

ANNEXE 2

Syndicat national des employés de la
Commission scolaire régionale de l'Outaouais
(CSN) *Appellant*

v.

Union des employés de service, local 298
(FTQ) *Respondent*

and

Mr. Réal Bibeault and Labour Court *Mis en cause*

and

Labour Court judges Jean-Paul Geoffroy,
René Beaudry, Denis Aubé, Marc Brière,
Jean Girouard, Bernard Prud'Homme,
Claude St-Arnaud, Louis Morin, Robert
Auclair, Robert Burns and Bernard Lesage
Mis en cause

and

Commission scolaire régionale de
l'Outaouais, Entreprise Netco Inc., Services
Ménagers Roy Limitée, MBD Conciergeries
Limitée *Mis en cause*

INDEXED AS: U.E.S., LOCAL 298 v. BIBEAULT

File No.: 18609.

1986: October 29, 30; 1988: December 22.

Present: Beetz, Estey*, McIntyre, Chouinard*, Lamer,
Le Dain* and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Labour law — Certification — Transfer of rights and obligations — Janitorial services contract terminated by school board and awarded to new subcontractor — Labour commissioner erred in finding an operation by another of the undertaking and recorded transfer of rights and obligations between subcontractors — Excess of jurisdiction — Conditions in which s. 45 of Labour Code applies: continuity of undertaking and requirement of legal relation between successive employers — Definition of undertaking — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 45, 46.

* Estey, Chouinard and Le Dain JJ. took no part in the judgment.

Syndicat national des employés de la
Commission scolaire régionale de l'Outaouais
(CSN) *Appellant*

a c.

Union des employés de service, local 298
(FTQ) *Intimée*

et

b Monsieur Réal Bibeault et Tribunal du
travail *Mis en cause*

et

c Messieurs les juges du Tribunal du travail,
Jean-Paul Geoffroy, René Beaudry, Denis
Aubé, Marc Brière, Jean Girouard, Bernard
Prud'Homme, Claude St-Arnaud, Louis
Morin, Robert Auclair, Robert Burns et
d Bernard Lesage *Mis en cause*

et

e Commission scolaire régionale de
l'Outaouais, Entreprise Netco Inc., Services
Ménagers Roy Limitée, MBD Conciergeries
Limitée *Mises en cause*

RÉPERTORIÉ: U.E.S., LOCAL 298 c. BIBEAULT

f N° du greffe: 18609.

1986: 29, 30 octobre; 1988: 22 décembre.

Présents: Les juges Beetz, Estey*, McIntyre,
Chouinard*, Lamer, Le Dain* et La Forest.

g

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit du travail — Accréditation — Transmission des droits et obligations — Contrat d'entretien ménager résilié par une commission scolaire et octroyé à un nouveau sous-traitant — Commissaire du travail concluant erronément à l'existence d'une concession d'une entreprise et constatant la transmission des droits et obligations entre les sous-traitants — Excès de compétence — Conditions d'application de l'art. 45 du Code du travail: continuité de l'entreprise et nécessité d'un lien de droit entre employeurs successifs — Définition de l'entreprise — Code du travail, L.R.Q., chap. C-27, art. 45, 46.

* Les juges Estey, Chouinard et Le Dain n'ont pas pris part au jugement.

Judicial review — Labour Court and labour commissioner — Jurisdiction — Error as to legislation interpretation of which not within jurisdiction of labour commissioner — Labour commissioner and Labour Court erred in finding an operation by another of the undertaking and recorded transfer of rights and obligations covered by s. 45 of Labour Code — Jurisdictional error — Writ of evocation granted — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 45, 46.

Administrative law — Prerequisite — Difficulty in applying concept of prerequisite — New approach to questions of jurisdiction.

The question is whether s. 45 of the *Labour Code* applied to the case of two subcontractors who succeeded each other under two subcontracting contracts given to them by the same principal, without there being any legal relation between the two subcontractors. MBD and Netco handled janitorial services in six C.S.R.O. schools under contracts for janitorial services awarded annually through calls for tenders. At the time appellant was certified to represent the Netco and MBD employees assigned to the cleaning of the schools. Following a strike by MBD and Netco employees, the C.S.R.O. legally terminated the contracts for janitorial services and, after calls for tenders, assigned the janitorial services of the six schools by contract to Services Ménagers. Appellant filed applications with the labour commissioner general citing ss. 45 and 46 of the *Labour Code*, seeking to have the transfer of the rights and obligations of MBD and Netco to Services Ménagers recorded and so defeat respondent's application for certification in respect of the Services Ménagers employees. The labour commissioner granted appellant's applications. He recorded the transfer of the rights and obligations of MBD and Netco to Services Ménagers and declared that the latter was bound by the certification of MBD and Netco. On the same day he dismissed respondent's application for certification. In a majority judgment, the Labour Court upheld the decisions of the labour commissioner. Respondent then applied to the Superior Court for a writ of evocation against the decisions of the Labour Court and the commissioner. The Superior Court allowed the motion for evocation and the judgment was affirmed by the Court of Appeal. In this Court, appellant's principal argument was that the Superior Court and the Court of Appeal, despite the existence of a privative clause in the *Labour Code*, erred in justifying their intervention by the theory of questions "preliminary" or "collateral" to the exercise of jurisdiction, and in holding that the existence of an alienation or

Contrôle judiciaire — Tribunal du travail et commissaire du travail — Compétence — Erreur sur une disposition législative dont l'interprétation ne relève pas de la compétence du commissaire du travail — Commissaire du travail et Tribunal du travail concluant erronément à l'existence d'une concession d'une entreprise et constatant la transmission des droits et obligations visés à l'art. 45 du Code du travail — Erreur d'ordre juridictionnel — Bref d'évocation accordé — Code du travail, L.R.Q., chap. C-27, art. 45, 46.

Droit administratif — Condition préalable — Difficultés d'application de la notion de condition préalable — Nouvelle façon de cerner les questions d'ordre juridictionnel.

Il s'agit de déterminer si l'art. 45 du *Code du travail* vise le cas de deux sous-traitants qui se succèdent l'un à l'autre en vertu de deux contrats de sous-traitance que leur consent un même auteur, sans qu'il y ait de lien de droit entre les deux sous-traitants. MBD et Netco exécutaient l'entretien ménager dans six écoles de la C.S.R.O. en vertu de contrats d'entretien accordés annuellement au moyen d'appels d'offres. À l'époque, l'appelant était accrédité pour représenter les salariés de Netco et de MBD affectés à l'entretien des écoles. À la suite d'une grève des salariés de MBD et de Netco, la C.S.R.O. a résilié légalement les contrats d'entretien et, après appels d'offres, a confié par contrat l'entretien des six écoles à Services Ménagers. L'appelant a déposé chez le commissaire général du travail des requêtes dans lesquelles il invoquait les art. 45 et 46 du *Code du travail* pour faire constater la transmission des droits et obligations de MBD et Netco à Services Ménagers et faire ainsi échec à une requête en accréditation visant les salariés de Services Ménagers présentée par l'intimée. Le commissaire du travail accueille les requêtes de l'appelant. Il constate la transmission des droits et obligations de MBD et de Netco à Services Ménagers et il déclare que cette dernière est liée par l'accréditation de MBD et de Netco. Le même jour, il rejette la requête en accréditation présentée par l'intimée. Dans un jugement majoritaire, le Tribunal du travail confirme les décisions du commissaire du travail. L'intimée s'adresse alors à la Cour supérieure pour obtenir la délivrance d'un bref d'évocation à l'encontre de la décision du Tribunal du travail et du commissaire. La Cour supérieure fait droit à la requête en évocation et le jugement est confirmé par la Cour d'appel. Devant cette Cour, l'appelant soutient principalement que la Cour supérieure et la Cour d'appel ont erré en justifiant leur intervention, malgré l'existence d'une clause privative dans le *Code du travail*, par la théorie dite des conditions préliminaires ou préalables à l'exercice d'une compétence et en décidant que l'exis-

operation by another of an undertaking within the meaning of the civil law is a prerequisite to exercise of the power to issue a record of the transfer of rights and obligations.

Held: The appeal should be dismissed.

The chief problem in a case of judicial review is determining the jurisdiction of the tribunal whose decision is impugned. In the absence of any coherent test for distinguishing what is in fact preliminary, the prerequisite concept does not assist in the inquiry. It diverts the courts from the only question they should ask, "Did the legislator intend such a matter to be within the jurisdiction conferred on the tribunal?" By limiting the concept of the preliminary or collateral question and by introducing the doctrine of a patently unreasonable interpretation, this Court is giving notice of the development of a new approach to determining jurisdictional questions. Henceforth, the formalistic analysis of the preliminary or collateral question must give way to a pragmatic and functional analysis. This analysis, hitherto associated with cases of patently unreasonable error on a matter within the Court's jurisdiction, is just as suited to a case in which an error is alleged in the interpretation of a provision limiting that jurisdiction. In both cases, the first stage of the analysis involves determining the tribunal's jurisdiction. To do this, the Court examines not only the wording of the enactment conferring jurisdiction on the administrative tribunal, but the purpose of the statute creating the tribunal, the reason for its existence, the area of expertise of its members and the nature of the problem before the tribunal.

In deciding whether there was a transfer of rights and obligations under s. 45 of the *Labour Code*, the labour commissioner and the Labour Court did not perform an act within their jurisdiction *stricto sensu*. Taken together, the wording of ss. 45 and 46, the legislative context of these sections and the area of expertise of the labour commissioner clearly indicate that the legislator did not intend the commissioner's decision about the existence of an alienation or operation by another of an undertaking to be conclusive. The transfer of rights and obligations occurs as of right on the day of the alienation, operation by another or change in legal structure of the undertaking. The labour commissioner only records the transfer of rights and obligations guaranteed in s. 45. The powers conferred on the commissioner in s. 46 of the Code are thus limited to resolving administrative difficulties that may arise out of an alienation or operation by another of an undertaking. A labour commissioner will undoubtedly, depending on the circum-

tence, d'une aliénation ou d'une concession d'entreprise au sens du droit civil est une condition préliminaire ou préalable à l'exercice du pouvoir d'émettre un constat de transmission de droits et d'obligations.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le principal problème en matière de contrôle judiciaire est la détermination de la compétence du tribunal dont la décision est attaquée. La notion de condition préalable, en l'absence de critère cohérent qui permette de distinguer ce qui est préalable de ce qui ne l'est pas, ne facilite pas cette détermination. Elle détourne les tribunaux de la seule question qu'il faut se poser: «Le législateur a-t-il voulu qu'une telle matière relève de la compétence conférée au tribunal?» En restreignant la notion de condition préalable et en introduisant la doctrine de l'interprétation manifestement déraisonnable, cette Cour signale une évolution vers une nouvelle façon de cerner les questions d'ordre juridictionnel. Désormais, l'analyse formaliste de la doctrine de la condition préalable doit céder le pas à une analyse pragmatique et fonctionnelle. Cette analyse, associée jusqu'ici aux cas où l'on allègue une erreur manifestement déraisonnable sur une question qui relève de la compétence du tribunal, convient tout aussi bien pour les cas où l'on allègue une simple erreur sur une disposition qui circonscrit cette compétence. Dans les deux cas, la première étape de l'analyse consiste à déterminer la compétence du tribunal. Pour ce faire, la Cour examine non seulement le libellé de la disposition législative qui confère la compétence au tribunal administratif, mais également l'objet de la loi qui crée le tribunal, la raison d'être de ce tribunal, le domaine d'expertise de ses membres, et la nature du problème soumis au tribunal.

En décidant de la transmission des droits et obligations aux termes de l'art. 45 du *Code du travail*, le commissaire du travail et le Tribunal du travail ne posent pas un acte qui relève de leur compétence, *stricto sensu*. Le libellé des art. 45 et 46, le contexte législatif de ces articles, et le domaine de l'expertise du commissaire du travail se conjuguent pour indiquer clairement que le législateur ne voulait pas que la décision du commissaire au sujet de l'existence d'une aliénation ou d'une concession de l'entreprise soit déterminante. La transmission des droits et obligations s'opère de plein droit, dès le jour de l'aliénation, de la concession ou du changement de structure juridique de l'entreprise. Le commissaire du travail ne fait que constater la transmission des droits et obligations garantis par l'art. 45. Les pouvoirs conférés au commissaire par l'art. 46 du Code se limitent donc à régler les difficultés administratives qui peuvent découler d'une aliénation ou d'une concession d'entreprise. Certes, le commissaire doit, selon les

stances, consider the requirements contained in s. 45 before making an order under s. 46. Nevertheless, the question of alienation or operation by another of an undertaking is not within the labour commissioner's jurisdiction *stricto sensu*. These concepts are civil law concepts that require no special expertise on the part of an administrative tribunal. They are concepts which do not call on the commissioner's expertise. As the interpretation of s. 45 is a question of jurisdictional nature, the commissioner cannot erroneously conclude that an alienation or operation by another of an undertaking exists without exceeding his jurisdiction.

In the *Labour Code* context, the legislator intended that the bargaining and the resulting collective agreement take place within the following three-part framework: an employer, his undertaking and the association of employees connected with that employer's undertaking. When an undertaking is alienated or operated by another in whole or in part, the essential components of this three-part framework must continue to exist if the certification or collective agreement are to remain relevant. For the purposes of s. 45, the undertaking is the most important component. It consists of a self-sustaining organization of resources through which specific activities can be wholly or partly carried on. This definition of an undertaking is the only one which takes into account the various legal operations required to bring s. 45 into operation and is the only one which proves capable of describing an undertaking in all its aspects. The nature of collective bargaining requires that this undertaking be that of an employer. The employer is the one designated in the certification, the collective agreement or by any proceeding "for the securing of certification or for the making or carrying out of a collective agreement" (s. 45). Alienation or operation by another of this undertaking establishes, by means of a voluntary transfer of a right, a legal relation between successive employers. For a transfer of rights and obligations contemplated by s. 45 to operate, the fundamental components of an undertaking must be found to exist in whole or in part in the operations of a new employer, following the "alienation or operation by another ... in part of" that undertaking. Continuity of the undertaking is a condition for the application of s. 45 because the relevance of the certification and the agreement depends on the existence of that undertaking, at least in its essential elements. The test of continuity in an undertaking requires identification of the essential elements of the undertaking, which must be found to exist to a sufficient degree in the new employer's operations. Each component must be weighed according to its respective importance.

circonstances, examiner les exigences énoncées à l'art. 45 avant de délivrer l'ordonnance prévue à l'art. 46. Néanmoins, la question de l'aliénation ou de la concession d'une entreprise ne relève pas de la compétence du commissaire du travail, *stricto sensu*. Ces concepts sont des notions de droit civil qui ne requièrent aucune compétence particulière de la part de l'instance administrative. Il s'agit là de notions qui ne font pas appel à l'expertise du commissaire. L'interprétation de l'art. 45 étant une question d'ordre juridictionnel, le commissaire ne peut erronément conclure à l'existence d'une aliénation ou d'une concession de l'entreprise sans excéder sa compétence.

Dans le contexte du *Code du travail*, il est de l'intention du législateur que la négociation et la convention collective qui en résulte se réalisent dans un cadre tripartite: un employeur, son entreprise et l'association des salariés se rattachant à l'entreprise de cet employeur. Lorsqu'une entreprise est aliénée ou concédée, totalement ou partiellement, les éléments essentiels de ce cadre tripartite doivent subsister pour que l'accréditation ou la convention collective restent pertinentes. Pour les fins de l'art. 45, l'entreprise est l'élément le plus important. Elle consiste en un ensemble organisé suffisant des moyens qui permettent substantiellement la poursuite en tout ou en partie d'activités précises. Cette définition de l'entreprise est la seule qui tienne compte des diverses opérations juridiques requises pour enclencher l'application de l'art. 45 et qui se révèle apte à décrire une entreprise dans toute sa spécificité. La nature de la négociation collective exige que cette entreprise soit celle d'un employeur. L'employeur, pour sa part, est celui qui est visé par l'accréditation, la convention collective, ou par toute procédure «en vue de l'obtention d'une accréditation ou de la conclusion ou de l'exécution d'une convention collective» (art. 45). L'aliénation ou la concession de cette entreprise établit, au moyen d'une transmission volontaire d'un droit, un lien de droit entre employeurs successifs. Pour qu'une transmission de droits et obligations visée à l'art. 45 se fasse, il faut retrouver, suite à «l'aliénation ou la concession ... partielle d'une entreprise» les assises de cette même entreprise, en totalité ou en partie, auprès d'un nouvel employeur. La continuité de l'entreprise est en effet la condition essentielle à l'application de l'art. 45 parce que la pertinence de l'accréditation et de la convention dépend de l'existence de cette entreprise, au moins dans ses éléments essentiels. Le test du maintien de l'entreprise suppose donc l'identification des éléments essentiels d'une entreprise lesquels doivent se retrouver, de façon suffisamment importante, chez le nouvel employeur. Chaque élément doit être pondéré selon son importance respective.

In the case at bar, s. 45 did not bring about a transfer of rights and obligations from Netco and MBD to Services Ménagers. The three subcontractors are competitors in the janitorial services industry. C.S.R.O. is a client which dealt first with Netco and MBD and then with Services Ménagers. Section 45 does not support the conclusion that rights and obligations have been transferred from one employer to another solely because each of them hires employees engaged in similar activities. Only an alienation or agreement to operate made by Netco or MBD in favour of Services Ménagers of that part of their undertaking concerned with janitorial services in the C.S.R.O. schools would have caused a transfer of rights and obligations to be effected between Netco and MBD on the one hand and Services Ménagers on the other. By rejecting the need for a legal relation between successive employers and adopting a "functional" definition of the undertaking, the labour commissioner is giving s. 45 an interpretation that does not recognize the existence of the three-part context in which the collective bargaining must necessarily take place and which also disregards the basis of that section. Because of their desire to protect the certification and collective agreement despite all the vicissitudes of the undertaking, the labour commissioner and the majority of the Labour Court have taken a position inconsistent with the purpose of the *Labour Code*: to promote collective bargaining as a better means of guaranteeing industrial peace and to establish equitable relations between employer and employees.

Cases Cited

Approved: *Mode Amazone v. Comité conjoint de Montréal de l'Union internationale des ouvriers du vêtement pour dames*, [1983] T.T. 227; **disapproved:** *Jack Schwartz Service Station v. Teamsters Local Union 900*, [1975] T.T. 125; **referred to:** *Adam v. Daniel Roy Ltée*, [1983] 1 S.C.R. 683; *Martinique Motor Inn Ltd. v. Union des employés d'hôtel, motel et club*, [1973] T.T. 151; *Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida Inc. v. J.R. Théberge Ltée*, [1965] R.D.T. 449; *Centrale de Chauffage Enr. v. Syndicat des employés des institutions religieuses de Chicoutimi Inc.*, [1970] T.T. 236; *Syndicat national des concierges des commissions scolaires des comtés de Richelieu, Verchères et Yamaska (CSN) v. For-Net Inc.*, [1971] T.T. 146; *Union des employés de service d'édifices, local 298—F.T.Q. v. Syndicat des employés de soutien de maisons d'enseignement de la Régionale Le Gardeur (CSN)*, [1971] T.T. 203; *Canadian Kenworth Ltd. v. Syndicat international des travailleurs unis de l'automobile, de l'aéronautique, de l'astronautique et des instruments aratoires d'Amérique, local 1146*, [1975] T.T. 168; *Syndicat des employés de*

En l'espèce, l'art. 45 n'a pas opéré une transmission des droits et obligations de Netco et MBD à Services Ménagers. Les trois sous-traitants sont des concurrents dans l'industrie d'entretien ménager. La C.S.R.O. est une cliente qui a traité d'abord avec Netco et MBD et ensuite avec Services Ménagers. Or, l'article 45 ne permet pas que l'on puisse prononcer la transmission de droits et obligations d'un employeur à un autre pour l'unique raison que chacun d'eux engage des employés effectuant des activités semblables. Seule une aliénation ou concession faite par Netco ou MBD à Services Ménagers de cette partie de leur entreprise affectée à l'entretien ménager des écoles de la C.S.R.O. aurait déclenché une transmission de droits et d'obligations en vertu de l'art. 45 entre Netco et MBD d'une part et Services Ménagers d'autre part. En rejetant la nécessité d'un lien de droit entre employeurs successifs et en adoptant une définition «fonctionnelle» de l'entreprise, le commissaire du travail a donné à l'art. 45 une interprétation qui méconnaît l'existence du cadre tripartite dans lequel la négociation collective doit forcément prendre place et qui fait également abstraction du fondement de l'article. La position du commissaire du travail et de la majorité du Tribunal de travail, fondée sur le vœu de protéger l'accréditation et la convention collective malgré toutes les vicissitudes de l'entreprise, ne respecte pas l'objectif du *Code du travail*: promouvoir la négociation collective comme moyen de mieux garantir la paix industrielle et d'établir des relations équitables entre employeur et salariés.

Jurisprudence

Arrêt approuvé: *Mode Amazone c. Comité conjoint de Montréal de l'Union internationale des ouvriers du vêtement pour dames*, [1983] T.T. 227; **arrêt critiqué:** *Jack Schwartz Service Station c. Teamsters Local Union 900*, [1975] T.T. 125; **arrêts mentionnés:** *Adam c. Daniel Roy Ltée*, [1983] 1 R.C.S. 683; *Martinique Motor Inn Ltd. c. Union des employés d'hôtel, motel et club*, [1973] T.T. 151; *Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida Inc. c. J.R. Théberge Ltée*, [1965] R.D.T. 449; *Centrale de Chauffage Enr. c. Syndicat des employés des institutions religieuses de Chicoutimi Inc.*, [1970] T.T. 236; *Syndicat national des concierges des commissions scolaires des comtés de Richelieu, Verchères et Yamaska (CSN) c. For-Net Inc.*, [1971] T.T. 146; *Union des employés de service d'édifices, local 298—F.T.Q. c. Syndicat des employés de soutien de maisons d'enseignement de la Régionale Le Gardeur (CSN)*, [1971] T.T. 203; *Canadian Kenworth Ltd. c. Syndicat international des travailleurs unis de l'automobile, de l'aéronautique, de l'astronautique et des instruments aratoires d'Amérique, local 1146*, [1975] T.T. 168; *Syndicat des employés de l'im-*

l'imprimerie de la région de l'amiante (CSN) v. Imprimerie Roy et Laliberté Inc., [1980] T.T. 503; *Syndicat des salariés de service d'entretien (C.S.D.) v. Montcalm Carpets Specialists Ltd.*, [1981] T.T. 273; *Entrepôts Schenker Ltée v. Travailleurs canadiens de l'Alimentation et d'autres industries*, local P-766, [1981] T.T. 420; *Syndicat national des employés de la Commission scolaire régionale de l'Outaouais v. Services Ménagers Bordeaux*, [1980] T.T. 233; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412; *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476; *Canadian Union of Public Employees Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 S.C.R. 382; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; *Montréal Trust v. Tribunal du travail*, [1975] R.D.T. 353; *Lecavalier v. Syndicat national des employés de la Ville de Laval Inc. (C.S.N.)*, [1976] C.S. 856; *Syndicat des employés municipaux de la Ville de Hull v. Hull (Ville de)*, [1985] C.A. 552; *Derko Ltée v. Roy*, Que. Sup. Ct., No. 200-05-001343-792, June 28, 1979; *Fraternité internationale des ouvriers en électricité v. National Cablevision Ltd.*, [1967] R.D.T. 314; *Cité de Lachine v. Union des employés municipaux de la Cité de Lachine*, [1974] T.T. 279; *National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union*, [1984] 1 S.C.R. 269; *Parkhill Bedding & Furniture Ltd. v. International Molders & Foundry Workers Union of North America, Local 174* (1961), 26 D.L.R. (2d) 589; *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works Ltd.*, [1948] 2 W.W.R. 1055; *International Union of United Brewery, Flour, Cereal, Soft Drink and Distillery Workers of America (Local 239) v. Coca-Cola Ltd.*, [1978] R.L. 391; *Alimentation de la Seigneurie Inc. v. Union des employés de commerce*, local 500, D.T.E. 83T-694; *Union des employés de commerce*, local 500 T.U.A.C. (U.F.C.W.) v. *Union des employés de commerce*, local 501 T.U.A.C. (U.F.C.W.), D.T.E. 85T-521; *Industries du frein total Ltée v. Syndicat international des travailleurs unis de l'automobile, de l'aérospatiale et de l'outillage agricole d'Amérique (T.U.A.-F.T.Q.-C.T.C.)*, section locale 1900, [1985] T.T. 220; *Syndicat des salariés de la Boulangerie Weston (C.S.D.) v. Union des employés de commerce*, local 501, T.U.A.C., [1986] T.T. 128; *Commission des normes du travail v. Delta Granite Inc.*, J.E. 85-927; *Commission des normes du travail v. Banque nationale du Canada*, D.T.E. 88T-282; *Commission des normes du travail v. Frank White Entreprises Inc.*, [1984] C.P. 232; *Commission des normes du travail v. Erdan*, [1985] C.P. 353; *Barnes Security Service Ltd. v. Association internationale des machinistes et des travailleurs de l'aérospatiale*, local 2235, [1972] T.T. 1; *Syndicat des travailleurs*

primerie de la région de l'amiante (CSN) c. Imprimerie Roy et Laliberté Inc., [1980] T.T. 503; *Syndicat des salariés de service d'entretien (C.S.D.) c. Montcalm Carpets Specialists Ltd.*, [1981] T.T. 273; *Entrepôts Schenker Ltée c. Travailleurs canadiens de l'Alimentation et d'autres industries*, local P-766, [1981] T.T. 420; *Syndicat national des employés de la Commission scolaire régionale de l'Outaouais c. Services Ménagers Bordeaux*, [1980] T.T. 233; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412; *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Union internationale des employés des services*, local no. 333 c. *Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Montréal Trust c. Tribunal du travail*, [1975] R.D.T. 353; *Lecavalier c. Syndicat national des employés de la Ville de Laval Inc. (C.S.N.)*, [1976] C.S. 856; *Syndicat des employés municipaux de la Ville de Hull c. Hull (Ville de)*, [1985] C.A. 552; *Derko Ltée c. Roy*, C.S. Qué., n° 200-05-001343-792, 28 juin 1979; *Fraternité internationale des ouvriers en électricité c. National Cablevision Ltd.*, [1967] R.D.T. 314; *Cité de Lachine c. Union des employés municipaux de la Cité de Lachine*, [1974] T.T. 279; *Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce*, [1984] 1 R.C.S. 269; *Parkhill Bedding & Furniture Ltd. v. International Molders & Foundry Workers Union of North America, Local 174* (1961), 26 D.L.R. (2d) 589; *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works Ltd.*, [1948] 2 W.W.R. 1055; *International Union of United Brewery, Flour, Cereal, Soft Drink and Distillery Workers of America (Local 239) c. Coca-Cola Ltd.*, [1978] R.L. 391; *Alimentation de la Seigneurie Inc. c. Union des employés de commerce*, local 500, D.T.E. 83T-694; *Union des employés de commerce*, local 500 T.U.A.C. (U.F.C.W.) c. *Union des employés de commerce*, local 501 T.U.A.C. (U.F.C.W.), D.T.E. 85T-521; *Industries du frein total Ltée c. Syndicat international des travailleurs unis de l'automobile, de l'aérospatiale et de l'outillage agricole d'Amérique (T.U.A.-F.T.Q.-C.T.C.)*, section locale 1900, [1985] T.T. 220; *Syndicat des salariés de la Boulangerie Weston (C.S.D.) c. Union des employés de commerce*, local 501, T.U.A.C., [1986] T.T. 128; *Commission des normes du travail c. Delta Granite Inc.*, J.E. 85-927; *Commission des normes du travail c. Banque nationale du Canada*, D.T.E. 88T-282; *Commission des normes du travail c. Frank White Entreprises Inc.*, [1984] C.P. 232; *Commission des normes du travail c. Erdan*, [1985] C.P. 353; *Barnes Security Service Ltd. c. Association internationale des machinistes et des travailleurs de l'aérospatiale*, local 2235, [1972] T.T. 1;

forestiers de la division Jacques Cartier (FTPF-CSN) v. H.C. Leduc Ltée, [1977] T.T. 249; Clinique communautaire de Pointe St-Charles v. Syndicat professionnel des diététistes du Québec, [1973] T.T. 338; Gérances West Cliff Ltée v. Union des employés de service, local 298 F.T.Q., [1981] T.T. 432; Hull (Ville de) v. Bibeault, D.T.E. 83T-906; Brasserie Labatt Ltée v. Commissaire général du travail, [1986] R.J.Q. 908; Fondation-Habitation Champlain Inc. v. Tribunal du travail, D.T.E. 86T-500; Syndicat des employés de la Commission régionale de Tilly (CSN) v. Langlois, [1976] T.T. 165; Cégep de Shawinigan v. Syndicat du personnel de soutien du Collège d'enseignement de Shawinigan Enr., [1976] T.T. 209; J. A. Hubert Ltée v. Syndicat des employés de soutien du Collège Ahuntsic, [1977] T.T. 110; Union des chauffeurs de camions, hommes d'entrepôts et autres ouvriers, local 106 v. Alain Lacasse Transport Inc., [1977] T.T. 231; Compagnie du Trust National Ltée v. Burns, [1985] C.S. 1286; Sitri Inc. v. Cartage & Miscellaneous Employee's Union, Local 931 (F.T.Q.), [1977] T.T. 29.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting labour standards, R.S.Q., c. N-1.1 [formerly S.Q. 1979, c. 45], s. 96.
 Education Act, R.S.Q., c. I-14.
 Labour Code, R.S.Q., c. C-27 [am. 1977, c. 41], ss. 1(b), (k), (l), 17, 21, 22 [am. 1979, c. 32, s. 3], 23 [am. 1978, c. 15, s. 140; am. 1979, c. 45, s. 150], 31, 32, 34, 45, 46, 52, 58, 62.

Authors Cited

Association Henri Capitant. *Vocabulaire juridique*. Publié sous la direction de Gérard Cornu. Paris: P.U.F., 1987.
 Brière, Marc, Robert P. Gagnon et Catherine Saint-Germain. *La transmission de l'entreprise en droit du travail*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1982.
 Capitant, Henri. *Vocabulaire juridique*. Paris: P.U.F., 1936.
 Corniot, S. *Dictionnaire de droit*, t. I. Paris: Dalloz, 1966.
 De Smith, S. A. *Constitutional and Administrative Law*, 4th ed. By Harry Street and Rodney Brazier. Harmondsworth, Eng.: Penguin Books, 1981.
 De Smith, S. A. *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. By J. M. Evans. London: Stevens & Sons, 1980.
 De Villargues, Rolland. *Dictionnaire du droit civil, commercial et criminel*, t. 1, 4^e éd. Bruxelles: Meline, Cans et Cie, 1889.
Dictionnaire de droit privé. Comité de rédaction: Paul-A. Crépeau et al. Montréal: Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1985.

Syndicat des travailleurs forestiers de la division Jacques Cartier (FTPF-CSN) c. H.C. Leduc Ltée, [1977] T.T. 249; Clinique communautaire de Pointe St-Charles c. Syndicat professionnel des diététistes du Québec, [1973] T.T. 338; Gérances West Cliff Ltée c. Union des employés de service, local 298 F.T.Q., [1981] T.T. 432; Hull (Ville de) c. Bibeault, D.T.E. 83T-906; Brasserie Labatt Ltée c. Commissaire général du travail, [1986] R.J.Q. 908; Fondation-Habitation Champlain Inc. c. Tribunal du travail, D.T.E. 86T-500; Syndicat des employés de la Commission régionale de Tilly (CSN) c. Langlois, [1976] T.T. 165; Cégep de Shawinigan c. Syndicat du personnel de soutien du Collège d'enseignement de Shawinigan Enr., [1976] T.T. 209; J. A. Hubert Ltée c. Syndicat des employés de soutien du Collège Ahuntsic, [1977] T.T. 110; Union des chauffeurs de camions, hommes d'entrepôts et autres ouvriers, local 106 c. Alain Lacasse Transport Inc., [1977] T.T. 231; Compagnie du Trust National Ltée c. Burns, [1985] C.S. 1286; Sitri Inc. c. Cartage & Miscellaneous Employee's Union, Local 931 (F.T.Q.), [1977] T.T. 29.

Lois et règlements cités

Code du travail, L.R.Q., chap. C-27 [mod. 1977, chap. 41], art. 1b), k), l), 17, 21, 22 [mod. 1979, chap. 32, art. 3], 23 [mod. 1978, chap. 15, art. 140; mod. 1979, chap. 45, art. 150], 31, 32, 34, 45, 46, 52, 58, 62.
 Loi sur l'instruction publique, L.R.Q., chap. I-14.
 Loi sur les normes du travail, L.R.Q., chap. N-1.1 [auparavant S.Q. 1979, chap. 45], art. 96.

Doctrines citées

Association Henri Capitant. *Vocabulaire juridique*. Publié sous la direction de Gérard Cornu. Paris: P.U.F., 1987.
 Brière, Marc, Robert P. Gagnon et Catherine Saint-Germain. *La transmission de l'entreprise en droit du travail*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1982.
 Capitant, Henri. *Vocabulaire juridique*. Paris: P.U.F., 1936.
 Corniot, S. *Dictionnaire de droit*, t. I. Paris: Dalloz, 1966.
 De Smith, S. A. *Constitutional and Administrative Law*, 4th ed. By Harry Street and Rodney Brazier. Harmondsworth, Eng.: Penguin Books, 1981.
 De Smith, S. A. *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. By J. M. Evans. London: Stevens & Sons, 1980.
 De Villargues, Rolland. *Dictionnaire du droit civil, commercial et criminel*, t. 1, 4^e éd. Bruxelles: Meline, Cans et Cie, 1889.
Dictionnaire de droit privé. Comité de rédaction: Paul-A. Crépeau et al. Montréal: Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1985.

Dion, Gérard. *Dictionnaire canadien des relations du travail*, 2^e éd. Québec: Presses de l'Université Laval, 1986.

Gagnon, Robert P. *Droit du travail*. Dans Cours de la formation professionnelle du Barreau du Québec 1986-87, vol. 8. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1987.

Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. *Droit du travail*. Québec: Presses de l'Université Laval, 1987.

Guillien, Raymond et Jean Vincent. *Lexique de termes juridiques*, 5^e éd. Paris: Dalloz, 1981.

Hébert, Gérard et Gilles Trudeau. *Les normes minimales du travail au Canada et au Québec*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1987.

Perraud-Charmantier, A. *Petit dictionnaire de droit*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, [1948].

Québec. Commission des normes du travail. *Loi sur les normes du travail, règlement sur les normes du travail, Loi sur la fête nationale: interprétation et jurisprudence*. Québec: Gouvernement du Québec, Commission des normes du travail, 1986.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal¹, affirming a judgment of the Superior Court, [1982] C.S. 977, authorizing the issuance of a writ of evocation from a decision of the Labour Court, [1982] T.T. 115. Appeal dismissed.

Clément Groleau and Raymond Levasseur, for the appellant.

Gaston Nadeau, for the respondent.

Richard Martel and André Durocher, for the mis en cause Services Ménagers Roy Ltée.

Jean Pomminville, for the mis en cause the Commission scolaire régionale de l'Outaouais.

English version of the judgment of the Court delivered by

BEETZ J.—The interpretation and application of ss. 45 and 46 of the *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, are at issue in this case. These provisions state:

45. The alienation or operation by another in whole or in part of an undertaking otherwise than by judicial sale shall not invalidate any certification granted under this code, any collective agreement or any proceeding for the

¹ Mtl. C.A., No. 500-09-001691-823, January 16, 1984.

Dion, Gérard. *Dictionnaire canadien des relations du travail*, 2^e éd. Québec: Presses de l'Université Laval, 1986.

Gagnon, Robert P. *Droit du travail*. Dans Cours de la formation professionnelle du Barreau du Québec 1986-87, vol. 8. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1987.

Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. *Droit du travail*. Québec: Presses de l'Université Laval, 1987.

Guillien, Raymond et Jean Vincent. *Lexique de termes juridiques*, 5^e éd. Paris: Dalloz, 1981.

Hébert, Gérard et Gilles Trudeau. *Les normes minimales du travail au Canada et au Québec*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1987.

Perraud-Charmantier, A. *Petit dictionnaire de droit*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, [1948].

Québec. Commission des normes du travail. *Loi sur les normes du travail, règlement sur les normes du travail, Loi sur la fête nationale: interprétation et jurisprudence*. Québec: Gouvernement du Québec, Commission des normes du travail, 1986.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec¹, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, [1982] C.S. 977, qui avait autorisé la délivrance d'un bref d'évocation à l'encontre d'une décision du Tribunal du travail, [1982] T.T. 115. Pourvoi rejeté.

Clément Groleau et Raymond Levasseur, pour l'appellant.

Gaston Nadeau, pour l'intimée.

Richard Martel et André Durocher, pour la mise en cause Services Ménagers Roy Ltée.

Jean Pomminville, pour la mise en cause la Commission scolaire régionale de l'Outaouais.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE BEETZ—L'interprétation et l'application des art. 45 et 46 du *Code du travail*, L.R.Q., chap. C-27, sont l'objet du litige. Ces dispositions prescrivent:

45. L'aliénation ou la concession totale ou partielle d'une entreprise autrement que par vente en justice n'invalide aucune accréditation accordée en vertu du présent code, aucune convention collective, ni aucune

¹ C.A. Mtl., n° 500-09-001691-823, 16 janvier 1984.

securing of certification or for the making or carrying out of a collective agreement.

The new employer, notwithstanding the division, amalgamation or changed legal structure of the undertaking, shall be bound by the certification or collective agreement as if he were named therein and shall become *ipso facto* a party to any proceeding relating thereto, in the place and stead of the former employer.

46. An [*sic*] labour commissioner may make any order deemed necessary to record the transfer of rights and obligations provided for in section 45 and settle any difficulty arising out of the application thereof.

The main question is whether s. 45 applies to the case of two "subcontractors" who succeeded each other under two "subcontracting" contracts awarded to them by the same principal, without there being any legal relation between the two "subcontractors". The question is bound up with the concept of an undertaking, which is at the heart of this provision, as well as with the identification of the undertaking in the case at bar. The issue has been disputed in Quebec for many years.

The Court must also decide whether the question is jurisdictional in nature.

I—Proceedings and Facts

The respondent (the *F.T.Q. Union*) asked the Superior Court to issue a writ of evocation against a majority decision of the Labour Court affirming a decision of labour commissioner Réal Bibeault. The writ sought was also directed against the decision of the labour commissioner. At this stage of the proceedings, the allegations of fact made in the motion in evocation are taken as proven. Briefly stated, the facts are as follows:

The mis en cause Commission scolaire régionale de l'Outaouais (the *C.S.R.O.*) has always hired subcontractors to clean six of the schools mentioned in the motion for evocation. (The labour commissioner and the Labour Court also discussed other schools mentioned in related cases, but these other cases were not the subject of dispute in the Superior Court, the Court of Appeal or this Court.)

The contracts for janitorial services are awarded for each school annually through calls for tenders

procédure en vue de l'obtention d'une accréditation ou de la conclusion ou de l'exécution d'une convention collective.

Sans égard à la division, à la fusion ou au changement de structure juridique de l'entreprise, le nouvel employeur est lié par l'accréditation ou la convention collective comme s'il y était nommé et devient par le fait même partie à toute procédure s'y rapportant, aux lieu et place de l'employeur précédent.

46. Un commissaire du travail peut rendre toute ordonnance jugée nécessaire pour constater la transmission de droits et d'obligations visée à l'art. 45 et régler toute difficulté découlant de l'application dudit article.

Il s'agit principalement de décider si l'art. 45 vise le cas de deux «sous-traitants» qui se succèdent l'un à l'autre en vertu de deux contrats de «sous-traitance» que leur consent un même auteur, sans qu'il y ait de lien de droit entre les deux «sous-traitants». La question est reliée au concept de l'entreprise qui se trouve au cœur de cette disposition ainsi qu'à l'identité de l'entreprise en l'espèce. Le sujet est controversé depuis plusieurs années au Québec.

Il faut également décider si la question est d'ordre juridictionnel.

I—Les procédures et les faits

L'intimée (l'*Union F.T.Q.*), demande à la Cour supérieure l'émission d'un bref d'évocation à l'encontre d'une décision majoritaire du Tribunal du travail confirmant une décision du commissaire du travail, Réal Bibeault. Le bref demandé vise également la décision du commissaire du travail. À ce stade des procédures, les allégations de fait de la requête en évocation sont tenues pour avérées. En voici l'essentiel.

La mise en cause, la Commission scolaire régionale de l'Outaouais (la *C.S.R.O.*), a toujours eu recours à des sous-traitants pour l'entretien ménager de six écoles mentionnées à la requête en évocation. (Le commissaire du travail et le Tribunal du travail discutent en outre d'autres écoles mentionnées dans des dossiers connexes, mais il n'est plus question de ces autres dossiers en Cour supérieure, en Cour d'appel ni en cette Cour.)

Les contrats d'entretien sont accordés annuellement pour chaque école au moyen d'appels d'offres

and are generally in effect from July 1 to June 30 of the following year.

The contracts for janitorial services for the schools in question were awarded in 1979 to the mis en cause MBD Conciergeries Limitée (*MBD*) and Entreprises Netco Inc. (*Netco*).

At the time, appellant (the *C.S.N. Union*) held four certificates of certification for the *Netco* employees working at four of the schools, and two certificates covering the *MBD* employees working at the other two schools.

On December 9, 1979, the *Netco* and *MBD* employees began a legal strike.

As a consequence of this strike, the *C.S.R.O.* legally terminated the contracts awarded to *Netco* and *MBD* and, on January 24, 1980, after calls for tenders, awarded contracts for janitorial services in the six schools to the mis en cause *Services Ménagers Roy Limitée (Services Ménagers Roy)*, which with its employees began to perform the contract.

The three mis en cause *Services Ménagers Roy*, *MBD* and *Netco* are three separate corporations operating separate undertakings, and compete to obtain contracts for janitorial services offered by public institutions and commercial undertakings.

The mis en cause *Services Ménagers Roy* is an undertaking specializing in janitorial services, and it does business in various parts of Quebec.

No contract or transaction of any kind was entered into between the mis en cause *Services Ménagers Roy*, *MBD* and *Netco* in respect of the janitorial work at the six schools, and it was admitted that no legal relation existed between them.

On February 5, 1980, the *F.T.Q. Union* filed an application for certification covering the employees of *Services Ménagers Roy* working in the Outaouais area. At that time, the *F.T.Q. Union* included among its members in good standing nearly all the employees of *Services Ménagers Roy* working in the Outaouais area.

et ils sont généralement en vigueur du 1^{er} juillet au 30 juin de l'année suivante.

En 1979, les contrats d'entretien pour les écoles en question sont accordés aux mises en cause *MBD Conciergeries Limitée (MBD)* et *Entreprises Netco Inc. (Netco)*.

À l'époque, l'appelant (le *Syndicat C.S.N.*), détient quatre certificats d'accréditation visant les salariés de *Netco* affectés à l'entretien d'autant d'écoles; et deux certificats visant les salariés de *MBD* affectés à l'entretien des deux autres écoles.

Le 9 décembre 1979, les salariés de *Netco* et de *MBD* déclenchent une grève légale.

Suite à cette grève, la *C.S.R.O.* résilie légalement les contrats accordés à *Netco* et à *MBD* et, le 24 janvier 1980, après appels d'offres, confie par contrat l'entretien des six écoles à la mise en cause *Services Ménagers Roy Limitée (Services Ménagers Roy)*, qui en entreprend l'exécution avec ses salariés.

Les trois mises en cause *Services Ménagers Roy*, *MBD* et *Netco* sont trois corporations distinctes exploitant des entreprises distinctes et qui sont en concurrence pour l'obtention de contrats d'entretien ménager offerts par les institutions publiques et les entreprises commerciales.

La mise en cause *Services Ménagers Roy* est une entreprise spécialisée dans l'entretien ménager et elle fait affaire dans diverses régions du Québec.

Relativement à l'entretien des six écoles, aucun contrat, ni aucune transaction de quelque nature que ce soit n'est intervenu entre les mises en cause *Services Ménagers Roy*, *MBD* et *Netco* et il est admis qu'aucun lien juridique n'a existé entre elles.

Le 5 février 1980, l'*Union F.T.Q.* dépose une requête en accréditation qui vise les salariés des *Services Ménagers Roy* travaillant dans la région de l'Outaouais. À ce moment, l'*Union F.T.Q.* compte comme membres en règle la presque totalité des salariés des *Services Ménagers Roy* travaillant dans la région de l'Outaouais.

At about the same time, the *C.S.N. Union* filed applications with the labour commissioner general citing ss. 45 and 46 of the *Labour Code*, seeking to have the transfer of the rights and obligations of *MBD* and *Netco* to *Services Ménagers Roy* recorded pursuant to those sections and so defeat the application of the *F.T.Q. Union* for certification.

On April 29, 1981, labour commissioner Réal Bibeault granted the *C.S.N. Union* applications; he recorded the transfer of the rights and obligations of *MBD* or *Netco*, as the case might be, to *Services Ménagers Roy* and declared that *Services Ménagers Roy* was bound by the certification of *MBD* or *Netco*, and by the legal strike, and that it became a party to any resulting proceeding in the place and stead of *MBD* or *Netco*, as if it had been named therein.

On the same day labour commissioner Réal Bibeault dismissed the *F.T.Q. Union's* application for certification because of his previous decision. In view of the transfer of the rights and obligations of *MBD* and *Netco* to *Services Ménagers Roy*, a legal strike was in progress at the latter's premises and the application for certification was outside the time limits specified by ss. 22 and 58 of the *Labour Code*.

These decisions were appealed to the Labour Court, and were upheld by a majority of that court: *Services Ménagers Roy Ltée v. Syndicat national des employés de la Commission scolaire régionale de l'Outaouais (C.S.N.)*, [1982] T.T. 115.

On March 9, 1982, the *F.T.Q. Union* filed in the Superior Court the motion for evocation referred to above against the decisions of commissioner Réal Bibeault and the Labour Court.

On November 5, 1982, Louis-Philippe Landry J. allowed the motion for evocation: *Union des employés de service, local 298 (F.T.Q.) v. Bibeault*, [1982] C.S. 977.

On January 16, 1984, Beauregard, McCarthy and Malouf J.J.A. of the Quebec Court of Appeal affirmed the Superior Court judgment.

Vers la même époque, le *Syndicat C.S.N.* dépose chez le commissaire général du travail des requêtes invoquant les art. 45 et 46 du *Code du travail* afin de faire constater la transmission des droits et obligations de *MBD* et *Netco* à *Services Ménagers Roy* et faire ainsi échec à la requête en accréditation de l'*Union F.T.Q.*

Le 29 avril 1981, le commissaire du travail Réal Bibeault accueille les requêtes du *Syndicat C.S.N.*; il constate la transmission des droits et obligations de *MBD* ou de *Netco*, selon le cas, à *Services Ménagers Roy* et il déclare que *Services Ménagers Roy* est liée par l'accréditation de *MBD* ou de *Netco*, ainsi que par la grève légale, et qu'elle devient partie à toute procédure en découlant aux lieu et place de *MBD* ou de *Netco* comme si elle y était nommée.

Le même jour, le commissaire du travail Réal Bibeault rejette la requête en accréditation de l'*Union F.T.Q.* à cause de sa décision précédente. Vu la transmission des droits et obligations de *MBD* ou de *Netco* à *Services Ménagers Roy*, une grève légale est en cours chez cette dernière, et la requête en accréditation se trouve en dehors des délais prévus par les art. 22 et 58 du *Code du travail*.

Ces décisions sont portées en appel devant le Tribunal du travail qui les confirme par un jugement majoritaire: *Services Ménagers Roy Ltée c. Syndicat national des employés de la Commission scolaire régionale de l'Outaouais (C.S.N.)*, [1982] T.T. 115.

Le 9 mars 1982, l'*Union F.T.Q.* adresse à la Cour supérieure la requête en évocation dont il est question plus haut à l'encontre des décisions du commissaire Réal Bibeault et du Tribunal du travail.

Le 5 novembre 1982, le juge Louis-Philippe Landry fait droit à la requête en évocation: *Union des employés de service, local 298 (F.T.Q.) c. Bibeault*, [1982] C.S. 977.

Le 16 janvier 1984, les juges Beauregard, McCarthy et Malouf de la Cour d'appel du Québec confirment le jugement de la Cour supérieure.

Hence the appeal with leave of this Court.

II—The Decisions of the Labour Commissioner, the Labour Court and the Courts Below

Before turning to these decisions it will be helpful to review the origins of ss. 45 and 46 of the *Labour Code* and their interpretation during the period leading up to the Labour Court's decision in the case at bar.

1. *The Origins of ss. 45 and 46 and the History of Their Interpretation*

Chouinard J., speaking for this Court, explained the origins of ss. 45 and 46 of the *Labour Code* in *Adam v. Daniel Roy Ltée*, [1983] 1 S.C.R. 683. The sections in question were numbered 36 and 37 at that time. Chouinard J. wrote the following at pp. 688-89:

Section 36 was adopted in 1961 by 9-10 Eliz. II, c. 73, as s. 10a of the *Labour Relations Act*, R.S.Q. 1941, c. 162A, which the *Labour Code* replaced. Its primary purpose was to alter the situation created by the decision of the Court of Appeal in *Brown, Syndicat national des travailleurs de la pulpe et du papier de La Tuque Inc. v. Commission des relations ouvrières de la Province de Québec*, [1958] Que. Q.B. 1.

The union had been certified to represent the employees of Brown Corporation at the La Tuque mill, and a collective agreement had been concluded for a period of three years. Shortly after signing this agreement, Brown Corporation sold its mill to Canadian International Paper Co.

The union applied to the Labour Relations Board to have its certification amended, substituting for Brown Corporation the name of Canadian International Paper Co., which under the contract of sale had assumed responsibility for the collective agreement.

The Board initially allowed the union's request, but subsequently, at the request of a rival association, it revised its decision and cancelled the union's certification. Although it did not say so, the Board appears to have based its decision on the principle of relativity of contracts contained in art. 1023 C.C.:

1023. Contracts have effect only between the contracting parties; they cannot affect third persons, except in the cases provided in the articles of the fifth section of this chapter.

D'où le pourvoi, sur autorisation de cette Cour.

II—Les décisions du commissaire du travail, du Tribunal du travail et des cours d'instance inférieure

Il est utile, avant d'arriver à ces décisions, de résumer la genèse des art. 45 et 46 du *Code du travail* et l'historique de leur interprétation durant la période qui a précédé la décision du Tribunal du travail en l'espèce.

1. *Genèse des art. 45 et 46 et historique de leur interprétation*

Le juge Chouinard parlant pour cette Cour a expliqué la genèse des art. 45 et 46 du *Code du travail* dans *Adam c. Daniel Roy Ltée*, [1983] 1 R.C.S. 683. À cette époque, les articles en question portaient les numéros 36 et 37. Voici ce qu'écrivit le juge Chouinard aux pp. 688 et 689:

L'article 36 a été adopté en 1961 par la Loi 9-10 Eliz. II, chap. 73, comme art. 10a de la *Loi des relations ouvrières*, S.R.Q. 1941, chap. 162A, que le *Code du travail* a remplacée. L'objet premier était de modifier la situation créée par l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *Brown, Syndicat national des travailleurs de la pulpe et du papier de La Tuque Inc. c. Commission des relations ouvrières de la Province de Québec*, [1958] B.R. 1.

Le syndicat était accrédité pour représenter les salariés de Brown Corporation au moulin de La Tuque et une convention collective avait été conclue pour une période de trois ans. Peu après la signature de cette convention, Brown Corporation vendit son moulin à Canadian International Paper Co.

Le syndicat s'adressa à la Commission des relations ouvrières pour faire modifier son certificat d'accréditation en y substituant à Brown Corporation le nom de Canadian International Paper Co. qui, par le contrat de vente, avait pris en charge la convention collective.

En un premier temps la Commission accorda la demande du syndicat, mais par la suite, à la requête d'une association rivale, elle revisa sa décision et annula l'accréditation du syndicat. Bien qu'elle ne l'exprime pas de cette façon, la Commission paraît en somme avoir fondé sa décision sur le principe de la relativité des contrats découlant de l'art. 1023 C.c.:

1023. Les contrats n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; ils n'en ont point quant aux tiers, excepté dans les cas auxquels il est pourvu dans la cinquième section de ce chapitre.

The certification had lapsed as a result of the sale of the mill.

By a majority of four to three, the Court of Appeal affirmed the judgment of the Superior Court, which quashed the writ of prohibition issued against this decision of the Board.

In *Centrale de chauffage Enr. v. Syndicat des employés des institutions religieuses de Chicoutimi Inc. et l'Hôpital de Chicoutimi*, [1970] R.D.T. 344, Donat Quimper A.C.J. of the Labour Court explained, at pp. 347-48, the reasons justifying adoption of this article and the intent of the legislator:

[TRANSLATION] In the years that followed adoption of the *Labour Relations Act* in 1944, it became apparent that certain transfers of ownership and work transfers had the effect of impeding the normal exercise of the right of association. In the case of a sale, unless there was an agreement to the contrary the buyer had no obligation either to the employees or to their association. The certification or collective agreement binding on the former owner ceased to apply.

Similarly, the practice of certain employers of giving work which was usually done in their own establishments to third parties to do could interfere with an application for certification if the transaction was accompanied by layoffs, and, in some cases, deprive the employees transferred to the service of the subcontractor of the benefits of an existing or future agreement. Here again, the certification or agreement was effective only with regard to the principal employer.

These are the two (2) situations which the legislator sought to remedy by enacting the first paragraph of section 10a. By that provision, he sought to protect the right of representation of the association and to maintain working conditions, whatever the fortunes of the business, apart from a judicial sale. He did this by, first, linking the certification and the collective agreement no longer to the person of the employer but to the business. It followed that henceforth the certification and collective agreement were part of the business. In the case of a sale, the buyer became bound by both the certification and the agreement. He succeeded to the rights and duties of the seller toward his former employees and the association.

The application of these new provisions encountered problems and is still the subject of controversy over twenty years after their adoption.

En conséquence le certificat de reconnaissance syndicale était devenu caduc par l'effet de la vente du moulin.

À la majorité de quatre contre trois, la Cour d'appel confirma le jugement de la Cour supérieure qui avait cassé le bref de prohibition émis à l'encontre de cette décision de la Commission.

Dans *Centrale de chauffage Enr. c. Syndicat des employés des institutions religieuses de Chicoutimi Inc. et l'Hôpital de Chicoutimi*, [1970] R.D.T. 344, le juge en chef adjoint Donat Quimper du Tribunal du travail explique, aux pp. 347 et 348, les raisons qui ont justifié l'adoption de cet article et l'intention du législateur:

Au cours des années qui ont suivi l'adoption de la *Loi sur les relations ouvrières* en 1944, il est apparu que certains transferts de propriété et transferts d'ouvrage avaient pour effet de faire échec à l'exercice normal du droit d'association. En cas de vente, l'acheteur, à moins de convention au contraire, n'avait aucune obligation ni envers les salariés ni envers leur association. L'accréditation ou la convention collective qui liait l'ancien propriétaire perdait son effet.

De même, la pratique de certains employeurs de confier à des tiers l'exécution de travaux qui étaient habituellement effectués dans leur propre établissement pouvait faire obstacle à une demande d'accréditation si la transaction s'accompagnait de mise à pied et priver, le cas échéant, les employés transférés au service du sous-traitant des avantages de la convention existante ou à intervenir. Encore ici, l'accréditation ou la convention n'avait d'effet qu'à l'égard de l'employeur principal.

Ce sont là les deux (2) situations auxquelles le législateur a voulu porter remède en édictant le 1^{er} alinéa de l'article 10a. Il a voulu, par cette disposition, protéger le droit de représentation de l'association et le maintien des conditions de travail, quelles que soient les vicissitudes de l'entreprise, sauf le cas de vente en justice. Il l'a fait en attachant, d'abord, l'accréditation et la convention collective non plus à la personne de l'employeur mais à l'entreprise. Il s'ensuit qu'accréditation et convention collective font désormais partie de l'entreprise. En cas de vente, l'acquéreur devient lié et par l'accréditation et par la convention. Il succède aux droits et aux obligations du vendeur envers ses anciens salariés et envers l'association.

L'application de ces dispositions nouvelles n'a pas été sans difficulté et fait encore l'objet de controverses plus de vingt ans après leur adoption.

As Robert P. Gagnon, Louis LeBel and Pierre Verge observe in *Droit du travail* (1987), at p. 332:

[TRANSLATION] The first paragraph of s. 45 contemplates the two types of situation the legislator clearly had in mind in enacting this provision, namely the alienation or operation by another of an undertaking. Alienation or operation by another, whether total or partial, will not invalidate certification, and the rights and obligations pertaining thereto will be transferred to the new employer.

The circumstances in which s. 45 applies to these two relatively straightforward types of situations generally do not present any great difficulty.

However, the matter appears to become more complicated in situations such as that which arises where the original employer resumes operation of the part of the undertaking he had granted to a third party: *Martinique Motor Inn Ltd. v. Union des employés d'hôtel, motel et club*, [1973] T.T. 151; it also seems to be complicated in situations like the one at bar in which one contractor loses his contract to another with whom he has no connection.

The disputes referred to by Chouinard J. are very well described by Catherine Saint-Germain, "Historique de la situation avant le jugement Commission scolaire régionale de l'Outaouais", in M. Brière, R. P. Gagnon and C. Saint-Germain, *La transmission de l'entreprise en droit du travail* (1982), at pp. 2 to 11.

The evolution of and the contradictions in the decisions of the Labour Court may be divided into two major periods.

The first period begins with the adoption in 1961 of the provision that would become s. 45 of the *Labour Code*, and ends in 1975 with *Jack Schwartz Service Station v. Teamsters Local Union 900*, [1975] T.T. 125.

During this first period the Court rendered judgments such as *Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida Inc. v. J.R. Thérberge Ltée*, [1965] R.D.T. 449; *Centrale de Chauffage Enr. v. Syndicat des employés des institutions religieuses de Chicoutimi Inc.*, [1970] T.T. 236;

Comme l'écrivent les auteurs Robert P. Gagnon, Louis LeBel et Pierre Verge dans *Droit du travail* (1987), à la p. 332:

Le premier alinéa de l'article 45 envisage les deux types de situations que le législateur avait manifestement d'abord à l'esprit en édictant cette disposition, c'est-à-dire l'aliénation ou la concession d'une entreprise. L'aliénation ou la concession, qu'elle soit totale ou partielle, n'invalidera pas l'accréditation, et les droits et obligations qui s'y rattachent se transmettront au nouvel employeur.

Les conditions d'application de l'art. 45 à ces deux types de situations relativement simples ne posent généralement pas de difficulté majeure.

Les choses paraissent se compliquer cependant dans des situations telles le cas de rétrocession où, à l'expiration d'une concession, l'employeur originaire reprend l'exploitation de la partie de l'entreprise qu'il avait concédée à un tiers: *Martinique Motor Inn Ltd. c. Union des employés d'hôtel, motel et club*, [1973] T.T. 151; elles paraissent se compliquer également dans des situations comme celles de l'espèce où un entrepreneur perd son contrat au profit d'un autre entrepreneur avec lequel il n'a aucune relation.

Les controverses auxquelles réfère le juge Chouinard sont fort bien décrites par M^e Catherine Saint-Germain, «Historique de la situation avant le jugement Commission scolaire régionale de l'Outaouais», dans M. Brière, R. P. Gagnon et C. Saint-Germain, *La transmission de l'entreprise en droit du travail* (1982), aux pp. 2 à 11.

On pourrait diviser en deux grandes périodes l'évolution et les contradictions de la jurisprudence du Tribunal du travail.

La première période commencerait avec l'adoption, en 1961, de la disposition qui allait devenir l'art. 45 du *Code du travail* pour se terminer en 1975 avec l'affaire *Jack Schwartz Service Station c. Teamsters Local Union 900*, [1975] T.T. 125.

Durant cette première période, furent rendus des jugements comme *Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida Inc. c. J.R. Thérberge Ltée*, [1965] R.D.T. 449; *Centrale de Chauffage Enr. c. Syndicat des employés des institutions religieuses de Chicoutimi Inc.*, [1970]

Syndicat national des concierges des commissions scolaires des comtés de Richelieu, Verchères et Yamaska (CSN) v. For-Net Inc., [1971] T.T. 146, the facts in which are similar to those in the case at bar; *Union des employés de service d'édifices, local 298—F.T.Q. v. Syndicat des employés de soutien de maisons d'enseignement de la Régionale Le Gardeur (CSN)*, [1971] T.T. 203, which also has points of similarity with those in the case at bar; *Martinique, supra*; *Canadian Kenworth Ltd. v. Syndicat international des travailleurs unis de l'automobile, de l'aéronautique, de l'astronautique et des instruments aratoires d'Amérique, local 1146*, [1975] T.T. 168.

Catherine Saint-Germain summarizes these judgments rendered in the first period as follows, *loc. cit.*, at p. 6:

[TRANSLATION] Thus, these first decisions of the Labour Court laid down two major principles governing the interpretation to be given to s. 45 of the Code:

—an undertaking is defined as functions, activities covered by a certification or a collective agreement; the identity of the employees carrying out these duties, the transfer of the equipment used and so on ... are not determining factors in the transfer of the undertaking: operation by another of the undertaking thus exists when work covered by a certification is placed in the hands of a third party;

—The new employer must have received a right from the previous employer in as much as operation by another implies a meeting of minds. In order for the certification or agreement to follow the undertaking as provided in s. 45 of the Labour Code, there must be a finding of a consensual transaction between the original and the new employer.

However, these principles were placed in doubt by several later decisions of the Court. Neither the theory of the undertaking as a functional reality nor the *legal relation theory* received unanimous judicial support.

The Labour Court judgments rendered during the second period, which immediately precedes the judgment in the case at bar, are summarized in part by Catherine Saint-Germain, *loc. cit.*, at pp. 6 to 8:

[TRANSLATION] Undoubtedly the greatest disruption of established precedent resulted from the judgment of

T.T. 236; *Syndicat national des concierges des commissions scolaires des comtés de Richelieu, Verchères et Yamaska (CSN) c. For-Net Inc.*, [1971] T.T. 146, dont les faits ressemblent à ceux de l'espèce; *Union des employés de service d'édifices, local 298—F.T.Q. c. Syndicat des employés de soutien de maisons d'enseignement de la Régionale Le Gardeur (CSN)*, [1971] T.T. 203, qui comporte également des ressemblances avec ceux de l'espèce; l'affaire *Martinique*, précitée; *Canadian Kenworth Ltd. c. Syndicat international des travailleurs unis de l'automobile, de l'aéronautique, de l'astronautique et des instruments aratoires d'Amérique, local 1146*, [1975] T.T. 168.

Voici comment M^e Catherine Saint-Germain résume ces jugements de la première période, *loc. cit.*, à la p. 6:

Ces premières décisions du Tribunal du travail ont donc posé deux grands principes quant à l'interprétation à donner à l'article 45 du Code:

—l'entreprise se définit comme des fonctions, des activités couvertes par une accréditation ou une convention collective, l'identité des salariés accomplissant ces tâches, la cession de l'équipement utilisé, etc ... ne sont pas des éléments déterminants de la transmission d'entreprise. Dès lors, il y a concession d'entreprise lorsqu'un travail couvert par une accréditation est confié à un tiers.

—Le nouvel employeur doit être l'*ayant cause* du précédent, en ce sens qu'une concession implique une rencontre de volontés d'un employeur cédant et d'un employeur cessionnaire. Pour que l'accréditation ou la convention jouissent du droit de suite énoncé à l'article 45 du Code du travail, le constat d'un acte de volonté entre l'employeur originaire et le nouvel employeur est essentiel.

Cependant, ces principes furent ébranlés par plusieurs décisions subséquentes du tribunal. Ni la théorie de l'entreprise comme réalité fonctionnelle, ni la théorie dite du *lien de droit* ne surent rallier l'unanimité des juges.

Les jugements du Tribunal du travail rendus pendant la seconde période, et qui précèdent immédiatement le jugement dont il est question en l'espèce, sont résumés en partie comme suit par M^e Catherine Saint-Germain, *loc. cit.*, aux pp. 6 à 8:

Le plus grand bouleversement sans doute subi par la jurisprudence résulta du jugement du juge en chef

Chief Judge Geoffroy in *Jack Schwartz Service Station v. Teamsters Local 900*, [1975] T.T. 125. Briefly, the facts were as follows: the Texaco company leased a service station to various operators in turn. With each lease the new employer hired new employees, but the contracts between Texaco and the tenants were identical; could the certification issued with respect to one of the tenants be transferred pursuant to s. 45 so as to apply to a subsequent operator?

Established precedent had traditionally answered this question in the negative, because of the lack of any direct connection between the various operators. In recording the transfer of the certification under s. 45, Chief Judge Geoffroy rejected the traditional approach and found that there does not have to be any legal relation between successive employers for this section to apply ...

For the definition of an undertaking, Chief Judge Geoffroy adopted the principle of the undertaking as a group of functions already developed in *Théberge, Centrale de chauffage* ... if the work carried out by various operators is the same, the undertaking is transferred even if new employees are hired by each new operator ...

Schwartz upset the established precedents of the Court on s. 45 of the Code, and the Court has remained divided since then. Some judges have accepted *Schwartz* and others have declined to do so.

In *Services Ménagers Bordeaux* (1980), 3 Can. L.R.B. 43; [1980] T.T. 233, Judge Burns adopted the thesis put forward in *Schwartz* ... [T]he question was whether the certification and the agreement issued in respect of a subcontractor for janitorial services should be transferred when the school board terminated the contract and awarded it to another subcontractor. Adopting *Schwartz*, Judge Burns answered in the affirmative.

Judge Morin, for his part, confirmed the requirement of a relation between the previous and the new employer in *Syndicat des employés de l'imprimerie de la région de l'amiante (CSN) v. Imprimerie Roy et Laliberté Inc.*, [1980] T.T. 503, although he added certain nuances to the rule. In his view, there must be a legal relation between the parties for s. 45 to apply, but this relation need not be contractual or direct. At page 507, he wrote:

Geoffroy dans l'affaire *Jack Schwartz Service Station c. Teamsters Local 900*, [1975] T.T. 125. Brièvement, les faits étaient les suivants: la compagnie Texaco louait une station-service successivement à différents concessionnaires. À chaque location, le nouvel employeur embauchait de nouveaux salariés, mais les contrats entre Texaco et les locataires étaient identiques; l'accréditation émise envers un des locataires pouvait-elle, en vertu de l'article 45, être transférée pour s'appliquer à l'égard d'un concessionnaire subséquent?

La jurisprudence traditionnelle aurait répondu négativement à cette question, en raison de l'absence de lien immédiat entre les différents concessionnaires. En constatant le droit de suite de l'accréditation selon l'article 45, le juge Geoffroy rejette l'approche traditionnelle et statue qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait un lien de droit entre les employeurs successifs pour que cet article s'applique ...

Quant à la définition de l'entreprise, le juge Geoffroy se rallie à la thèse de l'entreprise-fonctions déjà élaborée dans les affaires *Théberge, Centrale de chauffage* [...]: si le travail effectué par les différents concessionnaires est le même, il y a transmission d'entreprise, même si lors de chaque nouvelle concession de nouveaux salariés sont embauchés:

L'affaire *Schwartz* a ébranlé la jurisprudence du Tribunal se rapportant à l'article 45 du Code et le Tribunal est depuis demeuré divisé. Certains juges se sont ralliés à *Schwartz*, d'autres s'y sont refusés.

Dans la cause *Services Ménagers Bordeaux* (1980), 3 Can. L.R.B. 43; [1980] T.T. 233, le juge Burns se fait partisan de la thèse énoncée dans *Schwartz*. [...] Il s'agissait de déterminer si l'accréditation et la convention émises à l'endroit d'un sous-traitant en entretien ménager devaient être transmises lorsque la Commission scolaire résiliait le contrat pour l'accorder à un autre sous-traitant. Se ralliant à *Schwartz*, le juge Burns répond affirmativement.

Le juge Morin, pour sa part, confirme en la nuanciant la règle de la nécessité d'un lien dans *Syndicat des employés de l'imprimerie de la région de l'amiante (CSN) c. Imprimerie Roy et Laliberté Inc.*, [1980] T.T. 503. Selon lui, il faut qu'il y ait un lien pour que s'applique l'art. 45, mais il n'est pas nécessaire que ce lien soit contractuel, direct ou immédiat. À la p. 507, il écrit:

[TRANSLATION] This relation is not severed by the fact that there is an intermediary. For my part, I agree that there must be a relation, but the relation is not necessarily a nominate contract within the meaning of the Civil Code between the old and the new employers.

Judge Morin reiterated this position in the case at bar.

Other judges of the Labour Court, like Judge Girouard, continued to impose the traditional requirement of a direct transfer between the old and the new employers. For Judge Girouard, the transfer of an undertaking is:

[TRANSLATION] ... the finding of an intent (hence the exception of a judicial sale) and an act by which that employer divests himself of an undertaking that had been assumed by him and places it in the hands of, or "passes" it to, the other employer.

See in this regard: *Syndicat des salariés de service d'entretien (C.S.D.) v. Montcalm Carpets Specialists Ltd.*, [1981] T.T. 273, and *Entrepôts Schenker Ltée v. Travailleurs canadiens de l'Alimentation et d'autres industries, local P-766*, [1981] T.T. 420.

Moreover, the judges who continue to hold to the traditional view with respect to the requirement of a legal relation have a concept of the undertaking which differs from that originally developed in *Théberge* and *Centrale de Chauffage*, *supra*, and which paradoxically appears to favour the departure made in *Schwartz*, *supra*, regarding the absence of any requirement of a legal relation between the old and new employers. On this point, Catherine Saint-Germain describes a position such as that taken by Judge Girouard as follows, *loc. cit.*, at p. 9:

[TRANSLATION] This concept of the transfer of an undertaking is based on a quite different view of the undertaking from that adopted by Judge Lespérance and Associate Chief Judge Quimper in *Théberge* and *La Centrale de Chauffage* (that is, an undertaking viewed simply as a group of functions covered by the certificate of certification). Judge Girouard sees the undertaking as an organic reality, as an entire productive entity containing human, physical and intellectual components, namely employees, equipment, a purpose, work premises and so on ...

Qu'il y ait un intermédiaire ne fait pas disparaître ce lien. Quant à moi, je suis d'accord qu'il faille un lien mais ce lien n'est pas nécessairement un contrat nommé au sens du Code civil entre l'ancien et le nouvel employeur.

Le juge Morin reprendra cette thèse en l'espèce.

D'autres juges du Tribunal du travail, comme le juge Girouard, persistent dans l'exigence traditionnelle d'un transfert direct entre l'ancien et le nouvel employeur. Pour le juge Girouard, la transmission d'entreprise est:

... le constat d'une volonté (d'où l'exception de la vente en justice) et d'un geste par lequel cet employeur se départit d'une entreprise déjà assumée par lui-même pour la confier ou la «passer» à cet autre employeur.

Voir à ce sujet: *Syndicat des salariés de service d'entretien (C.S.D.) c. Montcalm Carpets Specialists Ltd.*, [1981] T.T. 273, et *Entrepôts Schenker Ltée c. Travailleurs canadiens de l'Alimentation et d'autres industries, local P-766*, [1981] T.T. 420.

Par ailleurs, les juges qui persistent dans la position traditionnelle quant à la nécessité d'un lien de droit, ont de l'entreprise un concept différent de celui qui paraît avoir été retenu à l'origine dans les affaires *Théberge* et *Centrale de Chauffage*, précitées, et qui, paradoxalement, semble favoriser le virage effectué dans l'affaire *Schwartz*, précitée, à propos de l'absence de nécessité d'un lien de droit entre l'ancien et le nouvel employeur. Voici comment M^e Catherine Saint-Germain décrit sur ce point une position comme celle du juge Girouard, *loc. cit.*, à la p. 9:

Cette conception du transfert d'entreprise s'appuie sur une notion de l'entreprise tout à fait différente de celle qui avait été échafaudée par les juges Lespérance et Quimper dans les affaires *Théberge* et *La Centrale de Chauffage* (soit une entreprise envisagée uniquement comme étant l'ensemble des fonctions couvertes par le certificat d'accréditation). Le juge Girouard conçoit l'entreprise comme une réalité organique, comme toute une organisation de production comprenant des éléments humains, physiques et intellectuels, soit des salariés, de l'équipement, une finalité, des lieux de travail, etc. ...

Catherine Saint-Germain cites the following passage from the judgment of Judge Girouard in *Entrepôts Schenker, supra*:

[TRANSLATION] These tasks, duties, positions, or activities should not be isolated from the rest of the undertaking and then used as a basis for concluding that they alone constitute the undertaking: that amounts to a confusion of the organized whole with one or more of its components. It is through this confusion that one arrives at the conclusion, which I consider mistaken, that the effect of the certification is to confer a monopolistic exclusivity over the duties or positions

Catherine Saint-Germain concludes in part as follows regarding the contradictions in decisions of the Labour Court before the judgment rendered in the case at bar, *loc. cit.*, at pp. 9-10:

[TRANSLATION] We find that the decisions of the Labour Court have produced several interpretations of this provision, none of which has so far been unanimously accepted by the judges; . . . [in the opinion of certain judges] it should only apply to situations in which the undertaking, as an *organized whole*, a specific entity containing various components, is transferred to a new employer and an immediate and direct consensual transaction can be said to have taken place between this new employer and the employer who transfers the undertaking.

In opposition to this thesis is the theory originating in *Schwartz*: the undertaking is to be seen in the context of certification, that is as a group of functions covered by the certification certificate, and a transfer of the undertaking or its operations must be found to exist each time a new employer exercises authority over these certified duties, even where there is no legal relation between the successive employers.

In an attempt to resolve these contradictions in the case at bar, the Labour Court adopted the suggestion of the parties that the full bench of eleven judges should sit. As we shall see, despite the existence of a clear majority on the conclusions, this attempt had only limited success in terms of stating principles and clarifying concepts.

The parties did not discuss the propriety of the exceptional procedure followed by the Labour Court of sitting with a full bench. I express no opinion on this point.

Et M^e Catherine Saint-Germain cite l'extrait suivant du jugement du juge Girouard dans l'affaire *Entrepôts Schenker*, précitée:

Il ne s'agit pas de voir ces seules tâches, ces seules fonctions, seules occupations ou seules activités dans leur unique individualité pour conclure [...] à l'entreprise, autrement, c'est confondre l'ensemble organisé avec l'un ou l'autre de ses éléments. C'est ainsi que survient la conclusion, erronée à mon sens, de devoir considérer l'effet d'une accréditation comme l'attribution d'une exclusivité monopolistique sur des fonctions, occupations . . .

M^e Catherine Saint-Germain conclut en partie comme suit sur les contradictions de la jurisprudence du Tribunal du travail avant le jugement rendu en l'espèce, *loc. cit.*, aux pp. 9 et 10:

On constate que la jurisprudence du Tribunal du travail a engendré plusieurs interprétations de cette disposition, dont aucune, jusqu'à présent, n'a su rallier l'unanimité des juges; [...] selon certains juges] les cas d'application doivent être limités aux situations où l'entreprise, en tant qu'*ensemble organisé*, entité propre comprenant divers éléments, est transférée à un nouvel employeur et entre ce nouvel employeur et l'employeur cédant, on puisse constater un acte consensuel immédiat et direct.

À l'opposé de cette thèse, se situe la théorie qui a sa source dans l'arrêt *Schwartz*: l'entreprise doit être conçue dans le contexte de l'accréditation, c'est-à-dire comme un ensemble de fonctions visées par le certificat d'accréditation et il faut constater une concession d'entreprise chaque fois qu'un nouvel employeur exerce une autorité sur ces fonctions accréditées, même sans lien de droit entre les employeurs successifs.

C'est pour tenter de résoudre ces contradictions qu'en l'espèce le Tribunal du travail a donné suite à la suggestion des parties de siéger en banc complet de ses onze juges. Comme nous le verrons, malgré la présence d'une majorité nette quant au dispositif, le succès de cette tentative a été mitigé au plan de l'affirmation des principes et de la clarification des concepts.

Les parties n'ont pas discuté de la régularité de la procédure exceptionnellement suivie par le Tribunal du travail, et qui a consisté à siéger en banc. C'est un sujet sur lequel je n'exprime aucune opinion.

2. The Decision of the Labour Commissioner

The labour commissioner, Mr. Réal Bibeault, found that the evidence showed there was no legal relation between the janitorial service companies; however, relying principally on the Labour Court judgments in *Schwartz, supra*, and *Syndicat national des employés de la Commission scolaire régionale de l'Outaouais v. Services Ménagers Bordeaux*, [1980] T.T. 233, he held that the only conditions for the application of s. 45 of the *Labour Code* are the existence of a new employer and the continuity of the undertaking. According to this line of authority, the existence of a legal relation between successive employers is not a condition for the application of s. 45. He also referred, *inter alia*, to the judgment of Judge Morin in *Imprimerie Roy et Laliberté Inc., supra*, according to which the existence of a legal relation between the old and the new employer is not necessary for s. 45 to apply. He adopted a concept of the undertaking put forward by Judge Burns in *Services Ménagers Bordeaux, supra*, at p. 242:

[TRANSLATION] ... we are concerned with the operation constituted by janitorial services performed at the Nicolas Gatineau comprehensive school.

As we saw earlier, the labour commissioner concluded that s. 45 of the *Labour Code* applied and that the rights and obligations of *MBD* or *Netco*, as the case might be, had been transferred to *Services Ménagers Roy*, which he declared bound by the certifications of *MBD* and *Netco* and by the legal strike initiated against them.

3. The Decision of the Labour Court

This decision is very detailed. It takes up ninety pages of the Labour Court reports. Eight of the eleven judges of the Court wrote separate reasons containing at times rather subtle differences. It is therefore not an easy decision to summarize. An adequate summary is however provided in the objective headnote prepared by the Labour Court law editors and published with the Court's decision. A more detailed and more critical summary has also been published by Robert P. Gagnon, "L'article 45 du Code du travail après le jugement

2. La décision du commissaire du travail

Le commissaire du travail, M. Réal Bibeault, constate que la preuve démontre qu'il n'y a pas de lien de droit entre les entrepreneurs en entretien ménager. Mais il s'appuie principalement sur les jugements du Tribunal du travail dans l'affaire *Schwartz*, précitée, et l'affaire *Syndicat national des employés de la Commission scolaire régionale de l'Outaouais c. Services Ménagers Bordeaux*, [1980] T.T. 233, pour décider que les seules conditions d'application de l'art. 45 du *Code du travail* sont la survenance d'un nouvel employeur et la continuité de l'entreprise. L'existence d'un lien de droit entre employeurs successifs n'est pas, selon cette jurisprudence, une condition d'application de l'art. 45. Il réfère également, entre autres, au jugement du juge Morin dans l'affaire de *l'Imprimerie Roy et Laliberté Inc.*, précitée, selon lequel entre l'ancien et le nouvel employeur la présence d'un lien juridique n'est pas nécessaire à l'application de l'art. 45. Il retient de l'entreprise une notion qui est celle du juge Burns dans l'affaire *Services Ménagers Bordeaux*, précitée, à la p. 242:

... il s'agit de l'opération que constitue l'entretien ménager ou le nettoyage, si l'on veut, de l'école polyvalente Nicolas Gatineau.

Comme on l'a vu plus haut, le commissaire du travail conclut à l'application de l'art. 45 du *Code du travail* et à la transmission des droits et obligations de *MBD* ou de *Netco*, selon le cas, à *Services Ménagers Roy* qu'il déclare liée par les accréditations de *MBD* et de *Netco* ainsi que par la grève légale qui a été déclenchée contre ces dernières.

3. La décision du Tribunal du travail

Cette décision est fort élaborée. Elle comporte quatre-vingt-dix pages des rapports du Tribunal du travail. Huit des onze juges du Tribunal y écrivent des motifs distincts comportant parfois des différences relativement subtiles. Ce n'est donc pas une décision facile à résumer. On en trouvera cependant un résumé adéquat dans le sommaire objectif rédigé par les arrêttistes du Tribunal du travail et publié avec la décision de ce dernier. On en trouvera également un résumé plus détaillé et plus critique publié par M^e Robert P. Gagnon, «L'arti-

C.S.R. Outaouais", in *La transmission de l'entreprise en droit du travail*, op. cit., at pp. 145 to 163.

Seven of the eleven Labour Court judges dismissed the appeal from the labour commissioner's decision. They held that there had been a transfer of the undertaking in the circumstances. Consequently, the rights and obligations attached to the certification were also transferred from the undertakings covered by the certifications to the new subcontractors by virtue of s. 45 of the *Labour Code*. The judges in question were Chief Judge Geoffroy, Associate Chief Judge Beaudry and Judges Morin, Auclair, Burns, Saint-Arnaud and Brière. Judge Brière however dissented in part on certain matters which he would have referred back to the labour commissioner for further inquiry.

The four dissenting judges would have allowed the appeal. They were Judges Girouard, Lesage, Prud'Homme and Aubé.

However, the seven majority judges did not all arrive at their conclusions for the same reasons, and there were also slight differences between the opinions of certain minority judges.

3.1 Continuity or the Preservation of the Essential Elements of the Undertaking

The only condition which all the Labour Court judges considered essential to the application of s. 45 was the continuity of the undertaking. This agreement is superficial, however, since the Labour Court judges agreed neither on the identification of the undertaking in the case at bar nor on the definition of the undertaking.

3.2 The Legal Relation Between Successive Employers

They also were not in agreement on what is probably the chief point in dispute: for s. 45 to apply, must there be a legal relation between the old and the new employer, resulting from an agreement between them to transfer the undertaking, such that the first employer transfers a right or rights to the second?

Four judges of the Labour Court were clearly of the opinion that the existence of a relation, legal or

cle 45 du Code du travail après le jugement C.S.R. Outaouais», dans *La transmission de l'entreprise en droit du travail*, op. cit., aux pp. 145 à 163.

Sept des onze juges du Tribunal du travail rejettent l'appel de la décision du commissaire du travail. Ils décident qu'il y a eu transfert d'entreprise en l'espèce, et par conséquent des droits et obligations rattachés à l'accréditation en vertu de l'art. 45 du *Code du travail*, des entreprises visées par les accréditations aux nouveaux sous-traitants. Il s'agit du juge en chef Geoffroy, du juge en chef adjoint Beaudry et des juges Morin, Auclair, Burns, Saint-Arnaud et Brière. Ce dernier est cependant dissident en partie relativement à quelques dossiers qu'il aurait retournés au commissaire du travail pour complément d'enquête.

Les quatre juges dissidents auraient accueilli l'appel. Ce sont les juges Girouard, Lesage, Prud'Homme et Aubé.

Mais les sept juges majoritaires n'arrivent pas tous à leurs conclusions pour les mêmes motifs. Et il y a également des nuances entre les opinions de certains juges minoritaires.

3.1 La continuité ou le maintien de l'entreprise dans ses éléments essentiels

La seule condition que tous les juges du Tribunal du travail considèrent essentielle à l'application de l'art. 45 est la continuité de l'entreprise. Cet accord reste cependant superficiel puisque les juges du Tribunal du travail ne s'accordent ni sur l'identification de l'entreprise dont il est question en l'espèce ni sur la définition de l'entreprise.

3.2 Le lien de droit

Ils ne s'accordent pas non plus sur ce qui constitue probablement l'objet principal du litige: pour que puisse s'appliquer l'art. 45, faut-il qu'il y ait un lien de droit entre l'ancien et le nouvel employeur, résultant de l'accord de leur volonté sur le transfert de l'entreprise du premier au second, de telle sorte qu'ils soient respectivement l'ayant cause et l'ayant droit l'un de l'autre?

Quatre juges du Tribunal du travail sont clairement d'avis que l'existence d'un lien, juridique ou

otherwise, direct or indirect, between successive employers is not a condition for the application of s. 45. In their view, the only condition for the application of this section, when a new employer replaces the old, is that the undertaking must continue. Their principal spokesman was Chief Judge Geoffroy, with whom Judges Auclair, Saint-Arnaud and Burns simply concurred. According to Chief Judge Geoffroy, in view of the principles of civil law which s. 45 was meant to correct, "alienation of an undertaking" within the meaning of this section is [TRANSLATION] "the extinction by whatever means of the legal connection an employer had to the ownership or the enjoyment of an undertaking" (p. 122).

Judge Morin, who was part of the majority, repeated the thesis he had first put forward in *Imprimerie Roy et Laliberté Inc.*, *supra*. In his opinion, which he stated, *inter alia*, at p. 138:

[TRANSLATION] ... for there to be continuity of an undertaking, a relation between the previous and the new employer must exist.

In Judge Morin's opinion, however, this relation is not necessarily contractual, legal or direct. In the case at bar, it is provided by the C.S.R.O.

Associate Chief Judge Beaudry concurred in the opinion of Chief Judge Geoffroy and in that of Judge Morin, which at least on the surface indicates an internal contradiction with respect to the requirement of some kind of relation between successive employers.

Judge Brière agreed with the majority's basic conclusions, but some of his reasoning is distinct from that of the majority. Unlike the other majority judges, he concluded that for there to be continuity of the undertaking there has to be a legal relation established by contract or at law between successive employers—other than a simple purchase of particular goods or services that does not result in a loss of employment or layoff. However, this legal relation does not have to be direct provided it is continuous. The Labour Court law editor summarizes the approach taken by Judge Brière on this point as follows:

autre, direct ou indirect, entre employeurs successifs n'est pas une condition d'application de l'art. 45. Pour eux, la seule condition d'application de cet article, s'il y a survenance d'un nouvel employeur, est le maintien de l'entreprise. Leur principal porte-parole est le juge en chef Geoffroy à qui les juges Auclair, Saint-Arnaud et Burns donnent un accord pur et simple. Selon le juge en chef Geoffroy, compte tenu des principes de droit commun auxquels l'art. 45 a voulu remédier, «l'aliénation de l'entreprise» au sens de cet article est «l'extinction, par quelque moyen que ce soit, du lien de droit que détenait un employeur sur la propriété ou la jouissance d'une entreprise» (p. 122).

Le juge Morin, qui fait partie de la majorité, reprend la thèse qu'il avait d'abord exposée dans l'affaire *Imprimerie Roy et Laliberté Inc.*, précitée. À son avis, qu'il expose entre autres à la p. 138:

... il faudra toujours, pour conclure qu'il y a continuité d'entreprise, retrouver un lien entre l'employeur précédent et le nouvel employeur.

Mais, selon le juge Morin, ce lien n'est pas nécessairement un lien contractuel ou juridique, ni un lien direct. En l'espèce, ce lien est assuré par la C.S.R.O.

Le juge en chef adjoint Beaudry se rallie à l'opinion du juge en chef Geoffroy et à celle du juge Morin, ce qui laisse entrevoir à tout le moins l'apparence d'une contradiction interne quant à la nécessité d'une certaine sorte de lien entre employeurs successifs.

Le juge Brière se joint à la majorité pour l'essentiel du dispositif, mais il fait bande à part quant à plusieurs de ses motifs. Contrairement aux autres juges de la majorité, il conclut à la nécessité d'un lien juridique contractuel ou légal—autre qu'un simple achat de biens ou de services particuliers n'entraînant pas de perte d'emploi ou de mise à pied—entre employeurs successifs pour qu'il y ait continuité de l'entreprise. Mais ce lien de droit n'a pas à être immédiat pourvu qu'il soit continu. L'arrêtiste du Tribunal du travail résume comme suit la pensée du juge Brière sur ce point:

[TRANSLATION] ... this legal relation does not necessarily have to be direct; yet it must be continuous, the undertaking passing through the party conferring the right to operate the undertaking to the successive operators so as to establish a continuous link in successive rights. As the school board was never the employer in the operation of the janitorial service undertaking, it did not transfer a functional undertaking when it entrusted the execution of janitorial services to the first subcontractor; however, the termination of this arrangement led to a transfer of the undertaking from the subcontractor to the school board, since the board was taking back the right to operate the undertaking. The undertaking therefore did not move between operators, but went from the party conferring the right to operate it to the first subcontractor, from the first subcontractor back to the party conferring the right, and so on. This type of transfer of an undertaking brings about a transfer of rights and obligations pursuant to s. 45.

The minority judges, on the other hand, had no doubt that a legal relation between the two subcontractors was necessary.

Judge Girouard wrote, *inter alia*, at p. 193:

[TRANSLATION] ... the consensual transaction between two parties, whereby rights in the operation of the undertaking ... are conferred, is the *sine qua non* of the application of s. 45, in that the consent of the parties gives rise to the circumstances upon which s. 45 is based.

Judge Lesage agreed with the opinion of Judge Girouard, but expanded, if that is possible, on Judge Girouard's reasons, and Judge Prud'Homme concurred in the opinion of Judge Lesage with brief additional comments. Judge Aubé agreed, at a minimum, with the conclusions of his three dissenting colleagues, subject to a distinction as to the nature of an undertaking, about which I will say a word later.

Thus it would appear that five of the eleven judges of the Labour Court considered that no relation of any kind between subcontractors is necessary before s. 45 can apply. Six of the eleven thought the contrary, and five of these considered that the relation in question had to be a legal relation, whether direct (the dissenting judges) or indirect (Judge Brière).

... ce lien de droit ne doit pas être nécessairement immédiat; il doit être continu, l'entreprise passant d'un concessionnaire à un autre par l'intermédiaire du concédant, et il y a alors continuité de liens de droits successifs. Comme la commission scolaire n'a jamais été employeur pour l'exploitation de l'entreprise d'entretien, elle n'a pas cédé d'entreprise de travail lorsqu'elle a confié cet entretien à un premier sous-traitant; toutefois, la fin de cette concession effectuait une transmission de l'entreprise du sous-traitant à la commission scolaire par voie de rétrocession, puisque la commission reprenait le droit d'exploiter l'entreprise. Cette entreprise ne s'est donc pas déplacée entre chaque concessionnaire, mais a procédé du concédant au premier concessionnaire, de ce dernier au concédant et ainsi de suite. Cette forme de transmission d'entreprise entraîne la transmission des droits et obligations prévue par l'article 45.

Pour les juges minoritaires, par contre, la nécessité d'un lien de droit entre les deux sous-traitants ne fait pas de doute.

Le juge Girouard écrit, entre autres, à la p. 193:

... l'acte consensuel entre les deux parties à une concession d'entreprise [...] est l'élément essentiel qui sous-tend et permet, *sine qua non*, le fait même d'une situation qui est la source de cet article de loi.

Le juge Lesage donne son accord à l'opinion du juge Girouard en l'amplifiant, s'il est possible, et le juge Prud'Homme souscrit à l'opinion du juge Lesage avec de brefs commentaires additionnels. Quant au juge Aubé, il est d'accord à tout le moins avec les conclusions de ses trois collègues dissidents, sous réserve d'une distinction sur la nature de l'entreprise dont je dirai un mot plus bas.

Ainsi donc, semble-t-il, cinq des onze juges du Tribunal du travail sont d'avis qu'un lien de quelque nature que ce soit entre sous-traitants n'est pas nécessaire pour que s'applique l'art. 45. Six de ces onze juges pensent le contraire et cinq de ces derniers opinent que ce lien doit être un lien de droit, soit direct, les juges dissidents, soit indirect, le juge Brière.

3.3 The Identification of the Undertaking

As I have already indicated, the judges of the Labour Court also disagreed as to the identification of the undertaking in the case at bar. Is the undertaking we are concerned with that of the C.S.R.O. or the undertakings of each subcontractor designated in a certification?

Chief Judge Geoffroy and the three judges who simply concurred in his opinion concluded that the undertaking in question was that of the C.S.R.O.

Similarly, Associate Chief Judge Beaudry, at pp. 130-31, and Judge Brière, at p. 146, expressed the view that the undertaking in question is that of the C.S.R.O. However, at p. 175, Judge Brière wrote that the C.S.R.O. did not transfer an undertaking when it entrusted the execution of janitorial services at its schools to the first subcontractor.

In contrast, the minority judges were of the opinion that the undertaking in question in s. 45 can only be that of the employer designated in a certification, and in the case at bar the undertaking can only be that of the subcontractors: see pp. 185, 200, 204 and 205.

This point of view appears to have been shared by Judge Morin, who, although part of the majority, wrote at p. 137:

[TRANSLATION] In the cases under consideration, cases involving janitorial services in schools, the nature of the undertaking covered by s. 45 must be determined; ...

First, we must dispel any ambiguity. The certifications in question are directed not to the school board's undertaking, but to the undertakings operated by the janitorial service subcontractors who were affected by the certifications. Although essentially these subcontractors are, by virtue of a contract, operating a part of the school board's larger undertaking, the undertakings designated in the certifications are those operated by the various employers who were, at the time the certifications were issued, the various subcontractors for janitorial services.

3.4 The Concept of an Undertaking

Without doubt, however, the concept of an undertaking gave rise to the greatest number of different approaches in the Labour Court judgment, subtle differences that are not easy to pin-

3.3 L'identification de l'entreprise

Comme je l'ai déjà indiqué, les juges du Tribunal du travail sont aussi en désaccord sur l'identification de l'entreprise dont il est question en l'espèce. S'agit-il de l'entreprise de la C.S.R.O. ou bien de celle de chacun des sous-traitants visés par une accréditation?

Pour le juge en chef Geoffroy et les trois juges qui partagent purement et simplement son avis, c'est de l'entreprise de la C.S.R.O. qu'il s'agit.

De même, le juge en chef adjoint Beaudry, aux pp. 130 et 131, et le juge Brière, à la p. 146, expriment-ils l'opinion que l'entreprise en question est celle de la C.S.R.O. Cependant, le juge Brière écrit, à la p. 175, que la C.S.R.O. n'a pas cédé d'entreprise le jour où elle a confié l'entretien de ses écoles à un premier sous-traitant.

D'autre part, pour les juges minoritaires, l'entreprise dont il est question à l'art. 45 ne saurait être que celle de l'employeur visé par une accréditation et, en l'espèce, ce ne peut être que celle des sous-traitants; voir pp. 185, 200, 204 et 205.

Ce point de vue est partagé semble-t-il par le juge Morin qui, lui, fait partie de la majorité et qui pourtant écrit, à la p. 137:

Dans les cas qui nous occupent, cas qui concernent l'entretien ménager dans des écoles, il faut déterminer la nature de l'entreprise visée par l'article 45; ...

Il faut d'abord dissiper toute ambiguïté. Ce qui est visé par les accréditations en cause, ce n'est pas l'entreprise de la commission scolaire, mais bien celles exploitées par les différents entrepreneurs en entretien ménager qui furent concernés par les accréditations. Bien qu'essentiellement ces entrepreneurs exploitent, en vertu d'un contrat, partie de l'entreprise de la commission scolaire, les entreprises visées par les accréditations sont celles exploitées par les différents employeurs qui étaient, à l'époque desdites accréditations, les différents entrepreneurs en entretien ménager concernés.

3.4 La notion de l'entreprise

Mais c'est sans doute à propos de la notion d'entreprise que le jugement du Tribunal du travail comporte le plus de divergences, d'ailleurs subtiles, difficiles à cerner et à résumer. Tous les

point or summarize. All the judges took the certification into account in defining the concept of an undertaking, but their unanimity went no further than that.

Chief Judge Geoffroy and the three judges who concurred in his opinion continued to endorse the functional concept of an undertaking, which they maintained found authority in some of the earliest decisions of the Labour Court, and in particular in the judgment of Associate Chief Judge Donat Quimper in *Centrale de Chauffage, supra*, on which they relied and which will be discussed below.

It should be pointed out that the opinion of Chief Judge Geoffroy on the lack of any requirement of a legal relation between subcontractors is largely due to his view of an undertaking.

In contrast with Chief Judge Geoffroy and the judges who simply concurred with him, the dissenting judges, with the probable exception of Judge Aubé, supported the organic concept of an undertaking. Paradoxically, they also relied on the initial decisions of the Labour Relations Board and the Labour Court, emphasizing that this concept is limited by the certification. Judge Girouard adopted the following definition of an undertaking, at p. 186:

[TRANSLATION] ... It is the organized group of operations set in motion by an agent for a definite purpose. These operations take the form, *inter alia*, of tasks, duties, occupations, activities, performed in a defined framework using specific methods having regard to the wishes and resources of the agent.

The following passage is found on the same page, a few lines earlier:

[TRANSLATION] ... [the certification] is tailored to the undertaking which an employer intended to carry on, assume and direct, and follows it when the employer alienates the undertaking or transfers its operation to another employer; in any case, the certification cannot come into existence for an undertaking which an employer has not assumed, nor for the undertaking of another employer: these are undertakings not initially designated in the application for certification, and no

juges tiennent compte de l'accréditation pour cerner la notion d'entreprise, mais l'unanimité ne va guère plus loin.

^a Le juge en chef Geoffroy et les trois juges qui lui donnent leur accord continuent d'endosser le concept fonctionnel de l'entreprise qui, selon eux, remonterait pratiquement à la jurisprudence initiale du Tribunal du travail et particulièrement au jugement du juge en chef adjoint Donat Quimper dans *Centrale de Chauffage*, précitée, dont ils se réclament et dont il sera question plus bas.

^c Il importe d'observer que l'opinion du juge en chef Geoffroy quant à l'absence de nécessité d'un lien de droit entre sous-traitants est largement tributaire de la conception qu'il se fait de l'entreprise.

^d À l'opposé du juge en chef Geoffroy et des juges qui sont purement et simplement d'accord avec lui, les juges dissidents, à l'exception probablement du juge Aubé, s'en tiennent au concept organique de l'entreprise. Paradoxalement, ils se réclament également de la jurisprudence initiale de la Commission des relations ouvrières et du Tribunal du travail en soulignant que cette notion se trouve circonscrite par l'accréditation. Le juge Girouard retient la définition suivante de l'entreprise à la p. 186:

^e ... il s'agit de cet ensemble organisé des opérations mises en œuvre par un agent et selon une finalité établie. Et ces opérations se traduisent, entre autres, par des tâches, des fonctions, des occupations, des activités exécutées dans des structures prévues et selon des modes particuliers eu égard aux volontés et aux possibilités de l'agent.

^f Et, sur la même page, on trouve quelques lignes auparavant ce passage:

^g ... [l'accréditation] s'ajuste à l'entreprise qu'un employeur a voulu entreprendre, assumer, diriger, et elle la suit lorsque cet employeur l'aliène ou la concède à un autre employeur; par ailleurs, cette accréditation ne peut entrer en existence par rapport à une entreprise qu'un employeur n'a pas assumée, ou par rapport à l'entreprise d'un autre employeur: entreprise non visée originaire-

relationship, either by alienation or by transfer of operations, is established between them and the first employer.

As noted above, Judge Lesage concurred with Judge Girouard but added his own comments.

At page 199, he dissociated himself from Chief Judge Geoffroy's opinion with respect to the nature of an undertaking:

[TRANSLATION] With respect, this diffuse concept of an undertaking, associating it with the principal economic agent who is the pivot of all the related activities [in the case at bar, the undertaking of the C.S.R.O.], is entirely at variance with the wording of s. 45 itself, seen in the perspective of the *Labour Code*. It focuses purely on the continuity of the undertaking, seen in a wide economic perspective, without looking at the limits imposed by the Code by referring to alienation.

On the same page and the page following, Judge Lesage wrote:

[TRANSLATION] The juxtaposition of the employer and the certification, as the point of departure and the consequence of alienation in the wording of s. 45, is so fundamental that it necessarily implies that only activities actually directed by the employer, and for which he hires employees, are at the heart of the undertaking in question and give it its definition. For the purposes of s. 45, therefore, it is the alienation of the personal undertaking affected by collective rights we are concerned with.

Accordingly, both the natural meaning of the words and the context of the *Labour Code* require that we separate a given undertaking from its economic context and consider it strictly in terms of the specific activities and personal contribution of the employer designated in the certification and the other collective rights which will continue despite the alienation.

The undertaking, which must be found to have been alienated before s. 45 can apply, is that under the legal control of the employer who is certified or is affected by collective rights, and by definition only he may dispose of it.

Judge Aubé, who was among the dissenting judges, relied at p. 204 on the definition of an undertaking given by Associate Chief Judge Donat Quimper in *Centrale de Chauffage, supra*, and

ment par la requête pour accréditation et sans relation d'aliénation ou de concession avec le premier employeur.

Comme susdit, le juge Lesage est d'accord avec le juge Girouard mais il ajoute ses propres commentaires.

À la page 199, il se dissocie de l'opinion du juge en chef Geoffroy sur la nature de l'entreprise:

Avec respect, cette notion diffuse de l'entreprise, la rattachant au principal agent économique qui serait le pivot de toutes les activités reliées [en l'espèce, l'entreprise de la C.S.R.O.], heurte de plein fouet le texte même de l'article 45, vu dans la perspective du *Code du travail*. Elle est axée sur la pure continuité de l'entreprise, prise dans une large perspective économique, sans rechercher les limites imposées par le code en parlant d'aliénation.

À la même page et à la page suivante, le juge Lesage écrit:

La juxtaposition de l'employeur et de l'accréditation, comme point de départ et comme conséquence de l'aliénation dans le texte de l'article 45, est tellement essentielle qu'elle oblige à conclure que ce sont les seules activités effectivement dirigées par l'employeur et pour lesquelles il engage des salariés qui sont au cœur de l'entreprise dont il s'agit et qui valent à celle-ci sa définition. Il doit donc s'agir, pour les fins de l'article 45, de l'aliénation de l'entreprise personnelle visée par des droits collectifs.

Il faut donc dissocier, tant en vertu du sens naturel des mots que du contexte du *Code du travail*, une entreprise donnée du milieu économique où elle s'insère et la considérer strictement en fonction des activités effectives et de la mise en œuvre personnelle de l'employeur visé par l'accréditation et les autres droits collectifs qui doivent perdurer malgré l'aliénation.

L'entreprise dont on doit constater au départ l'aliénation pour appliquer l'article 45 est celle sous le contrôle juridique de l'employeur accrédité ou visé par des droits collectifs. Et lui seul peut en disposer par définition.

Le juge Aubé, l'un des dissidents, s'appuie à la p. 204 sur la définition de l'entreprise que cite le juge en chef Geoffroy et qui est celle du juge en chef adjoint Donat Quimper dans l'affaire *Cen-*

cited by the Chief Judge of the Labour Court, Judge Geoffroy, in the case at bar, and drew the following conclusion:

[TRANSLATION] Accordingly, in the cases under consideration the undertaking is the totality of janitorial services performed in the various schools concerned.

He concluded that there had been, at least potentially, a transfer of the operation of its undertaking by the C.S.R.O., since the school board could have in the past and could still in the future decide to operate the undertaking itself. However, s. 45 could not apply in the case at bar because no certification of the undertaking had ever bound the C.S.R.O., and the application of s. 45 of the *Labour Code* depends on the certification of the party conferring rights in the undertaking. Consequently, wrote Judge Aubé:

[TRANSLATION] It is more than apparent, in the cases under consideration, that in as much as the certifications were issued in respect of the subcontractors, the certifications applied to the undertaking of the subcontractor and not the undertaking of the school board.

He also concluded at p. 205 that there was no continuity of the undertaking in the case at bar:

[TRANSLATION] Did the new subcontractors continue the business of those who had performed the janitorial services before them in the same schools? It seems evident to me that they did not.

Judge Morin, who formed part of the majority, and with whom Judge Beaudry concurred as well as with Chief Judge Geoffroy, rejected both the operational and the organic concepts of an undertaking. In his opinion, while the organic concept of the undertaking would unduly limit the operation of s. 45 of the *Labour Code*, the functional concept of the undertaking is so broad as to make it impossible to distinguish between two similar undertakings, and consequently, would make any determination as to the continuity of the same undertaking equally impossible. He therefore adopted what is perhaps an intermediate position, based on pragmatism. At pages 136-37 he wrote:

[TRANSLATION] ... the undertaking must be analysed above all in the context of the certification. Section 45 applies only to an undertaking covered by a certification. This undertaking must correspond first and fore-

trale de Chauffage, précitée, et il en tire la conséquence suivante:

^a Donc, dans les cas sous étude, l'entreprise serait l'ensemble des opérations d'entretien ménager mises en œuvre dans les différentes écoles concernées.

^b Il en conclut qu'il y a eu concession par la C.S.R.O. aux divers sous-traitants de son entreprise au moins virtuelle, puisqu'elle aurait pu dans le passé et pourrait encore à l'avenir décider de l'exploiter elle-même. Mais comme cette entreprise n'a jamais été accréditée vis-à-vis la C.S.R.O., l'art. 45 du *Code du travail* est inapplicable, car il postule l'accréditation du concédant. Or, écrit le juge Aubé:

^d Dans les présents dossiers, il saute aux yeux que, quand les accréditations ont été décernées vis-à-vis les concessionnaires, elles visaient l'entreprise du sous-traitant et non pas celle de la commission scolaire.

^e Il conclut également à la p. 205 qu'il n'y a pas de continuité d'entreprise en l'espèce:

^f Les nouveaux concessionnaires continuent-ils le *business* de ceux qui faisaient le ménage avant eux dans les mêmes écoles? Il m'apparaît évident que non.

^g Quant au juge Morin, qui fait partie de la majorité, et à qui le juge Beaudry donne son accord en même temps qu'au juge en chef Geoffroy, il répudie tant le concept fonctionnel que le concept organique de l'entreprise. À son avis, la notion organique faciliterait trop souvent la mise en échec de l'art. 45 du *Code du travail*, tandis que la notion fonctionnelle serait trop large pour permettre de distinguer entre deux entreprises semblables et par conséquent de décider s'il y a continuité de la même entreprise. Il adopte donc ce qui est peut-être une position intermédiaire caractérisée par le pragmatisme. Il écrit, aux pp. 136 et 137:

ⁱ ... c'est avant tout dans le contexte de l'accréditation qu'il faut analyser l'entreprise. En effet, l'article 45 ne s'applique qu'à une entreprise visée par une accréditation. Cette entreprise devra se rapporter primordialement

most with the functions covered by the certificate of certification.

This does not mean that it will not be necessary in certain cases to determine whether human components, physical components and even intellectual components are present. That will depend on each case. Thus, an undertaking which is defined essentially in terms of high technology will not be found to have continued to exist if that high technology was not part of the transfer. The same thing, for example, might be true where one school bus company succeeds another if no equipment or buses were alienated or transferred. It all depends on the essential characteristics of the undertaking in relation to the certification applicable to it.

When we want to know here if the undertaking continued to exist, we will have to ask whether both before and after the alienation or transfer of operations the work that employees were hired to do, namely janitorial work, continued to be performed in the same schools as before.

Judge Morin concluded as follows, at p. 137:

[TRANSLATION] We must therefore look at the functions covered by the various certifications in the instant case. The certification that s. 45 is intended to protect here is that covering janitorial services in a particular school. That is how the certifications were issued.

If the certification had covered employees performing janitorial work for a subcontractor in, for example, the entire Hull area, the undertaking protected by s. 45 might have been different. Thus, in such a case it might have appeared that the undertaking to which s. 45 applied was not janitorial services in a single school but janitorial services at several locations in the area.

But that is not the case here.

Finally, Judge Brière also took his own line regarding the concept of an undertaking. At pages 144-45, he considered no less than half a dozen definitions of an undertaking which appeared to contain a significant organic component, including the following:

[TRANSLATION] *An undertaking is essentially an organic relationship between an employer and his employees, or a group of employees.*

ment aux fonctions couvertes par le certificat d'accréditation.

Ceci ne veut pas dire que l'on n'aura pas, dans les cas particuliers, à regarder si les éléments humains, les éléments physiques et voire même l'élément intellectuel ne se retrouvent pas. Cela dépendra de chaque cas. Ainsi une entreprise qui, de façon essentielle, se définit par rapport à une haute technologie ne pourra se retrouver si cette haute technologie ne fut pas l'objet du transfert. Ça pourrait être, par exemple, la même chose au sujet d'un transporteur scolaire succédant à un autre, si aucun équipement, aucun autobus n'est aliéné, cédé. Tout dépend des caractéristiques essentielles de l'entreprise eu égard à l'accréditation qui la vise.

Lorsque l'on veut savoir ici si l'entreprise s'est continuée, il s'agira de se demander si, autant avant qu'après l'aliénation ou la concession, le travail que les salariés s'étaient engagés à fournir, à savoir faire le ménage, continue de se faire dans la même école comme avant.

Et le juge Morin de conclure comme suit à la p. 137:

Il faut donc examiner quelles sont les fonctions visées par les diverses accréditations dans le présent cas. L'accréditation que l'article 45 veut protéger ici c'est celle visant les fonctions d'entretien ménager dans une école en particulier. C'est comme cela que les accréditations ont été émises.

Si l'accréditation avait visé les salariés faisant l'entretien ménager pour le compte d'un entrepreneur pour, par exemple, toute la région de Hull, l'entreprise protégée par l'article 45 aurait pu être différente. Ainsi dans un tel cas, il aurait pu apparaître que l'entreprise que l'article 45 voulait viser n'était pas uniquement l'entretien ménager dans une école mais l'entretien ménager dans plusieurs endroits dans une région.

Mais ce n'est pas notre cas.

Enfin, le juge Brière fait aussi bande à part relativement au concept de l'entreprise. Aux pages 144 et 145, il n'examine pas moins d'une demi-douzaine de définitions de l'entreprise qui paraissent comporter un élément organique important dont la suivante:

Une entreprise, c'est essentiellement une relation organique entre un employeur et ses salariés ou un groupe d'entre eux.

Judge Brière nevertheless concluded as follows at p. 174:

[TRANSLATION] ... I propose to adopt the "employee" factor as the principal component of an undertaking in defining the transfer of the undertaking and determining the rights and obligations passed on in the event of such a transfer.

Judge Brière had already derived the consequences several pages earlier, at p. 148:

[TRANSLATION] There is only a transfer of an undertaking within the meaning of the *Labour Code* when this actually exists, that is, the work duties transferred were in fact performed by employees whose rights would be affected by the transfer of the undertaking if their continuity were not guaranteed by law.

The employees must therefore be found to work or have the right to work in the transferred undertaking.

Robert P. Gagnon, "L'article 45 du Code du travail après le jugement C.S.R. Outaouais", *loc. cit.*, at pp. 160-61, summarizes the position taken by Judge Brière on this point:

[TRANSLATION] This undertaking is basically the functional undertaking, to which is added the consideration of the identity of those performing duties, that is, for purposes of s. 45, the employees.

On these bases, therefore, Judge Brière concluded that the identity of the employees was the essential component of an undertaking for the purposes of applying s. 45 and the determining factor in a finding that the undertaking had been transferred ...

There was thus no decisive majority in the Labour Court judgment on the crucial question of the concept of an undertaking.

3.5 A Jurisdictional Question

Before concluding the summary of this judgment, two points should be mentioned that had been raised in the opinions of the minority judges.

In the view of Judge Girouard, speaking for the minority, the error made by labour commissioner Réal Bibeault, and so by the majority of the Labour Court, is jurisdictional in nature. Judge Girouard wrote at p. 185:

[TRANSLATION] Under s. 46, the finding required by the provisions of s. 45 is within the jurisdiction, and part of the responsibility, of a commissioner, who may also

Le juge Brière conclut néanmoins comme suit à la p. 174:

... je propose de retenir le facteur «salariés» comme l'élément principal de l'entreprise de travail pour définir la transmission d'entreprise et déterminer quels sont les droits et obligations transmis lors d'un transfert de l'entreprise.

Le juge Brière a déjà tiré la conséquence plusieurs pages auparavant, à la p. 148:

Il n'y a de cession d'entreprise au sens du *Code du travail* que dans la mesure où celle-ci existe réellement, c'est-à-dire que les fonctions de travail transportées étaient effectivement exercées par des salariés dont les droits seraient affectés par le transfert d'entreprise si leur continuité n'était pas assurée par la loi.

Il faut donc que les salariés se retrouvent dans l'entreprise cédée ou aient le droit de s'y retrouver.

M^e Robert P. Gagnon, «L'article 45 du Code du travail après le jugement C.S.R. Outaouais», *loc. cit.*, aux pp. 160 et 161, résume la position du juge Brière sur ce point:

Cette entreprise de travail c'est en somme l'entreprise fonctionnelle à laquelle on ajoute la considération de l'identité des titulaires des fonctions, c'est-à-dire, aux fins d'application de l'article 45, des salariés.

Sur ces bases, le juge Brière en arrive donc à faire de l'identité des salariés la composante essentielle de l'entreprise aux fins d'application de l'article 45 et le facteur déterminant du constat de transmission d'entreprise ...

Ainsi donc, sur la question cruciale du concept de l'entreprise, le jugement du Tribunal du travail ne comporte pas de majorité décisive.

3.5 Question d'ordre juridictionnel

Avant de terminer le sommaire de ce jugement, il importe de souligner deux éléments que l'on trouve dans les opinions des juges minoritaires.

Selon le juge Girouard qui parle pour la minorité, l'erreur du commissaire du travail, Réal Bibeault, et par conséquent celle de la majorité du Tribunal du travail, sont des erreurs d'ordre juridictionnel. Le juge Girouard écrit à la p. 185:

De par l'article 46, le constat nécessaire aux stipulations de l'article 45 ressort de la compétence, et il en est la responsabilité, d'un commissaire qui peut aussi «régler

"settle any difficulty arising out of the application" of these provisions ... I should say at once that, for all that, neither a commissioner (nor the Court) can disregard the actual provisions of s. 45, which only apply where there is factual evidence of an alienation or operation by another, and of a certification of the party who confers the right to operate; these facts then "confer jurisdiction" and an error as to their existence appears to me to be of a jurisdictional nature precluding application of the privative clause in s. 118 of the Code.

This opinion was accepted by the Superior Court and the Court of Appeal.

Judge Lesage wrote at p. 203 that the interpretation adopted by him [TRANSLATION] "seems to be the only reasonable one as far as our s. 45 is concerned". It follows that in his opinion the contrary interpretation is necessarily unreasonable.

4. *The Decision of the Superior Court*

After summarizing the facts, which must be taken as proved, Landry J. began at p. 979 by reviewing the principles relating to the right of evocation which he felt were applicable and which he drew from various decisions and writers:

[TRANSLATION] The applicant alleged want and excess of jurisdiction. A competent tribunal does not exceed its jurisdiction when it makes an error of law or fact within the exercise of that jurisdiction. Only an error by which a tribunal assumes jurisdiction it does not have can be the subject of evocation.

An error of law giving rise to jurisdiction is therefore reviewable by evocation. Similarly, an error regarding facts which create jurisdiction is also reviewable in the same way.

An inferior tribunal therefore cannot by an erroneous decision as to the existence of conditions preliminary to the exercise of its power assume a jurisdiction which it does not have.

On the same page, Landry J. referred to s. 45 of the *Labour Code*:

[TRANSLATION] In s. 45 the *Labour Code* lays down a principle which has the effect of making a certification given to employees of one employer valid in respect of a new employer. The new employer will be bound by the certification already given on two conditions:

toute difficulté découlant de l'application» de ces stipulations [...] Je note immédiatement que, pour autant, un commissaire (ni le Tribunal) ne saurait faire fi des stipulations mêmes de cet article 45 qui n'entre en application que s'il y a preuve des faits d'une aliénation ou d'une concession, ainsi que d'une accréditation chez l'auteur de cette concession; ces faits sont alors «attributifs de compétence» et l'erreur sur leur existence m'apparaît de droit à caractère juridictionnel et exempté de l'application de la clause privative de l'article 118 du code.

C'est là une opinion que la Cour supérieure et la Cour d'appel accepteront.

Quant au juge Lesage, il écrit à la p. 203 que l'interprétation qu'il retient lui «semble la seule raisonnable en ce qui concerne notre article 45». Il s'ensuit que, selon lui, l'interprétation contraire est nécessairement déraisonnable.

4. *Le jugement de la Cour supérieure*

Après avoir résumé les faits, qu'il faut tenir pour avérés, le juge Landry commence, à la p. 979, par rappeler les principes qui à son avis doivent le guider relativement au droit à l'évocation et qu'il fonde sur divers arrêts et auteurs:

La requérante allègue absence et excès de juridiction. Le Tribunal compétent n'excède pas sa juridiction lorsque, à l'intérieur de l'exercice de sa compétence, il commet une erreur de droit ou de fait. Seule l'erreur par laquelle un Tribunal s'arroge une compétence qu'il ne possède pas peut faire l'objet de l'évocation.

L'erreur de droit attributive de juridiction est donc révisable par évocation. De même, l'erreur portant sur des faits créateurs de juridiction est-elle également révisable de la même manière.

Le Tribunal inférieur ne peut donc par une décision erronée sur l'existence de conditions préliminaires à l'exercice de son pouvoir s'attribuer une compétence qu'il ne possède pas.

À la même page, le juge Landry réfère à l'art. 45 du *Code du travail*:

Le *Code du travail* énonce à l'article 45 un principe qui a pour effet de rendre opposable à un nouvel employeur une accréditation accordée aux salariés d'un premier employeur. Un nouvel employeur sera lié par l'accréditation déjà accordée à deux conditions:

(a) he acquired the undertaking operated by his predecessor as the result of an alienation or transfer of the operation of the undertaking;

(b) a certification was granted with respect to the undertaking before the alienation or transfer of operations and was in effect at the time of the alienation or transfer of operations.

At page 980, Landry J. referred to s. 46 of the *Labour Code*, and went on to observe:

[TRANSLATION] The labour commissioner thus has the power to record a transfer of rights and obligations and to make whatever orders are necessary for this purpose. However, this power can only be exercised where a prerequisite has been met, namely the alienation or operation by another of the undertaking.

To make an order under s. 46, the commissioner must be satisfied as to the existence of the prerequisites already mentioned. If the commissioner records an alienation of an undertaking within the meaning of s. 45 when in fact and in law no such alienation took place, he is assuming a jurisdiction he does not have when he makes an order pursuant to s. 46. The labour commissioner has no jurisdiction to make an order under s. 46 in a case not covered by s. 45.

Secondly, Landry J. reviewed the background of s. 45 and its interpretation by the Labour Court and proceeded to give his own interpretation of the provision, at pp. 983-84:

[TRANSLATION] Section 45 requires first the existence of an employer carrying on an undertaking and having employees represented by a certified association.

... a certification requires an employer and employees. The certification does not have to cover all the employees of an employer. A group of employees forming a "separate group" can be the subject of a certification. Agreement between the employer and the employee association is sufficient to define a "separate group".

It can thus be seen that in the case of a subcontractor the person to whom the subcontractor provides services is in no way a party to the application for certification. In principle, therefore, the subcontractor's customer should not have a certification set up against him solely on the ground that the employees and employer chose to

a) il a acquis l'entreprise opérée par son prédécesseur suite à une aliénation ou à une concession de l'entreprise;

b) une accréditation a été accordée à l'égard de cette entreprise avant l'aliénation ou la concession et elle était en vigueur au moment de l'aliénation ou de la concession.

À la page 980, le juge Landry réfère à l'art. 46 du *Code du travail* et il poursuit:

Le commissaire du travail a donc le pouvoir de constater qu'une transmission de droits et d'obligations a eu lieu et de rendre les ordonnances requises à cette fin. Ce pouvoir ne peut être exercé cependant que dans le cas où s'est réalisée une condition préalable, savoir l'aliénation ou la concession d'une entreprise.

Pour rendre une ordonnance en vertu de l'article 46, le commissaire doit se satisfaire de l'existence des conditions préalables déjà mentionnées. Si le commissaire constate qu'une aliénation d'entreprise au sens de l'article 45 a eu lieu alors qu'en fait et en droit aucune telle aliénation n'a eu lieu, il s'arroge une compétence qu'il ne possède pas lorsqu'il émet une ordonnance en vertu de l'article 46. Le commissaire du travail n'a pas compétence pour émettre une ordonnance sous l'empire de l'article 46 dans un cas non prévu à l'article 45.

Dans un deuxième temps, le juge Landry fait l'historique de l'art. 45 et de son interprétation par le Tribunal du travail et il procède à sa propre interprétation de cette disposition aux pp. 983 et 984:

L'article 45 requiert d'abord l'existence d'un employeur exerçant une entreprise et ayant à son compte des salariés représentés par une association accréditée.

... une accréditation requiert un employeur et des salariés. Il n'est pas nécessaire que l'accréditation vise tous les salariés d'un employeur. Un groupe de salariés formant un «groupe distinct» peut faire l'objet d'une accréditation. L'accord de l'employeur et de l'association de salariés est suffisant lorsqu'il s'agit de définir un «groupe distinct».

On voit donc que dans le cas d'un sous-traitant, la personne à qui le sous-traitant rend des services n'est en aucune façon partie à la requête en accréditation. Le client du sous-traitant ne devrait donc pas, en principe, se voir opposer une accréditation au seul motif que les salariés et l'employeur ont choisi de limiter une accrédi-

limit a certification to the group of employees assigned by the employer to perform services for this customer.

The undertaking referred to in s. 45 must be the undertaking designated in the certificate of certification. It therefore has to be the undertaking of the employer named in the certificate of certification. Accordingly, there can be no question of a third party's undertaking.

The legislator has not defined the word "undertaking". Is the legislator referring when he uses this term to the actual function assigned to the employee, in this case janitorial work?—or is he referring to the ordinary meaning of this word as it is used in everyday language? In the absence of a statutory definition, the ordinary meaning is generally given to the words used.

Landry J. cited several dictionary definitions of the word undertaking and continued:

[TRANSLATION] In the second paragraph of s. 45 the legislator speaks of a division, amalgamation or change in the legal structure of the undertaking. How can the legislator be thought to mean anything here other than "a commercial or industrial enterprise" in the broad sense? An undertaking exists in a legal framework, a sole proprietorship, a partnership or a limited company. When he refers to the undertaking's legal structure, the legislator means the legal framework in which employer, managers and employees operate. The word "undertaking" thus does not refer only to the specific function performed by an employee. It refers to the components of a business as a whole

Landry J. then elaborated on the concepts of alienation and operation by another:

[TRANSLATION] For there to be an alienation or operation by another of an undertaking, the person holding the right of ownership in the undertaking must perform a legal act which has the effect of transferring some right in the undertaking to someone else.

The alienation referred to in s. 45 of the *Labour Code* must therefore be an alienation made by the employer mentioned in the certificate of certification or by someone legally authorized, by law or by the employer, to alienate all or part of the employer's undertaking (with the exception of a judicial sale). In such a case, the person who acquires all or part of the undertaking will be bound by the certification obtained by employees of the previous employer.

At pages 984-85, Landry J. drew the conclusions from these premises which obviously led him

tation au groupe de salariés chargés par l'employeur de rendre des services à ce client.

L'entreprise dont parle l'article 45 doit être l'entreprise visée par le certificat d'accréditation. Il s'agit donc de l'entreprise de l'employeur nommé dans le certificat d'accréditation. Il ne saurait donc être question de l'entreprise d'un tiers.

Le législateur n'a pas défini le terme «entreprise». Le législateur réfère-t-il, lorsqu'il utilise ce terme, à la fonction même attribuée au salarié, savoir ici l'entretien ménager? Ou réfère-t-il plutôt au sens ordinaire de ce mot tel qu'on l'entend dans le langage ordinaire? À moins d'une définition dans un texte de loi, c'est généralement le sens ordinaire que l'on donne aux mots utilisés.

Le juge Landry cite des définitions de l'entreprise tirées de dictionnaires et il poursuit:

Au second alinéa de l'article 45, le législateur parle de division, fusion ou changement de structure juridique de l'entreprise. Comment prétendre que le législateur vise ici autre chose que «l'affaire commerciale ou industrielle» au sens large. Une entreprise existe à l'intérieur d'un cadre juridique, unique propriétaire, société ou compagnie limitée. Lorsqu'il réfère à la structure juridique de l'entreprise, le législateur entend le cadre juridique à l'intérieur duquel fonctionnent patron, employés, cadres et salariés. Le mot «entreprise» ne s'adresse donc pas qu'à la fonction précise exercée par un salarié. Il réfère à l'ensemble des composantes d'une affaire

Le juge Landry élabore ensuite sur les notions d'aliénation et de concession:

Pour qu'il y ait aliénation ou concession d'une entreprise, il est nécessaire que celui qui détient le droit de propriété dans l'entreprise pose un acte juridique qui a comme conséquence de transporter à une autre personne un droit quelconque dans l'entreprise

L'aliénation dont parle l'article 45 du *Code du travail* doit donc être une aliénation faite par l'employeur mentionné dans le certificat d'accréditation ou encore par une personne légalement autorisée par la loi ou l'employeur à ce faire (à l'exclusion de la vente en justice) de toute ou partie de l'entreprise de l'employeur. Dans un tel cas, l'acquéreur de toute ou partie de l'entreprise sera lié par l'accréditation obtenue par des salariés de l'employeur précédent.

Aux pages 984 et 985, le juge Landry tire les conclusions de ces prémisses qui l'amènent évidem-

to authorize issuance of a writ of evocation. He added the following observations:

[TRANSLATION] What was the undertaking of MBD and Netco on July 1, 1979? For each of the schools, the undertaking of each of these employers was a janitorial service undertaking with a limited duration, namely a period of one year. It was not an undertaking for an indefinite time.

How can it be said that the effect of the certification is to create an undertaking that goes beyond the limits of the employer's undertaking? The employees certainly could not claim that the certification in such a case guarantees them more rights in respect of the school board than their own employer has

However, the certification does not take away the right of the school board to issue calls for tenders and award its contracts to another subcontractor. In such a case, the new subcontractor is not continuing his competitor's undertaking or a part of that undertaking. The undertaking in question is his own.

... The effect of the certification here was thus to protect the employees in respect of an undertaking of a limited duration, subject to possible renewals by the school board.

As can be seen, Landry J.'s opinion is substantially similar to that of the minority judges of the Labour Court as to the requirement of a legal relation between subcontractors, the identification and concept of the undertaking and the jurisdictional nature of these questions.

5. *The Judgment of the Court of Appeal*

The judgment is brief. The preamble contains a single clause approving the Superior Court judgment:

[TRANSLATION] WHEREAS the decision of the Superior Court is correct;

III—Terminology

At the beginning of these reasons, I placed in quotation marks the words "subcontractor" and "subcontracting" used in the case at bar by most of the judges of the Labour Court, by the Superior Court and by the parties in their *facta* to refer to *MBD*, *Netco* and *Services Ménagers Roy*, or to the contract awarded to each of these entities. The

ment à autoriser l'émission d'un bref d'évocation. Il y ajoute les considérations suivantes:

Au 1^{er} juillet 1979, quelle était l'entreprise de MBD et Netco? En regard de chacune des écoles, l'entreprise de chacun de ces employeurs était une entreprise d'entretien ménager d'une durée limitée, savoir une période d'un an. Il ne s'agissait pas d'une entreprise indéfinie dans le temps.

Comment pourrait-on prétendre que l'accréditation a pour effet de créer une entreprise qui dépasse le cadre de l'entreprise de l'employeur? Les salariés ne sauraient prétendre que l'accréditation dans un tel cas leur donne l'assurance qu'ils auront plus de droits à l'égard de la commission scolaire que n'en possède leur propre employeur

L'accréditation n'enlève pas cependant le droit que possède la commission scolaire d'attribuer ses contrats suite à des appels d'offres à un autre sous-traitant. Dans un tel cas, le nouveau sous-traitant ne continue pas l'entreprise ou partie de l'entreprise de son concurrent. C'est de sa propre entreprise dont il s'agit.

... L'accréditation a donc eu pour effet ici de protéger les salariés à l'égard d'une entreprise d'une durée limitée sujette à des renouvellements possibles de la part de la commission scolaire.

Comme on peut s'en rendre compte, l'opinion du juge Landry est substantiellement semblable à celle des juges minoritaires du Tribunal du travail sur la nécessité d'un lien de droit entre sous-traitants, sur l'identification et la notion de l'entreprise de même que sur le caractère juridictionnel de ces questions.

5. *L'arrêt de la Cour d'appel*

C'est un arrêt laconique. Il comporte un seul considérant qui endosse le jugement de la Cour supérieure:

CONSIDÉRANT que le jugement de première instance est bien fondé;

III—La terminologie

Au tout début de ces motifs, j'ai placé entre guillemets les expressions «sous-traitant» et «sous-traitance» qui sont employées en l'espèce par la plupart des juges du Tribunal du travail, par la Cour supérieure de même que par les parties dans leur mémoire pour désigner *MBD*, *Netco* et *Services Ménagers Roy* ou le contrat octroyé à chacun

labour commissioner, Réal Bibeault, however called *MBD, Netco* and *Services Ménagers Roy* [TRANSLATION] "contractors for janitorial services". The only judge who dealt with this point was Judge Morin, who at p. 138 referred in passing to the *Quillet* dictionary, to give the following definition to the word "subcontractor":

[TRANSLATION] ... person assuming responsibility for certain parts of a project, supply contract or undertaking for which another has overall responsibility ...

Some clarification is called for.

The words "subcontractor" and "subcontracting" and the definition given to them by Judge Morin may suggest that the subcontractors in question here are subordinate contractors or subcontractors whose work corresponds to the first definition of subcontracting proposed by Gérard Dion in *Dictionnaire canadien des relations du travail* (2     d. 1986), at p. 449:

[TRANSLATION] Part of a project assigned to a principal contractor accepted on a subordinate basis by a specialized contractor.

In actual fact, *MBD, Netco* and *Services Ménagers Roy* are contractors, as the labour commissioner Réal Bibeault stated, not subcontractors. They are parties to a contract for the lease and hire of work and one might apply to them the definition of a contractor found at p. 192 of Gérard Dion's dictionary:

[TRANSLATION] Person who undertakes by contract ... to perform given work for a definite price. Such person usually has complete freedom in performing the work subject to the terms of the contract.

However, one may also apply to their work the second definition of subcontracting proposed by Gérard Dion, *op. cit.*, at p. 449:

[TRANSLATION] Practice by which an organization assigns the performance of certain work to an independent specialized contractor. This contractor assumes complete responsibility for this work, which he performs himself or has performed by his own employees, either on the premises of the party awarding the contract (e.g. janitorial services, food services and so on), or outside in his own establishment ... A business may use subcon-

d'entre eux. Le commissaire du travail, Réal Bibeault, pour sa part, appelle *MBD, Netco* et *Services Ménagers Roy* des «entrepreneurs en service ménager» ou des «contracteurs de service ménager». Le seul juge qui touche à cette question est le juge Morin qui, à la p. 138, réfère en passant au dictionnaire *Quillet* pour donner du sous-traitant la définition suivante:

... celui qui se charge de quelques parties d'un travail, d'une fourniture, d'une entreprise dont un autre a été chargé pour la totalité ...

Une mise au point s'impose à ce sujet.

Les expressions «sous-traitant» et «sous-traitance» de même que la définition qu'en donne le juge Morin peuvent laisser entendre que les sous-traitants dont il est question en l'espèce sont des entrepreneurs en sous-ordre ou sous-entrepreneurs dont les travaux répondraient à la première définition de la sous-traitance que propose Gérard Dion dans *Dictionnaire canadien des relations du travail* (2   éd. 1986), à la p. 449:

Partie d'un travail, concédée à un entrepreneur principal, prise en sous-ordre par un entrepreneur spécialisé.

En réalité, *MBD, Netco* et *Services Ménagers Roy* sont des entrepreneurs, comme le dit le commissaire du travail, Réal Bibeault, et non pas des sous-entrepreneurs. Ils sont parties à un contrat de louage d'ouvrage et l'on pourrait leur appliquer la définition de l'entrepreneur que l'on trouve à la p. 192 du dictionnaire de Gérard Dion:

Personne qui s'engage par contrat [...] à accomplir un travail déterminé moyennant un certain prix. Habituellement, cette personne a toute liberté d'action dans l'exécution de ce travail sous réserve des conditions stipulées dans le contrat.

Mais l'on peut également appliquer à leurs travaux la seconde définition de la sous-traitance que propose Gérard Dion, *op. cit.*, à la p. 449:

Pratique par laquelle une organisation confie l'exécution de certains travaux à un entrepreneur spécialisé autonome. Cet entrepreneur assume l'entière responsabilité de ces travaux qu'il exécute lui-même ou par l'entremise de son propre personnel, soit dans les locaux de celui qui a accordé le contrat (v.g. entretien ménager, services alimentaires, etc.), soit à l'extérieur dans son propre établissement [...]. L'entreprise peut recourir à la sous-

tractors for various reasons: lower cost, lack of materials or labour, specialized personnel, emergency requirements and so on.

I believe that the Labour Court judges, the Superior Court and the parties in their facts intend this second meaning rather than the first when they speak of subcontractors and subcontracting. I propose to adopt this usage in the case at bar as well, since it appears in Gérard Dion's dictionary and avoids ambiguity.

IV—The Submissions of the Parties

The arguments made by the appellant can be reduced to two propositions:

- (1) the Superior Court, and subsequently the Court of Appeal, despite the existence of a privative clause in the *Labour Code*, erred in justifying their intervention by the theory of questions "preliminary" or "collateral" to the exercise of jurisdiction, and in holding that the existence of an alienation or operation by another of an undertaking within the meaning of the *Civil Code* is a prerequisite to exercise of the power to issue a record of the transfer of rights and obligations;
- (2) the interpretation of s. 45 by the labour commissioner and the Labour Court is the correct one: at least, it cannot be argued that it is a patently unreasonable interpretation, any more than, as the appellant concedes, the interpretation of the minority of the Labour Court can be regarded as patently unreasonable.

Respondent, for its part, maintained the contrary propositions supported by the mis en cause *C.S.R.O.* and *Services Ménagers Roy*.

As explained below, these two submissions may at first glance appear to be inconsistent.

The first submission requires the Court to decide whether the labour commissioner and the Labour Court have the jurisdiction necessary to make the decisions which they made, without being subject to judicial review in the event that they erred in law.

traitance pour diverses raisons: coût moindre du travail, manque de matériaux ou de main-d'œuvre, de personnel spécialisé, urgence de la situation, etc.

Je pense que c'est plutôt dans ce deuxième sens que la plupart des juges du Tribunal du travail, la Cour supérieure et les parties dans leur mémoire parlent de sous-traitants et de sous-traitance. C'est un usage que je me propose de suivre également en l'espèce, vu sa consécration dans le dictionnaire de Gérard Dion et pour éviter les ambiguïtés.

IV—Moyens invoqués par les parties

Les moyens invoqués par l'appelant se ramènent essentiellement à deux propositions:

- (1) La Cour supérieure, et la Cour d'appel à sa suite, ont erré en justifiant leur intervention, malgré l'existence d'une clause privative dans le *Code du travail*, par la théorie dite des conditions préliminaires ou préalables à l'exercice d'une compétence et en décidant que l'existence d'une aliénation ou d'une concession d'entreprise au sens du droit civil est une condition préliminaire ou préalable à l'exercice du pouvoir d'émettre un constat de transmission de droits et d'obligations.
- (2) L'interprétation de l'art. 45 par le commissaire du travail et le Tribunal du travail est la bonne interprétation. On ne saurait du moins soutenir qu'il s'agit d'une interprétation manifestement déraisonnable, pas plus d'ailleurs, concède l'appelant, que l'interprétation de la minorité des juges du Tribunal du travail.

L'intimée, pour sa part, soutient les propositions contraires, appuyé par les mises en cause *C.S.R.O.* et *Services Ménagers Roy*.

Comme il est expliqué ci-après, ces deux moyens peuvent à première vue sembler incompatibles.

Le premier moyen tend à faire décider si, oui ou non, le commissaire du travail et le Tribunal du travail possèdent la compétence requise pour rendre les décisions qu'ils ont rendues, sans qu'il y ait ouverture à révision judiciaire dans l'hypothèse où ils auraient erré en droit.

The second submission assumes an affirmative response to the question raised by the first but raises the issue of whether, in the exercise of their jurisdiction, the labour commissioner and the Labour Court lost their jurisdiction by giving ss. 45 and 46 a patently unreasonable interpretation.

The two submissions were made by the appellant alternatively. The Superior Court and the Court of Appeal did not address the second, but the respondent made the question of patent unreasonableness its first submission, and in its factum, the appellant sought to answer the submission in advance.

I will state my conclusions before proceeding any further: the interpretation of s. 45 by the labour commissioner and the Labour Court is in error and the errors are jurisdictional in nature. However, I arrive at these conclusions for reasons which differ from those of the Superior Court and the Court of Appeal. In view of these conclusions, it is not necessary to decide whether the errors made by the labour commissioner and the Labour Court are patently unreasonable.

V—The Jurisdiction of Labour Commissioner Under ss. 45 and 46

1. Introduction

Did the labour commissioner and the Labour Court, in deciding whether there was a transfer of rights and obligations under s. 45 when the C.S.R.O. awarded a contract for janitorial services, perform an act which was within their jurisdiction *stricto sensu*? That is the first point this Court must decide. In other words, if the decisions of the labour commissioner and the Labour Court are in error, are they subject to judicial review by the superior courts?

The appeal thus raises once again the always difficult, delicate and controversial question of the exercise by superior courts of their superintending and reforming power over administrative tribunals. I do not intend to undertake an exhaustive study of the rules governing the exercise of this superintending and reforming power. I shall confine myself to cases in which the administrative tri-

Le second moyen postule une réponse affirmative à la question soulevée par le premier mais vise à faire décider si, dans l'exercice de leur compétence, le commissaire du travail et le Tribunal du travail auraient perdu compétence en donnant aux art. 45 et 46 une interprétation manifestement déraisonnable.

Ces deux moyens sont soulevés à titre alternatif par l'appelant. La Cour supérieure et la Cour d'appel ne disent rien du second, mais l'intimée en fait son premier moyen et l'appelant, dans son mémoire, tente d'y répondre par anticipation.

J'indique dès maintenant mes conclusions: l'interprétation de l'art. 45 par le commissaire du travail et le Tribunal du travail est erronée et les erreurs sont d'ordre juridictionnel. J'arrive toutefois à ces conclusions pour des motifs qui diffèrent de ceux de la Cour supérieure et de la Cour d'appel. Vu ces conclusions, il n'est pas nécessaire de décider si les erreurs commises par le commissaire du travail et le Tribunal du travail sont manifestement déraisonnables.

V—La compétence du commissaire du travail en vertu des art. 45 et 46

1. Introduction

En décidant s'il y a transmission de droits et obligations aux termes de l'art. 45 à l'occasion de la concession d'un contrat d'entretien ménager par la C.S.R.O., le commissaire du travail et le Tribunal du travail posent-ils un acte qui relève de leur compétence, *stricto sensu*? C'est ce qu'il faut d'abord décider. En d'autres termes, les décisions du commissaire du travail et du Tribunal du travail, si elles sont erronées, donnent-elles ouverture à la révision judiciaire des tribunaux supérieurs?

Le pourvoi soulève donc une fois de plus le problème toujours difficile, délicat et controversé de l'exercice par les tribunaux supérieurs de leur pouvoir de surveillance et de contrôle des tribunaux administratifs. Je n'ai pas l'intention d'entreprendre une étude exhaustive des principes qui régissent l'exercice de ce pouvoir de surveillance et de contrôle. Je m'en tiendrai au cas où le tribunal

bunal has erred in law in its decision. Nevertheless, it seems advisable before analysing the jurisdiction of the labour commissioner to make certain preliminary observations on the analytical methods to be used in deciding when a matter is jurisdictional in nature.

2. Analytical Methods

As I indicated in the preceding section, the parties considered the jurisdiction of the labour commissioner in two lights: first, does one of the events mentioned in s. 45, namely the alienation of an undertaking or its operation by another, constitute a preliminary question or, in other words, a prerequisite to the exercise of the power conferred by s. 46? And secondly, is the interpretation given to s. 45 by the labour commissioner and the Labour Court patently unreasonable?

S. A. de Smith (*Judicial Review of Administrative Action* (4th ed. 1980), at p. 114) defines a preliminary question as follows: "A preliminary or collateral question is said to be one that is collateral to 'the merits' or to 'the very essence of the inquiry'; it is 'not the main question which the tribunal has to decide'" (footnote references omitted). In so far as the determination of whether the prerequisite has been met (the preliminary or collateral question) is not the main question which the tribunal has to decide, it is not within its jurisdiction *stricto sensu*. I say *stricto sensu* because the tribunal is generally required to decide the preliminary or collateral question as well, before exercising the powers it has, but as this question determines its jurisdiction it cannot err in deciding it. Any error in the matter amounts to a refusal to exercise its jurisdiction *stricto sensu* or an excess of jurisdiction *stricto sensu* by the Court, and makes its decision illegal and void.

The concept of a prerequisite, or what amounts to the same thing, of a preliminary or collateral question, has been the subject of both scholarly and judicial analysis. As an example, I refer to the following passage from *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412, at p. 421:

administratif a erré en droit dans sa décision. Il me paraît néanmoins utile, avant d'analyser la compétence du commissaire du travail, de faire quelques observations préliminaires sur les méthodes d'analyse qui permettent de décider quand une question est d'ordre juridictionnel.

2. Méthodes d'analyse

Comme je l'indique dans le chapitre qui précède, les parties considèrent sous deux aspects la compétence du commissaire du travail. En premier lieu, l'un des événements mentionnés à l'art. 45, savoir l'aliénation ou la concession d'une entreprise, constitue-t-il une condition préalable à l'exercice du pouvoir conféré par l'art. 46? Et en deuxième lieu, l'interprétation donnée à l'art. 45 par le commissaire du travail et le Tribunal du travail est-elle manifestement déraisonnable?

S. A. de Smith (*Judicial Review of Administrative Action* (4th ed. 1980), à la p. 114) définit comme suit la condition préalable: [TRANSLATION] «On dit qu'une question préliminaire ou incidente est incidente au «fond» ou à «l'essence même de l'enquête»; il ne s'agit pas «de la question principale que le tribunal doit trancher» (renvois omis). Dans la mesure où la détermination de l'existence de la condition préalable (la question préliminaire ou incidente) n'est pas la question principale que le tribunal doit trancher, elle ne relève pas de sa compétence *stricto sensu*. Je dis *stricto sensu* parce que le tribunal est généralement tenu de la trancher elle aussi, avant d'exercer les pouvoirs qui lui sont propres, mais comme cette question détermine sa compétence, il ne peut errer en la tranchant. Toute erreur en la matière entraîne un refus d'exercer sa compétence *stricto sensu* ou un excès de compétence *stricto sensu* de la part du tribunal et frappe sa décision d'illégalité et de nullité.

La notion de la condition préalable ou, ce qui revient au même, de la question préliminaire ou incidente, a fait l'objet de critiques tant en doctrine qu'en jurisprudence. Je cite à titre d'exemple le passage suivant tiré de *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412, à la p. 421:

This ... is a fleeting and vague concept against which the courts were warned by this Court in *New Brunswick Liquor Corporation* (*supra*), at p. 233

As Lamer J. pointed out in *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476, at pp. 490-91, the difficulty presented by the concept of the preliminary or collateral question is the absence of any coherent test for distinguishing what is in fact preliminary. To use the language of Lamer J., the current tendency "is thus to limit the concept of a 'preliminary question' as far as possible" (*Blanchard, supra*, at p. 491).

The idea of a "patently unreasonable interpretation" is a part of this current tendency. According to this idea, which took shape in *Canadian Union of Public Employees Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, a tribunal that interprets legislation in a patently unreasonable manner exceeds its jurisdiction even though *stricto sensu* it has jurisdiction to answer the question. In *New Brunswick Liquor Corp., supra*, it was argued that the interpretation of s. 102(3) of the *Public Service Labour Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-25, by the Public Service Labour Relations Board had resulted in an excess of jurisdiction. Dickson J., as he then was, at p. 233 rejected the concept of the preliminary or collateral question because it did not assist in the determination of the Board's jurisdiction. He then examined the wording of the Act and the legislative purpose in enacting it and in creating a specialized Board; he also considered the area of expertise of members of the Board and concluded at p. 236 that "[t]he interpretation of s. 102(3) would seem to lie logically at the heart of the specialized jurisdiction confided to the Board". As interpretation of the provision was within the Board's jurisdiction *stricto sensu*, the Board could err in its interpretation provided its errors were not "patently unreasonable". At page 237, Dickson J. illustrated what he meant by this with examples taken from *Service Employees' International Union, Local No. 333 v.*

... il s'agit là d'une notion fuyante et incertaine contre laquelle cette Cour a mis les tribunaux en garde, dans l'arrêt *Société des alcools du Nouveau-Brunswick* (précité), à la p. 233 ...

^a Comme le souligne le juge Lamer dans *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476, aux pp. 490 et 491, la difficulté que soulève la notion de condition préalable est l'absence de critère cohérent qui permette de distinguer ce qui est préalable de ce qui ne l'est pas. Pour reprendre les termes du juge Lamer, la tendance actuelle «est donc de restreindre autant que possible la notion de 'question préliminaire'» ^b (*Blanchard*, précité, à la p. 491).

C'est dans le courant de cette tendance actuelle que se situe la notion d'interprétation manifestement déraisonnable. Selon cette notion, qui a pris ^d forme dans *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, le tribunal qui interprète un texte de loi d'une façon manifestement déraisonnable excède sa compétence, même s'il a, *stricto sensu*, compétence pour trancher la question. Dans *Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, précité, on plaidait que l'interprétation du par. 102(3) de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, chap. P-25, par la Commission des relations de travail dans les services publics avait entraîné un excès de compétence. Le juge Dickson, maintenant Juge en chef, écarte à la p. 233 la notion de condition préalable parce qu'elle ne facilite pas la détermination de la compétence de la Commission. Il examine ensuite le libellé de la Loi, l'objectif poursuivi par le législateur en la promulguant et en constituant une commission ^e spécialisée; il considère également le domaine d'expertise des membres de la Commission pour conclure, à la p. 236, que «[l]ogiquement, il faut supposer que l'interprétation du par. 102(3) est au cœur de la compétence spécialisée conférée à la Commission». Comme l'interprétation de la disposition relevait de la compétence *stricto sensu* de la Commission, celle-ci pouvait errer dans son interprétation, pourvu que ses erreurs ne soient pas ^f «manifestement déraisonnables». À la p. 237, le juge Dickson illustre ce qu'il faut entendre par là au moyen d'exemples tirés de l'arrêt *Union inter-*

Nipawin District Staff Nurses Association, [1975] 1 S.C.R. 382, at p. 389:

... acting in bad faith, basing the decision on extraneous matters, failing to take relevant factors into account, breaching the provisions of natural justice or misinterpreting the provisions of the Act so as to embark on an inquiry or answer a question not remitted to it.

In short, Dickson J. concluded, an error is patently unreasonable when "its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation" and "demands intervention by the court upon review". As the interpretation adopted by the Board in that case was not of this nature, it was not subject to judicial review.

It should however be carefully borne in mind that *New Brunswick Liquor Corp.*, *supra*, does not mean that only a patently unreasonable error can lead to an excess of jurisdiction. In *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie*, *supra*, at pp. 420-21, this Court had occasion to consider the nature of the errors which result in an excess of jurisdiction:

A mere error of law is an error committed by an administrative tribunal in good faith in interpreting or applying a provision of its enabling Act, of another Act, or of an agreement or other document which it has to interpret and apply within the limits of its jurisdiction.

A mere error of law is to be distinguished from one resulting from a patently unreasonable interpretation of a provision which an administrative tribunal is required to apply within the limits of its jurisdiction. This kind of error amounts to a fraud on the law or a deliberate refusal to comply with it ... An error of this kind is treated as an act which is done arbitrarily or in bad faith and is contrary to the principles of natural justice. Such an error falls within the scope of s. 28(1)(a) of the *Federal Court Act*, and is subject to having the decision containing it set aside.

A mere error of law should also be distinguished from a jurisdictional error. This relates generally to a provision which confers jurisdiction, that is, one which describes, lists and limits the powers of an administrative tribunal, or which is [TRANSLATION] "intended to

nationale des employés des services, local no. 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association, [1975] 1 R.C.S. 382, à la p. 389:

a ... le fait d'agir de mauvaise foi, de fonder la décision sur des données étrangères à la question, d'omettre de tenir compte de facteurs pertinents, d'enfreindre les règles de la justice naturelle ou d'interpréter erronément les dispositions du texte législatif de façon à entreprendre une enquête ou répondre à une question dont [elle] b n'est pas saisie.

Bref, conclut le juge Dickson, une erreur est manifestement déraisonnable lorsqu'elle est «déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente» et au point c «d'exiger une intervention judiciaire». L'interprétation adoptée par la Commission dans cette affaire-là n'ayant pas ce caractère, elle n'était pas susceptible de révision judiciaire.

d Il faut prendre garde cependant que l'arrêt *Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, précité, ne signifie pas que seule une erreur manifestement déraisonnable est susceptible d'entraîner un e excès de compétence. Dans l'affaire *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie*, précitée, aux pp. 420 et 421, cette Cour a eu l'occasion de considérer la nature des erreurs qui entraînent un excès de compétence:

f La simple erreur de droit est l'erreur commise de bonne foi par un tribunal administratif dans l'interprétation ou l'application d'une disposition de sa loi constitutive, d'une autre loi, d'une convention ou d'un autre document qu'il est chargé d'interpréter et d'appliquer g dans les cadres de sa compétence.

La simple erreur de droit se distingue de celle qui résulte d'une interprétation manifestement déraisonnable d'une disposition qu'un tribunal administratif est chargé d'appliquer dans les cadres de sa compétence. Cette sorte d'erreur équivaut à une fraude à la loi ou à un refus délibéré d'y obéir [...] Une erreur de cette nature est assimilée à un acte arbitraire ou posé de mauvaise foi et contraire aux principes de la justice naturelle. Une telle erreur est visée par l'al. 28(1)a) de la *Loi sur la Cour fédérale* et justifie l'annulation de la décision qui en est entachée.

Il faut également distinguer la simple erreur de droit de l'erreur de compétence ou erreur juridictionnelle. Celle-ci porte généralement sur une disposition attributive de compétence, c'est-à-dire sur une disposition qui décrit, énumère et limite les pouvoirs d'un tribunal

circumscribe the authority" of that tribunal, as Pigeon J. said in *Komo Construction Inc. v. Commission des relations de travail du Québec*, [1968] S.C.R. 172 at p. 175. A jurisdictional error results generally in an excess of jurisdiction or a refusal to exercise jurisdiction, whether at the start of the hearing, during it, in the findings or in the order disposing of the matter. Such an error, even if committed in the best possible good faith, will result nonetheless in the decision containing it being set aside

In its decision a tribunal may have to decide various questions of law. Certain of these questions fall within the jurisdiction conferred on the tribunal; other questions however may concern the limits of its jurisdiction.

It is, I think, possible to summarize in two propositions the circumstances in which an administrative tribunal will exceed its jurisdiction because of error:

1. if the question of law at issue is within the tribunal's jurisdiction, it will only exceed its jurisdiction if it errs in a patently unreasonable manner; a tribunal which is competent to answer a question may make errors in so doing without being subject to judicial review;
2. if however the question at issue concerns a legislative provision limiting the tribunal's powers, a mere error will cause it to lose jurisdiction and subject the tribunal to judicial review.

The idea of the preliminary or collateral question is based on the principle that the jurisdiction conferred on administrative tribunals and other bodies created by statute is limited, and that such a tribunal cannot by a misinterpretation of an enactment assume a power not given to it by the legislator. The theoretical basis of this idea is therefore unimpeachable—which may explain why it has never been squarely repudiated: any grant of jurisdiction will necessarily include limits to the jurisdiction granted, and any grant of a power remains subject to conditions. The principle itself presents no difficulty, but its application is another matter.

administratif ou qui est «destiné(e) à circonscrire le champ d'activité» de ce tribunal comme le dit le juge Pigeon dans *Komo Construction Inc. c. Commission des relations de travail du Québec*, [1968] R.C.S. 172 à la p. 175. L'erreur juridictionnelle entraîne le plus souvent un excès de compétence ou un refus d'exercer une compétence, soit dans l'ouverture d'une enquête, soit en cours d'enquête, soit encore dans ses conclusions ou son dispositif. Une telle erreur, même commise de la meilleure foi du monde, entraîne néanmoins l'annulation de la décision qui en est entachée . . .

Dans sa décision, il se peut qu'un tribunal doive trancher diverses questions de droit. Plusieurs de ces questions relèvent de la compétence conférée au tribunal; d'autres questions par contre peuvent être relatives aux limites de sa compétence.

On peut je pense résumer en deux propositions les circonstances dans lesquelles un tribunal administratif excède sa compétence à cause d'une erreur:

1. Si la question de droit en cause relève de la compétence du tribunal, le tribunal n'excède sa compétence que s'il erre d'une façon manifestement déraisonnable. Le tribunal qui est compétent pour trancher une question peut, ce faisant, commettre des erreurs sans donner ouverture à la révision judiciaire.
2. Si, par contre, la question en cause porte sur une disposition législative qui limite les pouvoirs du tribunal, une simple erreur fait perdre compétence et donne ouverture à la révision judiciaire.

Quant à la notion de condition préalable, elle est fondée sur le principe qui veut que la compétence conférée aux tribunaux administratifs et à d'autres organismes créés par la loi soit limitée, et qu'un tel tribunal ne puisse, par une interprétation erronée d'une disposition de loi, s'arroger un pouvoir que le législateur ne lui a pas donné. Le fondement théorique de cette notion est donc inattaquable (ce qui explique peut-être pourquoi on ne l'a jamais définitivement repudiée): tout octroi de compétence comporte nécessairement des limites à la compétence octroyée et tout octroi de pouvoir reste soumis à des conditions. Le principe même ne pose aucune difficulté, mais il en va autrement de son application.

The theory of the preliminary or collateral question does not appear to recognize that the legislator may intend to give an administrative tribunal, expressly or by implication, the power to determine whether certain conditions of law or fact placed on the exercise of its power do exist. It is not always true that each of these conditions limits the tribunal's authority; but except where the legislator is explicit, how can one distinguish a condition which the legislator intended to leave to the exclusive determination of the administrative tribunal from a condition which limits its authority and as to which it may not err? One can make the distinction only by means of a more or less formalistic categorization. Such a categorization often runs the risk of being arbitrary and which may in particular unduly extend the superintending and reforming power of the superior courts by transforming it into a disguised right of appeal.

The concept of the preliminary or collateral question diverts the courts from the real problem of judicial review: it substitutes the question "Is this a preliminary or collateral question to the exercise of the tribunal's power?" for the only question which should be asked, "Did the legislator intend the question to be within the jurisdiction conferred on the tribunal?"

The chief problem in a case of judicial review is determining the jurisdiction of the tribunal whose decision is impugned. The courts, including this Court, have often remarked on the difficulty of the task. I doubt whether it is possible to state a simple and precise rule for identifying a question of jurisdiction, given the fluidity of the concept of jurisdiction and the many ways in which jurisdiction is conferred on administrative tribunals. De Smith points out:

In approaching the solution to a particular case [on judicial review], the crucial questions will often be: What are the context and purpose of the legislation in question? What significance is to be attributed to the language in which a grant of statutory power is worded? To a large extent judicial review of administrative action is a specialized branch of statutory interpretation. [Emphasis added.]

(S. A. de Smith, *Constitutional and Administrative Law* (4th ed. 1981), at p. 558.)

La théorie des conditions préalables ne paraît pas reconnaître que le législateur peut vouloir donner, explicitement ou implicitement, à un tribunal administratif le pouvoir de déterminer si certaines conditions de droit ou de fait à l'exercice de son pouvoir existent effectivement. Il n'est pas toujours exact en effet que chacune de ces conditions limite l'autorité du tribunal. Mais, sauf lorsque le législateur est explicite, comment faire pour distinguer une condition que le législateur a voulu laisser à l'appréciation souveraine du tribunal administratif, d'une condition qui limite son autorité et à propos de laquelle il lui est interdit de se tromper? On ne peut le faire que par une qualification plus ou moins formaliste qui risque souvent d'être arbitraire, et qui risque surtout d'étendre indûment le pouvoir de contrôle et de surveillance des tribunaux supérieurs en le transformant en droit d'appel déguisé.

La notion de condition préalable détourne les tribunaux du véritable problème du contrôle judiciaire: elle substitue la question «S'agit-il d'une condition préalable à l'exercice du pouvoir du tribunal?» à la seule question qu'il faut se poser, «Le législateur a-t-il voulu qu'une telle matière relève de la compétence conférée au tribunal?»

Le principal problème en matière de contrôle judiciaire est la détermination de la compétence du tribunal dont la décision est attaquée. Les tribunaux, dont cette Cour, ont souvent souligné la difficulté de la tâche. Je doute qu'il soit possible d'énoncer une règle simple et précise pour l'identification d'une question de compétence, étant donné la nature fluide du concept de compétence et les multiples façons dont la compétence est conférée aux tribunaux administratifs. De Smith souligne:

[TRADUCTION] Dans la recherche de la solution d'une affaire en particulier [à l'occasion d'un examen judiciaire], les questions cruciales seront souvent: Quels sont le contexte et l'objectif de la loi en cause? Quelle importance faut-il accorder au langage dans lequel une attribution de pouvoir est formulée? Dans une large mesure, l'examen judiciaire d'un acte administratif est une division spécialisée de l'interprétation des lois. [Je souligne.]

(S. A. de Smith, *Constitutional and Administrative Law* (4th ed. 1981), à la p. 558.)

Considering the challenge posed by statutory interpretation even in the most favorable circumstances, the great number of rules of interpretation and their inconsistencies, it is hardly surprising that the courts have recognized how difficult it is to determine the jurisdiction of an administrative tribunal.

However, by limiting the concept of the preliminary or collateral question and by introducing the doctrine of the patently unreasonable interpretation, this Court has signalled the development of a new approach to determining jurisdictional questions.

The formalistic analysis of the preliminary or collateral question theory is giving way to a pragmatic and functional analysis, hitherto associated with the concept of the patently unreasonable error. At first sight it may appear that the functional analysis applied to cases of patently unreasonable error is not suitable for cases in which an error is alleged in respect of a legislative provision limiting a tribunal's jurisdiction. The difference between these two types of error is clear: only a patently unreasonable error results in an excess of jurisdiction when the question at issue is within the tribunal's jurisdiction, whereas in the case of a legislative provision limiting the tribunal's jurisdiction, a simple error will result in a loss of jurisdiction. It is nevertheless true that the first step in the analysis necessary in the concept of a "patently unreasonable" error involves determining the jurisdiction of the administrative tribunal. At this stage, the Court examines not only the wording of the enactment conferring jurisdiction on the administrative tribunal, but the purpose of the statute creating the tribunal, the reason for its existence, the area of expertise of its members and the nature of the problem before the tribunal. At this initial stage a pragmatic or functional analysis is just as suited to a case in which an error is alleged in the interpretation of a provision limiting the administrative tribunal's jurisdiction: in a case where a patently unreasonable error is alleged on a question within the jurisdiction of the tribunal, as in a case where simple error is alleged regarding a

Considérant le défi que présente l'interprétation des lois même dans les circonstances les plus favorables, le nombre élevé des règles d'interprétation et leurs contradictions, il n'est guère surprenant que les tribunaux aient reconnu combien est ardue la tâche de déterminer la compétence d'un tribunal administratif.

Cependant, en restreignant la notion de la condition préalable et en introduisant la doctrine de l'interprétation manifestement déraisonnable, cette Cour signale l'évolution d'une nouvelle façon de cerner les questions d'ordre juridictionnel.

L'analyse formaliste de la doctrine de la condition préalable cède le pas à une analyse pragmatique et fonctionnelle, associée jusqu'ici à la notion d'erreur manifestement déraisonnable. À première vue, il peut paraître que l'analyse fonctionnelle appliquée jusqu'ici aux cas d'erreur manifestement déraisonnable ne convienne pas aux cas où l'on allègue une erreur au sujet d'une disposition législative qui circonscrit la compétence d'un tribunal. La différence entre ces deux espèces d'erreur est évidente: seule une erreur manifestement déraisonnable entraîne un excès de compétence quand la question en cause relève de la compétence du tribunal tandis que, quand il s'agit d'une disposition législative qui circonscrit la compétence du tribunal, une simple erreur entraîne une perte de compétence. Il n'en reste pas moins que la première étape de l'analyse nécessaire à la notion de l'erreur «manifestement déraisonnable» consiste à déterminer la compétence du tribunal administratif. À cette étape, la Cour examine non seulement le libellé de la disposition législative qui confère la compétence au tribunal administratif, mais également l'objet de la loi qui crée le tribunal, la raison d'être de ce tribunal, le domaine d'expertise de ses membres, et la nature du problème soumis au tribunal. L'analyse pragmatique ou fonctionnelle, à cette première étape, convient tout aussi bien pour le cas où l'on allègue une erreur dans l'interprétation d'une disposition qui circonscrit la compétence du tribunal administratif: dans le cas où l'on allègue une erreur manifestement déraisonna-

provision limiting that jurisdiction, the first step involves determining the tribunal's jurisdiction.

This development seems to me to offer three advantages. First, it focuses the Court's inquiry directly on the intent of the legislator rather than on interpretation of an isolated provision. Determining the legislator's intent is especially desirable when the Court has to intervene in the decisions of administrative tribunals such as the labour commissioner or Labour Court. In *New Brunswick Liquor Corp.*, *supra*, at pp. 235-36, Dickson J. observed:

Section 101 [a privative clause] constitutes a clear statutory direction on the part of the Legislature that public sector labour matters be promptly and finally decided by the Board. Privative clauses of this type are typically found in labour relations legislation. The rationale for protection of a labour board's decisions within jurisdiction is straightforward and compelling. The labour board is a specialized tribunal which administers a comprehensive statute regulating labour relations. In the administration of that regime, a board is called upon not only to find facts and decide questions of law, but also to exercise its understanding of the body of jurisprudence that has developed around the collective bargaining system, as understood in Canada, and its labour relations sense acquired from accumulated experience in the area. [Emphasis added.]

These observations are equally applicable to the labour commissioner and the Labour Court.

Second, a pragmatic or functional analysis is better suited to the concept of jurisdiction and the consequences that flow from a grant of powers. In *Judicial Review of Administrative Action*, *op. cit.*, at p. 110, S. A. de Smith writes:

Jurisdiction means authority to decide. Whenever a judicial tribunal is empowered or required to inquire into a question of law or fact for the purpose of giving a decision on it, its findings thereon cannot be impeached

ble sur une question qui relève de la compétence du tribunal comme dans le cas où l'on allègue une simple erreur sur une disposition qui circonscrit cette compétence, la première étape consiste à déterminer la compétence du tribunal.

Cette évolution me paraît comporter trois avantages. En premier lieu, elle fait porter l'enquête de la Cour directement sur l'intention du législateur plutôt que sur l'interprétation d'une disposition législative isolée. La détermination de l'intention du législateur est particulièrement souhaitable quand la Cour est appelée à intervenir dans les décisions des tribunaux administratifs tels que le commissaire du travail ou le Tribunal du travail. Dans l'affaire *Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, précitée, aux pp. 235 et 236, le juge Dickson remarque:

L'article 101 [une clause privative] révèle clairement la volonté du législateur que les différends du travail dans le secteur public soient réglés promptement et en dernier ressort par la Commission. Des clauses privatives de ce genre sont typiques dans les lois sur les relations de travail. On veut protéger les décisions d'une commission des relations de travail, lorsqu'elles relèvent de sa compétence, pour des raisons simples et impérieuses. La commission est un tribunal spécialisé chargé d'appliquer une loi régissant l'ensemble des relations de travail. Aux fins de l'administration de ce régime, une commission n'est pas seulement appelée à constater des faits et à trancher des questions de droit, mais également à recourir à sa compréhension du corps jurisprudentiel qui s'est développé à partir du système de négociation collective, tel qu'il est envisagé au Canada, et à sa perception des relations de travail acquise par une longue expérience dans ce domaine. [Je souligne.]

Ces remarques sont également applicables au commissaire du travail et au Tribunal du travail.

Deuxièmement, l'analyse pragmatique ou fonctionnelle convient mieux au concept de compétence et aux conséquences qui découlent d'un octroi de pouvoir. Dans son ouvrage *Judicial Review of Administrative Action*, *op. cit.*, à la p. 110, S. A. de Smith écrit:

[TRADUCTION] Compétence signifie pouvoir de décider. Chaque fois qu'un tribunal judiciaire a le pouvoir ou l'obligation d'examiner une question de droit ou de fait pour rendre une décision à son sujet, ses conclusions sur cette question ne peuvent être attaquées indirectement ou par une demande de *certiorari*; au contraire, elles ont

collaterally or on an application for certiorari but are binding until reversed on appeal.

Under the preliminary or collateral question theory, the mere fact that an administrative tribunal must answer a preliminary or collateral question before it may exercise its powers suffices to transform the question into a jurisdictional question. Thus, the order in which the tribunal deals with the questions presented to it may determine the nature of those questions. Such a theory tends to empty the concept of jurisdiction of its content. Jurisdiction *stricto sensu* is defined as the power to decide. The importance of a grant of jurisdiction relates not to the tribunal's capacity or duty to decide a question but to the determining effect of its decision. As S. A. de Smith points out, the tribunal's decision on a question within its jurisdiction is binding on the parties to the dispute. In the exercise of its superintending and reforming power, a superior court must not limit its inquiry to identifying the questions to be dealt with by the tribunal. The true problem of judicial review is to discover whether the legislator intended the tribunal's decision on these matters to be binding on the parties to the dispute, subject to the right of appeal if any.

The third and perhaps the most important of the reasons why a pragmatic or functional analysis seems more advantageous is that it puts renewed emphasis on the superintending and reforming function of the superior courts. When an administrative tribunal exceeds its jurisdiction, the illegality of its act is as serious as if it had acted in bad faith or ignored the rules of natural justice. The role of the superior courts in maintaining the rule of law is so important that it is given constitutional protection: *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220. Yet, the importance of judicial review implies that it should not be exercised unnecessarily, lest this extraordinary remedy lose its meaning.

I turn now to the analysis of the labour commissioner's jurisdiction. Essentially the question is whether the legislator intended that the interpretation the commissioner is called upon to give of s. 45 be within his jurisdiction *stricto sensu* and

force obligatoire jusqu'à ce qu'elles soient infirmées en appel.

Selon la théorie de la condition préalable, le simple fait qu'un tribunal administratif doive trancher une question de façon préalable ou incidente à l'exercice de ses pouvoirs suffit à la transformer en question d'ordre juridictionnel. Ainsi, l'ordre dans lequel le tribunal se penche sur les questions qui lui sont présentées peut être déterminant de la nature de ces questions. Une telle doctrine tend à vider le concept de compétence de son contenu. La compétence, *stricto sensu*, se définit comme le pouvoir de décider une question. L'importance d'un octroi de compétence se rattache non pas à la faculté ou à l'obligation du tribunal de traiter d'une question, mais au caractère déterminant de sa décision. Comme S. A. de Smith le souligne, la décision du tribunal sur une question qui relève de sa compétence lie les parties au litige. Dans l'exercice de son pouvoir de contrôle et surveillance, une cour supérieure ne doit pas restreindre son enquête à l'identification des questions dont le tribunal doit traiter. Le véritable problème du contrôle judiciaire est de savoir si le législateur veut que la décision du tribunal sur ces questions lie les parties au litige, sous réserve du droit d'appel, s'il en est.

La troisième et peut-être la plus importante des raisons pour lesquelles l'analyse pragmatique ou fonctionnelle me paraît avantageuse est qu'elle met de nouveau l'accent sur le rôle de contrôle et de surveillance joué par les cours supérieures. Quand un tribunal administratif excède sa compétence, l'illégalité de son acte est aussi grave que s'il avait agi de mauvaise foi ou avait ignoré les règles de la justice naturelle. Le rôle des cours supérieures dans le maintien de la légalité est si important qu'il bénéficie d'une protection constitutionnelle: *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220. Par ailleurs, l'importance du contrôle judiciaire implique qu'on ne devrait pas y avoir recours sans nécessité, sinon ce recours extraordinaire perdrait tout son sens.

Je passe maintenant à l'analyse de la compétence du commissaire du travail. Il s'agira essentiellement de voir si le législateur a voulu que l'interprétation que le commissaire est appelé à donner de l'art. 45 relève de sa compétence *stricto*

binding on the parties, with no right of judicial review.

3. *Analysis of Labour Commissioner's Jurisdiction*

In support of his argument that interpretation of s. 45 is not a question of a jurisdictional nature, counsel for the appellant maintained that the interpretation of the wording of s. 45 is inseparable from the power conferred on the labour commissioner in s. 46 to make an order recording the transfer of rights and obligations from one employer to another. He alleged in particular that determining whether an alienation or operation by another exists is the very focus of the commissioner's inquiry and is therefore within his jurisdiction *stricto sensu*. Though they are divided on the point, the courts have sometimes approved appellant's opinion (*Montreal Trust v. Tribunal du travail*, [1975] R.D.T. 353 (C.A.); *Lecavalier v. Syndicat national des employés de la Ville de Laval Inc.* (C.S.N.), [1976] C.S. 856; *Syndicat des employés municipaux de la Ville de Hull v. Hull (Ville de)*, [1985] C.A. 552). However, I cannot subscribe to this point of view for the following reasons.

The first point to be mentioned is that the application of s. 45 does not result from the commissioner's determination that the requirements of that section have been met. Section 45 applies automatically. The transfer of rights and obligations occurs as of right on the day of the alienation, operation by another or change in legal structure of the undertaking. No other conclusion can be drawn from the wording of s. 46, which I cite again:

46. An [*sic*] labour commissioner may make any order deemed necessary to record the transfer of rights and obligations provided for in section 45 and settle any difficulty arising out of the application thereof.

Under this section, the commissioner's role is limited to "recording" the transfer of rights and obligations guaranteed in s. 45. The French version is equally explicit: "Un commissaire du travail peut rendre toute ordonnance jugée nécessaire pour constater la transmission de droits et d'obligations . . ." (emphasis added). The commis-

sensu et lie les parties sans possibilité de révision judiciaire.

3. *Analyse de la compétence du commissaire du travail*

Au soutien de son argumentation voulant que l'interprétation de l'art. 45 ne pose pas une question d'ordre juridictionnel, le procureur de l'appellant plaide que l'interprétation du texte de l'art. 45 est inséparable du pouvoir conféré au commissaire du travail à l'art. 46 d'émettre une ordonnance constatant la transmission des droits et obligations d'un employeur à l'autre. Il allègue plus précisément que la détermination de l'existence d'une aliénation ou d'une concession constitue l'objet même de l'enquête du commissaire et relève par conséquent de sa compétence *stricto sensu*. Quoiqu'ils soient divisés sur le sujet, les tribunaux ont à l'occasion endossé l'opinion de l'appellant (*Montreal Trust c. Tribunal du travail*, [1975] R.D.T. 353 (C.A.), *Lecavalier c. Syndicat national des employés de la Ville de Laval Inc.* (C.S.N.), [1976] C.S. 856, et *Syndicat des employés municipaux de la Ville de Hull c. Hull (Ville de)*, [1985] C.A. 552). Je ne puis toutefois souscrire à ce point de vue pour les raisons qui suivent.

Ce qu'il importe de souligner dès l'abord, c'est que l'application de l'art. 45 ne résulte pas de la détermination du commissaire qu'il y a eu réalisation des exigences stipulées à cet article. L'application de l'art. 45 est automatique. La transmission des droits et obligations s'opère de plein droit, dès le jour de l'aliénation, de la concession ou du changement de structure juridique de l'entreprise. Le libellé de l'art. 46, que je cite à nouveau, ne permet aucune autre conclusion:

46. Un commissaire du travail peut rendre toute ordonnance jugée nécessaire pour constater la transmission de droits et d'obligations visée à l'article 45 et régler toute difficulté découlant de l'application dudit article.

En vertu de cet article, le rôle du commissaire se limite à «constater» la transmission des droits et obligations garantis à l'art. 45. La version anglaise est tout aussi explicite: «An [*sic*] labour commissioner may make any order deemed necessary to record the transfer of rights and obligations . . .» (je souligne). La mission première du commissaire

sioner's primary mission of recording the transfer of rights and obligations clearly indicates that the application of s. 45 is independent of such recording. Section 46, which empowers the commissioner to settle "any difficulty arising out of the application thereof" (emphasis added), assumes that s. 45 has already had its effect. The benefits mentioned in s. 45 for employees and their associations accrue to them before any decision of the commissioner and, as I shall mention below, even in the absence of such a decision. This is why decisions of the Labour Court consider that a new employer is responsible for implementing the collective agreement as soon as the undertaking is alienated or granted, without waiting for the decision of a commissioner recording the transfer of the agreement to such employer (R. P. Gagnon, L. LeBel and P. Verge, *op. cit.*, at p. 342). In *Derko Ltée v. Roy*, Que. Sup. Ct., No. 200-05-001343-792, June 28, 1979, Côté J. clearly indicates the limits of the labour commissioner's jurisdiction under s. 46 (at p. 11):

[TRANSLATION] When the conditions stated in s. 36 [now s. 45] of the *Labour Code* are met, the transfer of the original employer's rights and obligations to the new employer takes place by operation of law alone and without intervention by the investigation commissioner. The only purpose of an order which may subsequently be made by the investigation commissioner under s. 37 [now s. 46] is to record that such a transfer of rights and obligations has actually taken place. The investigation commissioner's jurisdiction is thus limited to recording the transfer of rights and obligations previously assumed by the former employer. [Emphasis added.]

The legislator did not intend to make the application of s. 45 subject to a determination by the labour commissioner. Judge Beaudry gave the reasons for this at p. 130 of the Labour Court judgment:

[TRANSLATION] It is clear the legislator intended, in the event of a (legal) transformation of the undertaking, not only to avoid any ambiguity which might result but also to avoid the necessity of the certified union taking steps, taking amendment proceedings, changes of name and other changes which could lead to the temporary freeze of the means provided by the Code to give effect to the certification. This is why s. 45, which is public law,

qui est de consigner la transmission des droits et obligations indique clairement que l'application de l'art. 45 est indépendante de cette constatation. L'article 46 qui permet au commissaire de régler « toute difficulté découlant de l'application dudit article » (je souligne) présuppose que l'art. 45 a déjà produit ses effets. Les avantages mentionnés à l'art. 45 en faveur des employés et de leurs associations leur sont dévolus avant toute décision du commissaire et, comme je le mentionnerai plus loin, en l'absence même d'une telle décision. Voilà pourquoi la jurisprudence du Tribunal du travail estime que l'application de la convention collective échoit au nouvel employeur dès l'aliénation ou la concession de l'entreprise sans qu'il faille attendre la décision d'un commissaire constatant la transmission de la convention à cet employeur (R. P. Gagnon, L. LeBel et P. Verge, *op. cit.*, à la p. 342). Dans la décision *Derko Ltée c. Roy*, C.S. Qué., n° 200-05-001343-792, 28 juin 1979, le juge Côté expose clairement les limites de la compétence du commissaire du travail dans le cadre de l'art. 46 (à la p. 11):

Lorsque se réalisent les conditions prévues à l'article 36 [devenu l'art. 45] du Code du travail, c'est par l'effet de la loi seule et sans l'intervention du commissaire-enquêteur que s'opère la transmission des droits et obligations de l'employeur originaire au nouvel employeur. L'ordonnance que pourra rendre ultérieurement le commissaire-enquêteur en vertu de l'article 37 [devenu l'art. 46] n'aura pour but que de constater qu'une telle transmission de droits et d'obligations s'est véritablement produite. La juridiction du commissaire-enquêteur se limite donc à constater la transmission des droits et obligations qui antérieurement étaient assumés par l'ancien employeur. [Je souligne.]

Le législateur n'a pas entendu assujettir l'application de l'art. 45 à la détermination du commissaire du Travail. Le juge Beaudry en donne les motifs à la p. 130 du jugement du Tribunal du travail:

Il est apparent que le législateur a voulu, dans le cas de transformation (juridique) de l'entreprise, non seulement éluder l'ambiguïté qui pourrait en résulter, mais aussi éviter au syndicat accrédité des démarches, des procédures d'amendements, de changements de nom et autres qui pourraient occasionner le gel temporaire des moyens prévus par le code pour donner effet à l'accréditation. C'est pourquoi l'article 45, de droit public, s'ap-

applies as of right. The legislator anticipated that employer-union relations could be disrupted by the obligation or simple necessity of instituting proceedings which, between their initiation and final resolution, might suspend the (already too long) periods of time specified in the Code for the attainment of its purpose, industrial peace.

Not only does s. 45 operate automatically, but recourse to the commissioner is also optional. Since 1967, the Labour Relations Board has held that s. 46 allows one of the parties to ask the commissioner to record the rights and obligations if that party deems it "necessary":

[TRANSLATION] The Board is formally of the opinion that s. 36 operates automatically as soon as a contract of alienation comes into effect, without the Board having to intervene. As this provision is public law, one has to conclude that it affects both the rights of the parties and the rights of any subsequent party or third party. Nowhere in the Act is it stated that the Board must record its application for the provision to be effective. Nowhere in the Act is it stated that this transfer of rights must be made public by some kind of proceeding for it to be effective *ipso facto* in respect of third parties.

If the legislator intended the parties to make such a public declaration or to make rights in respect of third parties depend on such publicity, he would have said so. Furthermore, s. 37 indicates that the Board is to intervene, by order recording such alienation, only when this is "deemed necessary". Who may deem such recording necessary other than the parties to the transfer, and when can they deem it necessary except in the event of disagreement between them?

When the parties themselves recognize and record the full application of s. 36, there is no further obligation. Name change applications or applications to resolve problems arising out of the implementation of s. 36 are only incidental and add nothing further to the provisions of s. 36, which operate automatically.

(*Fraternité internationale des ouvriers en électricité v. National Cablevision Ltd.*, [1967] R.D.T. 314, at p. 318. See also *Cité de Lachine v. Union des employés municipaux de la Cité de Lachine*, [1974] T.T. 279.)

The transfer of rights and obligations thus does not depend on the conclusion arrived at by the

plique de plein droit. Le législateur a prévu que les relations patronales-syndicales pourraient être perturbées par l'obligation ou la simple nécessité d'engager des procédures qui, entre leur mise en branle et leur solution finale, risqueraient de suspendre les délais (déjà trop longs) prévus au code pour la réalisation de son objet, la paix industrielle.

Non seulement l'application de l'art. 45 se fait-elle de plein droit, mais le recours au commissaire est aussi facultatif. L'article 46 permet à l'une des parties de requérir du commissaire la constatation des droits et obligations si elle le juge «nécessaire». C'est ce que décide la Commission des relations de travail dès 1967:

La Commission est formellement d'avis que l'art. 36 opère, de plein droit, dès la mise en vigueur du contrat d'aliénation, sans qu'elle n'ait à intervenir. Et cette disposition étant d'ordre public, il y a donc lieu de conclure qu'elle affecte également le droit des parties et celui de toute partie éventuelle ou de tout tiers. Nulle part, dans la loi, il n'est indiqué que, pour rendre cette disposition effective, la Commission doive en constater son application. Nulle part, dans la loi, il n'est déclaré qu'il faille, par quelque procédure, assurer une publicité à cette transmission de droits pour qu'elle s'effectue *ipso facto* à l'égard des tiers.

Si le législateur voulait que les parties rendent tel acte public, il se devait de le dire, tout comme s'il voulait en conditionner les effets vis-à-vis les tiers. Plus encore, l'art. 37 ne révèle-t-il pas que la Commission ne doit intervenir, par ordonnance pour constater telle aliénation, que lorsque la chose est «jugée nécessaire». Qui, d'autre que les parties à la transmission, peut juger nécessaire cette constatation et quand peuvent-elles la juger nécessaire si ce n'est uniquement en cas de désaccord entre elles?

Quand les parties elles-mêmes reconnaissent et constatent la pleine application de l'art. 36, il n'est d'autre obligation. Les requêtes en changement de nom, ou en règlement de difficultés découlant de l'application de l'art. 36, n'étant que l'accessoire, n'ajoutent rien d'autre aux dispositions de l'art. 36 qui opèrent de plein droit.

(*Fraternité internationale des ouvriers en électricité c. National Cablevision Ltd.*, [1967] R.D.T. 314, à la p. 318. Voir aussi *Cité de Lachine c. Union des employés municipaux de la Cité de Lachine*, [1974] T.T. 279.)

La transmission des droits et obligations ne dépend donc pas de l'évaluation des faits et du

commissioner on the facts and the law—nor indeed on the existence of a certificate recording the transfer—but on the fact that the requirements of s. 45 have actually been met. This is the major difference distinguishing s. 45 of the *Labour Code* from s. 128 of the *Act respecting labour standards*, R.S.Q., c. N-1.1. Lamer J. stated that he did not find any question preliminary to the existence of jurisdiction in the latter provision (*Blanchard, supra*, at p. 492):

This observation [the absence of a prerequisite] gains additional weight from the actual wording of s. 128: the arbitrator has the powers specified in that section "where [he] considers that the employee has not been dismissed for good and sufficient cause". Section 128 does not make the use of these powers conditional on the objective existence of that cause, but on the arbitrator's subjective assessment. [Emphasis added.]

The powers conferred on the commissioner by s. 46 are fundamentally different from those given to the Canada Labour Relations Board under s. 144(5) of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, which Chouinard J. discussed in *National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union*, [1984] 1 S.C.R. 269, at p. 276:

In my opinion, however, when faced with a provision as clear as subs. (5) of s. 144, cited above, for which there is no equivalent in the Manitoba statute, no preliminary question is presented and there is no doubt that the Board had jurisdiction to determine the question: "(5) Where any question arises . . . as to whether or not a business has been sold . . . the Board shall determine the question".

The respondent properly makes the following observations in its submission:

[TRANSLATION] The "general" jurisdiction of the labour commissioners is set forth in s. 23 of the *Labour Code* as follows:

"A labour commissioner general, an assistant labour commissioner general, labour commissioners and certification agents shall be appointed to the Ministère du travail et de la main-d'œuvre to ensure the efficiency of the certification procedure established by this Code and to perform the other duties assigned to them by this Code. Such persons . . ."

It can be seen at the outset that the legislator did not see fit to give the labour commissioner a general, exclu-

droit à laquelle parvient le commissaire—ni d'ailleurs de l'existence d'un certificat constatant la transmission—mais du fait que sont réellement remplies les exigences de l'art. 45. C'est là la différence majeure qui distingue l'art. 45 du *Code du travail* de l'art. 128 de la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., chap. N-1.1, au sujet duquel le juge Lamer déclarait ne pas y lire de condition préliminaire à l'existence de la compétence (*Blanchard, précité*, à la p. 492):

Cette constatation [l'absence de condition préliminaire] est renforcée par les termes mêmes de l'art. 128: l'arbitre dispose des pouvoirs prévus à cet article s'il «juge que le salarié a été congédié sans cause juste et suffisante.» L'article 128 ne rend pas l'usage de ces pouvoirs conditionnel à l'existence objective de cette cause mais plutôt conditionnel à l'appréciation subjective de l'arbitre. [Je souligne.]

Les pouvoirs dévolus au commissaire par l'art. 46 sont foncièrement différents de ceux dont dispose le Conseil canadien des relations du travail en vertu du par. 144(5) du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1, et au sujet duquel le juge Chouinard écrit dans *Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce*, [1984] 1 R.C.S. 269, à la p. 276:

Je suis d'avis cependant qu'en présence d'un texte aussi clair que le par. (5) de l'art. 144 précité, dont on ne trouve pas l'équivalent dans la loi manitobaine, il ne se pose aucune question préliminaire et il ne fait pas de doute que le Conseil avait compétence pour trancher la question: «(5) Lorsqu'une question se pose . . . de savoir si une entreprise a été vendue ou non . . . elle doit être tranchée par le Conseil.»

C'est à juste titre que, dans son mémoire, l'intimée fait les observations suivantes:

La compétence «générale» des Commissaires du travail est énoncée à l'article 23 du *Code du travail* dans les termes suivants:

«Un commissaire général du travail, un commissaire général adjoint du travail, des commissaires du travail et des agents d'accréditation sont nommés au ministère du travail et de la main-d'œuvre pour assurer l'efficacité de la procédure d'accréditation établie par le présent code et pour exercer les autres fonctions que le présent code leur attribue. Ces personnes . . .»

On constate au point de départ que le législateur n'a pas jugé opportun de conférer au Commissaire du tra-

sive jurisdiction over implementation of and compliance with all the provisions of the Labour Code. He chose instead the approach of conferring several special powers, and limited himself to giving jurisdiction over specific and defined matters.

By proceeding in this way the Quebec legislator clearly differs from most other Canadian legislators, who have chosen instead to confer on a specialized and unique agency (generally a labour relations commission) true general jurisdiction over the interpretation and implementation of the legislation governing collective labour relations.

In this respect, one may compare, for example, the jurisdiction conferred on the Canada Labour Relations Board by the Canada Labour Code (R.S., c. L-1), in particular in s. 121 ... or in s. 144(5):

121. The Board shall exercise such powers and perform such duties as are conferred or imposed on it by, or as may be incidental to the attainment of the objects of, this Part including, without restricting the generality of the foregoing, the making of orders requiring compliance with the provisions of this Part, with any regulation made under this Part or with any decision made in respect of a matter before the Board.

144. ...

(5) Where any question arises under this section as to whether or not a business has been sold or as to the identity of the purchaser of a business, the Board shall determine the question.

Although in *Blanchard* and *National Bank of Canada*, *supra*, the words "prerequisite" and "preliminary question" are used, the idea that is conveyed by these terms is still valid. In these two cases, the legislation conferring power on the adjudicator and the Canada Labour Relations Board, respectively, is framed so as to make the legislative intent apparent. That intent is clearly that the adjudicator or the Board should have jurisdiction to determine if one of the conditions for the exercise of their power exists.

The labour commissioner, on the other hand, must ensure that the requirements stated in s. 45 are met before undertaking to resolve the difficul-

vail la compétence générale et exclusive d'assurer l'application et le respect de toutes les dispositions du Code du travail. On a plutôt choisi l'approche de conférer plusieurs compétences particulières en se limitant à donner juridiction sur des sujets précis et circonscrits.

Le législateur québécois, en procédant de la sorte, se distingue nettement de la plupart des autres législateurs canadiens qui ont plutôt choisi de conférer à un organisme spécialisé et unique (généralement une commission des relations du travail) une véritable compétence générale sur l'interprétation et l'application de la loi régissant les rapports collectifs du travail.

On peut à cet égard comparer par exemple la juridiction conférée au Conseil canadien des relations du travail par le Code canadien du travail (S.R., c. L-1) notamment à l'article 121 [...] ou au paragraphe (5) de l'article 144:

121. Le Conseil exerce les pouvoirs et fonctions que lui attribue la présente Partie ou qui peuvent être nécessaires à la réalisation des objets de la présente Partie, et notamment, sans restreindre la portée générale de ce qui précède, il rend des ordonnances comportant obligation de se conformer aux dispositions de la présente Partie, de tout règlement pris sous son régime ou de toute décision rendue dans une affaire dont il est saisi.

144. ...

(5) Lorsqu'une question se pose en vertu du présent article, soit de savoir si une entreprise a été vendue ou non, soit quant à l'identité de l'acheteur, elle doit être tranchée par le Conseil.

Bien que dans les arrêts *Blanchard* et *Banque nationale du Canada*, précités, les mots «condition préalable» et «question préliminaire» soient employés, l'idée qui ressort de ces termes n'en reste pas moins valable. Dans ces deux affaires, les dispositions législatives qui confèrent le pouvoir à l'arbitre et au Conseil canadien des relations du travail, respectivement, sont formulées de façon à mettre en évidence l'intention du législateur. Cette intention est manifestement à l'effet que l'arbitre ou le Conseil ait la compétence pour déterminer si une des conditions à l'exercice de leur pouvoir existe.

Par contre, le commissaire du travail doit s'assurer que sont satisfaites les exigences énoncées à l'art. 45 avant d'entreprendre de régler les difficul-

ties arising out of the application of this provision. Although the commissioner may have to interpret s. 45, depending on the circumstances, his power to record the transfer of rights and obligations is essentially administrative in that it clarifies for the benefit of third parties the respective rights and obligations of the parties to the transfer. This power forms part of the commissioner's duties, which are "to ensure the efficiency of the certification procedure established by this code..." (s. 23). Such a power does not authorize him to deny, by means of an erroneous decision, the rights and obligations whose exercise is guaranteed directly by s. 45 or to impose rights and obligations in circumstances not contemplated by s. 45. It is significant that the jurisdiction conferred on the commissioner by s. 46 is considerably more limited than that conferred on him by the Code in other areas. The legislator clearly differentiates in the *Labour Code* cases in which he intends to give the labour commissioner's decision a conclusive effect:

1. ...

(f) "employee"—a person who works for an employer and for remuneration, but the word does not include:

(1) a person who, in the opinion of the labour commissioner, is employed as manager, superintendent, foreman or representative of the employer in his relations with his employees;

17. If it is shown to the satisfaction of the labour commissioner seized of the matter that the employee exercises a right accorded to him by this code, there shall be a presumption in his favour that he was dismissed, suspended or transferred because he exercised such right, and the burden of proof that the employee was dismissed, suspended or transferred for another good and sufficient reason shall be upon the employer.

31. As soon as he has suspended the certification agent's investigation under section 29 or received the certification agent's report contemplated in section 30, the labour commissioner general must refer the matter to the labour commissioner whom he designates and direct him to grant or refuse the application for certification.

In the case provided for in section 29, the labour commissioner seized of the matter shall not grant the certification if it is established to his satisfaction that

tés d'application de cette disposition. Quoique le commissaire doive, selon les circonstances, procéder à l'interprétation de l'art. 45, son pouvoir de constater la transmission des droits et obligations est plutôt administratif en ce qu'il clarifie auprès des tiers les droits et obligations respectifs des parties à la transmission. Ce pouvoir s'inscrit dans le cadre des fonctions du commissaire qui sont «d'assurer l'efficacité de la procédure d'accréditation établie par le présent code» (art. 23). Un tel pouvoir ne lui permet pas de nier, par le biais d'une décision erronée, les droits et obligations dont l'exercice est assuré directement par l'art. 45, ni d'imposer des droits et obligations dans des circonstances que l'art. 45 ne prévoit pas. Il est révélateur que la compétence dévolue au commissaire par l'art. 46 est considérablement plus restreinte que celle que le Code lui confère dans d'autres domaines. Le législateur différencie clairement au *Code du travail* les cas où il entend revêtir la décision du commissaire du travail d'un caractère déterminant:

1. ...

l) «salarié»—une personne qui travaille pour un employeur moyennant rémunération, cependant ce mot ne comprend pas:

1° une personne qui, au jugement du commissaire du travail, est employée à titre de gérant, surintendant, contremaître ou représentant de l'employeur dans ses relations avec ses salariés;

17. S'il est établi à la satisfaction du commissaire du travail saisi de l'affaire que le salarié exerce un droit lui résultant du présent code, il y a présomption en sa faveur qu'il a été congédié, suspendu ou déplacé à cause de l'exercice de ce droit, et il incombe à l'employeur de prouver que le salarié a été congédié, suspendu ou déplacé pour une autre cause, juste et suffisante.

31. Dès qu'il a interrompu l'enquête de l'agent d'accréditation en vertu de l'article 29 ou dès qu'il a reçu le rapport de l'agent d'accréditation visée à l'article 30, le commissaire général du travail doit saisir de l'affaire le commissaire du travail qu'il désigne et le charger d'accorder ou refuser la demande d'accréditation.

Dans le cas prévu à l'article 29, le commissaire du travail saisi de l'affaire ne peut accorder l'accréditation

section 12 has not been complied with. [Emphasis added.]

There is another reason why I believe that interpretation of the requirements mentioned in s. 45 is not within the commissioner's jurisdiction. The decisions of this Court clearly indicate that jurisdictional questions are to be identified by their nature, which is not ordinarily within the expertise of an administrative tribunal. Lamer J. relied on *Parkhill Bedding & Furniture Ltd. v. International Molders & Foundry Workers Union of North America, Local 174* (1961), 26 D.L.R. (2d) 589, where the point at issue was similar to the one at bar, when he formulated the following criterion in *Blanchard, supra*, at p. 491:

These questions are identified by the fact that they fall outside the limits of the enabling legislation itself, and are not usually within the area of expertise of the administrative tribunal (*Parkhill Bedding & Furniture Ltd. v. International Molders & Foundry Workers Union* (1961), 26 D.L.R. (2d) 589).

As I shall explain below, the concepts of alienation and operation by another are civil law concepts that require no special expertise on the part of an administrative tribunal. They are concepts which do not call on the labour commissioner's expertise, as would a decision respecting the representative nature of a petitioning association (s. 32 of the Code) or the description of the appropriate bargaining unit (s. 34 of the Code).

It is also significant that the labour commissioner's decision regarding alienation or operation by another of an undertaking has not always had the central importance it now has. The legislator could not have foreseen the disruptive effect which *Jack Schwartz Service Station v. Teamsters Local Union 900, supra*, would have or the controversy over interpretation of s. 45 that would follow. Arguing that the determination of whether an alienation or operation by another exists is the very purpose of the commissioner's investigation, as counsel for the appellant did, attributes an intent to the legislator retrospectively. At the time ss. 45 and 46 were drafted, the question the legislator had to deal with was the transfer of certification in

s'il est établi à sa satisfaction que l'article 12 n'a pas été respecté. [Je souligne.]

Une raison supplémentaire me convainc que l'interprétation des exigences mentionnées à l'art. 45 ne relève pas de la compétence du commissaire. La jurisprudence de cette Cour indique clairement que les questions d'ordre juridictionnel se reconnaissent par leur nature qui ne relève pas normalement de l'expertise du tribunal administratif. Le juge Lamer se fonde sur l'affaire *Parkhill Bedding & Furniture Ltd. v. International Molders & Foundry Workers Union of North America, Local 174* (1961), 26 D.L.R. (2d) 589, où la question en cause est analogue à la nôtre, pour énoncer ce critère dans *Blanchard*, précité, à la p. 491:

On identifie ces questions par le fait qu'elles sont des questions qui sont en dehors des limites de la loi habilitante elle-même et qui ne relèvent pas normalement de l'expertise du tribunal administratif (*Parkhill Bedding & Furniture Ltd. v. International Molders & Foundry Workers Union* (1961), 26 D.L.R. (2d) 589).

Comme j'expliquerai plus loin, les concepts de l'aliénation et de la concession sont des notions de droit civil qui ne requièrent aucune compétence particulière de la part de l'instance administrative. Il s'agit là de notions qui ne font pas appel à l'expertise du commissaire du travail comme peuvent le faire la détermination du caractère représentatif d'une association requérant son accréditation (art. 32 du Code) ou encore la description de l'unité de négociation appropriée (art. 34 du Code).

Il est également révélateur que la décision du commissaire du travail au sujet de l'aliénation ou de la concession de l'entreprise n'a pas toujours eu l'importance centrale qu'elle comporte aujourd'hui. Le législateur n'a pas pu prévoir l'ébranlement dans la jurisprudence que l'affaire *Jack Schwartz Service Station c. Teamsters Local Union 900*, précitée, créerait et la controverse sur l'interprétation de l'art. 45 qui en suivrait. Prétendre que la détermination de l'existence d'une aliénation ou d'une concession constitue l'objet même de l'enquête du commissaire, comme le fait le procureur de l'appellant, attribue une intention au législateur rétrospectivement. À l'époque où les art. 45 et 46 ont été conçus, la question à laquelle

cases where the owner of an undertaking sold the undertaking or made third parties responsible for doing the work usually done in his own establishment, not the interpretation of the words "alienation" and "operation by another".

Taken together, the wording of ss. 45 and 46, the legislative context of these sections and the area of expertise of the labour commissioner clearly indicate that the legislator did not intend the commissioner's decision as to the existence of an alienation or operation by another of an undertaking to be conclusive. The powers conferred on the labour commissioner in s. 46 are limited to resolving administrative difficulties that may arise out of an alienation or operation by another of an undertaking. A labour commissioner will undoubtedly, depending on the circumstances, consider the requirements contained in s. 45 before making an order under in s. 46. Nevertheless, the question of alienation or operation by another of an undertaking is not within the labour commissioner's jurisdiction *stricto sensu*.

As the interpretation of s. 45 is a question of jurisdictional nature, the commissioner cannot erroneously conclude that an alienation or operation by another of an undertaking exists without exceeding his jurisdiction.

I turn therefore to the interpretation of s. 45.

VI—Interpretation of ss. 45 and 46

1. Introduction: Context of ss. 45 and 46

To interpret s. 45 in accordance with the legislator's intent, one has to look to his purpose in maintaining the certification or the collective agreement despite alienation or operation by another of the undertaking. The object of s. 45 is unquestionably to protect the benefits resulting from certification and the collective agreement. In *Adam v. Daniel Roy Ltée*, *supra*, Chouinard J. elaborated on this object at pp. 694-95:

Section 36 seeks to encourage the stability of employment and prevent the disruption of labour relations, and to protect the rights of the union and the rights of the employees in the event of a change in the management or organization of the undertaking . . .

le législateur devait faire face était la transmission de l'accréditation dans le cas où le propriétaire d'une entreprise la vend ou bien confie à des tiers l'exécution des travaux habituellement accomplis dans son propre établissement et non pas l'interprétation des mots «aliénation» et «concession».

Le libellé des art. 45 et 46, le contexte législatif de ces articles, et le domaine de l'expertise du commissaire du travail se conjuguent pour indiquer clairement que le législateur ne voulait pas que la décision du commissaire au sujet de l'existence d'une aliénation ou d'une concession de l'entreprise soit déterminante. Les pouvoirs du commissaire du travail conférés à l'art. 46 se limitent à régler les difficultés administratives qui peuvent découler d'une aliénation ou d'une concession d'entreprise. Certes, le commissaire du travail doit, selon les circonstances, s'adresser aux exigences énoncées à l'art. 45 avant d'émettre une ordonnance prévue à l'art. 46. Néanmoins, la question de l'aliénation ou de la concession d'une entreprise ne relève pas de la compétence du commissaire du travail, *stricto sensu*.

L'interprétation de l'art. 45 étant une question d'ordre juridictionnel, le commissaire ne peut erronément conclure à l'existence d'une aliénation ou d'une concession de l'entreprise sans excéder sa compétence.

Je passe donc à l'interprétation de l'art. 45.

VI—Interprétation des art. 45 et 46

1. Introduction: le contexte des art. 45 et 46

Pour interpréter l'art. 45 en conformité de l'intention du législateur, il faut s'interroger sur le but qu'il poursuit en maintenant l'accréditation ou la convention collective malgré l'aliénation ou la concession de l'entreprise. L'article 45 vise incontestablement la protection des avantages qui découlent de l'accréditation et de la convention collective. Dans l'arrêt *Adam c. Daniel Roy Ltée*, précité, le juge Chouinard précise cet objectif aux pp. 694 et 695:

L'article 36 cherche à favoriser la stabilité de l'emploi et à empêcher le dérèglement des relations du travail, ainsi qu'à protéger les droits de l'association de salariés et les droits de ceux-ci du fait d'un changement dans la direction ou l'organisation de l'entreprise . . .

The object of s. 45 thus coincides with the purposes of certification and collective bargaining, namely the promotion of industrial peace and establishment of equitable relations between employer and employees: *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works Ltd.*, [1948] 2 W.W.R. 1055 (P.C.), at p. 1064.

This common purpose means that a proper understanding of the operation of s. 45 must proceed from an examination of the requirements of the certification procedure and the negotiation of a collective agreement.

Certification is a mechanism whereby an association which counts among its members an absolute majority of all an employer's employees, or of a separate group of an employer's employees, is recognized as the sole representative of those employees to this employer for collective bargaining purposes. Under section 1(b) of the *Labour Code*, "certified association" means "the association recognized by decision of the certification agent, the labour commissioner or the Court as the representative of all or some of the employees of an employer".

Certification is not an end in itself: it simply represents "the first step on the road to industrial peace" (*International Union of United Brewery, Flour, Cereal, Soft Drink and Distillery Workers of America (Local 239) v. Coca-Cola Ltd.* (1963), [1978] R.L. 391 (Q.L.R.B.), at p. 406. The sole purpose of certification from a legal point of view is to facilitate the conclusion of a collective agreement: only a certified association may initiate the collective agreement bargaining procedure (s. 52).

However, the Code imposes certain requirements on the negotiation of a collective agreement.

First, each agreement must be negotiated with a single employer. The Code does not recognize the possibility of "multi-employer certification", to use the expression of Gagnon, LeBel and Verge in *Droit du travail*, op. cit., at p. 357. (I exclude the limited role played by employers' associations in this area.) The wording of the Code confirms the

Cet objectif coïncide donc avec ceux de l'accréditation et de la négociation collective savoir, la promotion de la paix industrielle et l'instauration de relations équitables entre employeur et employés: *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works Ltd.*, [1948] 2 W.W.R. 1055 (P.C.), à la p. 1064.

Il découle de cette coïncidence d'objectifs que pour bien comprendre le fonctionnement de l'art. 45, il faut s'inspirer des exigences de la procédure d'accréditation et de la négociation d'une convention collective.

L'accréditation est un mécanisme par lequel une association groupant la majorité absolue des salariés d'un employeur ou d'un groupe distinct des salariés d'un employeur est reconnue comme le seul représentant de ces salariés face à cet employeur pour les fins de la négociation collective. Selon l'al. 1b) du *Code du travail*, l'«association accréditée» signifie «l'association reconnue par décision de l'agent d'accréditation, du commissaire du travail ou du tribunal comme représentant de l'ensemble ou d'un groupe des salariés d'un employeur.»

L'accréditation n'est pas une fin en soi: elle représente simplement [TRADUCTION] «le premier pas vers la paix industrielle» (*International Union of United Brewery, Flour, Cereal, Soft Drink and Distillery Workers of America (Local 239) c. Coca-Cola Ltd.* (1963), [1978] R.L. 391 (C.R.O.Q.), à la p. 406. Le seul but de l'accréditation, du point de vue juridique, est de faciliter la conclusion d'une convention collective: seule une association accréditée peut amorcer la procédure de négociation d'une convention collective (art. 52).

Le Code établit cependant certaines exigences relatives à la négociation d'une convention collective.

D'abord, chaque convention doit être négociée avec un seul employeur. Le Code ne reconnaît pas la possibilité d'une «accréditation multipatronale», pour reprendre l'expression de Gagnon, LeBel et Verge dans leur ouvrage *Droit du travail*, op. cit., à la p. 357. (Je fais abstraction du rôle limité que jouent les associations d'employeurs dans ce

principle that an employee association is certified to negotiate with a given employer. Reference may be made, for example, to an extract from s. 21, which provides for the right to certification in the following words:

21. Any association of employees comprising the absolute majority of the employees of an employer ... is entitled to be certified. [Emphasis added.]

The second condition for the conclusion of a collective agreement is that bargaining take place in the context of the specific undertaking of an employer. Although the Code does not expressly emphasize the specific identity of the undertaking implicated in the negotiation, this requirement is a necessary consequence of the certification procedure and negotiation of the collective agreement.

The evidence of this requirement is that the bargaining units contemplated by the Code are traditionally defined in terms of the specific undertaking in which the unit exists. The important factors in determining whether a bargaining unit is appropriate are ably set out by Vice-Chairman Gold of the Quebec Labour Relations Board, later Chief Justice of the Superior Court, in *Coca-Cola Ltd.*, *supra*, at pp. 409-10. The primary criterion is the mutuality of interest of employees in the proposed bargaining unit. This mutuality of interest is to be determined in light of the similarity of duties performed by the employees, the similarity of wages or methods of computing compensation applicable to employees, the similarity of skills and qualifications, the interdependence or interchangeability of functions and the transfer of employees from one employment category to another.

It follows from Vice-Chairman Gold's analysis that mutuality of interest cannot be determined without considering the undertaking in which the employees work. It is only possible to find whether similarity of duties, wages, working conditions or interchangeability of functions exists by looking at the undertaking in question. It is therefore not surprising that the appropriateness of a bargaining unit is determined with reference to the particular

domaine.) Le libellé du Code confirme comme principe qu'une association de salariés est accréditée pour négocier avec un employeur déterminé. On peut citer, par exemple, un extrait de l'art. 21 qui prévoit le droit à l'accréditation dans les termes suivants:

21. A droit à l'accréditation l'association de salariés groupant la majorité absolue des salariés d'un employeur ... [Je souligne.]

Que la négociation se déroule dans le cadre de l'entreprise particularisée d'un employeur est une deuxième condition de la réalisation d'une convention collective. Bien que le Code ne souligne pas explicitement l'identité particulière de l'entreprise visée par la négociation, cette exigence est un incident inéluctable de la procédure d'accréditation et de la négociation de la convention collective.

La preuve en est que les unités de négociation prévues par le Code sont traditionnellement délimitées en fonction de l'entreprise particulière dans laquelle l'unité existe. Les critères importants pour déterminer le caractère approprié de l'unité de négociation sont énoncés avec bonheur par le vice-président Gold de la Commission des relations ouvrières du Québec, devenu par la suite Juge en chef de la Cour supérieure, dans l'affaire *Coca-Cola Ltd.*, précitée, aux pp. 409 et 410. Le critère prééminent est celui de la communauté d'intérêts des salariés dans l'unité de négociation proposée. Cette communauté d'intérêts doit être évaluée en fonction de la similitude des tâches exercées par les salariés, la similitude des salaires et des méthodes de rémunération applicables aux salariés, la similitude de leurs aptitudes et qualités, l'interdépendance ou le caractère interchangeable de leurs fonctions, et le transfert des salariés d'une catégorie d'emploi à une autre.

Il ressort de l'analyse du vice-président Gold que la communauté d'intérêts ne peut être évaluée sans que l'on tienne compte de l'entreprise dans laquelle les salariés travaillent. Ce n'est que par l'examen de l'entreprise en question que l'on peut découvrir s'il y a similitude de tâches, de salaires, de conditions de travail ou interchangeabilité de fonctions. Il n'est donc pas étonnant que le caractère approprié de l'unité de négociation soit déterminé par

undertaking with which the unit is associated. The collective agreement concluded on behalf of the employees in the bargaining unit does not apply throughout a given industry. The collective agreement covers only the working conditions of the employees within the specific undertaking.

Each undertaking consists of a series of different components which together constitute an operational entity. It goes without saying that one of these components is the work done in the undertaking; but the specific identity of the undertaking is also determined by its particular physical, intellectual, human, technical and legal components.

The scope of a given collective agreement is potentially very wide. Section 62 of the Code provides:

62. The collective agreement may contain any provision respecting conditions of employment which is not contrary to public order or prohibited by law.

Though certain provisions of a collective agreement may be suited to the industry at large to which a particular undertaking belongs, other provisions will relate only to working conditions within the particular undertaking covered by the collective agreement.

Similarly, the particular undertaking covered by the bargaining must be associated with an employer. A collective agreement is negotiated with a single employer and is concluded in order to bind that employer. The only employer who has the power to adapt working conditions to the requirements of the collective agreement in the undertaking is the one who controls that undertaking.

In short, the legislator intended that collective bargaining and the resulting collective agreement take place within the following three-part framework: an employer, his undertaking and the association of employees connected with that employer's undertaking.

It is also clear that when an undertaking is alienated or operated by another in whole or in part, the essential components of this three-part

rapport à l'entreprise particulière à laquelle l'unité est liée. La convention collective conclue pour le compte des salariés qui forment l'unité de négociation ne s'applique pas à travers toute une industrie donnée. La convention collective ne vise que les conditions de travail de ces salariés à l'intérieur de l'entreprise particulière.

Chaque entreprise est composée d'une série d'éléments différents qui constituent l'ensemble opérationnel de l'entreprise. Il va de soi qu'un de ces éléments est le travail effectué au sein de l'entreprise. Mais l'identité particulière de l'entreprise ressort également des éléments physiques, intellectuels, humains, techniques et juridiques qui lui sont propres.

La portée d'une convention collective donnée est potentiellement très étendue. L'article 62 du Code stipule:

62. La convention collective peut contenir toute disposition relative aux conditions de travail qui n'est pas contraire à l'ordre public ni prohibée par la loi.

Bien que certaines dispositions d'une convention collective puissent convenir à l'ensemble de l'industrie dont une entreprise particulière fait partie, d'autres dispositions ne seront pertinentes qu'aux conditions de travail de l'entreprise particulière visée par la convention collective.

D'autre part, et dans le même ordre d'idées, l'entreprise particulière visée par la négociation doit se rattacher à un employeur. Une convention collective est négociée avec un seul employeur et elle est conclue afin de lier cet employeur. Le seul employeur qui détient le pouvoir d'adapter les conditions de travail aux exigences de la convention collective au sein de l'entreprise est celui qui contrôle cette entreprise.

En somme, il est de l'intention du législateur que la négociation et la convention collective qui en résulte se réalisent dans le cadre tripartite suivant: un employeur, son entreprise et l'association des salariés se rattachant à l'entreprise de cet employeur.

Il est aussi évident que lorsqu'une entreprise est aliénée ou concédée, totalement ou partiellement, les éléments essentiels de ce cadre tripartite doi-

framework must continue to exist if the certification or collective agreement are to remain relevant. The collective agreement itself provides an example. If the circumstances of the alienation or operation by another of the undertaking are such that this three-part framework disappears, the collective agreement cannot apply. The conditions in which the agreement was intended to operate will no longer exist.

Though it is not explicit on this point, the very wording of s. 45 does not exclude the continued existence of the three-part framework following the operation of its provisions:

45. The alienation or operation by another in whole or in part of an undertaking otherwise than by judicial sale shall not invalidate any certification granted under this code, [nor] any collective agreement . . .

The new employer, notwithstanding the division, amalgamation or changed legal structure of the undertaking, shall be bound by the certification or collective agreement . . .

The Code thus anticipates the effect of the arrival of a new employer due to an alienation or operation by another of the undertaking and the effect of certain changes in the legal structure of the undertaking on relations between the employer and employees as a whole; but the Code in no way dispenses with the requirement that there be an employer who controls the undertaking. Further, the requirement of a specific undertaking, at least in operational terms, also remains necessary for implementation of s. 45. In the absence of a specific expression of legislative intent, the provisions of s. 45 cannot be interpreted to operate in a manner contrary to the basic framework created by the Code of a single employer, a specific undertaking and an association of the employer's employees.

Any interpretation of s. 45 must be consistent with the three-part context which I have described above. By rejecting the need for a legal relation between successive employers and adopting a "functional" definition of the undertaking, the labour commissioner gives s. 45 an interpretation that does not recognize the existence of the three-part context in which collective bargaining must necessarily take place.

vent subsister pour que l'accréditation ou la convention collective restent pertinentes. Prenons l'exemple de la convention collective elle-même. Si les circonstances de l'aliénation ou la concession de l'entreprise provoquent la disparition de ce cadre tripartite, la convention collective n'aura pas d'application. Les conditions dans lesquelles la convention était censée opérer n'existeront plus.

Quoiqu'il ne soit pas explicite sur ce point, le texte même de l'art. 45 n'exclut pas la continuation du cadre tripartite suite à son application:

45. L'aliénation ou la concession totale ou partielle d'une entreprise autrement que par vente en justice n'invalide aucune accréditation accordée en vertu du présent code, [ni] aucune convention collective . . .

Sans égard à la division, à la fusion ou au changement de structure juridique de l'entreprise, le nouvel employeur est lié par l'accréditation ou la convention collective . . .

De cette façon le Code anticipe l'effet de l'arrivée d'un nouvel employeur à cause d'une aliénation ou une concession de l'entreprise et l'effet de certaines modifications à la structure juridique de l'entreprise sur l'ensemble des relations entre l'employeur et les salariés. Mais le Code n'écarte nullement l'exigence de la présence d'un employeur qui contrôle l'entreprise. De plus, l'exigence d'une entreprise particularisée, du moins sur le plan opérationnel, demeure également nécessaire à l'application de l'art. 45. En l'absence de directives explicites du législateur, on ne peut donner à l'art. 45 une interprétation qui a pour effet de nier le cadre établi par le Code d'un employeur, d'une entreprise particulière et d'une association des salariés de l'employeur.

Toute interprétation de l'art. 45 doit rester compatible avec le cadre tripartite que j'ai décrit ci-dessus. En rejetant la nécessité d'un lien de droit entre employeurs successifs et en adoptant une définition «fonctionnelle» de l'entreprise, le commissaire du travail donne à l'art. 45 une interprétation qui méconnaît l'existence du cadre tripartite dans lequel la négociation collective doit forcément prendre place.

With respect, I believe that because of their desire to protect the certification and collective agreement despite all the vicissitudes of the undertaking, the labour commissioner and the majority of the Labour Court have taken a position inconsistent with the purpose of the *Labour Code*: to promote collective bargaining as a better means of guaranteeing industrial peace and of establishing equitable relations between employer and employees.

2. *The Definition of the Undertaking*

In the context of s. 45, the undertaking becomes the most important component of the three-part framework postulated by the legislator: continuity of the undertaking is the essential condition for s. 45 to apply. The interpretation of s. 45 must therefore be approached through the definition of an "undertaking".

In his majority judgment Chief Judge Geoffroy gave the undertaking a definition which is limited to the duties performed by the employees as described in the certificate of certification. Continuity of the undertaking, an essential condition for s. 45 to apply, is determined by reference to the similarity of the duties performed by workers for their new employer (at pp. 123-24):

[TRANSLATION] The undertaking must be defined, since the legislator has not done so. The decisions of the Court, since the judgment of the late Associate Chief Judge Donat Quimper, have regarded it for the purposes of the Code in light of the collective agreement:

The undertaking ... is the group of operations performed in an establishment in order to fulfil its purpose, the word "operation" being used in the broad sense of tasks, functions, occupations and activities.

This definition will be found, without substantial difference, in other jurisdictions. They all have in common that they regard an undertaking from the standpoint of the labour which performs the various functions necessary to carry out its purposes. This is the undertaking which is covered by a certification; it is for this undertaking that a collective agreement is concluded, becoming the law that governs it. It is with this undertaking that the certification and the agreement are associated.

Avec égards, je crois que la position du commissaire du travail et de la majorité du Tribunal de travail, fondée sur le vœu de protéger l'accréditation et la convention collective malgré toutes les vicissitudes de l'entreprise, ne respecte pas l'objectif du *Code du travail*: promouvoir la négociation collective comme moyen de mieux garantir la paix industrielle et d'établir des relations équitables entre employeur et salariés.

2. *La définition de l'entreprise*

Dans le contexte de l'art. 45, l'entreprise se présente comme l'élément le plus important du cadre tripartite postulé par le législateur: la continuité de l'entreprise est la condition essentielle de l'application de l'art. 45. Il convient dès lors d'aborder l'interprétation de l'art. 45 par le biais de la définition de l'entreprise.

Dans son jugement majoritaire, le juge en chef Geoffroy donne de l'entreprise une définition qui se borne aux fonctions exercées par les salariés telles qu'elles sont décrites au certificat d'accréditation. On vérifie la continuité de l'entreprise, condition essentielle à l'application de l'art. 45, en s'assurant de la similitude des tâches assumées par les travailleurs auprès de leur nouvel employeur (aux pp. 123 et 124):

L'entreprise devra être définie, à défaut par le législateur de l'avoir fait. La jurisprudence du Tribunal, depuis le jugement du regretté juge Donat Quimper, l'a perçue, pour les fins du code, dans la perspective de la convention collective:

L'entreprise ... sera l'ensemble des opérations mises en œuvre dans un établissement en vue de la réalisation de son objet. Le mot «opération» étant employé dans le sens large de tâches, fonctions, occupations, activités.

Cette définition, on la retrouvera, substantiellement la même, dans les autres juridictions. Toutes, elles ont en commun de voir l'entreprise sous l'aspect de la main-d'œuvre qui occupe les diverses fonctions nécessaires à la poursuite de ses fins. C'est cette entreprise qui est visée par l'accréditation; c'est pour cette entreprise qu'une convention collective est conclue, qui devient la loi qui la régit. C'est à cette entreprise que sont rattachées l'accréditation et la convention.

This definition of the undertaking is the same as that given by Chief Judge Geoffroy in 1975 in *Jack Schwartz Service Station v. Teamsters Local Union 900*, *supra*, at p. 128:

[TRANSLATION] ... finding the same undertaking under new management means finding the same jobs, tasks, activities and so on. These components are the basis and the object of the certification and the collective agreement.

This definition, and I say so with respect, is incorrect: the generality of its terms does not allow for identification of a specific undertaking and so leads to the transfer of rights and obligations in situations where there is no continuity. In addition, the "functional" definition gives a description of the undertaking which cannot be reconciled with the legal operations mentioned in s. 45.

It is of the very essence of an undertaking that, for the purposes of s. 45, it may be subject to alienation, operation by another, amalgamation, division or a change in legal structure. Defining the undertaking without considering the legal operations to which it may be subject results in an interpretation of s. 45 that cannot be justified by its wording.

The abstract definition of the undertaking suggested by Chief Judge Geoffroy does not take the whole of s. 45 in account. By describing the undertaking solely in terms of the functions or positions of the employees, the Chief Judge removes the undertaking from the various legal acts which are essential to the application of s. 45.

The use of the word "alienation" in s. 45 is inconsistent with the definition of an undertaking adopted by the Chief Judge. When he parts with his undertaking by sale, gift or other means, an employer is not alienating a group of functions but rather immovable property, equipment, work contracts, inventory, goodwill and so on, as the case may be. The legislator is explicit: s. 45 concerns the alienation of an "undertaking", not the alienation of "functions".

Similarly, the phrase "changed legal structure of the undertaking" makes the definition suggested by Chief Judge Geoffroy impossible to accept. There the undertaking is unquestionably seen as a

Cette définition de l'entreprise reprend celle que le juge en chef Geoffroy énonçait en 1975 dans l'affaire *Jack Schwartz Service Station c. Teamsters Local Union 900*, précitée, à la p. 128:

^a ... retrouver la même entreprise sous une direction nouvelle veut dire y retrouver les mêmes emplois, tâches, activités, etc ... Ces éléments constituent le fondement et l'objet de l'accréditation et de la convention collective.

^b Je le dis avec égards, cette définition est erronée: sa généralité ne permet pas l'identification d'une entreprise précise et mène ainsi à la transmission des droits et obligations dans des situations où l'on ne retrouve aucune continuité. Par surcroît, la définition dite «fonctionnelle» donne de l'entreprise une description irréconciliable avec les opérations juridiques mentionnées à l'art. 45.

^d Il est de l'essence même de l'entreprise qu'elle soit, aux fins de l'art. 45, susceptible d'aliénation, de concession, de fusion, de division ou de changement de structure juridique. Définir l'entreprise sans tenir compte des opérations juridiques à laquelle elle est sujette revient à donner à l'art. 45 une interprétation qui ne peut être justifiée par son libellé.

^f Cette définition désincarnée d'une entreprise proposée par le juge en chef Geoffroy fait abstraction du reste de l'art. 45. En décrivant l'entreprise en fonction des postes seulement, le Juge en chef détache l'entreprise des divers actes juridiques qui sont essentiels à l'application de l'art. 45.

^h L'emploi du mot «aliénation» à l'art. 45 est incompatible avec la définition de l'entreprise retenue par le Juge en chef. Lorsqu'il cède son entreprise par vente, donation ou autrement, un employeur n'aliène pas un ensemble de tâches mais bien, selon le cas, des immeubles, de l'équipement, des contrats de travail, un inventaire, un achalandage, etc. Le législateur est explicite: l'art. 45 traite de l'aliénation d'une «entreprise» et non de l'aliénation de «fonctions».

^j De même, l'expression «changement de structure juridique de l'entreprise» rend la définition suggérée par le juge en chef Geoffroy impossible à retenir. L'entreprise y est indiscutablement envisa-

whole, not solely in terms of the duties performed by employees. Positions or functions certainly cannot be the subject of a "changed legal structure". I adopt in this regard the observations of the Superior Court cited above (at p. 984):

[TRANSLATION] When he refers to the undertaking's legal structure, the legislator means the legal framework in which employer, managers and employees operate. The word "undertaking" thus does not refer only to the specific function performed by an employee. It refers to the components of a business as a whole

It is thus incorrect to treat the undertaking and the positions or functions listed in the certificate of certification as equivalent. The undertaking is not created by the certification; it predates it. Section 45 recognizes this simple fact in as much as it applies from the moment proceedings to obtain a certification are initiated. When a certification exists, it plays an important role: the certification lists the functions and duties carried out by the employees and permits a determination as to whether these functions and duties continue to exist within the new employer's operations.

Instead of being reduced to a list of duties or functions, the undertaking covers all the means available to an employer to attain his objective. I adopt the definition of an undertaking proposed by Judge Lesage in a subsequent case, *Mode Amazone v. Comité conjoint de Montréal de l'Union internationale des ouvriers du vêtement pour dames*, [1983] T.T. 227, at p. 231:

[TRANSLATION] The undertaking consists in an organization of resources that together suffice for the pursuit, in whole or in part, of specific activities. These resources may, according to the circumstances, be limited to legal, technical, physical, or abstract elements. Most often, particularly where there is no operation of the undertaking by a subcontractor, the undertaking may be said to be constituted when, because a sufficient number of those components that permit the specific activities to be conducted or carried out are present, one can conclude that the very foundations of the undertaking exist: in other words, when the undertaking may be described as a going concern. In *Barnes Security*, Judge René Beaudry, as he then was, expressed exactly the same idea when he stated that the undertaking consists of "everything used to implement the employer's ideas".

gée dans sa globalité et non par rapport aux seules tâches exercées par des salariés. Des postes ou des fonctions ne peuvent certes pas être l'objet d'un «changement de structure juridique». Je fais miens les propos précités de la Cour supérieure à ce sujet (à la p. 984):

Lorsqu'il réfère à la structure juridique de l'entreprise, le législateur entend le cadre juridique à l'intérieur duquel fonctionnent patron, employés, cadres et salariés. Le mot «entreprise» ne s'adresse donc pas qu'à la fonction précise exercée par un salarié. Il réfère à l'ensemble des composantes d'une affaire

L'adéquation entre l'entreprise et les fonctions énumérées au certificat d'accréditation est donc erronée. L'entreprise ne naît pas de l'accréditation; elle lui est antérieure. L'article 45 reconnaît ce fait élémentaire en ce qu'il s'applique dès le stade d'une procédure en vue de l'obtention d'une accréditation. Lorsqu'elle existe, l'accréditation possède une importance certaine en ce qu'elle précise les fonctions et permet de s'assurer qu'elles se retrouvent chez le nouvel employeur. Ce constat n'est toutefois pas concluant à lui seul.

Au lieu d'être réduite à une liste de fonctions, l'entreprise recouvre l'ensemble des moyens dont dispose un employeur pour atteindre la fin qu'il recherche. J'adopte la définition de l'entreprise proposée par le juge Lesage dans une affaire subséquente, *Mode Amazone c. Comité conjoint de Montréal de l'Union internationale des ouvriers du vêtement pour dames*, [1983] T.T. 227, à la p. 231:

L'entreprise consiste en un ensemble organisé suffisant des moyens qui permettent substantiellement la poursuite en tout ou en partie d'activités précises. Ces moyens, selon les circonstances, peuvent parfois être limités à des éléments juridiques ou techniques ou matériels ou incorporels. La plupart du temps, surtout lorsqu'il ne s'agit pas de concession en sous-traitance, l'entreprise exige pour sa constitution une addition valable de plusieurs composantes qui permettent de conclure que nous sommes en présence des assises mêmes qui permettent de conduire ou de poursuivre les mêmes activités: c'est ce qu'on appelle le *going concern*. Dans *Barnes Security*, le juge René Beaudry, alors juge puîné, n'exprimait rien d'autre en mentionnant que l'entreprise consistait en «l'ensemble de ce qui sert à la mise en œuvre des desseins de l'employeur».

... each case is unique in terms of adding a number of components to determine the foundations of the undertaking, in whole or in part. It is not always necessary for the movable and immovable property to be transferred, for specialized technical resources to be transferred, for inventory and know-how to be included in the transaction. There must however be adequate resources, directed towards a certain activity by the first employer, which are used by the second in an identifiable way for the same purposes in terms of the work required from employees, even if the commercial or industrial objective is different.

Precisely because of the need to identify in the second employer's operations the same use of operating resources transferred by the first employer (otherwise there would simply have been a transfer of physical assets which can be used for any purpose), it was found to be desirable to simplify matters and to say that, once the same activities were carried on by a second employer, it followed that the latter must have acquired sufficient operating resources from the first to ensure continuity of the undertaking. Some have gone even further and, seeking simple guidelines and accessible formulas, have purported to see passages in certain judgments as affirming a so-called occupational theory of the undertaking. This is an indirect way of getting around the problem of the legal relation, by reducing or indeed eliminating the practical necessity for a legal relation in the continuity of the undertaking.

This definition has since received the approval of several judges of the Labour Court, and to the best of my knowledge it is the only one which takes into account the various legal operations required to bring s. 45 into operation. (*Alimentation de la Seigneurie Inc. v. Union des employés de commerce, local 500*, D.T.E. 83T-694; *Union des employés de commerce, local 500 T.U.A.C. (U.F.C.W.) v. Union des employés de commerce, local 501 T.U.A.C. (U.F.C.W.)*, D.T.E. 85T-521; *Industries du frein total Ltée v. Syndicat international des travailleurs unis de l'automobile, de l'aérospatiale et de l'outillage agricole d'Amérique (T.U.A.-F.T.Q.-C.T.C.)*, section locale 1900, [1985] T.T. 220; *Syndicat des salariés de la Boulangerie Weston (C.S.D.) v. Union des employés de commerce, local 501, T.U.A.C.*, [1986] T.T. 128.)

... chaque cas en est un d'espèce lorsqu'il s'agit d'ajouter un certain nombre de composantes pour retrouver les assises de l'entreprise, en tout ou en partie. Il n'est pas toujours nécessaire que les meubles et que l'immeuble soient cédés, que les moyens techniques spécialisés soient transférés, que l'inventaire et le *know-how* soient compris dans la transaction. Il faut cependant que des éléments suffisants, orientés à une certaine activité par un premier employeur, se retrouvent chez un second qui s'en sert, de façon identifiable, aux mêmes objectifs quant au travail requis des salariés, même si sa finalité commerciale ou industrielle est différente.

En raison précisément de la nécessité de retrouver chez le second employeur la même utilisation des moyens de fonctionnement transmis par le premier (sinon on n'aurait été en présence que d'un simple transfert d'actif physique utilisable sans spécificité), l'on a été porté à simplifier et à affirmer que, dès que les mêmes activités étaient effectuées par un second employeur, il s'ensuivait qu'il avait dû acquérir suffisamment de moyens de fonctionnement du premier pour caractériser la continuité d'entreprise. On est même allé plus loin et certains exégètes, à la recherche de directives simples et de formules accessibles, ont voulu voir dans les passages de certains jugements l'affirmation d'une théorie dite occupationnelle de l'entreprise. C'est une façon indirecte de contourner le problème du lien du droit, en réduisant voire annulant sa nécessité pratique pour qu'il y ait continuité d'entreprise.

Cette définition a reçu depuis l'assentiment de plusieurs juges du Tribunal du travail et, au meilleur de ma connaissance, elle est la seule qui tienne compte des diverses opérations juridiques requises pour enclencher l'application de l'art. 45. (*Alimentation de la Seigneurie Inc. c. Union des employés de commerce, local 500*, D.T.E. 83T-694; *Union des employés de commerce, local 500 T.U.A.C. (U.F.C.W.) c. Union des employés de commerce, local 501 T.U.A.C. (U.F.C.W.)*, D.T.E. 85T-521; *Industries du frein total Ltée c. Syndicat international des travailleurs unis de l'automobile, de l'aérospatiale et de l'outillage agricole d'Amérique (T.U.A.-F.T.Q.-C.T.C.)*, section locale 1900, [1985] T.T. 220; *Syndicat des salariés de la Boulangerie Weston (C.S.D.) c. Union des employés de commerce, local 501, T.U.A.C.*, [1986] T.T. 128.)

In view of the framework imposed on collective bargaining by the legislator, this "concrete" definition of the undertaking is the only one which proves capable of describing an undertaking in all its aspects. Without such a description, there are no means to determine the continuity of an undertaking which has been the subject of alienation or operation by another. Section 45 provides for a transfer of the certification and the collective agreement from one employer to another despite the alienation or operation by another of the undertaking: a certification which has been issued and an agreement which has been negotiated in the context of a specific undertaking. Continuity of the undertaking is a condition for the application of s. 45 because the relevance of the certification and the agreement depends on the existence of that undertaking, at least in its essential elements.

I repeat that similarity of functions is necessary to determine whether the essential elements of the undertaking continue to exist, but it is a mistake to make this the absolute criterion for applying s. 45. In general this criterion does not allow a distinction to be made between two rival undertakings. Similarity of functions as such could only indicate continuity in an undertaking to the extent that the undertaking in question has no other special characteristic.

Instead of an unwarranted focus on a single factor, the test of continuity in an undertaking requires identification of the essential elements of the undertaking, which must be found to exist to a sufficient degree in the new employer's operations. Each component must be weighed according to its respective importance. If the clientele of a certain undertaking is by nature fluid, the fact that the new purchaser has kept none of his predecessor's customers will not be significant. On the other hand, an undertaking whose primary characteristic is exclusive equipment will be transferred to a new employer only in so far as the latter has acquired *inter alia* the equipment in question.

The need to develop a test that takes the undertaking as a whole into consideration has also been recognized in the analysis s. 96 of the *Act respecting labour standards*, R.S.Q., c. N-1.1 (herein after referred to as the *A.L.S.*):

Compte tenu du cadre imposé par le législateur à la négociation collective, cette définition «concrète» de l'entreprise est la seule qui se révèle apte à décrire une entreprise dans toute sa spécificité. Dépourvu d'une telle description, on se trouve sans moyens de vérifier la continuité de l'entreprise qui a été l'objet de l'aliénation ou la concession. L'article 45 opère une transmission de l'accréditation et de la convention collective d'un employeur à l'autre malgré l'aliénation ou la concession de l'entreprise: une accréditation qui a été accordée et une convention qui a été négociée dans le contexte d'une entreprise précise. La continuité de l'entreprise s'impose comme condition essentielle à l'application de l'art. 45 parce que la pertinence de l'accréditation et de la convention dépend de l'existence de cette entreprise, au moins dans ses éléments essentiels.

Je répète que la similitude des tâches est nécessaire lors de la recherche du maintien de l'entreprise dans ses éléments essentiels, mais il est erroné d'en faire le critère absolu de l'application de l'art. 45. Ce critère ne permet généralement pas de distinguer deux entreprises rivales. La similitude des fonctions ne serait révélatrice en soi d'une succession d'entreprise que dans la mesure où l'entreprise en question ne posséderait pas d'autre caractéristique propre.

Au lieu de porter erronément sur un seul facteur, le test du maintien de l'entreprise suppose l'identification des éléments essentiels d'une entreprise lesquels doivent se retrouver, de façon suffisamment importante, chez le nouvel employeur. Chaque élément doit être pondéré selon son importance respective. Si la clientèle d'une certaine entreprise est par essence volatile, il sera sans conséquence que le nouvel acquéreur n'ait retenu aucun client de son prédécesseur. À l'opposé, une entreprise dont la caractéristique principale est l'équipement exclusif sera transmise chez un nouvel employeur en autant que ce dernier ait acquis entre autres le matériel en question.

La nécessité d'élaborer un test qui prenne en considération l'entreprise dans son intégralité a été aussi reconnue dans l'analyse de l'art. 96 de la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., chap. N-1.1 (ci-après désignée *L.N.T.*):

96. The alienation or concession of the whole or a part of an undertaking otherwise than by judicial sale does not invalidate any civil claim arising from the application of this act or a regulation which is not paid at the time of such alienation or concession. The former employer and the new employer are bound jointly and severally in respect of that claim.

The courts and academic writers have often noted the relationship between s. 45 of the Code and s. 96 of the *A.L.S.* (*Commission des normes du travail v. Delta Granite Inc.*, J.E. 85-927 (C.S.); *Commission des normes du travail v. Banque nationale du Canada*, D.T.E. 88T-282 (C.S.); *Commission des normes du travail v. Frank White Entreprises Inc.*, [1984] C.P. 232; *Commission des normes du travail v. Erdan*, [1985] C.P. 353; G. Hébert and G. Trudeau, *Les normes minimales du travail au Canada et au Québec* (1987), at p. 55; R. P. Gagnon, *Droit du travail* (1987), in *Cours de la formation professionnelle du Barreau du Québec 1986-87*, vol. 8, at p. 272). Because of the personal nature of the right it confers, s. 96 sets out the transfer of employees to the new employer as a basic condition. However, the analysis of the continuity of the undertaking is not limited to ensuring that the duties of these employees are the same. In a document prepared for the purpose of expressing its views on the scope of the provisions of the *A.L.S.*, the Commission des normes du travail proposes a test which goes well beyond a simple comparison of the duties of employees:

[TRANSLATION]—In order for s. 96 to apply, therefore, it must be shown that the original undertaking has been continued by the new employer. Certain guidelines have been developed for this purpose. Consideration may be given to the place of the business, the resources, the commercial equipment as a whole, goods in inventory, services offered, suppliers and customers, the name of the business, the purpose of the undertaking and so on . . . [Emphasis in original.]

(Direction des affaires juridiques of the Commission des normes du travail, *Loi sur les normes du travail, règlement sur les normes du travail, Loi sur la fête nationale: interprétation et jurisprudence* (1986), at p. 58.)

Like section 96 of the *A.L.S.*, s. 45 sees the undertaking in the particular form it takes under

96. L'aliénation ou la concession totale ou partielle d'une entreprise autrement que par vente en justice n'invalide aucune réclamation civile qui découle de l'application de la présente loi ou d'un règlement et qui n'est pas payée au moment de cette aliénation ou concession. L'ancien employeur et le nouveau sont liés conjointement et solidairement à l'égard d'une telle réclamation.

La jurisprudence et la doctrine ont souligné à de nombreuses reprises la parenté de l'art. 45 du Code et de l'art. 96 de la *L.N.T.* (*Commission des normes du travail c. Delta Granite Inc.*, J.E. 85-927 (C.S.); *Commission des normes du travail c. Banque nationale du Canada*, D.T.E. 88T-282 (C.S.); *Commission des normes du travail c. Frank White Entreprises Inc.*, [1984] C.P. 232; *Commission des normes du travail c. Erdan*, [1985] C.P. 353; G. Hébert et G. Trudeau, *Les normes minimales du travail au Canada et au Québec* (1987), à la p. 55; R. P. Gagnon, *Droit du travail* (1987), dans les *Cours de la formation professionnelle du Barreau du Québec 1986-87*, vol. 8, à la p. 272). En raison de la nature personnelle du droit qu'il confère, l'art. 96 pose comme condition de base le transfert de salariés auprès du nouvel employeur. L'examen de la continuité de l'entreprise ne se limite pas pour autant à s'assurer de l'identité des fonctions de ces employés. Dans un document destiné à présenter son opinion sur la portée des dispositions de la *L.N.T.*, la Commission des normes du travail propose un test qui va bien au-delà de la seule comparaison des fonctions des employés:

—Pour l'application de l'article 96, il faut donc démontrer la continuité de l'entreprise originale par le nouvel employeur. Pour ce faire, certains critères ont été élaborés. On peut tenir compte du lieu de l'établissement, des moyens d'action, de l'ensemble de l'équipement commercial, des biens en inventaire, des services offerts, des fournisseurs et de la clientèle, du nom de commerce, de la finalité de l'entreprise, etc . . . [Souligné dans l'original.]

(Direction des affaires juridiques de la Commission des normes du travail, *Loi sur les normes du travail, règlement sur les normes du travail, Loi sur la fête nationale: interprétation et jurisprudence* (1986), à la p. 58.)

À l'instar de l'art. 96 de la *L.N.T.*, l'art. 45 envisage l'entreprise telle qu'elle est particularisée

an employer. Each undertaking has special characteristics that enable it to be the subject of an alienation, operation by another, amalgamation, division or change in its legal structure. The fundamental purpose of s. 45 is to regulate certain consequences in labour law of the transfer of a specific undertaking which originated with a given employer; it makes no claim to prescribe working conditions for an entire trade or occupation, without any distinction. Judge Girouard correctly explained the fundamental difference between s. 45 and special statutes intended to regulate the working conditions of all employees engaged in a similar occupation (at pp. 191-94):

[TRANSLATION] The tendency to see, in s. 45 of the Code, nothing but the undertaking itself, without any relation either to the originator of the undertaking (the employer in the words of the Code) or to the workforce necessary for its operation (the certified association in the words of the Code) brings about the application of this section to an activity, trade or profession despite the employers and despite the manner in which their employees have chosen to unionize and to be certified. As a result, they are subject to a monopolistic situation, just as is the case under the following statutes, where, however, the legislator intended and provided for the monopoly: the *Professional Code* and various enabling statutes in each profession; the *Act respecting labour relations in the construction industry*; the *Act respecting building contractors vocational qualifications*. An example of monopolistic application is also to be found in the *Act respecting collective agreement decrees*, when the decree is deemed to regulate a trade rather than undertakings (e.g. a decree regarding mechanics rather than a decree relating to garages).

When an association is certified, not only must it identify the employer with respect to which it is making its application, but it must also indicate the group of employees it intends to represent: this is known as the bargaining unit within a specific establishment. Sectorial or industrial certification generally does not exist under the *Labour Code*. Section 21 states: "Any association of employees comprising the absolute majority of the employees of an employer ... is entitled to be certified."

It necessarily follows that, under s. 45,

(a) a person who purchases goods and services required by his undertaking, when he has already decided not to

chez un employeur. Chaque entreprise présente des caractéristiques propres qui lui permettent d'être l'objet d'une aliénation, d'une concession, d'une fusion, d'une division ou d'un changement de structure juridique. L'article 45 a comme fondement de régir certaines conséquences en droit du travail du transfert d'une entreprise spécifique qui avait pris racine auprès d'un employeur donné; il n'aspire nullement à prescrire les conditions de travail d'un corps de métier ou d'une profession entière sans autre distinction. Le juge Girouard expose à juste titre la différence fondamentale qui distingue l'art. 45 des lois spéciales destinées à régir les conditions de travail de tous les salariés exerçant un métier semblable (aux pp. 191 à 194):

Cette attitude de ne voir, dans l'article 45 du code, l'entreprise qu'en soi et sans sa relation avec l'auteur de cette entreprise (l'employeur du code) ainsi qu'avec la main d'œuvre nécessaire à la marche de cette entreprise (l'association accréditée du code) a pour résultat de faire appliquer l'article à une activité, un métier, une profession sans considération, non seulement des employeurs, mais aussi de leurs salariés tels qu'ils se sont syndiqués et faits accréditer. D'où cette situation monopolistique qui s'imposerait à ceux-ci comme c'est le cas dans les lois suivantes où, cependant, le législateur l'a voulu et prévu spécifiquement: *Code des professions* et diverses lois organiques de chaque profession; *Loi sur les relations de travail dans l'industrie de la construction*; *Loi sur la qualification professionnelle des entrepreneurs de construction*. Un exemple d'application monopolistique se trouve aussi dans la *Loi sur les décrets de convention collective*, lorsqu'un décret est réputé régir un métier plutôt que les entreprises (v.g. un décret sur la mécanique plutôt qu'un décret sur les garages).

Lorsqu'une association se fait accréditer, non seulement elle doit identifier l'employeur envers qui elle dirige sa requête, mais elle doit aussi indiquer le groupe de salariés qu'elle entend représenter: c'est ce qu'on appelle l'unité dans un établissement précisé. L'accréditation, sectorielle ou industrielle, n'existe généralement pas au *Code du travail*. L'article 21 énonce: «Le droit à l'accréditation existe à l'égard de la totalité des salariés de l'employeur ou de chaque groupe desdits salariés ...».

Il s'ensuit nécessairement que, par le jeu de l'application de l'article 45, on ne saurait:

a) dans le cas d'un acheteur de biens ou de services nécessaires à son entreprise alors qu'il a déjà décidé de

"make them" or "provide them" himself, will not be bound by a certification and collective agreement that apply only to his supplier, e.g. the school board and M.B.D.;

(b) in the case of two suppliers of goods and services, a certification and collective agreement which concern one of the suppliers separately and exclusively cannot be transferred to the other unless the undertaking of the first supplier (or part thereof) has been transmitted to the second.

3. *The Requirement of a Legal Relation Between Successive Employers*

(a) A Legal Relation

If the adoption of a "functional" definition of an undertaking may lead to an erroneous conclusion about the continuity of the undertaking, it also excludes any necessity for a legal relation between the undertaking's successive employers. Seen as a group of functions, the alienation or operation by another of the undertaking in the traditional sense of those words becomes impossible. It thus becomes necessary to give the words "alienation" and "operation by another" a non-legal and even uncommon meaning, thereby excluding the legal relation which is usually considered inherent in these concepts.

The majority of the members of the Labour Court considered that the first paragraph of s. 45 does not require a legal relation between successive employers. Chief Judge Geoffroy said the following (at pp. 122 and 124):

[TRANSLATION] "The alienation of an undertaking" means, seen from the standpoint of the undertaking as the provision suggests, the extinction by whatever means of the legal relation linking an employer to the ownership or enjoyment of an undertaking.

No requirement of the existence of a legal relation can be found in this first paragraph of s. 45. On the contrary, the legal relation linking the employer to the undertaking has been broken. All the paragraph says is that this break does not invalidate the collective agreement.

Judge Beaudry expressed essentially the same idea in the additional reasons he delivered (at pp. 130-31):

ne pas «se les faire» ou de «se les donner» lui-même, faire survenir chez lui une accréditation et une convention collective qui ne visent que son fournisseur, v.g. la commission scolaire et M.B.D.;

a b) dans le cas de deux fournisseurs de biens ou de services, lesquels ne se trouvent en aucune relation de transmission de leurs entreprises respectives (ou de partie d'icelles), faire passer de l'un à l'autre des accréditations et des conventions collectives qui les concernent séparément et exclusivement, v.g. S.L.R. et S.M.R.

3. *La nécessité d'un lien de droit entre employeurs successifs*

a) Le lien de droit

Si l'adoption d'une définition «fonctionnelle» de l'entreprise permet de conclure erronément à la continuité d'une entreprise, elle écarte également toute nécessité d'un lien de droit entre les employeurs successifs de l'entreprise. Vue comme un ensemble de tâches, l'aliénation ou la concession, au sens traditionnel de ces mots, de l'entreprise devient impossible. On est donc obligé de donner aux mots «aliénation» et «concession» un sens non-juridique, même inusité, écartant ainsi le lien juridique que, d'habitude, ces concepts postulent.

f La majorité des membres du Tribunal du travail considère que le premier alinéa de l'art. 45 ne requiert pas de lien juridique entre employeurs successifs. Le juge en chef Geoffroy s'exprime ainsi (aux pp. 122 et 124):

g «L'aliénation d'une entreprise» signifie, vue du point de vue de l'entreprise comme le texte nous y invite, l'extinction, par quelque moyen que ce soit, du lien de droit que détenait un employeur sur la propriété ou la jouissance d'une entreprise.

Dans ce premier alinéa de l'article 45, on ne relève aucune exigence imposant l'existence d'un lien de droit. Au contraire, il y a eu rupture d'un lien de droit, celui reliant un employeur à une entreprise. Tout ce que dit l'alinéa, c'est que cette rupture n'entraîne pas l'invalidité de la convention collective.

j Le juge Beaudry reprend essentiellement la même idée dans les motifs additionnels qu'il dépose (aux pp. 130 et 131):

[TRANSLATION] One thing is certain, and that is that the first paragraph of s. 45 does not say by whom the alienation or conferral of a right to operate the undertaking may or must be made. The paragraph announces in a negative manner the existence of successorship rights in favour of the certification with respect to the undertaking. The legislator attaches the certification to the undertaking rather than to the employer, as is the case when the certification is granted.

... since the means by which the total or partial operation of the undertaking by another comes about is irrelevant to s. 45, any requirement of a legal relation between the "first new employer" and the "second new employer" would be an addition to the text of s. 45.

Similarly Judge Morin considered that the determining factor is the continuity of the undertaking, without any additional requirement of a legal relationship between the two employers in question (at pp. 135-36):

[TRANSLATION] This requirement of such a legal relation seems to me to be contrary to the letter and the spirit of s. 45. There is nothing in the wording of s. 45 to require that the alienation or operation by another be decided by the previous employer.

For s. 45 to apply, there must have been operation by another or alienation of the undertaking; this means that the same undertaking must have continued to exist.

Unlike the other members of the majority, Judge Morin considered that the factor of continuity of the undertaking required a connection between the two employers. However, he saw no requirement that the operation by another or the alienation proceed from the previous employer nor that the previous employer himself should have (by contract of sale or otherwise) put his undertaking into a second employer's hands. In the case at bar, the necessary connection between the two subcontractors was established by the C.S.R.O., which was responsible for selecting the contractor to perform the janitorial services.

With the greatest respect for the contrary view, the position taken by the majority is, like the "functional" definition of an undertaking, untenable in light of the wording of s. 45 and the context of collective bargaining. While it is true that s. 45 does not expressly require a legal relation between

Une chose est certaine, c'est que le premier alinéa de l'article 45 ne dit pas par qui l'aliénation ou la concession doit ou peut être faite. Cet alinéa décrète de manière négative un «droit de suite» à l'égard de «l'entreprise», en faveur de l'accréditation. Le législateur rattache l'accréditation à l'entreprise et non à l'employeur, comme il le fait pour l'octroi de l'accréditation.

... comme l'article 45 ne se préoccupe aucunement de la manière dont la concession totale ou partielle est effectuée, l'exigence d'un lien de droit entre le «premier nouvel employeur» et le «deuxième nouvel employeur» impliquerait un ajout au texte de l'article 45.

Le juge Morin estime de même que le critère déterminant est la continuité de l'entreprise, sans qu'il faille exiger de plus une relation juridique entre les deux employeurs visés (aux pp. 135 et 136):

Cette exigence d'un tel lien de droit me semble aller à l'encontre du texte et de l'esprit de l'article 45. En effet, rien dans le texte de l'article 45 n'exige que l'aliénation ou la concession soit décidée par l'employeur précédent.

Pour que l'article 45 s'applique, il faut qu'il y ait eu concession ou aliénation de l'entreprise; c'est donc dire qu'il faut être en présence de la même entreprise.

Contrairement aux autres membres de la majorité, le juge Morin est d'avis que l'élément de continuité de l'entreprise nécessite un lien entre les deux employeurs. Il n'y aurait toutefois pas lieu d'exiger que l'employeur précédent soit à l'origine de la concession ou de l'aliénation ou qu'il ait lui-même, par contrat de vente ou autrement, confié son entreprise à un autre employeur. Le lien entre les deux sous-traitants aurait été créé en l'espèce par la C.S.R.O. à qui il incombe de choisir l'entrepreneur qui effectue les tâches d'entretien.

Avec les plus grands égards pour l'opinion contraire, la position adoptée par la majorité est, tout comme la définition dite «fonctionnelle» de l'entreprise, insoutenable face au libellé de l'art. 45 et au contexte de la négociation collective. S'il est vrai que l'art. 45 n'exige pas explicitement un lien de

successive employers, it is nonetheless a fact that the existence of such a connection is necessarily inferred from the principles of collective bargaining, the language used by the legislator and the history of ss. 45 and 46.

There is unanimous agreement that, again in the words of Chouinard J. in *Adam v. Daniel Roy Ltée*, *supra*, at p. 688, "[the] primary purpose [of s. 45] was to alter the situation created by the decision of the Court of Appeal in *Brown*, *Syndicat national des travailleurs de la pulpe et du papier de La Tuque Inc. v. Commission des relations ouvrières de la Province de Québec*, [1958] Que. Q.B. 1". The effect of the Court of Appeal's decision in *Brown* was to recognize that the principles of civil law, and in particular the principle of the relativity of contracts stated in art. 1023 C.C.L.C., cause the certification and the collective agreement to become void when the undertaking is sold. Sections 45 and 46 were enacted to remedy this effect of the civil law.

What is noteworthy is that the language of s. 45 does not purport to alter the civil law or to preclude any application of the civil law to an undertaking which is the subject of a certification or a collective agreement. Its sole purpose is to prevent the certification or collective agreement from becoming void because of the rules of civil law.

In other words, s. 45 does not regulate in any general way the alienation or operation by another of an undertaking. For example, the sale of a unionized undertaking is made in accordance with the rules of the ordinary law, just as is the sale of a non-unionized undertaking. The effect of s. 45 is simply to preserve the validity of the certification and the collective agreement in the event of a sale, provided there is continuity of the undertaking.

Thus it is clear that the existence of an alienation or operation by another of the undertaking can only be established by reference to the civil law. Contrary to the submissions of the appellant, reference to the civil law definitions of alienation and operation by another does not attack the specialized nature of labour law. On the contrary,

droit entre employeurs successifs, il n'en est pas moins vrai que l'existence d'un tel lien s'infère nécessairement des principes de la négociation collective, des termes employés par le législateur, et de l'histoire des art. 45 et 46.

Il est unanimement reconnu que, pour reprendre les mots du juge Chouinard dans l'affaire *Adam c. Daniel Roy Ltée*, précitée, à la p. 688, «[l']objet premier [de l'art. 45] était de modifier la situation créée par l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *Brown*, *Syndicat national des travailleurs de la pulpe et du papier de La Tuque Inc. c. Commission des relations ouvrières de la Province de Québec*, [1958] B.R. 1.» L'effet de la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Brown* était de reconnaître que les principes du droit civil, et notamment le principe de la relativité des contrats énoncé à l'art. 1023 C.c.B.C., mènent à la caducité de l'accréditation et de la convention collective suite à la vente de l'entreprise. Les articles 45 et 46 ont été promulgués afin de remédier à cet effet du droit civil.

Ce qu'il importe de souligner c'est que les termes de l'art. 45 ne prétendent pas modifier le droit civil, ni écarter toute application du droit civil à une entreprise qui est l'objet d'une accréditation ou d'une convention collective. Son seul objet est de prévenir l'invalidité de l'accréditation ou de la convention collective à cause des principes du droit civil.

En d'autres termes, l'art. 45 ne règle pas, de façon générale, l'aliénation ou la concession d'une entreprise. À titre d'exemple, la vente d'une entreprise où il y a un syndicat, tout comme la vente d'une entreprise où il n'y en a pas, se fait selon les règles du droit commun. L'effet de l'art. 45 est simplement de maintenir la validité de la certification et de la convention collective suite à une vente, pourvu qu'il y ait continuité de l'entreprise.

Il est donc évident que l'existence d'une aliénation ou d'une concession de l'entreprise ne peut être établie que par recours au droit civil. Contrairement à ce que prétend l'appellant, le recours aux définitions civilistes de l'aliénation et de la concession ne porte pas atteinte au particularisme du droit du travail. Bien au contraire, c'est le législa-

it is the legislator who has imposed such an approach: it is impossible to ignore the civil law when the Court must interpret a provision designed to create an exception to a civil law rule, that of the relativity of contracts, especially where the legislator expresses the exception in the terminology of the civil law.

Therefore I believe it to be mistaken to argue that a legal relation is unnecessary because s. 45 does not specify by whom the alienation or operation by another can be made. Such exactitude would have been quite superfluous. Alienation and operation by another are defined in terms of the relation between the holder of a right and the person who acquires the use of it. It is apparent that only someone who enjoys a right of ownership can alienate his undertaking. The following definitions all show that alienation presupposes a legal relation between the person who enjoys the right of ownership and the purchaser:

[TRANSLATION] **Alienation**

(1) Thus, sale, exchange and gift are regarded as true alienations. Customarily the term *alienation* is applied mainly to this type of act.

(10) ... however, in usage, in legislation and in the books of legal scholars, the word *alienation* means in particular the transfer of *ownership* from one person to another. In this sense it is contrasted with the word *administration*. An administrator sometimes transfers use of a thing in order to get a better return from it; he never transfers ownership.

(22) From the fact that alienation is the consequence of ownership it follows that no one can, without our concurrence and consent, transfer the ownership of what is ours to someone else. [Emphasis added.]

(Rolland de Villargues, *Dictionnaire du droit civil, commercial et criminel* (4^e éd. 1889), vol. 1, at pp. 267-68.)

Alienation

(Translative) operation by which the person alienating voluntarily transfers to another the ownership in a thing (or other right), whether onerously (a sale is an alienation) or gratuitously (e.g. gift), *inter vivos* (gift from hand to hand) or *mortis causa* (legacy), by particular title (transfer of identified items of property) or by general title (universal legacy). [Emphasis added.]

(Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique* (1987), at p. 43.)

teur qui dicte une telle démarche: il est impossible d'ignorer le droit civil quand il s'agit d'interpréter une disposition qui a pour objectif de déroger à l'une des règles de ce droit, celle de la relativité des contrats, d'autant plus que, pour y parvenir, le législateur emprunte précisément la terminologie du droit privé.

Il me semble donc erroné de soutenir qu'un lien de droit est inutile du fait que l'art. 45 ne spécifie pas par qui l'aliénation ou la concession peut être faite. Une telle précision eut été tout à fait superflue. L'aliénation et la concession se définissent en fonction du lien qui unit le détenteur d'un droit à celui qui en acquiert l'usage. Il est manifeste que seule la personne jouissant du droit de propriété peut aliéner l'entreprise qu'elle possède. Les définitions suivantes démontrent toutes que l'aliénation présuppose un lien de droit entre la personne bénéficiant du droit de propriété et l'acquéreur:

Aliénation

1^o Ainsi, l'on conçoit d'abord que la vente, l'échange, la donation sont de véritables aliénations. C'est surtout à ces diverses sortes d'actes que, dans l'usage, l'on applique le terme d'*aliénation*.

10^o ... mais, dans l'usage, dans les lois et dans les livres des juristes, le mot *aliénation* signifie particulièrement le transport de la *propriété* d'une main dans une autre. C'est en ce sens qu'il est opposé au mot *administration*. L'administrateur transporte quelquefois l'usage de la chose pour en tirer un meilleur parti; jamais il ne transfère la propriété.

22^o De ce que l'aliénation est l'effet de la propriété, il résulte qu'on ne peut, sans notre fait et sans notre consentement, transférer à autrui la propriété de ce qui est à nous. [Je souligne.]

(Rolland de Villargues, *Dictionnaire du droit civil, commercial et criminel* (4^e éd. 1889), t. 1, aux pp. 267 et 268.)

Aliénation

Opération (translative) par laquelle celui qui aliène transmet volontairement à autrui la propriété d'une chose (ou un autre droit) soit à titre onéreux (la vente est une aliénation) soit à titre gratuit (ex. donation), soit entre vifs (don manuel), soit à cause de mort (legs), soit à titre particulier (transfert de titres nominatifs), soit à titre universel (legs universel). [Je souligne.]

(Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique* (1987), à la p. 43.)

Alienation

Act by which a person transfers to another ownership of thing which forms part of his patrimony. Alienation by gratuitous title (gift or legacy) from alienation by onerous title (exchange, consumer loan or sale). [Emphasis added.]

(S. Corniot, *Dictionnaire de droit* (1966), vol. I, at p. 93.)

Alienation

Transfer of thing or right, gratuitously or onerously, from one person to another. [Emphasis added.]

(A. Perraud-Charmantier, *Petit dictionnaire de droit* [1948], at p. 26.)

Alienation

Voluntary or legal transmission of ownership of thing or right, considered in relation to the transferor. [Emphasis added.]

(H. Capitant, *Vocabulaire juridique* (1936), at p. 46.)

Alienation

Transfer of property *inter vivos*, especially of right of ownership.

(Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, *Dictionnaire de droit privé* (1985), at p. 17.)

The concept of alienation is therefore based on a voluntary transfer of the right of ownership. This definition does not exclude the possibility that an intermediary might intervene in the legal relationship, but it confirms that the decision to alienate can be made only by the holder of the right of ownership, in this case the owner of the undertaking.

The existence of a legal relation is just as intrinsic to the concept of the operation by another of the undertaking ("concession"):

[TRANSLATION] Concession

1. Bilateral or unilateral juridical act by which a person, the grantor, gives another, the grantee, enjoyment of a particular right or benefit. Cf. *assignment, rental, licence*.

(Association Henri Capitant, *op. cit.*, at p. 171.)

Aliénation

Acte par lequel on transfère à autrui la propriété d'une chose que l'on a dans son patrimoine. On distingue l'aliénation à titre gratuit (don, legs) et l'aliénation à titre onéreux (échange, prêt de consommation, vente). [Je souligne.]

(S. Corniot, *Dictionnaire de droit* (1966), t. I, à la p. 93.)

b Aliénation

Transfert d'une chose ou d'un droit, à titre gratuit ou onéreux, d'une personne à une autre. [Je souligne.]

(A. Perraud-Charmantier, *Petit dictionnaire de droit* [1948], à la p. 26.)

c Aliénation

Transmission volontaire ou légale de la propriété d'une chose ou d'un droit, considérée par rapport à celui qui transmet. [Je souligne.]

d (H. Capitant, *Vocabulaire juridique* (1936), à la p. 46.)

Aliénation

e Transfert entre vifs d'un bien, spécialement du droit de propriété.

(Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, *Dictionnaire de droit privé* (1985), à la p. 17.)

f Le concept de l'aliénation repose donc sur la transmission volontaire du droit de propriété. Cette définition n'écarte pas la possibilité qu'un intermédiaire intervienne dans la relation juridique, mais elle confirme que la décision d'aliéner ne relève que de la personne titulaire du droit de propriété, en l'occurrence le propriétaire de l'entreprise.

h L'existence d'un lien de droit est tout aussi intrinsèque au concept de la concession:

Concession

i 1. Acte juridique bilatéral ou unilatéral en vertu duquel une personne, le concédant, accorde à une autre, le concessionnaire, la jouissance d'un droit ou d'un avantage particulier. Comp. *cession, location, licence*.

(Association Henri Capitant, *op. cit.*, à la p. 171.)

Concession

A word whose legal meaning varies depending on type, but which in any case covers mutual agreement. [Emphasis added.]

(R. Guillien and J. Vincent, *Lexique de termes juridiques* (5^e éd. 1981), at p. 96.)

The intent to give up the right of ownership or the right to operate an undertaking is thus essential to the existence of an alienation or operation by another. This intent may be either immediate or conditional: it suffices that the holder of the rights in the undertaking consents to the acquisition of the ownership of the undertaking or to its operation by another.

The tribunals specializing in labour law have been the first to recognize that the words "alienation" and "operation by another" necessarily refer to the presence of a legal relation between successive employers. In 1970, in *Centrale de Chauffage*, *supra*, Associate Chief Judge Quimper gave a definition of the word "operation by another" which has become classic (at p. 239):

[TRANSLATION] The words OPERATION BY ANOTHER ... cannot be interpreted in the limited sense of the granting of a privilege, benefit or favour. Rather it must be given a broad meaning capable of embracing every kind of subcontract, otherwise it would be meaningless.

For there to be operation by another, therefore, two conditions must exist:

(1) the transfer of operations to a third party must originate within the framework of the undertaking;

(2) the work transferred must be covered by a collective agreement or certification. [Emphasis added.]

Some two years later, Judge Beaudry also concluded in *Barnes Security Service Ltd. v. Association internationale des machinistes et des travailleurs de l'aérospatiale*, local 2235, [1972] T.T. 1, at p. 12, that a legal relation must exist:

[TRANSLATION] In interpreting the words "operation by another" there does not appear to be any conflict between the English and French meanings. Neither assumes the idea of a sale, assignment or transfer of movable or immovable property or of rights. On the contrary, these expressions indicate the involvement of a third party in the management, administration or performance of the operations of the undertaking, in

Concession

Mot dont le sens juridique varie de type à type, mais qui recouvre en tout cas un accord de volonté. [Je souligne.]

^a (R. Guillien et J. Vincent, *Lexique de termes juridiques* (5^e éd. 1981), à la p. 96.)

^b La volonté de se départir du droit de propriété ou du droit d'exploitation de l'entreprise est donc essentielle à la survenance d'une aliénation ou d'une concession. Il est de peu d'importance que cette volonté soit immédiate ou conditionnelle: il suffit que le titulaire des droits dans l'entreprise consente à l'acquisition de la propriété de l'entreprise ou à son exploitation par autrui.

^c Les juridictions spécialisées en droit du travail ont d'ailleurs été les premières à reconnaître que les mots «aliénation» et «concession» font inéluctablement référence à la présence d'un lien de droit entre employeurs successifs. Dès 1970, le juge en chef adjoint Quimper donne dans *Centrale de Chauffage*, précité, une définition du mot «concession» devenue classique (à la p. 239):

^d Le mot CONCESSION [...] ne saurait être interprété dans le sens restreint d'octroi de privilège, d'avantage ou de faveur. Il doit plutôt recevoir un sens large qui soit susceptible de désigner toute forme de sous-contrat, autrement il ne voudrait rien dire.

^e Pour qu'il y ait concession, il faut donc deux conditions:

^f 1° que le transfert d'opérations à un tiers provienne de l'intérieur des cadres de l'entreprise;

^g 2° que les travaux transférés soient couverts par une convention collective ou par une accréditation. [Je souligne.]

^h Quelque deux ans plus tard, le juge Beaudry conclut aussi à la nécessité d'un lien juridique dans l'arrêt *Barnes Security Service Ltd. c. Association internationale des machinistes et des travailleurs de l'aérospatiale*, local 2235, [1972] T.T. 1, à la p. 12:

ⁱ Or dans l'interprétation du mot concession la version anglaise apparaît sans contradiction avec le sens de l'expression française. Ni l'une ni l'autre ne présuppose l'idée de vente, de cession, de transport de propriété mobilière, ou immobilière ou de droits. Au contraire, ces expressions impliquent le fait d'un tiers dans la gestion, l'administration ou l'exécution des opérations de l'entre-

whole or in part, by gratuitous or onerous contract.
[Emphasis added.]

prise, en totalité ou en partie par contrat à titre gratuit ou onéreux. [Je souligne.]

In *Syndicat des travailleurs forestiers de la division Jacques Cartier (FTPF-CSN) v. H.C. Leduc Ltée*, [1977] T.T. 249, the Labour Court found that the revocation by the Quebec government of a forestry concession awarded to a contractor did not give rise to "operation by another" within the meaning of s. 45 (at p. 252):

[TRANSLATION] The legal concept of "operation by another", within the meaning of s. 36, involves the expression of intent by the person who grants the right to operate the undertaking. There was no question of this in the case under consideration. DOMTAR did not "decide", it was the subject of an expression of intent by the government through the Department of Lands and Forests, pursuant to the law.

Dans l'affaire *Syndicat des travailleurs forestiers de la division Jacques Cartier (FTPF-CSN) c. H.C. Leduc Ltée*, [1977] T.T. 249, le Tribunal du travail déclare que la révocation par le gouvernement québécois de la concession forestière accordée à un entrepreneur ne donne pas lieu à une concession au sens de l'art. 45 (à la p. 252):

Le concept juridique de «concession», au sens de l'article 36, implique l'expression de la volonté de celui qui fait la concession au concessionnaire. Dans le cas sous étude, il n'en est même pas question. DOMTAR n'a pas «décidé», elle a subi l'expression de la volonté de l'État par la voie du Ministère des Terres et Forêts, en application de la loi.

The requirement of a legal relation has been indicated in many decisions of the Labour Court (*Syndicat national des concierges des commissions scolaires des comtés de Richelieu, Verchères et Yamaska (CSN) v. For-Net Inc.*, *supra*; *Martinique Motor Inn Ltd. v. Union des employés d'hôtel, motel et club*, *supra*; *Clinique communautaire de Pointe St-Charles v. Syndicat professionnel des diététistes du Québec*, [1973] T.T. 338; *Cité de Lachine v. Union des employés municipaux de la Cité de Lachine*, *supra*; *Canadian Kenworth Ltd. v. Syndicat international des travailleurs unis de l'automobile, de l'aéronautique, de l'astronautique et des instruments aratoires d'Amérique*, local 1146, *supra*; *Syndicat des salariés de service d'entretien (C.S.D.) v. Montcalm Carpets Specialists Ltd.*, *supra*; *Gérances West Cliff Ltée v. Union des employés de service*, local 298 F.T.Q., [1981] T.T. 432). This rule has also been approved in several judgments of the ordinary courts of law (*Lecavalier v. Syndicat national des employés de la Ville de Laval Inc. (C.S.N.)*, *supra*; *Hull (Ville de) v. Bibeault*, D.T.E. 83T-906 (C.S.); *Brasserie Labatt Ltée v. Commissaire général du travail*, [1986] R.J.Q. 908 (C.S.); *Fondation-Habitation Champlain Inc. v. Tribunal du travail*, D.T.E. 86T-500 (C.S.) (on appeal)).

La nécessité d'un lien de droit a été énoncée dans nombre de décisions du Tribunal du travail (*Syndicat national des concierges des commissions scolaires des comtés de Richelieu, Verchères et Yamaska (CSN) c. For-Net Inc.*, précitée; *Martinique Motor Inn Ltd. c. Union des employés d'hôtel, motel et club*, précitée; *Clinique communautaire de Pointe St-Charles c. Syndicat professionnel des diététistes du Québec*, [1973] T.T. 338; *Cité de Lachine c. Union des employés municipaux de la Cité de Lachine*, précitée; *Canadian Kenworth Ltd. c. Syndicat international des travailleurs unis de l'automobile, de l'aéronautique, de l'astronautique et des instruments aratoires d'Amérique*, local 1146, précitée; *Syndicat des salariés de service d'entretien (C.S.D.) c. Montcalm Carpets Specialists Ltd.*, précitée; *Gérances West Cliff Ltée c. Union des employés de service*, local 298 F.T.Q., [1981] T.T. 432). Ce principe a été aussi endossé dans plusieurs jugements des tribunaux de droit commun (*Lecavalier c. Syndicat national des employés de la Ville de Laval Inc. (C.S.N.)*, précitée; *Hull (Ville de) c. Bibeault*, D.T.E. 83T-906 (C.S.); *Brasserie Labatt Ltée c. Commissaire général du travail*, [1986] R.J.Q. 908 (C.S.); *Fondation-Habitation Champlain Inc. c. Tribunal du travail*, D.T.E. 86T-500 (C.S.) (porté en appel)).

(b) The Legal Relation Must Exist Between the Preceding Employer and the New Employer

The concepts of alienation and operation by another are based on an intentional transfer of a right: it is therefore necessary to determine between whom this mutual intent must exist.

In my introduction to the interpretation of s. 45, I indicated that it is implicit in the principles of collective bargaining that the undertaking must necessarily be that of an employer. This connection between the employer and the undertaking is to be inferred from the fact that only an employer who controls an undertaking may adapt the working conditions existing in the undertaking to the terms of the collective agreement.

For the purposes of interpreting s. 45, the requirement of a relationship of control between the employer and the undertaking seems to me to lead inevitably to two conclusions. First, the undertaking which is alienated or operated by another must be that of the employer in respect of whom the certification is issued or with whom the collective agreement is concluded. Second, the alienation or agreement must occur between the previous and the new employer.

However, with respect to the question of the identification of the undertaking, Chief Judge Geoffroy concluded that the undertaking is that of the C.S.R.O. (at pp. 127-28):

[TRANSLATION] In the cases at issue here, the party that in reality gives out the work to be performed is the school board, and the cleaning of its schools is its undertaking. It hired subcontractors to be responsible for operating the undertaking for a limited period (a year). The latter, because they hire and manage employees, are employers in the eyes of the *Labour Code* and only they can be designated in an association's certification and bound by a collective agreement. [Emphasis added.]

Judge Beaudry was entirely of the same opinion (at pp. 130-31):

[TRANSLATION] First, as mentioned above, it is clear that the school board could confer the right to operate the janitorial service undertaking for which it was (legally) responsible, without itself assuming that undertaking. How could the school board grant the right to operate the undertaking without first being responsible

b) Le lien de droit doit exister entre l'employeur précédent et le nouvel employeur

Les concepts de l'aliénation et de la concession reposent sur la transmission volontaire d'un droit: il importe donc de déterminer entre qui le concours de volonté doit se produire.

Au cours de l'introduction à l'interprétation de l'art. 45, j'ai indiqué qu'il ressort des principes de la négociation collective que l'entreprise est nécessairement celle d'un employeur. Ce lien entre l'employeur et l'entreprise s'infère du fait que seul un employeur qui contrôle l'entreprise peut adapter les conditions de travail présentées par l'entreprise aux termes de la convention collective.

Aux fins de l'interprétation de l'art. 45, la nécessité d'un lien de contrôle entre l'employeur et l'entreprise mène inéluctablement, me semble-t-il, à deux conclusions. Premièrement, l'entreprise qui est aliénée ou concédée doit être celle de l'employeur auprès de qui l'accréditation est octroyée ou avec qui la convention collective est conclue. Deuxièmement, l'aliénation ou la concession doit s'opérer entre l'employeur précédent et le nouvel employeur.

Au sujet de l'identification de l'entreprise, pourtant, le juge en chef Geoffroy conclut à ce que l'entreprise est celle de la C.S.R.O. (aux pp. 127 et 128):

Dans les cas ici en litige, le véritable donneur d'ouvrage est la commission scolaire, et l'entretien ménager de ses écoles constitue son entreprise. Elle s'adresse à des sous-traitants pour en assumer la direction pendant une période limitée (un an). Ceux-ci, parce qu'ils embauchent et dirigent des salariés, sont aux yeux du *Code du travail* des employeurs, ceux-là seuls qu'une association peut viser par une accréditation et lier par une convention collective. [Je souligne.]

Le juge Beaudry abonde dans le même sens (aux pp. 130 et 131):

En premier lieu, tel que mentionné plus haut, il est certain que la commission scolaire pouvait octroyer une concession de l'entreprise d'entretien dont elle est (légalement) responsable, sans assumer elle-même cette entreprise. Comment la commission scolaire pourrait-elle concéder l'entreprise d'entretien ménager sans en

for it? It is thus the school board, in accordance with its legal obligation to provide janitorial services, which alone can decide to transfer the operation from one operator to another; and it is the school board's original obligation (in whole or in part) that one or other of the operators assumes. The school board authorizes the arrival of a "new employer" to an undertaking already subject to a certification.

With respect, such a conclusion can only result from a misunderstanding of the purposes of s. 45. Whatever the merits in terms of purely economic analysis of the argument that the janitorial services undertaking is that of the C.S.R.O. because it is "the party that in reality gives out the work", this argument finds no place in the context of collective bargaining. Collective bargaining, and indeed labour law, is concerned with labour relations, that is, with the relations between the employer and the employees. The C.S.R.O. is not, and has never been, an employer as defined by s. 1 of the *Labour Code*:

1. ...

(k) "employer"—anyone, including Her Majesty, who has work done by an employee;

Though the C.S.R.O. gives out the work, it gives it to subcontractors, who "have work done by employees".

Neither can I subscribe to the argument that the legal obligation to provide janitorial services imposed on the C.S.R.O. is a sufficient basis for affirming that the latter operates a janitorial service undertaking. The *Education Act*, R.S.Q., c. I-14, contains no requirement that the board assume janitorial services in its buildings itself. The mere right to engage in an activity is not a basis for concluding that an undertaking exists, while that right has neither taken concrete form through the allocation of personnel nor been formally recognized in the certificate of certification. The law on this point is well stated in *Syndicat des employés de la Commission régionale de Tilly (CSN) v. Langlois*, [1976] T.T. 165, at pp. 167-68: [TRANSLATION] Under sections 206 and 475 of the *Education Act*, as amended, a school board may:

- (a) provide for the transportation of pupils; or
- (b) grant any contract for such transportation; or

être elle-même d'abord chargée? C'est donc la commission scolaire, en vertu de son obligation légale d'entretien, qui peut seule décider d'en transmettre l'opération d'un concessionnaire à un autre; et c'est l'obligation originale de la commission scolaire (en totalité ou en partie) que l'un ou l'autre des concessionnaires assume. La commission scolaire permet l'arrivée d'un «nouvel employeur» d'une entreprise assujettie à une accréditation.

Soit dit avec égards, une telle conclusion ne peut procéder que d'une méconnaissance des objets de l'art. 45. Quel que soit le mérite en termes d'analyse purement économique de l'argument selon lequel l'entreprise d'entretien ménager est celle de la C.S.R.O. parce qu'elle est «le véritable donneur d'ouvrage», dans le contexte de la négociation collective, cette prétention se révèle hors de propos. La négociation collective, voire le droit du travail, a trait aux relations ouvrières, c'est-à-dire aux relations entre l'employeur et ses employés. La C.S.R.O. n'est pas, et n'a jamais été, un employeur tel que le définit l'art. 1 du *Code du travail*:

1. ...

(k) «employeur»—quiconque, y compris Sa Majesté, fait exécuter un travail par un salarié;

Si la C.S.R.O. donne de l'ouvrage, elle le donne aux sous-traitants qui, eux, «font exécuter le travail par des salariés».

Je ne puis souscrire non plus à l'argument voulant que l'obligation légale d'entretien qui incombe à la C.S.R.O. suffise pour affirmer que celle-ci exploite une entreprise d'entretien ménager. La *Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q., chap. I-14, n'oblige aucunement la commission à assumer elle-même l'entretien de ses édifices. La simple faculté d'amorcer une activité, tant qu'elle ne se concrétise pas par l'affectation de salariés ou qu'elle n'est pas du moins consacrée au certificat d'accréditation, ne permet pas de conclure à la présence d'une entreprise. L'énoncé du droit sur ce sujet est bien exposé dans *Syndicat des employés de la Commission régionale de Tilly (CSN) c. Langlois*, [1976] T.T. 165, aux pp. 167 et 168:

Selon les articles 206 et 475 tels qu'amendés de la *Loi de l'instruction publique*, une commission scolaire peut:

- a) pourvoir elle-même au transport des élèves; ou
- b) octroyer tout contrat pour un tel transport; ou

(c) make a lump sum contract with the holder of a permit for public transportation accessible to the public for the transportation of pupils; or

(d) purchase from such permit holder the necessary tickets; or, finally,

(e) pay directly to the parents of persons transported an amount equal to the tariff authorized for the transportation of pupils.

In view of this summary of the powers regarding the transportation of pupils conferred on a school board by law, can it be said that the mere fact of having such powers is a basis for concluding that "school transportation is an area of activity covered by the collective agreement"?

The Court does not think so. It is not the powers that one may have, but the exercise of those powers, that determines what constitutes an "area of activity" that may be covered by the provisions of a collective agreement.

(See also *Syndicat national des concierges des commissions scolaires des comtés de Richelieu, Verchères et Yamaska (CSN) v. For-Net Inc.*, *supra*; *Cégep de Shawinigan v. Syndicat du personnel de soutien du Collège d'enseignement de Shawinigan Enr.*, [1976] T.T. 209; *J. A. Hubert Ltée v. Syndicat des employés de soutien du Collège Ahuntsic*, [1977] T.T. 110.)

Moreover, the position adopted by the appellant union confirms that the C.S.R.O. never had a janitorial service undertaking within the meaning of the Code, since the union sought certification directly with the subcontractors.

The only janitorial service undertaking that can be in question here is that of the subcontractors, that is, of the "employers", and the conclusion of the majority of the Court to the contrary, in view of the wording of s. 45, has rightly occasioned surprise (R. P. Gagnon, "L'article 45 du Code du travail après le jugement C.S.R. Outaouais", *loc. cit.*, at p. 156). As there was no link between the schoolboard and the janitorial service undertaking, it follows that the C.S.R.O. could neither alienate nor confer a right to operate it, nor, as Judge Morin maintained, be the source of a legal relation between the subcontractors in question.

Because of their conclusion that the janitorial service undertaking was that of the C.S.R.O. and

c) conclure de gré à gré avec un détenteur de permis de transport en commun accessible au public un contrat à forfait pour le transport des élèves; ou

d) acheter de ce détenteur de permis les billets nécessaires ou, enfin;

e) payer directement aux parents des personnes transportées une somme égale au tarif autorisé pour le transport des élèves.

À la lumière de ce résumé des pouvoirs que la loi confère à une commission scolaire en matière de transport d'élèves, peut-on alors dire que le seul fait de posséder cette compétence suffit pour conclure que le «transport scolaire constitue une aire d'activités, couverte par la convention collective».

Le tribunal ne le croit pas. Ce n'est pas la compétence que l'on peut avoir mais plutôt l'exercice de cette compétence qui détermine ce qui peut constituer une «aire d'activités» quelconque qui pourrait être couverte par les dispositions d'une convention collective.

(Voir aussi *Syndicat national des concierges des commissions scolaires des comtés de Richelieu, Verchères et Yamaska (CSN) c. For-Net Inc.*, précité; *Cégep de Shawinigan c. Syndicat du personnel de soutien du Collège d'enseignement de Shawinigan Enr.*, [1976] T.T. 209; *J. A. Hubert Ltée c. Syndicat des employés de soutien du Collège Ahuntsic*, [1977] T.T. 110.)

L'attitude du syndicat appelant confirme d'ailleurs le fait que la C.S.R.O. n'a jamais eu d'entreprise d'entretien ménager au sens du Code puisqu'il s'est fait directement accréditer auprès des sous-traitants.

La seule entreprise d'entretien ménager dont il puisse être question est celle des sous-traitants, c.-à-d. celle des «employeurs», et l'on s'est étonné à juste titre de la conclusion contraire de la majorité du Tribunal en raison du texte de l'art. 45 (R. P. Gagnon, «L'article 45 du Code du travail après le jugement C.S.R. Outaouais», *loc. cit.*, à la p. 156). L'entreprise d'entretien ménager lui étant étrangère, il s'ensuit que la C.S.R.O. ne pouvait ni l'aliéner ni la concéder, ni, comme l'a soutenu le juge Morin, être à l'origine du lien de droit entre les sous-traitants en cause.

À cause de leur conclusion selon laquelle l'entreprise d'entretien ménager est celle de la C.S.R.O.

that s. 45 did not expressly require a legal relation between successive employers, the judges in the majority on the Labour Court, with the exception of Judge Morin, avoided any question of identification of the parties between whom the alienation or agreement to operate mentioned in s. 45 must occur.

The answer to this question is clear, even inescapable: the alienation or operation by another must occur between the preceding and the new employer. If the undertaking in question in s. 45 is that of the employer and if the alienation and operation by another are by their very nature defined in terms of the relation between the holder of a right and the person acquiring the use of that right, the conclusion is unavoidable: the legal relation created by the alienation or operation by another of an undertaking exists between successive employers.

This conclusion is, in any case, the only one that is consistent with the wording of s. 45 and the context of collective bargaining.

For the purposes of collective bargaining, the employer who negotiates and is bound by the terms of the collective agreement must at the same time be the one who controls the undertaking: otherwise, the employer would be unable to perform the obligations imposed by the agreement.

This requirement does not disappear because an alienation or operation by another of the undertaking has occurred. Section 45 says implicitly but necessarily that an undertaking is alienated, or the right to operate the undertaking is conferred, by the preceding employer to the new employer.

4. *The Same Undertaking in Hands of a New Employer*

I think it is opportune to summarize here the essential points of the interpretation of s. 45, as developed above.

The undertaking at issue in s. 45 [TRANSLATION] "consists of a self-sustaining organization of resources through which specific activities can be wholly or partly carried on" (*Mode Amazone*, *supra*, at p. 231). The nature of collective bargaining requires that this undertaking be that of an employer. The employer is the one designated in

et que l'art. 45 n'exige pas explicitement un lien de droit entre employeurs successifs, les juges de la majorité du Tribunal du travail à l'exception du juge Morin ont évité toute question d'identification des parties entre qui l'aliénation ou la concession mentionnée à l'art. 45 doit s'opérer.

La réponse à cette question est évidente, même inévitable: l'aliénation ou la concession s'opère entre l'employeur précédent et le nouvel employeur. Si l'entreprise dont il est question à l'art. 45 est celle de l'employeur et si l'aliénation et la concession se définissent, de par leur nature, en fonction du lien qui unit le détenteur d'un droit à celui qui en acquiert l'usage, la conclusion est inéluctable: le lien de droit créé par l'aliénation ou la concession de l'entreprise existe entre employeurs successifs.

Cette conclusion est, d'ailleurs, la seule compatible avec le libellé de l'art. 45 et avec le contexte de la négociation collective.

Il est nécessaire, aux fins de la négociation collective, que l'employeur qui négocie et qui est lié par les termes de la convention collective soit, en même temps, celui qui contrôle l'entreprise: autrement, l'employeur serait incapable de s'acquitter des obligations imposées par la convention.

Cette exigence ne disparaît pas parce qu'une aliénation ou une concession de l'entreprise a eu lieu. L'article 45 dit implicitement mais nécessairement que l'entreprise est aliénée ou concédée par l'employeur précédent au nouvel employeur.

4. *Une même entreprise auprès d'un nouvel employeur*

Il me semble opportun de reprendre ici de façon sommaire l'essentiel de l'interprétation de l'art. 45, dégagé plus haut.

L'entreprise dont il est question dans l'art. 45 «consiste en un ensemble organisé suffisant des moyens qui permettent substantiellement la poursuite en tout ou en partie d'activités précises» (*Mode Amazone*, précité, à la p. 231). La nature de la négociation collective exige que cette entreprise soit celle d'un employeur. L'employeur, pour

the certification, the collective agreement, or by any proceeding "for the securing of certification or for the making or carrying out of a collective agreement" (s. 45). Alienation or operation by another of this undertaking establishes, by means of a voluntary transfer of a right, a legal relation between successive employers.

For a transfer of rights and obligations contemplated by s. 45 to operate, the fundamental components of an undertaking must be found to exist in whole or in part in the operations of a new employer following "The alienation or operation by another ... in part of" that undertaking.

In the case at bar, only an alienation or agreement to operate made by *Netco* or *MBD* in favour of *Services Ménagers Roy* of that part of their undertaking concerned with janitorial services in the *C.S.R.O.* schools would have caused a transfer of rights and obligations to be effected under s. 45 between *Netco* and *MBD* on the one hand and *Services Ménagers Roy* on the other.

The facts alleged by the parties to this case indicate, however, that there was never an alienation or agreement to operate between *Netco* and *Services Ménagers Roy* or between *MBD* and *Services Ménagers Roy*. Moreover, no part of the *Netco* and *MBD* undertakings was included in the operations of *Services Ménagers Roy*. The only conclusion possible is that s. 45 did not bring about a transfer of rights and obligations from *Netco* and *MBD* to *Services Ménagers Roy*.

In reality, the three subcontractors *Netco*, *MBD* and *Services Ménagers Roy* are competitors in the janitorial services industry. *C.S.R.O.* is a client which dealt first with *Netco* and *MBD* and then with *Services Ménagers Roy*. The interpretation of s. 45 adopted by the Labour Court majority, pursuant to which it found a transfer of rights and obligations to exist on the facts of the case at bar, disregards the basis of s. 45. This misunderstanding of the basis of s. 45 has the effect of counteracting the very purpose of the provision: the Labour Court majority's interpretation allows s. 45 to be applied to two separate undertakings

sa part, est celui qui est visé par l'accréditation, la convention collective, ou par toute procédure «en vue de l'obtention d'une accréditation ou de la conclusion ou de l'exécution d'une convention collective» (art. 45). L'aliénation ou la concession de cette entreprise établit, au moyen d'une transmission volontaire d'un droit, un lien de droit entre employeurs successifs.

Pour qu'une transmission de droits et obligations visée à l'art. 45 se fasse, il faut retrouver, suite à «l'aliénation ou la concession ... partielle d'une entreprise» les assises de cette même entreprise, en tout ou en partie, auprès d'un nouvel employeur.

En l'espèce, seule une aliénation ou concession faite par *Netco* ou *MBD* à *Services Ménagers Roy* de cette partie de leur entreprise affectée à l'entretien ménager des écoles de la *C.S.R.O.* aurait déclenché une transmission de droits et d'obligations en vertu de l'art. 45 entre *Netco* et *MBD* d'une part et *Services Ménagers Roy* d'autre part.

Pourtant, les faits allégués par les parties à ce litige attestent qu'il n'y a jamais eu d'aliénation ou de concession entre *Netco* et *Services Ménagers Roy*, ni entre *MBD* et *Services Ménagers Roy*. De plus, aucun élément des entreprises de *Netco* et de *MBD* ne se retrouve chez *Services Ménagers Roy*. On ne peut que conclure que l'art. 45 n'a pas opéré une transmission des droits et obligations de *Netco* et *MBD* à *Services Ménagers Roy*.

En réalité, les trois sous-traitants, *Netco*, *MBD* et *Services Ménagers Roy*, sont des concurrents dans l'industrie d'entretien ménager. La *C.S.R.O.* est une cliente qui a traité d'abord avec *Netco* et *MBD* et ensuite avec *Services Ménagers Roy*. L'interprétation de l'art. 45 adoptée par la majorité du Tribunal du travail, et qui lui a permis, à partir de ces faits, de constater une transmission de droits et obligations, fait abstraction du fondement de l'art. 45. Cette méprise sur le fondement de l'art. 45 a pour effet de contrecarrer l'objet même de la disposition: l'interprétation retenue par la majorité du Tribunal du travail permet d'appliquer

simply because they operate in the same area of activity.

Section 45 is based on the following premise: a specific undertaking is transferred from one employer to another. The wording of this section does not support the conclusion that rights and obligations have been transferred from one employer to another solely because each of them hires employees engaged in similar activities.

Many examples illustrate that a definition of "undertaking" focusing only on the duties of employees leads to unexpected results. One of these, *Fondation-Habitation Champlain Inc. v. Tribunal du travail*, *supra*, is particularly relevant because of the similarity of the principles it applies to those of the case at bar: an employer who recovers part of the clientele of a competitor who has terminated some of his operations is not on that account subject to the transfer of rights and obligations as provided for in s. 45. Pavillon de Beauharnois Inc. was a home which accommodated the elderly in two establishments, the "Pavillon" and the "Foyer". Pavillon de Beauharnois Inc. was forced to discontinue its activities at the Foyer and relocate thirteen of the thirty-three residents to the Pavillon, while fifteen others preferred to move to Fondation-Habitation Champlain Inc. The Fondation purchased part of the Foyer's furniture and equipment but did not hire new employees. The union representing the employees of Pavillon de Beauharnois Inc. asked that the Fondation be declared bound by the certification and collective agreement in effect. The labour commissioner granted the application based on the similarity of the undertaking operated by the Fondation. The Superior Court allowed the motion in evocation from this judgment. After noting that the services offered by the Fondation were not in all respects identical to those provided by the Foyer, Michaud J. added that the transfer of clients was not equivalent to the operation by another of the undertaking (at pp. 9-10):

l'art. 45 à deux entreprises distinctes simplement parce qu'elles œuvrent dans un domaine d'activités identique.

L'article 45 est fondé sur la prémisse suivante: une entreprise déterminée est transmise d'un employeur à un autre. Le texte de cet article s'oppose à ce que l'on puisse prononcer la transmission de droits et obligations d'un employeur à un autre pour l'unique raison que chacun d'eux engage des employés effectuant des activités semblables.

De nombreux exemples démontrent qu'une définition de l'entreprise axée uniquement sur les fonctions des salariés mène à des résultats inattendus. J'en reprends un, l'affaire *Fondation-Habitation Champlain Inc. c. Tribunal du travail*, précitée, particulièrement pertinente en raison de la similitude des principes qu'elle applique avec ceux de la cause qui nous occupe: un employeur qui récupère une partie de la clientèle d'un compétiteur ayant cessé certaines de ses opérations n'est pas, de ce seul fait, sujet à la transmission des droits et obligations prévue à l'art. 45. Le Pavillon de Beauharnois Inc. est un centre d'accueil qui héberge des personnes âgées dans deux établissements, le «Pavillon» et le «Foyer». Contraint de cesser ses activités au Foyer, le Pavillon de Beauharnois Inc. relocalise 13 des 33 bénéficiaires au Pavillon alors que 15 autres préfèrent emménager à la Fondation-Habitation Champlain Inc. La Fondation se porte acquéreur d'une partie du mobilier et de l'équipement du Foyer sans engager toutefois de nouveaux employés. Le syndicat représentant les employés du Pavillon de Beauharnois Inc. demande que la Fondation soit déclarée liée par l'accréditation et la convention collective en vigueur. Le commissaire du travail accorde la requête en se fondant sur la similitude de l'entreprise opérée par la Fondation. La Cour supérieure accueille la requête en évocation de ce jugement. Après avoir noté que les services offerts par la Fondation n'étaient pas en tout point identiques à ceux dispensés au Foyer, le juge Michaud ajoute que le déplacement de la clientèle n'équivaut pas à une concession d'entreprise (aux pp. 9 et 10):

[TRANSLATION] The Court adopts the observations of L.P. Landry J. in *Union des employés de service v. Bibeault et Tribunal du travail*, [1982] C.S. 977:

"The term "operation by another" therefore implies ideas of ownership and the assignment of a right that one owns. (Emphasis added.) For there to be an alienation or operation by another of an undertaking, the holder of the right of ownership in the undertaking must perform a legal act which has the effect of transferring some right in the undertaking to someone else. For the purposes of s. 45 of the Code, an alienation or operation by another of part of the undertaking is sufficient for the protection provided by the section to employees covered by a certification to have its full effect."

The Court cannot find in the facts put in evidence so much as an operation by another of part of the undertaking. The fact that thirteen residents of a home (thirteen out of thirty-three) move to a private residence for the elderly cannot justify the decision of respondent commissioner, which is an unreasonable interpretation of s. 45 of the Labour Code.

In his comment on the decision of the Labour Court in the case at bar, Mr. Gagnon also pointed to the danger of assimilating the undertaking to the activities carried on by the employees:

[TRANSLATION] There may be cases, as all the other judges pointed out, where the exclusive use of this approach makes it impossible to distinguish between the presence of two similar undertakings, on the one hand, and the continuity of a single undertaking, on the other. It is in these cases that it is dangerous to remove the definition of the undertaking suggested by Associate Chief Judge Quimper in the *La Centrale de Chauffage Enr.* case from the factual context which surrounds it. The context, in that case, was an employer designated in a certificate of certification who decided, in the interests of his undertaking, to have a third party perform certain functions formerly performed by his own employees. Taken together, these factors did not in any way suggest the simple co-existence of two similar undertakings operating in parallel, without any link that would indicate a continuity of operations from one to the other.

(R. P. Gagnon, "L'article 45 du Code du travail après le jugement C.S.R. Outaouais", *loc. cit.*, at p. 160.)

I can see no difference between the situation of a businessperson who withdraws when his contract ends and one who terminates his operations because of financial difficulty. No one would

Le Tribunal fait siens les propos du juge L.P. Landry dans *Union des employés de service c. Bibeault et Tribunal du travail*, [1982] C.S. 977:

«Le terme concéder implique donc des notions de propriété et de cession d'un droit dont on est propriétaire. (Soulignements ajoutés.) Pour qu'il y ait aliénation ou concession d'une entreprise, il est nécessaire que celui qui détient le droit de propriété dans l'entreprise pose un acte juridique qui a comme conséquence de transporter à une autre personne un droit quelconque dans l'entreprise. Pour les fins de l'article 45 du Code, une aliénation ou une concession partielle de l'entreprise est suffisante pour que la protection prévue par l'article en faveur des salariés couverts par une accréditation ait son plein effet.»

Le Tribunal ne peut voir dans les faits mis en preuve une concession même partielle de l'entreprise. Le fait que 13 bénéficiaires (13 sur 33) d'un Centre d'accueil déménagent dans une résidence privée pour personnes âgées ne peut justifier la décision du Commissaire intimé, laquelle constitue une interprétation déraisonnable de l'article 45 du Code du travail.

Dans son commentaire de la décision du Tribunal du travail en l'espèce, M^e Gagnon souligne aussi le danger d'assimiler l'entreprise aux activités menées par les salariés:

Il est des cas, comme le signalent tous les autres juges, où cette seule perspective ne saurait permettre de distinguer d'une part la présence de deux entreprises semblables et, d'autre part, la continuité d'une même entreprise. C'est alors qu'il devient périlleux de détacher la définition de l'entreprise que proposait le juge Quimper dans l'affaire de *La Centrale de Chauffage Enr.* du contexte factuel dans lequel il s'insérait. Ce contexte, en l'occurrence, c'était celui où l'employeur visé par une accréditation décidait de confier à un tiers l'exécution de certaines fonctions assumées jusque-là par ses propres salariés pour les besoins de son entreprise. L'ensemble de ces éléments ne pouvait porter à croire à la simple présence parallèle de deux entreprises semblables opérant parallèlement, sans lien de continuité de l'une à l'autre.

(R. P. Gagnon, «L'article 45 du Code du travail après le jugement C.S.R. Outaouais», *loc. cit.*, à la p. 160.)

Je ne puis voir aucune différence entre la situation d'un entrepreneur qui se retire suite à la terminaison de son contrat et celle où il met un terme à ses opérations en raison de difficultés

maintain that a businessperson acquires the undertaking of a rival who closes down, simply because he takes over his former competitor's customers; there is no reason for holding otherwise when a contract is lost by a business which nevertheless continues to operate elsewhere. In both cases the relationship between the undertaking and the customer has ended and a successor who takes over the market by concluding a new contract with the customer in question, and who has no dealings with his predecessor through which he could acquire the components of the undertaking, is not subject to the application of s. 45. The certification inexorably follows the fate of an undertaking whose viability depends on a contract, when no part of the undertaking survives in the operations of a new employer following termination of the contract:

[TRANSLATION] The fate and the existence of a certification, like the fate and existence of an agreement, are linked to those of the undertaking covered by the certification and agreement: the fate of the appellant's certification and agreement here was linked to that of the undertaking of the *mis en cause* at the owner's premises, and this is what appellant understood and intended when the certification was in effect. The undertaking only existed for a limited time: obviously everything associated with it was also ephemeral. When this undertaking ceased or disappeared, and there was nothing to act as a bridge between it and some other undertaking which might, through the actions of the *mis en cause*, come after it, the appellant's certification and agreement on the premises of the *mis en cause* became invalid. [Emphasis added.]

(*Syndicat des salariés de service d'entretien (C.S.D.) v. Montcalm Carpets Specialists Ltd.*, *supra*, at p. 278.)

The ultimate proof that *Netco* and *MBD* never alienated or conferred a right to operate their undertakings to *Services Ménagers Roy* is that it was open to them, when the contract between *Services Ménagers Roy* and *C.S.R.O.* ended, to submit a new bid so as to supplant their competitor and return their janitorial service undertaking to the *C.S.R.O.* premises. The following passage from the reasons of Judge Girouard in *Union des chauffeurs de camions, hommes d'entrepôts et autres ouvriers, local 106 v. Alain Lacasse Transport*

financières. Nul ne saurait prétendre qu'un entrepreneur acquiert l'entreprise d'un rival qui ferme boutique pour l'unique raison qu'il récupère la clientèle de son ex-compétiteur; il n'y a pas lieu de statuer autrement lorsqu'un contrat échappe à un entrepreneur qui continue malgré tout d'opérer ailleurs. Dans un cas comme dans l'autre, la relation entre l'entreprise et le client a pris fin et le successeur qui récupère le marché en concluant un nouveau contrat avec le client en question tout en n'entretenant aucune relation avec son prédécesseur en vertu de laquelle il acquerrait des éléments de l'entreprise, n'est pas assujéti à l'application de l'art. 45. L'accréditation suit inexorablement le sort de l'entreprise dont la viabilité dépend d'un contrat lorsqu'aucun élément de l'entreprise ne survit auprès d'un nouvel employeur suite à la terminaison du contrat:

Le sort et l'existence d'une accréditation, comme le sort et l'existence d'une convention, sont liés à ceux de l'entreprise visée par cette accréditation et cette convention: le sort de l'accréditation et de la convention de l'appelant était ici lié à celui de l'entreprise de la mise-en-cause chez le propriétaire, et c'est ainsi que l'appelant l'a pu et voulu dans le temps de son accréditation. L'entreprise n'existait que pour un temps limité: ce qui s'y rattachait s'en est trouvé, évidemment, aussi éphémère. Cette entreprise cessant ou disparaissant, et rien ne faisant office de pont entre celle-ci et une autre pouvant s'ensuivre par la volonté de la mise-en-cause, l'accréditation et la convention de l'appelant chez la mise-en-cause se sont trouvées sans objet. [Je souligne.]

(*Syndicat des salariés de service d'entretien (C.S.D.) c. Montcalm Carpets Specialists Ltd.*, précité, à la p. 278.)

La démonstration ultime que *Netco* et *MBD* n'ont jamais aliéné ou concédé leur entreprise à *Services Ménagers Roy* c'est qu'il leur est loisible, dès la fin du contrat liant *Services Ménagers Roy* à la *C.S.R.O.*, de soumettre une nouvelle offre afin de supplanter leur concurrent et de réintégrer leur entreprise d'entretien ménager dans les locaux de la *C.S.R.O.* Le passage suivant des motifs du juge Girouard dans l'affaire *Union des chauffeurs de camions, hommes d'entrepôts et autres ouvriers, local 106 c. Alain Lacasse Transport Inc.*, [1977]

Inc., [1977] T.T. 231, at pp. 233-34, perfectly describes the independent status of undertakings whose only common feature is that they are competing for the same customers:

[TRANSLATION] There is no continuity whatever from the undertaking of the mis en cause to that of respondent, except that of a customer who goes from one supplier to another. There will of course be a resemblance, in competing undertakings in the same area of activities and services, between the equipment and activities of the employees of one and the equipment and activities of the employees of the other, but it is mere fancy to conclude solely on the basis of these facts that there has been a real transfer or a true handing over of one undertaking to the other (in terms of the context and essential components that make up the first undertaking).

... these undertakings exist as separate legal and economic entities, they operate and continue to exist alongside each other, even compete, and their customers certainly do not bring them together, except that the customers may move from the mis en cause to the respondent, or vice versa, or indeed to other competing suppliers of the same desired services. Such a transfer of a service contract does not involve even in part a transfer of the undertaking from the mis en cause to the respondent.

However interesting any theory one may seek to associate with s. 36 of the Code may be, a judgment must refer to the actual content of that section, and it must rest on the actual wording: none of the facts mentioned in this section [is] in evidence in the case at bar and the section accordingly cannot be applied here. [Emphasis added.]

(See also the judgment of the Superior Court in *Fondation-Habitation Champlain Inc. v. Tribunal du travail*, *supra*, as well as *Sitri Inc. v. Cartage & Miscellaneous Employee's Union, Local 931 (F.T.Q.)*, [1977] T.T. 29; *Syndicat des travailleurs forestiers de la division Jacques Cartier (FTPF-CSN) v. H.C. Leduc Ltée*, *supra*; *Union des chauffeurs de camions, hommes d'entrepôts et autres ouvriers, local 106 v. Alain Lacasse Transport Inc.*, *supra*, and *Syndicat des salariés de service d'entretien (C.S.D.) v. Montcalm Carpets Specialists Ltd.*, *supra*.)

T.T. 231, aux pp. 233 et 234, décrit parfaitement le caractère autonome d'entreprises dont le seul trait commun est de se disputer la même clientèle:

^a Il n'y a ici aucune succession quelconque de l'entreprise de la mise en cause à celle de l'intimée, sauf celle d'un client qui passe d'un fournisseur à l'autre. Évidemment, entre entreprises concurrentes dans une même aire d'activités et de services, il y a une ressemblance entre l'équipement et les activités des salariés de l'une et l'équipement et les activités des salariés de l'autre, mais c'est une pure vue de l'esprit que de conclure, sur la base de ces seules données à une transmission réelle ou une passation véritable (dans son contenu-même et des éléments essentiels qui caractérisent la première) d'une entreprise à l'autre.

^d ... ces entreprises existent comme entités juridiques et économiques individualisées, elles œuvrent et elles survivent en parallèle, même en concurrence et, ce n'est certes pas leur clientèle qui les fait se rejoindre, sauf que cette clientèle peut passer de la mise en cause à l'intimée, ou l'inverse, ou même à d'autres fournisseurs concurrents des mêmes services recherchés. Pareil transfert d'un contrat de services n'entraîne pas un transfert de l'entreprise, même en partie, de la mise en cause à l'intimée.

^f Si intéressante soit toute théorie qu'on veuille rattacher à l'article 36 du Code, c'est au contenu même de cet article qu'un jugement doit se référer, et c'est sur ce texte même qu'il doit s'appuyer: aucun des faits mentionnés dans cet article (*sic*) en preuve dans cette affaire-ci et, en conséquence, cet article ne saurait recevoir ici d'application. [Je souligne.]

(Voir aussi le jugement de la Cour supérieure dans l'affaire *Fondation-Habitation Champlain Inc. c. Tribunal du travail*, précitée, de même que les décisions *Sitri Inc. c. Cartage & Miscellaneous Employee's Union, Local 931 (F.T.Q.)*, [1977] T.T. 29; *Syndicat des travailleurs forestiers de la division Jacques Cartier (FTPF-CSN) c. H.C. Leduc Ltée*, précitée; *Union des chauffeurs de camions, hommes d'entrepôts et autres ouvriers, local 106 c. Alain Lacasse Transport Inc.*, précitée, et *Syndicat des salariés de service d'entretien (C.S.D.) c. Montcalm Carpets Specialists Ltd.*, précitée.)

I feel I should add a few observations about the fears expressed by the majority of the Labour Court, who were concerned that an interpretation which differed from that adopted by the Court would undermine the collective rights of the employees of subcontracting undertakings. I have already noted the ephemeral nature of the certification associated with an undertaking, or part thereof, whose existence is limited by a contract. The certification becomes inapplicable once the contract expires and no essential part of the undertaking is passed on to a new employer. Workers' rights may however be safeguarded if the association seeks a regional certification, as the *F.T.Q. Union* tried to do in the case at bar. Judge Girouard explained (at p. 189):

[TRANSLATION] ... a union which has been certified on an employer's premises, and only for the part of his undertaking which is in a given locality, and which is aware of the precariousness of this limitation, directly dependent as it is on the duration of an annual contract, while it has made the task of organizing and obtaining a majority of supporters easier, has however made the existence of its certification and the practical usefulness of its agreement as uncertain as the part of the undertaking to which they are connected. In the same way the union, which is in the process of being certified for an employer, S.M.R., and for the Érablière comprehensive school (see above, at p. 178), will, if it succeeds, be in the same precarious position.

In contrast with this situation, the same union has already been certified with an employer, S.L.G., but with no such geographical limitation (see above, at p. 180), with the result that the employees covered by the certification and agreement with S.L.G. are not directly at the mercy of the comings and goings of their employer's customers: if a contract is lost or terminated at one place, another contract will be obtained elsewhere, or several other ongoing contracts will continue, and transfers can thus be made to save jobs.

The certification and collective agreement will then continue as long as the employer continues to operate its undertaking in the given region, instead of expiring with the contract on which it depends.

Il est opportun d'ajouter quelques commentaires au sujet des craintes exprimées par la majorité du Tribunal du travail qui redoute qu'une interprétation différente de celle qu'elle adopte ne rende illusoire les droits collectifs des salariés d'entreprises de sous-traitance. J'ai déjà souligné le caractère éphémère de l'accréditation qui se rattache à une entreprise ou à une partie de l'entreprise dont l'existence est limitée à un contrat. L'accréditation devient sans objet effectif dès que le contrat expire et qu'aucun élément essentiel de l'entreprise n'est transmis à un nouvel employeur. Les droits des travailleurs peuvent cependant être sauvegardés si l'association recherche une accréditation à portée régionale comme d'ailleurs l'*Union F.T.Q.* a tenté de le faire en l'espèce. Le juge Girouard explique (à la p. 189):

... le syndicat qui s'est fait accréditer chez un employeur, et seulement quant à cette partie de son entreprise qui se trouve dans un local donné, et qui sait l'existence précaire de cette délimitation (*sic*) conditionnée directement par la durée d'un contrat annuel, s'il s'est rendu facile la tâche d'organisation et d'obtention d'une majorité d'adhérents, rend toutefois l'existence de son accréditation et l'utilisation pratique de sa convention aussi aléatoires que cette partie d'entreprise à laquelle il les rattache. De la même façon, l'union, qui est en voie de se faire accréditer chez un employeur, S.M.R., et pour l'école polyvalente Érablière (voir ci-haut, p. 178) se trouvera, si elle réussit ainsi, dans la même précarité.

Au contraire de cette situation, la même union s'est déjà fait accréditer avec un employeur, S.L.G., mais sans telle limitation géographique (voir ci-haut, p. 180); avec le résultat que les salariés visés par cette accréditation et cette convention chez S.L.G. ne se trouvent pas directement à la merci des arrivées et des départs de la clientèle de leur employeur: s'il y a perte ou fin d'un contrat à un endroit, il y a obtention d'un autre contrat ailleurs, ou encore il y a maintien de plusieurs autres contrats en cours, et ainsi des déplacements peuvent s'exercer pour sauvegarder les emplois.

L'accréditation et la convention collective subsistent alors aussi longtemps que l'employeur poursuit l'opération de son entreprise dans la région donnée, au lieu de s'éteindre en même temps que le contrat dont elle dépend.

VII—Whether Interpretation Patently Unreasonable

The Superior Court has found the interpretation given to s. 45 by the Labour Court majority to be patently unreasonable on at least three occasions. The judgments in question were those of Mailhot J., as she then was, in *Compagnie du Trust National Ltée v. Burns*, [1985] C.S. 1286 (on appeal), of Greenberg J. in *Brasserie Labatt Ltée v. Commissaire général du travail*, *supra*, and of Michaud J. in *Fondation-Habitation Champlain Inc. v. Tribunal du travail*, *supra*.

I do not have to decide the point: but if I had to do so, I would incline to the view taken by the Superior Court in these three judgments, bearing in mind *inter alia* the number, seriousness and cumulative effect of the Labour Court's errors regarding the concept of an undertaking, the identity of the undertaking and the requirement of a legal relation.

VIII—Conclusions

I would dismiss the appeal with costs, including costs in favour of the mis en cause Commission scolaire régionale de l'Outaouais and Services Ménagers Roy Limitée.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Lavoie, Groleau, Marchand, Levasseur, Lagueux & Doré, Montréal.

Solicitors for the respondent: Trudel, Nadeau & Associés, Montréal.

Solicitors for the mis en cause Services Ménagers Roy Ltée: Martineau Walker, Montréal.

Solicitors for the mis en cause the Commission scolaire régionale de l'Outaouais: Lavery, O'Brien, Montréal.

VII—Une interprétation manifestement déraisonnable?

La Cour supérieure a par au moins trois fois trouvé manifestement déraisonnable l'interprétation donnée à l'art. 45 par la majorité du Tribunal du travail. Il s'agit du jugement du juge Mailhot, maintenant juge à la Cour d'appel, dans l'affaire *Compagnie du Trust National Ltée c. Burns*, [1985] C.S. 1286, (portée en appel), du jugement du juge Greenberg dans l'affaire *Brasserie Labatt Ltée c. Commissaire général du travail*, précitée, et du jugement du juge Michaud dans l'affaire *Fondation-Habitation Champlain Inc. c. Tribunal du travail*, précitée.

Je n'ai pas à décider de la question. Mais si j'avais à le faire, je serais enclin à partager sur ce point l'opinion exprimée par la Cour supérieure dans ces trois jugements, compte tenu entre autres du nombre, de la gravité et de l'effet cumulatif des erreurs du Tribunal du travail sur la notion d'entreprise, sur l'identité de l'entreprise et sur la nécessité d'un lien de droit.

VIII—Conclusions

Je rejetterais le pourvoi avec dépens, y compris les dépens en faveur des mises en cause Commission scolaire régionale de l'Outaouais et Services Ménagers Roy Limitée.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appellant: Lavoie, Groleau, Marchand, Levasseur, Lagueux & Doré, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Trudel, Nadeau & Associés, Montréal.

Procureurs de la mise en cause Services Ménagers Roy Ltée: Martineau Walker, Montréal.

Procureurs de la mise en cause la Commission scolaire régionale de l'Outaouais: Lavery, O'Brien, Montréal.