

ISSN 0829-0121

Dépôt légal - Bibliothèque nationale du Québec, 1999

**LA MOBILITÉ DU PERSONNEL EN CONTEXTE
DE MONDIALISATION: INCIDENCES JURIDIQUES
DES POLITIQUES DE GESTION DES EXPATRIÉS**

par

**Guylaine Vallée
Tania Saba**

FÉVRIER 1999

DOCUMENT 99-01

Guylaine Vallée est professeure agrégée et Tania Saba est professeure adjointe à l'École de relations industrielles de l'Université de Montréal.

Le texte produit dans ce document de recherche n'engage que la responsabilité des auteurs. La diffusion de ce document est rendue possible grâce à une subvention du Fonds de recherche de l'École de relations industrielles.

Adresse électronique: guytaine.vallee@umontreal.ca et tania.saba@umontreal.ca
Télécopieur : (514) 343-5764

RÉSUMÉ

La mondialisation a favorisé une meilleure circulation internationale des biens, des services et des capitaux mais la mobilité des personnes, et donc du personnel, est encore, à tout le moins en Amérique du nord, un phénomène de dimension restreinte limité à certaines catégories d'employés. La mobilité du personnel est néanmoins appelée à se développer dans la foulée des stratégies de restructuration internationale des entreprises qui impliquent l'expatriation d'employés pour des durées variables à l'étranger. Dans le cadre de cet article, nous proposons d'identifier et d'analyser certains des problèmes juridiques découlant de l'expatriation internationale du personnel, lesquels se regroupent sous deux questions nécessitant un traitement distinct. La première concerne la détermination du tribunal compétent et du droit national applicable au contrat de travail de l'employé expatrié. Dans quelles circonstances les tribunaux québécois sont-ils compétents et les règles de droit québécoises applicables à une relation du travail qui se déploie au-delà des frontières du Québec? Cette question relève des règles du droit international privé comprises dans le *Code civil du Québec*. La deuxième question concerne plutôt les problèmes que pourraient soulever, en droit du travail québécois, les pratiques entourant la sélection, les conditions de travail, le rapatriement et la rupture du contrat de travail de l'employé expatrié qui se développent dans la foulée de la restructuration internationale des entreprises. Partant d'une description succincte de ces pratiques telles qu'elles sont exposées dans la littérature de gestion des ressources humaines internationales, nous nous demanderons si elles sont compatibles avec l'état actuel du droit du travail québécois, en ayant notamment recours à quelques décisions de tribunaux québécois ayant dû traiter d'une situation d'expatriation internationale (ou inter-provinciale) des salariés.

ABSTRACT

Globalization has accelerated the international flow of goods, services and capital, but, at least in North America, the mobility of persons, and thus of employees, is much less pronounced and limited to certain categories of employees. Nevertheless, employee mobility is becoming increasingly important as part of the international development strategies adopted by firms that involve sending employees abroad for varying lengths of time. In this article, we propose to identify and analyze some of the legal problems resulting from the international expatriation of employees. These problems can be divided into two questions that need to be treated separately. The first is the problem of determining which tribunal has competent jurisdiction and which national law applies to the employment contract of the expatriated employee. In what circumstances do Quebec tribunals have jurisdiction over and does Quebec law apply to an employment relationship that is being conducted outside the boundaries of Quebec? This problem is subject to the rules concerning private international law contained in the *Civil Code of Québec*. The second question concerns the problems, in terms of Quebec employment law, that may arise from practices in the area of employee selection, working conditions, employee repatriation and breach of the employment contract that occur in the context of international corporate restructuring. The paper will first present a brief description of these practices, as described in the literature on international human resources management. The paper will then address the question of whether these practices are compatible with current Quebec employment law, drawing on a number of judgements by Quebec tribunals which have had to deal with a situation involving the international (or inter-provincial) expatriation of employees.



**La mobilité du personnel en contexte de mondialisation:
incidences juridiques des politiques de gestion des expatriés¹.**

Guyline VALLÉE et Tania SABA
Professeures
École de relations industrielles
Université de Montréal

Si le phénomène récent de la mondialisation a favorisé une meilleure circulation internationale des biens, des services et des capitaux, la mobilité des personnes, et donc du personnel, est encore, à tout le moins en Amérique du nord, un phénomène de dimension restreinte limité à certaines catégories d'employés. Contrairement à l'intégration européenne, l'*Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA)* ne garantit pas l'entière libre circulation des personnes. Tout au plus trouve-t-on dans cet accord quelques dispositions assurant la libre circulation des certaines catégories de gens d'affaires en visite². L'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail (ANACT)*, adopté parallèlement à l'ALÉNA, ne comporte quant à lui aucune garantie de libre circulation de la main-d'oeuvre sur le territoire nord-américain³.

La mobilité internationale de la main-d'oeuvre est néanmoins appelée à se développer puisqu'elle accompagne la restructuration des entreprises accélérée par la mondialisation. La mondialisation a provoqué des fusions, des alliances et des restructurations astreignant un plus grand nombre

¹ Nous désirons remercier Me Isabelle CANTIN, du bureau Ogilvy Renault, et Me Gilles TRUDEAU, professeur et directeur de l'École de relations industrielles de l'Université de Montréal, pour leurs judicieux commentaires sur une première version de ce texte. Cet article s'inscrit dans le cadre de deux recherches subventionnées par le Fonds FCAR.

² *Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA)*, annexe 1603.A, art. 1 à 5.

³ Parmi les principes que les parties signataires de l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail* s'engagent à promouvoir se trouve «l'octroi aux travailleurs migrants sur le territoire d'une Partie de la même protection accordée aux ressortissants de cette Partie en ce qui concerne les conditions de travail.» (ANACT, annexe 1).

d'entreprises à s'engager dans des opérations à l'extérieur du pays. Pour ce faire, les entreprises désirent se doter d'employés prêts à occuper des postes pour des durées variables à l'étranger. Trois raisons sont invoquées dans la littérature de gestion des ressources humaines internationales pour expliquer la nécessité d'envoyer des employés à l'étranger⁴. Premièrement, en raison du type d'activités de l'entreprise, un employé désigné par le siège social est souvent considéré comme étant plus en mesure d'être performant qu'un employé recruté dans le pays d'accueil. La connaissance, entre autres, des produits, de la technologie et des processus de fabrication, l'habilité à être opérationnel et efficace dans des délais plus brefs. Ce type d'expatriation correspond généralement aux postes occupés par du personnel possédant une certaine expertise. Ces employés acceptent, en moyenne, une ou deux assignations internationales avant de reprendre leur emploi au siège social. La deuxième raison retenue est celle qui favorise l'expatriation des employés dans un but de développement de carrière. Dans cet ordre d'idées, l'employé expatrié est censé acquérir de nouvelles habiletés et connaissances qu'il mettrait à contribution dans l'exercice de ses fonctions au siège social. Finalement, des employés peuvent être assignés à l'étranger pour des fins de développement organisationnel. L'idée de rendre les employés moins ethnocentriques et plus ouverts aux cultures et aux habitudes des différents pays est, en fait, le principal instigateur dans ce genre de mission. Les transferts de cet ordre sont généralement de courte durée et très fréquents et visent le personnel à haut potentiel dont les membres sont destinés à être promus à des fonctions au sein de la haute

⁴ C.B. DERR and G.R. ODDOU, "Are US Multinational Adequately Preparing Future American Leaders for Global Competition?", (1991) 2 *International Journal of Human Resource Management* 227-245; A. EDSTROM and J.R. GALBRAITH, "Transfer of Managers as a Coordination and Control Strategy in Multinational Organizations", (1977) 22 *Administrative Science Quarterly* 248-263.

direction⁵.

Le phénomène de l'expatriation du personnel est abordé dans la littérature de gestion des ressources humaines sous plusieurs angles: psychosocial⁶, économique⁷ ou managérial⁸. Dans le cadre de cet article, nous proposons plutôt d'identifier et d'analyser certains des problèmes

⁵ A. EDSTROM and J.R. GALBRAITH, *loc. cit.*, note 4; P.A.L. EVANS, "Developing Leaders and Managing Development", (1992) 10 *European Management Journal* 1-9; A.W. HARZING, "The Persistent Myth of High Expatriate Failure Rates", (1995) 6 *International Journal of Human Resource Management* 457-474; A.W. HARZING and J.V. RUYSEVELDT. (dir.) *International Human Resource Management: An integrated Approach*, London, Sage Publications, 1995; V. PUCIK, "The Executive of the Future: Learning to Compete", *Executive Development for Global Competitiveness*, Annual Conference of the University Consortium for Executive Education, 1991; V. PUCIK, "Globalization and Human Resource Management", in V. PUCIK, N. TICHY and C. BARNETT (ed.), *Globalizing Management: Creating and Leading the Competitive Organization*, New York: John Wiley and Sons, 1992.

⁶ Le fait qu'une personne soit contrainte de travailler dans des milieux qui diffèrent culturellement du sien nécessite une nouvelle adaptation qui passe par des phases d'insertion affectant l'identité personnelle des individus: P.R. HARRIS and R.T. MORAN, *Managing cultural differences*, Texas: Gulf Publishing Company, 1991; A. JOLY, "Être cadre à l'étranger", dans J.F. CHANLAT (éd.), *L'individu dans l'organisation, les dimensions oubliées*, PUL et éd. Eska, 1990; J.P. KATZ and D.M. SEIFER, "It's a different world out there: Planning for the expatriate success through selection, pre-departure training and on-site socialization", (1996) 19 *Human Resource Planning* 32-47.

⁷ L'expatriation est souvent abordée sous l'angle du transfert du pouvoir entre la maison-mère et les unités d'affaires: A. EDSTROM and J.R. GALBRAITH, "Transfer of Managers as a Coordination and Control Strategy in Multinational Organizations", *loc. cit.*, note 4; S.J. KOBRIN, "Is There a Relationship between a Geocentric Mind-Set and Multinational Strategy?", (1994) *Journal of International Business Studies* 493-511; H. SCULLION, "Staffing Policies and Strategic Control in British Multinationals", (1994) 24 *International Studies of Management and Organizations* 86-104.

⁸ Il s'agit ici d'étudier les pratiques efficaces pour recruter et gérer les employés expatriés. Préciser les critères de sélection, fournir l'assistance et le support nécessaires aux employés et prévoir leur rapatriement sont les pratiques considérées nécessaires et indispensables au succès de leur mission: P. DOWLING, "Hot Issues Overseas", (1989) *Personnel Administrator* 66-72; P.J. DOWLING and R. S. SCHULER, *International Dimensions of HRM*, PWS-Kent, 1990; A.W. HARZING, *loc. cit.*, note 5; A.W. HARZING and J.V. RUYSEVELDT (dir.), *op. cit.*, note 5; V. PUCIK, *loc. cit.*, note 5; R.S. SCHULER, "Strategic Human Resource Management: Linking the People with the Strategic Needs of the Business", (1992) *Organizational Dynamics* 18-31.

juridiques découlant de l'expatriation internationale du personnel, lesquels se regroupent sous deux questions nécessitant un traitement distinct.

La première concerne la détermination du tribunal compétent et du droit national applicable au contrat de travail de l'employé expatrié. Dans quelles circonstances les tribunaux québécois sont-ils compétents et les règles de droit québécoises applicables à une relation du travail qui se déploie au-delà des frontières du Québec? Cette question relève des règles du droit international privé. Dans la première partie de notre texte, nous présenterons ces règles du *Code civil du Québec*⁹ et leurs conséquences sur la négociation du contenu du contrat de travail, sans toutefois élaborer plus avant sur les questions plus fondamentales que soulève l'application de ces concepts dont plusieurs sont nouveaux en droit québécois¹⁰ (I).

La deuxième question concerne plutôt les problèmes que pourraient soulever, en droit du travail¹¹

⁹ *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 3076 et suiv. (ci-après cité «C.c.Q.»).

¹⁰ Pour une analyse approfondie de ces concepts de droit international privé applicables aux rapports de travail comme à d'autres rapports internationaux, voir: H.P. GLENN, «Droit international privé», dans *La réforme du Code civil*, Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, Tome III, Les Presses de l'Université Laval, 1993, pp. 669 et suiv.; J.A. TALPIS et J.-G. CASTEL, «Le Code Civil du Québec. Interprétation des règles du droit international privé», dans *La réforme du Code civil*, Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, Tome III, Les Presses de l'Université Laval, 1993, pp. 801 et suiv.; E. GROFFIER, *Précis de droit international privé québécois*, 4e édition, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1990, 393 pages; G. GOLDSTEIN, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire. Étude du rattachement substantiel impératif en droit international privé canadien*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1996, 647 pages; G. GOLSTEIN, «L'interprétation du domaine d'application international du nouveau Code civil du Québec», dans *Le nouveau Code civil. Interprétation et application*, Les Journées Maximilien-Caron 1992, Montréal, Les Éditions Thémis, 1993, pp. 81 et suiv.

¹¹ Nous limiterons notre analyse au domaine du droit du travail et n'aborderons pas les questions de nature fiscale ou relatives à l'immigration qui sont aussi des dimensions importantes de la gestion du personnel expatrié. Nous ne traiterons pas du contrat de représentation commerciale internationale dont le développement s'inscrit aussi dans la foulée des stratégies des

québécois, les pratiques entourant la sélection, les conditions de travail, le rapatriement et la rupture du contrat de travail de l'employé expatrié qui se développent dans la foulée de la restructuration internationale des entreprises. Partant d'une description succincte de ces pratiques telles qu'elles sont exposées dans la littérature de gestion des ressources humaines internationales¹², nous nous demanderons si elles sont compatibles avec l'état actuel du droit du travail québécois, en ayant notamment recours à quelques décisions de tribunaux québécois ayant dû traiter d'une situation d'expatriation internationale (ou interprovinciale) des salariés (II).

I. L'ordre juridique applicable au contrat

Le contrat de travail de l'employé expatrié a objectivement des liens avec des ordres juridiques différents: celui de la conclusion du contrat, de l'exécution du travail, ou encore du domicile ou de la résidence de l'employé ou de l'employeur. Imaginons qu'un litige naît en 1998 au sujet de l'interprétation des obligations d'un contrat de travail conclu à Toronto en 1990 entre un employé

entreprises québécoises au plan international. Voir à ce sujet: G. BRAS MIRANDA, «Le contenu obligationnel du contrat de représentation commerciale international en droit québécois», [1997] 57 *Revue du Barreau* 491. Par ailleurs, seuls les différents aspects de la relation individuelle de travail sont ici étudiés, sans aborder les problèmes reliés aux rapports collectifs de travail.

¹² Une précision s'impose sur la littérature utilisée. En gestion des ressources humaines, c'est dans la littérature relative à la notion de *cadre international* que se concentrent les développements sur les raisons qui justifient l'expatriation des employés et sur les différentes caractéristiques des missions qui leur sont confiées. Le cadre international y est généralement défini comme étant une personne désignée par une entreprise internationale pour occuper un poste dans une unité d'affaires ou une filiale à l'étranger. Les cadres internationaux sont habituellement des employés qui ont la même nationalité que le siège social (parent-country national). À l'occasion, les cadres internationaux peuvent être recrutés dans un pays tiers pour occuper un poste dans une des filiales internationales de la maison-mère (third-country national) (A.W. HARZING and J.V. RUYSSSEVELDT (dir.), *op. cit.*, note 5). Pour les fins de cet article, une définition assez large de l'employé expatrié sera retenue. Cette définition englobe les personnes occupant un poste à l'étranger, pour une durée déterminée, dans une des unités d'affaires ou des filiales du siège social peu importe la nature de leur assignation.

domicilié à Montréal et une entreprise canadienne ayant son siège social à Vancouver, en vue de l'exécution d'une prestation de travail à New York et que l'employé décide de saisir la Cour supérieure du Québec d'une action en dommages-intérêts fondée sur les obligations de ce contrat. Deux questions se posent: les tribunaux québécois seraient-ils compétents pour entendre ce litige (A)? En vertu de quel droit (du Québec, de l'Ontario, de la Colombie britannique, des États-Unis) seraient interprétés les termes du contrat (B)? Exposons sommairement les règles qui permettent de répondre à ces questions.

A. Compétence internationale des tribunaux québécois en matière de contrat de travail

Pour répondre à la première question et déterminer la compétence des tribunaux québécois, il faut préciser les facteurs qui permettent de rattacher le litige à la compétence internationale des tribunaux québécois. Ces facteurs de rattachement sont précisés dans le *Code civil du Québec*: ils jouissent d'un statut autonome par rapport aux règles régissant la compétence *ratione personae* des tribunaux en droit interne¹³. Ces facteurs de rattachement tiennent au *domicile ou à la résidence des parties au litige* (1), à l'*objet* du litige (2) ou découlent de la volonté des parties (3).

1. Le domicile ou la résidence des parties. La règle générale applicable en matière civile à défaut d'autres dispositions veut «[q]u'en l'absence de disposition particulière, les autorités du Québec sont compétentes lorsque le *défendeur* a son *domicile* au Québec.»¹⁴ Dans les actions

¹³ *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25, art. 68 à 75 (ci-après cité «C.c.Q.»); H.P. GLENN, *loc.cit.*, note 10, n° 71, p. 743.

¹⁴ C.c.Q., art. 3134 (Italiques ajoutés)

personnelles à caractère patrimonial (comme le serait une action fondée sur les obligations contenues dans un contrat de travail), la compétence internationale des tribunaux québécois est élargie aux cas où le défendeur a son domicile ou sa *résidence* au Québec¹⁵. Enfin, lorsque le litige est fondé sur un contrat de travail, les autorités québécoises sont compétentes si le travailleur a son domicile ou sa *résidence* au Québec¹⁶. Cette dernière règle permet au travailleur de saisir, en tant que *demandeur*, le tribunal de son lieu de domicile ou de résidence.

Ces règles ne sont pas fondées sur la nationalité mais bien sur le domicile ou la résidence des parties. Le domicile d'une personne «quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu de son principal établissement»¹⁷ alors que sa résidence est «le lieu où elle demeure de façon habituelle»¹⁸. Pour la plupart des personnes, le domicile et la résidence «convergent vers un même lieu géographique»¹⁹. Ce n'est toutefois pas nécessairement le cas pour l'employé expatrié: un simple changement du lieu de sa résidence n'entraîne pas automatiquement un changement de son domicile. Pour changer de domicile, il faut établir le changement du lieu de résidence (élément matériel) mais aussi l'intention claire et manifeste de la personne de changer de domicile, celle-ci résultant de ses déclarations et des circonstances²⁰. Par conséquent, compte tenu des facteurs de rattachement exposés précédemment, qui tiennent compte du domicile ou de la résidence des

¹⁵ C.c.Q., art. 3148, par. 1.

¹⁶ C.c.Q., art. 3149.

¹⁷ C.c.Q., art 75.

¹⁸ C.c.Q., art. 77.

¹⁹ M. OUELLETTE, «Livres premier. Des personnes», dans *La réforme du Code civil*, Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, Tome I, Les Presses de l'Université Laval, 1993, n° 151, p. 64.

²⁰ C.c.Q., art. 76.

parties, le changement du lieu de résidence habituelle d'un employé expatrié hors du Québec ne suffit pas à lui faire perdre le bénéfice de saisir un tribunal québécois si son domicile se trouve toujours au Québec. Par ailleurs, un employé expatrié d'un autre État pour exécuter un travail au Québec et qui a son domicile dans cet État pourra aussi saisir le tribunal québécois si son lieu de résidence est au Québec.

2. L'objet du litige. Les tribunaux québécois peuvent aussi être compétents dans un litige entre un employé et un employeur qui ne sont ni domiciliés, ni résidents du Québec. Dans ces cas, les facteurs de rattachement considérés tiennent à l'objet du litige. Il en est ainsi lorsque le défendeur, par exemple l'employeur, est une personne morale qui, sans être domiciliée au Québec²¹, y a un établissement et que la contestation est relative à son activité au Québec²². Dans ce cas, la personne morale pourra être assignée devant un tribunal du Québec même si elle n'y est pas domiciliée. Les tribunaux québécois seront aussi compétents, indépendamment du domicile ou de la résidence des parties, lorsqu'une faute a été commise au Québec, qu'un préjudice y a été subi, qu'un fait dommageable s'y est produit ou lorsque l'une des obligations du contrat devait être exécutée au Québec²³. Dans ces cas, le litige se rattache objectivement au territoire québécois même si les parties n'y sont pas domiciliées ou n'y résident pas²⁴.

²¹ Le domicile d'une personne morale aux lieu et adresse de son siège (C.c.Q., art. 307).

²² C.c.Q., art. 3148, par. 2

²³ C.c.Q., art. 3148, par. 3.

²⁴ Voir un exemple d'application des paragraphes 2 et 3 de l'article 3148 C.c.Q. pour déterminer la compétence internationale de la Cour supérieure du Québec dans le cas d'une action en dommages pour congédiement illégal intentée par un employé domicilié en Nouvelle-Écosse contre un employeur dont le siège social se trouve en Ontario et fondée sur un contrat de travail exécuté en dehors du Québec: *Morissette c. Entreprises de systèmes Fujitsu du Canada Inc.*, [1994] R.J.Q. 976 (C.S.); J.E. 94-621 - requête pour permission d'appeler rejetée, 06-05-1994. Dans cette affaire, la Cour supérieure estime que l'article 3148 C.c.Q. n'est pas applicable

3. La volonté des parties. Les autorités québécoises pourront aussi être compétentes si les parties au contrat en ont manifesté la volonté en soumettant, par convention, leur litige aux tribunaux du Québec²⁵ ou parce que le défendeur reconnaît la compétence des tribunaux du Québec²⁶.

La détermination de la juridiction compétente pour entendre une action fondée sur un contrat de travail international est, concrètement, la première étape du cheminement judiciaire d'un litige opposant deux parties à ce contrat de travail. Elle est d'une importance pratique indéniable²⁷. L'exposé qui précède montre que certains aspects de cette question peuvent être négociés au préalable dans le contrat de travail. Les parties peuvent choisir de soumettre les litiges entre elles à la compétence des tribunaux du Québec²⁸, à la compétence des tribunaux étrangers ou d'un arbitre²⁹, à défaut de quoi les facteurs de rattachement liés au domicile ou à la résidence des parties ou à l'objet du litige s'appliqueront³⁰. Cette liberté contractuelle est toutefois fortement

en vertu des dispositions transitoires, mais que s'il l'avait été, la compétence internationale de la Cour supérieure n'aurait pas été établie.

²⁵ C.c.Q., art. 3148, par. 4.

²⁶ C.c.Q., art. 3148, par. 5.

²⁷ Ainsi que l'écrit H.P. GLENN, «[l]es conflits de lois vont diminuant mais les questions tactiques quant au choix du for, plus large qu'autrefois, sont vues comme primordiales par les parties.» (H.P. GLENN, *loc.cit.*, note 10, n° 71, p. 743). Voir aussi, sur le lien entre le développement du commerce international et les clauses attributives de juridiction permises par le dernier alinéa de l'article 3148: J.A. TALPIS et J.-G. CASTEL, *loc.cit.*, note 10, n° 450, p. 908; G. SAUMIER, «Les objections à la compétence internationale des tribunaux québécois: nature et procédure», [1998] 58 *Revue du Barreau* 145.

²⁸ C.c.Q., art. 3148, par. 4.

²⁹ C.c.Q., art. 3148, al. 2.

³⁰ Il faut toutefois noter qu'un juge pourrait, à la demande d'une partie, décliner la compétence qui lui est reconnue en fonction de ces facteurs de rattachement s'il estime que «les

atténuée dans le cas d'un contrat de travail liant un employé domicilié ou résidant au Québec: la renonciation de cet employé à la compétence des tribunaux du Québec au profit, par exemple, des tribunaux d'un autre État ou d'un arbitre, ne pourrait lui être opposée³¹. Cette règle a été élaborée dans une finalité de protection du travailleur qui caractérise aussi les règles relatives à l'ordre juridique applicable au contrat de travail: elle prive d'effet une clause attributive de juridiction qui supprimerait la possibilité pour un travailleur d'intenter une action fondée sur son contrat de travail devant les tribunaux québécois lorsqu'il y a son domicile ou sa résidence. En vertu d'un arrêt récent de la Cour d'appel, elle préserverait aussi le droit du travailleur domicilié ou résidant au Québec d'exiger que les autorités québécoises soient saisies du litige lorsque l'employeur agit à titre de demandeur en vertu du contrat de travail³².

B. Détermination de l'ordre juridique applicable au contrat

Une fois établie la compétence du juge québécois, celui-ci doit déterminer l'ordre juridique applicable au contrat. Pour reprendre l'exemple donné ci-dessus, le juge québécois devrait

autorités d'un autre État sont mieux à même de trancher le litige» (C.c.Q., art. 3135). L'application de cette notion de *forum non conveniens* est exceptionnelle: «le caractère abusif ou vexatoire du choix du for par le demandeur» ainsi que «le lieu de conclusion et de performance du contrat» seront notamment des facteurs considérés (P. H. GLENN, *loc. cit.*, note 10, n° 73, pp. 744-745). Par ailleurs, le tribunal québécois pourrait, en se fondant sur la notion de *for de nécessité* maintenant reconnue dans le Code, entendre un litige même si sa compétence n'est pas établie en fonction des facteurs de rattachement précédemment exposés si l'action à l'étranger est impossible et que le litige présente «un lien suffisant avec le Québec» (C.c.Q., art. 3136). Voir aussi: J.A. TALPIS et J.-G. CASTEL, *loc. cit.*, note 10, n° 411 à 426, pp. 900 à 903.

³¹ C.c.Q., art. 3149.

³² *Dominion Bridge Corporation c. Knai*, [1998] R.J.Q. 321 (C.A.); D.T.E. 98T-131 (C.A.), rejetant l'appel du jugement de la Cour supérieure: *Dominion Bridge Corporation c. Knai*, [1997] R.J.Q. 1637 (C.S.); D.T.E. 97T-812 (C.S.). Sur la finalité protectrice de l'article 3149 C.c.Q., voir: H.P. GLENN, *loc. cit.*, note 10, n° 94 p. 756; *Dominion Bridge Corporation c. Knai*, précité (Cour d'appel), 324-325; *Dominion Bridge Corporation c. Knai*, précité (Cour supérieure), 1641.

déterminer lequel parmi les droits du Québec, de l'Ontario, de la Colombie Britannique ou des États-Unis est applicable au contrat de travail. Cet ordre juridique sera désigné par une règle de conflit de loi, qui est bilatérale, c'est-à-dire qu'elle pourra mener à désigner le droit québécois ou un droit étranger. Le juge québécois devra ensuite utiliser les règles appartenant à l'ordre juridique désigné par la règle de conflit pour résoudre le problème qui lui est soumis soit, en l'occurrence, l'interprétation du contenu du contrat³³.

1. L'ordre juridique choisi par les parties. En matière contractuelle, le *Code civil du Québec* privilégie une règle de conflit axée sur la loi d'autonomie. En vertu de l'article 3111 C.c.Q., l'ordre juridique applicable au contrat est celui que les parties ont choisi. Les parties à un contrat peuvent désigner expressément la loi applicable à leur contrat ou à une partie du contrat. Cette règle générale est toutefois complétée par une règle de conflit de loi particulière au contrat de travail.

L'article 3118 C.c.Q. prévoit ce qui suit:

«3118. Le choix par les parties de la loi applicable au contrat de travail ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de l'État où il accomplit habituellement son travail, même s'il est affecté à titre temporaire dans un autre État ou, s'il n'accomplit pas habituellement son travail dans un même État, de la loi de l'État où son employeur a son domicile ou son établissement.

En l'absence de désignation par les parties, la loi de l'État où le travailleur accomplit habituellement son travail ou la loi de l'État où son employeur a son domicile ou son établissement sont, dans les mêmes circonstances, applicables au contrat de travail.»

Le principe de la loi d'autonomie, soit de l'application au contrat de la loi choisie expressément par les parties, est assorti d'une limitation venant protéger le travailleur afin qu'il ne perde pas le

³³ Rappelons cependant que le droit étranger doit être allégué par l'une des parties. Dans ce cas, le tribunal pourra en prendre connaissance d'office ou demander que la preuve en soit faite: C.c.Q., art. 2809.

bénéfice des dispositions impératives de la loi de l'État où il exécute habituellement son travail ou, en l'absence de lieu habituel, de la loi du lieu d'établissement de l'employeur³⁴. Ce sont d'ailleurs ces facteurs qui permettront de désigner l'ordre juridique applicable au contrat si les parties ne l'ont pas fait expressément.

Dans l'exemple que nous avons soulevé, il faudrait que le juge québécois saisi vérifie si le contrat de travail comporte une clause désignant expressément la loi applicable au contrat de travail. Ainsi, si la loi ontarienne était expressément désignée, le juge devrait s'assurer que son application ne fait pas perdre à l'employé les bénéfices des dispositions impératives de la loi du lieu habituel de travail, c'est-à-dire de la loi américaine applicable à New York. Advenant une réponse négative, le juge québécois pourrait alors appliquer la loi ontarienne.

La loi applicable au contrat peut faire l'objet de dispositions expresses dans l'entente d'expatriation, même si, dans le domaine du travail, la loi choisie par les parties est assujettie à des limitations particulières. Il faut toutefois noter l'existence, dans les nouvelles dispositions du *Code civil du Québec* relatives au droit international privé, de principes qui pourront permettre au juge, dans certaines circonstances, de se dégager de la volonté exprimée par les parties quant à la loi applicable au contrat.

2. Méthodes permettant de tempérer l'application de la règle de conflit de lois. Le Code civil québécois permet d'éviter dans certaines circonstances l'application au contrat de l'ordre juridique désigné par la règle de conflit de loi. Ces différentes possibilités résultent des règles générales

³⁴ Voir un exemple particulier d'application de l'article 3118 C.c.Q. dans le cas d'un travail exécuté au Québec alors que le contrat désignait la loi ontarienne: *Clutz et K.P.M.G. Canada*, D.T.E. 98T-1245 (C.T.), pp. 14 et 15 du texte intégral.

du droit international privé, mais certaines pourraient trouver un domaine particulièrement fertile dans le domaine du contrat de travail international, ainsi que nous l'enseignent les expériences étrangères³⁵.

a. La première possibilité d'échapper à l'application de l'ordre juridique désigné par la règle de conflit de loi, qu'il s'agisse de la loi d'autonomie ou d'une autre loi, résulte de l'application d'une *règle d'application immédiate ou nécessaire* (communément appelée «loi de police»). Les articles 3076 et 3079 C.c.Q. définissent les conditions qui permettent au juge d'imposer l'application de la loi du for (c'est-à-dire la loi du tribunal saisi, la loi québécoise - C.c.Q., art. 3076) ou d'une loi étrangère (C.c.Q., art. 3079). Ces articles se lisent ainsi:

«3076. Les règles du présent livre s'appliquent sous réserve des règles de droit en vigueur au Québec dont l'application s'impose en raison de leur but particulier.»

«3079. Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants l'exigent, il peut être donné effet à une disposition impérative de la loi d'un autre État avec lequel la situation présente un lien étroit.

Pour en décider, il est tenu compte du but de la disposition, ainsi que des conséquences qui découleraient de son application.»

Dans le domaine du contrat de travail, ces dispositions permettraient au juge québécois saisi d'un litige d'appliquer la loi québécoise ou la loi étrangère *sans avoir préalablement à rechercher l'ordre juridique désigné par la règle de conflit de loi*. C'est pourquoi ces lois sont dites d'application immédiate en ce qu'elles ne requièrent pas l'application préalable de la règle de conflit de loi.

³⁵ Voir: F. MORGENSTERN, *Les conflits de lois en droit du travail*, Genève, Bureau international du travail, 1986, 138 pages; G. LYON-CAEN, *Les relations du travail internationales*, Paris, Éditions Liaisons, 1991, 220 pages; P. COURSIER, *Les conflits de lois en matière de contrat de travail. Étude en droit international privé français*, Paris, L.G.D.J., 1993, 338 pages.

Les articles 3076 et 3079 étant de droit nouveau et n'ayant pas fait à ce jour l'objet d'interprétation jurisprudentielle, on doit noter l'absence de critères établis qui permettraient de qualifier une règle d'application immédiate ou nécessaire. En dépit de l'incertitude qui caractérise toujours l'étendue de cette notion en droit québécois, il est possible d'établir qu'il ne suffit pas qu'une règle soit impérative en droit interne pour qu'elle puisse faire obstacle à l'application de la loi désignée par la règle de conflit de lois³⁶. La question doit être étudiée pour chacune des règles, puisque le texte de l'article 3076 C.c.Q. commande d'en rechercher le «but particulier». Il faudra donc déterminer «si le but particulier de chaque loi commande son application dans le cas précis»³⁷, soit parce que la loi l'a spécifié, soit parce que les juges l'ont interprété en ce sens. Par ailleurs, pour qu'une règle puisse s'appliquer directement à une relation internationale, il faut que son application soit rendue nécessaire «à cause des objectifs mêmes de la loi et de leur importance dans l'organisation étatique»³⁸; elle se rapporte à «un authentique intérêt vital étatique et non purement privé»³⁹. Les règles d'application immédiate sont reliées à l'organisation politique, sociale et économique d'un État.

L'enjeu est de déterminer si les lois du travail, qui sont pour la plupart impératives en droit interne, peuvent être considérées comme des lois d'application immédiate faisant obstacle au jeu de la règle de conflit de loi en matière internationale⁴⁰. Plusieurs auteurs estiment que le droit du travail,

³⁶ H.P. GLENN, *loc.cit.*, note 10, n° 8, p. 680..

³⁷ *Id.*, n° 8, p. 678.

³⁸ E. GROFFIER, *op.cit.*, note 10, n° 32, p. 37.

³⁹ J.A. TALPIS et J.-G. CASTEL, *loc.cit.*, note 10, n° 36, p. 817.

⁴⁰ P. FRANCESKAKIS, «Lois d'application immédiate et droit du travail», (1974) 63 *Revue critique de droit international privé* 273.

orienté autour de la protection des travailleurs, pourrait constituer un domaine particulièrement fertile d'application de cette notion de droit nouveau⁴¹. Il faut toutefois rappeler la finalité des règles d'application immédiate, qui n'est pas «principalement de régler les rapports contractuels entre employeurs et salariés, mais de régler tel ou tel aspect du fonctionnement de l'appareil d'État»⁴².

Dans sa volumineuse étude *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire*, GOLDSTEIN estime que la notion de règles d'application immédiate pourrait s'appliquer aux lois relatives à la sécurité sociale et à l'indemnisation des accidents de travail⁴³, même si jusqu'à maintenant, la jurisprudence n'a pas eu à traiter de l'application de ces lois en contexte international en s'appuyant sur ce concept. TALPIS et CASTEL estiment aussi que les droits fondamentaux contenus dans la *Charte canadienne des droits et libertés* et dans la *Charte des droits et libertés de la personne* entreraient dans la catégorie des règles de droit d'application immédiate⁴⁴. Les lois d'application immédiate sont intimement liées à l'exécution d'un rapport de travail sur un territoire régi par une organisation étatique. Par exemple, on peut penser que les règles créant un droit de refus de travailler dans des conditions dangereuses⁴⁵ ou qui prohibent

⁴¹ E. GROFFIER, *op.cit.*, note 10, n° 211, p. 205; H.P. GLENN, *loc. cit.*, note 10, n° 8, p. 680; J.A. TALPIS et J.-G. CASTEL, *loc.cit.*, note 10, n° 36, p. 817.

⁴² G. LYON-CAEN, *op. cit.*, note 35, n° 107, pp. 59-60.

⁴³ G. GOLDSTEIN, *op.cit.*, note 10, n° 1116 et suiv., p. 499 et suiv.

⁴⁴ J.A. TALPIS et J.-G. CASTEL, *loc.cit.*, note 10, n° 36, p.817.

⁴⁵ *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.R.Q., c. S-2.1, art. 12 et suiv. (ci-après citée «L.s.s.t.»).

la discrimination dans l'emploi ⁴⁶ s'appliqueront directement au rapport de travail se déroulant sur le territoire du Québec, même si ce rapport comporte un élément d'extranéité et sans qu'il soit nécessaire de rechercher au préalable l'ordre juridique désigné par la règle de conflit de lois, à cause de l'importance des objectifs poursuivis par la loi. Plus délicate est la question de l'application extraterritoriale d'une règle d'application immédiate québécoise: par exemple, un salarié domicilié au Québec, travaillant pour un employeur ayant son siège social au Québec, expatrié pour une durée déterminée dans un pays autre pour l'exécution de sa prestation de travail pourrait-il, s'appuyant sur le droit que reconnaît la loi québécoise, refuser d'exécuter un travail à l'étranger qu'il considère comme dangereux?⁴⁷ Pour répondre à cette question, il faut déterminer si le but particulier de la loi commande son application extra-territoriale⁴⁸, si cette application est nécessaire à son efficacité, à son utilité. Dans ces cas, «ces lois s'appliqueront à des personnes, des actes, des faits situés en dehors du territoire géographique, s'il existe

⁴⁶ *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 10 et suiv.(ci-après citée «C.d.l.p.»).

⁴⁷ Dans l'affaire *Thibault c. Shawinigan Lavalin* [1987] C.A.L.P. 703, un travailleur, ingénieur géologue effectuant 40% de son travail à l'étranger et le reste au siège social de l'employeur situé à Montréal, est congédié après avoir refusé de poursuivre une affectation au Nicaragua. D'une durée initialalement prévue de trois mois, l'affectation avait été prolongée de quelques mois et le travailleur avait refusé de retourner au Nicaragua à la fin de sa période de vacances à Montréal. Il prétend avoir été congédié à la suite de l'exercice du droit de refus de travailler dans des conditions dangereuses que lui reconnaît la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*. D'emblée, la C.A.L.P., sans rechercher de manière bilatérale l'ordre juridique applicable au contrat, identifie ainsi la question à laquelle elle doit répondre: «déterminer si la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, une loi d'application réelle, a une portée extraterritoriale ou si elle ne s'applique que lorsque le lieu de travail est situé au Québec.» (*Id.*, p. 707) La C.A.L.P. décide que la L.s.s.t. ne s'applique pas à des lieux de travail qui se situent à l'extérieur du territoire du Québec même s'il s'agissait d'une relation de travail entre un travailleur domicilié au Québec et un employeur ayant son siège social au Québec. On peut penser que l'existence de la notion de règle d'application immédiate dans le C.c.Q. n'aurait pas pu justifier une conclusion différente. Une telle solution est a tout le moins affirmée en doctrine française: G. LYON-CAEN, *op.cit.*, note 34, n° 107, p. 60.

⁴⁸ H.P. GLENN, *loc. cit.*, note 10, n° 8, p. 679.

cependant un lien avec la sphère juridique de l'État qui l'édicte»⁴⁹, ce qui soulève au Canada le problème de la limite territoriale de lois de compétence législative provinciale⁵⁰.

b. La deuxième possibilité concerne l'*exception d'ordre public international*, prévue à l'art. 3081

C.c.Q.:

«3081. L'application des dispositions de la loi d'un État étranger est exclue lorsqu'elle conduit à un résultat manifestement incompatible avec l'ordre public tel qu'il est entendu dans les relations internationales.»

L'exception d'ordre public international intervient lorsque la règle de conflit de lois conduit à désigner l'application d'une loi étrangère. Elle permettra d'écarter l'application de cette loi si le résultat qui en découle est manifestement contraire à l'ordre public du for (du tribunal saisi), en l'occurrence l'ordre public québécois.

Cette exception d'ordre public international est aussi de droit nouveau en droit québécois. Il est déjà établi dans la doctrine qu'on ne peut considérer qu'une loi d'ordre public en droit interne possède automatiquement le statut d'une loi d'ordre public international: le domaine de l'ordre public international est plus restreint⁵¹. Les lois du travail, dont plusieurs sont d'ordre public en droit interne, ne pourraient être automatiquement considérées comme relevant de l'ordre public international. GLENN estime que les principes fondamentaux de protection des droits et libertés

⁴⁹ G. GOLDSTEIN, *op.cit.*, note 10, n° 1011, p. 451.

⁵⁰ L'art. 92 par. 13 de la *Loi constitutionnelle de 1867* limite «dans la province» le pouvoir législatif des provinces en matière de propriété et de droits civils. Sur la question de la territorialité des lois provinciales en contexte constitutionnel canadien: *Id.*, note 10, n° 1013 et suiv., p. 452 et suiv.

⁵¹ H.P. GLENN, *loc. cit.*, note 10, n° 10, p. 682; J.A. TALPIS et J.-G. CASTEL, *loc.cit.*, note 10, n° 71, p. 825.

de la personne pourraient être inclus dans l'ordre public international québécois⁵².

L'exception d'ordre public international intervient pour *corriger les effets* de l'application d'une loi étrangère qui serait désignée par la règle de conflit de lois. C'est pourquoi la démarche conduisant à l'application de l'exception d'ordre public international est complètement distincte de celle menant à l'application de règles d'application immédiate: elle ne fait pas obstacle à l'application de la règle de conflit de lois, mais permet d'en corriger un résultat jugé incompatible avec l'ordre public du for. Le recours à cette exception d'ordre public international risque toutefois d'être réduit par la possibilité que reconnaît le droit québécois d'appliquer directement à une relation internationale une règle considérée comme étant d'application immédiate: en France, la Cour de cassation n'a pas fait application de l'exception d'ordre public international dans le domaine du contrat de travail depuis un quart de siècle⁵³.

c. La dernière possibilité a trait à la *clause échappatoire ou d'exception*, définie à l'article 3082

C.c.Q, lequel prévoit ce qui suit:

«3082. À titre exceptionnel, la loi désignée par le présent livre n'est pas applicable si, compte tenu de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la situation n'a qu'un lien éloigné avec cette loi et qu'elle se trouve en relation beaucoup plus étroite avec la loi d'un autre État. La présente disposition n'est pas applicable lorsque la loi est désignée dans un acte juridique.»

Cette dernière possibilité, qui établit ce qu'on appelle un principe de proximité, ne pourra intervenir si les parties ont expressément désigné la loi applicable à leur contrat. Elle n'interviendra que si

⁵²H.P. GLENN, *loc. cit.*, note 10, n° 10, p. 682.

⁵³G. LYON-CAEN, *op. cit.*, note 35, n° 112, pp. 62-63.

la règle de conflit applicable en l'absence de la loi d'autonomie conduit à désigner une loi qui n'a qu'un rapport éloigné avec la situation. Par exemple, en l'absence de loi désignée dans le contrat de travail, c'est la loi du lieu de travail qui est applicable au contrat de travail exécuté habituellement dans un seul État. GLENN estime que dans le cas d'un contrat de travail conclu entre un employé domicilié au Québec et un employeur ayant un établissement au Québec pour effectuer un travail à l'étranger pour une durée limitée, le salaire étant versé en dollars canadiens dans un compte bancaire situé au Québec, il y aurait lieu d'appliquer la loi du Québec et non la loi du lieu habituel de travail désignée par la règle de conflit de lois puisque la «situation présente un lien beaucoup plus étroit avec la loi du Québec»⁵⁴. Rappelons toutefois que cette dernière possibilité ne joue qu'en cas de silence des parties quant à la loi applicable au contrat: elle constitue certes un incitatif à négocier dans le contrat de travail la loi qui y sera applicable⁵⁵

La philosophie qui guide les nouvelles dispositions du *Code civil du Québec* semble vouloir donner un effet important à la volonté exprimée par les parties à un contrat international, tant en ce qui concerne la détermination de la juridiction compétente pour trancher un litige qui pourrait survenir entre elles que pour la désignation de l'ordre juridique applicable au contrat. C'est du moins la philosophie qui prévaut pour l'ensemble des contrats internationaux. Ces questions devraient donc être au coeur de la négociation des contrats de travail internationaux et devraient faire partie des préoccupations relatives à l'expatriation des employés. Cette liberté contractuelle se trouve toutefois encadrée de manière importante dans le cas des contrats de travail internationaux.

⁵⁴ P.H. GLENN, *loc. cit.*, note 10, n° 54, p. 728.

⁵⁵ J.A. TALPIS et J.-G. CASTEL, *loc. cit.*, note 10, n° 86, p. 827.

Ainsi, même si les parties ont choisi l'ordre juridique applicable à leur relation de travail, celui-ci ne pourra pas faire perdre au travailleur certaines bénéfices de la loi du lieu habituel de travail ou, s'il n'accomplit pas habituellement son travail dans un même État, de la loi de l'État où son employeur a son domicile ou son établissement. De même, une clause attributive de juridiction ne pourrait supprimer la possibilité pour un travailleur d'intenter une action devant les tribunaux québécois lorsqu'il y a son domicile ou sa résidence. À ces balises inspirées d'une finalité de protection des travailleurs s'ajoutent des mécanismes généraux du droit international privé québécois qui peuvent conduire à écarter l'utilisation de la règle de conflit de lois ou les résultats de son application.

II. Mobilité internationale du personnel et lois du travail: contenu, mise en oeuvre et incidences juridiques

L'exécution d'un travail à l'étranger ne fait pas en sorte, en vertu des règles précédemment exposées, que le rapport juridique qui existe entre l'employé et l'employeur échappe automatiquement au droit québécois. Il est donc approprié d'examiner certains aspects des pratiques d'expatriation en oeuvre dans les entreprises internationales non plus à la lumière des mécanismes du droit international privé mais en considérant le **contenu du droit du travail** québécois, c'est-à-dire les obligations applicables aux rapports de travail assujettis à la compétence du droit québécois.

Ces obligations sont bien sûr définies dans le contrat de travail ou les politiques d'expatriation des entreprises. Outre les aspects relevant du droit de l'immigration (visas, permis, sécurité sociale) et du droit fiscal, les ententes d'expatriation, qui peuvent varier selon la durée de la mission, le poste occupé et les politiques de l'entreprise, portent notamment sur la rémunération et les

avantages sociaux déterminés en fonction du coût de la vie du pays hôte, la détermination d'allocations diverses liées au logement (frais de déménagement et de relocalisation, hypothèque, location, achat, voiture, dédommagement pour la propriété), la durée de l'expatriation, les conditions de résiliation du contrat et de rapatriement, l'obligation pour l'employé de rembourser certains frais s'il quitte l'entreprise à l'intérieur d'un certain délai, les obligations de non-concurrence, les mesures visant l'intégration ou le dédommagement du conjoint et des enfants, etc. Dans la mesure où l'ordre juridique québécois est applicable au contrat de travail, les parties disposeront des recours civils généraux en responsabilité civile en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle par l'une d'entre elles.

Il faut aussi considérer, en matière d'expatriation internationale, l'effet d'obligations contenues dans les lois du travail qui viennent encadrer la liberté contractuelle dont disposent les parties au contrat de travail ou le contenu des politiques d'entreprise (B) ou encore qui s'ajoutent aux obligations contractuelles pour déterminer le régime de travail applicable à l'employé expatrié (A). Ces obligations légales ne s'appliqueront que dans la mesure le rapport entre l'employé expatrié et l'employeur donne lieu à une prestation de travail exécutée de manière subordonnée en échange d'une rémunération, ces conditions étant constitutives des statuts de salarié, travailleur ou employeur qui délimitent le champ d'application des lois du travail.

Or, il importe de mentionner, sans en faire ici un traitement approfondi, que l'interprétation de ces notions peut soulever des difficultés particulières dans le cas de travailleurs mobiles géographiquement ou en situation d'extranéité. Ainsi, ne sont pas considérées comme travailleurs

au sens de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*⁵⁶ ou comme salariés titulaires d'un contrat de travail valide des personnes qui travaillent sans posséder un permis de travail⁵⁷, et ce bien qu'un travail subordonné ait bel et bien été accompli en échange d'une rémunération⁵⁸. Plus complexe encore est la question de l'identification de l'employeur dans des situations d'expatriation qui impliquent l'exécution d'un travail pour des entités juridiques distinctes d'une firme transnationale, dont la structure financière est interreliée et dont la production de biens et services est diversifiée au point de constituer, du point de vue du droit du travail, des entreprises distinctes. Par exemple, n'est pas considérée comme l'employeur d'un salarié victime d'un accident du travail hors du Québec la compagnie-mère d'un groupe établi à Lavāl, alors que le salarié avait été embauché par la filiale néo-écossaise du groupe détenue à 100% par la compagnie-mère et qu'il avait exécuté la totalité de sa prestation de travail en Nouvelle-Écosse sous la direction de la filiale, la compagnie-mère se limitant à émettre les chèques de paye au nom de chacune des filiales en vertu d'une entente administrative conclue entre elles⁵⁹. Dans un

⁵⁶ *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., c. A-3.001 (ci-après citée «L.a.t.m.p.»).

⁵⁷ *Laur et Verger Jean-Marie Tardif*, [1992] C.A.L.P. 510; D.T.E. 92T-531 (C.A.L.P.); *Boulaajoul et Ferme M.S. Nadon enr.*, [1994] C.A.L.P. 1540; D.T.E. 95T-4 (C.A.L.P.); *Savaria c. 101482 Canada inc.*, [1987] R.J.Q. 2658 (C.P.).

⁵⁸ Ce qui pourrait justifier, si une conception réaliste ou statutaire du rapport d'emploi prévalait, l'application des dispositions des lois du travail: P. VERGE et G. VALLÉE, *Un droit du travail? Essai sur la spécificité du droit du travail*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1997, p. 80.

⁵⁹ *F.A. Tucker Canada Ltée et Dufour*, [1994] C.A.L.P. 1159; D.T.E. 94T-1078 (C.A.L.P.). L'employeur néo-écossais ne possédait pas d'établissement au Québec. La compagnie-mère et la filiale ne pouvant «être considérées comme oeuvrant «sur un même site et [étant] organisées sous l'autorité d'une même personne», l'une des conditions requises pour que la L.a.t.m.p. soit applicable à un accident survenant hors du Québec, l'établissement de l'employeur au Québec, n'était pas satisfaite. Voir aussi l'appréciation de la notion d'établissement dans le cas d'un accident survenu au Québec alors que le siège social de l'employeur est en Ontario: *Giroux c. Begg & Daigle*, [1995] B.R.P. 765; D.T.E. 96T-636 (B.R.P.).

autre cas n'impliquant pas une mobilité internationale, la compagnie-mère d'un groupe est considérée comme le véritable employeur d'un salarié qu'elle avait embauché avant la création de la filiale et qui en était devenu le cadre principal. La compagnie-mère était l'actionnaire fortement majoritaire de la filiale dont l'activité était la distribution exclusive de ses produits. Dans ce cas, le lien de subordination continuait d'exister entre le salarié et la compagnie-mère qui fixait sa rémunération et était titulaire du pouvoir disciplinaire à son endroit⁶⁰. Enfin, dans une espèce impliquant une mise à disposition internationale, une agence de placement québécoise fournissant les services de pilotes d'avions-citernes à des entreprises utilisatrices n'est pas considérée comme l'employeur d'un pilote ayant subi un accident de travail alors que ses services avaient été requis par une société italienne puisque le pouvoir de diriger effectivement le travail de ce pilote était exercé par la société italienne, même si la rémunération du pilote était versée par l'agence de placement et que cette année-là, la seule activité de cette agence avait été de fournir des pilotes à la société italienne⁶¹. Placé en face de ces situations complexes de détermination de l'employeur, le droit du travail recherche, conformément à une approche classique bien établie en droit interne, qui possède effectivement le pouvoir de diriger le travail de l'employé, sans faire de la provenance de la rémunération ou de la qualification du contrat par les parties des critères déterminants. Cette approche est-elle adaptée aux situations d'expatriation qui impliquent, ne serait-ce qu'à cause de l'éloignement géographique, un déplacement du pouvoir de direction du travail et du lien de subordination qui en découle? Cette difficulté, déjà

⁶⁰ *Les Brasseries Molson c. Laurin*, C.S. Montréal, no 500-05-016873-927, 20 septembre 1993, j. Lévesque, 37 pages; D.T.E. 93T-1189 (C.S.) - désistement d'appel, 01-10 1997.

⁶¹ *Dupont c. Aérotech 2414-5849 Québec inc.*, [1994] C.A.L.P. 250; D.T.E. 94T-346 (C.A.L.P.). L'agence québécoise n'étant pas considérée comme l'employeur et la société italienne n'ayant pas d'établissement au Québec, l'une des conditions requises pour que la L.a.t.m.p. soit applicable à un accident survenu hors du Québec - soit l'établissement de l'employeur au Québec - n'est pas remplie.

constatée dans la littérature⁶², exigerait une approche qui tienne compte du contexte particulier dans lequel s'inscrit le travail de l'employé expatrié, qui pourrait se traduire dans la reconnaissance des notions de «groupes de sociétés» ou de «groupements d'employeurs»⁶³.

A. Les obligations légales directement applicables à un travail exécuté à l'étranger

Certaines lois du travail québécoises d'ordre public visent expressément un travail exécuté hors des limites territoriales du Québec: elles s'appliquent directement, sous réserve des conditions qu'elles déterminent, à l'employé expatrié (1). Les rares décisions rendues dans ce contexte montrent toutefois les difficultés qui accompagnent la mise en oeuvre en contexte international de règles conçues pour un rapport de travail de droit interne (2).

1. **Les lois du travail québécoises directement applicables à un employé expatrié.** Le régime québécois d'indemnisation des lésions professionnelles peut s'appliquer à un accident du travail survenu hors du Québec ou à une maladie professionnelle contractée hors du Québec si, *«lorsque l'accident survient ou la maladie est contractée, [le travailleur victime] est domicilié au*

⁶² «[l]a mobilité du salarié à l'intérieur d'une firme est susceptible de le placer sous le contrôle successif d'entités juridiquement distinctes poursuivant des entreprises distinctes d'un point de vue organique. Pour maintenir le rapport salarial dans ces circonstances, la notion d'entreprise devra mieux rendre compte de l'interrelation, malgré leur diversité, des activités poursuivies par ces firmes et de la complexité de leur structure financière.» P. VERGE et G. VALLÉE, *op.cit.*, note 58, pp. 96-97.

⁶³ I. VACARIE, «La mobilité du personnel au sein des groupes de sociétés», (1989) *Droit social* 482; J. SAVATIER, «Détachement ou mutation de salariés entre sociétés d'un même groupe et calcul de l'ancienneté», (1994) *Droit social* 452; D. BOULMIER, ««Destruction des emplois: une nécessaire responsabilisation des groupes, par une substitution du groupe réel au groupe virtuel», (1998) *Droit social* 44.

Québec et son employeur a un établissement au Québec⁶⁴ et ce même s'il est stipulé au contrat qu'il est assujéti à la loi d'un autre état⁶⁵. La condition de domicile du travailleur est interprétée conformément au droit commun: un simple changement du lieu de résidence du travailleur à la suite de son détachement ne peut être considéré comme un changement de son domicile en l'absence d'intention exprimée en ce sens⁶⁶. Par ailleurs, en vertu des amendements apportés en 1996, les travailleurs victimes d'une lésion professionnelle hors du Québec et *qui n'y sont pas*

⁶⁴ L.a.t.m.p., art. 8, al. 1 (italiques ajoutées). Cet article a été amendé en 1996 (*Loi modifiant la Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles et la Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.Q. 1996, c. 70, art. 2). La version antérieure prévoyait des facteurs de rattachement cumulatifs appréciés au moment où survenait la lésion professionnelle: domicile du travailleur au Québec, établissement au Québec de l'employeur, durée du travail hors du Québec n'excédant pas cinq ans, contrat de louage de services personnels conclu au Québec. Pour des exemples d'application de ces facteurs de rattachement à une lésion professionnelle survenue hors du Québec: *Boucher et Société Sofati Socanav*, [1991] C.A.L.P. 906; D.T.E. 91T-1149 (C.A.L.P.); *Morin*, [1991] B.R.P. 363; D.T.E. 91T-513 (B.R.P.) -durée du travail excédant cinq ans; *Khatchadourian et Club de voyages Aventure inc.*, [1987-88] B.R.P. 153; *Chartrand-Parent et Toitures régionales*, [1986-87] B.R.P. 875.

Le nouveau texte du premier alinéa de l'article 8 ne conserve que deux de ces facteurs de rattachement: le domicile du travailleur victime et le lieu de l'établissement de l'employeur. Le lieu de conclusion de contrat n'est plus considéré. Quant à la durée du travail au moment de la survenance de la lésion, elle n'intervient que dans les cas où un salarié n'est plus domicilié au Québec au moment de la survenance d'une lésion professionnelle alors qu'il l'était au moment de son affectation hors du Québec. Notons que l'application du régime d'indemnisation québécois à un accident du travail survenu hors du Québec a aussi été reconnue, dans des décisions antérieures, en fonction du lieu de conclusion du contrat et du lieu où est située l'entreprise: *Vincent c. La Cie de chemin de fer du Grand Tronc du Canada*, [1914] 45 C.S. 353; *Bonneau c. Live Fish Company*, [1922] 60 C.S. 454.

⁶⁵ Voir à titre d'exemple: *Nicola et Allied Signal Aérospatiale*, [1996] C.A.L.P. 1083; D.T.E. 96T-1067 (C.A.L.P.), où la L.a.t.m.p. est applicable à la lésion dans la mesure où les conditions requises par l'article 8 sont satisfaites, même si le contrat d'engagement stipule qu'il est sujet aux lois ontariennes.

⁶⁶ *Id.*, 1088. Le domicile du travailleur au Québec n'est considéré comme facteur de rattachement que dans les cas de lésions professionnelles survenues hors du Québec. Il ne peut servir à déterminer l'admissibilité d'une victime d'un accident de travail survenu au Québec, la seule exigence imposée par l'article 7 tenant alors à l'établissement de l'employeur au Québec. Il ne peut non plus être considéré comme un fait essentiel permettant de reconsidérer une décision d'indemnisation d'un accident survenu au Québec, au sens de l'article 365 de la loi: *Dauphinais c. Provigo Distribution inc. Division Héritage et C.S.S.T.*, [1994] B.R.P. 356; D.T.E. 94T-1245 (B.R.P.).

domiciliés au moment où survient la lésion professionnelle peuvent aussi, à certaines conditions, bénéficier de la loi⁶⁷: les facteurs de rattachement tiennent alors au domicile du travailleur au Québec au moment de son affectation hors du Québec, à la durée du travail hors du Québec qui ne doit pas excéder cinq ans au moment de la lésion et à la localisation d'un établissement de l'employeur au Québec au moment où survient la lésion professionnelle⁶⁸.

Les normes minimales définies dans la *Loi sur les normes du travail* s'appliquent aussi, à certaines conditions, à un travail exécuté en partie ou en totalité hors du Québec par un employé qui n'est pas cadre supérieur⁶⁹. Dans le cas d'un travail exécuté à la fois au Québec et hors du Québec,

⁶⁷ Avant les amendements de 1996 (*Loi modifiant la Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles et la Loi sur la santé et la sécurité du travail*, précitée, note 64), le domicile du travailleur au Québec au moment de la lésion était une condition requise dans tous les cas de lésions professionnelles survenues hors du Québec, sauf en ce qui concerne les employés du gouvernement du Canada: *Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada et Montague*, [1990] C.A.L.P. 1336; D.T.E. 91T-53 (C.A.L.P.); *Zaheeruddin et Canada (Ministère de la défense nationale)*, [1991] C.A.L.P. 935; D.T.E. 91T-1204 (C.A.L.P.).

⁶⁸ L.a.t.m.p., art. 8, al. 2. Par ailleurs, l'article 8.1 prévoit: «Une entente conclue en vertu du premier alinéa de l'article 170 de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* (chapitre S-2.1) peut prévoir des exceptions aux articles 7 et 8, aux conditions et dans la mesure qu'elle détermine.» Avant les amendements de 1996, le recours à des ententes entre la Commission et un ministère ou un organisme d'un autre gouvernement pour élargir le champ d'application de la L.a.t.m.p. était limité, dans les situations de lésions professionnelles survenues hors du Québec, aux cas où le travailleur victime était domicilié au Québec au moment de la lésion sans que les autres conditions de rattachement, ou l'une d'entre elles, (établissement de l'employeur, durée du travail hors-Québec, lieu de conclusion du contrat) ne soient satisfaites. Sur la non-application de la loi, dans le contexte d'une plainte pénale, à un accident survenu au Québec alors que l'employeur n'y possède pas d'établissement et qu'il n'existe pas d'entente au sens de l'article 170 L.s.s.t.: *Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec c. Lacasse entreprises Inc.*, D.T.E. 90T-699 (T.T.).

⁶⁹ *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1, art. 2 (ci-après citée «L.n.t.»). Les cadres supérieurs, souvent candidats à l'expatriation, sont exclus du champ d'application de la L.n.t., à l'exception de certaines normes: L.n.t., art. 3, par. 6 et 3.1. Ce statut doit être apprécié en considérant le rôle occupé au moment de la rupture du lien d'emploi: un employé embauché par Hydro-Québec en mars 1979, dont les services ont été prêtés à la filiale Hydro-Québec International jusqu'en 1987, d'abord à titre de vice-président Développement des marchés, puis à compter de 1984, à titre de vice-président, Asie et Moyen-Orient en poste en Malaisie, qui est

l'unique facteur de rattachement retenu est la localisation de l'employeur; la loi s'appliquera au salarié qui exécute un travail à la fois au Québec et hors du Québec pour un employeur dont la résidence, le domicile, l'entreprise, le siège social ou le bureau se trouve au Québec⁷⁰. Dans le cas d'un travail exécuté entièrement hors du Québec, les facteurs de rattachement sont multiples et cumulatifs: ils tiennent au lieu de domicile ou de résidence du salarié, à la localisation de l'employeur et à la loi du lieu de travail. Le salarié domicilié ou résident du Québec travaillant hors du Québec pour un employeur dont la résidence, le domicile, l'entreprise, le siège social ou le bureau est situé au Québec bénéficiera de la *Loi sur les normes du travail* si, en vertu de la loi du lieu de son travail, il n'a pas droit à un salaire minimum. Il ne pourra bénéficier de la loi québécoise si la loi du lieu d'exécution de son travail lui donne droit à un salaire minimum, même s'il est domicilié ou résident du Québec et que l'employeur y est aussi établi⁷¹.

2. Difficultés de mise en oeuvre en contexte d'expatriation. Même si les droits et obligations définis dans ces lois sont directement applicables, dans les conditions qu'elles déterminent, à un employé expatrié, la mise en oeuvre de certains d'entre eux reste problématique en contexte international. Mentionnons, par exemple, la difficulté d'identifier le lieu de survenance d'une lésion professionnelle, critère qui détermine l'application des articles 7 ou 8 de la *Loi sur les accidents*

rapatrié à son retour en 1987 au siège social (Hydro-Québec) parce qu'aucun poste n'est disponible pour lui dans la filiale, puis prêté à différents employeurs (notamment le Gouvernement du Québec) entre 1988 et 1995 puisqu'aucun poste permanent ne correspond à son expérience au siège social, n'est pas considéré comme un cadre supérieur au sens de la L.n.t., puisqu'il n'a jamais joué un rôle effectif «dans la détermination des politiques et grandes orientations de l'entreprise»: *Boudriau et Hydro-Québec*, D.T.E. 98T-352 (C.T.), p. 11 du texte intégral.

⁷⁰ Sur l'interprétation de la notion d'entreprise dans ce contexte: *Brunet et McLoeb Ltd.*, [1983] T.A. 818; *Ladouceur et Almico Plastics Canada Inc*, D.T.E. 90T-490 (T.A.).

⁷¹ En vertu de ces facteurs de rattachement, la *Loi sur les normes du travail* n'est pas applicable à un salarié qui exécute entièrement sa prestation de travail en Ontario: *Romeo et W.E. Canning inc.*, D.T.E. 98T-1129 (C.T.), pp. 4 et 5 du texte intégral.

du travail et les maladies professionnelles, dans le cas de travailleurs dont la carrière s'est déroulée à la fois au Québec et hors-Québec⁷², de déterminer ce qui peut constituer un emploi convenable dans le contexte d'une entreprise oeuvrant au niveau inter-provincial ou international⁷³, d'apprécier les risques particuliers d'un travail exécuté à l'étranger pour déterminer si une maladie contractée par un employé expatrié est une maladie professionnelle⁷⁴ ou encore de déterminer la localisation de l'employeur, facteur de rattachement requis par les deux lois étudiées lorsqu'un travail est exécuté partiellement ou totalement hors du Québec, dans le cas d'entreprises inter-provinciales ou internationales⁷⁵.

Les exemples les plus probants des difficultés de mise en oeuvre de droits et obligations découlant du droit interne en situation internationale concernent les espèces impliquant la rupture d'un contrat de travail exécuté à l'étranger. Le rapatriement et la réintégration en emploi sont identifiés dans la littérature de gestion des ressources humaines comme l'un des principaux problèmes reliés à l'expatriation des salariés. Dans les écrits rapportant diverses expériences des employés expatriés, il est courant de retrouver des études relatant les échecs des assignations

⁷² Voir par exemple: *Morin*, précité, note 64; *Héroult et E.B. Eddy*, [1991] B.R.P. 44; D.T.E. 91T-189 (B.R.P.)

⁷³ Voir par exemple, même s'il ne s'agissait pas d'un salarié expatrié: *Gadoury et Lignes aériennes Canadien International Ltée*, [1996] B.R.P. 64; D.T.E. 96T-829 (B.R.P.) - Appel accueilli, 17-03-1997; requête en révision pour cause.

⁷⁴ En vertu de l'art. 30 L.a.t.m.p.: *Khatchadourian et Club de voyages Aventure Inc.*, précité, note 64 (malaria - chef d'expédition au Cameroun); *Boucher c. Société Sofati Socanav*, précité, note 64 (conditions climatiques, d'hygiène et de nutrition reliées à l'exécution d'un travail au Cameroun). Voir aussi: *McManus et Canadien Pacifique*, [1996] B.R.P. 1; D.T.E. 96T-712 (B.R.P.) - Appel rejeté, 18-12-1997 (stress découlant de la relocalisation d'une salariée de Thunder Bay à Montréal dans le cadre d'une réorganisation d'entreprise).

⁷⁵ *F.A. Tucker Canada Ltée et Dufour*, précité, note 59; *Brunet et McLoeb Ltd.*, précité, note 70.

internationales. Ces échecs se traduisent soit par des retours prématurés dus à un stress que le salarié et sa famille n'arrivent plus à tolérer, aux "blues" du pays, ou tout simplement à une volonté de mettre un terme à l'expatriation⁷⁶. Le contenu du contrat de travail ou de l'entente d'expatriation liant le salarié à l'entreprise pourra contenir des dispositions relatives aux conditions de rapatriement du salarié dans le pays d'origine et dans un emploi dans l'entreprise. Le salarié disposera des recours usuels pour faire exécuter au besoin le contenu des différentes obligations qui y sont prévues⁷⁷. Ces recours ont un fondement contractuel; il n'existe en droit québécois

⁷⁶ P.J. DOWLING and R.S. SCHULER, *op. cit.*, note 8; E. DÜLFER, "Human Resource Management in Multinational and Internationally Operating Companies", in R. PIÉPER (ed.), *HRM: An International Comparison*, Berlin, Walter De Gruyter, 1990; A. W. HARZING, *loc. cit.*, note 5; G. W. HOGAN and J.R. GOODSON, "The Key to Expatriate Success", (January 1990) *Training and Development Journal*, 50-52; C.G. HOWARD, "Profile of the 21st Century Expatriate Manager", (June 1992) *HRMagazine*, 93-100; C.G. HOWARD, "The Expatriate Manager and the Role of the MNC", (October 1980) *Personnel Journal*, 838-844; D.A. WEEKS, *Recruiting and Selecting International Managers*, New York, The Conference Board, 1992, Report Number 998; H. SCULLION, *loc. cit.*, note 7.

⁷⁷ Par exemple, les assignations internationales s'intègrent souvent à des politiques de gestion assujettissant l'avancement de carrière d'un individu à l'acceptation d'une ou de plusieurs assignations internationales. Une fois de retour, un salarié à qui on avait fait miroiter une promotion avant son départ mais qui n'est pas réintégré dans un poste satisfaisant pourra disposer d'un recours en dommages-intérêts s'il peut se fonder sur l'inexécution d'une obligation contractuelle, sur l'exercice abusif par l'employeur d'un droit créé par le contrat (*Infra*), ou encore sur un manquement à l'obligation précontractuelle de renseignement de l'employeur. Voir, dans le premier cas: *Roulet c. Grondin Transport inc. (Division Grondair)*, C.S. Beauce, no 350-05-000053-932, 4 août 1998, j. Morin, 15 pages; D.T.E. 98T-945 (C.S.), où le contenu du contrat verbal entre les parties est notamment établi à partir des déclarations de l'employeur dans les formulaires adressés au ministère de l'Emploi et de l'Immigration en vue de l'obtention d'un visa de travail pour l'employé de nationalité française, et, dans le dernier cas: *Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87 et le commentaire qu'en font L. LECLERC et L. LESAGE, «L'obligation précontractuelle de renseignement de l'employeur et du postulant», dans *Développements récents en droit du travail (1997)*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1997, p. 131, pp. 174-180. Il en serait de même d'une entente garantissant la réintégration de l'employé dans un emploi dans le pays d'origine, à condition que cet engagement soit clairement formulé dans l'entente d'expatriation. Voir par exemple, une entente qui ne prévoyait pas clairement ce droit: *Sauer c. S.n.c. Lavalin inc.*, C.S. Montréal, no 500-05-003471-925, 27 novembre 1993, j. Hurtubise, 16 pages; D.T.E. 93T-1275 (C.S.) et une politique prévoyant le rapatriement dans la filiale d'un salarié prêté par le siège social pour l'exécution de fonctions à l'étranger: *Boudriau et Hydro-Québec*, précité, note 69, p. 3 du texte intégral (le litige, dans ce cas, porte sur la rupture du lien d'emploi survenue en 1995 entre le salarié et le siège social, 8 ans après ce premier

aucune obligation légale de rapatriement et de réintégration en emploi visant spécifiquement les expatriations internationales, comme cela existe par exemple pour certains cas d'expatriation dans le Code du travail français⁷⁸.

Lorsque la fin de l'expatriation s'accompagne de la rupture du contrat de travail, les recours particuliers en matière de congédiement existant dans diverses lois du travail, notamment dans la *Loi sur les normes du travail*, pourront aussi s'appliquer. Contrairement aux recours de droit commun, ces recours particuliers peuvent conduire à une ordonnance de réintégration du salarié. Appliquée à une situation internationale, une ordonnance de réintégration pourrait-elle aller jusqu'à forcer le rapatriement du salarié, en dépit de l'absence d'un engagement clair en ce sens dans une entente d'expatriation? Quelle serait la portée territoriale de cette ordonnance? Quelle serait l'efficacité d'une ordonnance de réintégration dans le cadre d'un travail exécuté à l'étranger? Deux cas récents impliquant des plaintes fondées sur l'article 124 de la *Loi sur les normes du travail* illustrent les problèmes particuliers soulevés par ces questions en contexte international.

Dans l'affaire *Clark et Groupe D.M.R. inc.*⁷⁹, un employé canadien, embauché au Canada par une firme canadienne et ayant occupé divers postes depuis son embauche en Australie, au Canada et aux États-Unis, conteste la perte de l'emploi qu'il occupait à Los Angeles à la suite de la prise de contrôle de l'entreprise canadienne, le groupe D.M.R. inc., par le groupe américain Amdahl en 1995. À la suite de l'intégration du personnel oeuvrant sur le territoire américain provenant des

rapatriement, et concerne les engagements du siège social à la suite d'autres prêts de services).

⁷⁸ *Code du travail* (France), art. L 122-14-8.

⁷⁹ [1997] C.T. 203; D.T.E. 97T-625.

deux groupes, M. Clark perd son emploi et dépose une plainte fondée sur l'article 124 de la Loi sur les normes du travail.. Il soutient qu'il a été congédié sans cause juste et suffisante et demande sa réintégration dans un poste au Québec, soit celui qu'il détenait avant d'occuper ses fonctions aux États-Unis, soit un autre poste, ainsi que diverses indemnités compensatoires.

La commissaire accueille la plainte du salarié. Même si l'intégration des deux entreprises ne fait aucun doute, il reste que l'employeur avait le fardeau de démontrer qu'il avait licencié cet employé pour des motifs économiques de réorganisation, ce qu'il n'a pas démontré:

«S'il est une constante en matière de licenciement, c'est celle d'obliger l'employeur à démontrer, au point de départ, l'opportunité d'une quelconque réorganisation. Mais c'est aussi celle d'obliger l'employeur à démontrer que le poste de la personne licenciée a été aboli, qu'il n'existe plus tel quel ou qu'il a fallu faire des choix entre individus de manière à déterminer lesquels conserver. Le tout, au nom de critères sérieux dont on doit, là encore, établir l'existence préalable puis, l'application dans les faits.»⁸⁰

Ces critères, notamment le fait que les deux employés ayant conservé leur poste aux États-Unis étaient des résidents américains alors que le plaignant ne disposait que d'une affectation temporaire et qu'il était rattaché à l'entreprise canadienne, n'ont pas été prouvés⁸¹. La commissaire du travail conclut donc que l'employeur n'a pas démontré de raisons valables de congédier le plaignant. Elle n'ordonne toutefois pas le remède normal qu'est la réintégration, deux circonstances particulières s'y opposant: le poste de haut niveau qu'occupait l'employé et la difficulté de déterminer avec exactitude quel poste il pourrait être appelé à combler au sein de l'organisation canadienne. Elle impose toutefois le versement d'une indemnité compensatrice de

⁸⁰ *Id.*, p. 211.

⁸¹ La commissaire souligne le caractère déficient de la preuve présentée par l'employeur dans ce cas, puisque les personnes impliquées dans la décision de mettre un terme à l'emploi du plaignant, en poste aux États-Unis, ne se sont pas présentées pour témoigner.

préavis de huit mois et d'une indemnité équivalant au salaire perdu par le plaignant entre la date du congédiement et le jour de la décision, le remboursement du montant des options d'achat d'actions détenues par le plaignant comme s'il avait été à l'emploi de l'entreprise jusqu'au jour de la décision ainsi que le remboursement de ses honoraires d'avocat.

Dans une autre affaire⁸², un salarié au service d'une entreprise pancanadienne depuis 26 ans est congédié à son retour au Québec avant d'avoir pu occuper le poste qui lui avait été promis (celui de *business manager for Quebec*) et pour lequel il avait quitté ses autres fonctions au sein d'une filiale de l'entreprise. Il dépose une plainte de congédiement sans cause juste et suffisante fondée sur l'article 124 de la *Loi sur les normes du travail* et demande sa réintégration dans l'emploi qui lui avait été promis ainsi que le versement de diverses indemnités. Le commissaire du travail accueille la plainte du salarié et ordonne sa réintégration dans un poste équivalant à celui que le salarié occupait avant son congédiement et qui a depuis été aboli, soit celui de *branch manager*. Le commissaire estime ne pas pouvoir ordonner la réintégration du salarié dans un poste qu'il n'a jamais occupé même si ce poste lui avait été promis: il laisse toutefois entendre, sans en faire clairement un élément du dispositif de la décision, que l'ordonnance de réintégration dans un poste équivalant à celui qu'il occupait a une portée territoriale élargie: «... il s'agira pour [le salarié] de se rendre disponible aux propositions qu'on lui fera. Il est probable qu'elles signifient de quitter le Québec, mais il m'apparaît que c'est le prix à payer pour demeurer à l'intérieur de

⁸² *James L. Dodd et 3M Canada inc.*, [1994] C.T. 216; D.T.E. 94T-411.

l'organisation de 3M»⁸³ Tant la Cour supérieure⁸⁴ que la Cour d'appel⁸⁵ estiment qu'en imposant la réintégration dans un poste qui n'existe plus, le commissaire du travail a commis une erreur manifestement déraisonnable qui justifie l'annulation de l'ordonnance de réintégration et le renvoi du dossier devant lui afin qu'il examine les autres remèdes que la loi lui permet d'imposer (des indemnités). Est aussi manifestement déraisonnable la décision du commissaire en ce qui a trait à la portée extra-territoriale de l'ordonnance de réintégration:

«The effect of the Commissioner's decision was to order Respondent to create a new job or post for Appellant in Quebec, or because this was a national company, to transfer Appellant to another province to a comparable position. Notwithstanding the broad remedial powers that a labour commissioner possesses under Section 128, he may not create a new position, nor order the restoration of a position that has been abolished; nor order reintegration where the climate is conflictual or inauspicious; nor can such an order have extraterritorial effect, i.e. to provide a comparable post for Appellant elsewhere in Canada.»⁸⁶

Les décisions portant aussi directement sur les conditions de rapatriement et de rupture du contrat de travail d'un employé oeuvrant au niveau international sont rares. La décision de la commissaire du travail dans l'affaire *D.M.R.* permet de discuter de la source du droit au rapatriement en emploi invoqué par l'employé. Le contrat de travail entre les parties et les politiques de l'entreprise en

⁸³ *Id.*, p. 218.

⁸⁴ *3M Canada inc. c. Doré*, C.S. Montréal, no 500-05-002460-945, 16 mai 1994, j. Crépeau, 21 pages; D.T.E. 94T-673 (C.S.)

⁸⁵ *Dodd c. 3M Canada Ltd*, [1997] R.J.Q. 1581; D.T.E. 97T-707 (C.A.).

⁸⁶ *Id.*, pp. 1584-1585. Voir la décision rendue par le commissaire du travail à la suite de l'annulation de sa première décision: *Dodd et 3M Canada Ltd*, D.T.E. 98T-496 (C.T.). Voir aussi les autres décisions rendues dans la même affaire: *Dodd c. 3M Canada Ltd*, [1994] R.D.J. 415 (C.A.); (1994) 65 Q.A.C. 234; D.T.E. 94T-763 (C.A.) - requête en annulation sommaire de la décision de la Cour supérieure fondée sur l'article 140 C.t. rejetée; *Dodd c. 3M Canada Ltd*, D.T.E. 95T-172 (C.S.) - requête en annulation du dépôt de la décision du commissaire du travail accueillie en partie et requête en opposition à la saisie-exécution immobilière accueillie.

matière d'expatriation ne conféraient aucune garantie claire de rapatriement pour l'employé: l'entreprise s'engageait tout au plus à déployer des efforts pour relocaliser le salarié à son retour dans le pays d'origine⁸⁷. C'est en vertu d'une ordonnance de réintégration fondée sur la loi que la réintégration forcée de l'employé dans un poste au Québec était possible⁸⁸ même si ce remède est écarté par la commissaire en raison de circonstances qui se retrouvent dans plusieurs cas d'expatriation internationale⁸⁹, en particulier l'importance des fonctions occupées par le plaignant. On peut donc penser que la réintégration forcée, théoriquement possible en vertu de la loi, est

⁸⁷ Expatrié à Los Angeles en septembre 1994, le salarié avait reçu le 27 octobre 1995 une confirmation écrite du maintien de son statut d'employé de DMR Canada (qu'il souhaitait conserver), ce qui le rendait admissible aux «Canadian benefits programs and ...eligible for relocation back to Canada» (*Clark et Groupe D.M.R. inc.*, précitée, note 79, p.206). Ce statut lui permettait de bénéficier d'une politique visant spécifiquement les employés canadiens expatriés aux Etats-Unis qui prévoyait une liste des dépenses remboursables à la suite du déménagement à Los Angeles mais qui précisait aussi: «no prevision in this option implies any guarantee of continuying employment with DMR in any location worldwide». Le 17 octobre 1995, les dirigeants de D.M.R., incluant le plaignant, élaboraient une politique visant à encadrer les licenciements pouvant survenir à la suite d'une prise de contrôle de l'entreprise. Celle-ci intégrait la politique en vigueur depuis 1994 relativement au rapatriement des employés dans leur pays d'origine; l'entreprise s'y engageait à déployer tous les efforts pour relocaliser le salarié expatrié à son retour au pays d'origine ("... normally upon satisfactory completion of a foreign assignment, assignees will return to their home country office for reassignment. They are to be integreted into the home office consistent with their abilities, level of performance, career interests, and availability of project..." (*Id.*, p. 208).

⁸⁸ La commissaire écrit d'ailleurs:«...rappelons tout d'abord que l'opportunité de déloger monsieur Clark des U.S.A. n'a pas été prouvée à notre satisfaction. Cette seule prémisse suffit, selon nous, pour conclure à [un] (sic) non-licenciement véritable. Quoiqu'il en soit, regardons ce qu'il en est du côté de son droit à un remplacement. Il est vrai que le document E-6 qu'il a signé ne lui offre pas de garantie démesurée de ce côté, bien que l'on puisse s'attendre d'une compagnie qui expatrie ses employés de façon temporaire qu'elle se sente davantage de responsabilité quand vient le temps de mettre fin à une telle assignation.» (*Id.*, p.212). L'interprétation des politiques d'entreprise en matière de rapatriement à la suite de prêts de service est aussi soulevée par l'affaire *Boudriau et Hydro-Québec*, précité, note 69: dans ce dernier cas, la plainte du salarié fondée sur l'article 124 L.n.t. est rejetée, l'employeur ayant mis fin au lien d'emploi dans un contexte de rationalisation des effectifs alors qu'aucun poste correspondant aux qualifications du salarié n'existait dans l'entreprise. Il s'agissait d'un licenciement et non d'un congédiement.

⁸⁹ Le haut niveau du poste occupé par le plaignant et la difficulté de déterminer le poste qu'il pourrait occuper dans l'entreprise canadienne.

difficilement praticable lorsque, comme en l'espèce, elle concerne un employé oeuvrant au niveau international. De plus, même si les structures de l'entreprise sont internationales, la portée territoriale d'une ordonnance de réintégration fondée sur des lois québécoises ne peut dépasser les frontières du Québec⁹⁰. Si le remède courant qu'est la réintégration semble donc plus ou moins adapté à la situation particulière des employés expatriés, il reste néanmoins que les recours particuliers en matière de congédiement s'ajoutent aux obligations contenues dans le contrat de travail pour imposer une conduite particulière à l'employeur en matière de congédiement des salariés internationaux. Dans ces cas, c'est l'inexécution d'une obligation légale qui justifie les indemnités imposées à l'employeur.

Les recours particuliers en matière de congédiement pouvant conduire à une ordonnance de réintégration sont assujettis à des conditions d'ouverture précises. Par exemple, seul un salarié au sens de la *Loi sur les normes du travail*, justifiant de trois années de service continu dans une même entreprise et qui n'est pas un cadre supérieur⁹¹ peut accéder au recours créé par l'article 124 de la loi. Les obligations définies dans le *Code civil du Québec* dans le chapitre consacré au

⁹⁰ Une ordonnance de réintégration visant une entreprise ayant ses installations au Québec à la suite d'un congédiement pour activités syndicales survenu alors que le salarié exécutait une mission temporaire en Alberta n'a pas de portée extra-territoriale puisqu'il vise des activités syndicales protégées en vertu du *Code du travail* du Québec et qu'il s'inscrit dans une relation employeur-employé se déroulant principalement au Québec: «les séjours plus ou moins prolongés de l'appelante dans une autre province n'ont pas rompu cette relation de «salarié-employeur» qui existait au sens du *Code du travail* du Québec entre l'intimé et l'appelante. Voir: *Western Totalisator Company c. David et al.*, [1974] J.D.T. 346 (T.T.). Sur les difficultés d'exécution d'une ordonnance de réintégration fondée sur l'article 32 L.a.t.m.p. à l'encontre d'un employeur établi en Ontario: *Nicola et Allied Signal Aérospatiale Inc.*, précité, note 65, 1088-1089.

⁹¹ L.n.t., art. 1, 3 et 124. Par ailleurs, dans une plainte de congédiement injuste fondée sur le *Code canadien du travail*, l'arbitre rejette, dans une décision non publiée, une objection préliminaire à sa compétence fondée sur le fait que le congédiement a eu lieu à l'étranger. Voir dans la même affaire, la décision portant sur une requête de l'employeur pour rejet de la plainte fondée sur la péremption d'instance: *Marin et Bell Canada*, [1986] T.A. 540; D.T.E. 86T-622.

contrat de travail concernent l'ensemble de ces contrats et ont donc une portée plus large, notamment lorsque la fin d'une expatriation internationale coïncide avec la rupture du contrat de travail.

L'article 2094 C.c.Q. dispose qu'une partie à un contrat de travail peut le résilier unilatéralement et sans préavis pour un motif sérieux. Les difficultés économiques et les restructurations d'entreprise n'étant pas considérées comme des motifs sérieux⁹², une rupture pour ces raisons pourra donner lieu à l'imposition d'indemnités dont la nature varie suivant que le contrat de travail soit à durée déterminée ou indéterminée.

Un contrat à durée indéterminée pourra être résilié sans motif sérieux par une partie si elle donne à l'autre partie un délai-congé dont la durée doit être raisonnable compte tenu «notamment, de la nature de l'emploi, des circonstances particulières dans lesquelles il s'exerce, et de la durée de la prestation de travail.»⁹³. Ces critères généraux correspondent aux critères jurisprudentiels qui existaient avant l'entrée en vigueur du nouveau Code civil⁹⁴ et qui ont été appliqués dans quelques cas impliquant des employés expatriés. Dans l'affaire *S.N.C. c. Short*⁹⁵, un ingénieur

⁹² M.-F. BICH, «Contrat de travail et Code civil du Québec - Rétrospective, perspectives et expectatives» dans *Développements récents en droit du travail* (1996). Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1996, p. 250, note 184.

⁹³ C.c.Q., art. 2091.

⁹⁴ Ces critères jurisprudentiels ont été résumés dans la décision de la Cour supérieure dans l'affaire *Jolicoeur c. Lithographie Montréal Ltée*, [1982] C.S. 230 - Appel rejeté, 15-04-1987: «La durée exacte du délai-congé est fonction d'un ensemble de circonstances lorsqu'il s'agit d'un employé occupant un poste d'une certaine importance au sein d'une entreprise. Il y a lieu de considérer le contexte de l'engagement, la nature et l'importance du poste occupé, la difficulté pour l'employé de se trouver un autre emploi équivalent, son âge, le nombre de ses années de service, sa conduite au sein de l'entreprise, etc.» (*Id.*, 234).

⁹⁵ [1987] R.L. 605 (C.A.); D.T.E. 88T-4 (C.A.).

embauché par S.N.C. à la suite d'une campagne de recrutement en Angleterre où il exerçait sa profession est mis à pied après 18 mois de travail. L'employeur lui verse cinq semaines de salaire à titre de délai-congé et une indemnité de 10 000, 00\$ pour couvrir ses frais de retour en Angleterre. Saisie d'une action en dommages-intérêts présentée par le salarié, la Cour supérieure augmente à six mois l'indemnité de délai-congé et impose le remboursement de la totalité des frais de retour en Angleterre, soit 13 543,50\$; la Cour d'appel a toutefois réduit l'indemnité de délai-congé à trois mois et elle a accueilli l'appel quant aux frais de déménagement en Angleterre, estimant que l'indemnité versée par l'entreprise compensait adéquatement le salarié qui a dû assumer une partie des risques liés au choix d'une carrière à l'étranger⁹⁶. Dans l'affaire *O'Neil c. Sirois*⁹⁷, un salarié qui avait déménagé avec sa famille de Toronto à Montréal pour y occuper un nouvel emploi et qui est congédié 16 mois après le début de cet emploi sans que l'employeur ne puisse justifier d'un motif sérieux se voit accorder une indemnité de préavis correspondant à une année de salaire (250 000, 00\$) et une somme de 60 000, 00\$ couvrant ses frais de retour à Toronto où ses perspectives d'emploi sont meilleures, le paiement de la commission pour la vente de sa résidence à Montréal et les dépenses relatives à l'achat d'une résidence à Toronto. Dans l'affaire *Larsen c. Computing Devices Canada Ltd*⁹⁸, un ingénieur en

⁹⁶ Elle estime que l'employeur «n'a pas exercé plus d'insistance que celle qu'on peut normalement anticiper d'une campagne de recrutement. Rien ne prouve qu'[il] n'ait exercé sur l'intimé personnellement une pression particulière. Celui-ci, tenté par l'aventure canadienne, a réagi sciemment, librement et favorablement aux exposés et aux offres de l'appelante. Un changement d'emploi dans le domaine industriel accompagné d'une émigration dans un pays étranger comportent des risques et des aléas; l'intimé en homme sérieux, devait les peser, et il doit assumer au moins partiellement les conséquences défavorables qui en découlent» (*Id.*, p.609).

⁹⁷ C.S. Montréal, no 500-05-006871-956 et 500-05-007093-956, 25 février 1997, j. Tingley, 66 pages; D.T.E. 97T-359 (C.S.); requête pour exécution provisoire et pour cautionnement d'appel rejetée, 17-06-1997, J.E. 97-1419; appel.

⁹⁸ C.S. Montréal, no 500-05-006171-951, 22 janvier 1997, j. Savoie, 11 pages; D.T.E. 97T-263 (C.S.).

électronique ayant accepté un poste à Boston est congédié deux mois après le début de son emploi avec une indemnité de préavis de trois semaines, à la suite d'une restructuration administrative ayant entraîné l'abolition de son poste. La Cour supérieure a octroyé au salarié une indemnité de préavis de deux mois mais a rejeté sa demande de remboursement des coûts de location d'un appartement meublé à Montréal et des frais d'entreposage de meubles puisque ces frais résultaient d'une décision personnelle du salarié. Dans ce cas, l'employeur avait entièrement payé les frais de retour du salarié à Montréal. Dans l'affaire *Banque Laurentienne du Canada c. Saulnier*⁹⁹, un salarié embauché à Montréal pour devenir directeur adjoint d'une succursale bancaire à Nassau est congédié à son retour d'un premier séjour à Nassau quelques semaines plus tard, à la suite de rumeurs quant à sa consommation d'alcool. Le congédiement ne reposant pas sur une cause juste et suffisante, la Cour supérieure ordonne le versement d'une indemnité de délai-congé équivalente à une année de salaire à laquelle s'ajoutent les frais de location d'une automobile et la perte d'une gratification annuelle (80 002,80\$). La Cour d'appel réduit cette indemnité de délai-congé à trois mois de salaire (12 500,00\$), considérant la courte durée de l'emploi et le fait que l'employé était de toute façon sans perspective d'emploi au moment de son embauche: la Cour d'appel considère toutefois la difficulté pour l'employé de se retrouver un nouvel emploi compte tenu de son domaine particulier de compétence.

Les critères généraux permettant de déterminer la durée du délai-congé requis pour rompre sans motif sérieux un contrat à durée indéterminée permettent de prendre en compte les circonstances propres à la situation de l'employé expatrié. En particulier, la nature du poste occupé par l'employé expatrié au moment de la rupture (généralement de haut niveau), l'état du marché du travail et les chances de l'employé de se retrouver un nouvel emploi, le fait que l'employé avait

⁹⁹ [1998] R.J.D.T. 22 (C.A.); D.T.E. 98T-225.

quitté un emploi certain et rémunérateur, la durée de service de l'employé dans l'entreprise avant son expatriation¹⁰⁰ et l'intention des parties quant à la stabilité de l'emploi au moment de la conclusion du contrat pourront être considérés pour déterminer la durée du délai-congé ou le montant de l'indemnité en tenant lieu. La prise en compte des frais occasionnés par le déménagement, la vente ou à l'acquisition d'une maison (frais de courtage, pénalité de remboursement d'une hypothèque, différence entre le prix d'achat et de vente) ne seront considérés que s'il s'agit de dommages résultant directement du congédiement, en l'absence d'une politique d'entreprise ou d'une clause du contrat de travail régissant ces aspects¹⁰¹. La réintégration en emploi n'est pas pour le moment un remède admis en droit commun lors de la rupture d'un contrat à durée indéterminée.

La situation pourrait toutefois être différente lors de la résiliation sans motif sérieux d'un contrat à durée déterminée. En l'absence de motif sérieux, le contrat à durée déterminée ne peut être rompu avant terme; une telle rupture pourra conduire au versement d'une indemnité couvrant le

¹⁰⁰ L'appréciation de la durée de service peut soulever des problèmes particuliers pour un salarié qui a été géographiquement mobile et qui a pu oeuvrer au service d'entités juridiquement distinctes à l'intérieur de groupes de sociétés. Seraient-elles considérées, aux fins de l'application de ce texte, comme un seul et même employeur (P. VERGE et G. VALLÉE, *op. cit.*, note 58, p. 95-97; 164-166)? L'appréciation de la durée de service peut faire l'objet d'une clause précise dans l'entente d'expatriation: voir par exemple: *Sauer c. S.n.c. Lavalin inc.*, précité, note 77, p. 6.

¹⁰¹ La prise en compte des frais de déménagement et des frais relatifs à la vente et à l'acquisition d'une résidence est abordée dans les affaires *Dodd et 3M Canada inc.*, précité, note 82; *3M Canada inc. c. Doré*, précité, note 84; *Dood c. 3M Canada Ltd*, précité, note 85; *S.N.C. c. Short*, précité, note 95; *O'Neil c. Sirois*, précité, note 97; *Larsen c. Computing Devices Canada Ltd*, précité, note 98. Dans *Roulet c. Grondin Transport inc. (Division Grondair)*, précitée, note 77, un employeur qui avait embauché un salarié domicilié en France est tenu de lui verser des dommages et intérêts pour ne pas avoir respecté les conditions de travail convenues et décrites dans les renseignements fournis pour l'obtention d'un visa de travail (nombre d'heures de travail moindres à un taux de salaire moindre), dommages qui tiennent notamment compte de la différence entre le salaire versé et le salaire convenu et des frais de déplacement du salarié et de sa famille.

salaire qui aurait dû être versé jusqu'au terme du contrat¹⁰² ou à la réintégration, qui pourrait désormais être envisagée dans le cas des contrats à durée déterminée¹⁰³. La réintégration d'un employé expatrié aurait toutefois un effet pratique limité pour les raisons que nous avons précédemment identifiées, sans compter qu'elle ne pourrait être ordonnée au-delà du terme convenu dans le contrat.

Enfin, il faut noter que les circonstances dans lesquelles intervient la rupture du contrat de travail à durée déterminée ou indéterminée pourront engager la responsabilité de l'employeur, en vertu de la théorie de l'abus de droit maintenant admise en matière contractuelle¹⁰⁴. En vertu de cette théorie, la responsabilité civile d'une personne est engagée non seulement en cas d'inexécution des obligations prévues dans un contrat, mais aussi lorsque les droits conférés par le contrat sont exercés de manière abusive. Les circonstances abusives dans lesquelles le congédiement est survenu ont été plaidées dans certaines des décisions précitées. Dans l'affaire *O'Neil*, en sus de l'indemnité de préavis et du remboursement des frais de retour à Toronto, l'employeur doit aussi verser au salarié une indemnité pour dommages non pécuniaires, compte tenu des accusations

¹⁰² Dans l'affaire *De Coster c. Econosult Inc.*, C.S. Montréal, no 500-05-005146-871, 17 janvier 1989, j. De Blois, 17 pages; D.T.E. 89T-119 (C.S.), un salarié affecté à titre de directeur financier d'un projet de construction au Ghana pour la durée de l'exécution du projet est congédié six mois plus tard. Considérant qu'il s'agit d'un contrat à durée déterminée, il réclame le versement d'une indemnité couvrant le salaire qu'il aurait dû recevoir jusqu'au terme du contrat de 36 mois. La Cour supérieure rejette toutefois cette prétention, considérant plutôt que le contrat, à durée indéterminée, pouvait être rompu pour un motif sérieux ou avec une indemnité de préavis raisonnable.

¹⁰³ C'est du moins ce que soutient de manière convaincante l'auteure Marie-France BICH, *loc. cit.*, note 92, pp. 287-289.

¹⁰⁴ G. VALLÉE et E. NAUFAL, «La théorie de l'abus de droit dans le domaine du travail», dans G. TRUDEAU, G. VALLÉE et D. VEILLEUX, *Études en droit du travail à la mémoire de Claude D'Aoust*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1995, p. 303; M.-F. BICH, *loc. cit.*, note 92, pp. 267-282.

d'incompétence et de manque d'éthique non fondées qui ont porté atteinte à la réputation du salarié¹⁰⁵. Dans l'affaire *Larsen c. Computing Devices Canada Ltd*¹⁰⁶, le fait d'avoir congédié un salarié sans motif sérieux, deux mois seulement après le début de son emploi à Boston alors qu'il avait éprouvé des problèmes pour assurer la relocalisation de sa famille (problèmes d'immigration et choix d'une école pour son fils), n'a toutefois pas été considéré comme un abus de droit, l'employeur n'ayant manifesté aux yeux du juge ni mauvaise foi, ni intention malicieuse. Dans l'affaire *Sofati*, le fait pour l'employeur d'avoir exercé le droit que lui conférait le contrat d'y mettre un terme avec un préavis d'un mois n'a pas constitué un abus de droit¹⁰⁷. Dans l'affaire *Banque Laurentienne*¹⁰⁸, la Cour d'appel maintient l'indemnité de 10 000,00\$ qui avait été attribuée à titre de dommages moraux, considérant les difficultés pour l'employé «de se prémunir contre les rumeurs dans un milieu restreint [communauté bancaire internationale]», et ce bien que l'employeur s'était montré discret quant aux motifs du congédiement.

Il était pratique courante, notamment dans les contrats de travail impliquant des employés expatriés, d'inclure des clauses par lesquelles le salarié renonçait à l'avance au versement de ces indemnités¹⁰⁹. En vertu des nouvelles dispositions du Code civil, de telles clauses seraient désormais invalides, à tout le moins si elles impliquent le versement d'indemnités moindres que

¹⁰⁵ *O'Neil c. Sirois*, précité, note 97.

¹⁰⁶ Précitée, note 98.

¹⁰⁷ *Sofati c. Laporte*, [1992] R.J.Q. 321, 326 (C.A.); D.T.E. 92T-150 (C.A.).

¹⁰⁸ Précitée, note 99.

¹⁰⁹ Par exemple, dans l'affaire *Sofati* (précitée, note 107), la Cour d'appel avait reconnu la validité d'une clause contenue dans le contrat de travail à durée déterminée d'un salarié embauché à titre d'adjoint au coordonnateur technique dans le cadre d'un projet de construction en Algérie qui fixait un préavis d'une durée fixe d'un mois en cas de résiliation unilatérale avant terme du contrat.

celles qui résulteraient de l'application de ces dispositions d'ordre public¹¹⁰. Il s'agit d'une limite importante apportée par le droit commun québécois aux pratiques usuelles d'expatriation.

B. Sélection du personnel, mobilité, résidence, et non-concurrence: les limites apportées par le droit québécois aux pratiques en matière d'expatriation internationale

Dans cette dernière section de l'article, nous examinerons les limites qu'impose le cadre légal québécois à d'autres pratiques de gestion des ressources humaines internationales décrites dans la littérature: celles-ci concernent les pratiques de sélection des employés expatriés, les clauses de mobilité et de résidence ou les clauses de non-concurrence fréquentes dans les ententes d'expatriation et les politiques des entreprises oeuvrant au niveau international.

1. Les pratiques de sélection des employés expatriés Les écrits abondent au sujet des caractéristiques personnelles favorisant le succès d'une assignation à l'étranger. Les habiletés techniques, les compétences managériales et les caractéristiques de personnalité qui font d'une personne un bon candidat ont été largement examinés¹¹¹. Parmi les critères de sélection, l'adaptation et la sensibilité culturelles sont souvent mentionnées comme étant des caractéristiques qui habilite l'employé à transiger et à vivre au sein de communautés dont les

¹¹⁰ C.c.Q., art. 2092; M.-F. BICH, *loc. cit.*, note 92, pp. 262-267; «Le contrat de travail», dans *La réforme du Code civil*, t. 2, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, no 117-118, pp. 783-784.

¹¹¹ Voir entre autres: R.L. TUNG, "Selection and Training of Personnel Overseas Assignments", (1981) 16 (1) *Columbia Journal of World Business*, 68-78; R.M. STONE, "Expatriate Selection and Failure", (1991) 14 (1) *Human Resource Planning*, 9-18 ; S. RONEN, "Training the International Assignee", in *Training and Career Development*, San Francisco: Jossey Bass, 1990; W. ARTHUR. and W. BENNETT W, "The International Assignee: The Relative Importance of Factors Perceived to Contribute to Success", (1995) 48 *Personnel Psychology*, 99-115; M.E. MENDENHALL and G.R. ODDOU, "The Dimensions of Expatriate Acculturation: A Review" (1985) 10 *Academy of Management Review* 39; J.S. BLACK, H.B. GREGERSEN and M.E. MENDENHALL, *Global Assignments: Successfully Expatriating and Repatriating International Managers*, San Francisco, Jossey-Bass, 1992.

systèmes de valeurs, les habitudes de vie et la culture diffèrent à bien des égards de ceux du pays d'origine¹¹². Des facteurs tels que l'origine ethnique, l'entourage social ou encore la maîtrise de plusieurs langues se révèlent être des indicateurs susceptibles de mesurer l'ouverture de l'employé aux cultures étrangères et sont donc utilisés comme des critères de sélection.

Outre ces facteurs, la situation familiale est aussi identifiée dans la littérature de gestion des ressources humaines internationales comme un critère sur lequel repose le succès d'une assignation internationale, le retour prématuré des employés expatriés étant souvent attribué à des raisons familiales. Lors de la sélection du salarié expatrié, la volonté de la famille de se relocaliser et sa capacité à s'ajuster au nouvel environnement sont examinées et peuvent être déterminantes dans le choix du candidat. La situation devient encore plus compliquée lorsque le conjoint ou la conjointe occupe un emploi et doit abandonner son poste et sa carrière. Les incidences sur le couple deviennent donc à la fois d'ordre psychologique et financier¹¹³. La prise en considération de la situation familiale du candidat est donc un critère important de sélection des employés expatriés.

¹¹² R.L. TUNG, *loc. cit.*, note 111; M.E. MENDENHALL and G.R. ODDOU, *loc. cit.*, note 111; W. ARTHUR and W. BENNETT, *loc. cit.*, note 111; M. GERTSEN, "Intercultural Competence and Expatriates", (1990) 1(3) *International Journal of Human Resource Management*, 341-362; J.P. KATZ and D.M. SEIFER, "It's a different world out there: Planning for the expatriate success through selection, pre-departure training and on-site socialization", (1996) 19(2) *Human Resource Planning*, 32-4.

¹¹³ J.S. BLACK and G.K. STEPHENS, "The Influence of the Spouse on American Expatriate Adjustment and Intent to Stay in Pacific Rim Overseas Assignments", (1989) 15(4) *Journal of Management*, 529-544; N. FORSTER, "International Managers and Mobile Families: The Professional and Personal Dynamics of Trans-national career pathing and Job Mobility in the 1990s", (1992) 3(3) *International Journal of Human Resource Management* 605-623; M. HARVEY, "Addressing the dual-career dilemma", (1996) 19(4) *Human Resource Planning* 18-39; J.M. BRETT and L.K. STROH, "Willingness to Relocate Internationally", (1995) 34(3) *Human Resource Management* 405; G.K. STEPHENS and J.S. BLACK, "The Impact of Spouse's Career Orientation on Managers during International Transfers", [1991] 28(4) *Journal of Management Studies* 417.

Une entreprise peut-elle valablement considérer l'origine ethnique ou nationale, la langue, l'état civil et la situation familiale d'un candidat dans ses opérations de recrutement? Les pratiques de sélection des employés expatriés sont assujetties aux mêmes règles que celles régissant la sélection d'employés locaux. Il ne s'agit donc pas ici de refaire l'exposé des grandes règles applicables à la gestion des ressources humaines dans les entreprises assujetties à la compétence du droit québécois¹¹⁴, mais bien d'identifier les règles qui, compte tenu des pratiques de gestion des ressources humaines internationales précédemment décrites, sont les plus susceptibles de devoir être considérées de façon particulière par les entreprises désirent développer une stratégie de gestion des ressources humaines internationales.

La prise en compte, au niveau de la sélection d'un candidat aux fins d'une expatriation internationale, de l'origine ethnique ou nationale, de la langue, de l'état civil et de la situation familiale peut aller à l'encontre des dispositions de la *Charte des droits et libertés de la personne* qui prohibent la discrimination dans l'embauche comme dans les autres étapes de la relation d'emploi¹¹⁵, c'est-à-dire une distinction ou préférence fondée sur l'un des motifs énumérés par l'article 10, parmi lesquels se trouvent la langue¹¹⁶, l'origine ethnique ou nationale ou l'état civil. L'entrevue de sélection est assujettie aux mêmes règles¹¹⁷. L'utilisation de ces critères dans les

¹¹⁴ Voir notamment: F. MORIN et J.-Y BRIÈRE, *Le droit de l'emploi au Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1998, pp. 125 à 195; P. L. BENAROCHE, «Droits et obligations de l'employeur face au recrutement d'employés et aux références après emploi», dans *Développements récents en droit du travail (1995)*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1995, p. 101.

¹¹⁵ C.d.l.p., art.16

¹¹⁶ La *Charte de la langue française* (L.R.Q., c. C-11, ci-après citée «C.l.f.») prohibe l'exigence de la connaissance d'une langue autre que le français pour accéder à un emploi ou à un poste, sauf si la connaissance de cette langue est nécessaire à l'accomplissement de la tâche, preuve qui incombe à l'employeur (C.l.f., art. 46).

¹¹⁷ C.d.l.p., art. 18.1

pratiques de dotation des salariés expatriés est donc susceptible de créer une situation de discrimination directe.

Ces exigences seront réputées non discriminatoires si l'employeur peut démontrer qu'elles sont fondées sur les aptitudes ou les qualités requises par un emploi au sens de l'article 20 de la Charte, c'est-à-dire sur une « norme qui, bien que discriminatoire, est nécessaire compte tenu des qualifications requises par un emploi »¹¹⁸. Pour ce faire, il revient à l'employeur de démontrer que l'objectif qu'il poursuit a un lien rationnel avec les exigences requises pour l'emploi, c'est-à-dire que le but de son exigence « est raisonnablement nécessaire en fonction de l'entreprise et plus particulièrement du travail visé »¹¹⁹ (test de la rationalité). Il doit aussi démontrer que le moyen choisi est proportionnel à l'objectif poursuivi et qu'il n'existe pas de mesures de rechange non discriminatoires qui permettraient d'atteindre cet objectif (test de la proportionnalité).

Il n'existe à notre connaissance aucune décision portant sur l'interprétation de ces exigences en contexte d'expatriation internationale. Il est clair que des objectifs commerciaux ou économiques ainsi que des considérations pragmatiques ne sauraient à eux-seuls justifier une atteinte aux droits fondamentaux¹²⁰. S'il est légitime pour une entreprise désirent combler un poste à l'étranger

¹¹⁸ L. BERNIER, L. GRANOSIK et J.-F. PERREAU, *Les droits de la personne et les relations du travail*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1997 (mise à jour périodique), no 6.191, p. 6-103.

¹¹⁹ *Id.*, no 6.250, p. 6-13; voir aussi sur la défense d'exigence professionnelle normale dans un contexte de discrimination fondée sur l'état civil: *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Ville de Lachine*, [1998] R.J.Q. 658 (T.D.P.Q.); D.T.E. 98T-138 (T.D.P.Q.).

¹²⁰ Dans une affaire concernant la fixation de primes d'assurances plus élevées en fonction du sexe, de l'âge et de l'état matrimonial des conducteurs, la Cour suprême a considéré que « [l]es droits de la personne ne peuvent être écartés pour des raisons uniquement commerciales »: *Commission ontarienne des droits de la personne c. Zurich Insurance*, [1992] 2

par l'expatriation d'un employé de recruter pour ce poste une personne manifestant une ouverture à l'égard d'autres cultures, une connaissance du lieu d'expatriation, une capacité de communiquer avec les collègues ou clients du pays d'expatriation ou une capacité d'adaptation lorsque les fonctions exigent une grande mobilité internationale, est-il possible d'établir objectivement, autrement que par des impressions ou des hypothèses, que l'origine ethnique ou nationale ou la langue maternelle du candidat sont des critères rationnellement reliés à l'atteinte de ces objectifs? Ce test de rationalité est plus facile à satisfaire lorsque l'exigence porte sur la ou les langue(s) maîtrisé(es) par le candidat, celles-ci devant avoir un rapport avec la fonction¹²¹, par exemple parce qu'il s'agit de la langue de la clientèle¹²² ou de la langue d'usage des collègues avec qui l'employé expatrié devra collaborer dans le cadre de l'exécution de ses fonctions.

Quant à la prise en compte de l'état civil du candidat¹²³, on peut douter du caractère justifié d'un

R.C.S. 321, 349. Dans le même sens, concernant un l'employeur qui avait refusé d'embaucher une personne comme boucher à cause de sa race, son origine ethnique ou nationale et sa couleur en invoquant la possibilité de pertes économiques (crainte de perte de clientèle): *Commission des droits de la personne du Québec c. Entreprises L.D. Skelling Inc.*, D.T.E. 94T-566 (T.D.P.Q.). L'article 20 permet certaines exceptions fondées sur les aptitudes ou qualités requises pour exercer un emploi et non sur un motif d'ordre financier.

¹²¹ Et non en fonction d'une tâche que la personne pourrait éventuellement accomplir à la suite d'une réorganisation de services: *Ville de Lachine c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1989] R.J.Q. 17 (C.A.); D.T.E. 89T-39 (C.A.).

¹²² *Commission des droits de la personne du Québec c. Dupont, Desmeules & Associés Inc.*, [1994] R.J.Q. 2092 (T.D.P.Q.); D.T.E. 94T-844 (T.D.P.Q.) - requête pour permission d'appel rejetée, 27-07-1994.

¹²³ La Cour suprême considère que l'exclusion fondée sur l'état civil est une exclusion fondée sur la filiation, les liens de parenté et l'état matrimonial (*Ville de Brossard c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1988] 2 R.C.S. 279, 302), ce dernier comprenant l'union de fait (*Commission des droits de la personne du Québec c. Immeuble Ni/Dia Inc.*, [1992] R.J.Q. 2977, 2991 (T.D.P.Q.); D.T.E. 92T-1416 (T.D.P.Q.)). «Les cas de discrimination résultant de l'état matrimonial au sens absolu - le refus d'embaucher une personne pour la seule raison qu'elle est mariée - sont plutôt rares» (L. BERNIER, L. GRANOSIK et J.-F. PERREAULT, *op. cit.*, note 118, no 7.392, p. 7-223) mais il s'agit du problème soulevé par les pratiques de sélection des

tel critère à l'étape de la sélection d'un employé expatrié¹²⁴. Dans l'affaire *Brasserie Labatt limitée c. Villa*¹²⁵, la Cour d'appel concluait unanimement au caractère injustifié du congédiement d'un employé qui avait refusé de se conformer à une politique non écrite de l'entreprise qui imposait le déménagement de sa famille de Québec à Montréal, alors qu'il connaissait l'existence de cette politique au moment où il avait accepté l'offre de l'employeur d'un emploi à Montréal. Pour le juge Baudouin, cette politique constituait notamment une discrimination fondée sur l'état civil contraire à la Charte et injustifiée au sens de l'article 20 parce que ne pouvant satisfaire au test de la rationalité:

«...indépendamment du caractère très paternaliste de la condition posée, la présence du conjoint et des enfants n'est pas une condition directement reliés à l'exercice de l'emploi lui-même, non plus qu'éventuellement justifiée par la relation de confiance entre l'employeur et l'employé, ou encore la crainte d'un manque de loyauté ou d'un conflit d'intérêts. Cette condition ne saurait donc se justifier par l'application à l'espèce de l'exception prévue à l'article 20 de la charte des droits et libertés. Elle n'a pas vraiment de lien rationnel avec l'accomplissement sécuritaire de la tâche confiée à l'intimé.»¹²⁶

Il semble difficile de démontrer objectivement un lien rationnel entre les exigences requises par

employés expatriés décrites dans la littérature. Dans la plupart des décisions ayant traité de discrimination fondée sur l'état matrimonial, il s'agissait de l'état matrimonial au sens relatif, c'est-à-dire considérant l'identité du conjoint: *Ville de Brossard c. Commission des droits de la personne du Québec*, précité, 294 et suiv.

¹²⁴ Dans le même sens: P. L. BENAROCHE, *loc. cit.*, note 114, pp. 105-106.

¹²⁵ [1995] R.J.Q. 73 (C.A.); D.T.E. 95T-30 (C.A.).

¹²⁶ *Id.*, 77. Le juge Gendreau est moins catégorique sur ce même sujet: «Peut-être pourrait-on, en d'autres circonstances, plaider l'exception de l'article 20 de la charte, qui autorise la préférence, distinction ou exclusion justifiée par les qualités requises pour l'emploi. Je n'ai pas à discuter cette question ici, car il est manifeste que la preuve d'une telle justification est absente en l'espèce.» (*Id.*, 80).

un emploi exécuté à l'étranger et l'état civil d'un individu¹²⁷; le test de la proportionnalité serait aussi difficile à satisfaire dans la mesure où des mesures facilitant le transfert de la famille pourraient permettre d'atteindre des objectifs de présence ou de disponibilité sans exclure au départ les candidats mariés ou ayant des responsabilités familiales. Sans compter qu'interviennent ici les questions liées à la vie privée du candidat et de sa famille, que nous aborderons dans la section suivante. C'est pourquoi les pratiques de sélection des employés expatriés prenant en compte leur état civil, leur situation familiale, leur langue maternelle ou leur origine ethnique ou nationale sont difficilement justifiables, alors que les exigences relatives à la maîtrise de langue sont appropriées lorsque reliées à la fonction.

2. Obligation de mobilité internationale et lieu de résidence Les entreprises internationales encouragent les assignations à l'étranger et certaines en font même, dès l'embauche, une condition de promotion au sein de l'organisation¹²⁸. Ces assignations sont considérées comme une occasion d'apprentissage et de développement de carrière pouvant habiliter l'employé à adopter une mentalité géocentrique et à occuper des postes décisionnels qui exigent une ouverture d'esprit et une connaissance des disparités régionales. Dans certains cas, cette mobilité géographique n'a pas de conséquence sur le lieu de résidence habituelle de l'employé, lorsque le travail est exécuté dans plus d'un pays pour de courtes périodes. Dans la plupart des cas cependant, ces pratiques impliquent des expatriations de longue durée qui auront des effets sur

¹²⁷ Voir toutefois: *Giroux c. Québec (Procureur général)*, D.T.E. 95T-953 (T.D.P.Q.) où le Tribunal estime, en *obiter*, que la disponibilité est une exigence professionnelle normale dans le cas de l'embauche d'un préposé aux communications et que l'exclusion d'une personne qui ne serait pas disponible immédiatement notamment en raison de sa situation familiale (divorcé avec droits de visite) ne serait pas considérée comme discriminatoire.

¹²⁸ C.B. DERR and G.R. ODDOU, *loc. cit.*, note 4; V. PUCIK (1991), *op. cit.*, note 5; V. PUCIK (1992), *op. cit.*, note 5; C.A. BARTLETT and S. GHOSHAL, "What is a Global Manager?", (September-October 1992) *Harvard Business Review*, 124-132; P.A.L. EVANS, *loc. cit.*, note 5.

le lieu de la résidence habituelle de l'employé¹²⁹. Dans certaines politiques, des contraintes quant au lieu de résidence visent aussi la famille de l'employé.

Une politique d'entreprise peut-elle valablement imposer le lieu de résidence d'un employé ou exiger le déménagement de la famille comme condition d'embauche, de promotion ou de maintien de l'emploi? Le droit québécois a évolué de manière importante sur ce sujet au cours des dernières années. Il est important d'en tirer les enseignements qui s'imposent pour les entreprises désirant mettre en place des politiques d'expatriation internationale traitant de l'obligation de résidence.

Il faut en effet distinguer l'obligation de mobilité géographique et l'obligation de résidence¹³⁰. Dans une affaire impliquant un cas de mobilité géographique internationale¹³¹, la Cour d'appel a décidé qu'un changement d'affectation géographique à la suite d'une restructuration d'entreprise ne constituait pas une modification substantielle du contrat de travail qui rendrait la rupture du contrat imputable à l'employeur. Dans ce cas, le salarié d'abord embauché au Canada comme vendeur pour travailler dans la filiale canadienne d'une compagnie américaine avait été transféré au siège social de l'entreprise aux États-Unis pour y devenir directeur des exportations. Le contrat a été rompu à la suite du refus de l'employé d'une assignation au Royaume-Uni, au même salaire pour une durée d'environ six mois avec une garantie d'emploi au retour. Cette rupture a été analysée par la Cour d'appel comme une démission et non comme un congédiement déguisé. La

¹²⁹ A distinguer de la notion de domicile, qui est établie à partir d'un critère matériel et d'un critère intentionnel: *supra*.

¹³⁰ B. GAURIAU, «Mobilité et obligation de résidence du salarié», [1996] *Droit social* 1016.

¹³¹ *Owens Illinois Canada inc. c. Boivin*, [1988] R.L. 494 (C.A.); D.T.E. 88T-1068 (C.A.).

mobilité géographique internationale de l'employé était en quelque sorte une obligation implicite du contrat; elle tenait à la nature de l'emploi, au travail convenu.

Cette décision a pu être interprétée, à tort croyons-nous, comme reconnaissant le droit de l'employeur d'imposer un lieu de résidence à l'employé. Elle traitait plutôt d'une obligation de mobilité géographique découlant implicitement de la nature des fonctions que le salarié exécutait et elle n'établissait pas clairement l'obligation de résidence comme un corollaire de l'obligation de mobilité géographique internationale de l'employé¹³².

À la lumière des développements récents de la jurisprudence dans des cas n'impliquant pas de situation de mobilité internationale, il semble maintenant clairement établi que le fait de faire du lieu de résidence d'un employé ou de sa famille une condition d'embauche ou de promotion constitue une atteinte à la vie privée de ces personnes prohibée par la *Charte des droits et libertés de la personne*¹³³. Dans l'affaire *Godbout c. Ville de Longueuil*¹³⁴, une politique de la municipalité de Longueuil imposait aux employés une obligation de résider dans les limites de la municipalité comme condition d'octroi de la permanence. Les neuf juges de la Cour suprême du Canada ont considéré que cette politique constituait une violation du droit à la vie privée protégé par l'article

¹³² Au contraire, au moment de son transfert de la filiale canadienne vers le siège social de l'entreprise situé à Toledo, Ohio (USA), l'employeur, conformément à sa politique d'entreprise habituelle, offrait une assistance permettant à l'employé d'acquérir un condominium aux États-Unis. Cette acquisition n'était pas obligatoire, mais elle était vue comme une preuve supplémentaire d'engagement sincère et de loyauté.

¹³³ C.d.l.p., art. 5.

¹³⁴ [1997] 3 R.C.S. 844; D.T.E. 97T-1331 (C.S.C.).

5 de la Charte québécoise¹³⁵. Les contours de la notion de vie privée comprennent, ainsi que l'a établi cet arrêt, non seulement les intérêts liés directement à la personne (comme l'image physique) ou certains types de renseignements personnels (comme le dossier médical), mais aussi une «sphère limitée d'autonomie personnelle en ce qui a trait aux décisions d'ordre privé, laquelle sphère devrait comprendre le droit de choisir un lieu pour établir sa demeure.»¹³⁶ L'obligation de résidence, qu'elle s'impose à l'employé seul ou à celui-ci et à sa famille, constitue une violation de la vie privée de ces personnes.

Cette décision porte sur une obligation de résidence imposée à des employés en dehors de toute obligation de mobilité géographique. Elle vient néanmoins clarifier l'état du droit qui, jusqu'alors, conduisait à traiter de la validité de ces politiques à partir de la notion d'ordre public¹³⁷. Dans l'affaire *Ville de Longueuil*, la Cour suprême ne juge pas nécessaire d'examiner cet argument,

¹³⁵Trois des neuf juges de la Cour suprême ont aussi considéré que la Charte canadienne était applicable et que la politique de la Ville violait la *Charte canadienne des droits et libertés*.

¹³⁶ *Id.*, 912. Cette question avait opposé les juges de la Cour d'appel dans la même affaire, le juge Baudouin écrivant: «je vois mal comment le choix d'un lieu de résidence particulier pourrait faire partie du contenu de la vie privée dans le contexte sous étude...» (*Godbout c. Ville de Longueuil*, [1995] R.J.Q. 2561, 2569) alors que le juge Gendreau considérait qu'il y avait «violation de la vie privée protégée par la Charte» (*Id.*, 2565). Dans l'affaire *Villa* (précitée, note 125), le juge Gendreau avait aussi considéré que l'obligation imposée à la famille de l'employé violait l'article 5 C.d.I.p. Commentant ces décisions, M.-F. BICH écrivait: «Vu la division des juges sur la question de savoir si le droit à la vie privée inclut ou non le droit de fixer librement le lieu de sa résidence ou de son domicile, on doit s'attendre encore à quelques beaux débats!» (*loc. cit.*, note 92, p. 229).

¹³⁷ Les trois juges de la Cour d'appel avaient considéré que l'obligation de résidence imposée par la Ville était contraire à l'*ordre public* au sens des articles 9, 1373 et 1413 C.c.Q. Une clause liant l'obtention ou la conservation d'un emploi à un lieu de résidence déterminé ne pouvait «...être contraire à l'ordre public que dans la mesure où l'absence d'une possible justification fondée sur la protection d'intérêts sociaux ou économiques réels et légitimes de l'employeur est démontrée.» (*Id.*, 2571, nos italiques). L'employeur n'avait pu démontrer aucune justification de cette nature.

compte tenu de ses conclusions fondées sur l'article 5 de la Charte québécoise¹³⁸. L'arrêt de la Cour suprême établit clairement qu'une politique d'entreprise qui porterait atteinte à ce droit maintenant quasi-constitutionnellement protégé de choisir son lieu de résidence devrait pouvoir être justifiée en vertu de l'article 9.1 de la Charte québécoise, c'est-à-dire qu'il doit être démontré que l'objectif poursuivi par cette politique est légitime et important et que le moyen d'atteindre cet objectif est rationnellement lié à celui-ci et constitue une atteinte minimale au droit de choisir son lieu de résidence. Dans l'affaire *Ville de Longueuil*, aucun des objectifs présentés par la municipalité pour justifier sa politique - l'amélioration de la qualité des services aux citoyens, la stimulation de l'économie locale et la capacité de pouvoir fournir rapidement les services - , n'a été retenu comme pouvant justifier une politique qui portait atteinte à la vie privée de tous les employés. Toutefois, il a aussi été clairement établi que la justification d'une telle politique pouvait varier selon les circonstances, notamment en fonction de la *nature*¹³⁹ et de *l'importance des fonctions exercées*¹⁴⁰ par les employés visés par l'obligation de résidence.

Appliquées aux obligations de résidence imposées dans le cadre de politiques de mobilité

¹³⁸ *Godbout c. Ville de Longueuil*, précité, note 134, 874.

¹³⁹ Le juge La Forest écrit que «l'obligation de résidence liée à des occupations déterminées peut, dans certains cas, être justifiée.» (*Id.*, 907). Eu égard au troisième objectif (capacité de fournir les services rapidement), huit des neuf juges soulignent que la nature des fonctions de l'employé visé par l'obligation de résidence (par exemple personnel affecté aux urgences) pourra justifier une obligation de résidence (voir, pour les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et McLachlin: *Id.*, 904-907 et, pour les juges Lamer, Sopinka et Major: *Id.*, 858-859).

¹⁴⁰ Eu égard au premier objectif de la politique (qualité des services), les juges Lamer, Sopinka et Major soulignent aussi que *l'importance des fonctions exercées* par l'employé visé pourrait être considérée dans la justification d'une obligation de résidence, ce qui ne serait pas le cas d'employés occupant des tâches courantes (*Id.*, 856-857). Cet aspect avait aussi été souligné par la Cour d'appel, l'obligation de résidence pouvant être imposée par exemple à des cadres municipaux supérieurs en vue de «créer un sentiment fort d'appartenance ou de loyauté» (*Godbout c. Ville de Longueuil*, précité, note 136, 2572).

internationale du personnel, ces règles appellent quelques remarques. Si l'obligation de mobilité internationale des employés est reliée à la nature de l'emploi et aux intérêts économiques de l'employeur qui désire mettre en oeuvre une stratégie internationale, ces objectifs justifient-ils l'existence d'une obligation de résidence? En quoi la mise en oeuvre efficace d'une implantation internationale exige-t-elle qu'un cadre s'engage à établir son lieu de résidence à l'étranger? La stabilité, la durée, l'engagement, la loyauté et la plus grande disponibilité associés dans la littérature au fait d'établir sa résidence à l'étranger sont-ils des objectifs légitimes et suffisamment importants pour justifier qu'il soit porté atteinte à un droit fondamental? C'est ici qu'apparaît le mieux l'effet de l'approche contextuelle retenue par la Cour suprême. La nature et l'importance des fonctions et la durée de l'expatriation pourraient mener à apprécier différemment les justifications requises par l'article 9.1 de la Charte. Cette approche pourrait invalider une politique concernant le lieu de résidence qui viserait l'ensemble des employés expatriés, mais pas nécessairement les employés occupant des fonctions de nature stratégique, exigeant un minimum de présence et une grande disponibilité. Par ailleurs, il faudrait alors respecter les exigences de proportionnalité et d'atteinte minimale. Une politique qui faciliterait l'acquisition ou l'installation d'une résidence à l'étranger par diverses mesures incitatives ne parviendrait-elle pas aux mêmes objectifs sans porter atteinte à la vie privée de l'employé? Par ailleurs, les justifications imposées par l'article 9.1 semblent encore plus difficiles à satisfaire lorsque l'obligation de résidence vise le conjoint et les enfants de l'employé expatrié dans le cadre, par exemple, d'un travail de développement de la clientèle à l'étranger impliquant plusieurs rencontres sociales. Si l'obligation de résidence visant l'employé peut alors être justifiée par la disponibilité requise pour l'exécution des fonctions, il nous semble qu'elle ne peut viser la famille¹⁴¹. Il serait

¹⁴¹ Dans la décision *Brasserie Labatt limitée c. Villa*, précitée, note 125, le juge Gendreau avait considéré que l'obligation de résidence imposée à la famille de l'employé était contraire à l'ordre public et violait le droit à la vie privée de ces personnes protégé par l'article 5 de la Charte

préférable que la décision de déménagement de la famille soit prise volontairement et qu'elle soit assortie de certains aménagements afin de faciliter l'installation de la famille et son adaptation à une vie dans un pays différent. À cet effet, plusieurs organisations ont jugé bon d'implanter des pratiques qui visent à dédommager le conjoint qui abandonne un poste ou à lui fournir de l'assistance dans ses démarches pour trouver un emploi dans le pays d'accueil. De nombreuses pratiques visant à préparer la famille en lui fournissant des programmes de formation, des visites préalables au déménagement ont été prévues par plusieurs multinationales. À ces pratiques, ajoutons celles destinées à prendre en charge le déménagement en soi, à trouver un logement et à assurer la scolarisation des enfants¹⁴².

québécoise. Il écrit: «...ce qui est ici en cause, c'est une directive réelle, bien que non écrite, inscrite dans le contrat d'embauche de chaque employé marié et donc une obligation pour lui, qui a pour objet et effet de définir comment le salarié et son ou sa conjointe et leurs enfants devront vivre leur état marital et familial. En effet l'obligation de déménager la famille dans la ville de l'emploi vise à assurer la cohabitation quotidienne de tous les membres de la famille, ce qui est semble-t-il, justifié par une plus grande stabilité de l'employé, une réduction de la fréquence des divorces et des séparations et donc une meilleure efficacité au travail. (...) J'estime que cette obligation contractuelle est contraire à l'ordre public (...) car, à mon avis, l'employeur ne peut imposer à son employé, par contrat, une façon de conduire sa vie maritale et familiale. (...) Les relations entre personnes mariées doivent se régler entre elles. Le choix de leur résidence et la façon de régler leur cohabitation découlent de motifs et facteurs si intimement liés à la vie privée des conjoints qu'elle puisse faire l'objet d'une convention d'embauche. (...) En somme, je considère contre l'ordre public et donc nulle la stipulation par un employeur de l'obligation essentielle au maintien de son emploi faite à son employé de forcer son épouse et ses enfants à choisir son domicile à proximité du lieu de travail parce que cela vise, d'une part, à imposer un mode de vie conjugale à l'employé, ce qui est inacceptable dans notre société et, d'autre part, à obliger des tiers à faire une chose qui dépend d'une décision fondamentalement intime et privée.» (Id., 79).

¹⁴² P. BLOCKLYN, "Developing the International Executive", (March 1989) *Personnel*, 44-47; A.P. COPELAND, "Helping Foreign Nationals Adapt to the US", (February 1995) *Personnel Journal*, 85-87; C.B. DERR and G.R. ODDOU, *loc. cit.*, note 4; S. GATES, *The changing Global Role of the Human Resource Function*, New York, The Conference Board, 1994, Report Number 1062-94-RR; C.M. SOLOMON, "Repatriation: Up, Down or Out?", (January 1995) *Personnel Journal*, 28-37; M. SHILLING, "How to Win a Repatriation" (1993) September *Personnel Journal* 40; C.M. SOLOMON, "Success Abroad Depends on More Than Job Skills", (1994) April *Personnel Journal* 51.

3. Les obligations de loyauté, de discrétion et de non-concurrence. Les employés expatriés, après avoir acquis une expérience internationale deviennent recherchés par les compagnies concurrentes locales ou autres multinationales. Il faut avoir à l'esprit que l'expatriation est un phénomène qui est aussi coûteux pour l'employé que pour l'entreprise surtout lorsque celle-ci prend en charge tous les frais directs et indirects qui peuvent découler de l'assignation. Des études américaines ont évalué que tous les coûts d'embauche d'un employé expatrié sont trois fois plus élevés que les coûts afférents à l'embauche d'un salarié local¹⁴³. D'où la présence fréquente, dans des ententes d'expatriation, de clauses assurant la loyauté du salarié et lui imposant une obligation d'exclusivité de service ou de non-concurrence.

En vertu du *Code civil du Québec*, l'employé est tenu d'agir avec loyauté et discrétion envers son employeur tant pendant la durée du contrat que pendant un délai raisonnable après sa cessation¹⁴⁴. L'intensité de ces obligations augmente avec le niveau hiérarchique du poste occupé, le degré d'autonomie et l'importance des fonctions de l'employé dans l'entreprise¹⁴⁵. Il s'agit d'une obligation contenue dans tout contrat de travail. Le contrat de travail pourra aussi contenir une clause explicite d'exclusivité de service¹⁴⁶ ou une clause de non-concurrence par laquelle l'employé s'engage, à la fin du contrat, à ne pas concurrencer ou participer à une entreprise qui ferait concurrence à l'employeur. Le Code civil prévoit cependant qu'une obligation de non-concurrence doit être limitée quant à sa durée, à sa portée territoriale et au genre de

¹⁴³ Runzheimer International, "What it costs to House Expatriates Worldwide", cité dans G.T. MILKOVITCH and J.M. NEWMAN, *Compensation*, 5e éd., Boston, McGraw-Hill.

¹⁴⁴ C.c.Q., art. 2088.

¹⁴⁵ M.-F. BICH, *loc. cit.*, note 92, pp. 198, 204 et 205.

¹⁴⁶ *Id.*, pp.201-202.

travail visé, «à ce qui est nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur»¹⁴⁷. Une clause d'un contrat de travail international pourrait donc contenir une clause de non-concurrence dont la portée territoriale excéderait les frontières canadiennes, dans la mesure où cette portée territoriale est justifiée par les intérêts économiques de l'employeur. Plusieurs décisions concluent à la nullité de clauses qui limitent indûment la liberté de travail et de commerce d'un employé, par exemple en raison d'une portée territoriale illimitée ou encore dépassant le territoire où l'employeur fait affaire¹⁴⁸. Notons que de telles clauses ne peuvent empêcher un salarié d'utiliser les compétences personnelles qu'il a acquises par la formation reçue auprès d'un employeur, même au service d'un concurrent¹⁴⁹. La clause de non-concurrence doit être stipulée par écrit et en termes exprès.

Nous avons voulu exposer dans cet article le cadre juridique régissant les pratiques des entreprises oeuvrant dans un domaine de compétence provinciale qui désirent développer une politique de gestion des ressources humaines axée sur la mobilité internationale de certaines catégories de leur personnel. Le problème classique soulevé par l'exécution d'un travail à l'étranger à la suite d'une expatriation internationale ou inter-provinciale concerne l'ordre juridique

¹⁴⁷ C.c.Q., art. 2089.

¹⁴⁸ M.F. BICH, *loc.cit.*, note 92, p. 216.

¹⁴⁹ *Honco inc. c. Damphousse*, D.T.E. 97T-813 (C.S.). En l'espèce, l'employé s'engageait, par une clause de non-concurrence, à ne pas travailler pour un employeur produisant ou vendant des produits similaires pour une période de deux ans suivant à fin de l'emploi partout au Canada. La Cour supérieure note que l'ancien et le nouvel employeur sont des entreprises concurrentes au plan national et international et que la portée territoriale de la clause n'est pas déraisonnable. Elle estime toutefois que sa durée excède la période nécessaire pour que les intérêts légitimes de l'employeur soient protégés.

applicable au contrat de travail, puisque celui-ci peut se rattacher objectivement à plusieurs d'entre eux: les règles relatives au choix du for et à la détermination de la loi applicable à la relation du travail internationale ont été rappelées en première partie. Mais il convenait de dépasser ces questions relevant du droit international privé pour confronter le cadre juridique québécois aux pratiques d'expatriation internationale telles qu'elles sont décrites dans la littérature. Lorsqu'assujetti à la compétence du droit québécois, le rapport de travail exécuté à l'étranger se trouve régi non seulement par les obligations volontairement définies par les parties, mais aussi par le contenu du droit statutaire québécois rattaché à l'exécution d'un travail subordonné. C'est pourquoi certaines pratiques fréquentes en matière d'expatriation internationale - sélection, non-concurrence, résidence et rapatriement - doivent être examinées à la lumière du contenu des lois du travail québécoises. Cet examen exploratoire compte tenu de la rareté des décisions rendues en contexte international montre bien que l'application de règles nationales à une relation de travail internationale soulève des problèmes d'*effectivité*, particulièrement illustrés par les quelques décisions rendues en matière de réintégration.

