salarié parce que ce dernier a exercé un droit prévu par le FLSA peut être poursuivi en justice

²²⁶⁰ 29 U.S.C. § 255(a).

²²⁶¹ 29 U.S.C. § 216(c).

²²⁶² 29 U.S.C. § 217.

²²⁶³ 29 U.S.C. § 216(e).

²²⁶⁴ 29 U.S.C. § 216(a).

²²⁶⁵ 29 U.S.C. § 216(b).

par l'employé ou par la WHD au nom du salarié. Il s'expose alors à toute « mesure de réparation légale ou équitable appropriée » (« *legal or equitable relief as may be appropriate* »), incluant l'attribution d'un emploi, la réintégration, la promotion, le paiement du salaire perdu et une somme équivalente additionnelle à titre de dommages liquidés²²⁶⁶.

Contrairement au FLSA et au FMLA, le WARN Act ne confère qu'un droit d'action privé aux salariés, aux syndicats et aux gouvernements locaux dont les droits sont brimés²²⁶⁷. En effet, le *Department of Labor* ne peut intenter aucune action au nom de ceux-ci²²⁶⁸. Ces recours doivent être présentés devant les tribunaux judiciaires fédéraux ou étatiques compétents. Les mesures de réparation disponibles sont le salaire et les avantages dûs jusqu'à concurrence d'une période de 60 jours (soit la période de temps au cours de laquelle le salarié aurait été appelé à travailler si l'employeur avait donné le préavis requis) de même que les frais d'avocat²²⁶⁹. Le salaire et les sommes d'argent que l'employeur a versés au salarié au cours de cette période doivent toutefois être déduites des sommes réclamées²²⁷⁰. Enfin, l'employeur qui omet de donner aux autorités gouvernementales concernées le préavis requis par le WARN Act est passible d'une pénalité civile de 500\$ par jour²²⁷¹.

Au niveau étatique, c'est la *Fair Labor Division* du *Attorney General's Office* (ci-après « AGO ») du Massachusetts qui est chargé de l'application et de la mise en œuvre des « *Wage and Hour Laws* »²²⁷², parmi lesquelles on compte la *Massachusetts Minimum Fair Wage Law*²²⁷³, le *Massachusetts Wage Protection Act*²²⁷⁴, les *Massachusetts Child Labor Laws*²²⁷⁵,

²²⁶⁶ *Id.* Pour plus de détails sur la mise en œuvre du FLSA, voir : R.A. BALES, J.M. HIRSCH et P.M. SECUNDA, *préc.*, note 447, § 12.02 [F], p. 160-161.

²²⁶⁷ 29 U.S.C. §§ 2104(a)(1), 2104(a)(5) et 2104(a)(7); 20 CFR §639.1(d).

²²⁶⁸ 29 CFR § 639.1(d).

²²⁶⁹ 29 U.S.C. §§ 2104(a)(1) et 2104(a)(6).

²²⁷⁰ 29 U.S.C. § 2104(a)(2).

²²⁷¹ 29 U.S.C. § 2104(a)(3). Pour plus de détails sur la mise en œuvre du WARN Act, voir : R.A. BALES, J.M. HIRSCH et P.M. SECUNDA, *préc.*, note 447, § 12.03 [C], p. 192-193.

²²⁷² ATTORNEY GENERAL OF MASSACHUSETTS, *The Official Website of the Attorney General of Massachusetts*, en ligne : <http://www.mass.gov/ago/bureaus/business-and-labor/the-fair-labor-division/> (consulté le 10 août 2013).

²²⁷³ M.G.L., c. 151, §§ 1-22.

²²⁷⁴ M.G.L. c. 149, § 148.

²²⁷⁵ M.G.L. c. 149, § 53-105.

les *Massachusetts Blue Laws*²²⁷⁶ et le *Massachusetts Small Necessities Leave Act*²²⁷⁷. Aux fins de l'application de ces lois, le AGO possède de larges pouvoirs d'enquête, qui sont normalement exercés suite au dépôt d'une plainte par un salarié. Lorsque l'enquête révèle que des contraventions à la loi ont été commises, le AGO peut tenter des poursuites criminelles (« *criminal charges* ») ou civiles (« *civil citations* ») contre l'employeur concerné. Ces dernières peuvent inclure une demande d'injonction, la réclamation du salaire dû au ou aux salariés et la condamnation à des pénalités monétaires de nature civile pouvant aller jusqu'à 25,000\$²²⁷⁸. En outre, dans de nombreux cas, la loi confère au salarié un droit de poursuite privé contre son employeur²²⁷⁹. Pour disposer d'un tel recours, toutefois, le salarié doit déposer une plainte auprès du AGO et attendre l'expiration d'un délai de 90 jours, à moins d'être autorisé par le AGO à agir à l'intérieur de ce délai²²⁸⁰. Dans le cadre d'un tel recours, le salarié peut réclamer à l'employeur le triple des dommages subis (« *treble damages* »), les frais d'avocats et les coûts du litige²²⁸¹. Selon le montant réclamé, la poursuite devra être intentée devant la *Small Claims Court*, la *District Court* ou la *Superior Court* du Massachusetts. Les recours fondés sur le non-respect des dispositions en matière de salaire minimum ou de temps supplémentaire doivent être intentés dans les 2 ans de la violation²²⁸², tandis que les recours fondés sur le non respect des règles en matière de paiement du salaire, de paiement du pourboire, de pratique interdite, de tenue de dossier et les recours fondés sur le SNLA doivent quant à eux être intentés dans les 3 ans de la violation²²⁸³.

²²⁷⁶ M.G.L. c. 136, §§ 1-16

²²⁷⁷ M.G.L. c. 149, § 52D.

²²⁷⁸ M.G.L. c. 149, § 27C.

²²⁷⁹ C'est le cas, par exemple, des poursuites intentées en vertu des dispositions relatives au salaire minimum (M.G.L., c. 151, §§ 1, 2 et 7), au paiement du salaire (M.G.L., c. 149, § 148), au paiement du pourboire (M.G.L., c. 149, §152A), au temps supplémentaire (M.G.L., c. 151, §1A), aux pauses-repas (M.G.L., c. 149, §§ 100 et 101 et au statut de travailleur autonome (M.G.L., c. 149, §148B). Voir : ATTORNEY GENERAL OF MASSACHUSETTS, *The Official Website of the Attorney General of Massachusetts*, en ligne : <http://www.mass.gov/ago/doing-business-in-massachusetts/labor-laws-and-public-construction/wage-and-hour/private-right-to-sue.html> (consulté le 10 août 2013).

²²⁸⁰ ATTORNEY GENERAL OF MASSACHUSETTS, *préc.*, note 2279. Le dépôt d'une plainte n'est toutefois pas nécessaire en cas de violation des articles 1B et 20 de M.G.L., c. 151.

²²⁸¹ M.G.L. c. 149, §§ 27, 27F, 27G, 27H, 33E, 52D, 148, 148A, 148B, 150, 150C, 152, 152A, 159C et M.G.L., c. 151, §§ 1B, 19 et 20; ATTORNEY GENERAL OF MASSACHUSETTS, *préc.*, note 2279.

²²⁸² M.G.L. c. 151, § 20A.

²²⁸³ M.G.L. c. 149, §§ 150.

b) La santé et la sécurité au travail

La législation en matière de santé et de sécurité au travail est très certainement l'une des plus ancienne dans le domaine du travail aux États-Unis. En effet, de nombreux États fédérés américains ont adopté une telle législation au cours des années 1800. À compter des années 1960, toutefois, le taux d'accident du travail a connu une hausse importante aux États-Unis et le législateur fédéral a décidé d'intervenir afin de remédier à la situation. C'est dans ce contexte qu'a été adopté en 1970 le *Occupational Safety and Health Act*²²⁸⁴.

Le OSH Act impose à l'employeur un devoir général de maintenir un environnement de travail sécuritaire et permet au Department of Labor d'imposer des normes minimales en matière de santé et sécurité. Comme nous aurons l'occasion de le voir, le OSH Act a un effet de préemption important à l'endroit de la législation étatique. Il autorise toutefois les états fédérés qui le souhaitent à adopter leur propre programme de santé et sécurité au travail et à jouer un rôle actif dans l'application de la loi.

Le OSH Act s'applique à la quasi-totalité des employeurs du secteur privé aux États-Unis, de même qu'à leurs employés²²⁸⁵. En effet, les tribunaux ont interprété de façon très large le champ d'application de cette loi, qui s'applique en somme à tout employeur qui exploite une entreprise qui affecte le commerce et qui emploie au moins un employé au sens de la loi, à l'exception des employeurs gouvernementaux²²⁸⁶. Notons toutefois que certains employés sont expressément exclus de l'application du OSH Act²²⁸⁷.

Quatre autorités distinctes sont chargées d'administrer et d'appliquer le OSH Act. La première est la *Occupational Safety and Health Administration* (ci-après « OSHA »), qui fait

²²⁸⁴ 29 U.S.C. § 651 et ss. (ci-après « OSH Act »), également appelé le *Williams-Steiger Act*.

²²⁸⁵ R.A. BALES, J.M. HIRSCH et P.M. SECUNDA, *préc.*, note 447, § 15.02 [A], p. 234. Pour plus de détails sur la question de la couverture du OSH Act, voir: *Coverage of Employers under the Williams-Steiger Occupational Safety and Health Act of 1970*, 29 CFR part 1975.

²²⁸⁶ Le OSH Act définit le terme « employeur » comme « une personne qui exploite une entreprise qui affecte le commerce et qui a des employés, à l'exception des États-Unis d'Amérique, des États fédérés ou d'une subdivision politique d'un État » : 29 U.S.C. § 652(5). Le terme « employé », quant à lui, est défini comme « un employé d'un employeur qui est employé dans une entreprise de son employeur qui affecte le commerce » : 29 U.S.C. § 652(6).

²²⁸⁷ C'est le cas, par exemple, des travailleurs indépendants, des employés couverts par un autre régime fédéral (par exemple, celui de la *Mine Safety and Health Administration* ou de la *Federal Aviation Administration*)(29 U.S.C. § 653(b)) et des employés de certaines fermes (Pub. L. No. 95-480, 92 Stat. 1567 (1979)).

partie intégrante du *Department of Labor* (ci-après « DOL ») du gouvernement fédéral. Ses principales fonctions consistent à promouvoir les règles de santé et de sécurité, mener les inspections dans les milieux de travail et intenter les poursuites contre les contrevenants²²⁸⁸. La deuxième autorité est le *National Institute for Occupational Safety and Health* (ci-après « NIOSH »), qui relève du *Department of Health and Human Services* (ci-après « DHHS »), aussi du gouvernement fédéral. Ses principales fonctions consistent à faire de la recherche et à proposer de nouvelles règles et normes de sécurité à la OSH Administration²²⁸⁹. La troisième autorité est la *Occupational Safety and Health Review Commission* (ci-après « OSHRC »). Indépendante, elle possède des fonctions en matière de poursuite et en matière d'adjudication : les avocats de l'OSHRC intendent des poursuites en première instance contre les employeurs fautifs au nom de la OSHA devant les juges administratifs (« ALJ ») de l'OSHRC, dont la décision est susceptible d'appel devant un banc de trois commissaires de l'OSHRC²²⁹⁰. Enfin, la quatrième autorité est la *National Advisory Committee on Occupational Safety and Health* (ci-après « NACOSH »). Également indépendante, cette autorité a pour fonctions de conseiller le DOL et le DHHS en matière d'évaluation des règles et des normes de santé-sécurité. Ses membres sont composés de représentants des employeurs, de représentants des travailleurs, d'experts en santé-sécurité et de membres du public²²⁹¹.

Le OSH Act impose à l'employeur un devoir général de fournir à ses employés « un emploi et un milieu de travail qui sont libres de dangers reconnus qui causent ou qui sont susceptibles de causer la mort ou des lésions corporelles graves »²²⁹². Il impose également à l'employeur de respecter les normes réglementaires adoptées par la OSHA²²⁹³. Enfin, le OSH Act impose à l'employeur d'afficher certains avis, de tenir certains livres et registres²²⁹⁴ et de permettre la tenue des inspections et des enquêtes relatives à l'application de la loi²²⁹⁵. Le OSH Act impose expressément aux employés de respecter les normes de santé et de sécurité

²²⁸⁸ R.A. BALES, J.M. HIRSCH et P.M. SECUNDA, *préc.*, note 447, § 15.02 [B], p. 234.

²²⁸⁹ 29 U.S.C. § 671.

²²⁹⁰ 29 U.S.C. § 661. Le quorum minimal est toutefois de deux commissaires.

²²⁹¹ 29 U.S.C. § 656.

²²⁹² 29 U.S.C. § 654(a)(1).

²²⁹³ 29 U.S.C. § 654(a)(2).

²²⁹⁴ 29 CFR part 1903.

²²⁹⁵ 29 U.S.C. § 657(c); 29 CFR part 1904.

au travail, de même que toutes les règles, règlements et les ordonnances rendues en vertu OSH Act qui leur sont applicables²²⁹⁶. Les tribunaux ont cependant jugé que le OSH Act n'était pas susceptible d'application forcée envers les employés²²⁹⁷. En pratique, donc, le OSH Act est une loi qui ne s'applique qu'aux employeurs²²⁹⁸.

Le OSH Act donne autorité à la OSHA pour adopter des normes (« standards ») en matière de santé et sécurité au travail selon un procédure très précise et très détaillée²²⁹⁹. Le nombre de normes à avoir ainsi été adoptées par la OSHA est très important. Ainsi, ces normes tiendraient dans cinq volumes et totaliseraient mille pages²³⁰⁰. Il va de soi que nous ne pouvons étudier l'ensemble de ces normes en détail. Cela déborderait largement les objectifs du présent document. Nous pouvons toutefois affirmer que ces normes sont subdivisées en quatre catégories, soit l'industrie en général²³⁰¹, l'industrie maritime²³⁰², l'industrie de la construction²³⁰³ et l'industrie agricole²³⁰⁴ et qu'elles abordent de nombreuses questions, dont les suivantes : la communication des risques, l'utilisation et la conservation de matières dangereuses, les dangers liés aux installations électriques, l'ergonomie, les pathogènes d'origine sanguine, les espaces confinés, les dispositifs de verrouillage des machines et équipements, les outils, l'équipement de protection individuelle, les installations sanitaires, l'alimentation en eau, la gestion des déchets, la sécurisation des surfaces de travail, les mesures de prévention contre les incendies, les plans d'urgence et les plans d'évacuation, les premiers soins et les soins médicaux d'urgence, la violence au travail, la qualité de l'air, la ventilation et le chauffage²³⁰⁵.

²²⁹⁶ 29 U.S.C. § 654(b).

²²⁹⁷ *Atlantic & Gulf Stevedores v. OSHA*, 534 F.2d 541 (3d Cir. 1976) at 554.

²²⁹⁸ J.L. HIRSCH, *préc.*, note 682, § 3-1 [c].

²²⁹⁹ 29 U.S.C. § 655. La procédure d'adoption diffère selon la norme adoptée est une norme intérimaire, une norme temporaire d'urgence ou une norme permanente. Pour plus de détails sur les différents types de norme et la procédure d'adoption applicable, voir : R.A. BALES, J.M. HIRSCH et P.M. SECUNDA, *préc.*, note 447, § 15.02 [D], p. 236-245.

²³⁰⁰ J.L. HIRSCH, *préc.*, note 682, § 3-1 [c]. Ces normes sont codifiées à 29 CFR §§ 1900-1999, et plus particulièrement à 29 CFR §§ 1910.1-1910.1450.

²³⁰¹ 29 CFR part 1910.

²³⁰² 29 CFR parts 1915, 1917,1918.

²³⁰³ 29 CFR part 1926.

²³⁰⁴ 29 CFR part 1928.

²³⁰⁵ Pour plus de détails sur ces questions, voir : N.P. LAREAU, *préc.*, note 1177, volume 8, chapitres 200 à 217.

Le OSH Act confère à la OSHA un large pouvoir réglementaire, notamment en matière d'inspection²³⁰⁶. Conformément à ce pouvoir, la OSHA a adopté des règlements qui mettent en place un système d'inspections et des règles relatives à leur tenue. En vertu de ces règlements, quatre types d'inspections sont susceptibles d'être réalisés par la OSHA. Celles-ci sont hiérarchisées de telle sorte que la priorité doit être accordée à certains types d'inspections plutôt qu'à d'autres. Ainsi, en ordre décroissant de priorité, on retrouve tout d'abord les *inspections relatives à un danger imminent*. Ces inspections surviennent lorsque les conditions de travail présentent un danger qui comporte des risques importants de décès ou de blessures corporelles pour les employés²³⁰⁷. Suite à l'identification d'un tel danger, l'inspecteur peut demander à l'employeur de retirer les travailleurs exposés et de corriger la situation afin que ce danger soit éliminé. Si nécessaire, la OSHA peut obtenir une injonction auprès d'une cour de district fédérale ordonnant à l'employeur de cesser toute activité tant que la situation ne sera pas corrigée²³⁰⁸. Il y a ensuite les *inspections qui sont tenues à la suite d'un accident mortel ou d'une catastrophe*. Ce type d'inspection vise à déterminer la cause d'un accident ou d'une catastrophe et, le cas échéant, si des normes de santé et de sécurité au travail ont été violées. En effet, l'employeur est tenu de déclarer dans les huit heures les accidents ou les catastrophes qui ont causé le décès d'un travailleur ou qui ont entraîné l'hospitalisation de trois travailleurs ou plus²³⁰⁹. Il y a ensuite les *inspections qui sont tenues à la suite de plaintes ou de références*. Ce sont les inspections qui sont effectuées suite au dépôt d'une plainte formelle contre un employeur ou encore lorsqu'un dossier est référé à la OSHA, par une autre agence gouvernementale, par exemple²³¹⁰. En effet, le OSH Act donne à tout employé le droit de demander la tenue d'une inspection par le dépôt d'une plainte, lorsqu'il croit que sa santé ou sa sécurité est en jeu ou qu'il y a ou qu'il y a eu violation d'une norme ou de la loi²³¹¹. Enfin, il y a les *inspections planifiées*. Ce sont les inspections que la OSHA tient de temps à autre auprès d'employeurs dont les activités sont considérées être particulièrement à risque

²³⁰⁶ 29 U.S.C. § 657(g)(2).

²³⁰⁷ 29 CFR § 1903.13.

²³⁰⁸ 29 U.S.C. § 662; UNITED STATES DEPARTMENT OF LABOR, *OSHA Inspections*, OSHA #2098, 2002, p. 3.

²³⁰⁹ 29 CFR § 1904.39; UNITED STATES DEPARTMENT OF LABOR, *préc.*, note 2308, p. 3.

²³¹⁰ UNITED STATES DEPARTMENT OF LABOR, *préc.*, note 2308, p. 4.

²³¹¹ 29 U.S.C. § 657(f); 29 CFR § 1903.11.

compte tenu de la nature de l'industrie, du milieu de travail, des emplois ou des substances utilisées. La sélection s'effectue en fonction d'indicateurs statistiques significatifs, ou encore, de façon aléatoire²³¹².

Le OSH Act confère à la OSHA d'importants pouvoirs en matière d'inspection et d'enquête²³¹³. Sur le terrain, ces pouvoirs sont exercés par un inspecteur, le « *compliance safety and health officer* »²³¹⁴. Les inspections sont habituellement tenues sans préavis. En effet, la loi interdit d'aviser à l'avance les employeurs de la tenue d'une inspection, sauf dans certains cas particuliers²³¹⁵. Après s'être identifié et avoir exhibé ses preuves d'identité, l'inspecteur doit expliquer à l'employeur ou à son représentant la raison et l'objet de sa visite²³¹⁶. Il doit obtenir le consentement de l'employeur avant de procéder à l'inspection²³¹⁷. En cas de refus, une procédure particulière est prévue aux règlements, en vertu de laquelle l'OSHA peut obtenir un mandat d'inspection auprès d'un tribunal²³¹⁸. Dans certaines circonstances, un tel mandat peut être obtenu à l'avance²³¹⁹.

Le rôle de l'inspecteur consiste à visiter les lieux, à questionner les employés et à consulter les livres et registres de l'entreprise afin de déterminer la présence de dangers ou de violations aux règles applicables en matière de santé et de sécurité au travail. À cette fin, il est autorisé à prendre des échantillons, à filmer et à photographier les lieux²³²⁰, à s'entretenir en privé avec les employés²³²¹ et à consulter les livres, registres et autres documents dont la tenue est imposée par le OSH Act²³²². Il doit tenter, autant que possible, de ne pas déranger les

²³¹² UNITED STATES DEPARTMENT OF LABOR, *préc.*, note 2308, p. 4.

²³¹³ 29 U.S.C. § 657(a).

²³¹⁴ 29 CFR § 1903.3.

²³¹⁵ 29 CFR § 1903.6.

²³¹⁶ 29 CFR § 1903.7(a).

²³¹⁷ 29 C.F.R § 1903.4(a); *Marshall v. Barlow's Inc.*, 436 U.S. 307 (1978).

²³¹⁸ 29 CFR § 1903.4(c) et (d). Ce mandat serait toutefois plus facile à obtenir qu'un mandat de perquisition en matière criminelle. Voir : R.A. BALES, J.M. HIRSCH et P.M. SECUNDA, *préc.*, note 447, § 15.02 [F][2], p. 249-251.

²³¹⁹ 29 CFR § 1903.4(b).

²³²⁰ 29 CFR § 1903.7(b) et (c).

²³²¹ 29 U.S.C. § 657(b); 29 CFR § 1903.10.

²³²² 29 U.S.C. § 657(c)(1); 29 U.S.C. part 1904.

activités en cours²³²³. Un représentant de l'employeur et un représentant des employés sont autorisés à se joindre à l'inspecteur lors de sa visite²³²⁴.

Une fois l'inspection terminée, l'inspecteur doit faire un compte rendu aux représentants de l'employeur et des salariés. Il discute des conditions de travail rencontrées dans l'entreprise, mais plus particulièrement, des dangers et des contraventions constatés, de même que des correctifs à apporter²³²⁵. Il doit également communiquer les résultats au directeur du bureau local de la OSHA (« OSHA Area Office »). Lorsqu'une inspection révèle une contravention à la loi, ce dernier émet généralement un procès-verbal d'infraction (« citation ») à l'employeur. Ce document informe l'employeur et les employés des contraventions constatées et accorde à l'employeur un délai pour corriger la situation²³²⁶. Il est signifié par courrier recommandé et est accompagné d'un avis de pénalité proposée²³²⁷. Le procès-verbal doit être affiché dans l'établissement concerné tant que les corrections demandées n'auront pas été apportées, mais pour une durée minimale de trois jours²³²⁸. L'employeur qui désire contester un procès-verbal d'infraction ou un avis de pénalité proposée doit le faire par écrit dans les 15 jours qui suivent sa réception²³²⁹. La OSHA transfère alors le dossier à la OSHRC, qui soumet le dossier à un juge administratif (« administrative law judge ») pour audition et jugement²³³⁰. La décision du juge administratif peut faire l'objet d'une révision devant un banc de trois commissaires de la OSHRC, avec ou sans audition²³³¹. Enfin, la décision de la OSHRC peut à son tour être contestée devant une cour d'appel fédérale compétente²³³², puis, en dernier recours, devant la Cour suprême des États-Unis.

²³²³ 29 CFR § 1903.7(d).

²³²⁴ 29 U.S.C. § 657(e); 29 CFR § 1903.8.

²³²⁵ 29 CFR § 1903.7(e).

²³²⁶ 29 U.S.C. § 658(a); 29 CFR § 1903.14(a) et (b).

²³²⁷ 29 U.S.C. § 659.

²³²⁸ 29 U.S.C. § 658(b); 29 CFR § 1903.16; UNITED STATES DEPARTMENT OF LABOR, *préc.*, note 2308, p. 12.

²³²⁹ 29 U.S.C. § 659(a); 19 CFR § 1903.17.

²³³⁰ 29 U.S.C. §§ 659(c) et 661; R.A. BALES, J.M. HIRSCH et P.M. SECUNDA, *préc.*, note 447, § 15.02 [F][1], p. 249.

²³³¹ 29 U.S.C. § 661.

²³³² 29 U.S.C. § 660.

Le OSH Act prévoit différents types de peines, qui varient selon la nature de l'infraction commise. Certaines de ces peines sont de nature civile, tandis que d'autres sont de nature criminelle. La *contravention non sérieuse* (« *Nonserious violation* ») est celle qui n'est vraisemblablement pas susceptible de causer la mort ou de blessures corporelles graves. Elle est passible d'une peine civile pouvant aller jusqu'à 5000\$²³³³. La *contravention sérieuse* (« *Serious violation* ») est celle qui est vraisemblablement susceptible de causer la mort ou des blessures corporelles graves. Elle est passible d'une peine civile pouvant aller jusqu'à 5000\$²³³⁴. La *contravention répétée* (« *Repeated violation* ») est celle qui est constatée de nouveau dans le cadre d'une inspection ultérieure. Elle est passible d'une peine pouvant aller jusqu'à 70 000\$²³³⁵. La *contravention volontaire* (« *Willful violation* ») est celle qui est commise en toute connaissance de cause par l'employeur ou par pure négligence de sa part. Elle est passible d'une peine civile d'au moins 5 000\$ et d'au plus 70 000\$²³³⁶. Lorsqu'elle entraîne la mort, une telle contravention est passible d'une peine criminelle pouvant aller jusqu'à 250 000\$ pour un individu ou 500 000\$ pour une personne morale, d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à 6 mois, ou les deux²³³⁷. Enfin, le *défaut de corriger une infraction commise antérieurement* est une infraction distincte de l'infraction originale et est passible d'une peine civile pouvant aller jusqu'à 7000\$ pour chaque jour au-delà de la date limite qui avait été accordée initialement pour corriger la situation²³³⁸. À noter que le OSH Act confère une grande discrétion à la OSHRC en matière de détermination de la peine. Les critères applicables sont (1) la taille de l'entreprise; (2) la gravité de l'infraction; (3) la bonne foi de l'employeur; et (4) l'historique de l'employeur en matière de contraventions²³³⁹.

Outre les inspections, les enquêtes et les sanctions qui peuvent en résulter, la OSHA offre aux employeurs des services-conseils, de l'assistance, de l'information et différents produits en matière de santé-sécurité. Ainsi, la OSHA a publié des lignes directrices

²³³³ 29 U.S.C. § 666(c).

²³³⁴ 29 U.S.C. § 666(b).

²³³⁵ 29 U.S.C. § 666(a).

²³³⁶ *Id.*

²³³⁷ 29 U.S.C. § 666(e), tel que modifié par 18 U.S.C. 3559(a)(7) et 18 U.S.C. 3571(b)(4), (c)(4).

²³³⁸ 29 U.S.C. § 666(d).

²³³⁹ 29 U.S.C. § 666(j).

volontaires qui sont destinées à aider les employeurs à développer des systèmes efficaces en matière de santé-sécurité²³⁴⁰. Elle offre également des services de consultation gratuits à certains employeurs par le biais des gouvernements étatiques, qui emploient des consultants en matière de santé et sécurité au travail²³⁴¹. Elle offre également des programmes coopératifs, qui visent à inciter les employeurs à adopter une attitude proactive en matière de santé-sécurité en reconnaissant officiellement leurs efforts et leurs accomplissements et en leur accordant certains privilèges²³⁴². Enfin, la OSHA offre de nombreux services d'information et de renseignements par le biais de ses publications, d'Internet, du téléphone et de ses bureaux régionaux et locaux, de même que des services de formation, qui sont offerts par le *OSHA's Training Institute* et les *OSHA Training Institute Education Centers*²³⁴³.

Un employeur ne peut renvoyer ou discriminer de quelque façon que ce soit un salarié en raison du fait qu'il a déposé une plainte ou qu'il est à l'origine d'une poursuite prise contre son employeur en vertu du OSH Act, en raison du fait qu'il a témoigné ou est sur le point de témoigner dans le cadre d'une telle poursuite, ou en raison du fait qu'il a exercé un droit prévu par le OSH Act²³⁴⁴. Un employé qui croit avoir été victime d'un telle mesure peut porter plainte auprès du Secrétaire du Travail, qui, après enquête, peut poursuivre l'employeur devant une *Cour de district des États-Unis*. Cette dernière peut ordonner les mesures correctrices qu'elle juge appropriées, incluant la réintégration du salarié et le paiement d'une indemnité pour salaire perdu²³⁴⁵.

Il n'existe pas de « droit de refus » à strictement parler en vertu du OSH Act. Toutefois, nous avons vu à la section précédente qu'un employé est protégé contre les mesures de représailles de l'employeur notamment « lorsqu'il exerce un droit prévu au OSH Act ». Or,

²³⁴⁰ UNITED STATES DEPARTMENT OF LABOR, *préc.*, note 2308, p. 18; OCCUPATIONAL SAFETY AND HEALTH ADMINISTRATION, *Safety and Health Program Management Guidelines*, Federal Register 54(16) : 3904-3916, January 26, 1989.

²³⁴¹ UNITED STATES DEPARTMENT OF LABOR, *préc.*, note 2308, p. 19 et 20.

²³⁴² Par exemple, les « Voluntary Protection Programs » et le « Strategic Partnership Program ». Voir : UNITED STATES DEPARTMENT OF LABOR, *préc.*, note 2308, p. 20 et 21.

²³⁴³ UNITED STATES DEPARTMENT OF LABOR, *préc.*, note 2308, p. 21-23.

²³⁴⁴ 29 U.S.C. § 660(c)(1); 29 CFR par 1977. Cette disposition est couramment appelée la «prohibition against retaliation».

²³⁴⁵ 29 U.S.C. § 660(c)(2) .

dans certaines circonstances, cette protection contre les représailles peut se traduire en un véritable droit de refus pour l'employé concerné. En effet, il peut survenir des situations où l'employé est placé devant le choix de cesser d'accomplir son travail ou d'exécuter celui-ci au risque de subir une lésion professionnelle grave, voire la mort, en raison de la présence d'un danger dans le milieu de travail. Dans un tel cas, l'employé qui, sans alternative raisonnable, refuse de bonne foi de s'exposer à un tel danger et cesse en conséquence d'accomplir le travail qui lui a été assigné, sera protégé par les dispositions interdisant les mesures de représailles de la part de son employeur. La situation à l'origine de la crainte de l'employé doit toutefois être telle qu'une personne raisonnable, placée dans les mêmes circonstances, aurait également conclu qu'il existait un réel danger de mort ou de blessure sérieuse et qu'il ne restait pas suffisamment de temps, compte tenu de l'urgence de la situation, pour éliminer le danger en recourant aux procédures habituelles. En outre, lorsque la situation s'y prête, l'employé doit avoir tenté, sans succès, d'obtenir une correction de la situation auprès de son employeur²³⁴⁶. En dehors de ce cas particulier, toutefois, les conditions de travail dangereuses et contraires à la loi devraient être dénoncées à l'employeur, qui devrait alors prendre des mesures afin de corriger la situation. Si les corrections ne sont pas effectuées ou que l'employeur ne reconnaît pas la présence d'un danger, le travailleur devrait alors demander à la OSHA de procéder à une inspection du milieu de travail. En effet, le travailleur qui quitterait son poste ou refuserait d'accomplir son travail dans de telles circonstances s'exposerait alors à des mesures disciplinaires²³⁴⁷.

Le OSH Act prévoit qu'aucune de ses dispositions ne doit être interprétée comme empêchant une agence gouvernementale ou un tribunal étatique d'exercer sa compétence en vertu d'une loi étatique sur une question de santé et de sécurité au travail pour laquelle aucune norme fédérale n'a été adoptée²³⁴⁸. *A contrario*, cela signifie que la loi étatique qui confère compétence à une agence gouvernementale ou à un tribunal étatique sur une question de santé et de sécurité au travail déjà abordée dans le OSH Act ou dans ses règlements est

²³⁴⁶ 29 CFR § 1977.12(b)(2). Voir également : *Whirlpool Corp. v. Marshall*, 445 U.S. 1 (1980).

²³⁴⁷ 29 CFR § 1977.12(b)(1).

²³⁴⁸ 29 U.S.C. § 667(a).

préemptée²³⁴⁹. Rappelons toutefois qu'il n'y aura préemption que dans la mesure où la loi étatique concernée s'applique aux employés du secteur privé, le OSH Act ne s'appliquant qu'à ceux-ci²³⁵⁰. En effet, les États fédérés conservent pleine compétence aux fins d'adopter une législation en matière de santé et de sécurité au travail à l'endroit des employés du secteur public.

Le OSH Act prévoit toutefois qu'un État fédéré qui souhaite assumer des responsabilités quant au développement ou à la mise en œuvre de normes de santé et de sécurité au travail qui font l'objet d'une norme fédérale peut le faire, à la condition de soumettre son programme à la OSHA, et que celle-ci l'approuve²³⁵¹. Pour être ainsi approuvé, ce programme étatique doit respecter certaines conditions, dont celles d'être administré et appliqué par une agence de l'État, d'accorder à celle-ci un financement et une autorité suffisante, de développer et de mettre en œuvre des normes au moins aussi efficaces que celles adoptées par la OSHA, de rendre des comptes à la OSHA et d'étendre l'application de ce plan aux employés du secteur public²³⁵². Le principal avantage pour un État de se prévaloir de cette possibilité réside dans le fait que le gouvernement fédéral verse alors à l'État des fonds pouvant financer jusqu'à la moitié des dépenses du programme. À ce jour, un total de 27 programmes étatiques ont été approuvés par la OSHA (« State Plan States »)²³⁵³.

Dans les États et les territoires qui ne possèdent pas de programme étatique approuvé en matière de santé et de sécurité au travail, ce sont les règles prévues au OSH Act et administrées par la OSHA qui s'appliquent directement au employés du secteur privé. C'est le cas de 28 états ou territoires américains (communément appelés les « Federal OSHA

²³⁴⁹ *Gade vs National Solid Wastes Management Association*, 505 U.S. 73 (1992).

²³⁵⁰ 29 U.S.C. § 652(5).

²³⁵¹ 29 U.S.C. § 667(b).

²³⁵² 29 U.S.C. § 667(c).

²³⁵³ Les États ou territoires concernés sont l'Alaska, l'Arizona, la Californie, la Caroline du Nord, la Caroline du Sud, le Connecticut*, Hawaii, l'Indiana, l'Iowa, l'Illinois*, le Kentucky, le Maryland, le Michigan, le Minnesota, le Nevada, le New Jersey*, New York*, le Nouveau Mexique, l'Oregon, le Tennessee, l'Utah, le Vermont, la Virginie, Washington, le Wyoming, Porto Rico et les Iles Vierges américaines*. Voir : OCCUPATIONAL SAFETY AND HEALTH ADMINISTRATION, *Directory of States with Approved Occupational Safety and Health Plans*, <http://www.osha.gov/dcs/osp/states.html> (consulté le 15 avril 2011).

Jurisdiction States »), parmi lesquels on compte le Massachusetts²³⁵⁴. La majorité de ces états et territoires possèdent une législation applicable aux employés du secteur public en la matière²³⁵⁵, mais la plupart de ces programmes n'offrent pas une protection équivalente à celle prévue par le OSH Act²³⁵⁶.

c) L'interdiction de la discrimination en emploi

L'interdiction de la discrimination en emploi est un phénomène complexe en raison des concepts et des principes abstraits qu'elle fait intervenir. Aux États-Unis, ce niveau de complexité est augmenté du fait qu'une même situation peut être régie par les règles et les autorités d'application des deux ordres de gouvernement à la fois. En effet, en matière de discrimination en emploi, les lois fédérales possèdent en quelque sorte un caractère d'ordre public social à l'endroit des lois étatiques, ce qui fait que ces dernières ne seront habituellement préemptées que si elles offrent une protection inférieure ou que si elles entrent en conflit direct avec les premières²³⁵⁷.

En droit américain, l'interdiction de la discrimination en emploi provient d'une série de textes de loi adoptés successivement au cours du temps, au gré des préoccupations sociales du moment. On retrouve ainsi une douzaine de textes législatifs ou exécutifs qui traitent de cette question. Compte tenu des objectifs de la présente thèse, toutefois, nous limiterons notre étude

²³⁵⁴ C'est le cas des États de l'Alabama, de l'Arkansas, du Colorado, du Dakota du Nord, du Dakota du Sud, du Delaware, de la Floride, de la Géorgie, de l'Idaho, de l'Illinois, du Kansas, de la Louisiane, du Maine, du Massachusetts, du Mississippi, du Missouri, du Montana, du Nebraska, du New Hampshire, de l'Ohio, de l'Oklahoma, de la Pennsylvanie, du Rhode Island, du Texas, de la Virginie Occidentale, du Wisconsin, du District de Columbia et de Guam. Voir : U.S. DEPARTMENT OF LABOR, OFFICE OF INSPECTOR GENERAL, OFFICE OF AUDIT, *Evaluating the Status of Occupational Safety and Health Coverage of State and Local Government Workers in Federal OSHA States*, Report no 05-00-001-10-001, February 9, 2000, p. 22 (<http://www.oig.dol.gov/public/reports/oa/2000/05-00-001-10-001.pdf>).

²³⁵⁵ R.A. BALES, J.M. HIRSCH et P.M. SECUNDA, *préc.*, note 447, § 15.02 [F][5], p. 252-254. En 2000, seuls les États de l'Alabama et du Delaware n'avaient aucun programme applicable aux employés du secteur public : Voir : U.S. DEPARTMENT OF LABOR, OFFICE OF INSPECTOR GENERAL, OFFICE OF AUDIT, *préc.*, note 2354.

²³⁵⁶ En 2000, seulement 41% d'entre eux possédaient un programme qui rencontrait les exigences de la OSHA. Voir : U.S. DEPARTMENT OF LABOR, OFFICE OF INSPECTOR GENERAL, OFFICE OF AUDIT, *préc.*, note 2354, p. 9.

²³⁵⁷ Thomas R. HAGGARD, *Understanding employment discrimination*, 2nd édition, Matthew Bender, 2008, § 1.02, p. 9.

aux lois fédérales applicables au secteur privé les plus importantes²³⁵⁸, soit le *Title VII of the Civil Rights Act of 1964* ((1)), le *Age Discrimination in Employment Act of 1967* ((2)), le *American with Disabilities Act of 1990* ((3)), le *Equal Pay Act* de 1963 ((4)), l'article 1981 du *Civil Rights Act of 1866* ((5)) et le *Genetic Information Non-Discrimination Act of 2008* ((6)). Nous étudierons également la *Massachusetts Fair Employment Practices Law*, la seule loi étatique applicable en la matière ((7)).

(1) *Le Title VII of the Civil Rights Act of 1964*

Le *Title VII of the Civil Rights Act of 1964*²³⁵⁹ interdit la discrimination en emploi fondée sur la race, la couleur, l'origine nationale, la religion et le sexe²³⁶⁰. Il interdit également à quiconque de discriminer une femme en raison de son état de grossesse ou de son accouchement, ou encore, en raison d'une condition médicale associée à son état de grossesse ou à son accouchement²³⁶¹. Il s'applique aux employeurs dont les activités affectent le commerce et qui ont eu à leur emploi un minimum de 15 employés pendant une durée d'au moins 20 semaines au cours de la dernière année de calendrier ou au cours de l'année précédente, à l'exception du gouvernement fédéral, de ses organismes et des tribus indiennes²³⁶². Il s'applique également aux agences de placement qui réfèrent des employés à des employeurs couverts sur une base régulière, quel que soit le nombre d'employés qu'ils emploient²³⁶³. Enfin, il s'applique aux syndicats qui opèrent un bureau d'embauche syndical ou aux syndicats qui possèdent au moins 15 membres et qui sont soit certifiés, reconnus par un

²³⁵⁸ Sont notamment exclus de cette étude les articles 1983 et 1985 du *Civil Rights Act* de 1871, le *Immigration Reform and Control Act* de 1986, le *Executive Order 11246*, les articles 501 et 503 du *Rehabilitation Act* de 1973 et le *Employment of Disabled and Vietnam Era Veterans*.

²³⁵⁹ 42 U.S.C. §§ 2000e-2000e-17 (ci-après « Title VII »)

²³⁶⁰ 42 U.S.C. § 2000e-2.

²³⁶¹ 42 U.S.C. § 2000e (k). Cet alinéa, qui précise que les expressions « because of sex » et « on the basis of sex » incluent la discrimination fondée sur l'état de grossesse, l'accouchement et la condition médicale associée à l'état de grossesse ou l'accouchement, a été ajouté au Titre VII par le *Pregnancy Discrimination Act* de 1978.

²³⁶² 42 U.S.C. § 2000e (b). Rappelons que l'expression « dont les activités affectent le commerce » (« affecting commerce ») est interprétée très largement, de telle sorte que les activités de pratiquement toutes les entreprises sont considérées « affecter le commerce », directement ou indirectement. Cette expression permet au Congrès américain d'asseoir expressément sa compétence sur la clause de commerce de la Constitution.

²³⁶³ 42 U.S.C. § 2000e (c).

employeur couvert ou affiliés d'une façon quelconque à une organisation certifiée ou à une organisation reconnue par un employeur couvert²³⁶⁴.

Le *Title VII* interdit la discrimination en emploi dans le cadre d'activités qui sont caractéristiques à l'employeur, à l'agence de placement ou au syndicat, selon le cas²³⁶⁵. Ainsi, il interdit à l'employeur de discriminer un individu sur la base d'un motif interdit dans l'embauche, le renvoi, la rémunération, les conditions de travail, les opportunités d'emploi et le statut d'emploi²³⁶⁶. Il interdit à l'agence de placement de discriminer ses propres employés sur la base d'un motif interdit de même que les candidats qu'il est responsable de placer auprès d'employeurs²³⁶⁷. Il interdit au syndicat de discriminer sur la base d'un motif interdit dans l'admission ou l'exclusion d'un membre du syndicat ou, lorsqu'il opère un bureau d'embauche syndical, dans la référence d'un salarié à un employeur²³⁶⁸. Enfin, il interdit à un employeur, à un syndicat ou à un comité paritaire de discriminer un individu sur la base d'un motif interdit dans le cadre d'un programme de formation professionnelle²³⁶⁹. Le *Title VII* interdit également à un employeur, à une agence de placement, à un syndicat ou à un comité paritaire chargé de l'application d'un programme de formation professionnelle, de publier ou de faire publier un avis ou une publicité qui comporte de la discrimination fondée sur un motif interdit. Un tel avis ou une telle publicité peut toutefois prévoir une préférence ou une exigence fondée sur la religion, le sexe ou l'origine nationale du candidat, si elle constitue une « *bona fide occupational qualification* »²³⁷⁰. Enfin, le *Title VII* interdit à un employeur, à une agence de placement ou à un syndicat, selon le cas, de prendre des mesures de représailles à l'endroit d'un individu en raison du fait que celui-ci a exercé un droit prévu par ce titre, a

²³⁶⁴ 42 U.S.C. §§ 2000e (d) et (e).

²³⁶⁵ 42 U.S.C. § 2000e-2. Ces activités sont collectivement désignées par l'expression « Unlawful Employment Practices ».

²³⁶⁶ 42 U.S.C. § 2000e-2(a).

²³⁶⁷ 42 U.S.C. § 2000e-2(b).

²³⁶⁸ 42 U.S.C. § 2000e-2(c).

²³⁶⁹ 42 U.S.C. § 2000e-2(d).

²³⁷⁰ Voir note 14, ci-après, et le paragraphe correspondant.

porté plainte ou a participé à une enquête ou encore à des procédures entreprises en vertu de ce titre²³⁷¹.

Le *Title VII* autorise toutefois la discrimination en emploi fondée sur la religion, le sexe ou l'origine nationale si elle se fonde sur une exigence d'emploi adoptée de bonne foi (« *bona fide occupational qualification* » ou « BFOQ ») qui est raisonnablement nécessaire au fonctionnement normal de l'entreprise²³⁷². Il prévoit en outre qu'un employeur peut accorder des conditions de travail différentes à des salariés en vertu d'un système fondé sur l'ancienneté ou sur le mérite adopté de bonne foi (« *bona fide seniority or merit system* ») ou en vertu d'un système de rémunération basé sur les quantités ou la qualité de la production, à moins qu'ils ne constituent une manière détournée de discriminer les travailleurs²³⁷³. Enfin, il prévoit qu'un employeur peut fonder ses décisions sur les résultats obtenus par les candidats à des tests d'aptitudes développés professionnellement (« *professionally developed ability test* »), à la condition que ces tests n'aient pas été développés ou utilisés dans le but exprès de discriminer sur la base d'un motif interdit²³⁷⁴.

Enfin, il est important de noter que le *Title VII* n'a un effet de préemption à l'endroit de la législation ou de la réglementation étatique adoptée en semblable matière que si elle entre directement en conflit avec elle ou si la protection qu'elle offre est inférieure à celle qu'offre le *Title VII*²³⁷⁵.

La personne qui se croit victime d'une discrimination interdite par le *Title VII* et qui souhaite obtenir réparation doit déposer une plainte (« *charge* ») auprès du bureau régional de la *Equal Employment Opportunity Commission* (ci-après « EEOC ») le plus près dans les 180 jours de l'acte discriminatoire dont elle se plaint. Lorsqu'une agence étatique ou locale est chargée d'appliquer une loi étatique ou locale interdisant la discrimination fondée sur le même motif (on parle alors d'une « *Fair Employment Practices Agency* » ou « FEPA »), ce délai est

²³⁷¹ 42 U.S.C. § 2000e-3(a). Ce type d'interdiction est communément appelé « anti-retaliation provision » aux États-Unis.

²³⁷² 42 U.S.C. § 2000e-2(e). À noter que les motifs de la couleur et de la race ne font pas partie de cette énumération. Par conséquent, une discrimination fondée sur ces motifs ne saurait être justifiée par une BFOQ.

²³⁷³ 42 U.S.C. § 2000e-2(h).

²³⁷⁴ *Id.*

²³⁷⁵ 42 U.S.C. § 2000e-7.

porté à 300 jours. En outre, il y a possibilité de « *dual filing* », c'est-à-dire que la plainte déposée auprès de la EEOC sera déposée automatiquement auprès de la FEPA et cheminera en parallèle, et inversement²³⁷⁶. Le dépôt d'une plainte de discrimination auprès de la EEOC et l'épuisement des procédures administratives est obligatoire pour intenter une poursuite devant les tribunaux en vertu du *Title VII*, même pour la personne qui souhaite exercer elle-même un tel recours et en assumer les frais.

Sur réception de la plainte, la EEOC fait enquête afin de déterminer s'il y a des raisons de croire que le *Title VII* a été violé. Si, après enquête, la EEOC est d'avis qu'il n'y a aucune raison de croire que la loi a été violée, elle rejette la plainte et remet aux parties une « *no cause letter* ». Le plaignant pourra alors intenter un recours devant les tribunaux judiciaires compétents en son propre nom et à ses propres frais. Si, au contraire, la EEOC en vient à la conclusion qu'il y a des raisons de croire que la loi a bel et bien été violée, elle émettra une « *letter of determination* » et tentera de convaincre la partie contrevenante d'adopter des mesures correctrices appropriées ou de favoriser la conclusion d'un règlement en recourant à la conciliation. Si la conciliation s'avère inefficace ou est refusée, le personnel juridique de la EEOC doit décider si elle intente ou non une poursuite devant les tribunaux compétents, conformément aux critères énoncés dans ses propres lignes directrices. Si la EEOC choisit de ne pas intenter de poursuite, elle remet alors au plaignant une « *right to sue letter* », lui permettant d'intenter lui-même une poursuite contre la partie contrevenante devant les tribunaux compétents. Si la EEOC décide plutôt d'intenter une poursuite, le dossier sera transféré à son elle assumera les frais associés à celle-ci.

Les recours intentés en vertu du *Title VII* le sont devant les tribunaux fédéraux. Le but de la loi est de remettre la victime de la discrimination dans l'état où elle aurait été n'eut été de la discrimination. Les mesures de réparation disponibles sont très variées et dépendent de l'acte discriminatoire et de ses effets sur la victime. Ils incluent notamment l'attribution de l'emploi ou du poste convoité et/ou une indemnité pour salaire et avantages perdus. Une

²³⁷⁶ Pour ce faire, toutefois, un « *worksharing agreement* » doit être intervenu entre la EEOC et la FEPA. Voir : U.S. EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION, *Fair Employment Practices Agencies (FEPAs) and Dual Filing*, en ligne : <http://www.eeoc.gov/employees/fepa.cfm> (consulté le 12 août 2013).

ordonnance de cesser la discrimination peut être rendue à l'encontre de l'employeur fautif et celui-ci peut être contraint de prendre des mesures pour prévenir la discrimination dans l'avenir. La victime de discrimination peut également réclamer des honoraires raisonnables d'avocat, ses frais d'experts et les dépens. En cas de discrimination intentionnelle, des dommages compensatoires et punitifs peuvent être accordés. Il y a toutefois des limites aux montants de dommages qu'une victime peut recouvrer d'un employeur, les montants maximaux variant en fonction de la taille de l'entreprise²³⁷⁷.

Enfin, notons que les trois formes reconnues de discrimination, soit la discrimination directe (« *individual disparate treatment* »), la discrimination systémique (« *systemic disparate treatment* ») et la discrimination indirecte ou par suite d'un effet préjudiciable (« *disparate impact* ») sont interdites par le Title VII et peuvent faire l'objet de mesures de réparation. Cependant, les règles applicables en la matière sont à ce point complexes et variées (i.e. il existe une multitude de modèles et d'écoles de pensée) que nous avons préféré nous abstenir de les aborder dans le cadre de la présente thèse²³⁷⁸.

(2) *Le Age Discrimination in Employment Act de 1967*

*Le Age Discrimination in Employment Act of 1967*²³⁷⁹ interdit la discrimination en emploi fondée sur l'âge chez les employeurs, les agences de placement et les syndicats auxquels il s'applique. Cette protection ne s'applique toutefois qu'aux individus âgés de 40 ans ou plus²³⁸⁰, ce qui fait que dans les faits, les jeunes ne bénéficient d'aucune protection contre la discrimination fondée sur l'âge. En fait, l'objectif premier du ADEA n'était pas de prohiber la discrimination en emploi fondée sur l'âge, comme l'indique à tort son titre, mais plutôt la discrimination en emploi à l'endroit des travailleurs plus âgés²³⁸¹, et ce, en raison des

²³⁷⁷ U.S. EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION, *Remedies For Employment Discrimination*, en ligne : <http://www.eeoc.gov/employees/remedies.cfm> (consulté le 12 août 2013).

²³⁷⁸ Pour plus de détails, voir : T.R. HAGGARD, *préc.*, note 2357, p. 57-109.

²³⁷⁹ 29 U.S.C. §§ 621-634.

²³⁸⁰ 29 U.S.C. § 631(a).

²³⁸¹ 29 U.S.C. § 621(b).

conséquences particulièrement néfastes qu'est susceptible d'avoir cette forme de discrimination à l'endroit de cette classe de travailleurs²³⁸².

Le ADEA s'applique aux mêmes employeurs, agences de placement et syndicats que le Titre VII, à la différence que l'employeur doit avoir eu à son emploi 20 personnes pendant une durée minimale de 20 semaines au cours de la dernière année de calendrier ou au cours de l'année précédente plutôt que 15²³⁸³ et que le syndicat qui n'opère pas un bureau d'embauche syndical doit posséder, en plus des autres conditions, un minimum de 25 membres plutôt que 15²³⁸⁴.

Les activités et les situations où un employeur, une agence de placement ou un syndicat se voient interdire de discriminer un individu en fonction d'un motif interdit (en l'occurrence, l'âge) sont les mêmes que sous le *Titre VII*²³⁸⁵. Le ADEA interdit également à un employeur, à une agence de placement ou à un syndicat de publier ou de faire publier un avis ou une publicité qui comporte de la discrimination fondée sur un motif interdit²³⁸⁶ et de prendre des mesures de représailles à l'endroit d'un individu en raison du fait que celui-ci a exercé un droit prévu par le ADEA, a porté plainte ou a participé à une enquête ou à des procédures prises en vertu du ADEA²³⁸⁷.

À l'instar du Titre VII, le ADEA autorise un employeur, une agence de placement ou un syndicat à discriminer un individu en fonction de son âge lorsque cette discrimination est justifiée par une exigence d'emploi qui est adoptée de bonne foi (« *bona fide occupational qualification* » ou « BFOQ ») et qui est raisonnablement nécessaire au fonctionnement normal de l'entreprise²³⁸⁸. Une telle discrimination peut également être justifiée par un système d'ancienneté adopté de bonne foi (« *bona fide seniority system* »)²³⁸⁹ ou, à certaines

²³⁸² 29 U.S.C. §621(a).

²³⁸³ 29 U.S.C. § 630(b).

²³⁸⁴ 29 U.S.C. §§ 630(d) et (e).

²³⁸⁵ 29 U.S.C. § 623(a), (b) et (c). La seule différence réside dans le fait que le ADEA interdit en sus à l'employeur de diminuer le salaire d'un salarié dans le but de respecter les dispositions de la loi : 29 U.S.C. § 623(a)(3).

²³⁸⁶ 29 U.S.C. § 623(e).

²³⁸⁷ 29 U.S.C. § 623(d).

²³⁸⁸ 29 U.S.C. § 623(f)(1).

²³⁸⁹ 29 U.S.C. § 623(f)(2)(A).

conditions, par un plan d'avantages sociaux adopté de bonne foi (« *bona fide employee benefit plan* »)²³⁹⁰. Le ADEA précise en outre qu'un employeur peut en tout temps renvoyer ou discipliner un individu pour une cause valable (« *good cause* »)²³⁹¹, ou encore, pour des motifs raisonnables autres que l'âge²³⁹².

À l'instar du *Title VII*, le ADEA n'a pas d'effet péremptoire à l'endroit de la législation étatique adoptée en semblable matière. Par conséquent, les États fédérés sont libres d'adopter leur propre législation en matière de discrimination en emploi fondée sur l'âge, à la condition toutefois que les droits qu'elle accorde soient au moins aussi généreux que ceux que le ADEA accorde. Il est toutefois prévu qu'une action intentée devant un tribunal en vertu d'une loi étatique devra céder le pas à une action intentée devant un tribunal en vertu du ADEA²³⁹³.

L'autorité administrative responsable d'appliquer le ADEA est la EEOC. La procédure à suivre pour le dépôt d'une plainte, les recours, les tribunaux compétents et les mesures de réparations sont – à quelques différences près – les mêmes que sous le *Title VII*²³⁹⁴.

(3) *Le Americans with Disabilities Act de 1990*

*Le Americans with Disabilities Act de 1990*²³⁹⁵ interdit à un employeur, à une agence de placement, à un syndicat ou à un comité conjoint²³⁹⁶ de discriminer un « individu qualifié » en fonction d'un « handicap » dans le cadre de ses activités de recrutement, d'embauche, de promotion ou de renvoi de salariés, ou encore en matière de rémunération, de formation et autres termes, conditions et privilèges d'emploi²³⁹⁷. Le ADA s'applique aux mêmes employeurs, agences de placement et syndicats que le *Title VII*.

De façon plus spécifique, toutefois, le ADA interdit une série de comportements à caractère discriminatoire, dont les suivants :

²³⁹⁰ 29 U.S.C. § 623(f)(2)(B).

²³⁹¹ 29 U.S.C. § 623(f)(3).

²³⁹² 29 U.S.C. § 623(f)(1).

²³⁹³ 29 U.S.C. § 633(a).

²³⁹⁴ Pour plus de détails, voir section précédente.

²³⁹⁵ 42 U.S.C. §§ 12101-12213 (ci-après « ADA »).

²³⁹⁶ 42 U.S.C. § 12111(2)(« covered entity »). Les définitions d'employeur, d'agence de placement et de syndicat sont les mêmes que celles prévues au *Titre VII* : 42 U.S.C. §§ 12111(5) et (7).

²³⁹⁷ 42 U.S.C. § 12112(a).

- Limiter, séparer ou classer un candidat à un emploi ou un employé sur la base de son handicap de telle sorte qu'il en résulte un effet préjudiciable sur les opportunités ou le statut de ce candidat ou de cet employé;
- Conclure un contrat ou une entente qui a pour effet de discriminer sur la base du handicap un candidat à un emploi ou un employé qui est un individu qualifié qui souffre d'un handicap²³⁹⁸;
- Utiliser des normes, des critères ou des méthodes administratives qui ont un effet discriminatoire sur la base du handicap ou qui perpétuent la discrimination dans l'organisation²³⁹⁹;
- Refuser de prendre des mesures d'accommodement raisonnables en faveur d'un candidat à un emploi ou d'un employé qui est un individu qualifié souffrant d'un handicap, sous réserve d'une contrainte excessive²⁴⁰⁰;
- Utiliser des normes, des tests ou des critères de sélection qui excluent ou tendent à exclure des individus qualifiés ou une catégorie d'individus qui souffrent d'un handicap, à moins qu'ils ne soient liés à l'emploi en question et nécessaires à l'entreprise²⁴⁰¹.

Un « individu qualifié » (« *qualified individual* ») au sens du ADA est un individu qui peut exercer les fonctions essentielles d'un poste, telles que déterminées par l'employeur, avec ou sans mesures d'accommodement²⁴⁰², tandis qu'un « handicap » (« *disability* »)²⁴⁰³ est une déficience physique ou mentale qui limite considérablement une ou plusieurs activités

²³⁹⁸ 42 U.S.C. § 12112(2).

²³⁹⁹ 42 U.S.C. § 12112(3).

²⁴⁰⁰ 42 U.S.C. § 12112(5)(A).

²⁴⁰¹ 42 U.S.C. § 12112(6).

²⁴⁰² 42 U.S.C. § 12111(8). La personne qui consomme des drogues illégales est cependant exclue de cette définition, à moins d'avoir cessé toute consommation et de participer ou avoir participé avec succès à un programme de réhabilitation : 42 U.S.C. § 12114 (a) et (b).

²⁴⁰³ La traduction littérale du terme anglais « disability » devrait être rendue par le terme français « incapacité ». Nous avons toutefois préféré traduire celui-ci par le terme français « handicap », d'autant plus que les termes anglais « disability » et « handicap » sont jugés équivalents. D'ailleurs, la législation de l'État du Massachusetts utilise le terme « handicap » plutôt que le terme « disability ».

importantes de la vie d'un individu, des antécédents en la matière, ou encore, la perception à l'effet qu'un individu souffre d'une telle déficience²⁴⁰⁴.

Le ADA autorise les normes, les tests ou les critères de sélection qui ont pour effet d'exclure d'un emploi ou d'un bénéfice quelconque un individu atteint d'un handicap, lorsqu'ils sont liés à l'emploi, nécessaires à l'entreprise et que l'employeur ne peut accommoder l'individu sans subir une contrainte excessive²⁴⁰⁵. Des règles particulières sont également prévues en ce qui concerne la tenue d'examens médicaux et de tests de dépistages de drogue ou d'alcool²⁴⁰⁶.

À l'instar du *Title VII* et du ADEA, le ADA interdit à quiconque de prendre des mesures de représailles à l'endroit d'un individu en raison du fait que celui-ci a exercé un droit prévu par le ADA, a porté plainte ou a participé à une enquête ou à des procédures prises en vertu du ADA²⁴⁰⁷. Il interdit en outre à quiconque d'intimider, de menacer ou d'empêcher un individu d'exercer les droits qui sont prévus par le ADA²⁴⁰⁸.

Enfin, tout comme le *Title VII*, le ADA n'a d'effet de préemption à l'endroit de la législation ou de la réglementation étatique adoptée en semblable matière que dans la mesure où la protection qu'elle offre est moindre que celle qu'offre le ADA. En effet, le ADA autorise expressément les États fédérés et les organismes qui relèvent de leur autorité à adopter des règles plus favorables aux individus atteints d'un handicap²⁴⁰⁹. Comme nous aurons l'occasion de le voir ultérieurement, le législateur massachusetts s'est prévalu de cette possibilité²⁴¹⁰.

²⁴⁰⁴ 42 U.S.C. § 12102(1) et (3). En 2008, le ADA a fait l'objet d'amendements importants et nombreux afin de corriger l'interprétation restrictive donnée par les tribunaux à cette loi et, plus particulièrement, à la définition et à l'interprétation à donner au concept de « handicap » (« disability ») et aux expressions « qui limite considérablement » (« that substantially limits ») et « activités importantes de la vie » (« major life activities »). Voir: *Americans with Disabilities Act Amendments Act of 2008*, Pub. L. 110-325.

²⁴⁰⁵ 42 U.S.C. § 12113(a). Le ADA définit les concepts d'« accommodement raisonnable » (« reasonable accommodation ») et de « contrainte excessive » (« undue hardship ») à 42 U.S.C. § 12111 (9) et (10), respectivement.

²⁴⁰⁶ 42 U.S.C. § 12114.

²⁴⁰⁷ 42 U.S.C. § 12203(a).

²⁴⁰⁸ 42 U.S.C. § 12203(b).

²⁴⁰⁹ 42 U.S.C. § 12201(b).

²⁴¹⁰ *Infra*, section IV.D.2.c)(7), p. 526. À noter que cette loi étatique traite également d'autres motifs de discrimination.

L'autorité administrative responsable d'appliquer le ADA est la EEOC. La procédure à suivre pour le dépôt d'une plainte, les recours, les tribunaux compétents et les mesures de réparations sont également les mêmes que sous le *Title VII*²⁴¹¹.

(4) *Le Equal Pay Act de 1963*

Le *Equal Pay Act de 1963* est l'une des premières lois à avoir été adoptée par le législateur fédéral en matière de discrimination en emploi²⁴¹². En fait, le EPA est un simple amendement au FLSA et non une loi à part entière²⁴¹³, mais aux États-Unis, il est de coutume de faire référence à cet alinéa en citant le nom de la loi qui est à l'origine de cet amendement (« EPA »).

Le EPA interdit la discrimination en emploi fondée sur le sexe dans le paiement des salaires. Il oblige les employeurs couverts à payer un salaire égal à des employés de sexe opposé qui travaillent dans un même établissement et qui exécutent un travail égal dans des postes qui nécessitent des habiletés, des efforts et des responsabilités égales et qui présentent des conditions de travail similaires²⁴¹⁴. Il interdit également aux syndicats d'inciter ou de pousser un employeur à contrevenir à cette règle²⁴¹⁵. Un employeur peut toutefois justifier une telle discrimination si elle résulte d'un système de rémunération fondé sur l'ancienneté ou sur le mérite, d'un système de rémunération basé sur les quantités ou la qualité de la production, ou encore, lorsqu'elle repose sur un facteur autre que le sexe²⁴¹⁶.

Puisque le EPA fait partie intégrante du FLSA, sa couverture est pratiquement identique à celle du FLSA. Ainsi, d'une part, le EPA s'applique à l'employeur dont l'employé qui se plaint de discrimination est « engagé dans le commerce » ou est « engagé dans la production de biens pour le commerce » et, d'autre part, à l'employeur qui est engagé dans le commerce interétatique, qui compte au moins deux employés engagés dans ce type de

²⁴¹¹ Pour plus de détails, voir : *Supra*, IV.D.2.c)(1), p. 512.

²⁴¹² T.R. HAGGARD, *préc.*, note 2357, p. 247.

²⁴¹³ En effet, le EPA n'a fait qu'ajouter un alinéa à l'article 6 du FLSA, soit l'alinéa (d). Voir : T.R. HAGGARD, *préc.*, note 2357, § 1.01 [G], p. 5.

²⁴¹⁴ 29 U.S.C. § 206(d)(1); T.R. HAGGARD, *préc.*, note 2357, chapitre 26, p. 275-280.

²⁴¹⁵ 29 U.S.C. § 206(d)(2).

²⁴¹⁶ 29 U.S.C. § 206(d)(1) ; T.R. HAGGARD, *préc.*, note 2357, chapitre 27, p. 281-286

commerce et dont le chiffre d'affaires est d'au moins 325 000\$²⁴¹⁷. À la différence du FLSA, toutefois, le EPA s'applique aux « *bona fide executive, administrative, and executive employees* », ceux-ci étant exclus de l'application du FLSA mais non de l'application du EPA²⁴¹⁸. Le EPA s'applique également aux employés des gouvernements fédéral, étatique et locaux. Enfin, à l'instar des autres dispositions du FLSA, le EPA n'a pas d'effet de préemption à l'endroit de la législation étatique ou locale qui traite de discrimination salariale fondée sur le sexe, dans la mesure où cette législation est au moins aussi généreuse que le EPA ou, à tout le moins, qu'elle n'entre pas en conflit direct avec celui-ci²⁴¹⁹.

L'autorité administrative responsable d'appliquer le EPA est la EEOC. Cependant, contrairement à la procédure type (i.e. Title VII), l'employé qui croit faire l'objet d'une discrimination interdite par le EPA n'est pas obligé de déposer une plainte devant la EEOC au préalable. Il peut choisir d'intenter un recours directement devant les tribunaux fédéraux. Le délai pour intenter un recours devant les tribunaux ou pour déposer une plainte devant la EEOC, selon le cas, est de 2 ans suite à la dernière pratique discriminatoire, 3 ans en cas de discrimination intentionnelle. Le cheminement de la plainte devant la EEOC, le cas échéant, et les mesures de réparations disponibles devant les tribunaux sont les mêmes que sous le *Title VII*.

(5) *L'article 1981 du Civil Rights Act de 1866*

L'article 1981 du *Civil Rights Act* de 1866²⁴²⁰ interdit la discrimination fondée sur la race dans la formation, les termes, l'administration et l'application de toute forme de contrats, incluant le contrat de travail. Adopté suite à la Guerre Civile Américaine, c'est la plus ancienne des dispositions législatives fédérales en matière de discrimination. Ce n'est toutefois

²⁴¹⁷ T.R. HAGGARD, *préc.*, note 2357, § 25.02, p. 271. Certains secteurs d'activités sont toutefois soumis à des règles différentes.

²⁴¹⁸ 29 U.S.C. § 213(a).

²⁴¹⁹ 29 U.S.C. § 218(a)

²⁴²⁰ 42 U.S.C. § 1981 (ci-après « l'article 1981 »).

qu'à compter de 1975 que les tribunaux ont reconnu son application dans les rapports employeur-employé²⁴²¹.

L'article 1981 s'applique aux employeurs privés, quel que soit leur nombre d'employés, et, à certaines conditions, aux employeurs publics²⁴²². De plus, s'appliquant à toute forme de contrat, il s'applique non seulement au travail salarié, mais également au travail non salarié²⁴²³. Une controverse subsiste toutefois quant à savoir si l'article 1981 s'applique à la relation d'emploi « at-will », en l'absence de contrat formel²⁴²⁴.

L'article 1981 n'interdit que la discrimination raciale intentionnelle. Il ne couvre pas les cas de discrimination indirecte (ou par suite d'un effet préjudiciable)²⁴²⁵. Le concept de « race » a été interprété de façon très large par les tribunaux, recouvrant en quelque sorte les concepts d'origine ethnique et d'origine nationale²⁴²⁶. Enfin, bien qu'il n'interdise pas formellement les mesures de représailles prises contre des plaignants ou des personnes qui exercent leurs droits, les tribunaux ont reconnu que l'article 1981 interdit ces mesures et permet aux victimes d'obtenir réparation²⁴²⁷.

Aucune autorité administrative n'est chargée d'appliquer l'article 1981. Ce sont les parties elles-mêmes qui en assurent l'application auprès des tribunaux²⁴²⁸. Un recours peut être intenté auprès d'un tribunal fédéral ou auprès d'un tribunal étatique de compétence générale dans les 4 ans de la discrimination alléguée. Aucune procédure administrative ne doit être épuisée avant de soumettre le litige aux tribunaux²⁴²⁹.

L'article 1981 n'impose aucun plafond aux dommages punitifs et compensatoires susceptibles d'être réclamés devant les tribunaux. Les mesures de réparation disponibles en vertu de l'article 1981 sont sensiblement les mêmes que celles disponibles sous le Titre VII,

²⁴²¹ T.R. HAGGARD, *préc.*, note 2357, § 1.01[D], p. 4 et 5.

²⁴²² *Id.*, § 22.01, p. 249.

²⁴²³ *Id.*, § 1.01[D], p. 5.

²⁴²⁴ *Id.*, § 22.04, p. 251.

²⁴²⁵ *Id.*, § 22.05, p. 252.

²⁴²⁶ *Id.*, § 22.03, p. 250.

²⁴²⁷ *Id.*, § 22.04, p. 251.

²⁴²⁸ En contexte d'emploi, il s'agira généralement du salarié, mais il pourrait également s'agir d'un travailleur autonome. Voir: *Supra*, note 2423.

²⁴²⁹ *Id.*, § 22.06, p. 252 et 253.

incluant l'embauche, la réintégration, l'indemnité pour salaire perdu, l'injonction, les mesures d'action positive et le remboursement des frais d'avocats²⁴³⁰.

(6) *Le Title II of the Genetic Information Non-Discrimination Act de 2008*

Le *Title II of the Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008*²⁴³¹ interdit la discrimination fondée sur l'information génétique en contexte d'emploi. Il interdit de prendre des décisions d'emploi sur la base d'informations génétiques, restreint l'information génétique que les employeurs, les agences de placement, les syndicats et autres entités assujetties peuvent demander, obtenir et acheter et limite de façon importante la communication et l'échange de l'information génétique²⁴³². Il s'applique aux mêmes employeurs, agences de placement et syndicats que le *Title VII*²⁴³³.

L'« Information génétique » inclut l'information relative aux tests génétiques d'un individu et des membres de sa famille, incluant l'historique médical familial. Elle inclut en outre l'information concernant le recours à des services génétiques ou la participation à une recherche clinique incluant des services génétiques par un individu ou les membres de sa famille²⁴³⁴. Enfin, elle inclut l'information génétique relative à un fœtus porté par un individu ou par un membre de sa famille et l'information génétique d'un embryon appartenant à un individu ou un membre de sa famille utilisé dans le cadre d'une procédure de reproduction assistée²⁴³⁵.

Le GINA interdit la discrimination fondée sur l'information génétique à l'égard de toute dimension de la relation d'emploi, incluant l'embauche, le congédiement, la paie, l'assignation des tâches, la promotion, la mise à pied, la formation, les avantages sociaux ou toute autre condition de travail. Il interdit également de harceler une personne en raison de son

²⁴³⁰ *Id.*, § 22.07, p. 253.

²⁴³¹ 42 U.S.C. §§ 2000ff-2000ff-11 (ci-après « GINA »).

²⁴³² U.S. EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION, *Genetic Information Discrimination*, en ligne : <http://www.eeoc.gov/laws/types/genetic.cfm> (consulté le 12 août 2013).

²⁴³³ 42 U.S.C. § 2000ff(2)(b) et (c).

²⁴³⁴ 42 USC § 2000ff(4), (6) et (7).

²⁴³⁵ 42 USC § 2000ff-8(b).

information génétique²⁴³⁶. Le GINA interdit à l'employeur ou à une autre entité assujettie d'obtenir de l'information génétique relative à un employé, un candidat ou un membre de sa famille²⁴³⁷. Il existe toutefois des exceptions à cette règle. C'est le cas, par exemple, lorsque cette information est obtenue par inadvertance²⁴³⁸, lorsque l'historique médical familial est obtenu dans le cadre d'une demande de congé pour prendre soin d'un membre de la famille²⁴³⁹ ou lorsque cette information est obtenue par le biais de documents commerciaux publics, comme les journaux, les périodiques et les livres²⁴⁴⁰. Il est également interdit pour un employeur ou une autre entité assujettie de divulguer de l'information génétique relative aux candidats, aux employés ou aux membres. Cette information peut toutefois être transmise en toute légalité dans les cas particuliers prévus par la loi²⁴⁴¹. L'employeur et les autres entités assujetties doivent conserver l'information génétique dans un dossier médical séparé²⁴⁴².

Le GINA interdit à quiconque de prendre des mesures de représailles à l'endroit d'un individu en raison du fait que celui-ci a exercé un droit prévu par le GINA, a porté plainte ou a participé à une enquête ou à des procédures prises en vertu du GINA²⁴⁴³.

Tout comme le *Title VII*, le GINA n'a d'effet de préemption à l'endroit de la législation ou de la réglementation étatique adoptée en semblable matière que dans la mesure où la protection qu'elle offre est moindre que celle qu'offre le GINA. En effet, le GINA autorise expressément les États fédérés et les organismes qui relèvent de leur autorité à adopter des règles plus favorables aux individus atteints d'un handicap²⁴⁴⁴.

²⁴³⁶ 42 USC §§ 2000ff-1(a), 2000ff-2(a), 2000ff-3(a) et 2000ff-4(a).

²⁴³⁷ 42 USC §§ 2000ff-1(b), 2000ff-2(b), 2000ff-3(b) et 2000ff-4(b).

²⁴³⁸ 42 USC §§ 2000ff-1(b)(1), 2000ff-2(b)(1), 2000ff-3(b)(1) et 2000ff-4(b)(1).

²⁴³⁹ 42 USC §§ 2000ff-1(b)(3), 2000ff-2(b)(3), 2000ff-3(b)(3) et 2000ff-4(b)(3).

²⁴⁴⁰ 42 USC §§ 2000ff-1(b)(4), 2000ff-2(b)(4), 2000ff-3(b)(4) et 2000ff-4(b)(4).

²⁴⁴¹ 42 U.S.C. § 2000ff-5(b).

²⁴⁴² 42 U.S.C. § 2000ff-5(a).

²⁴⁴³ 42 U.S.C. § 2000ff-6(f).

²⁴⁴⁴ 42 U.S.C. § 2000ff-8(a)(1).

L'autorité responsable d'appliquer le GINA est la EEOC²⁴⁴⁵. La procédure à suivre pour le dépôt d'une plainte, les recours, les tribunaux compétents et les mesures de réparations sont les mêmes que sous le *Title VII*²⁴⁴⁶.

(7) *La Massachusetts Fair Employment Practices Law*

*La Massachusetts Fair Employment Practices Law*²⁴⁴⁷ interdit la discrimination dans différents contextes de la vie civile, dont l'emploi. Elle s'applique aux employeurs privés qui emploient un minimum de 6 salariés et aux employeurs publics, à l'exception de certains organismes sans but lucratif ou voués à des fins sociales, charitables, éducationnelles ou religieuses²⁴⁴⁸. Elle s'applique également aux agences de placement²⁴⁴⁹ et aux syndicats²⁴⁵⁰.

La MFEPL interdit à un employeur de refuser d'embaucher ou d'employer, de congédier ou de discriminer un individu dans sa rémunération ou dans ses conditions de travail en raison de sa race, de sa couleur, de sa croyance religieuse, de son origine nationale, de son sexe, de son identité sexuelle, de son orientation sexuelle, de son information génétique, de son ascendance²⁴⁵¹ ou de son âge²⁴⁵², à moins que cette discrimination ne soit fondée sur une exigence d'emploi authentique. Elle interdit également à un employeur de discriminer un employé ou un candidat à un poste en raison de sa croyance religieuse, de sa religion²⁴⁵³ ou de son handicap²⁴⁵⁴, à moins qu'il ne démontre qu'il lui est impossible d'accommoder de façon raisonnable cette personne sans subir une contrainte excessive. Enfin, elle interdit à un employeur ou à une agence de placement de discriminer un employé ou un candidat à un poste en raison de son appartenance à un corps militaire ou de ses obligations en matière de service

²⁴⁴⁵ 42 U.S.C. § 2000ff(1) (la EEOC est l'autorité d'application du Title II du GINA uniquement).

²⁴⁴⁶ *Supra*, IV.D.2.c)(1), p. 512.

²⁴⁴⁷ M.G.L., c. 151B (ci-après « MFEPL »).

²⁴⁴⁸ M.G.L., c. 151B, § 1(5).

²⁴⁴⁹ M.G.L., c. 151B, § 1(2).

²⁴⁵⁰ M.G.L., c. 151B, § 1(3).

²⁴⁵¹ M.G.L., c. 151B, § 4(1).

²⁴⁵² M.G.L., c. 151B, § 4(1B). Le terme « âge » possède toutefois un sens particulier dans cette loi. Ainsi, l'âge se limite à la durée écoulée depuis l'anniversaire de naissance d'un individu au-delà de 40 ans. M.G.L., c. 151B, § 1(8).

²⁴⁵³ M.G.L., c. 151B, § 4(1A).

²⁴⁵⁴ M.G.L., c. 151B, § 4(16).

militaire²⁴⁵⁵. L'unique forme de harcèlement discriminatoire interdit par la MFEPL est le harcèlement sexuel²⁴⁵⁶.

Cette loi interdit à un employeur ou à une agence de placement de refuser d'embaucher, d'employer ou de référer une personne sur la base de l'information génétique ou de l'historique médical familial de cette personne. Elle interdit également à un employeur ou à une agence de placement de faire de la divulgation d'information génétique ou de l'administration d'un test génétique une condition d'emploi, d'offrir à une personne un incitatif pour subir un test génétique ou pour dévoiler de l'information génétique, de questionner une personne sur son information génétique ou sur celle de membres de sa famille, d'utiliser les résultats de tests génétiques ou de l'information génétique pour déterminer les conditions de travail d'un employé et de mettre fin à l'emploi ou de refuser de renouveler l'emploi d'une personne sur la base de tests génétiques ou d'information génétique²⁴⁵⁷.

La MFEPL interdit à un employeur ou à une agence de placement de recourir un formulaire d'emploi, une publicité ou une forme de publication, ou encore, de tenir une entrevue, qui exprime, directement ou indirectement, une préférence fondée sur un motif de discrimination interdit, à moins que cela ne soit justifié par une exigence d'emploi authentique (*bona fide occupational qualification*)²⁴⁵⁸. De plus, elle encadre de façon très stricte les renseignements relatifs aux antécédents judiciaires et au dossier criminel d'un employé ou d'un candidat à un poste qu'un employeur est susceptible d'obtenir, de conserver, d'utiliser et de considérer à des fins d'emploi²⁴⁵⁹.

Ne sont pas considérées des pratiques discriminatoires en vertu de la MFEPL le fait pour un employeur, un syndicat ou une agence de placement de respecter les termes et les modalités d'un système d'ancienneté (*bona fide seniority system*) ou d'un régime d'avantages

²⁴⁵⁵ M.G.L., c. 151B, § 4(1D).

²⁴⁵⁶ M.G.L., c. 151B, § 4(16A).

²⁴⁵⁷ M.G.L., c. 151B, § 4(19(a)).

²⁴⁵⁸ M.G.L., c. 151B, § 4(3).

²⁴⁵⁹ M.G.L., c. 151B, § 4(9) et (9 ½).

sociaux (bona fide employee benefit plan) (17(a)). Elle autorise également la retraite obligatoire à 65 ans dans certains cas (17(b)) et à 70 ans dans d'autres (17(c)).

Enfin, la MFEPL interdit à quiconque de discriminer ou de prendre des mesures de représailles à l'endroit d'une personne en raison du fait qu'elle s'est opposée à une pratique interdite prévue par cette loi, qu'elle a exercé un droit prévu par cette loi ou qu'elle a porté plainte ou a participé à une enquête ou à des procédures prises en vertu de cette loi²⁴⁶⁰.

L'autorité administrative chargée d'appliquer la MFEPL est la *Massachusetts Commission Against Discrimination*²⁴⁶¹. La personne qui croit avoir fait l'objet d'une discrimination interdite par le MFEPL doit déposer une plainte auprès de la MCAD²⁴⁶². Cette plainte doit être déposée auprès de la Commission dans les 300 jours qui suivent le dernier acte discriminatoire reproché²⁴⁶³. Bien que cette plainte puisse être déposée par la poste, elle est généralement déposée en personne, aux bureaux de la Commission²⁴⁶⁴. Un membre du personnel rencontre le plaignant et s'assure de la compétence de la MCAD, après quoi il assiste le plaignant à rédiger une plainte officielle. Si la plainte est officiellement reçue, un avis est transmis au plaignant²⁴⁶⁵. Une copie de la plainte et un avis sont également transmis à l'intimé²⁴⁶⁶. Ce dernier a 21 jours pour répondre à la plainte et donner sa version des faits par écrit²⁴⁶⁷.

Après l'expiration du délai accordé à l'intimé pour répondre à plainte, la Commission convoque une « *Investigative Conference* »²⁴⁶⁸. Cette conférence, présidée par un « *Investigator Commissioner* » responsable de l'enquête²⁴⁶⁹, a pour but de réviser l'ensemble de la preuve associée à la plainte, tout en donnant l'occasion aux parties de régler le dossier. Le « *Investigator Commissioner* » doit déterminer si le dossier présente une cause probable de

²⁴⁶⁰ M.G.L., c. 151B, § 4(4) et (4A).

²⁴⁶¹ M.G.L., c. 6, § 56; M.G.L., c. 151B, §§ 1(7), 2 et 3(6) (ci-après « MCAD » ou « Commission », selon le cas).

²⁴⁶² MASSACHUSETTS COMMISSION AGAINST DISCRIMINATION, *Rules of Procedure*, 804 CMR § 1.10(1), (4) et (5).

²⁴⁶³ 804 CMR § 1.10(2).

²⁴⁶⁴ *Id.*

²⁴⁶⁵ 804 CMR § 1.10(7)(a).

²⁴⁶⁶ 804 CMR § 1.10(7)(b).

²⁴⁶⁷ 804 CMR § 1.10(8).

²⁴⁶⁸ 804 CMR § 1.13(5).

²⁴⁶⁹ 804 CMR § 1.13(2).

discrimination (« *Probable Cause Finding* ») ou non (« *Lack of Probable Cause Finding* »)²⁴⁷⁰. S'il détermine que le dossier présente une cause probable de discrimination, il convoque les parties à une audition publique (« *Public Hearing* ») afin d'entendre l'affaire au fond²⁴⁷¹. L'intimé peut cependant faire réviser cette décision dans les 30 jours²⁴⁷². S'il détermine plutôt que le dossier ne présente pas une telle cause, le plaignant pourra en appeler dans les dix jours de la réception de la décision²⁴⁷³. L'appel est entendu par le même « *Investigator Commissioner* » dans le cadre d'une audition informelle. Si la décision est maintenue, la plainte est rejetée et le dossier est clos. Si la décision est renversée, toutefois, elle est alors fixée pour audition au fond (« *Public Hearing* »)²⁴⁷⁴.

La *Public Hearing* donne lieu à une procédure contradictoire présidée par un *Hearing Commissioner* (ou un *Hearing Officer*) de la Commission²⁴⁷⁵. Celui-ci entend les témoins sous serment et prend connaissance de la preuve versée au dossier. Il entend également les arguments des parties, qui peuvent être représentées par avocat²⁴⁷⁶. Lorsque le plaignant n'est pas représenté par avocat, c'est un avocat de la Commission qui est chargé de mener le dossier. Une fois l'audition terminée, le *Hearing Commissioner* prend connaissance des mémoires des parties et rend sa décision²⁴⁷⁷. Si la décision est favorable à l'intimé, le dossier est clos. Si la décision est favorable au plaignant, toutefois, différentes mesures de réparation sont disponibles, parmi lesquelles la condamnation au salaire et avantages perdus, la condamnation à des dommages moraux, la condamnation à des honoraires raisonnables d'avocats et la condamnation aux frais²⁴⁷⁸. La Commission ne peut toutefois condamner l'intimé à des dommages punitifs²⁴⁷⁹. Le décision du *Hearing Commissioner* est susceptible de

²⁴⁷⁰ 804 CMR § 1.15(7)(a) et (b).

²⁴⁷¹ 804 CMR § 1.20.

²⁴⁷² 804 CMR § 1.15(7)(c).

²⁴⁷³ 804 CMR § 1.15(7)(d).

²⁴⁷⁴ 804 CMR § 1.20.

²⁴⁷⁵ 804 CMR § 1.21(1).

²⁴⁷⁶ 804 CMR § 1.21.

²⁴⁷⁷ 804 CMR § 1.21(18).

²⁴⁷⁸ 804 CMR § 1.22.

²⁴⁷⁹ MASSACHUSETTS COMMISSION AGAINST DISCRIMINATION, *Know The Facts : A Practical Guide to the Complaint Process at the MCAD*, 2012, en ligne : <http://www.mass.gov/mcad/> (consulté le 12 août 2013).

révision par la Commission (Full Commission Review)²⁴⁸⁰. Cette décision de la Commission est finale et susceptible d'exécution²⁴⁸¹. Elle peut cependant faire l'objet d'une révision judiciaire²⁴⁸².

Quatre-vingt-dix jours après avoir déposé une plainte auprès de la MCAD, le plaignant a le droit de retirer celle-ci et d'intenter lui-même une poursuite devant les tribunaux judiciaires. Il ne peut toutefois le faire plus de trois ans après le dernier acte discriminatoire reproché ou après l'audition au fond du dossier par la Commission. Pour ce faire, le plaignant doit intenter une action devant les tribunaux et en aviser la Commission par écrit. Cette action doit être déposée dans les trois ans qui suivent le dernier acte discriminatoire reproché²⁴⁸³.

d) Les pratiques interdites

Tout comme au Québec, les pratiques interdites au Massachusetts sont des comportements particuliers que la loi prohibe afin de protéger l'exercice de certains droits et activités prévus par la loi ou afin de permettre l'accomplissement de certaines responsabilités civiques. On retrouve des pratiques interdites dans de nombreux textes de loi au Massachusetts. Elles ne se limitent pas aux lois du travail. Ce type de disposition est appelé « *Anti-retaliation Provisions* » aux États-Unis. On utilise aussi parfois l'expression « *prohibition against retaliation* ».

Plusieurs lois fédérales comportent de telles dispositions. Ainsi, le *Title VII* du *Civil Rights Act* de 1964 interdit à un employeur de discriminer un employé ou un candidat à un emploi, ou à un syndicat de discriminer un membre ou un aspirant membre, en raison du fait qu'il s'est opposé à une pratique illégale prévue par ce titre ou qu'il a déposé une plainte, témoigné, aidé ou participé à une enquête, une procédure ou un audition tenue en vertu de ce titre²⁴⁸⁴. Le *Age Discrimination in Employment Act* interdit à un employeur de discriminer un

²⁴⁸⁰ 804 CMR § 1.23.

²⁴⁸¹ 804 CMR §§ 1.24(1) et 1.25.

²⁴⁸² 804 CMR § 1.24.

²⁴⁸³ MASSACHUSETTS COMMISSION AGAINST DISCRIMINATION, *Fact Sheet: Complainant's Right to Pursue a Claim in Court*, 2007, en ligne : <http://www.mass.gov/mcad/courtfactsht.html> (consulté le 12 août 2013).

²⁴⁸⁴ 42 U.S.C. § 2000e-3(a).

employé qui a déposé une plainte ou qui aidé ou participé à une enquête ou à des procédures intentées en vertu de cette loi²⁴⁸⁵. Le *American with Disabilities Act* interdit à quiconque de discriminer un individu en raison du fait qu'il s'est opposé à un comportement ou une pratique illégale en vertu de cette loi ou qu'il a déposé une plainte, a rendu un témoignage ou a aidé ou participé à la tenue d'une enquête, d'une procédure ou d'une audition tenue en vertu de cette loi²⁴⁸⁶. Le *Employee Retirement Income Security Act* interdit à quiconque de congédier, de faire payer une amende, de suspendre, d'expulser, de discipliner ou de discriminer un participant ou un bénéficiaire en raison du fait qu'il a exercé un droit prévu par un plan d'avantages ou qu'il a fourni de l'information ou a témoigné ou est sur le point de témoigner dans le cadre d'une enquête ou d'une procédure tenue en vertu de cette loi²⁴⁸⁷. Le *Fair Labor Standards Act* interdit à quiconque de congédier ou de discriminer un employé en raison du fait qu'il a déposé une plainte, est à l'origine d'une intentée en vertu de cette loi ou a témoigné ou est sur le point de témoigner dans le cadre d'une telle procédure ou a siégé ou est sur le point de siéger sur un comité d'industrie²⁴⁸⁸. Le *National Labor Relations Act* interdit à un employeur d'adopter des mesures de représailles à l'encontre d'un employé qui a participé à des activités concertées protégées ou à la mise en place d'un syndicat²⁴⁸⁹. Le *Family and Medical Leave Act* interdit à un employeur de discriminer un employé qui a bénéficié d'un congé en vertu de cette loi ou de préjudicier un tel employé dans le cadre de décisions en matière d'emploi, comme l'embauche, la promotion ou l'administration de la discipline²⁴⁹⁰. Il interdit également à un employeur d'entraver, d'empêcher ou de refuser à un employé d'exercer un droit prévu par cette loi²⁴⁹¹ et d'user de mesures de représailles à l'endroit d'un employé qui s'est opposé à une pratique illégale en vertu de cette loi²⁴⁹² ou qui a instigué ou a participé à une enquête ou autre procédure contre l'employeur en vertu de cette loi²⁴⁹³. Le

²⁴⁸⁵ 29 U.S.C. § 623(d).

²⁴⁸⁶ 42 U.S.C. § 12203(a).

²⁴⁸⁷ 29 U.S.C. § 1140.

²⁴⁸⁸ 29 U.S.C. § 215(a)(3). Le FLSA interdit également à un employeur de congédier ou autrement discriminer un employé dans ses conditions de travail sur la base de motifs particuliers: 29 USC § 218c.

²⁴⁸⁹ 29 U.S.C. § 158.

²⁴⁹⁰ 29 U.S.C. § 2654; 29 CFR § 825.220(c).

²⁴⁹¹ 29 U.S.C. § 2615(a)(1).

²⁴⁹² 29 U.S.C. § 2615(a)(2).

²⁴⁹³ 29 U.S.C. § 2615(b).

Occupational Safety and Health Act interdit à un employeur de renvoyer ou discriminer de quelque façon que ce soit un salarié en raison du fait qu'il a exercé un droit prévu par cette loi, qu'il a déposé une plainte ou est à l'origine d'une poursuite prise contre son employeur en vertu de cette loi ou a témoigné ou est sur le point de témoigner dans le cadre d'une telle poursuite²⁴⁹⁴. Enfin, des lois fédérales protègent également certains droits et devoirs civiques, comme celui de siéger sur un grand jury²⁴⁹⁵.

De nombreuses lois étatiques prévoient également de telles dispositions. Ainsi, le *Massachusetts Anti-Discrimination Statute* interdit à quiconque de congédier, expulser ou autrement discriminer une personne en raison du fait qu'elle s'est opposée à une pratique interdite ou qu'elle a déposé une plainte, témoigné ou participé à une procédure tenue en vertu de cette loi. Il interdit également à quiconque d'intimider ou de menacer un employé de représailles en raison de l'exercice d'un droit prévu par cette loi²⁴⁹⁶. La *Massachusetts Workers Compensation Law* prévoit qu'un employeur ne peut congédier, refuser d'embaucher ou autrement discriminer un employé en raison du fait qu'il a exercé un droit prévu par cette loi²⁴⁹⁷. Le *Massachusetts Payment of Wages Statute* prévoit qu'un employé ne peut être pénalisé de quelque façon que ce soit par un employeur pour avoir posé un acte en vue de faire respecter ses droits en vertu des dispositions relatives au salaire et aux heures de travail prévues à cette loi²⁴⁹⁸. On retrouve également des dispositions de même nature à la *Massachusetts Minimum Wage/Overtime Law*²⁴⁹⁹ et à la *Massachusetts Equal Pay Act*²⁵⁰⁰. Enfin, des lois étatiques protègent l'exercice de certains droits et devoirs civiques, comme celui de siéger sur un jury²⁵⁰¹, de voter²⁵⁰² ou de faire du service militaire²⁵⁰³.

²⁴⁹⁴ 29 U.S.C. § 660(c)(1).

²⁴⁹⁵ 28 U.S.C. § 1875.

²⁴⁹⁶ M.G.L., c. 151B, § 4(4).

²⁴⁹⁷ M.G.L., c. 152, § 75B.

²⁴⁹⁸ M.G.L., c. 149, § 148A.

²⁴⁹⁹ M.G.L., c. 151, § 19(1).

²⁵⁰⁰ M.G.L., c. 149, § 105B.

²⁵⁰¹ M.G.L. c. 268, § 14A.

²⁵⁰² M.G.L. ch. 149, § 178.

²⁵⁰³ M.G.L. ch. 149, § 52A.

À l'instar de la situation qui prévaut au Québec, les recours associés à ces pratiques interdites prévoient généralement une présomption qui opèrent un renversement de preuve lorsque le salarié a démontré qu'il rencontre les conditions d'ouverture du recours²⁵⁰⁴. Pour ce faire, le salarié doit faire la preuve *prima facie* : (1) qu'il a exercé une activité protégée, connue de l'employeur; (2) que l'employeur a pris à son endroit une décision qui lui est préjudiciable (« adverse employment action »); et (3) qu'il y a un lien causal entre l'activité protégée et la décision préjudiciable²⁵⁰⁵. En matière de causalité, toutefois, la preuve de la concomitance (« *temporal proximity* ») entre l'activité protégée et la décision préjudiciable est nécessaire, mais ne suffit pas²⁵⁰⁶. Une fois cette preuve faite, il appartient alors à l'employeur de démontrer qu'il a pris la décision préjudiciable sur la base de motifs légitimes non-discriminatoires. Si ce dernier s'acquitte de ce fardeau, il y a un nouveau renversement du fardeau de preuve. En vertu de la législation fédérale, l'employé doit alors démontrer que la raison invoquée par l'employeur est un prétexte et que la véritable intention de l'employeur était d'exercer des représailles contre l'employé (« retaliation animus »). En vertu de la législation étatique, l'employé doit plutôt démontrer que l'intention de représailles est un facteur déterminant dans le cadre de la décision prise par l'employeur²⁵⁰⁷.

Les recours en matière de pratiques interdites sont habituellement intentés par le plaignant lui-même devant les tribunaux judiciaires compétents, fédéraux ou étatiques, selon le cas. Dans certains cas, toutefois, le dépôt préalable d'une plainte auprès de l'autorité administrative responsable d'appliquer la loi est nécessaire, à défaut de quoi le recours sera rejeté au stade préliminaire (« *exhaustion of administrative remedies* »). C'est le cas, notamment, des recours intentés en vertu du *Title VII* ou du *Massachusetts Anti-Discrimination Statute*, où des plaintes doivent être déposées respectivement devant la *Equal Employment Opportunity Commission* ou la *Massachusetts Commission Against*

²⁵⁰⁴ *Ruffino v. State Street Bank and Trust Co.*, 908 F.Supp. 1019, 1045 (D. Mass. 1995); Lisa COONEY, « Understanding and Preventing Workplace Retaliation », 88 :1 *Massachusetts Law Review* (2003), en ligne : <http://www.massbar.org/publications/massachusetts-law-review/2003/v88-n1/understanding-and-preventing-workplace-retaliation>).

²⁵⁰⁵ Ce fardeau de preuve est sensiblement le même en vertu de la législation fédérale et de la législation étatique, bien que celui-ci serait légèrement plus exigeant en vertu de la législation étatique.

²⁵⁰⁶ *Piderit v. Siegal & Sons Investments, Ltd.*, 55 Mass. App. Ct. 11 (2002).

²⁵⁰⁷ *Lipchitz v. Raytheon Co.*, 434 Mass. 493, 508 (SJC, 2001).

*Discrimination*²⁵⁰⁸. L'employeur contrevenant s'expose à des ordonnances de la nature de l'injonction (incluant la réintégration) et au paiement de dommages compensatoires et punitifs. Il s'expose également au remboursement des frais raisonnables d'avocat encourus par le plaignant²⁵⁰⁹.

3. Différences observées

L'intervention directe du législateur dans les conditions de travail se fait principalement par le biais des lois particulières, qui constituent aujourd'hui l'une des composantes les plus importantes du droit du travail²⁵¹⁰. On peut regrouper celles-ci en deux catégories, soit les lois du travail à strictement parler et les lois d'application générale. Alors que les lois du travail ont pour vocation principale de régir les rapports entre un employeur et ses salariés, les lois d'application générale, quant à elles, ont généralement une autre vocation (par exemple, interdire la discrimination, protéger les droits fondamentaux, indemniser les victimes d'accidents du travail ou de maladies professionnelles), mais elles peuvent néanmoins, de façon incidente, s'appliquer à ces rapports, ce qui n'empêche pas la présence dans ces lois de dispositions particulières visant spécifiquement le milieu du travail²⁵¹¹.

L'exercice de comparaison et d'analyse effectué à la présente section porte autant sur les lois du travail que sur les lois d'application générale applicables en contexte d'emploi, parmi lesquelles on retrouve, notamment, les lois relatives aux droits et libertés de la personne.

a) Au niveau de la formation du rapport salarial

L'objectif de la présente section est de comparer les dispositions applicables à la phase de la formation du rapport salarial qu'on retrouve dans les lois du Québec à celles qu'on retrouve dans les lois applicables au Massachusetts afin d'en faire ressortir les principales différences.

²⁵⁰⁸ Lisa COONEY, *préc.*, note 2504.

²⁵⁰⁹ *Id.*

²⁵¹⁰ P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 32 et 45-54.

²⁵¹¹ *Bell Canada c. Québec, préc.*, note 370; *Compagnie des chemins de fer nationaux c. Courtois*, [1988] 1 R.C.S. 868; *Alltrans Express Ltd. c. Colombie-Britannique (WCB)*, *préc.* note 377; *Purolator Courier c. Hamelin, préc.*, note 369.

Ces dispositions demeurent toutefois relativement peu nombreuses. En effet, la plupart des lois du travail prévoient des règles qui s'appliquent au rapport salarial une fois celui-ci formé, donc une fois l'embauche réalisée.²⁵¹² De telles règles existent néanmoins. Parmi celles-ci, on retrouve des règles qui traitent de l'âge minimal requis pour travailler ((1)), des pratiques interdites en contexte d'embauche ((2)) et de la discrimination en contexte d'embauche ((3))²⁵¹³.

(1) *L'âge minimal requis pour travailler*

Au Québec, l'âge minimal requis pour travailler est de 14 ans. L'embauche d'un enfant de moins de 14 ans demeure possible, mais nécessite le consentement écrit du titulaire de l'autorité parentale. L'employeur doit également s'assurer que le travail pour lequel le mineur est embauché est susceptible d'être réalisé par un mineur. En effet, la L.n.t. prévoit expressément qu'un employeur ne peut faire effectuer à un enfant un travail qui est disproportionné en regard de ses capacités ou qui est susceptible de compromettre son éducation ou de nuire à sa santé ou à son développement physique ou moral²⁵¹⁴.

Au Massachusetts, l'âge minimal requis pour travailler est réglementé par le *Fair Labor Standards Act* et les *Massachusetts Child Labor Laws*. Lorsque ces lois diffèrent sur un point particulier, ces sont les dispositions les plus protectrices qui trouvent application. En vertu du FLSA, l'âge minimum pour travailler est officiellement de 16 ans. Dans le faits,

²⁵¹² La plupart d'entre elles ne s'appliquent donc pas – ou prévoient peu de règles applicables – à la formation du rapport salarial comme telle. À titre d'exemple, la L.n.t. prévoit les normes minimales du travail applicables à la relation d'emploi une fois le salarié embauché et la L.s.s.t. prévoit différentes mesures en vue d'assurer un milieu de travail sécuritaire pour les travailleurs. Bien entendu, le contrat de travail ne peut prévoir des conditions de travail moindres que celles prévues à ces lois, mais il demeure que ces lois ne réglementent pas *la formation* du rapport salarial comme telle : elles en réglementent plutôt *le contenu*.

²⁵¹³ On retrouve également des dispositions qui traitent du droit légal de travailler et des qualifications professionnelles requises pour occuper certains emplois. Ainsi, l'article 30(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (L.C. 2001, c. 27) prévoit que le candidat à un emploi doit être citoyen canadien ou résident permanent du Canada et qu'un étranger ne peut travailler au Canada que s'il possède un permis de travail de *Citoyenneté et Immigration Canada*. L'article 32 du *Code des professions* (L.R.Q., c. C-26) et l'article 42 de la *Loi sur la formation et la qualification professionnelles de la main-d'œuvre* (L.R.Q., c. F-5), quant à eux, assujettissent l'exercice de certaines professions et de certains métiers à la présence de qualifications professionnelles particulières. Pour des raisons d'ordre pratique, toutefois, nous n'inclurons pas ces questions dans notre comparaison.

²⁵¹⁴ *Supra*, section IV.D.1.a)(5), p. 424.

toutefois, une réglementation du *US Department of Labor* a eu pour effet d'abaisser ce seuil à 14 ans²⁵¹⁵. Ainsi, seul un mineur de moins de 14 ans ne peut généralement occuper un emploi régi par le FLSA, à moins que l'emploi ne fasse l'objet d'une exemption²⁵¹⁶. En outre, compte tenu des règles applicables au travail des enfants prévues au FLSA et aux *Massachusetts Child Labor Laws*, l'employeur doit vérifier l'âge du mineur au moment de l'embauche afin de s'assurer qu'il possède l'âge minimal requis pour exécuter le travail en toute légalité. En effet, certains emplois ne peuvent être occupés par des mineurs (i.e. personnes âgées de moins de 18 ans), tandis que d'autres ne peuvent être occupés par des mineurs de moins de 16 ans. L'âge du mineur a également un impact sur le nombre d'heures qu'il est susceptible de travailler par jour et par semaine, de même que sur son horaire de travail²⁵¹⁷.

Dans l'ensemble, les règles relatives à l'âge minimum requis pour travailler dans les territoires étudiés sont très semblables. Ainsi, tant au Québec qu'au Massachusetts, l'âge minimal requis pour travailler est de 14 ans. En outre, les règles applicables au travail des enfants imposent à l'employeur de s'assurer que le mineur possède l'âge minimum requis pour occuper certains postes et pour travailler en fonction d'un certain horaire.

(2) *Les pratiques interdites en contexte d'embauche*

La législation québécoise prévoit de nombreuses pratiques interdites. Or, la majorité de celles-ci ne trouve pas application en contexte d'embauche. En effet, la plupart des dispositions législatives applicables en la matière utilisent la formulation suivante, « il est interdit à un employeur de congédier, de suspendre ou de déplacer un salarié, d'exercer à son endroit des mesures discriminatoires ou des représailles ou de lui imposer toute autre sanction », pour des raisons ou des motifs qui varient selon la loi impliquée. Dans ces cas, le « refus d'embauche » n'est pas une pratique interdite, cette mesure n'étant pas énumérée. De plus, la plupart de ces dispositions législatives confèrent des droits et des recours au « salarié », au « travailleur », à l' « employé » ou au « membre du personnel ».

²⁵¹⁵ Bien que la réglementation du *US Department of Labor* prévoit que l'âge minimal pour travailler est en principe de 16 ans (29 CFR § 570.2), une autre disposition réglementaire a pour effet d'abaisser cette âge à 14 ans (29 CFR § 570.119).

²⁵¹⁶ *Supra*, section IV.D.2.a)(4), p. 485.

²⁵¹⁷ *Infra*, section IV.D.3.b)(1)(i), p. 568.

Un certain nombre de pratiques interdites trouvent tout de même application en contexte d'embauche. Dans ces cas, les dispositions législatives pertinentes interdisent aussi le « refus d'embauche » et confèrent des droits et recours non seulement au « salarié », au « travailleur », à l' « employé » ou au « membre du personnel », selon le cas, mais aussi au « candidat à un emploi », à toute « personne », ou encore, à « quiconque ». Ainsi, le *Code du travail* du Québec prévoit qu'un employeur ne peut refuser d'employer une personne en raison de l'exercice par celle-ci d'un droit qui lui résulte dudit code²⁵¹⁸. Un employeur ne pourrait refuser d'embaucher une personne parce qu'elle a participé à la mise sur pied d'un syndicat au sein d'une entreprise, ou encore, parce qu'elle a témoigné contre un ancien employeur dans le cadre d'un recours intenté en vertu du C.t. La *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, de son côté, prévoit qu'une personne ne peut refuser d'embaucher un travailleur parce que celui-ci a été victime d'une lésion professionnelle, lorsque le travailleur est capable d'exercer l'emploi concerné²⁵¹⁹. Enfin, la *Charte de la langue française* du Québec interdit à un employeur d'exiger la connaissance d'une autre langue que le français pour avoir accès à un emploi, à moins que celle-ci soit nécessaire pour l'accomplissement des tâches²⁵²⁰.

Au Massachusetts, la législation prévoit aussi de nombreuses pratiques interdites. Contrairement au Québec, toutefois, une proportion importante de ces pratiques s'appliquent en contexte d'embauche. Ainsi, une majorité de pratiques interdites prévues par la législation fédérale s'appliquent dans un tel contexte. C'est les cas des pratiques interdites prévues au *Title VII* du *Civil Rights Act* de 1964, au *Age Discrimination in Employment Act*, au *American with Disabilities Act*, au *National Labor Relations Act* et au *Family and Medical Leave Act*. Par contre, seule une minorité des pratiques interdites prévues par la législation étatique s'appliquent en contexte d'embauche. C'est le cas des pratiques interdites prévues au *Massachusetts Anti-Discrimination Statute* et à la *Massachusetts Workers Compensation Law*. L'une des raisons pouvant expliquer cette différence est que contrairement à la situation qui prévaut au Québec, un nombre important de pratiques interdites au Massachusetts sont prévues par des « *anti-discrimination statutes* ». Or, ces lois visent à assurer le libre emploi,

²⁵¹⁸ C.t., art. 14.

²⁵¹⁹ L.a.t.m.p., art. 243.

²⁵²⁰ C.l.f., art. 46.

sans discrimination. C'est pourquoi ces lois interdisent non seulement la discrimination en cours d'emploi et en contexte de fin d'emploi, mais également en contexte d'embauche. Il est donc logique que les pratiques interdites qu'elles énoncent s'appliquent également dans ce contexte. De plus, ces lois sont beaucoup plus nombreuses au Massachusetts qu'au Québec, principalement en raison du fait que les différents motifs de discrimination sont interdits par un nombre élevé de lois.

Enfin, il existe des différences au niveau des recours en matière de pratiques interdites et de la procédure à suivre dans le cadre de ces recours. Or, comme la grande majorité des pratiques interdites s'appliquent en cours ou en fin d'emploi plutôt qu'en contexte d'embauche, celles-ci seront étudiées lorsque nous aborderons ces questions²⁵²¹.

(3) *L'interdiction de la discrimination en contexte d'embauche*

La plupart des dispositions des lois du travail ne s'appliquent normalement au rapport salarial qu'une fois celui-ci formé, donc suite à l'embauche. Les dispositions qui interdisent la discrimination en emploi, toutefois, sont de nature différente. Elles visent à prohiber la discrimination non seulement en cours d'emploi ou au moment de renvoyer un salarié, mais également au moment d'embaucher un salarié²⁵²². Contrairement à la plupart des dispositions des lois du travail, donc, elles s'appliquent aux étapes qui précèdent l'embauche formelle du salarié, donc au recrutement, à la sélection et à l'embauche comme telle.

Au Québec, les dispositions qui interdisent la discrimination en contexte d'emploi sont principalement prévues à la *Charte des droits et libertés de la personne*²⁵²³. L'article 16 C.d.l.p. énumère ainsi pas moins de 12 situations d'emploi distinctes où la discrimination est interdite, notamment en matière d'embauche, auxquelles s'ajoutent des règles particulières susceptibles de s'appliquer en matière de recrutement et de sélection, notamment en matière d'affichage et de collecte de renseignements. Les motifs de discrimination interdits sont également très nombreux. La C.d.l.p. énumère ainsi un total de quinze motifs interdits,

²⁵²¹ *Infra*, sections IV.D.3.b)(4) et IV.D.3.c)(4).

²⁵²² En fait, ces dispositions font généralement partie d'un ensemble plus large de dispositions qui prohibent la discrimination dans différentes situations de la vie courante, dont l'emploi.

²⁵²³ C.d.l.p., art. 16, 18, 18.1, 18.2.

auxquels on doit ajouter les règles applicables en matière d'antécédents judiciaires. La C.d.l.p. prévoit toutefois des tempéraments à l'interdiction de la discrimination en contexte d'emploi lorsqu'une exigence est fondée sur les aptitudes ou les qualités requises par un emploi (i.e. exigence professionnelle justifiée) ou, dans le cas d'une institution sans but lucratif ou vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique, lorsque qu'une telle exigence est justifiée par le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif de l'institution. Enfin, notons que la C.d.l.p. s'applique à tous les employeurs, sauf aux employeurs qui relèvent de la compétence d'exception du fédéral. Sa couverture est donc très importante.

Au Massachusetts, l'interdiction de la discrimination en contexte d'emploi découle à la fois de la législation fédérale et de la législation étatique. En effet, la législation fédérale en la matière n'a pas d'effet péremptoire à l'endroit de la législation étatique lorsque celle-ci prévoit des modalités plus avantageuses pour les travailleurs. L'interdiction de la discrimination en emploi d'origine fédérale découle de plusieurs textes de loi. En effet, aux États-Unis, il n'existe pas de texte de loi fédéral unique énumérant l'ensemble des motifs de discrimination prohibés et établissant des règles uniformes en matière de discrimination en emploi, comme c'est le cas en vertu de la législation québécoise. Les différents motifs de discrimination interdits par la législation fédérale ne sont donc pas soumis à des règles uniformes et, par conséquent, ne s'appliquent pas tous aux mêmes employeurs. L'interdiction de la discrimination en emploi d'origine étatique, toutefois, découle d'un texte de loi unique, le *Massachusetts Fair Employment Practices Act*, à l'instar de la situation qui prévaut au Québec. Ceci comporte de nombreux avantages, dont le fait de regrouper au sein d'une même loi les différents motifs de discrimination interdits et de soumettre ceux-ci aux mêmes règles, à la même couverture de la loi et aux mêmes recours. Qu'elle soit d'origine fédérale ou étatique, l'interdiction de la discrimination en emploi s'applique à toutes les facettes de l'emploi, incluant l'embauche. La discrimination fondée sur une exigence d'emploi raisonnablement nécessaire au fonctionnement normal de l'entreprise (« *bona fide occupational qualification* ») et adoptée de bonne foi par l'employeur est toutefois autorisée, de même que celle qui résulte d'un système d'ancienneté ou d'un plan d'avantages sociaux adoptés de bonne foi (respectivement « *bona fide seniority system* » et « *bona fide employee benefit plan* »).

Le tableau suivante présente les motifs de discrimination interdits par chacune des lois applicables au Québec et au Massachusetts en matière de discrimination, de même que leur couverture respective :

Tableau no 2 :

Motifs de discrimination interdits et couverture pour chacune des lois applicables en matière de discrimination au Québec et au Massachusetts

Nom de la loi	Motifs de discrimination interdits	Couverture de la loi
Québec (législation provinciale)		
Charte des droits et libertés de la personne (L.R.Q., c. C-12)	Race, couleur, sexe, grossesse, orientation sexuelle, état civil, âge (sauf dans la mesure prévue par la loi), religion, convictions politiques, langue, origine ethnique ou nationale, condition sociale, handicap (incluant l'utilisation d'un moyen pour pallier un handicap), antécédents judiciaires (à certaines conditions)	S'applique à tous les employeurs, à l'exception des employeurs soumis à la juridiction fédérale
Massachusetts - Législation fédérale		
Titre VII du Civil Rights Act de 1964 (42 U.S.C. §§ 2000e-2000e-17).	Race, couleur, origine nationale, religion et sexe (incluant la grossesse et l'accouchement)	S'applique aux employeurs soumis à la juridiction fédérale (« affecting commerce ») qui ont eu à leur emploi un minimum de 15 employés pendant un minimum de 20 semaines au cours des deux dernières années de calendrier
Age Discrimination in Employment Act de 1967 (29 U.S.C. §§ 621-634)	Âge (mais uniquement à compter de 40 ans)	S'applique aux employeurs soumis à la juridiction fédérale (« affecting commerce ») qui ont eu à leur emploi un minimum de 20 employés pendant un minimum de 20 semaines au cours des deux dernières années de calendrier
Americans with Disabilities Act de 1990 (42 U.S.C. §§ 12101-12213)	Handicap	Même couverture que le Titre VII du Civil Rights Act de 1964

Equal Pay Act de 1963 (29 U.S.C. § 206(d))	Sexe (en matière de paiement du salaire)	Même couverture que le Titre VII du Civil Rights Act de 1964, mais s'applique en plus aux « bona fide executive, administrative, and executive employees » et aux employés des gouvernements fédéral, étatique et locaux.
Article 1981 du Civil Rights Act de 1866 (42 U.S.C. § 1981)	Race (discrimination directe seulement)	S'applique aux employeurs privés, quel que soit leur nombre d'employés, de même qu'à certains employeurs publics. S'applique au travail salarié autant qu'au travail non salarié.
Genetic Information Non-Discrimination Act de 2008	Information génétique (incluant les antécédents médicaux familiaux)	Même couverture que le Titre VII du Civil Rights Act de 1964
Massachusetts - Législation étatique		
Massachusetts Fair Employment Practices Act (M.G.L., c. 151B)	Race, couleur, croyance ou observance religieuse, origine nationale, sexe, orientation sexuelle, information génétique, ascendance, âge, appartenance ou service militaire, antécédents judiciaires, congé de maternité handicap.	S'applique aux employeurs privés qui emploient un minimum de 6 salariés et aux employeurs publics, à l'exception de certains organismes sans but lucratif ou voués à des fins sociales, charitables, éducationnelles ou religieuses

Considérées de façon globale (c.-à-d. en considérant les règles fédérales telles que complétées par les règles étatiques), les règles interdisant la discrimination en emploi au Massachusetts sont très comparables à celles qu'on retrouve au Québec²⁵²⁴. En effet, les deux territoires ont en commun de nombreux motifs de discrimination interdits²⁵²⁵, tandis que

²⁵²⁴ Mais soyons clair : ceci est essentiellement dû aux règles adoptées par le Massachusetts en la matière. En l'absence de celles-ci, la situation serait très différente. L'analyse qui suit ne peut donc pas être étendue à l'ensemble des États fédérés américains et peut tout au plus s'appliquer aux États qui, à l'instar du Massachusetts, ont adopté une législation généreuse et progressiste en la matière.

²⁵²⁵ La race, la couleur, le sexe, la religion, l'âge, le handicap, l'origine nationale et l'orientation sexuelle.

d'autres, bien que n'étant pas équivalents, se recoupent²⁵²⁶. Les deux territoires possèdent également des règles très semblables en matière d'antécédents judiciaires. La législation québécoise prévoit toutefois un certain nombre de motifs de discrimination interdits à l'endroit desquels la législation massachusettsoise est silencieuse²⁵²⁷, mais l'inverse est également vrai²⁵²⁸. Enfin, l'interdiction de la discrimination en emploi au sein des deux territoires est assujettie à des tempéraments très semblables²⁵²⁹.

Une différence a toutefois été observée en ce qui concerne la *couverture* des règles applicables en matière de discrimination en emploi. Bien que la législation du Massachusetts ait pour effet de rendre accessibles à de nombreux travailleurs des règles en matière de discrimination auxquelles ils ne pourraient avoir accès en vertu des règles fédérales²⁵³⁰, il demeure que la couverture cette législation n'est pas aussi étendue que celle qu'on retrouve au Québec. En effet, alors que tous les employeurs qui relèvent de la compétence de principe des provinces sont couverts par la C.d.l.p. au Québec, seuls les employeurs qui emploient au moins 6 salariés sont couverts par le *Massachusetts Fair Employment Practices Act*.

Une autre différence observée entre les territoires étudiés concerne la *complexité* des règles applicables en matière de recours. En effet, le fait que l'interdiction de la discrimination en emploi au Massachusetts provienne d'un aussi *grand nombre de lois* (autant fédérales qu'étatiques) complique grandement la coordination entre les recours disponibles en vertu de chacune de ces lois. Ainsi, une même situation de discrimination peut donner lieu à des recours devant différentes agences administratives, voire devant différents tribunaux, puisqu'une même situation peut entraîner l'application de plusieurs lois. Même si des règles ont été adoptées afin d'éviter la duplication des recours et d'assurer une certaine coordination

²⁵²⁶ La grossesse, au Québec, et la prise d'un congé de maternité, au Massachusetts.

²⁵²⁷ L'état civil, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique et la condition sociale.

²⁵²⁸ L'information génétique, l'ascendance et l'appartenance ou le service militaire.

²⁵²⁹ C'est le cas, notamment, en matière d'exigences d'emploi, de système d'ancienneté et de régimes d'avantages sociaux. C'est également le cas de certains organismes sans but lucratif ou voués à des fins sociales particulières.

²⁵³⁰ En effet, la plupart des règles fédérales ne s'appliquent qu'aux entreprises « qui affectent le commerce » et qui ont employé un minimum de 15 salariés au cours des deux dernières années de calendrier (dans certains cas, ce seuil est de 20 salariés). La législation étatique, quant à elle, s'applique aux employeurs privés qui emploient un minimum de 6 salariés et aux employeurs publics.

entre eux, il demeure que celles-ci présentent un degré de complexité élevé, avec toutes les conséquences que cela peut comporter, tant pour l'employeur que pour les salariés.

b) Au niveau du contenu du rapport salarial

L'intervention directe du législateur dans les conditions de travail se fait principalement par le biais des lois du travail. En effet, l'un des rôles les plus importants des lois du travail est de *déterminer directement certaines conditions de travail applicables à la relation d'emploi* ou, en d'autres termes, de déterminer directement le contenu du rapport salarial. C'est le cas, par exemple, de la *Loi sur les normes du travail*, du *Fair Labor Standards Act* et de la *Massachusetts Minimum Fair Wage Law*, qui viennent établir des minimas quant à un certain nombre de normes du travail en deçà desquelles les parties ne peuvent transiger. Or, comme nous aurons l'occasion de le constater, le nombre de normes minimales du travail s'est substantiellement accru depuis l'adoption de l'ancêtre de la L.n.t. au Québec, la *Loi sur le salaire minimum*. Aux États-Unis, le même phénomène a été également observé, mais avec beaucoup moins d'ampleur. Cependant, le législateur intervient également directement dans les conditions de travail en *réglementant le comportement des parties au rapport salarial*. Ainsi, la plupart des lois du travail prévoient des dispositions interdisant certaines pratiques (i.e. pratiques interdites), tandis que les lois relatives aux droits et libertés de la personne, qui sont des lois d'application générale, interdisent la discrimination et imposent le respect des droits fondamentaux des travailleurs. Enfin, d'autres lois imposent l'adoption de certaines formes de comportement, notamment en matière de santé et de sécurité au travail, d'équité salariale ou d'accès à l'égalité.

Dans la présente section, nous comparons l'intervention directe du législateur dans les conditions de travail au Québec et au Massachusetts. Plus précisément, nous étudions les dispositions des lois du travail applicables en matière de normes du travail ((1)), pour nous intéresser ensuite à celles applicables en matière de santé et sécurité au travail ((2)), de droits et libertés de la personne ((3)), de pratiques interdites ((4)) et de langue de travail ((5)).

(1) *Les normes du travail*

Les normes du travail dont nous faisons la comparaison dans le cadre de la présente section sont le salaire minimum ((a)), les modalités de paiement du salaire et les déductions ((b)), la semaine normale de travail et le calcul des heures supplémentaires ((c)), la durée maximale du travail ((d)), le repos hebdomadaire et les pauses ((e)), les congés fériés ((f)), le congé annuel ((g)), les absences et les congés protégés ((h)), le travail des enfants ((i)) et le harcèlement psychologique ((j)).

(a) Le salaire minimum

Au Québec, le salaire minimum est de 10,15\$ de l'heure²⁵³¹. Le calcul de celui-ci doit exclure tout autre avantage pécuniaire²⁵³². Certains salariés sont exclus de l'application des dispositions relatives au salaire minimum²⁵³³, tandis que d'autres bénéficient d'un salaire minimum particulier²⁵³⁴. Parmi ceux-ci, le salarié à pourboire a droit à un salaire minimum de 8,35\$ de l'heure²⁵³⁵ et, contrairement à la situation qui prévaut aux États-Unis, l'employeur a l'obligation de lui verser le salaire minimum prescrit, sans tenir compte des pourboires que ce dernier a pu recevoir²⁵³⁶.

Aux États-Unis, le *Fair Labor Standards Act* prévoit un salaire minimum général de 7,25\$ de l'heure²⁵³⁷. Le salaire minimum payable aux salariés âgés de moins de 20 ans pendant les 90 premiers jours de leur emploi (« *opportunity wage* ») est de 4.25\$ de l'heure²⁵³⁸, tandis que celui payable aux employés à pourboire est de 2,13\$ de l'heure²⁵³⁹. Les stagiaires, les apprentis et les messagers²⁵⁴⁰, certains étudiants à temps plein²⁵⁴¹ et certains travailleurs handicapés²⁵⁴² peuvent être payés en deçà du taux de salaire minimum général (ils

²⁵³¹ L.n.t., art. 40, al. 2; R.n.t., art. 3.

²⁵³² L.n.t., art. 41.

²⁵³³ R.n.t., art. 2.

²⁵³⁴ C'est le cas, notamment, du salarié à pourboire. C'est également le cas de certains salariés agricoles, de certains apprentis et de certains salariés de l'industrie du vêtement. R.n.t., art. 4.

²⁵³⁵ R.n.t., art. 4.

²⁵³⁶ L.n.t., art. 50. Pour plus de détails, voir : *Supra*, section IV.D.1.a)(2)(a), p. 402.

²⁵³⁷ 29 U.S.C. § 206(a)(1)(C).

²⁵³⁸ 29 U.S.C. § 206(g).

²⁵³⁹ 29 U.S.C. § 203(m).

²⁵⁴⁰ 29 U.S.C. § 214(a); 29 CFR §§ 520.200 à 520.508.

²⁵⁴¹ 29 U.S.C. § 214(b); 29 CFR §§ 519.1 à 519.19.

²⁵⁴² 29 U.S.C. § 214(c); 29 CFR §§ 525.1 à 525.24.

ont droit à un pourcentage du salaire minimum général). Enfin, certains travailleurs sont exclus des règles relatives au salaire minimum²⁵⁴³. Le FLSA prévoit que la législation étatique peut prévoir des conditions minimales de travail plus avantageuses, auquel cas ce seront ces conditions de travail qui trouveront application. Or, justement, la *Minimum Fair Wage Law*²⁵⁴⁴ du Massachusetts prévoit un salaire minimum de base de 8,00\$ de l'heure²⁵⁴⁵. Elle prévoit en outre que ce salaire minimum ne peut en aucun temps être inférieur au salaire minimum fédéral augmenté de 10¢ de l'heure, ce qui fait que le salaire minimum de base au Massachusetts sera en tout temps au moins supérieur de 10 cents à la norme fédérale²⁵⁴⁶. Le salaire minimum des employés à pourboire est de 2,63\$ de l'heure²⁵⁴⁷, tandis que celui des travailleurs agricoles est de 1,60\$ de l'heure²⁵⁴⁸. À l'instar du FLSA, la *Minimum Fair Wage Law* prévoit que certains travailleurs peuvent être payés à un taux inférieur au salaire minimum (« *subminimum wages* »), lequel taux ne doit toutefois pas être inférieur à 80% du salaire minimum de base²⁵⁴⁹. Enfin, notons que certains travailleurs sont exclus du salaire minimum²⁵⁵⁰.

Dans l'ensemble, le salaire minimum du Québec est relativement semblable au salaire minimum en vigueur au Massachusetts. Non seulement sont-ils relativement comparables (ils sont sensiblement du même ordre de grandeur, malgré certaines variations dues au taux de change applicable), mais ils sont relativement peu élevés comparativement au salaire horaire moyen gagné au sein de chacun de ces territoires, soit 22\$ au Québec et 25\$ au

²⁵⁴³ 29 U.S.C. § 213. C'est le cas, notamment, de certains cols blancs, de certains travailleurs agricoles, de certains employés d'établissements d'amusement ou de loisirs saisonniers, de certains employés du secteur des pêcheries, de certains marins et de certains travailleurs domestiques.

²⁵⁴⁴ M.G.L. c. 151.

²⁵⁴⁵ M.G.L. c. 151, § 1; 455 CMR 2.02(1).

²⁵⁴⁶ *Id.*

²⁵⁴⁷ M.G.L. c. 151, § 7; 455 CMR § 2.02(2).

²⁵⁴⁸ M.G.L. c. 151, § 2A. Ce salaire minimum ne s'applique toutefois pas au travailleur âgé de moins de 18 ans ou à un membre de la famille immédiate de l'employeur.

²⁵⁴⁹ 455 CMR § 2.05. C'est le cas de certains étudiants, apprentis et personnes handicapées. Certaines formalités doivent toutefois être remplies.

²⁵⁵⁰ M.G.L. c. 151, § 2. C'est le cas, notamment, de certains professionnels, de certains travailleurs agricoles, des personnes qui travaillent dans le cadre de certains programmes de réhabilitation ou de formation, des membres d'ordres religieux et du représentant aux ventes qui travaille habituellement sur la route. Pour plus de détails, voir : *Supra*, section IV.D.2.a)(1)(a), p. 463.

Massachusetts²⁵⁵¹. Néanmoins, on retrouve un plus grand nombre d'exclusions et d'exceptions au Massachusetts, ce qui fait qu'une proportion plus importante de la population ne bénéficie pas de la protection de ces règles. Les règles relatives au salaire minimum des salariés à pourboire diffèrent toutefois de façon importante. En effet, le salaire minimum des employés à pourboire est beaucoup moins élevé au Massachusetts qu'au Québec et le calcul du taux horaire payable peut tenir compte des pourboires que les salariés ont reçus²⁵⁵².

(b) Les modalités de paiement du salaire et déductions

Les modalités de paiement du salaire et les règles applicables en matière de déductions à la source sont sensiblement les mêmes au sein des territoires étudiés. La principale différence observée concerne le calcul du taux horaire payable aux employés à pourboire. Alors qu'au Québec, les pourboires appartiennent en propre aux salariés et ne peuvent être considérés dans le calcul du salaire minimum payable par l'employeur, au Massachusetts, les pourboires sont considérés dans ce même calcul.

(c) La semaine normale de travail et le calcul des heures supplémentaires

Les règles relatives à la semaine normale de travail et au calcul des heures supplémentaires sont très semblables au sein des territoires étudiés. Ainsi, la semaine normale de travail est de 40 heures par semaine, tant au Québec qu'au Massachusetts. Aucune journée normale de travail n'est prévue. En outre, toute heure de travail effectuée au-delà de la semaine normale de travail (i.e. les heures supplémentaires) doit être rémunérée à temps et demi, excluant les primes diverses. Enfin, les catégories de salariés exclues du paiement des heures supplémentaires sont sensiblement les mêmes.

²⁵⁵¹ STATISTIQUES CANADA, *Tableaux sommaires* : « Salaires horaires moyens des employés selon certaines caractéristiques et professions, données non désaisonnalisées, par province (mensuel)(Québec) », janvier 2012, en ligne : <http://www.statcan.gc.ca> (consulté le 1^{er} août 2013); U.S. DEPARTMENT OF LABOR, BUREAU OF LABOR STATISTICS, *Occupational Employment Statistics* : « May 2010 State Occupational Employment and Wage Estimates, Massachusetts », en ligne : <http://www.bls.gov/oes/> (consulté le 1^{er} août 2013)

²⁵⁵² M.G.L. c. 151, § 7; 455 CMR § 2.02(2).

(d) La durée maximale du travail

Au Québec, un salarié peut refuser de travailler plus de quatre heures au-delà de ses heures habituelles quotidiennes de travail ou plus de quatorze heures de travail par jour, selon la période la plus courte. Pour un salarié dont les heures de travail sont variables ou discontinues, le maximum d'heures qu'il peut être appelé à travailler par jour est de douze heures²⁵⁵³. Sur une base hebdomadaire, un salarié peut refuser de travailler plus de cinquante heures par semaine, à moins qu'il ne travaille dans un territoire isolé ou qu'il n'effectue des travaux sur le territoire de la région de la Baie James. Dans ces cas, ce maximum est établi à soixante heures par semaine²⁵⁵⁴, sous réserve toutefois d'un étalement des heures de travail établi conformément aux prescriptions de l'article 53. Il y a toutefois des exceptions. Ainsi, ces dispositions ne s'appliquent pas lorsqu'il y a danger pour la vie, la santé ou la sécurité des travailleurs ou de la population, lorsqu'il y a risque de destruction ou de détérioration grave de biens meubles ou immeubles ou autre cas de force majeure, ou encore, lorsque ce refus va à l'encontre du code de déontologie professionnelle du salarié²⁵⁵⁵.

Au Massachusetts, exception faite des dispositions applicables au travail des enfants, le droit applicable ne prévoit aucune disposition applicable en la matière. Les seules contraintes qui s'imposent à l'employeur sont donc des contraintes d'ordre financier, par le biais des dispositions relatives à la semaine normale de travail et au calcul des heures supplémentaires. En somme, la situation applicable au Massachusetts équivaut essentiellement à celle qui s'appliquait au Québec avant l'adoption de dispositions sur la question en 2002.

(e) Le repos hebdomadaire et les pauses

Au Québec, la L.n.t. prévoit qu'un salarié a droit à un repos hebdomadaire d'une durée minimale de 32 heures consécutives²⁵⁵⁶, sous réserve d'un étalement des heures de travail de plein droit²⁵⁵⁷ ou suite à une autorisation de la C.n.t.²⁵⁵⁸. Un salarié agricole peut cependant

²⁵⁵³ L.n.t., art. 59.0.1 al. 1 (1).

²⁵⁵⁴ L.n.t., art. 59.0.1 al. 1 (2).

²⁵⁵⁵ L.n.t., art. 59.0.1, al. 2.

²⁵⁵⁶ L.n.t., art. 78, al. 1.

²⁵⁵⁷ L.n.t., art. 53.

²⁵⁵⁸ L.n.t., art. 39(12).

consentir à ce que cette période de repos soit reportée à la semaine suivante²⁵⁵⁹. En matière de pauses, un salarié a droit à une pause-repas de 30 minutes pour chaque période de cinq heures travaillées consécutives. Cette pause est sans salaire, à moins que le salarié ne soit pas autorisé à quitter son poste. Une convention collective peut toutefois prévoir des règles différentes²⁵⁶⁰. La loi n'oblige pas l'employeur à accorder d'autres pauses pendant les heures de travail (comme les pauses-café, par exemple). Lorsque de telles pauses sont accordées, toutefois, l'employeur a l'obligation de les payer et de les inclure dans le calcul des heures travaillées²⁵⁶¹.

Au Massachusetts, les employés ont droit à une journée de repos à tous les sept jours. Cette période de repos doit avoir une durée d'au moins vingt-quatre heures et couvrir une plage horaire de 8h00 à 17h00²⁵⁶². Plusieurs catégories d'entreprises et d'employés sont toutefois exclues de cette règle²⁵⁶³ et des exemptions particulières pouvant aller jusqu'à 60 jours peuvent être obtenues auprès de l'Attorney General du Massachusetts lorsque des circonstances spéciales le justifient²⁵⁶⁴. Pour de nombreux employés, ce jour de repos correspond au dimanche. En effet, les « Blue Laws » du Massachusetts interdisent en principe aux entreprises d'ouvrir leurs portes le dimanche²⁵⁶⁵, à moins d'être en possession d'un permis spécial émis par le chef de police de la municipalité où est située l'entreprise²⁵⁶⁶ ou d'être exempté de l'application de ces règles²⁵⁶⁷. En matière de pause, la législation du Massachusetts oblige l'employeur à accorder une pause-repas de trente minutes à l'employé qui travaille plus de six heures au cours de sa journée de travail²⁵⁶⁸. Cette pause est sans

²⁵⁵⁹ L.n.t., art. 78, al. 2.

²⁵⁶⁰ L.n.t., art. 79.

²⁵⁶¹ COMMISSION DES NORMES DU TRAVAIL, *Les normes du travail au Québec*, Québec, novembre 2011, p. 8.

²⁵⁶² M.G.L. ch 149, §§ 48 et 50A.

²⁵⁶³ M.G.L. c. 149, §§ 49 et 50.

²⁵⁶⁴ M.G.L. c. 149, § 51A.

²⁵⁶⁵ M.G.L. c. 136, § 5.

²⁵⁶⁶ M.G.L. c. 136, § 7, complétée par M.G.L. ch. 136, § 15.

²⁵⁶⁷ M.G.L. c. 136, § 6. Dans les années 1990, les règles relatives au travail le dimanche ont été grandement assouplies, ce qui s'est traduit par une augmentation considérable du nombre d'exemptions prévues à cette disposition, qui en compte désormais cinquante-cinq.

²⁵⁶⁸ M.G.L. c. 149, § 100. Certains types d'entreprises sont toutefois exclues de l'application de cette règle, dont celles qui oeuvrent dans l'acier, le verre et le papier. Des exemptions particulières peuvent également être accordées par le *Attorney General*. Voir : M.G.L. c. 149, § 101.

salaire, à moins que l'employé n'accepte de demeurer à son poste ou de poursuivre l'accomplissement de certaines fonctions à la demande de son employeur. Aucune loi au Massachusetts n'oblige toutefois l'employeur à accorder une pause-café ou une autre forme de pause ou de repos à un salarié au cours de sa journée de travail²⁵⁶⁹. La réglementation fédérale prévoit cependant qu'une pause ou une période de repos de vingt minutes ou moins accordée par l'employeur doit être considérée comme du temps travaillé et doit donc être rémunérée²⁵⁷⁰.

Les règles relatives aux repos hebdomadaire sont très semblables dans les territoires étudiés. Ainsi, les deux territoires prévoient un repos hebdomadaire obligatoire, bien que ce repos soit de 24 heures dans le cas du Massachusetts et de 32 heures dans le cas du Québec. Les règles relatives au travail le dimanche présentent cependant des différences importantes. Ainsi, au Massachusetts, un employeur ne peut faire travailler des salariés le dimanche, à moins d'être exempté de l'application des règles applicables ou d'obtenir un permis spécial lui permettant d'ouvrir ses portes ce jour là. Au Québec, le travail le dimanche n'est pas interdit, bien que les établissements commerciaux soient soumis à des contraintes quant aux heures d'ouvertures²⁵⁷¹. Ceci étant, depuis le milieu des années 1990, le nombre de catégories d'entreprises exemptées de l'application des « Blue Laws » au Massachusetts est tellement élevé que l'exception est pratiquement devenue la règle.

Les règles qui concernent les pauses sont tout aussi semblables, sinon plus. Ainsi, les deux territoires prévoient une pause-repas de 30 minutes après une certaine période de travail continu, soit 6 heures pour le Massachusetts et 5 heures pour le Québec. Les deux territoires prévoient que cette pause-repas est sans salaire, à moins que le salarié ne soit contraint de demeurer à son poste ou d'accomplir certaines fonctions à la demande de l'employeur, auquel cas la pause-repas doit être rémunérée. Enfin, les deux territoires laissent l'employeur libre d'accorder ou non une pause-café à ses salariés, mais que s'il le fait, cette pause doit alors être rémunérée.

²⁵⁶⁹ J.L. HIRSCH, *préc.*, note 682, § 2-2 [d].

²⁵⁷⁰ 29 CFR § 785.18.

²⁵⁷¹ *Loi sur les heures et les jours d'admission dans les établissements commerciaux, préc.*, note 1568, art. 2 et 3.1.

(f) Les congés fériés

Au Québec, la *Loi sur les normes du travail* prévoit sept jours fériés et chômés²⁵⁷². Un huitième jour férié et chômé est prévu à la *Loi sur la fête nationale*²⁵⁷³. Ces congés sont dits « payés », puisque l'employeur doit verser aux salariés qui s'en prévalent une « indemnité afférente au congé »²⁵⁷⁴. Il est généralement permis à un employeur de faire travailler ses salariés un jour férié, à l'exception de la fête nationale, où seules les entreprises qui œuvrent dans certains secteurs d'activités sont autorisées à être en activité²⁵⁷⁵. Toutefois, un salarié qui doit travailler un jour férié et chômé a droit au salaire gagné cette journée là en plus de l'indemnité afférente à ce congé ou d'un congé compensatoire d'une journée²⁵⁷⁶. La *Loi sur les heures et les jours d'admission dans les établissements commerciaux* impose toutefois des contraintes importantes à l'ouverture des établissements de vente au détail à l'occasion de la plupart des jours fériés²⁵⁷⁷. La loi prévoit toutefois plusieurs exceptions à cette interdiction de principe²⁵⁷⁸.

Au Massachusetts, il existe un total de treize jours fériés, mais deux d'entre eux ne s'appliquent qu'au comté de Suffolk, soit le comté où est située la ville de Boston et ses

²⁵⁷² L.n.t., art. 60. Pour bénéficier de ces jours fériés, toutefois, le salarié ne doit pas s'être absenté du travail le jour ouvrable qui précède ou qui suit ce jour, sous réserve de l'autorisation de l'employeur ou d'une raison valable : L.n.t., art. 65.

²⁵⁷³ L.f.n., art. 2.

²⁵⁷⁴ L.n.t., art. 62; L.f.n., art. 4. Cette indemnité correspond généralement à 1/20 du salaire gagné au cours des quatre semaines complètes de paie précédant la semaine du congé, à l'exclusion des heures supplémentaires. L'indemnité payable au salarié rémunéré à commission doit, quant à elle, être égale à 1/60 du salaire gagné au cours des 12 semaines complètes de paie précédant la semaine du congé.

²⁵⁷⁵ L.f.n., art. 5.

²⁵⁷⁶ L.n.t., art. 63; L.f.n., art. 5. Dans le cas des congés prévus à la L.n.t., le congé compensatoire doit être pris dans les trois semaines qui précèdent ou qui suivent le congé. Dans le cas de la fête nationale, toutefois, ce congé compensatoire doit être pris le jour ouvrable précédant ou suivant le 24 juin.

²⁵⁷⁷ De façon plus précise, la loi prévoit que le public ne peut être admis dans ces établissements le jour de l'An, le lendemain du jour de l'An, le dimanche de Pâques, le jour de la Fête nationale, 24 juin, le 1er juillet, le jour de la Fête du travail et le jour de Noël : *Loi sur les heures et les jours d'admission dans les établissements commerciaux*, art. 3. En conséquence, les établissements commerciaux peuvent être ouverts à l'occasion des jours fériés suivants : le vendredi Saint ou le lundi de Pâques, selon le cas, la Journée nationale des patriotes et le jour de l'Action de grâce.

²⁵⁷⁸ *Loi sur les heures et les jours d'admission dans les établissements commerciaux*, art. 4.1 à 14. Les principales exceptions concernent les restaurants, les épiceries, les pharmacies et les dépanneurs.

environs²⁵⁷⁹. Contrairement à la situation qui prévaut au Québec, toutefois, ces jours fériés ne sont pas des congés « payés » de plein droit. En effet, la loi n'oblige pas les employeurs à verser quelque salaire ou indemnité que ce soit aux employés qui se prévalent de ces congés²⁵⁸⁰. Le contrat de travail, la convention collective ou les politiques de l'employeur²⁵⁸¹ peuvent toutefois prévoir le paiement du salaire ou d'une indemnité à l'occasion de la totalité ou d'une partie de ces congés. En effet, selon les conditions du marché du travail, un employeur peut avoir avantage à accorder des congés fériés payés afin d'attirer ou de retenir ses employés.

Il y a deux catégories de congés fériés au Massachusetts: les congés fériés qui font l'objet de restrictions (« *Restricted Holidays* ») et les congés fériés qui ne font pas l'objet de restrictions (« *Unrestricted Holidays* »). Les premiers sont ceux que la loi soumet expressément aux règles qui régissent l'ouverture d'un établissement et le travail le dimanche²⁵⁸². Une employeur ne peut donc faire travailler des salariés à l'occasion de ces jours fériés²⁵⁸³, à moins d'être exempté de l'application de ces règles en raison de la nature de ses activités²⁵⁸⁴ ou d'obtenir un permis spécial lui permettant d'ouvrir ses portes ce jour là²⁵⁸⁵. Ces jours fériés sont le *Memorial Day*, le *Independance Day*, le *Labor Day*, le *Colombus Day* avant 12h00, le *Veterans Day* avant 13h00, le *Thanksgiving Day* et le *Christmas Day*. Les seconds sont les congés qui sont expressément exclus des règles qui régissent l'ouverture d'un établissement le dimanche²⁵⁸⁶. Un employeur peut donc faire travailler des salariés à l'occasion de ces jours fériés. Ces jours fériés sont le *New Year's Day*, le *Martin Luther King Day*, le *President's Day*, le *Evacuation Day* (comté de Suffolk), le *Patriots Day*, le *Bunker Hill Day* (comté de Suffolk), le *Colombus Day* après 12h00 et le *Veterans Day* après

²⁵⁷⁹ M.G.L. c. 4, § 7, clause 18 (définition de « Legal Holiday »). Pour plus de détails, voir : *Supra*, section IV.D.2.a)(3)(a), p. 474.

²⁵⁸⁰ J.L. HIRSCH, *préc.*, note 682, § 2-2 [a] [3].

²⁵⁸¹ Dans ce dernier cas, on parlera de « PTO Policies », pour « Paid Time Off Policies ».

²⁵⁸² M.G.L. c. 136, §13, al. 2, *in limine*.

²⁵⁸³ M.G.L. c. 136, § 5.

²⁵⁸⁴ M.G.L. c. 136, § 6.

²⁵⁸⁵ M.G.L. c. 136, § 7, complétée par M.G.L. ch. 136, § 15. À noter que même en possession d'un tel permis, un employeur du secteur manufacturier ne peut forcer un salarié à travailler. En effet, le travail dans une entreprise manufacturière un jour férié faisant l'objet de restrictions doit être volontaire, sauf exception : M.G.L. c. 149, § 45.

²⁵⁸⁶ M.G.L. c. 136, §13, al. 2, *in fine*.

13h00²⁵⁸⁷. Des règles particulières s'appliquent toutefois au secteur de la vente au détail. Ainsi, l'employeur qui exploite un établissement de vente au détail et qui ouvre ses portes à l'occasion du *Jour de l'an*, du *Colombus Day* après 12h00 ou du *Veterans Day* après 13h00, ne peut forcer ses employés à travailler (le travail doit se faire sur une base strictement volontaire²⁵⁸⁸) et doit payer ceux-ci au taux d'une fois et demie le taux régulier, quelque soit le nombre de personnes à son emploi²⁵⁸⁹. En outre, un tel employeur peut ouvrir ses portes à l'occasion du *Memorial Day*, du *Independance Day* et du *Labor Day*, mais ne peut forcer ses employés à travailler et doit payer ceux-ci à temps et demi s'il emploie plus de sept personnes au cours de la semaine²⁵⁹⁰. Enfin, notons qu'un employeur du secteur de la vente au détail, à l'instar de tout autre employeur, ne peut ouvrir ses portes et faire travailler des salariés à l'occasion du *Colombus Day* avant 12h00, du *Veterans Day* avant 13h00, du *Thanksgiving Day* et du *Christmas Day*.

Le nombre de congés fériés en vigueur au Massachusetts dépasse largement celui prévu au Québec. Alors que la législation québécoise prévoit un total de 8 jours fériés par année, la législation massachusettsoise, quant à elle, prévoit un total de 11 jours fériés par année, le comté de Suffolk bénéficiant pour sa part d'un total de 13 jours fériés par année. À titre d'exemple, les travailleurs de la région de Boston bénéficient de 5 jours fériés de plus par année que les travailleurs de la région de Montréal (i.e. 60% de jours fériés de plus). Mais la principale différence concerne la caractère payé ou non de ces congés. Les jours fériés prévus par la législation québécoise sont des congés payés. En effet, l'employeur doit obligatoirement verser à ses salariés une « indemnité afférente au congé », qui correspond essentiellement au salaire journalier moyen gagné par chacun d'eux au cours des semaines qui précèdent le jour férié en question. Cette disposition étant d'ordre public, un salarié ne peut y renoncer. Les

²⁵⁸⁷ Pour plus de détails, voir : ATTORNEY GENERAL OF MASSACHUSETTS, « Sunday and Holiday Openings », en ligne : <http://www.mass.gov/ago/doing-business-in-massachusetts/labor-laws-and-public-construction/wage-and-hour/sunday-and-holiday-openings.html>.

²⁵⁸⁸ D'ailleurs, un employé qui refuse de travailler à l'occasion de l'un ou l'autre de ces congés ne peut faire l'objet de discrimination ou de représailles de la part de son employeur : M.G.L. c. 136, § 13, al. 2.

²⁵⁸⁹ Un contrat ou une convention collective peuvent toutefois prévoir un taux supérieur.

²⁵⁹⁰ M.G.L. c. 136, §16, qui fait référence à M.G.L. c. 136, § 6, clause 50; ATTORNEY GENERAL OF MASSACHUSETTS, *préc.*, note 2587; SECRETARY OF THE COMMONWEALTH OF MASSACHUSETTS, CITIZEN INFORMATION SERVICE, *préc.*, note 2096; J.L. HIRSCH, *préc.*, note 682, § 2-2.

jours fériés prévus par la législation massachusettsoise, quant à eux, ne sont pas des congés payés. Un employeur n'a donc pas à payer de prime ou de rémunération quelconque aux salariés qui se prévalent de ces congés. C'est une différence importante.

Au Québec, un employeur peut faire travailler ses salariés à l'occasion de l'un ou l'autre des sept jours fériés prévus à la L.n.t., à la condition de leur payer une « indemnité afférente » en plus du salaire qu'ils auront gagné cette journée là, ou, à son choix, leur accorder un congé compensatoire dans les trois semaines qui suivent ou qui précèdent le jour férié en question. Seule la fête nationale fait l'objet de règles plus contraignantes. Dans le secteur de la vente au détail, toutefois, un employeur doit fermer ses portes à l'occasion de sept jours par années (le 1er janvier, le 2 janvier, le dimanche de Pâques, le 24 juin, le 1er juillet, le premier lundi de septembre et le 25 décembre) qui correspondent, pour la plupart, à des jours fériés (Jour de l'an, Fête nationale, Fête de la confédération, Fête du travail et Noël). Il peut toutefois faire travailler des salariés à sa discrétion à l'occasion de trois autres jours fériés (le vendredi Saint ou le lundi de Pâques, selon le cas, la Journée nationale des patriotes et l'Action de grâces).

Au Massachusetts, un employeur peut, de façon générale, faire travailler des salariés à sa discrétion à l'occasion de 6 jours fériés complets (*New Years Day, Martin Luther King's Day, Presidents Day, Evacuation Day, Patriots Day, Bunker Hill Day*) et de 2 demi-jours fériés (*Colombus Day* après 12h00 et *Veterans Day* après 13h00). Il ne peut toutefois le faire à l'occasion de 5 autres jours fériés complets (*Memorial Day, Independance Day, Labor Day, Thanksgiving Day* et *Christmas Day*) et de 2 autres demi-jours fériés (*Colombus Day* avant 12h00 et *Veterans Day* avant 13h00), à moins d'en être exempté ou d'être en possession d'un permis spécial lui permettant d'ouvrir ses portes cette journée là. À noter que même s'il obtient un permis pour ouvrir ses portes à l'occasion de ces jours fériés, l'employeur du secteur manufacturier ne peut employer que des salariés volontaires, ce qui constitue en soit une contrainte importante. L'employeur du secteur de la vente au détail, quant à lui, peut ouvrir ses portes et faire travailler des salariés à sa discrétion et sans conditions particulières à l'occasion de 5 jours fériés (*Martin Luther King's Day, Presidents Day, Evacuation Day, Patriots Day* et *Bunker Hill Day*). Il peut faire travailler des volontaires à taux et demi à l'occasion de 4 autres jours fériés complets (*New Years Day, Memorial Day, Independance*

Day et Labor Day) et 2 demi-jours fériés (*Colombus Day* après 12h00 et *Veterans Day* après 13h00). Enfin, il lui est interdit d'ouvrir ses portes à l'occasion de 2 autres jours fériés (*Thanksgiving Day* et *Christmas Day*) et de deux autres demi-jours fériés (*Colombus Day* avant 12h00 et *Veterans Day* avant 13h00).

Exception faite du secteur de la vente au détail, les règles relatives au travail les jours fériés sont beaucoup plus contraignantes au Massachusetts qu'au Québec. En effet, au Massachusetts, un employeur ne peut généralement faire travailler des salariés qu'avec un permis spécial à l'occasion de 5 jours fériés complets et de 2 demi-jours fériés par année, ce qui est nettement plus élevé qu'au Québec, où un seul congé (la fête nationale) comporte des règles aussi contraignantes. Et même en possession d'un permis spécial l'autorisant à ouvrir ses portes à l'occasion de l'un ou l'autre des ces jours fériés, un employeur du secteur manufacturier ne peut forcer un salarié à travailler cette journée là, l'employeur de ce secteur ne pouvant faire travailler que des volontaires. En ce qui concerne le secteur de la vente au détail, toutefois, les règles sont plus contraignantes au Québec, puisqu'un employeur qui y exploite un établissement commercial est contraint de fermer ses portes 7 jours par année, dont 5 correspondent à des jours fériés²⁵⁹¹. Au Massachusetts, un employeur qui exploite un établissement de vente au détail n'est contraint de fermer ses portes qu'à l'occasion de 2 jours fériés complets et de 2 demi-jours fériés par année. Il peut également ouvrir ses portes à l'occasion de 4 autres jours fériés et 2 autres demi-jours fériés par année, mais avec des contraintes importantes. En effet, bien qu'il n'ait pas à obtenir un permis spécial pour ouvrir ses portes ces jours là, il ne peut employer que des salariés volontaires et doit payer ceux-ci à temps et demi.

(g) Le congé annuel

Au Québec, les salariés ont droit à un congé annuel payé dont la durée varie en fonction du service continu cumulé chez un même employeur au cours de l'année de

²⁵⁹¹ En effet, le 2 décembre et le dimanche de Pâques, qui sont prévus à la *Loi sur les heures et les jours d'admission dans les établissements commerciaux*, ne sont pas, à strictement parler, des jours fériés. Voir : L.n.t., art. 60 et L.f.n., art. 1 et 2.

référence²⁵⁹². Cette année de référence est celle qui s'est terminée le 30 avril précédent²⁵⁹³. Ainsi, le salarié qui a cumulé moins d'un an de service continu à la fin de l'année de référence a droit à un jour de congé pour chaque mois de service continu cumulé, jusqu'à un maximum de deux semaines²⁵⁹⁴. Le salarié qui a cumulé de 1 à 5 ans de service continu à la fin de l'année de référence a droit à un minimum de deux semaines continues de congé annuel payé²⁵⁹⁵. Enfin, le salarié qui a cumulé 5 ans ou plus de service continu à la fin de l'année de référence a droit à trois semaines continues de congé annuel payé²⁵⁹⁶. Ces dispositions s'appliquent autant aux travailleurs occasionnels et à temps partiel qu'aux travailleurs à temps plein²⁵⁹⁷.

Le congé annuel doit être pris dans les douze mois qui suivent la fin de l'année de référence²⁵⁹⁸. L'employeur ne peut fractionner le congé annuel²⁵⁹⁹. Le salarié qui bénéficie d'un congé annuel de plus d'une semaine peut cependant demander à ce que son congé soit fractionné en deux périodes²⁶⁰⁰ et l'employeur ne pourra généralement pas refuser²⁶⁰¹. Une convention collective ou un décret peuvent toutefois prévoir des règles différentes²⁶⁰². L'employeur ne peut remplacer le congé annuel par une indemnité compensatoire, à moins qu'une convention collective ou un décret le permette²⁶⁰³. À la demande du salarié, toutefois, l'employeur peut remplacer la troisième semaine du congé annuel du salarié qui bénéficie de

²⁵⁹² Rappelons que certaines personnes sont exclues des dispositions de la L.n.t. relatives au congé annuel : L.n.t., art. 77, al. 1. Pour plus de détails, voir : *Supra*, section IV.D.1.a)(4)(b), p. 413.

²⁵⁹³ Une convention collective ou un décret peuvent toutefois prévoir une période différente : L.n.t., art. 66.

²⁵⁹⁴ L.n.t., art. 67.

²⁵⁹⁵ L.n.t., art. 68. Ce congé pourra être porté à trois semaines à la demande du salarié, la semaine additionnelle étant toutefois prise sans indemnité, donc aux frais du salarié. Cette troisième semaine de vacances peut ne pas suivre immédiatement les deux premières, mais elle ne peut être fractionnée ni être remplacée par une indemnité compensatoire : L.n.t., art. 68.1, al. 1.

²⁵⁹⁶ L.n.t., art. 69.

²⁵⁹⁷ L.n.t., art. 74.1.

²⁵⁹⁸ L.n.t., art. 70. Le congé annuel peut être pris pendant l'année de référence en cours si l'employeur y consent. Une convention collective ou un décret peuvent toutefois prévoir des règles différentes. Enfin, des règles particulières sont prévues à l'occasion de certaines absences protégées.

²⁵⁹⁹ Certains employeurs bénéficient toutefois de droits acquis : L.n.t., art. 71, al. 2.

²⁶⁰⁰ L.n.t., art. 71, al. 1 *in limine* et al. 4. Un tel congé peut être fractionné en plus de deux périodes, si l'employeur y consent : L.n.t., art. 71, al. 3.

²⁶⁰¹ L'employeur peut refuser le fractionnement du congé s'il ferme son établissement pour une période égale ou supérieure à celle du congé annuel du salarié : L.n.t., art. 71, al. 1 *in fine*.

²⁶⁰² L.n.t., art. 71.1.

²⁶⁰³ L.n.t., art. 73, al. 1.

trois semaines de congé annuel par une indemnité compensatoire lorsque l'établissement ferme ses portes pendant deux semaines à l'occasion du congé annuel²⁶⁰⁴.

Le congé annuel est un congé *payé*. Ce paiement prend la forme d'une indemnité payable par l'employeur en un seul versement avant le début du congé annuel²⁶⁰⁵. À l'instar de la durée du congé annuel, l'importance de l'indemnité varie en fonction du service continu cumulé par le salarié auprès de l'employeur au cours de l'année de référence. Les salariés qui ont cumulé moins de cinq ans de service continu ont droit à une indemnité qui correspond à quatre pourcent (4%) du salaire brut gagné au cours de l'année de référence, alors que ceux qui ont cumulé cinq ans de service continu et plus ont droit à une indemnité qui correspond plutôt à six pourcent (6%) de ce même salaire²⁶⁰⁶.

Au Massachusetts, rien n'oblige un employeur à accorder un congé annuel à ses employés. À plus forte raison, rien n'oblige un employeur à accorder un congé annuel *payé* à ses employés. Un tel congé peut cependant être prévu dans un contrat de travail, dans une convention collective ou dans les politiques de l'employeur (« *Paid Time-Off Policies* »). En effet, un employeur peut avoir avantage à accorder de telles vacances afin d'attirer et de retenir ses employés. En somme, ce sont les lois du marché qui s'appliquent en la matière aux États-Unis et, plus particulièrement, au Massachusetts. Ceci étant, un employeur qui s'est engagé à accorder un congé annuel payé à ses employés et qui fait défaut de le leur accorder s'expose à des poursuites judiciaires pour cause de non-paiement de salaire. En effet, bien qu'aucun congé annuel ne soit légalement prévu, la législation étatique assimile le congé annuel payé à du salaire et les salariés peuvent par conséquent poursuivre leur employeur s'il fait défaut de respecter ses engagements en la matière²⁶⁰⁷.

²⁶⁰⁴ L.n.t., art. 73, al. 2.

²⁶⁰⁵ L.n.t., art. 75, al. 1. Sous réserve toutefois des dispositions particulières d'une convention collective ou d'un décret, qui peuvent prévoir des modalités différentes : L.n.t., art. 75, al. 1 *in limine*.

²⁶⁰⁶ L.n.t., art. 74, al. 1.

²⁶⁰⁷ M.G.L. c 149, § 148; COMMONWEALTH OF MASSACHUSETTS, OFFICE OF ATTORNEY GENERAL, *préc.*, note 2101.

(h) Les autres absences et congés protégés

Au Québec, la *Loi sur les normes du travail* prévoit de nombreux autres absences et congés protégés²⁶⁰⁸. Certaines des ces absences et congés sont sans perte de salaire, tandis que d'autres sont sans salaire. En outre, certaines de ces absences ou congés sont accessibles à tous les salariés, tandis que d'autres ne sont accessibles qu'aux salariés qui justifient d'une certaine durée de service continu auprès de l'employeur, habituellement 3 mois. Outre ces exigences spécifiques, la plupart des salariés sont admissibles à ces absences et congés²⁶⁰⁹.

Absences et congés sans perte de salaire:

- Un salarié peut s'absenter du travail sans perte de salaire jusqu'à concurrence de 10 jours par année pour remplir des obligations reliées à la garde ou à l'état de santé d'un membre de la famille²⁶¹⁰;
- Un salarié peut s'absenter du travail 1 jour sans perte de salaire à l'occasion du décès ou des funérailles d'un membre de sa famille proche²⁶¹¹;
- Un salarié peut s'absenter du travail 1 jour sans perte de salaire à l'occasion de son mariage ou union civile²⁶¹²;
- Un salarié qui dispose de 60 jours de service continu auprès de son employeur voit 2 des 5 jours d'absence du travail dont il dispose à l'occasion la naissance ou de l'adoption d'un enfant être rémunérés par l'employeur (i.e. sans perte de salaire)²⁶¹³.

²⁶⁰⁸ Pour plus de détails, voir : *Supra*, section IV.D.1.a)(4)(c), p. 416, et section IV.D.1.a)(4)(d), p. 417.

²⁶⁰⁹ En fait, seuls les salariés exclus de l'application de la L.n.t. sont exclus du bénéfice de ces absences : L.n.t., art. 3.

²⁶¹⁰ L.n.t., art. 79.7. Ce congé peut être fractionné.

²⁶¹¹ L.n.t., art. 80.

²⁶¹² L.n.t., art. 81

²⁶¹³ L.n.t., art. 81.1.

*Absences et congés sans salaire*²⁶¹⁴ :

- Le salarié qui dispose de trois mois de service continu auprès de son employeur peut s'absenter du travail pour cause de maladie ou d'accident non occupationnels ou de don d'organes ou de tissus à des fins de greffe jusqu'à 26 semaines par période de 12 mois²⁶¹⁵;
- Le salarié qui dispose de trois mois de service continu auprès de son employeur et qui subit un préjudice corporel grave résultant d'un acte criminel peut s'absenter du travail jusqu'à 104 semaines après l'événement²⁶¹⁶;
- Le salarié qui dispose de trois mois de service continu auprès de son employeur et dont la présence est requise auprès de membre de la famille atteint d'une grave maladie ou accident peut s'absenter sans salaire jusqu'à 12 semaines sur une période de 12 mois²⁶¹⁷. Cette absence peut être prolongée jusqu'à 104 semaines lorsqu'elle concerne un enfant mineur atteint d'une maladie grave et potentiellement mortelle²⁶¹⁸ ou qui a subi un préjudice corporel grave résultant d'un acte criminel²⁶¹⁹.
- Le salarié qui dispose de trois mois de service continu auprès de son employeur peut s'absenter du travail sans salaire jusqu'à 52 semaines en cas de disparition de son enfant mineur²⁶²⁰;
- Le salarié qui dispose de trois mois de service continu auprès de son employeur peut s'absenter du travail sans salaire jusqu'à 52 semaines lorsque son conjoint ou son enfant est décédé par suicide²⁶²¹;

²⁶¹⁴ Bien que ces absences et congés soient sans salaire, certains d'entre eux donnent droit à des prestations en vertu de différents régimes sociaux, comme le le régime canadien d'assurance-emploi ou le régime québécois d'assurance-parentale, respectivement prévus par la *Loi sur l'assurance emploi*, L.C. 1996, ch. 23 et la *Loi sur l'assurance parentale*, préc., note 1681.

²⁶¹⁵ L.n.t., art. 79.1, al. 1 et 79.2.

²⁶¹⁶ L.n.t., art. 79.1, al. 2 et 79.2.

²⁶¹⁷ L.n.t., art. 79.8, al. 1 et 79.16.

²⁶¹⁸ L.n.t., art. 79.8, al. 2.

²⁶¹⁹ L.n.t., art. 79.9.

²⁶²⁰ L.n.t., art. 79.10 et 79.16.

²⁶²¹ L.n.t., art. 79.11 et 79.16.

- Le salarié qui dispose de trois mois de service continu auprès de son employeur peut s'absenter du travail sans salaire jusqu'à 104 semaines lorsque son conjoint ou son enfant est décédé en raison d'un acte criminel²⁶²²;
- Un salarié peut s'absenter 4 jours sans salaire à l'occasion du décès ou des funérailles d'un membre de sa famille proche²⁶²³;
- Un salarié peut s'absenter du travail 1 jour sans salaire à l'occasion du décès ou des funérailles d'un membre de sa famille élargie²⁶²⁴;
- Un salarié peut s'absenter du travail 1 jour sans salaire à l'occasion du mariage ou de l'union civile d'un membre de sa famille proche²⁶²⁵;
- Un salarié peut s'absenter du travail sans salaire jusqu'à 5 jours à l'occasion la naissance ou de l'adoption d'un enfant²⁶²⁶;
- La salariée enceinte a droit à un congé de maternité sans salaire d'au plus 18 semaines continues²⁶²⁷;
- Le salarié dont l'enfant vient de naître a droit à un congé de paternité sans salaire d'au plus 5 semaines continues devant être pris dans l'année de la naissance de son enfant²⁶²⁸;
- Le père et la mère d'un enfant nouvellement né ont droit à un congé parental sans salaire d'au plus 52 semaines continues²⁶²⁹;
- Le salarié qui est également un réserviste des Forces canadiennes peut s'absenter de son travail, sans salaire, afin de participer, notamment :

²⁶²² L.n.t., art. 79.12.

²⁶²³ L.n.t., art. 80.

²⁶²⁴ L.n.t., art. 80.1.

²⁶²⁵ L.n.t., art. 81.

²⁶²⁶ L.n.t., art. 81.1.

²⁶²⁷ L.n.t., art. 81.4. Des congés de maternités spéciaux sont également prévus dans les cas de grossesse à risque (L.n.t., art. 81.5.1) et d'interruption précoce de la grossesse (L.n.t., art. 81.5.2). Bien que ce congé soit sans salaire, la salariée qui s'en prévaut pourrait être admissible aux prestations de maternité du Régime québécois d'assurance-parentale.

²⁶²⁸ L.n.t., art. 81.2. Ici également, bien que ce congé soit sans salaire, le salarié qui s'en prévaut pourrait être admissible aux prestations de paternité du Régime québécois d'assurance-parentale.

²⁶²⁹ L.n.t., art. 81.10. Encore là, bien que ce congé soit sans salaire, le salarié ou la salariée qui s'en prévaut pourrait être admissible aux prestations parentales du Régime québécois d'assurance-parentale.

- à une opération des Forces canadiennes à l'étranger pour une période maximale de 18 mois, à la condition de justifier de 12 mois de service continu auprès de son employeur civil²⁶³⁰;
- à une opération d'urgence des Forces canadiennes au Canada²⁶³¹;
- à l'entraînement annuel pour une période d'au plus 15 jours²⁶³².

Le salarié qui s'absente à l'occasion de l'une ou l'autre de ces absences ou congés protégés a le droit au maintien des régimes d'assurances-collectives et de retraite pendant son absence, à la condition de payer sa part de la cotisation²⁶³³. En outre, à la fin de sa période d'absence ou de congé, l'employeur a l'obligation de réintégrer le salarié dans son poste habituel, avec les mêmes avantages, y compris le salaire auquel il aurait eu droit s'il était resté au travail²⁶³⁴. Si le poste en question a été aboli ou si l'employeur a procédé à la mise à pied ou au licenciement des travailleurs qui occupaient ce poste, le salarié pourra exercer les droits et les privilèges qu'il aurait pu exercer n'eût été de son absence²⁶³⁵. Enfin, le salarié qui se prévaut de l'une ou l'autre de ces absences ou congés protégés ne peut faire l'objet de mesures de représailles de la part de son employeur²⁶³⁶.

Au Massachusetts, le *Family and Medical Leave Act*²⁶³⁷ accorde aux employés admissibles un congé sans solde pouvant aller jusqu'à 12 semaines par année à l'occasion de la naissance ou de l'adoption d'un enfant, du placement d'un enfant en famille d'accueil auprès de l'employé, des soins à donner au conjoint, à l'enfant ou à un parent dont l'état de santé est sérieux, de l'incapacité de l'employé à accomplir ses fonctions en raison d'un état de santé sérieux ou de responsabilités particulières qui découlent du fait que le conjoint de l'employé, son enfant ou un parent est en service militaire actif ou le sera sous peu. Il accorde également aux employés admissibles un congé sans solde pouvant aller jusqu'à 26 semaines

²⁶³⁰ L.n.t., art. 81.17.1, par. 1.

²⁶³¹ L.n.t., art. 81.17.1, par. 2.

²⁶³² L.n.t., art. 81.17.1, par. 3.

²⁶³³ L.n.t., art. 79.3, 79.16 et 81.15.

²⁶³⁴ L.n.t., art. 79.4, 79.16, 81.15.1 et 81.17.6.

²⁶³⁵ L.n.t., art. 79.4, 79.5 et 79.6, 79.16, 81.15.1, 81.17, 81.17.6.

²⁶³⁶ L.n.t., art. 122, al. 1, par. 1.

²⁶³⁷ *Préc.*, note 2102 (ci-après « FMLA »).

pour une période unique de 12 mois afin de leur permettre de prendre soin d'un conjoint, d'un enfant ou d'un parent qui est un membre des forces armées couvert et qui souffre d'une blessure ou est atteint d'une maladie sérieuse²⁶³⁸. Dans les cas de naissance, d'adoption ou de placement d'un enfant, le congé doit se terminer au plus tard 12 semaines après l'arrivée de l'enfant, mais lorsque le congé est pris pour des motifs liés à l'état de santé de l'employé, d'un conjoint, d'un enfant ou d'un parent, toutefois, il peut être pris de façon intermittente ou selon un horaire de travail allégé, si cela s'avère nécessaire sur le plan médical.

Le FMLA ne s'applique pas à tous les employeurs. En effet, seuls les employeurs soumis à la juridiction fédérale (i.e. dont les activités affectent le « commerce ») et qui emploient ou ont employé un minimum de 50 employés pendant une période minimale de 20 semaines au cours de l'année courante ou de l'année précédente lui sont assujettis²⁶³⁹. En outre, le FMLA ne s'applique pas à tous les salariés. En effet, pour être admissible aux congés prévus par le FMLA, un employé doit avoir travaillé pour l'employeur un certain nombre d'heures (1250) pendant une période minimale d'un an dans un certain périmètre (120 km) où l'employeur emploie un certain nombre de salariés (50).

Les congés prévus par le FMLA sont des congés sans solde, la seule obligation de l'employeur pendant ceux-ci étant de maintenir la couverture d'assurance-santé de l'employé²⁶⁴⁰. Lorsque l'employé a des congés payés en vertu de son contrat de travail, de la convention collective ou des politiques de l'employeur, toutefois, ces derniers peuvent être substitués en totalité ou en partie au congé prévu par le FMLA, si la nature de ces congés le permet. À son retour de congé, l'employé a le droit d'être réintégré dans le même poste ou dans un poste équivalent avec le salaire, les avantages sociaux et les conditions de travail dont il disposait au moment de prendre ce congé. En outre, il est interdit à l'employeur d'entraver l'exercice d'un droit prévu par le FMLA ou d'user de mesures de représailles à l'endroit d'un employé qui a exercé certains droits en vertu du FMLA. L'employé victime de telles pratiques

²⁶³⁸ Pour plus de détails, voir : *Supra*, section IV.D.2.a)(3)(c), p. 476.

²⁶³⁹ 29 U.S.C. § 2611(4)(A)(iii) et (iv) et § 2611(4)(B). Il s'applique également aux gouvernements et aux agences publiques fédérales, étatiques et locales.

²⁶⁴⁰ 29 U.S.C. § 2612(c) et 29 CFR § 825.207. Les autres avantages sociaux et le cumul de l'ancienneté étant suspendus pendant la durée de ce congé. Pour plus de détails, voir : *Supra*, section IV.D.2.a)(3)(c), p. 476.

dispose de plusieurs recours, dont certains permettent d'obtenir une ordonnance de réintégration à l'encontre de l'employeur, le cas échéant.

Le *Massachusetts Small Necessities Leave Act*²⁶⁴¹ accorde un congé pour obligations familiales de 24 heures par année aux employés qui sont admissibles et qui peuvent effectivement se prévaloir des congés prévus par le FMLA²⁶⁴². Ce congé peut être pris de façon intermittente ou dans le cadre d'un horaire de travail allégé afin de permettre aux salariés de participer aux activités scolaires de leur enfant ou d'accompagner celui-ci ou un parent de 60 ans et plus à un examen médical ou dentaire de routine. Ce congé n'est pas rémunéré, mais à l'instar du congé prévu par le FMLA, un salarié qui bénéficie de congés payés en vertu de son contrat de travail, de la convention collective ou des politiques de l'employeur peut se prévaloir de ceux-ci en totalité ou en partie aux congés prévus par le MSNLA, si la nature de ces congés le permet.

Le *Massachusetts Maternity Leave Act*²⁶⁴³ accorde aux employées admissibles jusqu'à huit semaines de congé de maternité suite à la naissance ou l'adoption d'un enfant ou suite à l'adoption d'une personne handicapée de moins de vingt-trois ans. Il ne s'applique qu'aux employeurs qui comptent au moins six employés²⁶⁴⁴. En outre, pour être admissible à ce congé, une employée doit avoir travaillé à temps plein pour l'employeur pendant une période minimale de trois mois consécutifs ou avoir complété sa période de probation avec succès, lorsqu'une telle exigence est prévue²⁶⁴⁵. Le congé de maternité prévu par le MMLA n'est pas rémunéré. Une telle rémunération peut cependant être prévue par le contrat de travail, la convention collective ou les politiques de l'employeur. En outre, l'employeur n'a pas à maintenir les avantages sociaux de l'employée pendant le congé, à moins qu'il ne soit pratique de le faire dans l'entreprise. À la fin du congé, l'employée a le droit d'être réintégrée dans le

²⁶⁴¹ M.G.L. c. 149, § 52D.

²⁶⁴² Pour plus de détails, voir : *Supra*, section IV.D.2.a)(3)(c), p. 476.

²⁶⁴³ M.G.L. c. 149, § 105D.

²⁶⁴⁴ M.G.L. c. 149, § 105D, qui fait référence à la définition d'employeur prévue à M.G.L., c. 151B, § 1(5). Le champ d'application de la *Massachusetts Maternity Leave Act* est donc beaucoup plus large que celui du FMLA, qui ne s'applique qu'aux employeurs comptant 50 employés ou plus. Il est toutefois limité aux limites géographiques du Massachusetts.

²⁶⁴⁵ M.G.L. c. 149, § 105D.

poste qu'elle occupait avant son congé ou dans un poste similaire²⁶⁴⁶. L'employeur n'est toutefois pas tenu de réintégrer l'employée si des employés exerçant les mêmes fonctions ont été mis à pied ou licenciés pendant que l'employée était en congé de maternité²⁶⁴⁷. L'employée réintégrée a droit aux mêmes bénéfices, droits et avantages auxquels elle était admissible au moment où elle a pris son congé. La durée du congé n'est toutefois pas considérée aux fins du calcul de ceux-ci. En principe, les congés prévus au MMLA et au FMLA ne sont pas cumulables. Advenant que la salariée soit admissible aux deux régimes, ceux-ci devront être pris de façon concurrente. Des circonstances particulières peuvent toutefois donner lieu à des congés successifs²⁶⁴⁸.

Les deux territoires étudiés possèdent une législation en matière d'absences et de congés protégés. Des différences importantes ont cependant été observées en ce qui concerne la couverture des règles applicables, le nombre de congés, le caractère payé ou non de ces congés et leur durée.

(i) Couverture des règles applicables en la matière

Au Massachusetts, le congé pour raisons familiales ou médicales prévu par le FMLA ne bénéficie qu'à un nombre limité de salariés. En effet, non seulement l'employeur doit-il être couvert par le FMLA, mais le salarié doit également être admissible (« *eligible* ») au congé. Or, comme nous l'avons vu, des conditions strictes doivent être rencontrées pour ce faire. Pour sa part, le congé pour obligations familiales de 24 heures prévu par le MSNLA ne bénéficie également qu'à un nombre limité de salariés, le MSNLA ayant adopté les mêmes règles de couverture et d'admissibilité que le FMLA. Enfin, le congé de maternité prévu par le MMLA, bien que bénéficiant à un plus grand nombre de salariées (le concept d'« employeur » prévu au MMLA étant plus large que celui prévu au FMLA), ne bénéficie toutefois pas à la totalité d'entre elles²⁶⁴⁹.

²⁶⁴⁶ En cas de mésentente, il appartient à l'employeur de démontrer le caractère « similaire » d'un poste : 804 CMR § 8.01(4).

²⁶⁴⁷ M.G.L. c. 149, § 105D.

²⁶⁴⁸ Pour plus de détails, voir : *Supra*, section IV.D.2.a)(3)(c), p. 476.

²⁶⁴⁹ Pour plus de détails, voir : *Supra*, section IV.D.2.a)(3)(c), p. 476.

Au Québec, tous les employeurs sont couverts par la L.n.t. et, par conséquent, par les dispositions relatives aux congés et absences protégées prévues à cette loi. Le nombre de salariés à l'emploi de l'employeur n'est pas un facteur considéré aux fins de l'application de la L.n.t.²⁶⁵⁰. Certaines catégories de travailleurs sont cependant exclues de la définition de salarié au sens de la L.n.t. et, par conséquent, un employeur qui n'emploie que des personnes ainsi exclues de l'application de la L.n.t. n'est pas sujet à l'application de ces règles²⁶⁵¹. En matière d'admissibilité, de nombreux congés et absences protégés prévus à la L.n.t. sont accessibles à tous les salariés, quelle que soit la durée de leur service continu. C'est le cas, notamment, des congés de maternité, de paternité et parental. D'autres congés et absences requièrent que les salariés aient cumulé une certaine durée de service continu auprès de l'employeur, mais cette durée demeure minimale. En effet, elle n'excède habituellement pas 3 mois de services continus, à l'exception du congé pour mission à l'étranger des salariés réservistes des Forces armées canadiennes, qui requiert un service continu de 12 mois auprès de l'employeur civil²⁶⁵².

(ii) Nombre de congés et d'absences protégés

Le nombre d'absences ou de congés protégés diffère substantiellement entre les territoires étudiés. Alors que le Québec compte plus de dix-sept absences ou congés protégés différents, le Massachusetts, quant à lui, n'en compte que quatre²⁶⁵³. Or, considérant que le congé de maternité prévu au MMLA ne peut être cumulé avec le congé prévu au FMLA²⁶⁵⁴, le nombre total de congés ou d'absences protégés auquel peut prétendre un salarié au Massachusetts serait plutôt de trois congés, à supposé même que l'employeur soit couvert par la législation et que le salarié soit admissible aux congés.

²⁶⁵⁰ L.n.t., art. 1(7).

²⁶⁵¹ L.n.t., art. 3.

²⁶⁵² Pour plus de détails, voir : *Supra*, section IV.D.1.a)(4)(c), p. 416, et section IV.D.1.a)(4)(d), p. 417.

²⁶⁵³ Il s'agit des congés prévus au FMLA, du congé de maternité prévu au MMLA et du congé pour obligations familiales prévu au MSNLA.

²⁶⁵⁴ L'effet pratique du MMLA est de permettre à un plus grand nombre de salariées de bénéficier d'un congé de maternité et ce, en raison de ses seuils de couverture et d'admissibilité plus généreux. Il est donc normal que ce congé ne puissent être cumulé avec celui du FMLA, l'objectif du MMLA n'étant pas d'augmenter la durée d'un congé de maternité pouvant être pris en vertu du FMLA, mais plutôt, d'en augmenter la couverture.

(iii) Caractère payé ou non payé des congés et des absences

Bien que le nombre d'absences ou de congés protégés sans perte de salaire soit relativement limité au Québec, il demeure que ce nombre est substantiellement plus élevé que celui qu'on retrouve au Massachusetts, qui n'en compte aucun. En effet, alors qu'un salarié peut s'absenter du travail sans perte de salaire à quatre occasions distinctes au Québec (10 jours pour obligations reliés à la garde ou aux soins à apporter à un membre de la famille, 1 jours pour décès ou funérailles d'un membre de la famille proche, 1 jours pour le mariage ou l'union civile du salarié, 2 jours pour la naissance ou l'adoption d'un enfant), rien de tel n'est prévu au Massachusetts, où tous les congés et absences protégés sont sans salaire.

(iv) Durée des congés et des absences protégés

La durée des absences et congés protégés diffère substantiellement entre les territoires étudiés. Alors que la durée des absences et congés protégés au Québec varie entre quelques heures (i.e. journées d'absence fractionnables) et un maximum de 104 semaines, cette même durée au Massachusetts varie entre quelques heures (i.e. journée d'absence fractionnable) et un maximum 26 semaines. La durée maximale des congés et absences protégés est donc substantiellement plus élevée au Québec qu'au Massachusetts. La durée des congés et absences protégés sans perte de salaire, quant à elle, peut atteindre jusqu'à 10 jours par année au Québec²⁶⁵⁵.

Le tableau ci-dessous illustre le nombre de congés ou absences présents dans les territoires étudiés en fonction de leur durée maximale respective.

²⁶⁵⁵ Il n'existe aucun congé ou absence protégé sans perte de salaire au Massachusetts.

Tableau no 3
Congé et absences protégés au sein des territoires étudiés

Durée maximale du congé ou de l'absence	Québec		Massachusetts	
	Nombre	Absences ou congés	Nombre	Absences ou congés
104 semaines	4	L.n.t., art. 79.1, al. 2 Absence préjudice corporel grave accident criminel L.n.t., art. 79.8, al. 2 : Prolongation présence requise enfant mineur maladie grave potentiellement mortelle L.n.t., art. 79.9 : Prolongation présence requise enfant mineur préjudice corporel grave acte criminel L.n.t., art. 79.12 : Absence décès conjoint ou enfant acte criminel	0	n/a
18 mois	1	L.n.t., art. 81.17.1, par. 1 : Absence réserviste opération Forces canadiennes à l'étranger	0	n/a
52 semaines	3	L.n.t., art. 79.10 : Absence disparition enfant mineur L.n.t., art. 79.11 : Absence suicide conjoint ou enfant L.n.t., art. 81.10 : Congé parental	0	n/a
26 semaines	1	L.n.t., art. 79.1, al. 1 : Absence maladie, accident, don d'organes ou de tissus à des fins de greffe (par période de 12 mois)	1	FMLA, 29 U.S.C. § 2612(a)(3) : Congé pour prendre soin d'un proche parent membre des forces armées qui souffre d'une blessure ou qui est atteint d'une maladie sérieuse (pour une période unique de 12 mois)
18 semaines	2	L.n.t., art. 81.4 : Congé de maternité L.n.t., art. 81.5.2 Interruption de grossesse 20 semaines et plus	0	n/a
12 semaines	1	L.n.t., art. 79.8, al. 1 : Présence requise enfant mineur maladie grave potentiellement mortelle (par période de 12 mois)	1	FMLA, 29 U.S.C. § 2612(a)(1) : Absence pour naissance ou adoption enfant, soins au conjoint, enfant, parent en raison état de santé sérieux ou en raison état de santé sérieux de l'employé, responsabilités particulières associées au service militaire actif d'un proche parent (par période de 12 mois)(non cumulable avec congé FMLA).

8 semaines	0	n/a	1	MMLA, M.G.L. c. 149, § 105D : Congé de maternité naissance ou adoption d'un enfant mineur ou adoption personne handicapée de moins de vingt-trois ans (non cumulable avec le congé prévu par le FMLA)
5 semaines	1	L.n.t., art. 81.2 : Congé de paternité	0	n/a
3 semaines	1	L.n.t., art. 81.5.2, al. 1 : Interruption de grossesse moins de 20 semaines	0	n/a
15 jours	1	L.n.t., art. 81.17.1, par. 3 : Participation entraînement annuel Forces canadiennes	0	n/a
10 jours	1	L.n.t., art. 79.7 : Absence obligations garde, santé enfant ou état de santé conjoint, père, mère, frère, sœur, grand-parent (congé fractionnable en journées)	0	n/a
5 jours	2	L.n.t., art. 80 : Absence décès ou funérailles conjoint, enfant, père, mère, frère ou sœur L.n.t., art. 81.1 : Absence naissance ou adoption enfant ou interruption de grossesse de 20 semaines et plus	0	n/a
1 jour / 24 heures	3	L.n.t., art. 80.1 : Absence décès ou funérailles gendre, bru, grands-parent, petit-enfant et père, mère, frère ou sœur du conjoint L.n.t., art. 81 al. 1 : Absence mariage ou union civil du salarié L.n.t., art. 81 al. 2 : Absence mariage union civile enfant, père, mère, frère ou enfant du conjoint	1	MSNLA, M.G.L. c. 149, § 52D : Congé pour remplir des obligations familiales en matière de santé ou d'éducation à l'endroit d'un enfant ou d'un parent âgé (par période de 12 mois) (congé fractionnable)

Tel qu'il appert de ce tableau, le nombre d'absences et de congés de longue durée (entre 104 et 52 semaines) est particulièrement élevé au Québec, comparativement au Massachusetts. Ce tableau permet également de constater l'importance générale en termes de nombre et de durée des congés et absences protégés au Québec. Ce tableau ne permet toutefois pas de tenir compte des conditions et modalités particulières à chaque congé ou absence, ni de son caractère payé ou non. En outre, notons que seul un congé de maternité est prévu au

Massachusetts, le père ne bénéficiant d'aucun congé suite à la naissance ou à l'adoption d'un enfant et aucun congé parental n'étant prévu par la loi. Enfin, le salarié réintégré suite à la prise de l'un ou l'autre de ces congés bénéficie des avantages qu'il avait à son départ. Au Massachusetts, la durée du congé n'est pas considérée au même titre que du temps travaillé.

(i) Le travail des enfants

Au Québec, un employeur ne peut employer un enfant de moins de quatorze ans sans avoir au préalable obtenu le consentement écrit du titulaire de l'autorité parentale. Il ne peut généralement faire effectuer à un enfant un travail qui est disproportionné en regard de ses capacités ou qui est susceptible de compromettre son éducation ou de nuire à sa santé ou à son développement physique ou moral. Un employeur ne peut faire travailler durant les heures de classe un enfant qui a l'obligation de fréquenter l'école et doit s'assurer que l'horaire de travail permette à un tel enfant d'être présent à l'école durant celles-ci. Enfin, un employeur ne peut faire travailler un enfant entre vingt-trois heures et six heures du matin que dans certaines circonstances particulières et doit normalement s'assurer que l'horaire de travail permette à l'enfant d'être présent à sa résidence familiale entre vingt-trois heures et six heures du matin²⁶⁵⁶.

Au Massachusetts, le travail des enfants est réglementé à la fois par le *Fair Labor Standards Act* et les *Massachusetts Child Labor Laws*²⁶⁵⁷. Lorsque ces lois diffèrent sur un point particulier, ces sont les dispositions les plus protectrices qui trouvent application. En vertu du FLSA, le mineur âgé de 16 ou 17 ans n'est soumis à aucune restriction en matière d'horaire ou de nombre d'heures de travail²⁶⁵⁸. Il ne peut toutefois occuper aucun emploi qualifié de « dangereux ». Le mineur âgé de 14 ou 15 ans ne peut travailler qu'en dehors des heures de fréquentation scolaire, avec des restrictions importantes quant au nombre d'heures et à son horaire de travail. En plus de ne pouvoir occuper un emploi « dangereux », il se voit interdire de travailler dans des secteurs d'activité pouvant présenter des risques pour sa santé et sa sécurité. Il peut toutefois occuper certains emplois dans les établissements de vente au

²⁶⁵⁶ Pour plus de détails, voir : *Supra*, section IV.D.1.a)(5), p. 424.

²⁶⁵⁷ Pour plus de détails, voir : *Supra*, section IV.D.2.a)(4), p. 485.

²⁶⁵⁸ 29 U.S.C. § 203(l); 29 CFR § 570.2(a)(ii).

détail ou de restauration et dans les stations-service²⁶⁵⁹. Enfin, un mineur de moins de 14 ans ne peut occuper un emploi régi par le FLSA, à moins que l'emploi en question ne fasse l'objet d'une exemption. Les *Massachusetts Child Labor Laws*, quant à elles, interdisent au mineur âgé de 16 et 17 ans de travailler dans le cadre des certains emplois dangereux ou dans des lieux où des boissons alcoolisées sont fabriquées ou vendues. Il peut toutefois travailler dans la plupart des établissements de vente au détail. Le mineur âgé de moins de 16 ans se voit interdire de travailler dans des contextes et occupations particuliers additionnels. Ceci dit, le mineur âgé entre 14 et 16 ans peut occuper de nombreux emplois, à la condition d'avoir obtenu un permis de travail du superintendant des écoles. Le mineur âgé de moins de 14 ans, quant à lui, ne peut généralement pas travailler au sein d'établissements commerciaux. Ceci étant, le mineur de plus de 12 ans peut travailler dans des « commerces de rue » (« *street trades* »)²⁶⁶⁰ et le mineur de 9 ans et plus peut travailler à la distribution et à la vente de journaux, à certaines conditions. Enfin, notons que les *Massachusetts Child Labor Laws* prévoient des restrictions importantes en matière d'heures et d'horaires de travail des mineurs, ces règles variant considérablement en fonction de la catégorie d'âge concernée.

Dans l'ensemble, les règles relatives au travail des enfants sont très semblables au sein des territoires étudiés. Ainsi, tant au Québec qu'au Massachusetts, un employeur ne peut faire travailler un mineur dans le cadre d'un emploi qui présente des dangers pour sa santé et sa sécurité. Il ne peut en outre faire travailler un mineur la nuit et, dans le cas d'un mineur assujetti à l'obligation de fréquentation scolaire, pendant les heures de classe. Enfin, la législation applicable au Massachusetts n'impose pas à l'employeur de veiller à ce que l'horaire de travail permette au mineur qui fréquente un établissement scolaire d'être présent à l'école durant les heures de classe et d'être présent à la maison entre 23h00 et 6h00 du matin, mais elle encadre de façon beaucoup plus stricte le début et la fin des quarts de travail selon l'âge du mineur. En somme, les mêmes objectifs se trouvent à être atteints, bien que par des voies différentes.

²⁶⁵⁹ 29 CFR § 570.34(a). Certaines fonctions au sein de ces établissements lui sont toutefois expressément interdites: 29 CFR § 570.34(b).

²⁶⁶⁰ M.G.L. c. 149, § 69 (vente de magazines, périodiques ou autre marchandise, cirage de chaussures ou autre commerce dans la rue ou dans un lieu public).

Les principales différences identifiées en sont de forme. Tout d'abord, les règles applicables au Massachusetts proviennent à la fois du droit fédéral et du droit étatique, alors qu'au Québec, elle ne proviennent que du droit provincial (ou fédéral, selon le cas). Ensuite, il y a le style de rédaction emprunté. Alors qu'au Québec, les règles législatives et réglementaires applicables sont peu nombreuses et formulées en des termes généraux, au Massachusetts, elles sont très nombreuses et prennent la forme de longues énumérations, ce qui rend leur lecture – et surtout, leur compréhension – très ardue. Ces différences, qui découlent respectivement du partage constitutionnel des compétences et de la tradition juridique du système législatif, ajoutent beaucoup à la complexité du système juridique américain, à tout le moins, lorsqu'on le compare au système juridique québécois.

(j) Le harcèlement psychologique

Au Québec, la *Loi sur les normes du travail* confère au salarié le droit à un milieu de travail exempt de harcèlement psychologique et impose à l'employeur de prendre les moyens raisonnables nécessaires pour prévenir le harcèlement psychologique au sein de son entreprise et, le cas échéant, de faire cesser toute pratique de cette nature dont il a connaissance²⁶⁶¹. Le salarié qui croit avoir été victime de harcèlement psychologique peut porter plainte auprès de la C.n.t. dans les 90 jours du dernier événement²⁶⁶². Après enquête et, le cas échéant, médiation, le C.n.t. peut déférer le dossier à la C.r.t. afin qu'elle tranche le litige et rende la décision qui lui paraît juste et raisonnable dans les circonstances²⁶⁶³. La L.n.t. confère à la C.r.t. des pouvoirs de réparation importants à l'encontre de l'employeur fautif²⁶⁶⁴. Enfin, les

²⁶⁶¹ L.n.t., art. 81.19. Rappelons que le harcèlement psychologique est une conduite vexatoire qui porte atteinte à la dignité ou à l'intégrité psychologique ou physique du salarié et qui entraîne lui un milieu de travail néfaste. La conduite en question peut prendre la forme de comportements, de paroles, d'actes ou des gestes hostiles ou non désirés, répétés ou non, selon leur gravité et leur effets : L.n.t., art. 81.18.

²⁶⁶² L.n.t., art. 123.6 et 123.7.

²⁶⁶³ L.n.t., art. 123.8 à 123.13.

²⁶⁶⁴ Ainsi, la C.r.t. peut ordonner à l'employeur de réintégrer le salarié, de lui payer une indemnité pour salaire perdu ou pour perte d'emploi, de lui verser des dommages et intérêts punitifs et moraux, de prendre les moyens raisonnables pour faire cesser le harcèlement, de financer le soutien psychologique requis par le salarié ou de modifier le dossier disciplinaire du salarié : L.n.t., art. 123.14 et 123.15.

dispositions de la L.n.t. en matière de harcèlement psychologique sont réputées faire partie intégrante de toute convention collective²⁶⁶⁵.

Au Massachusetts, aucune loi ne traitait de la question du harcèlement psychologique en milieu de travail au moment d'écrire ces lignes. En fait, à l'exception du harcèlement criminel – qui relève du droit criminel – seul le harcèlement sexuel fait l'objet de règles particulières en contexte d'emploi. Un projet de loi en matière de harcèlement psychologique était toutefois à l'étude devant la législature du Massachusetts²⁶⁶⁶. Ce projet de loi prévoit des droits et obligations semblables à ceux que prévoient les dispositions de la L.n.t. en matière de harcèlement psychologique, ainsi que des recours et des remèdes équivalents. À la différence de la législation québécoise, toutefois, ce projet de loi prévoit également des recours contre les employés fautifs²⁶⁶⁷.

(k) La mise en œuvre des normes du travail

Comme nous avons eu l'occasion de le voir précédemment²⁶⁶⁸, la mise en œuvre des normes du travail ne diffère pas de façon importante entre les territoires étudiés. En effet, tant au Québec qu'au Massachusetts (et dans ce dernier cas, tant en vertu de la législation fédérale qu'en vertu de la législation étatique), un salarié dont les droits en matière de normes minimales du travail ne sont pas respectés peut déposer une plainte auprès d'une autorité administrative²⁶⁶⁹, qui fera enquête et qui, selon les résultats obtenus, intentera ou non des poursuites pénales ou civiles contre l'employeur. Dans les deux cas, l'autorité d'application peut exercer des recours civils au nom et pour le compte du salarié dont les droits ont été brimés ou, à défaut, le salarié pourra exercer lui-même les recours appropriés devant les tribunaux judiciaires ou administratifs compétents (droit de poursuite privé).

(2) *La santé et la sécurité du travail*

²⁶⁶⁵ L.n.t., art. 81.20. Pour plus de détails, voir : *Supra*, section IV.D.1.a)(6), p. 426.

²⁶⁶⁶ *An Act addressing workplace bullying, mobbing, and harassment, without regard to protected class status, préc.*, note 2216.

²⁶⁶⁷ *Supra*, section IV.D.2.a)(5), p. 491.

²⁶⁶⁸ *Supra*, section IV.D.1.a)(8), p. 435, et section IV.D.2.a)(7), p. 497.

²⁶⁶⁹ Au Québec, il s'agit de la C.n.t., tandis qu'au Massachusetts, il s'agit de la WHD (dans le cas de législation fédérale) ou du AGO (dans le cas de la législation étatique).

Au Québec, le régime de santé et sécurité du travail est prévu par la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*²⁶⁷⁰. Au Massachusetts, il est prévu par le *Occupational Safety and Health Act*²⁶⁷¹. Ces deux lois visent le même objectif, soit l'élimination à la source des dangers pour la santé, la sécurité et l'intégrité physique des travailleurs.

Les droits et obligations et les normes de santé et de sécurité prévus par les deux régimes sont, dans l'ensemble, très semblables. Ainsi, tant au Québec qu'au Massachusetts, les employeurs ont l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour protéger la santé et assurer la sécurité et l'intégrité physique des travailleurs, de s'assurer que les établissements et que les méthodes et les techniques utilisées pour accomplir le travail sont sécuritaires et de fournir les équipements de protection nécessaires à une exécution sécuritaire du travail, et les travailleurs, l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour protéger leur santé, leur sécurité et leur intégrité physique et celles de toute personne qui se trouve sur les lieux de travail. En outre, tant au Québec qu'au Massachusetts, les employeurs ont le droit d'avoir accès à des services de formation, d'information et de conseil en matière de santé-sécurité, et les travailleurs, le droit à des conditions de travail qui respectent leur santé, leur sécurité et leur intégrité physique, le droit de refuser d'effectuer un travail dans des conditions dangereuses, le droit à la formation et le droit à l'information. Contrairement au régime québécois, toutefois, le régime applicable au Massachusetts ne prévoit pas spécifiquement de droit au retrait préventif en raison d'un contaminant et de droit au retrait préventif de la travailleuse enceinte ou qui allaite. Finalement, tant au Québec qu'au Massachusetts, les employeurs et les travailleurs ont l'obligation de respecter les normes réglementaires adoptées par l'organisme gouvernemental responsable d'administrer la loi (la C.s.s.t, dans le cas du Québec, et l'OSHA, dans le cas du Massachusetts). Or, celles-ci abordent généralement les mêmes grandes questions et portent généralement sur les mêmes grands thèmes de santé-sécurité.

Des différences importantes ont toutefois été observées au niveau des mécanismes d'adoption et de mise en œuvre de la loi. Au Québec, la loi associe tous les intervenants du

²⁶⁷⁰ *Supra*, section IV.D.1.b), p. 438.

²⁶⁷¹ *Supra*, section IV.D.2.b), p. 501.

milieu du travail à la poursuite de son objectif de prévention. Pour ce faire, elle établit des mécanismes de participation (comité paritaire de santé et sécurité, représentant à la prévention, associations sectorielles) par le biais desquels les travailleurs, les employeurs et leurs associations respectives participent directement à la mise en œuvre de la loi. Seules les entreprises qui comptent plus de 20 travailleurs et qui œuvrent dans certains secteurs d'activités sont toutefois tenues de se doter de telles structures. Dans un tel système, l'inspectorat joue un rôle relativement limité, n'intervenant généralement que lorsque les mécanismes de participation prévus par la loi s'avèrent insuffisants. Au Massachusetts, le régime ne mise pas autant sur la participation des intervenants du milieu du travail que le régime québécois. C'est un régime très centralisé où l'agence gouvernementale responsable, la OSHA, élabore une réglementation très détaillée et où le système d'inspectorat joue un rôle crucial, puisqu'il est la principale force persuasive du système. Les mécanismes de participation existent, mais à titre plutôt exceptionnel (« OSHA Voluntary Protection Programs » ou « VPP »). En somme, le régime québécois de santé et sécurité du travail est plutôt décentralisé et participatif, tandis que le régime applicable au Massachusetts est plutôt centralisé et non participatif.

Enfin, nous avons observé des différences importantes au niveau du financement du régime de santé et sécurité du travail. Au Québec, ce régime est entièrement financé par les employeurs. En effet, non seulement ceux-ci doivent ils rémunérer les membres du comité de santé et de sécurité de l'entreprise et les représentants à la prévention, ils doivent en outre assumer les coûts de fonctionnement de la C.s.s.t. en lui versant une cotisation. Au Massachusetts, non seulement l'employeur n'a-t-il pas à assumer la rémunération des membres du comité de santé de sécurité et du ou des représentants à la prévention – ces institutions n'existant pas aux États-Unis – mais il n'a pas à financer le régime comme tel, celui-ci étant entièrement financé par le trésor public américain.

(3) *L'interdiction de la discrimination en cours d'emploi*

Les règles qui interdisent la discrimination en cours d'emploi sont essentiellement les mêmes que celles qui interdisent la discrimination au moment de l'embauche. Or, comme nous avons eu l'occasion de le voir, ces règles diffèrent peu entre les territoires étudiés, du

moins, lorsqu'elles sont considérées dans leur ensemble²⁶⁷². Nous avons néanmoins identifié des différences au niveau de la complexité de règles applicables en matière de recours de même qu'au niveau de la couverture des règles applicables²⁶⁷³. Or, ce sont des différences importantes.

(4) *Les pratiques interdites en cours d'emploi*

La quasi-totalité des pratiques interdites prévues par la législation québécoise s'appliquent en cours d'emploi. En effet, les dispositions législatives applicables en la matière interdisent généralement à l'employeur, entre autres choses, « de suspendre ou de déplacer un salarié, d'exercer à son endroit des mesures discriminatoires ou des représailles ou de lui imposer toute autre sanction », ce qui implique la présence d'une relation d'emploi. La situation est la même au Massachusetts. En effet, presque toutes les pratiques interdites prévues par la loi s'appliquent en cours d'emploi. Il n'y a donc pas de différences majeures à ce chapitre. En outre, les pratiques interdites au Québec et au Massachusetts sont dans l'ensemble très similaires. En effet, elles traitent essentiellement des mêmes grandes questions et visent sensiblement les mêmes grandes préoccupations.

Ceci étant, nous avons identifié des différences au niveau des recours disponibles. La première différence concerne les autorités adjudicatives. Alors qu'au Québec, les pratiques interdites sont des questions qui sont tranchées par des tribunaux administratifs (la Commission des relations de travail, la Commission de la santé et de la sécurité du travail et, dans certains cas, l'arbitre de griefs), au Massachusetts, ce sont plutôt des questions qui sont tranchées par les tribunaux judiciaires (étatiques ou fédéraux, selon le cas). La deuxième différence concerne le fardeau de preuve de la partie plaignante. Alors qu'au Québec, la preuve de la concomitance dispense généralement le plaignant de faire la preuve de la causalité entre la mesure prise et le droit exercé, au Massachusetts, la preuve de la concomitance, bien que nécessaire, ne suffit pas. Le plaignant doit également prouver la

²⁶⁷² Rappelons qu'aux États-Unis, contrairement à la situation qui prévaut chez nous, les États fédérés peuvent adopter une législation plus généreuse que la législation fédérale en matière de discrimination en emploi et que dans ce cas, les droits prévus à la législation étatique « complètent » la législation fédérale.

²⁶⁷³ Pour plus de détails, voir : *Supra*, section IV.D.3.a)(3), p. 538.

causalité par d'autres moyens. Mise à part ces différences, il est surprenant de constater à quel point la procédure à suivre dans le cadre de ces recours est similaire au sein des deux territoires. En effet, dans les deux cas, la preuve *prima facie* des conditions d'ouverture du recours fait naître une présomption à l'effet que la pratique interdite a été commise, ce qui opère un renversement du fardeau de la preuve en faveur du plaignant. Il appartient alors à l'employeur de prouver que la mesure a été prise pour une autre raison légitime (au Québec : pour une « autre cause juste et suffisante »).

(5) *La langue de travail*

Au Québec, la *Charte de la langue française*²⁶⁷⁴ prévoit que les travailleurs ont le droit d'exercer leurs activités en français²⁶⁷⁵. Elle prévoit en outre des dispositions spécifiques sur le français à titre de langue de travail²⁶⁷⁶ en vertu desquelles l'employeur doit utiliser le français dans les communications écrites qu'il adresse à son personnel, de même que dans les offres d'emploi et de promotion²⁶⁷⁷, ne peut exiger la connaissance d'une autre langue que le français pour l'accès à un emploi ou à un poste, à moins que la connaissance de cette langue ne soit nécessaire à l'accomplissement des tâches²⁶⁷⁸ et ne peut congédier, mettre à pied, rétrograder ou déplacer un salarié pour la seule raison que celui-ci ne connaît que le français, qu'il ne connaît pas suffisamment une autre langue que le français ou qu'il a exigé le respect des dispositions de la C.I.f. relatives à la langue de travail²⁶⁷⁹. Ces règles prévoient en outre que les conventions collectives et leurs annexes doivent être rédigées en français²⁶⁸⁰ et que le non

²⁶⁷⁴ *Préc.*, note 1013 (ci-après « C.I.f. »).

²⁶⁷⁵ C.I.f., art. 4.

²⁶⁷⁶ C.I.f., chapitre VI – La langue du travail. Notons que ces dispositions sont réputées faire partie intégrante de toute convention collective : C.I.f., art. 50.

²⁶⁷⁷ C.I.f., art. 41 et 42. À noter toutefois que les communications et les offres d'emploi ou de promotion peuvent à la fois être rédigées en français et dans une autre langue.

²⁶⁷⁸ C.I.f., art. 46. Un recours spécifique auprès de la C.r.t. est prévu en cas de violation de cette disposition. Ce recours n'est toutefois pas disponible au salarié qui a accès à la procédure d'arbitrage de griefs.

²⁶⁷⁹ C.I.f., art. 45. Ici également, un recours spécifique auprès de la C.r.t. est prévu en cas de violation de cette disposition, mais ce recours n'est pas disponible au salarié qui a accès à la procédure d'arbitrage de griefs.

²⁶⁸⁰ C.I.f., art. 43.

respect des règles relatives à la langue de travail entraîne la nullité des actes, décisions et documents concernés²⁶⁸¹.

Le chapitre V de la C.l.f. prévoit quant à lui des règles applicables aux entreprises en matière de francisation. En vertu de ces règles, l'entreprise qui emploie 100 personnes ou plus doit instituer un comité de francisation en vue d'obtenir un certificat de francisation auprès de l'Office québécois de la langue française. Pour ce faire, un programme de francisation pourrait devoir être adopté et mis en œuvre par l'entreprise²⁶⁸². L'entreprise qui emploie 50 personnes ou plus durant une période de six mois a quant à elle l'obligation de s'inscrire auprès de l'Office, et, le cas échéant, d'appliquer un programme de francisation en vue d'obtenir un certificat de francisation auprès de l'Office. Elle pourrait également se voir ordonner la création d'un comité de francisation à cette fin²⁶⁸³. Enfin, notons que des ententes particulières peuvent être conclues avec l'Office québécois de la langue française afin de permettre l'utilisation d'une autre langue que le français comme langue de fonctionnement à l'intérieur des sièges sociaux et des centres de recherche²⁶⁸⁴.

Au Massachusetts, il n'existait aucune législation analogue à la C.l.f. au moment d'écrire ces lignes. Cependant, le *English Only Movement* (qui préfère quant à lui l'appellation *Official English Movement*), un groupe de pression qui tente de faire adopter par les législateurs fédéral et étatiques une législation faisant de l'anglais la langue officielle, tentait de faire adopter au Massachusetts une législation qui aurait pour effet de protéger les employeurs ayant adopté une politique faisant de l'anglais la seule langue de travail au sein de leur entreprise (d'où l'expression « English Only »), à l'instar de ce qui est prévu par la C.l.f.²⁶⁸⁵. À ce jour, vingt-huit États ont adopté une législation faisant de l'anglais la langue officielle aux États-Unis²⁶⁸⁶. En outre, de nombreux projets de lois ont été présentés devant le

²⁶⁸¹ C.l.f., art. 48.

²⁶⁸² C.l.f., art. 136 à 138.

²⁶⁸³ C.l.f., art. 139 à 143.

²⁶⁸⁴ C.l.f., art. 144.

²⁶⁸⁵ U.S. ENGLISH, *State legislation – Massachusetts*, 2013, en ligne : <http://www.us-english.org/view/364?state=MA> (consulté le 30 juin 2013).

²⁶⁸⁶ Ces États sont : Alabama (1990), Alaska (1998-2002), Arizona (2006), Arkansas (1987), California (1986), Colorado (1988), Florida (1988), Georgia (1996), Idaho (2007), Illinois (1969), Indiana (1984), Iowa (2002), Kansas (2007), Kentucky (1984), Mississippi (1987), Missouri (1998), Montana (1995), Nebraska (1923), New

Congrès américain au cours des dernières décennies, le plus récent étant le *English Language Unity Act de 2011*²⁶⁸⁷.

c) Au niveau de la rupture du rapport salarial

Les lois particulières, par le biais desquelles le législateur intervient directement dans les conditions de travail, sont à l'origine de mesures de protection d'emploi dont bénéficient autant les travailleurs non-syndiqués que les travailleurs syndiqués. Elles viennent ainsi combler les lacunes du droit commun en la matière et compléter les dispositions de la convention collective applicable, le cas échéant. Elles interdisent en outre la discrimination de même que certaines pratiques en contexte de fin d'emploi. La présente section vise à comparer les mesures de protection d'emploi prévues aux lois particulières du Québec à celles qu'on retrouve dans les lois applicables au Massachusetts. Nous débuterons par l'étude des mesures de protection de l'emploi ((1)) pour nous intéresser ensuite au paiement de l'indemnité afférente au congé annuel ((2)), à l'interdiction de la discrimination ((3)) et aux pratiques interdites en contexte de fin d'emploi((4)).

(1) Les mesures de protection de l'emploi

Les mesures de protection d'emploi que nous comparerons dans le cadre de la présente section sont l'avis de cessation d'emploi ou de mise à pied ((a)), l'avis de licenciement collectif ((b)) et le congédiement sans cause juste et suffisante ((c)).

(a) L'avis de cessation d'emploi ou de mise à pied

Au Québec, la *Loi sur les normes du travail* prévoit qu'un employeur doit donner au salarié qui justifie de 3 mois de service continue un avis écrit d'une certaine durée avant de mettre fin à son contrat de travail ou de le mettre à pied pour 6 mois ou plus²⁶⁸⁸. Elle ne prévoit toutefois aucune paie de séparation ou indemnité de fin d'emploi comme telle. La

Hampshire (1995), North Carolina (1987), North Dakota (1987), Oklahoma (2010), South Carolina (1987), South Dakota (1995), Tennessee, (1984), Utah, (2000), Virginia (1981), and Wyoming (1996). Le Massachusetts ne fait pas partie de ces États, bien qu'il ait déjà adopté une loi en la matière en 1975.

²⁶⁸⁷ H.R. 997 et S. 503.

²⁶⁸⁸ L.n.t., art. 82, al. 1.

durée de ce préavis varie entre 1 et 8 semaines, selon le service continu du salarié²⁶⁸⁹. L'employeur n'a toutefois pas à donner un tel préavis au salarié qui ne justifie pas de 3 mois de service continu, dont le contrat à durée déterminée ou à entreprise déterminée expire, qui a commis une faute grave ou dont la fin du contrat de travail ou la mise à pied résulte d'un cas de force majeure²⁶⁹⁰. L'employeur qui fait défaut de donner un tel avis ou dont l'avis est d'une durée insuffisante doit verser au salarié une indemnité compensatoire qui équivaut au salaire que celui-ci aurait normalement reçu pendant la durée de l'avis au moment de la perte de l'emploi ou de la mise à pied, selon le cas²⁶⁹¹. Des règles particulières sont toutefois prévues pour les salariés à qui une convention collective accorde un droit de rappel au travail²⁶⁹². À noter que les règles prévues par la L.n.t. en la matière sont d'ordre public²⁶⁹³ et qu'elles sont distinctes de celles qu'on retrouve au C.c.Q ou dans une autre loi²⁶⁹⁴. Rappelons que le C.c.Q., à son article 2091, prévoit qu'une partie qui veut résilier unilatéralement un contrat de travail à durée indéterminée doit transmettre un délai de congé raisonnable à l'autre partie. C'est une obligation qui se superpose à celle prévue par l'article 82 L.n.t.²⁶⁹⁵.

Au Massachusetts, la législation ne prévoit aucune formalité d'avis ou de préavis pour mettre fin à la relation d'emploi. C'est la doctrine de l'*employment at-will* qui s'applique, une doctrine de droit commun qui, comme nous l'avons vu, permet à l'employeur ou au salarié de mettre fin à la relation d'emploi selon son bon vouloir, sans raison, sans aucun préavis, ni indemnité²⁶⁹⁶. À ce chapitre, donc, la situation diffère substantiellement entre le Québec et le Massachusetts.

²⁶⁸⁹ L.n.t., art. 82, al. 2.

²⁶⁹⁰ L.n.t., art. 82.1.

²⁶⁹¹ L.n.t., art. 83.

²⁶⁹² L.n.t., art. 83.1 et 83.2.

²⁶⁹³ L.n.t., art. 93 et 94.

²⁶⁹⁴ L.n.t., art. 82, al. 4.

²⁶⁹⁵ *Supra*, section IV.D.1.a)(7)(a), p. 428.

²⁶⁹⁶ En fait, à moins d'une entente prévoyant un terme ou un congédiement pour cause seulement, la rupture du contrat de travail est laissée à la quasi-discretion de l'employeur et du salarié : aucune procédure légale de licenciement, aucun délai de préavis légal et aucun besoin de justifier d'une raison pour congédier un salarié ou pour démissionner. Voir : *Supra*, section IV.B.2.d)(1), p. 214.

(b) L'avis de licenciement collectif

Au Québec, un employeur doit transmettre un avis au ministre de l'Emploi et de la Sécurité sociale avant de procéder à un licenciement collectif pour des motifs d'ordre technologique ou économique²⁶⁹⁷. Un « licenciement collectif » au sens de la L.n.t. est « une cessation de travail du fait de l'employeur, y compris une mise à pied pour une durée de six mois ou plus, qui touche au moins 10 salariés d'un même établissement au cours d'une période de deux mois consécutifs ». La durée de l'avis à transmettre varie entre 8, 12 et 16 semaines, selon le nombre de salariés touchés par le licenciement collectif. Une copie de l'avis doit être transmise à la C.n.t. et, le cas échéant, au syndicat accrédité. Une copie de l'avis doit également être affichée dans l'établissement concerné. L'employeur qui ne donne pas cet avis ou qui donne un avis d'une durée insuffisante doit verser aux salariés une indemnité équivalente au salaire habituel que ceux-ci auraient gagné pendant la période correspondant à la durée ou à la durée résiduelle de l'avis que l'employeur aurait dû donner. Cette indemnité ne s'ajoute toutefois pas à celle qui est payable en vertu de l'article 82 L.n.t. ; seule l'indemnité la plus élevée doit être payée²⁶⁹⁸.

Toutes les situations et tous les salariés ne sont toutefois pas couverts par ces dispositions. En effet, celles-ci ne s'appliquent qu'aux salariés couverts par la L.n.t. et qui justifient d'un minimum de trois mois de service continu auprès de l'employeur, à l'exception des salariés dont le contrat à durée ou à entreprise déterminée expire, des salariés qui ont commis une faute grave et de certains salariés de la fonction publique. De plus, seuls les licenciements collectifs qui touchent au moins 10 salariés d'un même établissement pendant une période de deux mois sont couverts, à l'exception des licenciements qui surviennent dans les établissements dont les activités sont saisonnières ou intermittentes ou dont les salariés sont en grève ou en lock-out²⁶⁹⁹. Enfin, notons que lorsqu'un licenciement collectif affecte 50 salariés ou plus, le ministre de l'Emploi et de la Solidarité sociale peut demander la constitution d'un comité d'aide au reclassement. Ce comité, financé partiellement par

²⁶⁹⁷ Pour plus de détails, voir : *Supra*, section IV.D.1.a)(7)(b), p. 430.

²⁶⁹⁸ L.n.t., art. 84.0.1 et ss.

²⁶⁹⁹ *Id.*

l'employeur et composé d'un nombre égal de représentants de l'employeur et du syndicat – ou en l'absence de syndicat, de représentants des salariés touchés par le licenciement – a pour mission de venir en aide aux salariés licenciés, de faciliter leur maintien ou leur réintégration en emploi ou, encore, leur reclassement²⁷⁰⁰.

Au Massachusetts, le WARN Act oblige l'employeur couvert à transmettre un préavis écrit de 60 jours aux employés affectés par une perte d'emploi qui survient dans le cadre d'une fermeture d'usine ou d'une mise à pied massive²⁷⁰¹. Le préavis doit plutôt être transmis au syndicat lorsque les employés affectés sont ainsi représentés. Le préavis doit également être transmis à la *State Rapid Response Dislocated Worker Unit* et au chef du gouvernement local concerné. L'employeur peut donner un préavis d'une durée inférieure dans certaines situations exceptionnelles. L'employeur qui procède à une mise à pied massive ou à la fermeture d'un établissement sans transmettre l'avis requis par le WARN Act est responsable envers les employés affectés du salaire et des avantages sociaux perdus jusqu'à concurrence de 60 jours. Il s'expose également à des peines civiles et, éventuellement, au remboursement de frais raisonnables d'avocats. Le WARN Act ne prévoit pas formellement la possibilité pour l'employeur de remplacer ce préavis par une indemnité compensatoire, mais cette possibilité serait permise implicitement.

Le WARN Act a une couverture très limitée. En effet, il ne s'applique qu'aux employeurs qui comptent 100 employés à temps plein et plus ou aux employeurs qui comptent 100 employés et plus, à temps plein ou à temps partiel, et qui travaillent collectivement un minimum de 4000 heures par semaine, exclusion faite des heures supplémentaires. En outre, le WARN Act ne s'applique pas à toutes les fermetures d'usines et de mises à pied massives. En effet, pour que le WARN Act s'applique, une fermeture d'usine doit entraîner une perte d'emploi, sur une période de 30 jours, d'un minimum de 50 employés à temps plein, tandis qu'une mise à pied massive doit entraîner une perte d'emploi, sur une période de 30 jours, d'un minimum de 50 employés à temps plein représentant au moins le tiers de la main-d'œuvre à temps plein, ou d'un minimum de 500 employés à temps plein lorsque cette

²⁷⁰⁰ *Id.*

²⁷⁰¹ Pour plus de détails, voir : *Supra*, section IV.D.2.a)(6), p. 491.

proportion est moindre. Les pertes d'emploi qui affectent différents groupes de travailleurs au sein d'un même établissement pendant une même période de 90 jours peuvent être considérées globalement pour les fins du calcul des seuils requis par le WARN Act, à moins que l'employeur ne démontre que les pertes d'emploi résultent d'actions et de causes distinctes et séparées et ne constituent pas une tentative d'éluder la loi. Enfin, le WARN Act ne s'applique pas aux grèves et aux lock-out, ni aux fermetures temporaires d'un établissement, ni aux fermetures ou aux mises-à-pied massives qui résultent du caractère temporaire du projet ou de l'entreprise lorsque les employés ont été embauchés en toute connaissance de cause.

La législation du Massachusetts prévoit des règles non-contraignantes en matière de préavis de licenciement collectif²⁷⁰². En vertu de ces règles, l'employeur s'engage à faire un effort de bonne foi afin d'assurer aux travailleurs la meilleure combinaison de préavis, de salaire et de couverture d'assurance en cas de fermeture totale ou partielle d'un établissement. Aucune durée minimale de préavis n'est prévue, mais la loi stipule que l'employeur doit fournir un préavis minimal de 90 jours ou des bénéfices équivalents dans la mesure du possible. Les entreprises qui sont financées, assurées ou subventionnées par une agence quasi-publique de l'État du Massachusetts sont cependant requise de se soumettre à ces règles sur une base contractuelle²⁷⁰³.

À l'instar de l'avis de fin d'emploi prévu à l'article 82 de la L.n.t.²⁷⁰⁴, les avis de licenciement collectif prévus aux articles 84.0.1 et suiv. de la L.n.t. et au WARN Act imposent aux employeurs des contraintes importantes qui se traduisent par une obligation d'anticiper les besoins de main-d'œuvre à plus long terme (i.e. perte de flexibilité à court terme dans la gestion de la taille de la main-d'œuvre) ou par une obligation de payer une indemnité compensatoire aux salariés qui n'auront pas reçu le préavis requis ou qui auront reçu un préavis d'une durée insuffisante (i.e. augmentation des coûts de main-d'œuvre).

Ceci étant, notre analyse nous a permis d'identifier des différences importantes entre les deux mécanismes. Tout d'abord, la couverture du WARN Act est beaucoup plus restreinte

²⁷⁰² M.G.L., c. 149, §182.

²⁷⁰³ *Id.*; J.L. HIRSCH, *préc.*, note 682, § 21-2.

²⁷⁰⁴ *Supra*, section IV.D.3.c)(1)(a), p. 577.

que celle des articles 84.0.1 et suiv. de la L.n.t. En effet, le WARN Act ne s'applique qu'aux employeurs qui possèdent un minimum de 100 employés à leur emploi, alors que les articles 84.0.1 et suiv. de la L.n.t. s'appliquent, du moins en pratique, aux employeurs qui possèdent au moins 10 salariés à leur emploi²⁷⁰⁵.

Ensuite, les seuils requis de salariés affectés par une perte d'emploi ou par une mise à pied sont beaucoup plus élevés au Massachusetts qu'au Québec, ce qui se traduit par une portée beaucoup moins grande de la règle américaine que de la règle québécoise. En effet, au Québec, l'employeur a des obligations dès que 10 salariés sont affectés par une perte d'emploi ou une mise à pied au cours d'une période de deux mois, alors qu'au Massachusetts, ce seuil est de 50 employés au cours d'une période pouvant aller jusqu'à 90 jours dans le cas d'une fermeture d'usine, et de 50 employés représentant au moins le tiers de la main-d'œuvre ou 500 employés au cours d'une période pouvant aller jusqu'à 90 jours dans le cas d'une mise à pied massive.

Enfin, la durée de l'avis que l'employeur doit donner diffère substantiellement entre les deux territoires, plus particulièrement lorsque le nombre de salariés affectés est élevé. En-deçà de 100 salariés, la durée de l'avis est relativement comparable (8 semaines au Québec contre 60 jours au Massachusetts). À compter de 100 salariés, toutefois, elle diffère substantiellement : elle est 150% plus élevée au Québec qu'au Massachusetts lorsque le nombre de salariés affectés est de 100 et plus (12 semaines contre 60 jours) et 200% plus élevée lorsque le nombre de salariés est de 300 et plus (16 semaines contre 60 jours). En somme, un licenciement collectif qui implique un nombre élevé de salariés doit être anticipé beaucoup plus longtemps à l'avance au Québec qu'au Massachusetts, puisque dans le premier cas, la durée du préavis est modulée en fonction du nombre de travailleurs affectés, tandis que dans le second cas, la durée du préavis est la même, quel que soit le nombre de travailleurs affectés.

²⁷⁰⁵ En effet, la définition de « licenciement collectif » prévue à la L.n.t. implique un tel minimum : L.n.t., art. 84.0.1. En principe, toutefois, les articles 84.0.1 et ss. L.n.t. s'appliquent à tous les employeurs, peu importe leur nombre d'employés, sous réserve uniquement des exceptions prévues aux articles 84.0.2 et 84.0.3 L.n.t.

(c) Le congédiement sans cause juste et suffisante

Au Québec, la *Loi sur les normes du travail* prévoit que le salarié qui justifie de deux ans de service continu dans une même entreprise ne peut être congédié que pour une cause juste et suffisante dont la preuve appartient à l'employeur²⁷⁰⁶. Le salarié qui est congédié contrairement à ce principe dispose d'un recours auprès de la Commission des relations de travail, à moins qu'il ne dispose d'un recours équivalent²⁷⁰⁷. La législation québécoise confère donc une certaine sécurité d'emploi aux salariés qui justifient d'un minimum de 2 ans de service continu dans une même entreprise.

À l'instar des autres dispositions de la L.n.t., cette disposition est d'ordre public²⁷⁰⁸. Des conditions d'ouvertures précises doivent toutefois être rencontrées. Ainsi, la personne congédiée doit être un « salarié » au sens de la L.n.t., doit justifier de 2 ans de service continu auprès de l'employeur, doit déposer sa plainte dans les 45 jours de son congédiement et doit avoir été « congédiée » par l'employeur²⁷⁰⁹. Cette disposition ne s'applique donc pas aux licenciements, c'est-à-dire aux pertes d'emploi décidées unilatéralement par l'employeur pour des motifs économiques ou liés à l'exploitation de son entreprise²⁷¹⁰.

La C.r.t. dispose d'un large pouvoir d'appréciation des motifs de congédiement de l'employeur. Si elle conclut que les motifs invoqués par l'employeur ne constituent pas une cause juste et suffisante de congédiement, elle pourra ordonner la réintégration du salarié, le paiement d'une indemnité compensatrice et toute autre mesure qui lui paraît juste et raisonnable dans les circonstances²⁷¹¹. Le concept de « cause juste et suffisante » n'étant pas défini dans la L.n.t., la C.r.t. s'en remet généralement aux principes développés par la jurisprudence arbitrale en matière de congédiement disciplinaire et de congédiement

²⁷⁰⁶ L.n.t., art. 124. Pour plus de détails, voir : *Supra*, section IV.D.1.a)(7)(c), p. 433.

²⁷⁰⁷ L.n.t., art. 124.

²⁷⁰⁸ L.n.t., art. 93 et 94. Elle peut d'ailleurs être invoquée autant en contexte de rapports individuels qu'en contexte de rapports collectifs, dans la mesure où les conditions d'admissibilités sont rencontrées : *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Procureur général du Québec, préc.*, note 1078.

²⁷⁰⁹ L.n.t., art. 124

²⁷¹⁰ P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 275.

²⁷¹¹ L.n.t., art. 128.

administratif²⁷¹². Enfin, notons que la C.n.t. fournit gratuitement les services d'un avocat au salarié dont elle juge la plainte recevable²⁷¹³. S'il le préfère, toutefois, le plaignant peut se faire représenter à ses frais par l'avocat de son choix, ou encore, se représenter seul.

Au Massachusetts, aucune loi particulière n'impose aux parties à la relation d'emploi de justifier ou de motiver de quelque façon que ce soit leur décision de terminer unilatéralement celle-ci. C'est la doctrine de l'*employment at-will* qui s'applique, une doctrine de droit commun en vertu de laquelle l'employeur ou le salarié peut mettre fin à la relation d'emploi selon son bon vouloir, sans raison (i.e. sans cause) ou même pour une mauvaise raison²⁷¹⁴.

Le congédiement sans cause juste et suffisante qu'on retrouve à l'article 124 de la L.n.t. constitue sans conteste « la limitation la plus grande au pouvoir patronal de mettre fin à l'emploi » d'un salarié²⁷¹⁵, à tout le moins, en ce qui concerne les lois particulières. En effet, cette disposition déroge au principe de la liberté contractuelle prévue au droit commun en vertu duquel un employeur ne peut normalement être contraint de garder à son emploi un salarié qu'il ne souhaite plus employer²⁷¹⁶.

Ceci étant, cette disposition n'empêche pas un employeur de mettre fin à l'emploi d'un salarié dont les services ne sont plus requis. En effet, tel que mentionné précédemment, l'article 124 ne s'applique pas aux pertes d'emploi décidées unilatéralement par l'employeur pour des motifs économiques ou liés à l'exploitation de son entreprise (i.e. licenciements)²⁷¹⁷. Cette disposition n'impose donc aucune contrainte particulière à l'employeur en matière de réduction de personnel, sauf peut-être celle de devoir faire la preuve du caractère économique ou opérationnel des motifs ayant justifiés sa décision, dans l'éventualité d'un recours intenté

²⁷¹² H. OUIMET, *préc.*, note 369, p. 160-163.

²⁷¹³ L.n.t., art. 123.13. Pour plus de détails, voir : *Supra*, section IV.D.1.a)(8), p. 435.

²⁷¹⁴ On peut toutefois déroger à cette doctrine en convenant d'un terme ou d'un congédiement pour cause seulement. Cette doctrine souffre également d'un certain nombre d'exceptions d'origine jurisprudentielles. Pour plus de détails : *Supra*, section IV.B.2.d), p. 213.

²⁷¹⁵ P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *préc.*, note 15, p. 274.

²⁷¹⁶ En effet, bien que le C.c.Q. soumette la résiliation unilatérale du CDI à l'accomplissement d'une formalité (délai de congé raisonnable), il n'impose pas aux parties de justifier cette résiliation d'un motif particulier comme le fait l'article 124 L.n.t.

²⁷¹⁷ *Supra*, section IV.D.1.a)(7)(c), p. 433. Plus particulièrement : *Zarbatany c. Corporation Guess? Canada*, *préc.*, note 1781; G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 82-84.

devant la C.r.t.. La C.r.t. est toutefois autorisée à vérifier si les critères utilisés par l'employeur pour choisir le salarié affecté sont raisonnables et si le motif allégué par l'employeur (motif économique ou de réorganisation interne) est réel ou n'est qu'un prétexte²⁷¹⁸.

L'article 124 L.n.t. impose toutefois à l'employeur de justifier le congédiement (par opposition au licenciement) des salariés qui justifient de 2 ans de service continu et plus. Dans le cas des congédiements disciplinaires, il devra démontrer que les principes de la proportionnalité et de la progressivité des sanctions ont été respectés, tandis que dans le cas des congédiements administratifs, il devra démontrer que sa décision n'est pas discriminatoire ou empreinte de mauvaise foi²⁷¹⁹. En cela, la situation qui prévaut au Québec diffère substantiellement de celle qui prévaut au Massachusetts, où l'employeur n'a pas à justifier le congédiement d'un salarié.

(2) *Le paiement de l'indemnité afférente au congé annuel*

Au Québec, l'employeur doit payer l'indemnité afférente au congé annuel au salarié en un seul versement avant le début du congé annuel²⁷²⁰. Or, cette indemnité est également payable au moment de la rupture du contrat de travail. Dans ce cas, l'employeur doit verser au salarié l'indemnité de congé annuel à laquelle il aurait eu droit cette année là n'eut-été de la rupture du contrat, de même qu'une indemnité égale à quatre ou six pourcent, selon le cas, du salaire brut gagné pendant l'année de référence en cours²⁷²¹.

Au Massachusetts, aucune loi ne prévoit qu'un congé annuel payé doit être accordé au salarié. Un tel congé peut toutefois être prévu dans le contrat de travail, dans une convention collective ou dans les politiques de l'employeur. En effet, un employeur peut avoir avantage à accorder un tel congé à son personnel, notamment pour des considérations d'attraction et de rétention de main-d'œuvre. Dans ce cas, le congé annuel payé exigible doit être payé par l'employeur au même titre que du salaire effectivement gagné, à défaut de quoi l'employeur

²⁷¹⁸ *Cloutier c. AlSCO, division de Western Linen Supply Co. Ltd.*, 2005 QCCA 1150 (C.A.); G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 83.

²⁷¹⁹ H. OUIOMET, *préc.*, note 369, p. 160-163.

²⁷²⁰ *Supra*, section IV.D.3.b)(1)(g), p. 554.

²⁷²¹ L.n.t., art. 76. En effet, la relation d'emploi cessant, le salarié a le droit de se faire payer immédiatement l'indemnité afférente au congé annuel à laquelle il aurait eu droit une fois l'année de référence en cours terminée.

s'expose à des poursuites en vertu du *Massachusetts Wage Protection Act*²⁷²². L'employeur qui met fin unilatéralement à l'emploi d'un salarié a donc l'obligation de lui verser la rémunération afférente à tout congé annuel qui lui serait due.

(3) *L'interdiction de la discrimination en contexte de fin d'emploi*

Les règles interdisant la discrimination en contexte de fin d'emploi sont très semblables que les règles interdisant la discrimination en cours d'emploi, et ce, tant au Québec qu'au Massachusetts. En conséquence, nous référons le lecteur à la section IV.D.3.b)(3) ci-avant.

(4) *Les pratiques interdites en contexte de fin d'emploi*

La quasi-totalité des pratiques interdites prévues par la législation québécoise s'appliquent en contexte de fin d'emploi. En effet, non seulement ces dispositions interdisent-elles généralement à l'employeur « de suspendre ou de déplacer un salarié, d'exercer à son endroit des mesures discriminatoires ou des représailles ou de lui imposer toute autre sanction » pour certains motifs (i.e. en cours d'emploi), elles lui interdisent en outre généralement de « congédier » ou de « renvoyer » un salarié, un employé, un travailleur ou un membre du personnel, selon le cas, pour les mêmes motifs (i.e. en contexte de fin d'emploi)²⁷²³. Au Massachusetts, la situation est essentiellement la même. En effet, presque toutes les pratiques interdites prévues par la loi s'appliquent autant en contexte de fin d'emploi qu'en cours d'emploi²⁷²⁴. Il n'y a donc pas de différences majeures à ce chapitre. En outre, comme nous l'avons déjà mentionné, les pratiques interdites au Québec et au Massachusetts abordent des sujets très similaires dans l'ensemble. En effet, elles traitent essentiellement des mêmes grandes questions et visent sensiblement les mêmes grandes préoccupations.

Enfin, comme nous l'avons évoqué précédemment, il existe des différences au niveau des recours en matière de pratiques interdites et de la procédure à suivre dans le cadre de ces recours. Ceci étant, tant au Québec qu'au Massachusetts, la partie plaignante bénéficie d'une

²⁷²² M.G.L., c 149, § 148.

²⁷²³ *Supra*, section IV.D.1.d), p. 456.

²⁷²⁴ *Supra*, section IV.D.2.d), p. 530.

présomption légale à l'effet qu'elle a été victime d'une pratique interdite lorsqu'elle fait la preuve *prima facie* qu'elle rencontre les conditions d'ouverture du recours²⁷²⁵.

4. Conclusion

Notre étude de droit comparé nous a permis de confirmer que l'intervention directe du législateur dans les conditions de travail est un phénomène généralement plus important au Québec qu'au Massachusetts, bien qu'à l'échelle des États-Unis, le Massachusetts soit considéré comme un État plus interventionniste que la moyenne. Cela est particulièrement vrai au niveau des règles qui déterminent le contenu du rapport salarial et des règles qui s'appliquent à la rupture du rapport salarial. Ce l'est beaucoup moins, toutefois, à l'égard des règles qui régissent la formation du rapport salarial, où le niveau d'intervention et les règles sont très semblables.

L'intervention directe du législateur dans les règles qui gouvernent la formation du rapport salarial est relativement semblable, tant au Québec qu'au Massachusetts. Essentiellement, elle se limite à la détermination d'un âge minimal requis pour travailler, aux pratiques interdites et à l'interdiction de discriminer en contexte d'embauche.

Dans l'ensemble, les règles relatives à l'âge minimum requis pour travailler dans les territoires étudiés sont très semblables. Ainsi, tant au Québec qu'au Massachusetts, l'âge minimal requis pour travailler est de 14 ans. En outre, les règles applicables au travail des enfants imposent à l'employeur de s'assurer que le mineur possède l'âge minimum requis pour occuper certains postes et pour travailler en fonction d'un certain horaire.

Ensuite, les règles qui prohibent la discrimination en contexte d'embauche sont également très semblables au sein des territoires étudiés. En effet, dans les deux cas, on retrouve de nombreux motifs de discrimination en commun (considérant la législation dans son ensemble) et les exigences de l'emploi sont susceptibles de justifier une discrimination (exigences professionnelles justifiées) qui, autrement, serait interdite. Nous avons néanmoins identifié certaines différences à ce chapitre. La première concerne la couverture des lois

²⁷²⁵ *Supra*, section IV.D.3.a)(2), p. 536, section IV.D.3.b)(4), p. 574, et section IV.D.3.c)(4), p. 586.

applicables en matière de discrimination. Alors qu'au Québec, tous les salariés ou candidats bénéficient de la protection de la Charte québécoise, au Massachusetts, certains salariés ne bénéficient d'aucune protection en la matière. En effet, les entreprises qui comptent moins de 6 salariés ne sont couvertes par aucune loi, la loi étatique – celle qui offre la couverture la plus généreuse – ne s'appliquant qu'aux entreprises qui comptent un minimum de 6 salariés. Les autres différences en sont de forme. Ainsi, au Massachusetts, les règles applicables ne proviennent pas d'un texte de loi unique, comme c'est le cas au Québec, mais d'un grand nombre de lois. Par le fait même, le niveau de complexité du droit est plus élevé au Massachusetts. En effet, une telle situation entraîne une grande variation au niveau des recours disponibles, des autorités d'application et des tribunaux, des conditions d'exercice des recours et de la couverture législative.

Enfin, alors qu'on retrouve peu de pratiques interdites en contexte d'embauche au Québec, on en retrouve en nombre beaucoup plus élevé au Massachusetts. L'une des raisons pouvant expliquer cette différence est que contrairement à la situation qui prévaut au Québec, un nombre important de pratiques interdites au Massachusetts sont prévues par des « *anti-discrimination statutes* ». Or, contrairement à la plupart des lois du travail, ces lois interdisent non seulement la discrimination en cours d'emploi et en contexte de fin d'emploi, mais aussi en contexte d'embauche. Nous avons également identifié des différences au niveau des tribunaux compétents en la matière et du fardeau de preuve de la partie plaignante. Dans l'ensemble, toutefois, la procédure à suivre au sein des deux territoires est très similaire, la partie plaignante bénéficiant d'une présomption légale à l'effet qu'elle a été victime d'une pratique interdite lorsqu'elle fait la preuve *prima facie* qu'elle rencontre les conditions d'ouverture du recours.

L'intervention directe du législateur dans le contenu du rapport salarial est beaucoup plus importante au Québec qu'elle ne l'est au Massachusetts, même si, encore là, le Massachusetts n'est pas considéré comme l'État fédéré américain le moins interventionniste. Ceci est particulièrement vrai en matière de normes minimales du travail, bien que des différences aient également été observées en matière de santé et sécurité du travail, de discrimination en emploi et de langue de travail.

En matière de normes minimales du travail, nous avons identifié des différences importantes au niveau du salaire minimum, de la durée maximale du travail, des jours fériés, du congé annuel, des absences et congés protégés et de règles applicables en matière de harcèlement psychologique. Peu de différences ont toutefois été observées au niveau des modalités de paiement du salaire et des déductions, de la semaine normale de travail et du calcul des heures supplémentaires, du repos hebdomadaire et des pauses et du travail des enfants et des pratiques interdites en cours d'emploi. En effet, dans l'ensemble, les règles applicables à ces questions sont très semblables d'un territoire étudié à l'autre.

L'une des principales différences observée au niveau du salaire minimum au Massachusetts est que certains salariés sont payés à des « salaires sous-minimum » (« *subminimum wages* »), tandis que d'autres le sont à un « salaire d'opportunité » (« *opportunity wage* »). En outre, bien que le salaire minimum de base soit relativement comparable entre les deux territoires, les taux de salaire minimum des employés à pourboire et des salariés agricoles sont extrêmement bas. D'ailleurs, contrairement à la situation qui prévaut au Québec, l'employeur est autorisé à tenir compte des pourboires dans le calcul du salaire minimum payable au salarié à pourboire.

Une autre différence importante concerne la durée maximale du travail. En effet, au Québec, un salarié peut généralement refuser de travailler après avoir accompli un certain nombre d'heures au-delà de ses heures habituelles quotidiennes, au-delà d'un certain nombre d'heures par jour et au-delà d'un certain nombre d'heures par semaine. Exception faite des dispositions applicables au travail des enfants, le droit applicable au Massachusetts ne prévoit pas de dispositions applicables en la matière. En effet, les seules contraintes qui s'imposent à l'employeur sont des contraintes d'ordre financier, par l'intermédiaire des dispositions relatives à la semaine normale de travail et au calcul des heures supplémentaires. En somme, la situation applicable au Massachusetts équivaut essentiellement à celle qui s'appliquait au Québec avant l'adoption de dispositions sur la question en 2002.

Des différences importantes ont également été observées au niveau des jours fériés. Ces différences concernent leur nombre, leur caractère payé ou non et la possibilité de faire travailler des salariés lors d'un jour férié. Ainsi, contrairement à ce qu'on aurait pu croire, le

nombre de jours fériés est plus élevé au Massachusetts qu'au Québec (total de 11 jours fériés par an au Massachusetts (13 dans le Comté de Suffolk) contre 8 au Québec). Par contre, les jours fériés ne sont pas rémunérés de plein droit au Massachusetts, alors qu'ils le sont au Québec (indemnité afférente). Enfin, les règles relatives au travail les jours fériés sont généralement plus contraignantes au Québec dans le secteur de la vente au détail que dans les autres secteurs, incluant le secteur manufacturier, alors qu'au Massachusetts, c'est l'inverse : ces règles sont généralement moins contraignantes dans le secteur de la vente au détail que dans les autres secteurs, incluant le secteur manufacturier. Le salarié qui est appelé à travailler à l'occasion d'un jour férié a droit à une indemnité additionnelle au Québec comme au Massachusetts, mais au Québec, l'employeur peut choisir de lui donner plutôt un congé compensatoire.

Une autre différence importante entre les territoires étudiés concerne l'existence d'un congé annuel payé de plein droit au Québec, une situation qui n'existe pas au Massachusetts. En effet, aux États-Unis, le congé annuel est une question qui relève de la négociation. Ce congé annuel, dont la durée varie en fonction du service continu du salarié (de 1 jour à 3 semaines), est rémunéré. En effet, il est accompagné d'une indemnité dite « afférente » qui varie aussi en fonction du service continu du salarié (de 4 à 6% du salaire gagné dans l'année de référence). Ce congé doit être pris dans l'année qui suit l'année de référence et ne peut généralement pas être fractionné ou remplacé par une indemnité compensatoire.

Les absences et les congés protégés (i.e. congés sociaux, congés familiaux, congé médicaux, etc.) constituent une autre question où des différences importantes ont été observées entre les territoires étudiés. Ces différences concernent principalement les conditions d'admissibilité à ces absences et congés, leur nombre, leur caractère payé (ou non) et leur durée. Au Massachusetts, un nombre important de salariés n'est admissible à aucun congé ou absence protégés. Au Québec, par contre, tous les employeurs sont couverts par la L.n.t. et la plupart des salariés sont couverts par celle-ci. Et bien que certains congés et absences protégés comportent des exigences en terme de service continu, ces exigences demeurent minimales, et de nombreux congés et absences protégés ne prévoient aucune exigence en terme de service continu. Au Massachusetts, la couverture des lois qui accordent de tels congés et absences protégés est très limitée. Ainsi, seuls certains employeurs sont couverts par les lois qui

accordent de tels congés et absences (seuil minimal de salariés généralement élevé) et seuls certains salariés sont admissibles (service continu requis généralement important). De plus, le nombre de congés et absences protégés est beaucoup plus élevé au Québec qu'au Massachusetts, et les motifs associés à ces congés et absences sont beaucoup plus variés. En outre, au Massachusetts, tous les congés et absences protégés sont sans salaire. Au Québec, bien que la plupart des congés et absences protégés soient sans salaire, il reste qu'un certain nombre d'entre eux n'entraînent aucune perte de salaire. Enfin, la durée maximale des congés et absences protégés est généralement beaucoup plus élevée au Québec qu'elle ne l'est au Massachusetts. Ainsi, la durée de certains congés et absences au Québec peut atteindre 104 semaines, alors qu'au Massachusetts, le congé le plus long peut atteindre tout au plus 26 semaines. D'ailleurs, près de 37% des absences et congés protégés prévus par la L.n.t. possèdent une durée maximale de un an ou plus.

Enfin, une dernière différence d'importance concerne l'absence de règles applicables en matière de harcèlement psychologique au Massachusetts. Au Québec, la L.n.t. impose à tout employeur une obligation de moyen pour prévenir le harcèlement psychologique dans son entreprise et pour faire cesser le harcèlement psychologique dont il a connaissance au sein de son entreprise. En outre, un recours particulier est à la disposition du salarié qui se croit victime de harcèlement psychologique. Il n'y a aucune législation de la sorte en vigueur au Massachusetts. Notons toutefois qu'un projet de loi est présentement à l'étude, lequel prévoit des règles très semblables aux règles québécoises.

En matière de santé et sécurité du travail, les normes de fond applicables au sein de territoires étudiés sont généralement très comparables. On observe toutefois des différences importantes au niveau des mécanismes d'adoption et de mise en œuvre. Au Québec, la loi associe tous les intervenants du milieu du travail à la poursuite de son objectif. Pour ce faire, elle établit des mécanismes de participation (comité paritaire de santé et sécurité, représentant à la prévention, associations sectorielles) par le biais desquels les travailleurs, les employeurs et leurs associations respectives participent directement à la mise en œuvre de la loi. Dans un tel système, l'inspectorat joue un rôle relativement limité, n'intervenant généralement qu'en dernier recours, lorsque les mécanismes de participation prévus par la loi s'avèrent insuffisants. Au Massachusetts, le régime ne mise pas autant sur la participation des

intervenants du milieu du travail que le régime québécois. C'est un régime très centralisé où l'agence gouvernementale responsable, la OSHA, élabore une réglementation très détaillée et où le système d'inspection joue un rôle crucial, puisqu'il est la principale force persuasive du système. Les mécanismes de participation existent, mais à titre plutôt exceptionnel (« OSHA Voluntary Protection Programs » ou « VPP »). En somme, le régime québécois de santé et sécurité du travail est plutôt décentralisé et participatif, tandis que le régime applicable au Massachusetts est plutôt centralisé et non participatif. Enfin, une autre différence importante est que contrairement au régime québécois, qui est entièrement financé par les employeurs, le régime massachusettsois est un régime entièrement financé par le trésor public.

En ce qui concerne les règles applicables en matière de discrimination en cours d'emploi, la situation ne diffère pas substantiellement de celle applicable en contexte d'embauche. Ainsi, dans l'ensemble, les règles de fond applicables en matière de discrimination sont semblables entre les territoires étudiés. Ceci étant, des différences au niveau de la couverture (au Massachusetts, certains salariés ne bénéficient d'aucune protection) et du nombre de lois applicables (multiples lois au Massachusetts) ont été observées. Or, ces dernières ont pour effet d'augmenter substantiellement le niveau de complexité du droit applicable au Massachusetts (grande variété de recours, d'autorités d'application, de conditions d'exercice et de couverture législative).

Des différences importantes ont également été observées en matière de langue de travail. En effet, contrairement au Québec, le Massachusetts ne possède aucune législation en la matière. Au Québec, la Charte de la langue française confère aux travailleurs le droit de travailler en français. Elle confère en outre de nombreuses obligations à l'employeur, dont celle d'utiliser le français dans les communications écrites avec son personnel, dans les offres d'emploi et de promotion et dans la convention collective. Elle lui interdit également de nombreuses pratiques, parmi lesquelles celle d'exiger la connaissance d'une autre langue que le français pour l'accès à un poste à moins que la connaissance de cette langue soit nécessaire à l'accomplissement des tâches et celle de rétrograder ou déplacer un salarié pour la seule raison que celui-ci ne connaît que le français, qu'il ne connaît pas suffisamment une autre langue que le français ou qu'il a exigé le respect des dispositions de la C.I.f. relatives à la langue de travail. Enfin, elle impose des obligations particulières en matière de francisation

aux entreprises qui emploient plus de 50 personnes. Au Massachusetts, nous n'avons identifié aucune législation de même nature. Le English Only Movement exerce toutefois des pressions politiques importantes pour qu'une telle législation soit adoptée par le Congrès et la General Court du Massachusetts.

L'intervention directe du législateur dans les règles qui gouvernent la rupture du rapport salarial est beaucoup plus importante au Québec qu'elle ne l'est au Massachusetts. Les différences les plus importantes observées à ce chapitre concernent les mesures de protection de l'emploi. Des différences ont également été identifiées au niveau du paiement de l'indemnité afférente au congé annuel et de l'interdiction de la discrimination en contexte de fin d'emploi. Enfin, dans l'ensemble, les pratiques interdites en contexte de fin d'emploi ne présentent pas de différences significatives d'un territoire à l'autre.

Les mesures de protection de l'emploi sont beaucoup plus nombreuses au Québec qu'au Massachusetts. On y retrouve l'avis individuel de fin d'emploi ou de mise à pied, l'avis de licenciement collectif et le recours à l'encontre d'un congédiement fait sans cause juste et suffisante. Au Massachusetts, l'unique mesure de protection d'emploi identifiée est l'avis de licenciement collectif.

Au Québec, la Loi sur les normes du travail prévoit qu'un employeur doit donner un avis écrit à un salarié avant de mettre fin à son contrat de travail à durée indéterminée ou de le mettre à pied pour six mois ou plus. La durée de cet avis varie en fonction du service continu du salarié et une indemnité n'est payable qu'en l'absence d'avis ou en cas d'avis insuffisant (indemnité compensatoire). Cette formalité de fin d'emploi ne s'applique qu'au salarié qui justifie de 3 mois de service continu. En outre, elle ne s'applique pas au salarié qui a commis une faute grave ou dont la fin du contrat de travail ou la mise à pied résulte d'un cas de force majeure. Au Massachusetts, la loi ne prévoit aucune formalité du genre. Ce sont donc les règles du droit commun qui s'appliquent, en l'occurrence, la doctrine de l'*employment at-will*.

La formalité de donner un avis en cas de licenciement collectif existe à la fois au Québec et au Massachusetts. Les destinataires de ces avis sont sensiblement les mêmes. Des différences importantes ont toutefois été observées au niveau du champ d'application des dispositions législatives applicables, du seuil de salariés requis pour entraîner l'application de

ces dispositions et de la durée de l'avis devant être donné. Ainsi, le champ d'application des dispositions législatives applicables est beaucoup plus large au Québec qu'il ne l'est au Massachusetts. Au Québec, les dispositions pertinentes de la L.n.t. ne s'appliquent qu'aux salariés qui justifient de 3 mois de service continu, mais s'appliquent à tous les employeurs. Au Massachusetts, tous les salariés sont en principe admissibles, mais le WARN Act ne s'applique qu'aux employeurs qui emploient un minimum de 100 employés à temps plein ou qui travaillent collectivement plus de 4000 heures par semaine. Ensuite, le seuil minimal de salariés requis pour entraîner l'application des dispositions en la matière est beaucoup plus élevé au Massachusetts qu'il ne l'est au Québec. Au Québec, un « licenciement collectif » est une cessation de travail ou une mise à pied de 6 mois ou plus qui touche au moins 10 salariés d'un même établissement pendant une période de 2 mois, tandis qu'au Massachusetts, une « fermeture d'usine » est une perte d'emploi qui touche au moins 50 employés à temps plein d'un même établissement sur une période de 30 jours (90 jours si plus d'un groupe de travailleur est touché) et une « mise à pied massive » est une perte d'emploi qui touche au moins 500 salariés à temps plein d'un même établissement ou 50 salariés à temps plein représentant au moins le tiers de la main-d'œuvre à temps plein d'un même établissement sur une période de 30 jours (90 jours si plus d'un groupe de travailleurs est touché). Enfin, la durée de l'avis devant être donné est généralement plus grande au Québec qu'elle ne l'est au Massachusetts. En effet, au Québec, la durée du préavis varie entre 8, 12 et 16 semaines, selon le nombre de salariés affectés, tandis qu'au Massachusetts, elle est de 60 jours (± 8 semaines), quelque que soit le nombre de salariés affectés.

Finalement, la L.n.t. prévoit qu'un employeur ne peut congédier un salarié qui justifie de 2 ans de service continu que pour une cause juste et suffisante dans la preuve lui incombe. Cette exigence, qui est d'ordre public, ne s'applique toutefois qu'aux cas de congédiements (motifs liés au salarié lui-même); elle ne s'applique pas aux cas de licenciements (motifs liés à l'économie ou à l'entreprise). Elle bénéficie en outre autant aux salariés syndiqués qu'aux salariés non-syndiqués, seul le recours disponible étant susceptible de varier. Au Massachusetts, la loi n'impose aucune condition du genre à la résiliation unilatérale du contrat de travail. C'est la doctrine de l'*employment at-will* du droit commun qui s'applique. Par conséquent, ni l'employeur, ni le salarié n'ont à justifier la rupture unilatérale du contrat de

travail. Cette rupture doit toutefois se faire dans le respect des règles jurisprudentielles et législatives applicables.

Outre les différences observées au niveau des mesures de protection d'emploi, nous avons identifié des différences au niveau du paiement de l'indemnité afférente au congé annuel. Ainsi, au Québec, la loi prévoit que l'indemnité afférente au congé annuel doit être payée au salarié au moment de la rupture du rapport salarial. Celle-ci correspond à 4% ou 6% du salaire brut gagné pendant l'année de référence en cours. Au Massachusetts, la loi ne prévoit aucune formalité du genre, aucun congé annuel n'étant prévu par la loi. Lorsque l'employé a droit à une indemnité de vacances en vertu d'une entente ou d'une politique de l'employeur, toutefois, celle-ci devra lui être payée au plus tard le jour de paie régulier qui suit la fin de l'emploi.

Enfin, en ce qui concerne les règles applicables en matière de discrimination en contexte de rupture du rapport salarial, la situation ne diffère pas substantiellement de celles applicables en contexte d'embauche ou en cours d'emploi. Ainsi, dans l'ensemble, les règles de fond applicables en matière de discrimination sont semblables entre les territoires étudiés. Des différences ont toutefois été observées au niveau de la couverture des lois applicables (au Massachusetts, certains salariés ne bénéficient d'aucune protection) et des différences de forme (multiples lois) ont également été observées. Or, ces dernières ont pour effet d'augmenter substantiellement le niveau de complexité du droit applicable au Massachusetts (grande variété de recours, d'autorités d'application, de conditions d'exercice et de couverture législative).

E. Conclusion de l'étude de droit comparé

Jusqu'ici, notre étude de droit comparé nous a permis de tirer des conclusions à l'égard des sources traditionnelles du droit du travail en vigueur au sein des territoires étudiés, soit le droit commun, les rapports collectifs et l'intervention directe du législateur dans les conditions de travail. Elle nous a également permis de tirer des conclusions eu égard aux aspects constitutionnels de ces systèmes juridiques. Une telle approche, source par source, est pleinement justifiée, considérant que la présente thèse est une thèse en droit et qu'elle s'adresse d'abord et avant tout à des juristes.

Compte tenu de la problématique particulière sur laquelle porte notre thèse, toutefois, de telles conclusions ne suffisent pas. En effet, pour l'investisseur potentiel, cette compartimentation du droit du travail en fonction de ses sources traditionnelles est un exercice théorique qui ne lui apporte pratiquement aucune valeur ajoutée. Au contraire, celui-ci requiert une analyse beaucoup plus globale et moins compartimentée du droit du travail applicable au sein des territoires étudiés, une analyse qui, en outre, sera faite en fonction de facteurs avec lesquels il est beaucoup plus familier et qui lui sont beaucoup plus utiles.

D'où la présente section. En effet, dans cette « conclusion de l'étude de droit comparé », nous laissons tomber l'analyse du droit du travail en fonction de ses sources traditionnelles au profit d'une analyse beaucoup plus globale de celui-ci en fonction de ses effets sur les principales phases du rapport salarial, soit sa formation (en contexte embauche), son déroulement et son contenu (en cours d'emploi) et sa rupture (en contexte de fin d'emploi). Une telle approche possède l'avantage d'orienter notre analyse davantage en fonction des préoccupations de l'investisseur-employeur, puisqu'elle lui permet de mieux évaluer les contraintes et les opportunités que le droit du travail offre à l'égard de décisions critiques en matière de gestion des ressources humaines, plus particulièrement en matière de recrutement, de sélection et d'embauche (i.e. dotation), de détermination des conditions de travail et de gestion de la main-d'œuvre et de mise à pied, de licenciement et de congédiement.

Ceci étant, toutes les différentes observées ne se rapportent nécessairement aux différentes phases du rapport salarial. C'est le cas, par exemple, des différences observées au niveau des règles constitutionnelles, des régimes de rapports collectifs et des traditions

juridiques impliquées, dont les effets sont beaucoup plus généraux. Ces différences, qui sont toutes aussi importantes que les premières, seront par conséquent analysées dans une section distincte.

1. Les différences observées au niveau de la formation du rapport salarial

Tant au Québec qu'au Massachusetts, le droit du travail intervient peu dans la formation du rapport salarial. Dans les deux cas, c'est le principe de la liberté contractuelle qui prévaut, malgré certaines différences mineures. En effet, le droit commun applicable laisse les parties généralement libres d'aménager leur relation à leur guise et les rapports collectifs et les lois du travail se préoccupent peu de cet aspect de la relation d'emploi. Ainsi, tant au Québec qu'au Massachusetts, l'employeur demeure libre d'embaucher le candidat qu'il désire, et ce, aux conditions qu'il conviendra avec celui-ci. Et non seulement les conditions de travail sont-elles négociables, mais le type de contrat de travail à intervenir est également négociable. Il pourra s'agir d'un contrat à durée indéterminée ou d'un contrat à durée déterminée, selon le cas. Dans certains cas, il pourra même s'agir d'une forme de contrat d'entreprise, à la frontière du droit de l'entreprise et du droit du travail (i.e. les travailleurs dits « indépendants »).

En fait, les principales contraintes que le droit du travail impose à l'employeur à ce niveau sont les règles qui interdisent la discrimination en contexte d'embauche. Or, ces règles ne diffèrent pas de façon substantielle entre les territoires étudiés, à l'exception peut-être de leur couverture (plus grande couverture au Québec), de leur uniformité (plus grande uniformité au Québec) et de leur complexité (plus grande facilité d'application au Québec). Les pratiques interdites en contexte d'embauche sont également une source de contrainte pour l'employeur. Or, bien que celles-ci soient plus nombreuses au Massachusetts qu'au Québec, dans l'ensemble, le niveau de contrainte demeure comparable. Enfin, les clauses d'atelier fermés qui sont susceptibles d'être retrouvées dans les convention collectives québécoises sont une source de contrainte pour l'employeur, mais leur utilisation demeure relativement rare et se limite à des secteurs d'activités précis.

En somme, nous n'avons pas observé de différences majeures dans les règles du travail du travail applicables à la formation du rapport salarial au sein des territoires étudiés. Dans les

deux cas, les parties sont généralement libres de contracter avec qui elles veulent et d'aménager leurs rapports comme elles le souhaitent, sous réserve de certaines pratiques et de certains motifs prohibés par la loi. Sur ce dernier point, toutefois, les règles interdisant la discrimination en contexte d'embauche nous ont semblé plus généreuses, plus uniformes et moins complexes au Québec.

2. Les différences observées au niveau du contenu du rapport salarial

Le droit du travail québécois régule toutefois le contenu du rapport salarial de façon plus importante que ne le fait le droit du travail massachusettsois. Cette situation est surtout due à une intervention directe du législateur dans les conditions de travail beaucoup plus importante au Québec qu'au Massachusetts, notamment en matière de normes du travail. Mais elle est également due au rôle beaucoup plus important des rapports collectifs dans la détermination des conditions de travail des travailleurs au Québec qu'au Massachusetts.

Le rôle plus important de l'intervention directe du législateur est particulièrement évident en matière de normes minimales du travail. En effet, le droit du travail québécois prévoit des normes du travail généralement plus nombreuses et plus généreuses que le droit du travail massachusettsois. Ainsi, on retrouve au Québec des normes du travail plus avantageuses (et potentiellement plus coûteuses) en matière de salaire minimum, de jours fériés et de congés sociaux, familiaux et médicaux. On retrouve également des normes du travail qui n'existent pas au Massachusetts, comme la durée maximale du travail, le congé annuel payé et les règles applicables en matière de harcèlement psychologique. Ceci étant, on retrouve de nombreuses normes du travail où le niveau de protection est relativement comparable, comme en matière de paiement du salaire et de déductions, de semaine normale de travail et de calcul des heures supplémentaires, de repos hebdomadaire et de pauses et de travail des enfants.

En matière de santé et sécurité du travail, les normes substantielles applicables au sein de territoires étudiés sont plutôt comparables. On observe toutefois des différences importantes au niveau des mécanismes de mise en œuvre de la loi, qui sont plus exigeants et généralement plus coûteux pour l'employeur au Québec. En effet, alors qu'au Massachusetts, le régime est centralisé, non participatif et financé par le trésor public, au Québec, il est décentralisé, participatif et financé par les employeurs.

En matière de discrimination, les règles substantielles applicables sont également très semblables. Le champ d'application de ces règles est toutefois beaucoup plus large au Québec. En effet, alors qu'au Québec, tous les employeurs sont assujettis à ces règles, au Massachusetts, seuls les employeurs qui rencontrent certains critères le sont. En outre, le droit applicable est beaucoup plus complexe au Massachusetts en raison du grand nombre de lois et de la diversité de mécanismes de mise en œuvre impliqués.

Des différences importantes ont également été observées en matière de langue de travail. Au Québec, la *Charte de la langue française* confère de nombreux droits aux travailleurs. Elle confère en outre de nombreuses obligations aux employeurs et leur interdit de nombreuses pratiques. Elle impose en outre à certains d'entre eux des obligations particulières en matière de francisation. Au Massachusetts, il n'existe pour le moment aucune loi de cette nature. Ceci ne représente que quelques exemples de lois qui traduisent une tendance beaucoup plus lourde du législateur québécois à intervenir dans le contenu du rapport salarial.

Comme nous l'avons mentionné précédemment, toutefois, le fait que le droit du travail québécois régule le contenu du rapport salarial de façon plus importante que ne le fait le droit du travail massachusettsois est aussi dû à la place beaucoup plus grande qu'occupe les rapports collectifs dans la détermination des conditions de travail des travailleurs au Québec qu'au Massachusetts. En effet, un taux de présence syndicale plus élevé au Québec fait en sorte qu'une proportion plus importante de travailleurs voient leurs conditions de travail déterminées par une convention collective. Or, ceci entraîne des limites additionnelles importantes aux droits de direction de l'employeur, sans compter une éventuelle « prime à la syndicalisation » au niveau des conditions de travail des salariés.

À cette différence quantitative s'ajoute une différence qualitative importante. En effet, malgré le fait que les clauses-types des conventions collectives québécoises et massachusettsoises soient relativement comparables, la portée beaucoup plus large de l'obligation de négocier de bonne foi au Québec pourrait faire en sorte que les clauses-types retrouvées dans les conventions collectives québécoises soient plus variées. En d'autres termes, les conventions collectives québécoises pourraient comporter des contraintes plus diversifiées

pour l'employeur que les conventions collectives massachusettsoises. Ceci n'a toutefois pas été observé directement.

En somme, le droit du travail québécois intervient de façon beaucoup plus importante dans le contenu du rapport salarial que ne le fait le droit du travail massachusettsois. Au Québec, l'intervention du législateur est particulièrement importante en matière de normes du travail. En effet, la loi québécoise fixe directement un nombre beaucoup plus élevé de conditions de travail minimales que la loi applicable au Massachusetts. En outre, le nombre de lois du travail est généralement plus élevé au Québec qu'au Massachusetts et couvre une plus grande variété de questions. Ceci se traduit par un nombre généralement plus élevé d'obligations et de formalités devant être accomplies par l'employeur. Enfin, les rapports collectifs jouent un rôle beaucoup plus important au Québec qu'au Massachusetts. En effet, davantage de travailleurs voient leurs conditions de travail déterminées par une convention collective au Québec qu'au Massachusetts. Or, considérant que les travailleurs couverts par une convention collective bénéficient généralement de conditions de travail plus avantageuses que les travailleurs qui ne sont pas ainsi couverts, on peut en conclure qu'à ce chapitre, le droit du travail québécois est plus contraignant que le droit du travail massachusettsois.

3. Les différences observées au niveau de la rupture du rapport salarial

Enfin, notre étude de droit comparé confirme que le droit du travail québécois régule la rupture du rapport salarial d'une façon beaucoup plus importante que ne le fait le droit du travail massachusettsois. Contrairement à la situation qui prévalait au niveau du contenu du rapport salarial, toutefois, cette situation n'est pas uniquement due à l'intervention plus importante du législateur dans les conditions de travail et à la contribution plus importante des rapports collectifs à la détermination des conditions de travail au Québec. Elle est également due à un droit commun qui est lui-même beaucoup plus interventionniste en la matière au Québec qu'au Massachusetts. En somme, les trois sources traditionnelles du droit du travail québécois se conjuguent et prévoient ensemble des mesures de protection d'emploi importantes pour les salariés.

Contrairement au droit du travail massachusettsois, le droit du travail québécois prévoit de nombreuses mesures de protection d'emploi. Certaines de ces mesures diffèrent selon le

type de contrat de travail impliqué (le contrat à durée indéterminée (CDI) ou le contrat à durée déterminée (CDD), selon le cas), tandis que d'autres s'appliquent à toutes les formes de contrat de travail.

Au Massachusetts, une partie peut mettre fin unilatéralement au CDI sans préavis, indemnité ou autre formalité. C'est la doctrine de l'*employment at-will* qui s'applique. Elle ne peut toutefois le faire pour des motifs illégaux (motifs discriminatoires et pratiques interdites) ou pour des raisons interdites par la jurisprudence (exceptions jurisprudentielles à la doctrine de l'*employment at-will*). Au Québec, non seulement une partie ne peut-elle résilier unilatéralement un CDI pour des motifs discriminatoires ou interdits prévus par la loi, mais elle ne peut le faire que moyennant un délai de congé raisonnable dont la durée varie en fonction de facteurs comme la durée du service, la nature des fonctions et autres circonstances. Elle est toutefois dispensée de le faire lorsque la résiliation survient pour un « motif sérieux », dont la preuve lui incombe. Cette obligation, prévue par le C.c.Q., est complétée par une obligation de nature semblable prévue par la L.n.t., en vertu de laquelle l'employeur doit transmettre au salarié dont il résilie unilatéralement le contrat de travail à durée indéterminée un avis de fin de contrat dont la durée ne peut être inférieure à certaines périodes de temps (de 1 à 8 semaines, selon le service continu cumulé par le salarié). Cette dernière formalité ne s'applique toutefois qu'au salarié qui justifie de 3 mois de service continu et ne s'applique pas au salarié qui a commis une faute grave ou dont la fin du contrat de travail ou la mise à pied résulte d'un cas de force majeure. Ces formalités sont d'ordre public et le salarié ne peut y renoncer, du moins, pas à l'avance. Ceci étant, le droit du travail québécois ne prévoit pas le paiement d'une somme d'argent (ou paie de séparation) au moment de la résiliation. Seule une période de préavis est exigée. Une indemnité compensatoire peut toutefois devoir être payée par la partie qui est en défaut de donner le délai de congé ou l'avis de fin de contrat requis ou qui donne un délai de congé ou un avis de fin de contrat d'une durée insuffisante. En ce qui concerne le CDD, il doit en principe être respecté jusqu'à son terme, tant au Québec qu'au Massachusetts. Il peut toutefois être résilié avant terme pour une « just cause » au Massachusetts et pour un « motif sérieux » au Québec. Enfin, contrairement à la situation qui prévaut au Massachusetts, au Québec, le CDD peut, dans certaines circonstances, être reconduit en CDI.

La nature des motifs pouvant être invoqués pour résilier le CDD avant terme au Québec et au Massachusetts et pour résilier le CDI sans délai de congé au Québec diffère toutefois de façon importante entre les territoires étudiés. Au Québec, le concept de « motif sérieux » ne fait référence qu'aux motifs qui se rapportent directement au salarié (i.e. motifs administratifs ou disciplinaires). Les circonstances d'affaires ou économiques sont exclues. Au Massachusetts, le concept de « just cause » est beaucoup plus large. Il fait référence autant aux motifs qui se rapportent au salarié qu'à des considérations économiques ou d'affaires. Cette différence est fondamentale. En effet, au Massachusetts, l'employeur peut opposer au salarié les circonstances économiques ou d'affaires pour se soustraire à ses obligations contractuelles. Il pourrait ainsi invoquer de telles circonstances pour mettre fin prématurément à un CDD ou à un CDI ne pouvant être résilié que pour une « just cause ». Au Québec, dans de telles circonstances, l'employeur n'a d'autre choix que de respecter le CDD jusqu'à son terme et de donner le délai de congé raisonnable requis par la loi s'il désire résilier unilatéralement un CDI. On observe ici une différence subtile, mais qui a des répercussions importantes sur les droits de direction de l'employeur et la gestion de la main-d'œuvre au sein des territoires étudiés.

Une autre différence de taille observée entre les droits du travail québécois et massachusettsois au niveau de la rupture du rapport salarial concerne la motivation ou la justification des congédiements. Au Québec, l'employeur ne peut congédier un salarié qui justifie de 2 ans de service continu que pour une cause juste et suffisante dont la preuve lui incombe. Cette règle s'applique autant aux salariés syndiqués qu'aux salariés non-syndiqués, le recours disponible pouvant toutefois différer. Or, cette exigence ne s'applique qu'aux cas de congédiement (i.e. motifs liés au salarié) et non aux cas de licenciement (i.e. motifs liés à l'économie ou à l'entreprise). Elle fait en sorte, toutefois, que l'employeur ne peut résilier unilatéralement et sans cause le contrat de travail à durée indéterminée comme le lui permettrait autrement le droit commun. Au Massachusetts, la loi n'impose aucune condition du genre. C'est la doctrine de l'*employment at-will* qui s'applique. En fait, au Massachusetts, seul un contrat de travail ou une convention collective peuvent imposer une obligation de cette nature à l'employeur (i.e. « termination for just cause »). Or, le concept de « just cause » est beaucoup plus large que celui de « cause juste et suffisante », ce dernier étant équivalent au

concept de « motif sérieux » évoqué ci-avant. Par conséquent, même en présence d'une telle obligation dans un contrat individuel de travail ou dans une convention collective au Massachusetts, l'employeur conserve une marge de manœuvre généralement plus grande qu'au Québec.

Enfin, tant le droit du travail québécois que le droit du travail massachusettsois imposent des formalités particulières à l'employeur qui désire procéder à un licenciement collectif. Ainsi, dans les deux cas, un « avis de licenciement collectif » doit être transmis aux autorités compétentes et aux intervenants concernés. Toutefois, le champ d'application des dispositions législatives pertinentes est beaucoup moins large au Massachusetts qu'il ne l'est au Québec. En conséquence, un nombre beaucoup moins élevé de travailleurs sont susceptibles de bénéficier de cette mesure au Massachusetts qu'au Québec. Cette situation découle non seulement de la couverture de la loi comme telle, mais également des concepts prévus à la loi, qui sont beaucoup plus restrictifs au Massachusetts. En outre, la durée de l'avis devant être donné est généralement plus grande au Québec qu'elle ne l'est au Massachusetts.

D'autres différences, relativement mineures, ont également été observées dans les normes du travail applicables à la rupture du rapport salarial. C'est le cas, par exemple, du paiement de l'indemnité afférente au congé annuel au moment de la rupture du contrat de travail, qui est payable de plein droit au Québec, alors qu'au Massachusetts, elle n'est payable que si le salarié y a droit en vertu d'une entente ou d'une politique de l'employeur, aucun congé annuel payé n'étant prévu par la loi.

Les règles qui interdisent la discrimination en contexte de fin d'emploi sont très semblables entre les territoires étudiés. Toutefois, alors qu'au Québec, ces règles sont prévues par un texte de loi unique, au Massachusetts, elles sont prévues par un nombre élevé de lois fédérales et une loi étatique, ce qui augmente considérablement le niveau de complexité du droit applicable (grande variété de recours, d'autorités d'application, de conditions d'exercice et de couverture législative). En outre, alors que les règles québécoises s'appliquent à tous les employeurs (sauf ceux qui relèvent de la compétence du fédéral), au Massachusetts, les employeurs qui comptent moins de 6 salariés ne sont assujettis à aucune règle en la matière.

Des différences ont également été observées au niveau des effets de la vente d'entreprise sur le rapport salarial. Au Québec, le C.c.Q. prévoit que l'aliénation de l'entreprise ou la modification de sa structure juridique n'entraîne pas automatiquement la résiliation du contrat de travail. Des dispositions similaires sont également prévues à la L.n.t. et au C.t., mais contrairement à la disposition prévue au C.c.Q., elle ne portent pas sur la continuité du rapport salarial. Elles portent plutôt sur la continuité des normes du travail et des réclamations intentés en vertu de la L.n.t. et sur la continuité de l'accréditation, de la convention collective et des procédures intentées en vertu du C.t., respectivement. Au Massachusetts, on ne retrouve pas de règles législatives en la matière. Cette question peut toutefois faire l'objet de clauses particulières dans le contrat de travail, ou encore, dans la convention collective.

Des différences ont également été observées au niveau des droits et obligations post-emploi. Alors qu'au Québec, le devoir de loyauté du salarié survit pendant un délai raisonnable suite à la rupture du lien d'emploi, au Massachusetts, ce devoir cesse avec la fin de l'emploi. Seule une clause de non-concurrence peut avoir un effet post-emploi. À ce chapitre, donc, le droit du travail québécois semble plus protecteur des intérêts de l'employeur que le droit du travail massachusettsois.

Les rapports collectifs sont également susceptibles de limiter de façon importante les prérogatives de l'employeur en matière de rupture du rapport salarial. En effet, tant au Québec qu'au Massachusetts, la convention collective peut contenir de nombreuses clauses qui imposent des obligations particulières à l'employeur en matière de congédiement, de mise à pied, de licenciement, de préavis de fin d'emploi et d'indemnité de fin d'emploi. D'ailleurs, les mesures de protection d'emploi les plus généreuses sont généralement retrouvées dans les conventions collectives plutôt que dans la loi. Or, les rapports collectifs jouent un rôle beaucoup plus important dans la détermination des conditions de travail des travailleurs au Québec qu'au Massachusetts. En effet, le taux de présence syndicale est beaucoup plus élevé au Québec qu'il ne l'est au Massachusetts, ce qui fait qu'une proportion plus importante de travailleurs voient leurs conditions de travail déterminées par une convention collective. Ces mesures de protection d'emploi sont donc davantage susceptibles d'être rencontrées au Québec qu'au Massachusetts.

Une autre différence importante concerne la possibilité d'inclure des clauses d'appartenance syndicale dans les convention collectives québécoises, une possibilité qui n'existe pas au Massachusetts, ces clauses étant interdites. Or, la présence de telles clauses à la convention collective contraint l'employeur à renvoyer les salariés qui contreviennent aux obligations d'adhérer ou de demeurer membre du syndicat accrédité qui s'imposent à eux en vertu de ces clauses. En somme, la présence de clauses d'appartenance syndicale à la convention collective limite de façon importante les droits de direction de l'employeur, puisque celui-ci n'est plus complètement libre de conserver à son emploi les salariés de son choix. Ces clauses étant interdites au Massachusetts, la liberté de l'employeur de conserver à son emploi les travailleurs de son choix – indépendamment de leur appartenance ou non au syndicat accrédité – demeure intacte. La situation est toutefois différente pour les clauses de financement syndical. En effet, l'inclusion de telles clauses dans la convention collective est autorisée au Massachusetts. À l'instar du Québec, donc, un employeur peut être contraint de renvoyer un salarié en raison du fait que celui-ci refuse de payer les sommes qu'il doit au syndicat. Depuis l'affaire *Beck*, toutefois, un salarié ne peut être contraint de payer que la partie partie des frais d'adhésion et de la cotisation syndicale qui est relative aux activités de négociation collective et d'administration de la convention collective.

En somme, le droit du travail québécois encadre de façon beaucoup plus importante la question de la rupture du rapport salarial que ne le fait le droit du travail massachusettsois. En effet, non seulement les lois du travail imposent-elle des obligations et des formalités strictes à l'employeur en la matière, mais le droit commun le fait également. Alors qu'au Massachusetts un employeur peut mettre fin à l'emploi à durée indéterminée sans préavis, sans indemnité et sans autre formalité (doctrine de l'*employment at-will*), au Québec, il ne peut le faire que moyennant un délai de congé raisonnable (C.c.Q.) et un avis de fin de contrat (L.n.t.). De plus, les circonstances pouvant être invoquées par l'employeur pour mettre fin au CDD avant le terme et pour mettre fin au CDI sans délai de congé et sans préavis sont beaucoup plus large au Massachusetts qu'au Québec, puisque l'employeur peut invoquer les raisons d'affaires et la situation économique. Au Québec, l'employeur ne peut congédier un salarié qui justifie de 2 ans de service continu que pour une cause juste et suffisante dont la preuve lui incombe. Au Massachusetts, seul le contrat de travail ou la convention collective peuvent assujettir

l'employeur à une telle obligation. Finalement, les formalités à accomplir en cas de licenciement collectif sont plus exigeantes au Québec qu'au Massachusetts et s'appliquent à un plus grand nombre d'employeur. En contexte de rapports collectifs, les conventions collectives imposent dans l'ensemble des obligations et des formalités semblables à l'employeur en contexte de fin d'emploi. Le taux de présence syndicale beaucoup plus élevé au Québec qu'au Massachusetts fait toutefois en sorte qu'une proportion plus importante de travailleurs québécois bénéficient de ces protections. Enfin, les clauses d'appartenance syndicale, qui sont interdites au Massachusetts, sont autorisées au Québec. Or, ces clauses imposent des contraintes importantes sur l'employeur.

4. Les autres différences observées

Précédemment, nous avons analysé les différences observées dans le cadre de notre étude de droit comparé selon qu'elles s'appliquent à la formation, au déroulement et au contenu ou à la rupture du rapport salarial. Or, les différences observées ne se limitent pas aux règles applicables à l'une ou l'autre de ces phases du rapport salarial. En effet, certaines différences ont des effets beaucoup plus généraux et se font sentir sur l'ensemble du droit du travail. C'est le cas des différences observées au niveau des règles constitutionnelles, des régimes de rapports collectifs et des traditions juridiques impliquées.

a) Les différences associées aux aspects constitutionnels du droit du travail

Notre étude de droit comparé nous a permis d'identifier des différences importantes entre les territoires étudiés au niveau du partage constitutionnel des compétences en matière de relations de travail. La première différence concerne la compétence de principe en matière de relations du travail. Alors qu'au Québec, cette compétence relève de la province (le gouvernement fédéral ne conservant qu'une compétence d'exception à l'endroit des entreprises qui œuvrent dans les secteurs d'activités qui relèvent de sa compétence), au Massachusetts, elle appartient plutôt au gouvernement fédéral. La deuxième différence concerne les rapports entretenus entre les régimes législatifs fédéral et fédérés de droit du travail. Alors qu'au Québec, ces rapports sont mutuellement exclusifs (il existe une étanchéité

quasi-absolue entre les deux régimes), au Massachusetts, ils sont la plupart du temps complémentaires.

À première vue, la situation américaine pourrait sembler favoriser une plus grande uniformité des règles applicables en matière de droit du travail que la situation en vigueur au Canada. Notre étude révèle toutefois que ce n'est pas nécessairement le cas. Tout d'abord, les règles du droit commun, qui établit une partie importante des règles s'appliquant au lien d'emploi, varient d'un territoire fédéré à un autre, tant au Canada qu'aux États-Unis. Une certaine variabilité est donc observée à ce niveau au sein des deux territoires. Ensuite, le fait que les régimes législatifs fédéral et fédérés américains soient complémentaires fait en sorte que les règles adoptées par les États fédérés s'ajoutent à celles adoptées par le gouvernement fédéral. Cette situation entraîne une variabilité supplémentaire dans les règles de droit du travail applicables. Enfin, cette situation rend la détermination du droit applicable plus complexe qu'au Canada, puisque les intervenants doivent constamment vérifier les règles applicables au sein des deux ordres de gouvernement et non d'un seul, comme on peut généralement le faire au Canada.

En somme, le droit du travail en vigueur aux États-Unis n'est pas nécessairement plus uniforme que le droit du travail en vigueur au Canada. Tout d'abord, les règles de droit commun sont susceptibles de varier grandement d'un État fédéré à l'autre. Ensuite, bien que la compétence de principe appartienne au législateur fédéral aux États-Unis (compétence qui, au Canada, appartient aux provinces), la nature des rapports entre les règles fédérales et les règles étatiques sont généralement complémentaires, ce qui entraîne une certaine variabilité d'un État à l'autre. Enfin, contrairement à la situation qui prévaut au Canada, le caractère complémentaire des régimes fédéral et étatiques aux États-Unis rend la détermination du droit applicable beaucoup plus complexe qu'au Canada.

Notre étude de droit comparé nous a également permis d'identifier des différences importantes au niveau de la protection constitutionnelle accordée aux droits et libertés individuels. Même si, dans l'ensemble, les textes constitutionnels américains et canadiens protègent les mêmes droits et libertés individuels, une différence de taille a été observée: alors que la liberté contractuelle et les libertés économiques des entreprises ne bénéficient d'aucune

protection constitutionnelle au Canada, elles bénéficient d'une telle protection aux États-Unis. Même si la protection constitutionnelle accordée à ces libertés aux États-Unis n'est plus aussi importante qu'elle l'a déjà été, cette différence pourrait néanmoins expliquer le caractère beaucoup moins interventionniste du droit du travail aux États-Unis et l'importance qui est accordée à la liberté de commerce et à la liberté contractuelle dans ce pays. En effet, aux États-Unis, le législateur a toujours l'obligation de justifier les atteintes qu'il porte à ces libertés en démontrant que la législation adoptée est rationnellement liée à un intérêt gouvernemental légitime. Au Canada, les législateurs ne sont pas assujettis à un tel fardeau de preuve, la liberté contractuelle et les libertés économiques des entreprises ne bénéficiant d'aucune protection constitutionnelle. Outre cette différence, toutefois, la protection constitutionnelle des droits et libertés individuels semble avoir eu un effet beaucoup plus important sur le droit du travail canadien que sur le droit du travail américain. Aux États-Unis, la plupart des arrêts de principe rendus en contexte d'emploi ne contestaient pas la validité d'une disposition législative, mais plutôt un acte de gestion d'un employeur public. Ils ont par conséquent eu une influence limitée sur le droit du travail. Au Canada, par contre, un nombre important d'arrêts de principe rendus en contexte d'emploi contestaient une disposition législative. Ils ont donc eu une influence beaucoup plus importante et beaucoup plus profonde sur le droit du travail.

En somme, la protection constitutionnelle des droits et libertés individuels aux États-Unis aurait eu un effet important sur l'évolution du droit du travail américain, mais dans un sens diamétralement opposé à celui observé au Canada. En effet, aux États-Unis, cette protection constitutionnelle semble avoir surtout bénéficié aux employeurs, alors qu'au Canada, elle a surtout bénéficié aux travailleurs.

b) Les différences associées aux régimes de rapports collectifs

Les régimes de rapports collectifs en vigueur au sein des territoires étudiés sont fortement apparentés. En effet, nous avons affaire à des régimes décentralisés, où la représentation, la négociation collective, les moyens de pression, la conclusion et l'application la convention collective se déroulent à l'échelle de l'entreprise, voire de l'établissement. Cela n'a rien d'étonnant, puisque le *Code du travail* du Québec est fortement inspiré du NLRA.

Notre étude de droit comparé permet toutefois d'identifier des différences importantes au niveau de la procédure d'accréditation syndicale, de la sécurité syndicale, de la négociation collective en général, de la négociation d'une première collective, des moyens de pression économiques et de l'application de la convention collective.

La procédure d'accréditation syndicale en vigueur au sein des territoires étudiés se fonde sur les mêmes grands principes: une unité de négociation appropriée à l'échelle de l'entreprise et un syndicat qui possède l'appui d'une majorité de salariés au sein de cette unité. Les règles et les critères applicables à la détermination du caractère approprié de l'unité de négociation sont très semblables. Des différences importantes ont toutefois été observées dans les mécanismes utilisés pour juger du caractère représentatif du syndicat. Alors qu'au Massachusetts, la méthode privilégiée pour ce faire est le scrutin secret, au Québec, la méthode privilégiée est plutôt le décompte des effectifs, le scrutin secret étant surtout utilisé comme méthode subsidiaire. La méthode du décompte des effectifs a effectivement fait son apparition dans la législation étatique du Massachusetts en 2007, mais son utilisation demeure très marginale dans le secteur privé. Une autre différence importante observée concerne la majorité requise pour obtenir l'accréditation. Alors qu'au Massachusetts, la majorité requise est la majorité absolue des votes exprimés lors du scrutin secret (i.e. la majorité des salariés ayant exercé leur droit de vote), au Québec, la majorité requise est la majorité absolue des salariés de l'unité de négociation, quelle que soit la méthode utilisée. Une autre différence importante concerne le rôle accordé à l'employeur dans le cadre de la procédure visant à vérifier le caractère représentatif du syndicat. Alors qu'au Québec, l'employeur est tenu à l'écart de cet aspect de la procédure, n'étant pas une partie intéressée, au Massachusetts, il y participe activement. En effet, la loi lui permet non seulement de s'exprimer sur la question de la syndicalisation au sein de son entreprise (comme il lui est permis de le faire au Québec), elle lui permet en outre de participer officiellement à la campagne électorale qui précède le scrutin secret. L'approche américaine ouvre toutefois la porte à des pratiques interdites et à des recours dilatoires par les employeurs qui sont susceptibles de tuer dans l'œuf la syndicalisation. Enfin, la dernière différence observée concerne la possibilité pour l'employeur au Massachusetts de reconnaître volontairement un syndicat, une chose qui est impossible au Québec puisque l'accréditation est d'ordre public.

Des différences importantes ont également identifiées en matière de sécurité syndicale. Alors qu'au Québec, le précompte syndical est obligatoire (il est prévu par la loi et il est d'ordre public) et est exigible dès l'accréditation du syndicat, au Massachusetts, il doit être prévu à la convention collective et n'est exigible qu'une fois celle-ci en vigueur. En outre, les salariés ne peuvent être contraints de payer que la partie de la cotisation syndicale qui sert à financer les activités de négociation et d'application de la convention collective et sont libres de payer les sommes dues au syndicat de la façon qu'ils désirent. Enfin, alors que toutes les formes de clauses d'adhésion syndicales sont permises au Québec, au Massachusetts, elles sont toutes interdites. En fait, seul le « Agency Shop » - l'équivalent du précompte syndical – est permis.

Plusieurs différences ont également été observées au niveau de la négociation collective. La première concerne la durée de vie de l'obligation de négocier de bonne foi. Alors qu'au Québec, cette obligation n'existe en principe que pendant la phase de la négociation collective, au Massachusetts, elle existe en principe en tout temps, même pendant la durée de la convention collective. La convention collective peut toutefois prévoir une clause (« zipper-clause ») qui a pour effet de suspendre cette obligation pendant qu'elle est en vigueur. La deuxième différence concerne l'étendue de l'obligation de négocier de bonne foi. Alors qu'au Québec, cette obligation est très large et s'applique à l'égard de toute question relative aux relations de travail que l'une ou l'autre des parties est susceptible de soulever à la table de négociation, au Massachusetts, elle ne s'applique qu'à l'égard des sujet dits « à négociation obligatoire ». En effet, les parties n'ont pas à négocier les sujets dits « à négociation non obligatoire ». L'obligation de négocier de bonne foi cesse toutefois lorsque les négociations ont atteint le stade de l'impasse. Enfin, la troisième différence concerne les règles particulières applicables à la négociation d'une première négociation collective. Alors qu'au Québec, un différend qui survient dans le cadre de la négociation d'une première convention collective peut, à certaines conditions, être soumis à l'arbitrage à l'initiative d'une seule partie, au Massachusetts, une telle possibilité n'existe pas, Ceci est une différence très importante entre les deux systèmes. En effet, au Québec, l'employeur a intérêt à négocier sérieusement et à véritablement tenter de conclure une entente, à défaut de quoi il risque de se faire imposer une convention collective par un tiers. Au Massachusetts, il s'expose tout au

plus à une plainte pour pratique interdite (pour manquement à l'obligation de négocier de bonne foi) ou à un conflit de travail.

Les différences observées au niveau de la portée et l'étendue de l'obligation de négocier de bonne foi ont des conséquences directes sur la question du maintien des conditions de travail. Pendant la phase de la négociation collective, il y a un gel complet des conditions de travail au Québec, et ce, jusqu'à l'exercice du droit de grève ou de lock-out. L'employeur ne peut donc modifier celles-ci unilatéralement. Au Massachusetts, il n'y a un gel qu'à l'égard des conditions de travail qui portent sur un sujet de négociation obligatoire, et ce, tant que les négociations n'ont pas atteint le niveau de l'impasse. Pendant la phase de l'application de la convention collective, l'employeur peut modifier unilatéralement toutes les conditions de travail qui ne sont pas prévues à la convention collective au Québec. Au Massachusetts, il ne peut le faire qu'à l'égard des conditions de travail non prévues à la convention collective qui portent sur un sujet de négociation non obligatoire. Lorsque ces conditions de travail portent sur un sujet de négociation obligatoire, il a l'obligation de négocier avec le syndicat jusqu'à l'impasse, à moins que la convention collective ne prévoit une « zipper clause », auquel cas il n'a aucune obligation de négocier.

Des différences importantes ont également été identifiées en matière de moyens de pression. La première différence concerne le statut du syndicat à l'origine de la grève. Alors qu'au Québec, la grève ne peut être le fait que d'un syndicat accrédité, au Massachusetts, ce statut n'est pas exigé. Un syndicat non accrédité peut donc faire la grève en vue d'être reconnu par l'employeur à titre de représentant officiel d'un groupe de salariés donné aux fins de négocier collectivement leurs conditions de travail (grève de reconnaissance). La deuxième différence concerne la période pendant laquelle les parties peuvent recourir à la grève ou au lock-out. Alors qu'au Québec, les parties ne peuvent recourir à la grève ou au lock-out que pendant la phase de négociation collective et uniquement lorsque le droit de grève est acquis, au Massachusetts, les moyens de pression peuvent en principe survenir n'importe quand, sauf dans les 60 jours qui suivent l'avis de négociation ou qui précèdent la date d'expiration de la convention collective, selon la plus tardive des deux dates. Pour ce faire, toutefois, les négociations doivent avoir atteint le niveau de l'impasse entre les parties. La troisième différence concerne l'utilisation de travailleurs de remplacement pendant un conflit de travail.

Alors qu'au Québec, l'emploi de travailleurs de remplacement dans l'établissement visé par la grève ou le lock-out et l'emploi des salariés de l'unité de négociation en grève ou en lock-out en quelque lieu que ce soit est interdite, au Massachusetts, l'emploi de travailleur de remplacement non-professionnels et des travailleurs de l'unité de négociation en grève ou en lock-out est permise. Selon la nature de la grève entreprise, toutefois, le type de travailleurs de remplacement (temporaire ou permanent) pouvant être embauché pendant un conflit de travail pourra varier. La quatrième différence concerne la protection d'emploi des grévistes. Tant au Québec qu'au Massachusetts, les salariés qui participent à une grève légale ou qui font l'objet d'un lock-out conservent leur statut de salarié pendant le conflit et ne peuvent être sanctionnés en raison de leur participation à la grève. Toutefois, alors qu'au Québec, tous les salariés qui participent à une grève légale ou qui font l'objet d'un lock-out ont le droit de recouvrer leur emploi de façon prioritaire une fois le conflit terminé (sous réserve d'une cause juste et suffisante dont la preuve incombe à l'employeur), au Massachusetts, seuls les salariés qui participent à une grève qui dénonce une pratique interdite ou des conditions de travail dangereuses sont assurés de réintégrer leur poste de façon prioritaire une fois le conflit terminé. En effet, lorsque des travailleurs de remplacement permanents ont été embauchés pendant le conflit, les grévistes qui ont participé à une grève économique ne possèdent quant à eux que d'un droit de rappel prioritaire. Enfin, la cinquième différence concerne les formes de piquetage autorisées. Alors qu'au Québec, tant le piquetage primaire que le piquetage secondaire sont permis, au Massachusetts, seul le piquetage primaire l'est. Le piquetage secondaire est toutefois autorisé à l'endroit d'un alter ego ou d'un allié de l'employeur primaire ou lorsqu'il ne vise qu'à convaincre les consommateurs à boycotter les produits de l'employeur primaire. Dans les deux cas, toutefois, le piquetage doit se faire de façon pacifique et dans le respect des critères développés par les tribunaux en matières civile et criminelle. En outre, la distribution de tracts est permise en quelque lieu que ce soit, aux mêmes conditions. En somme, le droit du travail québécois encadre de façon beaucoup plus importante les moyens de pression que ne le fait le droit du travail massachusettsois. En effet, à l'exception de la question du piquetage, la période pendant laquelle les parties peuvent recourir aux moyens de pression, les objectifs visés par ceux-ci, l'embauche de travailleurs de

remplacement pendant ceux-ci et la protection d'emploi des salariés grévistes sont des questions qui sont beaucoup plus réglementées au Québec qu'au Massachusetts.

Enfin, nous avons identifié des différences importantes au niveau de la mise en œuvre et de l'application de la convention collective. La première différence concerne la nature publique ou privée de l'arbitrage de grief. Alors qu'au Québec, l'arbitrage de grief est une institution publique, au Massachusetts, c'est une institution purement privée. En effet, au Québec, l'arbitrage de grief est créé par voie législative et possède de nombreux pouvoirs de plein droit. En revanche, au Massachusetts, il est créé par voie conventionnelle et ne possède que les pouvoirs que les parties ont bien voulu lui confier à même la convention collective. La deuxième différence concerne le caractère obligatoire de l'arbitrage de grief. Au Québec, l'arbitrage de grief est obligatoire et sa compétence est exclusive. En conséquence, les tribunaux judiciaires ne peuvent être saisis d'un grief et les parties ne peuvent recourir à la grève ou au lock-out pour forcer un règlement. Au Massachusetts, par contre, l'arbitrage de grief est facultatif. En effet, les parties sont libres de recourir à ce mécanisme en prévoyant une clause à cet effet dans la convention collective. En présence d'une telle clause, les tribunaux accordent une déférence judiciaire importante à l'arbitrage de grief et n'interviennent généralement qu'en cas d'excès de juridiction. Ceci étant, les tribunaux judiciaires demeurent les seuls compétents pour décider des questions relatives à la compétence de l'arbitre (questions juridictionnelles). En l'absence d'une telle clause, toutefois les tribunaux judiciaires demeurent compétents pour trancher les griefs et appliquer la convention collective, ou encore, les parties peuvent recourir aux moyens de pression économique pour forcer un règlement. Notons toutefois qu'en pratique, la quasi-totalité des conventions collectives aux États-Unis prévoient des clauses d'arbitrage de grief obligatoire et interdisent les moyens de pression économique pendant leur durée.

Comme nous avons eu l'occasion de le mentionner précédemment, les régimes de rapports collectifs étudiés sont fortement apparentés. Ce sont des régimes décentralisés, où la représentation, la négociation collective, les moyens de pression, la conclusion et l'application la convention collective se déroulent à l'échelle de l'entreprise, voire de l'établissement. Cela n'a rien d'étonnant, puisque l'ancêtre du *Code du travail* du Québec, la *Loi des relations ouvrières* de 1944, est fortement inspiré du NLRA, adopté en 1935. Ceci étant, ce sont deux

régimes qui, au cours des années, ont connu une évolution parallèle distincte. Alors que le régime américain est graduellement passé d'un régime « favorable » à la syndicalisation et aux syndicats vers un régime plus « neutre » (par l'adoption, notamment, du *Taft-Hartley Act* en 1947 et du *Landrum-Griffin Act* en 1959), le régime québécois, quant à lui, est passé d'une régime « favorable » à la syndicalisation et aux syndicats à un régime « encore plus favorable » à ceux-ci (par l'adoption de modifications importantes vers la fin des années 1970 et le début des années 1980). En somme, l'une des principales différences observées aujourd'hui entre les deux régimes est que le régime québécois a conservé et renforcé sont préjugé favorable aux travailleurs et aux syndicats, alors que le régime américain, lui, l'a perdu (certains diront même qu'il a désormais un préjugé favorable aux employeurs). D'ailleurs, la comparaison du taux de présence syndicale en vigueur au sein des territoires étudiés semble confirmer ce fait. Alors que près de 40% des travailleurs québécois voient leurs conditions de travail fixées par une convention collective, cette proportion ne s'élève qu'à 15,6% en moyenne au Massachusetts au cours des dernières années (2000-2011). Dans le secteur privé, ces chiffres étaient respectivement de 26,8% et de 8,7% pour la même période.

Une autre conclusion qui ressort de notre étude de droit comparé est que les rapports collectifs sont généralement beaucoup plus encadrés au Québec qu'ils ne le sont au Massachusetts. Ceci est particulièrement le cas au niveau de la négociation collective, des moyens de pression, de l'application de la convention collective et du financement syndical. Au Québec, la loi n'impose aux parties de négocier de bonne foi et leur permet de recourir à la grève ou au lock-out uniquement pendant la phase de la négociation collective, et ce, en vue de préserver la paix industrielle pendant la durée de la convention collective. Lorsqu'une convention collective est en vigueur, le seul recours dont disposent les parties est l'arbitrage de grief (sous réserve de la présence d'une clause de réouverture dans la convention collective). Au Massachusetts, l'obligation de négocier de bonne foi, bien que moins étendue qu'au Québec, existe en principe en tout temps, tout comme le droit à la grève et au lock-out (sauf, dans ce dernier cas, dans les 60 jours qui précèdent le terme de la convention collective ou qui suivent l'avis de modification), sous réserve de la convention collective. La paix industrielle dépend donc davantage du contenu de la convention collective que de la loi. En outre, au Québec, la loi prévoit que seul un syndicat accrédité peut être à l'initiative d'une

grève, alors qu'au Massachusetts, la loi ne prévoit aucune exigence de la sorte. Elle interdit également à l'employeur d'utiliser des travailleurs de remplacement pendant un conflit de travail, alors qu'au Massachusetts, cela est généralement permis. Enfin, au Québec, le précompte syndical est prévu par la loi et porte sur la totalité de la cotisation syndicale, alors qu'au Massachusetts, il doit faire l'objet d'une clause dans la convention collective et ne porte que sur les parties de la cotisation syndicale associée aux activités de négociation et de représentation collective.

En somme, au Massachusetts, la loi ne se préoccupe généralement pas d'encadrer les rapports collectifs d'une façon aussi stricte qu'au Québec. Au contraire, elle s'en remet surtout à la volonté des parties, telle qu'exprimée dans la convention collective. Les principes de la liberté contractuelle et de l'autonomie collective sont donc beaucoup plus présents au Massachusetts qu'au Québec, où l'État, par le biais de la loi, intervient beaucoup plus.

c) Les différences associées à la tradition juridique des systèmes étudiés

L'une des différences d'ordre général les plus évidentes entre les territoires étudiés est la tradition de leur système juridique respectif. Alors que le droit du travail québécois s'inscrit dans le cadre d'un système juridique de droit civil, le droit du travail massachusettsois s'inscrit quant à lui dans un système juridique de *common law*.

Dans le cadre d'un système de droit civil, le droit commun est constitué d'un ensemble prédéterminé de règles législatives qui ont vocation de s'appliquer en l'absence de règles particulières : le Code civil. Le droit commun fonctionne donc selon la méthode déductive puisqu'il définit à l'avance les règles qui régiront les différentes situations juridiques susceptibles de surgir dans l'avenir au sein du système. Dans le cadre d'un système de *common law*, le droit commun ne fait pas appel à un tel ensemble prédéterminé de règles législatives. Au contraire, ce système fonctionne selon une logique inductive où les règles applicables doivent être trouvées dans les précédents jurisprudentiels qui ont impliqué des faits similaires ou, en l'absence de tels précédents, dans la Coutume. Puisque les parties impliquées dans une situation juridique donnée peuvent connaître à l'avance les règles et les principes juridiques applicables à cette situation, le système de droit civil possède l'avantage d'être plus prévisible que le système de *common law*. Or, puisque les règles de droit commun qu'il

prévoit ont été déterminées à l'avance et, souvent, dans l'abstrait, c'est un système qui peut être considéré comme moins flexible que son homologue anglo-saxon, le juge n'ayant d'autre choix que d'appliquer telles quelles les règles prévues par le Code civil même si, à son avis, une autre solution aurait été préférable. Le système de common law, quant à lui, est un système qui offre généralement une plus grande flexibilité que le système de droit civil. En effet, le juge y possède une plus grande liberté dans la recherche des solutions aux litiges qui lui sont soumis. Paradoxalement, toutefois, cette plus grande flexibilité du droit est également à l'origine de son principal inconvénient : son imprévisibilité. En effet, cette plus grande liberté du juge dans la recherche des solutions au litige signifie que les parties impliquées ne peuvent connaître avec autant de certitude les règles juridiques qui s'appliquent à une situation juridique donnée, en particulier lorsqu'une telle situation n'a jamais été soumise aux tribunaux. Or, une telle incertitude peut se traduire en des coûts financiers importants pour les parties en raison du risque plus élevé de litiges et des condamnations monétaires importantes qui peuvent en découler, en particulier aux États-Unis.

En somme, les origines juridiques différentes des systèmes juridiques étudiés pourraient indiquer un droit du travail massachusettsois généralement plus flexible et moins prévisible que le droit du travail québécois, et à l'inverse, un droit du travail québécois généralement plus rigide et plus prévisible que le droit du travail massachusettsois. Or, considérant que les entreprises réproouvent l'incertitude autant qu'elles recherchent la flexibilité, chacun des systèmes présentent à la fois des avantages et des inconvénients à cet égard.

V. Discussion

Le droit du travail québécois a-t-il pour effet de décourager la localisation de l'IDE au Québec au profit des États-Unis – et plus particulièrement du Massachusetts – dans le contexte de l'ALÉNA ? C'est la question à laquelle nous tenterons de répondre dans la présente partie.

Afin de répondre à cette question, nous avons dû réaliser certaines étapes préalables. Tout d'abord, nous avons effectué une revue de littérature afin d'identifier les principaux déterminants de la localisation de l'IDE²⁷²⁶. Cette étape était nécessaire afin de déterminer si le droit du travail est un facteur pertinent dans le cadre de la décision de localisation de l'IDE des entreprises multinationales et, le cas échéant, son importance relative comparativement aux autres facteurs. Ensuite, nous avons effectué une étude de droit comparé détaillée afin d'identifier en quoi le droit du travail québécois diffère du droit du travail applicable dans l'État du Massachusetts²⁷²⁷. Cette étape était nécessaire afin d'identifier les principales différences et similitudes au niveau du droit du travail entre les droits étudiés, puisque ce sont finalement celles-ci qui influenceront, le cas échéant, sur la décision de localiser l'IDE au sein d'un territoire donné plutôt que d'un autre.

Notre revue de littérature sur les déterminants de la localisation de l'IDE a révélé que la localisation de l'IDE dépend d'un grand nombre de facteurs. Elle a également révélé que tous ces facteurs n'ont pas une importance égale, l'importance relative de ces facteurs variant elle-même en fonction de nombreux autres facteurs, comme le secteur d'activité de l'entreprise, sa stratégie, sa taille et l'objectif visé par l'IDE. Notre revue de littérature a également révélé que, bien que le droit du travail national ne soit pas le facteur le plus important aux fins de la localisation de l'IDE, les facteurs associés à la demande étant les facteurs les plus importants à ce chapitre, il est néanmoins un facteur significatif en raison des effets qu'il est susceptible d'avoir sur les coûts de main-d'œuvre et la flexibilité du marché du travail. Enfin, notre revue de littérature a révélé que la flexibilité du marché du travail est constituée d'un grand nombre de composantes, parmi lesquelles les plus importantes sont la

²⁷²⁶ *Supra*, chapitre III, p. 89.

²⁷²⁷ *Supra*, chapitre IV, p. 141.

disponibilité d'une main-d'œuvre qualifiée, la flexibilité fonctionnelle, la flexibilité dans le temps de travail (une forme de flexibilité numérique), un bas niveau de réglementation de l'emploi et la facilité de recourir aux formes d'emploi atypiques.

Notre étude de droit comparé, quant à elle, nous a permis d'identifier des différences importantes entre les deux systèmes. Au niveau de la formation du rapport salarial, les droits du travail étudiés s'avèrent tous deux relativement peu interventionnistes. En effet, les parties sont généralement libres de contracter avec qui elles veulent et d'aménager leurs rapports comme elles le souhaitent, sous réserve des pratiques et de motifs particuliers prohibés par la loi. Au niveau du contenu du rapport salarial, toutefois, des différences importantes ont été identifiées. En effet, à ce chapitre, le droit du travail québécois s'avère beaucoup plus interventionniste que le droit du travail massachusettsois, prévoyant notamment des normes du travail beaucoup plus nombreuses et beaucoup plus généreuses en faveur des salariés. De plus, puisque les rapports collectifs s'appliquent à une plus grande proportion de travailleurs, ces derniers sont plus nombreux à bénéficier de conditions de travail négociées, généralement plus généreuses que celles du secteur non syndiqué, et d'un encadrement plus serré des droits de direction de l'employeur. Au niveau de la rupture du rapport salarial, des différences encore plus importantes ont été identifiées. En effet, le droit du travail québécois encadre de façon beaucoup plus stricte la rupture du rapport salarial que ne le fait le droit du travail massachusettsois. De plus, davantage de travailleurs bénéficient des mesures de protection d'emploi prévues aux conventions collectives, puisque une proportion plus importante d'entre eux sont régis par le régime de rapports collectifs. Au niveau des aspects constitutionnels, notre étude de droit comparé a révélé que le droit du travail applicable aux États-Unis n'est pas nécessairement plus uniforme qu'il ne l'est au Canada. En effet, il existe une grande variabilité dans les règles applicables d'un État fédéré à l'autre. De plus, le caractère complémentaire des régimes fédéral et étatiques rend la détermination des règles de droit du travail applicables généralement plus complexe qu'au Canada, où ces régimes sont mutuellement exclusifs. En outre, la protection constitutionnelle des droits et libertés individuels semble avoir modelé le droit du travail américain d'une façon différente du droit du travail canadien. En effet, la protection constitutionnelle de la liberté contractuelle et des libertés économiques des entreprises aux États-Unis pourrait expliquer le fait que

l'intervention législative y est et y a toujours été moins importante qu'au Canada, le législateur étant assujéti à des contraintes plus importantes. Notre étude de droit comparé a également révélé qu'au Québec, la loi encadre les rapports collectifs de façon beaucoup plus importante qu'au Massachusetts. En effet, au Massachusetts, le régime s'en remet davantage à la volonté des parties, telle qu'exprimée dans la convention collective. En outre, alors que le régime de rapports collectifs québécois semble comporter un préjugé favorable à la syndicalisation, au Massachusetts, le régime de rapports collectifs semble plutôt s'être affranchi d'un tel préjugé favorable. Enfin, notre étude de droit comparé a révélé que bien que le droit du travail massachusettsois semble offrir plus de flexibilité dans la gestion de la main-d'œuvre que le droit du travail québécois – en raison, notamment, de la moins grande intervention du législateur dans les conditions de travail et de la tradition du système juridique – le droit du travail québécois, de son côté, semble être beaucoup plus prévisible et laisser une moins grande place à l'incertitude et aux poursuites judiciaires coûteuses et à l'issue souvent imprévisible.

Maintenant que nous connaissons les principaux déterminants de la localisation de l'IDE et les principales différences et similitudes entre les droits du travail étudiés, nous pouvons tenter de répondre à la question posée. Pour ce faire, nous analyserons les différences observées à la lumière des déterminants de l'IDE afin de tirer des conclusions sur les effets potentiels du droit du travail québécois sur l'IDE entrant lorsque comparé au droit du travail en vigueur au Massachusetts. En somme, nous tenterons d'identifier si les différences observées sont susceptibles d'influencer favorablement ou défavorablement la localisation de l'IDE au sein d'un territoire étudié plutôt que de l'autre en faisant des liens entre les résultats de notre étude de droit comparé et les résultats de notre revue de littérature sur les déterminants de la localisation de l'IDE.

Avant de ce faire, toutefois, quelques commentaires s'imposent sur la méthode que nous avons choisie d'utiliser pour ce faire. Pour être valide, un jugement sur la compétitivité (i.e. l'attractivité) du droit du travail québécois par rapport au droit du travail massachusettsois doit nécessairement se faire en considérant le droit du travail dans son ensemble. Or, comme nous l'avons vu au chapitre III, la littérature que nous utilisons pour le fins de notre analyse (i.e. la littérature sur les déterminants de la localisation de l'IDE) s'intéresse rarement au droit

du travail « dans son ensemble »²⁷²⁸. Elle porte plutôt sur des dimensions particulières de celui-ci, comme le salaire minimum, les congés et les absences payés, les formalités entourant la résiliation du contrat de travail, la législation protectrice de l'emploi, la méthode d'accréditation des syndicats, la structure de négociation collective et à des indicateurs économiques, comme le niveau des salaires, le taux de présence syndicale et le taux d'arrêts de travail. Elle s'intéresse également à la flexibilité du marché du travail, mais encore là, elle subdivise ce concept en une multitude de composantes. En somme, pour les économistes (qui sont les principaux auteurs de ce courant de littérature), le droit du travail n'est rien d'autre que la somme de ses composantes, c'est-à-dire un ensemble de politiques et de dispositions législatives qui n'ont en commun que de réguler le marché du travail.

Pour les fins de notre analyse, donc, nous n'avons d'autre choix que d'effectuer tout d'abord une analyse au niveau des composantes particulières des droits du travail impliqués. En effet, c'est le niveau d'analyse retenu par la littérature que nous avons choisi d'utiliser pour les fins de notre thèse. Nous porterons donc un jugement sur chacune des différences observées afin de déterminer quels sont leurs effets potentiels sur la localisation de l'IDE. Cette approche peut sembler « artificielle », « désincarnée » et « mécanique », mais elle n'en demeure pas moins un mal nécessaire. Mais plus important encore, cette approche nous permettra de faire des nuances quant aux effets potentiels de chacune des composantes du droit du travail sur la localisation de l'IDE. En effet, comme nous l'avons vu, toutes les composantes du droit du travail n'ont pas le même impact sur toutes les entreprises. Ainsi, une mesure comme le recours à l'encontre d'un congédiement sans cause juste et suffisante peut avoir un effet négatif dans certains secteurs d'activités, alors qu'elle peut avoir un impact neutre, voire positif, dans d'autres secteurs.

Une fois cette discussion « mesure par mesure » terminée, nous pourrions porter un meilleur jugement sur la compétitivité du droit du travail québécois comparativement au droit du travail massachusettsois dans son ensemble. Pour ce faire, nous tiendrons compte de

²⁷²⁸ En fait, seuls les auteurs Ham et Kleiner semblent ouvrir la porte à une approche comparative du système de relations industrielles dans son ensemble. Pour ce faire, toutefois, une analyse des composantes particulières du système doit être faite au préalable. Voir : H. HAM et M.M. KLEINER, *préc.*, note 336; M.M. KLEINER et H. HAM, *préc.*, note 340.

l'ensemble de nos analyses effectuées au niveau des composantes particulières du droit du travail et tenterons de dégager des tendances nous permettant de porter un jugement sur le droit du travail dans son ensemble. Bien entendu, une telle appréciation « globale » des effets du droit du travail québécois sur la localisation de l'IDE comparativement au droit du travail massachusettsois possède des limites. En effet, toutes les composantes du droit du travail n'ont pas les mêmes effets sur toutes les entreprises et certaines composantes du droit du travail peuvent s'avérer plus importantes pour certaines entreprises que pour d'autres. Néanmoins, elle nous permettra de tirer des conclusions d'ordre général.

Comme déjà fait dans la conclusion de notre étude de droit comparé²⁷²⁹, dans la présente partie, nous privilégions une analyse plus globale du droit du travail en fonction de ses effets sur les principales phases du rapport salarial, soit sa formation (en contexte embauche)(A), son déroulement et son contenu (en cours d'emploi)(B) et sa rupture (en contexte de fin d'emploi)(C). Comme nous l'avons déjà indiqué, une telle approche permet d'adopter un point de vue qui se rapproche davantage de celui de l'investisseur-employeur, en ce qu'elle permet de faire ressortir les contraintes et les opportunités que le droit du travail offre à l'égard de décisions critiques en matière de gestion des ressources humaines. Ceci étant, certaines des différences observées ne sont associées à aucune phase du rapport salarial en particulier. Elle feront par conséquent l'objet d'une section distincte (D).

A. Les effets potentiels des différences observées au niveau de la formation du rapport salarial sur la localisation de l'IDE

Tant au Québec qu'au Massachusetts, le droit du travail intervient peu dans la formation du rapport salarial. Dans les deux cas, le rapport salarial est appréhendé juridiquement sous la forme d'un contrat de louage de service de personnel, le contrat individuel de travail. De plus, dans les deux cas, c'est le principe de la liberté contractuelle qui prévaut : les parties sont libres de contracter et de négocier les termes de leur relation. En effet, les droits du travail québécois et massachusettsois n'imposent pas une réglementation particulière à la formation du rapport salarial, préférant laisser jouer la liberté contractuelle.

²⁷²⁹ *Supra*, section IV.E, p. 596.

Liberté contractuelle et laisser-faire économique

Dans les deux territoires étudiés, les principes du droit commun applicables à la formation du rapport salarial – tant en ce qui concerne les conditions générales de formation des contrats que les conditions particulières de formation d’un contrat de travail – sont très semblables. Cela n’a rien de surprenant, puisque les deux systèmes font généralement une grande place au laisser-faire économique et à la liberté contractuelle. Le « Statute of Frauds » du Massachusetts rendrait toutefois le droit du travail massachusettsois légèrement plus formaliste que le droit commun québécois en matière d’embauche, puisqu’un contrat à durée déterminée de plus d’un an doit nécessairement être constaté par écrit, contrairement à la situation qui prévaut au Québec. Considérant la prédominance du recours à l’emploi at-will aux États-Unis, toutefois, cette différence devrait avoir peu d’effets en pratique.

Statuts d’emploi

Dans les deux cas, la relation d’emploi peut prendre différentes formes : emploi à durée indéterminée, emploi à durée déterminée, emploi à temps plein, emploi à temps partiel, emploi occasionnel, etc. En somme, les deux droits du travail étudiés laissent les parties libres de déterminer du « statut » qu’empruntera la relation d’emploi (« statuts d’emploi »). Aucune contrainte ou formalité particulière n’est exigée à ce chapitre. Or, ceci est particulièrement important aux fins de la localisation de l’IDE. En effet, notre revue de littérature sur les déterminants de l’IDE a révélé que la flexibilité du marché du travail est un facteur important pour la localisation de l’IDE²⁷³⁰, bien qu’elle ne soit pas le facteur le plus important à cet égard²⁷³¹. Elle nous a également appris que la flexibilité du marché du travail est un concept multidimensionnel constitué de plusieurs composantes, parmi lesquelles on retrouve la

²⁷³⁰ L’importance de la flexibilité du marché du travail résulterait de son impact sur les coûts de production et, par conséquent, sur la rentabilité de l’entreprise : P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242, p. 8.

²⁷³¹ À ce chapitre, la flexibilité du marché du travail n’est devancée que par la taille et, selon le cas, le taux de croissance du marché national : voir P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242, p. 20. Chose intéressante, toutefois, cette étude révèle que la flexibilité du marché du travail serait perçue par les répondants comme étant un facteur plus important qu’il ne le serait en réalité : P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242, p. 27. Ceci serait compatible avec la thèse qui soutient que le discours patronal aurait tendance à amplifier l’importance véritable de la flexibilité du marché du travail sur la localisation de l’IDE.

flexibilité numérique²⁷³². Or, la facilité de recourir à des formes atypiques d'emploi est une dimension importante de la flexibilité numérique²⁷³³.

Intervention législative limitée

De façon générale, le droit du travail québécois se distingue du droit du travail massachusettsois par une intervention du législateur beaucoup plus fréquente et étendue dans les conditions de travail. En contexte d'embauche, toutefois, le législateur québécois semble avoir adopté une approche plus modérée, comparable à celle adoptée au Massachusetts. Ainsi, tant au Québec qu'au Massachusetts, l'intervention directe du législateur dans les conditions applicables à la formation du rapport salarial se limite essentiellement aux questions de l'âge minimal requis pour travailler, aux formes d'emploi ne pouvant être occupées par des mineurs, aux pratiques interdites en contexte d'embauche et à la discrimination en contexte d'embauche.

Âge minimal et emplois interdits aux mineurs

Tant au Québec qu'au Massachusetts, le droit du travail fixe à 14 ans l'âge minimal requis pour travailler et interdit que certains emplois soient occupés par des mineurs, ou encore, par des mineurs d'un certain âge²⁷³⁴. Ces questions ne devraient pas avoir un effet important sur la localisation de l'IDE au sein d'un territoire ou de l'autre, les règles étant très semblables.

Discrimination en contexte d'embauche

Les règles qui interdisent la discrimination en contexte d'embauche sont également très semblables entre les territoires étudiés²⁷³⁵. Non seulement les principaux motifs de discrimination sont-ils sensiblement les mêmes, mais les tempéraments aux règles applicables sont également très semblables. Même les concepts d'obligation d'accommodement (« *reasonable accommodation* ») et de contrainte excessive (« *undue hardship* ») sont

²⁷³² P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242, p. 9-12.

²⁷³³ *Id.*, p. 27.

²⁷³⁴ *Supra*, section IV.D.3.a)(1), p. 535.

²⁷³⁵ *Supra*, section IV.D.3.a)(3), p. 538.

fondamentalement les mêmes. Les effets potentiels des différences observées doivent donc être relativisés. La présence de la langue dans la législation québécoise comme motif de discrimination interdit – et son absence de la législation applicable au Massachusetts – constitue une différence notable entre les territoires étudiés, principalement en raison du fait que la langue majoritairement parlée au Québec est le français et non l’anglais, qui est la langue des affaires. Contrairement à l’article 46 C.l.f, toutefois, l’interdiction de la discrimination fondée sur la langue prévue à la C.d.l.p. est neutre : elle ne favorise pas une langue plutôt qu’une autre, comme le fait la C.l.f. Elle ne devrait par conséquent pas avoir d’effet préjudiciable sur l’IDE. La différence observée dans la couverture des règles applicables en matière de discrimination pourrait en principe avoir des effets sur la localisation de l’IDE²⁷³⁶. En pratique, toutefois, cette différence devrait avoir un effet marginal sur l’IDE. En effet, bien que rien n’empêche une entreprise multinationale d’ouvrir à l’étranger une filiale ou une succursale qui compte moins de 6 salariés, ce n’est vraisemblablement pas le genre d’investissement qui sera fortement influencé par les règles du travail, l’investissement en question n’étant pas « *labor-intensive* » dans un tel cas.

D’autres facteurs entreront vraisemblablement en ligne de compte. D’ailleurs, rien n’indique que la législation en matière de discrimination en emploi ait pour effet de décourager l’IDE au sein d’un pays hôte donné. Toutefois, le grand nombre de lois applicables en matière de discrimination au Massachusetts – et la plus grande complexité du droit applicable qui en résulte – pourrait dissuader certaines entreprises de s’établir sur ce territoire. En effet, une telle situation entraîne une grande variabilité au niveau des recours disponibles, des autorités et des tribunaux compétents, des conditions d’exercice des recours et de la couverture des lois applicables, ce qui expose l’entreprise à un niveau d’incertitude accru et à des risques juridiques et financiers plus élevés.

Pratiques interdites en contexte d’embauche

Bien que les pratiques interdites en contexte d’embauche soient plus nombreuses au Massachusetts qu’au Québec, les règles applicables en la matière demeurent dans l’ensemble

²⁷³⁶ En effet, rappelons qu’au Massachusetts, seuls les employeurs qui emploient au moins 6 salariés sont assujettis à de telles règles.

très comparables, tant au niveau de la nature des pratiques interdites que des règles applicables au renversement du fardeau de la preuve dans le cas des recours judiciaires disponibles pour les travailleurs²⁷³⁷. Des différences ont néanmoins été identifiées au niveau des tribunaux compétents pour trancher de tels litiges (au Québec : tribunaux administratifs; au Massachusetts : tribunaux judiciaires) et du fardeau de preuve initial du plaignant (la preuve de la causalité est plus exigeante au Massachusetts qu'au Québec). Ces différences ne devraient toutefois pas avoir d'effets significatifs importants sur la localisation de l'IDE.

L'article 46 de la *Charte de la langue française* – qui interdit à un employeur de discriminer dans l'embauche sur la base du fait qu'un candidat ne parle pas une autre langue que le français à moins que cette langue ne soit nécessaire à l'accomplissement des tâches – mérite toutefois une attention particulière. En effet, une entreprise pourrait percevoir négativement une disposition législative qui lui interdit de n'embaucher systématiquement que les travailleurs qui parlent la langue habituellement parlée dans l'entreprise (par exemple, l'anglais), à moins de démontrer que la connaissance de cette langue est nécessaire à l'accomplissement des tâches. Associée aux autres dispositions de la *Charte de la langue française* en matière de langue de travail, une telle disposition entraîne inévitablement des contraintes et des coûts supplémentaires à l'entreprise qui y est assujettie. Or, de telles contraintes et de tels coûts supplémentaires sont généralement redoutés par les investisseurs potentiels. Et même dans l'éventualité où le Massachusetts se dotait d'une disposition de même nature à l'égard de l'anglais²⁷³⁸, l'équilibre ne serait pas ramené pour autant. En effet, contrairement au français, l'anglais est une langue beaucoup plus utilisée dans les milieux d'affaires internationaux que le français.

Clauses d'atelier syndical fermé

Enfin, en contexte de rapports collectifs, certaines clauses des conventions collectives sont susceptibles de limiter la liberté de l'employeur d'embaucher de nouveaux salariés ou, à

²⁷³⁷ *Supra*, section IV.D.3.a)(2), p. 536.

²⁷³⁸ Rappelons que plusieurs projet de lois de cette nature ont été déposés devant la General Court du Massachusetts au cours des dernières années.

tout le moins, les salariés de son choix²⁷³⁹. La clause la plus éloquente à cet égard, et qui se porte particulièrement bien à l'analyse en l'espèce, est la clause d'atelier syndical fermé²⁷⁴⁰. Le fait que les clauses d'atelier syndical fermé soient autorisées au Québec et non au Massachusetts pourrait favoriser la candidature du Massachusetts au détriment de celle du Québec. En effet, les clauses d'atelier fermé réduiraient la flexibilité du marché du travail (plus précisément, la flexibilité numérique) en imposant à l'employeur de n'embaucher des travailleurs que dans un bassin limité de main-d'œuvre, soit les travailleurs déjà membres du syndicat. En l'absence d'une telle clause, l'employeur disposerait d'une marge de manœuvre beaucoup plus grande. Or, un marché du travail moins flexible (plus rigide) est susceptible d'entraîner une hausse des coûts de main-d'œuvre pour l'employeur²⁷⁴¹. Ceci étant, il n'est pas exclu que certains employeurs puissent trouver avantage à inclure de telles clauses dans les conventions collectives et puissent, par conséquent, avoir intérêt à s'installer au Québec plutôt qu'au Massachusetts. En effet, les clauses d'atelier syndical fermé sont généralement accompagnées d'une procédure de placement syndical en vertu de laquelle le syndicat assume, en contrepartie de l'engagement de l'employeur de n'embaucher que des salariés déjà membres du syndicat, la responsabilité de fournir à l'employeur la main-d'œuvre qualifiée dont il a besoin, ce qui dispense par le fait même l'employeur de recruter et de sélectionner sa main-d'œuvre. Cette formule ne convient toutefois pas à tous les secteurs d'activités et est principalement utilisée par les entreprises qui œuvrent dans des secteurs à haute mobilité d'emploi et qui ont recours à des travailleurs de métier ou des groupes particuliers

²⁷³⁹ Cependant, très peu de conventions collectives traitent des processus de recrutement, de sélection et d'embauche des nouveaux employés. En effet, cette question est habituellement reconnue comme étant une prérogative de l'employeur. Voir : Anthony GILES et A. STARKMAN, « The Collective Agreement », dans Morley GUNDERSON et D. TARAS (dir.), *Canadian Employment and Labour Relations*, Toronto, Addison Wesley Pearson, 2009.

²⁷⁴⁰ *Supra*, section IV.C.3.b)(1), p. 383. Parmi les autres clauses qui sont susceptibles de limiter la liberté de l'employeur d'embaucher les salariés de son choix, il y a les clauses d'affichage interne et les clauses de rappel au travail. Voir : A. GILES, *préc.*, note 1116, p. 168.

²⁷⁴¹ Bien que partagée sur cette question, la littérature tend à indiquer un effet négatif des coûts de main-d'œuvre sur l'IDE. Voir : *Supra*, section III.B.1, p. 119, plus précisément P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility as a Key Determinant of Foreign Direct Investment : Evidence from the U.K. », *préc.*, note 242; P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242.

d'employés, comme les travailleurs de la construction, les débardeurs, les techniciens de scène ou les musiciens²⁷⁴².

B. Les effets potentiels des différences observées au niveau du contenu du rapport salarial sur la localisation de l'IDE

De façon générale, le droit du travail québécois régleme de façon beaucoup plus importante le contenu du rapport salarial que ne le fait le droit du travail massachusettsois. Si les règles prévues au droit commun et aux conventions collectives sont relativement semblables, les règles prévues par les lois particulières, en revanche, diffèrent de façon substantielle. En effet, l'intervention directe du législateur dans les conditions de travail par le biais des lois particulières est beaucoup plus importante au Québec qu'elle ne l'est au Massachusetts, même si ce dernier est considéré comme un État plutôt interventionniste à l'échelle américaine. Les différences s'observent tant en termes de quantité (nombre de conditions de travail déterminées directement par l'État) qu'en termes de qualité (niveau des conditions de travail déterminées directement par l'État). Cela découle vraisemblablement d'une philosophie d'intervention de l'État dans les affaires privées qui est fondamentalement différente, différence de philosophie qui s'observe également entre les provinces canadiennes, d'une part, et les États américains, d'autre part.

Règles de droit commun fortement comparables

Le droit commun québécois contribue au contenu du rapport salarial d'une façon relativement semblable au droit commun massachusettsois²⁷⁴³. On peut vraisemblablement s'attendre à ce que les différences observées au niveau du droit commun applicable aient peu ou pas de conséquences sur la localisation de l'IDE au sein d'un territoire étudié plutôt que de l'autre, les droits et obligations réciproques des parties au rapport salarial étant, lorsque considérée dans leur ensemble, très semblables. Mais plus important encore, dans l'ensemble, nous avons affaire à des droits communs qui interviennent très peu dans le contenu du rapport salarial et qui accordent une grande place à la liberté contractuelle. Ainsi, tant au Québec

²⁷⁴² P.-L. BILODEAU, *préc.*, note 1085, p. 89.

²⁷⁴³ *Supra*, section IV.B.3.c), p. 232.

qu'au Massachusetts, les parties sont libres de convenir des modalités et des conditions qu'elles souhaitent voir s'appliquer en cours d'emploi, sous réserve uniquement de la loi (et, au Québec, de l'ordre public). En fait, seules les clauses de non-concurrence font l'objet de règles plus strictes, tant au Massachusetts qu'au Québec. Une telle philosophie de « laisser-faire » au sein des territoires étudiés est susceptible de plaire aux entreprises multinationales qui, de façon générale, cherchent à s'établir dans des territoires où les contraintes juridiques sont réduites au minimum. Comme nous aurons l'occasion de le voir ultérieurement²⁷⁴⁴, toutefois, le fait que le droit commun québécois soit un système de droit civil et non un système de common law pourrait avoir pour effet de le défavoriser, bien que cette question ne fasse pas l'unanimité. Enfin, on ne doit pas oublier que la décision de localisation de l'IDE ne se prend pas que sur la base du droit commun applicable et que les autres dimensions du droit du travail doivent également être considérées.

Intervention directe du législateur plus grande au Québec

L'intervention directe du législateur dans les conditions de travail est un phénomène beaucoup plus prononcé au Québec qu'au Massachusetts. En effet, non seulement le droit du travail québécois régleme-t-il un plus grand nombre d'aspects des rapports employeur-employé, il prévoit généralement des conditions de travail plus avantageuses pour les salariés et s'applique à un plus grand nombre d'employeurs. En fait, outre la question de la couverture des rapports collectifs, c'est principalement à ce niveau que nous sommes susceptibles d'identifier des différences suffisamment importantes pour influencer la localisation de l'IDE au sein de l'un ou l'autre des territoires étudiés.

Salaire minimum

C'est probablement dans l'intervention directe du législateur en matière de normes minimales du travail que les différences observées entre les deux territoires sont les plus évidentes. Nous avons vu que le salaire minimum du Québec est relativement semblable au salaire minimum du Massachusetts²⁷⁴⁵. On peut donc s'attendre à ce que les taux de salaire

²⁷⁴⁴ V.D.3

²⁷⁴⁵ *Supra*, section IV.D.3.b)(1)(a), p. 544.

minimum en vigueur au sein des territoires étudiés aient peu d'impact sur la localisation de l'IDE au sein de l'un ou l'autre territoire, puisque, d'une part, ils sont relativement comparables (ils sont sensiblement du même ordre de grandeur) et, d'autre part, ils sont relativement peu élevés lorsque comparés au salaire horaire moyen gagné au sein de chacun de ces territoires. En effet, au Québec, le salaire horaire moyen est d'environ 22\$, alors qu'il est d'environ 25\$ au Massachusetts²⁷⁴⁶. D'ailleurs, il est vraisemblable de croire que peu d'entreprises multinationales chercheront à s'installer en Amérique du Nord en raison de ses bas coûts de main-d'œuvre, cette région n'étant pas reconnue pour être concurrentielle à ce niveau. Au contraire, elle est plutôt reconnue pour sa main-d'œuvre spécialisée et scolarisée, donc une main-d'œuvre dont les salaires sont normalement déterminés par les lois de l'offre et de la demande et qui se situent vraisemblablement au-delà de la zone d'influence des taux de salaire minimum.

Les règles relatives au salaire minimum des salariés à pourboire au Massachusetts, diffèrent toutefois substantiellement de celles qu'on retrouve au Québec. En effet, bien que ceux-ci disposent d'un salaire minimum particulier, tout comme au Québec, celui-ci est de beaucoup inférieur au taux de salaire minimum général²⁷⁴⁷ et le calcul du taux horaire payable par l'employeur peut tenir compte des pourboires que les salariés ont effectivement reçus²⁷⁴⁸. Il en résulte par conséquent qu'au Massachusetts, les salariés à pourboire dépendent davantage des pourboires qu'au Québec, où une partie de leur salaire est obligatoirement assumée par l'employeur. Nous ne croyons toutefois pas que cela puisse avoir un impact aussi important sur la localisation de l'IDE des multinationales de la restauration que des facteurs comme la taille et le taux de croissance du marché, ou encore, le revenu moyen par habitant.

La plupart des études sur le salaire minimum se sont intéressées à ses effets (et aux effets de ses augmentations) sur la performance du marché du travail (i.e. emploi, chômage,

²⁷⁴⁶ STATISTIQUES CANADA, *préc.*, note 2551; U.S. DEPARTMENT OF LABOR, BUREAU OF LABOR STATISTICS, *préc.*, note 2551.

²⁷⁴⁷ Au Massachusetts, le salaire minimum payable aux employés à pourboire est de 2,63\$ de l'heure, ce qui correspond à environ 33% du taux du salaire minimum général prévu par la législation étatique (8,00\$ de l'heure) : M.G.L. c. 151, § 7; 455 CMR § 2.02(2). Au Québec, le salaire minimum payable aux employés à pourboire est de 8,75\$, ce qui correspond à environ 86% du taux de salaire minimum général (10,15\$ de l'heure).

²⁷⁴⁸ M.G.L. c. 151, § 7; 455 CMR § 2.02(2).

etc.). Ainsi, selon certaines études, un taux de salaire minimum élevé aurait pour effet de réduire l'emploi pour les jeunes et les travailleurs non-qualifiés²⁷⁴⁹, de réduire les avantages sociaux et les occasions de formation professionnelle offerts par les employeurs²⁷⁵⁰ et d'augmenter le taux de décrochage scolaire chez les jeunes²⁷⁵¹. En outre, la différence observée entre le salaire minimum moyen en vigueur au Canada et celui en vigueur aux États-Unis (en termes de proportion du PIB) aurait des conséquences sur l'économie canadienne²⁷⁵².

Les études qui se sont intéressées aux effets du salaire minimum sur la localisation de l'IDE sont beaucoup plus rares. Bien qu'il semble qu'une hausse du salaire minimum (ou un salaire minimum plus élevé) puisse effectivement avoir des effets négatifs sur la localisation de l'IDE, les résultats demeurent néanmoins partagés. Ainsi, une hausse du salaire minimum (ou un salaire minimum plus élevé) augmenterait non seulement les coûts de main-d'œuvre mais également la demande agrégée pour les produits et services. L'effet net d'une telle hausse (ou d'un salaire minimum plus élevée) sur l'IDE n'est donc pas facilement déterminable, puisqu'elle dépend des ajustements du marché du travail de chaque pays (i.e. chaque cas étant un cas d'espèce). Ceci étant, la présence accrue du libre-échange accentuerait

²⁷⁴⁹ A. KARABEGOVIĆ, A. GAINER et N. VELDHUIS, « Measuring Labour Markets in Canada and the United States, 2011 Edition », *préc.*, note 96, p. 35; Amela KARABEGOVIĆ et Niels VELDHUIS, « Estimating the Economic Impact of British Columbia's Minimum Wage Increase », *Fraser Alert*, Institut Fraser, avril 2011; Keith GODIN et Niels VELDHUIS, « The Economic Effects of Minimum Wages in British Columbia », *Studies in Labour Markets*, Institut Fraser, 2009; David NEUWARK et William WASCHER, « Minimum Wages and Employment », *Foundations and Trends in Microeconomics*, 2007, p. 1; Morley GUNDERSON, *Minimum Wages in Canada : Theory, Evidence and Policy*, Federal Labour Standards Review Commission, 2005; Filip PALDA, « Some Deadweight Losses from the Minimum Wage : The Cases of Full and Partial Compliance », (2000) 7 *Labor Economics* 751; Marc T. LAW, « The Economics of Minimum Wage », *Public Policy Sources* No. 14, 1998.

²⁷⁵⁰ A. KARABEGOVIĆ, A. GAINER et N. VELDHUIS, *préc.*, note 96, p. 35; D. NEUWARK et W. WASCHER, *préc.*, note 2749; Michael BAKER, « Minimum Wages and Human Capital Investments of Young Workers : Work Related Training and School Enrolment », *HRSDC/IC/SSHRC Skills Research Initiative Working Paper B-04*, 2005.

²⁷⁵¹ A. KARABEGOVIĆ, A. GAINER et N. VELDHUIS, *préc.*, note 96, p. 36; Duncan CHAPLIN, Mark D. TURNER et Andreas D. PAPE, « Minimum Wages and School Enrollment of Teenagers : A Look at the 1990s », (2003) 22 *Economics of Education Review* 11; David NEUWARK et William WASCHER, « Minimum Wages and Skill Acquisition : Another Look at Schooling Effects », (2003) 22 *Economics of Education Review* 1; Stuart LANDON, « High School Enrollment, Minimum Wages and Education Spending », (1997) 23 *Canadian Public Policy* 141; David NEUWARK et William WASCHER, « The Effects of Minimum Wages on Teenage Employment and Enrollment : Evidence from Matched CPS Surveys », (1996) 15 *Research in Labor Economics* 250.

²⁷⁵² N.J. ASHBY, A. BUENO, F. McMAHON et D. MARTINEZ, *préc.*, note 97, p. 48.

les effets pervers de la hausse du salaire minimum sur l'attractivité d'un pays²⁷⁵³. Enfin, les coûts associés à la rémunération (ce qui inclut mais ne se limite pas à la question du salaire minimum) auraient un effet négatif sur l'IDE, après ajustement des différences observées en termes d'années d'éducation de la main-d'œuvre²⁷⁵⁴.

Semaine normale de travail, heures supplémentaires et heures maximales de travail

Les règles relatives à la semaine normale de travail et au calcul des heures supplémentaires sont relativement semblables entre les territoires étudiés²⁷⁵⁵. Contrairement à la situation qui prévaut au Québec, toutefois, le droit du travail massachusettsois ne prévoit aucune règle en matière de durée maximale du travail²⁷⁵⁶. De telles règles prévoient un nombre d'heures quotidiennes et hebdomadaires au-delà desquelles un employeur ne peut normalement exiger qu'un salarié travaille. Elles limitent par conséquent de façon importante la discrétion patronale en matière de temps de travail. Comme nous l'avons vu, une étude a révélé que l'une des composantes les plus importantes de la flexibilité du marché du travail (qui est un déterminant important de la localisation de l'IDE) est la flexibilité numérique²⁷⁵⁷. Or, la flexibilité dans le temps de travail compte parmi les composantes les plus importantes de la flexibilité du marché du travail aux fins de la localisation de l'IDE²⁷⁵⁸. On pourrait donc s'attendre à ce que les dispositions législatives québécoises en la matière puissent avoir un

²⁷⁵³ Isabelle MÉJEAN et Lise PATUREAU, *Location decisions and Minimum Wages*, THEMA, Université de Cergy-Pontoise, mars 2008, en ligne : <http://thema.u-cergy.fr/IMG/documents/2008-06.pdf> (consulté le 15 août 2013).

²⁷⁵⁴ W.N. COOKE, « The Influence of Industrial System Factors on Foreign Direct Investment », *préc.*, note 323; W.N. COOKE, « The Effects of Labor Costs and Workplace Constraints on Foreign Direct Investment among Highly Industrialized Countries », *préc.*, note 323; W.N. COOKE, « Union Avoidance and Foreign Direct Investment in the U.S. », *préc.*, note 323.

²⁷⁵⁵ *Supra*, section IV.D.3.b)(1)(c), p. 546.

²⁷⁵⁶ *Supra*, section IV.D.3.b)(1)(d), p. 547. Les seules règles prévues en la matière sont celles relatives au travail des enfants et seront discutées à ce titre.

²⁷⁵⁷ P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242, p. 27.

²⁷⁵⁸ La flexibilité dans le temps de travail se classe au 3^{ème} rang des cinq composantes de la flexibilité du marché du travail les plus importantes en termes de poids relatif (poids relatif moyen de 3.74 sur 5), derrière la disponibilité d'une main-d'œuvre qualifiée et éduquée (poids relatif moyen de 3.82 sur 5) et la flexibilité fonctionnelle (poids relatif moyen de 3.80 sur 5) : P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242, p. 28. En outre, elle occupe le 2^{ème} rang en termes de classement moyen (classement moyen de 4.59 sur 18), derrière la disponibilité d'une main-d'œuvre qualifiée et éduquée (classement moyen de 3.82 sur 18) : P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242, p. 30.

effet négatif sur la localisation de l'IDE. Aucune étude empirique ne s'est toutefois intéressée à cette question de façon particulière. Ceci étant, on ne doit pas oublier les coûts sociaux que les heures supplémentaires excessives sont susceptibles d'entraîner.

Repos hebdomadaires et pauses

Les différences observées entre les territoires étudiés en matière de repos hebdomadaire et de pauses sont peu importantes²⁷⁵⁹. En effet, les deux territoires prévoient un congé hebdomadaire obligatoire (36 heures dans le cas du Québec et 24 heures dans le cas du Massachusetts). De plus, les règles applicables en matière de pauses sont pratiquement identiques. La principale différence observée en la matière est celle relative au travail le dimanche. Or, comme nous l'avons mentionné, les règles applicables au Massachusetts, bien que plus contraignantes que celles prévues au Québec, ont fait l'objet d'assouplissements importants au courant des années 1990. On peut donc s'attendre à ce que cette dimension du droit du travail n'ait pas en soi une influence particulièrement importante sur la localisation de l'IDE au sein de l'un ou l'autre des territoires observés.

Jour fériés

Nous avons vu que le nombre de jours fériés au Massachusetts dépasse largement le nombre de congé fériés au Québec. Nous avons également vu que les jours fériés prévus par la législation québécoise sont des congés payés, contrairement à ce qui est prévu par la législation applicable au Massachusetts. Enfin, nous avons vu que les règles qui régissent le travail les jours fériés sont plus contraignantes au Massachusetts qu'au Québec, sauf dans le secteur de la vente au détail²⁷⁶⁰. À première vue, le fait que le nombre de jours fériés au Massachusetts dépasse largement le nombre de congé fériés au Québec pourrait laisser croire que le Québec est en meilleure posture que le Massachusetts aux fins d'attirer l'IDE. En effet, il est raisonnable de croire qu'un nombre particulièrement élevé de jours fériés au sein d'un territoire donné soit généralement considéré comme un désavantage par les investisseurs. Mais le nombre de jours fériés, à lui seul, peut être trompeur. En effet, d'autres facteurs doivent être

²⁷⁵⁹ *Supra*, section IV.D.3.b)(1)(e), p. 547.

²⁷⁶⁰ *Supra*, section IV.D.3.b)(1)(f), p. 550.

considérés afin de se prononcer sur les effets potentiels des jours fériés sur la localisation de l'IDE, notamment le fait que ceux-ci sont rémunérés ou non, de même que la plus ou moins grande facilité avec laquelle un employeur peut faire travailler des salariés à l'occasion de ces jours fériés.

Ainsi, le fait que les jours fériés soient des congés payés au Québec et non Massachusetts pourrait avantager le Massachusetts par rapport au Québec dans la localisation de l'IDE. En effet, on peut s'attendre à ce que les investisseurs voient là un facteur susceptible d'entraîner des coûts de main-d'œuvre plus élevés et, par conséquent, un potentiel de profits moins intéressant, même si ce facteur n'est peut-être pas le plus important à ce chapitre. En outre, le fait que les règles relatives au travail les jours fériés soient moins contraignantes au Québec qu'au Massachusetts dans les secteurs autres que celui de la vente au détail est susceptible d'avantager le Québec dans la course à l'IDE des entreprises multinationales de ces secteurs. À l'inverse, le fait que ces règles soient plus flexibles au Massachusetts qu'au Québec dans le secteur de la vente au détail, est quant à lui susceptible d'avantager le Massachusetts dans ce secteur. Or, considérant que dans le secteur de la vente au détail, les entreprises doivent s'établir à proximité du marché qu'elles souhaitent desservir, cette différence en matière de flexibilité du travail pourrait s'avérer moins préjudiciable pour le Québec que la même différence observée au Massachusetts à l'égard du secteur manufacturier et des autres secteurs. En outre, les emplois du secteur manufacturier étant habituellement des emplois mieux payés que ceux du secteur de la vente au détail, le Québec pourrait disposer là d'un avantage non négligeable sur le Massachusetts sur le plan économique²⁷⁶¹.

Notre revue de littérature sur les déterminants de l'IDE nous a révélé que la flexibilité du marché du travail est un facteur important pour la localisation de l'IDE. Elle nous a

²⁷⁶¹ J'ai d'ailleurs personnellement eu l'occasion d'apprécier les effets négatifs des contraintes découlant d'un congé férié obligatoire sur les activités de production d'une usine de fabrication. Le problème ne résidait pas tant dans la perte d'une journée de production comme telle, mais plutôt dans l'interruption locale de la production dans une structure de production intégrée à l'échelle mondiale. En effet, toutes les autres usines de la multinationale – impliquées respectivement dans les étapes préalables et successives de production – étaient en opération cette journée là. Paradoxalement, toutefois, cet exemple concerne l'application des dispositions de la Loi sur la fête nationale au sein d'une usine québécoise. Or, le congé prévu par cette loi (i.e. la Fête nationale) est plus contraignant que les congés fériés prévus par la L.n.t. et s'apparente plutôt aux congés fériés du Massachusetts, à tout le moins, tels qu'ils doivent être appliqués dans le secteur manufacturier massachusettsois.

également appris que la flexibilité du marché du travail est un concept multidimensionnel composé de plusieurs composantes, parmi lesquelles on retrouve la flexibilité numérique et la flexibilité des coûts de main-d'œuvre²⁷⁶². Les jours fériés sont susceptibles d'avoir un effet sur la localisation de l'IDE au travers du concept de flexibilité dans le temps de travail, une forme de flexibilité numérique. En effet, les restrictions sur le travail un jour férié sont susceptibles de limiter la capacité d'un employeur d'exploiter son entreprise à l'occasion d'une telle journée. Or, la flexibilité dans le temps de travail compte parmi les composantes les plus importantes de la flexibilité du marché du travail aux fins de la localisation de l'IDE²⁷⁶³. Les jours fériés sont également susceptibles d'avoir un effet sur la localisation de l'IDE au travers du concept de flexibilité salariale, qui est une forme de flexibilité des coûts de main-d'œuvre²⁷⁶⁴. En effet, le fait qu'un jour férié soit « payé » limite considérablement les choix que peut faire l'employeur en matière de salaires et d'avantages payables cette journée là, celui-ci n'ayant d'autre choix que de payer l'indemnité prévue à la loi, en plus des heures effectuées ce jour là, le cas échéant. La flexibilité salariale n'aurait toutefois pas la même importance que la flexibilité dans le temps de travail en matière de localisation de l'IDE²⁷⁶⁵.

Considérant les effets des règles relatives aux jours fériés sur la localisation de l'IDE au travers des concepts de flexibilité du temps de travail et de flexibilité salariale, et considérant les différences observées dans le caractère contraignant de ces règles selon le secteur d'activité, on pourrait s'attendre à ce que les règles du Massachusetts favorisent l'IDE

²⁷⁶² *Supra*, section III.B.1, p. 119 et suiv.

²⁷⁶³ P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242.

²⁷⁶⁴ Le concept de flexibilité des coûts de main-d'œuvre est étroitement lié aux coûts de main-d'œuvre. En fait, ces deux concepts représentent les deux côtés d'une même médaille : le concept de flexibilité des coûts de main-d'œuvre correspond aux effets de la législation sur les coûts de main-d'œuvre, selon que celle-ci impose ou non des coûts de main-d'œuvre additionnels à l'employeur qui n'existeraient pas en l'absence de législation. À titre d'exemple, la législation sur le salaire minimum réduit la flexibilité des coûts de main-d'œuvre de l'employeur, puisqu'elle l'empêche de verser à un salarié un salaire inférieur au salaire minimum et elle augmente par le fait même les coûts de main-d'œuvre de l'employeur qui, n'eût été de cette législation, aurait payé ses salariés à un taux inférieur.

²⁷⁶⁵ Contrairement à la flexibilité du temps de travail, la flexibilité des salaires ne ferait pas partie du top 5 des composantes les plus importantes de la flexibilité du marché du travail en termes de poids relatif (note sur 5) : P. P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242, p. 28 et 29. Elle occuperait toutefois le 5^{ème} rang des composantes de la flexibilité du marché du travail les plus importantes en termes de classement moyen, avec un classement moyen de 6.46 sur 18 : P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242, p. 30.

dans le secteur de la vente au détail et que les règles du Québec favorisent l'IDE dans les autres secteurs. En outre, sachant que la question de la flexibilité du temps de travail est plus importante que celle de la flexibilité salariale, l'inconvénient associé au caractère « payé » des congés fériés au Québec ne serait pas aussi important que l'avantage associé à la possibilité pour l'employeur de faire travailler ses salariés les jours fériés. Ceci étant, on ne doit pas perdre de vue que la flexibilité du marché du travail et ses composantes (comme la flexibilité du temps de travail et la flexibilité salariale), bien qu'importantes, ne le sont pas autant que des variables comme la taille et la croissance du marché.

Congé annuel

Le droit du travail québécois accorde aux salariés un congé annuel payé dont la durée minimale peut atteindre trois semaines continues, selon le service continu cumulé par le salarié. Ce congé ne peut être reporté, fractionné ou remplacé par une indemnité compensatoire que dans des circonstances extrêmement limitées ou conformément aux dispositions d'un décret ou d'une convention collective. Le droit du travail du Massachusetts, quant à lui, n'accorde aucun congé annuel de plein droit aux salariés²⁷⁶⁶. Cette condition de travail doit être négociée avec l'employeur et est donc soumise aux lois du marché. Or, le fait que la législation québécoise oblige l'employeur à accorder un congé annuel payé à ses salariés implique des contraintes et des coûts substantiels qu'on ne retrouve pas au Massachusetts. En effet, non seulement l'employeur situé au Québec est-il contraint de libérer son travailleur pendant la durée totale de son congé, mais encore doit-il verser à celui-ci une indemnité pouvant aller jusqu'à 6% du salaire brut gagné par le salarié au cours de l'année de référence, en un seul versement et avant la prise du congé. En outre, l'employeur ne peut forcer le salarié à fractionner son congé annuel, ni lui verser une indemnité compensatoire en remplacement de celui-ci, ce qui limite les options qui sont à sa disposition pour limiter les effets de la prise du congé annuel sur les activités de l'entreprise.

En principe, donc, on pourrait s'attendre à ce que la présence d'un congé annuel payé obligatoire au Québec – et son absence au Massachusetts – ait pour effet de favoriser le

²⁷⁶⁶ *Supra*, section IV.D.3.b)(1)(g), p. 554.

Massachusetts plutôt que le Québec dans la localisation de l'IDE. En effet, tout comme la législation sur les jours fériés, la législation sur le congé annuel est susceptible d'avoir un effet sur la localisation de l'IDE au travers des concepts de flexibilité du temps de travail et de flexibilité des coûts de main-d'œuvre qui, comme nous l'avons vu, sont des composantes de la flexibilité du marché du travail. Or, contrairement à la situation qui prévaut en matière de jours fériés, seul le Québec possède une législation en matière de congé annuel. Considérant les effets d'une telle législation sur les composantes de la flexibilité du marché du travail que sont la flexibilité du temps de travail et la flexibilité des coûts de main-d'œuvre, on pourrait croire que la situation favorise le Massachusetts au détriment du Québec dans la course à l'IDE. En effet, la législation québécoise sur le congé annuel oblige l'employeur à libérer ses salariés pendant une durée minimale pouvant totaliser 3 semaines par année, en plus de leur verser une indemnité afférente pouvant atteindre jusqu'à 6% de leur salaire annuel moyen, selon le service continu qu'ils justifient auprès de l'employeur. Elle impose donc des contraintes importantes à l'employeur tant au niveau du temps de travail que de la rémunération à verser au salariés. L'employeur n'est pas susceptible de décider unilatéralement de ces conditions de travail comme bon lui semble ou de négocier celles-ci à des niveaux inférieurs à ceux prévus par la loi. La flexibilité du temps de travail et la flexibilité salariale s'en trouvent par conséquent affectées. À la différence des jours fériés, toutefois – qui sont prévus à des dates précises et qui sont sensiblement les mêmes pour tous – l'employeur peut coordonner les congés annuels des différents salariés de façon à minimiser les effets que ceux-ci sont susceptibles d'avoir sur les activités de l'entreprise, minimisant par le fait même les effets de ces congés sur la flexibilité du temps de travail. En ce qui concerne l'indemnité afférente qui doit être versée aux salariés, il n'y a cependant pas d'aménagement possible : ces sommes d'argent, qui sont importantes, doivent être versées conformément aux modalités prévues à la loi. Or, une telle obligation limite considérablement la flexibilité de coûts de main-d'œuvre de l'employeur et augmente substantiellement ses coûts de main-d'œuvre. Rappelons toutefois que la flexibilité des coûts de main-d'œuvre n'aurait pas la même importance que la flexibilité du temps de travail en matière de localisation de l'IDE²⁷⁶⁷.

²⁷⁶⁷ Voir commentaires formulés à la note 2765 ci-avant.

Ceci étant, on peut croire que tous les secteurs d'activités ne sont pas influencés également par la présence d'un tel congé obligatoire dans la législation. En effet, dans les secteurs où la main-d'œuvre est beaucoup plus rare et où la concurrence entre employeurs aux fins d'attirer et de retenir celle-ci est beaucoup plus vive, on peut s'attendre à ce que les conditions de travail dictées par le marché puissent être égales, voire supérieures, à celles prévues par la L.n.t. en matière de congé annuel et que, par conséquent, ces dernières n'auraient pas la même importance dans le cadre de la décision d'investissement, étant largement surpassées par les conditions généralement offertes par le marché. Or, justement, le Québec et le Massachusetts tentent d'attirer l'IDE d'entreprises multinationales qui recherchent une main-d'œuvre spécialisée. En effet, ils ne peuvent concurrencer les pays en développement au niveau de la main-d'œuvre bon marché. Or, une telle main-d'œuvre est généralement plus rare et bénéficie habituellement de conditions de travail plus avantageuses. Il nous est par conséquent permis de penser que la présence d'un congé annuel obligatoire au Québec – et l'absence d'un tel congé au Massachusetts – pourrait ne pas avoir un effet aussi important qu'anticipé sur la localisation de l'IDE au sein de ces territoires, puisque les conditions de travail prévues par la loi pourraient ne pas excéder substantiellement les conditions de travail généralement accordées à ces travailleurs. D'ailleurs, l'une des composantes de la flexibilité du marché du travail qui est encore plus importante que la flexibilité du temps de travail et la flexibilité des coûts de main-d'œuvre est justement la disponibilité d'une main-d'œuvre qualifiée et éduquée²⁷⁶⁸.

Enfin, on ne peut ignorer la question des effets bénéfiques que la présence d'un congé annuel payé obligatoire dans la législation applicable est susceptible d'avoir sur la main-d'œuvre. En effet, on peut imaginer qu'un tel congé puisse se traduire par des avantages importants en termes de motivation, de productivité et de santé et sécurité au travail, des avantages dont l'employeur est également susceptible de bénéficier. À l'inverse, l'absence d'un tel congé dans la législation applicable, bien qu'elle puisse conférer certains avantages à

²⁷⁶⁸ P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242, p. 28-30.

l'employeur en termes de flexibilité du temps de travail et de flexibilité des coûts de main-d'œuvre, est toutefois susceptible d'engendrer des coûts sociaux importants.

Absences et congés protégés

Le droit du travail québécois accorde davantage d'absences et de congés protégés que ne le fait le droit du travail massachusettsois, et ce, à l'égard d'une plus grande variété d'événements. De plus, la durée de ces absences et congés est généralement beaucoup plus grande au Québec qu'au Massachusetts, sans compter que le droit du travail québécois prévoit un certain nombre de congés et absences sans perte de salaire, ce qui n'est pas le cas au Massachusetts, où le peu d'absences et de congés prévus sont sans salaire. Enfin, la couverture des règles applicables est beaucoup plus grande au Québec qu'elle ne l'est au Massachusetts, où tous les employeurs ne sont pas assujettis à ces règles et où les conditions d'admissibilité sont généralement beaucoup plus sélectives²⁷⁶⁹.

À l'instar de la législation sur les jours fériés et de la législation sur le congé annuel, la législation relative aux absences et congés protégés est susceptible d'avoir un effet sur la localisation de l'IDE via les concepts de flexibilité du temps de travail et de flexibilité des coûts de main-d'œuvre. L'effet des absences et congés protégés sur la flexibilité des coûts de main-d'œuvre risque toutefois d'être relativement limité, la majorité de ces absences et congés étant sans salaire et ceux d'entre eux qui le sont étant de courte durée. De même, l'effet de ces absences et congés sur la flexibilité du temps de travail risque d'être grandement limité par les différentes formalités que les salariés doivent accomplir pour se prévaloir de ceux-ci, comme la transmission d'un préavis à l'employeur. En fait, ce sont surtout les absences et les congés pour lesquels aucun préavis n'est nécessaire – ou qui nécessitent un préavis d'une durée minimale – qui sont susceptibles d'avoir un effet plus important à ce chapitre.

En outre, ces congés et absences sont susceptibles d'avoir un effet sur la localisation de l'IDE au travers du concept de législation protectrice de l'emploi (EPL), une question qui sera étudiée plus en détails ultérieurement²⁷⁷⁰. En effet, ces congés et absences sont dits

²⁷⁶⁹ *Supra*, section IV.D.3.b)(1)(h), p. 557.

²⁷⁷⁰ *Infra*, section V.C, p. 644 et suiv.

« protégés » en ce sens que l'employeur a l'obligation de réintégrer le salarié dans son poste à la fin de ceux-ci. En somme, ces congés et d'absences assurent une sécurité d'emploi minimale aux travailleurs qui doivent s'absenter du travail pour une durée plus ou moins courte en raison des aléas de la vie courante. En l'absence de telles mesures, les travailleurs dépendraient entièrement de la bonne volonté de leur employeur pour s'absenter du travail et s'exposeraient à la perte de leur emploi s'ils devaient s'absenter du travail sans l'accord de celui-ci. En outre, ils seraient davantage exposés aux pressions de leur employeur afin de limiter le nombre et la durée de ces congés et absences. Or, comme nous aurons l'occasion de le voir, la législation protectrice de l'emploi a des effets relativement limités sur la localisation de l'IDE.

Travail des enfants

Les règles relatives au travail des enfants sont très semblables au sein des territoires étudiés. En effet, tant au Québec qu'au Massachusetts, un employeur ne peut faire travailler un mineur dans le cadre d'un emploi qui présente des dangers pour sa santé et sa sécurité, ne peut faire travailler un mineur la nuit et ne peut faire travailler pendant les heures de classe un mineur assujetti à l'obligation de fréquentation scolaire, pendant les heures de classe. En outre, les deux régimes encadrent de façon stricte l'horaire de travail du mineur. Les règles québécoises nous ont toutefois semblé beaucoup plus simples de compréhension et d'application que les règles applicables au Massachusetts, lesquelles sont issues de l'effet combiné du droit fédéral et du droit étatique et empruntent un style de rédaction très alambiqué²⁷⁷¹. Dans l'ensemble, toutefois, ces règles ne devraient pas avoir une influence particulière sur localisation de l'IDE au sein d'un territoire plutôt que l'autre.

Harcèlement psychologique

Au moment d'écrire ces lignes, le droit du travail massachusettsois ne prévoyait aucune règle en matière de harcèlement psychologique. Au Québec, toutefois, le droit du travail impose des obligations importantes aux employeurs en la matière²⁷⁷². Ainsi, ces derniers

²⁷⁷¹ *Supra*, section IV.D.3.b)(1)(i), p. 568.

²⁷⁷² *Supra*, section IV.D.3.b)(1)(j), p. 570.

doivent prendre les moyens nécessaires pour prévenir, voire faire cesser, le harcèlement psychologique, et sont ultimement responsables des conséquences qu'une telle conduite peut avoir sur les salariés qui en sont victimes. Malgré les objectifs très louables visés par une telle législation, des obligations et des responsabilités aussi importantes pourraient avoir pour effet de décourager une entreprise de s'établir au Québec. En effet, le niveau de la réglementation du travail est une composante importante de la flexibilité du marché du travail²⁷⁷³, qui, rappelons-le, est un déterminant relativement important de l'IDE²⁷⁷⁴. En supposant que la plupart des entreprises à but lucratif agissent rationnellement, cherchent à maximiser leurs profits et prônent le laisser-faire économique, on pourrait s'attendre à ce que plusieurs d'entre elles jugent une telle législation non nécessaire, préférant régler le problème elles-mêmes par le biais de règles et de politiques internes plutôt que de se faire imposer des règles par l'État. De telles dispositions législatives pourraient donc avoir un effet négatif sur la localisation de l'IDE au Québec. Ceci étant, au moment d'écrire ces lignes, un projet de loi en la matière était à l'étude devant la *General Court* du Massachusetts. Or, dans l'éventualité où ce projet de loi était adopté dans sa forme actuelle, les règles applicables au Massachusetts deviendraient alors très comparables à celles qui sont en vigueur au Québec.

Santé et sécurité au travail

Les régimes de santé et sécurité du travail des territoires étudiés demeurent, dans l'ensemble, très comparables. En effet, les droits et obligations qu'ils prévoient sont très semblables et visent généralement les mêmes objectifs. En outre, les normes réglementaires adoptées par les autorités compétentes abordent habituellement les mêmes grandes questions et portent généralement sur les mêmes grands thèmes. Des différences importantes ont cependant été observées au niveau de la mise en œuvre de la loi et du financement du régime. Alors qu'au Québec, la loi prévoit la création de structures internes paritaires et de postes de représentants par le biais desquels les travailleurs, les employeurs et leurs

²⁷⁷³ Le niveau peu élevé de la réglementation du marché du travail se situerait ainsi au 4^{ème} rang des cinq composantes les plus importantes de la flexibilité du marché du travail. Voir : P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242, p. 28.

²⁷⁷⁴ P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242, p. 20.

associations respectives participent directement à la mise en œuvre de la loi, au Massachusetts, la mise en œuvre de la loi relève plutôt de l'agence gouvernementale responsable par le biais d'un imposant système d'inspection. En outre, alors qu'au Québec, le régime est entièrement financé par les employeurs, au Massachusetts, il est entièrement financé par le trésor public américain²⁷⁷⁵.

Or, ces différences font en sorte que le régime québécois de santé et de sécurité au travail entraîne des coûts plus importants pour l'employeur que le régime du Massachusetts. En effet, non seulement celui-ci doit-il rémunérer les salariés et les cadres qui participent aux structures paritaires ou qui exercent des fonctions particulières prévues par la loi, mais il doit financer les activités de l'autorité responsable d'administrer le régime en lui versant une cotisation. À ce chapitre, donc, le système en vigueur au Massachusetts peut sembler plus avantageux que le système québécois aux fins de la localisation de l'IDE. Ceci étant, on ne peut se prononcer définitivement sur la question sans considérer les avantages que la formule québécoise est susceptible d'offrir en matière de prévention des lésions professionnelles comparativement à la formule massachusettsoise. En effet, si les coûts supplémentaires supportés par l'employeur se traduisent par des gains importants en matière de santé et de sécurité au travail en raison du caractère décentralisé et participatif du régime québécois (i.e. meilleure concertation, meilleure communication, prévention plus efficace, etc.), non seulement la société en bénéficiera-t-elle, mais l'employeur également. Il ne nous est toutefois pas possible d'approfondir cette question davantage dans les limites de cette thèse.

Discrimination en cours d'emploi

Les règles qui interdisent la discrimination en cours d'emploi sont susceptibles d'avoir un effet sur la localisation de l'IDE en raison des contraintes plus ou moins importantes qu'elles sont susceptibles d'imposer à l'employeur dans le cadre de la gestion de son personnel. Il est donc important d'étudier dans quelle mesure ces règles diffèrent entre les territoires étudiés et dans quelle mesure les différences observées sont susceptibles d'influencer la localisation de l'IDE au sein de l'un ou l'autre de ces territoires. Comme nous

²⁷⁷⁵ *Supra*, section IV.D.3.b)(2), p. 571.

avons eu l'occasion de le voir, toutefois, ces règles diffèrent peu entre les territoires étudiés lorsqu'elles sont considérées dans leur ensemble²⁷⁷⁶. On peut donc s'attendre à ce que leur effet sur la localisation de l'IDE au sein des territoires étudiés soit relativement limité. Ceci étant, la plus grande complexité du droit applicable en la matière au Massachusetts (multiplicité des lois, des autorités administratives et des recours et variabilité dans la couverture législative et dans les conditions d'exercice) pourrait avoir un effet négatif sur la localisation de l'IDE.

Pratiques interdites en contexte d'emploi

Les pratiques interdites en contexte d'emploi sont, dans l'ensemble, très semblables entre les territoires étudiés²⁷⁷⁷. Bien que certaines différences ont été observées, celles-ci ne devraient pas avoir d'effets particulièrement importants sur la localisation de l'IDE au sein d'un territoire ou de l'autre.

Langue de travail

La présence d'une législation imposant l'usage d'une langue particulière à titre de langue de travail au sein d'un territoire donné est susceptible d'entraîner des contraintes et des coûts importants pour l'employeur dont l'entreprise est située sur ce territoire. Or, de telles contraintes et de tels coûts supplémentaires sont susceptibles d'influencer défavorablement d'éventuels investisseurs, toutes autres choses étant égales par ailleurs. On pourrait donc s'attendre à ce que la présence d'une telle législation au Québec (i.e. la Charte de la langue française) et son absence au Massachusetts ait pour effet de favoriser le Massachusetts plutôt que le Québec en matière d'IDE²⁷⁷⁸. L'adoption d'une législation au Massachusetts faisant de l'anglais la langue officielle de l'État aurait-elle pour effet de rééquilibrer les choses ? En effet, nous avons vu que des groupes de pression tentent présentement de faire adopter une telle législation au Massachusetts. Or, toute langue n'est vraisemblablement pas susceptible

²⁷⁷⁶ *Supra*, section IV.D.3.b)(3), p. 573 . Rappelons qu'aux États-Unis, contrairement à la situation qui prévaut chez nous, les États fédérés peuvent adopter une législation plus généreuse que la législation fédérale en matière de discrimination en emploi et que dans ce cas, les droits prévus à la législation étatique « complètent » la législation fédérale.

²⁷⁷⁷ *Supra*, section IV.D.3.b)(4), p. 574.

²⁷⁷⁸ *Supra*, section IV.D.3.b)(5), p. 575.

d'avoir un tel effet. Ainsi, dans l'éventualité où le Massachusetts se dotait d'une loi y faisant de l'anglais la langue du travail, il nous est permis de croire que celle-ci n'aurait pas un effet aussi important sur l'IDE au Massachusetts que n'est susceptible de l'avoir la C.I.f. au Québec. En effet, la C.I.f. fait du français la langue du travail au Québec, alors que l'anglais domine dans le reste de l'Amérique du Nord et est considéré comme étant la langue des affaires à l'échelle planétaire. La présence d'une législation de cette nature aurait donc un effet plus ou moins important sur la localisation de l'IDE selon que la langue en question diffère de la langue d'usage dans l'entreprise, ou encore, de la langue dominante dans cette partie du monde. Or, c'est une question qui dépasse les frontières du monde du travail, le Québec étant une société francophone.

Rapports collectifs

En contexte de rapports collectifs, le contenu du rapport salarial est déterminé en grande partie par le contenu de la convention collective applicable à un milieu de travail donné. En effet, la convention collective, la pierre angulaire des rapports collectifs, détermine la plupart des conditions de travail qui s'appliquent aux salariés de l'unité de négociation et, par le fait même, détermine le contenu du rapport salarial de ceux-ci. Or, les clauses-types qu'on retrouve dans les conventions collectives québécoises et massachusettsoises sont généralement très semblables, malgré le fait que certaines clauses soient interdites aux États-Unis (comme les clauses d'appartenance syndicale) et que d'autres soient beaucoup moins courantes (clauses correspondant à des sujets à négociation non-obligatoire). Ceci s'explique vraisemblablement par le fait que les régimes de rapports collectifs québécois et massachusettsois sont, malgré certaines différences, fortement apparentés (l'ancêtre du régime québécois s'étant grandement inspiré du National Labor Relations Act) et reposent sur les mêmes principes fondamentaux, soient la négociation décentralisée (où la négociation collective se déroule à l'échelle de l'employeur, voire de l'établissement) et l'autonomie collective (où ce sont les parties qui déterminent elles-mêmes les conditions de travail qui s'appliquent à leur milieu de travail par le biais de la négociation collective et compte tenu de leur rapport de forces respectif).

Ceci étant, la principale différence observée entre les territoires étudiés en matière de rapports collectifs ne provient pas tant du contenu de la convention collective comme tel que de la proportion de travailleurs qui voient leurs conditions de travail déterminées par une convention collective. En effet, au Québec, le taux de présence syndicale est trois fois plus élevé qu'au Massachusetts²⁷⁷⁹. Or, considérant que les travailleurs couverts par une convention collective bénéficient habituellement de conditions de travail plus avantageuses²⁷⁸⁰ et que les droits de direction de l'employeur sont habituellement plus encadrés en présence d'une convention collective (ce qui se traduit respectivement par des coûts de main-d'œuvre plus élevés et une flexibilité numérique et fonctionnelle moindre pour l'employeur)²⁷⁸¹, cette différence pourrait favoriser le Massachusetts au détriment du Québec. D'ailleurs, comme nous l'avons vu, une majorité d'études ont conclu que le taux de présence syndicale était un facteur ayant un effet négatif significatif sur la localisation de l'IDE²⁷⁸². Ceci étant, une convention collective est également susceptible d'offrir des avantages pour l'employeur. Elle constitue notamment un important outil de gestion, de planification et de formation²⁷⁸³. Encore faut-il, toutefois, que ces avantages l'emportent sur les inconvénients. Ceci pourrait d'ailleurs expliquer que dans la littérature pertinente, les effets du taux de présence syndicale sur la localisation de l'IDE demeurent controversés²⁷⁸⁴.

C. Les effets potentiels des différences observées au niveau de la rupture du rapport salarial sur la localisation de l'IDE

Le droit du travail québécois régit de façon beaucoup plus importante la rupture du rapport salarial que ne le fait le droit du travail massachusettsois. Mais contrairement aux différences observées à la section précédente (i.e. au niveau du contenu du rapport salarial), les différences observées au niveau de la rupture du rapport salarial découlent non seulement

²⁷⁷⁹ *Supra*, section IV.C.3.a)(1), p. 351.

²⁷⁸⁰ Tony FANG et Anil VERMA, « Union Wage Premium », (2002) 3:9 *Perspectives on Labour and Income* 13.

²⁷⁸¹ *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34.

²⁷⁸² *Supra*, section III.B.2, p. 127 et suiv.

²⁷⁸³ P. JALLETTE, *préc.*, note 798, p. 4.

²⁷⁸⁴ En effet, un grand nombre d'études a obtenu des résultats non significatifs pour ce facteur et une minorité a trouvé des effets positifs significatifs. Pour plus de détails, voir : *Supra*, section III.B.2, p. 127 et suiv.

d'une plus grande intervention directe du législateur dans les conditions de travail et d'une plus grande couverture des rapports collectifs du travail, mais également d'un droit commun beaucoup plus interventionniste.

Les principales différences observées se situent au niveau des formalités de résiliation du CDI, du caractère litigieux du droit du travail, des motifs pouvant être invoqués par l'employeur afin de résilier avant terme le CDD et, dans le cas du Québec, de résilier le CDI sans délai de congé, de l'obligation pour l'employeur de justifier ou non le congédiement des salariés qui travaillent pour lui depuis une certaine période temps, des formalités devant être accomplies en cas de licenciements collectifs, de la possibilité d'inclure des clauses d'appartenance syndicale obligatoire dans les conventions collectives et de la survivance du rapport salarial malgré la vente ou la concession de l'entreprise.

La résiliation unilatérale du CDI par l'employeur

Comme nous l'avons vu, l'employeur qui souhaite mettre fin unilatéralement et sans cause à l'emploi à durée indéterminée d'un salarié au Québec doit lui donner au préalable un délai de congé d'une durée raisonnable et un avis de fin de contrat dont la durée minimale varie en fonction du service continu cumulé par le salarié. S'il ne respecte pas ces formalités, l'employeur doit payer une indemnité compensatrice au salarié qui n'a reçu aucun préavis ou qui a reçu un préavis d'une durée insuffisante²⁷⁸⁵. Au Massachusetts, le droit du travail n'impose pas de telles formalités à l'employeur qui souhaite mettre fin unilatéralement à l'emploi à durée indéterminée d'un salarié. En effet, conformément à la doctrine de l'*employment at-will*, l'employeur peut mettre fin unilatéralement à la relation d'emploi sans préavis et sans indemnité en l'absence d'un engagement contractuel ayant pour effet de soumettre la résiliation unilatérale de la relation d'emploi à une formalité ou à une condition quelconque²⁷⁸⁶. En outre, il peut modifier unilatéralement et sans cause les conditions de travail de ces employés, sans craintes de poursuites. Au Québec, une telle modification d'une condition importante du contrat de travail, faite sans l'accord du salarié, peut équivaloir à un

²⁷⁸⁵ *Supra*, section IV.B.1.d)(2), p. 203, et section IV.D.1.a)(7)(a), p. 428.

²⁷⁸⁶ *Supra*, section IV.B.2.d)(1), p. 214.

congédiement par induction. Le salarié peut dès lors contester la perte d'emploi qui en découle comme s'il s'agissait d'un congédiement sans cause.

L'obligation faite à l'employeur de donner un délai de congé raisonnable et un avis de fin de contrat d'une durée minimale pour terminer unilatéralement la CDI au Québec n'a donc pas d'équivalent au Massachusetts²⁷⁸⁷. Or, une telle différence pourrait avoir des effets non négligeables sur la localisation de l'IDE au sein des territoires observés en raison des contraintes additionnelles qu'elle impose à l'employeur, en particulier dans un contexte de mondialisation des marchés comme celui dans lequel nous évoluons. En effet, dans un tel contexte, la concurrence entre les entreprises se déroule à l'échelle mondiale et est particulièrement impitoyable. L'une des conséquences de cette situation est de rendre la demande pour les produits ou les services d'une entreprise donnée beaucoup plus imprévisible, ce qui rend la planification de la production de l'entreprise à moyen et à long terme beaucoup plus difficile à effectuer. Dans un tel contexte, on peut comprendre qu'un employeur valorise de façon toute particulière la flexibilité du marché du travail dans lequel il évolue, puisque cela lui permet d'ajuster, si nécessaire, la taille de sa main-d'œuvre en fonction des fluctuations de la demande pour les produits et les services de son entreprise. En effet, il est normal pour une entreprise à but lucratif, dont le premier objectif est de maximiser les profits, de vouloir se départir de sa main-d'œuvre excédentaire pour ne conserver que la main-d'œuvre qui est nécessaire à la rencontre de ses objectifs de production à court terme. En effet, une main-d'œuvre excédentaire engendre des coûts de main-d'œuvre supplémentaires et, par conséquent, des profits moins élevés.

L'obligation de donner un délai de congé raisonnable et un avis de fin de contrat d'une durée minimale pour mettre fin unilatéralement au CDI d'un salarié se traduit inévitablement par des contraintes additionnelles pour l'employeur situé au Québec comparativement à celui qui se trouve au Massachusetts. Ces contraintes prennent la forme d'une réduction de la flexibilité à court terme du marché du travail, ou encore, d'une augmentation des coûts de main-d'œuvre en raison des indemnités compensatrices payables en l'absence de délai de

²⁷⁸⁷ *Supra*, section IV.B.3.d)(1)(a), p. 236, et section IV.D.3.c)(1)(a), p. 577.

congé ou de délai de congé insuffisant. En effet, une telle obligation impose à l'employeur d'anticiper ses besoins de main-d'œuvre à l'avance pour éviter d'avoir à payer une indemnité compensatoire aux salariés qui n'ont pas reçu un délai de congé ou un avis de fin de contrat d'une durée insuffisante²⁷⁸⁸. Or, dans un contexte où la demande pour les produits et services est incertaine et susceptible de varier en raison de la concurrence internationale, une telle obligation réduit grandement la fenêtre temporelle à l'intérieur de laquelle l'employeur peut ajuster la taille de sa main-d'œuvre en fonction des fluctuations de la demande sans s'exposer au paiement d'une indemnité compensatoire. En fait, telle mesure impose pratiquement à l'employeur un choix entre donner le délai de congé raisonnable requis en planifiant ses besoins de main-d'œuvre à plus long terme (perte de flexibilité) ou planifier ses besoins de main-d'œuvre à plus court terme au risque de devoir payer une indemnité en lieu et place du délai de congé (coûts de main-d'œuvre plus élevés). En outre, le fait que la durée du préavis doive être déterminée au cas par cas, au préalable et en fonction de critères relativement vagues (nous pensons en particulier ici au caractère « raisonnable » du délai de congé) emporte une certaine incertitude quant à l'étendue de l'obligation qui s'impose à l'employeur.

La littérature tend à indiquer qu'une réglementation plus rigide du marché du travail aurait pour effet de décourager la localisation de l'IDE au sein d'un territoire donné. Ainsi, des études indiquent que les territoires où les « coûts de fermeture » sont moins élevés seraient plus attrayants pour l'IDE²⁷⁸⁹, tandis que d'autres indiquent qu'un niveau élevé de législation protectrice de l'emploi (« *employment protection legislation* ») serait défavorable à l'IDE entrant²⁷⁹⁰. Cet effet négatif ne serait toutefois pas linéaire, de telle sorte qu'au-delà d'un certain niveau, la législation protectrice de l'emploi n'aurait plus un effet négatif aussi

²⁷⁸⁸ Ceci découle implicitement de l'article 2092 C.c.Q., à tout le moins dans le cas d'une terminaison par l'employeur. Voir : G. BEAUDIN et al., *préc.*, note 354, p. 46-48.

²⁷⁸⁹ Jan I. HAALAND et Ian WOOTON, « Domestic Labour Markets and Foreign Direct Investment », *CEPR Working Paper*, no 3989, CEPR, Juillet 2003; W. N. COOKE, « The Influence of Industrial Relations Factors on US Foreign Direct Investment Abroad », *préc.*, note 323 ; Samuel BENTOLILA et Giuseppe BERTOLA, « Firing Costs and Labour Demand : How Bad is Eurosclerosis? », (1990) *57 Review of Economic Studies* 381; W.N. COOKE et D.S. NOBLE, *préc.*, note 323;

²⁷⁹⁰ G. DEWIT, D. LEAHY et C. MONTAGNA, *préc.*, note 343. Pour plus de détails, voir : *Supra*, section III.B.3, p. 133.

important sur l'IDE et pourrait même avoir un effet positif sur celui-ci²⁷⁹¹. Enfin, certaines études indiquent qu'un niveau élevé de protection législative de l'emploi aurait pour effet de décourager l'IDE sortant et de renforcer l'engagement et la loyauté des salariés envers l'employeur, ce qui réduirait les coûts associés au remplacement et à la rétention de la main-d'œuvre²⁷⁹². Elle n'aurait donc pas uniquement des effets négatifs.

Selon une étude réalisée en 2006, la flexibilité du marché du travail serait un facteur important pour la localisation de l'IDE au sein d'un pays donné, même si elle ne serait pas le facteur le plus important à ce chapitre²⁷⁹³. Assez curieusement, toutefois, selon cette étude, la législation protectrice de l'emploi ne figure pas parmi les composantes les plus importantes de la flexibilité du marché du travail²⁷⁹⁴. Elle aurait tout de même une certaine importance pour les entreprises qui adoptent une stratégie fondée sur les bas coûts de production²⁷⁹⁵. Ceci étant, dans cette même étude, le « niveau peu élevé de réglementation du travail » figure parmi les composantes les plus importantes de la flexibilité du marché du travail²⁷⁹⁶.

Bien que le droit du travail massachusettsois n'impose aucune formalité de préavis à l'employeur qui désire résilier unilatéralement le CDI d'un salarié (doctrine de l'*employment at-will*), cela ne signifie pas que la situation soit nécessairement plus favorable que celle observée au Québec. En effet, le droit commun massachusettsois génère un risque de litige et de poursuites judiciaires coûteuses en raison des exceptions à la doctrine de l'*employment at-will* que les tribunaux ont développées. C'est là une différence importante qui joue plutôt en faveur du Québec.

²⁷⁹¹ N. DUTTA et S. ROY, *préc.*, note 348, p. 81; R. RADULESCU et M. ROBSON, « Does strict employment protection legislation deter FDI? », *préc.*, note 343.

²⁷⁹² G. DEWIT, H. GÖRG et C. MONTAGNA, *préc.*, note 343; G. DEWIT, D. LEAHY et C. MONTAGNA, *préc.*, note 343.

²⁷⁹³ P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242, p. 20.

²⁷⁹⁴ *Id.*, p. 28.

²⁷⁹⁵ *Id.*, p. 30.

²⁷⁹⁶ Pour plus de détails, voir : *Supra*, section III.B.1, p. 119.

Le droit du travail massachusettsois : un droit plus litigieux

Nous avons vu que la doctrine de l'*employment at-will* est un facteur qui pourrait favoriser le Massachusetts dans la course à l'IDE des entreprises multinationales, puisqu'en vertu de cette doctrine, un employeur peut mettre fin à la relation d'emploi sans préavis ni indemnité et ce, même sans motif, contrairement à la situation qui prévaut au Québec²⁷⁹⁷. Or, bien qu'elle puisse sembler généralement avantageuse pour les investisseurs potentiels, cette doctrine comporte également des inconvénients qui sont loin d'être négligeables.

En effet, les tribunaux ont développé un certain nombre d'exceptions à la doctrine de l'*employment at-will*, en vertu desquelles ils ont reconnu que l'employeur ne pouvait se réfugier derrière cette doctrine pour justifier un congédiement fait contrairement à certains principes de droit commun. Ces exceptions, qui sont au nombre de trois²⁷⁹⁸, constituent pratiquement les seules théories juridiques pouvant être invoquées par un salarié *at-will* à l'encontre de son ancien employeur en cas de congédiement. Considérant que la majorité des employés aux États-Unis sont des employés *at-will*, ces exceptions ont donné naissance à un secteur très litigieux du droit du travail aux États-Unis : le « *wrongful termination law* ». Or, contrairement aux recours intentés en matière de cessations d'emploi et d'indemnité de départ au Québec – selon lesquels les indemnités recouvrées dépassent rarement deux ans de salaire et d'avantages sociaux – les recours intentés en la matière au Massachusetts exposent les employeurs au paiement de sommes d'argent très importantes et, souvent, imprévisibles²⁷⁹⁹.

En somme, la présence des exceptions à la doctrine de l'*employment at-will* au Massachusetts a pour effet d'augmenter de façon substantielle les risques de poursuites coûteuses et imprévisibles contre les employeurs, ce qui, en soi, est susceptible d'avoir des effets défavorables sur l'IDE entrant. D'ailleurs, une étude réalisée en 2011 s'est intéressée aux effets des exceptions jurisprudentielles à la doctrine de l'*employment at-will* sur l'emploi

²⁷⁹⁷ *Supra*, section IV.B.3.d)(1)(a), p. 236.

²⁷⁹⁸ Ces exceptions (la *public policy exception*, la *covenant of good faith exception* et la *implied contract exception*) ont toutes trois été reconnues dans l'État du Massachusetts. Pour plus de détails, voir : *Supra*, section IV.B.2.d)(2)(b), p. 218.

²⁷⁹⁹ J. BÉLANGER et G. TRUDEAU, *préc.*, note 139, 450.

et sur l'IDE des EMN aux États-Unis²⁸⁰⁰. Or, en vertu de cette étude, il appert que deux des trois exceptions (l'exception relative à la convention de bonne foi et d'équité et l'exception relative au contrat implicite) seraient associées à une diminution de l'emploi et de l'IDE des EMN aux États-Unis. Cet effet serait dû à l'augmentation des coûts d'ajustement de la main-d'œuvre qu'elles engendrent. Il nous est donc permis de croire que le fait que les trois formes d'exception jurisprudentielles à la doctrine de l'emploi « at-will » soient reconnues au Massachusetts pourrait avoir pour effet de réduire l'avantage que le Massachusetts aurait autrement sur le Québec en termes d'attractivité de l'IDE. En effet, le « droit de la résiliation unilatérale du contrat de travail » au Québec est un droit beaucoup moins litigieux, coûteux et imprévisible que son équivalent massachusettsois.

« Motif sérieux » vs « Just Cause »

Au Québec, un employeur peut résilier unilatéralement un CDD avant son terme et peut résilier un CDI sans délai de congé pour un « motif sérieux » dont la preuve lui incombe. Au Massachusetts, un employeur peut, quant à lui, résilier un CDD avant terme pour une « just cause », dont la preuve lui incombe également. Or, ces deux critères diffèrent grandement, le concept de « just cause » ayant été interprété par les tribunaux de façon beaucoup plus large que ne l'a été le concept de « motif sérieux ». En effet, au Québec, le « motif sérieux » fait référence uniquement aux motifs qui se rapportent directement au salarié (i.e. motifs administratifs ou disciplinaires), tandis qu'au Massachusetts, le concept de « just cause » fait référence autant aux motifs qui se rapportent au salarié qu'aux considérations économiques ou d'affaires propres à l'entreprise de l'employeur²⁸⁰¹. Cette différence est importante, puisqu'au Massachusetts, l'employeur peut invoquer les circonstances économiques ou d'affaires pour se soustraire à ses obligations contractuelles, alors qu'au Québec, dans les mêmes circonstances, l'employeur n'a d'autre choix que de respecter le

²⁸⁰⁰ Ivan T. KANDILOV, Mine Z. SENSES et Justin B. MAY, *The Effects of Wrongful-Discharge Protection on Employment and Entry of Foreign Multinationals : Evidence from U.S. States*, Nitze School of Advanced International Studies, John Hopkins University, Washington D.C., 2011 (http://www.sais-jhu.edu/faculty/senses/IK_MS_JM_11.pdf).

²⁸⁰¹ *Supra*, section IV.B.3.d)(1)(a), p. 236, et section IV.B.3.d)(1)(b), p. 240, qui traitent respectivement de la résiliation unilatérale de l'emploi à durée indéterminée et de la résiliation unilatérale de l'emploi à durée déterminée.

CDD jusqu'à son terme et de donner le délai de congé raisonnable requis par la loi dans le cas d'un CDI.

Cette différence a des conséquences sur les droits de direction de l'employeur et la gestion de la main-d'œuvre au sein des territoires étudiés. Elle pourrait être donc être perçue de façon négative par d'éventuels investisseurs. En effet, dans un contexte où la mondialisation des marchés et la concurrence internationale qui en découle rendent beaucoup plus difficile la planification de la production et, par conséquent, les besoins de l'entreprise en termes de main-d'œuvre (en raison de l'imprévisibilité accrue de la demande pour les produits et services de l'entreprise), l'impossibilité pour l'employeur d'invoquer les circonstances économiques ou d'affaires pour résilier prématurément un CDD ou pour résilier un CDI sans délai de congé se traduit par une plus grande rigidité dans la gestion de la taille de la main-d'œuvre à plus ou moins court terme et, par le fait même, par des coûts de main-d'œuvre plus élevés et une rentabilité moins intéressante pour les investisseurs. Cette plus grande rigidité pourrait toutefois être compensée, en totalité ou en partie, par les effets bénéfiques sur le moral et la productivité des salariés qui pourraient être rattachés à une plus grande protection du maintien en emploi.

L'avis de licenciement collectif

Tant le droit du travail québécois que le droit du travail massachusetts impose des formalités particulières à l'employeur qui désire procéder à des licenciements collectifs. En effet, dans les deux cas, un « avis de licenciement collectif » doit être transmis aux autorités compétentes et aux intervenants concernés²⁸⁰². Toutefois, la plus grande couverture de règles québécoises et leur plus grande portée font en sorte que plus d'employeurs sont assujettis à ces règles et qu'elles s'appliquent à davantage de situations. Or, considérant ces formalités imposent aux employeurs des contraintes qui se traduisent par une obligation d'anticiper les besoins de main-d'œuvre à plus long terme (i.e. perte de flexibilité à court terme dans la gestion de la taille de la main-d'œuvre) ou par une obligation de payer une indemnité compensatoire aux salariés qui n'auront pas reçu le préavis requis ou qui auront reçu un

²⁸⁰² *Supra*, section IV.D.3.c)(1)(b), p. 579.

préavis d'une durée insuffisante (i.e. augmentation des coûts de main-d'œuvre), ces différences en termes de couverture et de portée sont susceptibles d'avoir un effet négatif sur l'IDE. En outre, la durée de l'avis de licenciement collectif devant être donné est généralement plus grande au Québec qu'elle ne l'est au Massachusetts. Or, ceci est également susceptible d'avoir un effet défavorable sur l'IDE. En effet, plus un licenciement collectif implique un nombre élevé de salariés au Québec, plus l'avis de licenciement doit être de longue durée. Or, seules les entreprises de grande taille sont susceptibles de procéder à des licenciements impliquant un nombre aussi élevé de travailleurs. Ce caractère « progressif » de l'avis de licenciement collectif pourrait donc d'avoir un effet plus prononcé sur les IDE impliquant potentiellement un grand nombre d'emplois.

L'obligation de justifier le congédiement

Le droit du travail québécois impose à l'employeur de ne congédier un salarié qui justifie de deux années de service continu que pour une cause juste et suffisante dont la preuve lui incombe. À défaut de ce faire, le salarié pourra être réintégré dans son poste, avec une indemnité pour le salaire et les avantages dont il a été indument privé. Cette règle s'applique autant aux salariés syndiqués qu'aux salariés non-syndiqués, le recours disponible pouvant toutefois différer. Elle ne s'applique cependant pas aux cas de licenciements, c'est-à-dire les ruptures du lien d'emploi qui surviennent pour de véritables raisons économiques ou d'affaires. Le droit du travail massachusettsois, quant à lui, n'impose aucune condition du genre : c'est la doctrine de l'*employment at-will* qui s'applique. Seul un contrat de travail ou une convention collective peuvent imposer une obligation de cette nature à l'employeur (i.e. « termination for just cause »), mais même dans ce cas, l'employeur dispose d'une plus grande discrétion qu'au Québec, le concept de « just cause » étant plus large que celui de « cause juste et suffisante », ce dernier ayant été jugé équivalent au concept de « motif sérieux » par les tribunaux québécois²⁸⁰³.

Cette différence entre les droits du travail étudiés est importante. En effet, l'obligation pour l'employeur de justifier de la sorte le congédiement d'un salarié limite de façon

²⁸⁰³ *Supra*, section IV.D.3.c)(1)(c), p. 583.

considérable ses droits de direction et accorde une sécurité d'emploi accrue au salarié, même si elle ne le protège pas contre toutes les formes de rupture du lien d'emploi. En outre, la disponibilité de la réintégration comme mesure de réparation au salarié injustement congédié fait en sorte que l'employeur ne peut en principe « acheter » le congédiement d'un salarié par la simple transmission d'un préavis d'une durée raisonnable. Une telle différence pourrait désavantager le Québec comparativement au Massachusetts aux fins de la localisation de l'IDE. En effet, la flexibilité du marché du travail est un facteur particulièrement important dans la localisation de l'IDE. De plus, un niveau élevé de réglementation du travail est un facteur qui décourage habituellement l'IDE²⁸⁰⁴. Or ces deux facteurs sont ici présents. Compte tenu de l'application limitée de l'article 124 L.n.t. (i.e. il ne s'applique qu'aux salariés qui justifie de 2 ans de service continu et ne vise que les cas de congédiement et non les cas de licenciements), toutefois, ces effets pourraient être relativement limités. Certes, lorsqu'elle trouve application, cette disposition impose à l'employeur des contraintes importantes qu'il n'aurait pas s'il était situé au Massachusetts, mais nous croyons qu'une entreprise dotée de pratiques de gestions saines et équitables devrait normalement être en mesure de rencontrer relativement facilement les exigences qui découlent de cette disposition. Ceci étant, nous n'avons recensé aucune étude s'étant intéressée de façon particulière aux effets du « congédiement sans cause juste et suffisante », du « congédiement injuste » ou du « congédiement pour cause » sur la localisation de l'IDE. La littérature relative aux effets de la législation protectrice de l'emploi sur l'IDE pourrait toutefois s'appliquer en l'espèce, l'article 124 L.n.t. étant incontestablement une mesure de protection d'emploi. Or, comme l'avons vu, la législation protectrice de l'emploi ne figure pas parmi les composantes les plus importantes de la flexibilité du marché du travail, bien qu'elle puisse avoir une certaine importance pour les entreprises qui adoptent une stratégie fondée sur les bas coûts de production²⁸⁰⁵.

Règles relatives à la discrimination en contexte de fin d'emploi

Les règles qui interdisent la discrimination en contexte de fin d'emploi sont très semblables entre les territoires étudiés. Toutefois, le droit applicable en la matière au

²⁸⁰⁴ *Supra*, section III.B.1, p. 119.

²⁸⁰⁵ *Supra*, section III.B.3, p. 133.

Massachusetts nous semble plus complexe qu'au Québec. En effet, alors que les règles québécoises découlent d'un texte de loi unique, les règles massachusettsoises découlent quant à elles d'un nombre élevé de lois. Or, une telle situation entraîne une plus grande variété au niveau du champ d'application des lois, des recours disponibles, de leurs conditions d'exercice et des autorités d'application. Ceci étant, au Massachusetts, certains employeurs sont exemptés de l'application de ces règles (ceux qui comptent moins de 6 salariés), alors qu'au Québec, ces règles s'appliquent à tous les employeurs²⁸⁰⁶.

Le niveau de réglementation plus élevé et le plus grand niveau de complexité du droit applicable au Massachusetts en la matière pourraient avoir des effets défavorables sur la localisation de l'IDE au sein de ce territoire. En effet, ces questions sont des facteurs généralement défavorables à l'IDE en raison des coûts plus élevés et de l'incertitude qu'ils engendrent pour l'employeur. Pour les entreprises de petite taille, toutefois (i.e. qui comptent moins de 6 salariés), la situation massachusettsoïse pourrait paraître plus avantageuse, les entreprises de cette taille étant exemptées de l'application des règles applicables en matière de discrimination. On peut toutefois s'interroger sur l'importance économique de l'IDE qui provient d'entreprise de cette taille. Enfin, notons que dans le cadre de notre revue de littérature, nous n'avons recensé aucune étude s'étant intéressée de façon particulière aux effets de la législation en matière de discrimination sur la localisation de l'IDE.

Taux de présence syndicale

La plus grande proportion de travailleurs généralement couverts par une convention collective au Québec qu'au Massachusetts est susceptible d'avoir des effets importants sur la localisation de l'IDE. En effet, un taux de présence syndicale plus élevé (en l'espèce, il est trois fois plus élevé²⁸⁰⁷) signifie qu'une proportion beaucoup plus importante de travailleurs bénéficient généralement des mesures de protection prévues par les conventions collectives. Ces mesures vont souvent au-delà de ce qui est prévu par la loi en matière de protection d'emploi : non seulement les conventions collectives protègent-elles généralement les travailleurs contre le congédiement sans cause juste et suffisante (i.e. congédiement pour des

²⁸⁰⁶ *Supra*, section IV.D.3.c)(3), p. 586.

²⁸⁰⁷ *Supra*, section IV.C.3.a)(1), p. 351.

motifs disciplinaires ou administratifs), mais elles comportent régulièrement des clauses qui imposent des obligations et des formalités particulières à l'employeur en matière de mise à pied, de licenciement, de préavis de fin d'emploi et d'indemnité de fin d'emploi. En somme, plus élevées sont les chances qu'un travailleurs soit couvert par une convention collective, plus élevées sont les chances que les prérogatives de l'employeur en matière de rupture du rapport salarial soient limitées.

Les obligations et les formalités prévues aux conventions collectives en matière de rupture du rapport salarial ont des effets directs sur la flexibilité du marché du travail au sein de l'entreprise (i.e. au niveau micro). Plus précisément, elles ont des effets sur la flexibilité numérique de la main-d'œuvre et, éventuellement, sur les coûts de main-d'œuvre. Or, la flexibilité numérique (i.e. capacité plus ou moins grande d'ajuster la taille de la main-d'œuvre en fonction de la demande et ce, au moindre coût) compte parmi les composantes les plus importantes de la flexibilité du marché du travail du point de vue des entreprises²⁸⁰⁸. En outre, notre revue de littérature a révélé que les restrictions en matière de mise à pied ou de licenciement (qu'elles soient d'origine législative ou conventionnelle) ont des effets négatifs sur l'IDE²⁸⁰⁹. Enfin, une majorité d'études ont conclu qu'un taux de présence syndicale élevé avait en soi des effets négatifs sur l'IDE, bien que les résultats à cet égard demeurent controversés²⁸¹⁰.

Clauses de sécurité syndicale

Contrairement à la situation qui prévaut au Québec, les clauses d'appartenance syndicale sont interdites dans les conventions collectives au Massachusetts. En effet, les tribunaux américains ont décidé qu'une clause d'une convention collective ne pouvait contraindre un salarié à devenir ou demeurer membre d'un syndicat comme condition de maintien de son emploi²⁸¹¹. Les clauses de précompte syndical sont toutefois permises autant au Massachusetts qu'au Québec. Dans les deux cas, donc, un employeur peut être contraint de

²⁸⁰⁸ *Supra*, section III.B.1, p. 119 et suiv.

²⁸⁰⁹ *Supra*, section III.B.2, p. 127. Toutes les études identifiées ont conclu à un tel effet.

²⁸¹⁰ *Id.*

²⁸¹¹ *Supra*, section IV.C.3.a)(3)(b), p. 365.

renvoyer un salarié en raison du fait que celui-ci refuse de payer les sommes qu'il doit au syndicat et voit par conséquent ses droits de direction assujettis à des limites. Contrairement à la situation qui prévaut au Québec, toutefois, au Massachusetts, un salarié ne peut être contraint de payer que la partie des frais d'adhésion et de la cotisation syndicale associée aux activités de négociation collective et d'administration de la convention collective. De plus, la convention collective ne peut imposer la retenue syndicale au salarié, celui-ci étant libre de payer les sommes dues au syndicat de la façon qu'il juge appropriée²⁸¹².

Les clauses d'appartenance syndicale et de précompte syndical sont susceptibles d'avoir des effets importants sur le rapport salarial et, plus particulièrement, sur la rupture de celui-ci. En effet, le non-respect par l'employé des obligations qui s'imposent à lui en vertu de ces clauses (qu'il s'agisse du paiement de la cotisation syndicale²⁸¹³ ou de l'obligation de devenir ou de demeurer membre du syndicat) sont susceptibles d'entraîner son renvoi, le respect des obligations prévues à ces clauses étant normalement une condition d'emploi que l'employeur s'est engagé à honorer. Ce faisant, ces clauses limitent les droits de direction de l'employeur, puisque celui-ci n'est plus entièrement libre de conserver à son emploi les salariés de son choix, avec les conséquences qu'on peut imaginer sur l'IDE. Or, les clauses d'appartenance syndicale étant interdites au Massachusetts et les clauses de précompte syndical ne pouvant contraindre un salarié à payer que la partie des frais d'adhésion et de la cotisation syndicale associée aux activités de négociation collective et d'application de la convention collective, ce sont autant de contraintes en moins pour un investisseur potentiel. Ceci étant, nous croyons que l'effet le plus important de la présence des clauses dans les conventions collectives sur la localisation de l'IDE est vraisemblablement celui qu'elles sont susceptibles d'avoir sur le taux de présence syndicale. Or, comme nous l'avons vu, le taux de présence syndicale a en soi un effet dissuasif important sur l'IDE²⁸¹⁴.

²⁸¹² *Supra*, section IV.C.3.a)(3)(a), p. 363.

²⁸¹³ Cette situation est peu probable au Québec, en raison de l'article 47 du C.t., qui impose à l'employeur de retenir à la source la cotisation syndicale et de la verser directement au syndicat. Elle est toutefois beaucoup plus probable aux États-Unis, où la retenue à la source de la cotisation syndicale ne peut être imposée au salarié, d'où une possibilité de défaut de paiement plus élevée.

²⁸¹⁴ *Supra*, section III.B.2, p. 127.

D. Les effets potentiel des autres différences observées sur la localisation de l'IDE

Dans les sections précédentes, nous avons discuté des effets potentiels du droit du travail sur la localisation de l'IDE en fonction des principales phases du rapport salarial, soit sa formation, son contenu et sa rupture. Cette approche nous a permis de faire ressortir les contraintes et les opportunités que le droit du travail offre à l'égard de décisions critiques qu'un employeur est appelé à prendre en matière de gestion des ressources humaines. Certaines différences observées dans le cadre de notre étude de droit comparé ne se rapportent toutefois à aucune phase du rapport salarial en particulier. Ce sont des différences d'ordre général qui affectent le rapport salarial en entier et qui, bien souvent, le dépassent. C'est à ces différences et à leurs effets potentiels sur la localisation de l'IDE que nous nous intéressons dans la présente section.

1. Les différences observées au niveau des aspects constitutionnels

Notre étude de droit comparé a permis d'identifier des différences importantes entre les territoires étudiés au niveau des aspects constitutionnels. La première concerne le partage constitutionnel des compétences en matière de relations de travail, tandis que la deuxième concerne la protection constitutionnelle des droits et libertés individuelles.

Le partage des compétences en matière de relations de travail

La différence observée au niveau du partage des compétences (i.e. la première différence) résulte elle-même de l'effet combiné de deux différences importantes : le détenteur de la compétence de principe en matière de relations du travail (au Québec, c'est le législateur provincial, tandis qu'au Massachusetts, c'est le législateur fédéral) et la nature des rapports entretenus entre les régimes législatifs fédéral et fédérés en matière de relations de travail (au Québec, ces rapports sont généralement mutuellement exclusifs, alors qu'au Massachusetts, ils sont généralement complémentaires)²⁸¹⁵.

²⁸¹⁵ *Supra*, section IV.A.3.a), p. 162 et suiv.

À première vue, on pourrait croire que la différence observée au niveau du détenteur de la compétence de principe en matière de relations de travail puisse favoriser le Massachusetts davantage que le Québec en matière de localisation de l'IDE. En effet, on pourrait s'attendre à ce qu'une entreprise considère comme un avantage important le fait que le droit généralement applicable au sein d'un pays donné relève du niveau fédéral (comme aux États-Unis) plutôt que du niveau fédéré (comme au Canada), puisque par le fait même, les différents établissements de l'entreprise seraient soumis aux mêmes règles malgré le fait qu'ils soient situés dans des États fédérés différents. En d'autres termes, le fait que la compétence de principe appartienne au législateur fédéral ferait en sorte que les règles applicables en matière de droit du travail seraient plus uniformes à travers le pays tout entier.

Or, il semble que ce ne soit pas le cas. En effet, aux États-Unis, le caractère généralement complémentaire des régimes législatifs fédéral et étatiques fait en sorte que, bien qu'il soit applicable à une entreprise donnée, le droit du travail fédéral est rarement le seul régime législatif qui lui soit applicable. Le droit du travail étatique ne peut généralement pas être ignoré, puisqu'à de nombreux égards, celui-ci prend le relai du droit du travail fédéral et le complète. Ainsi, en matière de droit commun, ce sont les règles de la common law étatique qui s'appliquent (comme c'est également le cas au Canada). En matière de rapports collectifs, ce sera généralement le droit fédéral qui s'appliquera, bien que les très petites entreprises (celles dont l'impact sur l'économie est négligeable) puissent être régies exclusivement par le droit étatique des rapports collectifs (dans la mesure où il existe). Enfin, en ce qui concerne l'intervention directe du législateur dans les conditions de travail (i.e. lois particulières), il est courant que le droit étatique prévoit un plus grand nombre de conditions de travail et, surtout, des conditions de travail plus avantageuses que ne le font les lois fédérales. C'est d'ailleurs le cas de la plupart des lois du Massachusetts.

En pratique, donc, on peut s'attendre à ce que les différences observées au niveau de la compétence de principe en matière de relations de travail n'aient pas les effets escomptés sur la localisation de l'IDE (i.e. au Massachusetts plutôt qu'au Québec), puisque le partage des compétences entre les régimes fédéral et étatiques aux États-Unis n'est pas aussi étanche et rigide que celui en vigueur au Canada. Au contraire, nous croyons que le partage des compétences canadien serait plutôt un facteur favorable pour la localisation de l'IDE au

Québec, puisque la détermination des règles de droit du travail applicables est grandement facilitée par le fait que les régimes législatifs fédéral et provinciaux sont mutuellement exclusifs et que le premier n'est applicable qu'aux « entreprises fédérales ». En somme, les règles constitutionnelles applicables au Canada ont pour effet d'alléger substantiellement l'environnement réglementaire applicable aux entreprises situées au Québec, puisque contrairement à ses homologues installés au Massachusetts, elles n'ont, en matière de travail salarié, qu'à se préoccuper d'un seul régime législatif plutôt que de deux. En outre, le fait que le droit permette d'emblée de déterminer à quel régime législatif une entreprise est soumise rend le droit applicable davantage prévisible. Or, comme nous l'avons également vu, la prévisibilité du droit – de même que l'uniformité de son application – sont des facteurs importants dans la localisation de l'IDE, les entreprises n'appréciant guère l'incertitude et, par conséquent, l'imprévisibilité.

Sur ce point, donc, notre analyse révèle que le Québec pourrait s'avérer une destination plus intéressante pour l'IDE que le Massachusetts. En effet, bien que la compétence de principe en matière de relations de travail relève des provinces plutôt que de l'état fédéral (ce qui pourrait se révéler moins intéressant pour l'entreprise qui souhaite faire des affaires dans différentes provinces canadiennes), le partage constitutionnel des compétences canadien a pour effet de rendre l'environnement législatif applicable beaucoup plus facilement identifiable d'emblée et moins sujet à des dédoublements que celui en vigueur aux États-Unis. En fait, au Québec, la qualification d'une entreprise à titre d'« entreprise fédérale » permet de déterminer *ab initio* lequel des régimes fédéral ou provincial est applicable à l'entreprise, et puisque ces régimes sont mutuellement exclusifs, on peut mettre de côté – voire ignorer – le régime qui n'est pas applicable. Aux États-Unis, une telle approche n'est pas possible en raison du caractère généralement complémentaire des régimes fédéral et étatiques. Une analyse « sujet par sujet » et « loi par loi » est généralement nécessaire pour déterminer quelles lois, autant fédérales qu'étatiques, s'appliquent à l'entreprise. On peut donc affirmer que les règles relatives au partage constitutionnel applicables au Canada (et plus particulièrement au Québec) ont pour effet d'alléger substantiellement le cadre réglementaire applicable aux entreprises, tandis qu'aux États-Unis (et plus particulièrement au Massachusetts), elles ont plutôt pour effet d'alourdir ce même cadre réglementaire, les

entreprises étant potentiellement soumises à deux régimes législatifs. Ces règles ont également pour effet de rendre le droit applicable au Québec davantage prévisible que le droit applicable au Massachusetts.

La protection constitutionnelle des droits et libertés individuels

La deuxième différence concerne la protection constitutionnelle des droits et libertés individuels au sein des territoires étudiés. Alors qu'au Canada, la liberté contractuelle et les libertés économiques des entreprises ne font l'objet d'aucune protection constitutionnelle²⁸¹⁶, aux États-Unis, ces mêmes libertés bénéficient d'une protection constitutionnelle importante²⁸¹⁷. Or, c'est une différence majeure, puisque contrairement aux législateurs canadiens, les législateurs américains doivent constamment justifier les atteintes qu'ils portent à ces libertés en démontrant que les lois qu'ils adoptent sont rationnellement liées à un intérêt gouvernemental légitime. Au Canada, les législateurs ne sont pas assujettis à un tel fardeau de preuve, la liberté contractuelle et les libertés économiques des entreprises ne bénéficiant d'aucune protection constitutionnelle. Même si cette protection constitutionnelle n'est plus aussi rigide aux États-Unis qu'elle l'a déjà été par le passé (à une certaine époque, il était pratiquement impossible pour les législateurs d'adopter des lois du travail), nous sommes d'avis que cette différence pourrait expliquer le caractère beaucoup moins interventionniste du droit du travail américain comparativement au droit du travail canadien et la déférence marquée qui est accordée à la liberté de commerce et à la liberté contractuelle dans ce pays. Cette différence pourrait expliquer l'évolution historique particulière de la législation cadre des rapports collectifs aux États-Unis depuis l'adoption du Wagner Act, qui est très différente de celle observée au Canada. Elle pourrait d'ailleurs résulter – à tout le moins en partie – d'une différence de philosophie, voire d'idéologie, entre les sociétés américaine et canadienne.

²⁸¹⁶ Notons cependant que dans l'affaire *Plourde c. Wal-Mart*, [2009] 3 R.C.S. 465, la Cour suprême a pratiquement reconnu à l'employeur un droit « fondamental » de fermer son entreprise. En effet, elle a reconnu que celui-ci disposait du droit de fermer définitivement son entreprise pour quelque motif que ce soit, réitérant les principes développés dans *City Buick Pontiac (Montréal) Inc. c. Roy*, [1981] T.T. 22 et *A.I.E.S.T., local de scène no 56 c. Société de la Place des Arts de Montréal*, [2004] 1 R.C.S. 43. Ceci étant, ce droit ne découlerait pas de la Charte canadienne, mais plutôt du droit commun.

²⁸¹⁷ *Supra*, section IV.A.3.b), p. 167.

Or, une telle différence de philosophie (un droit du travail beaucoup plus interventionniste au Canada qu'aux États-Unis) est susceptible d'avoir des effets importants sur la localisation de l'IDE au sein d'un territoire étudié plutôt que l'autre (dans le cas qui nous occupe, elle aurait pour effet de favoriser la localisation de l'IDE au Massachusetts plutôt qu'au Québec). En effet, comme nous l'avons vu, la flexibilité du marché du travail, bien que n'étant pas le facteur le plus important à ce chapitre, demeure néanmoins l'un des facteurs les plus importants aux fins de la localisation de l'IDE²⁸¹⁸. Or, plus un droit du travail est interventionniste, plus celui-ci est susceptible de porter atteinte aux formes particulières de flexibilité que sont la flexibilité numérique, la flexibilité des coûts de main-d'œuvre et la flexibilité fonctionnelle. Ainsi, les mesures de protection d'emploi, les règles relatives au temps de travail et les congés et les absences protégés sont susceptibles d'affecter la flexibilité numérique; les dispositions d'une convention collective relatives à l'organisation du travail, aux changements technologiques, aux descriptions de postes et au recours à la sous-traitance sont susceptibles d'affecter la flexibilité fonctionnelle; et le mode de détermination des salaires (négociation individuelle ou collective) et le niveau auquel la négociation collective s'effectue (négociation collective centralisée ou décentralisée, régionale ou locale, etc.) sont susceptibles d'affecter la flexibilité des coûts de main-d'œuvre. Mais plus fondamentalement encore, une telle différence générale de philosophie favorise un discours « impressionniste » dénonçant l'intervention de l'État au Québec. Ceci permet par exemple au Patronat québécois d'adopter un discours dénonçant les « excès réglementaires de l'État québécois » en citant en exemple les États-Unis²⁸¹⁹.

2. Les différences observées au niveau du régime de rapports collectifs

Contrairement aux questions que nous avons eu l'occasion d'étudier à la section précédente, qui relèvent du droit constitutionnel, les règles qui régissent la mise en place du régime de rapports collectifs relèvent pleinement du droit du travail. Ces règles diffèrent entre les territoires étudiés quant à de nombreux aspects. On retrouve des différences

²⁸¹⁸ *Supra*, section III.B.1, p. 119.

²⁸¹⁹ *Supra*, section I.B, p. 32 et suiv.

particulièrement importantes au niveau de la procédure d'accréditation, mais également au niveau de la sécurité syndicale, de la négociation collective, des moyens de pression et de la mise en œuvre de la convention collective. Avant de nous intéresser à ces questions particulières, toutefois, il convient d'étudier les différences observées au niveau du taux de présence syndicale qui, bien que cela soit contesté, serait étroitement lié aux règles qui encadrent la mise en place du régime de rapports collectif²⁸²⁰.

a) Taux de présence syndicale

Le taux de présence syndicale mesure la proportion de travailleurs salariés couverts par une convention collective, qu'ils soient ou non membres en règle du syndicat²⁸²¹. Contrairement à la plupart des autres facteurs étudiés dans le cadre du présent document, toutefois, le taux de présence syndicale n'est pas une dimension du cadre réglementaire au sein des territoires étudiés. C'est une mesure statistique qui permet d'évaluer l'importance du régime de rapports collectifs et de la convention collective comme instrument de détermination des conditions de travail des salariés au sein d'un territoire donné et qui permet d'évaluer la proportion des salariés représentés par un syndicat au sein d'un territoire donné. À l'instar du taux de syndicalisation, qui mesure la proportion des travailleurs membres en règle d'un syndicat, le taux de présence syndicale est un indicateur (« *proxy* ») de la densité syndicale (« *union density* ») au sein d'un territoire donné. Ceci étant, le taux de présence syndicale est reconnu comme étant un meilleur indicateur que le taux de syndicalisation, puisqu'il permet d'évaluer de façon plus exacte l'étendue réelle des rapports collectifs au sein d'une économie donnée et donc l'importance de l'autonomie collective – par opposition aux autres sources du droit du travail – dans la détermination des conditions du marché du travail²⁸²².

Or, quels sont les effets d'un taux de présence syndicale plus élevé sur l'IDE entrant au sein d'un territoire donné (en l'occurrence, le Québec), lorsque comparé au taux de présence

²⁸²⁰ P. WEILER, « Promises to Keep: Securing Workers' Rights to Selforganization Under the NLRA », *préc.*, note 132.

²⁸²¹ Alexis LABROSSE, « La présence syndicale au Québec en 2010 », Direction de l'information sur le travail, Travail Québec, avril 2011, p. 6; P. JALETTE, *préc.*, note 798, p. 11.

²⁸²² P. JALETTE, *préc.*, note 798, p. 11.

syndicale en vigueur au sein d'un autre territoire (en l'occurrence, le Massachusetts) ? Il nous est permis de croire qu'un taux de présence syndicale plus élevé signifie des probabilités plus grandes qu'une entreprise doive négocier avec un syndicat et, éventuellement, qu'une telle entreprise doive signer une convention collective. En effet, par sa nature même, une convention collective impose à l'employeur des contraintes qu'il n'aurait pas autrement dans la gestion de son entreprise et est donc susceptible de diminuer les flexibilités numérique, fonctionnelle et salariale du marché du travail au niveau microéconomique. Or, les flexibilités numériques et fonctionnelles compteraient parmi les composantes les plus importantes de la flexibilité du travail, étant précédées uniquement par la disponibilité d'une main-d'œuvre qualifiée au chapitre de la localisation de l'IDE²⁸²³. Et bien que la flexibilité du travail ne soit elle-même qu'un facteur de second ordre en matière de localisation de l'IDE²⁸²⁴, on peut tout de même s'attendre à ce qu'un taux de présence syndicale élevé ait néanmoins un effet généralement négatif sur la localisation de l'IDE. D'ailleurs, une majorité d'études a conclu que le taux de présence syndicale était un facteur ayant un effet négatif significatif sur la localisation de l'IDE²⁸²⁵. Ceci étant, la présence d'une convention collective dans une entreprise n'est pas uniquement une source de désavantages pour l'employeur : elle peut également être une sources d'avantages. En effet, une convention collective constitue un important outil de gestion, de planification et de formation pour un employeur²⁸²⁶. Ceci pourrait d'ailleurs expliquer que dans la littérature pertinente, les effets du taux de présence syndicale sur la localisation de l'IDE demeurent controversés²⁸²⁷.

²⁸²³ *Supra*, section III.B.1, p. 119, plus particulièrement P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242, p. 28.

²⁸²⁴ P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242, p. 27.

²⁸²⁵ *Supra*, section III.B.2, p. 127.

²⁸²⁶ P. JALETTE, *préc.*, note 798, p. 4.

²⁸²⁷ Bien qu'une majorité d'études a conclu à des effets négatifs significatifs du taux de présence syndicale sur la localisation de l'IDE, un nombre important d'études a obtenu des résultats non significatifs pour ce facteur et une minorité d'études a quant à elle trouvé des effets positifs significatifs. Pour plus de détails, voir : *Supra*, section III.B.2, p. 127.

b) Procédure d'accréditation

La procédure d'accréditation fait l'objet de différences importantes entre les territoires étudiés. La différence la plus importante à ce chapitre – et probablement la plus connue – est la méthode généralement retenue pour vérifier le caractère représentatif du syndicat auprès des membres de l'unité de négociation (décompte des effectifs vs scrutin secret). D'autres différences – et dans certains cas, des similitudes – sont également dignes de mention, notamment le pourcentage d'appui requis pour déposer une requête en accréditation, la méthode utilisée pour déterminer le caractère approprié de l'unité de négociation, la majorité requise pour obtenir l'accréditation et la possibilité pour l'employeur de reconnaître volontairement et unilatéralement un syndicat à titre de représentant collectif.

(1) Pourcentage d'appui requis pour le dépôt d'une requête en accréditation

Le *Code du travail* du Québec ne prévoit pas de pourcentage d'appui minimal à compter duquel une requête en accréditation est jugée recevable (i.e. condition de recevabilité de la requête). Ceci étant, le pourcentage d'appui minimal de 35% à compter duquel un scrutin secret doit être ordonné a pratiquement l'effet d'une condition de recevabilité. En effet, une requête qui ne rencontre pas cette condition n'a en pratique aucune chance de succès. Il est par conséquent possible de comparer ce pourcentage à ceux prévus par les lois applicables aux Massachusetts qui, pour leur part, constituent de véritables conditions de recevabilité d'une requête en accréditation.

En principe, une condition de recevabilité d'une requête en accréditation moins exigeante (i.e. requérant un pourcentage d'appui minimal moins élevé) pourrait avoir pour effet d'augmenter le nombre de requêtes en accréditation recevables et, par le fait même, d'augmenter les chances de succès des campagnes de syndicalisation. Dans le cas présent, la différence observée entre les taux requis est tellement faible que nous doutons qu'elle puisse avoir un effet quelconque²⁸²⁸. À ce chapitre, la méthode utilisée pour déterminer le caractère représentatif du syndicat semble être beaucoup plus importante.

²⁸²⁸ *Supra*, section IV.C.3.a)(2)(a), p. 355.

(2) *Détermination du caractère approprié de l'unité de négociation*

Les règles applicables à la détermination du caractère approprié de l'unité de négociation au Québec et au Massachusetts sont très similaires²⁸²⁹. Il est donc peu probable qu'elles aient un effet quelconque sur la localisation de l'IDE au sein d'un territoire étudié plutôt que l'autre. La seule différence observée en la matière concerne la taille minimale de l'unité de négociation (au Massachusetts, le nombre minimal est de 2 salariés par unité de négociation, contre 1 salarié au Québec) et nous sommes d'avis que cette différence ne devrait pas avoir de conséquences importantes sur la localisation de l'IDE, même si, en théorie, l'accès à la syndicalisation et le risque de fractionnement des unités de négociation s'en trouvent accrus.

(3) *Détermination du caractère représentatif du syndicat*

Alors qu'au Québec, la méthode privilégiée pour déterminer le caractère représentatif du syndicat est le décompte des effectifs, au Massachusetts, c'est plutôt le vote au scrutin secret²⁸³⁰. Or, selon certains auteurs, la procédure d'accréditation prévue au *Code du travail* du Québec favoriserait la mise en place d'un régime de rapports collectifs au sein d'une entreprise puisqu'elle n'impose pas la tenue d'un scrutin secret obligatoire, comme c'est le cas aux États-Unis. En ce sens, elle favoriserait les syndicats au détriment des employeurs²⁸³¹.

La procédure de désignation d'un représentant aux fins de la négociation collective est pertinente à la localisation de l'IDE en ce qu'elle est directement liée à la question de l'équilibre des lois sur les relations de travail (i.e. lois neutres ou favorables aux syndicats ou à l'employeur), qui a été identifiée comme étant l'une des composantes de la flexibilité du marché du travail. Or, selon de récentes études, il appert que ce facteur aurait peu ou pas d'influence sur la localisation de l'IDE, à l'exception des entreprises dont le risque technologique est peu élevé, lesquelles favorisent, entre autres choses, des lois du travail

²⁸²⁹ *Supra*, section IV.C.3.a)(2)(b), p. 356.

²⁸³⁰ *Supra*, section IV.C.3.a)(2)(c), p. 358.

²⁸³¹ M. BOYER, *préc.*, note 98, p. 19-21; A. KARABEGOVIC, A. GAINER et N. VELDHUIS, *préc.*, note 96, p. 14 et 15.

favorables à l'employeur²⁸³². En somme, le fait que la principale méthode utilisée au Québec pour décider du caractère représentatif du syndicat (décompte des effectifs) soit plus favorable à la syndicalisation que la méthode utilisée au Massachusetts (scrutin secret) n'aurait un effet sur la localisation de l'IDE qu'à l'endroit de certains types d'entreprise, en l'occurrence, les entreprises à bas risque technologique. Elle pourrait toutefois avoir des effets sur la localisation de l'IDE par le biais d'autres composantes de la flexibilité du marché du travail.

Comparativement à la méthode du scrutin secret généralement utilisée au Massachusetts, la méthode du décompte des effectifs est susceptible d'augmenter le taux de succès des campagnes d'organisation syndicales, d'en réduire les coûts et d'en augmenter le nombre²⁸³³. En effet, contrairement à la situation qui prévaut au Québec, au Massachusetts, le tenue d'un scrutin secret est précédée d'une véritable campagne électorale qui s'étale sur plusieurs semaines et à laquelle participe activement (et officiellement) l'employeur. Au Québec, l'employeur est libre d'exprimer son opinion sur la question de la syndicalisation à certaines conditions, mais il ne participe pas formellement au processus. Il n'est d'ailleurs pas une « partie intéressée » en ce qui concerne la mesure de la représentativité du syndicat requérant. En outre, l'évaluation du caractère représentatif n'est pas effectuée à la date du dépôt de la requête en accréditation comme c'est généralement le cas au Québec, mais plutôt le jour du scrutin. La campagne électorale est donc particulièrement importante, puisqu'elle est susceptible d'influencer directement les résultats du vote. Enfin, comme nous le verrons, la majorité requise dans le cadre d'un scrutin secret au Massachusetts n'est pas la majorité

²⁸³² *Supra*, section III.B.1, p. 119, et plus particulièrement : P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility as a Key Determinant of Foreign Direct Investment : Evidence from the U.K. », *préc.*, note 242, p. 36; P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242, p. 30.

²⁸³³ M. BOYER, *préc.*, note 98, p. 19-21; Timothy BARTKIW, « Manufacturing Descent? Labour Law and Union Organizing in the Province of Ontario », (2008) 34 *Canadian Public Policy* 111; G. MAYER, *préc.*, note 1372; Jason CLEMENS, Niels VELDHUIS et Amela KARABEGOVIC, *Explaining Canada's High Unionization Rates*, Fraser Institute Digital Publication, Fraser Institute, 2005; Chris RIDDELL, « Union Certification Success Under Voting Versus Card-Check Procedures : Evidence From British Columbia, 1978-1998 », 57 *Industrial & Labor Relations Review* 493 (2004); Sara SLINN, « An Empirical Analysis of the Effects of the Change from Card-Check to Mandatory Vote Certification », (2004) 11 *Canadian Labour and Employment Law Journal* 258; Susan JOHNSON, « Card Check or Mandatory Representation Vote? How the Type of Union Recognition Procedure Affects Union Certification Success », 112 *Economic Journal* 355 (2002); Chris RIDDELL, « Union Suppression and Certification Success », (2001) 34 *Canadian Journal of Economics* 396.

absolue des salariés de l'unité de négociation comme c'est le cas au Québec, mais plutôt la majorité des salariés qui exercent leur droit de vote. Or, l'ensemble de ces différences rendent le processus de détermination du caractère représentatif du syndicat particulièrement vulnérable aux pratiques interdites de l'employeur (modifications des conditions de travail, menaces, congédiement d'organiseurs syndicaux ou de sympathisants et autres mesures susceptibles d'avoir des effets irréversibles sur la campagne), d'autant plus que les sanctions auxquelles s'expose l'employeur sont généralement peu dissuasives et peuvent faire l'objet de contestations judiciaires longues et coûteuses²⁸³⁴.

Contrairement à la méthode du scrutin secret, donc, la méthode du décompte des effectifs est susceptible d'augmenter les probabilités qu'une entreprise doive négocier avec un syndicat et, éventuellement, signer une convention collective. Or, comme nous l'avons évoqué précédemment²⁸³⁵, une convention collective impose à l'employeur des contraintes qu'il n'aurait pas autrement dans la gestion de son entreprise et est susceptible de diminuer les flexibilités numérique, fonctionnelle et salariale du marché du travail au niveau microéconomique. Or, la flexibilité numérique et la flexibilité fonctionnelle comptent parmi les composantes les plus importantes de la flexibilité du travail²⁸³⁶. Et malgré le fait que la flexibilité du travail ne soit pas le facteur le plus important en matière de localisation de l'IDE²⁸³⁷, on peut s'attendre à ce que la présence d'une procédure d'accréditation favorable aux syndicats puisse avoir un effet plutôt négatif sur la localisation de l'IDE. En outre, en augmentant le taux de succès des campagnes d'organisation syndicales, une telle procédure est susceptible d'augmenter les taux de présence syndicale et de syndicalisation au sein d'un territoire donné. Or nous avons vu que le taux de présence syndicale est un facteur qui influence négativement, et de façon significative, l'IDE entrant.

²⁸³⁴ Pour plus de détails sur cette problématique, voir : P. WEILER, « Promises to Keep: Securing Workers' Rights to Selforganization Under the NLRA », *préc.*, note 132.

²⁸³⁵ *Supra*, section IV.C.3.a)(1), p. 351. En effet, le raisonnement retenu à la présente section rejoint en grande partie celui qui a déjà été avancé à l'égard des effets du taux de présence syndicale sur la localisation de l'IDE.

²⁸³⁶ *Supra*, section III.B.1, p. 119, et plus particulièrement : P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242, p. 28.

²⁸³⁷ P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242, p. 27.

(4) *Majorité requise pour l'accréditation du syndicat*

Au Québec, un syndicat doit obtenir l'appui de la majorité absolue des salariés de l'unité de négociation pour être accrédité, quelle que soit la méthode utilisée (décompte des effectifs ou scrutin secret)²⁸³⁸. Au Massachusetts, la méthode du scrutin secret exige plutôt qu'il obtienne la majorité des votes exprimés²⁸³⁹. En principe, le fait que la législation québécoise exige qu'un syndicat obtienne l'appui de la majorité absolue des salariés de l'unité de négociation plutôt qu'une majorité des votes exprimés devrait constituer un facteur favorable à l'IDE. En effet, c'est une norme plus exigeante qui devrait avoir pour effet de diminuer le taux de succès des campagnes de syndicalisation, le taux de présence syndicale, etc. En pratique, toutefois, il semble que cet avantage soit marginal comparativement aux avantages et aux inconvénients associés à la méthode utilisée pour vérifier le caractère représentatif du syndicat (décompte des effectifs ou scrutin secret). En outre, bien qu'une majorité non absolue de travailleurs puissent voter en faveur de la syndicalisation dans les systèmes qui exigent une majorité des votes exprimés comme celui du Massachusetts, l'inverse est également vrai : une majorité non absolue de salariés peut voter contre la syndicalisation. Or, ceci laisse la porte grande ouverte aux pratiques interdites de l'employeur en vue d'intimider et de dissuader les travailleurs favorables à la syndicalisation d'exercer leur droit de vote. Notons toutefois que nous n'avons recensé aucune littérature traitant de façon particulière des effets du niveau de majorité requis pour l'accréditation du syndicat sur la localisation de l'IDE.

(5) *Reconnaissance volontaire du syndicat par l'employeur*

Nous avons vu que la reconnaissance volontaire d'un syndicat à titre de représentant collectif des salariés de l'unité de négociation pour les fins de la négociation collective est

²⁸³⁸ Lorsqu'un vote au scrutin secret met en présence deux syndicats et qu'aucun d'entre eux n'obtient la majorité absolue, toutefois, le syndicat qui obtient la majorité simple sera accrédité si les deux syndicats obtiennent ensemble la majorité absolue des voix des salariés qui ont droit de vote : C.t., art. 37.1.

²⁸³⁹ La méthode par décompte des effectifs prévue par la législation étatique – d'application beaucoup plus limitée – exige toutefois, à l'instar de la législation québécoise – que le syndicat obtienne l'appui de la majorité absolue des salariés de l'unité de négociation : M.G.L. c. 150A, §§ 2(12) et 5(c). Pour plus de détails, voir : *Supra*, section IV.C.3.a)(2)(d), p. 361.

permise au Massachusetts à certaines conditions. Au Québec, une telle reconnaissance volontaire d'un syndicat pour les fins de la négociation collective est impossible, la procédure d'accréditation étant le seul moyen pour un syndicat d'acquiescer le statut légal requis pour ce faire²⁸⁴⁰. Or, quels sont les effets potentiels de cette différence sur la localisation de l'IDE ? À notre avis, la possibilité ou l'impossibilité pour un employeur de reconnaître volontairement un syndicat ne devrait pas constituer un facteur particulièrement important aux fins de la localisation de l'IDE. En effet, une procédure d'accréditation non contestée par l'employeur au Québec ne devrait pas engendrer de coûts significativement plus élevés que la reconnaissance volontaire d'un syndicat aux États-Unis. Mais peut-être certains employeurs peuvent-ils voir dans la reconnaissance volontaire du syndicat une situation où ils bénéficieront d'un rapport de force accru envers le syndicat ? Et peut-être certains employeurs voient-ils dans la reconnaissance volontaire du syndicat une contrainte de moins à la mise en place d'un « syndicat de boutique » au sein de leur entreprise, malgré l'illégalité d'un tel geste ? Ce sont là des questions très intéressantes, mais auxquelles nous ne sommes malheureusement pas en mesure de répondre.

c) Sécurité syndicale

Comme nous avons eu l'occasion de le voir, toutes les formes de clauses de sécurité syndicale (autant les clauses d'appartenance syndicale que les clauses de financement syndical) sont autorisées dans les conventions collectives au Québec, alors que seules les « agency shop provisions » (i.e. qui équivalent plus ou moins au précompte syndical) sont autorisées au Massachusetts. En outre, nous avons vu qu'aux États-Unis, contrairement à la situation qui prévaut au Canada, un salarié dissident ne peut être appelé à payer que la partie de la cotisation qui correspond aux activités de négociation et d'administration de la convention collective²⁸⁴¹.

Considérant, d'une part, que l'objectif des clauses d'appartenance syndicale est de conférer au syndicat une sécurité juridique accrue pendant la durée de la convention collective

²⁸⁴⁰ *Supra*, section IV.C.3.a)(2)(e), p. 361. En vertu du C.t., seul un syndicat accrédité peut forcer l'employeur à négocier une convention collective, peut signer une convention collective, peut déclencher une grève légale, etc.

²⁸⁴¹ *Supra*, section IV.C.3.a)(3), p. 363.

(i.e. lui assurer une certaine pérennité dans le temps en lui permettant de conserver une majorité de membres au sein de l'unité d'accréditation), on pourrait penser que l'absence de ce type de clauses dans les conventions collectives américaines pourrait résulter en une moins grande sécurité juridique pour les syndicats américains que pour les syndicats québécois et, en conséquence, que les syndicats américains seraient davantage exposés à la perte de leur statut de syndicat accrédité que les syndicats québécois. Il y a également la question du contrôle que le syndicat peut exercer sur le maintien en emploi de ses membres. En excluant des ses rangs un membre dissident, par exemple, le syndicat en force en fait le congédiement. L'article 63 C.t. encadre toutefois de façon importante les effets de ces clauses. Ceci étant, au Québec comme aux États-Unis, les requêtes en révocation d'accréditation et les requêtes en accréditation de syndicats concurrents ne peuvent être déposées que pendant des périodes bien déterminées, au cours desquelles les salariés sont libres d'annuler leur adhésion syndicale ou de devenir membre d'un syndicat concurrent²⁸⁴². Ces périodes, dites de « maraudage », sont d'ordre public et une clause d'appartenance syndicale ne peut y faire obstacle. En conséquence, il faut relativiser l'effet des clauses d'appartenance syndicale sur la stabilité juridique des syndicats. En effet, elles ont probablement un effet beaucoup plus limité qu'il semble à première vue. Dans les faits, toutefois, on peut croire que de nombreux salariés ignorent le caractère d'ordre public des périodes de maraudage et se croient liés par les clauses d'appartenance syndicale en tout temps. Il est donc possible de croire que ces clauses auraient néanmoins un certain effet sur la stabilité du syndicat au sein d'une entreprise. D'ailleurs, le discours néolibéral et pro-patronal qui dénonce la légalité des clauses d'appartenance syndicale au Québec et au Canada (et qui invoque notamment que celles-ci ont un effet négatif sur l'IDE) néglige souvent de souligner ce fait essentiel.

²⁸⁴² En vertu du NLRA, le statut du syndicat accrédité est protégé d'une requête d'un syndicat concurrent pour la durée de la convention collective, pour les conventions d'une durée de 3 ans ou moins, et pour une durée de trois ans de la date d'entrée en vigueur de la convention collective, pour les conventions collectives de plus de trois ans, sauf entre le 90^e et le 60^e jour précédant l'expiration de la convention collective ou le troisième anniversaire de la signature de la convention collective, selon le cas. Un employeur ne peut toutefois présenter une requête pendant la durée de la convention collective (par exemple, une requête en révocation d'accréditation), quelle que soit sa durée (« contract bar rules ») : *General Cable Corp.*, 139 NLRB 1123, 1125 (1962); D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, §4.02, p. 61 et 62, et §8.02 [A][3], p. 197. Au Québec, ces périodes sont prévues à l'article 22 du C.t.

Considérant, d'autre part, que l'objectif des clauses de financement syndical est, quant à lui, d'assurer une certaine sécurité financière au syndicat pendant la durée de la convention collective (au Québec, le précompte syndical entre en vigueur dès l'accréditation du syndicat), on comprendra que les contraintes imposées par le système américain aux effets de ces clauses (obligation des salariés limitée au paiement de la partie de la cotisation associée aux activités de négociation et d'administration de la convention collective et consentement individuel des salariés à la retenue à la source de ces sommes) sont susceptibles d'entraîner une santé financière beaucoup plus précaire pour les syndicats américains que pour les syndicats québécois de façon générale.

Le fait que le droit du travail québécois autorise les clauses d'appartenance syndicale dans les conventions collectives et donne pleinement effet au précompte syndical pourrait, en soi, avoir des effets négatifs sur la localisation de l'IDE, en particulier pour les entreprises qui favorisent les stratégies d'évitement. Or, nous n'avons identifié aucune étude confirmant cette hypothèse. En outre, la question de l'équilibre des lois sur les relations de travail (i.e. lois neutres ou favorables aux syndicats ou à l'employeur), qui est une composante de la flexibilité du marché du travail, n'aurait une influence sur la localisation de l'IDE qu'à l'endroit des entreprises à bas risque technologique²⁸⁴³. Cela étant, la plus grande sécurité financière et la plus grande sécurité juridique des syndicats québécois que cette situation suscite est susceptible d'avoir un effet sur la localisation de l'IDE au travers des taux de syndicalisation et de présence syndicale. En effet, on peut s'attendre à ce que la présence de clauses d'appartenance syndicale dans les conventions collectives aura pour effet d'augmenter le taux de syndicalisation ou, à tout le moins, d'en éviter une érosion trop rapide, puisqu'une certaine proportion de ces clauses (plus particulièrement, les clauses d'atelier syndical fermé, parfait et imparfait) obligent à devenir membres du syndicat des salariés qui, n'eût été de ces clauses, ne seraient pas devenus membres. En outre, on peut s'attendre à ce que les syndicats qui disposent d'une plus grande sécurité financière bénéficient d'une espérance de vie plus

²⁸⁴³ *Supra*, section III.B.1, p. 119. Voir plus particulièrement : P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility as a Key Determinant of Foreign Direct Investment : Evidence from the U.K. », *préc.*, note 242, p. 36; P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242, p. 30.

grande, ce qui devrait se traduire par un taux de présence syndicale et un taux de syndicalisation plus élevés. Or nous avons vu qu'une majorité d'études a conclu que le taux de présence syndicale était un facteur ayant un effet négatif significatif sur la localisation de l'IDE²⁸⁴⁴. En conséquence, il est vraisemblable de croire que la possibilité de recourir à une plus grande diversité de clauses de sécurité syndicale au Québec est susceptible d'avoir un effet négatif sur l'IDE entrant.

d) Négociation collective

(1) Questions assujetties à l'obligation de négocier de bonne foi

Alors qu'au Massachusetts, l'obligation de négocier de bonne foi ne s'applique qu'à l'égard de certaines questions en lien avec les relations de travail (i.e. sujets dits « à négociation obligatoire »), au Québec, cette même obligation s'applique à toute question relative aux relations de travail que les parties sont susceptibles de soulever à la table de négociation, sous la seule condition que celles-ci ne soient pas contraires à l'ordre public ou encore prohibées par la loi²⁸⁴⁵. On peut donc affirmer que l'obligation de négocier de bonne foi au Québec est plus étendue que celle qu'on retrouve au Massachusetts. Ce faisant, les conventions collectives québécoises sont susceptibles de prévoir des contraintes plus nombreuses et plus diversifiées à l'endroit de l'employeur que les conventions collectives massachusettsoises et, par le fait même, de diminuer les flexibilités numérique, fonctionnelle et salariale du marché du travail au niveau microéconomique (i.e. au niveau de l'entreprise). En fait, le tout dépendra du contenu effectif de la convention collective. Or, la flexibilité fonctionnelle et la flexibilité numérique comptent parmi les éléments les plus importants de la flexibilité du marché du travail en termes de déterminants de l'IDE après la disponibilité d'une main-d'œuvre qualifiée, bien que la flexibilité du travail ne soit elle-même qu'un facteur de second ordre en matière de localisation de l'IDE²⁸⁴⁶. Il est donc vraisemblable de croire que l'étendue beaucoup plus large de l'obligation de négocier de bonne foi au Québec qu'au

²⁸⁴⁴ *Supra*, section III.B.2, p. 127.

²⁸⁴⁵ *Supra*, section IV.C.3.a)(4)(a), p. 367.

²⁸⁴⁶ *Supra*, section III.B.1, p. 119. Plus particulièrement, voir : P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242, p. 34 et 27.

Massachusetts puisse avoir un effet négatif sur la localisation de l'IDE. Ceci étant, il faudrait également tenir compte des effets positifs que la présence d'un syndicat et d'une convention collective dans l'entreprise est susceptible d'avoir sur la productivité, l'engagement et la motivation des travailleurs, des facteurs qui sont généralement associés positivement à l'IDE²⁸⁴⁷.

Par ailleurs, l'étendue et la portée de l'obligation de négocier de bonne foi étant plus clairement définies au Québec qu'aux États-Unis, cela pourrait en soi avoir un effet positif sur la localisation de l'IDE au Québec plutôt qu'au Massachusetts. En effet, comme nous l'avons indiqué ci-avant, le départage des sujets à négociation obligatoire des sujets à négociation permise – voire des sujets à négociation interdite – n'est pas toujours chose aisée à faire. Le NLRB et les tribunaux sont d'ailleurs souvent appelés à trancher des litiges sur de telles questions aux États-Unis. Il résulte par conséquent de cette situation une incertitude importante à la table de négociation quant à l'obligation des parties de négocier ou non certaines questions qui peuvent y être soulevées. En outre, cette plus grande volatilité du droit quant au caractère « obligatoire » ou « permissif » d'un sujet de négociation donné est exacerbée par le fait qu'au Massachusetts, contrairement à la situation qui prévaut au Québec, l'obligation de négocier de bonne foi persiste pendant toute la durée de la convention collective à l'égard des sujets à négociation obligatoire²⁸⁴⁸. Or, comme nous l'avons vu, la complexité du droit applicable, son caractère litigieux et l'incertitude qui en résulte sont des facteurs qui sont généralement considérés comme étant défavorables à l'IDE en raison des risques juridiques et financiers accrus qu'ils occasionnent pour l'entreprise.

(2) *Durée de vie de l'obligation de négocier de bonne foi*

En principe, l'obligation de négocier de bonne foi est plus étendue dans le temps au Massachusetts qu'au Québec. En effet, alors qu'au Québec cette obligation ne s'applique que pendant la phase de la négociation collective (de l'avis de négociation à la signature d'une

²⁸⁴⁷ La question de la productivité de la main-d'œuvre est particulièrement importante lorsque l'IDE est motivé par des considérations d'efficacité (i.e. « efficiency-seeking FDI »). En effet, dans le cadre d'une telle stratégie, la productivité de la main-d'œuvre joue un rôle crucial, puisque les coûts de main-d'œuvre doivent être ajustés en fonction de la productivité. Pour plus de détails, voir : *Supra*, section III.A.1.c), p. 95.

²⁸⁴⁸ Sous réserve toutefois d'une clause fermeture-éclair (zipper clause) dans la convention collective.

convention collective ou le prononcé d'une sentence arbitrale en tenant lieu), au Massachusetts, cette obligation perdure en principe en tout temps, autant pendant la phase de la négociation collective que pendant la phase de l'application de la convention collective²⁸⁴⁹. Or, la négociation implique la possibilité de désaccords, voire de différends ou d'impasses, qui impliquent à leur tour la possibilité de conflits de travail, et donc, de moyens de pression. Par conséquent, il existe au Massachusetts un risque de conflits de travail pendant la phase de l'application de la convention collective²⁸⁵⁰, un risque qui n'existe pas au Québec, les moyens de pression étant généralement interdits lorsqu'une convention collective est en vigueur²⁸⁵¹. En principe, donc, le système québécois pourrait paraître plus attrayant que le système massachusettsois aux fins de la localisation de l'IDE en raison des garanties plus élevées de paix industrielle qu'il offre pendant la durée de la convention collective.

En pratique, toutefois, au Massachusetts, les parties peuvent inclure dans la convention collective une clause dite « fermeture-éclair » (« *zipper-clause* »), en vertu de laquelle elles reconnaissent que l'ensemble des sujets à négociation obligatoire ont été discutés dans le cadre des négociations ayant mené à la signature de la convention collective et renoncent à relancer les négociations à leur égard pendant la durée de la convention collective. Les tribunaux sont cependant très exigeants quant à la portée des clauses fermeture-éclair et cherchent, dans les circonstances ayant mené à l'adoption d'une telle clause, une « renonciation claire et non-équivoque » de l'employeur à son devoir habituel de s'abstenir d'effectuer de modifications unilatérales aux conditions de travail pendant la durée de la convention collective²⁸⁵². En outre, les parties peuvent inclure dans la convention collective une clause interdisant le recours à la grève ou au lock-out pendant la durée de la convention collective (« *no-strike provision* »), laquelle clause est habituellement consentie par le syndicat en contrepartie d'une

²⁸⁴⁹ *Supra*, section IV.C.3.a)(4)(b), p. 369.

²⁸⁵⁰ Les moyens de pression sont toutefois interdits de plein droit dans les 60 jours qui précèdent l'expiration de la convention collective ou dans les 60 jours qui suivent l'avis de modification ou de terminaison de la convention collective, selon le cas : 29 U.S.C. § 158(d). Les grèves qui visent à dénoncer la commission de pratiques interdites par l'employeur sont toutefois exemptées de l'application de ces règles et peuvent, par conséquent, survenir même pendant cette période : *Mastro Plastics Corp. v. NLRB*, 350 U.S. 270 (1956).

²⁸⁵¹ L'exercice d'une clause de réouverture peut toutefois donner lieu à des moyens de pression pendant la durée de la convention collective : C.t., art. 107.

²⁸⁵² *Jonson-Bateman Co.*, 295 NLRB 180 (1989); D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, §7.06[C], p. 189.

clause d'arbitrage obligatoire et exécutoire des griefs²⁸⁵³. La grande majorité des conventions collectives aux États-Unis prévoient d'ailleurs de telles clauses. Or, la présence de telles clauses dans une convention collective au Massachusetts a pour effet de rendre la situation identique à celle qui prévaut de plein droit au Québec : suspension de l'obligation de négocier de bonne foi et interdiction des moyens de pression pendant la durée de la convention collective. En pratique, donc, les parties peuvent remédier aux lacunes du système massachusettsois (conflits de travail possibles pendant la durée de la convention collective) en incluant une « zipper clause » et une « no strike provision » dans la convention collective, rendant ainsi les systèmes relativement comparables aux fins de la localisation de l'IDE. Mais encore faut-il que les parties s'entendent pour le faire et que les tribunaux reconnaissent la validité de ces clauses.

(3) *Modifications unilatérales des conditions de travail*

Pendant la phase de la négociation collective, un employeur ne peut, au Québec, modifier unilatéralement les conditions de travail que suite à l'exercice du droit de grève ou de lock-out par l'une ou l'autre des parties²⁸⁵⁴. Au Massachusetts, par contre, une telle modification peut survenir en tout temps, à condition qu'il y ait une impasse dans les négociations²⁸⁵⁵. En principe, donc, une modification unilatérale des conditions de travail est possible au Massachusetts même en dehors de tout de moyen de pression. Une telle possibilité pourrait être particulièrement attrayante pour un investisseur étranger, puisqu'elle permet à l'entreprise de poursuivre ses activités aux dernières conditions proposées, sans qu'elle ne soit contrainte de décréter un lock-out ou d'attendre le déclenchement d'une grève. En pratique, toutefois, le syndicat peut réagir à une telle modification unilatérale des conditions de travail en déclenchant une grève, venant ainsi faire disparaître cet avantage. Mais la négociation collective étant ce qu'elle est, il est également possible que les offres finales de l'employeur soient plus qu'acceptables pour le syndicat et que plutôt que de déclencher un grève, celui-ci

²⁸⁵³ J. BÉLANGER et G. TRUDEAU, *préc.*, note 139, 443.

²⁸⁵⁴ Nous excluons ici le cas de la convention collective qui contient une clause de maintien des conditions de travail jusqu'à la signature de la prochaine convention collective de même que le cas du différend soumis à l'arbitrage.

²⁸⁵⁵ *Supra*, section IV.C.3.a)(4)(c), p. 371.

s'en accommode, tout en s'en accordant le crédit. Or, une telle stratégie patronale peut créer la zizanie au sein du syndicat, si par exemple le syndicat accepte les modifications mais que certains membres ne les acceptent pas, ou inversement.

Pendant la phase d'application de la convention collective, toutefois, la situation semble plutôt favoriser le Québec aux fins de la localisation de l'IDE. En effet, au Québec, l'employeur n'a aucune obligation de négocier avec le syndicat les modifications qu'il souhaite apporter aux conditions de travail dont la convention collective ne traite pas, ses droits de direction lui permettant généralement de modifier unilatéralement ces conditions de travail²⁸⁵⁶. Au contraire, au Massachusetts, l'employeur a constamment l'obligation de négocier de bonne foi avec le syndicat les modifications qu'il souhaite apporter aux conditions de travail qui se rapportent à un sujet de négociation obligatoire dont la convention collective ne traite pas, et en cas d'impasse, les parties acquièrent le droit à la grève ou au lock-out, avec toutes les conséquences qui peuvent en résulter sur les activités de l'entreprise²⁸⁵⁷. En somme, les règles sur le maintien des conditions de travail pendant la durée de la convention collective sont beaucoup moins exigeantes pour l'employeur au Québec qu'au Massachusetts, l'employeur pouvant modifier à son gré toute condition de travail dont la convention collective ne traite pas. En outre, ces règles sont beaucoup moins propices aux conflits de travail pendant la phase d'application de la convention collective²⁸⁵⁸. En pratique, toutefois, la présence d'une clause « fermeture-éclair » à la convention collective au Massachusetts est susceptible de changer la donne. En effet, une telle clause suspend l'obligation de négocier de

²⁸⁵⁶ Toutefois, on peut s'attendre à ce que toute modification unilatérale par l'employeur des conditions de travail non prévues à la convention collective doivent désormais rencontrer le critère de la « raisonnable ». En effet, dans le récent arrêt *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée, préc.*, note 2781, par. 24, la Cour suprême du Canada a repris à son compte la règle développée par la jurisprudence arbitrale à l'effet que « *la règle ou la politique imposée unilatéralement par l'employeur, à laquelle le syndicat n'a pas donné son aval par la suite, soit conforme à la convention collective et raisonnable.* ». Voir également : *Re Lumber & Sawmill Workers' Union, Local 2537 and KVP Co.*, (1965) 16 L.A.C. 73; Donald. J. M. BROWN et David. M. BEATTY, *Canadian Labour Arbitration* (4^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, sujet 4:1520. Bien que cette affaire impliquait une politique patronale, on peut s'attendre à ce qu'elle s'applique à toute modification unilatérale des conditions de travail par l'employeur.

²⁸⁵⁷ Sous réserve toutefois d'une « no strike clause » à la convention collective.

²⁸⁵⁸ En fait, le seul cas de figure où une grève ou un lock-out est susceptible de survenir pendant la durée de la convention collective au Québec est celui de l'exercice par une partie du droit de relancer les négociations sur une question donnée en vertu d'une clause de réouverture : C.t., art. 107.

bonne foi des parties pendant la durée de la convention collective, permettant ainsi à l'employeur de modifier unilatéralement les sujets à négociation obligatoire non prévus à la convention collective sans devoir négocier avec le syndicat. En outre, la présence d'une « no-strike provision » dans la convention collective aura pour effet d'interdire les moyens de pression pendant la durée de la convention collective malgré une impasse, limitant ainsi les conséquences économiques possibles d'un conflit de travail.

(4) *Arbitrage obligatoire de la première convention collective en cas de différend*

Contrairement à la situation qui prévaut au Québec, il n'existe aucun mécanisme d'arbitrage obligatoire de la première convention collective au Massachusetts²⁸⁵⁹. Et si l'on en croit les opposants au *Employment Free Choice Act*²⁸⁶⁰ aux États-Unis, la présence d'un mécanisme d'arbitrage d'une première convention collective à la demande d'une seule partie aurait des effets négatifs sur l'IDE entrant. En fait, on doit comprendre qu'une tel mécanisme prive les entreprises qui désirent éviter la syndicalisation de leur main-d'œuvre d'une stratégie efficace pour ce faire, un stratégie qu'on pourrait qualifier de « stratégie d'usure » et qui est fondée sur la négociation de façade²⁸⁶¹.

Aux États-Unis, il est courant qu'un employeur s'oppose à la syndicalisation de sa main-d'œuvre en adoptant différentes stratégies visant à faire échouer les campagnes d'organisation syndicales. Ceci étant, même l'accréditation d'un syndicat ne signifie pas pour

²⁸⁵⁹ *Supra*, section IV.C.3.a)(4)(d), p. 372.

²⁸⁶⁰ Le *Employment Free Choice Act* (EFCA) est un projet de loi qui a été à l'ordre du jour du Congrès américain pendant le premier mandat du président Obama. Il proposait de remédier aux lacunes du NLRA en adoptant notamment un mécanisme d'arbitrage de différend obligatoire à la demande d'une seule partie dans le cadre de la négociation d'une première convention collective pour le groupe de travailleurs visé par l'accréditation. Pour plus de détails, voir : *Supra*, section IV.C.2.b), p. 312 et suiv.

²⁸⁶¹ Il est important de souligner que cette stratégie est illégale aux États-Unis, puisque contraire à l'obligation de négocier de bonne foi. Quoiqu'il en soit, il semble qu'une proportion non négligeable d'employeurs l'adopte néanmoins. Comme nous l'avons vu, près de la moitié (44%) des syndicats nouvellement accrédités ne réussissent pas à conclure une convention collective avec l'employeur. Certes, rien ne nous permet de conclure que ces syndicats étaient tous victimes de « surface bargaining », mais il serait naïf de penser qu'aucun d'entre eux ne l'ont été. D'ailleurs, les lacunes du système américain (et plus particulièrement, l'insuffisance des sanctions à un manquement à l'obligation de négocier de bonne foi) ont été formellement reconnues par les tribunaux judiciaires et par de nombreux auteurs et sont par conséquent incontestables. Ceux-ci ont toutefois jugé qu'il revenait au législateur d'adopter les modifications qui s'imposaient. Or, les impasses de nature politique au Congrès américain ont jusqu'ici empêché l'adoption des différents projets de loi destinés à régler ce problème.

autant un échec pour l'employeur. En effet, il y a de nombreux employeurs aux États-Unis qui fonctionnent en vertu du principe que « tant qu'une convention collective n'est pas signée, il y a de l'espoir »²⁸⁶². Par conséquent, de nombreux employeurs pratiquent la négociation de façade (« surface bargaining »), c'est-à-dire qu'ils participent à la négociation collective, mais sans véritablement chercher à conclure une entente. En effet, tant qu'une entente n'est pas conclue avec le syndicat, le statu quo est maintenu. Mais en outre, en cas d'impasse quant aux conditions de travail applicables aux salariés de l'unité de négociation, l'employeur est alors justifié de fixer celles-ci unilatéralement, et ce, en toute légalité. De plus, un employeur peut négocier durement, sans faire de concession, tout en respectant son devoir de négocier de bonne foi. Face à une telle attitude patronale, le syndicat qui négocie une première convention est acculé à faire la grève, une possibilité qui est souvent suicidaire pour lui. On comprend donc pourquoi le mécanisme d'arbitrage d'une première convention collective n'est pas populaire auprès des employeurs américains de façon générale : il rend impossible la négociation de façade et rend beaucoup plus difficile la négociation intransigeante, en imposant aux parties un mécanisme de détermination du contenu de la convention collective par un tiers en cas d'impasse des négociations. Autrement dit, en présence d'un tel mécanisme, quoi que fasse l'employeur, le syndicat aura toujours l'option de demander à un tiers de trancher le différend et d'imposer les termes d'une convention collective. Or, considérant que la présence d'une convention collective engendre des coûts de main-d'œuvre et des contraintes plus élevés pour les employeurs que l'absence d'une telle convention, on comprend aisément qu'ils soient peu favorables à une telle procédure. Et pour ajouter à l'insulte, le contenu de la convention collective est décidé par un tiers, ce qui contrevient au principe de la liberté contractuelle, si important aux États-Unis.

La saga *Wal-Mart*, qui s'est déroulée au Québec, illustre particulièrement bien cette situation²⁸⁶³. Dans cette affaire, le syndicat des Travailleurs et travailleuses unis de

²⁸⁶² Cette attitude est d'ailleurs promue et reproduite par de nombreux consultants et avocats. Voir: M. VIPOND, *préc.*, note 1453, p. 6; P. EAGAN-VAN METER et R. EISENBREY, *préc.*, note 1453, p. 2; C.L. FISK et A.R. PULVER, *préc.*, note 1453, 54; Susan JOHNSON, *First Contract Arbitration : Effects on Bargaining and Work Stoppages*, décembre 2008; John LOGAN, « Consultants, Lawyers and the Union-Free Movement in the USA Since the 1970s », 33 *Industrial Relations Journal* 209 (2002).

²⁸⁶³ *Plourde c. Wal-Mart*, *préc.*, note 2816. Voir également : *Desbiens c. Wal-Mart*, [2009] 3 R.C.S. 541.

l'alimentation et du commerce, section locale 503 a été accrédité en août 2004 afin de représenter les salariés du magasin Wal-Mart de Jonquière. Cette succursale de Wal-Mart était la toute première à se syndiquer en Amérique du Nord. Après plusieurs séances de négociation, le syndicat a demandé au ministre du Travail de renvoyer le différend à l'arbitrage, conformément aux dispositions du *Code du travail* relatives à l'arbitrage d'une première convention collective. En février 2005, le ministre du Travail a acquiescé à la demande du syndicat et a renvoyé le différend à l'arbitrage. Or, le jour même, Wal-Mart a annoncé sa décision de fermer le magasin²⁸⁶⁴.

Le débat qui a eu lieu aux États-Unis il y a quelques années au sujet du *Employment Free Choice Act* – qui prévoyait entre autres l'adoption d'une procédure d'arbitrage de la première convention collective à la demande d'une seule partie – nous aide à mieux comprendre les effets potentiels d'une telle procédure sur les activités d'une entreprise et, éventuellement, sur la localisation de l'IDE. En effet, on peut vraisemblablement s'attendre à ce que les arguments invoqués aux États-Unis à l'encontre de l'adoption d'une telle procédure soient les mêmes que ceux qui pourraient être utilisés pour discréditer la procédure d'arbitrage d'une première convention collective présente au Québec. Toutefois, contrairement aux prétentions d'un politicien américain opposé à l'adoption du EFCA²⁸⁶⁵, une étude effectuée par le *Economic Policy Institute* démontre que l'arbitrage de la première convention collective n'aurait pas d'effet négatif sur la survie des entreprises²⁸⁶⁶. En outre, cette étude démontre qu'une fois en place, ce mécanisme est peu utilisé et est surtout utile en raison de l'effet dissuasif qu'il a sur les parties, puisqu'il incite celles-ci à négocier de bonne foi et à rechercher la conclusion d'une convention collective négociée²⁸⁶⁷. Les effets de l'arbitrage obligatoire d'une première convention collective sur la localisation de l'IDE seraient donc relativement

²⁸⁶⁴ Ultimentement, la Cour suprême a donné raison à Wal-Mart, rappelant que l'employeur disposait du droit de fermer définitivement son entreprise pour quelque motif que ce soit, réitérant en cela les principes développés dans *City Buick Pontiac (Montréal) Inc. c. Roy, préc.*, note 2816, et *A.I.E.S.T., local de scène no 56 c. Société de la Place des Arts de Montréal, préc.*, note 2816.

²⁸⁶⁵ Newt GINGRICH, *Arbitration : the Real Threat in EFCA*, The American Enterprise Institute, 22 avril 2009.

²⁸⁶⁶ Ross EISENBREY et Patrick EAGAN-VAN METER, « Business Success and First Contract Arbitration », *Economic Policy Institute Issue Brief*, no 275, March 30, 2010.

²⁸⁶⁷ *Id.*

limités, mais la présence d'une telle possibilité dans le droit du travail québécois alimente le discours patronal « impressionniste ».

e) Moyens de pression économiques

Dans cette partie de la discussion, nous nous intéressons aux effets que les différences observées dans les règles applicables aux moyens de pression économiques que sont la grève et le lock-out sont susceptibles d'avoir sur la localisation de l'IDE. Plus particulièrement, nous nous intéressons aux effets que sont susceptibles d'avoir les différences observées au niveau de l'époque où les parties peuvent recourir aux moyens de pression, de l'utilisation des travailleurs de remplacement, de la protection d'emploi des grévistes et du piquetage secondaire.

(1) Époque où les parties peuvent recourir aux moyens de pression

Les moyens de pression économiques que sont la grève et le lock-out sont beaucoup plus fortement encadrés au Québec qu'au Massachusetts. Ceci est particulièrement vrai de la fenêtre temporelle pendant laquelle les parties peuvent recourir à ces moyens de pression. Alors qu'au Québec, une grève ou un lock-out ne peuvent en principe survenir que pendant la phase de la négociation collective et suite au respect de conditions particulières, au Massachusetts, une grève ou un lock-out peuvent pratiquement survenir n'importe quand, même pendant qu'une convention collective est en vigueur²⁸⁶⁸. Or, considérant que la paix industrielle est un facteur vraisemblablement favorable à l'IDE, on pourrait croire que le fait que les moyens de pression ne soient permis qu'à des périodes spécifiques au Québec soit surtout favorable à l'IDE, assurant l'employeur de périodes de paix industrielle entre les phases de négociation collective. En pratique, toutefois, cet avantage est susceptible de se révéler beaucoup moins important qu'anticipé, puisque la majorité des conventions collectives aux États-Unis prévoient une clause interdisant les moyens de pression pendant la durée de la convention collective. De plus, le taux de présence syndicale étant beaucoup plus faible au

²⁸⁶⁸ *Supra*, section IV.C.3.a)(5)(a), p. 374.

Massachusetts qu'au Québec, le risque que ne survienne une grève est nécessairement plus faible.

(2) *Utilisation de travailleurs de remplacement pendant un conflit de travail*

Le *Code du travail* du Québec interdit à l'employeur d'utiliser des travailleurs de remplacement dans l'établissement visé par une grève ou un lock-out. Elle lui interdit également d'utiliser en quelque lieu que ce soit les travailleurs de l'unité de négociation en grève ou en lock-out. Essentiellement, l'employeur ne peut continuer ses opérations qu'en utilisant les cadres qui étaient déjà à son emploi avant le début des négociations ou en recourant à un sous-traitant externe²⁸⁶⁹. Au Massachusetts, la loi autorise l'employeur à utiliser des travailleurs de remplacement pendant une grève ou un lock-out²⁸⁷⁰. Le type de travailleurs de remplacement qu'il est susceptible d'employer diffère cependant en fonction de l'objet de la grève ou du lock-out. Dans le cadre d'une grève ou d'un lock-out économique, l'employeur peut utiliser autant des travailleurs de remplacement temporaires que permanents. Dans le cadre d'une grève qui vise à dénoncer une pratique interdite de l'employeur ou des conditions de travail dangereuses, l'employeur ne peut toutefois embaucher que des travailleurs de remplacement temporaires²⁸⁷¹.

Les dispositions « anti-briseurs de grève » présentes dans la législation québécoise imposent des contraintes très importantes aux entreprises pendant un conflit de travail. En effet, elles laissent très peu d'alternatives à l'employeur désireux de continuer ses opérations pendant un conflit de travail. Essentiellement, les seules solutions qui s'offrent à lui consistent à faire effectuer les tâches des travailleurs en grève ou en lock-out par le personnel cadre de l'établissement visé par la grève (des conditions strictes doivent toutefois être rencontrées pour ce faire) ou encore, à faire effectuer ces tâches par un sous-traitant externe. Or, comme nous

²⁸⁶⁹ C.t., art. 109.1.

²⁸⁷⁰ À noter que la législation étatique interdit toutefois d'utiliser des « briseurs de grève professionnels » : M.G.L., c. 149, § 22A. Un briseur de grève professionnel (professional strikebreaker) est défini par la loi comme étant (traduction libre) : « une personne dont une partie importante du revenu provient régulièrement et habituellement d'emplois occupés là où un lock-out ou un grève est en vigueur afin de remplacer un employé dont le travail a cessé en raison d'un tel lock-out ou d'une telle grève. ».

²⁸⁷¹ *Supra*, section IV.C.3.a)(5)(b), p. 376.

l'avons vu, de telles contraintes sont susceptibles d'avoir des effets négatifs important sur l'IDE entrant²⁸⁷².

En outre, le spectre de l'utilisation de travailleurs de remplacements permanents, associé à une protection d'emploi quasi-inexistante pour les grévistes économiques²⁸⁷³, pourrait constituer un avantage important pour l'employeur situé au Massachusetts comparativement à celui situé au Québec, puisque le premier dispose d'un rapport de force plus grand que le second à la table de négociation²⁸⁷⁴.

Cette question est étroitement liée à la question de l'équilibre des lois sur les relations de travail (i.e. lois neutres ou favorables aux syndicats ou à l'employeur), qui est l'une des composantes de la flexibilité du marché du travail. Or, cette composante aurait surtout des effets sur les entreprises à bas risque technologique²⁸⁷⁵.

Ceci étant, l'avantage que représente la possibilité pour un employeur d'utiliser des travailleurs de remplacement pendant un conflit de travail – et le rapport de force plus favorable qui en résulte – pourrait avoir des effets sur la localisation de l'IDE à travers d'autres facteurs, comme l'augmentation du nombre de conflits de travail, la durée des conflits de travail et le niveau des conditions de travail consenties, pour ne nommer que ceux-là. En effet, on peut s'attendre à ce que le niveau des conditions de travail consenties par un employeur à ses salariés soit plus élevé en présence de dispositions anti-briseurs de grève, puisque le rapport de force du syndicat est alors lui-même plus élevé. De même, la fréquence et la durée des conflits de travail pourraient être affectées par la présence de telles dispositions. Or, il appert que les dispositions anti-briseurs de grève ont effectivement pour effet d'augmenter les salaires des salariés syndiqués à court et à long terme, d'augmenter les

²⁸⁷² *Supra*, section III.B.1, p. 119. Plus particulièrement, voir : P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242, p. 27 et 28.

²⁸⁷³ Nous traitons de la protection d'emploi des travailleurs de remplacement à la section suivante.

²⁸⁷⁴ D'ailleurs, la prohibition des travailleurs de remplacement touche une stratégie patronale que plusieurs jugent essentielle pour assurer un rapport de force équilibré à la table de négociation. Voir : P. WEILER, *Reconciliable Differences : New Directions in Canadian Labour Law*, *préc.*, note 132.

²⁸⁷⁵ P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility as a Key Determinant of Foreign Direct Investment : Evidence from the U.K. », *préc.*, note 242, p. 36; P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242, p. 30.

probabilités de survenance d'une grève et d'augmenter la durée des grèves²⁸⁷⁶. Enfin, les dispositions anti-briseurs de grève sont susceptibles d'avoir des effets beaucoup plus positifs, comme celui de réduire la violence sur les piquets de grève, ce qui pourrait avoir pour effet de contrebalancer certains des effets négatifs identifiés ci-avant.

Toutes les entreprises ne sont pas affectées de la même façon par les dispositions du *Code du travail* qui interdisent à l'employeur de recourir à des travailleurs de remplacement pendant un conflit de travail. En effet, l'impact de ces dispositions se fait davantage sentir auprès des entreprises qui œuvrent dans des secteurs d'activité où la sous-traitance externe s'avère impossible, ou encore, est très coûteuse. Dans les secteurs d'activités où la sous-traitance externe est envisageable et abordable, les effets de ces dispositions sont moindres, voire inexistantes. Le conflit de travail qui a opposé le *Journal de Montréal* au *Syndicat des travailleurs de l'information du Journal de Montréal* de 2009 à 2011 illustre particulièrement bien ce phénomène. Dans le cadre de ce conflit, l'employeur a déclenché un lock-out d'une durée totale de 764 jours. Or, malgré les dispositions anti-briseurs de grève prévues au *Code du travail*, l'entreprise a pu continuer ses activités en toute légalité en confiant les activités de rédaction journalistique à un sous-traitant, l'Agence QMI. En effet, dans une affaire parallèle impliquant un autre journal du groupe Sun Média²⁸⁷⁷, les tribunaux ont jugé que les dispositions anti-briseurs de grève prévues au *Code du travail* ne pouvaient empêcher l'employeur d'agir de la sorte, ces dispositions ne s'appliquant au travail de journalisme que dans la mesure où celui-ci est effectué au sein même de l'établissement physique du journal frappé par le conflit de travail, la notion d'établissement devant être interprétée dans son sens usuel²⁸⁷⁸.

²⁸⁷⁶ P. CRAMTON, M. GUNDERSON et J. TRACY, *préc.*, note 331. De plus, il appert que l'utilisation de travailleurs de remplacement aurait également pour effet d'augmenter la durée des grèves. Voir : Harish C. JAIN et Parbudyal SINGH, « The Effects of the Use of Strike Replacements on Strike Duration in Canada », (1999) *Labor Law Journal* 180.

²⁸⁷⁷ *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1450 c. Journal de Québec, préc.*, note 999.

²⁸⁷⁸ D'ailleurs, dans cette affaire, la Cour d'appel reconnaît que les dispositions « anti-briseurs de grève » ne sont pas aussi strictes qu'on le pense généralement. À ce sujet, le juge Beaugregard s'est exprimé comme suit : « [6] Mais les dispositions « antibriseurs de grève » prévues à l'article 109.1 du Code du travail, qui ont pour but d'assurer un certain équilibre entre les forces en présence, ne sont pas aussi strictes qu'on le pense généralement. Entre autres, le paragraphe b) de cet article (« le paragraphe b) ») permet ou tolère que

(3) *Protection d'emploi des salariés impliqués dans un conflit de travail*

La protection d'emploi offerte aux salariés par le *Code du travail* du Québec en cas de grève ou de lock-out est plus généreuse que celle offerte au Massachusetts. Au Québec, la protection d'emploi offerte par le *Code du travail* ne varie pas en fonction de l'objet de la grève ou du lock-out. Dès lors que la grève ou le lock-out est légal, la protection d'emploi prévue par le *Code du travail* s'applique. Au Massachusetts, cette protection d'emploi varie en fonction de l'objet de la grève ou du lock-out²⁸⁷⁹.

Dans le cas d'une grève ou d'un lock-out économique, la protection d'emploi est beaucoup moins généreuse au Massachusetts qu'au Québec. Alors qu'au Québec, ces grévistes ont le droit d'être réintégrés de façon prioritaire dans le poste qu'ils détenaient avant le conflit de travail, au Massachusetts, cela dépendra de la présence ou non de travailleurs de remplacement permanents dans l'entreprise à la fin de la grève²⁸⁸⁰. En effet, si l'employeur a employé de tels travailleurs dans le cadre du conflit de travail et qu'il ne reste aucun poste de libre à la fin du conflit, le seul droit dont disposent les grévistes est celui de voir leur nom inscrit sur une liste de rappel préférentielle et d'être rappelés au travail au fur et à mesure que des vacances surviennent. Dans le cas d'une grève dont l'objet est de dénoncer une pratique interdite de l'employeur ou des conditions de travail dangereuses, les différences observées en matière de protection d'emploi des grévistes sont pratiquement inexistantes²⁸⁸¹. En effet, dans les deux cas, les salariés ont le droit d'être réintégrés de façon prioritaire dans le poste qu'ils détenaient avant le conflit de travail.

l'employeur fasse exécuter la tâche des salariés en arrêt de travail par des personnes employées par un tiers ou par un entrepreneur. [7] Il y a cependant une condition à cette permission ou tolérance : le travail exécuté par les employés du tiers ou par l'entrepreneur ne doit pas, toujours selon le paragraphe b), l'être « dans l'établissement où la grève ou le lock-out a été déclaré ». ».

²⁸⁷⁹ *Supra*, section IV.C.3.a)(5)(c), p. 377.

²⁸⁸⁰ Nous avons vu à la section précédente qu'au Massachusetts, un employeur a la faculté d'employer des travailleurs de remplacement permanents dans le cadre des grèves ou lock-outs économiques.

²⁸⁸¹ Au Québec, les grèves qui visent de tels objets sont permises (comme nous venons de le voir, l'objet de la grève au Québec n'est pas pertinent), mais pour être légales, elles doivent nécessairement survenir pendant la phase de la négociation collective et suite à l'accomplissement de certaines formalités et l'expiration de certains délais. Dans les faits, toutefois, la plupart des grèves au Québec demeurent des grèves « économiques », donc des grèves qui portent sur les conditions de travail.

Les différences importantes observées au niveau de la protection d'emploi des salariés impliqués dans une grève ou un lock-out économique sont susceptibles de constituer un avantage important pour l'employeur situé au Massachusetts comparativement à celui situé au Québec. En effet, contrairement à la situation qui prévaut au Québec, à la fin d'une grève ou d'un lock-out économique au Massachusetts, l'employeur n'a pas l'obligation de reprendre à son service les salariés grévistes ou lock-outés lorsqu'il a embauché des travailleurs de remplacement permanents pendant le conflit de travail.

En somme, la faible protection d'emploi accordée aux salariés qui ont participé à une grève ou à un lock-out économiques au Massachusetts, combinée à la possibilité pour l'employeur d'embaucher des travailleurs de remplacement permanents pendant un conflit de travail, est susceptible de conférer un rapport de force beaucoup plus grand à l'employeur situé au Massachusetts qu'à l'employeur situé au Québec dans le cadre de la négociation collective. Comme nous l'avons évoqué ci-avant, cette question est étroitement liée à la question de l'équilibre des lois sur les relations de travail (i.e. lois neutres ou favorables aux syndicats ou à l'employeur), qui est l'une des composantes de la flexibilité du marché du travail. Or, comme nous l'avons vu, cette composante aurait surtout des effets sur les entreprises à bas risque technologique²⁸⁸². Ceci étant, un tel rapport de force accru pourrait avoir des effets sur la localisation de l'IDE par le biais d'autres facteurs, comme l'augmentation du nombre de conflits de travail, la durée des conflits de travail et le niveau des conditions de travail consenties.

(4) *Piquetage secondaire*

Le piquetage secondaire est autorisé au Québec, mais interdit au Massachusetts²⁸⁸³. Le piquetage secondaire est celui qui est dirigé contre une entreprise ou une personne étrangère au conflit de travail en cours, dans le but d'inciter celle-ci à faire pression sur l'employeur afin

²⁸⁸² *Supra*, section III.B.1, p. 119. Plus particulièrement, voir : P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility as a Key Determinant of Foreign Direct Investment : Evidence from the U.K. », *préc.*, note 242, p. 36; P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242, p. 30.

²⁸⁸³ *Supra*, section IV.C.3.a)(5)(d), p. 378.

qu'il règle le différend²⁸⁸⁴. S'il est efficace, le piquetage secondaire nuit économiquement au tiers envers qui il est exercé et, ultimement, à l'employeur directement impliqué dans le conflit de travail²⁸⁸⁵. C'est son objectif premier²⁸⁸⁶. Par conséquent, lorsque le piquetage secondaire est permis sur un territoire donné, les entreprises qui s'y trouvent sont exposées aux conséquences économiques de cette forme de piquetage, et à l'inverse, lorsque le piquetage secondaire est interdit sur un territoire donné, les entreprises qui s'y trouvent n'ont pas à se préoccuper des conséquences économiques de cette forme de piquetage. Le fait que le piquetage secondaire soit permis au Québec et non au Massachusetts pourrait donc avoir pour effet de favoriser la localisation de l'IDE au Massachusetts plutôt qu'au Québec. Ceci étant, nous n'avons recensé aucune étude s'étant intéressée à la question des effets potentiels du piquetage secondaire sur la localisation de l'IDE.

f) Application de la convention collective

Au Québec, l'arbitrage de grief est prévu par la loi et est obligatoire. C'est le seul moyen dont disposent les parties pour trancher les mécontentements qui les opposent quant à l'application ou l'interprétation de la convention collective pendant que celle-ci est en vigueur. Au Massachusetts, l'arbitrage de grief n'est pas prévu par la loi et n'est obligatoire que dans la mesure où la convention collective le prévoit²⁸⁸⁷. C'est le « qui pro quo » à la prohibition des moyens de pression économique pendant la durée de la convention collective. En l'absence d'une clause d'arbitrage de grief dans la convention collective, les tribunaux judiciaires sont compétents pour trancher les griefs. Les parties peuvent également utiliser les moyens de pression économique pour forcer l'autre partie à régler un grief, à moins que la convention collective ne l'interdise. En outre, alors qu'au Québec l'arbitrage de grief est une institution publique dont les fondements sont prévus par la loi, au Massachusetts, l'arbitrage de grief est une institution privée d'origine contractuelle (i.e. convention collective). Ceci a des conséquences importantes sur l'étendue des pouvoirs de l'arbitre de grief et, dans une moindre

²⁸⁸⁴ H. OUIMET, *préc.*, note 369, p. 331.

²⁸⁸⁵ *Id.*

²⁸⁸⁶ Qu'il soit primaire ou secondaire, le piquet de grève entraîne naturellement et normalement un effet perturbateur sur les activités de l'entreprise qui en fait l'objet. Voir : R.P. GAGNON, *préc.*, note 354, p. 654.

²⁸⁸⁷ *Supra*, section IV.C.3.a)(6), p. 379.

mesure, sur la déférence judiciaire accordée à la sentence arbitrale de grief par les tribunaux. Au Québec, la loi et la jurisprudence reconnaissent à l'arbitre de grief de nombreux pouvoirs (i.e. des pouvoirs de plein droit), parmi lesquels le pouvoir d'appliquer et d'interpréter les lois et les règlements, le pouvoir de condamner les parties à payer des dommages et intérêts, des pouvoirs d'ordonnance et le pouvoir de trancher lui-même les questions relatives à sa compétence (questions juridictionnelles). De plus, bien qu'elle soit sujette au pouvoir de révision des tribunaux supérieurs, la sentence arbitrale est sans appel, lie les parties et devient exécutoire sur simple dépôt au greffe de la Cour supérieure²⁸⁸⁸. Au Massachusetts, l'arbitre de grief ne possède généralement que les pouvoirs que les parties ont bien voulu lui confier dans la convention collective. En outre, contrairement à la situation qui prévaut au Québec, il ne possède pas de plein droit le pouvoir de trancher lui-même les questions relatives à sa compétence. Enfin, bien qu'elle fasse l'objet d'une déférence judiciaire importante de la part des tribunaux judiciaires, la sentence arbitrale doit être confirmée par ceux-ci pour être exécutoire.

Comparativement au système massachusettsois, le système québécois est beaucoup plus interventionniste sur la question de l'application de la convention collective. En effet, plutôt que de laisser le choix aux parties d'inclure ou non une clause d'arbitrage de grief dans la convention collective comme c'est le cas au Massachusetts, le droit québécois impose ce mécanisme aux parties et leur interdit de recourir aux moyens de pression pendant la durée de la convention collective. Ceci étant, bien qu'il déroge aux principes de la liberté contractuelle et du laisser-faire économique, le droit du travail québécois favorise la paix industrielle pendant la phase de l'application de la convention collective beaucoup plus que le droit du travail massachusettsois. En principe, cela pourrait constituer un avantage aux fins de la localisation de l'IDE. En pratique, toutefois, la plupart des conventions collectives aux États-Unis prévoient une clause d'arbitrage de grief obligatoire à la dernière étape de la procédure de règlement des griefs et interdisent les moyens de pression pendant la durée de la convention collective²⁸⁸⁹. Ce faisant, la situation québécoise n'est pas véritablement plus avantageuse que

²⁸⁸⁸ C.t., art. 101 et 129.

²⁸⁸⁹ D.E. RAY, C.W. SHARPE et R.N. STRASSFELD, *préc.*, note 1173, §13.01, p. 277.

la situation massachusettsoise, les deux territoires offrant sensiblement les mêmes garanties en matière de paix industrielle pendant la durée de la convention collective.

En outre, le fait que l'arbitrage de grief soit une institution publique et possède de plein droit de nombreux pouvoirs au Québec pourrait présenter certains avantages du point de vue de l'investisseur. En effet, le fait que les principaux pouvoirs de l'arbitre trouvent leur origine dans la loi plutôt que dans la convention collective procure une certaine uniformité et une certaine prévisibilité des règles applicables en la matière. De plus, la nature beaucoup plus large de la compétence et des pouvoirs conférés à l'arbitre par le droit québécois (dont celui d'appliquer les lois du travail et les Chartes) permettent de penser que cette institution présente de meilleures garanties d'efficacité au Québec. Elle a également pour effet de rendre le processus d'application et de mise en œuvre de la convention collective moins litigieux et moins coûteux qu'au Massachusetts et évite le cumul de recours. À cet égard, l'un des principaux inconvénients du système massachusettsois comparativement au système québécois est que l'arbitre de grief ne possède pas de plein droit le pouvoir de trancher lui-même les questions juridictionnelles relatives à sa compétence. En effet, alors qu'au Québec, l'arbitre peut trancher lui-même les questions de cette nature, au Massachusetts, ce sont plutôt les tribunaux judiciaires qui sont habilités à le faire, l'arbitre n'ayant ce pouvoir que lorsque la convention collective le lui accorde expressément. Sur cet aspect, donc, le droit du travail québécois réduit de façon très importante le niveau d'intervention des tribunaux judiciaires dans le processus d'application de la convention collective, ce qui devrait se traduire par une justice moins coûteuse et plus rapide pour les parties à la convention collective. Or, une justice moins coûteuse et plus rapide devrait en principe constituer un avantage non seulement pour le syndicat, mais également pour l'employeur. En ce sens, elle devrait constituer un avantage pour un investisseur éventuel. Ceci étant, on peut se demander si certains employeurs n'auraient pas plutôt avantage à ce que la justice soit la plus coûteuse et la plus dilatoire possible, en raison des ressources financières généralement plus limitées chez les syndicats que chez les employeurs. Ce faisant, ils pourraient obtenir gain de cause « à l'usure ».

3. Les différences observées au niveau de la tradition juridique et du système juridique en général

Une différence importante entre les régimes de droits du travail québécois et massachusettsois concerne leur tradition juridique respective. Alors que le droit du travail québécois s'inscrit dans le cadre d'un système juridique de droit civil, le droit du travail massachusettsois, lui, s'inscrit dans le cadre d'un système juridique de common law²⁸⁹⁰. Dans un régime de droit civil codifié comme celui en vigueur au Québec, les règles du droit commun se retrouvent principalement au Code civil, un ensemble prédéterminé de règles législatives qui s'appliquent à défaut de règles particulières. Dans un régime de common law comme celui en vigueur au Massachusetts, les règles du droit commun doivent plutôt être trouvées dans les précédents jurisprudentiels qui présentent des faits similaires ou, à défaut, dans la Coutume. Il n'existe pas d'ensemble prédéterminé de règles auquel se référer. En somme, un régime de droit civil codifié comme celui en vigueur au Québec utilise une méthode déductive aux fins de développer les règles de droit commun applicables (elles sont développées par le législateur dans le cadre d'un effort de réflexion et de rédaction préalable), tandis qu'un régime de common law comme celui en vigueur au Massachusetts utilise plutôt une méthode inductive pour ce faire (elles sont développées par le tribunal au fur et à mesure que les litiges lui sont soumis).

Un système de droit civil codifié possède l'avantage d'être généralement plus prévisible qu'un système de common law, puisque les règles du droit commun qui s'appliquent à une situation juridique donnée sont généralement connues à l'avance, celles-ci étant prévues au *Code civil*. À l'inverse, un système de common law est généralement moins prévisible, puisqu'il n'est pas ainsi doté d'un ensemble prédéterminé de règles juridiques. En effet, dans le cadre d'un tel système, il appartient au juge de développer les règles de droit commun applicables. Et même en présence de précédents jurisprudentiels, le juge peut toujours s'écarter des solutions retenues en faisant du « *distinguishing* ». Une telle imprévisibilité du droit engendre une incertitude qui peut se traduire en des coûts financiers importants pour les parties en raison du risque plus élevé de litiges et des condamnations

²⁸⁹⁰ *Supra*, section IV.B.3.a), p. 228.

monétaires importantes qui peuvent en découler. Or, considérant que les entreprises tentent habituellement de minimiser l'incertitude et les risques de poursuites coûteuses auxquels elles s'exposent, à cet égard, le Québec pourrait paraître une destination plus intéressante pour l'IDE des entreprises multinationales que le Massachusetts.

Ceci étant, un système de common law est un système qui offre généralement une plus grande flexibilité dans les règles de droit commun applicables qu'un système de droit civil codifié. En effet, dans le cadre d'un tel système, le juge possède une plus grande liberté dans la recherche des solutions aux litiges qui lui sont soumis. Non seulement peut-il créer de nouvelles règles (« judge-made law »), mais encore peut-il écarter les précédents jurisprudentiels qu'il juge inapplicables dans les circonstances (« distinguishing »). À l'inverse, un système de droit civil codifié est généralement considéré comme étant moins flexible qu'un système de common law, puisque le juge n'a généralement pas d'autre choix que d'appliquer telles quelles les règles prévues par le Code civil (qui sont des règles d'origine légale et non jurisprudentielle) même si, à son avis, une autre solution aurait été préférable dans les circonstances. Cette plus grande flexibilité du droit commun massachusettsois pourrait constituer un avantage pour le Massachusetts aux fins de la localisation de l'IDE, les entreprises pouvant considérer cette plus grande malléabilité et cette plus grande adaptabilité du droit commun comme un avantage, celui-ci étant plus pragmatique et permettant davantage de tenir compte des particularités de chaque situation. Or, comme nous l'avons vu, c'est ce même phénomène qui a permis aux tribunaux de développer les exceptions jurisprudentielles à la doctrine de l'*employment at-will* qui, rappelons-le, sont à l'origine d'un nombre important de poursuites coûteuses et imprévisibles contre les employeurs aux États-Unis. En somme, la plus grande flexibilité du droit commun massachusettsois serait également responsable de sa plus grande imprévisibilité et de son caractère beaucoup plus litigieux, caractéristiques qui sont loin d'être favorables à l'IDE.

Au cours des dernières années, un certain nombre d'études se sont intéressées au lien possible entre la tradition juridique d'un système juridique (« *legal origin* ») et sa

compétitivité²⁸⁹¹. Cette littérature est étroitement liée à la problématique de la compétitivité des régimes juridiques et, par conséquent, à la présente thèse. Certaines études ont conclu que les systèmes de common law seraient plus compétitifs que les systèmes de droit civil. Selon Botero et al.²⁸⁹², ce phénomène serait dû au fait que les systèmes de common law et de droit civil utilisent des stratégies différentes pour remédier aux failles du marché (« *market failures* ») et aux externalités qui en résultent. Alors que les systèmes de common law auraient plutôt tendance à se fier au marché et aux règles contractuelles pour ce faire, les systèmes de droit civil auraient plutôt tendance à recourir à la réglementation étatique. En conséquence, dans le domaine du travail et de l'emploi, la réglementation étatique serait beaucoup plus présente, beaucoup plus contraignante et viserait un nombre plus important de facettes de l'emploi dans les pays de droit civil que dans les pays de common law. Or, ceci se traduirait par des effets économiques pervers pour les pays de droit civil et serait donc à leur désavantage²⁸⁹³.

Dans un article publié en 2007²⁸⁹⁴, les auteurs Deakin, Lele et Siems ont fortement contesté les résultats de Botero et al. Selon eux, non seulement cette étude souffrait-elle de problèmes méthodologiques importants, mais elle se fonde sur une conception démodée et superficielle des différences observées entre les systèmes de droit civil et de common law. Reconnaissant que la loi joue un rôle généralement plus grand dans les systèmes de droit civil que dans les systèmes de common law, les auteurs soulignent cependant que l'étude de Botero et al. ne tient pas compte du fait que la plupart des règles applicables dans les secteurs de la finance et du travail ne trouvent par leur source dans le droit commun mais plutôt dans les lois (« *statutes* »). En outre, les auteurs soulignent que des différences dans le contenu du droit sont observées autant entre les pays de common law qu'entre les pays de droit civil, confirmant l'importance prépondérante des institutions nationales à ce chapitre.

²⁸⁹¹ J. BÉLANGER et TRUDEAU, *préc.*, note 141; J.B. AUBY, *La mondialisation, le droit et l'État*, Paris, Montchrestien, 2003, p. 132 et 133; J. BRAITHWAITE et P. DRAHOS, *Global Business Regulation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 246. Voir également la littérature précitée à la note 755.

²⁸⁹² Juan C. BOTERO, Simeon DJANKOV, Rafael LA PORTA, Florencio LOPEZ-DE-SILANES et Andrei SHLEIFER, *The Regulation of Labor*, (2004) 119 *Quarterly Journal of Economics* 1339.

²⁸⁹³ *Id.*

²⁸⁹⁴ S. DEAKIN, P. LELE et M. SIEMS, *préc.*, note 755. Voir également : Mathias M. SIEMS, « Legal Origins : Reconciling Law & Finance and Comparative Law », (2007) 52 *R.D. McGill* 55.

L'appartenance à une tradition juridique ou à l'autre serait donc, en soi, un facteur beaucoup moins important que ne le laisse entendre Botero et al²⁸⁹⁵.

E. Conclusion de la discussion

Notre revue de littérature a révélé que bien que le droit du travail national ne soit pas le facteur le plus important aux fins de la localisation de l'IDE – le premier rang à ce chapitre revenant plutôt aux facteurs associés au marché – il demeure néanmoins un facteur important en raison des effets qu'il a sur les coûts de main-d'œuvre et sur la flexibilité du marché du travail. Notre revue de littérature a également révélé que la flexibilité du marché du travail est elle-même constituée d'un grand nombre de composantes, parmi lesquelles les plus importantes sont la disponibilité d'une main-d'œuvre qualifiée, la flexibilité fonctionnelle, la flexibilité dans le temps de travail (une forme de flexibilité numérique), un bas niveau de réglementation de l'emploi et la facilité de recourir aux formes d'emploi atypiques. Enfin, notre revue de littérature a révélé que des phénomènes qui lui sont généralement associés (comme les systèmes nationaux de relations industrielles) ou qui en font partie intégrante (comme les normes du travail, la législation protectrice de l'emploi, la législation en matière de rapports collectifs, la proportion des travailleurs assujettis au régime de rapports collectifs, etc.) ont des effets attractifs ou répulsifs, selon le cas, sur l'IDE²⁸⁹⁶.

Notre étude de droit comparé nous a permis d'identifier des différences importantes entre les deux systèmes étudiés. Or, bien qu'à de nombreux égards le droit du travail québécois s'avère plus avantageux que le droit du travail massachusettsois aux fins de la localisation de l'IDE, c'est plutôt ce dernier qui, de façon générale, s'avère le plus avantageux à ce chapitre. En effet, dans l'ensemble, le droit du travail québécois est susceptible d'imposer des coûts de main-d'œuvre supérieurs et de réduire la flexibilité du marché du travail davantage que le droit du travail massachusettsois, ce qui, pour l'investisseur rationnel qui recherche les profits à plus ou moins court terme, peut s'avérer un facteur dissuasif important.

²⁸⁹⁵ S. DEAKIN, P. LELE et M. SIEMS, *préc.*, note 755, p. 167.

²⁸⁹⁶ *Supra*, section III.B, p. 118.

Comme nous en discuterons ultérieurement, toutefois, cette conclusion est accompagnée de nombreuses réserves.

Rappelons brièvement les principales conclusions qui ressortent du présent chapitre qui, soulignons-le, consistait à analyser les différences identifiées dans le cadre de notre étude de droit comparé à la lumière des déterminants de la localisation de l'IDE.

Au niveau de la formation du rapport salarial, les droits du travail étudiés s'avèrent tous deux relativement peu interventionnistes. En effet, les parties sont généralement libres de contracter avec qui elles veulent et d'aménager leurs rapports comme elles le souhaitent, sous réserve des pratiques et de motifs particuliers prohibés par la loi. Dans les deux cas, l'employeur peut recourir à volonté aux formes typiques comme aux formes atypiques d'emploi, ce qui, comme nous l'avons vu, a été considéré comme l'une des composantes les plus importantes de la flexibilité du marché du travail²⁸⁹⁷. Une autre composante très importante de la flexibilité du marché du travail est susceptible de jouer au niveau de la formation du rapport salarial : la disponibilité d'une main-d'œuvre qualifiée et éduquée. Or, à ce chapitre, les deux territoires offrent des conditions relativement comparables. En somme, donc, en ce qui a trait à la formation du rapport salarial, les deux systèmes s'avèrent également attractifs pour l'IDE, les deux systèmes adoptant essentiellement une politique de laisser-faire et donnant accès à une main-d'œuvre qualifiée et éduquée.

Au niveau du contenu du rapport salarial, des différences importantes ont été identifiées, celles-ci favorisant généralement le Massachusetts au détriment du Québec. En effet, à ce chapitre, le droit du travail québécois s'avère plus interventionniste que le droit du travail massachusettsois, prévoyant notamment des normes du travail beaucoup plus nombreuses et beaucoup plus généreuses en faveur des salariés²⁸⁹⁸. En outre, le droit du travail intervient à l'égard d'un nombre beaucoup plus élevé de sujets en lien avec l'emploi, comme la langue du travail, l'équité salariale, la formation et la qualification de la main-d'œuvre et les

²⁸⁹⁷ *Supra*, section III.B.1, p. 119, et plus particulièrement: P.B. WHYMAN et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *préc.*, note 242, p. 28.

²⁸⁹⁸ Le Québec prévoit des normes plus avantageuses en matière de jours fériés et de congés sociaux, familiaux et médicaux. Il prévoit également des normes du travail qui n'existent pas au Massachusetts, comme la durée maximale du travail, le congé annuel payé et les règles applicables en matière de harcèlement psychologique.

prestations parentales, pour ne nommer que celles-là. De façon générale, donc, il en résulte des obligations et des contraintes additionnelles pour l'employeur qui choisit d'élire domicile au Québec, lesquelles se traduisent vraisemblablement par des coûts de main-d'œuvre potentiellement plus élevés et une flexibilité du marché du travail moindre, notamment en matière de flexibilité du temps de travail et de niveau de réglementation²⁸⁹⁹. Certaines lois du travail peuvent aussi se traduire par des avantages pour l'employeur et, par conséquent, constituer un avantage aux fins de la localisation de l'IDE. Cependant, il n'en sera généralement ainsi que dans la mesure où les avantages qui en découlent compensent en totalité les inconvénients. Finalement, le fait qu'une plus grande proportion des travailleurs soit couverte par une convention collective au Québec qu'au Massachusetts fait en sorte que davantage de travailleurs bénéficient des conditions de travail plus généreuses et d'un encadrement plus serré des droits de direction de l'employeur. Or, une telle perspective est généralement peu attrayante pour un investisseur. En effet, des conditions de travail plus généreuses et des contraintes plus importantes pour l'employeur signifient généralement des coûts de main-d'œuvre plus élevés et une moins grande flexibilité du marché du travail, en particulier au niveau de la flexibilité numérique (incluant notamment la flexibilité dans le temps de travail), de la flexibilité fonctionnelle et de la flexibilité dans les coûts de main-d'œuvre.

Au niveau de la rupture du rapport salarial, des différences encore plus importantes ont été identifiées. En effet, le droit du travail québécois encadre de façon beaucoup plus stricte la rupture du rapport salarial que ne le fait le droit du travail massachusettsois. Alors qu'au Massachusetts, un employeur peut mettre fin à un CDI sans formalité ni indemnité pour quelque motif que ce soit, au Québec, il ne peut le faire que moyennant un délai de congé raisonnable dont la durée ne peut être inférieure aux minimas prévus par la loi. Alors qu'au Massachusetts, un employeur peut résilier un CDD avant son terme pour des motifs liés au salarié, pour des motifs d'affaires ou pour des motifs économiques (« just cause »), au Québec, il ne peut le faire que pour des motifs liés au salariés (« motif sérieux »). Alors qu'au Québec,

²⁸⁹⁹ La flexibilité du temps de travail et le faible niveau de réglementation du travail sont deux composantes importantes de la flexibilité du marché du travail. Pour plus de détails, voir : *Supra*, section III.B.1, p. 119.

un employeur ne peut congédier un salarié qui justifie de 2 ans de service continu que pour une cause juste et suffisante dont la preuve lui incombe, au Massachusetts, il n'a aucune obligation de justifier un tel congédiement. Alors qu'au Québec, l'obligation de donner un avis de licenciement collectif aux autorités compétentes s'applique à un grand nombre d'employeurs et de situations, au Massachusetts, elle ne s'applique qu'à un nombre limité d'employeurs et de situations. Notons que bien qu'elle soit présente dans les deux territoires, l'obligation de donner un avis aux autorités compétentes et aux travailleurs ou à leur représentant en cas de licenciement collectif s'applique à un plus grand nombre d'employeurs et de situations au Québec qu'au Massachusetts. Enfin, notons que le taux de présence syndicale beaucoup plus élevé au Québec qu'au Massachusetts fait en sorte que davantage de travailleurs bénéficient des mesures de protection d'emploi prévues aux conventions collectives, qui sont généralement plus généreuses que celles prévues par la loi. Or, de telles mesures de sécurité d'emploi sont susceptibles d'avoir une influence négative sur la localisation de l'IDE au Québec. En effet, elles se traduisent en une moins grande flexibilité du marché du travail – plus particulièrement au niveau de la flexibilité numérique et du niveau de réglementation – et, éventuellement, en des coûts de main-d'œuvre plus élevés pour l'employeur. Ceci est confirmé par les études économiques qui ont porté sur les effets des restrictions en matière de mise à pied ou de licenciement sur la localisation de l'IDE. Les résultats des études portant sur les effets de la législation protectrice de l'emploi sur la localisation de l'IDE que rapporte la littérature sont toutefois plus mitigés. Ceci étant, la situation massachusettsoise est loin d'être idéale, même pour les employeurs. En effet, au cours des années, les tribunaux ont développé d'importantes exceptions à la doctrine de l'*employment at-will*, en vertu desquelles les salariés disposent de recours fondés sur la common law à l'encontre de leurs ex-employeurs lorsqu'ils sont congédiés dans certaines circonstances particulières²⁹⁰⁰. Or, de tels recours exposent les employeurs à des poursuites aux résultats imprévisibles et potentiellement très coûteuses, avec les conséquences qu'on peut imaginer sur la localisation de l'IDE.

²⁹⁰⁰ *Supra*, section IV.B.2.d)(2)(b), p. 218. Ces exceptions sont la « public policy exception », la « covenant of good faith and fair dealing exception » et la « implied contract exception ».

Au niveau des aspects constitutionnels, notre étude de droit comparé a révélé que le droit du travail applicable aux États-Unis est très variable d'un État fédéré à l'autre et que la détermination des règles de droit du travail applicables à une situation donnée est généralement plus complexe qu'au Canada. Or, un tel degré de complexité du droit entraîne un niveau d'incertitude plus élevé et des coûts plus élevés pour l'entreprise, ce qui est généralement défavorable à l'IDE. Toutefois, notre étude a révélé que la protection constitutionnelle des droits et libertés individuels aux États-Unis a favorisé une approche législative dans le domaine du travail beaucoup moins interventionniste qu'au Canada, ce qui est plutôt favorable à l'IDE, un faible niveau de réglementation étant une composante importante de la flexibilité du marché du travail.

Notre étude de droit comparé a révélé que les rapports collectifs sont beaucoup plus encadrés par la loi au Québec qu'au Massachusetts, où le régime s'en remet davantage à la volonté des parties. Cette tendance a été observée à plusieurs niveaux, mais plus particulièrement au niveau de la négociation collective, des moyens de pression économiques, de l'arbitrage de grief et du financement syndical. Or, le caractère contraignant du système de relations industrielles dans son ensemble est un facteur qui a généralement un effet négatif sur la localisation de l'IDE. De plus, un niveau élevé de réglementation dans le domaine du travail est généralement perçu négativement par les investisseurs. En outre, le régime québécois semble favoriser la syndicalisation et la conclusion de conventions collectives davantage que le régime massachusettsois. Or, considérant que la présence de rapports collectifs dans une entreprise entraîne généralement des coûts de main-d'œuvre plus élevés et une flexibilité marché du travail inférieure – et considérant que ces désavantages ne sont pas toujours compensés par des gains en matière de productivité – on peut croire qu'un tel régime soit considéré plutôt négativement par les investisseurs. Ceci est d'ailleurs confirmé par la littérature empirique sur les déterminants de la localisation de l'IDE, une majorité d'études ayant conclu à des effets négatifs significatifs du taux de présence syndicale sur l'IDE.

Finalement, notre étude de droit comparé a révélé que bien que le droit du travail massachusettsois soit généralement plus flexible que le droit du travail québécois – en raison, notamment, de la moins grande intervention du législateur dans les conditions de travail et de la tradition du système juridique – le droit du travail québécois est généralement plus

prévisible, moins litigieux et expose les employeurs à des poursuites moins coûteuses. Considérant que les investisseurs cherchent normalement à minimiser l'instabilité et l'incertitude – qu'elle soit politique, économique ou juridique – la situation québécoise à cet égard paraît donc plus avantageuse que la situation massachusettsoise aux fins de la localisation de l'IDE²⁹⁰¹.

Ce bref rappel des principales conclusions du présent chapitre nous permet d'affirmer qu'à la lumière de la littérature recensée, le droit du travail québécois est généralement moins favorable à l'investissement direct étranger que le droit du travail massachusettsois. En effet, c'est un droit qui s'avère potentiellement plus coûteux pour l'employeur et moins flexible que le droit du travail massachusettsois. En outre, c'est un droit dont plusieurs composantes sont reconnues empiriquement pour avoir des effets négatifs sur la localisation de l'IDE.

Ceci étant, il est important de souligner l'utilisation du qualificatif « généralement » dans l'affirmation que nous avons faite précédemment. En effet, le droit du travail québécois n'a pas que des effets négatifs sur la localisation de l'IDE. Il a aussi, à certains égards, des effets positifs. Ainsi, certaines différences observées entre les territoires étudiés auraient pour effet de favoriser la localisation de l'IDE au Québec plutôt qu'au Massachusetts. C'est le cas, par exemple, du caractère beaucoup moins complexe, moins litigieux et plus prévisible du droit du travail québécois.

En outre, bien qu'il soit généralement plus interventionniste que le droit du travail massachusettsois, le droit du travail québécois demeure relativement peu interventionniste à l'échelle de la planète et à ce titre, présente beaucoup de similarités avec le droit du travail massachusettsois. En d'autres termes, le fait que le droit du travail québécois soit « généralement moins favorable » à l'IDE que le droit du travail massachusettsois ne signifie pas qu'il ne soit pas favorable à l'IDE. Au contraire, lorsqu'on le compare à celui de certains pays d'Europe, c'est un droit qui impose relativement peu de formalités et de contraintes aux

²⁹⁰¹ Le risque élevé de poursuites judiciaires et l'instabilité et l'incertitude associés au système juridique américain sont souvent cités comme des désavantages associés à l'exploitation d'une entreprise aux États-Unis. Voir : J. BÉLANGER et G. TRUDEAU, *préc.*, note 139, 450.

employeurs et qui risque ainsi d'apparaître plutôt favorable à l'IDE²⁹⁰². Cependant, lorsqu'on le compare au droit en vigueur aux États-Unis, l'un des pays où le droit du travail est le moins protecteur au monde, le droit du travail québécois apparaît comme plus coûteux et plus contraignant pour les employeurs et, par conséquent, moins favorable à l'IDE.

Le fait que le droit du travail québécois soit généralement moins favorable à l'IDE que le droit du travail massachusettsois ne doit toutefois pas nous faire oublier que le droit du travail n'est qu'un facteur parmi d'autres dans le cadre de la décision de localisation. En effet, notre revue de littérature sur les déterminants de la localisation de l'IDE a révélé que la localisation de l'IDE dépend d'un grand nombre de facteurs. Certains d'entre eux sont associés à la demande, comme la taille et la croissance du marché, l'accès aux marchés régionaux et mondiaux, la structure des marchés et les préférences particulières de la clientèle desservie. D'autres sont associés aux coûts, comme les coûts liés à la corruption et à l'inefficacité administrative, les taux de change, les barrières tarifaires et non-tarifaires, les coûts de transaction, les taux d'intérêt, le coût des matières premières, le coût des infrastructures, les taux de salaire et les coûts liés au marché du travail et à la présence de syndicats. D'autres sont associés aux caractéristiques particulières des pays-hôtes (facteurs nationaux spécifiques), comme les règles d'entrée et d'opération des entreprises étrangères, la concurrence, la politique commerciale, la politique fiscale, les incitatifs à l'investissement, la disponibilité des matières premières, la main-d'œuvre spécialisée, les économies d'échelles, les actifs technologiques, les infrastructures ainsi que les réseaux et les agglomérations de fournisseurs. D'autres, enfin, sont associés au risque, comme la stabilité économique (croissance, inflation, etc.), la stabilité sociale, la stabilité politique, les politiques relatives à la structuration et au fonctionnement des marchés, les accords internationaux de commerce et d'investissement et les possibilités de privatisation²⁹⁰³. En somme, le processus de localisation

²⁹⁰² ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE, *Perspectives de l'emploi de l'OCDE 2013*, p. 84, en ligne : <http://www.oecd.org> (consulté le 10 septembre 2013). Notons que cette étude compare le Canada (et non le Québec) aux autres pays de l'OCDE et qu'elle s'intéresse plus particulièrement à la question de la protection d'emploi.

²⁹⁰³ *Supra*, section III.A, p. 90.

de l'IDE est un processus complexe et multifactoriel et il faut éviter de tirer des conclusions sur la base d'un seul facteur, comme le droit du travail national.

Les entreprises qui s'établissent aux États-Unis et au Canada ne le font généralement pas pour des considérations de droit du travail. En effet, ces pays peuvent difficilement concurrencer avec les pays en développement sur cette base, étant tous deux des pays industrialisés dotés de conditions de travail relativement élevées. D'autres facteurs sont généralement à l'œuvre, qu'il s'agisse de la taille et de la croissance du marché, de l'accès et du coût des matières premières, de la qualité et du coût des infrastructures, de l'accès à une main-d'œuvre qualifiée ou des effets d'agglomération, pour ne nommer que ceux-là. Or, le Québec possède des avantages comparatifs que ne possède pas le Massachusetts (l'inverse est aussi vrai). Il est donc susceptible de tirer son épingle du jeu au chapitre de l'IDE, du moins, dans les secteurs d'activités ou dans les types d'IDE où ces avantages concurrentiels importent et peuvent être exploités. À titre d'exemple, le Canada (et par conséquent, le Québec) possède des avantages concurrentiels associés à la qualité de son environnement institutionnel, de son système de santé, de son système d'éducation primaire, de son système d'éducation supérieure et de son secteur bancaire et financier. Le système d'assurance-maladie universel canadien est également considéré comme un avantage concurrentiel important, en particulier pour les entreprises qui paient des assurances-maladie privées à leurs employés²⁹⁰⁴. On pourrait ajouter à cela les avantages concurrentiels associés à ses ressources naturelles. En somme, on peut s'attendre à ce qu'une réglementation du travail imposante et contraignante ait un effet négatif relativement limité sur la localisation de l'IDE, en particulier dans des États comme le Québec et le Canada, qui possèdent des avantages concurrentiels comme de bonnes infrastructures, une grande stabilité politique, des institutions légales fonctionnelles et l'accès à des marchés relativement riches²⁹⁰⁵. Ceci étant, dans les secteurs d'activités ou dans les types d'IDE où le Québec ne possède pas d'avantages concurrentiels ou n'est pas le seul à disposer de tels avantages, d'autres facteurs, comme le droit du travail, par exemple, sont effectivement

²⁹⁰⁴ K. BANKS, *préc.*, note 104, 449.

²⁹⁰⁵ *Id.*, p. 432 et 433.

susceptibles d'entrer en ligne de compte afin de départager lequel des pays hôte potentiel recevra l'IDE.

Notre revue de littérature a également révélé que tous ces facteurs n'ont pas une importance égale et qu'il y aurait une interaction et une interdépendance entre ceux-ci. En effet, l'importance relative des déterminants de la localisation de l'IDE varie elle-même en fonction d'autres facteurs, comme le secteur d'activité de l'entreprise (secteur manufacturier ou des services), son niveau de risque technologique (élevé, moyen, bas), sa stratégie de base (stratégie de différenciation / de niche ou stratégie de bas coûts de production), sa taille (PME vs grande entreprise), la motivation de l'IDE (marché, ressources, efficacité, compétitivité globale), le type d'IDE (start-up vs acquisition, nouveau vs subséquent) l'horizon d'investissement de l'IDE (court, moyen ou long terme), l'étape du processus décisionnel relatif à la localisation de l'IDE (étape initiale vs étape finale), l'époque de l'investissement (aujourd'hui vs il y a 30 ans) et le niveau de développement économique du pays hôte (un pays industrialisé ou un pays en développement), pour ne nommer que ceux-là.

La motivation (i.e. l'objectif) de l'IDE est un facteur particulièrement important à ce chapitre. Lorsque l'IDE est motivé par des considérations de marché (« *market-seeking FDI* »), les principaux déterminants de sa localisation sont la taille et la croissance du marché, le revenu par habitant et l'accès aux marchés régionaux et internationaux adjacents. Lorsqu'il est motivé par des considérations d'accès aux ressources (« *resources/asset-seeking FDI* »), les principaux déterminants de sa localisation sont la disponibilité de la matière première, de la main-d'œuvre (qualifiée ou non qualifiée, selon le cas), de la technologie et des infrastructures physiques. Lorsqu'il est motivé par des considérations d'efficacité (« *efficiency-seeking FDI* »), les principaux déterminants de sa localisation sont le coût des matières premières, le coût de main-d'œuvre (ajustés en fonction de la productivité), le coût de la technologie, le coût des infrastructures physiques, les coûts de transport et de communication et la participation du pays hôte à un accord d'intégration économique régionale. Enfin, lorsque l'IDE est motivé par des considérations de compétitivité (« *competitiveness-enhancing FDI* ») – une motivation qui combine les trois motivations de base de l'IDE (marché, ressources, efficacité) et qui est surtout présente auprès des entreprises qui adoptent des stratégies d'intégration complexes

(chaînes de production mondialisées) – les principaux déterminants de sa localisation sont une combinaison des déterminants de la localisation des trois types de motivation précédents.

Le secteur d'activité a également une grande importance à cet égard. À titre d'exemple, le droit du travail national n'aura pas la même importance dans la décision de localisation de l'IDE d'une multinationale qui œuvre dans le domaine du textile que d'une multinationale qui œuvre dans le domaine de la microélectronique (i.e. secteurs d'activités différents). En effet, les besoins en terme de main-d'œuvre sont différents: la première aura surtout recours à de la main-d'œuvre non spécialisée et peu coûteuse, tandis que la deuxième aura plutôt recours à de la main-d'œuvre qualifiée beaucoup plus coûteuse. Les effets du droit du travail national sur les conditions de travail risquent de se faire davantage sentir sur la première entreprise – principalement par le biais des normes minimales du travail – que sur la deuxième entreprise, où le niveau des conditions de travail sera davantage influencé par les règles du marché que par les normes minimales du travail. En conséquence, le Canada et les États-Unis ont davantage de chance d'attirer l'IDE de la deuxième entreprise que l'IDE de la première entreprise.

On pourrait poursuivre avec de multiples autres exemples. Mais ce sur quoi il faut insister, c'est que les déterminants de la localisation de l'IDE sont non seulement multiples, mais que leur importance relative varie selon d'autres facteurs, et plus particulièrement les caractéristiques de l'entreprise, de l'investissement et des pays-hôtes potentiels. Or, ceci est également vrai pour le droit du travail national. Par conséquent, on doit garder à l'esprit que bien qu'il puisse avoir de l'importance, le droit du travail national n'est qu'un facteur parmi d'autres et, surtout, est un facteur dont l'importance varie d'une entreprise à l'autre, d'un secteur d'activité à l'autre et d'un investissement à l'autre.

Conclusion

Notre thèse s'est intéressée à la question de savoir si le droit du travail américain est plus favorable à l'investissement direct étranger que le droit du travail québécois. Pour des raisons de faisabilité, toutefois, notre thèse n'a pu porter sur l'ensemble du droit du travail américain et s'est limitée à étudier le droit du travail en vigueur au sein d'un seul État fédéré américain : le Massachusetts. Ceci nous a permis d'étudier non seulement le droit du travail fédéral américain, mais également le droit du travail étatique en vigueur au sein d'un État fédéré qui présente de nombreuses similarités avec le Québec. En somme, dans le cadre de notre thèse nous avons tenté de déterminer si les différences et les similitudes observées entre le droit du travail québécois et le droit du travail massachusettsois sont susceptibles de décourager l'IDE entrant au Québec en contexte d'intégration économique avec les États-Unis ou si, au contraire, le Québec est capable de tirer son épingle du jeu à ce chapitre.

L'une des raisons qui nous a poussé à réaliser cette étude était de vérifier si le discours tenu par les groupes de pression pro-patronaux et néolibéraux selon lequel le droit du travail québécois est moins attrayant pour les investisseurs que le droit du travail américain était fondé. En effet, ces groupes prétendent que les règles de droit du travail québécois sont trop rigides et ne permettent pas aux entreprises situées au Québec d'être aussi concurrentielles que les entreprises situées aux États-Unis. Selon eux, il est normal qu'en contexte d'intégration économique, les entreprises établissent leurs activités au sein des territoires où les règles de droit du travail sont les moins contraignantes, en l'occurrence, les États-Unis. Ainsi, notre thèse tente de déterminer si les différences et les similitudes observées entre les droits du travail québécois et massachusettsois ont pour effet de décourager l'IDE entrant au Québec en contexte d'intégration économique avec les États-Unis ou si, au contraire, elles n'ont qu'une importance marginale. En somme, notre thèse propose de mieux comprendre les contraintes et les opportunités que le droit du travail québécois offre aux entreprises multinationales comparativement au droit du travail applicable au Massachusetts.

Pour ce faire, nous avons adopté une démarche en trois étapes. Tout d'abord, nous avons effectué une revue de littérature sur les déterminants de la localisation de l'IDE afin de clarifier l'importance du droit du travail national dans les décisions d'investissement des

entreprises multinationales (chapitre III). Ensuite, nous avons effectué une étude de droit comparé entre le droit du travail québécois et le droit du travail applicable au Massachusetts afin d'en identifier les principales différences et similitudes (chapitre IV). Enfin, nous avons analysé les différences et les similitudes observées dans le cadre de notre revue de droit comparé à la lumière des déterminants de la localisation de l'IDE identifiés à l'occasion de notre revue de littérature afin de déterminer si le droit du travail québécois s'avère effectivement moins favorable à l'IDE que le droit du travail applicable au Massachusettis (chapitre V).

Au chapitre V, où nous avons analysé les résultats de notre étude de droit comparé en fonction de la littérature sur les déterminants de la localisation de l'IDE, nous en sommes arrivés à la conclusion que, dans l'ensemble, le droit du travail québécois est effectivement moins favorable à l'IDE que le droit du travail massachusettsis. En effet, le droit du travail québécois est généralement plus contraignant pour les employeurs que son homologue massachusettsis, en particulier au niveau du contenu du rapport salarial et de sa rupture, et davantage encore en contexte de rapports collectifs. Or, les coûts de main-d'œuvre et les différentes formes de flexibilité du marché du travail (flexibilité numérique, flexibilité fonctionnelle, flexibilité dans les coûts de main-d'œuvre) sont des facteurs importants de la localisation de l'IDE. En outre, de nombreuses caractéristiques du droit du travail québécois sont associées à des effets négatifs significatifs sur la localisation de l'IDE, dont son niveau élevé d'intervention dans la détermination des conditions de travail, son niveau de protection d'emploi élevé, son régime de rapports collectifs favorable à la syndicalisation, voire aux syndicats, et son taux de présence syndicale élevée, pour ne nommer que celles-là. Il est vrai qu'à certains égards, le droit du travail québécois est fortement comparable au droit du travail massachusettsis et ne devraient par conséquent avoir d'effet négatif sur l'IDE. C'est le cas, par exemple, au niveau de la formation du rapport salarial, où les principes de la liberté contractuelle et du laisser-faire sont de mise au sein des deux territoires. Il est également vrai qu'à d'autres égards, le droit du travail québécois pourrait même être considéré comme plus favorable à l'IDE que son cousin américain. C'est le cas, par exemple, de son caractère moins complexe, plus prévisible et moins litigieux. Dans l'ensemble, toutefois, le droit du travail québécois est effectivement moins favorable à l'IDE que le droit du travail massachusettsis.

Ceci étant, une conclusion importante de notre thèse est que le droit du travail national n'est qu'un facteur parmi d'autres dans la décision de localisation de l'IDE. En effet, la localisation de l'IDE dépend d'un grand nombre de facteurs, dont certains sont associés à la demande, d'autres aux coûts, d'autres aux caractéristiques des pays-hôtes, et d'autres, enfin, au risque. Ce n'est donc pas parce que le droit du travail québécois est moins favorable à l'IDE que le Québec n'est pas en mesure de tirer son épingle du jeu à ce chapitre. Le processus de localisation de l'IDE est un processus complexe et multifactoriel et il faut éviter de tirer des conclusions sur la base d'un seul facteur, comme le droit du travail national. D'ailleurs, les entreprises qui s'établissent aux États-Unis et au Canada ne le font habituellement pas pour des considérations associées au droit du travail. D'autres facteurs sont généralement à l'œuvre. Or, le Québec possède des avantages comparatifs que ne possède pas le Massachusetts et est donc susceptible de tirer son épingle du jeu au chapitre de l'IDE, du moins, dans les secteurs d'activités ou dans les types d'IDE où ces avantages concurrentiels sont valorisés et sont susceptibles d'être exploités. Il est vrai, cependant, que dans la mesure où le Québec ne possède pas d'avantages concurrentiels particuliers à faire valoir, d'autres facteurs, comme le droit du travail, peuvent effectivement entrer en ligne de compte et venir brouiller les cartes.

Une autre conclusion importante de notre thèse est qu'à l'instar des autres déterminants de la localisation de l'IDE, le droit du travail national a une importance relative qui varie en fonction d'autres facteurs, comme le secteur d'activité de l'entreprise, son niveau de risque technologique, sa stratégie de base, sa taille, la motivation de l'IDE et le niveau de développement économique du pays hôte, pour ne nommer que ceux-là. En somme, non seulement les déterminants de la localisation de l'IDE n'ont-ils pas tous la même importance d'emblée, mais leur importance respective varie en fonction des circonstances particulières de l'investissement. Cela est également vrai du droit du travail national.

Ceci étant, analyser l'attractivité d'un droit du travail national donné sous le seul angle des déterminants de l'IDE comporte des limites importantes. En effet, la littérature sur les déterminants de la localisation de l'IDE adopte exclusivement le point de vue de l'investisseur rationnel dont l'objectif est de maximiser les profits à plus ou moins court terme pour le bénéfice des actionnaires; elle ne se soucie guère du point de vue des travailleurs, des

syndicats et de la société en général. Ainsi, cette littérature a-t-elle tendance à mettre l'accent sur les impacts économiques du droit du travail au détriment de ses impacts sociaux. En somme, cette littérature tend à négliger la question des coûts sociaux que le droit du travail permet de prévenir. Ce faisant, elle dénature le phénomène du droit du travail en ne considérant qu'une facette de ses fonctions.

On ne peut nier que l'une des fonctions du droit du travail est de participer au bon déroulement de l'économie en permettant aux entreprises d'exercer leurs activités et de s'adonner au commerce. Mais le droit du travail a d'autres fonctions, toutes aussi importantes, sinon plus, que le bon fonctionnement de l'économie et de l'entreprise. Il a également pour fonctions de protéger les travailleurs salariés, d'organiser les milieux de travail et de participer au développement de l'emploi²⁹⁰⁶. Or, ces autres fonctions du droit du travail visent, entre autres choses, à prévenir les coûts sociaux pouvant résulter de la relation d'emploi. Ainsi, le droit du travail cherche à assurer la protection physique des salariés, à leur procurer une certaine sécurité d'emploi et une certaine sécurité économique, à limiter la durée du travail et à assurer leur dignité. Il vise également à permettre une certaine forme de distribution de la richesse et, ce faisant, à assurer une société plus égalitaire.

On ne peut blâmer les entreprises de vouloir être soumises à un droit du travail peu coûteux et peu contraignant. On ne peut non plus les blâmer de tenir un discours dont le but est de convaincre les législateurs – si ce n'est la société toute entière – qu'un droit du travail trop protecteur risque de nuire à l'IDE et, par le fait même, à l'emploi. En effet, on ne peut leur reprocher de vouloir défendre et promouvoir leurs propres intérêts. Toutefois, la perspective de l'entreprise ne peut dicter la grille d'analyse selon laquelle le droit du travail national doit être évalué lorsqu'il s'agit d'en évaluer la pertinence. D'ailleurs, on ne doit pas oublier que le droit du travail a aussi pour fonctions de protéger les travailleurs salariés et de participer au développement de l'emploi. La question du fonctionnement de l'économie et de l'entreprise n'est qu'une fonction du droit du travail parmi d'autres.

²⁹⁰⁶ Pour les fonctions du droit du travail, voir : *Supra*, section I.A.1.b), p. 15.

Au Québec, la société a fait le choix de se doter d'un droit du travail plus protecteur que celui du Massachusetts. Elle a décidé d'insister davantage sur sa fonction protectrice et de distribution de la richesse, au risque de sacrifier un peu sa fonction économique. Alors peut-être notre droit du travail a-t-il effectivement certaines conséquences négatives sur l'IDE, mais ce que nous perdons à ce chapitre, nous le récupérons à un autre niveau, vraisemblablement au niveau des coûts sociaux à moyen et à long terme.

Prenons un exemple récent de coût social qui n'a rien à voir avec le domaine du travail mais qui a frappé l'imaginaire collectif québécois : la tragédie ferroviaire de Lac-Mégantic. Dans la nuit du 6 juillet 2013, un train de la compagnie *Montreal Maine and Atlantic* (MMA) composé de 5 locomotives et de 72 wagons-citernes remplis de pétrole brut a roulé sans conducteur vers Lac-Mégantic avant d'exploser et de mettre le feu à plusieurs bâtiments dans le centre-ville de la municipalité. En plus d'avoir coûté la vie à 47 personnes, cette catastrophe a dévasté le centre-ville de Lac-Mégantic et a entraîné un déversement de pétrole dans la rivière Chaudière, qui alimente en eau potable un grand nombre de municipalités des environs. Les hypothèses qui permettent d'expliquer cette catastrophe sont à l'effet que le train aurait été conduit par un seul mécanicien de locomotive plutôt que deux – la compagnie ayant été exemptée de l'application de cette règle – que le nombre de freins à main activés pour immobiliser le train avant sa course folle aurait été insuffisant, que certains de ces freins à main se seraient révélés inefficaces et que les wagons-citernes qui formaient le convoi ne rencontraient pas les normes de sécurité en vigueur. Tous ces éléments se seraient conjugués pour provoquer la tragédie qu'on a connue par la suite. Depuis cette tragédie, tous les experts s'entendent pour dire que cette catastrophe aurait pu être évitée si la réglementation gouvernementale du secteur ferroviaire avait été plus contraignante et si elle avait été appliquée plus rigoureusement par les autorités. Or, cette situation a été tolérée afin de permettre à des compagnies ferroviaires de moindre envergure – comme MMA – de continuer d'opérer d'anciens tronçons de voies ferrées et de demeurer en activité, malgré des lacunes majeures en matière de sécurité.

En somme, la tragédie de Lac-Mégantic est un parfait exemple des dangers que comportent la déréglementation et l'application laxiste de la réglementation existante en termes de coûts sociaux pour la société. Bien qu'elle puisse être rentable à court et moyen

terme en raison des investissements, de l'activité économique et des emplois qu'elle engendre, une telle solution comporte d'importants risques de coûts sociaux à long terme. Dans le cas de Lac-Mégantic, ces coûts sociaux prennent la forme de pertes en vies humaines, de familles décimées, de dommages matériels, de dommages environnementaux, de dommages à l'économie locale et de pertes d'emploi. Enfin, en cas de faillite de l'entreprise et à défaut de couverture d'assurance suffisante, c'est la société québécoise toute entière qui devra assumer ces coûts.

Dans le domaine du travail et de l'emploi, les coûts sociaux associés à une réglementation insuffisante ou déficiente ne prennent généralement pas une forme aussi dramatique que dans l'exemple de Lac-Mégantic. Au contraire, ces coûts sociaux sont beaucoup plus insidieux et on ne se rend généralement compte de leurs effets négatifs qu'à beaucoup plus long terme. Or, ils n'en demeurent pas moins bien réels et tout aussi dommageables pour la société. Ainsi, une réglementation du travail déficiente (i.e. insuffisamment protectrice) peut avoir des conséquences sur la santé et la sécurité des travailleurs (épuisement professionnel, dépressions, suicides, accidents de travail), sur leur sécurité économique (travailleurs pauvres, travailleurs atypiques, chômage), sur l'équilibre travail-vie personnelle, sur leur motivation et sur leur productivité.

Le droit du travail n'a donc pas pour seule fonction de favoriser le bon fonctionnement de l'économie et de permettre aux entreprises de fonctionner. Il remplit d'autres fonctions, comme celles de protéger les travailleurs salariés, de participer au maintien et au développement de l'emploi et de redistribuer la richesse au sein de la société. En d'autres termes, lorsqu'il est question de droit du travail, il y a d'autres considérations en jeu que les seuls effets du droit du travail sur la localisation de l'IDE des entreprises et sur la facilité de faire des affaires au sein d'un territoire donné; il y a toute la question des conséquences socio-économiques et des coûts sociaux qui peuvent découler d'un système où la réglementation du travail est déficiente ou dont la mise en œuvre n'est pas assez rigoureuse.

Or, à ce niveau, tout est une question de valeurs, de choix et de compromis. Ainsi, certaines sociétés préféreront se doter d'un droit du travail peu interventionniste et peu protecteur afin de favoriser le fonctionnement de leur économie et favoriser la réussite

commerciale de leurs entreprises. En contrepartie, toutefois, elles risquent de devoir assumer des coûts sociaux plus importants à moyen et à long terme. D'autres sociétés préféreront se doter d'un droit du travail plus interventionniste et plus protecteur afin de limiter les conséquences socio-économiques qui peuvent découler d'une réglementation du travail déficiente. En contrepartie, toutefois, elles assument le risque que certaines entreprises, voire des secteurs d'activités entiers, refusent de s'installer sur leur territoire ou, pire, quittent leur territoire, avec les conséquences économiques que cela comporte. En effet, comme nous l'avons vu, certains secteurs d'activités économiques s'accommodent beaucoup moins d'un droit du travail plus réglementé.

La société québécoise a fait le choix de se doter d'un droit du travail plus protecteur que celui du Massachusetts. Elle a décidé d'insister davantage sur sa fonction protectrice et de distribution de la richesse, au risque de sacrifier en partie sa fonction économique. Ce faisant, il est possible que ce droit du travail plus protecteur et plus contraignant ait des conséquences défavorables sur l'IDE, mais ce que la société québécoise perd à ce chapitre, elle le récupère à un autre niveau, vraisemblablement au niveau des coûts sociaux à moyen et à long terme. Ceci étant, les entreprises multinationales ont toujours investi au Québec et continueront vraisemblablement de le faire puisque le droit du travail national n'est qu'un facteur parmi d'autres dans le cadre de la décision de localisation de l'IDE. Le Québec possède de nombreux autres avantages concurrentiels sur lesquels il peut miser pour attirer l'IDE des entreprises multinationales. De plus, le droit du travail est un facteur dont l'importance relative varie selon les circonstances particulières de l'investissement, du secteur d'activité et de l'entreprise. Ses effets risquent donc d'être plus ou moins importants selon le cas. Enfin, comparativement au droit du travail en vigueur dans de nombreux autres pays industrialisés, le droit du travail québécois demeure relativement peu contraignant et relativement peu coûteux pour les entreprises de façon générale. C'est surtout lorsqu'on le compare au droit en vigueur chez son voisin du Sud que ses caractéristiques protectrices sont ramenées à l'avant plan. En somme, le contenu du droit du travail relève d'un choix de société et c'est en considérant l'ensemble des caractéristiques d'une société (i.e. l'ensemble des facteurs pertinents) que les décisions de localisation de l'IDE sont prises. Isoler le droit du travail des autres variables

pertinentes est inapproprié, puisque cela omet les autres caractéristiques de la société considérée.

En vertu d'un discours très populaire à l'heure actuelle, la mondialisation des marchés aurait pour effet de rendre obsolète la réglementation et les politiques publiques nationales du travail et de la main-d'œuvre. En effet, la mobilité internationale des entreprises faisant en sorte que les entreprises puissent localiser leurs activités de production dans le pays-hôte de leur choix sans conséquence sur l'accès aux marchés, la réglementation nationale serait désormais inefficace et les États-nations n'auraient pratiquement aucune marge de manœuvre à cet égard. En d'autres termes, il n'y aurait plus de place pour la différence en matière de réglementation nationale du travail et de la main-d'œuvre.

Selon Bélanger et Trudeau²⁹⁰⁷, toutefois, le fait que la relation d'emploi soit un phénomène profondément ancré dans la société locale fait en sorte que l'État-nation conserve un rôle important dans la régulation du travail et de la main-d'œuvre. À l'appui de leur prétention, les auteurs soulignent que les modes de régulation à l'échelle internationale n'ont pas atteint le même niveau d'efficacité que la régulation nationale, que la régulation nationale possède une légitimité démocratique que ne possèdent pas les modes de régulation internationaux et que les modes de régulation nationaux et internationaux ne sont pas nécessairement mutuellement exclusifs²⁹⁰⁸. Il y aurait donc toujours une place à la diversité et à la spécificité des cadres réglementaires nationaux. Ce serait d'ailleurs le cas du Québec. En effet, ces auteurs estiment que la spécificité institutionnelle et réglementaire du Québec dans le domaine du travail et de l'emploi – spécificité que les auteurs attribuent, d'une part, au caractère hybride des institutions et du cadre réglementaire québécois et, d'autre part, à sa plus grande propension à intervenir directement dans les conditions de travail par le biais de lois particulières²⁹⁰⁹ – ne constitue pas nécessairement un handicap pour la province. Le Québec

²⁹⁰⁷ J. BÉLANGER et G. TRUDEAU, *préc.*, note 141.

²⁹⁰⁸ *Id.*, p. 55 et 56.

²⁹⁰⁹ *Id.*, pp. 56-67. Les auteurs concluent au caractère hybride du Québec sous deux angles. Tout d'abord, le Québec est une province dont les règles de droit commun applicables à la relation d'emploi sont des règles de droit civil et dont les règles applicables aux rapports collectifs sont quant à elles issues du système de common law américain (et plus particulièrement, du Wagner Act). Ensuite, le type de capitalisme en vigueur au Québec se

pourrait d'ailleurs tirer son épingle du jeu en adoptant une stratégie qui met à contribution ses avantages comparatifs²⁹¹⁰. Le caractère distinct des institutions et de la régulation du travail et de l'emploi nationales n'aurait donc pas nécessairement pour effet de nuire à l'investissement. Nous souscrivons entièrement à ces propos.

Alors qu'en-il du discours tenu par les groupes de pression pro-patronaux et néolibéraux à l'effet que le droit du travail québécois est moins attrayant pour les investisseurs que le droit du travail américain? Ces groupes de pression ont-ils raison d'affirmer que le droit du travail québécois nuit de façon importante à la localisation de l'IDE au Québec en contexte d'intégration économique avec les États-Unis ? Ou encore, exagèrent-ils tout simplement le problème en ne soulevant que les aspects négatifs du droit du travail québécois au détriment des ses aspects positifs afin de promouvoir leur propre agenda politique ?

Notre thèse tend à démontrer que le discours tenu par les groupes de pression pro-patronaux et néolibéraux n'est pas forcément faux. En effet, comparativement au droit du travail en vigueur au Massachusetts (qui, à l'échelle des États-Unis, est un droit du travail relativement progressiste), le droit du travail québécois est effectivement un droit généralement moins flexible et potentiellement plus coûteux. Or, considérant que ces facteurs sont des déterminants particulièrement importants de la localisation de l'IDE, il n'est pas faux d'affirmer que le droit du travail québécois est généralement moins favorable à l'IDE que le droit du travail massachusettsois, voire le droit du travail américain de façon plus générale.

Cependant, ce discours est incomplet. Dans certains cas, même, on pourrait dire qu'il est trompeur. En effet, ce discours ne souligne pas suffisamment le fait que la localisation de l'IDE est un processus multifactoriel où le droit du travail national n'est qu'un facteur parmi d'autres. Ce faisant, il néglige le fait que le Québec, comme n'importe quel autre territoire, est susceptible de tirer son épingle du jeu en matière d'IDE sur la base d'autres facteurs, d'autres avantages concurrentiels. De plus, ce discours n'accorde pas suffisamment de crédit au fait que l'importance relative des déterminants de la localisation de l'IDE varie elle-même en

situerait à mi-chemin entre l'économie de marché libérale (LME) et l'économie de marché coordonnée (CME), à l'instar du Danemark : *Id.*, p. 64 et 65.

²⁹¹⁰ K. BANKS, *préc.*, note 104, 430; J. BÉLANGER et G. TRUDEAU, *préc.*, note 141, p. 67.

fonction d'autres facteurs, comme le secteur d'activité de l'entreprise, sa taille, sa stratégie de base, la motivation sous-jacente de l'IDE, ou encore, le niveau de développement du pays-hôte. Ce faisant, il ne tient pas compte du fait que le droit du travail national est un facteur dont l'importance varie selon les circonstances, un facteur qui n'a pas la même importance dans tous les cas. Enfin, ce discours ne tient pas compte du fait que le droit du travail remplit d'autres fonctions que celle de faciliter le fonctionnement de l'économie et la réussite des entreprises, comme celles de protéger les travailleurs, de développer l'emploi et d'assurer la distribution de la richesse. Ce faisant, il néglige toute la question des coûts sociaux-économiques pouvant découler d'un droit du travail déficient et insuffisamment protecteur, des coûts sociaux qui, ultimement devront être assumés par la société d'accueil. Or, le degré de protection et d'intervention du droit du travail national est un choix qui appartient à la société d'accueil, un compromis qui est d'autant plus possible que : (1) la localisation de l'IDE dépend d'une multitude de facteurs et que la société d'accueil peut miser sur d'autres facteurs pour attirer l'IDE sur son territoire (i.e. miser sur ou développer d'autres avantages concurrentiels); (2) le droit du travail n'est qu'un facteur parmi d'autres; (3) l'importance relative du droit du travail varie elle-même en fonction d'autres facteurs, ce facteur n'ayant pas toujours une importance aussi grande; (4) certaines entreprises recherchent les avantages que procure un droit du travail interventionniste au sein d'une société donnée (i.e. elles misent sur les aspects positifs d'un droit du travail interventionniste); et (5) la relation d'emploi est un phénomène profondément ancré dans la société locale et, en conséquence, l'État-nation conserve un rôle important dans la régulation du travail et de la main-d'œuvre.

En somme, le discours des groupes de pression et de réflexion pro-patronaux et néolibéraux présente souvent un portrait partiel de la situation. Il reprend des éléments impressionnistes de la comparaison avec les États-Unis, mais omet généralement des éléments importants. C'est un discours qui se fonde souvent sur des comparaisons parcellaires où sont considérés un nombre limité de facteurs et où sont régulièrement passées sous silence des questions importantes, en particulier la question des coûts sociaux que la réglementation du travail et de l'emploi permet d'éviter ou, à tout le moins, de minimiser.

Table de la législation et de la réglementation

Textes canadiens

Acte pour protéger la vie et la santé des personnes employées dans les manufactures, S.Q. 1885, c. 32

Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)

Charte de la langue française, L.R.Q., c. C-11

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., c. C-12

Code civil du Bas Canada; Acte concernant le Code civil du Bas Canada, S.P.C. 1865, c. 41

Code civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46

Code de procédure civile, L.R.Q., c. C-25

Code de procédure pénale, L.R.Q., c. C-25.1

Code des professions, L.R.Q., c. C-26

Code du travail, L.R.Q., c. C-27

Décret 1322-2002, (2002) 50 G.O. II, 8463

Loi concernant les services de transport par taxi, L.R.Q., c. S-6.01

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.)

Loi des établissements industriels de Québec, S.Q. 1894, c. 30

Loi des relations ouvrières, L.Q. 1944, c. 30

Loi des salaires raisonnables, S.Q. 1937, c. 50

Loi du salaire minimum des femmes, S.Q. 1919, c. 11

Loi du salaire minimum, S.Q. 1940, c. 39

Loi électorale, L.R.Q., c. E-3.3

Loi favorisant le développement de la formation de la main-d'œuvre, L.R.Q., c. D-7.1

Loi favorisant le développement de la formation de la main-d'œuvre, L.R.Q. c. D-7.1

Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille, L.Q. 1980, c. 39

Loi modifiant la Loi des établissements industriels, S.Q. 1934, c. 55

Loi modifiant la Loi des relations ouvrières, S.Q. 1960-61, c. 73

Loi modifiant la Loi du salaire minimum des femmes, S.Q. 1934, c. 30

Loi modifiant la Loi sur les normes du travail et d'autres dispositions législatives, L.Q. 2002, c. 80

Loi modifiant le Code du travail, instituant la Commission des relations du travail et modifiant d'autres dispositions législatives, L.Q. 2003, chapitre 26

Loi modifiant le Code du travail, L.Q. 2003, c. 26

Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens, L.Q. 1987, c. 18

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27

Loi sur l'accès à l'égalité en emploi dans des organismes publics, L.R.Q., c. A-2.01

Loi sur l'assurance emploi, L.C. 1996, ch. 23

Loi sur l'assurance parentale, L.R.Q., c. A-29.011

Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, [L.R.C., c. E-5.6]

Loi sur l'équité salariale, L.R.Q., c. E-12.001

Loi sur l'équité salariale, L.R.Q., c. E-12.001

Loi sur l'exécutif, L.R.Q., c. E-18

Loi sur l'instruction publique, L.R.Q., c. I-13.3

Loi sur la Cour suprême du Canada, L.R.C. (1985), c. S-26, art. 40.

Loi sur la discrimination en emploi, S.Q. 1964, c. 46

Loi sur la distribution de produits et services financiers, L.R.Q., c. D-9.2

Loi sur la fête nationale, L.R.Q., c. F-1.1

Loi sur la fonction publique, L.R.Q., c. F-3.1.1

Loi sur la formation et la qualification professionnelles de la main-d'œuvre, L.R.Q., c. F-5

Loi sur la formation et la qualification professionnelles de la main-d'œuvre, L.R.Q., c. F-5

Loi sur la représentation de certaines personnes responsables d'un service de garde en milieu familial et sur le régime de négociation d'une entente collective les concernant, L.R.Q., c. R-24.0.1

Loi sur la représentation de certaines personnes responsables d'un service de garde en milieu familial et sur le régime de négociation d'une entente collective les concernant, L.R.Q., c. R-24.0.1

Loi sur la représentation des ressources de type familial et de certaines ressources intermédiaires et sur le régime de négociation d'une entente collective les concernant, L.R.Q., c. R-24.0.2

Loi sur la santé et la sécurité du travail, L.R.Q., chap. S-2.1

Loi sur la sécurité civile, L.R.Q., c. S-2.3

Loi sur la sécurité incendie, L.R.Q., c. S-3.4

Loi sur le courtage immobilier, L.R.Q., c. C-73.1

Loi sur le ministère du Travail, L.R.Q., c. M-32.2

Loi sur le processus de détermination de la rémunération des procureurs aux poursuites criminelles et pénales et sur leur régime de négociation collective, L.R.Q., c. P-27.1

Loi sur le régime de négociation des conventions collectives dans les secteurs public et parapublic, L.R.Q., c. R-8.2

Loi sur le régime syndical applicable à la Sûreté du Québec, L.R.Q., c. R-14

Loi sur le statut professionnel des artistes des arts visuels, des métiers d'art et de la littérature et sur leurs contrats avec les diffuseurs, L.R.Q., c. S-32.01

Loi sur le statut professionnel et les conditions d'engagement des artistes de la scène, du disque et du cinéma, L.R.Q., c. S-32.1

Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., c. A-3.001

Loi sur les décrets de convention collective, L.R.Q., c. D-2

Loi sur les élections et les référendums dans les municipalités, L.R.Q., c. E-2.2

Loi sur les élections scolaires, L.R.Q., c. E-2.3

Loi sur les heures et les jours d'admission dans les établissements commerciaux, L.R.Q., c. H-2.1

Loi sur les impôts, L.R.Q., c. I-3

Loi sur les jurés, L.R.Q., c. J-2

Loi sur les normes du travail, L.R.Q., c. N-1.1

Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction, L.R.Q., c. R-20

Loi sur les services préhospitaliers d'urgence, L.R.Q., c. S-6.2

Loi sur les transports, L.R.Q., c. T-12

Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., c. T-16

Loi sur les valeurs mobilières (L.R.Q., c. V-1.1)

Règlement sur des normes du travail particulières à certains secteurs de l'industrie du vêtement, (2003) 51 G.O. II, 5391 [c. N-1.1, r.3.1]

Règlement sur l'exercice du droit d'association conformément au Code du travail, R.R.Q., c. C-27, r.3

Règlement sur le régime d'apprentissage, D. 129-98, (1998) G.O. II, 1293 [c. D-7.1, r. 5]

Règlement sur les normes du travail, R.R.Q., 1981, c. N-1.1, r. 3

Règlement sur les programmes d'accès à l'égalité, R.R.Q., c. C-12, r. 0.1

Textes américains

Age Discrimination in Employment Act of 1967, 29 U.S.C. §§ 621-634

Americans with Disabilities Act Amendments Act of 2008, Pub. L. 110-325

Americans with Disabilities Act of 1990, 42 U.S.C. §§ 12101-12213

An Act addressing workplace bullying, mobbing and harassment, without regard to protected class status, Bill House no 2310, en ligne : <http://www.malegislature.gov> (consulté le 19 mai 2013)

An Act addressing workplace bullying, mobbing, and harassment, without regard to protected class status, Bill H.1766 (référé au Joint Committee on Labor and Workforce Development pour une audition le 26 juin 2013, 10h00), en ligne : <http://www.malegislature.gov> (consulté le 19 mai 2013)

An Act Increasing the Efficiency, Effectiveness, and Fairness of the Commonwealth's Labor Relations Agencies, 2007 Mass. Acts 145

An Act Relative to Certain Written Majority Authorization Evidence of Collective Bargaining Results, 2007 Mass. Acts 120

Arizona Employment Protection Act, A.R.S. § 23-1501 (1996)

Child Labor Regulations, Orders and Statements of Interpretation, 29 C.F.R. Part 570

Civil Rights Act of 1866, section 1981, 42 U.S.C. § 1981

Civil Rights Act of 1964, Title VII, 42 U.S.C. §§ 2000e-2000e-17

Employee Retirement Income Security Act, 29 U.S.C. §§ 1001-1461

Employment Free Choice Act, H.R. 1409, S. 560

English Language Unity Act de 2011, H.R. 997 et S. 503

Equal Pay Act of 1963, 29 U.S.C. § 206(d)

Fair Labor Standards Act, 29 U.S.C. §§ 201-262

Family and Medical Leave Act Regulations, 29 CFR part 825

Family and Medical Leave Act, 29 U.S.C. §§ 2601 et suiv.

Genetic Information Non-Discrimination Act of 2008, 42 U.S.C. §§ 2000ff-2000ff-11

Labor Management Relations Act (Taft-Hartley Act), 29 U.S.C. §§ 141 et suiv. (Act of June 23, 1947, 61 Stat. 139)

Labor Management Reporting and Disclosure Act (Landrum-Griffin Act), 29 U.S.C. §§ 401 et suiv.

Massachusetts Blue Laws, M.G.L. c. 136, §§ 1-16

Massachusetts Child Labor Laws, M.G.L. c. 149, §§ 53-105

Massachusetts Equal Pay Act, M.G.L., c. 149, § 105B

Massachusetts Fair Employment Practices Law (Anti-Discrimination Statute), M.G.L., c. 151B

Massachusetts Independant Contractor Law, M.G.L., c. 149, § 148B

Massachusetts Maternity Leave Act, M.G.L. c. 149, § 105D

Massachusetts Minimum Fair Wage Law (Minimum Wage/Overtime Law), M.G.L. c. 151

Massachusetts Payment of Wages Statute, M.G.L., c. 149, § 148

Massachusetts Public Sector Relations Act, M.G.L., c. 150E

Massachusetts Small Necessities Leave Act, M.G.L. c. 149, § 52D

Massachusetts State Labor Relations Law, M.G.L., c. 150A

Massachusetts Statute of Frauds, M.G.L. ch. 259, § 1

Massachusetts Workers Compensation Law, M.G.L., c. 152

Massachusetts Minimum Wage Regulations, 455 CMR 2.00 et suiv.

Montana Wrongful Discharge from Employment Act, Montana Code Ann. 39-2-901 (1987)

National Labor Relations Act, 29 U.S.C. §§ 151-169; *Act of July 5, 1935*, Pub. L. No. 198, 49 Stat. 449.

Occupational Safety and Health Act, 29 U.S.C. §§ 651 et suiv.

Occupational Safety and Health Administration Regulations, 29 CFR parts 1900-1990

Railway Labor Act, 45 U.S.C. §§ 151-188

Rules and Regulations and Statements of Procedure of the National Labor Relations Board, 29 CFR parts 100-103

Rules and Regulations of the Division of Labor Relations, 456 CMR 1.00 à 23.08

Rules of Procedure of the Massachusetts Commission Against Discrimination, 804 CMR §§ 1.01 à 1.25

Title VI of the Civil Rights Act, 42 U.S.C. §§ 1981-2000h-6

Uniform Trade Secrets Act, 14 U.L.A. 537 (2005)

United States Constitution

Worker Adjustment and Retraining Notification Act, 29 U.S.C. §§ 2101-2109

Worker Adjustment and Retraining Notification Regulations, 20 CFR Part 639

Table des jugements

Jurisprudence canadienne

2985420 Canada Inc. et Syndicat des travailleuses et travailleurs de l'hôtel Holiday Inn Centre-ville, [1998] R.J.D.T. 1971 (T.A.)

A.I.E.S.T., local de scène no 56 c. Société de la Place des Arts de Montréal, [2004] 1 R.C.S. 43

Air-Care Ltd. c. United Steel Workers, [1976] 1 R.C.S. 2

Albany Bergeron et Fils inc. c. Société québécoise de développement de la main-d'œuvre, D.T.E. 2000T-930 (C.A.)

Alltrans Express Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board), [1988] 1 R.C.S. 897

Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143

Association patronale des concessionnaires d'automobiles Inc. c. Syndicat national des employés de garage du Québec Inc. (C.S.D.), D.T.E. 2003T-597 (C.R.T.)

Attorney General for Canada c. Attorney General for Ontario, [1937] A.C. 326

Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng, [1989] 2 R.C.S. 429

Banque Laurentienne du Canada c. Saulnier, [1999] R.J.Q. 711 (C.A.)

Beaulieu c. Produits hydrauliques de Varennes Inc., [1987] T.T. 245

Beau-T Stop Distribution inc. c. Mailhot, [2001] R.J.D.T. 1145 (C.S.)

Bélanger c. Garderie Chez Rolande inc., D.T.E. 2005T-654 (C.Q.)

Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail), [1988] 1 R.C.S. 749

Bisaillon c. Université Concordia, [2006] 1 R.C.S. 666

Brossard (Ville de) c. Québec (Commission des droits de la personne), [1988] 2 R.C.S. 279

Byrne c. Yergeau, D.T.E. 2002T-870 (C.A.)

Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d'Assurance sur la Vie, [2004] 3 R.C.S. 195

Canada Southern Railway c. Jackson, [1890] 17 R.C.S. 316

Canadian Factors Corp. c. Cameron, [1971] R.C.S. 148

Cathild inc. c. Rondeau, [1995] R.L. 140 (C.A.)

Centre de la petite enfance La Rose des vents c. Alliance des intervenantes en milieu familial Laval, Laurentides, Lanaudière, (C.S.Q.), [2003] R.J.D.T. 1193 (T.T.)

Centre Hospitalier Le Gardeur c. Syndicat de Physiothérapeutes et des thérapeutes en réadaptation physique du Québec, D.T.E. 99T-363

Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal, [2007] 1 R.C.S. 161

Charbonnier c. Air Canada Touram, D.T.E. 90T-407 (C.A.)

Cie de volailles Maxi Ltée c. Bolduc, [1987] R.J.Q. 2626 (C.S.)

City Buick Pontiac (Montréal) Inc. c. Roy, [1981] T.T. 22

Cloutier c. AlSCO, division de Western Linen Supply Co. Ltd., 2005 QCCA 1150 (C.A.)

Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU, [1999] 3 R.C.S. 3

Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie Britannique (Council of Human Rights), [1999] 3 R.C.S. 868

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 2632-1661 Québec inc., D.T.E. 97T-872 (T.D.P.Q.)

Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin, [1994] 2 R.C.S. 525

Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu c. Commission des droits de la personne du Québec, [1994] R.J.Q. 1227 (C.A.)

Compagnie des chemins de fer nationaux c. Courtois, [1988] 1 R.C.S. 868

Concentrés scientifiques Bélisle. c. Lyrco Nutrition., D.T.E. 2007T-440

Confédération des syndicats nationaux c. Québec (Procureur général), [2008] R.J.D.T. 1477 (C.S.)

Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum, [1979] 1 R.C.S. 754

Coopérative d'habitation L'Escale de Montréal c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, [2010] R.J.Q. 2147 (C.A.)

Corp. Scientifique Claisse inc. c. Instruments Katanax inc., D.T.E. 2004T-590 (C.S.)

Dam c. Épiciers unis Métro-Richelieu, D.T.E. 94T-1225 (C.A.)

Dayco (Canada) Ltd. c. T.C.A. – Canada, [1993] 2 R.C.S. 230

Dazé c. Messageries Dynamiques, [1991] R.D.J. 195 (C.A.)

Desbiens c. Wal-Mart, [2009] 3 R.C.S. 541

Dicom Express c. Paiement, D.T.E. 2009T-266 (C.A.)

Drolet c. Charron, [2003] R.J.Q. 2947 (C.S.)

Drouin c. Surplec inc., [2004] R.J.D.T. 449 (C.A.)

Dunmore v. Ontario (Attorney General), [2001] 3 S.C.R. 1016

Durand c. Prolab-Bio inc., [2001] R.J.Q. 1037 (C.S.)

Entreprises H. Pépin (1991) Inc. c. Union des employés du secteur industriel, section locale 791, D.T.E. 94T-171 (T.T.)

Excelsior c. Mutuelle du Canada, [1992] R.J.Q. 2666 (C.A.)

F.I.O.E. c. Alberta Government Telephones, [1989] 2 R.C.S. 318

Filion c. Cité de Montréal, [1970] R.C.S. 211

Ford c. Québec (Procureur général), [1988] 2 R.C.S. 712

Fort Frances Pulp c. Manitoba Free Press, [1923] A.C. 695

Gaston Breton inc. c. Union des routiers, brasseries, liqueurs douces et ouvriers de diverses industries, local 1999, [1980] T.T. 471

Giguère c. Cie Kenworth du Canada (division de Paccar du Canada Ltée), [1990] R.J.Q. 2485 (C.A.)

Girouard c. Compagnie Commonwealth Plywood Ltée, REJB 2001-25165 (C.S.)

Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission), [2000] 1 R.C.S. 494

Gosselin c. Procureur général du Québec, [2002] R.J.Q. 1298 (C.A.)

Guérard c. Groupe I.P.A. Pièces d'auto Ltée, [1984] 327

Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique, [2007] 2 R.C.S. 391

Hémond c. Coopérative fédérée du Québec, [1989] 2 R.C.S. 962

Hilton Québec Ltd. c. Fortin, [1980] 1 R.C.S. 548

Houle c. Banque Canadienne Nationale, [1990] 3 R.C.S. 122

Hydro-Québec c. Syndicat des employées et employés de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ), [2008] 2 R.C.S. 561

Hylands c. Canadian Tire (Gestion J.G. Roy Inc.), D.T.E. 93T-506

Inter-Cité Gax Corp. c. Caron, D.T.E. 82T-118 (C.S.)

International Union of United Brewery, Flour Cereal, Soft Drink and Distillery Workers of America, Local 239 c. Coca-Cola Ltd. et al., décision non rapportée de la Commission des relations ouvrières de la province de Québec, no 3932-2, R.-520 (1962) (confirmée en appel : [1964] R.D.T. 321 (C.S.); [1965] R.D.T. 50 (C.B.R.))

Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 927

Isidore Garon ltée c. Tremblay; Fillion et Frères (1976) inc. c. Syndicat national des employés de garage du Québec inc., [2006] 1 R.C.S. 27.

J.B. Charron Ltée c. Commission du salaire minimum, J.E. 80-39 (C.A.)

Jay Norris Canada Inc. c. Vitriers travailleurs du verre, local 1135 de la Fraternité internationale des peintes et métiers connexes, [1991] T.T. 47

Lafrance c. Commercial Photo Service Inc., [1980] 1 R.C.S. 536

Lagacé c. Bande Naskapi du Québec, D.T.E. 94T-237 (C.S.)

Lantagne c. Groupe S.M. international inc., [2004] R.J.D.T. 954 (C.S.)

Lataverse c. Centre hospitalier St-Eustache, [2002] R.J.Q. 1056 (C.S.)

Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario, [1991] 2 R.C.S. 211.

L'Écuyer c. Côté, 2013 QCCS 973

Lemieux c. Marsh Canada ltée, D.T.E. 2005T-1056

Marquis c. Auxilium Technologies Inc., D.T.E. 2001T-940 (C.S.)

Mathieu c. Journal La Voix du Sud, D.T.E. 92T-1372

Mathieu c. Rénaud Mathieu Inc., [2000] R.J.Q. 274 (C.S.)

McGavin Toastmaster Ltd. c. Ainscough, [1976] 1 R.C.S. 718

McLeod c. Egan, [1975] 1 R.C.S. 517

Ménard c. Rivet, [1997] R.J.Q. 2108, 2120 (C.A.)

Merk c. Association internationale des travailleurs en ponts, en fer structural, ornemental et d'armature, section locale 771, [2005] 3 R.C.S. 425

Messier c. Remstar Corporation, 2011 QCCS 6739

Municipalité de S... et Syndicat canadien de la fonction publique, [1996] T.A. 881

Noël c. Société d'énergie de la Baie James, [2001] 2 R.C.S. 207; *C.A.I.M.A.W. c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983

Northern Telecom Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada, [1983] 1 R.C.S. 733

Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada, [1980] 1 R.C.S. 115

Nouveau-Brunswick c. O'Leary, [1995] 2 R.C.S. 967

Ontario (Procureur général) c. Fraser, [2011] 2 R.C.S. 3

Opérations forestières de la Mauricie Inc. c. Falardeau, D.T.E. 82T-736 (T.T.)

Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O, section locale 324, [2003] 2 R.C.S. 157

Pellerin c. Thérien, [1995] R.J.Q. 259

Plastique D.C.N. Inc. c. Syndicat national des salariés du nylon et du plastique de Warwick et de la région, D.T.E. 96T-763

Plourde c. Wal-Mart, [2009] 3 R.C.S. 465

Procureur général de la province de Québec c. Labrecque, [1980] 2 R.C.S. 1057

Produits Pétro-Canada inc. c. Moalli, [1987] R.J.Q. 261 (C.A.)

Progress Brand Clothes Inc. c. Ledoux, [1978] T.T. 104

Proulx c. Garderie L'Éveil des Chérubins, D.T.E. 2000T-821

Purolator Courrier Ltée c. Hamelin, [2002] R.J.Q. 310 (C.A.)

Québec (C.d.p.d.j.) c. Montréal (Ville); Québec (C.d.p.d.j.) c. Boisbriand (Ville), [2000] 1 R.C.S. 665

Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse/ re : Larocque) c. Communauté urbaine de Montréal, [2004] 1 R.C.S. 789

Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse/ re : Morin) c. Québec (Procureur général), [2004] 2 R.C.S. 185

Québec (Procureure générale) c. Tribunal des droits de la personne, [2002] R.J.Q. 628 (C.A.)

R. c. Advance Cutting & Coring Ltd., [2001] 3 RCS 209

Rancourt c. Southwest One Pharmacy Inc., D.T.E. 95T-965

Re Industrial Relations and Disputes Investigation Act, [1955] R.C.S. 529

Re Legislative Jurisdiction over Hours of Labour, [1925] R.C.S. 505

Réfrigération Protec Inc. c. Lewis, D.T.E. 2001T-170 (C.S.)

Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners, [2000] 1 R.C.S. 360

Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du code criminel (Man.), [1990] 1 R.C.S. 1123

Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.), [1987] 1 R.C.S. 313

Renvoi : Loi anti-inflation, [1976] 2 R.C.S. 373

Ross c. Université du Québec à Rimouski, D.T.E. 84T-716 (T.T.)

Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations de travail), [1996] 1 R.C.S. 369

S.C.F.P. c. Conseil des relations du travail (N.É.), [1983] 2 R.C.S. 311

S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd., [2002] 1 R.C.S. 156

Sauvé c. Banque Laurentienne du Canada, [1999] R.J.Q. 79 (C.A.)

Serveyer, Nenniger et Chênevert Inc. c. Thomas, (1991) 34 Q.A.C. 61

Services d'assurances Les Coopérants Inc. c. Syndicat des employés de coopératives d'assurance-vie (C.S.N.), D.T.E. 85T-487 (C.S.)

Sicard Inc. c. Syndicat national des employés de Sicard (C.S.N.), [1965] R.D.T. 353

Sirois c. O'Neill, D.T.E. 99T-598 (C.A.)

Société d'électrolyse et de chimie Alcan Ltée c. Fédération des syndicats du secteur de l'aluminium Inc., D.T.E. 95T-1360 (C.A.)

Société des alcools du Québec et Syndicat des travailleuses et travailleurs de la Société des alcools du Québec (SCFP), section locale 3535T, D.T.E. 2005T-229 (T.A.)

Société des alcools du Québec et Syndicat des travailleuses et travailleurs de la Société des alcools du Québec, section locale 3535 (S.C.F.P.), [2004] R.J.D.T. 836 (T.A.)

St. Anne Nackawic Pulp & Paper c. S.C.T.P., [1986] 1 R.C.S. 704

Standard Broadcasting Corp. c. Stewart, [1994] R.J.Q. 1751 (C.A.)

Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1450 c. Journal de Québec, 2011 QCCA 1638

Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 194 c. Disque Améric Inc., [1996] T.T. 451

Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 145 c. The Gazette, une division de Southam Inc., [2000] R.J.Q. 24 (C.A.)

Syndicat catholique des employés de magasins de Québec inc. c. La Compagnie Paquet Ltée, [1959] R.C.S. 206

Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général), [2010] 2 R.C.S. 61

Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec (SFPQ) c. Québec (Gouvernement du), 2013 QCCA 575

Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal, (SCFP-301) c. Montréal (Ville de), D.T.E. 2005T-698

Syndicat des communications graphiques et Barreau de Montréal, [2003] R.J.D.T. 427 (T.A.)

Syndicat des employées et employés des magasins Zellers d'Alma et de Chicoutimi (C.S.N.) c. Turcotte, D.T.E. 2002T-882 (C.A.)

Syndicat des employés manuels de la Ville de Québec, section locale 1638 c. Québec (Ville de), [1994] R.J.Q. 1552 (C.A.)

Syndicat des personnes responsables de milieux résidentiels d'hébergement des Laurentides (CSN) c. Centre du Florès, [2001] R.J.D.T. 1228 (T.T.)

Syndicat des postiers du Canada c. Société canadienne des postes, [1995] R.J.Q. 2404

Syndicat des travailleurs et travailleuses de Steinberg Québec, division Bas-St-Laurent (C.S.N.) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503, [1992] T.T. 92

Syndicat des travailleuses et travailleurs d'Épiciers unis Métro-Richelieu c. Lefebvre, [1996] R.J.Q. 1509 (C.A.)

Syndicat du personnel de soutien de la Commission scolaire des Patriotes (C.S.N.) c. Commission scolaire des Patriotes, [1998] R.J.D.T. 13 (C.A.)

Syndicats des travailleurs de l'Hôpital du Haut-Richelieu et Centre d'accueil St-Jean (C.S.N.) c. Association des employés de l'Hôpital de St-Jean et de l'Hôpital du Haut-Richelieu (C.S.D.), [1980] T.T. 47

T.U.A.C. section locale 1518 c. KMart Canada, [1999] 2 R.C.S. 1083

Toronto Electric Commissioners c. Snider, [1925] A.C. 396

Transport Jean Gauthier inc. c. Tribunal du travail, [2005] R.J.D.T. 656 (C.A.)

Travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, local 501 c. Steinberg Inc., D.T.E. 89T617 (T.T.)

Uniforêt Inc. c. 9027-1875 Québec Inc, REJB 2003-44098 (C.A.)

Union internationale des travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 c. Gendreau, [1998] R.J.D.T. 38 (C.A.)

Université du Québec à Trois-Rivières et Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1800, [1991] T.A. 212

Voyages Robillard inc. c. Consultour/Club Voyages inc., [1995] R.J.Q. 2680 (C.S.)

Wallace c. United Grain Growers Ltd., [1997] 3 R.C.S. 701

Weber c. Ontario Hydro, [1995] 2 R.C.S. 929

Workmen's Compensation Board c. Canadian Pacific Railway Company, [1920] A.C. 184

Zarbatany c. Corporation Guess? Canada, D.T.E. 2007T-16

Jurisprudence américaine

Adair v. United States, 208 U.S. 161 (1908)

Adkins v. Children's Hospital, 261 U.S. 525 (1923)

All Stainless, Inc. v. Colby, 364 Mass. 773 (1974)

Allgeyer v. Louisiana, 165 U.S. 578 (1897)

Allied Chemical and Alkali Workers v. Pittsburgh Plate Glass Co., 404 U.S. 157 (1971)

American Ship Ship Building Co., 380 U.S. 300 (1965)

Askinas v. Westinghouse Elec. Corp., 330 Mass. 103 (1953)

Association of D.C. Liquor Wholesalers, 292 NLRB 1234 (1989)
Atlantic & Gulf Stevedores v. OSHA, 534 F.2d 541 (3d Cir. 1976)
Ayash v. Dana-Farber Cancer Institute et al., 443 Mass. 367 (2005)
Ayres v. 127 Restaurant Corp., 201 F.3d 430 (2d Cir. 1999)
Bagge's Case, 5 Mass.App.Ct. 839, 840 (1977)
Bay State Harness Horse Racing and Breeding Association v. Director of the Division of Employment Security, 327 Mass. 296 (1951)
Bi-County Beverage Distributors, 291 NLRB 466 (1988)
Boghosian Raisin Packing Co., 342 NLRB 32 (2004)
Boilermakers, Local 88 v. NLRB, 858 F.2d 756 (D.C. Cir. 1988)
Boothby v. Texon, Inc., 414 Mass. 468 (1993)
Boy Scouts of America v. Dale, 530 U.S. 640 (2000)
Brennan v. New Jersey, 364 F. Supp. 156, 159 (D.N.J. 1973)
Carnig v. Carr, 167 Mass. 544 (1897)
City of Boston, 17 MLC 1088, 1099 (1990)
City of Gardner, 1 MLC 1115 (1974)
Clemson Bros., 290 NLRB 944 (1988)
Commonwealth v. Hunt, 45 Mass. 111 (1842)
Commonwealth v. Savage, 31 Mass. App. Ct. 714 (1991)
Communication Workers of America v. Beck, 487 U.S. 735 (1988)
Community for Creative Non-Violence v. Reid, 490 U.S. 730, 751-752 (1989)
Coppage v. Kansas, 236 U.S. 1 (1915)
Corion Corp. v. Chen, 964 F.2d 55 (1st Cir.1992)
Day-Brite Lighting, Inc. v. Missouri, 342 U.S. 421 (1952)
DeRose v. Putnam Management Co., 398 Mass. 205 (1986)
Donovan v. DialAmerica Marketing Inc., 757 F.2d 1376, 1382 (3d Cir.)(1985)
Douds v. Metrop. Fed. Of Architects, Local 231, 75 F. Supp. 672 (S.D.N.Y. 1948)
Dowd Box Co. v. Courtney, 368 U.S. 502 (1962) et *Local 174, Teamsters v. Lucas Flour Co.*, 369 U.S. 95 (1962)
Edward J. DeBartolo Corp. v. Florida Gulf Coast Building & Construction Trades Council, 485 U.S. 568 (1988)

Evening News Ass'n, 166 NLRB 219 (1967)
Ex-Cell-O Corporation, 185 NLRB 107 (1970)
Excelsior Underwear, Inc., 156 NLRB 1236 (1966)
Fenton v. Fed. St. Bldg. Trust, 310 Mass. 609 (1942)
Ferguson v. Host Int'l, Inc., 53 Mass.App.Ct. 96 (2001).
Ferguson v. Skrupa, 372 U.S. 726 (1963)
Flesner v. Technical Communications Corp., 410 Mass. 805 (1991)
Foley, Hoag & Eliot, 2 MLC 1302 (1976)
Fortune v. National Cash Register Co., 373 Mass. 96 (1977)
G & M Employment Serv., Inc. v. Commonwealth, 358 Mass. 430 (1970)
Gade vs National Solid Wastes Management Association, 505 U.S. 73 (1992)
General Cable Corp., 139 NLRB 1123, 1125 (1962)
Gibbons v. Ogden, 22 U.S. 1 (1824)
Goldhor v. Hampshire College, 25 Mass.App.Ct. 716 (1988)
Gram v. Liberty Mut. Ins. Co., 384 Mass. 659 (1981).
Greensburg Coca-Cola Bottling Co., 311 NLRB 1022 (1993)
Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965)
Griswold v. Director of the Division of Employment Security, 315 Mass. 371 (1944)
GTE Products Corporation v. Stewart, 421 Mass. 22 (1995)
H.K. Porter Co. v. NLRB, 397 U.S. 99 (1970)
Harper v. Hassard, 113 Mass. 187 (1873)
Harrison v. NetCentric, 433 Mass. 465, 473 (2001)
Harter Equipment, Inc., 280 NLRB 597 (1986)
Harter Equipment, Inc., 293 NLRB 647 (1989)
Hi-Way Billboards, Inc., 206 NLRB 22 (1973)
Hobson v. McLean Hosp. Corp., 402 Mass. 413, 416, 522 N.E.2d 975, 977 (1988)
Home Care Corp. of Springfield, 7 MLC 1522 (1980)
Hunt v. Otis, 45 Mass. 464 (1842)
Hurley v. Irish American Gay, Lesbian, and Bisexual Group of Boston, 515 U.S. 557 (1995)
Hygrade Operators v. ILA Local 333, 945 F.2d 18 (2d Cir. 1991)

In re West, 313 Mass. 146 (1943)
Inter-Collegiate Press v. NLRB, 486 F.2d 387 (8th Cir. 1973)
Jackson v. Action for Boston Community Dev., Inc., 403 Mass. 8 (1988)
John Wiley & Sons v. Livingston, 376 U.S. 543 (1964)
Jonson-Bateman Co., 295 NLRB 180 (1989)
Khoury v. Edison Electric Illuminating Co., 265 Mass. 236 (1928)
King v. Driscoll, 418 Mass. 576 (1994)
Klein v. President & Fellows of Harvard College, 25 Mass.App.Ct. 204 (1987)
Lingle v. Norge Division of Magic Chef, Inc., 486 U.S. 399 (1988)
Lipchitz v. Raytheon Co., 434 Mass. 493, 508 (SJC, 2001)
Local 825, IUOE v. NLRB, 829 F.2d 458 (3d Cir. 1987)
Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905)
Lodge 76, International Association of Machinists v. Wisconsin Employment Relations Commission, 427 U.S. 132 (1976)
Maccabees Mut. Life Ins. Co. v. Perez-Rosado, 641 F.2d 45 (1st Cir. 1981)
Marshall v. Barlow's Inc., 436 U.S. 307 (1978)
Mastro Plastics Corp. v. NLRB, 350 U.S. 270 (1956)
McCone v. New England Tel. & Tel. Co., 393 Mass. 231 (1984)
McCulloch v. Maryland, 17 U.S. 316 (1819)
Melley v. Gillette Corp., 19 Mass. App. Ct. 511 (1985)
Mello v. Stop & Shop, 402 Mass. 555 (1988)
Meng v. Trustees of Boston University, 44 Mass. App. Ct. 650 (1998)
Mitrano Chevrolet, 2 MLC 1533 (1976)
MLB v. Garvey, 532 U.S. 504 (2001)
Morand Bros. Beverage Co., 91 NLRB 409 (1950)
Morehead v. New York ex rel. Tipaldo, 298 U.S. 587
NAACP v. Alabama, 357 U.S. 449 (1958)
National Hearing Aid Ctrs. v. Avers, 2 Mass. App. Ct. 285 (1974)
Nationwide Mutual Insurance Co. v. Darden, 503 U.S. 318, 322 (1992)
New England Canteen Serv., Inc. v. Ashley, 372 Mass. 671 (1977)
NLRB v Fruit & Vegetable Packers & Warehousement, Local 760, 377 U.S. 58 (1964)

NLRB v. Acme Industrial Co., 385 U.S. 432 (1967)
NLRB v. Brown, 380 U.S. 278 (1965)
NLRB v. Burnup & Sims Inc., 379 U.S. 21 (1964)
NLRB v. C&C Plywood, 385 U.S. 421 (1967)
NLRB v. Fansteel Metallurgical Corp., 306 U.S. 240 (1939)
NLRB v. Fleetwood Trailer Co., Inc., 389 U.S. 375 (1967)
NLRB v. General Motors Corp., 373 U.S. 734 (1963)
NLRB v. Gissel Packing Co., 295 U.S. 575 (1969)
NLRB v. Hershey Foods Corp., 513 F.2d 1083 (9th Cir. 1975)
NLRB v. Kaiser Steel Corp., 700 F.2d 575 (9th Cir. 1983)
NLRB v. Katz, 369 U.S. 736 (1962)
NLRB v. Truck Drivers Local Union No. 449 (Buffalo Linen), 353 U.S. 87 (1957)
NLRB v. Wooster Division of Borg-Warner Corp., 256 U.S. 342 (1958)
Novelty Bias Binding Co. v. Shevrin, 342 Mass. 714 (1961)
Novosel v. Nationwide Insurance Co., 721 F.2d 894 (3d Cir. 1983)
O'Brien v. New England Tel. & Tel. Co., 422 Mass. 686 (1996)
Oak Cliff-Golman Baking Co., 207 NLRB 1063 (1973)
Parker-Robb Chevrolet, Inc., 262 NLRB 402; 711 F.2d 383 (D.C. Cir. 1983)
Payne v. Western & Atl. R.R., 81 Tenn. 507 (1884)
Piderit v. Siegal & Sons Investments, Ltd., 55 Mass. App. Ct. 11 (2002)
Plumley v. Southern Container, Inc., 303 F.3d 364 (1st Cir. 2002)
Prozinski v. Northeast Real Estate Services, LLC, 59 Mass. App. Ct. 599 (2003)
Quaker State Oil Refining Co., 121 NLRB 384 (1958)
Re Lumber & Sawmill Workers' Union, Local 2537 and KVP Co., (1965) 16 L.A.C. 73
Roberts v. United States Jaycees, 468 U.S. 609 (1984)
Ruffino v. State Street Bank and Trust Co., 908 F.Supp. 1019 (D. Mass. 1995)
San Diego Building Trades Council Local 2620 v. Garmon, 359 U.S. 236 (1959)
Sereni v. Star Sportswear Mfg. Corp., 24 Mass. App. Ct. 428 (1987)
Shea v. Bryant Chucking & Grinder Co., 336 Mass. 312 (1957)
Shea v. Emmanuel College, 425 Mass. 761 (1997)

Silvia v. Woodhouse, 356 Mass. 119 (1969)
Smith v. Mitre Corp., 949 F.Supp. 943, 950 (D.Mass.1997)
Smith-Pfeffer v. Superintendent of the Walter E. Fernald State School, 404 Mass. 145 (1989)
Tatterson v. Suffolk Manufacturing Company, 106 Mass. 56 (1870)
Tenedios v. Wm. Filene's Sons Co., Inc., 20 Mass.App.Ct. 252 (1985)
Textile Workers v. Lincoln Mills of Alabama, 353 U.S. 448 (1957)
TruServe Corp. v. NLRB, 254 F.3d 1105, 1114 (D.C. Cir. 2001)
United Chrome Products, 288 NLRB 1176 (1988)
United States v. Carolene Products Co., 204 U.S. 144 (1938)
United States v. Darby, 312 U.S. 100, 119 (1941)
United Steelworkers of America v. American Manufacturing Co., 363 U.S. 564 (1960)
United Steelworkers of America v. Enterprise Wheel & Car Corp., 363 U.S. 593 (1960)
United Steelworkers of America v. Warrior Gulf Navigation Co., 363 U.S. 574 (1960)
Upton v. JWP Businessland, 425 Mass. 756, 682 N.E.2d 1357 (1997)
Walker v. Cronin, 107 Mass. 555 (1871)
Weber v. Community Teamwork, Inc., 434 Mass. 761 (2001)
Wells v. Wells, 9 Mass. App. Ct. 321 (1980)
West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937)
Wheeler v. Pioneer Developmental Services, Inc., 2004 S. Dist. LEXIS 24960 (2004)
Whirlpool Corp. v. Marshall, 445 U.S. 1 (1980)
Wright v. Shriners Hosp. for Crippled Children, 412 Mass. 469 (1992)

Bibliographie

Monographies et ouvrages collectifs

- AARON, B. A. et K. V.W. STONE (dir.), *Rethinking Comparative Labor Law*, Vandeplass Publishing, 2007
- ADDA, J., *La mondialisation de l'économie, Tome 1 : Genèse*, Sixième édition, Éditions La Découverte, Paris, 2004, p. 3
- AFRIAT, C., *Mythes et réalités de la mondialisation*, Esprit, Paris, 1996
- ALLARD, F., M.-F. BICH, J.-M. BRISSON, É. CHARPENTIER, P.-A. CRÉPEAU, M. DEVINAT, Y. EMERICH, P. FORGET et N. KASIRER, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues : Les obligations*, Édition Yvon Blais, 2003
- ALVAREZ, M., « FDI Determinant Factors: The Case of Catalan Multinational Manufacturing Firms », *Institut d'Economia de Barcelona Working Paper*, No. 4, 2003
- AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement (Second) of Agency*, § 387 (1958)
- AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement (Second) of Contracts* (1981)
- AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement (Third) of Agency*, § 8.04 (2006)
- ANCEL, M., *Utilité et méthodes du droit comparé: éléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Neuchâtel, Editions Ides et calendes, 1971
- ARTHURS, H. W., *Équité au travail. Des normes du travail fédérales pour le XXI siècle*, Commission sur l'examen des normes du travail fédérales, Ressources humaines et Développement des compétences Canada, 2006 (rapport Arthurs)
- ASHBY, N. J., A. BUENO, F. MCMAHON et D. MARTINEZ, *Economic Freedom of North America 2011*, Institut Fraser, novembre 2011
- ASHBY, N. J., A. KARABEGOVIĆ, F. MCMAHON, A. BUENO, N. D. CAMPBELL, J. COREY, A. FAYMAN, D. MARTINEZ et T. ROGERS, *Economic Freedom of North America 2010*, Institut Fraser, août 2010
- ATTORNEY GENERAL OF MASSACHUSETTS, *An Advisory from the Attorney General's Fair Labor and Business Practices Division on An Act Providing Employees Leave for Certain Family Obligations*, ADVISORY 98/1, 1998
- ATTORNEY GENERAL OF MASSACHUSETTS, « Sunday and Holiday Openings », en ligne : <http://www.mass.gov/ago/doing-business-in-massachusetts/labor-laws-and-public-construction/wage-and-hour/sunday-and-holiday-openings.html> (consulté le 18 juin 2013)

ATTORNEY GENERAL OF MASSACHUSETTS, *The Official Website of the Attorney General of Massachusetts*, en ligne : <http://www.mass.gov/ago/bureaus/business-and-labor/the-fair-labor-division/> (consulté le 10 août 2013).

ATTORNEY GENERAL OF MASSACHUSETTS, *The Official Website of the Attorney General of Massachusetts*, en ligne : <http://www.mass.gov/ago/doing-business-in-massachusetts/labor-laws-and-public-construction/wage-and-hour/private-right-to-sue.html> (consulté le 10 août 2013).

AUBY, J.B., *La mondialisation, le droit et l'État*, Paris, Montchrestien, 2003

AUDET, G., R. BONHOMME, C. GASCON et M. COURNOYER-PROULX, *Le congédiement en droit québécois : en matière de contrat individuel de travail*, vol. 2, 3^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, mise à jour.

BAKER, M., « Minimum Wages and Human Capital Investments of Young Workers : Work Related Training and School Enrolment », *HRSDC/IC/SSHRC Skills Research Initiative Working Paper B-04*, 2005

BALES, R. A., J. M. HIRSCH et P. M. SECUNDA, *Understanding Employment Law*, LexisNexis, 2007

BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil, Tome 2, Obligations, contrats nommés*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993.

BAUDOIN, J.-L. et Y. RENAUD, *Code civil du Québec annoté 2007*, Wilson et Lafleur, 2007

BEAUDIN, G., M. COURNOYER-PROULX, L. LECLERC, I. SIOUI, S. THIBAUDEAU, G. TREMBLAY, dans Collection de droit 2012-2013, École du Barreau du Québec, vol. 8, *Droit du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012

BECK, T. et R. LEVINE, *Legal institutions and financial development*, Document de travail du NBER no 10126, Cambridge, National Bureau of Economic Research, 2003

BECK, T., A. DEMIRGÜÇ-KUNT et R. LEVINE, *Law and firms' access to finance*, Document de travail du NBER no 10687, Cambridge, National Bureau of Economic Research, 2004

BERGER, S. et R. DORE (dir.), *National Diversity and Global Capitalism*, Ithaca et London, Cornell University Press, 1996

BERNIER, J., G. VALLÉE et C. JOBIN, « Les besoins de protection sociale des personnes en situation de travail non traditionnelle », Rapport final du *Comité d'experts chargé de se pencher sur les besoins de protection sociale des personnes vivant une situation de travail non traditionnelle*, Québec, janvier 2003 (rapport Bernier)

BETCHERMAN, G., *Labour in a More Global Economy*, Ottawa, Human Resources and Labour Canada, 1993

- BHAGWATI, J.N. et R.E. HUDEC (dir.), *Fair Trade and Harmonization*, Vol. 2, Cambridge, MA, M.I.T. Press, 1996
- BISAILLON, M. et D. ZHICHAO WANG, *Profil des milieux de travail de compétence fédérale*, Ressources humaines et développement social, Canada, 2006
- BLAINE, H. G., (dir.), *Foreign Direct Investment*, Nova Science Publishers, 2009
- BLANPAIN, R., *Comparative labour law and industrial relations in industrialized market economies*, 8^e édition, The Hague, Kluwer Law International, 2004
- BLANPAIN, R., *Confronting Globalization*, Bulletin of Comparative Labour Relations no 55, Kluwer Law International, 2005
- BLANPAIN, R., W. BROMWICH, O. RYMKEVICH et S. SPATTINI (dir.), *The Modernization of Labour Law and Industrial Relations in a Comparative Perspective*, Bulletin of Comparative Labour Relations no 70, Kluwer Law International, 2009
- BLOCK, R. N., K. ROBERTS et R. O. CLARKE, *Labor Standards in the United States and Canada*, Kalamazoo, MI, W.E. Upjohn Institute for Employment Research, 2003
- BLOCK, R. N., *Labour Standards In The Canadian Federal Jurisdiction: A Comparison With Canadian Provinces And Territories, States In The United States, And Selected European Nations*, Rapport présenté à la Commission chargée de l'examen des normes du travail fédérales, 4 novembre 2005
- BLONIGEN, B.A. et J. PIGER, *Determinants of Foreign Direct Investment*, NBER Working Paper No. 16704, janvier 2011
- BLOUIN, R. et A. GILES, *L'intégration économique en Amérique du Nord et les relations industrielles*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1998
- BOGDAN, M., *Comparative Law*, Cambridge, MA, Kluwer, 1994
- BONENFANT, L., *Les clauses d'adhésion syndicales*, Québec, Ministère du travail, mars 2003, en ligne : <http://www.travail.gouv.qc.ca> (consulté le 20 janvier 2012)
- BOUTET, P., *Étude comparative de la législation sur les normes minimales du travail dans certains États des États-unis*, Direction de la recherche et de l'innovation en milieu de travail, Ministère du Travail, Québec, février 2009
- BOUTET, P., *Une étude comparative sur les normes du travail dans certains États des États-Unis*, Direction des études et des politiques, Ministère du Travail, Québec, janvier 2007
- BOYER, M., « Accréditation syndicale : la nécessité d'une mise à niveau en matière de relations de travail au Québec », *Les Cahiers de recherche de l'Institut économique de Montréal*, Institut économique de Montréal, septembre 2009
- BRAITHWAITE, J., et P. DRAHOS, *Global Business Regulation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000
- BRIERLEY, J. E.C. et R. A. MACDONALD (dir.), *Quebec Civil Law : An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery Publications, 1993

- BRISSON, J.-M. et N. KASIRER, *Code civil du Québec, Édition critique*, 2006-2007, 14^e édition, Éditions Yvon Blais, 2006, p. LXXIX
- BRONFENBRENNER, K., « No Holds Barred : the Intensification of Employer Opposition to Organizing », *Economic Policy Briefing Paper*, no. 235, 2009
- BRONSTEIN, A., *International and Comparative Labour Law. Current Challenges*, International Labour Organization, Geneve, Palgrave MacMillan, 2009
- BROWN, D. J. M. et D. M. BEATTY, *Canadian Labour Arbitration*, 4^e éd., feuilles mobiles
- BRUN, H., G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5^{ème} édition, Éditions Yvon Blais, 2008
- BURCHELL, B., D. LAPIDO et F. WILKINSON (dir.), *Job Insecurity and Work Intensification*, Routledge, London, 2002
- BUREAU OF LABOR STATISTICS, *Union Members 2012. News Release USDL-13-0105*, U.S. Department of Labor, 23 janvier 2013, en ligne : <http://www.bls.gov/news.release/pdf/union2.pdf> (consulté le 16 juin 2013)
- BYRNES, M. A., *Financial Year 2009 Annual Report*, Commonwealth of Massachusetts, Division of Labor Relations, 2009
- CHAYKOWSKI, R. P., *Globalization and the Canadian Economy : The Implications for Labour Markets, Society and the State*, Kingston, School of Policy Studies, 2001
- CHESNAIS, F., *La mondialisation du capital*, Paris, Syros, 1997
- CHEVRETTE, F. et H. MARX, *Droit constitutionnel*, Montréal, P.U.M., 1982, p. 868
- CHICHA, M.-T., *L'équité salariale : Mise en œuvre et enjeux*, Éditions Yvon Blais, 1997
- CLARK, D. S., *Comparative and private international law : essays in honor of John Henry Merryman on his seventieth birthday*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990
- CLEMENS, J., A. KARABEGOVIC et N. VELDHUIS, *Measuring Labour Markets in Canada and the United States, 2003 Edition*, Institut Fraser, août 2003
- CLEMENS, J., N. VELDHUIS et A. KARABEGOVIC, *Explaining Canada's High Unionization Rates*, Fraser Institute Digital Publication, Fraser Institute, 2005
- COLLIN, F., R. DHOQUOIS, P.H. GOUTIERRE, A. JEAMMAUD, G. LYON-CAEN et A. ROUDIL (dir.), *Le droit capitaliste du travail*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1980
- COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *L'accès en égalité en emploi. Rapport triennal 2007-2010. Loi sur l'accès à l'égalité en emploi dans des organismes publics*, Québec, 2012
- COMMISSION DES NORMES DU TRAVAIL, *Les normes du travail au Québec*, Québec, novembre 2011

COMMONWEALTH OF MASSACHUSETTS, OFFICE OF THE ATTORNEY GENERAL, *An Advisory from the Attorney General's Fair Labor and Business Practices Division on Meal Periods*, Advisory 94/2, 30 septembre 1994 (consulté le 15 juin 2013)

COMMONWEALTH OF MASSACHUSETTS, DEPARTMENT OF LABOR RELATIONS, *FY2012 Annual Report : July 1, 2011 – June 30, 2012*, 2012

COMMONWEALTH OF MASSACHUSETTS, OFFICE OF ATTORNEY GENERAL, « Advisory on Vacation Policies, 99/1 », 1999, en ligne : <http://www.lawlib.state.ma.us/docs/VacationAdvisory1999.pdf> (consulté le 20 août 2013)

COMMONWEALTH OF MASSACHUSETTS, *The Massachusetts Blue Laws*, 21 juillet 2005, <http://www.mass.gov> (consulté le 15 juin 2013)

CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR LE COMMERCE ET LE DÉVELOPPEMENT, *Manuel de statistiques de la CNUCED*, New York et Genève, 2012, en ligne : www.unctad.org (consulté le 30 août 2013)

CONSEIL DU PATRONAT DU QUÉBEC, *Commentaires du Conseil du patronat du Québec soumis à la ministre du Travail du Canada sur le Document de discussion sur l'examen des normes du travail du Code canadien du travail*, Mai 2009

CONSEIL DU PATRONAT DU QUÉBEC, *Commentaires du Conseil du patronat du Québec sur le document de consultation Modernisation des normes du travail fédérales – Examen de la partie III du Code canadien du travail*, Septembre 2005.

CONSEIL DU PATRONAT DU QUÉBEC, *Commentaires du Conseil du Patronat du Québec sur le projet de Loi concernant les conditions de travail dans certains secteurs de l'industrie du vêtement et modifiant la Loi sur les normes du travail (Projet de loi no 47)*, août 1999

CONSEIL DU PATRONAT DU QUÉBEC, *Commentaires du Conseil du patronat du Québec présentés au Groupe de travail sur l'investissement*, 10 janvier 2008

CONSEIL DU PATRONAT DU QUÉBEC, *Le projet de loi C-257 : Une menace sérieuse à la sécurité économique des Canadiens. Commentaires du Conseil du patronat du Québec sur le projet de loi C-257, Loi modifiant le Code canadien du travail (travailleurs de remplacement)*, décembre 2006

CONSEIL DU PATRONAT DU QUÉBEC, *Les travailleurs de remplacement : le temps est venu de rétablir l'équilibre entre les parties. Mémoire du Conseil du patronat du Québec soumis à la Commission de l'économie et du travail de l'Assemblée nationale dans le cadre du mandat d'initiative sur la modernisation des dispositions anti-briseurs de grève prévues au Code du travail*, Février 2011

CONSEIL DU PATRONAT DU QUÉBEC, *Mémoire du Conseil du patronat du Québec sur le projet de loi 182, Loi modifiant le Code du travail, instituant la Commission des relations de travail et modifiant d'autres dispositions législatives*, février 2001

- CONSEIL DU PATRONAT DU QUÉBEC, *Mémoire du Conseil du patronat du Québec sur le projet de loi no 31 : Loi modifiant le Code du travail, instituant la Commission des relations du travail et modifiant d'autres dispositions législatives*, mai 2001
- CONSEIL DU PATRONAT DU QUÉBEC, *Notes pour une rencontre avec les caucus des députés libéraux et péquistes à l'Assemblée Nationale*, décembre 1997
- CONSEIL DU PATRONAT DU QUÉBEC, *Pour bâtir un Québec prospère : programme d'action 2002-2003 du Conseil du patronat du Québec*, septembre 2002
- CONSEIL DU PATRONAT DU QUÉBEC, *Pour créer la richesse et le mieux-être : programme d'action 2004-2006 du Conseil du patronat du Québec*, septembre 2004
- CONSEIL DU PATRONAT DU QUÉBEC, *Réactions du Conseil du Patronat du Québec sur le document ministériel Pour un Code du travail renouvelé*, mars 2000
- CONSEIL DU PATRONAT DU QUÉBEC, *Redonner aux Québécois les moyens d'entreprendre et la liberté de choisir : programme d'action 2003-2004 du Conseil du patronat du Québec*, septembre 2003
- CONSEIL DU PATRONAT DU QUÉBEC, *S'allier pour la prospérité. Plateforme 2010-2013*, 2010
- CONSEIL DU PATRONAT DU QUÉBEC, *Vers un plus juste équilibre social et économique : commentaires du Conseil du patronat du Québec sur le projet de loi no 31, Loi modifiant le Code du travail*, novembre 2003
- CONSEIL DU TRÉSOR DU CANADA, *Le rendement du Canada 2004, Rapport annuel au Parlement*, 2004
- CONSTANTINESCO, L.-J., *Traité de droit comparé*, t. 1 « Introduction au droit comparé », Paris, L.G.D.J., 1972
- CONSTANTINESCO, L.-J., *Traité de droit comparé*, t. 2 « La méthode comparative », Paris, L.G.D.J., 1974
- CONSTANTINESCO, L.-J., *Traité de droit comparé*, t. 3 « La science des droits comparés », Paris, L.G.D.J., 1983
- COOK, M, L. et H. C. KATZ (dir.), *Regional Integration and Industrial Relations in North America*, 1994
- COOKE, W. N., « Multinational companies and global human resource strategies », Westport, Conn., Quorum Books, 2003
- CORDELIER, S., (dir.), *La mondialisation au-delà des mythes*, Éditions La Découverte / Poche, Paris, 2000
- COURTOIS-CHAMPENOIS, E., *L'organisation du droit du licenciement aux États-Unis : approche comparative des droits américains et français*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997

- COURTOIS-CHAMPENOIS, E., *Le droit du travail américain, un droit de l'entreprise : Contribution à l'étude comparée des sources du droit du travail français et américain*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002
- COUTU, M. et G. MARCEAU, *Droit administratif du travail : tribunaux et organismes spécialisés du domaine du travail*, Éditions Yvon Blais, 2007
- COVINGTON, R. N., *Employment Law in a Nutshell*, 3^{ème} édition, West Nutshell Series, Thomson Reuters, 2009.
- CRAIG, J. D.R. et S. M. LYNK, *Globalization and the Future of Labour Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006
- CRÉPEAU, P.-A., P. MARTINEAU et A. MAYRAND, *Dictionnaire de droit privé et Lexiques bilingues*, Les Éditions Yvon Blais, 1991
- CUNIBERTI, G., *Grands systèmes de droit contemporains*, 2^{ème} édition, Lextenso éditions, L.G.D.J., 2011
- D'AOUST, C. et G. TRUDEAU, *L'obligation d'obéir et ses limites dans la jurisprudence arbitrale québécoise*, Monographie 4, Montréal, École des relations industrielles, Université de Montréal, 1979
- DAVID, R. et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 2002
- DAVID, R., *Traité élémentaire de droit civil comparé. Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, Paris, L.G.D.J., 1950
- DAVIDOV, G. et B. LANGILLE (dir.), *The Idea of Labour Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011
- DAVIDOV, G., et B. LANGILLE (dir.), *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, Oxford, Hart Publishing, 2006
- DAVIES, P., *Gower's principles of modern company law*, Londres, Swett & Maxwell, 1997
- DEWIT, G., D. LEAHY et C. MONTAGNA, « Employment Protection and Globalisation in Dynamic Oligopoly », *Dundee Discussion Papers in Economics*, Working Paper no 137, janvier 2003
- DEWIT, G., D. LEAHY et C. MONTAGNA, « Employment Protection, Flexibility and Firms' Strategic Location Decisions under Uncertainty », SIRE-DP-2012-24, Scottish Institute for Research in Economics, 2012
- DION, G., *Dictionnaire des relations de travail*, Presses de l'Université Laval, 1986
- DIVISION OF LABOR RELATIONS, COMMONWEALTH OF MASSACHUSETTS, *Representation Case Manual*, 2010, en ligne : <http://www.mass.gov> (consulté le 20 août 2013)
- DUNNING, J. H. et S. M. LUNDAN, *Multinational Enterprises and the Global Economy*, second edition, Edward Elgar Publishing, 2008

DUNNING, J. H., *The Globalization of Business: the Challenges of the 1990s*, Londres et New York, Routledge, 1993

EAGAN-VAN METER, P. et R. EISENBREY, « First-Contract Arbitration Facts : The Canadian Experience », *Economic Policy Institute Issue Brief*, no 256, Washington, D.C., June 25, 2009

ÉCOLE DU BARREAU DU QUÉBEC, Collection de droit 2012-2013, vol. 7, *Droit public et administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012

EISENBREY, R., et P. EAGAN-VAN METER, « Business Success and First Contract Arbitration », *Economic Policy Institute Issue Brief*, no 275, March 30, 2010

ELGRABLY, N., « Le salaire minimum et la flexibilité du marché du travail », *Les notes économiques*, Collection « Lois du travail », Institut économique de Montréal, décembre 2006

EMANUELLI, C.C., *Introduction to comparative law*, Halifax, Dalhousie University, 1979

ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA. *Encyclopaedia Britannica Online Academic Edition*, Encyclopaedia Britannica Inc., 2013, en ligne : www.britannica.com (consulté 15 juin 2013)

EXECUTIVE OFFICE OF LABOR AND WORKFORCE DEVELOPMENT, *Current Employment Statistics (CES-790)*, Commonwealth of Massachusetts, 2013, en ligne : http://lmi2.detma.org/Lmi/lmi_ces_a.asp (consulté le 16 juin 2013)

EXPORTATION ET DÉVELOPPEMENT CANADA, *Aperçu du pays : États-Unis*, Centre d'information économique et politique, juin 2013, en ligne : www.edc.ca (consulté le 30 août 2013)

FELDACKER, B., *Labor Guide to Labor Law*, 4th Edition, Englewood Cliffs, New Jersey, Prentice Hall, 1999

FERGUSON, J.-P. et T. A. KOCHAN, *Sequential Failures in Workers' Right to Organize*, MIT Sloan School of Management Institute for Work and Employment Research, March 2008

FERRIELL, J. et M. NAVIN, *Understanding Contracts*, LexisNexis, 2009, mise à jour

FORD, K. E., K. E. NOTESTINE, R. N. HILL, *Fundamentals of Employment Law*, Chicago, ABA Publishing, 2000

FORTIN, L. et M. KELLY-GAGNON, « Le modèle de syndicalisation québécois : une anomalie à corriger », *Les notes économiques*, Collection « Lois du travail », Institut économique de Montréal, février 2011

FORTIN, L., Y. CHASSIN et M. KELLY-GAGNON, « Le financement et la transparence des syndicats », *Les Cahiers de recherche de l'Institut économique de Montréal*, Institut économique de Montréal, octobre 2011

FRASER INSTITUTE, *Who we are*, 2010, en ligne : <http://www.fraserinstitute.org> (consulté le 12 août 2013)

GAGNON, R. P., L. LEBEL, P. VERGE, *Droit du travail*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1991

GAGNON, R. P., *Le droit du travail du Québec*, 7^{ème} édition, mis à jour par Langlois Kronström Dejadins, sous la direction de Yann Bernard, André Sasseville, Bernard Cliche et Jean-Guy Villeneuve, Éditions Yvon Blais, 2013

GILES, A., A.E. SMITH et G. TRUDEAU (dir.), *The Globalization of the Economy and the Worker*, Actes du XXXIIe Congrès de l'Association canadienne des relations industrielles, Université Laval, 1996.

GINGRICH, N., *Arbitration : the Real Threat in EFCA*, The American Enterprise Institute, 22 avril 2009

GODIN, K. et N. VELDHUIS, « The Economic Effects of Minimum Wages in British Columbia », *Studies in Labour Markets*, Institut Fraser, 2009

GODIN, K., M. PALACIOS et N. VELDHUIS, *Measuring Labour Markets in Canada and the United States: 2008 Report (Canadian Edition)*, Studies in Labour Markets, Institut Fraser, août 2008

GODIN, K., M. PALACIOS, J. CLEMENS et N. VELDHUIS, *Measuring Labour Markets in Canada and the United States: 2007 Edition*, Studies in Labour Markets, no 4, Institut Fraser, septembre 2007

GODIN, K., M. PALACIOS, J. CLEMENS, N. VELDHUIS et A. KARABEGOVIĆ, *An Empirical Comparison of Labour Relations Laws in Canada and the United States*, Studies in Labour Markets, no 2, Institut Fraser, mai 2006

GOULD IV, W. B., *A Primer on American Labor Law*, 3^{ème} édition, Cambridge, Mass., MIT Press, 1993

GOVERNEMENT DU CANADA, *Canada et les États-Unis. Fiches documentaires 2012 sur le commerce avec les États. Massachusetts*, en ligne : <http://can-am.gc.ca/> (consulté le 9 août 2013)

GOVERNEMENT DU CANADA, *Canada et les États-Unis. Relations canado-amérique. Commerce et investissements*, 2013, en ligne : www.can-am.gc.ca (consulté le 30 août 2013)

GOVERNEMENTS DU CANADA, DES ÉTATS-UNIS ET DU MEXIQUE, *Accord de libre-échange nord-américain. Faits saillants*, 2012, en ligne : www.alenaaujourd'hui.org (consulté le 30 août 2013)

GRIFFIN, R. W. et M. W. PUSTAY, *International Business*, Upper Saddle River, NJ, Prentice Hall, 2010

GROSSFELD, B., *The strength and weakness of comparative law*, Oxford/New York, Clarendon Press / Oxford University Press, 1990

GROUPE CONSEIL SUR L'ALLÈGEMENT RÉGLEMENTAIRE, *Rapport du Groupe conseil sur l'allègement réglementaire au Premier Ministre du Québec*, Gouvernement du Québec, 29 mai 1998 (rapport Lemaire)

- GUNDERSON, M., *Minimum Wages in Canada : Theory, Evidence and Policy*, Federal Labour Standards Review Commission, 2005
- GUNDERSON, M., *Social and Economic Impact of Labour Standards*, rapport préparé pour la Commission sur l'examen des normes du travail fédérales, 2005
- GUTTERIDGE, H.C., *Le droit comparé. Introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit*, Paris, L.G.D.J., 1953
- HAALAND, J. I. et I. WOOTON, « Domestic Labour Markets and Foreign Direct Investment », *CEPR Working Paper*, no 3989, CEPR, Juillet 2003
- HAALAND, J. I. et I. WOOTON, « Multinational Firms : Easy Come, Easy Go ? », Center for Globalization and Europeanization of the Economy, Georg-August-Universität Göttingen, Mai 2001
- HAGGARD, T. R., *Understanding employment discrimination*, 2nd edition, Matthew Bender, 2008
- HALL, D. E. et J. P. FELDMEIERS, *Constitutional Law : Governmental Powers and Individual Freedoms*, 2^{ème} édition, Pearson, 2012
- HARRISON, K., (dir.), *Racing to the Bottom ? Provincial Interdependence in the Canadian Federation*, Vancouver-Toronto, UBC Press, 2006
- HATEM, F., *International Investment: Towards the Year 2002*, Paris, CNUCED-Arthur Andersen, 1998
- HAYES, J. et J. MORAN, *Comparison of Connecticut's State Employee Collective Bargaining Laws With Those of Bordering States*, OLR Research Report, 2010-R-0127, March 22, 2010
- HAYWARD, J. et R. WURZEL (dir.), *European Disunion: Between Sovereignty and Solidarity*, Palgrave MacMillan, 2012
- HÉBERT, F., *L'obligation de loyauté du salarié*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1995.
- HEPPLE, B., *Labour Laws and Global Trade*, Oxford, Hart Publishing, 2005
- HIRSCH, B. et D. MACPHERSON, *Union Membership and Coverage Database from the Current Population Survey, Table II : State: Union Membership, Coverage, Density, and Employment by State and Sector, 1983-2012*, en ligne : <http://www.unionstats.com> (consulté le 16 juin 2013)
- HIRSCH, J. L. *Labor and Employment in Massachusetts : A Guide to Employment Laws, Regulations & Practices*, Matthew Bender & Company, Inc., 2005, mise à jour
- HIRST, P. et G. THOMPSON, *Globalisation in Question : The International Economy and the Possibilities of Governance*, Polity Press, Cambridge, 1996
- HOBERG, G. (dir.), *Capacity for Choice : Canada in a New North America*, Toronto, University of Toronto Press, 2002

- INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Commerce international en ligne. Commerce québécois et canadien par produit (SH)*, en ligne : http://diffusion.stat.gouv.qc.ca/hkbphp/index_fr.html (consulté le 9 août 2013)
- INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Le Québec : Chiffres en main*, édition 2013, en ligne : <http://www.stat.gouv.qc.ca/> (consulté le 9 août 2013)
- INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Rémunération et conditions de travail*, 2013, en ligne : <http://www.stat.gouv.qc.ca> (consulté le 1^{er} mai 2013)
- INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Tableau statistique : Nombre d'employés selon le secteur d'appartenance, le sexe et l'âge, Québec, 2008-2011*, 2013, en ligne : <http://www.stat.gouv.qc.ca> (consulté le 25 août 2013)
- INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Tableau statistique : Taux de présence de l'emploi syndiqué chez les travailleurs, résultats selon diverses caractéristiques de la main-d'œuvre et de l'emploi, moyennes annuelles, Québec, 2008-2011*, 2013, en ligne : <http://www.stat.gouv.qc.ca> (consulté le 25 août 2013)
- INSTITUT ÉCONOMIQUE DE MONTRÉAL, *Qui sommes nous?*, 2013, en ligne : <http://www.iedm.org> (consulté le 12 août 2013)
- JALETTE, P. et G. TRUDEAU (dir.), *La convention collective au Québec*, 2^{ème} édition, Montréal, Chenelière Éducation, 2011
- JOHNSON, S., *First Contract Arbitration : Effects on Bargaining and Work Stoppages*, décembre 2008
- JONES, J. et C. WREN, « Foreign Direct Investment and the Regional Economy », Ashgate, 2006
- KAHN-FREUND, O., P. DAVIES et M. FREEDLAND, *Kahn-Freund's Labor and the Law*, 3^{ème} édition, Stevens & Sons, Londres, 1983
- KANDILOV, I. T., M. Z. SENSES et J. B. MAY, *The Effects of Wrongful-Discharge Protection on Employment and Entry of Foreign Multinationals : Evidence from U.S. States*, Nitze School of Advanced International Studies, John Hopkins University, Washington D.C., 2011, en ligne : http://www.sais-jhu.edu/faculty/senses/IK_MS_JM_11.pdf (consulté le 10 juin 2013)
- KARABEGOVIĆ, A. et N. VELDHUIS, « Estimating the Economic Impact of British Columbia's Minimum Wage Increase », *Fraser Alert*, Institut Fraser, avril 2011
- KARABEGOVIĆ, A., A. GAINER et N. VELDHUIS, *Labour Relations Laws in Canada and the United States : An Empirical Comparison, 2009 Edition*, Studies in Labour Markets, Institut Fraser, août 2009
- KARABEGOVIĆ, A., A. GAINER et N. VELDHUIS, *Measuring Labour Markets in Canada and the United States, 2011 Edition*, Studies in Labour Markets, Institut Fraser, septembre 2011

- KARABEGOVIĆ, A., A. GAINER, M. PALACIOS et N. VELDHUIS, *Measuring Labour Markets in Canada and the United States, 2010 Edition*, Studies in Labour Markets, Institut Fraser, septembre 2010
- KARABEGOVIĆ, A., F. MCMAHON et C.G. BLACK, *Economic Freedom of North America 2006 Annual Report*, Institut Fraser et National Center for Policy Analysis, 2006
- KARABEGOVIĆ, A., F. MCMAHON et G. MITCHELL, *Economic Freedom of North America 2005 Annual Report*, Institut Fraser et National Center for Policy Analysis, 2005
- KARABEGOVIĆ, A., F. MCMAHON, D. SAMIDA et G. MITCHELL, *Economic Freedom of North America 2004 Annual Report*, Institut Fraser, 2004
- KARABEGOVIĆ, A., F. MCMAHON, D. SAMIDA, G. MITCHELL et C. SCHLEGEL, *Economic Freedom of North America*, Institut Fraser et National Center for Policy Analysis, 2002
- KARABEGOVIĆ, A., F. MCMAHON, N. J. ASHBY et R. S. SOBEL, *Economic Freedom of North America 2008 Annual Report (Canadian Edition)*, Institut Fraser, juillet 2008
- KARABEGOVIĆ, A., K. GODIN, J. CLEMENS et N. VELDHUIS, *Measuring the Flexibility of Labour Relations Laws in Canada and the United States*, Fraser Institute Digital Publication, Fraser Institute, septembre 2004
- KARABEGOVIĆ, A., M. PALACIOS, J. CLEMENS, & N. VELDHUIS, *The Transparency of Labour Relations Boards in Canada and the United States*, Studies in Labour Markets, no 1, Institut Fraser, septembre 2005
- KARABEGOVIĆ, A., N. GABLER et N. VELDHUIS, *Measuring Labour Markets in Canada and the United States, 2012 Edition*, Studies in Labour Markets, Institut Fraser, septembre 2012
- KOZHAYA, N. et G. LEMAY, « Les effets pervers des dispositions anti-briseurs de grève », *Les notes économiques*, Collection « Lois du travail », Institut économique de Montréal, janvier 2005
- KOZHAYA, N., « Les effets de la forte présence syndicale au Québec », *Les notes économiques*, Collection « Lois du travail », Institut économique de Montréal, septembre 2005
- KUCERA, D., « The Effects of Core Workers Rights on Labour Costs and Foreign Direct Investment », ILS Working Paper, no 130, 2001
- LABOR RELATIONS COMMISSION, *A Guide to the Massachusetts Public Employee Collective Bargaining Law*, Commonwealth of Massachusetts, Boston, MA, 2002
- LAITHIER, Y.-M., *Droit comparé*, Paris, Dalloz, 2008
- LAREAU, N. P., *Labor and Employment Law*, Newark, NJ, LexisNexis / Matthew Bender, 2003, Feuilles mobiles
- LAW, M. T., « The Economics of Minimum Wage », Public Policy Sources No. 14, 1998

- LECOSTEY, S., « Fluctuating demand and oligopoly : is strong employment protection legislation detrimental to the domestic industry? », CREM UMR CNRS 6211, Centre de recherche en économie et management, University of Caen, 23 avril 2012
- LEIBRECHT, M. et C. BELLAK, « Does the impact of employment protection legislation on FDI differ by skill-intensity of sectors? An empirical investigation », *GEP Discussion Paper 09/21*, Nottingham, University of Nottingham, 2009
- LEVYNE, O. et J.-M. SAHUT, *Options réelles : intégrer risque et flexibilité dans les choix d'investissement*, Paris, Dunod, 2009
- LEWIN, D. et B. E. KAUFMAN (dir.), *Advances in Industrial and Labor Relations*, vol. 9, Stamford, CT., JAI Press, 1999
- LOQUIN, É. et C. KESSEDJIAN (dir.), *La mondialisation du droit*, Litec, Paris, 2000
- LUSTIG, N., B. BOSWORTH et M. SLAUGHTER (dir.), *North American Free Trade*, Washington, Brookings Institution,
- MASSACHUSETTS COMMISSION AGAINST DISCRIMINATION, *Fact Sheet: Complainant's Right to Pursue a Claim in Court*, 2007, en ligne : <http://www.mass.gov/mcad/courtfactsht.html> (consulté le 12 août 2013)
- MASSACHUSETTS COMMISSION AGAINST DISCRIMINATION, *Know The Facts : A Practical Guide to the Complaint Process at the MCAD*, 2012, en ligne : <http://www.mass.gov/mcad/> (consulté le 12 août 2013)
- MATTEI, U., *Comparative law and economics*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1997.
- MAY, C. N. et A. IDES, *Constitutional Law : National Power and Federalism*, 2^{ème} édition, Gaithersburg/New York, Aspen Law & Business, 2001
- MAYER, G., *Labor Union Recognition Procedures : Use of Secret Ballots and Card Checks*, (2005), Federal Publications, Paper, 237, en ligne : http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/key_workplace/237 (consulté le 15 août 2013)
- MÉJEAN, I. et L. PATUREAU, *Location decisions and Minimum Wages*, THEMA, Université de Cergy-Pontoise, mars 2008, en ligne : <http://thema.u-cergy.fr/IMG/documents/2008-06.pdf> (consulté le 15 août 2013).
- MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien – Recueil d'études*, Canada, Ministère de la Justice, 1997, en ligne : [http://www.bijurilex.org/site/Export/Recueil\(1997\)/f/premier-recueil\(1997\)_f/index_f_t_1.htm](http://www.bijurilex.org/site/Export/Recueil(1997)/f/premier-recueil(1997)_f/index_f_t_1.htm) (consulté le 15 août 2013)
- MINISTÈRE DES FINANCES ET DE L'ÉCONOMIE DU QUÉBEC, *Le calepin Édition juin 2013. Le commerce extérieur du Québec*, 2013
- MINISTÈRE DU TRAVAIL DU QUÉBEC, *Décrets de convention collective*, 2013, en ligne : <http://www.travail.gouv.qc.ca> (consulté le 1^{er} août 2013)

MINISTÈRE DU TRAVAIL DU QUÉBEC, *Pour un Code du travail renouvelé : Orientations ministérielles*, Gouvernement du Québec, mars 2000

MINISTÈRE DU TRAVAIL DU QUÉBEC, *Qui sont les médiateurs-conciliateurs?*, en ligne : <http://www.travail.gouv.qc.ca> (consulté le 26 février 2013)

MORIEARTY, S. C., J. F. ADKINS, L. F. RUBIN, D. J. JACKSON et M. K. HARRISON, *Massachusetts Practice Series : Employment Law* (2e éd.), Thomson/West, 2006

MORIN, F., J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX et J.-P. VILLAGGI, *Le droit de l'emploi au Québec*, 4^{ème} édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 2010

NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD, *Basic Guide to the National Labor Relations Act : General Principles of Law Under the Statute and Procedures of the National Labor Relations Board*, U.S. Government Printing Office, Washington, 1997

NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD, *Division of Judges*, en ligne : <http://www.nlr.gov/who-we-are/division-judges> (consulté le 7 mai 2013)

NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD, *What we do / Conduct Elections*, en ligne : <http://www.nlr.gov/what-we-do/conduct-elections> (consulté le 12 décembre 2011)

NATIONAL RIGHT TO WORK LEGAL DEFENSE FOUNDATION, 2013, en ligne : <http://www.nrtw.org/rtws.htm> (consulté le 9 mai 2013)

NEUWARK, D. et W. WASCHER, « Minimum Wages and Employment », *Foundations and Trends in Microeconomics*, 2007

NICOLETTI, G., D. HAJKOV, D. MIRZA et Y. KWANG-YEOL, « Policies and International Integration : Influences on Trade and Foreign Direct Investment », OECD Economics Department Working Paper no 359, Paris, OECD, 2003

OCCUPATIONAL SAFETY AND HEALTH ADMINISTRATION, *Directory of States with Approved Occupational Safety and Health Plans*, <http://www.osha.gov/dcsp/osp/states.html> (consulté le 15 avril 2011)

OCCUPATIONAL SAFETY AND HEALTH ADMINISTRATION, *Safety and Health Program Management Guidelines*, Federal Register 54(16) : 3904-3916, January 26, 1989

OFFICE OF THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE, *Canada*, 2012, en ligne : www.ustr.gov (consulté le 30 août 2013)

OHLIN, B., P.O. HESSELBORN et P.M. WIJMAN, P.M. (dir.), *The International Allocation of Economic Activity*, MacMillan, Londres, 1977

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE, *Perspectives de l'emploi de l'OCDE 2013*, p. 84, en ligne : <http://www.oecd.org> (consulté le 10 septembre 2013)

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Définition de référence de l'OCDE des investissements directs internationaux*, Quatrième édition, 2008, en ligne : <http://www.oecd.org> (consulté le 20 août 2013)

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Principaux indicateurs économiques*, août 2013, p. 239, en ligne : www.oecd.org (consulté le 30 août 2013)

OUIMET, H., *Travail Plus, Le travail et vos droits*, 7^{ème} édition, Wilson & Lafleur, 2011

PALACIOS, M., A. GAINER, A. KARABEGOVIĆ et N. VELDHUIS, *Measuring Labour Markets in Canada and the United States, 2009 Edition*, Studies in Labour Markets, Institut Fraser, septembre 2009

PALACIOS, M., J. CLEMENS, K. GODIN et N. VELDHUIS, *Union Disclosure in Canada and the United States*, Studies in Labour Markets, no. 3, Institut Fraser, septembre 2006

PISTOR, K., *Legal ground rules in coordinated and liberal market economies*, Document de travail de l'IEGE no 30/2005, Bruxelles, Institut européen sur la gouvernance d'entreprise, 2005

QUINN, F., *The Foreign Direct Investment Location Decision: A Contingency Model of the Foreign Direct Investment Location Decision-Making Process*, University of Sydney Business School, 2012, en ligne : <http://ses.library.usyd.edu.au/handle/2123/9062> (consulté le 20 août 2013)

RAY, D. E., C. W. SHARPE et R. N. STRASSFELD, *Understanding Labor Law*, Second Edition, LexisNexis, 2005

REID, H., *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Québec, Wilson et Lafleur, 2004

REIMANN, M. et R. ZIMMERMANN (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2006

RÉMILLARD, G., *Commentaires du Ministre de la Justice. Le Code civil du Québec : un mouvement de société*, tome 1, Publications du Québec, 1993

SAFARIAN, A. E. et W. HEJAZI, *Canada and foreign investment: a study of determinants*, Toronto, University of Toronto, 2001

SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, H. A., *Droit comparé : théorie générale et principes*, 1978

SECRETARY OF THE COMMONWEALTH OF MASSACHUSETTS, CITIZEN INFORMATION SERVICE, *Massachusetts Legal Holidays*, 2013, en ligne : <http://www.sec.state.ma.us/cis/cishol/holidx.htm> (consulté le 20 août 2013)

SECRETARY OF THE COMMONWEALTH OF MASSACHUSETTS, CITIZEN INFORMATION SERVICE, *Massachusetts Facts, Part 1 : Concise Facts*, en ligne : <http://www.sec.state.ma.us/cis/cismaf/mf1b.htm> (consulté le 10 mai 2013)

SECRETARY OF THE COMMONWEALTH OF MASSACHUSETTS, CITIZEN INFORMATION SERVICE, *Massachusetts Facts, Part 2*, en ligne : <http://www.sec.state.ma.us/cis/cismaf/mf2.htm> (consulté le 10 mai 2013)

- SERVAIS, J.-M., *Droits en synergie sur le travail. Éléments de droits international et comparé du travail*, Bruxelles, Bruylant, 1997
- SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE DU BARREAU DU QUÉBEC, vo. 227, *Un abécédaire des cessations d'emploi et des indemnités de départ*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005
- SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE DU BARREAU DU QUÉBEC, vol. 153, *Développements récents en droit du travail (2001)*, Éditions Yvon Blais, 2001
- SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE DU BARREAU DU QUÉBEC, vol. 245, *Développement récents en droit du travail (2006)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006
- SIMS, A.C.L., R. BLOUIN et P. KNOFF, *Vers l'équilibre*, Ministre des Travaux publics et services gouvernementaux Canada, 1996 (rapport Sims)
- SMITH, P.R., A. C. HODGES, S. J. STABILE et R. GELY, *Principles of Employment Law*, West, 2009
- STATISTIQUE CANADA, *Tableaux sommaires. Importations et exportations de bien sur la base de la balance des paiements*, 2013, en ligne : www.statcan.gc.ca (consulté le 30 août 2013).
- STATISTIQUES CANADA, *Tableaux sommaires : « Salaires horaires moyens des employés selon certaines caractéristiques et professions, données non désaisonnalisées, par province (mensuel)(Québec) »*, janvier 2012, en ligne : <http://www.statcan.gc.ca> (consulté le 1^{er} août 2013)
- SUPIOT, A., *Critique du droit du travail*, Paris, Quadrige / Presses Universitaires de France, 2002
- SUPIOT, A., *Le droit du travail, Que sais-je ?*, n° 1268, Paris, Presses Universitaires de France, 2004
- THE LABOR LAW CASEBOOK GROUP, *Labour and Employment Law : Cases, Material, and Commentary*, Eighth edition, 2011
- THÉRIAULT, R. et S. ST-ONGE, *Gestion de la rémunération*, Boucherville, Gaëtan Morin Éditeur, 2000
- TRANSPORTS CANADA, *Les transports au Canada 2004, Rapport annuel*, 2004
- TRUDEAU, G., G. VALLÉE et D. VEILLEUX (dir.), *Études en droit du travail à la mémoire de Claude D'Aoust*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995
- TUNGODDEN, B., N. STERN et I. KOLSTAD (dir.), *Annual World Bank Conference on Development Economics – Europe 2003*, World Bank, 2004
- U.S. CENSUS BUREAU, *Population estimates. Table 1. Annual Estimates of the Population for the United States, Regions, States, and Puerto Rico: April 1, 2010 to July 1, 2012 (NST-EST2012-01)*, en ligne : <http://www.census.gov/> (consulté le 9 août 2013)

U.S. DEPARTMENT OF LABOR, BUREAU OF LABOR STATISTICS, *Occupational Employment Statistics : « May 2010 State Occupational Employment and Wage Estimates, Massachusetts »*, en ligne : <http://www.bls.gov/oes/> (consulté le 1^{er} août 2013)

U.S. DEPARTMENT OF LABOR, EMPLOYMENT AND TRAINING ADMINISTRATION, *The Worker Adjustment and Retraining Notification Act : Employer's Guide to Advance Notice of Closings and Layoffs*, July 2003

U.S. DEPARTMENT OF LABOR, EMPLOYMENT STANDARDS ADMINISTRATION, WAGE AND HOUR DIVISION, *Fact Sheet #12: Agricultural Employers Under the Fair Labor Standards Act (FLSA)*, en ligne : <http://www.dol.gov/esa/regs/compliance/whd/whdfs12.pdf> (consulté le 10 mai 2011)

U.S. DEPARTMENT OF LABOR, OFFICE OF INSPECTOR GENERAL, OFFICE OF AUDIT, *Evaluating the Status of Occupational Safety and Health Coverage of State and Local Government Workers in Federal OSHA States*, Report no 05-00-001-10-001, February 9, 2000, en ligne : <http://www.oig.dol.gov/public/reports/oa/2000/05-00-001-10-001.pdf> (consulté le 30 juin 2013)

U.S. ENGLISH, *State legislation – Massachusetts*, 2013, en ligne : <http://www.us-english.org/view/364?state=MA> (consulté le 30 juin 2013)

U.S. EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION, *Genetic Information Discrimination*, en ligne : <http://www.eeoc.gov/laws/types/genetic.cfm> (consulté le 12 août 2013).

U.S. EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION, *Fair Employment Practices Agencies (FEPAs) and Dual Filing*, en ligne : <http://www.eeoc.gov/employees/fepa.cfm> (consulté le 12 août 2013)

U.S. EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION, *Remedies For Employment Discrimination*, en ligne : <http://www.eeoc.gov/employees/remedies.cfm> (consulté le 12 août 2013)

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD), *World Investment Report 1998 : Trends and Determinants*, United Nations, New York and Geneva, 1998

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, *World Investment Report 1993, Transnational Corporations and Integrated International Production*, United Nations, New York and Geneva, 1993

UNITED STATES DEPARTMENT OF LABOR, *OSHA Inspections*, OSHA #2098, 2002

VALLÉE, G. et K. LIPPEL, *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit du travail », *Rapports individuels et collectifs du travail*, fasc. 1, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles

VAN HOECKE, M., (dir.), *Methodologies of Legal Research*, Oxford, Hart Publishing, 2011

VERGE, P. et G. VALLÉE, *Un droit du travail ? Essai sur la spécificité du droit du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997

- VERGE, P., *Droit du travail*, Faculté de droit, Université Laval, 1968
- VERGE, P., G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *Le droit du travail par ses sources*, Montréal, Éditions Thémis, 2006
- VIPOND, M., « First Contract Arbitration : Evidence from British Columbia, Canada of the Significance of Mediators' Non-Binding Recommendations », *Selected Works*, September 2010
- WANNELL, T. et J. USALCAS, *Enquête sur la population active : Bilan de la fin de l'année 2011*, Statistique Canada, Gouvernement du Canada, 2012
- WEILER, P., *Reconciliable Differences : New Directions in Canadian Labour Law*, Toronto, The Carswell Company Limited, 1980
- WHYMAN, P. B. et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility and Foreign Direct Investment », *Employment Relations Occasional Paper*, Department of Trade and Industry, Crown, London, United Kingdom, 2006
- WILTHAGEN, T., (dir.), *Advancing Theory in Labour Law and Industrial Relations in a Global Context*, Amsterdam, Royal Netherlands' Academy of Arts and Sciences, 1998
- WOOD, H. G., *Master and Servant*, 1877
- WORLD COMMISSION ON THE SOCIAL DIMENSION OF GLOBALIZATION, *A Fair Globalization : Creating Opportunities for All*, Geneva, International Labour Office, 2004
- ZWEIGERT, K. et H. KÖTZ, *Introduction to comparative Law*, Oxford, Clarendon Press ; Toronto, Oxford University Press, 1998

Articles de revue et études d'ouvrages collectifs

- ADAMS, G.W., « The U.S.-Canada Free Trade Agreement and Collective Bargaining », (1988) 14 *Canada-United-States Law Journal* 41
- ANAND, J. et B. KOGUT, « Technological Capabilities of Countries, Firm Rivalry and Foreign Direct Investment », (1997) 28 *Journal of International Business Studies* 445
- APARICIO VALDEZ, L. et J. BERNEDO ALVARADO, « The Case for the Comparative and Interdisciplinary Study of Labour Relations », dans BLANPAIN, R., W. BROMWICH, O. RYMKEVICH et S. SPATTINI (dir.), *The Modernization of Labour Law and Industrial Relations in a Comparative Perspective*, Bulletin of Comparative Labour Relations no 70, Kluwer Law International, 2009, p. 30
- ARTHURS, H., « Labour Law After Labour », dans DAVIDOV, G. et B. LANGILLE (dir.), *The Idea of Labour Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 13
- ARTHURS, H., « Labour law without the state », (1996) 46 *University of Toronto Law Journal* 1

- ARTHURS, H., « Who's afraid of globalization? Reflections on the future of labour law », dans CRAIG, J.D.R et S.M. LYNK, *Globalization and the Future of Labour Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 51
- BALLAM, D.A., « The traditional view on the origins of the employment-at-will doctrine: myth or reality? », (1995) 33 *American Business Law Journal* 1
- BANKS, K., « Must Canada Change Its Labour and Employment Laws to Compete with the United States? », (2013) 38 *Queen's L.J.* 419
- BANKS, K., « The impact of globalization on labour standards : A second look at the evidence », dans CRAIG, J.D.R. et S. M. LYNK, *Globalization and the Future of Labour Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 77
- BARTKIW, T., « Manufacturing Descent? Labour Law and Union Organizing in the Province of Ontario », (2008) 34 *Canadian Public Policy* 111
- BECK, T., A. DEMIRGÜÇ-KUNT et R. LEVINE, « Law and finance : Why does legal origin matter? », (2003) 31 *Journal of Comparative Economics* 653
- BECK, T., A. DEMIRGÜÇ-KUNT et R. LEVINE, « Law, endowments and finances », (2003) 70 *Journal of Financial Economics* 137
- BEFORT, S. F., « Demystifying Federal Labor and Employment Law Preemption », (1997-1998) 13 *Lab. Law.* 429
- BÉLANGER, J. et G. TRUDEAU, « Le cadre réglementaire en matière d'emploi : l'industrie manufacturière en contexte d'intégration économique », (2007) 62 *Relations industrielles / Industrial Relations* 433
- BÉLANGER, J. et G. TRUDEAU, « The Institutional Specificity of Quebec in the Context of Globalization », (2009) 15 *Canadian Lab. & Emp. L.J.* 49
- BÉLIVEAU, N.-A., K. BOUTIN, N. ST-PIERRE, « Les « motifs sérieux » et la « cause juste et suffisante » de congédiement », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Un abécédaire des cessations d'emploi et des indemnités de départ*, vo. 227, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 23
- BELL, J., « Legal Research and the Distinctiveness of Comparative Law », dans VAN HOECKE, M. (dir.), *Methodologies of Legal Research*, Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 155
- BELLAK, C. et M. LEIBRECHT, « Does the Impact of Employment Protection Legislation on Foreign Direct Investment Differ by the Skill Intensity of Industries? », (2011) *The World Economy* 1726
- BELLAK, C., M. LEIBRECHT et J.P. DAMIJAN, « Infrastructure Endowment and Corporate Income Taxes as Determinants of Foreign Direct Investment in Central and Eastern European Countries », (2009) 32 *The World Economy* 267
- BENASSY-QUÉRÉ, A., M. COUPET et T. MAYER, « Institutional determinants of foreign direct investment », (2007) 30 *World Economy* 764

- BENTOLILA, S. et G. BERTOLA, « Firing Costs and Labour Demand : How Bad is Eurosclerosis? », (1990) 57 *Review of Economic Studies* 381
- BICH, M.-F., « Contrat de travail et Code civil du Québec – Rétrospective, perspectives et expectatives », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE DU BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit du travail (1996)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 189
- BICH, M.-F., « La viduité post-emploi : loyauté, discrétion et clauses restrictives », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE DU BARREAU DU QUÉBEC, vol. 197, *Développements récents en propriété intellectuelle (2003)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 243
- BICH, M.-F., « Le contrat de travail », dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil, Tome 2, Obligations, contrats nommés*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 741
- BICH, M.-F., « Le pouvoir disciplinaire de l'employeur – fondements civils », (1988) 22 *R.J.T.* 85
- BILODEAU, P.-L., « Chapitre 4 : Vie et sécurité syndicales », dans P. JALETTE et G. TRUDEAU (dir.), *La convention collective au Québec*, 2ème édition, Montréal, Chenelière Éducation, 2011, p. 83-102
- BLACK, B., « Comparative Industrial Relations Theory : The Role of National Culture », (2005) 16 *International Journal of Human Resource Management* 1137
- BLANC-JOUVAN, X., « Lessons from an Experiment in Comparative Labor Law », dans AARON, B. A. et K. V.W. STONE (dir.), *Rethinking Comparative Labor Law*, Vandeplass Publishing, 2007, p. 29
- BLOCK, R. N. et K. ROBERTS, « Comparison of labour standards in the United States and Canada », (2000) 55 *Relations industrielles / Industrial Relations* 273.
- BLONIGEN, B. A., « A Review of the Empirical Literature on FDI Determinants », (2005) 33 *Atlantic Economic Journal* 383
- BOGNANNO, M.F., M.P. KEANE et D. YANG, « The Influence of Wages and Industrial Relations Environments on the Production Location Decisions of U.S. Multinationals Corporations », (2005) 58:2 *Industrial and Labor Relations Review* 171
- BONHOMME, R. et S.-P. PAQUETTE, « Existe-t-il un conflit entre l'obligation de loyauté et l'obligation de divulgation interne et externe en milieu de travail », dans SERVICE DE LA FORMATION CONTINUE DU BARREAU DU QUÉBEC, vol. 245, *Développement récents en droit du travail (2006)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 167
- BOTERO, J.C., S. DJANKOV, R. LA PORTA, F. LOPEZ-DE-SILANES et A. SHLEIFER, *The Regulation of Labor*, (2004) 119 *Quarterly Journal of Economics* 1339

- BOURQUE, R., « Chapitre 2 : Durée et renouvellement des conventions collectives », dans P. JALETTE et G. TRUDEAU (dir.), *La convention collective au Québec*, 2ème édition, Montréal, Chenelière Éducation, 2011, p. 49-64
- BOYER, R., « Les mots et les réalités », dans CORDELIER, S. (dir.), *La mondialisation au-delà des mythes*, Éditions La Découverte / Poche, Paris, 2000, p. 13
- BRANDL, B., S. STROHMER et F. TRAXLER, « US foreign direct investment, marco markets and labour relations : the case of enlarged Europe », (2010) 41:6 *Industrial Relations Journal* 622.
- BRAUNERHJELM, P. et R. SVENSSON, « Host Country Characteristics and Agglomeration in Foreign Direct Investment », (1996) 28 *Applied Economics* 833
- BRISSON, J.-M. et A. MOREL, « Droit fédéral et droit civil : complémentarité, dissociation » dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien – Recueil d'études*, Canada, Ministère de la Justice, 1997, 213, p. 231
- BRUNELLE, C. et M. SAMSON, « La liberté d'expression au travail et l'obligation de loyauté du salarié : plaidoyer pour un espace critique accru », (2005) 45 *C. de D.* 847
- BRUNELLE, C., « Les droits et libertés dans le contexte civil », dans Collection de droit 2012-2013, École du Barreau du Québec, vol. 7, *Droit public et administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 43
- BRUNELLE, C., M. COUTU et G. TRUDEAU, « La constitutionnalisation du droit du travail : un nouveau paradigme », (2007) 48 *C. de D.* 5
- BUCKLEY, P. J. et N. HASHAI, « Formalizing Internationalization in the Eclectic Paradigm », (2009) 40 *Journal of International Business Studies* 58
- BUDD, J. W. et Y. WANG, « Labor Policy and Investment : Evidence from Canada », (2004) 57 *Industrial and Labor Relations* 386
- BUDD, J. W. et Y. WANG, « The Ambiguity of Strike Replacement Legislation and Wages : A Sequential Investment-Bargaining Model », dans LEWIN, D. et B. E. KAUFMAN (dir.), *Advances in Industrial and Labor Relations*, vol. 9, Stamford, CT., JAI Press, 1999, p. 239
- BUDD, J., « The Effect of Strike Replacement Legislation on Employment », (2000) 7 *Labour Economics* 225
- BUDD, J.H., « Canadian Strike Replacement Legislation and Collective Bargaining : Lessons for the United States », (1996) 35 *Industrial Relations* 245
- BUGHLIN, J. et S. VANNINI, « Strategic Direct Investment under Unionized Oligopoly », (1995) 13 *International Journal of Industrial Organisation* 127
- BUSSE, M. et C. HEFEKER, « Political risk, institutions and foreign direct investment », (2007) 23 *European Journal of Political Economy* 397
- CHAPLIN, D., M. D. TURNER et A. D. PAPE, « Minimum Wages and School Enrollment of Teenagers : A Look at the 1990s », (2003) 22 *Economics of Education Review* 11

- CHAREST, J., « Chapitre 10 : Formation continue de la main-d'œuvre », dans P. JALETTE et G. TRUDEAU (dir.), *La convention collective au Québec*, 2ème édition, Montréal, Chenelière Éducation, 2011, p. 219-236
- CHAYKOWSKI, R. P. et A. GILES, « La mondialisation, le travail et les relations industrielles », (1998) 53 *Relations industrielles / Industrial Relations* 3
- CHAYKOWSKI, R. P. et M. GUNDERSON, « The Implications of Globalization for Labour and Labour Markets », dans CHAYKOWSKI, R. P., *Globalization and the Canadian Economy : The Implications for Labour Markets, Society and the State*, Kingston, School of Policy Studies, 2001, p. 27
- CHAYKOWSKI, R. P., « Implications of the Changing Structure of the Economy, Labour Market, and Workplace for Canadian Labour Policy : The Case of Pay Equity », (2004) 67 *Saskatchewan Law Review* 459
- CHENG, L. et Y. KWAN, « What are the Determinants of the Location of Foreign Direct Investment? The Chinese Experience », (2000) 51 *Journal of International Economics* 379
- CHODOSH, H.E., « Comparing Comparisons : In Search of Methodology », (1999) 84 *Iowa L. Rev.* 1025
- CILLUFFO, F. J., « La frontière américano-canadienne et le terrorisme », *Isuma*, vol. 2, no. 4, hiver 2001
- CLARK, D.S., « Comparative Law Methods in the United States », (2011) 16 *Roger Williams U. L. Rev.* 134
- COOKE, W.N. et D. S. NOBLE, « Industrial Relations Systems and U.S. Foreign Direct Investment Abroad », (1998) 36 *British Journal of Industrial Relations* 581
- COOKE, W.N., « The Effects of Labor Costs and Workplace Constraints on Foreign Direct Investment among Highly Industrialized Countries », (2001) 12 *International Journal of Human Resource Management* 697
- COOKE, W.N., « The Influence of Industrial Relations Factors on U.S. Foreign Direct Investment Abroad », (1997) 50(1) *Industrial and Labor Relations Review* 3.
- COOKE, W.N., « The Influence of Industrial System Factors on Foreign Direct Investment », dans COOKE, W. N., « Multinational companies and global human resource strategies », Westport, Conn., Quorum Books, 2003, p. 65
- COOKE, W.N., « Union Avoidance and Foreign Direct Investment in the U.S. », (2001) 23 *Employee Relations Journal* 558
- COONEY, L., « Understanding and Preventing Workplace Retaliation », 88 *Massachusetts Law Review* (2003)
- COUGHLIN, C., J. TERZA et V. ARROMDEE, « State Characteristics and the Location of Foreign Direct Investment within the United States », (1991) 73 *Review of Economics and Statistics* 675

- CRACK, Y. et D. POTVIN, « Les clauses restrictives du genre « clauses par paliers » en matière de contrat de travail, qu'en est-il de leur validité? », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE DU BARREAU DU QUÉBEC, vol. 224, *Développements récents en droit du travail (2005)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 211
- CRAMTON, P., M. GUNDERSON et J. TRACY, « Impact of Strike Replacement Bans in Canada », (1999) 50 *Labor Law Journal* 173
- CULEM, C.G., « The Locational Determinants of Direct Investments Among Industrialised Countries », (1988) 32 *European Economic Review* 885
- D'AOUST, C., S. ST-JEAN et G. TRUDEAU, « L'obligation de civilité du salarié », (1986) 41 *RI/IR* 157
- DANNEMANN, G., « Comparative Law : Study of Similarities or Differences ? », dans REIMANN, M. et R. ZIMMERMANN (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2006, p. 383
- DEAKIN, S., P. LELE et M. SIEMS, « L'évolution du droit du travail : évaluation et comparaison des régimes réglementaires », (2007) 146 *Revue internationale du Travail* 143
- DEWIT, G., H. GÖRG et C. MONTAGNA, « Should I stay or should I go ? Foreign direct investment, employment protection and domestic anchorage », (2009) 145 *Rev World Econ* 93
- DROUIN, R.-C. et G. TRUDEAU, « What Does *Isidore Garon* Mean for Arbitral Jurisdiction in Québec? », (2007) 13 *Can. Lab. & Emp. L. J.* 255
- DUBÉ, L. et G. TRUDEAU, « Les manquements du salarié à son obligation d'honnêteté et de loyauté en jurisprudence arbitrale », dans TRUDEAU, G., G. VALLÉE et D. VEILLEUX (dir.), *Études en droit du travail à la mémoire de Claude D'Aoust*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 51
- DUFFY, P. et S. JOHNSON, « The Impact of Anti-Temporary Replacement Legislation on Work Stoppages : Empirical Evidence from Canada », (2009) 35 *Canadian Public Policy – Analyse de politiques* 99
- DUNNING, J. H., « Location and the multinational enterprise : A neglected factor? (2009) 40 *Journal of International Business Studies* 5
- DUNNING, J. H., « The Eclectic (OLI) Paradigm of International Production : Past, Present and Future », (2001) 8 *International Journal of the Economics of Business* 173
- DUNNING, J.H., « Determinants of Foreign Direct Investment : Globalisation-Induced Changes and the Role of Policies », dans TUNGODDEN, B., N. STERN et I. KOLSTAD (dir.), *Annual World Bank Conference on Development Economics – Europe 2003*, World Bank, 2004, p. 279
- DUNNING, J.H., « Trade, Location of Economic Activity and the Multinational Firm: A Search for an Eclectic Approach », dans OHLIN, B., P.O. HESSELBORN et P.M. WIJKMAN, P.M. (dir.), *The International Allocation of Economic Activity*, MacMillan, Londres, 1977

- DUTTA, N. et S. ROY, « What Attracts Foreign Direct Investment : A Closer Look », *Journal Compilation*, Institute of Economic Affairs, Blackwell Publishing, Oxford, septembre 2009
- EBERLE, E. J., « The Method and Role of Comparative Law », (2009) 8 *Wash. U. Global Studies L. Rev.* 451
- EBERLE, E. J., « The Methodology of Comparative Law », (2011) 16 *Roger Williams U. L. Rev.* 51
- ERICKSON, C. et S. KURUVILLA, « Labour Cost and the Social Dumping Debate in the European Union », (1994) 48:1 *Industrial and Labor Relations Review* 28
- FAETH, I., « Determinants of Foreign Direct Investment : A Tale of Nine Theoretical Models », (2009) 23 *Journal of Economic Surveys* 165.
- FANG, T. et A. VERMA, « Union Wage Premium », (2002) 3:9 *Perspectives on Labour and Income* 13
- FEINMAN, J. M., “The Development of the Employment at Will Rule”, (1976) 20 *Am. J. of Legal Hist.* 118
- FERGUSON, J.-P., « The Eyes of the Needles : A Sequential Model of Union Organizing Drives, 1999-2004 », (2008) 62 *Industrial & Labor Relations Review* 3
- FICK, S. et E. SHILTS, « Drawing the line : It took almost a century of negotiation and compromise to establish the world’s longest undefended border », *Canadian Geographic*, Juillet/Août 2008, en ligne : <http://www.canadiangeographic.ca> (consulté le 30 août 2013)
- FINKIN, M. V., « Comparative Labour Law », dans REIMANN, M. et R. ZIMMERMANN (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2006, p. 1131
- FISK, C. L. et A. R. PULVER, « First Contract Arbitration and the Employee Free Choice Act », (2009) 70 *Louisiana Law Review* 47
- FIX-ZAMUDIO, H., « John Henry Merryman and the modernization of comparative legal studies », dans CLARK, D. S. *Comparative and private international law : essays in honor of John Henry Merryman on his seventieth birthday*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, p. 25
- FONTAGNÉ, L. et T. MAYER, « Determinants of Location Choices by Multinational Firms: a Review of the Current State of Knowledge », (2005) 56 *Applied Economics Quarterly* 9
- FONTAGNÉ, L. et T. MAYER, « Les choix de localisation des entreprises », dans *L'économie mondiale 2006*, Éditions La Découverte, collection Repères, Paris, 2005, p. 96
- FREED, M. G. et D. D. POLSBY, “The Doubtful Provenance of “Wood’s Rule” Revisited”, (1990) 22 *Ariz. ST. L.J.* 551
- FUDGE, J., « Reconceiving Employment Standards Legislation : Labour Law’s Little Sister and the Feminization of Labour », (1991) 73 *J. L. & Soc. Pol’y* 73
- GILES, A., « Chapitre 7 : Ancienneté », dans P. JALETTE et G. TRUDEAU (dir.), *La convention collective au Québec*, 2ème édition, Montréal, Chenelière Éducation, 2011, p. 149-164

- GILES, A., « Chapitre 8 : Gestion et protection de l'emploi », dans P. JALETTE et G. TRUDEAU (dir.), *La convention collective au Québec*, 2ème édition, Montréal, Chenelière Éducation, 2011, p. 165-186
- GILES, A., « Globalization and Industrial Relations », dans GILES, A., A.E. SMITH et G. TRUDEAU (dir.), *The Globalization of the Economy and the Worker*, Actes du XXXIIe Congrès de l'Association canadienne des relations industrielles, Université Laval, 1996, p. 3
- GILES, A. et D. MASCHINO, « L'intégration économique en Amérique du Nord et les relations industrielles : défis de gestion, de représentation et de régulation », dans BLOUIN, R. et A. GILES, *L'intégration économique en Amérique du Nord et les relations industrielles*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1998, p. 5
- GILES, A. et A. STARKMAN, « The Collective Agreement », dans GUNDERSON, M., et D. TARAS (dir.), *Canadian Employment and Labour Relations*, Toronto, Addison Wesley Pearson, 2009
- GLENN, H.P., « Droit comparé et droit québécois », (1990) 24 *R.J.T.* 341
- GODARD, J., J. B. ROSE et S. SLINN, « Should Congress pass the Employee Free Choice Act ? Some Neighborly Advice », (2009) 17 *Just Labour : A Canadian Journal of Work and Society* 116 (Special Edition)
- GOLDIN, A., « Global Conceptualizations and Local Constructions of the Idea of Labour Law », dans DAVIDOV G. et B. LANGILLE (dir.), *The Idea of Labour Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 69
- GOMEZ, R. et M. GUNDERSON, « The Integration of Labour Markets in North America », dans HOBERG, G. (dir.), *Capacity for Choice : Canada in a New North America*, Toronto, University of Toronto Press, 2002, p. 104
- GÖRG, H., « Fancy a Stay at the Hotel California? The Role of Easy Entry and Exit for FDI », (2005) 58 *Kyklos* 519
- GRAHAM, R., « The World's Longest undefended Border?' Morality, Anxiety, and the US-Canada Border, 1946-1955 », *Canadian-United States Borderlands Colloquium*, 2 avril, 2010
- GROSS, D.M. et M. RYAN, « FDI location and size : Does employment protection legislation matter? », (2008) 38 *Regional Science and Urban Economics* 590
- GROSSE, R. et L. TREVINO, « Foreign Direct Investment in the United States: An Analysis by Country of Origin », (1996) 27 *Journal of International Business Studies* 139
- GUNDERSON, M. et A. MELINO, « The Effects of Public Policy on Strike Duration », (1990) 8 *Journal of Labor Economics* 295
- GUNDERSON, M., « Harmonization of Labour Policies Under Trade Liberalization », (1998) 53 *Relations industrielles / Industrial Relations* 24
- GUNDERSON, M., J. KERVIN et F. REID, « The Effect of Labour Relations Legislation on Strike Incidence », (1989) 22 *Canadian Journal of Economics* 779

- HAALAND, J. I., I. WOOTON et G. FAGGIO, « Multinational Firms : Easy Come, Easy Go?, (2003) 59 *Finanzarchiv* 3
- HAALAND, J.I. et I. WOOTON, « Domestic Labor Markets and Foreign Direct Investments », (2007) 15 *Review of International Economics* 462
- HAM, H. et M. M. KLEINER, « Do Industrial Relations Institutions Influence Foreign Direct Investment? Evidence from OECD Nations », (2007) 46:2 *Industrial Relations* 305
- HAYMES, J. et B. H. KLEINER, « Federal and State Statutory Exemptions to At-Will Employment », (2001) 43 *Managerial Law* 92
- HAYTER, S., « The Social Dimension of Globalization : Striking the Balance », dans BLANPAIN, R., *Confronting Globalization*, Bulletin of Comparative Labour Relations no 55, Kluwer Law International, 2005, p. 1
- HO, D. H. K. et P. T. Y. LAU, « Perspectives on Foreign Direct Investment Location Decisions : What Do We Know and Where Do We Go from Here ? », (2007) 33 *International Tax Journal* 39
- HYMAN, R., « How Can We Study Industrial Relations Comparatively », dans BLANPAIN, R., W. BROMWICH, O. RYMKEVICH et S. SPATTINI (dir.), *The Modernization of Labour Law and Industrial Relations in a Comparative Perspective*, Bulletin of Comparative Labour Relations no 70, Kluwer Law International, 2009, p. 3
- JAIN, H.C. et P. SINGH, « The Effects of the Use of Strike Replacements on Strike Duration in Canada », (1999) *Labor Law Journal* 180
- JAIN, N.K., S. LAHIRI et D.R. HAUSKNECHT, « Emerging market multinationals' location choice: The role of firm resources and internationalization motivations », (2013) 25 *European Business Review* 263
- JALETTE, P. « Introduction : Aspects généraux de la convention collective dans P. JALETTE et G. TRUDEAU (dir.), *La convention collective au Québec*, 2ème édition, Montréal, Chenelière Éducation, 2011, p. 1-16
- JALETTE, P. et M. LAROCHE, « Chapitre 9 : Organisation de la production et du travail », dans P. JALETTE et G. TRUDEAU (dir.), *La convention collective au Québec*, 2ème édition, Montréal, Chenelière Éducation, 2011, p. 187-218
- JANSEN, N., « Comparative Law and Comparative Knowledge », dans REIMANN, M. et R. ZIMMERMANN (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2006, p. 305
- JAVORCIK, B.S. et M. SPATAREANU, « Do foreign investors care about labor market regulations? », (2005) *Review of World Economics / Weltwirtschaftliches Archiv* 141
- JOHNSON, S., « Card Check or Mandatory Representation Vote? How the Type of Union Recognition Procedure Affects Union Certification Success », (2002) 112 *Economic Journal* 355

- KAHN-FREUND, O., « On Uses and Misuses of Comparative Law », (1974) 34 *Modern Law Review* 1
- KARIER, T., « U.S. Foreign Production and Unions », (1995) 34:1 *Industrial Relations* 107
- KLEINER, M. M. et H. HAM, « The Effect of Different Industrial Relations Systems in the United States and the European Union on Foreign Direct Investment Flows », dans COOKE, W. N., « Multinational companies and global human resource strategies », Westport, Conn., Quorum Books, 2003, p. 87
- KOECHLIN, T., « The Determinants of the Location of USA Direct Foreign Investment », (1992) 6 *Review of Applied Economics* 203
- KOGUT, B. et S. CHANG « Technological Capabilities and Japanese Foreign Direct Investment in the United States », (1991) 73 *Review of Economics and Statistics* 401
- KUEMMERLE, W., « The Drivers of Foreign Direct Investment into Research and Development: An Empirical Investigation », (1999) 30 *Journal of International Business Studies* 1
- KUEMMERLE, W., « The Drivers of Foreign Direct Investment into Research and Development: An Empirical Investigation », (1999) 30 *Journal of International Business Studies* 1
- LANDON, S., « High School Enrollment, Minimum Wages and Education Spending », (1997) 23 *Canadian Public Policy* 141
- LANGILLE, B., « Canadian Labour Law Reform and Free Trade », (1991) 23 *Ottawa Law Review* 581
- LANGILLE, B., « General Reflections on the Relationship of Trade and Labour (Or Fair Trade is Fair Trade's Destiny) », dans BHAGWATI, J.N. et R.E. HUDEC (dir.), *Fair Trade and Harmonization*, Vol. 2, Cambridge, MA, M.I.T. Press, 1996
- LANGILLE, B., « Labour Law's Back Pages », dans DAVIDOV, G. et B. LANGILLE (dir.), *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, Oxford, Hart Publishing, 2006, p. 20
- LAUZON-DUGUAY, F. et P. JALETTE et G. HALLÉ, « Chapitre 13 : Salaires », dans P. JALETTE et G. TRUDEAU (dir.), *La convention collective au Québec*, 2ème édition, Montréal, Chenelière Éducation, 2011, p. 289-330
- LEAHY, D. et C. MONTAGNA, « Unionisation and Foreign Direct Investment : Challenging Conventional Wisdom? », (2000) 110 *Economic Journal* C80-C92
- LESLIE, D.L., « Labor Bargaining Units », (1984) 70 *Va. L. Rev.* 353
- LI, J. et S. GUISSINGER, « The Globalization of Service Multinationals in the "Triad" Regions: Japan, Western Europe, and North America », (1992) 23 *Journal of International Business Studies* 675
- LICHT, A.N., « Regulatory Arbitrage for Real », (1998) 38 *Virginia Journal of International Law* 563

- LIU, X., H. SONG, Y. WEI et P. ROMILLY, « Country Characteristics and Foreign Direct Investment in China: A Panel Data Analysis », (1997) 133 *Weltwirtschaftliches Archiv* 313
- LOGAN, J., « Consultants, Lawyers and the Union-Free Movement in the USA Since the 1970s », (2002) 33 *Industrial Relations Journal* 209
- LYON-CAEN, A., « La crise actuelle du droit du travail », dans COLLIN, F., R. DHOQUOIS, P.H. GOUTIERRE, A. JEAMMAUD, G. LYON-CAEN et A. ROUDIL (dir.), *Le droit capitaliste du travail*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1980
- MANKELOW, R., « The Organisational Costs of Job Insecurity and Work Intensification », dans BURCHELL, B., D. LAPIDO, F. WILKINSON (dir.), *Job Insecurity and Work Intensification*, Routledge, London, 2002, p. 137
- MICHAELS, R., « The Functional Method of Comparative Law », dans REIMANN, M. et R. ZIMMERMANN (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2006, p. 339
- MICHALET, C.-A., « Les métamorphoses de la mondialisation, une approche économique », dans LOQUIN, E. et C. KESSEDJIAN (dir.), *La mondialisation du droit*, Litec, Paris, 2000, p. 11
- MILES, T. J., “Common Law Exception to Employment at Will and U.S. Labor Markets”, (2000) 16 *JLEO* 74, 80
- MOREAU, M.A. et G. TRUDEAU, « Le droit du travail face à la mondialisation de l'économie », (1998) 53 *Relations industrielles / Industrial Relations* 55
- MOSLEY, L. et S. UNO, « Racing to the bottom or climbing to the top? Economic globalization and collective labor rights », (2007) 40 *Comparative Political Studies* 923
- MUGHAL, M. M. et M. AKRAM, « Does market size affect FDI? The Case of Pakistan », (2011) 2 *Interdisciplinary Journal Of Contemporary Research In Business* 237
- MUHL, C. J., “The employment-at-will doctrine : three major exceptions”, *Monthly Labor Review*, January 2001, p. 3
- NATIONAL GEOGRAPHIC SOCIETY, *Atlas of the World*, huitième édition, Washington, D.C., National Geographic Society, 2005
- NEUWARK, D. et W. WASCHER, « Minimum Wages and Skill Acquisition : Another Look at Schooling Effects », (2003) 22 *Economics of Education Review* 1
- NEUWARK, D. et W. WASCHER, « The Effects of Minimum Wages on Teenage Employment and Enrollment : Evidence from Matched CPS Surveys », (1996) 15 *Research in Labor Economics* 250
- OGDERS, C. W. et J. R. BETTS, « Do Unions Reduce Investment? Evidence from Canada », (1997) 51:1 *Industrial and Labor Relations Review* 18
- PALDA, F., « Some Deadweight Losses from the Minimum Wage : The Cases of Full and Partial Compliance », (2000) 7 *Labor Economics* 751

- PARSONS, N., « Social and Labour Market Policy: The (Re-) Emergence of Competitive Tensions », dans HAYWARD, J. et R. WURZEL (dir.), *European Disunion: Between Sovereignty and Solidarity*, Palgrave MacMillan, 2012, p. 200
- PEIJPE, T.V., « The Usefulness of Comparative Methods in Studying Trends in Labour Law, dans WILTHAGEN, T., (dir.), *Advancing Theory in Labour Law and Industrial Relations in a Global Context*, Amsterdam, Royal Netherlands' Academy of Arts and Sciences, 1998, p. 195
- PULL, K., « The comparative attractiveness of International business locations : The role of labor law », (2002) 40 *Management Decision* 647
- RADULESCU, R. et M. ROBSON, « Does strict employment protection legislation deter FDI? », *Money Macro and Finance Research Group Conference*, 2003
- RADULESCU, R. et M. ROBSON, « Trade Unions, Wage Bargaining Coordination, and Foreign Direct Investment », (2008) 22 *Labour* 661
- RAMASAMY, B. et M. YEUNG, « A causality analysis of the FDI-wages-productivity nexus in China », (2010) 3 *Journal of Chinese Economic and Foreign Trade Studies* 5
- REITZ, J.C., « How to Do Comparative Law », (1998) 46 *Am. J. Comp. L.* 617
- RIDDELL, C., « Union Certification Success Under Voting Versus Card-Check Procedures : Evidence From British Columbia, 1978-1998 », (2004) 57 *Industrial & Labor Relations Review* 493
- RIDDELL, C., « Union Suppression and Certification Success », (2001) 34 *Canadian Journal of Economics* 396
- ROBINSON, I., « How Will the North American Free Trade Agreement Affect Worker Rights in North America ? », dans COOK, M. L. et H. C. KATZ (dir.), *Regional Integration and Industrial Relations in North America*, 1994, p. 105
- ROOT, F. et A. AHMED, « Empirical Determinants of Manufacturing Direct Foreign Investment in Developing Countries », (1979) 9 *Economic Development and Cultural Change* 81
- SCARPELANDA, A. et R. BALOUGH, « Determinants of US Direct Investment in the EEC », (1983) 21 *European Economic Review* 381
- SCHNEIDER, F. et B. FREY, « Economic and Political Determinants of Foreign Direct Investment », (1985) 13 *World Development* 161
- SCHOTT, J., « Comment », dans LUSTIG, N., B. BOSWORTH et M. SLAUGHTER (dir.), *North American Free Trade*, Washington, Brookings Institution, p. 239
- SHARPE, C. W., « Judicial Review of Labor Arbitration Awards : A View from the Bench », (1999) 52 *Nat. Acad. Arb. Ann. Proc.* 126
- SIEMS, M. M., « Legal Origins : Reconciling Law & Finance and Comparative Law », (2007) 52 *R.D. McGill* 55

- SIMARD, M., « Chapitre 16 : Santé et sécurité au travail », dans P. JALETTE et G. TRUDEAU (dir.), *La convention collective au Québec*, 2ème édition, Montréal, Chenelière Éducation, 2011, p. 389-414
- SINGH, P., « NAFTA and Labor : A Canadian Perspective », (2002) 23 *Journal of Labor Research* 433
- SLINN, S., « An Empirical Analysis of the Effects of the Change from Card-Check to Mandatory Vote Certification », (2004) 11 *Canadian Labour and Employment Law Journal* 258
- STEIN, E., « Uses, Misuses – and Nonuses of Comparative Law », (1977) 72 *Nw. U. L. Rev.* 198
- STONE, K. V.W., « Flexibilization, Globalization, and Privatization: Three Challenges to Labour Rights in Our Time », (2006) 44 *Osgoode Hall L.J.* 77
- STONE, K.V.W., « A New Labor Law for a New World of Work : The Case for a Comparative-Transnational Approach », dans AARON, B. A. et K. V.W. STONE (dir.), *Rethinking Comparative Labor Law*, Vandepias Publishing, 2007, p. 193
- SUMMERS, C. W., « Employment At Will in the United States : The Divine Right of Employers », (2000) 3 *U. Pa. J. Lab. & Emp. L.* 65
- TERPSTRA, V. et C. YU, « Determinants of Foreign Investment of US Advertising Agencies », (1988) 19 *Journal of International Business Studies* 33
- TRAXLER, F. et B. WOITECH, « Transnational Investment and National Labour Market Regimes : A Case of ‘Regime Shopping’ ? », (2000) 6 *European Journal of Industrial Relations* 141
- TRUDEAU, G., « Aspects constitutionnels du travail salarié », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit du travail », *Rapports individuels et collectifs du travail*, fasc. 1, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles
- TRUDEAU, G., « La grève au Canada et aux États-Unis : d’un passé glorieux à un avenir incertain », (2004) 38 *R.J.T.* 1
- TRUDEAU, G., « Droit international et droit du travail québécois, deux grandes solitudes », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE DU BARREAU DU QUÉBEC, vol. 153, *Développements récents en droit du travail (2001)*, Éditions Yvon Blais, p. 145
- TRUDEAU, G., « L’impact de l’accord de libre-échange canado-américain sur les relations de travail au Québec et leur encadrement juridique », (1991) 25 *Revue Juridique Thémis* 315
- TRUDEAU, G., « Les modes de régulation internationale du travail et de l’emploi : perspective internationale », dans BLOUIN, R. et A. GILES, *L’intégration économique en Amérique du Nord et les relations industrielles*, Sainte-Foy, Presses de l’Université Laval, 1998, p. 201

- TRUDEAU, G., « Chapitre 5 : Règlement et arbitrage des griefs », dans P. JALETTE et G. TRUDEAU (dir.), *La convention collective au Québec*, 2ème édition, Montréal, Chenelière Éducation, 2011, p. 103-130
- TRUDEAU, G., « Chapitre 6 : Mesures disciplinaires », dans P. JALETTE et G. TRUDEAU (dir.), *La convention collective au Québec*, 2ème édition, Montréal, Chenelière Éducation, 2011, p. 131-148
- TRUDEAU, G. et G. VALLÉE, « Economic Integration and Labour Law and Policy in Canada », dans COOK, M.L. et H. C. KATZ (dir.), *Regional Integration and Industrial Relations in North America*, 1994, p. 66
- TUCKER, E., « “Great Expectations” Defeated?: The Trajectory of Collective Bargaining Regimes in Canada and the United States Post-NAFTA », (2004) 26 *Comparative Labor Law & Policy Journal* 97
- VALLÉE, G. et J. BOURGAULT, « Chapitre 1 : Cadre juridique de la convention collective », dans P. JALETTE et G. TRUDEAU (dir.), *La convention collective au Québec*, 2ème édition, Montréal, Chenelière Éducation, 2011, p. 17-48
- VALLÉE, G. et J. BOURGAULT, « Chapitre 3 : Droits de direction », dans P. JALETTE et G. TRUDEAU (dir.), *La convention collective au Québec*, 2ème édition, Montréal, Chenelière Éducation, 2011, p. 65-82
- VALLÉE, G. et J. CHAREST, « Globalization and the Transformation of State Regulation of Labour. The Case of Recent Amendments to the Québec Collective Agreement Decrees Act », (2001) 17 *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 79
- VALLÉE, G. et D. GESUALDI-FECTEAU, « La constitutionnalisation du droit du travail : une menace ou une opportunité pour les rapports collectifs de travail ? », (2007) 48 *Les Cahiers de droit* 153
- VALLÉE, G. et E. NAUFEL-MARTINEZ, « La théorie de l’abus de droit dans le domaine du travail », dans TRUDEAU, G., G. VALLÉE et D. VEILLEUX (dir.), *Études en droit du travail à la mémoire de Claude D’Aoust*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 303
- VERGE, P., « Épilogue. La ‘constitutionnalisation’ du droit du travail : perte ou salut de son âme ? », (2007) 48 *Les Cahiers de droit* 323
- VERGE, P., « Mondialisation et fonctions du droit du travail national », (1999) 40 *Les Cahiers de droit* 437
- VERGE, P., « Réalité juridique du rapport de travail », dans TRUDEAU, G., G. VALLÉE et D. VEILLEUX, *Études en droit du travail à la mémoire de Claude D’Aoust*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 343
- VEUGELERS, R., « Locational Determinants and Ranking of Host Countries: An Empirical Assessment », (1986) 44 *Kyklos* 363

- WADE, R., « Globalization and its Limits : Reports of the Death of the National Economy are Greatly Exaggerated », dans BERGER, S. et R. DORE (dir.), *National Diversity and Global Capitalism*, Ithaca et London, Cornell University Press, 1996, p. 6.
- WEILER, P., « Promises to Keep : Securing Workers' Rights to Self-Organization Under the NLRA », (1983) 96 *Harv. L. Rev.* 1769
- WEILER, P., « Striking a New Balance : Freedom of Contract and the Prospects for Union Representation », (1984) 98 *Harv. L. Rev.* 351
- WEISS, M., « Re-Inventing Labour Law? », dans DAVIDOV, G. et B. LANGILLE (dir.), *The Idea of Labour Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 43
- WHEELER, D. et A. MODY, « International Investment Location Decisions: The Case of US Firms », (1992) 33 *Journal of International Economics* 57
- WHYMAN, P. B. et M. BAIMBRIDGE, « Labour Market Flexibility as a Key Determinant of Foreign Direct Investment : Evidence from the U.K. », dans BLAINE, H. G. (dir.), *Foreign Direct Investment*, Nova Science Publishers, 2009, p. 21
- WICHERT, I., « Job Insecurity and Work Intensification : The Effets on Health and Well-Being », dans BURCHELL, B., D. LAPIDO, F. WILKINSON (dir.), *Job Insecurity and Work Intensification*, Routledge, London, 2002, p. 92
- WINTERTON, G., « Comparative Law Teaching », (1975) 23 *American Journal of Comparative Law* 69
- YANG, J., N. GROENEWOLD et M. TCHA, « The Determinants of Foreign Direct Investment in Australia », (2000) 76 *Economic Record* 45
- YU, C., « The Experience Effect and Foreign Direct Investment », (1990) 126 *Weltwirtschaftliches Archiv* 561
- ZHANG, H.K., « What attracts Foreign Multinational Corporations to China? », (2008) 19 *Contemporary Economic Policy* 336

Articles de journaux et communiqués

- ARGENT, « Mabe ferme : 700 emplois perdus », Argent, 26 janvier 2012, en ligne : <http://argent.canoe.ca> (consulté le 15 février 2012)
- CHAMPAGNE, V., « Quel avenir pour les employés d'Electrolux? », Radio-Canada, 21 novembre 2011, en ligne : <http://blogs.radio-canada.ca> (consulté le 15 février 2012)
- DUVAL, G., « Ni "compromis historique" ni "accord a minima" », *Alternatives Économiques*, article web, 17 janvier 2013, en ligne : <http://www.alternatives-economiques.fr> (consulté le 25 août 2013)
- JEANNEAU, L., « Bientôt une flexisécurité à la française? », *Alternatives Économiques*, no 317, octobre 2012

LA PRESSE et LA PRESSE CANADIENNE, « Mabe ferme son usine de Montréal: 740 emplois perdus », La Presse, 26 janvier 2012, en ligne : <http://affaires.lapresse.ca> (consulté le 15 février 2012)

MASSÉ, F., « MABE or how to Make A Bad Economy worse », Edilex, 26 janvier 2012, en ligne : <http://www.edilex.com/blogue/mabe-or-how-to-make-a-bad-economy-worse#ixzz2BNrpaN8g> (consulté le 15 février 2012)

PARTI QUÉBÉCOIS, « Fermeture d'Electrolux à L'Assomption : le Parti Québécois demande au gouvernement d'agir rapidement », 14 décembre 2010, en ligne : <http://pq.org> (consulté le 15 février 2012)

POWELL, W.N., « The Employee Free Choice Act is Back; The National Labor Relations Board has Awakened a Sleeping Giant », *The Huffington Post*, 22 juin 2011, en ligne : <http://www.huffingtonpost.com> (consulté le 20 août 2013)

QUÉBEC SOLIDAIRE, « Québec solidaire dénonce le drame social d'Electrolux et exige le retour des subventions accordées par Québec », CNW Telbec, 20 décembre 2010, en ligne : <http://cnw.ca> (consulté le 15 février 2012)

RADIO-CANADA et LA PRESSE CANADIENNE, « Plus de 700 emplois seront perdus chez Mabe à Montréal », Radio-Canada, 26 janvier 2012, en ligne : <http://www.radio-canada.ca> (consulté le 15 février 2012)

RADIO-CANADA et LA PRESSE CANADIENNE, « Electrolux fermera son usine de L'Assomption », Radio-Canada, 14 décembre 2010, en ligne : <http://www.radio-canada.ca> (consulté le 15 février 2012)

RADIO-CANADA, LA PRESSE CANADIENNE et AGENCE FRANCE-PRESSE, « Les élus de Lanaudière veulent des réponses », Radio-Canada, 15 décembre 2010, en ligne : <http://www.radio-canada.ca> (consulté le 15 février 2012)

SCEP-QUÉBEC, « Annonce de fermeture de l'usine MABE en 2014 : les travailleurs et les travailleuses sont sous le choc », SCEP-Québec, 26 janvier 2012, en ligne : <http://www.scepquebec.qc.ca> (consulté le 15 février 2012)

VALLIÈRES, M. et A. DUBUC, « Fermeture à L'Assomption: Electrolux sacrifie 1300 emplois », La Presse, 14 décembre 2010, en ligne : <http://affaires.lapresse.ca> (consulté le 15 février 2012)

